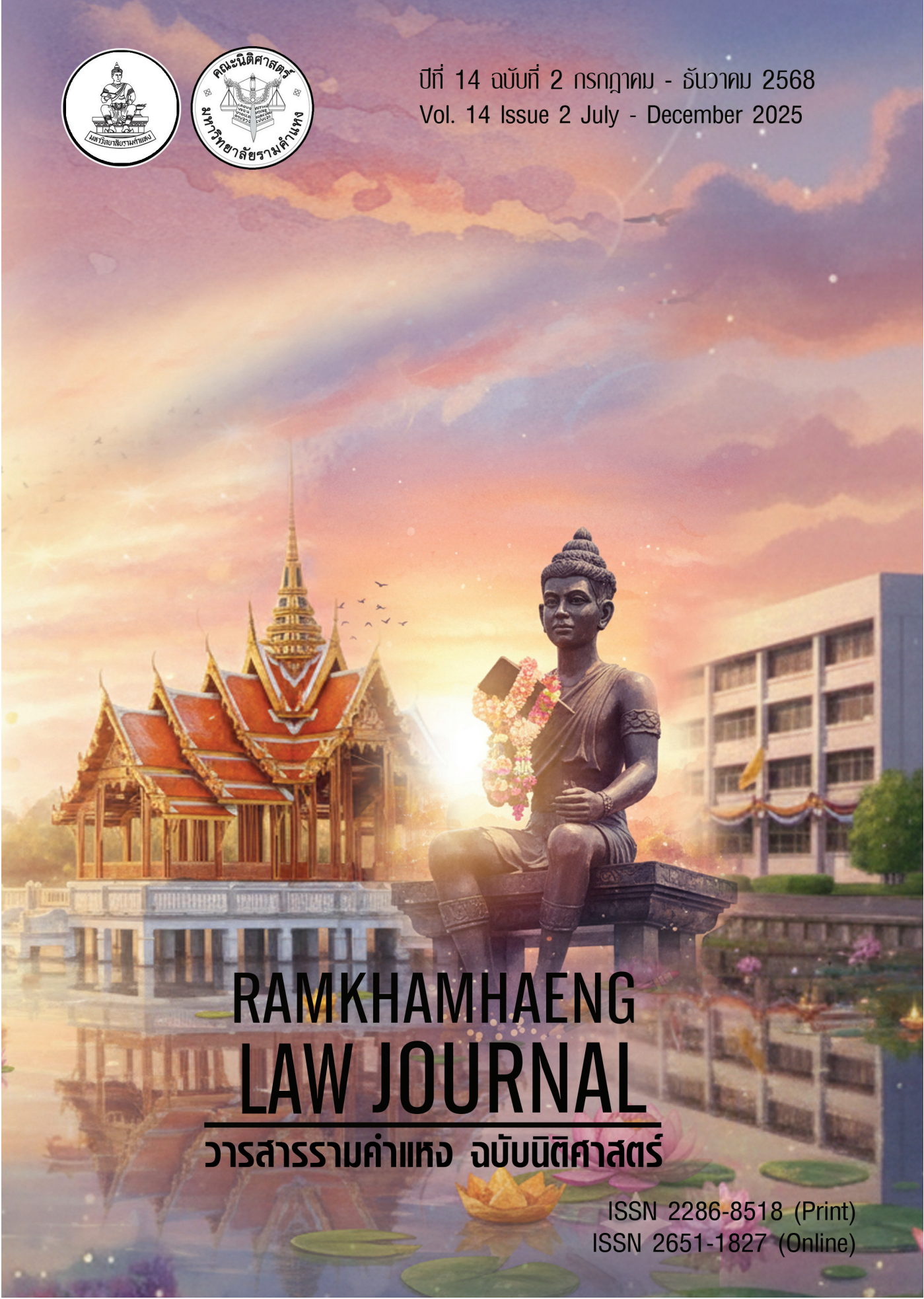
ปีที่ 14 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2568
Vol. 14 Issue 2 July - December 2025



RAMKHAMHAENG LAW JOURNAL

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ISSN 2286-8518 (Print)
ISSN 2651-1827 (Online)

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

ปีที่ 14 ฉบับที่ 2

สารนายกสภามหาวิทยาลัย

สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง มีความยินดีที่ได้เห็นคณะนิติศาสตร์มีความมุ่งมั่นในการทำหน้าที่สถาบันทางวิชาการที่ทรงเกียรติ เป็นแหล่งผลิตบัณฑิตทางกฎหมายที่มีคุณธรรมและจริยธรรมในวิชาชีพ พร้อมเป็นพลังสำคัญในการขับเคลื่อนสังคมไทยให้ยั่งยืนบนพื้นฐานแห่งความยุติธรรม

การจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ เป็นอีกพันธกิจหนึ่งที่สะท้อนถึงความตั้งใจของ คณะนิติศาสตร์ในการส่งเสริมงานวิจัยและเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการ เพื่อยกระดับคุณภาพทางกฎหมาย ให้ก้าวทันต่อบริบทโลกที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว

ในนามของสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ข้าพเจ้าขอชื่นชมคณาจารย์และบุคลากรทุกท่านที่ร่วมแรงร่วมใจกันสานต่อพันธกิจสำคัญนี้ และหวังว่าวารสารฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อวงการกฎหมายและผู้ที่สนใจต่อไป

(นายวีระพล ตั้งสุวรรณ)
นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

ในยุคดิจิทัลที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว กฎหมายมิได้เป็นเพียงเครื่องมือในการกำกับพฤติกรรมของสังคม แต่เป็นกลไกสำคัญในการสร้างสมดุลระหว่างความยุติธรรมและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงมีบทบาทในการจุดประกายความคิดใหม่ ๆ ทางกฎหมาย ที่จะช่วยให้ประเทศก้าวสู่อนาคตด้วยหลักนิติธรรม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง มีความยินดีที่ได้เห็นคณะนิติศาสตร์ยึดมั่นในพันธกิจทางวิชาการและจริยธรรม พร้อมทั้งส่งเสริมให้นักกฎหมายได้มีเวทีในการแสดงศักยภาพทางความคิดอย่างสร้างสรรค์ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าวารสารฉบับนี้จะเป็นอีกก้าวสำคัญของการสร้างองค์ความรู้ทางกฎหมายเพื่อสังคมที่ยั่งยืน

ในนามของมหาวิทยาลัยรามคำแหง ข้าพเจ้าขออวยพรให้วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์เติบโตอย่างมั่นคง เป็นแหล่งบ่มเพาะความรู้และแรงบันดาลใจแก่ผู้สนใจด้านกฎหมายต่อไป

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)
ประธานกรรมการส่งเสริมกิจการมหาวิทยาลัย
กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาราชการแทน
อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคณบดีคณะนิติศาสตร์

ในโลกยุคใหม่ที่มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้อง สังคมต้องเผชิญกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ เทคโนโลยี และค่านิยมอย่างต่อเนื่อง กฎหมายจึงต้องปรับตัวและพัฒนาอย่างมีพลวัต เพื่อคงไว้ซึ่งหลักความยุติธรรม วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงถือกำเนิดขึ้นไม่เพียงเป็นพื้นที่เผยแพร่ผลงานวิชาการเท่านั้น แต่ยังเป็นเวทีแห่งการเรียนรู้และการแลกเปลี่ยนความคิด เพื่อสร้างแรงบันดาลใจให้กับนักกฎหมายในการวิจัยและพัฒนาองค์ความรู้ทางกฎหมายให้ก้าวไกลและตอบโจทย์โลกปัจจุบัน

ในนามของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ข้าพเจ้ามีความภาคภูมิใจในความทุ่มเทของคณะผู้จัดทำที่ร่วมกันสร้างวารสารฉบับนี้ขึ้น และเชื่อมั่นว่าวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จะเป็นอีกก้าวสำคัญในการยกระดับคุณภาพงานวิชาการของคณะนิติศาสตร์ ให้ทัดเทียมในระดับนานาชาติและเป็นสื่อกลาง ที่สำคัญในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการและวิจัยที่ตอบโจทย์ต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมต่อไป

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิทธิภาคย์ ภูริสินสิทธิ์)
คณบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับบทวิจารณ์หนังสือและหรือคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษเพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตามกองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ งานวิจัยของบุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยในสาขานิติศาสตร์

2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักศึกษา บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้นำผลงานทางวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ

3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน

4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง ตลอดจนแนวทางการพัฒนาของกฎหมาย

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่าน ในปี 2568 ศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai Journal Citation Index หรือ TCI) ได้ประกาศรายชื่อวารสารที่ผ่านการรับรองคุณภาพและอยู่ในฐานข้อมูล TCI ซึ่งวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้รับการพิจารณาให้อยู่ในฐานข้อมูล TCI 2 (ระหว่างปี พ.ศ. 2568-2572) ถือเป็นเครื่องยืนยันคุณภาพของวารสารจากหน่วยงานที่ได้รับการยอมรับระดับประเทศ

ในโอกาสนี้ ดิฉันในนามกองบรรณาธิการ ขอขอบพระคุณศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย สำหรับรางวัลแห่งความภาคภูมิใจนี้ และขอขอบพระคุณผู้นิพนธ์บทความทุกท่านที่ได้สละเวลาอันทรงคุณค่าถ่ายทอดมุมมองทางกฎหมายผ่านงานเขียนของท่าน และขอขอบพระคุณกองบรรณาธิการทุกท่านที่ร่วมมือร่วมใจจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 1 จนสำเร็จเสร็จสิ้นตามเป้าหมายที่ตั้งไว้อย่างดียิ่งทุกประการ

ขอขอบพระคุณ

บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

บทความวิชาการ

Taxation in the Digital Economy: How Should Digital Service Taxes be Implemented? 1

Patcharada Auwannakit
Chatuphorn Vongthongson
Paramat Tarapan

เหลียวซ้ายแลขวา: กฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการในสายธารแห่งความเปลี่ยนแปลง - กรณีศึกษาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและญี่ปุ่น 27

มณฑล อรรถบลยุคล
โชคชัย เนตรงามสว่าง

หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายกับองค์การมหาชนในประเทศไทย 57

สมพงษ์ แซ่ตัน
วัชระ กลิ่นสุวรรณ
เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

บทความวิจัย

ข้อพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค 9

รัฐอัครธีร์ อัครธีรฐิติภูมิ

แนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: กรณีศึกษาการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า 131

จิระพันธ์ น้อยจันทร์

การปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน 177

ดรินรัก การธราชว์

ประสิทธิภาพและข้อจำกัดบางประการของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว 223

วราลี โยธาวิจิตร

หน้า

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการขออนุญาตและการดูแลรักษาคลองประปา 255
ชนัญชิตา บุญศิริชัย
การเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน 287
ญาดา บุญเข็ม
ปัญหาการกำหนดและพิจารณาโทษในกฎหมายวินัยทางการคลัง 325
สัจจวัตน์ เรืองกาญจน์กุล

Taxation in the Digital Economy: How Should Digital Service Taxes be Implemented?

Associate Professor Patcharada Auwannakit
Associate Professor Chatuphorn Vongthongson
Paramat Tarapan

Taxation in the Digital Economy: How Should Digital Service Taxes be Implemented?

Associate Professor Patcharada Auwannakit[*]
Associate Professor Chatuphorn Vongthongson[**]
Paramat Tarapan[***]

Abstract

The digitalization of the economy has presented profound challenges to the traditional international tax framework, which is predicated on the principle of physical presence through a "Permanent Establishment". This long-standing concept has proven inadequate for capturing the economic activities of multinational enterprises operating within the digital sphere, leading to significant tax base erosion in market jurisdictions and raising fundamental questions of fairness in the allocation of taxing rights. This article aims to synthesize and analyze the multifaceted legal issues arising from this paradigm shift. Through a documentary research methodology, it conducts a comparative legal study of the approaches adopted by various jurisdictions, namely, unilateral Digital Services Taxes and adaptations of indirect tax systems. The study further dissects the principal legal challenges, including compatibility with double

[*]Lecturer in Law at the Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar under The Royal Patronage; LL.M. in Business Law, Ramkhamhaeng University. E-mail: Lawyertok@hotmail.com

[**]Lecturer in the Master of Laws Program, Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Thammasat University; M.S. in Political Sciences, Mississippi State University; M.C.L. in Comparative Law, Pennsylvania State University,U.S.A. E-mail: Chatuphornv@gmail.com

[***]Partner (Tax and Legal), Prom Legal Solution Co., Ltd.; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. University of Aberdeen, U.K. E-mail: Paramat.t2542@gmail.com

Received 1 September 2025, Revised 27 October 2025, Accepted 10 November 2025.

taxation conventions and World Trade Organization law. Ultimately, this article proposes a desirable hybrid policy approach for Thailand, advocating for long-term alignment with emerging global standards while implementing prudent and contextually appropriate transitional measures.

Keywords: digital service tax, permanent establishment, pillar one

1. Introduction

The international tax law system, which has long been in force, is founded on the principle that a state may only tax the profits of a foreign enterprise if that enterprise has a significant physical 'nexus' within that state, typically in the form of a 'Permanent Establishment' (PE). This principle was developed in an era dominated by a brick-and-mortar economy. However, the dynamics of the global economy have been fundamentally altered by the advent of the digital economy, which has now become an inseparable part of the real economy, encompassing various business models such as app-stores, online advertising, cloud services, and digital platforms. This transformation has dismantled physical barriers, allowing multinational enterprises to conduct business, interact with consumers, and generate substantial revenue in states worldwide without needing a single permanent establishment. In many cases, even when substantial economic activities occur in a market jurisdiction, that state lacks the authority to tax such transactions due to the absence of a PE, resulting in the taxing rights on that income falling solely to the residence state[1]. Furthermore, there is a discernible trend of digital firms deliberately establishing their income-generating entities in low-tax jurisdictions to minimize their tax liabilities. This situation has created a severe mismatch between modern business models and traditional tax rules, leading to the erosion of the tax base in market jurisdictions and reflecting an inequity in the international allocation of taxing rights.

However, the dynamics of the global economy have been fundamentally altered by the advent of the digital economy, which has now become an inseparable part of the real economy, encompassing various business models such as app-stores, online advertising, cloud services, and digital platforms. This transformation has dismantled physical barriers, allowing multinational enterprises to conduct business, interact with consumers, and generate substantial revenue in states worldwide

---

[1]Daniel Bunn, Elke Asen and Cristina Enache, **Digital Taxation around the World)** [Online], available URL: https://files.taxfoundation.org/20200527192056/Digital-Taxation-Around-the-World.pdf, 2024 (July, 19).

without needing a single permanent establishment. In many cases, even when substantial economic activities occur in a market jurisdiction, that state lacks the authority to tax such transactions due to the absence of a PE, resulting in the taxing rights on that income falling solely to the residence state[2]. Furthermore, there is a discernible trend of digital firms deliberately establishing their income-generating entities in low-tax jurisdictions to minimize their tax liabilities. This situation has created a severe mismatch between modern business models and traditional tax rules, leading to the erosion of the tax base in market jurisdictions and reflecting an inequity in the international allocation of taxing rights.

This article, therefore, aims to synthesize and analyze the relevant legal issues and, through a comparative study of foreign jurisdictions, to propose a suitable approach for the implementation of tax laws in Thailand. This study is documentary research, relying on the analysis of statutes, conventions, reports from international organizations, and related academic literature.

2. Content

2.1 Limitations of the Traditional International Tax Framework and Developments Towards a Global Standard

First and foremost, an inquiry into the problem must commence with establishing a conceptual framework for what constitutes a sound tax system. Adam Smith's Four Canons of Taxation[3], despite their age, remain an influential theory and serve as a robust benchmark for evaluating tax policy. These four principles consist of: (1) Equality, which posits that the tax burden should be in proportion to the taxpayer's ability to pay, and those with equal ability should bear an equal tax burden; (2) Certainty, which requires that tax rules be clear and predictable; (3) Convenience, meaning that the method and timing of tax payment should be as convenient as

---

[2]Ibid.

[3]Adam Smith, **Wealth of Nations** (UK: Bantam Classics, 2003), pp. 1043-1045. Peter Harris and David Oliver, **International Commercial Tax** (UK: Cambridge University Press, 2010), pp. 43-44.

possible for the taxpayer; and finally, (4) Economy, which signifies that the state's cost of tax collection should be minimized, ensuring that the cost incurred by the state does not exceed the tax revenue it collects.

In designing tax policies, especially tax object, tax base and tax rate, regard shall be had to these foundational principles in order to deliver a fair and effective tax imposition.

The canon of equality must especially be addressed in relation to the challenges of digital economy: taxpayers with the same ability to pay tax should be taxed equally. A sound and reasonable tax system should not leave a room for distortion of tax imposition merely by the reason of differences in physical locations where the business premises are situated while the economic value is created and rendered in the same manner.

The main concern would be about allocation of taxing rights between jurisdictions. It is crucial that a jurisdiction to which a taxpayer owes an appropriate economic allegiance, which is normally presented in the forms of source of income and residence, shall have the right to tax[4]. In an international context, a taxpayer may owe economic allegiance to more than one jurisdiction. A taxpayer may be a resident of a jurisdiction and have a source of income in another jurisdiction. This is the case where the economic allegiance is divided, and it would come with a question of which jurisdiction shall have the right to tax. Therefore, many countries entered into double tax agreements, which determine the taxing rights of the contracting states on a particular item of income.

Based on double tax agreements adopted by most countries, which are OECD Model[5] and UN Model[6], a certain level of physical presence is required in order to impose income tax on business profit. A source of income state cannot impose tax on business profit unless there is a permanent establishment in the source of income state, and such income is derived through the permanent establishment, pursuant to article 7 and article 5 of the treaty model. In the absence of a permanent

---

[4]Peter Harris and David Oliver, **International Commercial Tax** (UK: Cambridge University Press, 2010), pp. 43-44.

establishment, only the state in which an enterprise is a resident can impose tax on that amount of business profit. Permanent Establishment is generally defined as "a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on". In most cases, Permanent Establishment would be considered to exist by a presence of (1) a place of management; (2) a branch; (3) an office; (4) a factory; (5) a workshop; and (6) a mine, oil or gas well a quarry or any other place of extraction of natural resources. In addition, Permanent Establishment may be deemed to exist by other activities, such as having an agent or dependent status in a source of income state or furnishing of services in a source of income state for a certain specified period in DTAs entered into by contracting states.

However, in the era of digitalization, it becomes evident that the "Permanent Establishment" (PE) principle, as stipulated in the model conventions of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) and the United Nations (UN) and widely adopted globally, is no longer adequate to address the borderless nature of digital business models. This limitation has spurred efforts to seek a new global standard. A significant development in this regard is the concept of a "Digital Permanent Establishment," introduced by the EU Commission in 2018[7], which represents a theoretical attempt to reform the criteria for establishing a tax nexus. This concept shifts the focus from a reliance on physical presence to a consideration of significant economic presence. It redefines economic connection through new, non-physical quantitative criteria, such as revenue thresholds, the number of users,

---

[5]OECD, **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017** [Online], available URL: https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm, 2024 (June, 16).

[6]United Nations, **United Nations Model double Taxation Convention between developed and developing countries 2021** [Online], available URL: https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-05/UN%20Model_2021.pdf, 2024 (June, 16).

[7]European Commission, **Fair taxation of the digital economy** [Online], available URL: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1163-Fair-taxation-of-the-digital-economy_en, 2024 (July, 1).

or the number of business contracts for digital services within a state. This theoretical shift aims to address the shortcomings of the traditional PE model in capturing the economic activities of digital firms and to ensure that profits are taxed in the jurisdiction where substantial economic activities take place.

Even more significant is the OECD/G20's Two-Pillar Solution[8], particularly Pillar One, which represents a veritable paradigm shift in international tax law. Its core lies in the "Amount A" principle, a mechanism that establishes new taxing rights for market jurisdictions, obviating the need for a physical nexus[9]. This mechanism applies to large multinational enterprises with global revenues exceeding €20 billion and profitability over 10%. It mandates that 25% of the residual profits, defined as profits exceeding a 10% margin on revenue, be reallocated to market jurisdictions in proportion to the revenue generated in each state. This principle would enhance fairness in tax collection between the market jurisdiction and the residence jurisdiction. Therefore, Pillar One is not merely an amendment to existing principles but the creation of a new profit allocation system that operates alongside the traditional one, representing a historic attempt to reform international tax law[10].

---

[8]KPMG, **BEPS 2.0: Pillar One and Pillar Two** [Online], available URL: https://kpmg.com/xx/en/home/insights/2020/10/beps-2-0-pillar-one-and-pillar-two.html, 2024 (July, 29).

[9]OECD, **Fact Sheet Amount a Progress Report on Amount of Pillar One** [Online], available URL: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/cross-border and-international-tax/pillar-one-amount-a-fact-sheet.pdf, 2024 (July, 29).

[10]OECD, **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS** [Online], available URL: https://www.oecd.org/en/publications/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-one-blueprint_beba0634-en.html,2024 (July, 11).

2.2 Lessons from International Jurisdictions: A Comparative Legal Study

In response to the aforementioned challenges, various jurisdictions have adopted different approaches, which can be classified into two main groups:

2.2.1 Group One: States Adopting Unilateral Digital Services Tax (DST) Measures

This approach is prominent among European countries such as the United Kingdom[11], France, and Italy.

Concurrent with the consideration of unilateral Digital Services Tax (DST) measures by several European nations, significant developments were also taking place at the European Union level. In March 2018[12], the European Commission put forward a set of proposals aimed at ensuring fair taxation in the digital economy. These proposals consisted of two main components:

1) A long-term, comprehensive solution: This proposal aimed to reform corporate tax rules so that profits are registered and taxed where businesses have a significant digital interaction with users. It introduced the concept of a 'Digital Permanent Establishment'.

2) A short-term, interim measure: This was a proposal for a temporary tax on revenues from certain digital activities. The proposed DST would apply at a rate of 3% on gross revenues derived from specific digital services, intended as a provisional measure until a comprehensive global solution was implemented.

However, the EU-wide DST proposal failed to achieve the required unanimous agreement among all member states, bringing the initiative to a halt. This lack of consensus at the EU level was a key factor that prompted individual member states, such as France and Italy, to proceed with their own national DST legislation. These countries viewed their unilateral measures as a necessary interim step while awaiting a clear global framework from the OECD.

---

[11]HM Treasury, UK Agrees Transition Toward New Global Tax System [Online], available URL: https://www.gov.uk/government/news/uk-agrees-transition-toward-new-global-tax-system#:~:text=the%20UK%20introduced%20a%20temporary,global%20agreement%20is%20in%20place, 2024 (July, 19).

[12]European Commission, **Press release - Fair taxation of the digital economy: Commission proposes new measures to ensure that all companies pay fair tax in the EU** [Online], available URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_18_2041, 2025 (September, 15).

The scope of these measures focuses on specific types of digital services believed to generate value from the user base, including online advertising, digital intermediary services and the sale of user-collected data. A key feature of DST is the taxation of gross revenue at a relatively low rate (approximately 2-5%), often with both global and domestic revenue thresholds to target large multinational enterprises. However, the primary intention of these states is to implement such measures on a temporary basis, with the goal of repealing them once a global agreement comes into force.

The advantage of this approach is that it allows a state to assert its tax sovereignty and collect revenue immediately, without waiting for an international consensus, which is often a lengthy and complex process. However, this approach carries several risks. These include the risk of trade disputes and retaliatory measures, as seen in the tensions between the United States and European nations[13]. Secondly, it leads to unavoidable double taxation, as gross revenue is taxed as DST in the market jurisdiction while net profit is subject to corporate income tax in the residence jurisdiction, a point which will be elaborated upon later. Lastly, it risks being viewed as a measure that contravenes the non-discrimination principle under World Trade Organization (WTO) law, which will also be discussed in a subsequent section.

2.2.2 Group Two: States Adapting Their Indirect Tax Systems

This approach is popular in many countries, including Thailand (VAT for e-Services)[14] and most nations in Southeast Asia. Its scope involves amending existing Value-Added Tax (VAT) or Goods and Services Tax systems to cover the provision of electronic services from abroad to consumers. This includes services such as video and music streaming, software and game downloads, and cloud services. The mechanism requires foreign service providers to register and remit VAT to the state where the consumer resides.

---

[13]Deloitte, US extends 'truce' with countries imposing digital services taxes [Online], available URL: https://dhub.deloitte.com/Newsletters/Tax/2024/TNV/240216_3.pdf, 2024 (July, 22).

[14]EY, Thailand's application of VAT on digital services (e-services) provided by foreign operators will apply as of 1 September 2021 [Online], available URL: https://www.ey.com/en_gl/tax-alerts/thailand-s-application-of-vat-on-digital-services-e-services-provided-by-foreign-operators-will-apply-as-of-1-september-2021, 2024 (July, 29).

The most significant strength of this approach is its consistency with international tax principles and WTO rules, as it treats domestic and foreign service providers equally. It also builds upon an existing tax framework, which is easier to understand and administer than creating a new tax type. However, this approach is limited to the collection of a consumption tax and does not resolve the issue of income tax. That is, while the state can collect VAT revenue, it does not address the profit allocation of multinational enterprises, which continue to be taxed (or not taxed) in other jurisdictions. Furthermore, under tax mechanics, the economic burden is often passed on to the end consumer, making it an unavoidable burden for them.

2.3 Legal Challenges Arising from the Implementation of Digital Service Tax Measures

The unilateral implementation of DST measures gives rise to complex and significant challenges in international law, which can be analyzed as follows:

Compatibility with Double Taxation Conventions: This issue stems from the interpretation of Article 2 (Taxes Covered) of the conventions, which typically applies only to "taxes on income and on capital." By the literal meaning, DST would not be covered by the Article 2; however, the fact that DST is levied on gross revenue without any deduction for expenses creates a classification problem as to whether DST can be considered a disguised "income tax" within the meaning of the convention. This leads to the risk of domestic law conflicting with or overriding treaty obligations (Treaty Override), an act that undermines the stability of the international legal system. Although, in theory, a state implementing a DST might invoke the principle of a Fundamental Change of Circumstances (Rebus Sic Stantibus) under Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties,[15] arguing that the rise of the digital economy was an unforeseeable event at the time the treaty was concluded. However, proving the conditions for this principle is exceedingly difficult in practice.

Rebus sic stantibus is a principle of international law that allows a state to withdraw from or modify a treaty when there has been a fundamental and unforeseen change of circumstances that formed the basis of the parties' original consent to be bound by the treaty. Codified in Article 62 of the Vienna Convention on the

[15]Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Article 62.

Law of Treaties, it operates as a narrow exception to the general rule of pacta sunt servanda (agreements must be kept). For the doctrine to apply, the change must be (1) fundamental, (2) unforeseeable at the time of treaty conclusion, (3) essential to the treaty's foundation, and (4) radically transform the nature or scope of obligations remaining to be performed. Because these conditions are interpreted very strictly by international courts and tribunals, successful invocation of rebus sic stantibus is extremely rare in practice.

Theoretically, a state implementing a DST could attempt to invoke the doctrine of rebus sic stantibus under Article 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties as a legal justification for deviating from existing treaty obligations.

The argument would rest on the claim that the rapid and unprecedented rise of the digital economy constitutes a "fundamental change of circumstances" that was neither foreseen nor foreseeable at the time most bilateral tax treaties were concluded.

In this line of reasoning, the traditional nexus rule based on physical presence, central to most double taxation conventions, no longer reflects the economic reality of value creation in the digital era. Consequently, a state may contend that the basis upon which it consented to limit its taxing rights has fundamentally changed, thus entitling it to modify or withdraw from its treaty obligations regarding income taxation.

Issues under World Trade Organization (WTO) Law: DST measures may be challenged as being inconsistent with the non-discrimination obligations under the General Agreement on Trade in Services (GATS), particularly Article II:1, which establishes the Most-Favoured-Nation (MFN) treatment principle, requiring member states to treat services and service providers of any other member state equally and without discrimination. Although DST legislation is neutral in its wording and does not specify any country, the high global revenue thresholds mean that only a few enterprises are subject to the tax, which could be interpreted as de facto discrimination.[16]

---

[16]Chris Forsgren, Sixian Song and Dora Horváth, Digital Services Taxes: Do They Comply with International Tax, Trade, and EU Law? [Online], available URL: https://taxfoundation.org/research/all/federal/france-digital-tax-international-tax-law-trade-law-eu-law/#:~:text=The%20French%20DST%20Could%20Be,DST%20under%20international%20trade%20law, 2024 (July, 29).

Double Taxation and Relief: This problem is a direct consequence of the treaty compatibility issue because reliefs under tax treaties would apply only to the taxes covered by such tax treaties. For example, in most tax treaties entered into by Thailand, the taxes covered, in respect of Thai taxes, encompasses only income tax and petroleum tax. This means that the reliefs under tax treaties would apply to only income tax and petroleum tax.

Generally, there are two mechanisms for the relief of double taxation under tax treaties: the Exemption Method under Article 23A and the Credit Method under Article 23B of the model convention.

Under Exemption Method, the residence state agrees to exempt foreign-sourced income from domestic taxation once it has been taxed in the source state. In practical terms, this means that if a company earns income abroad and that income is subject to tax in the source jurisdiction, the residence jurisdiction will exclude that income from its own tax base, thereby avoiding any further taxation on the same amount.

Under Credit Method, the residence state continues to tax the income but grants a credit for taxes already paid in the source state. This allows the taxpayer to deduct the amount of foreign tax from the domestic tax liability, ensuring that the total tax burden is capped at the higher of the two rates rather than being cumulative.

Therefore, if a DST is not considered a tax covered by the convention, neither the mechanisms for eliminating double taxation under Article 23A (Exemption Method) nor Article 23B (Credit Method) could be applied. Consequently, the same income base is taxed twice: first as DST on gross revenue in the market jurisdiction, and second as corporate income tax on net profit in the residence jurisdiction. The residence state is not obliged to provide a tax credit for the DST paid by its enterprises. Such a state of complete double taxation poses a significant obstacle to international trade and investment.

2.4 The Current Thai Legal Framework: VAT on Electronic Services

In response to the challenges of the digital economy, Thailand has already taken a significant legislative step by adapting its indirect tax system. The primary legal instrument governing this area is the **Amendment to the Revenue Code Act (No. 53)**

B.E. 2564 (2021)[17], which came into force on September 1, 2021. This legislation effectively extends the Value-Added Tax (VAT) regime to cover electronic services provided by non-resident businesses to non-VAT registered customers in Thailand.

The key mechanics of this framework are as follows:

1) Definition of Electronic Services: The law provides a broad definition of "electronic service" (e-Service) to encompass a wide range of digital products and services that are intangible and delivered over the internet or other electronic networks. This includes, but is not limited to, online advertising, digital content streaming (music and videos), software downloads, and platform intermediary services.

2) VAT Liability for Foreign Providers: The core provision imposes a duty on foreign e-Service providers and foreign electronic platforms to register for VAT in Thailand if their annual revenue derived from providing such services to non-VAT registrants in Thailand exceeds THB 1.8 million. Once this threshold is met, the foreign entity is obligated to file VAT returns and remit the 7% VAT to the Thai Revenue Department without being able to claim input tax.

3) Simplified Administrative System: To facilitate compliance, the Revenue Department has established a simplified, online registration and remittance system known as the **VAT for Electronic Service (VES) system**. This "One-Stop Service" platform allows foreign operators to manage all their VAT obligations, from registration to filing and payment, remotely, thereby minimizing the administrative burden that would typically be associated with cross-border tax compliance. This framework represents Thailand's pragmatic initial step, aligning with the 'Group Two' approach of adapting existing indirect tax systems to the realities of the digital age.

2.5 An Analysis of the Thai Fiscal Landscape in the Digital Era

Before formulating a bespoke policy for Thailand, it is imperative to analyze the domestic fiscal landscape to contextualize the legal challenges and opportunities presented by the digital economy. Three core dimensions warrant examination: the

[17]Revenue Code Amendment Act (No. 53) B.E. 2564 (A.D. 2021), published in the Royal Thai Government Gazette, Vol. 138, Part 10A (10 February 2021).

scale of the digital market, the performance of existing tax measures, and the potential impact of future tax instruments.

First, the sheer scale and growth trajectory of Thailand's digital economy establish a compelling case for policy reform. The market's Gross Merchandise Value (GMV) reached an estimated $36 billion in 2023 and is projected to expand to approximately $50 billion by 2025, driven primarily by e-commerce and online media consumption.[18] This burgeoning economic activity represents a substantial and dynamic tax base that, under the constraints of the traditional physical-nexus principle, remains largely outside the jurisdictional reach of Thailand's corporate income tax system. The continued erosion of this potential tax base necessitates an urgent reconsideration of how taxing rights are allocated in the modern economy.

Second, the successful implementation of Thailand's Value-Added Tax (VAT) on electronic services supplied by foreign providers, effective since September 1, 2021, offers critical empirical insights. The measure has proven to be a robust source of revenue, yielding THB 10.67 billion in its first full fiscal year (FY2022) and maintaining a strong performance with THB 10.03 billion in FY2023 and over THB 11.1 billion collected in the first eleven months of FY2024.[19] This outcome not only validates the administrative capacity of the Thai Revenue Department to manage and enforce tax collection from non-resident digital enterprises but also confirms that an indirect tax framework—as discussed in the comparative analysis of 'Group Two' states—is a viable and effective policy tool for the Thai context.

Lastly, while a unilateral Digital Services Tax (DST) presents a direct mechanism for taxing income, its potential fiscal benefits must be carefully weighed against its inherent legal risks. Several European nations have adopted this model; for instance, France, Italy, and Spain have set their DST rates at 3% of gross revenues, while the United Kingdom's rate is 2%. Based on international benchmarks and

---

[18]Temasek and Bain & Company, **e-Conomy SEA 2023: Reaching new heights of digital growth** [Online], available URL: https://www.bain.com/insights/e-conomy-sea-2023/, 2025 (September, 17).

[19]Bangkok Post, **E-service tax revenue exceeds target in first 10 months, 16 August 2024** [Online], available URL: https://www.bangkokpost.com/business/general/2975471/revenue-collection-for-first-5-months-surpasses-target, 2025 (September, 17).

OECD modeling, a narrowly tailored DST levied at a rate of 3% could, hypothetically, generate an additional THB 3 to 5 billion in annual income tax revenue for Thailand. However, as this article has already established, such a measure carries significant risks of provoking trade disputes, contravening international treaty obligations, and creating conditions of economic double taxation. Therefore, this potential revenue gain cannot be the sole determinant of policy, but rather must be assessed within the broader legal and strategic framework. This fiscal analysis provides the essential, evidence-based foundation upon which a prudent and context-specific policy for Thailand can be constructed.

It is crucial, however, to distinguish the nature of a 2-3% DST from Thailand's 7% VAT on e-Services, as they are fundamentally different taxes in both principle and application. A DST is a tax on the gross *revenue* of a company, designed as a proxy for an income tax on profits generated from a user base in a market jurisdiction. In contrast, Thailand's 7% VAT is a tax on *consumption*, levied on the transaction value paid by the end consumer. Although remitted by the foreign provider, the economic burden is designed to fall on the customer. Therefore, the lower rate of a DST reflects its application to a broad revenue base without deductions for expenses, whereas the 7% rate is consistent with standard consumption tax principles. In essence, they serve distinct policy goals: a DST addresses the challenge of corporate profit allocation, while the VAT on e-services ensures that consumption within Thailand is taxed uniformly, regardless of the provider's location.

2.6 Foreign Policy Risks and Potential Trade Retaliation from the United States

Beyond the multilateral framework of the WTO, a unilateral implementation of a DST by Thailand would introduce significant foreign policy risks, particularly concerning its trade relationship with the United States. The U.S. government has consistently and unequivocally opposed unilateral DSTs, viewing them as discriminatory measures that unfairly target American technology companies.[20]

---

[20]United States Trade Representative, **Section 301 – Digital Services Taxes** [Online], available URL: https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/section-301-investigations/section-301-digital-services-taxes, 2025 (September, 17).

The primary instrument for U.S. response is Section 301 of the Trade Act of 1974, which authorizes the United States Trade Representative (USTR) to investigate and retaliate against foreign trade practices deemed unfair or burdensome to U.S. commerce. This is not a theoretical threat; the USTR has initiated Section 301 investigations into the DSTs of numerous countries, including France, India, Italy, Spain, and the United Kingdom, and has prepared retaliatory tariffs on their goods.[21] While these tariffs were ultimately suspended to allow for negotiations at the OECD, the actions signal a clear willingness by the U.S. to leverage trade sanctions to protect its interests.

For Thailand, this risk is particularly acute. The United States is not merely a significant trading partner; it is Thailand's largest export market, with bilateral trade in goods valued at over $72 billion annually.[22] Key Thai export sectors, such as computer equipment, automotive parts, and agricultural products, are vital to the national economy and could become targets for retaliatory tariffs.

Therefore, any policy consideration of a unilateral DST must carefully weigh the potential, and relatively modest, revenue gains against the profound and potentially disruptive risk of damaging a vital trading partnership. This geoeconomic reality serves as a powerful deterrent and reinforces the argument for pursuing a consensus-based, multilateral solution in alignment with the OECD framework.

2.7 Policy Recommendations and a Proposed Approach for Thailand

After considering the developments and legal issues, the author believes that the most desirable approach for Thailand should be a **Hybrid Approach**, which can be broken down into concrete policy recommendations as follows:

---

[21]Sandler, Travis & Rosenberg, P.A., **Section 301 Investigation of Digital Services Taxes** [Online], available URL: https://www.strtrade.com/trade-news-resources/tariff-actions-resources/section-301-investigation-digital-services-taxes, 2025 (September, 17).

[22]United States Trade Representative, **Thailand: U.S.-Thailand Trade Facts** [Online], available URL: https://ustr.gov/countries-regions/southeast-asia-pacific/thailand, 2025 (September, 17).

2.7.1 A. Long-Term Approach: Preparing for the Global Standard (Pillar One)

In the long term, Thailand's policy should be firmly aligned with the emerging global consensus surrounding the OECD's Pillar One. This requires proactive preparation rather than a passive "wait-and-see" approach. The key actions involve significant legal and administrative reforms:

1) Preparing Amendments to the Revenue Code: The implementation of Pillar One, particularly Amount A, cannot be accommodated by the existing Revenue Code. It necessitates the drafting of a new, specific chapter or section dedicated to the "Taxation of Profits Allocated Under International Agreements." Key provisions in this amendment would need to:

(1) Formally define terms such as "Amount A," "Market Jurisdiction," and "Residual Profits" in line with the multilateral convention.

(2) Establish a clear legal basis for the Revenue Department to tax the allocated profits of multinational enterprises that lack a physical presence in Thailand. This is the most critical amendment, as it creates a new taxing right that is independent of the traditional Permanent Establishment principle.

(3) Detail the calculation and remittance procedures, specifying how the allocated profits are to be reported and when the tax is due.

(4) Integrate the framework with existing double taxation agreements, potentially through a provision that gives precedence to the multilateral convention to avoid legal conflicts.

Alternatively, instead of amending the Revenue Code, the implementation of Pillar One might be implemented as a separate Act, which contains the aforementioned attributes.

2) Enhancing Administrative Capacity: The Revenue Department must develop the capacity to handle the complex requirements of Pillar One. This includes upgrading IT systems for international information exchange, training personnel in complex profit allocation calculations, and preparing for the multilateral dispute resolution mechanisms that are a core feature of the Pillar One framework.

2.7.2 B. Short-Term and Transitional Approach: Leveraging and Enhancing Existing Frameworks

While Pillar One is being finalized, Thailand should focus on optimizing its current legal framework and cautiously considering limited transitional measures.

Option 1: Enhancing the Existing VAT for e-Services System - This is the most prudent and lowest-risk option. Rather than merely enforcing the current law, the system's efficiency can be significantly enhanced.

1) Proposed Enhancements:

(1) Data Analytics for Compliance: Utilize advanced data analytics and machine learning to analyze digital transaction data from various sources (e.g., payment gateways, financial institutions) to identify non-compliant foreign service providers who meet the revenue threshold but have not registered for VAT.

(2) Legislative Refinements: Consider minor amendments to the Revenue Code (Act No. 53) to clarify ambiguous terms and broaden the scope if new digital business models emerge that are not clearly covered. For instance, clarifying the VAT treatment of complex services involving mixed digital and physical components.

(3) International Cooperation: Proactively engage in information sharing agreements with tax authorities in other countries to cross-reference data on digital service providers, improving transparency and compliance.

Option 2: Considering a Limited-Scope DST with Caution - If policymakers decide that an income tax measure is necessary in the interim, a temporary and narrowly defined DST could be considered. However, its design must be exceptionally cautious to mitigate the legal and foreign policy risks previously analyzed.

2) Necessary Amendments to the Revenue Code for a DST:

(1) A new tax category would need to be created within the Revenue Code, as a DST is a tax on gross revenue, not net profit. This would be a significant structural change. In order to properly implement DST, the Revenue Code would require the creation of a new category of tax with its own definitional and operational framework, including the tax base, taxable activities, liability rules, and administrative procedures. This structural amendment would also need to address issues such as nexus for non-resident digital service providers, reporting obligations, and assessment rules.

(2) The tax rate of around of 2-3% on gross revenue, as suggested by practices in the UK and some EU countries, appears appropriate

(3) In terms of remittance procedures, Thailand may use the data collected from VAT for Electronic Service (VES) system to develop the DST collection. The existing VES system already provides a functioning digital infrastructure for identifying, registering, and collecting tax from non-resident digital service providers. Under the VES framework, foreign digital platforms are required to register for VAT in Thailand and file periodic returns reporting their revenue from Thai users. This system captures valuable transactional data such as the identity of the platform, the type of service provided, and the amount of revenue generated within Thailand. By leveraging this existing infrastructure, the government can minimize administrative costs and avoid building an entirely new collection mechanism from scratch.

(4) Crucially, the legislation must include a "sunset clause" which is a provision that automatically repeals the DST upon Thailand's adoption of the Pillar One multilateral convention. This would legally codify its temporary nature and demonstrate good faith in the multilateral process, potentially reducing the risk of trade retaliation.

2.7.3 Backup measures: DST for non tax treaties jurisdictions

In terms of legal authority, it seems feasible to implement DST on a unilateral basis, but it might lead to international disputes. However, there should be another DST regime in addition to an international agreement, such as Pillar One. In such a case, in order to prevent the potential disputes, the DST should be exempt for tax treaty jurisdictions and applicable to those located in non tax treaty jurisdictions only. The main reason to support this kind of tax imposition is to prevent tax avoidance whereby a digital firm arranges its transaction flows by setting up an entity in a jurisdiction which does not take part in Pilar One, or other international agreements, or even enter into a tax treaty on a bilateral basis. In respect of countries with tax treaties, implementation of DST on a unilateral basis may lead to potential international disputes in respect of tax treaties violation. Therefore, to the extent possible, Thailand should exert to reach a prior international agreement, or renegotiate tax treaties, so as to implement the DST in an amicable manner and mitigate risk of international disputes.

3. Conclusion

In conclusion, the challenge of taxing the digital economy is a multifaceted and complex issue that requires comprehensive consideration. The digital economy has become an integral part of the real economy and has fundamentally changed the landscape of business and the perspective on taxation. The traditional tax system, based on the concept of brick-and-mortar businesses, can no longer keep pace with the digital economy. This article has explored the challenges and potential solutions for modernizing the tax system to ensure that taxation in the digital era is both fair and efficient for market jurisdictions and enterprises alike. Ensuring that taxes are paid where they are rightfully due must be done equitably. Thailand's policy should, therefore, be pursued with prudence, prioritizing long-term compliance with international standards while selecting appropriate short-term measures that balance the state's fiscal interests with the promotion of a healthy business and investment ecosystem.

Bibliography

Bangkok Post. **E-service tax revenue exceeds target in first 10 months, 16 August 2024** [Online]. Available URL: https://www.bangkokpost.com/business/general/2975471/revenue-collection-for-first-5-months-surpasses-target, 2025 (September, 17).

Bunn, Daniel. Elke Asen and Cristina Enache. **Digital Taxation around the World)** [Online]. Available URL: https://files.taxfoundation.org/20200527192056/Digital-Taxation-Around-the-World.pdf, 2024 (July, 19).

Deloitte. **US extends 'truce' with countries imposing digital services taxes** [Online]. Available URL: http://dhub.deloitte.com/Newsletters/Tax/2024/TNV/240216_3.pdf, 2024 (July, 22).

European Commission. **Fair taxation of the digital economy** [Online]. Available URL: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1163-Fair-taxation-of-the-digital-economy_en, 2024 (July, 1).

_____. **Press release - Fair taxation of the digital economy: Commission proposes new measures to ensure that all companies pay fair tax in the EU** [Online]. Available URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_18_2041, 2025 (September, 15).

EY. **Thailand's application of VAT on digital services (e-services) provided by foreign operators will apply as of 1 September 2021** [Online]. Available URL: https://www.ey.com/en_gl/tax-alerts/thailand-s-application-of-vat-on-digital-services-e-services-provided-by-foreign-operators-will-apply-as-of-1-september-2021, 2024 (July, 29).

Forsgren, Chris. Sixian Song and Dora Horváth, **Digital Services Taxes: Do They Comply with International Tax, Trade, and EU Law?** [Online]. Available URL: https://taxfoundation.org/research/all/federal/france-digital-tax-international-tax-law-trade-law-eu-law/#:~:text=The%20French%20DST%20Could%20Be,DST%20under%20international%20trade%20law,2024 (July, 29).

Harris, Peter and David Oliver. **International Commercial Tax** UK: Cambridge University Press, 2010.

HM Treasury. **UK Agrees Transition Toward New Global Tax System** [Online]. Available URL: https://www.gov.uk/government/news/uk-agrees-transition-toward-new-global-tax-system#:~:text=the%20UK%20introduced%20a%20temporary,global%20agreement%20is%20in%20place, 2024 (July, 19).

KPMG. **BEPS 2.0: Pillar One and Pillar Two** [Online]. Available URL: https://kpmg. com/xx/en/home/insights/2020/10/beps-2-0-pillar-one-and-pillar-two.html, 2024 (July, 29).

OECD. **Fact Sheet Amount a Progress Report on Amount of Pillar One** [Online]. Available URL: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/cross-border-and-international-tax/pillar-one-amount-a-fact-sheet. pdf, 2024 (July, 29).

_____. **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017** [Online]. Available URL: https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm, 2024 (June, 16).

_____. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS** [Online]. Available URL: https://www.oecd.org/en/publications/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-one-blueprint_beba0634-en.html, 2024 (July, 11).

Sandler, Travis & Rosenberg, P.A. **Section 301 Investigation of Digital Services Taxes** [Online]. Available URL: https://www.strtrade.com/trade-news-resources/tariff-actions-resources/section-301-investigation-digital-services-taxes,2025 (September, 17).

Smith, Adam. **Wealth of Nations**. UK: Bantam Classics, 2003.

Temasek and Bain & Company. **e-Conomy SEA 2023: Reaching new heights of digital growth** [Online]. Available URL: https://www.bain.com/insights/e-conomy-sea-2023/, 2025 (September, 17).

United Nations. **United Nations Model double Taxation Convention between developed and developing countries 2021** [Online]. Available URL: https://financing.desa.un.org/sites/default/files/2023-05/UN%20Model_2021.pdf, 2024 (June, 16).

United States Trade Representative. **Section 301 – Digital Services Taxes** [Online]. Available URL: https://ustr.gov/issue-areas/enforcement/section-301-investigations/section-301-digital-services-taxes, 2025 (September, 17).

_____. **Thailand: U.S.-Thailand Trade Facts** [Online]. Available URL: https://ustr.gov/countries-regions/southeast-asia-pacific/thailand, 2025 (September, 17).

General Agreement on Trade in Services (entered force January 1995).

Revenue Code Amendment Act (No. 53) B.E. 2564 (A.D. 2021), published in the Royal Thai Government Gazette, Vol. 138, Part 10A (10 February 2021).

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

เหลียวซ้ายแลขวา: กฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการในสายธารแห่งความเปลี่ยนแปลง – กรณีศึกษาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและญี่ปุ่น

มณฑล อรรถบลยุคล
โชคชัย เนตรงามสว่าง

เหลียวซ้ายแลขวา: กฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการในสายธารแห่งความเปลี่ยนแปลง - กรณีศึกษาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและญี่ปุ่น

Looking Left and Right: Alternative Dispute Resolution and Arbitration Laws in the River of Change - Case Studies of the Federal Republic of Germany and Japan

มณฑล อรรถบลยุคล*
Monthol Uttabolyukol
โชคชัย เนตรงามสว่าง**
Chokchai Netngamsawang

บทคัดย่อ

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีอิทธิพลทั้งด้านเศรษฐกิจและการเมืองโลก ทั้งสองประเทศเป็นประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของประเทศไทยอย่างยิ่ง ทั้งสองประเทศต่างเป็นภาคีของอนุสัญญานิวยอร์ก กฎหมายอนุญาโตตุลาการของทั้งสองประเทศได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เช่นเดียวกับประเทศไทย ทั้งสองประเทศต่างได้รับการยอมรับว่าเป็นมิตรต่อการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการ

---

*อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคดีล้มละลาย 1; น.บ. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. มหาวิทยาลัยศรีปทุม; LL.M. (International Commercial Arbitration) Bucerius Law School, Germany. E-mail: monthol.u@outlook.com

Prosecutor Attached to the Office of the Attorney General, Executive Director's Office of Bankruptcy Litigation 1; LL.B. Chiang Mai University; Barrister at Law at Thai Bar under The Royal Patronage; LL.M. Sripatum University; LL.M. (International Commercial Arbitration) Bucerius Law School, Germany.

**อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานคดีปกครอง 6; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร; LL.M. Kyushu University, Japan. E-mail: chokchai.ne@gmail.com

Prosecutor Attached to the Office of the Attorney General, Executive Director's Office of Administrative Litigation 6; LL.B. Thammasat University; Barrister at Law at Thai Bar under The Royal Patronage; LL.M. Thammasat University; LL.M. Kuushu Unhversity, Japan.

วันที่รับบทความ (received) 7 มิถุนายน 2568, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 20 กันยายน 2568, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 10 พฤศจิกายน 2568.

ปัจจุบัน เยอรมนีอยู่ระหว่างพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ในขณะที่ในญี่ปุ่นเพิ่งจะตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอนุญาโตตุลาการและกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาสิงคโปร์ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีไกล่เกลี่ยออกใช้บังคับ ซึ่งมีทั้งการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2549 (ค.ศ. 2006) การแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขจัดข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ การแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้เท่าทันความเปลี่ยนแปลงของโลกโดยเฉพาะด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ การแก้ไขเพิ่มเติมที่เป็นนวัตกรรมหรือความคิดใหม่ในระบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมท้องถิ่น

จากมุมมองของประเทศไทย เมื่อเหลียวซ้าย (ประเทศตะวันตก คือ เยอรมนี) และแลขวา (ประเทศตะวันออก คือ ญี่ปุ่น) ผู้เขียนเห็นว่า ทั้งสองประเทศมีความเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในรอบกว่ายี่สิบปี ในกระแสธารแห่งความเปลี่ยนแปลงซึ่งหลั่งไหลมานี้ จึงน่าพิจารณาว่าประเทศไทยควรจะพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องใดบ้าง เพื่อให้กฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยมีความทันสมัย เท่าทันความเปลี่ยนแปลงของโลก ในขณะเดียวกันก็คำนึงถึงสภาพสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทย

ผู้เขียนทั้งสองเห็นว่า ประเทศไทยควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอนุญาโตตุลาการโดยกำหนดหลักการให้ (1) ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง และศาลปกครองกลางเท่านั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในคดีอนุญาโตตุลาการ รวมถึงพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมให้สามารถใช้ภาษาอังกฤษในการดำเนินกระบวนพิจารณาได้ รวมถึงให้ศาลมีอำนาจที่จะกำหนดให้ไม่ต้องแปลเอกสารบางประเภท และ (2) กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งหรือกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนชี้ขาด และกำหนดให้คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้สามารถนำไปบังคับใช้ในประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์กด้วย

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องอื่น ๆ อาจจะยังไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เช่น (1) การกำหนดให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ (2) การกำหนดให้สามารถนำเอาเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในขั้นตอนการสืบพยาน (3) การกำหนดให้ศาลสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย (4) การตรากฎหมายอนุวัตรการอนุสัญญาสิงคโปร์เป็นเรื่องที่ประเทศไทยได้เริ่มดำเนินการไปบ้างแล้ว (5) การกำหนดให้สามารถทำความเห็นแย้งและความเห็นพ้องในชั้นอนุญาโตตุลาการได้ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมท้องถิ่นซึ่งอาจจะแตกต่างจากประเทศไทย บางประเด็นสามารถแก้ไขได้โดยการแก้ไขข้อกำหนดหรือระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาล หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็น

ต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย คือ (6) การเผยแพร่คำชี้ขาด อาจทำได้โดยแก้ไข้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ จึงไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ในขณะที่ (7) การกำหนดให้แบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการทำเป็นรูปแบบอิเล็กทริกส์หรือไฟล์ดิจิทัลได้ เป็นหลักการใหม่ที่ยังไม่เคยปรากฏมาก่อน ดังนั้น จึงควรที่จะรอดูอีกระยะหนึ่งก่อนว่าการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเกิดผลสำเร็จหรือไม่ก่อนที่จะพิจารณาว่าประเทศไทยจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ต่อไป ส่วน (8) การกำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีใหม่ได้ และ (9) การกำหนดให้ศาลสามารถสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจได้ เป็นเรื่องที่น่าจะไม่สอดคล้องกับสภาพกฎหมายอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทย จึงน่าจะไม่มีความจำเป็นต้องตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าว

คำสำคัญ: สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, ญี่ปุ่น, การระงับข้อพิพาททางเลือก

Abstract

The Federal Republic of Germany and Japan are countries with significant global economic and political influence. Both are civil law countries that have had a profound impact on Thai legal system. Both are also contracting states to the New York Convention. The arbitration laws of both countries have been significantly influenced by the UNCITRAL Model Law, just like Thailand. Both countries are widely recognized as being friendly towards alternative dispute resolution and arbitration.

Germany is currently considering amendments to its arbitration law, while Japan has recently enacted amendments to its arbitration law and the law implementing the Singapore Convention on Mediation. These German pending bill and Japanese recent legal enactments include those to align with the 2006 UNCITRAL Model Law, those to address practical issues, those to keep pace with global changes, especially in information technology, those that are innovative in arbitration law, and those to align with local social and cultural conditions.

From Thailand's perspective, when looking left (the Western country-Germany) and right (the Eastern country-Japan), the authors find out that both countries have undergone significant changes in the past two decades. In this river of change, it is worth considering what amendments Thailand should make to its alternative dispute resolution and arbitration laws to keep them modern and up-to-date with global developments, while also considering Thailand's unique social and cultural contexts.

The authors propose that Thailand should consider amending its incumbent Arbitration Act on only two key principles. First, the Central Intellectual Property and International Trade Court and the Central Administrative Court should be the sole and only courts vested in jurisdiction to conduct and trial arbitration cases. The amendments should also permit the use of English language in these proceedings and grant the courts the power to waive translation requirements for certain documents. Second, arbitral tribunals should be empowered to issue orders or grant *interim* measures, and these *interim* orders should be classified as arbitral awards to ensure their enforceability in the New York Convention's party countries.

Regarding other potential amendments, the authors believe they are not necessary, at least for the time being. Several issues, such as empowering courts to rule on an arbitral tribunal's jurisdiction, allowing the use of information technology in evidence-taking, and authorizing courts to appoint arbitrators in multi-party disputes, do not require immediate legislative amendments. Enacting legislation to implement the Singapore Convention is already underway in Thailand. Permitting dissenting and concurring opinions in arbitration is seen as an adaptation to social and cultural conditions in other jurisdictions, which may differ from those in Thailand. Some matters, such as the publication of arbitral awards, can be resolved by amending relevant court procedures or arbitral institutional rules without the necessity of amending the legislation. Moreover, while the principle of allowing arbitration agreements to be in electronic or digital form is, arguably, new and innovation, it is prudent to observe its success elsewhere before considering similar amendments in Thailand. Finally, proposals to grant courts the power to conduct a new trial *de novo* or to set aside an award on the grounds that the tribunal lacked jurisdiction are considered inconsistent with the status of arbitration as an alternative dispute resolution method in Thailand, making such amendments unnecessary.

Keywords: Germany, Japan, alternative dispute resolution

1. บทนำ

กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยไม่ผ่านองค์กรที่มีอำนาจของรัฐ โดยไม่ผ่านระบบศาล กำลังได้รับความนิยมมากขึ้นในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ ความนิยมที่เพิ่มขึ้นในการเลือกที่จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีทางเลือกมีหลายสาเหตุ เช่น การรักษาความลับของข้อพิพาท การรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี การที่สามารถเลือกผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ชี้ขาดเองได้ รวมถึงการเลือกกำหนดวิธีการดำเนินกระบวนพิจารณาต่าง ๆ เช่น กฎหมายหรือภาษาได้เอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ปัจจัยที่เป็นองค์ประกอบสำคัญน่าจะคือการที่คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถนำไปใช้บังคับได้หลายประเทศทั่วโลก

ด้วยอิทธิพลของ The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (อนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ 1958: “อนุสัญญานิวยอร์ก”) และ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (กฎหมายต้นแบบของคณะกรรมาธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ: “กฎหมายต้นแบบ”) ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการทั่วโลกมีความเหมือนหรือคล้ายกันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการที่โดยทั่วไปศาลต้องเคารพในเจตนารมณ์ของคู่สัญญาที่ประสงค์จะให้ระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการ การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่คู่กรณีต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและมีสิทธิได้เสนอคดีของตนอย่างเต็มที่ รวมไปถึงการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดซึ่งสามารถใช้บังคับได้ทั่วโลก อย่างไรก็ตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นผลิตผลอย่างหนึ่งของแต่ละสังคม ย่อมมีเอกลักษณ์และลักษณะเฉพาะตัวของตนเองซึ่งแตกต่างกันออกไปในแต่ละสถานที่ นอกจากนั้น การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการก็ยังมีความเป็นพลวัตรที่จะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเสมอ ดังนั้น แม้ในความเหมือนคล้าย ร่องรอยของความแตกต่างในกฎหมายอนุญาโตตุลาการก็ยังคงปรากฏอยู่

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายต้นแบบ และประเทศไทยก็มีพันธกรณีตามอนุสัญญานิวยอร์ก ทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการตามกฎหมายไทยมีความเหมือนคล้ายกับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ ในขณะเดียวกัน พลวัตรต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในวงการกฎหมายทั้งในด้านอนุญาโตตุลาการโดยตรงและในสาขาอื่น เทคโนโลยีสารสนเทศที่พัฒนาก้าวหน้าอย่างไม่หยุดยั้ง รวมถึงพลวัตรของการเปลี่ยนแปลงที่พัฒนาไปสู่การระงับข้อพิพาททางเลือกมากขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อการระงับข้อพิพาททางเลือกและกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยไม่มากก็น้อย

เมื่อเหลียวซ้าย (ประเทศตะวันตก) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้มีการเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอนุญาโตตุลาการ เมื่อแลขวา (ประเทศตะวันออก) กฎหมายอนุญาโตตุลาการ

ของญี่ปุ่นก็เพิ่งจะได้รับการแก้ไขเพิ่มเติม การปรับปรุงกฎหมายของทั้งสองประเทศในเรื่องนี้ถือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งใหญ่ในรอบกว่า 20 ปี บทความนี้วิเคราะห์การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการของเยอรมนีและญี่ปุ่น โดยพิจารณาข้อเท็จจริงทั่วไปเกี่ยวกับเยอรมนีและญี่ปุ่น ระบบกฎหมาย และสถานการณ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาททางเลือกของทั้งสองประเทศ รวมถึงอิทธิพลที่มีต่อประเทศไทย โดยจะนำเสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมนี และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการและพระราชบัญญัติอนุวัติอนุสัญญาสิงคโปร์ที่เพิ่งมีผลใช้บังคับในญี่ปุ่น ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่ว่าทั้งสองประเทศนี้จะเป็นประเทศที่มีอิทธิพลอย่างมากต่อระบบกฎหมายของประเทศไทย การอนุญาโตตุลาการของทั้งสองประเทศต่างก็ได้รับการยอมรับว่ามีคุณภาพสูงและเป็นที่ยอมรับนับถือทั่วโลก จึงน่าสนใจว่าในกระแสธารแห่งความเปลี่ยนแปลงนี้ ประเทศไทยจะพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาททางเลือกไปในทิศทางใด เพื่อสนับสนุนให้ประเทศไทยสามารถเป็นประเทศที่เป็นมิตรต่อการอนุญาโตตุลาการ และเป็นศูนย์กลางในการระงับข้อพิพาทในระดับสากลได้

2. สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.1 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการและสถานการณ์ทั่วไปในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง Civil Procedure Code (*Zivilprozessordnung:* ZPO) มาตรา 1025 ถึง 1066 กฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมนีใช้กฎหมายเดี่ยว หมายความว่า เยอรมนีไม่ได้แบ่งแยกการอนุญาโตตุลาการในประเทศ ออกจากอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมนี ได้รับอิทธิพลอย่างมากจาก The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (กฎหมายต้นแบบ)[1] เยอรมนีเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดระหว่างประเทศ (อนุสัญญานิวยอร์ก)[2]

---

[1]Andreas Respondek, "Current Development Arbitration Law in Germany," **The American Review of International Arbitration** 25 (April 2014): 290.

[2]United Nations, **United Nations Treaty Collection: XXII-1** [Online], available URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=_en, 2025 (November, 14).

เยอรมนีได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นประเทศที่ “เป็นมิตร” ต่อการอนุญาโตตุลาการ[3] การที่ศาลเยอรมันสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ เคารพความถูกต้องของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และไม่เข้าแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างไม่จำเป็น แสดงให้เห็นว่าศาลเยอรมันมีทัศนคติที่สนับสนุนต่อการอนุญาโตตุลาการ กฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมนีมีความทันสมัย และเป็นสากล ศาลสูงตามมลรัฐต่าง ๆ เป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการ ทำให้ศาลสูงประจำมลรัฐดังกล่าวเป็นศาลที่มีความเชี่ยวชาญในการอนุญาโตตุลาการและแนวคำวินิจฉัยจะค่อนข้างคงที่

เยอรมนีมีสถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่ง ที่มีชื่อเสียงมากที่สุดคือ German Arbitration Institute (DIS) นอกจากนี้ ยังมีสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งอื่น เช่น The Court of Arbitration of the Hamburg Chamber of Commerce ซึ่งตั้งอยู่ที่ฮัมบูร์ก รวมถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการในมลรัฐอื่น ๆ และสถาบันอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้า เป็นต้น

2.2 ร่างกฎหมายใหม่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

ภายหลังจากบังคับใช้มาเป็นระยะเวลากว่า 25 ปี กระทรวงยุติธรรมของเยอรมนีได้ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยอนุญาโตตุลาการเสนอต่อรัฐสภา โดยมีวัตถุประสงค์ “เพื่อปรับกฎหมายให้สอดคล้องกับความต้องการในปัจจุบัน เพิ่มประสิทธิภาพ และส่งเสริมความน่าดึงดูดของเยอรมนีในฐานะสถานที่จัดอนุญาโตตุลาการ”[4]

ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวมีสาระสำคัญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและกระบวนพิจารณาของศาล ดังนี้

---

[3]Ragnar Harbst, Heiko Plassmeier and Jürgen Mark **The Baker McKenzie International Arbitration Yearbook Germany,** [Online], available URL: https://www.globalarbitrationnews.com/wp-content/uploads/sites/42/2017/06/Germany.pdf, 2025 (November, 14).

[4]ร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของเยอรมนี ได้รับการแปลเป็นภาษาอังกฤษโดย the Federal Ministry of Justice และสามารถเข้าถึงได้ที่ The Federal Ministry of Justice, **Draft Bill for the Modernisation of Arbitration Law**, [Online], available URL: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht_2024_EN.pdf?__blob=publicationFile&v=3, 2025 (November, 14).

2.2.1 การแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับสัญญาอนุญาโตตุลาการ

1) แบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

ร่างรัฐบัญญัติฯ[5] บัญญัติให้การทำสัญญาอนุญาโตตุลาการมีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยหากคู่สัญญาทุกฝ่ายเป็น "พ่อค้า" อาจจะตกลงให้ระงับข้อพิพาททางพาณิชย์ระหว่างกันโดยอนุญาโตตุลาการโดยไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ

การแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องนี้ประสงค์จะใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างพ่อค้าเท่านั้น สำหรับสัญญาอนุญาโตตุลาการอื่นยังคงต้องทำตามแบบเดิม คือ ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา หรือปรากฏในการโต้ตอบทางใดทางหนึ่ง เช่น อีเมล์ โทรสาร เป็นต้น

2) อำนาจศาลในการวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

ร่างรัฐบัญญัติฯ[6] บัญญัติให้ศาลสูงแห่งมลรัฐซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือการอนุญาโตตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย หลักการในเรื่องนี้ไม่กระทบต่ออำนาจในการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจตนเองของคณะอนุญาโตตุลาการ (Competence-Competence หรือ *Kompetenz-Kompetenz*) แต่อย่างใด โดยคณะอนุญาโตตุลาการยังมีอำนาจเต็มที่ตามเดิมในการที่จะวินิจฉัยเขตอำนาจของตน เพียงแต่รัฐบัญญัติฯ นี้บัญญัติให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าศาลก็มีเขตอำนาจเช่นกัน แม้ในชั้นก่อนเริ่มดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

2.2.2 การแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

1) การนำเอาเทคโนโลยีสารสนเทศและดิจิทัลมาใช้

ร่างรัฐบัญญัติฯ บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้สองประการ คือ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถสั่งให้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการผ่านเทคโนโลยีสารสนเทศหรือระบบดิจิทัลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสืบพยานออนไลน์ผ่านแอปพลิเคชันต่าง ๆ[7] และบัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถทำคำชี้ขาดเป็นไฟล์ดิจิทัล โดยอนุญาโตตุลาการลงนามผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้[8]

การที่ร่างรัฐบัญญัติ มาตรา 1054(2) ความตอนต้นบัญญัติให้เป็นอำนาจคณะอนุญาโตตุลาการที่จะวินิจฉัยให้ดำเนินการสืบพยานผ่านการถ่ายทอดภาพและเสียงได้ และความในตอนท้ายบัญญัติว่า ถ้าหากคู่กรณีตกลงร่วมกัน ไม่จำเป็นต้องนำความตอนต้นมาใช้บังคับ แสดงให้เห็นว่าคณะอนุญาโตตุลาการสามารถมีคำสั่งให้สืบพยานผ่านการถ่ายทอดภาพและเสียงได้แม้จะมีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งคัดค้านก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องนี้ทำให้ข้อกังวลเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย

---

[5]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1031(4).

[6]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1062(5).

[7]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1047(2)-(3).

[8]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1054(2) และแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วนของ (5).

ของการดำเนินการออนไลน์ลดลงเพราะไม่ต้องกังวลว่าการดำเนินการทางออนไลน์โดยที่มีคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งคัดค้านอยู่จะเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมหรือกระทบสิทธิในการนำเสนอคดีอย่างเต็มที่ของคู่พิพาท อันเป็นหลักประกันที่สำคัญยิ่งในกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ทั้งนี้ ไม่ตัดอำนาจของคู่พิพาทที่ตกลงร่วมกันว่าจะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการออนไลน์ ซึ่งถ้าหากเป็นกรณีนี้ เป็นอำนาจที่คู่พิพาทสามารถจะตกลงกันได้และคณะอนุญาโตตุลาการก็ผูกพันที่จะต้องดำเนินการตามความประสงค์ของคู่พิพาท

2) การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย

ร่างรัฐบัญญัติฯ[9] บัญญัติให้ศาลสูงแห่งมลรัฐเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย ถ้าหากคู่พิพาทในฝ่ายเดียวกันไม่สามารถตกลงกันเลือกอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งสอดคล้องกับทางปฏิบัติอยู่แล้ว แต่เนื่องจากบทบัญญัติเดิมไม่ครอบคลุมถึงกรณีนี้ ร่างรัฐบัญญัติฯ จึงแก้ไขเพิ่มเติมให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

3) ความเห็นแย้งและความเห็นพ้อง

ร่างรัฐบัญญัติฯ[10] บัญญัติรับรองให้อนุญาโตตุลาการสามารถทำความเห็นแย้ง (Dissenting Opinion) หรือความเห็นพ้อง (Concurring Opinion) กลัดไว้พร้อมกับคำชี้ขาดได้

อนุญาโตตุลาการที่ประสงค์จะทำความเห็นแย้งหรือความเห็นพ้องกลัดไว้ในสำนวน จะต้องแจ้งให้อนุญาโตตุลาการคนอื่นทราบ การทำความเห็นแย้งหรือความเห็นพ้องให้นำเอาบทบัญญัติของการทำคำชี้ขาดมาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ความเห็นแย้งหรือความเห็นพ้องไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด

4) การเผยแพร่คำชี้ขาด

ร่างรัฐบัญญัติฯ[11] บัญญัติให้มีการเผยแพร่คำชี้ขาด รวมถึงความเห็นแย้งและความเห็นพ้องด้วย หากได้รับความยินยอมจากคู่กรณี ซึ่งตามร่างรัฐบัญญัติฯ บัญญัติให้ถือว่าคู่กรณีให้ความยินยอมแล้ว เว้นแต่จะมีการคัดค้านการเผยแพร่คำชี้ขาดภายในหนึ่งเดือน

การเผยแพร่คำชี้ขาดอาจจะเผยแพร่ทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน อาจจะเผยแพร่โดยการปกปิดตัวตนของคู่พิพาท หรือใช้นามอื่นซึ่งทำให้ไม่สามารถสืบทราบถึงตัวตนของคู่พิพาทก็ได้

---

[9]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1035(4).

[10]เรื่องเดียวกัน, เพิ่มเติมมาตรา 1054a.

[11]เรื่องเดียวกัน, เพิ่มเติมมาตรา 1054b.

2.2.3 การแก้ไขเพิ่มเติมกระบวนพิจารณาของศาล

1) ใช้ภาษาอังกฤษในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ

ร่างรัฐบัญญัติฯ[12] บัญญัติให้ศาลสามารถใช้ภาษาอังกฤษในกระบวนพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการได้ หรือในบางกรณี อาจจะดำเนินการควบคู่กันไปทั้งภาษาเยอรมันและภาษาอังกฤษก็ได้ ซึ่งการเพิ่มเติมมาตรานี้เป็นที่คาดหมายว่าจะอำนวยความสะดวกให้แก่คู่กรณีหรือคู่พิพาท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เป็นข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งโดยมากใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาของสัญญาอยู่แล้ว

ในกรณีที่ศาลดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นภาษาอังกฤษ ศาลต้องมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเป็นภาษาอังกฤษ แต่จะต้องทำคำแปลภาษาเยอรมันไว้ด้วย แต่ไม่มีบทบัญญัติในทางกลับกันว่า ถ้าหากดำเนินการเป็นภาษาเยอรมัน จะต้องมีคำแปลภาษาอังกฤษประกอบ

การดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นภาษาอังกฤษ รวมถึงคู่กรณีสามารถยื่นพยานเอกสารต่าง ๆ ที่เป็นภาษาอังกฤษซึ่งได้ยื่นในชั้นอนุญาโตตุลาการไปแล้วโดยไม่ต้องจัดทำคำแปลภาษาเยอรมันมาก็ได้[13]

การที่ร่างรัฐบัญญัติใช้คำว่าเอกสารภาษาอังกฤษซึ่งได้เตรียมหรือได้ยื่นในระหว่างกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ แสดงให้เห็นว่า เอกสารอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำชี้ขาด (ที่ทำเป็นภาษาอังกฤษ) ซึ่งไม่ใช่เอกสารที่ได้เตรียมหรือยื่นในชั้นอนุญาโตตุลาการ ไม่สามารถจะยื่นส่งต่อศาลโดยไม่ต้องแปลเป็นภาษาเยอรมันได้

2) การพิจารณาคดีใหม่

โดยทั่วไปแล้ว คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเด็ดขาดและมีผลผูกพันคู่พิพาท ตามกฎหมายของเยอรมนีบัญญัติให้ถือว่าคำชี้ขาดมีสถานะเสมือนคำพิพากษาของศาล การคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะทำได้โดยการขอเพิกถอนคำชี้ขาดเท่านั้น ซึ่งศาลมีอำนาจอย่างจำกัดที่จะเพิกถอนเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาด โดยจะต้องไม่เป็นการพิจารณาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดแล้วซ้ำ (ศาลไม่ใช่ศาลอุทธรณ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ) การที่ร่างรัฐบัญญัติฯ บัญญัติให้ศาลสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาใหม่ได้ในบางกรณีจึงเป็นหลักการที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน[14]

อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขในการขอให้ศาลพิจารณาคดีใหม่ค่อนข้างเข้มงวดโดยต้องเป็นกรณีหลังจากที่คำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดไม่สามารถทำได้แล้ว และคู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอให้พิจารณา

---

[12]เรื่องเดียวกัน, เพิ่มเติมมาตรา 1063a.

[13]เรื่องเดียวกัน, เพิ่มเติมมาตรา 1063b.

[14]เรื่องเดียวกัน, เพิ่มเติมมาตรา 1059a.

คดีใหม่ต้องไม่ใช่ฝ่ายที่ประมาทหรือละเลยจนเป็นเหตุที่ไม่อาจยกประเด็นต่าง ๆ ขึ้นในการขอเพิกถอนคำชี้ขาดได้ และเหตุแห่งการขอให้พิจารณาคดีใหม่จะต้องร้ายแรงถึงขนาดด้วย เช่น มีการใช้เอกสารปลอมหรืออนุญาโตตุลาการถูกดำเนินคดีในฐานทุจริตเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการดังกล่าว

3) การบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ

คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจกำหนดคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนชี้ขาดคดีได้ แต่การออกคำสั่งนี้ไม่ใช่คำชี้ขาด เดิมศาลแห่งเยอรมนีจึงไม่สามารถบังคับตามคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้ได้ ร่างรัฐบัญญัติฯ[15] ได้บัญญัติให้ศาลแห่งเยอรมนีสามารถออกคำสั่งบังคับตามคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการได้ เว้นแต่มีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้ศาลเยอรมนีสามารถปฏิเสธคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวได้

จากร่างรัฐบัญญัติฯ ถ้อยคำว่าที่ “...หากสถานที่แห่งการอนุญาโตตุลาการ คือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี...”แสดงให้เห็นว่า บทบัญญัตินี้ใช้รวมถึงกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศเป็นผู้ออกคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวด้วย

4) การเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจ

ร่างรัฐบัญญัติฯ[16] บัญญัติให้ในกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องทำคำชี้ขาดในรูปแบบของ “คำชี้ขาดเกี่ยวด้วยวิธีพิจารณา” ซึ่งเมื่อเป็นคำชี้ขาด ศาลย่อมมีอำนาจเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ได้ และศาลอาจสั่งให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีซ้ำอีกครั้งได้ด้วย

ในปัจจุบัน เนื่องจากกฎหมายอนุญาโตตุลาการของเยอรมนีเป็นกฎหมายเดี่ยว เหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดจึงจำกัดอยู่เฉพาะเหตุตามอนุสัญญานิวยอร์กเท่านั้น จึงเป็นการยากที่จะโน้มน้าวให้ศาลแห่งเยอรมนีเห็นว่าคำชี้ขาดที่ไม่รับพิจารณาข้อพิพาทโดยอ้างเหตุไม่มีเขตอำนาจนั้นจะเข้าข่อโต้แย้งอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะเพิกถอนได้ ตามร่างรัฐบัญญัติฯ จึงบัญญัติเหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดประเภทนี้ไว้ต่ำกว่าเหตุตามอนุสัญญานิวยอร์ก รวมทั้งให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาคดีใหม่ได้ด้วย

ร่างรัฐบัญญัติฯ นี้ไม่ละเมิดพันธกรณีตามความตกลงระหว่างประเทศของเยอรมนี เพราะโดยสภาพแล้ว การยื่นคำร้องตามเหตุนี้จะเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีที่สถานที่แห่งการอนุญาโตตุลาการเป็นเยอรมนีเท่านั้น คำชี้ขาดเช่นนี้จึงไม่ใช่คำชี้ขาดที่ทำในต่างประเทศอันจะอยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญานิวยอร์ก

อย่างไรก็ตามคำว่า “คำชี้ขาดเกี่ยวด้วยวิธีพิจารณา” เป็นคำที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน

---

[15]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1041(2).

[16]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1040(4).

3. ปรเทศญี่ปุ่น

3.1 ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการและสถานการณ์ทั่วไปในประเทศญี่ปุ่น

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของญี่ปุ่นปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Act) กฎหมายอนุญาโตตุลาการของญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายต้นแบบ[17] ญี่ปุ่นเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์ก

ญี่ปุ่นได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นประเทศที่ “เป็นมิตร” ต่อการอนุญาโตตุลาการ เช่นกัน ศาลญี่ปุ่นเป็นที่รู้จักว่าสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการ เคารพความถูกต้องของสัญญาอนุญาโตตุลาการและไม่เข้าแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการอย่างไม่จำเป็น เมืองสำคัญอย่างโตเกียวและโอซาก้า ซึ่งเป็นสถานที่ที่มีแนวโน้มจะใช้ในการอนุญาโตตุลาการในญี่ปุ่น เป็นที่ยอมรับว่ามีสภาพแวดล้อมด้านความปลอดภัยสาธารณะที่ดีที่สุดในโลก จึงเป็นสถานที่ที่มั่นคงและปลอดภัยสำหรับการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้

ญี่ปุ่นมีสถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่ง สถาบันที่มีชื่อเสียงมากที่สุด คือ สมาคมอนุญาโตตุลาการทางการค้าญี่ปุ่น (Japan Commercial Arbitration Association - JCAA) นอกจากนี้ยังมีสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งอื่นทั้งที่ตั้งอยู่ที่กรุงโตเกียว และในภูมิภาค รวมถึงสถาบันอนุญาโตตุลาการของสภาหอการค้า เป็นต้น

3.2 การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอนุญาโตตุลาการและการตรากฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาสิงคโปร์

นับตั้งแต่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการมีผลใช้บังคับในญี่ปุ่นตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003 เป็นระยะเวลากว่า 21 ปี กระทรวงยุติธรรมประเทศญี่ปุ่นได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ[18] และร่างพระราชบัญญัติอนุวัติการอนุสัญญาสิงคโปร์[19] เพื่อเป็นการสนับสนุนให้มีการใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศญี่ปุ่นมากขึ้น ร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับได้รับความเห็นชอบและยินยอมจากรัฐสภา และมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้วนับตั้งแต่เมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2567 เป็นต้นมา

---

[17]Hiroyuki Tezuka, Azusa Saito and Motonori Ezaki, **Arbitration Procedures and Practice in Japan: Overview** [Online], available URL: https://www.nishimura.com/sites/default/files/images/51254.pdf, 2025 (November, 14).

[18]ประกาศใช้แล้วชื่อ The Act Partially Amending the Arbitration Act (Act No.15 of 2023).

[19]ประกาศใช้แล้วชื่อ The Act for Implementation of the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Act No.16 of 2023).

พระราชบัญญัติทั้งสองดังกล่าวมีสาระสำคัญแก้ไขเพิ่มเติมทั้งในกระบวนการอนุญาโตตุลาการและการยอมรับและบังคับตามผลอันมาจากการไกล่เกลี่ย ดังนี้

3.2.1 กระบวนการอนุญาโตตุลาการ

1) การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

กฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติม[20] บัญญัติให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการที่สามารถออกคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณาได้ และคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้มีผลเป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ จึงสามารถขอให้ศาลบังคับตามคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ ไม่ว่าการอนุญาโตตุลาการจะดำเนินการในญี่ปุ่นหรือไม่ก็ตาม

2) แบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือสัญญาอนุญาโตตุลาการ

กฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติม[21] บัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการมีผลบังคับได้แม้ว่าจะไม่ได้ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา หรือไม่มีการแลกเปลี่ยนเอกสารก็ตาม

นอกจากนี้ กฎหมายที่แก้ไขใหม่บัญญัติให้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจจะทำในรูปแบบไฟล์ดิจิทัล รวมถึงการลงนามในสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจจะใช้การลงนามแบบอิเล็กทรอนิกส์แทนก็ได้

3) การแปลคำชี้ขาด

เดิมการขอบังคับตามคำชี้ขาด ไม่ว่าคำชี้ขาดประเภทใด[22] และคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราว[23] ที่ทำเป็นภาษาอื่นนอกจากภาษาญี่ปุ่น คู่กรณีที่ประสงค์จะขอบังคับตามคำชี้ขาดต้องแปลเป็นภาษาญี่ปุ่นก่อนยื่นต่อศาล ตามกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งยกเว้นการแปลคำชี้ขาดที่ทำขึ้นเป็นภาษาอื่นเป็นภาษาญี่ปุ่นก็ได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน

4) เพิ่มศาลที่มีเขตอำนาจ

กฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติม[24] บัญญัติให้คู่กรณีสามารถเลือกยื่นคำร้องคดีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการต่อ Tokyo District Court หรือ Osaka District Court ได้ ทั้งนี้ กฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมไม่กระทบต่อเขตอำนาจของศาลที่มีอำนาจอยู่เดิม ดังนั้น คู่กรณียังสามารถยื่นคำฟ้อง คำร้อง

---

[20]The Act Partially Amending the Arbitration Act (Act No.15 of 2023), แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 24.

[21]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 13.

[22]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 46(2).

[23]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 47(2): การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 47(2) อาจจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อให้ได้ความชัดเจน เพราะตามมาตรา 24(9) ที่แก้ไขเพิ่มเติมก็บัญญัติให้คำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีผลเป็นคำชี้ขาดอยู่แล้ว.

[24]เรื่องเดียวกัน, แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 5(2).

หรือคำขอต่าง ๆ เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการต่อศาลที่มีเขตอำนาจตามกฎหมายเดิม (เช่น ศาลที่คู่กรณีตกลงกันให้เป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ศาลที่มีเขตอำนาจเหนือสถานที่แห่งการอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น) ได้เช่นเดิม ในกรณีที่มีศาลที่มีเขตอำนาจหลายศาล ให้ศาลที่รับคดีไว้พิจารณาก่อนเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ

การแก้ไขเพิ่มเติมนี้คาดว่าเพื่อพัฒนาให้ Tokyo District Court หรือ Osaka District Court เป็นศาลเฉพาะทางที่รับผิดชอบคดีที่เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ

3.2.2 การยอมรับและบังคับตามผลอันมาจากการไกล่เกลี่ย

ญี่ปุ่นได้ให้สัตยาบัน the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation หรืออนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยความตกลงระหว่างประเทศอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย (อนุสัญญาสิงคโปร์) เมื่อวันที่ 21 เมษายน 2566 และได้ตรากฎหมายภายในออกเพื่ออนุวัติการอนุสัญญาสิงคโปร์แล้ว โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) สาระสำคัญของอนุสัญญาสิงคโปร์

อนุสัญญาสิงคโปร์ประกาศใช้ใน พ.ศ. 2562 มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการยอมรับและบังคับตามข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศ โดยศาลแห่งท้องที่จะต้องยอมรับและบังคับตามข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศเป็นหลัก การที่ศาลแห่งท้องที่จะไม่ยอมรับหรือไม่บังคับตามความตกลงดังกล่าวจะต้องเป็นกรณียกเว้น และมีกรณีที่จำกัดเท่าที่อนุสัญญาสิงคโปร์บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น[25]

อนุสัญญาสิงคโปร์นิยามความหมายของ “การไกล่เกลี่ย” ว่าหมายถึงกระบวนการที่คู่กรณีพยายามบรรลุข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของตนด้วยความช่วยเหลือของบุคคลที่สาม (บุคคลภายนอก) หรือบุคคลหลายคนซึ่งไม่มีอำนาจในการระงับข้อพิพาท[26] ทั้งนี้ “การไกล่เกลี่ย” ตามอนุสัญญาสิงคโปร์หมายรวมถึง “การประนอมข้อพิพาท” ด้วย

ผลของการไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นผลจากการไกล่เกลี่ย นั่นคือต้องมีผู้ไกล่เกลี่ยด้วยเสมอ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาไม่ได้ระบุว่าผู้ไกล่เกลี่ยต้องมีคุณสมบัติอย่างไรบ้าง

2) ขอบเขตการบังคับใช้ของอนุสัญญาสิงคโปร์

ข้อพิพาทที่ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายครอบครัว มรดก หรือการจ้างงาน หรือข้อตกลงที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บริโภคไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญา[27] นอกจากนี้ การตกลงที่อาจจะได้รับ

---

[25]มณฑล อรรถบลยุคล, “อนุสัญญากรุงสิงคโปร์: ก้าวต่อไปของการระงับข้อพิพาททางเลือกในระดับสากล,” **ข่าวเนติบัณฑิต** 35, 400 (พฤศจิกายน 2565): 20-21.

[26]Singapore Convention, Article 2 Paragraph 3.

[27]Ibid., Article 1 Paragraph 2.

การบังคับตามคำพิพากษา (คือคำพิพากษาตามยอม) และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ (คือคำชี้ขาดตามยอม) ไม่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาสิงคโปร์[28] ทั้งนี้ ภาคีสมาชิกอาจจะกำหนดให้ข้อตกลงเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไม่อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญาสิงคโปร์ก็ได้

อนุสัญญาสิงคโปร์ใช้บังคับกับกรณีที่คู่กรณีของข้อตกลงต้องมาจากประเทศต่างกัน (International Element) ซึ่งอาจจะหมายถึงคู่กรณีมีสัญชาติต่างกัน หรือมีสถานที่แห่งการทำธุรกิจคนละประเทศกัน ฯลฯ[29] ข้อตกลงต้องเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ย กล่าวคือ คู่กรณีสามารถบรรลุข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทได้โดยความช่วยเหลือของบุคคลที่สาม ซึ่งคือผู้ไกล่เกลี่ย และข้อตกลงดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือ[30]

3) เปรียบเทียบอนุสัญญาสิงคโปร์กับอนุสัญญานิวยอร์ก

ทั้งอนุสัญญาสิงคโปร์และอนุสัญญานิวยอร์กต่างเป็นความตกลงระหว่างประเทศระดับอนุสัญญาเช่นเดียวกัน และมีวัตถุประสงค์ทำนองเดียวกันเพื่อส่งเสริมการระงับข้อพิพาทข้ามพรมแดน โดยกำหนดให้ผลจากการระงับข้อพิพาททางเลือกจากทั้งการไกล่เกลี่ย และการอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับใช้ได้ในต่างประเทศ โดยอนุสัญญาสิงคโปร์จำกัดเฉพาะข้อตกลงอันเป็นผลจากการไกล่เกลี่ย ในขณะที่อนุสัญญานิวยอร์กบังคับใช้กับคำชี้ขาด ในด้านเนื้อหา แม้ว่าเหตุแห่งการปฏิเสธคำร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามข้อตกลงอันเป็นผลมาจากการไกล่เกลี่ยระหว่างประเทศตามอนุสัญญาสิงคโปร์อาจจะคล้ายคลึงกับเหตุแห่งการปฏิเสธคำร้องขอให้ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ แต่เหตุก็ไม่เหมือนกันเสียทั้งหมด นอกจากนี้ อนุสัญญานิวยอร์กมีกลไกการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการ แต่ไม่ปรากฏหลักการทำนองเดียวกันในอนุสัญญาสิงคโปร์

4. ข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายอนุญาโตตุลาการและสถานการณ์ทั่วไปในประเทศไทย

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (Arbitration Act) กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยเป็นกฎหมายเดี่ยว เช่นเดียวกันกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และญี่ปุ่น กล่าวคือ ไม่ได้แบ่งแยกกฎหมายระหว่างอนุญาโตตุลาการในประเทศและอนุญาโตตุลาการต่างประเทศออกจากกัน

กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายต้นแบบ ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์ก

---

[28]Ibid., Article 1 Paragraph 3.

[29]Ibid., Article 1 Paragraph 1.

[30]Ibid., Article 4.

ประเทศไทยมีสถาบันอนุญาโตตุลาการหลายแห่ง สถาบันที่มีชื่อเสียงมากที่สุด คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (The Thai Arbitration Institute: TAI) และสถาบันอนุญาโตตุลาการ (The Thai Arbitration Center: THAC) นอกจากนี้ ยังมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง เช่น อนุญาโตตุลาการ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) อนุญาโตตุลาการ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย และอนุญาโตตุลาการ สำนักงานคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีการแก้ไขเพิ่มเติมจำนวน 1 ครั้งไปในปี พ.ศ. 2562 โดยเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับกรณีที่คนต่างด้าวจะเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการหรือผู้รับมอบอำนาจในชั้นอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย[31]

5. ถอดบทเรียนจากการ (จะ) แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่น

5.1 สรุปประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาททางเลือกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและญี่ปุ่น

ผู้เขียนขอสรุปการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกและการอนุญาโตตุลาการของเยอรมนีและญี่ปุ่นปรากฏในตาราง ดังนี้

ตาราง 1 แสดงการเปรียบเทียบการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาททางเลือกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและญี่ปุ่น

หัวข้อ	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	ประเทศญี่ปุ่น
1. แก้ไขแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการ	✓	✗
2. เพิ่มอำนาจศาลในการวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ	✓	✗

[31]พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562.

หัวข้อ	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	ประเทศญี่ปุ่น
3. การนำเอาเทคโนโลยีสารสนเทศและดิจิทัลมาใช้ในการสืบพยานหรือดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ	✓	✗
4. การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย	✓	✗
5. การทำความเห็นแย้งและความเห็นพ้องในชั้นอนุญาโตตุลาการ	✓	✗
6. การเผยแพร่คำชี้ขาด	✓	✗
7. การใช้ภาษาอังกฤษในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ	✓	✗
8. การพิจารณาคดีใหม่	✓	✗
9. การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว	✓ (การบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ)	✓ (คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวได้)
10. การเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจ	✓	✗
11. การแปลคำชี้ขาดที่ทำเป็นภาษาต่างประเทศเป็นภาษาท้องถิ่น	✓	✗
12. เพิ่มศาลที่มีเขตอำนาจ	✓	✗
13. อนุวัติการอนุสัญญาสิงคโปร์	✓	✗

จากตารางดังกล่าวจะเห็นได้ว่า มีเพียงสองประเด็นเท่านั้นที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นมีความประสงค์จะแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกัน คือ 1) แบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และ 2) การออกคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนชี้ขาด ซึ่งทั้งสองประเด็นนี้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต้นแบบซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ ค.ศ. 2006

สำหรับประเด็นอื่นนอกจากนี้ ทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นต่างมีแนวทางในแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการเป็นของตนเอง

5.2 ถอดบทเรียนสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่น: ประเทศไทยจะก้าวไปในทิศทางใด

ทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นต่างเป็นประเทศมหาอำนาจทางการเมืองและเศรษฐกิจ ระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศมีอิทธิพลอย่างมากต่อระบบกฎหมายของประเทศไทย ทั้งสองประเทศเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์ก และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของทั้งสองประเทศได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายต้นแบบเช่นเดียวกับประเทศไทย นอกจากนี้ รัฐบาลของทั้งสองประเทศมีความพยายามที่จะผลักดันให้ประเทศของตนเป็นศูนย์กลางการระงับข้อพิพาททางเลือกและการอนุญาโตตุลาการในระดับสากลซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐบาลไทยเช่นกัน การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการของทั้งสองประเทศจึงเป็นสิ่งที่น่าสนใจสำหรับนักกฎหมายไทยและประเทศไทยด้วย

สำหรับประเด็นที่ทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นมีความประสงค์จะดำเนินการให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือ การลดความเคร่งครัดของแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการลง และกรณีการออกคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนชี้ขาด ซึ่งอาจจะแยกพิจารณา

5.2.1 แบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการ

สำหรับประเด็นเรื่องแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้น ปัจจุบันประเทศต่าง ๆ มีแนวทางค่อนข้างเคร่งครัดซึ่งเป็นแนวทางตามกฎหมายต้นแบบเดิม ซึ่งอาจจะไม่สอดคล้องหรือไม่เหมาะสมกับสภาพของการดำเนินการทางการค้าพาณิชย์และการลงทุนระหว่างประเทศในปัจจุบัน การลดความเข้มงวดในเรื่องการบังคับใช้แบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการลงจึงน่าจะสนับสนุนให้เกิดการใช้อนุญาโตตุลาการได้มากขึ้น อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายในเรื่องแบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการทั่วโลกยังไม่ได้รับแก้ไขให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งหมด หากมีการโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาอนุญาโตตุลาการอาจจะส่งผลกระทบร้ายแรงถึงขนาดที่ทำให้คำชี้ขาดสัญญาอนุญาโตตุลาการที่ทำเป็นหลักฐานในรูปแบบไฟล์ดิจิทัลถูกเพิกถอนหรือถูกปฏิเสธการร้องขอยอมรับและบังคับตามได้ ซึ่งเป็นผลที่ไม่พึง

ปรารถนาอย่างยิ่ง ถ้าหากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในประเด็นนี้ ต้องทำด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่งโดยคำนึงถึงประเด็นดังกล่าวด้วย

5.2.2 อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

แม้การแก้ไขเพิ่มกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นในประเด็นการให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการที่จะออกคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะมีความแตกต่างในรายละเอียดอยู่บ้าง แต่ก็แสดงให้เห็นว่าทั้งศาลและอนุญาโตตุลาการต้องร่วมมือกันเพื่อให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินต่อไป รวมถึงเมื่อดำเนินการชี้ขาดเสร็จแล้วต้องมีผลใช้บังคับได้ด้วย ดังนั้น โดยที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจคณะอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้เลยอาจจะทำให้การบังคับตามคำชี้ขาดเป็นไปได้ยาก หรือทำไม่ได้เลย โดยเฉพาะหากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำชี้ขาดตั้งอยู่ต่างประเทศ ซึ่งอาจจะไม่ทันการ ประเด็นนี้จึงเป็นประเด็นที่น่าจะต้องพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมในโอกาสอันควรต่อไป

5.2.3 อำนาจศาลในการวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

สำหรับประเด็นเรื่องอำนาจศาลในการวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการนั้น แม้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จะไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลฎีกาก็มีแนววินิจฉัยแล้วว่า ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ เช่นกัน[32] ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องนี้ในประเทศไทยอาจจะยังไม่จำเป็นมากนัก

5.2.4 การนำเอาเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้

สำหรับการนำเอาเทคโนโลยีสารสนเทศและดิจิทัลมาใช้เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติอยู่แล้ว ทั้งในสถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC)[33] และสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI)[34] ต่างก็ได้นำเอาเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้บังคับ เช่น การยื่นคำเสนอข้อพิพาทและคำคัดค้าน รวมถึงคำร้องต่าง ๆ (ระบบ E-Arbitration) รวมไปถึงการสืบพยานผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ซึ่งจนกระทั่งปัจจุบันก็ ยังไม่เคยมีการโต้แย้งว่าการสืบพยานผ่านจอภาพหรือระบบอิเล็กทรอนิกส์โดยที่อีกฝ่ายคัดค้านจะเป็นการกระทบต่อหลักการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและการได้นำเสนอคดีอย่างเต็มที่แต่อย่างใด การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องนี้อาจจะยังไม่จำเป็นเท่าใดนัก

---

[32]คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3425-3426/2566.

[33]โปรดดู ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางออนไลน์ พ.ศ. 2563.

[34]โปรดดู ข้อกำหนดสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยหลักเกณฑ์การใช้ระบบการอนุญาโตตุลาการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2565.

สำหรับการบัญญัติให้คำชี้ขาดสามารถทำเป็นไฟล์ดิจิทัล หรือมีการลงนามทางอิเล็กทรอนิกส์ อาจจะมีความสุ่มเสี่ยงที่จะส่งผลให้เกิดปัญหาในขั้นตอนการขอให้ศาลต่างประเทศยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำเป็นไฟล์ดิจิทัลหรือที่อนุญาโตตุลาการลงนามแบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ โดยส่วนตัวผู้เขียนเห็นว่ายังไม่ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นนี้ อย่างน้อยก็อีกระยะหนึ่งจนกว่าวิถีนิยมหรือเทรนด์หลักของประเทศต่าง ๆ ในโลกจะเห็นตรงกันว่าคำชี้ขาดไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ

5.2.5 อำนาจศาลแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย

สำหรับประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมของเยอรมนีเรื่องการให้อำนาจศาลแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย เป็นกรณีที่คู่กรณีร่วมไม่สามารถตกลงตัวอนุญาโตตุลาการร่วมกันได้ สำหรับในประเทศไทย ผู้เขียนยังพบข้อพิพาทที่มีคู่กรณีเกินกว่าสองฝ่ายน้อยมาก ทั้งกรณีดังกล่าวก็มีข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการรองรับไว้อยู่แล้ว รวมถึงการตีความพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 น่าจะตีความให้ครอบคลุมกรณีดังกล่าวได้ การแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นนี้อาจจะยังไม่มีความจำเป็นมากนัก

5.2.6 การทำความเห็นแย้งและความเห็นพ้องของอนุญาโตตุลาการ

สำหรับประเด็นความเห็นแย้งและความเห็นพ้อง ผู้เขียนเคยพบแต่กรณีที่อนุญาโตตุลาการฝ่ายเสียงข้างน้อยทำความเห็นแย้งในชั้นอนุญาโตตุลาการกลัดไว้กับคำชี้ขาด ซึ่งเข้าใจว่าเป็นการลอกเลียนมาจากการทำความเห็นแย้งของศาล แต่กรณีที่อนุญาโตตุลาการซึ่งเห็นพ้องด้วยกับฝ่ายความเห็นข้างมากจะทำทำความเห็นพ้องส่วนตนแยกไว้โดยเฉพาะนั้นผู้เขียนยังไม่เคยพบ ผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายประเด็นนี้เป็นการแก้ไขข้อขัดข้องหรือความไม่ชัดเจนของเยอรมนีเฉพาะตัว ประกอบกับประเด็นนี้มีทางปฏิบัติในประเทศไทยไม่มากนัก กรณีจึงยังไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนนี้

5.2.7 การเผยแพร่คำชี้ขาด

สำหรับการเผยแพร่คำชี้ขาดอาจจะเป็นประโยชน์ในการพัฒนาการตีความกฎหมาย ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงสิทธิและความเป็นส่วนตัวของคู่พิพาทด้วย ที่ผ่านมาสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ได้มีการเผยแพร่บทคัดย่อคำชี้ขาดอยู่บ้าง ในขณะที่สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ยังไม่เคยเผยแพร่คำชี้ขาดเลย อาจจะด้วยเหตุไม่ได้รับความยินยอมจากคู่พิพาท แต่ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นนี้เป็นเรื่องที่สามารถแก้ไขได้โดยการขอความยินยอมจากคู่พิพาทเป็นรายกรณีไป หรืออาจจะกำหนดไว้ในข้อบังคับของสถาบันก็ได้ กรณีจึงยังไม่ใช่เรื่องที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

5.2.8 ศาลที่มีเขตอำนาจและการดำเนินกระบวนพิจารณาในชั้นศาล

ประเด็นการใช้ภาษาอังกฤษในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับ

อนุญาโตตุลาการของเยอรมนี การกำหนดเขตอำนาจศาลเพิ่มเติมและการลดเงื่อนไขในการแปลคำชี้ขาดของญี่ปุ่น เป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกัน ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 9 บัญญัติให้มีศาลที่มีเขตอำนาจไว้หลายศาล ทำให้แนวทางการตีความของประธานศาลฎีกา ประธานศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษ และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลตีความไปในแนวทางดังกล่าวซึ่งถูกต้องตามตัวบทกฎหมายแล้ว แต่ยังอาจจะไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ดั้งเดิมที่มุ่งหวังให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 9 โดยบัญญัติให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง และศาลปกครองกลางเท่านั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรวมศูนย์ให้คดีอนุญาโตตุลาการมารวมกันอยู่ที่ศาลแห่งเดียว เพื่อพัฒนาความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาในศาลดังกล่าว และทำให้แนวทางในการตีความ และปรับบทกฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ในปัจจุบัน ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีเพียงศาลเดียว คือศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ซึ่งมีที่ตั้งในกรุงเทพมหานคร แต่มีเขตอำนาจทั่วราชอาณาจักรตามบทเฉพาะกาล[35] การยื่นฟ้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง สามารถยื่นต่อศาลจังหวัดใด ๆ ก็ได้[36] การติดต่อระหว่างศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางกับคู่ความสามารถดำเนินการผ่านไปรษณีย์ ไปรษณีย์อิล์กทรอนิกส์ หรือวิธีการอื่นใดก็ได้[37] การสืบพยานอาจทำผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์หรือการประชุมทางจอภาพก็ได้[38] การดำเนินกระบวนพิจารณาและสืบพยานในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจึงมีความสะดวกอยู่แล้วโดยไม่ติดขัดในเรื่องของเขตพื้นที่ เมื่อพิจารณาถึงการพัฒนาความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาและเพื่อให้แนวการวินิจฉัยมีความสม่ำเสมอและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน จึงควรรวมศูนย์ให้เฉพาะศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางเท่านั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในคดีอนุญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องให้ศาลอื่น รวมถึงศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าภาค (ถ้าหากมีการจัดตั้งขึ้น) เป็นศาลที่มีเขตอำนาจด้วย และโดยเหตุผลเดียวกันนี้ ถ้าหากข้อพิพาทในคดีอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นคดีปกครองโดยสภาพหรือเกิดจากสัญญาทางปกครอง ก็ควรให้ศาลปกครองกลางเท่านั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ โดยไม่ให้ศาลปกครองชั้นต้นอื่น ๆ มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลเป็นเป็นประเด็นที่ต้องดำเนินการโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเท่านั้น

---

[35]พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539, มาตรา 47.

[36]ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2566, ข้อ 14.

[37]เรื่องเดียวกัน, ข้อ 7.

[38]เรื่องเดียวกัน, ข้อ 49 และดูข้ออื่น ๆ ในหมวด 5 ประกอบ.

สำหรับกระบวนพิจารณาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลอาจสั่งให้คู่ความไม่ต้องแปลเอกสารที่ทำเป็นภาษาต่างประเทศก็ได้ ถ้าหากเอกสารนั้น ๆ ไม่ใช่เอกสารหลัก[39] ดังนั้น หากจะให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศมีอำนาจสั่งให้ดำเนินการต่าง ๆ รวมถึงสืบพยานเป็นภาษาอังกฤษ รวมถึงอำนาจศาลที่อาจสั่งให้ยกเว้นให้คู่ความไม่จำเป็นต้องแปลเอกสารภาษาต่างประเทศเป็นภาษาไทย โดยหมายรวมถึงคำชี้ขาดด้วยย่อมเป็นเรื่องที่สามารถทำได้โดยไม่จำเป็นต้องแก้กฎหมาย แต่อาจใช้วิธีให้อธิบดีศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางออกข้อกำหนดฯ เพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวแทน ซึ่งหากสามารถดำเนินการ เหล่านี้ได้ก็น่าจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง

สำหรับศาลปกครองกลางนั้น โดยหลักศาลปกครองใช้วิธีการไต่สวนและพิจารณาจากพยานเอกสารเป็นหลัก ในกรณีที่มีการดำเนินกระบวนพิจารณาและมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง รวมถึงการยื่นเอกสารต่อศาลปกครองต้องทำเป็นภาษาไทย โดยหากพยานเอกสารจัดทำเป็นภาษาต่างประเทศ ศาลจะต้องสั่งให้จัดทำคำแปลเป็นภาษาไทย ไม่ว่าแปลทั้งฉบับหรือแปลเพียงบางส่วน[40] แสดงว่าศาลปกครองไม่อาจสั่งให้งดการแปลเอกสารที่จัดทำเป็นภาษาต่างประเทศทั้งฉบับได้ ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้ศาลปกครองสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาและมีคำสั่งงดแปลเอกสารภาษาต่างประเทศทั้งฉบับจึงต้องแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องตรากฎหมาย

5.2.9 อำนาจศาลในการพิจารณาคดีใหม่

สำหรับประเด็นการให้อำนาจศาลในการพิจารณาคดีใหม่นั้น ประเด็นนี้เป็นหลักการใหม่ที่ยังไม่เคยปรากฏมาก่อนการนำมาใช้บังคับจะทำให้เกิดความสับสนหรือไม่ โดยเฉพาะพิจารณาเงื่อนไขของเยอรมนีที่ต้องปรากฏว่าการร้องขอพิจารณาคดีใหม่จะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อการร้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดไม่อาจทำได้แล้ว ซึ่งอาจจะกลายมาเป็นการเพิ่มขั้นตอนเข้าไปอีกขั้นตอนหนึ่งภายหลังจากชั้นขอเพิกถอนคำชี้ขาด ซึ่งนอกจากอาจจะกระทบต่อความเป็นที่สุดและผูกพันของคำชี้ขาดแล้ว ยังทำให้คดีล่าช้าไม่สมดังเจตนารมณ์ของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงยังอาจจะถูกใช้เป็นเทคนิคในการถ่วงเวลาอีก อาจจะต้องรอดูผลต่อไปสักระยะหนึ่งว่า การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของเยอรมนีในประเด็นนี้เป็นประโยชน์ในทางปฏิบัติหรือไม่

5.2.10 อำนาจศาลในการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจ

การเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจในประเด็นนี้ปัญหาอยู่ที่ความในมาตรา 24 วรรคสาม ตอนท้ายบัญญัติไว้ว่าเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการ

---

[39]เรื่องเดียวกัน, ข้อ 31 – 34.

[40]ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543, ข้อ 9.

วินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจพิจารณาเรื่องใด อีกฝ่ายสามารถโต้แย้งคำสั่งไปที่ศาลที่มีเขตอำนาจได้ แต่ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดว่าตนเองไม่มีอำนาจ การที่ศาลจะสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดในเรื่องนี้จึงต้องใช้เกณฑ์ในการเพิกถอนคำชี้ขาดตามมาตรา 43 และ 44 ซึ่งอาจจะไม่เกี่ยวข้องเท่าใดนัก แต่ในประเด็นเรื่องนี้ศาลฎีกาวางแนววินิจฉัยไว้แล้วว่า เมื่อศาลเพิกถอนคำชี้ขาดแล้ว หากคณะอนุญาโตตุลาการไม่ยอมรับพิจารณาข้อพิพาทอีก ศาลย่อมเป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาคดีเองได้[41] กรณีจึงมีองค์กรระงับข้อพิพาทที่จะรับวินิจฉัยข้อพิพาท การแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องนี้จึงอาจจะยังไม่จำเป็นมากนัก

5.2.11 การตรากฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาสิงคโปร์

สำหรับการตรากฎหมายอนุวัติการอนุสัญญาสิงคโปร์นั้นเกิดจากค่านิยมและวัฒนธรรมของประเทศญี่ปุ่นที่เน้นการไม่เผชิญหน้า ซึ่งทำให้การดำเนินคดีทั้งในศาลและอนุญาโตตุลาการถูกจัดให้เป็นทางเลือกลำดับท้าย ๆ การไกล่เกลี่ยถือเป็นการดำเนินการที่มีประสิทธิภาพมากกว่าในบริบทของประเทศญี่ปุ่น[42] ดังนั้น ประเทศญี่ปุ่นจึงเร่งรัดที่จะผลักดันให้อนุสัญญาสิงคโปร์มีผลใช้บังคับใน ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งบริบททางสังคมดังกล่าวอาจจะแตกต่างจากประเทศไทยอยู่บ้าง อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันสำนักงานศาลยุติธรรมได้ดำเนินการร่างพระราชบัญญัติฯ เพื่ออนุวัติตามอนุสัญญาสิงคโปร์และได้เสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ซึ่งหากร่างดังกล่าวผ่านเป็นกฎหมาย ประเทศไทยก็จะลงนามเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาดังกล่าวต่อไป

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ในกระแสธารแห่งความเปลี่ยนแปลงที่หลั่งไหลมาย่อมมีผลกระทบต่อการดำเนินการในกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกและอนุญาโตตุลาการในประเทศต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลง หรือเพื่อให้การดำเนินการสะดวกรวดเร็วมากขึ้นกว่าเดิมเพื่อให้สมกับเจตนารมณ์ของการระงับข้อพิพาททางเลือก เมื่อเหลียวซ้าย (ประเทศตะวันตก) และแลขวา (ประเทศตะวันออก) เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นก็พบว่า มีความเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการระงับข้อพิพาทและอนุญาโตตุลาการในทั้งสองประเทศในรอบกว่ายี่สิบปี บางเรื่องเป็นการแก้ไขข้อขัดข้องที่เกิดในทางปฏิบัติ บางเรื่องเป็นการแก้ไขให้เท่าทันความเปลี่ยนแปลงของโลก ในขณะที่บางเรื่องเป็นการออกกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมและวัฒนธรรม

---

[41]คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 178/2566.

[42]โปรดดู ขันธ์ปรึกษา สุวลักษณ์, “ประเทศญี่ปุ่น เหรียญสองด้านของการเป็นสังคมแห่งความกลมเกลียวและไม่นิยมซึ่งข้อพิพาท,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง** 6, 1 (มิถุนายน 2566): 326-327.

ในกระแสธารแห่งความเปลี่ยนแปลง ประเทศไทยย่อมต้องปรับตัวให้เท่าทันเช่นกันเพื่อให้ประเทศไทยได้รับการยอมรับว่าเป็นมิตรต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ โดยมีกฎหมายที่ทันสมัยเท่าทันความเปลี่ยนแปลงและเป็นไปของโลก อย่างไรก็ตามแม้ว่าระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นจะเป็นระบบกฎหมายที่มีผลต่อระบบกฎหมายของประเทศไทยมาก แต่ก็มิได้หมายความว่าประเทศไทยจะต้องคัดลอกตามแนวทางดังกล่าวเสียทั้งหมด แต่ต้องคำนึงถึงปัญหาข้อขัดข้องในทางปฏิบัติ แนวทางหลักของประเทศอื่น ๆ ในโลก รวมถึงความจำเป็นและเร่งด่วนในการแก้ไขกฎหมายด้วย

6.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าประเด็นที่ควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามแนวทางของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่น คือ

1) แก้ไขเพิ่มเติมให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางและศาลปกครองกลาง เท่านั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีอนุญาโตตุลาการ

2) แก้ไขเพิ่มเติมให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งหรือมาตรการชั่วคราวก่อนชี้ขาดข้อพิพาท และให้ถือว่าคำสั่งหรือมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อให้สามารถร้องขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจบังคับตามให้ได้ทั้งในประเทศไทยและประเทศภาคีสมาชิกของอนุสัญญานิวยอร์ก

สำหรับการแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมประเด็นอื่น ๆ ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นอาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1) กรณีที่ไม่มีจะยังไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เพราะสอดคล้องกับทางปฏิบัติหรือกฎหมายของประเทศไทยอยู่แล้ว คือ

(1) การกำหนดให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ

(2) การกำหนดให้สามารถนำเอาเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในขั้นตอนการสืบพยาน

(3) การกำหนดให้ศาลสามารถแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการในกรณีที่มีคู่พิพาทหลายฝ่าย

2) ประเด็นการตรากฎหมายอนุวัตการอนุสัญญาสิงคโปร์เป็นเรื่องที่ประเทศไทยได้เริ่มดำเนินการไปบ้างแล้ว

3) การกำหนดให้สามารถทำความเห็นแย้งและความเห็นพ้องในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมท้องถิ่นซึ่งอาจจะแตกต่างจากประเทศไทย

4) บางประเด็นสามารถแก้ไขได้โดยการแก้ไขข้อกำหนดหรือระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาล หรือข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย คือ

(1) การเผยแพร่คำชี้ขาด อาจทำได้โดยแก้ไข้ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ

(2) การกำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้งดการแปลเอกสารที่ทำขึ้นเป็นภาษาอื่นเป็นภาษาไทย

5) ประเด็นการกำหนดให้แบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาอนุญาโตตุลาการทำเป็นรูปแบบอิเล็กทริกส์หรือไฟล์ดิจิทัลได้ เป็นหลักการใหม่ที่ยังไม่เคยปรากฏมาก่อน จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาดูความเหมาะสมและผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นต่อไปว่าสัมฤทธิ์ตามวัตถุประสงค์หรือไม่ แล้วจึงพิจารณาว่าประเทศไทยจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ต่อไป

6) บางประเด็นเป็นเรื่องที่ไม่น่าจะต้องพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เนื่องจากขัดแย้งกับสภาพของกฎหมายอนุญาโตตุลาการในฐานะที่เป็นองค์กรระงับข้อพิพาททางเลือก

(1) การกำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีใหม่ได้

(2) การกำหนดให้ศาลสามารถสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่วินิจฉัยว่าตนเองไม่มีเขตอำนาจได้

บรรณานุกรม

ขันธ์ปรึกษา สุวลักษณ์. “ประเทศญี่ปุ่น เหรียญสองด้านของการเป็นสังคมแห่งความกลมเกลียวและไม่นิยมซึ่งข้อพิพาท.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง** 6, 1 (มิถุนายน 2566): 326-327.

มณฑล อรรถบลยุคล. “อนุสัญญากรุงสิงคโปร์: ก้าวต่อไปของการระงับข้อพิพาททางเลือกในระดับสากล.” **ข่าวเนติบัณฑิต** 35, 400 (พฤศจิกายน 2565): 20-21.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539.

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2562.

ข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2566.

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543.

ข้อกำหนดสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยหลักเกณฑ์การใช้ระบบการอนุญาโตตุลาการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2565.

ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางออนไลน์ พ.ศ. 2563.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 178/2566.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3425-3426/2566.

Harbst, Ragnar. Heiko Plassmeier and Jürgen Mark. **The Baker McKenzie International Arbitration Yearbook Germany** [Online]. Available URL: https://www.globalarbitrationnews.com/wp-content/uploads/sites/42/2017/06/Germany.pdf, 2025 (November, 14).

Hiroyuki, Tezuka. Azusa Saito and Motonori Ezaki. **Arbitration Procedures and Practice in Japan: Overview** [Online]. Available URL: https://www.nishimura.com/sites/default/files/images/51254.pdf, 2025 (November, 14).

Markert, Lars. Benedikt Kaneko and Mihiro Koeda. **Amendments to Japan’s Arbitration Act** [Online]. Available URL: https://dailyjus.com/world/2024/04/amendments-to-japans-arbitration-act, 2025 (November, 14).

Ministry of Justice. **Arbitration Act** [Online]. Available URL: https://www. japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4440#je_ch4at2, 2025 (November, 14).

_____. **White Paper of the Federal Ministry of Justice on the modernization of German arbitration Law** [Online]. Available URL: https://www.disarb.org/fileadmin/user_upload/Veranstaltung/2023/Annex_1_Modernization_of_German_Arbitration_Law-White_Paper_BMJ.pdf, 2025 (November, 14).

Respondek, Andreas. “Current Development Arbitration Law in Germany.” **The American Review of International Arbitration** 25 (April 2014): 290.

The Federal Ministry of Justice. **Draft Bill for the modernisation of arbitration Law** [Online]. Available URL: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RefE/RefE_Modernisierung_Schiedsverfahrensrecht_2024_EN.pdf?__blob=publicationFile&v=3, 2025 (November, 14).

United Nations. **United Nations Treaty Collection: XXII-1** [Online]. Available URL: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&clang=_en, 2025 (November, 14).

Civil Procedure Code.

The Act Partially Amending the Arbitration Act (Act No.15 of 2023).

The Act for Implementation of the United Nations Convention on International Settlement. Agreements Resulting from Mediation (Act No.16 of 2023).

หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย กับองค์การมหาชนในประเทศไทย

สมพงษ์ แซ่ตัน
วัชระ กลิ่นสุวรรณ
ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายกับองค์การมหาชนในประเทศไทย
Principles of Equality before the Law with Public Organization in Thailand

สมพงษ์ แซ่ตัน*
Sompong Saetan
วัชระ กลิ่นสุวรรณ**
Watchara Klinsuwan
ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์***
Professor Dr.Kriengkrai Charoenthanavat

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาสาระสำคัญและการปรับใช้หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย ในบริบทสากลและในบริบทของประเทศไทย ซึ่งต้องพิจารณาทั้งในส่วนเนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการ

---

*สถาบันทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน); น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; ประกาศนียบัตรหลักสูตรกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ที่ได้รับการรับรองจาก ก.ศป. แล้ว) สำนักงานศาลปกครอง; ประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: pongsae@hotmail.com

National Institute of Educational Testing Service (Public Organization); LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. Dhurakij Pundit University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; Diploma in Administrative Law Administrative Courts; Certificate of Public Law, Thammasat University.

**สถาบันทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน); น.บ. มหาวิทยาลัยกรุงเทพ; น.ม. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: watchara_klin@hotmail.com

National Institute of Educational Testing Service (Public Organization); LL.B. Bangkok University; LL.M. Chulalongkorn University.

***อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.ม. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; D.E.A. (Droit public) Strasbourg III University, France; Doctorat en droit (Très honorable) Strasbourg III University, France. E-mail: tham38@hotmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Chulalongkorn University; LL.B. Chulalongkorn University; LL.M. Chulalongkorn University; D.E.A. (Droit public) Strasbourg III University, France; Doctorat en droit (Très honorable) Strasbourg III University, France.

วันที่รับบทความ (received) 24 ตุลาคม 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 18 มิถุนายน 2568, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 3 กรกฎาคม 2568.

และขั้นตอน และศึกษาหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายกับองค์การมหาชนในประเทศไทย จากการศึกษาพบว่า ในบริบทสากล หลักการนี้ผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐภาคีอย่างชัดเจน เป็นระบบ และเป็นรูปธรรม ส่วนในบริบทประเทศไทย ในทางหลักการก็ได้รับการรับรองผ่านกฎหมายอย่างชัดเจน เป็นระบบ และเป็นรูปธรรมเช่นเดียวกัน แต่ในทางปฏิบัติกรณีองค์การมหาชนในประเทศไทยพบว่า ยังไม่มีความชัดเจน เป็นระบบ และเป็นรูปธรรมในการปฏิบัติตามหลักการนี้ เห็นได้จากกฎที่ยังขาดการกำกับดูแล ซึ่งส่งผลต่อผู้บังคับใช้และผู้อยู่ใต้บังคับของกฎเหล่านั้นให้ไม่ได้รับความเสมอภาคในโอกาสหรือสิทธิ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล รวมทั้งยังกระทบกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ขององค์การมหาชน ดังนั้น การสร้างความรู้ ความเข้าใจ และความตระหนัก ในความสำคัญของหลักการและกลไกข้างต้นให้กับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์การมหาชน และให้คณะกรรมการพัฒนาและส่งเสริมองค์การมหาชน (กพม.) ใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายองค์การมหาชน ในการเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์กลางสำหรับให้องค์การมหาชนแต่ละแห่งใช้เป็นแนวทางในการตรากฎ จะมีส่วนช่วยให้กฎที่ตราโดยองค์การมหาชนมีความเหมาะสม อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการปฏิบัติตามหลักการได้อย่างชัดเจน เป็นระบบ และเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: หลักความเสมอภาค, หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย, องค์การมหาชน

Abstract

This article aims to study the essence and application of the principle of equality both in the international context and context of thai legislation. Equality must be considered in the content, the pattern and the process of legislative enactment. The article aims to study the principle of equality before the law with the public organizations in Thailand. The study found that in the international context, this principle is clearly, systematically, and concretely binding on states parties. In Thailand the principle, also been clearly, systematically and concretely guaranteed through the law. However, it has been found that the case of public organizations in Thailand there is practically still no clarity, systematic and concreteness. This can be seen from the rules that still lacks supervision of compliance with the criteria until it affects those who enforce and those who are under the rule. Unequality of opportunity or rights which affects the rights and liberties from the unequal. It also affects the intention and objectives of public organizations. Therefore, understanding and awareness on the importance of the above principles and mechanisms to persons involved with public organizations. Then The Public Organizaiton Devolopment and Promotion Committee (PODPC) to exercise its powers and duties under the public organizations act. In making recommendations to the cabinet to establish central criteria for each public organization to use as a guildline for using the authority to enact rules. It will help the rules enacted by public organizations to be more appropriate, reflecting the principles more clearly, systematically, and concretely.

Keywords: principle of equality, principle of equality before the law, public organization

1. บทนำ

หลักความเสมอภาค (Principles of Equality) เป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์[1] โดยเฉพาะในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่การใช้อำนาจรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ตามหลักนิติรัฐ และองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายจะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนด หรือ “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ”[2] รวมทั้งการใช้อำนาจรัฐก็ต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ว่าอำนาจรัฐนั้นจะปรากฏตัวในรูปแบบใด[3] และยังถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งในหลายประเทศได้นำมาบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายบ้านเมืองด้วย โดยบางประเทศอาจจัดรูปแบบเป็นประเภท เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส[4] และประเทศไทย[5] มีการจัดแบ่งเป็นหลักการย่อย 4 ประเภท คือ 1) หลักความเสมอภาคในการเข้ารับบริการสาธารณะ[6] 2) หลักความเสมอภาคในการเข้าทำงานภาครัฐ 3) หลักความเสมอภาคในการรับภาระสาธารณะ[7] และ 4) หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย เป็นต้น

กล่าวเฉพาะ “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” ซึ่งอาจรับรู้กันในชื่อต่าง ๆ เช่น หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย[8] หลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย[9] ความเสมอกัน

---

[1]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักความเสมอภาค** [Online], available URL: https://shorturl. asia/3iNKD, 2567 (กรกฎาคม, 11).

[2]อรรถพล ใหญ่สว่าง, “หลักนิติธรรม,” **วารสารจุลนิติ** 11, 1 (มกราคม–กุมภาพันธ์ 2557): 39.

[3]บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพมหานคร: รายงานวิจัยเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), หน้า 7.

[4]ภัทรดา เมฆานันท์, “หลักความเสมอภาคกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : ศึกษากรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 77.

[5]ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, **หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม** (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ป.), หน้า 3.

[6] โปรดดู สมพงษ์ แซ่ตัน, วัชระ กลิ่นสุวรรณ และเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “หลักความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะกับองค์การมหาชนในประเทศไทย,” **วารสารกระบวนการยุติธรรม** 17, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2567): 165-194.

[7]โปรดดู สมพงษ์ แซ่ตัน, วัชระ กลิ่นสุวรรณ และเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “หลักความเสมอภาคในการรับภาระสาธารณะกับองค์การมหาชนในประเทศไทย,” **วารสารวิชาการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ** 12, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2567): 149-175.

[8]ภัทรดา เมฆานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 78.

[9]ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, เรื่องเดิม, หน้า 3.

ในกฎหมาย[10] เป็นต้น แต่ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าอะไรก็พบสาระสำคัญทำนองเดียวกัน คือ เป็นการรับรองความเท่าเทียมกันในสิทธิและหน้าที่ของบุคคล เป็นเสมือนหลักประกันให้กับประชาชน เป็นการกำหนดหน้าที่ของรัฐ โดยรัฐจะตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร[11] ที่มีลักษณะเป็นการสร้างกติกา กฎเกณฑ์ หรือเงื่อนไขให้มีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไม่เสมอภาคไม่ได้ และจะบังคับใช้กฎหมาย/กฎ ที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอย่างไม่เสมอภาคไม่ได้ ทั้งนี้ ต้องพิจารณาทั้งในส่วนที่เป็นเนื้อหา ส่วนที่เป็นรูปแบบ และส่วนที่เป็นกระบวนการและขั้นตอน

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 3 ฉบับ คือ ฉบับปีพุทธศักราช 2540 มาตรา 30 ฉบับปีพุทธศักราช 2550 มาตรา 30 และฉบับปีพุทธศักราช 2560 มาตรา 27[12] จะพบถ้อยคำ เช่น ...ความเสมอภาคกันในกฎหมายและการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เป็นสิทธิควบคู่กับความเป็นมนุษย์โดยไม่อาจนำความแตกต่างกันในเรื่องสัญชาติมาทำลายความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมายแต่อย่างใด...[13] หรือ...รัฐมีหน้าที่ขจัดอุปสรรคและส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น...[14] หรือ ...บทบัญญัติลักษณะนี้ได้บัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากระบบศักดินา ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน...[15] เป็นต้น จะพบว่า หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในประเทศไทย มีความมุ่งหมายที่ชัดเจนในการเป็นหลักการเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านการบัญญัติกฎหมายและ

---

[10]คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, **ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560** [Online], available URL: https://shorturl.asia/EyD2m, 2567 (กรกฎาคม, 19).

[11]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2567), หน้า 353-407.

[12]นาถะ ดวงวิชัย, **เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญ ปี 2540 – 2550 และรัฐธรรมนูญ ปี 2560** (กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2560), หน้า 8–9.

[13]มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ, **เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 93–94.

[14]คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, **เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550), หน้า 22–23.

[15]คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, **ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2562), หน้า 41–42.

การบังคับใช้กฎหมาย มุ่งให้เกิดความเท่าเทียมกันของบุคคลโดยปราศจากชนชั้นหรือการเลือกปฏิบัติ ดังนั้น เมื่อหลักการดังกล่าวได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายระดับสูงสุดของประเทศไทยแล้ว จึงมีผลผูกพันต่อไปยังกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎหมายของฝ่ายบริหาร รวมทั้งฝ่ายปกครองด้วย[16]

สำหรับระบบองค์การมหาชนในประเทศไทย ผูกพันโดยตรงต่อหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายผ่านกฎหมายระดับต่าง ๆ คือ 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องร่วมมือและช่วยเหลือกันในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดิน การจัดทำบริการสาธารณะ และการใช้จ่ายเงินงบประมาณมีประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อประโยชน์สุขของประชาชน...[17] 2) พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่กำหนดให้สามารถจัดตั้งองค์การมหาชนได้เมื่อรัฐบาลมีแผนงานหรือนโยบายด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ และมีความเหมาะสมที่จะจัดตั้งหน่วยงานขึ้นใหม่แตกต่างไปจากส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ โดยมีความมุ่งหมายให้มีการใช้ประโยชน์ทรัพยากรและบุคลากรให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด[18] และ 3) พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนแต่ละแห่ง ที่กำหนดภารกิจบริการสาธารณะเฉพาะด้านสังคมและวัฒนธรรม ดังนั้น กฎหมายเหล่านี้จึงแสดงให้เห็นว่า องค์การมหาชนต้องผูกพันและปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวในการจัดทำบริการสาธารณะ

นอกจากความผูกพันในทางกฎหมายแล้ว องค์การมหาชนยังผูกพันต่อหลักการนี้ผ่านระบบองค์การมหาชนในฐานะที่เป็นทางเลือกในการจัดทำบริการสาธารณะ[19] ที่สามารถกำหนดกลไกต่าง ๆ ให้เอื้ออำนวยต่อการจัดทำภารกิจให้สามารถดำเนินงานได้อย่างอิสระ โดยมุ่งให้ความสำคัญกับประสิทธิผล โดยเฉพาะในเรื่องของการตรากฎที่ถือว่าเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำภารกิจ และในบางครั้งกฎเหล่านี้ไปกระทบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประกอบกับองค์การมหาชนที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกามีจำนวนมาก (37 องค์การ ณ วันที่ 19 กรกฎาคม 2567)[20] ซึ่งเป็นนัยว่าการมีภารกิจที่หลากหลายและมีองค์การมหาชนหลายแห่ง ก็ย่อมมีโอกาสที่กฎเหล่านั้นจะกระทบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นตามไปด้วย

---

[16]บุปผา อัครพิมาน, **รวบบทความวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ** (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ป.), หน้า 10-11**.**

[17]รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 76.

[18]พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มาตรา 5.

[19]นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 174-175.

[20]กพร. องค์การมหาชนและหน่วยงานของรัฐรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการ, **ข้อมูลพื้นฐานองค์การมหาชน องค์การมหาชนที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา ตาม พ.ร.บ. 2542** [Online], available URL: https://shorturl.asia/dvgeY, 2567 (กรกฎาคม, 19).

ความผูกพันต่อหลักการข้างต้น ทำให้เห็นถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายกับองค์การมหาชนในประเทศไทย เพราะองค์การมหาชนต้องใช้อำนาจในการตรากฎและบังคับใช้กฎภายใต้ “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” โดยกฎเหล่านั้นต้องชอบด้วยเนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการและขั้นตอน แต่เมื่อพิจารณากฎขององค์การมหาชนในประเทศไทย จะพบว่ามีความแตกต่างหลากหลาย ซึ่งส่งผลต่อทั้งผู้บังคับใช้และผู้อยู่ใต้บังคับของกฎเหล่านั้น เช่น กฎที่ส่งผลกระทบกับประชาชน[21] หรือคำสั่ง/กฎเกณฑ์ ที่กระทบหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล[22] เป็นต้น ความแตกต่างหลากหลายดังกล่าว หากเป็นกฎที่ไม่มีคุณภาพหรือไม่มีมาตรฐาน นอกจากจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนปรากฏเป็นตัวอย่างข้อพิพาทแล้ว ในอีกมุมหนึ่งยังกระทบต่อความผูกพันตามหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย และกระทบกับการใช้อำนาจในการปฏิบัติภารกิจขององค์การมหาชนด้วย[23] กระทั่งอาจส่งผลกระทบกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์กรในลักษณะนี้ ดังนั้น บทความนี้จึงมุ่งศึกษา และวิเคราะห์การปรับใช้หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายกับองค์การมหาชนในประเทศไทย เพื่อชี้ให้เห็นถึงตัวอย่างสภาพปัญหาและเสนอแนะแนวทางการแก้ไขที่เหมาะสมต่อไป

2. หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในบริบทสากล

สำหรับหลักความเสมอภาคมีการรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายระหว่างประเทศ[24] และหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายก็มีการรับรองไว้อย่างชัดเจนทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของต่างประเทศ ฉะนั้น เพื่อให้เห็นถึงสาระสำคัญและการปรับใช้อย่างครอบคลุม จึงขอนำเสนอ ดังนี้

---

[21]มีตัวอย่าง เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 835/2566 ซึ่งคดีนี้ผู้ฟ้องคดีมีการกล่าวอ้างว่า องค์การมหาชนปฏิบัติภารกิจโดยการจัดการทดสอบฯ และดำเนินการในขั้นตอนต่าง ๆ แต่เกิดความผิดพลาด จนส่งผลกระทบก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้ององค์การมหาชนต่อศาลปกครอง เป็นต้น.

[22]มีตัวอย่าง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองนครสวรรค์ ที่ บ. 5/2566 ซึ่งคดีนี้ผู้ฟ้องคดีมีการกล่าวอ้างว่าองค์การมหาชนได้ออกคำสั่งเกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพยากรบุคคลที่มีผลกระทบจนเกิดความเสียหายต่อผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้ององค์การมหาชนต่อศาลปกครอง เป็นต้น.

[23]องค์การมหาชนต้องจัดทำภารกิจบริการสาธารณะภายใต้หลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญ ได้แก่ หลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง.

[24]เมษยา จิระวงศ์, “แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 27.

2.1 หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายปรากฏการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษร โดยขอยกตัวอย่างการรับรองที่สำคัญ เช่น

2.1.1 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Convention Civil and Political Rights: ICCPR)[25] เป็นการกำหนดพันธกรณีของรัฐภาคีตามกฎบัตรสหประชาชาติ และเป็นหน้าที่ของบุคคลที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิทั้งด้านพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม รวมทั้งเป็นการยอมรับว่าสิ่งเหล่านี้มีรากฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในโลก[26] โดยบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายว่า บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอกันตามกฎหมาย และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันตามกฎหมายโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ[27]

2.1.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights: UDHR)[28] เป็นการกำหนดมาตรการร่วมกันสำหรับประชาชนทั้งมวลที่มีจุดมุ่งหมายว่า ปัจเจกบุคคลทุกคนและทุกส่วนของสังคมจะมุ่งมั่นส่งเสริมการเคารพสิทธิและอิสรภาพ โดยการสอน การศึกษา และดำเนินการให้มีการยอมรับและยึดถือแบบสากลอย่างมีประสิทธิผล[29] โดยบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายว่า ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ[30]

นอกจากนี้ ปัจจุบันยังมีเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs) ซึ่งเป็นชุดเป้าหมายการพัฒนาระดับโลกหลังปี ค.ศ. 2015 (พ.ศ. 2558) ที่ได้รับการรับรองจาก 193 ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ[31] โดยใน SDGs5 กล่าวถึงหลักความ

---

[25]ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540.

[26]United Nations, **International Covenant on Civil and Political Rights** [Online], available URL: https://shorturl.asia/OdivD, 2024 (July, 19).

[27]International Convention Civil and Political Rights, Article 26.

[28]เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) ที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติได้รับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยการลงคะแนนเสียง ซึ่งมีประเทศลงคะแนนเสียงสนับสนุน 48 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย และงดออกเสียง 8 ประเทศ โดยไม่มีประเทศใดลงคะแนนเสียงคัดค้าน.

[29]Humanrights, **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights** [Online], available URL: https://shorturl.asia/l7DYh, 2567 (กรกฎาคม, 19).

[30]Universal Declaration of Human Rights, Article 7.

[31]SDG MOVE, **SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS** [Online], available URL: https://shorturl.asia/dWYjl, 2024 (July, 19).

เสมอภาคระหว่างเพศ SDGs10 กล่าวถึงการลดความไม่เสมอภาคภายในและระหว่างประเทศ และ SDGs16 กล่าวถึงการส่งเสริมสังคมที่สงบสุข ให้ทุกคนเข้าถึงความยุติธรรมอย่างเท่าเทียมด้วย

ลักษณะข้างต้น เป็นการกำหนดหลักการที่สะท้อนเจตนารมณ์ และสาระสำคัญไว้เป็นแนวทางการดำเนินงานที่ยอมรับร่วมกันของประเทศสมาชิก นัยนี้จึงส่งผลให้รัฐภาคีมีความผูกพันต้องเคารพและต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว เช่น การบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมาย/กฎภายในของแต่ละประเทศให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว เป็นต้น กรณีประเทศไทยได้เข้าเป็นร่วมเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติใน ICCPR และรับรอง UDHR รวมทั้งเป็นสมาชิกแห่งสหประชาชาติ ดังนั้นประเทศไทยจึงมีความผูกพันให้ต้องเคารพและต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวด้วยเช่นกัน

2.2 หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในกฎหมายภายในของต่างประเทศ

กฎหมายภายในของต่างประเทศ มีรูปแบบการรับรองที่แตกต่างกันตามระบบกฎหมายและบริบทของแต่ละประเทศ จึงขอยกตัวอย่างของประเทศในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี คือ ประเทศอังกฤษ ดังนี้

2.2.1 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายได้รับการรับรองโดยได้บัญญัติไว้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (พ.ศ. 2332) ข้อ 6 ซึ่งเป็นการกำหนดให้พลเมืองทุกคนมีสิทธิเข้าร่วมในการร่างกฎหมาย และกำหนดให้กฎหมายมีผลบังคับโดยเสมอภาคกันแก่ทุกคนไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ให้สิทธิแก่บุคคลหรือจะเป็นกรณีการลงโทษแก่บุคคล รวมทั้งกำหนดให้พลเมืองทุกคนมีความเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย ตลอดจนฐานะหรือตำแหน่งและอาชีพใด ๆ จะต้องคำนึงถึงความรู้ ความสามารถของแต่ละบุคคลโดยปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ เว้นแต่การแบ่งแยกตามลักษณะเฉพาะตัวและความแตกต่างในความสามารถของแต่ละบุคคล[32] โดยต่อมาหลักการนี้ได้รับการขยายไปยังความเสมอภาคอื่น ๆ เช่น หลักความเสมอภาคในการเสียภาษี เป็นต้น หลักการนี้มีความสัมพันธ์กับความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม และที่สำคัญหลักการนี้ยังได้ขยายไปสู่หลักการเคารพต่อกฎหมายที่ตนกำหนดขึ้นเอง (Patere Legem Quam Ipse Fecisti) ด้วย ส่งผลให้ผู้ปกครองต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ตนสร้างขึ้นด้วย[33] โดยอาจพิจารณาแนวทางการปรับใช้ได้จากคำวินิจฉัย เช่น 1) สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ในคดี CE, 9 mars 1951, Société Des Concerts Du Conservatoire ได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานว่าการรับรองความเสมอภาคของ

[32]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เรื่องเดิม, หน้า 626.

[33]บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า 11-12.

พลเมืองทุกคนนั้น มิใช่แต่เฉพาะความเสมอภาคภายใต้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่พลเมืองทุกคนต้องได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้กฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองด้วย[34] และ 2) สภาแห่งรัฐฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) ในคดี Darmon, Siboun และ Bansoussan ลงวันที่ 21 มกราคม 1944 ได้วินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งของผู้ปกครองสาธารณรัฐประชาธิปไตยแอลจีเรียที่ออกมาจำกัดจำนวนนักเรียนเชื้อสายยิวซึ่งจะเข้าศึกษาในระดับประถมและมัธยม โดยให้เหตุผลว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวจะทำได้ก็แต่โดยออกเป็นรัฐบัญญัติหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเท่านั้น เมื่อไม่มีรัฐบัญญัติให้อำนาจ การกระทำของฝ่ายปกครองจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย[35] เป็นต้น

รูปแบบการรับรองและแนวทางการปรับใช้ข้างต้น สะท้อนให้เห็นว่าสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย ส่งผลให้หลักการนี้เป็นเสมือนสิทธิขั้นพื้นฐานอันเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนพลเมืองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสว่าจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย มีสิทธิเข้าร่วมร่างกฎหมาย มีหน้าที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เท่าเทียมกัน และต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติภายใต้กฎหมายที่เสมอภาคกัน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความชัดเจน เป็นระบบและเป็นรูปธรรม

2.2.2 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่ากฎหมายพื้นฐาน (Basic Law)[36] โดยมีบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพแยกออกมาเป็นหลักและจัดเป็นหมวดหนึ่ง เรื่อง สิทธิขั้นพื้นฐาน (Basic Rights) มาตรา 1–19 ซึ่งในมาตรา 3 บัญญัติรับรองว่าทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย[37] โดยหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายหรือหลักความเสมอภาคทั่วไปตามมาตรา 3(1) นี้ ต่อมาได้ขยายไปสู่หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง เช่น การบัญญัติกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการปฏิบัติอย่างเสมอภาค ซึ่งเป็นการรวบรวมความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติให้มาอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน (General Equal Treatment Act) และเป็นผลมาจากการอนุวัติข้อกำหนดของประชาคมยุโรปมาไว้ในกฎหมายภายในของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดรูปแบบการเลือกปฏิบัติไว้ 5 ประการ คือ การเลือกปฏิบัติโดยตรงหรือปฏิบัติต่อ

---

[34]ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, เรื่องเดิม, หน้า 3.

[35]บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า 11-12.

[36]Anke Freckmann and Thomas Wegerich, **The German Legal System** (London: Sweet & Maxwell, 1999), p. 55.

[37]Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 3.

บุคคลหนึ่งอย่างไม่เป็นมิตรหรือไม่เอื้ออำนวยเมื่อเทียบกับบุคคลอื่น การเลือกปฏิบัติโดยอ้อมหรือการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ควรมีความเป็นกลาง แต่กลับกระทำให้บุคคลบางลักษณะกลายเป็นผู้เสียโอกาสจากกฎเกณฑ์นั้น การคุกคาม (Harassment) การคุกคามทางเพศ (Sexual Harassment) และการรวมตัวเพื่อโจมตีหรือก่อความรำคาญ (Mobbing) โดยกฎหมายฉบับแม้จะมีขอบข่ายอยู่ในกฎหมายมหาชนแต่มีกระบวนการร้องทุกข์และการจัดการกับปัญหาที่อยู่ในขอบข่ายกฎหมายเอกชนด้วย รวมทั้งกฎหมายฉบับยังได้ก่อตั้งหน่วยงานเกี่ยวกับการขจัดการเลือกปฏิบัติของสหพันธ์เพื่อเป็นหน่วยงานกลางในการให้คำแนะนำแก่ประชาชน (The Federal Anti-Discrimination Agency) ด้วย[38] เป็นต้น นอกจากนี้ อาจพิจารณาการปรับใช้จากคำวินิจฉัยของศาล เช่น 1) ในคดี BVerfGE 45, 376 ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า การยกเว้นการให้ความคุ้มครองโดยไม่ให้การประกันสุขภาพครอบคลุมถึงเด็กที่อยู่ในครรภ์มารดา ซึ่งได้รับผลกระทบจากอุบัติเหตุอันเนื่องมาจากการทำงานของมารดานั้น เป็นการละเมิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากเด็กซึ่งอยู่ในครรภ์มารดาควรจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ ดังนั้น การกำหนดกฎเกณฑ์ให้แตกต่างจากหลักการพื้นฐานในเรื่องนั้น ๆ จะต้องมีเหตุผลสนับสนุนอย่างชัดเจน[39] และ 2) ในคดี BVerfGE 48, 327 ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า การสมรสที่ได้กระทำระหว่างวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 1953 (พ.ศ. 2496) ถึง 30 มิถุนายน ค.ศ. 1976 (พ.ศ. 2519) ซึ่งเป็นช่วงที่กฎหมายจำกัดมิให้ใช้ชื่อสกุลของหญิงเป็นชื่อสกุลของคู่สมรสไม่สอดคล้องกับมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มาตรา 1355 วรรคแรก กำหนดให้ใช้ชื่อสกุลของฝ่ายชายเป็นชื่อสกุลของคู่สมรส ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายยึดโยงกับความเป็นฝ่ายชาย จึงเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของสตรี ทำให้สตรีเสียเปรียบ[40] เป็นต้น

รูปแบบการรับรองและแนวทางการปรับใช้ข้างต้น สะท้อนให้เห็นว่าสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียอมรับหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย มีการรับรองไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายพื้นฐานโดยถือเป็นหลักความเสมอภาคทั่วไป และต่อมาได้มีการจัดประเภทของหลักความเสมอภาคเป็นหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องด้วย (ที่แม้จะจัดแบ่งประเภทแตกต่างจากสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่หากพิจารณาในเชิงสาระสำคัญแล้ว จะพบว่าหลักการนี้มีขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเช่นเดียวกัน) รวมทั้งยังได้มีการรวบรวมหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติมาบัญญัติรวมกันเป็นกฎหมายเฉพาะด้วย ซึ่งมีสภาพบังคับทั้งในแดนของกฎหมายมหาชนและในแดนของกฎหมายเอกชน ตลอดจนมีการจัดตั้งหน่วยงานเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคเป็นการเฉพาะด้วย อันเป็นการบ่งบอกให้เห็นถึงความสำคัญและการให้ความสำคัญกับหลักการนี้ และการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพ

---

[38]ภัทรดา เมฆานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 92-93.

[39]ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, เรื่องเดิม, หน้า 37.

[40]เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

ของประชาชน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีความชัดเจน เป็นระบบ และเป็นรูปธรรม

2.2.3 ประเทศอังกฤษ

พื้นฐานของระบบกฎหมายอังกฤษ คือ 1) หลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า บุคคลทุกคนเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (The Ordinary Law of the Land) และ 2) หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ซึ่งมีสาระสำคัญว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย นอกจากนี้ เนื่องจากในประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร การพิจารณาถึงหลักการสำคัญอันถือเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญจึงต้องพิจารณาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา (Statute) หลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล (Cases Laws) ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Conventional Practice) และสนธิสัญญา (Treaties) ต่าง ๆ ดังนั้น การพิจารณาสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายจึงต้องพิจารณาผ่านแหล่งที่มาดังกล่าว

โดยเฉพาะหลักนิติธรรมให้ความสำคัญกับเสรีภาพส่วนบุคคล (Individual Freedom) เมื่อเกิดข้อพิพาทและมีการนำคดีไปสู่ศาล ศาลจะพิจารณาและสร้างหลักขึ้นมาเฉพาะเรื่องตามแนวคิดเสรีนิยม ทำให้การรับรองและคุ้มครองหลักความเสมอภาคขึ้นอยู่กับการพิจารณาตัดสินคดีของศาลเป็นสำคัญ ส่วนการรับรองหลักความเสมอภาคในประเทศอังกฤษนั้น อยู่ในรูปแบบของหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ด้วย เนื่องจากเมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรรับรองว่าทุกคนเสมอภาคกันแบบประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เมื่อมีคดีมาสู่ศาล ศาลจึงจะพิจารณาว่าบุคคลได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกันหรือไม่ และหากจะมีเรื่องใดที่ต้องการคุ้มครองเฉพาะเจาะจงก็จะบัญญัติให้พิเศษในรูปแบบของกฎหมายของรัฐสภา โดยปัจจุบันมีรูปแบบการคุ้มครองหลักความเสมอภาคอีกรูปแบบหนึ่ง กล่าวคือ มีกฎหมายว่าด้วยกฎหมายความเสมอภาคเป็นการเฉพาะที่บังคับใช้ระหว่างเอกชนด้วยกันโดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติต่อบุคคลที่มีลักษณะบางประการในขอบเขตเรื่องที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น การทำงาน การศึกษา และการเป็นผู้บริโภค เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่าง เช่น 1) ในคดี Oppenheimer v Cattermole ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีว่า กฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลนาซีที่มีสาระสำคัญโดยนำคุณลักษณะทางเชื้อชาติมาพิจารณาเพื่อพรากสิทธิในทรัพย์สินโดยไม่มีการจ่ายเงินค่าชดเชยเป็นกฎหมายที่ไม่ยุติธรรม[41] และ 2) การตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความเสมอภาค ค.ศ. 2010 (พ.ศ. 2553) (Equality Act 2010) เพื่อรับรองหลักความเสมอภาค[42] เป็นต้น

[41]ภัทรดา เมฆานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 40.

[42]เรื่องเดียวกัน, หน้า 46.

ลักษณะการรับรองของประเทศอังกฤษก็พอจะสะท้อนให้เห็นว่ามีการให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคผ่านหลักนิติธรรมและหลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา และคำวินิจฉัยของศาล รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะ จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ประเทศอังกฤษจะไม่ได้รับรองหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแบบสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ตาม แต่ประเทศอังกฤษก็มีการรับรองและคุ้มครองประชาชนภายใต้หลักความเสมอภาคด้วยโดยถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเช่นกัน

จากที่กล่าวมาทั้งหมด แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงความสำคัญของหลักการนี้ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายร่วมกันว่าบุคคลต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายหรือหลักเกณฑ์เดียวกัน และต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติ ส่วนรายละเอียดอาจแตกต่างกันไปบ้างตามบริบทขององค์กรหรือประเทศนั้น ๆ แต่ทั้งมวลล้วนมีผลใช้บังคับที่ชัดเจน เป็นระบบ และเป็นรูปธรรม

3. หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในบริบทประเทศไทย

หลักความเสมอภาคในประเทศไทย อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ช่วง คือ 1) ช่วงก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญ เริ่มจากในสมัยสุโขทัยที่หากอิงหลักฐานทางประวัติศาสตร์ซึ่งเป็นยุคที่ผู้ปกครองรับรองความเสมอภาคให้แก่ราษฎรทุกคนที่จะได้รับความยุติธรรมในการพิจารณาคดีโดยศาล ก็อาจถือได้ว่ามีการรับรองหลักความเสมอภาคอยู่บ้าง แต่ส่วนในสมัยอยุธยาที่หากอิงหลักฐานจากกฎหมายหลาย ๆ ฉบับยังปรากฏความชัดเจนในการรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในกฎหมาย ต่อมาในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น (ก่อน พ.ศ. 2475) ที่หากอิงหลักฐานจากประกาศฉบับหนึ่งที่ออกเมื่อ จ.ศ. 1216 ในช่วงต้นรัชกาลที่ 4 ที่มีหลักเกณฑ์เป็นการวางบรรทัดฐานว่าทุกคนในสังคมต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบภายใต้ระบบกฎหมายเดียวกัน หากมีการกระทำผิดต้องได้รับการตรวจสอบอย่างเสมอภาคกัน จนมาในช่วงรัชกาลที่ 5 เป็นยุคสมัยที่ประเทศไทยมีการติดต่อกับต่างประเทศมากขึ้นและยังเป็นช่วงที่มีการปฏิรูปกฎหมายมากมาย และที่สำคัญเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค คือ ในปี พ.ศ. 2448 ทรงตราพระราชบัญญัติทาษรัตนโกสินทร ศก 124 วันที่ 1 เมษายน รัตนโกสินทรศก 124 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 22 หน้า 9 (ตรงกับปี พ.ศ. 2448, ปี ค.ศ. 1905)[43] เพื่อให้บุคคลเริ่มมีความเท่าเทียมกันในสังคม และต่อมาในช่วงรัชกาลที่ 6 ได้ทรงขยายการศึกษาเพื่อให้ประชาชนมีโอกาสทางการศึกษาที่เพิ่มมากขึ้น[44] ก็อาจถือได้ว่ามีภาพสะท้อนหลักความเสมอภาคบ้างแล้ว แต่ก็ยังคงมีการแบ่งชนชั้นในสังคมไทยอยู่ด้วย

---

[43]ราชกิจจานุเบกษา, **พระราชบัญญัติทาษรัตนโกสินทร ศก 124** [Online], available URL: https://shorturl.asia/7lvZ3, 2567 (กรกฎาคม, 19).

[44]เมษยา จิระวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 60-75.

และ 2) ช่วงหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา) ได้มีการรับรองหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 รับรองไว้ในมาตรา 12 โดยเป็นการรับรองหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายอย่างชัดแจ้ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รับรองไว้ในมาตรา 27 เป็นต้น[45] ดังนั้น ปัจจุบันจึงอาจถือเอารัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์ในการจัดแบ่งพัฒนาการ และขอนำเสนอทั้งในทางหลักการที่มีการรับรองไว้ในกฎหมาย และในทางปฏิบัติที่เป็นความผูกพันตามกฎหมาย ดังนี้

3.1 หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในทางหลักการ

ปัจจุบันประเทศไทยมีการบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายไว้อย่างชัดเจน ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 ซึ่งมีความมุ่งหมายให้ปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเสมอภาคและห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ในหมวดสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย และหมวดนี้บัญญัติขึ้นเพื่อรองรับแนวคิดที่ว่ามนุษย์ควรได้รับความคุ้มครองจากรัฐเพื่อที่จะสามารถรักษาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ได้ โดยห้ามมิให้รัฐใช้อำนาจทางนิติบัญญัติออกกฎหมายเพื่อลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือเกินจำเป็น โดยการรับรองสิทธิเสรีภาพแบ่งได้ 3 ระดับ คือ ระดับที่ 1 สิทธิเสรีภาพที่กระทบไม่ได้เลย ระดับที่ 2 สิทธิเสรีภาพที่กระทบได้ตามเงื่อนไขที่กำหนด และระดับที่ 3 สิทธิเสรีภาพที่กระทบได้โดยไม่มีเงื่อนไข และยังเป็นการวางหลักการกำหนดให้อะไรที่ไม่ได้ห้ามไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสามารถทำได้และได้รับการคุ้มครอง ซึ่งสอดคล้องกับหลักสากลที่ปรากฏใน ICCPR คือ ต้องไม่กระทบความมั่นคงปลอดภัยของชาติ ต้องไม่กระทบความสงบเรียบร้อย และต้องไม่กระทบสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งให้สามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้ทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีการบัญญัติกฎหมายอนุวัติการมาใช้บังคับก่อน เพื่อให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันในระบอบประชาธิปไตย[46] นอกจากนี้ ความมุ่งหมายสำคัญที่นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญครั้งแรกจนมาถึงปัจจุบันก็เพื่อล้างความเชื่อเดิมเกี่ยวกับระบบการแบ่งชนชั้นด้วย[47] หลักการข้างต้น ยังได้ขยายไปสู่หลักการเคารพต่อกฎหมายที่ตนกำหนดขึ้นเอง (Patere Legem Quam Ipse Fecisti) ด้วย โดยเห็นได้จากกรณีที่ศาลปกครองไทยได้ยอมรับเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น คดีหมายเลขแดงที่ อ.14/2545 เป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด และตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุด ได้อ้างหลักกฎหมายที่ว่าฝ่ายปกครองต้องเคารพหลักเกณฑ์ที่ตนสร้างขึ้น

---

[45]สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาคตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ,” **วารสารสถาบันพระปกเกล้า** 1, 1 (มกราคม-เมษายน 2546): 30-31.

[46]คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, เรื่องเดิม, หน้า 34-35.

[47]เรื่องเดียวกัน, หน้า 41-42.

ทั้ง ๆ ที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดบัญญัติไว้[48] นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ดังนี้ 1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 ที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากวินิจฉัยว่า การที่กฎหมายบัญญัติคำว่า “มีกาย... ไม่เหมาะสม...” นั้น ถือว่าไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในขณะที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อยเห็นว่าถ้อยคำดังกล่าว ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง เกินขอบเขตโดยอ้างเหตุตามความเหมาะสมแทนความสามารถ[49] ต่อมาภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 ได้เพิ่มถ้อยคำว่า “ความพิการ” ผู้ฟ้องคดีคนเดิมจึงได้นำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลอีกครั้งปรากฏเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 15/2555[50] โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการของสหประชาชาติ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 จึงวินิจฉัยว่า กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอน เพื่อให้ประชาชนทราบว่ากฎหมายดังกล่าวต้องการจำกัดสิทธิเสรีภาพเรื่องใดบ้าง และต้องสอดคล้องกับหลักแห่งความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของสังคมโดยรวมมากกว่าประโยชน์ขององค์กร ดังนั้น การกำหนดว่า “มีกายหรือจิตไม่เหมาะสม...” จึงขัดต่อสิทธิของคนพิการในการเข้าทำงานบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป... และเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นการวินิจฉัยกลับคำวินิจฉัยก่อนหน้านี้ และ 2) คำวินิจฉัยของศาลปกครอง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.158/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.194/2554 ที่มีสาระสำคัญเป็นการปรับใช้หลักความเสมอภาคเกี่ยวกับการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐในการสรรหา บรรจุ และแต่งตั้งข้าราชการ กล่าวคือ การรับสมัครเฉพาะผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมอย่างเดียวย่อมเป็นการ “เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม” ต่อผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีที่ไม่ได้เกียรตินิยม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องการศึกษาอบรมอันเป็นการขัดกับบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งยังขัดต่อหลักความเสมอภาคในโอกาสตามหลักการบริหารงานบุคคลในระบบคุณธรรมด้วย[51] ตัวอย่างคำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็น

---

[48]บุปผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า 11-12.

[49]บรรเจิด สิงคะเนติ, **คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครอง: กรณีสิทธิในการสมัคร** [Online], available URL: https://shorturl.asia/TzKeL, 2567 (กรกฎาคม, 15).

[50]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เรื่องเดิม, หน้า 156.

[51]พิศักดิ์ เพ็งแจ่ม, “ขอบเขตการใช้การตีความหลักความเสมอภาคของศาลปกครองไทย,” **วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย** 6, 2 (มิถุนายน–ธันวาคม 2557): 250–251.

พัฒนาการและการปรับใช้หลักความเสมอภาคและหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย กล่าวคือ ในการกำหนด “เนื้อหา” ของบทบัญญัติหรือกฎต้องสอดคล้องกับสาระสำคัญที่หลักความเสมอภาคมุ่งคุ้มครองโดยต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาในแง่ของ “รูปแบบ” ที่ต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ หรือเป็นการริดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลจนเกินสมควรด้วย

จึงเห็นได้ว่า บริบทประเทศไทยการปรับใช้หลักการนี้ต้องพิจารณาทั้งในส่วนของเนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการและขั้นตอน โดยใช้ในหลายกรณีทั้งในระดับกฎหมายและในระดับกฎด้วย ไม่เว้นแม้แต่เรื่องเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของบุคคล ซึ่งเกี่ยวข้องกับการบริหารทรัพยากรบุคคลของหน่วยงานของรัฐที่ต้องผูกพันและเคารพหลักการนี้ ดังนั้น ในทางหลักการหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในประเทศไทย จึงมีความชัดเจนเป็นระบบและเป็นรูปธรรม ทำนองเดียวและสอดคล้องกับสากลแล้ว

3.2 หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในทางปฏิบัติ

นอกจากในทางหลักการแล้วจำเป็นต้องพิจารณาในทางปฏิบัติด้วยว่ามีกลไกที่เอื้อต่อความมีประสิทธิภาพในการปรับใช้หลักการและการแสดงออกซึ่งการเคารพตามความผูกพันหรือไม่ โดยปัจจุบันต้องพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นใหม่และกำหนดกลไกเกี่ยวกับการตรากฎหมายไว้ เพื่อให้รัฐพึงมีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น โดยรัฐต้องย้อนกลับไปดูกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วว่าหมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชนมากน้อยเพียงใด เพื่อจะได้ยกเลิกหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเหล่านั้นให้สอดคล้องกับสภาวะที่เป็นจริงในปัจจุบัน โดยบัญญัติมาตรานี้ไว้ในแนวนโยบายแห่งรัฐก็เพื่อให้รัฐมีเวลาที่จะพัฒนาและปรับทัศนคติของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการตรากฎหมายอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยคาดหวังว่ารัฐจะตรากฎหมายแม่บทในการจัดทำร่างกฎหมายและการพิจารณากฎหมายในโอกาสอันสมควร[52] และพิจารณาความรู้เกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ต้องคำนึงถึง 1) แหล่งที่มาของอำนาจในการตรากฎ 2) ขอบเขตทางเนื้อหาของกฎ และ 3) กระบวนการหรือแบบพิธี และรูปแบบของการตรากฎ[53] จึงเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศไทย ต้องมีคุณภาพและมีความเหมาะสมกับสภาวการณ์ในแต่ละช่วงเวลาเพื่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตามเจตนารมณ์และความมุ่งหมายของกฎหมายนั้น ๆ และไม่เป็นการสร้างภาระให้กับประชาชนเกินสมควร และในกรณีการตรากฎหมายจะต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชน หรือผู้มีส่วนได้เสีย

---

[52]คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, เรื่องเดิม, หน้า 94-97.

[53]ธัชภรณ์ ชะอุ่ม, “การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 37–42.

หรือผู้อยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายด้วย ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าในทางปฏิบัติมีกลไกที่แสดงออกถึงการเคารพตามความผูกพันต่อหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย ที่ต้องคำนึงทั้งในแง่ของเนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการและขั้นตอนด้วย

สำหรับเรื่องคุณภาพของกฎหมายนั้น อาจพิจารณาจากพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562[54] ซึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายเพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย และการเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน หลักเกณฑ์การตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ และการกำหนดโทษอาญา เพื่อให้การตรากฎหมายเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ ไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายภายหลังเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว เพื่อพัฒนากฎหมายให้ทันสมัยและสอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไป และการเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมายของประชาชน ซึ่งเป็นการกำหนดหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการตรากฎหมายว่าต้องดำเนินการให้เป็นรูปธรรมและจะส่งผลต่อความชอบด้วยกฎหมายด้วย

ในที่นี้ ขอนำเสนอเฉพาะหลักเกณฑ์ในการจัดทำกฎ ซึ่งต้องพิจารณา ดังนี้

3.2.1 หลักเกณฑ์ทางเนื้อหา[55] กล่าวคือ การตรากฎต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนตามเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ในการตรากฎนั้น และต้องไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หรือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองไว้

3.2.2 หลักเกณฑ์ทางรูปแบบ[56] กล่าวคือ การตรากฎต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายแม่บท และต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นกรณีมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพ

---

[54]สุปรียา แก้วละเอียด, สุประวีณ์ อาสนศักดิ์ และบุญภัทร์ ชูเกียรติ, **คู่มือสำหรับการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย** (กรุงเทพมหานคร: สำนักนวัตกรรมเพื่อประชาธิปไตย สถาบันพระปกเกล้า, 2564), หน้า 3-4.

[55]“เนื้อหา” ได้รับการรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4.

[56]“รูปแบบ” ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 แม้จะไม่ได้มีบทบัญญัติที่ให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม แต่ในการตีความกฎหมายหมายต้องตีความไปในทางมุ่งหมายให้กฎหมายมีผลบังคับใช้ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลและจำกัดอำนาจรัฐ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า รูปแบบการตรากฎจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการของบทบัญญัตินี้ด้วย.

ไว้ด้วย ตลอดจนต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง

3.2.3 หลักเกณฑ์ทางกระบวนการและขั้นตอน[57] กล่าวคือ การตรากฎต้องกระทำโดยถูกต้องและครบถ้วนตามกระบวนการและขั้นตอนที่กำหนดไว้สำหรับเรื่องนั้น ๆ เพื่อให้เป็นเสมือนหลักประกันในคุณภาพของกฎเหล่านั้น

ทั้งนี้ หากกฎฉบับใดจัดทำขึ้นโดยไม่ถูกต้อง ไม่ครบถ้วน หรือไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ทั้งสามประการข้างต้น กฎเหล่านั้นก็ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และอาจนำไปสู่การเพิกถอนโดยศาลปกครองหรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาในเรื่องนี้ได้ แต่ในทางตรงกันข้าม หากกฎเหล่านั้นได้จัดทำขึ้นโดยถูกต้อง ครบถ้วน และชอบด้วยหลักเกณฑ์ทั้งสามประการ กฎนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับกลไกที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายลำดับรองที่ได้ออกแบบไว้ดังกล่าว ตลอดจนแสดงออกซึ่งนัยของการปฏิบัติตามความผูกพันและการเคารพหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายอย่างชัดเจนเป็นระบบและเป็นรูปธรรม อันจะสามารถใช้เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างเหมาะสม

ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ออกแบบกลไกทางกฎหมายที่นัยหนึ่งก็เป็นการสะท้อนความผูกพันและการเคารพหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายแล้ว โดยปรากฏตั้งแต่ระดับรัฐธรรมนูญและเชื่อมโยงมายังกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในรูปแบบของพระราชบัญญัติมาจนถึงกฎที่เป็นรูปแบบของหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง อันเป็นการสร้างบรรทัดฐาน (Norm)[58] ซึ่งเป็นการเคารพตามความผูกพัน และใช้เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยใช้กฎหมายหรือกฎเป็นเครื่องมือ ซึ่งสอดคล้องกับคำกล่าวของ Jean-Baptiste Henri Lacordaire ที่ว่า “ในสังคมที่มีทั้งผู้ยิ่งใหญ่และผู้อ่อนแอ ผู้ร่ำรวยและผู้ยากไร้ ทั้งนายและบ่าว เสรีภาพย่อมนำมาซึ่งการกดขี่ข่มเหง ขณะที่กฎหมายจะนำไปสู่อิสรภาพ”[59]

---

[57]“กระบวนการและขั้นตอน” กล่าวคือ การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ การตราพระราชบัญญัติ และการตราพระราชกำหนด จะมีการกำหนดเป็น 3 วาระ คือ วาระที่ 1 ขั้นรับหลักการ วาระที่ 2 ขั้นพิจารณาเรียงตามลำดับมาตรา และวาระที่ 3 ขั้นลงมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ นอกจากนี้ ยังมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างฯ โดยแบ่งเป็น 1) การตรวจสอบก่อนที่กฎหมายจะใช้บังคับ และ 2) การตรวจสอบภายหลังจากที่กฎหมายใช้บังคับแล้ว.

[58]ปดิวรัดา บุญนำมา, “หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 8–19.

[59]Mme Célia Vérot, “คุณภาพของกฎหมาย: สภาพปัญหาและแนวทางแก้ไขในฝรั่งเศส” การบรรยายพิเศษ ณ ห้องปรีดี พนมยงค์ ชั้น 3 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2549 ถอดความ แปลและเรียบเรียง โดย นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ นักกฎหมายกฤษฎีกา 5 สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา,” **วารสารกฎหมายปกครอง** 25, 3 (2551): 35.

4. หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายกับองค์การมหาชนในประเทศไทย

จากการศึกษาหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายทั้งในบริบทสากล และในบริบทประเทศไทย ที่มีสาระสำคัญทำนองเดียวกัน แต่มีการปรับใช้ในหลายรูปแบบ จึงสมควรนำมาศึกษากับหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะอย่างเช่นองค์การมหาชน เพราะมีความเป็นอิสระในการใช้อำนาจตรากฎและบังคับใช้กฎ โดยพิจารณาในประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

4.1 อำนาจหน้าที่และลักษณะของการตรากฎขององค์การมหาชน

องค์การมหาชนในประเทศไทย ถือว่าเป็นการจัดองค์กรในภาคมหาชนขึ้นใหม่โดยมีรูปแบบและนิติฐานะที่แตกต่างไปจากองค์กรในภาคมหาชนเดิม[60] ได้รับการจัดตั้งและได้รับการออกแบบทั้งในเชิงกฎหมาย และในเชิงภารกิจ รวมทั้งในเชิงการบริหารจัดการ โดยมีแนวคิดในการจัดระบบองค์การของรัฐรูปแบบใหม่ ที่มุ่งจะสร้างหน่วยงานบริการสาธารณะที่นอกเหนือไปจากการจัดองค์การในรูปแบบราชการและรัฐวิสาหกิจ แนวคิดนี้ได้เกิดขึ้นจากการยอมรับข้อจำกัดของราชการและรัฐวิสาหกิจ[61] ซึ่งมีการตราพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่เป็นเสมือนกฎหมายกลางในการวางระบบองค์กรของรัฐประเภทที่สามภายใต้โครงสร้างองค์กรภาครัฐของประเทศไทย[62] โดยมีการกำหนดรูปแบบ วิธีการ และแนวคิด ที่บ่งบอกความชัดเจนในเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ขององค์การมหาชนอย่างเด่นชัด เช่น การให้ความเป็นอิสระในการดำเนินการเกี่ยวกับการปฏิบัติภารกิจ และการบริหารจัดการองค์กร เป็นต้น และคาดหวังให้องค์การมหาชนเป็นหน่วยงานที่จัดทำภารกิจของรัฐในการบริการสาธารณะเฉพาะด้านสังคมและวัฒนธรรมให้มีประสิทธิภาพ และสามารถวัดผลสัมฤทธิ์ได้อย่างเป็นรูปธรรม มีความชัดเจนในการปฏิบัติภารกิจตามที่กฎหมายกำหนดให้มีความแตกต่างหน่วยงานในภาคมหาชนเดิมอย่างชัดเจน และใช้หลักการสำคัญทางกฎหมายมหาชนเป็นเครื่องมือในการใช้ทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุด ซึ่งมีเป้าหมายเพื่อตอบสนองต่อความต้องการ

---

[60]สุรพล นิติไกรพจน์, **รายงานการวิจัย เรื่อง การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรในภาคมหาชน: ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2541), หน้า 1.

[61]สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (สำนักงาน ก.พ.ร.), **ความรู้เกี่ยวกับองค์การมหาชน** (กรุงเทพมหานคร: กลุ่มพัฒนาระบบโครงสร้างราชการ สำนักงาน ก.พ.ร., 2548), หน้า 4.

[62]สุรพล นิติไกรพจน์, **ความเป็นไปได้และแนวทางการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน ก.พ., 2543), หน้า 188.

ของประเทศชาติและประชาชน[63] อีกทั้งองค์การมหาชนในประเทศไทยแต่ละแห่งสามารถตรากฎได้เอง โดยกำหนดเนื้อหาตามภารกิจของตน กำหนดรูปแบบ และกระบวนการและขั้นตอนได้ รวมถึงต้องใช้บังคับกฎที่ตนตราขึ้นด้วย ทั้งนี้ กฎดังกล่าวเป็นหนึ่งในเครื่องมือขององค์การมหาชนที่ต้องดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์สำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งประกอบด้วยหลักว่าด้วยความเสมอภาค หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง และหลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง[64]

กฎขององค์การมหาชนอาจพิจารณาได้ 2 ระดับ คือ ระดับที่ 1 กฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่ให้อำนาจหน้าที่แก่คณะกรรมการองค์การมหาชนสามารถพิจารณาออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับองค์การมหาชน[65] เช่น 1) การกำหนดตำแหน่ง คุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง อัตราเงินเดือน ค่าจ้าง และเงินอื่นของเจ้าหน้าที่และลูกจ้างขององค์การมหาชน 2) การคัดเลือก การบรรจุ การแต่งตั้ง การถอดถอน วินัยและการลงโทษทางวินัย การออกจากตำแหน่ง การร้องทุกข์และการอุทธรณ์การลงโทษของเจ้าหน้าที่และลูกจ้างขององค์การมหาชน รวมทั้งวิธีการและเงื่อนไขในการจ้างลูกจ้างขององค์การมหาชนด้วย 3) การบริหารและจัดการการเงิน การพัสดุ และทรัพย์สินขององค์การมหาชน และ 4) อำนาจหน้าที่อื่นตามที่พระราชบัญญัติองค์การมหาชนหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนแต่ละแห่งกำหนด เป็นต้น และระดับที่ 2 กฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขององค์การมหาชนแต่ละแห่ง ที่ให้อำนาจหน้าที่คณะกรรมการองค์การมหาชนแห่งนั้น ๆ ตามลักษณะของภารกิจ เช่น พระราชกฤษฎีกาจัดตั้ง สทศ. ได้ให้อำนาจหน้าที่คณะกรรมการ สทศ. ในการพิจารณาออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือข้อกำหนดเกี่ยวกับภารกิจของ สทศ.[66] เช่น 1) การกำหนดให้มีประกาศนียบัตร หรือหนังสือรับรองในกิจกรรมที่เป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตอำนาจหน้าที่ 2) การกำหนดเครื่องหมายวิทยฐานะ และ 3) การกำหนดให้มีตราเครื่องหมายหรือสัญลักษณ์ของสถาบัน เป็นต้น

---

[63]โปรดดู วัชระ กลิ่นสุวรรณ, สมพงษ์ แซ่ตัน และเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “เจตนารมณ์และผลสัมฤทธิ์ขององค์การมหาชนในประเทศไทย: พัฒนาการและความเปลี่ยนแปลง,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง** 7, 1 (มกราคม 2567): 43-76.

[64]วัชระ กลิ่นสุวรรณ, และอื่น ๆ, “อิทธิพลของวัฒนธรรมทางการเมืองกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์การมหาชนในประเทศไทย,” **วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน** 17, 1 (มิถุนายน 2567): 99-100.

[65]พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มาตรา 24.

[66]พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันทดสอบทางศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2548 และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มาตรา 20 มาตรา 41 มาตรา 42 และมาตรา 43.

ส่วนกฎที่องค์การมหาชนตราขึ้นอาจมีความมุ่งหมายใน 2 ลักษณะ คือ 1) กฎที่ใช้เพื่อเป็นเครื่องมือสำหรับการปฏิบัติภารกิจ เช่น สถาบันทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน) (สทศ.) ได้ตราระเบียบสถาบันทดสอบทางการศึกษาแห่งชาติ (องค์การมหาชน) ว่าด้วยแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินการทดสอบ พ.ศ. 2557 เพื่อกำหนดเนื้อหาการจัดการทดสอบและใช้บังคับกับบุคคลที่จะเข้ารับการทดสอบตามภารกิจของ สทศ. เป็นต้น และ 2) กฎที่ใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการองค์กร เช่น สถาบันเทคโนโลยีนิวเคลียร์แห่งชาติ (องค์การมหาชน) (สทน.) ได้ตราข้อบังคับคณะกรรมการสถาบันเทคโนโลยีนิวเคลียร์แห่งชาติ ว่าด้วยการบริหารงานบุคคล พ.ศ. 2559 เพื่อกำหนดเนื้อหาในการบริหารจัดการทรัพยากรบุคคลภายในองค์กร และใช้บังคับกับบุคคลที่เป็นบุคลากรหรือจะเป็นบุคลากรของ สนท. เป็นต้น ลักษณะกฎข้างต้น มีผลกระทบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนและบุคลากรที่เกี่ยวกับองค์การมหาชนแห่งนั้น ๆ แต่ปัจจุบันยังไม่มีการบังคับว่าองค์การมหาชนต้องนำกฎเหล่านั้นไปเผยแพร่อย่างไร หรือเพียงใด เพื่อให้สาธารณชนได้รับรู้และตรวจสอบการออกกฎดังกล่าว

นอกจากนี้ การตรากฎขององค์การมหาชนบางเรื่องยังต้องคำนึงถึงแนวทางที่มีลักษณะเป็นคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนาและส่งเสริมองค์การมหาชน (กพม.)[67] มีชื่อเรียกภาษาอังกฤษว่า The Public Organizaiton Devolopment and Promotion Committee (PODPC) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรี โดยในเรื่องที่เกี่ยวกับการตรากฎขององค์การมหาชน เช่น ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการจัดทำหลักเกณฑ์การสรรหาประธานกรรมการ และกรรมการในคณะกรรมการองค์การมหาชน[68] ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการจัดทำระเบียบ/ข้อบังคับขององค์การมหาชนว่าด้วยการบริหารงานบุคคล[69] และข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการจัดทำข้อบังคับขององค์การมหาชนว่าด้วยการเงิน การบัญชีและงบประมาณ[70] เป็นต้น ซึ่งแนวทางดังกล่าว ยังต้องอยู่ภายใต้หลักความเป็นอิสระขององค์การมหาชน กล่าวคือ องค์การมหาชนไม่จำเป็นต้องจัดทำกฎเหมือนกับแนวทางที่ กพม. แนะนำทั้งหมด เพราะคณะกรรมการองค์การมหาชนแต่ละแห่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่จะกำหนดระเบียบ/ข้อบังคับของตนเอง โดยคำนึงถึงลักษณะของภารกิจขององค์การมหาชน ดังนั้นกฎที่องค์การมหาชนแต่ละแห่งตราขึ้นจึงอาจมีความแตกต่างไปจากแนวทางนี้ได้

---

[67]พระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม, มารตรา 5/1 และมาตรา 5/8.

[68]หนังสือสำนักงาน ก.พ.ร. ด่วนมาก ที่ นร 1208/686-723 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 2560.

[69]กพร. องค์การมหาชนและหน่วยงานของรัฐรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการ, **แนวทางการจัดทำระเบียบ/ข้อบังคับขององค์การมหาชนว่าด้วยการบริหารงานบุคคล** [Online], available URL: https://shorturl.asia/n3Lm9, 2567 (กรกฎาคม, 15).

[70]กพร. องค์การมหาชนและหน่วยงานของรัฐรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการ, **แนวทางการจัดทำข้อบังคับขององค์การมหาชนว่าด้วยการเงิน การบัญชีและงบประมาณ** [Online], available URL: https://shorturl.asia/b48xy, 2567 (กรกฎาคม, 15).

จากลักษณะและกลไกในการตรากฎขององค์การมหาชนข้างต้น จะเห็นได้ว่า องค์การมหาชนในประเทศไทยได้รับการออกแบบให้มีความเป็นอิสระ[71] โดยเฉพาะในการตรากฎที่มีความเป็นอิสระทั้งในเชิงรูปแบบ เนื้อหา และกระบวนการและขั้นตอน ซึ่งมุ่งหมายไปที่ผลสัมฤทธิ์ในการจัดทำบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพ แต่ต้องควบคู่ไปกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการตรากฎขององค์การมหาชน

แม้ว่ากฎหมายจะออกแบบให้มีความเป็นอิสระ มีการกำหนดกรอบภารกิจเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะด้านสังคมและวัฒนธรรม และมีแนวทางการตรากฎสำหรับการปฏิบัติภารกิจและการบริหารจัดการองค์กรแล้ว แต่หากพิจารณาการใช้ความเป็นอิสระในการตรากฎทั้งในเชิงการกำหนดเนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการและขั้นตอน จะพบปัญหาการใช้อำนาจขององค์การมหาชนที่ยังไม่มีความชัดเจน เป็นระบบ และเป็นรูปธรรม จนส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้กฎเหล่านั้น โดยขอยกตัวอย่างบางประเด็นเพื่อชี้ให้เห็นถึงลักษณะของสภาพปัญหา ดังนี้

4.2.1 ปัญหาคุณภาพและมาตรฐานของกฎ

สำหรับการตรากฎของหน่วยงานของรัฐโดยทั่วไปที่มิใช่องค์การมหาชน หากพิจารณาในเชิงรูปแบบ เนื้อหา และกระบวนการและขั้นตอน จะพบว่า มีกลไกที่ใช้ในการกำกับ ควบคุม และตรวจสอบให้กฎเหล่านั้นมีความเหมาะสม เช่น การประเมินผลสัมฤทธิ์ทางกฎหมาย[72] และการรับฟังความคิดเห็นต่อร่างกฎหมาย[73] เป็นต้น ซึ่งหากดำเนินการตามครรลองที่กำหนดไว้ ย่อมเป็นหลักประกันว่าจะมีกลไกในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่มีความรอบคอบในลักษณะของมาตรฐานขั้นต่ำที่จะทำให้ผู้บังคับใช้และผู้อยู่ใต้บังคับของกฎเหล่านั้นได้รับความเป็นธรรมและมีหลักประกันสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชนได้ตามสมควร

แต่กรณีองค์การมหาชน กลไกข้างต้นมิได้ถูกบังคับใช้กับองค์การมหาชนอย่างเคร่งครัด หากแต่อาจถูกนำมาใช้เป็นแนวทางบ้างในบางกรณี เนื่องจากพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ให้อำนาจแก่องค์การมหาชนในการตรากฎได้เองในลักษณะเบ็ดเสร็จภายในองค์กร และแม้จะมีคำแนะนำเป็นแนวทางจาก กพม. ในการตรากฎที่สำคัญบางเรื่อง เช่น การเงินการงบประมาณ

[71]วัชระ กลิ่นสุวรรณ, สมพงษ์ แซ่ตัน และเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “ปัญหาความเป็นอิสระขององค์การมหาชนในประเทศไทย,” **วารสารนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย** 7, 2 (กรกฎาคม 2566): 20-22.

[72]คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **แนวทาง คู่มือ และกฎกระทรวงเกี่ยวกับการประเมินผลสัมฤทธิ์** [Online], available URL: https://shorturl.asia/N9fc4, 2567 (กรกฎาคม, 17).

[73]ระบบกลางทางกฎหมาย, **โครงการรับฟัง** [Online], available URL: https://shorturl.asia/7z8Gi, 2567 (กรกฎาคม, 17).

การบริหารทรัพยากรบุคคล เป็นต้น และมีแนวทางการควบคุมดูแลโดยคณะกรรมการองค์การมหาชน แล้วก็ตาม แต่องค์การมหาชนก็ยังสามารถตรากฎได้ตามลักษณะเฉพาะขององค์การมหาชนเอง ส่งผลให้กฎขององค์การมหาชนมีความแตกต่างหลากหลาย โดยอาจแบ่งได้ 4 กรณี คือ 1) กรณีที่องค์การมหาชนนำรูปแบบ เนื้อหา และกระบวนการ และขั้นตอนที่ใช้ในหน่วยงานของรัฐโดยทั่วไปมาอนุโลมใช้เป็นอย่างเต็มรูปแบบ (ทำเหมือนส่วนราชการ) 2) กรณีที่องค์การมหาชนนำแนวทางที่ กพม. กำหนดมาใช้ทั้งหมด (ลอกมาทั้งหมด) 3) กรณีที่องค์การมหาชนนำแนวทางที่ กพม. กำหนดมาปรับปรุงแก้ไข (แก้ไขบางส่วน) และ 4) กรณีที่องค์การมหาชนกำหนดรูปแบบ เนื้อหา และกระบวนการ และขั้นตอนขึ้นเองทั้งหมด (ทำเองทั้งหมด) ซึ่งความแตกต่างของทั้งสี่กรณีข้างต้นองค์การมหาชนสามารถใช้อำนาจในการเลือกแบบกรณีใดก็ได้ภายใต้บริบทของภารกิจและความชอบด้วยกฎหมาย และสามารถปรับปรุง เปลี่ยนแปลงเองเมื่อใดก็ได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากองค์กร หรือคณะบุคคล หรือหน่วยงานภายนอกองค์กร แต่ผลจากการเลือกในแต่ละกรณีกลับมีผลกระทบกับคุณภาพ และมาตรฐานของกฎ รวมทั้งสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น

ในที่นี้ เพื่อให้เห็นสภาพของปัญหาดังกล่าว ขอยกตัวอย่างการออกกฎเกี่ยวกับการบริหารจัดการองค์กรในส่วนของการบริหารทรัพยากรบุคคล โดยเฉพาะการสรรหาและการคัดเลือกผู้ปฏิบัติงานขององค์การมหาชน ซึ่งหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องนี้จำเป็นต้องพิจารณาจาก 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 258 ข (4) ที่กำหนดให้ “...การบริหารงานบุคคลภาครัฐเพื่อจูงใจให้ผู้มีความรู้ ความสามารถอย่างแท้จริงเข้ามาทำงานในหน่วยงานของรัฐ...” 2) หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีขององค์การมหาชน ที่ควรประกอบด้วย หลักการตอบสนอง หลักประสิทธิผล หลักประสิทธิภาพ/คุ้มค่า หลักความเสมอภาค หลักมุ่งเน้นฉันทามติ หลักการตรวจสอบได้/มีภาระรับผิดชอบ หลักเปิดเผย/โปร่งใส หลักการกระจายอำนาจ หลักการมีส่วนร่วม และหลักนิติธรรม[74] 3) ประมวลจริยธรรมสำหรับกรรมการ ผู้บริหาร เจ้าหน้าที่ และผู้ปฏิบัติงานขององค์การมหาชนที่กำหนดไว้ว่า “ข้อ 3 ...(6) ปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ ด้วยการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเที่ยงธรรม เสมอภาค เท่าเทียม...”[75] และ 4) แนวทางการร่างระเบียบ/ข้อบังคับเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ของ กพม. ที่กำหนดไว้ใน “หมวด .. การคัดเลือก การบรรจุ การแต่งตั้ง และ

---

[74]วัชระ กลิ่นสุวรรณ, สมพงษ์ แซ่ตัน และเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “การพัฒนากฎหมายองค์การมหาชนภายใต้หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี,” **วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน** 16, 2 (ธันวาคม 2566): 49-50.

[75]กพร. องค์การมหาชนและหน่วยงานของรัฐรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการ, **การส่งเสริมจริยธรรมสำหรับองค์การมหาชน** [Online], available URL: https://shorturl.asia/ZVfk9, 2567 (ตุลาคม, 24).

การประเมินผลการปฏิบัติ” โดยระบุว่า “...หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือก การบรรจุ การแต่งตั้ง... ให้มีความชัดเจน เป็นธรรม และตรวจสอบได้ ...การรับสมัครบุคคลเพื่อบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ต้องคำนึงถึงความรู้ความสามารถของบุคคล ความเสมอภาค ความเป็นธรรม...”[76]

จากหลักเกณฑ์พื้นฐานข้างต้น จะปรากฏถ้อยคำสำคัญว่า “...ความชัดเจน เป็นธรรม ตรวจสอบได้...ต้องคำนึงถึงความรู้ความสามารถของบุคคล ความเสมอภาค ความเป็นธรรม...” อันเป็นการสะท้อนถึงความสำคัญของหลักการทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะหลักความเสมอภาคที่มีหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายเป็นหลักการย่อย และยังเป็นหลักการสำคัญในหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี[77] แต่หากพิจารณาสภาพของกฎที่องค์การมหาชนเลือกนำมาดำเนินการดังตัวอย่างต่อไปนี้[78]

ตัวอย่างที่ 1 องค์การมหาชน ก. มีการตราระเบียบคณะอนุกรรมการบริหารงานบุคคลว่าด้วยการสรรหาและการคัดเลือกการบรรจุการแต่งตั้งการประเมินผลการปฏิบัติงาน การจ้างสัญญาจ้างและการต่อสัญญาจ้างผู้ปฏิบัติงาน พ.ศ. 2562 ซึ่ง ข้อ 6 กำหนดว่า

“ข้อ 6 การสรรหาและการคัดเลือกเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ปฏิบัติของสถาบัน สามารถดำเนินการได้ 2 วิธี

(1) การเชื้อเชิญ ให้ใช้กับการได้มาซึ่งผู้ปฏิบัติงานกลุ่มบริหารหรือเทียบเท่า กลุ่มวิชาการ กลุ่มปฏิบัติการวิชาชีพ และกลุ่มปฏิบัติการทั่วไป

(2) การรับสมัคร ให้ใช้กับการได้มาซึ่งเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้าง กลุ่มบริหาร กลุ่มวิชาการ กลุ่มปฏิบัติการวิชาชีพ และกลุ่มปฏิบัติการทั่วไป”

ตัวอย่างที่ 2 องค์การมหาชน ข. มีการตราระเบียบองค์การมหาชน ข. ว่าด้วยหลักเกณฑ์การสรรหาและการคัดเลือก การบรรจุ การแต่งตั้ง การทดลองการปฏิบัติงาน การเลื่อนระดับค่างาน การเลื่อนตำแหน่ง การเปลี่ยนตำแหน่ง การย้ายฝ่ายและการประเมินผลการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2566 ซึ่ง ข้อ 7 กำหนดว่า

“ข้อ 7 การสรรหาและการคัดเลือกเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ปฏิบัติงานของหอภาพยนตร์สามารถดำเนินการได้ 2 วิธี

---

[76]กพร. องค์การมหาชนและหน่วยงานของรัฐรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการ, **แนวทางการจัดทำระเบียบ/ข้อบังคับขององค์การมหาชนว่าด้วยการบริหารงานบุคคล** [Online], available URL: https://shorturl.asia/n3Lm9, 2567 (ตุลาคม, 24).

[77]ปธาน สุวรรณมงคล, **การบริหารงานภาครัฐกับการสร้างธรรมาภิบาล** (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2558), หน้า 8-9.

[78]เนื่องจากไม่ใช่ข้อพิพาทและยังไม่มีข้อยุติเป็นคำพิพากษา จึงขอยกตัวอย่างโดยใช้นามสมมติขององค์การมหาชน.

(1) การเชื้อเชิญ ให้ใช้กับการได้มาซึ่งผู้ปฏิบัติงานสายงานบริหารหรือเทียบเท่า สายงานวิชาการหรือสายงานปฏิบัติการวิชาชีพ ระดับค่างานเจ็ดขึ้นไป ที่ปรึกษาหรือผู้เชี่ยวชาญ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มาปฏิบัติงานของหอภาพยนตร์เป็นการชั่วคราวตามมาตรา 33 ของพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งหอภาพยนตร์

(2) การรับสมัคร ให้ใช้กับการได้มาซึ่งเจ้าหน้าที่หรือลูกจ้าง สายงานบริหาร สายงานวิชาการ สายงานปฏิบัติการวิชาชีพ และสายงานปฏิบัติการทั่วไป”

ทั้งสองตัวอย่างข้างต้น หากพิจารณาในเชิงเนื้อหาที่แม้จะมีหลักเกณฑ์พื้นฐานกำกับองค์การมหาชนอยู่แล้วก็ตาม แต่องค์การมหาชนก็ยังสามารถเลือกกำหนดเนื้อหาที่เห็นว่าเหมาะสมกับองค์การมหาชนแห่งนั้นได้เอง กล่าวคือ กำหนดให้มีวิธีการสรรหาและการคัดเลือกบุคคลเข้าทำงาน 2 วิธีการ คือ การเชื้อเชิญและการรับสมัคร และในเชิงรูปแบบก็จะเห็นได้ว่าองค์การมหาชนสามารถเลือกกำหนดรูปแบบของกฎนั้นได้เอง (ข้อบังคับ/ระเบียบ/ประกาศ/ฯลฯ) หรือแม้กระทั่งในเชิงกระบวนการและขั้นตอนก็ยังเอื้อให้องค์การมหาชนสามารถใช้ความเป็นอิสระในการเลือกกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำ รวมถึงวิธีการตรวจสอบคุณภาพและมาตรฐานของกฎเหล่านั้นได้เอง ซึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าในเชิงเนื้อหาโดยเฉพาะวิธีการเชื้อเชิญ อาจเป็นวิธีการที่ปิดกั้นโอกาสของบุคคลทั่วไป และไม่เป็นการเปิดโอกาสอย่างกว้างขวางให้บุคคลที่มีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์เดียวกันสามารถแข่งขันกันได้อย่างเป็นธรรม รวมทั้งยังมีลักษณะของการเปิดโอกาสให้ผู้มีอำนาจขององค์การมหาชนสามารถเลือกใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง ไม่มีขอบเขต ทั้งในส่วนของ “การเลือกวิธีการสรรหา” และในส่วนของ “การคัดเลือกบุคคล” อย่างไรก็ตาม หากจำเป็นต้องใช้วิธีการเชื้อเชิญต้องสามารถแสดง หรืออธิบายหรือพิสูจน์ หรือให้เหตุผลได้ว่าไม่มีวิธีอื่นใดที่เหมาะสมไปกว่านี้แล้ว[79] (มิใช่กรณี เช่น เปิดรับสมัครแล้วไม่มีผู้ใดสมัคร หรือมีเหตุผลแฝงเร้นอื่น ๆ เป็นต้น) และในส่วนของกระบวนการและขั้นตอนก็เป็นเรื่องภายในองค์กรที่มิได้บังคับให้ต้องเปิดเผยต่อสาธารณชน และยังไม่มีกลไกกำกับตรวจสอบกระบวนหรือขั้นตอนการจัดทำกฎเหล่านั้นอย่างมีมาตรฐานขั้นต่ำก่อนบังคับใช้ เพื่อที่จะเป็นหลักประกันได้ว่าจะได้กฎที่มีคุณภาพและมาตรฐานขั้นต่ำที่เหมาะสม

กล่าวโดยสรุป ลักษณะของตัวอย่างที่ยกมาข้างต้น ชี้ให้เห็นสภาพปัญหาที่เกิดจากการใช้อำนาจขององค์การมหาชนที่ยังอาจขาดการให้ความสำคัญต่อหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายในระบบองค์การมหาชน และยังชี้ให้เห็นว่ากฎที่ตราโดยองค์การมหาชนมีความหลากหลายจนอาจกระทบต่อคุณภาพและมาตรฐานของกฎเหล่านั้น ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคได้ ดังนั้นหากมีการกำกับดูแลการใช้อำนาจในการตรากฎขององค์การมหาชนที่ชัดเจน จนสามารถใช้เป็น

---

[79]อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การให้เหตุผลความจำเป็นที่ต้องใช้วิธีการเชื้อเชิญ ในด้านสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์อาจยากต่อการแสดงถึงความชัดเจนในการให้เหตุผลมากกว่าในด้านวิทยาศาสตร์.

หลักประกันความมีคุณภาพและมาตรฐานของกฎ จะช่วยให้กฎมีเนื้อหาที่ไม่ขัดต่อสาระสำคัญของหลักความเสมอภาค และมีรูปแบบที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายแม่บท ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมทั้งมีกระบวนการและขั้นตอนที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเสมือนหลักประกันให้กับประชาชน หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า “คุณภาพและมาตรฐานของกฎขององค์การมหาชน สามารถสะท้อนถึงการเคารพหลักความเสมอภาคได้”

4.2.2 ปัญหาสภาพบังคับของกฎ

จากลักษณะของกฎในระบบองค์การมหาชนที่มีความหลากหลาย และสามารถบังคับใช้และผูกพันกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับองค์การมหาชนได้ทันที นัยหนึ่งแสดงให้เห็นว่า องค์การมหาชนมีความคล่องตัว และมีความเป็นอิสระตามลักษณะเฉพาะขององค์การมหาชนในการใช้อำนาจเพื่อปฏิบัติภารกิจบริการสาธารณะ แต่อีกนัยหนึ่งก็แสดงให้เห็นว่า หากความหลากหลายก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคก็ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ทันทีเช่นเดียวกัน ดังตัวอย่างใน 4.2.1 ที่กฎขององค์การมหาชนที่ตราขึ้นในการคัดเลือก การบรรจุ การแต่งตั้ง และการประเมินผลการปฏิบัติงานขององค์การมหาชน อาจมีลักษณะที่จะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายที่จะได้ความเป็นธรรมเท่าเทียมกันในโอกาสเข้าทำงานในองค์การมหาชนโดยเฉพาะการกำหนดวิธีการเชื้อเชิญ และตราบใดที่ยังไม่มีการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนกฎ หรือองค์การมหาชนแห่งนั้นยังไม่แก้ไข หรือยกเลิกกฎดังกล่าว เมื่อนำกฎไปบังคับใช้ก็ย่อมส่งผลต่อเนื่องไปยังผู้บังคับใช้และผู้อยู่ใต้บังคับให้ได้รับความไม่เป็นธรรมด้วย นอกจากนี้ หากพิจารณาลักษณะเฉพาะขององค์การมหาชนที่ต้องการให้เป็นหน่วยงานจัดทำบริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพควบคู่ไปกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็อาจถือได้ว่าผลจากเรื่องดังกล่าวที่อาจขัดต่อหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายนี้ จะส่งผลกระทบทั้งกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องโดยตรง และยังส่งผลกระทบกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์การมหาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ด้วย

ดังนั้น ตัวอย่างลักษณะสภาพบังคับของกฎดังกล่าว จึงเป็นการย้ำเตือนอีกทางหนึ่งให้เห็นว่ากฎที่ตราโดยองค์การมหาชนมีความสำคัญต่อภารกิจขององค์กรและสิทธิเสรีภาพของบุคคล ซึ่งหากปราศจากกลไกการกำกับดูแลที่เหมาะสมย่อมส่งผลกระทบทั้งต่อปัจเจกบุคคลและเจตนารมณ์ขององค์การมหาชนด้วย

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย เป็นหลักการย่อยของหลักความเสมอภาค มีสาระสำคัญเป็นการรับรองว่าบุคคลย่อมต้องมีความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยหลักการนี้ได้รับการยอมรับทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและในกฎหมายภายในของต่างประเทศ ทั้งในระบบซีวิลลอว์ และระบบคอมมอนลอว์ โดยต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทั้งในส่วนที่เป็นเนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการและขั้นตอน ซึ่งประเทศไทยมีการบัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมีแนวทางการจัดแบ่งประเภทของหลักการไว้ รวมทั้งมีการกำหนดกลไกเชิงกฎหมายให้ต้องผูกพันตามกฎหมายในระดับต่าง ๆ ส่วนองค์การมหาชนในประเทศไทย เป็นหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ มีภารกิจเพื่อจัดทำบริการสาธารณะเฉพาะด้าน โดยคาดหวังประสิทธิภาพในการดำเนินการ เพื่อให้ประชาชนได้รับบริการอย่างเสมอภาค มีความต่อเนื่อง และมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับสภาพสังคม มีเจตนารมณ์ในการจัดตั้งที่ชัดเจน คือ ต้องการหน่วยงานที่มีประสิทธิภาพควบคู่ไปกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะความมีอิสระในการตรากฎ เมื่อศึกษาหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายกับองค์การมหาชนในประเทศไทย พบว่า ในทางหลักการองค์การมหาชนผูกพันต่อหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายอย่างเป็นระบบแล้ว แต่ในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการตรากฎยังขาดกลไกการกำกับดูแล ส่งผลให้กฎขององค์การมหาชนยังอาจไม่เหมาะสมทั้งในส่วนของเนื้อหา รูปแบบ และกระบวนการและขั้นตอน จนอาจส่งผลต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเจตนารมณ์ในการจัดตั้งองค์การมหาชน

5.2 ข้อเสนอแนะ

ให้ กพม. ใช้อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 5/8 ดังนี้

1) เสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อกำหนดแนวทางที่เกี่ยวข้องกับการบริหารและพัฒนาองค์การมหาชน คือ (1) ให้มีการจัดทำกลไกสำหรับการกำกับดูแลและตรวจสอบคุณภาพของกฎขององค์การมหาชน และมีการประเมินผลการบังคับใช้กฎ และ (2) ให้มีการสร้างความรู้ ความเข้าใจ และความตระหนักให้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์การมหาชน เพื่อให้เห็นถึงความสำคัญของหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมายกับองค์การมหาชนในประเทศไทย

2) เสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์กลางเกี่ยวกับการกำกับดูแลการตรากฎขององค์การมหาชน โดยอย่างน้อยต้องประกอบไปด้วย (1) กำหนดให้ต้องจัดทำเหตุผลความจำเป็นของกฎทุกฉบับเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อเป็นหลักประกันในเชิงเนื้อหา (2) กำหนดเกี่ยวกับ

วิธีการกำกับตรวจสอบรูปแบบของกฎให้สอดคล้องกับที่กฎหมายกำหนด เพื่อเป็นหลักประกันในเชิงรูปแบบ (3) กำหนดเกี่ยวกับการเผยแพร่ เช่น การนำกฎไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้น เพื่อเป็นหลักประกันในเชิงกระบวนการและขั้นตอน และ (4) กำหนดกรอบระยะเวลาในการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎที่องค์การมหาชนตราขึ้นทุกฉบับ และต้องรายงานผลการดำเนินการในเรื่องนี้ต่อ กพม. อันเป็นการกำกับดูแลเกี่ยวกับกฎขององค์การมหาชน

บรรณานุกรม

กพร. องค์การมหาชนและหน่วยงานของรัฐรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการ. **การส่งเสริมจริยธรรมสำหรับองค์การมหาชน** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/ZVfk9, 2567 (ตุลาคม, 24).

_____. **ข้อมูลพื้นฐานองค์การมหาชน องค์การมหาชนที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา ตาม พ.ร.บ. 2542** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/dvgeY, 2567 (กรกฎาคม, 19).

_____. **แนวทางการจัดทำระเบียบ/ข้อบังคับขององค์การมหาชนว่าด้วยการบริหารงานบุคคล** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/n3Lm9, 2567 (กรกฎาคม, 15).

_____. **แนวทางการจัดทำข้อบังคับขององค์การมหาชนว่าด้วยการเงิน การบัญชีและงบประมาณ** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/b48xy, 2567 (กรกฎาคม, 15).

กองกิจการองค์การมหาชนและหน่วยงานของรัฐรูปแบบอื่น สำนักงาน ก.พ.ร. **แนวทางการควบคุมดูแลกิจการของคณะกรรมการองค์การมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: บริษัท วิชั่น พริ้นท์ แอนด์ มีเดีย จำกัด, 2561.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **หลักความเสมอภาค** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/3iNKD, 2567 (กรกฎาคม, 11).

_____. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน.** พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2567.

คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **แนวทาง คู่มือ และกฎกระทรวงเกี่ยวกับการประเมินผลสัมฤทธิ์** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/ N9fc4, 2567 (กรกฎาคม, 17).

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. **ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.

_____. **ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/EyD2m, 2567 (กรกฎาคม, 19).

คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ. **เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550.

ธัชภรณ์ ชะอุ่ม. “การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

นาถะ ดวงวิชัย. **เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญ ปี 2540 – 2550 และรัฐธรรมนูญ ปี 2560**. กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2560.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ.** พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครอง : กรณีสิทธิในการสมัคร** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/TzKeL, 2567 (กรกฎาคม, 15).

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: รายงานการวิจัยเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.

บุปผา อัครพิมาน. **รวบบทความวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ**. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ป.

ปธาน สุวรรณมงคล. **การบริหารงานภาครัฐกับการสร้างธรรมาภิบาล.** กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2558.

พิศักดิ์ เพ็งแจ่ม. “ขอบเขตการใช้การตีความหลักความเสมอภาคของศาลปกครองไทย.” **วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย** 6, 2 (มิถุนายน–ธันวาคม 2557): 250–251.

ภัทรดา เมฆานันท์. “หลักความเสมอภาคกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : ศึกษากรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ. **เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542.

เมษยา จิระวงศ์. “แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

ระบบกลางทางกฎหมาย. **โครงการรับฟัง** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/7z8Gi, 2567 (กรกฎาคม, 17).

ราชกิจจานุเบกษา. **พระราชบัญญัติทาษรัตนโกสินทร ศก 124** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/7lvZ3, 2567 (กรกฎาคม, 19).

วราภรณ์ปิยะมงคลวงศ์. “การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

วัชระ กลิ่นสุวรรณ. สมพงษ์ แซ่ตัน และเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “การพัฒนากฎหมายองค์การมหาชนภายใต้หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี.” **วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน** 16, 2 (ธันวาคม 2566): 49-50.

_____. “เจตนารมณ์และผลสัมฤทธิ์ขององค์การมหาชนในประเทศไทย: พัฒนาการและความเปลี่ยนแปลง.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง** 7,1 (มกราคม 2567): 71.

_____. “ปัญหาความเป็นอิสระขององค์การมหาชนในประเทศไทย.” **วารสารนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย** 7, 2 (กรกฎาคม 2566): 20-22.

และอื่น ๆ. “อิทธิพลของวัฒนธรรมทางการเมืองกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์การมหาชนในประเทศไทย.” **วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน** 17, 1 (มิถุนายน 2567): 99-100.

ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. **หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม**. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ป.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. “หลักความเสมอภาคตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.” **วารสารสถาบันพระปกเกล้า**, 1, 1 (มกราคม-เมษายน 2546): 30-31.

สุรพล นิติไกรพจน์. **รายงานการวิจัย เรื่อง การปรับปรุงโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดองค์กรในภาคมหาชน : ความเป็นไปได้และแนวทางในการตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2541.

_____. **ความเป็นไปได้และแนวทางการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน ก.พ., 2543.

สุปรียา แก้วละเอียด. สุประวีณ์ อาสนศักดิ์ และบุญภัทร์ ชูเกียรติ. **คู่มือสำหรับการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักนวัตกรรมเพื่อประชาธิปไตย สถาบันพระปกเกล้า, 2564.

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (สำนักงาน ก.พ.ร.). **ความรู้เกี่ยวกับองค์การมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: กลุ่มพัฒนาระบบโครงสร้างราชการ สำนักงาน ก.พ.ร., 2548.

อรรถพล ใหญ่สว่าง. “หลักนิติธรรม.” **วารสารจุลนิติ** 11, 1 (มกราคม–กุมภาพันธ์ 2557): 39.

Freckmann, Anke and Thomas Wegerich. **The German Legal System**. London: Sweet & Maxwell, 1999.

Humanrights. **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน Universal Declaration of Human Rights** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/l7DYh, 2567 (กรกฎาคม, 19).

Mme Célia Vérot. “คุณภาพของกฎหมาย: สภาพปัญหาและแนวทางแก้ไขในฝรั่งเศส” การบรรยายพิเศษ ณ ห้องปรีดีย์ พนมยงค์ ชั้น 3 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2549 ถอดความ แปลและเรียบเรียง โดย นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ นักกฎหมายกฤษฎีกา 5 สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.” **วารสารกฎหมายปกครอง** 25, 3 (2551): 35.

SDG MOVE. **SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS** [Online]. Available URL: https:// shorturl. asia/dWYjl, 2024 (July, 19).

United Nations. **International Covenant on Civil and Political Rights** [Online], Available URL: https://shorturl.asia/OdivD, 2024 (July, 19).

ข้อพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รัฐอัครธีร์ อัครธีรฐิติภูมิ

ข้อพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค*

Considerations for Liability of Digital Platform Business Operators to Sellers or Service Providers, Transporters, and Consumers for Consumer Protection

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รัฐอัครธีร์ อัครธีรฐิติภูมิ**
Assistant Professor Dr.Rattaakkhatee Akkhateerathitiphum

บทคัดย่อ

การพัฒนาอย่างต่อเนื่องของเทคโนโลยีดิจิทัลทำให้แพลตฟอร์มออนไลน์ถูกนำมาใช้เป็นสื่อกลางในกิจกรรมทางธุรกิจอย่างแพร่หลาย การพึ่งพาแพลตฟอร์มดิจิทัลที่เพิ่มมากขึ้นนี้ส่งผลให้มีการใช้แพลตฟอร์มเพื่อการค้าและการให้บริการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ในฐานะที่แพลตฟอร์มดิจิทัล

---

*บทความนี้เรียบเรียงจากส่วนหนึ่งของการโครงการวิจัย เรื่อง “กฎหมายเกี่ยวกับการพัฒนาธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลและตลาดดิจิทัลเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษากรณีความรับผิดระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลและผู้บริโภค” โดยได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากสถาบันพระปกเกล้า ประจำปี พ.ศ. 2566.

This research article is derived from a part of the research titled “Laws on the Development of Digital Platform Businesses and Digital Markets for Consumer Protection: A Case Study on Liability Between Digital Platform Operators and Consumers.” This research was funded by the King Prajadhipok’s Institute Research, Year 2023.

**ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ; LL.M. in Taxation law (International Program), School of Law, Assumption University, UK; LL.M. in Commercial Law, Bristol School of Law, The University of the West of England, UK; น.ด. มหาวิทยาลัยรังสิต. E-mail: rattasapa@g.swu.ac.th

Assistant Professor at Bachelor of Law program, Faculty of Social Science, Srinakharinwirot University Uk; LL.B. Assumption University; LL.M. in Taxation law (International Program), School of Law, Assumption University UK; LL.M. in Commercial Law, Bristol School of Law, The University of the West of England, Uk; LL.D. Rangsit University.

วันที่รับบทความ (Received) 9 กุมภาพันธ์ 2568, วันที่แก้ไขบทความ (Revised) 14 กรกฎาคม 2568, วันที่ตอบรับบทความ (Accepted) 21 กรกฎาคม 2568.

ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางระหว่างผู้ขาย ผู้ให้บริการ ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค การกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญาเหล่านี้อย่างชัดเจนจึงเป็นสิ่งสำคัญ เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเหมาะสม และกำหนดความรับผิดชอบในกรณีที่มีข้อพิพาทหรือความเสียหาย โดยเฉพาะในด้านการคุ้มครองผู้บริโภค

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค โดยมุ่งเน้นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นสำคัญ นอกจากนี้ ยังศึกษาความสัมพันธ์ทางกฎหมายของคู่สัญญา และวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ญี่ปุ่น และราชอาณาจักรสเปน ผ่านการศึกษากฎหมายเชิงเปรียบเทียบ งานวิจัยนี้ชี้ให้เห็นถึงแนวทางการปรับปรุงกฎหมายของไทยเพื่อให้สามารถกำกับดูแลแพลตฟอร์มดิจิทัลได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และสามารถคุ้มครองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย โดยเฉพาะผู้บริโภค

งานวิจัยนี้ครอบคลุมสามประเด็นหลัก ได้แก่ (1) ความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ (2) ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มต่อผู้ขนส่ง และ (3) ขอบเขตความรับผิดในการคุ้มครองผู้บริโภค นอกจากนี้ ยังกล่าวถึงความท้าทายใหม่ ๆ ที่เกิดจากธุรกรรมดิจิทัล เช่น การฉ้อโกง การออกแบบอินเทอร์เฟซ (Interfaces) ที่ชี้นำอย่างไม่เหมาะสม และกลไกการคุ้มครองผู้บริโภคที่ไม่เพียงพอ ผลการวิจัยเน้นถึงความจำเป็นในการปรับปรุงกรอบกฎหมายให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อกำกับดูแลความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลอย่างเป็นธรรมและโปร่งใสในทุกภาคส่วน

คำสำคัญ: แพลตฟอร์มดิจิทัล, การคุ้มครองผู้บริโภค, ความรับผิดของผู้ให้บริการ

Abstract

The continuous development of digital technology has led to the widespread use of online platforms as intermediaries in a wide range of business activities. This growing reliance on digital platforms has brought about a significant increase in businesses utilizing these platforms for conducting commerce and providing services. As digital platforms function as intermediaries between sellers, service providers, transporters, and consumers, it is crucial to clearly define the legal relationships among these parties. Such clarity is vital to ensure appropriate legal protection and specifying liabilities in cases of disputes or damage, especially regarding consumer protection.

This research aims to thoroughly examine the liability of digital platform operators toward sellers, service providers, transporters, and consumers, with a particular focus on protecting consumer rights. It investigates the legal relationships between the contracting parties and analyzes relevant regulations under both Thai and foreign laws, including from countries such as the United States, Canada, Japan, and Spain. Through this comparative legal study, the research identifies potential improvements to Thai law that could enhance the regulation of digital platforms and provide better safeguards for all stakeholders, especially consumers.

The study addresses three main areas of concern: (1) the liability of digital platform operators towards sellers or service providers, (2) the legal responsibility of platform operators in relation to transporters, and (3) the extent of liability for consumer protection. The research also highlights the unique challenges posed by digital transactions, such as fraudulent practices, misleading interfaces, and inadequate consumer rights mechanisms. The findings emphasize the need for clearer legal frameworks to regulate platform liabilities, ensuring equitable treatment and accountability across all sectors.

Keywords: digital platforms, consumer protection, service provider liability

1. บทนำ

ปัจจุบันความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้เกิดแพลตฟอร์มดิจิทัลต่าง ๆ ที่ถือเป็นเครื่องมือในการประกอบธุรกิจในรูปแบบผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลหรือตลาดดิจิทัลเพื่อให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการและผู้ซื้อหรือผู้รับบริการ มีโอกาสทำธุรกรรมผ่านทางแพลตฟอร์มดิจิทัลไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายสินค้า หรือการให้บริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบริการรับส่งเอกสาร รับส่งอาหาร เป็นต้น การประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลจึงเป็นที่นิยมสำหรับผู้ขายหรือผู้ให้บริการและผู้ซื้อหรือผู้รับบริการเป็นอย่างมาก อีกทั้งแพลตฟอร์มดิจิทัลถูกพัฒนาอย่างเจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น ดังจะเห็นได้จากการรูปแบบของแพลตฟอร์มดิจิทัลและตลาดดิจิทัลที่เปิดให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการ และผู้ซื้อหรือผู้รับบริการ ได้พบกันผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลหรือตลาดดิจิทัล โดยถือว่าแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้นเป็นตัวกลางระหว่าง ผู้ขายหรือผู้ให้บริการกับผู้ซื้อหรือผู้รับบริการ ซึ่งการเกิดขึ้นของรูปแบบธุรกิจใหม่นี้ได้ก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้บริโภค และประเด็นปัญหาดังกล่าวก็มีความเชื่อมโยงกับนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มและผู้ขายหรือผู้ให้บริการธุรกิจแพลตฟอร์มคือธุรกิจที่เป็นตัวกลางในการเชื่อมโยงระหว่างผู้ขายหรือผู้ให้บริการกับผู้ซื้อหรือผู้รับบริการ[1] โดยมีเทคโนโลยีเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการเพื่อให้ธุรกรรมต่าง ๆ เกิดขึ้นได้อย่างสะดวกและน่าเชื่อถือ การนำลูกค้าที่เป็นคนต่างกลุ่มกันมาพบปะกันในแพลตฟอร์มดิจิทัล คือ การที่สมาชิกของแต่ละคนสามารถเข้าถึงกันและกันได้โดยตรง โดยที่ไม่ต้องผ่านตัวกลางในการซื้อค้าสินค้าหรือที่เราเรียกกันว่าการค้าในรูปแบบใหม่ ทั้งในรูปแบบ Business to Business (B2B) หรือ Business to Consumer (B2C) หรือConsumer to Consumer (C2C) ในรูปแบบใหม่ที่เรียกว่า Peer to Peer (P2P) ผ่านระบบปฏิบัติการแพลตฟอร์มดิจิทัลต่าง ๆ[2] แพลตฟอร์มดิจิทัล เปรียบเสมือนพื้นที่สำหรับการแลกเปลี่ยนข้อมูล สินค้า หรือบริการที่จะเกิดขึ้นระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภค โดยแพลตฟอร์มดิจิทัลมีลักษณะเป็นหน่วยโครงสร้างที่ทำหน้าที่เชื่อมโยงผู้ที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ให้เข้าถึงกัน โดยเอื้ออำนวยให้เกิดการแบ่งปันประโยชน์ในระยะสั้น ก่อให้เกิดภาวะเศรษฐกิจแบบแบ่งปัน อันเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแลกเปลี่ยน ซื้อขาย และการบริการกันบนแพลตฟอร์มดิจิทัล[3]

---

[1]Export-Import Bank of Thailand, **EXIM Thailand explores new business opportunities in Saudi Arabia. EXIM Thailand** [Online], available URL: https://www.exim.go.th/eximinter/e-news/20810/0221_new_market.html, 2024 (October, 5).

[2]รัฐสภา จุรีมาศ, **การควบคุมธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล** (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2565), หน้า 5-9.

[3]เกรียงศักดิ์ ธีระโกวิทขจร และวรดุล ตุลารักษ์, **รูปแบบงานใหม่ของคนขี่มอเตอร์ไซต์ส่งอาหารที่กำกับโดยแพลตฟอร์ม** (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท ร่วมกับ สถาบันแรงงานและเศรษฐกิจที่เป็นธรรม, 2563), หน้า 1-7.

ดังนั้น แพลตฟอร์มดิจิทัลจึงเป็นเครื่องมือที่มีผลต่อการใช้งานของผู้บริโภคในหลายด้าน เช่น การซื้อสินค้าออนไลน์ การสื่อสาร การใช้งานแอปพลิเคชัน และการเข้าถึงข้อมูลทางการเงิน ดังนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้บริโภค ผู้บริโภคจึงเป็นผู้รับบริการจากการให้บริการของแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยนิติสัมพันธ์ในรูปแบบนี้จะมีความเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายหลายฉบับ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค เพราะความผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล จึงเกิดเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับข้อพิจารณาความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มบุคคลดังกล่าว

2. แนวคิดทฤษฎีของหลักการความรับผิดของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล

จากการศึกษาเกี่ยวกับธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลและการกำกับดูแลเพื่อศึกษาแนวทางการกำหนดมาตรการควบคุม การกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้บริโภค ผู้ขาย นั้น มีหลักแนวคิดทฤษฎีพื้นฐานที่ผู้วิจัยนำมาศึกษาเพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการประกอบการวิเคราะห์ สังเคราะห์และเปรียบเทียบต่อไป ดังนี้

2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล

ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 โดยการกำหนดนิยามตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 “บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล” หมายถึง “การให้บริการสื่อกลางทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการบริหารจัดการข้อมูลเพื่อให้เกิดการเชื่อมต่อกันโดยใช้เครือข่ายคอมพิวเตอร์ระหว่างผู้ประกอบการ ผู้บริโภค หรือผู้ใช้บริการ เพื่อให้เกิดธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะคิดค่าบริการหรือไม่ก็ตาม แต่ไม่รวมถึงบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีไว้เพื่อเสนอขายสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว ไม่ว่าจะเสนอสินค้าหรือบริการแต่บุคคลภายนอกหรือบริษัทในเครือ”[4]

การบริการดังกล่าวเชื่อมโยงผู้ใช้บริการและผู้ประกอบธุรกิจผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพื่อเพิ่มความสะดวกสบายให้แก่ผู้บริโภคและผู้ขายหรือผู้ประกอบการ ทำหน้าที่เหมือนตลาดสดออนไลน์ที่นำผู้บริโภคและผู้ประกอบการจากหลากหลายกลุ่มมาพบปะกันในแพลตฟอร์มเดียว สามารถติดต่อกันได้โดยตรง ตัวอย่างเช่น ธุรกิจ Grab, Lineman, Shopee ในประเทศไทย ที่แพลตฟอร์มไม่ได้เป็น

[4]พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565.

เจ้าของร้านอาหารหรือธุรกิจขนส่งสินค้า แต่ทำหน้าที่เชื่อมโยงผู้ขายกับผู้ซื้อ และผู้ให้บริการขนส่งที่สามารถให้บริการผ่านแพลตฟอร์มได้ ซึ่งเป็นการค้ารูปแบบใหม่ ทั้งในรูปแบบ Business to Business (B2B), Business to Consumer (B2C), หรือ Consumer to Consumer (C2C) โดยมีกรอบข้อตกลงร่วมกันที่แพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นผู้กำหนด ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์นี้ไม่ว่าจะมีการคิดค่าบริการหรือไม่ การบริการของแพลตฟอร์มดิจิทัลจะไม่ครอบคลุมถึงการเสนอขายสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจหรือบริษัทในเครือ

จะเห็นได้ว่า แพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นเครื่องมือที่ไม่ได้มุ่งเน้นการอาศัยเป็นเจ้าของกิจการหรือเจ้าของปัจจัยการผลิต แต่มุ่งเน้นในการเข้าถึงกิจการต่าง ๆ หรือทรัพยากรต่าง ๆ โดยการเปิดพื้นที่ให้บริการที่อนุญาตให้ผู้ใช้งานในแพลตฟอร์มของตนเป็นได้ทั้ง ผู้ผลิต ผู้ขาย และผู้บริโภค โต้ตอบมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันและกัน โดยเป็นการอำนวยประโยชน์ให้แก่ภาคธุรกิจได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ยังเป็นการสร้างระบบให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าถึง แลกเปลี่ยน และวิเคราะห์ข้อมูล ได้อย่างมีประสิทธิภาพกว่าการทำธุรกิจในรูปแบบเดิมหลายเท่าตัว อีกทั้งแพลตฟอร์มดิจิทัลมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบสามเหลี่ยมที่ประกอบขึ้นจากผู้ขาย ผู้ขนส่ง ผู้บริโภค และแพลตฟอร์มออนไลน์ที่ทำหน้าที่เป็นตัวกลางที่เปรียบเสมือนส่วนกลาง[5]

2.2 แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้ขาย ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค

การพิจารณาความสัมพันธ์ในทางกฎหมายของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลจะมีความผูกพันตามกฎหมายอย่างไร ไม่ว่าจะเป็นกรณีของการละเมิด การผิดสัญญา เป็นต้น สิ่งสำคัญที่จะต้องพิจารณาเบื้องต้น คือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้ขาย ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค เนื่องจากการที่จะให้บุคคลใดต้องมีความรับผิดในทางกฎหมายจำเป็นต้องมีลักษณะของการกระทำบางอย่างที่แสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นมีนิติสัมพันธ์ระหว่างกัน[6] โดยหลักการทั่วไปของนิติสัมพันธ์ มีความหมายว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ซึ่งมีผลในทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่าความเกี่ยวพันตามกฎหมาย ซึ่งในบางครั้งการกระทำของบุคคลที่ได้กระทำลงไปต่ออีกบุคคลหนึ่ง แม้ไม่ได้มีเจตนาที่ต้องการจะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกันก็ตาม แต่ก็มีผลทางกฎหมายด้วยเช่นกัน

---

[5]พิรงรอง รามสูต, “แพลตฟอร์มดิจิทัล,” **วารสารกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์** 1, 3 (เมษายน – มิถุนายน 2565): 2-6.

[6]ธีราภา ฉิมวัย, “ความรับผิดทางแพ่งของอีมาร์เก็ตเพลสกรณีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2562), หน้า 10-22.

ประเด็นเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้ขาย ผู้ขนส่ง และผู้บริโภคมีความสำคัญอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวกับความเสียหายต่อผู้บริโภคจากการซื้อสินค้าหรือบริการผ่านแพลตฟอร์มนั้น ๆ เพราะจะเป็นการระบุความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาว่าเป็นไปตามสัญญาใด เพื่อกำหนดสถานะในทางกฎหมาย อีกทั้งเมื่อระบุนิติสัมพันธ์ได้ก็จะสามารถระบุความรับผิดของคู่สัญญาได้ตามกฎหมายนั้น ๆ

โดยปกติผู้บริโภคเองสามารถเรียกให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการรับผิดชอบได้โดยตรง แต่ก็ยังมีหลายกรณีที่ผู้ขายหรือผู้ให้บริการไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคได้เนื่องจากสถานะทางเศรษฐกิจ หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้บริโภคอาจจะติดต่อหรือเรียกให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการรับผิดได้ยากกว่าการให้ผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มเป็นผู้เรียกให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการรับผิดเองจากประเด็นดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการพิจารณาว่าผู้บริโภคจะเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าหรือบริการได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณานิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสามฝ่าย โดยนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ขายหรือผู้ให้บริการและผู้บริโภคจะค่อนข้างชัดเจนมากเช่นกัน โดยทั้งสองฝ่ายอาจมีนิติสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะของสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจ้างทำของแล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตามจะเห็นว่านิติสัมพันธ์ระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มนั้น อาจจะไม่ชัดเจนเท่าใดนัก กล่าวคือ ถ้าหากเป็นกรณีที่ผู้บริโภคได้ใช้บริการแพลตฟอร์มและเกิดความเสียหายจากการใช้แพลตฟอร์มโดยตรง ผู้บริโภคย่อมสามารถเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจรับผิดได้ แต่ถ้าหากเป็นกรณีความเสียหายที่เกิดจากตัวสินค้าและบริการเอง ก็อาจทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าจะเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มร่วมรับผิดอย่างไร

ในส่วนของนิติกรรม ซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์รูปแบบหนึ่งในทางกฎหมายที่หมายถึง การกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ในนิติกรรมนั้นสามารถแบ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวและนิติกรรมหลายฝ่าย ส่วนสัญญานั้นถือเป็นนิติกรรมเช่นเดียวกัน แต่เป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย และการผูกสัมพันธ์ต้องเป็นการผูกพันระหว่างบุคคลกับบุคคล อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ย่อมได้ โดยหลักการดังกล่าวฝ่ายที่ต้องการสร้างสัญญาต้องมีสิทธิที่เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าไม่ได้มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกบังคับให้ทำสัญญาด้วยการข่มขู่หรือการผิดกฎหมายใด ๆ

2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขาย

ลักษณะของนิติสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขายนั้น มีลักษณะที่เป็นคู่สัญญาตามสัญญาทั่วไป หรือที่เรียกว่า นิติกรรม ฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาทำเป็นคำเสนอ แล้วอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง เมื่อคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันจึงเกิดมีนิติกรรมสองฝ่ายขึ้น จนเกิดเป็นสัญญา โดยอาจปรากฏอยู่ในลักษณะของข้อสัญญาที่กำหนดขึ้นระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขาย อีกทั้งอาจปรากฏอยู่ในลักษณะข้อสัญญาที่กำหนดความรับผิดและการจำกัดความรับผิดของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย

หากแพลตฟอร์มหรือผู้ขายกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนต่อสัญญาหรือบทบัญญัติของกฎหมายก็ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น[7]

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็อาจสามารถนำกฎหมายในลักษณะตัวแทน ตามมาตรา 821[8] “บุคคลผู้ใดเชิดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเชิดตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน” มาปรับได้ในบางกรณี หากแพลตฟอร์มดิจิทัลเข้าลักษณะการเป็นตัวแทนตามมาตรา 821 กล่าวคือ หากมีการแสดงตน หรือ ยินยอมให้บุคคลอื่นแสดงตน ว่าเป็นตัวแทนของผู้ขาย โดยเฉพาะเมื่อแพลตฟอร์มมีพฤติการณ์ที่สื่อให้ผู้บริโภคเข้าใจว่าเป็นผู้ขายหรือเป็นตัวแทนของผู้ขาย การตีความเช่นนี้ย่อมเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองผู้บริโภคที่มิได้มีอำนาจในการเลือกหรือควบคุมผู้ขายโดยตรง อย่างไรก็ตามกรณีดังกล่าวเป็นการอาศัยนำตัวบทกฎหมายมาปรับใช้ ซึ่งเห็นได้ว่าจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีกฎหมายเฉพาะเพื่อกำหนดลักษณะความสัมพันธ์ของพฤติการณ์ดังกล่าว

2.2.2 แนวคิดเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขนส่ง

ปัญหาหนึ่งที่ยังคงเป็นข้อถกเถียงในทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการรับส่งของผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลในประเทศไทย คือ ความไม่ชัดเจนในลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขนส่งว่ามีสถานะเป็น ลูกจ้าง ภายใต้สัญญาจ้างแรงงาน หรือเป็นเพียง ผู้รับจ้าง ตามสัญญาจ้างทำของเท่านั้น ซึ่งความไม่ชัดเจนนี้ส่งผลโดยตรงต่อสิทธิประโยชน์ การคุ้มครอง และภาระหน้าที่ทางกฎหมายของทั้งสองฝ่าย เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 575[9] ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5[10] “สัญญาจ้างแรงงาน” คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า “ลูกจ้าง” ตกลงทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “นายจ้าง” โดยนายจ้างตกลงจะจ่ายค่าจ้างให้ตลอดระยะเวลาที่ทำงาน ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม นอกจากนี้ผู้ขนส่งนั้นไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เนื่องจากผู้ขนส่งนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นลูกจ้าง เนื่องจากนายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างตลอดระยะเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ ซึ่งการจ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างจะคำนึงถึงระยะเวลาที่ลูกจ้างได้ทำงานมากกว่าผลงานที่ได้รับ

เมื่อพิจารณาลักษณะการทำงานของผู้ให้บริการส่งอาหารหรือพัสดุผ่านแอปพลิเคชัน เช่น Grab, LINE MAN, Food panda หรือ Shopee Food จะพบว่าผู้ขนส่งต้องเลือกรับงานผ่านระบบ

---

[7]พัลภา นุ่มน้อย, “ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร** 7, 1 (พฤษภาคม 2567): 26-38.

[8]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 821.

[9]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 575.

[10]พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 5.

อัตโนมัติของแพลตฟอร์ม และจะได้รับค่าตอบแทนเฉพาะเมื่อจัดส่งตามออร์เดอร์เสร็จสิ้นเท่านั้น ซึ่งค่าตอบแทนดังกล่าว ไม่อิงกับ “ระยะเวลาที่ใช้ในการทำงาน” แต่ผูกโยงกับ “ผลงานที่สำเร็จ” ตามออร์เดอร์แต่ละรายการ

ลักษณะเช่นนี้จึงไม่อาจตีความได้ว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน เพราะขาดองค์ประกอบสำคัญ คือ ลักษณะความต่อเนื่องของการทำงานและการอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาโดยตรงจากนายจ้าง อีกทั้งผู้ว่าจ้าง (แพลตฟอร์มดิจิทัล) ไม่มีอำนาจในการสั่งการโดยตรงต่อรูปแบบ วิธีการ หรือระยะเวลาการทำงานของผู้ขนส่งในลักษณะเดียวกับการควบคุมของนายจ้างที่มีต่อลูกจ้าง นอกจากนี้ แพลตฟอร์มยังเปิดให้ผู้ขนส่งสามารถเลือกเวลาในการทำงานได้เองโดยไม่มีภาระผูกพัน ซึ่งสะท้อนลักษณะของการเป็นการรับจ้างอิสระ (Freelancer) มากกว่าการเป็นลูกจ้างประจำ

แม้ว่าบางแพลตฟอร์มจะใช้คำเรียกที่สื่อให้เห็นถึงความสัมพันธ์เชิงนายจ้างกับลูกจ้าง เช่น การใช้คำว่า “พาร์ตเนอร์” หรือแม้แต่มีระบบแต้มสะสมเพื่อจูงใจให้ผู้ขนส่งรับงานต่อเนื่อง แต่โดยหลักนิติสัมพันธ์แล้ว การเรียกชื่อหรือจัดรูปแบบในเชิงสัญญาไม่ใช่ประเด็นสำคัญในการวินิจฉัย หากแต่ต้องพิจารณาจากลักษณะของการควบคุม ความคงที่ของรายได้ และรูปแบบการทำงานจริงเป็นสำคัญ

จึงเห็นได้ว่าการที่ผู้ขนส่งจะได้รับค่าตอบแทนเมื่อจัดส่งสินค้าสำเร็จเท่านั้น และสามารถเลือกทำหรือหยุดงานได้โดยอิสระ โดยไม่มีการควบคุมลักษณะงานโดยตรงจากแพลตฟอร์ม ส่งผลให้ความสัมพันธ์ดังกล่าว ไม่เข้าข่ายสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่มีลักษณะของ “สัญญาจ้างทำของ” ที่ผู้ว่าจ้างประสงค์ผลสำเร็จของงานเพียงเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ ภาครัฐควรพิจารณาตรากฎหมายเฉพาะหรือปรับปรุงกฎหมายแรงงานเพื่อรองรับลักษณะงานในระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม (Platform Economy) ซึ่งไม่อยู่ในกรอบโครงสร้างเดิมของ “ลูกจ้าง–นายจ้าง” แต่อยู่ในกลุ่มแรงงานอิสระซึ่งต้องการกลไกคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่จำเป็นต้องให้สถานะ “ลูกจ้าง” ตามนิยามแบบดั้งเดิม การพัฒนากฎหมายในมิตินี้จึงควรดำเนินไปบนหลักความสมดุลระหว่าง “ความยืดหยุ่นของระบบเศรษฐกิจดิจิทัล” กับ “หลักการคุ้มครองแรงงาน” เพื่อให้แรงงานในแพลตฟอร์มสามารถเข้าถึงหลักประกันพื้นฐานโดยไม่กระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจยุคใหม่

2.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้บริโภค

ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล การดำเนินธุรกิจผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการเชื่อมโยงระหว่างผู้ขาย สินค้า หรือบริการ กับผู้บริโภค โดยที่แพลตฟอร์มดิจิทัลทำหน้าที่เป็นตัวกลางอำนวยความสะดวกให้ผู้บริโภคสามารถเข้าถึงสินค้าหรือบริการได้อย่างรวดเร็ว ผ่านการใช้งานแอปพลิเคชันหรือเว็บไซต์ของผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม โดยผู้บริโภคสามารถเลือกและกดสั่งซื้อสินค้าได้ด้วยตนเอง และขั้นตอนต่อมาจะเป็นหน้าที่ของผู้ขายในการเตรียมสินค้า รวมถึงมีผู้ขนส่งเข้ามารับและส่งสินค้าถึงมือผู้บริโภค

นิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่าง แพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้บริโภค จึงมีลักษณะเฉพาะที่ต่างไปจากการซื้อขายแบบดั้งเดิม กล่าวคือ มิได้เป็นเพียงนิติสัมพันธ์แบบ “ตัวกลาง” ที่ไม่มีความรับผิดใด ๆ หากแต่เป็น เอกเทศสัญญา ประเภทหนึ่ง ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ขึ้นโดยตรงระหว่างแพลตฟอร์มกับผู้บริโภค โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับ การเสนอขายสินค้า การจัดการคำสั่งซื้อ การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล และการให้บริการทางดิจิทัล ทั้งนี้ แม้แพลตฟอร์มจะอ้างตนว่าเพียงเป็น “ตัวกลาง” แต่เมื่อพิจารณาพฤติการณ์และรูปแบบการให้บริการกลับพบว่าแพลตฟอร์มมักเป็นผู้ดำเนินการหลายส่วนด้วยตนเอง เช่น การจัดแสดงสินค้า การรับชำระเงิน การบริหารระบบขนส่ง การติดต่อประสานงานกับลูกค้า และการบริหารข้อร้องเรียน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแพลตฟอร์มมิได้เป็นเพียงผู้เชื่อมโยง แต่เป็นผู้มีบทบาทโดยตรงในระบบบริการแก่ผู้บริโภค อาทิ

1) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากแพลตฟอร์มมีลักษณะเป็นผู้เสนอขาย หรือมีลักษณะเป็นตัวแทนของผู้ขายสินค้า ย่อมตกอยู่ภายใต้หลักแห่งความรับผิดของ “ผู้ขาย” หรือ “ตัวแทน” ได้เช่นกัน โดยเฉพาะหากผู้บริโภคเข้าใจโดยสุจริตว่าแพลตฟอร์มเป็นผู้เสนอขายโดยตรง หรือเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการสินค้าและบริการนั้น ผลจากพฤติการณ์เช่นนี้ อาจเข้าข่าย มาตรา 821 ที่ว่า หากบุคคลใดยินยอมให้ผู้อื่นแสดงตนเป็นตัวแทนของตน ต้องรับผิดเสมือนตนเป็นผู้กระทำเอง

อีกทั้ง เมื่อเกิดความเสียหายจากการให้บริการ เช่น สินค้าเสียหาย ไม่ตรงปก หรือผู้บริโภคไม่ได้รับสินค้า แพลตฟอร์มที่มีบทบาทในการดำเนินธุรกรรมหรือควบคุมระบบสั่งซื้อ อาจต้องร่วมกันรับผิดตามหลักความรับผิดฐานละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาตาม มาตรา 420 หรือ มาตรา 597 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

2) ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562[11] ผู้บริโภคบนแพลตฟอร์มดิจิทัลย่อมมีสิทธิได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับการซื้อขายโดยทั่วไป พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ได้ให้นิยามของ “ผู้บริโภค” อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมถึงผู้ที่ได้รับการเสนอหรือชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ว่า ผู้นั้นจะเป็นผู้จ่ายเงินโดยตรงหรือไม่ ซึ่งสอดคล้องกับรูปแบบธุรกรรมของแพลตฟอร์มดิจิทัลในปัจจุบัน

การที่แพลตฟอร์มมีบทบาทเป็นผู้ประสานงานโดยตรงในการเสนอขาย และสร้างประสบการณ์การซื้อให้กับผู้บริโภค จึงทำให้แพลตฟอร์มอาจถูกพิจารณาว่าอยู่ในสถานะ “ผู้ประกอบธุรกิจ” ตามกฎหมาย และต้องรับผิดในกรณีที่เกิดการหลอกลวง บิดเบือนข้อมูล หรือจัดหาสินค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค

3) พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2560 ผู้ที่ดำเนินกิจกรรมทางการตลาดโดยตรงต่อผู้บริโภค เช่น การให้ข้อมูล การเสนอขาย หรือการชักชวนผ่านระบบดิจิทัล แม้จะไม่ได้

[11]พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 3.

พบปะกันโดยตรง แต่หากดำเนินการผ่านระบบแพลตฟอร์ม ย่อมเข้าข่ายเป็น “ตลาดแบบตรง” ตามความหมายของกฎหมาย

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แพลตฟอร์มดิจิทัลที่เปิดให้มีการซื้อขายสินค้าโดยตรงจากผู้บริโภคผ่านทางเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชัน ถือเป็น “ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง” ที่ต้องมีหน้าที่จดทะเบียนกับสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค และ ต้องรับผิดต่อผู้บริโภคโดยตรง หากมีการเสนอขายสินค้าโดยไม่ชอบธรรม หรือไม่สามารถรับประกันคุณภาพสินค้าได้ โดยไม่อาจปัดความรับผิดไปยังผู้ขายรายย่อยที่ใช้งานแพลตฟอร์มเพียงอย่างเดียว

4) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 อีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญของนิติสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้บริโภค คือ การที่แพลตฟอร์มต้องมีบทบาทเป็น “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” (Data Controller) ซึ่งมีหน้าที่โดยตรงในการเก็บรวบรวม ใช้ และเผยแพร่ข้อมูลของผู้บริโภคอย่างถูกต้อง ปลอดภัย และมีการขอความยินยอมโดยชอบตามกฎหมาย

หากมีการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้โดยมิได้รับความยินยอมอย่างถูกต้อง หรือไม่สามารถอธิบายวัตถุประสงค์ในการใช้ข้อมูลได้ แพลตฟอร์มจะต้องรับผิดตามบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ควบคุมข้อมูลและผู้ประมวลผลข้อมูล รวมถึงบทลงโทษทางอาญาและทางแพ่งที่อาจเกิดขึ้นจากการละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของผู้บริโภค

จะเห็นได้ว่า แพลตฟอร์มดิจิทัลมิใช่เพียงผู้ให้บริการโครงสร้างพื้นฐานทางเทคโนโลยี แต่มีบทบาทเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามความหมายของกฎหมายหลายฉบับ ด้วยเหตุนี้ จึงควรมีแนวทางทางกฎหมายที่ชัดเจนยิ่งขึ้นในการกำหนดหน้าที่ ความรับผิด และการกำกับดูแลแพลตฟอร์ม เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับการคุ้มครองอย่างสมบูรณ์ และแพลตฟอร์มเองก็สามารถประกอบธุรกิจภายใต้กรอบกฎหมายที่ชัดเจน โปร่งใส และเป็นธรรม

3. ความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ผู้ขนส่ง ต่อผู้บริโภค

ในยุคที่ธุรกรรมออนไลน์เติบโตอย่างรวดเร็ว ผู้บริโภคจำนวนมากหันมาใช้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นช่องทางหลักในการซื้อสินค้าและบริการ ไม่ว่าจะเป็นสินค้าอุปโภคบริโภค บริการสั่งอาหาร การจองตั๋วโดยสาร หรือแม้แต่บริการทางการเงิน ซึ่งทั้งหมดนี้เกิดขึ้นผ่านระบบที่ซับซ้อนและเกี่ยวข้องกับหลายฝ่าย ได้แก่ ผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้ขายหรือผู้ให้บริการ และผู้ขนส่ง โดยมีผู้บริโภคเป็นปลายทางของการรับบริการ

อย่างไรก็ตาม การเพิ่มขึ้นของพฤติกรรมการบริโภคผ่านช่องทางดิจิทัลได้ก่อให้เกิดข้อร้องเรียนจำนวนมาก ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงช่องโหว่ทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคในระบบแพลตฟอร์ม เช่น การฉ้อโกงโดยร้านค้า การปฏิเสธความรับผิดจากแพลตฟอร์ม การใช้กลยุทธ์ด้านอินเทอร์เฟซ

ที่หลอกลวง (Dark Patterns) และการไม่ตรวจสอบคุณภาพของสินค้าหรือบริการที่เสนอขายในระบบ ล้วนสร้างความเสียเปรียบให้แก่ผู้บริโภคและเห็นได้ว่ามีความจำเป็นในการกำหนดความรับผิดอย่างชัดเจนของแต่ละฝ่ายในระบบนิเวศของแพลตฟอร์ม

แม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 แต่กฎหมายเหล่านี้ได้รับการออกแบบมาเพื่อรองรับบริบทของการค้าแบบดั้งเดิม (Traditional Commerce) ที่ผู้ซื้อและผู้ขายมีความสัมพันธ์โดยตรง มิใช่ความสัมพันธ์ผ่าน “ตัวกลางทางดิจิทัล” ที่ซับซ้อนเช่นในปัจจุบัน

ลักษณะของแพลตฟอร์มดิจิทัลที่เป็นเพียง “ผู้ให้บริการระบบ” ทำให้เกิดข้อถกเถียงว่าแพลตฟอร์มควรมีสถานะเป็น ผู้ประกอบธุรกิจโดยตรง หรือเพียงตัวกลางทางเทคนิค (Technology Intermediary) หากตีความว่าแพลตฟอร์มเป็นเพียงตัวกลาง ก็ย่อมปัดความรับผิดเมื่อเกิดข้อพิพาทกับผู้บริโภคได้ง่าย แต่หากถือว่าแพลตฟอร์มมีบทบาทเสนอขาย สนับสนุน หรือแสดงตนเป็นผู้ให้บริการ ย่อมต้องมีความรับผิดตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายเฉพาะด้าน

ในทางปฏิบัติ ความไม่ชัดเจนนี้ส่งผลให้ผู้บริโภค ต้องรับภาระพิสูจน์ ในการดำเนินคดีกับร้านค้าแต่ละราย แทนที่จะเรียกร้องสิทธิจากแพลตฟอร์มที่มีศักยภาพในการชดใช้ความเสียหายมากกว่า ขณะที่การบังคับใช้กฎหมายก็ประสบอุปสรรคจากการที่แพลตฟอร์มบางรายมีฐานอยู่ในต่างประเทศ หรือใช้รูปแบบนิติบุคคลที่หลีกเลี่ยงการกำกับดูแลภายในประเทศ

ขณะที่การคุ้มครองผู้บริโภคตาม พระราชบัญญัติการขายตรงและการตลาดแบบตรง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 โดยกำหนดให้แพลตฟอร์มดิจิทัลต้องจดทะเบียนเป็นผู้ให้บริการตลาดแบบตรงและต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดในกฎหมายขายตรง กรณีที่แพลตฟอร์มเป็นผู้สร้างระบบขายและเสนอขายสินค้าโดยตรงผ่านเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชัน กฎหมายนี้กำหนดให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มที่มีรายได้เกิน 1.8 ล้านบาทต่อปี ต้อง จดทะเบียนเป็นผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง และมีหน้าที่รับผิดต่อผู้บริโภคในกรณีเกิดความเสียหายจากสินค้า บริการ หรือการโฆษณาที่ไม่เป็นธรรม[12] การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้จึงช่วยให้ผู้บริโภคสามารถเรียกร้องความรับผิดโดยตรงจากแพลตฟอร์ม ในฐานะผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง แทนการฟ้องผู้ขาย รายย่อยซึ่งบางรายไม่สามารถติดตามตัวหรือไม่ชำระความเสียหายได้

ถึงอย่างไร กฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยมีการพัฒนาอย่างก้าวหน้าให้เท่าทันต่อเทคโนโลยี แต่เพื่อให้ได้รับการคุ้มครองอย่างเหมาะสมและตอบสนองต่อปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบัน คงจะเป็นการที่เหมาะสมอย่างยิ่ง ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ผู้ขนส่ง และผู้บริโภค โดยศึกษาจากกฎหมาย

---

[12]ธารทิพย์ ศรีสุวรรณเกศ, **กฎหมายเพื่อผู้บริโภคในโลกธุรกิจแพลตฟอร์ม** [Online], available URL: https://tdri.or.th/2023/04/consumer-protection-in-the-digital-economy, 2566 (เมษายน, 6).

ต่างประเทศโดยเฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมาย “Platform Liability” ที่ให้แพลตฟอร์มรับผิดในกรณีไม่ควบคุมเนื้อหาหรือการเสนอขายสินค้าอย่างเหมาะสม มลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา มีแนวทางกำกับแพลตฟอร์มการค้าแบบ B2C ผ่านกฎหมายผู้บริโภคที่ชัดเจน มาปรับใช้กับกฎหมายไทย

3.1 ความรับผิดกรณีผู้ขายหรือผู้ให้บริการกับแพลตฟอร์มดิจิทัล

กรณีความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลผู้ขายหรือผู้ให้บริการ โดยศึกษาจากกฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา ประเทศญี่ปุ่น และราชอาณาจักรสเปน และมาปรับใช้กับกฎหมายไทย

3.1.1 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขายหรือผู้ให้บริการ

นิติสัมพันธ์ของผู้ขายหรือผู้ให้บริการต่อแพลตฟอร์มดิจิทัลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา ประเทศญี่ปุ่น และราชอาณาจักรสเปน พบว่า ปัจจุบันยังไม่ปรากฏกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดเฉพาะเจาะจงในเรื่องของความรับผิดและข้อยกเว้นความรับผิดระหว่างผู้ขายหรือผู้ให้บริการกับแพลตฟอร์มดิจิทัล เนื่องจากนิติสัมพันธ์ของผู้ขายหรือผู้ให้บริการต่อแพลตฟอร์มดิจิทัล เป็นหลักการตกลงเข้าทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์แบบสัญญาสำเร็จรูปที่จัดทำขึ้นโดยแพลตฟอร์มดิจิทัล ในลักษณะของข้อตกลงการใช้บริการในการลงขายสินค้าหรือการเปิดร้านค้าผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัล เมื่อไม่มีกฎหมายใดที่กำหนดเรื่องของนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเอาไปเป็นการเฉพาะ จึงต้องใช้หลักความรับผิดและข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายปกครองของแต่ละประเทศ เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ข้อสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายได้ทำการยอมรับและตกลงกันรับผิดชอบต่อความเสียหายในการทำผิดสัญญาให้เป็นไปตามหลักของกฎหมายแพ่ง ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา ซึ่งอาจมีการพิจารณาตามข้อกำหนดของสัญญา การกระทำและการละเมิดสัญญา รวมถึงความรับผิดในกรณีการละเมิดสัญญา[13] โดยการนำเอากฎหมายเรื่อง ละเมิด จาก Restatement (Second) of Torts § 402A (1965)[14] ซึ่งว่าด้วยเรื่อง ความรับผิดพิเศษของผู้ขายผลิตภัณฑ์สำหรับอันตรายทางกายภาพต่อผู้ใช้หรือผู้บริโภค

---

[13]U.S. Department of Commerce, **Digital Millennium Copyright Act (DMCA)** [Online], available URL: https://www.commerce.gov/sites/default/files/2020-09/dmca, 2016 (July, 20).

[14]Open Casebook, **Second Restatement, Section 402A on Strict Products Liability** [Online], available URL: https://opencasebook.org/casebooks/9486-torts-basic-fluency-in-a-fundamental-legal-language-revised/resources/6.1.4-second-restatement-section-402a-on-strict-products-liability/, n.d. (July, 20).

อันเป็นข้อกำหนดแก้ไขครั้งที่สองของกฎหมายประเภทละเมิด (Torts) ในประเทศสหรัฐอเมริกามาปรับใช้เป็นกรณี

ในกรณีของประเทศแคนาดาได้นำกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (Competition Act)[15] มาใช้ในการส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและป้องกันการปฏิบัติที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม รวมถึงข้อบังคับเกี่ยวกับการตลาดที่หลอกลวง การโฆษณาเท็จ และพฤติกรรมที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม แพลตฟอร์มดิจิทัลจะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับ เพื่อให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมในการติดต่อกับผู้ขายหรือผู้ให้บริการ และถึงแม้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศแคนาดา (Competition Act) จะไม่มีการระบุความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลเฉพาะไว้ภายในกฎหมายฉบับนี้โดยตรง แต่กฎหมายนี้ก็ได้มีการกำหนดหลักเกี่ยวกับการสนับสนุนการแข่งขันที่เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพในตลาดมาปรับใช้กับแพลตฟอร์มดิจิทัลได้

อย่างไรก็ดี ประเทศญี่ปุ่นและราชอาณาจักรสเปนนั้นแตกต่างออกไปจากประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดา

ในกรณีของประเทศญี่ปุ่นนั้นนำกฎหมาย The Act on Electronic Commerce and Information (กฎหมายการค้าอิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีสารสนเทศ) ใช้กำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมของธุรกิจออนไลน์ รวมถึงความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ โดยมีบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขและความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ เช่น เรื่องของความเป็นธรรม (Fairness) แพลตฟอร์มดิจิทัลต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และหลักธรรมาภิบาลในการดำเนินธุรกิจออนไลน์ แพลตฟอร์มดิจิทัลต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ระบุในสัญญาที่ผู้ขายหรือผู้ให้บริการได้ทำกับแพลตฟอร์มดิจิทัล และแพลตฟอร์มดิจิทัลไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุผลอันควรได้ รวมถึงความรับผิดเกี่ยวกับการละเมิดลิขสิทธิ์ การพิมพ์ปลอมข้อมูล เป็นต้น แพลตฟอร์มดิจิทัลต้องรับผิดชอบตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติและกฎหมายที่เกี่ยวข้องในกรณีนั้น ๆ

เช่นเดียวกันกับราชอาณาจักรสเปนที่นำกฎหมาย 34/2002 Services Of The Society of Information And Electronic Commerce[16] (กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์) มาใช้ในการกำหนดให้แพลตฟอร์มดิจิทัลมีความรับผิดและข้อยกเว้นความรับผิด ภายใต้ความรับผิดทั่วไป

---

[15]Department of Justice Canada, **Competition Act (R.S.C., 1985, c. C-34)** [Online], available URL: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-34/page-1.html#h-87830, 1985 (July, 20).

[16]Global-Regulation, **Law 34/2002, of 11 July, Services of the Society of Information and Electronic Commerce** [Online], available URL: https://www.global-regulation.com/translation/spain/1450967/law-34-2002%2c-of-11-july%2c-services-of-the-society-of-information-and-electronic-commerce.html, n.d. (July, 21).

ในทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครองที่กำหนดไว้ในกฎหมายของราชอาณาจักรสเปน โดยไม่กระทบกระเทือนต่อบทบัญญัติของกฎหมายนี้ (มาตรา 13)

3.1.2 กฎหมายประเทศไทยเกี่ยวกับความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขายหรือผู้ให้บริการ

ในบริบทของการค้าสมัยใหม่ที่ดำเนินผ่านระบบแพลตฟอร์มดิจิทัล เช่น Shopee, Lazada, Grab, LINE MAN หรือ Facebook Marketplace กฎหมายของประเทศไทยยังมิได้มีการตรากฎหมายเฉพาะที่รองรับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่าง ผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขายหรือผู้ให้บริการโดยตรง ความสัมพันธ์ทางธุรกิจดังกล่าวยังคงอาศัยการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎหมายใกล้เคียง เพื่อควบคุมและตีความข้อพิพาทหรือหน้าที่ความรับผิดที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ

ทั้งนี้ การพัฒนาทางเทคโนโลยีเกิดขึ้นรวดเร็วกว่าการตรากฎหมาย ทำให้การกำหนดขอบเขตและนิยามของ “ผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม” ยังมีความคลาดเคลื่อนและไม่คงที่ และเสี่ยงต่อการล้าสมัยหากบัญญัติไว้ตายตัวในกฎหมาย ทั้งระบบกฎหมายไทยเป็นระบบลายลักษณ์อักษรที่ต้องอาศัยการตีความตามบทบัญญัติเป็นหลักการจัดการกับสถานการณ์ใหม่ที่ไม่อยู่ในกรอบของกฎหมายที่มีจึงต้องพึ่งพาการ “ปรับใช้กฎหมายใกล้เคียง” (Analogy) เป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันแม้จะไม่มีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับแพลตฟอร์มดิจิทัล แต่สามารถอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปในหลายฉบับเพื่อ “ตีความทางนิติสัมพันธ์และความรับผิด” ระหว่างแพลตฟอร์มกับผู้ขาย อาทิ

1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 586 และบทว่าด้วย “สัญญาจ้างทำของ” ถูกนำมาประยุกต์ใช้เพื่อพิจารณาว่า ความสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มกับผู้ขายเป็นเพียงการว่าจ้างให้ขายสินค้าผ่านระบบ หรือมีลักษณะควบคุมกิจการของผู้ขายในระดับที่แปรสภาพเป็น “ตัวแทนจำหน่าย”

มาตรา 797 ถึง 818 ว่าด้วย “ตัวแทน” สามารถใช้พิจารณาในกรณีที่แพลตฟอร์มแสดงตนแทนผู้ขาย เช่น เป็นผู้ติดต่อ พูดคุย เจรจา รับเงิน จึงอาจถือว่ามีสถานะเป็นตัวแทนโดยปริยาย (Apparent Agency) ตัวอย่างเช่น แพลตฟอร์มที่ใช้โลโก้ตนเองในใบเสร็จ ใช้ระบบจ่ายเงินรวม และควบคุมระบบการจัดส่ง อาจทำให้เกิดความเข้าใจว่าผู้ขายอยู่ภายใต้ระบบของแพลตฟอร์ม ส่งผลให้แพลตฟอร์มมีความรับผิดร่วมในทางสัญญาได้

2) พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 15 และ 16 กล่าวถึงความน่าเชื่อถือของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถนำมาใช้กำหนดมาตรฐานความโปร่งใสของแพลตฟอร์มในการดำเนินธุรกิจ เช่น การแสดงตัวตนของผู้ขาย การแจ้งสิทธิของคู่สัญญา และการบันทึกธุรกรรมที่สามารถตรวจสอบย้อนหลังได้

3) พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 กำหนดให้แพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีรายได้เกินเกณฑ์ ต้องแจ้งข้อมูลการดำเนินธุรกิจต่อสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ETDA) และมีหน้าที่รับผิดในเชิงโครงสร้าง เช่น การเปิดเผยข้อมูล การรักษาความมั่นคงของระบบ และการให้ความร่วมมือในการตรวจสอบ แม้ไม่ได้ระบุความรับผิดในเชิง Substantive Law (เช่น ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ขาย) แต่วางกรอบในการควบคุมพฤติกรรมของแพลตฟอร์ม และสามารถนำมาใช้เป็นฐานในการประเมินพฤติการณ์ในทางคดีได้

4) พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2560 มาตรา 6 วางบทบัญญัติให้แพลตฟอร์มที่เข้าข่ายเป็นตลาดแบบตรง ต้องจดทะเบียนและมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ต้องระบุชื่อผู้ขาย เงื่อนไขการคืนสินค้า หรือรายละเอียดสินค้าต่อผู้บริโภค จากที่กล่าวมาหลักกฎหมายมุ่งเน้นความสัมพันธ์กับผู้บริโภคเป็นหลัก แต่สามารถใช้เป็นแนวทางในการกำกับการเผยแพร่ข้อมูลของผู้ขายในระบบแพลตฟอร์ม ซึ่งเป็นผลต่อความสัมพันธ์แพลตฟอร์มกับผู้ขายโดยอ้อม

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะ ที่กำหนดบทบาทและความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการอย่างชัดเจน แต่สามารถพิจารณาและตีความโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาปรับใช้ได้ในระดับหนึ่ง

3.1.3 เปรียบเทียบความรับผิดระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายประเทศไทยในกรณีแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขายหรือผู้ให้บริการ

ในปัจจุบัน แม้หลายประเทศจะมีระบบกฎหมายที่พัฒนาแล้ว แต่ยังไม่มีประเทศใดที่บัญญัติกฎหมายเฉพาะเจาะจงอย่างสมบูรณ์เกี่ยวกับความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ ยกเว้นบางประเทศในยุโรปและเอเชีย เช่น ประเทศญี่ปุ่นและราชอาณาจักรสเปน ที่ได้กำหนดกรอบกฎหมายโดยตรงและมีความชัดเจนขึ้น ขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบไม่มีลายลักอักษร (Common Law) เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงประเทศไทย ยังคงอาศัยหลักทั่วไปทางกฎหมาย หรือ การตีความตามหลักนิติสัมพันธ์ทางสัญญา เพื่อถมช่องว่างที่ยังไม่มีบทบัญญัติโดยตรง อาทิ

1) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา แพลตฟอร์มดิจิทัล เช่น Amazon เคยหลีกเลี่ยงความรับผิดโดยอ้างตนเป็นเพียงตัวกลาง แต่ในคดี Bolger v. Amazon.com, LLC (2020)[17] ศาลอุทธรณ์รัฐแคลิฟอร์เนียได้วางหลักไว้ว่า แพลตฟอร์ม Amazon มีบทบาทเกินกว่าการเป็นเพียงตัวกลาง เนื่องจากควบคุมการชำระเงิน การโฆษณา และการจัดส่งสินค้า จึงมีความรับผิดเช่นเดียวกับ

[17]Court of Appeal of California, **Fourth Appellate District, Division One, Bolger v. Amazon.com, LLC, D075738** [Online], available URL: https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2020/d075738.html, 2020 (September, 18).

ผู้ขายภายใต้หลัก “Strict Liability” สำหรับสินค้าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย คดีนี้ชี้ให้เห็นว่าศาลสามารถใช้หลักการตีความทางแพ่งเพื่อกำหนดความรับผิดให้แก่แพลตฟอร์ม แม้ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะ เพียงอาศัยพฤติการณ์ของแพลตฟอร์มที่มีลักษณะ “แสดงตน” เป็นผู้ขาย

2) ประเทศไทยยังคงไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดความรับผิดของแพลตฟอร์มต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการโดยตรง โดยอาศัยการตีความตามกฎหมายที่มีอยู่ เช่น พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 ซึ่งเน้นการกำกับในเชิงระบบธุรกิจและการเปิดเผยข้อมูลแก่รัฐมากกว่าการรับผิดทางแพ่ง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ซึ่งกำหนดให้แพลตฟอร์มบางประเภทต้องจดทะเบียนและมีหน้าที่ให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภค แต่ยังไม่มีบทบัญญัติเฉพาะว่าด้วยความสัมพันธ์แพลตฟอร์มกับผู้ขาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่อาจนำหลักสัญญาว่าจ้างหรือตัวแทนมาใช้ แต่ก็ยังต้องตีความเป็นรายกรณี เห็นได้ว่าระบบกฎหมายไทยยังคงเน้นการคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่าผู้ขายหรือผู้ให้บริการ และยังขาดกลไกที่สามารถสร้างความเสมอภาคในการต่อรองระหว่างแพลตฟอร์มขนาดใหญ่กับผู้ขายรายย่อยได้อย่างแท้จริง

ซึ่งแตกต่างจากประเทศญี่ปุ่นและราชอาณาจักรสเปนที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะเกี่ยวกับความรับผิดของแพลตฟอร์มกับผู้ขายหรือผู้ให้บริการ อาทิ

(1) ประเทศญี่ปุ่นได้บัญญัติกฎหมายเฉพาะ ได้แก่ The Act on Electronic Commerce and Information Property[18] ซึ่งกำหนดบทบาทและความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลไว้อย่างชัดเจน เช่น ต้องเปิดเผยตัวตนของผู้ขายบนระบบ ต้องรับผิดร่วมในกรณีที่มีการหลอกลวงโดยผู้ขาย และต้องมีระบบระงับข้อพิพาทสำหรับผู้ขายที่ถูกละเมิดสิทธิ

(2) ราชอาณาจักรสเปน ออกกฎหมายเฉพาะชื่อ Law 34/2002 on Services of the Information Society and Electronic Commerce (LSSI-CE)[19] ที่กำหนดว่าแพลตฟอร์มมีความรับผิดในทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครอง หากแพลตฟอร์มไม่ควบคุมเนื้อหาหรือพฤติกรรมของผู้ขายที่กระทำละเมิดกฎหมาย โดยมีข้อยกเว้นเฉพาะในกรณีที่แพลตฟอร์มสามารถพิสูจน์ได้ว่าไม่มีบทบาทในการควบคุมหรือส่งเสริมการกระทำผิดนั้น

ดังนั้น แพลตฟอร์มของประเทศญี่ปุ่นจึงต้องผูกพันกับกฎหมาย The Act on Electronic Commerce and Information (กฎหมายการค้าอิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีสารสนเทศ)

---

[18]Ministry of Economy, Trade and Industry (METI), **Act on Electronic Commerce and Information Property (ECIP)** [Online], available URL: https://www.meti.go.jp/policy/it_policy/ec/, 2001 (July, 11).

[19]Government of Spain, **Law 34/2002, of 11 July, on services of the information society and electronic commerce (BOE-A-2002-13758)** [Online], available URL: https://www. boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con, 2002 (July, 11).

ที่กำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมของธุรกิจออนไลน์ รวมถึงความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ และแพลตฟอร์มของราชอาณาจักรสเปนต้องผูกพันกับกฎหมาย 34/2002 Services Of The Society of Information And Electronic Commerce (กฎหมายพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์) ที่กำหนดให้แพลตฟอร์มดิจิทัลมีความรับผิดและข้อยกเว้นความรับผิด ภายใต้ความรับผิดทั่วไปในทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครอง

3.2 ความรับผิดกรณีผู้ขนส่งกับแพลตฟอร์มดิจิทัล

กรณีความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขนส่งนั้นมีประเด็นให้พิจารณาทั้งกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย ดังนี้

3.2.1 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดของแพลตฟอร์ดิจิทัลกับผู้ขนส่ง

แพลตฟอร์มดิจิทัลได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการจัดสรรแรงงานในระบบบริการรับส่ง เช่น บริการส่งอาหาร ส่งพัสดุ และบริการขนส่งบุคคล ซึ่งแพลตฟอร์มดิจิทัลทำหน้าที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้บริโภคและแรงงานผู้ให้บริการขนส่ง อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลและผู้ขนส่งในหลายประเทศยังอยู่ในภาวะคลุมเครือ โดยเฉพาะประเด็นว่าผู้ขนส่งควรได้รับการปฏิบัติในฐานะ “ลูกจ้าง” ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน หรือ “ผู้รับจ้างอิสระ” ที่ไม่มีสิทธิประโยชน์ทางแรงงานพื้นฐาน

การพิจารณาสถานะของผู้ขนส่งมีผลโดยตรงต่อ หน้าที่ ความรับผิด และนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายของแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยหากผู้ขนส่งถือเป็นลูกจ้าง แพลตฟอร์มย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายแรงงานทั้งในแง่การจ่ายค่าจ้างขั้นต่ำ การจัดสวัสดิการ หรือการคุ้มครองการเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม แต่หากถือเป็นผู้รับจ้างอิสระ แพลตฟอร์มดิจิทัลอาจไม่ต้องรับผิดใด ๆ ในฐานะนายจ้าง

ประเทศต่าง ๆ จึงได้พัฒนากฎหมาย หรือปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป เพื่อกำหนดแนวทางในการประเมินสถานะของผู้ขนส่งในระบบแพลตฟอร์มดิจิทัล ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการกำหนดความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขนส่งเอาไว้ภายใต้กฎหมาย California Assembly Bill 5[20] ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ที่ออกกฎหมายมาเพื่อแก้ไขมาตรา 3351 และเพิ่มเติมมาตรา 2750.3 ในกฎหมาย Labor Code (กฎหมายแรงงาน) โดยมาตรา 2750.3 ของ Labor Code เป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายกำหนด

[20]California Legislature, **AB-5 Worker status: Employees and independent contractors** [Online], available URL: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB5, n.d. (July, 21).

ภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ให้ตกอยู่กับผู้ว่าจ้างหรือนายจ้าง ด้วยหลัก ABC Test[21] 3 ประการ ได้แก่

(1) ผู้ขนส่งอาหารนั้นทำหน้าที่โดยมีความเป็นอิสระปราศจากคำสั่งหรือการควบคุมของแพลตฟอร์ม ทั้งภายใต้สัญญาและการปฏิบัติตามข้อเท็จจริง

(2) บุคคลซึ่งทำงานได้ทำงานอยู่นอกเหนือจากธุรกิจหลัก (Usual Course) ของผู้ว่าจ้าง

(3) บุคคลซึ่งทำงานได้จัดทำการค้า อาชีพ หรือธุรกิจในลักษณะเดียวกับงานที่ผู้ว่าจ้างให้ทำอย่างมีความเป็นอิสระและมีลักษณะเฉพาะเจาะจงอยู่ก่อนแล้ว

ซึ่งหากพิสูจน์ไม่ได้จะถือว่าแรงงานดังกล่าวเป็น “ลูกจ้าง” ของแพลตฟอร์มดิจิทัล และมีนิติสัมพันธ์กับนายจ้างในฐานะลูกจ้าง จึงส่งผลให้แพลตฟอร์มมีหน้าที่ที่จะต้องดูแลผู้ขนส่งตามกฎหมาย Labor Code รวมถึงความรับผิดต่าง ๆ ต่อลูกจ้างตามสัญญาจ้างภายใต้กฎหมายแรงงานด้วย จึงหมายความว่า หากแพลตฟอร์มดิจิทัล ไม่สามารถพิสูจน์ครบทั้งสามข้อได้ ผู้ให้บริการรับส่งสินค้าหรืออาหารนั้นย่อมถือว่าเป็น “ลูกจ้าง” ตามกฎหมายแรงงาน (Employee Under Labor Code) โดยผลทางกฎหมายที่ตามมา เช่น แพลตฟอร์มต้องมีหน้าที่ชำระค่าจ้างขั้นต่ำ (Minimum Wage) ต้องจัดให้มีสวัสดิการด้านประกันสุขภาพ ประกันสังคม และวันหยุด ต้องรับผิดชอบต่อการละเมิดสิทธิแรงงาน เช่น การเลิกจ้างไม่เป็นธรรม และต้องปฏิบัติตามกฎหมายแรงงานในฐานะ “นายจ้าง” โดยสมบูรณ์ นอกจากนี้ นำไปสู่การเปลี่ยนสถานะจากผู้รับจ้างอิสระเป็นลูกจ้างยังส่งผลต่อนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายจาก “สัญญาจ้างทำของ” ไปเป็น “สัญญาจ้างแรงงาน” ตามกฎหมายแรงงานของรัฐ อีกด้วย

หลัก ABC Test เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่โอนภาระการพิสูจน์ไปยังแพลตฟอร์มดิจิทัล ซึ่งมีศักยภาพมากกว่าในการจัดหาหลักฐานและรับผิดชอบต่อโครงสร้างธุรกิจของตนเอง โดยไม่ให้ผู้ปฏิบัติงานต้องตกอยู่ในสภาพเสียเปรียบหรือขาดการคุ้มครอง ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวสอดคล้องกับเจตนารมณ์พื้นฐานของกฎหมายแรงงานที่มุ่งปกป้องแรงงานที่อยู่ในโครงสร้างอำนาจแบบไม่สมดุล ในทางกลับกัน ประเทศไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์การประเมินสถานะแรงงานในแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ชัดเจน การใช้เพียงเกณฑ์ “ระยะเวลาการทำงาน” หรือ “ค่าตอบแทนตามผลงาน” อาจไม่เพียงพอในการระบุสถานะของผู้ขนส่ง และเปิดช่องให้แพลตฟอร์มดิจิทัลหลีกเลี่ยงความรับผิดโดยใช้คำว่า “พาร์ตเนอร์” (Partner) หรือ “ผู้ประกอบการอิสระ” บังหน้า ทั้งที่ในความเป็นจริงมีโครงสร้างการควบคุมโดยตรง

2) มลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา กฎหมาย Digital Platform Workers’ Rights Act, 2022 (DPWRA) ของมลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา ซึ่งบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2568 ยังไม่ปรากฏความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลในฐานะนิติบุคคลที่ต้องรับผิดต่อผู้ขนส่งเอาไว้

---

[21] California Labor Code, Section 2750.3.

เป็นการเฉพาะในกฎหมายนี้ เพียงแต่กำหนดให้ใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งทั่วไปในเรื่องของความรับผิดต่อคนงานตามสัญญามาบังคับใช้เป็นกรณี แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายนี้มีการกำหนดความรับผิดของ Director (ผู้อำนวยการ) ซึ่งหมายถึง กรรมการของบริษัทและรวมถึงผู้ถือหุ้นที่เป็นภาคีในสัญญาผู้ถือหุ้นเป็นเอกฉันท์[22] ในแพลตฟอร์มดิจิทัลเอาไว้ตามมาตรา 15(6) ที่เกี่ยวกับความรับผิดต่อจำนวนเงินที่ค้างชำระแก่คนงาน เมื่อกรรมการของธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลต้องรับผิดร่วมกันต่อจำนวนเงินที่ค้างชำระแก่คนงาน ต่อแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวและถูกเรียกร้องให้ชำระเงินที่ค้างชำระแก่คนงานที่ต้องยื่นฟ้องต่อศาล[23]

อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับนี้ก็ได้มีการจำกัดความรับผิดเอาไว้ ในกรณีเป็นความรับผิดสูงสุดของผู้อำนวยการตามมาตรา 15(9)[24] “ผู้อำนวยการของบริษัทแพลตฟอร์มดิจิทัลต้องรับผิดร่วมกันรับผิดต่อคนงานสำหรับหนี้ทั้งหมดภายใต้กฎหมายฉบับนี้และข้อบังคับที่ทำขึ้นภายใต้กฎหมายฉบับนี้หรือภายใต้ข้อตกลงร่วมใด ๆ ที่บริษัททำขึ้น แต่ไม่เกินมูลค่ารายได้ 6 เดือนสำหรับคนงานรายนั้นที่ต้องชำระในขณะที่เป็นกรรมการ”

3) ประเทศญี่ปุ่น ยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่กำหนดความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อ “ผู้ให้บริการขนส่ง” เช่นเดียวกับระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์มในประเทศอื่น ๆ ที่กำลังพัฒนาอย่างรวดเร็ว ความสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มและผู้ขนส่งจึง ไม่ได้รับการวางโครงสร้างทางนิติสัมพันธ์อย่างเป็นทางการในฐานะนายจ้าง ลูกจ้าง โดยตรง ซึ่งส่งผลต่อการเข้าถึงสิทธิประโยชน์ขั้นพื้นฐานของผู้ปฏิบัติงานในระบบเศรษฐกิจแบบ “Gig Economy” อย่างมีนัยสำคัญ อย่างไรก็ดี ประเทศญี่ปุ่นได้พยายามอุดช่องว่างทางกฎหมาย ผ่านการนำกฎหมายที่ใกล้เคียง มาปรับใช้ เช่น กฎหมายว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (Act on Special Measures of the Civil Code Concerning Electronic Consumer Contracts and Electronic)[25] (ECC Act) กฎหมายฉบับนี้มิได้บัญญัติ

---

[22] “Director” means a director of a corporation and includes a shareholder who is a party to a unanimous shareholder agreement.

[23] (a) the operator is insolvent, the worker has caused a claim for an amount owing to the worker to be filed with the receiver appointed by a court with respect to the operator or with the operator’s trustee in bankruptcy and the claim has not been paid;

[24] Article 15 (9) Digital Platform Workers' Rights Act, 2022.

The directors of an operator corporation are jointly and severally liable to a worker for all debts under this Act and the regulations made under it or under any collective agreement made by the corporation not exceeding the value of six months’ earnings for that worker that became payable while they are directors.

ความสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขนส่งโดยตรง แต่กำหนด หลักเกณฑ์ในการทำสัญญาออนไลน์ การแจ้งข้อมูลที่ชัดเจน และการป้องกันการหลอกลวงหรือบิดเบือนข้อมูลในธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีที่แพลตฟอร์มดิจิทัลอาจใช้อัลกอริทึมหรือการออกแบบอินเทอร์เฟซที่กดดันหรือจำกัดเสรีภาพของผู้ให้บริการขนส่งได้ ตัวอย่างเช่น ในกรณีของแพลตฟอร์มที่มีการกำหนดค่าโดยสารโดยอัตโนมัติ และให้ผู้ขนส่งยอมรับราคาดังกล่าวโดยไม่มีการเจรจา สามารถใช้เพื่อบังคับให้แพลตฟอร์มดิจิทัลแสดงรายละเอียดการคำนวณค่าตอบแทนล่วงหน้า หรือ เปิดเผยข้อมูลที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้ให้บริการ จึงถือว่าเป็นกฎหมายที่กำหนดข้อบังคับที่เกี่ยวกับการทำธุรกิจทางอิเล็กทรอนิกส์และสัญญาผู้บริโภคทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือกฎหมายแพ่งทั่วไปของประเทศญี่ปุ่นมาปรับใช้เป็นกรณี

4) กฎหมาย Royal Decree Law 9/2021 (Rider law) ของราชอาณาจักรสเปน ที่กำหนดความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลและผู้ขนส่ง จากที่ผู้ขนส่งแต่เดิมเป็นผู้รับจ้างอิสระให้เปลี่ยนเป็นลูกจ้างของแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ทำไปในนามของแพลตฟอร์มดิจิทัล เพื่อให้บุคคลตามกลุ่มเป้าหมายนี้ ได้รับสิทธิคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน Workers' Statute[26] ของราชอาณาจักรสเปน ด้วยเหตุนี้ ความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขนส่งหรือลูกจ้าง จึงให้ยึดตามกฎหมายแรงงาน Workers' Statute ของราชอาณาจักรสเปน ที่ความรับผิดระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขนส่งจะเป็นไปตามข้อสัญญาการจ้างของลูกจ้างและนายจ้างที่ตกลงกันทั้ง 2 ฝ่าย ภายใต้กฎหมายแรงงาน รวมถึงความรับผิดต่าง ๆ และข้อจำกัดความรับผิดที่กฎหมายแรงงานได้กำหนดเอาไว้ เช่น ในเรื่องของชั่วโมงทำงาน โดยระยะเวลาทำงานสูงสุดของวันทำงานปกติตามสัญญาจ้าง คือ 40 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ (มาตรา 34) และการกำหนดค่าล่วงเวลา ที่กำหนดว่าจำนวนชั่วโมงการทำงานล่วงเวลาต้องไม่เกิน 80 ชั่วโมงต่อปี (มาตรา 35) นอกจากนี้ยังรวมถึงวันหยุดประจำสัปดาห์ วันหยุดพักผ่อนประจำปี และการบอกเลิกสัญญา เป็นต้น

3.2.2 เปรียบเทียบความรับผิดระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายประเทศไทยในกรณีแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขนส่ง

ความสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ให้บริการขนส่ง เป็นหนึ่งในประเด็นทางกฎหมายที่ถกเถียงในหลายประเทศ โดยเฉพาะในระบบเศรษฐกิจที่ขับเคลื่อนด้วยแพลตฟอร์ม (Platform Economy) ซึ่งแรงงานขนส่ง เช่น คนขับส่งอาหารหรือพัสดุ ไม่ชัดเจนว่าเป็น "ลูกจ้าง"

---

[25]Japan Legal Information Institute, **Electronic Commerce Act** [Online], available URL: https://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1964&vm=04&re=02, n.d. (July, 20).

[26]Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, **Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores** [Online], available URL: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7730, n.d. (July, 20).

ที่มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน หรือเป็น “ผู้รับจ้างอิสระ” ที่มีนิติสัมพันธ์ในรูปแบบสัญญาจ้างทำของเท่านั้น

ประเทศส่วนใหญ่ได้มีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ขนส่งภายใต้แพลตฟอร์มดิจิทัลเอาไว้เป็นการเฉพาะ เช่น กฎหมาย California Assembly Bill 5 ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายกำหนดภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ให้ตกอยู่กับผู้ว่าจ้างหรือนายจ้างด้วยหลัก ABC Test[27] ซึ่งหากพิสูจน์ไม่ได้จะถือว่าแรงงานดังกล่าวเป็น “ลูกจ้าง” ของแพลตฟอร์มดิจิทัล และมีนิติสัมพันธ์กับนายจ้างในฐานะลูกจ้าง จึงส่งผลให้แพลตฟอร์มมีหน้าที่ที่จะต้องดูแลผู้ขนส่งตามกฎหมาย Labor Code รวมถึงความรับผิดต่าง ๆ ต่อลูกจ้างตามสัญญาจ้างภายใต้กฎหมายแรงงานด้วย

อีกทั้ง กฎหมาย Royal Decree Law 9/2021 (Rider law) ในราชอาณาจักรสเปนซึ่งแม้จะเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาและรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมและกำกับดูแลผู้ขนส่งภายใต้ดิจิทัลแพลตฟอร์ม ก็ตามแต่กฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ได้ปรากฏถึงความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลมี่มีต่อผู้ขนส่งที่ปรากฏเด่นชัด เนื่องจากความรับผิดระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขนส่งตามกฎหมาย ต้องนำกฎหมายแรงงาน Workers’ Statute มากำหนดกับความรับผิดระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขนส่ง ให้เป็นไปตามข้อกำหนดตามสัญญาของลูกจ้างและนายจ้างที่ตกลงกันทั้ง 2 ฝ่าย ภายใต้กฎหมายแรงงาน แม้ในเนื้อหาของ Rider Law จะมิได้กำหนดบทเฉพาะว่าด้วย “ความรับผิดของแพลตฟอร์มต่อผู้ขนส่ง” โดยตรง แต่ได้อ้างอิงให้ความรับผิดทั้งหมดอยู่ภายใต้บังคับของ Workers’ Statute ซึ่งเป็นกฎหมายแรงงานกลางของราชอาณาจักรสเปน โดยมีผลบังคับให้แรงงานแพลตฟอร์มได้รับสิทธิเทียบเท่าลูกจ้างทั่วไป เช่น ชั่วโมงทำงานสูงสุดต่อสัปดาห์ 40 ชั่วโมง (มาตรา 34) การทำงานล่วงเวลาไม่เกิน 80 ชั่วโมงต่อปี (มาตรา 35) และสิทธิในวันหยุดประจำปี การบอกเลิกสัญญา ฯลฯ

ประเทศไทยในปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่รองรับนิติสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขนส่งโดยตรง และไม่ได้กำหนดสถานะที่ชัดเจนของผู้ให้บริการในระบบแพลตฟอร์มว่าเป็น “ลูกจ้าง” หรือ “ผู้รับจ้าง” ทำให้ต้องอาศัยการตีความตามหลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 กำหนดนิยามของ “สัญญาจ้างทำของ” ว่าหมายถึง สัญญาที่ผู้หนึ่งตกลงทำการงานให้สำเร็จแก่ผู้อื่นโดยได้รับค่าจ้าง ซึ่งมีลักษณะเน้น “ผลสำเร็จของงาน” ไม่ใช่ระยะเวลา หรือการควบคุมวิธีทำงาน ขณะที่ สัญญาจ้างแรงงาน ตาม มาตรา 575 ประกอบมาตรา 576 จะหมายถึง ความสัมพันธ์ที่มีการควบคุมการทำงาน คำสั่ง และการจ่ายค่าจ้างตามระยะเวลา พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5 กำหนดนิยาม “ลูกจ้าง” ว่าเป็นผู้ตกลงทำงานให้กับนายจ้าง โดยนายจ้างตกลงจ่ายค่าจ้างตลอดระยะเวลาที่ทำงานให้ ไม่ว่าจะเรียกชื่อสัญญา

[27]California Labor Code, Section 2750.3.

อย่างไรก็ตาม ผู้ขนส่งที่ทำงานให้แพลตฟอร์มจะได้รับค่าตอบแทน ตามจำนวนงานที่สำเร็จ (เช่น จำนวนเที่ยวส่ง) มากกว่าตามระยะเวลาที่ทำงาน และไม่มีการควบคุมวิธีการทำงานโดยตรงอย่างชัดแจ้ง จึงมักตีความว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ ไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน ทำให้แพลตฟอร์มไม่ต้องรับผิดในฐานะนายจ้าง

3.3 ความรับผิดกรณีผู้บริโภคกับแพลตฟอร์มดิจิทัล

กรณีความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้บริโภคนั้นมีประเด็นให้พิจารณาทั้งกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย ดังนี้

3.3.1 กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดของแพลตฟอร์ดิจิทัลต่อผู้บริโภค

1) มลรัฐแคลิฟลอเนียร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายที่กำหนดความรับผิดและข้อยกเว้นความรับผิดระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ให้บริการซึ่งอยู่ภายใต้แนวคิดร่างข้อกำหนดกฎหมาย Online Consumer Protection เป็นการกำหนดให้แพลตฟอร์มดิจิทัลต้องจัดให้มีนโยบายคุ้มครองผู้บริโภคและกระบวนการเยียวยาความเสียหาย จากการหลอกลวงหรือฉ้อโกงจากการซื้อสินค้าหรือบริการผ่านแพลตฟอร์มออนไลน์ เช่น การแสดงข้อความเท็จหรือทำให้เข้าใจผิด (Misrepresentation) โดยการระบุว่าสินค้าเป็นของแท้ในขณะที่เป็นสินค้าลอกเลียนแบบหรือการปิดบังข้อเท็จจริงสำคัญเกี่ยวกับสินค้า การใช้รูปภาพสินค้าไม่ตรงกับความเป็นจริงทำให้ผู้บริโภคหลงเชื่อและตัดสินใจซื้อ การชี้นำผ่านอินเทอร์เฟซ (Dark Patterns) โดยการออกแบบหน้าจอที่ทำให้ผู้บริโภคกดสั่งซื้อหรือสมัครบริการโดยไม่ได้ตั้งใจ การโฆษณาแบบเกินจริงหรือเจาะกลุ่มเป้าหมายเปราะบางโดยเฉพาะกับเด็ก เยาวชน หรือผู้สูงอายุ พฤติกรรมเหล่านี้ หากเกิดขึ้นบนแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ไม่ได้มีการควบคุมหรือมาตราการเยียวยา ย่อมส่งผลให้แพลตฟอร์มดิจิทัล ต้องรับผิดในฐานะมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภค โดยผู้บริโภคตามกฎหมายนี้มีความสัมพันธ์ในทางกฎหมายต่อแพลตฟอร์มดิจิทัลในลักษณะของการเป็นผู้ใช้บริการในแพลตฟอร์มดิจิทัลตามสัญญาการใช้บริการทั่วไป ซึ่งหากแพลตฟอร์มออนไลน์ไม่ปฏิบัติตามร่างข้อกำหนดกฎหมาย Online Consumer Protection จะถือว่าเป็นการละเมิดกฎระเบียบตามร่างข้อกำหนดกฎหมาย Online Consumer Protection และมีความรับผิดตามกฎหมาย Federal Trade Commission Act (15 USC 57a (a)(1)(B)[28]) เกี่ยวกับการกระทำหรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือการหลอกลวงอันอาจส่งผลให้เกิดผลกระทบกับธุรกิจการค้าขายภายในประเทศได้ นอกจากความรับผิดตามกฎหมาย Federal Trade

[28]§57a. Unfair or deceptive acts or practices rulemaking proceedings

(a) Authority of Commission to prescribe rules and general statements of policy

(1) Except as provided in subsection (h), the Commission may prescribe-

Commission Act กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้นำเอากฎหมายแพ่งทั่วไปมาบังคับใช้เปรียบเทียบแล้วแต่กรณี

2) มลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา ได้นำกฎหมาย Consumer Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 30 หรือ Consumer Protection Act, 2002 ในมาตรา 13(1) ประกอบ (4) กล่าวถึงการกำหนดในกรณีที่หากผู้บริโภคได้รับสินค้าหรือบริการที่มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในสินค้าหรือบริการดังกล่าว ให้ถือว่าสินค้าหรือบริการดังกล่าวไม่เป็นที่ต้องการตั้งแต่เวลาที่มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญต่อไป เว้นแต่ผู้ขายจะสามารถระบุได้ว่าผู้บริโภคนั้นมีการยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ ผู้บริโภคย่อมสิทธิที่จะได้รับเงินที่ตนได้จ่ายไปเพื่อการได้รับสินค้าหรือบริการดังกล่าวโดยอาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 13(8) ประกอบมาตรา 100 โดยผู้บริโภคมีสิทธิที่จะเริ่มดำเนินการตามกฎหมายนี้ในกระบวนการยุติธรรม[29] เมื่อพิจารณาแล้วมลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการในแพลตฟอร์มไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ ในทางปฏิบัติจึงอาจจะอาศัยการพิจารณาตามกฎหมายนี้ประกอบกับกฎหมายแพ่งทั่วไปมาปรับใช้ เพื่อให้เหมาะสมแก่กรณี แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าประเทศแคนาดาไม่มีกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการควบคุมหรือกำกับดูแลจึงส่งผลให้ไม่มีความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้บริโภคอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตามประเทศแคนาดามีแนวปฏิบัติทางกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายทางอินเทอร์เน็ต (Internet Sales Contract Harmonization Template) อันเป็นกฎหมายที่วัตถุประสงค์ที่จะนำไปใช้เพื่อเป็นกฎหมายเอกรูปในการคุ้มครองผู้บริโภคการ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยภายใต้กฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการกำหนดภาระหน้าที่ของผู้ขายที่เกี่ยวกับการยกเลิกของสัญญาเอาไว้[30] โดยการยกเลิกสัญญาซื้อขายทางอินเทอร์เน็ต ผู้บริโภคสามารถยกเลิกสัญญาซื้อขายทางอินเทอร์เน็ตได้ด้วยสถานการณ์ต่อไปนี้ เช่น

(B) rules which define with specificity acts or practices which are unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title), except that the Commission shall not develop or promulgate any trade rule or regulation with regard to the regulation of the development and utilization of the standards and certification activities pursuant to this section. Rules under this subparagraph may include requirements prescribed for the purpose of preventing such acts or practices.

[29]Legislative Royal Decree 1/2007, **General for the Defence of Consumers and Users** [Online], available URL: https://www.global-regulation.com/translation/spain/1445031/royal-legislative-decree-1-2007-of-16-november%252c-approving-the-revised-text-of-the-general-law-for-the-protection-of-consumers-and-users-and-other-co.html, n.d. (July, 21).

[30]จิราภา พงษ์พันธ์, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าออนไลน์ศึกษากรณีสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาและผู้บริโภค,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2557), หน้า 51-60.

(1) ไม่ว่าเวลาใดก็ตามนับจากวันที่ผู้บริโภคได้เข้าทำสัญญาภายหลัง 7 วันหลังจากที่ผู้บริโภคได้รับสำเนาสัญญา หากพบว่าผู้ขายไม่ได้เปิดเผยข้อมูลที่กำหนดไว้ในให้ผู้บริโภคทราบ หรือผู้ขายไม่ได้แสดงให้ผู้บริโภคได้มีโอกาสที่จะยอมรับหรือปฏิเสธสัญญา หรือแก้ไขข้อผิดพลาดในทันทีก่อนที่จะเข้าสู่สัญญา

(2) นอกเหนือจากสิทธิการยกเลิกสัญญาตามข้างต้น ผู้บริโภคยังสามารถยกเลิกสัญญาทางอินเทอร์เน็ตในเวลาใดก็ได้ก่อนที่จะส่งมอบสินค้าหรือเริ่มต้นการให้บริการภายใต้ซื้อขายทางสัญญา หากพบว่า ในกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าได้ภายใน 30 วันนับจากวันที่ได้ระบุวันส่งมอบสินค้าไว้ชัดแจ้งในสัญญาหรือวันที่ส่งมอบสินค้าได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยความตกลงระหว่างผู้บริโภคกับผู้ขายและผู้ขายได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นแบบฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์ หรือในกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถให้บริการได้ภายใน 30 วันนับจากวันที่ได้กำหนด เริ่มต้นสัญญาไว้หรือนับจากวันที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขวันเริ่มต้นสัญญาโดยความตกลง ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ขายและผู้ขายได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นแบบฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์

แม้กฎหมายฉบับดังกล่าวจะมิได้กล่าวถึงแพลตฟอร์มดิจิทัลโดยตรง หากแต่แพลตฟอร์มดิจิทัลตัวกลางระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ทำให้มีการตั้งคำถามในทางกฎหมายว่าแพลตฟอร์มควรต้องรับผิดในกรณีที่ผู้บริโภคได้รับสินค้าที่ผิดจากข้อตกลงหรือถูกเปลี่ยนแปลงรายละเอียดที่สำคัญโดยไม่แจ้งล่วงหน้าหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติหากแพลตฟอร์มมิได้แสดงบทบาทเพียงเป็นผู้จัดแสดงสินค้า แต่ยังมีการควบคุมรูปแบบการขาย เช่น การรับชำระเงินแทน การจัดส่ง หรือการมีระบบสนับสนุนด้านการคืนเงิน ก็อาจถูกตีความว่าแพลตฟอร์มมีหน้าที่โดยนัยในสัญญาซื้อขายและต้องร่วมรับผิดตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปของแคนาดา นอกจากนี้ มลรัฐออนแทรีโอยังมีแนวทางทางกฎหมายที่ชื่อว่า Internet Sales Contract Harmonization Template ซึ่งแม้จะมิใช่กฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง แต่ถือเป็นแนวปฏิบัติร่วมกันในระดับรัฐบาลกลางและมลรัฐ ที่มุ่งส่งเสริมมาตรฐานด้านสัญญาการค้าออนไลน์ โดยเฉพาะการกำหนดสิทธิของผู้บริโภคในการยกเลิกสัญญา เช่น หากผู้ขายมิได้แจ้งรายละเอียดที่ชัดเจน หรือหากผู้ขายไม่สามารถส่งมอบสินค้าได้ภายใน 30 วันตามที่ตกลงไว้ในสัญญา ผู้บริโภคย่อมสามารถยกเลิกสัญญาได้ทันที และมีสิทธิได้รับเงินคืนโดยไม่ต้องพิสูจน์ความเสียหาย การยอมรับหลักการใน Internet Sales Contract Harmonization Template นี้ทำให้เกิดกรอบกฎหมายซึ่งเป็นแนวปฏิบัติ (Soft Law) ที่สามารถนำมาใช้ควบคู่กับกฎหมาย Consumer Protection Act ในการปกป้องสิทธิของผู้บริโภคยุคดิจิทัล และเป็นช่องทางในการขยายขอบเขตความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลได้ในทางปฏิบัติ

3) ประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมาย The Protection of Consumers Who Use Digital Platforms for Shopping Act[31] เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความร่วมมือของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลในการเพิ่มประสิทธิภาพการทำธุรกรรมและส่งเสริมการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการขายคำสั่งซื้อ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดภาระหน้าที่ของแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องกระทำต่อผู้บริโภคเอาไว้ คือ แพลตฟอร์มดิจิทัลมีหน้าที่ ๆ ต้องจัดให้มีขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้บริโภคและผู้ขายหรือผู้ให้บริการที่เกี่ยวกับแพลตฟอร์มของตนอย่างรวดเร็วและเป็นธรรม ซึ่งในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายทางออนไลน์ ต้องจัดการให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อผู้บริโภคเกี่ยวกับการซื้อสินค้าหรือบริการผ่านแพลตฟอร์มธุรกรรมทางออนไลน์ ที่ผ่านการตรวจสอบให้แน่ใจว่าการนำเสนอและหรือการโฆษณา ที่แสดงออกบนแพลตฟอร์มดิจิทัลจะต้องไม่มีข้อมูลที่มีลักษณะอันเป็นเท็จหรือไม่เป็นความจริงหรือมีลักษณะที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด ทั้งนี้แพลตฟอร์มดิจิทัลมีหน้าที่ต้องหลีกเลี่ยงการมีส่วนร่วมในการกระทำใด ๆ ที่อาจเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของผู้ใช้บริการหรือผู้บริโภค เป็นต้น

ในส่วนของความรับผิดตามกฎหมายนี้ได้มีการกำหนดเอาไว้ในมาตรา 3 หากการขายสินค้าหรือบริการไม่เป็นไปตามสิทธิหรือเงื่อนไขที่กำหนดของการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือเมื่อพบว่าสินค้าหรือบริการอาจเป็นการสร้างผลกระทบหรือความเสื่อมเสียให้แก่ผู้บริโภค นายกรัฐมนตรีอาจมีคำสั่งดำเนินการให้แพลตฟอร์มดิจิทัลระงับการใช้แพลตฟอร์มดิจิทัลของผู้ขายหรือผู้ให้บริการที่เป็นเหตุนั้นได้ หรือใช้มาตรการอื่นเท่าที่จำเป็น นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังได้มีการกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้บริโภคเอาไว้ตามมาตรา 4[32] กล่าวคือ เมื่อแพลตฟอร์มดิจิทัลได้รับคำร้องให้ระงับการใช้แพลตฟอร์มดิจิทัลของผู้ขายหรือผู้ให้บริการตามที่

---

[31]Japan Legal Information Institute, **The Protection of Consumers Who Use Digital Platforms for Shopping Act** [Online], available URL: https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4310/je#:~:text=Article%2010(1)If%20any,that%20appropriate%20measures%20be%20taken, n.d. (July, 21).

[32]Article 4(1) If the representation of the sales conditions for a product or specified right or conditions to provide services in a place provided by a digital platform for shopping meets both of the requirements set forth in the following items and the Prime Minister finds that the representation is likely to harm the interests of consumers who use that digital platform, the Prime Minister may request that the digital platform provider suspend the seller's or equivalent person's use of that digital platform for selling the product or specified right or providing the services, or otherwise take necessary measures.

ได้กล่าวในข้างต้น และได้ใช้มาตรการตามที่ร้องขอแล้วนั้น แพลตฟอร์มจะไม่รับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ ที่เกิดขึ้นโดยผู้ขายหรือผู้ให้บริการเนื่องจากมาตรการดังกล่าว

นอกจากนี้ เกี่ยวกับข้อยกเว้นความรับผิดในกฎหมายการค้าอิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีสารสนเทศ (The Act on Electronic Commerce and Information) ของประเทศญี่ปุ่นได้มีการกำหนดข้อยกเว้นหรือการรับผิดเฉพาะบางประการเมื่อเกิดเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือความคาดหมาย โดยข้อยกเว้นนี้อาจมีความสำคัญต่อความรับผิดที่แพลตฟอร์มดิจิทัลต้องรับต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ เพื่อส่งเสริมการพัฒนาและการเติบโตของธุรกิจออนไลน์ในประเทศญี่ปุ่น เช่น ความรับผิดตามสภาพของสินค้าหรือบริการ กล่าวคือ ถ้าผู้ให้บริการมีการเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการอย่างชัดเจน และผู้ขายหรือผู้ให้บริการไม่มีการแก้ไขหรือปรับปรุงข้อมูลเหล่านั้นอย่างสม่ำเสมอ แพลตฟอร์มดิจิทัลอาจไม่ต้องรับผิดในกรณีที่มีความผิดพลาดหรือข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสภาพหรือคุณสมบัติของสินค้าหรือบริการนั้น ๆ เป็นต้น[33]

4) กฎหมาย Legislative Royal Decree 1/2007 General For The Defence Of Consumers And Users กฎหมายผู้บริโภคแห่งราชอาณาจักรสเปนเป็นกฎหมายที่ได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองและสิทธิต่าง ๆ เมื่อพิจารณาแล้วราชอาณาจักรสเปน ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการในแพลตฟอร์มไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ ในทางปฏิบัติจึงอาจจะอาศัยการพิจารณาตามกฎหมายนี้มาปรับใช้เทียบเคียงในการพิจารณาบริบทที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัล เพื่อให้เหมาะสมแก่กรณี ยกตัวอย่างในกรณีตามมาตรา 47 โดยการกระทำที่มีลักษณะตามมาตรา 47 นี้ ถือว่าเป็นการละเมิดในด้านการป้องกันต่อผู้บริโภคและผู้ใช้บริการ เช่น การไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนด เงื่อนไข ข้อผูกมัด หรือข้อห้ามด้านสุขอนามัย การกระทำหรือการละเว้นที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงหรือความเสียหายอย่างมีประสิทธิผลต่อสุขภาพหรือความปลอดภัยของผู้บริโภคและผู้ใช้บริการ การไม่ปฏิบัติตามหรือการฝ่าฝืนข้อกำหนดเบื้องต้นที่กำหนดโดยหน่วยงานที่มีอำนาจโดยเฉพาะสำหรับสถานการณ์เฉพาะ การดัดแปลง การปลอมปน หรือการฉ้อฉลในสินค้าและบริการที่สามารถบริโภคได้โดยการเพิ่มหรือลบสารหรือองค์ประกอบใด ๆ การไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบด้านราคา การเลือกปฏิบัติใด ๆ กับผู้บริโภคที่เปราะบางโดยไม่มีเหตุผล เป็นต้น และผู้ที่กระทำการละเมิดดังกล่าวจะส่งผลทำให้มีความรับผิดตามบทลงโทษที่ปรากฏในมาตรา 49[34]

---

[33]Ministry of Internal Affairs and Communications, **The Act on Electronic Commerce and Information** [Online], available URL: https://www.global-regulation.com/translation/japan/9944437/act-on-electronic-commerce-and-information. html, 2002 (July, 22).

[34]**Legislative Royal Decree 1/2007, General for the Defence of Consumers and Users** [Online], available URL: https://www.global-regulation.com/translation/spain/1445031/royal-legislative-decree-1-2007-of-16-november%252c-approving-the-revised-text-of-the-general-law-for-the-protection-of-consumers-and-users-and-other-co.html, n.d. (July, 21).

นอกจากนี้ กฎหมาย 34/2002 Services of The Society of Information and Electronic Commerce[35] ที่ถือเป็นกฎหมายหลักที่ใช้กำกับดูแลธุรกรรมดิจิทัลของราชอาณาจักรสเปน ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อรับประกันความโปร่งใสในการดำเนินธุรกิจออนไลน์ ส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม รวมถึงปกป้องสิทธิของผู้บริโภคในการใช้งานแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยมีการกำหนดนิยามของ “Information Society Service Providers” (ผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศ) ไว้อย่างกว้าง หมายถึงบุคคลธรรมดาหรือบุคคลตามกฎหมายที่ให้บริการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งรวมถึงเว็บไซต์ อีคอมเมิร์ซ แพลตฟอร์มดิจิทัล โซเชียลมีเดีย และแอปพลิเคชันต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นการให้ข้อมูล การจัดซื้อขายสินค้า การโฆษณา หรือการเชื่อมโยงระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการบนระบบเครือข่าย (Article 2, LSSI-CE) ภาระหน้าที่ของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศตามมาตรา 8 ของกฎหมาย LSSI-CE ได้วางกรอบความรับผิดของผู้ให้บริการสังคมสารสนเทศอย่างชัดเจน โดยระบุให้ผู้ให้บริการต้องเคารพต่อกฎเกณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ รักษาความสงบเรียบร้อยของสาธารณชน (Public Order) สนับสนุนการสืบสวนอาชญากรรม และความมั่นคงของชาติ คุ้มครองสุขภาพของประชาชน ป้องกันสิทธิของผู้บริโภคและผู้ใช้บริการทั่วไป และเคารพศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเชื้อชาติ ศาสนา เพศ สภาพทางร่างกาย หรือฐานะทางสังคม

จะเห็นได้ว่าการขยายขอบเขตของความรับผิดทางกฎหมายของแพลตฟอร์มดิจิทัลจากเพียงแค่ “ผู้ให้บริการ” ไปสู่ “ผู้มีบทบาทเชิงนโยบาย” ที่ต้องร่วมรับผิดชอบต่อผลกระทบของระบบออนไลน์ในภาพรวมของสังคม ซึ่งหากผู้ให้บริการ Information Society Service Providers ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในมาตรา 8 ดังกล่าว จะถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายและอาจถูกดำเนินการตามมาตรา 38 ซึ่งระบุว่าการฝ่าฝืนคำสั่งใด ๆ ภายใต้กรอบกฎหมายนี้จะเข้าข่าย “การละเมิดที่ร้ายแรง” (Serious Infringement) โดยมีบทลงโทษตามมาตรา 39 แบ่งความผิดออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ ความผิดเล็กน้อย (Minor), ร้ายแรง (Serious) และร้ายแรงมาก (Very Serious) ซึ่งสำหรับกรณีที่ร้ายแรงมาก (เช่น การไม่ให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่รัฐในการสอบสวนอาชญากรรม หรือการละเลยต่อมาตรการด้านความมั่นคงและคุ้มครองสิทธิ) ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลอาจถูกปรับเป็นเงินระหว่าง 150,001 ถึง 600,000 ยูโร

3.3.2 กฎหมายไทยเกี่ยวกับความรับผิดของแพลตฟอร์ดิจิทัลกับผู้บริโภค

ในปัจจุบันมีกฎหมายที่ความเกี่ยวข้องกับความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้บริโภคอย่างมากมาย เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562 และพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2560 มาปรับใช้เข้ากับกรณี โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค

---

[35]Legislación consolidada, **Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE)** [Online], available URL: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758, n.d. (July, 22).

(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562 เกี่ยวกับการกำหนดความรับผิด เช่น มาตรา 47 ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะเป็นของตนเองหรือผู้อื่น โฆษณาหรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่าอาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดเช่นว่านั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ปัจจุบันยังคงไม่มีกฎหมายที่รองรับธุรกรรมต่าง ๆ ที่เป็นการดำเนินธุรกิจบนแพลตฟอร์มดิจิทัลในทุกมิติ อย่างไรก็ดี ปัจจุบันประเทศไทยมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมธุรกิจบริการแพลตฟอร์มต่อผู้บริโภคในประเทศไทยเป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ การดำเนินธุรกิจบนแพลตฟอร์มดิจิทัลในลักษณะต่าง ๆ จึงอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม อาจจะต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายต่าง ๆ บางกรณีในการคุ้มครองผู้บริโภค ที่ควบคุมเพื่อที่จะกำหนดความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีต่อผู้บริโภค เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ปกป้องผู้บริโภคในรูปแบบต่าง ๆ รวมถึงการทำธุรกิจออนไลน์

3.3.3 เปรียบเทียบความรับผิดระหว่างกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายประเทศไทยในกรณีแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้บริโภค

ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลที่การซื้อขายสินค้าและบริการผ่านแพลตฟอร์มออนไลน์กลายเป็นกิจกรรมในชีวิตประจำวันของผู้บริโภคทั่วโลก ประเด็นเรื่องความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้บริโภคจึงได้รับความสนใจจากหลายประเทศ และนำไปสู่การตรากฎหมายเฉพาะที่มุ่งหมายควบคุมและกำหนดภาระหน้าที่ของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มอย่างเป็นรูปธรรม

ประเทศสหรัฐอเมริกา แม้จะยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกลางที่ใช้บังคับเฉพาะกับแพลตฟอร์มดิจิทัลทุกประเภทอย่างสมบูรณ์ แต่ได้มีการเสนอร่างข้อกำหนดที่เรียกว่า Online Consumer Protection Act[36] ซึ่งมีเป้าหมายหลักในการกำหนดให้แพลตฟอร์มดิจิทัลต้องมีนโยบายในการป้องกันการฉ้อโกง ให้ข้อมูลผู้บริโภคอย่างเพียงพอ และจัดให้มีช่องทางเยียวยาความเสียหายอย่างมีประสิทธิภาพ หากผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดนี้ การกระทำดังกล่าวจะถือเป็นการละเมิดกฎหมาย Federal Trade Commission Act มาตรา 15 USC § 57a(a)(1)(B) ซึ่งให้อำนาจแก่ Federal Trade Commission (FTC) ในการดำเนินการทางปกครองและกำหนดบทลงโทษทางแพ่ง รวมถึงการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภค

---

[36]§57a. Unfair or deceptive acts or practices rulemaking proceedings

(a) Authority of Commission to prescribe rules and general statements of policy

(1) Except as provided in subsection (h), the Commission may prescribe-

ประเทศญี่ปุ่นได้ตรากฎหมายชื่อ The Protection of Consumers Who Use Digital Platforms for Shopping Act[37] ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี 2022 โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดหน้าที่อย่างชัดเจนของแพลตฟอร์มดิจิทัล อาทิ การตรวจสอบข้อมูลของผู้ขาย การแจ้งเตือนความเสี่ยงให้ผู้บริโภครับทราบล่วงหน้า รวมถึงภาระหน้าที่ในการรับเรื่องร้องเรียนและการส่งต่อข้อพิพาทเพื่อการระงับข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพ โดยถือว่าแพลตฟอร์มมีบทบาทมากกว่าคนกลางทั่วไป และต้องรับผิดร่วมในกรณีที่ละเลยหน้าที่หรือมีส่วนร่วมในการหลอกลวง

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย จะพบว่า ยังไม่มีการตรากฎหมายเฉพาะที่วางกรอบความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้บริโภคไว้โดยตรง กฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันอาศัยการตีความและการปรับใช้กฎหมายใกล้เคียง เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งเนื้อหาเดิมไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อรองรับโครงสร้างธุรกิจแบบแพลตฟอร์ม จึงทำให้ไม่สามารถจัดการกับความซับซ้อนของธุรกรรมบนโลกดิจิทัลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จึงเห็นได้ว่า ประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกา สร้างผลทางกฎหมายที่ตามมาหลังจากแพลตฟอร์มฝ่าฝืนข้อบังคับนั้นอย่างชัดเจนและมีประสิทธิภาพ เช่น การกำหนดให้มีความรับผิดร่วม (Joint Liability) กับผู้ขาย การกำหนดบทลงโทษทางปกครอง และสิทธิของผู้บริโภคในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนโดยตรงจากแพลตฟอร์ม ในขณะที่ในประเทศไทย หากผู้บริโภคประสบปัญหา เช่น ถูกหลอกลวงโดยผู้ขายผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลกลับไม่สามารถเรียกร้องจากแพลตฟอร์มได้โดยตรง เพราะไม่มีฐานะเป็นคู่สัญญา หรือไม่มีหน้าที่รับผิดตามกฎหมายโดยชัดแจ้ง ทำให้ผู้บริโภคต้องฟ้องผู้ขายซึ่งมักเป็นบุคคลทั่วไปที่ไม่สามารถติดตามตัวได้หรือไม่มีทรัพย์ให้บังคับ

(B) rules which define with specificity acts or practices which are unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title), except that the Commission shall not develop or promulgate any trade rule or regulation with regard to the regulation of the development and utilization of the standards and certification activities pursuant to this section. Rules under this subparagraph may include requirements prescribed for the purpose of preventing such acts or practices.

[37]Japan Legal Information Institute, **The Protection of Consumers Who Use Digital Platforms for Shopping Act** [Online], available URL: https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4310/je#:~:text=Article%2010(1)If%20any,that%20appropriate%20measures%20be%20taken, n.d. (July, 21).

4. บทสรุป

จากการศึกษานิติสัมพันธ์ของผู้ขายหรือผู้ให้บริการต่อแพลตฟอร์มดิจิทัลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา และราชอาณาจักรสเปน พบว่า ปัจจุบันยังไม่ปรากฏกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดเฉพาะเจาะจงในเรื่องของความรับผิดและข้อยกเว้นความรับผิดระหว่างผู้ขายหรือผู้ให้บริการกับแพลตฟอร์มดิจิทัล เนื่องจากนิติสัมพันธ์ของผู้ขายหรือผู้ให้บริการต่อแพลตฟอร์มดิจิทัล เป็นหลักการตกลงเข้าทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์แบบสัญญาสำเร็จรูปที่จัดทำขึ้นโดยแพลตฟอร์มดิจิทัล ในลักษณะของข้อตกลงการใช้บริการในการลงขายสินค้าหรือการเปิดร้านค้าผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัล จึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อไม่มีกฎหมายใดที่กำหนดเรื่องของนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเอาไปเป็นการเฉพาะ จึงต้องใช้หลักความรับผิดและข้อยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายปกครองของแต่ละประเทศ เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ข้อสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายได้ทำการยอมรับและตกลงกัน ในการรับผิดชอบต่อความเสียหายในการทำผิดสัญญาให้เป็นไปตามหลักของกฎหมายแพ่ง (Common law) ที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญา ซึ่งอาจมีการพิจารณาตามข้อกำหนดของสัญญา การกระทำและการละเมิดสัญญา รวมถึงความรับผิดในกรณีการละเมิดสัญญา หรือในกรณีของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน (Competition Act) ของประเทศแคนาดา ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐบาลกลางของประเทศแคนนาดา ที่ส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมและป้องกันการปฏิบัติที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม รวมถึงข้อบังคับเกี่ยวกับการตลาดที่หลอกลวง การโฆษณาเท็จ และพฤติกรรมที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม แพลตฟอร์มดิจิทัลจะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับ เพื่อให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมในการติดต่อกับผู้ขายหรือผู้ให้บริการ และถึงแม้กฎหมายการแข่งขันในประเทศแคนาดา (Competition Act) ในประเด็นนี้ผู้วิจัยให้ความสนใจของกลไกภายใต้กฎหมาย กฎหมายการค้าอิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีสารสนเทศ (The Act on Electronic Commerce and Information) ของประเทศญี่ปุ่นกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมของธุรกิจออนไลน์ รวมถึงความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการโดยมีบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขและความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายหรือผู้ให้บริการ เช่น เรื่องของความเป็นธรรม (Fairness) แพลตฟอร์มดิจิทัลต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และหลักธรรมาภิบาลในการดำเนินธุรกิจออนไลน์ แพลตฟอร์มดิจิทัลต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อกำหนดที่ระบุในสัญญาที่ผู้ขายหรือผู้ให้บริการได้ทำกับแพลตฟอร์มดิจิทัล และแพลตฟอร์มดิจิทัลไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุผลอันควรได้

จากการศึกษาในหลายประเทศส่วนใหญ่จะมีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ขนส่งภายใต้แพลตฟอร์มดิจิทัลเอาไว้เป็นการเฉพาะ เช่น กฎหมาย California Assembly Bill 5 ในมลรัฐ

แคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นบทสันนิษฐานของกฎหมายกำหนดภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ให้ตกอยู่กับผู้ว่าจ้างหรือนายจ้าง ด้วยหลัก ABC Test ซึ่งหากพิสูจน์ไม่ได้จะถือว่าแรงงานดังกล่าวเป็น “ลูกจ้าง” ของแพลตฟอร์มดิจิทัล และมีนิติสัมพันธ์กับนายจ้างในฐานะลูกจ้าง จึงส่งผลให้แพลตฟอร์มมีหน้าที่ที่จะต้องดูแลผู้ขนส่งตามกฎหมาย Labor Code รวมถึงความรับผิดต่าง ๆ ต่อลูกจ้างตามสัญญาจ้างภายใต้กฎหมายแรงงานด้วย

ในส่วนของผู้บริโภค จากการศึกษากฎหมาย The Protection of Consumers Who Use Digital Platforms for Shopping Act เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความร่วมมือของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลในการเพิ่มประสิทธิภาพการทำธุรกรรมและส่งเสริมการระงับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการขายคำสั่งซื้อ แพลตฟอร์มดิจิทัลมีหน้าที่ ๆ ต้องจัดให้มีขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างผู้บริโภคและผู้ขายหรือผู้ให้บริการที่เกี่ยวกับแพลตฟอร์มของตนอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมต้องจัดการให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อผู้บริโภคเกี่ยวกับการซื้อสินค้าหรือบริการผ่านแพลตฟอร์มธุรกรรมทางออนไลน์ ที่ผ่านการตรวจสอบให้แน่ใจว่า การนำเสนอและหรือการโฆษณาที่แสดงออกบนแพลตฟอร์มดิจิทัลจะต้องไม่มีข้อมูลที่มีลักษณะอันเป็นเท็จ หรือไม่เป็นความจริงหรือมีลักษณะที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิด ทั้งนี้ แพลตฟอร์มดิจิทัลมีหน้าที่ต้องหลีกเลี่ยงการมีส่วนร่วมในการกระทำใด ๆ ที่อาจเป็นอันตรายต่อผลประโยชน์ของผู้ใช้บริการหรือผู้บริโภค เป็นต้น

เช่นเดียวกับกรณีของประเทศไทยพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2560 และแก้ไขเพิ่มเติม ที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของผู้บริโภคเอาไว้ตามมาตรา 30 จนถึง มาตรา 37 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 30 วรรคสอง ที่กำหนด “ให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงมีหน้าที่จัดทำเอกสารการซื้อขายสินค้าหรือบริการ และส่งมอบให้แก่ผู้บริโภคพร้อมกับสินค้าหรือบริการ”และในมาตรา 33 วรรคแรก “ในการซื้อสินค้าหรือบริการจากการขายตรงหรือจากการขายผ่านตลาดแบบตรงผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาโดยการส่งหนังสือแสดงเจตนาภายในเวลาเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับสินค้าหรือบริการไปยังผู้ประกอบธุรกิจขายตรงหรือผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรง สำหรับธุรกิจขายตรงผู้บริโภคจะแจ้งไปยังผู้จำหน่ายอิสระหรือตัวแทนขายตรงที่เกี่ยวข้องก็ได้” ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิการเลิกสัญญาแบบ Cooling-off period ไว้ว่าผู้บริโภคมีสิทธิเลิกสัญญาและขอเงินคืนได้โดยการส่งหนังสือแสดงเจตนาไปยังผู้ประกอบธุรกิจภายใน 7 วันนับแต่วันที่ได้รับสินค้า โดยไม่ต้องแสดงเหตุผล และผู้ประกอบธุรกิจจะต้องคืนเงินภายใน 15 วันนับตั้งแต่วันที่ได้รับหนังสือแสดงเจตนา (มาตรา 36)

แพลตฟอร์มดิจิทัลจึงเป็นเครื่องมือที่มีผลต่อการใช้งานของผู้บริโภคในหลายด้าน เช่น การซื้อสินค้าออนไลน์ การสื่อสาร การใช้งานแอปพลิเคชัน และการเข้าถึงข้อมูลทางการเงิน ดังนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้บริโภค ผู้บริโภคจึงเป็นผู้รับบริการจากการให้บริการของแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยนิติสัมพันธ์ในรูปแบบนี้จะมีความเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2562 หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

เนื่องจากแพลตฟอร์มดิจิทัลมีความสามารถในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งานหรือผู้บริโภค ซึ่งมีความสำคัญในการให้บริการ แต่การใช้งานข้อมูลนี้ต้องเป็นไปตามกฎหมาย เพื่อป้องกันการนำข้อมูลไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของข้อมูลและผู้บริโภคควรรู้สิทธิของตนในการขอใช้หรือลบข้อมูลส่วนตัวของตน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันผู้บริโภคกับผู้ขายซึ่งมีแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นตัวกลางนั้นยังไม่มีความชัดเจนในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคในด้านนิติสัมพันธ์ในการเรียนร้องสิทธิต่อผู้ขายโดยตรงในการทำสัญญาซื้อขาย เนื่องจากเป็นการติดต่อผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัล แม้ในทางกฎหมายอาจอาศัยหลักเรื่องตัวแทนมาปรับใช้โดยถือว่าผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นตัวแทนในการทำซื้อขายต่อผู้บริโภค แต่เนื่องจากธุรกิจเป็นธุรกิจแบบเฉพาะจึงไม่มีความชัดเจนดังเช่นการทำสัญญาซื้อขายในรูปแบบปกติ

ประเทศไทยนั้นยังคงไม่มีการกำหนดหรือบัญญัติลักษณะความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขายและผู้ให้บริการเป็นการเฉพาะ จึงต้องกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องของการดำเนินธุรกรรมต่าง ๆ ผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือการนำหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้เป็นกรณี เช่น พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลและการควบคุมดูแล เพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือ พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2560

ประเทศไทยการทำงานของผู้ขนส่งมีลักษณะเป็นการจ้างทำของหรือเป็นการจ้างแรงงาน ซึ่งไม่เป็นที่ปรากฏแน่ชัด เพราะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575[38] ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5[39] “สัญญาจ้างแรงงาน” คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า “ลูกจ้าง” ทำงาน ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า “นายจ้าง” โดยนายจ้างตกลงจะจ่ายค่าจ้างให้ตลอดระยะเวลาที่ทำงาน จากคำนิยามของสัญญาจ้างแรงงาน เมื่อพิจารณาถึงสัญญาระหว่างผู้ขนและแพลตฟอร์มดิจิทัลจะเห็นได้ว่า แพลตฟอร์มดิจิทัลได้มีการระบุชื่อของคู่สัญญาในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป จึงทำให้หลักเกณฑ์ในเรื่องชื่อที่ใช้เรียกยังไม่มีความแน่ชัด ดังนั้น สำหรับประเทศไทยยังคงไม่มีกฎหมายที่คุ้มครองผู้ขนส่งและกำหนดความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลอย่างชัดเจน

ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ควบคุมหรือกำกับดูแลในประเด็นความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีต่อผู้บริโภค จนเป็นเหตุให้ต้องใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือปรับใช้กฎหมายอื่นที่เหมาะสมกับบริบทของกรณีที่เกิดขึ้นโดยปราศจากหลักการทางกฎหมายที่ชัดเจน อาจทำให้เกิดปัญหาต่อความไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคได้

---

[38]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 575.

[39]พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 5.

5. ข้อเสนอแนะ

1) ควรกำหนดหน้าที่และกรอบความรับผิดต่อผู้บริโภคของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล เพื่อให้ครอบคลุมทุกกิจกรรมทางออนไลน์ที่ทำขึ้นของแพลตฟอร์มดิจิทัล เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยที่บังคับใช้ในปัจจุบันกับการให้บริการของแพลตฟอร์มดิจิทัลไม่อาจตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีที่เกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เกิดความเสียหายต่อผู้บริโภคจากการซื้อสินค้าหรือบริการผ่านแพลตฟอร์มนั้น ๆ ซึ่งแม้ว่าผู้บริโภคเองจะสามารถเรียกให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการรับผิดชอบได้โดยตรง ซึ่งยังมีหลายกรณีที่ผู้ขายหรือผู้ให้บริการไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคได้เนื่องจากสถานะทางเศรษฐกิจหรืออาจเป็นกรณีที่ผู้บริโภคอาจจะติดต่อหรือเรียกให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการรับผิดได้ยากกว่าการให้ ผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มเป็นผู้เรียกให้ผู้ขายหรือผู้ให้บริการรับผิดเอง

2) ผู้วิจัยเสนอให้มีการศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมาย The Protection of Consumers Who Use Digital Platforms for Shopping Act ของประเทศญี่ปุ่น เกี่ยวกับการกำกับแพลตฟอร์มดิจิทัลลักษณะของแพลตฟอร์มซื้อขายสินค้าและบริการ ในการกำหนดกรอบความรับผิดต่อผู้บริโภคของผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยให้ผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลมีมาตรการในการรักษาข้อมูล รวมถึงมาตรการในการจัดให้มีและตรวจสอบเกี่ยวกับข้อร้องเรียนต่าง ๆ ของผู้บริโภค และต้องจัดการให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อผู้บริโภคเกี่ยวกับการซื้อสินค้าหรือบริการผ่านแพลตฟอร์มธุรกรรมทางออนไลน์ ที่ผ่านการตรวจสอบโดยแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อการเสนอและหรือการโฆษณาที่แสดงออกบนแพลตฟอร์มดิจิทัลจะต้องไม่มีข้อมูลที่มีลักษณะอันเป็นเท็จ หรือไม่เป็นความจริงหรือมีลักษณะที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดต่อผู้บริโภค โดยในความรับผิดต่อกรณีดังกล่าวหากการขายสินค้าหรือบริการไม่เป็นไปตามสิทธิหรือเงื่อนไขที่กำหนดของการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือเมื่อพบว่าสินค้าหรือบริการอาจเป็นการสร้างผลกระทบหรือความเสื่อมเสียให้แก่ผู้บริโภค เมื่อมีคำร้องเรียนจากผู้บริโภค นายกรัฐมนตรีอาจมีคำสั่งดำเนินการให้แพลตฟอร์มดิจิทัลระงับการใช้บริการของผู้ขายหรือผู้ให้บริการที่เป็นเหตุนั้นได้ หรือใช้มาตรการอื่นเท่าที่จำเป็น และเมื่อแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ได้รับคำสั่งดังกล่าว ละเว้นหรือไม่ปฏิบัติตามอาจทำให้มีความรับผิดภายใต้กฎหมายนี้ได้

3) รวมถึงอาจศึกษาแนวทางจากกฎหมาย Royal Decree Law 9/2021 (Rider law) ของราชอาณาจักรสเปน ที่กำหนดความรับผิดของแพลตฟอร์มดิจิทัลต่อผู้ขนส่งหรือลูกจ้าง ตามกฎหมายแรงงาน (Workers' Statute) ของราชอาณาจักรสเปน ที่ความรับผิดระหว่างแพลตฟอร์มดิจิทัลกับผู้ขนส่งจะเป็นไปตามข้อสัญญาการจ้างของลูกจ้างและนายจ้างที่ตกลงกัน ภายใต้กฎหมายแรงงาน รวมถึงข้อจำกัดความรับผิดที่กฎหมายแรงงานได้กำหนดเอาไว้ เช่น ในเรื่องของชั่วโมงทำงาน การกำหนดค่าล่วงเวลา วันหยุดประจำสัปดาห์ วันหยุดพักผ่อนประจำปี และการบอกเลิกสัญญา เป็นต้น

นอกจากนี้ ควรมีการศึกษาแนวทางจากกฎหมาย Digital Platform Workers' Rights Act, 2022 (DPWRA) ของมลรัฐออนแทรีโอ ประเทศแคนาดา ที่มีประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดแยกความรับผิดของกรรมการในแพลตฟอร์มดิจิทัล ให้มีความรับผิดเป็นส่วนตัวในกรณีที่แพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวและถูกเรียกร้องให้ชำระเงินที่ค้างชำระ อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับนี้ได้มีการจำกัดความรับผิดเอาไว้ในกรณีเป็นความรับผิดสูงสุดอีกด้วย เพื่อลดช่องว่างทางกฎหมายในการเรียกให้ผู้ขายหรือแพลตฟอร์มดิจิทัลรับผิดชอบต่อการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าและบริการให้แก่ผู้บริโภค ทั้งแพลตฟอร์ดิจิทัลในลักษณะซื้อขายออนไลน์ แพลตฟอร์มดิจิทัลส่งอาหาร และแพลตฟอร์มดิจิทัลขนส่ง

บรรณานุกรม

เกรียงศักดิ์ ธีระโกวิทขจร และวรดุล ตุลารักษ์. **รูปแบบงานใหม่ของคนขี่มอเตอร์ไซต์ส่งอาหารที่กำกับโดยแพลตฟอร์ม**. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิฟรีดริค เอแบร์ท ร่วมกับ สถาบันแรงงานและเศรษฐกิจที่เป็นธรรม, 2563.

จิราภา พงษ์พันธ์. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าออนไลน์ ศึกษากรณีสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาและผู้บริโภค.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2557.

ธารทิพย์ ศรีสุวรรณเกศ. **กฎหมายเพื่อผู้บริโภคในโลกธุรกิจแพลตฟอร์ม** [Online]. Available URL: https://tdri.or.th/2023/04/consumer-protection-in-the-digital-economy, 2566 (เมษายน, 6).

ธีราภา ฉิมวัย. “ความรับผิดทางแพ่งของอีมาร์เก็ตเพลส กรณีการจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้า.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2562.

พัลภา นุ่มน้อย. “ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของความตกลงที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาทางปกครอง.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร** 7, 1 (พฤษภาคม 2567): 26-38.

พิรงรอง รามสูต. “แพลตฟอร์มดิจิทัล.” **วารสารกองทุนพัฒนาสื่อปลอดภัยและสร้างสรรค์** 1, 3 (เมษายน – มิถุนายน 2565): 1-36.

รัฐสภา จุรีมาศ. “ข้อเสนอแนะว่าด้วยการออกกฎหมายความรับผิดต่อความชำรุดบกพร่องของสินค้าสำหรับประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิยาลัยรังสิต, 2566.

รัฐสภา จุรีมาศ. **การควบคุมธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2565.

รัฐสภา จุรีมาศ. **รายงานวิจัยเรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับการพัฒนาธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลและตลาดดิจิทัลเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษากรณีความรับผิดชอบระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลและผู้บริโภค.** สถาบันพระปกเกล้า. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2567.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ). **กฎหมายเพื่อผู้บริโภคในโลกธุรกิจแพลตฟอร์ม** [Online]. Available URL: https://tdri.or.th/2023/04consumer-protection-in-the-digital-economy/. 2023 (April, 6).

สุษม ศุภนิตย์. **คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores** [Online]. Available URL: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7730, n.d. (July, 20).

California Legislature. **AB-5 Worker status: Employees and independent contractors** [Online]. Available URL : https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id= 201920200AB5, n.d. (July, 21).

Court of Appeal of California, **Fourth Appellate District, Division One, Bolger v. Amazon.com, LLC, D075738** [Online]. Available URL: https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2020/d075738.html, 2020 (September, 18).

Department of Justice Canada. **Competition Act (R.S.C., 1985, c. C-34)** [Online]. Available URL: https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-34/page-1.html#h-87830, 1985 (July, 20).

Export-Import Bank of Thailand. **EXIM Thailand explores new business opportunities in Saudi Arabia. EXIM Thailand** [Online]. Available URL: https://www.exim.go.th/eximinter/e-news/20810/0221_new_market.html, 2024 (October, 5).

Global-Regulation. **Law 34/2002, of 11 July, Services of the Society of Information and Electronic Commerce** [Online]. Available URL: https://www.global-regulation.com/translation/spain/1450967/law-34-2002%2c-of-11-july%2c-services-of-the-society-of-information-and-electronic-commerce.html, n.d. (July, 21).

Government of Spain. **Law 34/2002, of 11 July, on services of the information society and electronic commerce (BOE-A-2002-13758)** [Online]. Available URL: https://www. boe.es/eli/es/l/2002/07/11/34/con, 2002 (July, 11).

Japan Legal Information Institute. **Electronic Commerce Act** [Online]. Available URL: https://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=1964&vm=04&re=02, n.d. (July, 20).

_____. **The Protection of Consumers Who Use Digital Platforms for Shopping Act** [Online]. Available URL: https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4310/je#:~:text=Article%2010(1)If%20any,that%20appropriate%20mea sures%20be%20taken, n.d. (July, 21).

Legislación consolidada. **Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE)** [Online]. Available URL: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758, n.d. (July, 22).

Legislative Royal Decree 1/2007. **General for the Defence of Consumers and Users** [Online]. Available URL: https://www.global-regulation.com/translation/spain/1445031/royal-legislative-decree-1-2007-of-16-november%252c-approving-the-revised-text-of-the-general-law-for-the-protection-of-consumers-and-users-and-other-co.html, n.d. (July, 21).

Ministry of Economy. **Trade and Industry (METI), Act on Electronic Commerce and Information Property (ECIP)** [Online]. Available URL: https://www.meti.go.jp/policy/it_policy/ec/, 2001 (July, 22).

Ministry of Internal Affairs and Communications. **The Act on Electronic Commerce and Information** [Online]. Available URL: https://www.global-regulation.com/translation/japan/9944437/act-on-electronic-commerce-and-information.html, 2002 (July, 22).

Open Casebook. **Second Restatement, Section 402A on Strict Products Liability** [Online]. Available URL: https://opencasebook.org/casebooks/9486-torts-basic-fluency-in-a-fundamental-legal-language-revised/resources/6.1.4-second-restatement-section-402a-on-strict-products-liability/, n.d. (July, 20).

U.S. Department of Commerce. **Digital Millennium Copyright Act (DMCA)** [Online]. Available URL: https://www.commerce.gov/sites/default/files/2020-09/dmca, 2016 (July, 20).

แนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: กรณีศึกษาการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า

จิระพันธ์ น้อยจันทร์

แนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: กรณีศึกษาการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า*

The Approach for the Development of Legal Measures Related to E-Commerce Business: A Case Study of the Sale of Trademark Infringing Products

จิระพันธ์ น้อยจันทร์**
Jiraphan Noichan

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาแนวคิดและหลักพื้นฐานของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และศึกษาเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองทรัพย์สินเครื่องหมายการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย รวมถึงต่างประเทศที่มีการใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เนื่องด้วยปัจจุบันปัญหาการจัดจำหน่าย

---

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “แนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์: กรณีศึกษาการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิพิม วิวัฒนวัฒนา อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ และคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ดร.วิมล รัตน์ รุกขวรกุล เตริยาภิรมย์.

This research article is a part of the thesis “Guideline for Developing the Measure Related to E-Commerce Business: A Study of the Sale of Trademark Infringing Products.” This thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master of Laws at Chulalongkorn University. Assistant Professor Dr.Sipim Wiwattanawattana is the principal advisor. Assistant Professor Dr.Wirote Watinpongpun is the co-advisor. Dr.Wimonrat Rukkhaworakul Teriyapirom is a member of the examination committee.

**นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: jiraphan.law@gmail.com

Master of Laws Program in Laws, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 14 พฤษภาคม 2568, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 15 กันยายน 2568, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 17 กันยายน 2568.

สินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยนั้น นอกจากจะสร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้บริโภคและประชาชนทั่วไปย่อมเป็นกลุ่มเสี่ยงที่อาจถูกหลอกลวงด้วยการโฆษณาผ่านระบบออนไลน์ ส่งผลให้ผู้บริโภคไม่อาจทราบถึงข้อมูลที่ถูกต้องของลักษณะสินค้าได้อย่างเต็มที่ ประกอบกับผู้บริโภคจะได้รับทราบว่าสินค้าที่ตนจัดซื้อเป็นสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า หลังจากการชำระค่าสินค้าและได้รับสินค้าเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ส่งผลให้ผู้บริโภคกลายเป็นกลุ่มคนที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากการขายสินค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แม้ว่าในประเทศไทยจะมีกฎหมายที่ป้องกันและปราบปรามการละเมิดเครื่องหมายการค้า แต่กฎหมายดังกล่าวยังไม่อาจสอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ด้วยลักษณะ และวิธีการของกฎหมายยังคงกำหนดมาตรการทางกฎหมายโดยวิธีการแบบเดิมซึ่งต้องมีแนวทางปฏิบัติที่ซับซ้อน อาศัยการประสานงานหลายหน่วยงาน จึงมีวิธีการตรวจสอบและดำเนินการที่ล่าช้า ซึ่งทำให้ผู้เสียหาย อันได้แก่ เจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้บริโภค ไม่ได้รับการช่วยเหลือเยียวยา และยุติความเสียหายภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ขณะเดียวกันจากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา มาเลเซีย ญี่ปุ่น และจีน พบว่า ประเทศเหล่านี้ได้พัฒนากฎหมายเฉพาะและมาตรการที่มีประสิทธิภาพ โดยทุกประเทศมีแนวทางในการกำหนดหน้าที่ของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มในการตรวจสอบและป้องกันการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อปกป้องสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค โดยมีระดับความเข้มงวดและวิธีการกำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามมีความแตกต่างกัน

ผลการวิจัยพบว่า ปัญหาหลักเกิดจากข้อจำกัดของพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ที่มุ่งเน้นการกระทำในทางกายภาพ การขาดกฎหมายกำหนดความรับผิดของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มโดยตรง และกลไกคุ้มครองผู้บริโภคที่ไม่มีประสิทธิภาพในบริบทออนไลน์ จากการศึกษาเปรียบเทียบพบว่า ต่างประเทศมีแนวทางแก้ไข 3 รูปแบบ ได้แก่ 1) การกำหนดหน้าที่แก่แพลตฟอร์มอย่างเข้มงวด 2) การกำกับดูแลร่วมแบบยืดหยุ่น และ 3) การแก้ไขกฎหมายเดิมให้ครอบคลุมการกระทำออนไลน์

ผู้วิจัยจึงเสนอแนะให้ประเทศไทยใช้แนวทางแบบผสมผสาน โดยการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อกำหนดหน้าที่สำคัญ เช่น การตรวจสอบและพิสูจน์ยืนยันอัตลักษณ์ของผู้ขาย การจัดให้มีกลไกการแจ้งเตือนและนำออก และกำหนดความรับผิดร่วมโดยมีข้อยกเว้น แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ให้ครอบคลุมการกระทำในระบบคอมพิวเตอร์อย่างชัดเจน เพื่อสร้างระบบนิเวศพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่น่าเชื่อถือและส่งเสริมเศรษฐกิจดิจิทัลของประเทศอย่างยั่งยืน

คำสำคัญ: การละเมิดเครื่องหมายการค้า, การคุ้มครองผู้บริโภค, ธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

Abstract

This article aims to study the concept and fundamentals of intellectual property and consumer protection in e-commerce businesses and to study the measures for intellectual property and consumer protection in e-commerce businesses in Thailand and other countries that are currently enforced. The current problem of distributing trademark-infringing products in the e-commerce system in Thailand, in addition to causing damage to trademark owners, consumers and the general public are at risk of being deceived by online advertising. Consumers are unable to fully understand the correct information about the characteristics of the products. In addition, consumers will be informed that the products they have purchased are trademark-infringing products after they have paid for the products and received them. As a result, consumers become a group of people who are taken advantage of by the sale of products in the e-commerce system. Although Thailand has laws to prevent and suppress trademark infringement, such laws are still not consistent with the current situation. Due to the nature and methods of the law, legal measures are still set by the old methods, which require complicated practices and require coordination from many agencies. Therefore, there are slow inspection and implementation methods, which cause the victims, namely trademark owners and consumers, to not receive assistance, compensation, and termination of damages within a suitable period of time.

Meanwhile, from the study of the provisions of foreign laws, such as the United States, Malaysia, Japan and China, it was found that these countries have developed specific laws and effective measures. All countries have guidelines for determining the duties of platform providers to inspect and prevent trademark infringement in e-commerce businesses in order to protect the rights of trademark owners and protect consumers. The level of strictness and methods of determining preventive and suppressive measures differ.

The research finds that the core problems stem from the limitations of the Trademark Act B.E. 2534 (1991), which primarily addresses physical infringements;

the absence of direct liability for e-commerce platform providers; and ineffective consumer protection mechanisms in the online context. The comparative study reveals three main international approaches: 1) imposing strict duties on platforms, 2) flexible co-regulation, and 3) amending existing laws to cover online activities.

The researcher, therefore, recommends that Thailand adopt a hybrid approach by enacting an 'E-commerce Platform Provider Liability Act' to establish key obligations, such as seller identity verification, the implementation of a notice-and-takedown mechanism, and the definition of joint liability with exceptions. Furthermore, it is proposed to amend the Trademark Act B.E. 2534 (1991) to explicitly cover acts committed within computer systems, in order to create a trustworthy e-commerce ecosystem and sustainably promote the country's digital economy.

Keywords: trademark infringement, consumer protection, e-commerce businesses.

1. บทนำ

ระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หรืออีคอมเมิร์ซ (E-Commerce) เป็นระบบธุรกรรมการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสินค้าผ่านระบบอินเทอร์เน็ตที่มีความสำคัญ และได้รับความนิยมในปัจจุบันเป็นอย่างยิ่ง ด้วยรูปแบบการซื้อขายที่มีความสะดวก เข้าถึงผู้ใช้งานบนอินเทอร์เน็ตได้อย่างทั่วถึง และสามารถเข้าถึงผู้บริโภคได้ทุกเพศ ทุกวัย และทุกสถานที่ ประกอบกับสถานการณ์การแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโควิด 19 ที่ส่งผลทำให้พฤติกรรมของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการดำเนินชีวิตประจำวัน การเดินทาง รวมถึงพฤติกรรมในการบริโภคสินค้า ซึ่งผู้บริโภคในยุคปัจจุบันหันมาใช้ช่องทางการซื้อขายสินค้าผ่านระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กันมากขึ้น

ผลสำรวจของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พบว่า ในปี พ.ศ. 2563 ธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หรืออีคอมเมิร์ซ (E-Commerce) ในประเทศไทยมีมูลค่าสูงถึง 3.78 ล้านล้านบาท โดยเป็นอุตสาหกรรมการค้าปลีกและการค้าส่งที่มีมูลค่า 1,434,663.54 ล้านบาท ในสัดส่วนร้อยละ 47.70 อุตสาหกรรมการให้บริการที่พัก มีมูลค่า 463,784.88 ล้านบาท ในสัดส่วนร้อยละ 15.42 และอุตสาหกรรมการผลิตมีมูลค่า 460,220.36 ล้านบาท ในสัดส่วนร้อยละ 15.30[1] นอกจากนี้ ข้อมูลจากบริษัท ลาซาด้า จำกัด ได้เปิดเผยข้อมูลสถิติของมูลค่าการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทั้งในรูปแบบองค์กรธุรกิจกับผู้บริโภค (Business to Consumer : B2C) และ ในรูปแบบผู้บริโภคกับผู้บริโภค (Customer to Customer : C2C) ในประเทศไทยปี พ.ศ. 2565 มีมูลค่ารวม 818,000 ล้านบาท หรือเติบโตขึ้นในอัตราร้อยละ 14 จากในปี พ.ศ. 2564 และคาดการณ์ว่าในปี พ.ศ. 2570 จะมีมูลค่าสูงถึง 1.6 ล้านล้านบาท[2]

จากผลสำรวจของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และข้อมูลจากบริษัท ลาซาด้า จำกัด จะเห็นได้ว่า ระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีการพัฒนาและขยายตัวอย่างรวดเร็ว และเป็นตลาดสำหรับแลกเปลี่ยนสินค้าในรูปแบบใหม่ในยุคเทคโนโลยีที่จะเป็นเครื่องมือส่งเสริมเศรษฐกิจให้เติบโตขึ้น ช่วยสร้างอาชีพ สร้างรายได้ให้กับประชาชนและสร้างทางเลือกสินค้าและบริการให้กับผู้บริโภค

---

[1]สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, **ETDA เผยมูลค่าอีคอมเมิร์ซไทย ปี 63 อยู่ที่ 3.78 ล้านล้านบาท คาดปี 64 พุ่งไปที่ 4.01 ล้านล้านบาท** [Online], available URL: https://www.etda.or.th/th/pr-news/ETDA-Reveals-the-Value-of-e-Commerce-in-2021.aspx, 2564 (มกราคม, 25).

[2]อินโนไลฟ์เฟอร์นิเจอร์, **ลาซาด้า เผยมูลค่าตลาดอีคอมเมิร์ซไทยปีนี้กว่า 8 แสนล้านบาท** [Online], available URL: https://www.innolifethailand.com/?p=13906, 2565 (มกราคม, 11).

อย่างไรก็ตาม ด้วยการพัฒนาระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างรวดเร็ว นอกจากจะสร้างประโยชน์มหาศาลให้แก่ระบบเศษฐกิจและประชาชนแล้ว แต่ด้วยระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะการซื้อขายที่แตกต่างจากการซื้อขายในรูปทั่วไปเป็นอย่างมาก กล่าวคือ เป็นการประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการจัดจำหน่ายสินค้าที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง และอาศัยทำการตลาดด้วยวิธีการโฆษณาสินค้าผ่านระบบอินเทอร์เน็ตอย่างต่อเนื่อง จึงทำให้เกิดช่องว่างที่เป็นปัจจัยที่สำคัญต่อการสนับสนุนโอกาสในการประกอบธุรกิจการจัดละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นการสร้างผลกระทบต่อผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าเป็นอย่างมาก และเมื่อมีการตรวจสอบพบการกระทำผิดดังกล่าวแล้ว ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้ากลับไม่ได้มีอำนาจในการสั่งให้ยุติการกระทำผิดของผู้ประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่ทำการละเมิดดังกล่าวได้ในทันที เนื่องจากการจัดการผู้จัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องทางเทคนิคที่ต้องอาศัยผู้ให้บริการ หรือเจ้าของเว็บไซต์พิจารณาตรวจสอบ ซึ่งผู้ให้บริการ หรือเจ้าของเว็บไซต์แต่ละแห่งย่อมมีแนวทาง มาตรการที่แตกต่างกัน เนื่องจากไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ให้บริการ หรือเจ้าของเว็บไซต์ดำเนินการที่ชัดเจนแน่นอน จึงต้องขึ้นอยู่กับนโยบายของผู้ให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์อีกทางหนึ่งว่า จะมีส่วนให้ความร่วมมือช่วยเหลือหรือไม่ รวมถึงการดำเนินคดีความทางกฎหมายยังไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ของลักษณะพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบัน ซึ่งต้องดำเนินการในลักษณะการละเมิดเครื่องหมายการค้าในลักษณะทั่วไป ทำให้เกิดความล่าช้าและสร้างความเสียหายอย่างต่อเนื่อง และทำให้เกิดความเสียหายเป็นวงกว้างแก่สังคมเศรษฐกิจของประเทศไทย และส่งผลให้การจัดจำหน่ายสินค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ถือว่าเป็นแหล่งการจัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าแหล่งใหญ่ที่สุดแหล่งหนึ่งในปัจจุบัน

นอกจากนี้ การจัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าว นอกจากจะสร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้บริโภคและประชาชนทั่วไปย่อมเป็นกลุ่มเสี่ยงที่อาจถูกหลอกลวงด้วยการโฆษณาผ่านระบบออนไลน์ และตกเป็นผู้เสียหายในเวลาต่อมา เนื่องจากเป็นการซื้อขายที่อยู่ห่างกันโดยระยะทาง ส่งผลให้ผู้บริโภคไม่อาจทราบถึงข้อมูลที่ถูกต้องของลักษณะสินค้าได้อย่างเต็มที่ ประกอบกับผู้บริโภคจะได้รับทราบว่าสินค้าที่ตนจัดซื้อเป็นสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า หลังจากการชำระค่าสินค้าและได้รับสินค้าเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ส่งผลให้ผู้บริโภคกลายเป็นกลุ่มคนที่ถูกเอารัดเอาเปรียบจากการขายสินค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

แม้ว่าในประเทศไทยจะมีกฎหมายที่ป้องกันและปราบปรามการละเมิดเครื่องหมายการค้า เช่น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม รวมถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่กำหนดถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้บริโภคในเรื่องของสิทธิที่จะได้รับข่าวสาร รวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้อง และเพียงพอเกี่ยวกับสินค้า แต่กฎหมายดังกล่าวยังไม่อาจสอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ด้วยลักษณะและวิธีการของกฎหมายยังคงกำหนดมาตรการ

ทางกฎหมายโดยวิธีการแบบเดิมซึ่งต้องมีแนวทางปฏิบัติที่ซับซ้อน อาศัยการประสานงานหลายหน่วยงาน จึงมีวิธีการตรวจสอบและดำเนินการที่ล่าช้า ซึ่งทำให้ผู้เสียหาย อันได้แก่ เจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้บริโภค ไม่ได้รับการช่วยเหลือเยียวยา และยุติความเสียหายภายในระยะเวลาที่เหมาะสม รวมถึงยังคงสร้างความเสีย ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนอย่างต่อเนื่อง

นอกจากนี้ แม้ว่าในประเทศไทยจะมีกฎหมายกำกับดูแลการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2566 ก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวยังคงเป็นกฎหมายที่วางหลักการอย่างกว้างไว้เพื่อรับรองสถานะทางธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงการกำหนดนโยบายการบริการจัดการการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในภาพรวม เฉพาะแพลตฟอร์มดิจิทัลเท่านั้น แต่ยังไม่มีการกำหนดมาตรการการป้องกันการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าแต่อย่างใด ส่งผลให้ปัญหาดังกล่าวยังคงสะท้อนให้เห็นอยู่ในปัจจุบัน โดยสถิติผลการดำเนินงานประจำปีงบประมาณ 2563 ของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (สพธอ.) หรือ ETDA กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม ในปี พ.ศ. 2563 ที่ได้รับเรื่องร้องเรียนผ่านศูนย์รับเรื่องร้องเรียนปัญหาออนไลน์ 1212 OCC (1212 Online Complaint Center) ซึ่งได้รับแจ้งถึงปัญหาการซื้อขายทางออนไลน์ เป็นจำนวน 20,300 ครั้ง โดยเรื่องที่แจ้งหรือสอบถามเข้ามามากที่สุดคือ การสอบถามเกี่ยวกับขั้นตอนและหลักฐานการแจ้งเรื่องร้องเรียน รองลงมาคือ ปัญหาความน่าเชื่อถือของผู้ขาย ไม่ได้รับสินค้า ถูกหลอกลวง[3] และในช่วงเดือนมกราคม 2564 ถึงสิงหาคม 2564 พบว่าเรื่องร้องเรียนมายังศูนย์รับเรื่องร้องเรียนฯ 1212 OCC ที่เป็นเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับปัญหาการซื้อขายทางออนไลน์มีทั้งหมดจำนวน 28,393 ครั้ง ซึ่งเรื่องที่ได้รับการร้องเรียนมากที่สุดคือ การร้องเรียนเกี่ยวกับปัญหาการซื้อขายของทางออนไลน์ถึง 62.59% โดยปัญหาการซื้อขายของทางออนไลน์ พบว่าส่วนใหญ่มักเป็นปัญหาการสั่งซื้อสินค้าแล้วไม่ได้รับสินค้า 45% รองลงมาคือ ได้รับสินค้าไม่ตรงตามที่สั่งไว้ สินค้าไม่ได้มาตรฐานตามที่โฆษณา 29%[4]

---

[3]สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, **สถิติแจ้งเรื่องปี 63 ทำ 1212 OCC ของ ETDA ยกระดับการคุ้มครองผู้บริโภคเข้ม** [Online], available URL: https://www.etda.or.th/th/newsevents/pr/1212-OCC-Statistic-2020.aspx?feed=590fb9ad-c550-4bc5-9a56-459ad4891d74, 2563 (มกราคม, 25).

[4]สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, **ดีอีเอส เผย ผู้บริโภคออนไลน์ ถูกหลอก โดนโกง สินค้าไม่ตรงปก รายวัน** [Online], available URL: https://www.etda.or.th/th/pr-news/1212-Online-Complaint-Center-Proactive-Response.aspx, 2564 (มกราคม, 25).

จากสถิติผลการดำเนินงานประจำปีงบประมาณ 2563 ของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ จะเห็นได้ว่า การร้องเรียนจากปัญหาการซื้อขายออนไลน์ ยังคงสะท้อนปัญหาการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าที่ยังคงมีขึ้นอย่างต่อเนื่อง จึงสมควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน และกำหนดมาตรการในการตรวจสอบดูแลโดยบูรณาการกับหน่วยงานของรัฐและเอกชนให้มากขึ้น ซึ่งจะช่วยลดปัจจัยที่สนับสนุนโอกาสในการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า ทำให้ระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีการจัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าลดลง และเป็นการสร้างความคุ้มครองเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้บริโภค รวมถึงประชาชนทั่วไป ให้มีความเชื่อมั่นในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ อันเป็นปัจจัยในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

1.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.1.1 เพื่อศึกษาแนวคิดและหลักพื้นฐานของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

1.1.2 เพื่อศึกษามาตรการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย รวมถึงต่างประเทศที่มีการใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

1.1.3 เพื่อนำเสนอแนวทางในการปรับปรุง เปลี่ยนแปลง แก้ไข และหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้กับมาตรการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

1.2 สมมติฐานของการวิจัย

ปัจจุบันมีการจัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า ในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างแพร่หลาย ซึ่งในประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่มีความเกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสินค้า ในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่กฎหมายดังกล่าวยังไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ส่งผลให้ยังมีการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างต่อเนื่อง ทำให้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า และผู้บริโภค ดังนั้น จึงเห็นสมควรให้ต้องมีการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ในการควบคุม ป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ทำการจัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ หากการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน และให้สามารถควบคุมและป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทำการจัดจำหน่ายสินค้าที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แล้ว จะทำให้ปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าลดลงอย่างมีนัยสำคัญ และจะสร้างความน่าเชื่อถือในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญในการส่งเสริมให้เศรษฐกิจดิจิทัลของไทยเติบโตอย่างรวดเร็วและยั่งยืน

1.3 ขอบเขตการวิจัย

ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและมาตรการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า และกฎหมาย และมาตรการคุ้มครองผู้บริโภค ในธุรกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เฉพาะประเภทผู้ประกอบธุรกิจกับผู้บริโภค และผู้บริโภคกับผู้บริโภค เท่านั้น โดยมุ่งศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายในสามด้าน คือ กฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้า กฎหมายกำกับดูแลผู้ให้บริการเว็บไซต์และแพลตฟอร์ม และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โดยเปรียบเทียบกับมาตรการและกฎหมายในต่างประเทศ อันได้แก่

1.3.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจที่ขนาดใหญ่ และมีอำนาจทางเศรษฐกิจในด้านเทคโนโลยีมากที่สุดแห่งหนึ่งของโลก โดยศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (The Lanham Act) ร่างพระราชบัญญัติความปลอดภัยในร้านค้า (SHOP SAFE ACT) และพระราชบัญญัติคณะกรรมาธิการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission Act (FTC))

1.3.2 ประเทศมาเลเซีย ซึ่งเป็นประเทศที่ตั้งอยู่ในภูมิภาคเดียวกันกับประเทศไทย และเป็นประเทศที่มีการเติบโตทางเศรษฐกิจใกล้เคียงกับประเทศไทยที่สุดในภูมิภาคอาเซียนในปัจจุบัน โดยศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2562 (Trade Marks Act 2019) พระราชบัญญัติการสื่อสารและมัลติมีเดีย พ.ศ. 2541 (Communications and Multimedia Act 1998) และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค Consumer Protection Act 1999

1.3.3 ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศที่เป็นผู้นำด้านเศรษฐกิจและเทคโนโลยีของทวีปเอเชีย โดยศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (The Trademark Act) พระราชบัญญัติการปรับปรุงความโปร่งใสและความเป็นธรรมของแพลตฟอร์มดิจิทัล (The Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms) และพระราชบัญญัติป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Prevention Act (UCPA))

1.3.4 สาธารณรัฐประเทศจีน ซึ่งเป็นประเทศที่มีตลาดพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ที่ใหญ่ที่สุดในโลก โดยมิได้จำกัดเพียงซึ่งมีพลวัตด้านนวัตกรรม เทคโนโลยี และบทบาทในการกำหนดทิศทางเศรษฐกิจดิจิทัลระดับโลกอย่างมีนัยสำคัญ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Consumer Protection Law of the People's Republic of China) พระราชบัญญัติว่าด้วยพาณิชยอิเล็กทรอนิกส์ของสาธารณรัฐประชาชนจีน พ.ศ. 2562 (E-Commerce Law of the People's Republic of China 2019) และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคของสาธารณรัฐประชาชนจีน (Consumer Protection Law of the People's Republic of China) เพื่อหาแนวทางการปรับใช้มาตรการและกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทย

1.4 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.4.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและหลักพื้นฐานของการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและการคุ้มครองผู้บริโภค ในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

1.4.2 ทำให้ทราบถึงมาตรการเครื่องหมายการค้าและการคุ้มครองผู้บริโภค ในธุรกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยและต่างประเทศ

1.4.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการปรับปรุง เปลี่ยนแปลง และหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้กับมาตรการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าและการคุ้มครองผู้บริโภค ในธุรกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

2. วิธีดำเนินการวิจัย

ดำเนินการศึกษาค้นคว้าวิจัยเอกสารที่เกี่ยวข้อง โดยค้นคว้าจากข้อมูลทุติยภูมิ แหล่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้งเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตัวบทกฎหมาย หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตำรา หนังสือ บทความ วารสาร งานวิจัย วิทยานิพนธ์ รวมทั้งข้อมูลที่ค้นคว้าจากอินเตอร์เน็ต โดยนำข้อมูลเหล่านี้มาใช้ในการคิดวิเคราะห์เชิงกฎหมาย โดยมีแนวคิด หลักการ กฎหมาย และทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

2.1 ความเป็นมาและพัฒนาการของการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย เริ่มต้นจากในช่วงปี พ.ศ. 2537 ได้มีการพัฒนาและใช้งานโปรแกรมบราวเซอร์ขึ้นในประเทศไทย ส่งผลให้มีการเริ่มใช้ระบบอินเทอร์เน็ตเชิงพาณิชย์เป็นครั้งแรก ทำให้นักธุรกิจเริ่มเห็นการใช้ประโยชน์จากอินเทอร์เน็ตในการรับคำสั่งซื้อด้วย แทนที่จะเผยแพร่ข้อมูลเพียงอย่างเดียว ต่อมาในช่วงปี พ.ศ. 2538 ในต่างประเทศได้มีการเปิดใช้งานเว็บไซต์พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ประเภท B2C เช่น เว็บไซต์อเมซอน (ww.amazon.com) และ เว็บไซต์อีเบย์ (www.ebay.com) ส่งผลให้เกิดรูปแบบการทำธุรกิจในรูปแบบใหม่ และในปีเดียวกันได้มีการก่อตั้งเว็บไซต์พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย เช่น เว็บไซต์บางกอกเซ็นเตอร์ (www.bangkokcenter.com) แต่ในช่วงเวลาดังกล่าวยังมีปัญหาเรื่องของระบบการชำระเงินเนื่องจากธนาคารพาณิชย์ในสมัยนั้นเห็นว่าการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ยังมีความเสี่ยงต่อการรับชำระเงินด้วยบัตรเครดิตทางอินเทอร์เน็ตอยู่ในระดับสูง แต่อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลานี้ เนื่องจากกระแสหุ้นที่เกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในอเมริกากำลังเป็นที่นิยมจึงส่งผลให้มีการก่อตั้งเว็บไซต์ในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก และในช่วงปี พ.ศ. 2541 ถึง 2543 กระทรวงพาณิชย์จัดทำโครงการนำร่องพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ขึ้น โดยสร้างความเข้าใจและดึงกลุ่มพันธมิตร เช่น บริษัทขนส่งธนาคารพาณิชย์ หน่วยงานราชการเข้าร่วมโครงการ ทำให้เกิดกระแสการซื้อขายผ่านระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มากขึ้น จนกระทั่งในเดือนเมษายน พ.ศ. 2543

ได้เกิดวิกฤตฟองสบู่ดอทคอมในตลาดหุ้นประเทศสหรัฐอเมริกา ส่งผลให้เว็บไซต์หลายแห่งต้องปิดตัวลง[5] ต่อมาช่วงปี พ.ศ. 2544 – 2549 ระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้มีการพัฒนาโดยเน้นกลยุทธ์ทางธุรกิจให้มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เกิดการประยุกต์ใช้ระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กับธุรกิจต่าง ๆ เช่น พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กับธุรกิจการท่องเที่ยว ธุรกิจการเงินการธนาคารอิเล็กทรอนิกส์ การขายทอดตลาดออนไลน์ และเกิดการโฆษณาผ่านสื่อวีดีโอและเว็บไซต์สืบค้นข้อมูล ซึ่งส่งผลต่อกลยุทธ์ทางการตลาดมากขึ้น และในช่วงระหว่างปี พ.ศ. 2550 จนถึงปัจจุบัน ระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้พัฒนาขึ้นเป็นอย่างมาก จากการพัฒนาอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ที่เข้ามามีบทบาทต่อประชาชนเป็นอย่างมาก เช่น สมาร์ทโฟน และแท็บเล็ต ส่งผลให้ประชาชนสามารถเข้าถึงระบบอินเทอร์เน็ตได้อย่างรวดเร็ว และไม่จำกัดสถานที่[6] จนกระทั่งในช่วงปี พ.ศ. 2562 ได้เกิดการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ส่งผลให้เกิดกระแสการเว้นระยะห่าง การทำงานจากสถานที่พักอาศัย รวมถึงมีมาตรการล็อคดาวน์ และการกักตัวผู้มีความเสี่ยง ส่งผลให้ประชาชนถูกบังคับให้ต้องปรับตัวกับการซื้อของใช้ประจำวันและสินค้าอื่น ๆ ผ่านทางออนไลน์แทนการซื้อขายในระบบปกติทั่วไป ส่งผลให้ระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้รับความนิยมมากขึ้นอย่างรวดเร็ว ทำให้มูลค่าทางการตลาดของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เติบโตขึ้นแบบก้าวกระโดด[7]

2.2 แนวคิดการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

แนวคิดการออกกฎหมายที่กฎหมายเกี่ยวข้องกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น เกิดจากกระแสการพัฒนาเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว เทคโนโลยีเข้ามามีบทบาทในชีวิตประจำของประชาชนมากขึ้น ด้วยเหตุนี้ คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2541 เห็นชอบให้จัดทำโครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ โดยมีการจัดตั้งคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติขึ้น เพื่อจัดทำกฎหมายให้สอดคล้องกับกระแสการพัฒนาของเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งคณะกรรมการในชุดดังกล่าวได้เสนอให้บัญญัติกฎหมายทั้ง 6 ฉบับ ได้แก่[8]

---

[5]ภัณฑิลา รัศมีพิริยะพิจิตร, **"ปัจจัยที่มีผลต่อความคิดเห็นของผู้ใช้พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับการเติบโตของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย,"** วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตร์มหาบัณฑิต (เทคโนโลยีสื่อสารมวลชน), มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550. หน้า 17 – 18.

[6]พิมลพรรณ อุดมพันธ์, **การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (ปรับปรุง 2560)** (อุบลราชธานี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, 2560), หน้า 5.

[7]สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, **e-Commerce ไทย ยุคหลัง COVID-19** [Online], available URL: https://shorturl.asia/x5jih, 2564 (มีนาคม, 12).

[8]มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา วิทยาเขตสมุทรสงคราม, **กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศของประเทศไทย** [Online], available URL: https://skm.ssru.ac.th/news/view/a125, 2564 (มีนาคม, 14).

1) กฎหมายเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Transactions Law)

2) กฎหมายเกี่ยวกับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Signatures Law)

3) กฎหมายเกี่ยวกับการโอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Funds Transfer Law)

4) กฎหมายเกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (Computer Crime Law)

5) กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Data Protection Law)

6) กฎหมายเกี่ยวกับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศให้ทั่วถึงและเท่าเทียมกัน (National Information Infrastructure Law)

สำหรับการเสนอออกกฎหมายดังกล่าวเป็นการเสนอบัญญัติกฎหมายโดยมีแนวคิดเรื่องการส่งเสริมการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ การคุ้มครองสังคมจากการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ไม่เหมาะสม และการลดความเหลื่อมล้ำของสังคมสารสนเทศ โดยกฎหมาย 3 ฉบับแรก มีแนวคิดการออกกฎหมายเพื่อการส่งเสริมการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ เช่น การกำหนดกฎหมายให้รับรองสถานะของเอกสารและลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ เพื่อการสนับสนุนการประยุกต์ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศในเชิงสร้างสรรค์[9] และส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างการใช้เอกสารที่อยู่ในรูปแบบของกระดาษ และการใช้ข้อมูลคอมพิวเตอร์ เพื่อให้เกิดหลักความเป็นกลางของสื่อที่ใช้ในการทำธุรกรรมและการติดต่อสื่อสารโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ[10] ส่วนกฎหมายฉบับที่ 4 และ 5 เป็นกฎหมายที่การคุ้มครองสังคมจากการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศที่ไม่เหมาะสม[11] เนื่องจากเทคโนโลยีสารสนเทศได้เข้ามามีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจและการดำรงชีวิตของมนุษย์ ซึ่งอาจมีบุคคลกระทำการด้วยประการใด ๆ ที่ทำให้รับรู้ เข้าถึง แก้ไข ทำลาย หรือเผยแพร่ อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชน สังคม จึงต้องกำหนดให้มีกฎหมายดังกล่าวเพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้น และกฎหมายฉบับที่ 6 มีแนวคิดการร่างกฎหมายจากการลดความเหลื่อมล้ำของสังคมสารสนเทศ เพื่อก่อให้เกิดการส่งเสริม สนับสนุน และพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศ อันได้แก่ โครงข่ายโทรคมนาคม เทคโนโลยีสารสนเทศ สารสนเทศ ทรัพยากรมนุษย์ และโครงสร้างพื้นฐานสารสนเทศสำคัญอื่น ๆ อันเป็นปัจจัยพื้นฐาน สำคัญในการพัฒนาสังคม และชุมชนโดยอาศัยกลไกของรัฐ[12]

---

[9]ทวีศักดิ์ กาญจนสุวรรณ, **การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce)** (กรุงเทพมหานคร: เคทีพี คอมพ์แอดน์ คอนซัลท์, 2552), หน้า 382.

[10]สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, **กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์** (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พาณิชย์พระนคร (2535) จำกัด, 2544), หน้า 64-65.

[11]ทวีศักดิ์ กาญจนสุวรรณ, เรื่องเดิม.

[12]มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา วิทยาเขตสมุทรสงคราม, กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศของประเทศไทย [Online], available URL: https://skm.ssru.ac.th/news/view/a125, 2564 (มีนาคม, 14).

2.3 แนวความคิดอันเกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า

เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาในแขนงทรัพย์สินทางปัญญาอุตสาหกรรม ที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อใช้ประโยชน์ในทางธุรกิจและอุตสาหกรรม[13] ด้วยเหตุนี้ แนวคิดการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้บริโภค[14] และมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

2.3.1 หน้าที่ในการบ่งชี้และแยกแยะตัวสินค้า เนื่องจากเครื่องหมายการค้าจะต้องมีลักษณะบ่งเฉพาะ กล่าวคือ เครื่องหมายการค้า ต้องมีลักษณะเด่นที่แตกต่างจากเครื่องหมายการค้าอื่น สามารถจำแนกสินค้าประเภทเดียวกันของผู้ประกอบการค้ารายหนึ่งจากสินค้าของผู้ประกอบการค้ารายอื่น โดยผู้บริโภคสามารถสังเกตได้จากเครื่องหมายซึ่งติดอยู่ที่สินค้ามากกว่าการที่ต้องจดจำลักษณะของตัวสินค้าที่ประสงค์ในการซื้อแต่ละครั้ง เพื่อป้องกันไม่ให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าที่เหมือนหรือคล้ายกันจนทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนในตัวสินค้า[15] ดังที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 4 ได้กำหนดนิยามของเครื่องหมายการค้าได้ว่า เป็นเครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้น แตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของผู้อื่น นอกจากนี้ ในกรณีที่เกี่ยวกับการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านั้น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 13(2) ได้กำหนดหลักการนี้ไว้ โดยนายทะเบียนเห็นว่าเครื่องหมายการค้าที่ขอจดทะเบียนนั้นเป็นเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าของผู้อื่นที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว อาจทำให้สาธารณชนสับสนหรือหลงผิดในความเป็นเจ้าของสินค้าหรือแหล่งกำเนิดของสินค้า ด้วยเหตุนี้ หน้าที่ของเครื่องหมายการค้าในการแสดงแหล่งที่มาผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจึงมีความสำคัญต่อการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ประกอบการค้าซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าโดยตรง[16]

2.3.2 หน้าที่ในการแสดงแหล่งที่มา เครื่องหมายการค้าสามารถบ่งบอกให้แก่ผู้บริโภครับทราบได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าเดียวกัน ย่อมมาจากสถานที่ผลิต แหล่งวัตถุดิบ หรือกรรมวิธีการผลิตแบบเดียวกัน รวมถึงสามารถบ่งบอกให้แก่ผู้บริโภครับทราบได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้า

---

[13]ไชยยศ เหมะรัชตะ, **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป)** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553), หน้า 280.

[14]ธัชชัย ศุภผลศิริ, **คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า พร้อมด้วยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 7.

[15]เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

[16]ไชยยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 290 – 291.

เดียวกัน มาจากผู้ผลิตและเจ้าของเครื่องหมายการค้าเดียวกัน หรือมาจากผู้ผลิตรายอื่นที่ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ ในการผลิตและใช้เครื่องหมายการค้านั้นด้วย[17]

2.3.3 หน้าที่ในการแสดงคุณภาพ หน้าที่ในข้อนี้ไม่ใช่หน้าที่ในการประกันคุณภาพสินค้าว่ามีคุณภาพหรือมีมาตรฐานอย่างไร แต่เป็นหน้าที่เพื่อบ่งบอกคุณภาพของสินค้าในลักษณะที่ทำให้ผู้ซื้อรับรู้ได้ว่า สินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้านั้นจากผู้ผลิตรายใด[18] ซึ่งเป็นผลมาจากการที่สินค้าปรากฏเครื่องหมายการค้าอยู่ในผลิตภัณฑ์ โดยสิ่งที่แสดงคุณภาพของสินค้าโดยปริยายอันมีพื้นฐานมาจากชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้น ซึ่งเป็นหน้าที่ของเครื่องหมายการค้าในการแสดงคุณภาพของสินค้าที่มีความสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ซื้อซึ่งเป็นผู้บริโภคให้สามารถได้ผลิตภัณฑ์ที่ตนต้องการ[19]

2.3.4 หน้าที่ในการประชาสัมพันธ์ เนื่องจากเครื่องหมายการค้ามีหน้าที่ในการแสดงคุณภาพของสินค้าที่ปรากฏเครื่องหมายการค้าในผลิตภัณฑ์ ส่งผลให้เครื่องหมายการค้าเกิดหน้าที่ในการโฆษณาประชาสัมพันธ์สินค้าที่ปรากฏเครื่องหมายการค้านั้น ประกอบกับเครื่องหมายการค้ายังสามารถสร้างความคุ้นเคยให้กับผู้บริโภคผ่านการโฆษณา ซึ่งเป็นสิ่งที่ช่วยให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถกระตุ้นและสร้างอุปสงค์ในสินค้านั้น ๆ และช่วยให้เครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียงและติดอยู่ในความทรงจำของผู้บริโภคอันจะทำให้ผู้บริโภคตัดสินใจซื้อสินค้ามากขึ้น[20]

2.4 แนวคิดในการออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

สำหรับหลักการคุ้มครองผู้บริโภค มีพัฒนาการเพื่อปกป้องผู้บริโภคมาจากหลักกฎหมาย “ผู้ซื้อต้องระวัง (Caveat emptor หรือ let the buyer beware)” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่พัฒนามาจากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Freedom of Contract) อีกทีหนึ่ง ซึ่งหลักดังกล่าวจะมีแนวคิดว่าผู้ซื้อและผู้ขายมีความเท่าเทียมกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วการพัฒนาของอุตสาหกรรม เทคโนโลยีส่งผลให้ผู้ขายมีอำนาจต่อรองสูงขึ้น จึงทำให้เกิดกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคขึ้น เพื่อการคุ้มครองไม่ให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ผลิต ไม่ตกเป็นเหยื่อของการโฆษณา ควบคุมสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน ไม่ปลอดภัยหรือเป็นอันตราย และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างผู้ซื้อและขาย

แนวคิดในการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคขึ้นมาบังคับใช้นั้น ได้ปรากฏ 2 แนวคิด ได้แก่

แนวคิดแรก มีความเห็นว่า การคุ้มครองผู้บริโภคเป็นส่วนหนึ่งของการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) จึงถือว่าการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่กำกับการแข่งขัน

---

[17]ธัชชัย ศุภผลศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 9.

[18]เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

[19]ไชยยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 291.

[20]ไชยยศ เหมะรัชตะ, เรื่องเดิม, หน้า 291 – 292.

ทางการค้า ซึ่งประเทศที่บัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคตามความเห็นนี้ ได้แก่ ออสเตรเลีย เป็นต้น[21]

แนวคิดที่สอง มีความเห็นว่า การคุ้มครองผู้บริโภคต้องใช้มาตรการเฉพาะ จึงแยกออกมาเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งต่างหาก ซึ่งประเทศที่บัญญัติกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคตามความเห็นนี้ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ไทย เป็นต้น[22]

นอกจากนี้ การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคไม่ว่าจะเป็นแนวคิดแบบใด กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคทุกประเทศจะมีลักษณะสำคัญร่วมกัน 2 ประการ คือ[23]

1) การผลักภาระการพิสูจน์ (Onus of Proof) ของผู้บริโภค โดยกำหนดให้ผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้กล่าวหาไม่จำเป็นต้องมีภาระการพิสูจน์ เนื่องจากในของกระบวนการผลิตถือว่าเป็นเรื่องทางเทคนิคให้แก่ผู้ผลิตหรือประกอบการสามาถนำสืบและแสวงหาพยานหลักฐานมานำสืบถึงความบกพร่องหรือไม่บกพร่องได้ โดยผู้บริโภคมีหน้าที่พิสูจน์เพียงว่าตนได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ชำรุดบกพร่องหรือที่ไม่ปลอดภัยอย่างไรเท่านั้น

2) การกำหนดให้รัฐมีอำนาจดำเนินคดีแทนผู้บริโภค เนื่องจากแนวคิดของสิทธิของผู้บริโภคถือว่าเป็นสิทธิพื้นฐานตามกฎหมายของประชาชนที่รัฐต้องเข้ามาคุ้มครองดูแล

3. กฎหมายเกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

3.1 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทยได้กำหนดนิยามคำว่า “เครื่องหมายการค้า” หมายความว่า เครื่องหมายที่ใช้หรือจะใช้เป็นที่หมายหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น[24] กล่าวคือ เป็นเครื่องหมายที่ใช้หรือตั้งใจจะใช้เป็นที่หมายกับสินค้าหรือเกี่ยวข้องกับสินค้า ซึ่งมุ่งถึงตัวสินค้าเป็นสำคัญ ถ้าสินค้าใด

---

[21]กลุ่มคณะกรรมาธิการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักกรรมาธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **แนวทางการดำเนินการคณะกรรมาธิการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร** [Online], available URL: https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/consumerism/download/article/article_20111007095133.pdf, (ธันวาคม, 12).

[22]เรื่องเดียวกัน.

[23]เรื่องเดียวกัน.

[24]พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534, มาตรา 4 วรรคสาม.

มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักแพร่หลาย วงจรการขายก็แผ่ขยายกว้างออกไปไกล เมื่อขายได้มาก ก็ย่อมได้กำไรมาก เป็นธรรมดา เครื่องหมายการค้าเกี่ยวกับสินค้านั้นก็จะมีค่าสูงขึ้นเรื่อย ๆ ย่อมเป็นที่ต้องการของเจ้าของสินค้ารายอื่น ที่เป็นชนิดหรือประเภทเดียวกัน อาจมีการทำซ้ำ ลอกเลียนหรือปลอมเครื่องหมายการค้าของสินค้านั้นไปใช้กับสินค้าอื่นที่เป็นชนิดประเภทเดียวกัน คำจำกัดความเครื่องหมายการค้าจึงได้เน้นความหมายไว้ว่า เพื่อแสดงว่าสินค้าที่ใช้เครื่องหมายของเจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นแตกต่างกับสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่น ดังที่พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 มาตรา 44 ได้กำหนดว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 27 และมาตรา 68 เมื่อได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้ซึ่งได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า เป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะใช้เครื่องหมายการค้านั้นสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียนไว้”[25] ทั้งนี้ การละเมิดเครื่องหมายการค้าตามพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จะเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญาแล้ว เจ้าของเครื่องหมายการค้ายังเป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในทางแพ่งจากผู้กระทำผิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้บทบัญญัติพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 จะครอบคลุมถึงการกระทำความผิดในภาพรวม แต่ด้วยลักษณะและกลไกการบังคับใช้กฎหมายที่ถูกร่างขึ้นในบริบทของการค้าทางกายภาพเป็นสำคัญ จึงยังไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์และรูปแบบการกระทำความผิดบนระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ส่งผลให้การคุ้มครองสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้าขาดประสิทธิภาพและเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้การละเมิดทวีความรุนแรงขึ้นอย่างต่อเนื่อง

3.2 พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544

ในการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มีหลักการและเหตุผลมาจากการทำธุรกรรมในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะปรับเปลี่ยนวิธีการในการติดต่อสื่อสารที่อาศัยการพัฒนาการเทคโนโลยีทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีความสะดวก รวดเร็วและมีประสิทธิภาพ แต่เนื่องจากการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ดังกล่าวมีความแตกต่างจากวิธีการทำธุรกรรมซึ่งมีกฎหมายรองรับอยู่ในปัจจุบันเป็นอย่างมาก อันส่งผลให้ต้องมีการรองรับสถานะทางกฎหมายของข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ให้เสมอกับการทำเป็นหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือ การรับรองวิธีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ การใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนการรับฟังพยานหลักฐานที่เป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อเป็นการส่งเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้น่าเชื่อถือ และมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกับการทำธุรกรรมโดยวิธีการทั่วไปที่เคยปฏิบัติอยู่เดิม ควรกำหนดให้มี

---

[25]สมพร พรหมหิตาธร, **กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เครื่องหมายการค้า** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539), หน้า 13 – 14.

คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทำหน้าที่วางนโยบายกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อส่งเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ติดตามดูแลการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ รวมทั้งมีหน้าที่ในการส่งเสริมการพัฒนาการทางเทคโนโลยีเพื่อติดตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาศักยภาพตลอดเวลาให้มีมาตรฐานน่าเชื่อถือ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่เกี่ยวข้อง อันจะเป็นการส่งเสริมการใช้ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ด้วยการมีกฎหมายรองรับในลักษณะที่เป็นเอกรูป และสอดคล้องกับมาตรฐานที่นานาประเทศยอมรับ[26]

3.3 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2566

พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2566 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นตามอำนาจของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 32 และมาตรา 33 ซึ่งให้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้การทำธุรกิจออนไลน์เป็นธุรกิจที่ต้องแจ้งให้ทราบ หรือต้องขึ้นทะเบียน หรือต้องมีใบอนุญาต[27] โดยสาระสำคัญของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2566 ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลต้องปฏิบัติ สำหรับการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล นอกจากผู้ประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลในประเทศไทยแล้ว ยังควบคุมรวมถึงผู้ประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลต่างประเทศที่เข้ามาให้บริการในประเทศไทยด้วย โดยได้กำหนดวิธีการกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล ตามลักษณะหรือประเภทที่กำหนด เช่น การกำหนดให้มีการประกาศข้อตกลงและเงื่อนไขในการให้บริการให้ผู้ใช้บริการทราบอย่างชัดเจนและเหมาะสม สำหรับบริการแพลตฟอร์มดิจิตอลที่ให้บริการแก่ผู้ใช้บริการโดยคิดค่าบริการ หรือให้บริการเป็นสื่อกลางในการเสนอสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภค รวมถึงผู้ประกอบธุรกิจที่มีสัญญากับผู้ประกอบการในการเสนอสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้บริโภค รวมถึงจัดให้มีมาตรการและกระบวนการจัดการเรื่องร้องเรียนและการให้ความช่วยเหลือผู้ใช้บริการ ซึ่งได้รับความเสียหายจากการใช้บริการ

---

[26]สุมลรัตน์ นาคพานิช. **สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544** [Online], available URL: http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail_017.htm, (ธันวาคม, 3).

[27]ไอลอว์, **เปิด "ร่าง พ.ร.ฎ. แพลตฟอร์มดิจิทัลฯ" บังคับบริษัทแพลตฟอร์มต้องมีตัวแทนในไทย ต้องแจ้งการทำธุรกิจ** [Online], available URL: https://ilaw.or.th/node/6028 (พฤศจิกายน, 28).

3.4 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทย ที่มุ่งก่อให้เกิดการคุ้มครองประชาชนจากการเอารัดเอาเปรียบจากผู้ประกอบการ ซึ่งการเอารัดเอาเปรียบดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของความไม่เท่าเทียมระหว่างฐานะของผู้บริโภคกับฐานะของผู้ประกอบธุรกิจ ประกอบกับความไม่เท่าเทียมกันในด้านองค์ความรู้เกี่ยวกับสินค้าและบริการและความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจ[28]

ในประเทศไทยกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มีการกำหนดสิทธิของผู้บริโภคไว้ 5 ประการ[29] ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับข่าวสาร รวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา และสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย ซึ่งการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคจากการซื้อและรับบริการทุกประเภทจากร้านค้า ไม่ว่าจะเป็นห้างสรรพสินค้า ร้านสะดวกซื้อ รวมถึงผ่านช่องทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

3.5 พระราชบัญญัติขายตรงและการตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

การตลาดแบบตรง (Direct Selling) หมายความว่า การทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละรายตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงนั้น[30] โดยการตลาดแบบตรงไม่ได้มีตัวแทนขายตรงหรือผู้จัดจำหน่ายอิสระเข้าไปยังที่พักอาศัย หรือสถานที่อื่น ๆ แต่ใช้สื่อต่าง ๆ เข้ามาทำหน้าที่ในการเสนอขายสินค้าแทน การประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงตามกฎหมายไทยนั้น อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติขายตรงและการตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

โดยพระราชบัญญัติขายตรงและการตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงต้องจดทะเบียนผู้ประกอบธุรกิจการตลาดแบบตรงตามมาตรา 20 หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน

---

[28]นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์, **กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 29.

[29]พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, มาตรา 4.

[30]พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545, มาตรา 3.

4. กฎหมายเกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศ

4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีกฎหมายกำกับดูแลและคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (The Lanham Act) ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงหลักเกณฑ์และวิธีการการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และการคุ้มครองเครื่องหมายการค้า[31] ซึ่งการได้มาซึ่งเครื่องหมายการค้าสามารถได้มาด้วยสองวิธี คือ การได้มาด้วยวิธีการใช้ และการได้มาด้วยวิธีการจดทะเบียน

การคุ้มครองเครื่องหมายการค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าต้องพิสูจน์การกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้าให้ครบองค์ประกอบ[32] คือ ผู้เสียหายต้องเป็นเจ้าของเครื่องหมายที่ถูกต้องและมีสิทธิได้รับความคุ้มครอง และผู้ละเมิดเครื่องหมายการค้ามีการใช้เครื่องหมายในทางพาณิชย์ หรือทำให้เกิดความสับสน หรือแสดงข้อความอันเป็นเท็จต่อผู้บริโภคในการระบุเจาะจงสินค้า หรือที่มาของสินค้า[33]

นอกจากนี้ ศาลสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดบรรทัดฐานคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้มีส่วนได้เสีย โดยพัฒนามาจากกฎหมายทั่วไปในกฎหมายลักษณะละเมิดตามหลักการของความรับผิดในการละเมิดโดยอ้อม ซึ่งหลักดังกล่าวได้พัฒนาเป็นหลัก Inwood Test โดยศาลจะพิจารณาว่า บุคคลจะต้องรับผิดจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าของบุคคลอื่นหรือไม่นั้น บุคคลนั้นจะต้องมีส่วนในการรับรู้หรือรับทราบเกี่ยวกับการละเมิดโดยตรง และทำธุรกิจร่วมกับผู้ละเมิดเครื่องหมายการค้าต่อไปแม้ว่าจะรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการกระทำละเมิดเครื่องหมายการค้านั้น

สำหรับหลัก Inwood Test ไม่ได้เริ่มใช้ครั้งแรกในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แต่กลับถูกใช้ในธุรกิจทั่วไป รวมถึงธุรกิจผู้ให้บริการพื้นที่จัดจำหน่ายสินค้า หรือตลาด แต่ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีพัฒนาขึ้นเกิดระบบพันอิเล็กทรอนิกส์ หลัก Inwood Test จึงถูกนำมาใช้ ในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย ซึ่งการนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ แสดงให้เห็นว่า ศาลพยายามใช้หลัก Inwood Test ในการสร้างหน้าที่ระหว่างผู้ให้บริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ผู้ประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงเจ้าของเครื่องหมายการค้าและผู้บริโภค โดยผู้ให้บริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะต้องมีหน้าที่ตรวจสอบ ป้องกันและปราบปรามการละเมิดเครื่องหมายการค้าในพื้นที่ของตน

---

[31] LII Legal Information Institute, **Lanham Act** [Online], available URL: https://www.law.cornell.edu/wex/lanham_act, 2024 (January, 15).

[32] A&H Sportswear, Inc. v. Victoria's Secret Stores, Inc.

[33] A&H Sportswear, Inc. v. Victoria's Secret Stores, Inc., 237 F.3d 198 (3rd Cir. 2000).

สำหรับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศสหรัฐอเมริกา พระราชบัญญัติคณะกรรมาธิการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission Act (FTC)) ได้ก่อตั้งคณะกรรมาธิการการค้าแห่งสหพันธรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการด้านคุ้มครองผู้บริโภค และการแข่งขันทางการค้า รวมถึงการควบคุมการโฆษณาและการป้องกันและปราบปรามการโฆษณาอันมีลักษณะเป็นการหลอกลวง[34] แต่ด้วยสถานการณ์การแพร่ระบาดของไวรัสโควิด – 19 ซึ่งทำให้ธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้รับการพัฒนาอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติความปลอดภัยในร้านค้า (Shop Safe Act) ต่อสภาคองเกรส ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผู้บริโภคและเจ้าของเครื่องหมายการค้าจากการจัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการพื้นที่แพลตฟอร์มนั้น ๆ ในการประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ต้องร่วมรับผิดจากการที่เกี่ยวข้องกับการขาย การเสนอขาย การแจกจ่าย หรือการโฆษณา ที่ละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ที่ขายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในแพลตฟอร์มนั้น ๆ เว้นแต่ว่าแพลตฟอร์มดังกล่าวจะเป็นไปตามข้อกำหนดทางกฎหมาย เช่น การยืนยันตัวตนของผู้ประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และการตกลงไม่จำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้า เป็นต้น ทั้งนี้ ในแนวทางของพระราชบัญญัติดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ให้บริการพื้นที่แพลตฟอร์มซึ่งเป็นตัวกลางระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในฐานะผู้ที่เข้าถึงข้อมูลผู้ประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ต้องจัดเก็บข้อมูลของผู้ประกอบกิจการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ไว้สำหรับนำส่งข้อมูลให้แก่หน่วยงานของรัฐ

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักการที่สำคัญ คือ หลักความรับผิดของตัวกลาง ซึ่งแนวทางเชิงรุกที่มุ่งยกระดับความรับผิดชอบของแพลตฟอร์มให้เป็นหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน โดยกำหนดให้แพลตฟอร์มต้องร่วมรับผิดต่อการจำหน่ายสินค้าละเมิด เว้นแต่จะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขสำคัญ ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มไว้โดยตรง ส่งผลให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายที่ทำให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบและผลักภาระให้แก่ผู้เสียหายได้โดยง่าย ดังนั้น แนวคิดเรื่องการกำหนดหน้าที่ให้แพลตฟอร์มต้องยืนยันตัวตนผู้ขายและจัดให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพในการจัดการการละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเป็นมาตรการที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทยได้อย่างมีนัยยะสำคัญ

---

[34]Federal Trade Commission, **Enforcement** [Online], available URL: https://www.ftc.gov/enforcement, 2024 (December, 4).

4.2 ประเทศมาเลเซีย

กฎหมายประเทศมาเลเซีย มีกฎหมายกำกับดูแลและคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2562 (Trade Marks Act 2019) ซึ่งได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าฉบับใหม่เมื่อวันที่ 27 ธันวาคม 2562 โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดมาตรการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า และคุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยคุ้มครองการใช้สินค้าหรือบริการที่เหมือนกันกับที่สินค้าหรือบริการที่ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ในทางการค้า โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของเครื่องหมายการค้าที่ได้จดทะเบียน[35] การใช้เครื่องหมายที่เหมือนกันกับเครื่องหมายการค้าและใช้กับสินค้าหรือบริการที่คล้ายคลึงกับเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนไว้ ทำให้ประชาชนเกิดความสับสน[36] การใช้เครื่องหมายการค้าโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปใช้กับสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ หรือนำเสนอหรือแสดงสินค้าเพื่อขายภายใต้เครื่องหมาย หรือนำสินค้าเข้าสู่ตลาดภายใต้เครื่องหมายการค้า หรือจัดเก็บสินค้าภายใต้เครื่องหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการเสนอขายหรือวางตลาด หรือนำเสนอหรือให้บริการภายใต้เครื่องหมายการค้า หรือนำเข้าหรือส่งออกสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้า หรือใช้เครื่องหมายการค้าบนใบแจ้งหนี้ แค็ตตาล็อก จดหมายธุรกิจ กระดาษธุรกิจ รายการราคา หรือเอกสารทางการค้าอื่น ๆ รวมทั้งเอกสารดังกล่าวในสื่อใด ๆ[37] หรือใช้เครื่องหมายการค้าในการโฆษณา การใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนกับวัสดุใด ๆ ที่ใช้หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้สำหรับการติดฉลากหรือบรรจุสินค้า หรือใช้เครื่องหมายในการโฆษณาหรือในเอกสารใด ๆ บนใบแจ้งหนี้ แค็ตตาล็อก จดหมายธุรกิจ กระดาษธุรกิจ รายการราคาหรือเอกสารทางการค้าอื่น ๆ รวมทั้งเอกสารดังกล่าวในสื่อใด ๆ[38] ซึ่งได้มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าไว้ยังครอบคลุมอย่างกว้างซึ่งกำหนดให้รวมถึงการใช้ การครอบครอง หรือการโฆษณาในสื่อใด ๆ ซึ่งหมายความถึงสื่อออนไลน์ และการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วย

สำหรับประเทศมาเลเซียพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2542 (Consumer Protection Act 1999) ได้บัญญัติเกี่ยวกับพฤติกรรมที่ทำให้เข้าใจผิดและหลอกลวง การแสดงเท็จและไม่ยุติธรรม ในส่วนที่ 2 เรื่องการกระทำที่ทำให้เข้าใจผิดและหลอกลวง การแสดงเท็จและไม่ยุติธรรม ได้กำหนดเกี่ยวกับข้อห้ามการกระทำเกี่ยวกับสินค้าที่ทำให้เข้าใจผิดหรือกระทำการหลอกลวง หรือกระทำการที่มีลักษณะที่จะทำให้เข้าใจผิดหรือหลอกลวงประชาชนเกี่ยวกับลักษณะ กระบวนการผลิต

---

[35]Acts amounting to infringement of registered trademark, Section 54(1).

[36]Acts amounting to infringement of registered trademark, Section 54(2).

[37]Acts amounting to infringement of registered trademark, Section 54(3).

[38]Acts amounting to infringement of registered trademark, Section 54(4).

คุณลักษณะ ความเหมาะสมกับวัตถุประสงค์ ความพร้อมใช้งานหรือปริมาณของสินค้า[39] ซึ่งรวมถึงการกระทำการเป็นตัวแทนด้วย นอกจากนี้ ยังกำหนดห้ามการโฆษณาในทางบิดเบือนข้อเท็จจริง และรวมถึงการเสนอราคาที่ไม่เป็นธรรม การเสนอสินค้าฟรี และอ้างว่าสินค้ามีจำนวนจำกัด

นอกจากนี้ กฎระเบียบด้านการคุ้มครองผู้บริโภค (ธุรกรรมการค้าทางอิเล็กทรอนิกส์) พ.ศ. 2555 (the Consumer Protection (Electronic Trade Transactions) Regulations 2012) ยังกำหนดให้ผู้ขายต้องให้ข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอแก่ลูกค้า เนื่องจากผู้บริโภคพึ่งพาข้อมูลที่ให้ทางออนไลน์เพียงอย่างเดียว ภายใต้กำหนดการตามระเบียบฯ นั้น ข้อมูลที่ต้องเปิดเผย ได้แก่ ชื่อธุรกิจและเลขทะเบียน (ถ้ามี) ที่อยู่อีเมลและหมายเลขโทรศัพท์ คำอธิบายลักษณะสำคัญของสินค้า และบริการ ราคารวมของสินค้าและบริการ รวมถึงค่าขนส่งและภาษี วิธีการชำระเงิน และข้อกำหนดและเงื่อนไขและระยะเวลาการจัดส่งโดยประมาณ[40]

ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติรายละเอียดการค้า พ.ศ. 2554 (Trade Descriptions Act 2011) ของประเทศมาเลเซีย เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมหลักปฏิบัติทางการค้าที่ดี โดยใช้เพื่อป้องกันการบรรยายสรรพคุณและลักษณะอันเป็นเท็จในระดับที่เป็นสาระสำคัญ[41] รวมถึงการใช้เครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว โดยการยื่นคำร้องต่อศาลสูงเพื่อให้ศาลสั่งว่า เป็นเครื่องหมายการค้าหรือไม่ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติรายละเอียดการค้า พ.ศ. 2554 (Trade Descriptions Act 2011) ยังกำหนดให้ยอมรับหลักฐานที่ได้รับจากตัวแทนผู้ยั่วยุ หรือล่อซื้อ และกำหนดให้รางวัลแก่ผู้แจ้งเบาะแสด้วยค่าปรับส่วนหนึ่งในอัตราไม่เกินกึ่งหนึ่งของค่าปรับที่กำหนดเมื่อได้รับคำตัดสิน ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการป้องกันและปราบปรามด้วย

นอกจากนี้ ประเทศมาเลเซียยังได้ออกประกาศใช้พระราชบัญญัติการสื่อสาร และมัลติมีเดีย พ.ศ. 2541 (Communications and Multimedia Act 1998) ของประเทศมาเลเซีย ได้มีการกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในส่วนที่ 8 โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการเครือข่าย ผู้ให้บริการเครือข่ายผู้ให้บริการแอปพลิเคชันหรือแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ต้องมีระบบจัดการกับผู้บริโภคอย่างสมเหตุสมผล และต้องมีระบบจัดการกับข้อร้องเรียนของผู้บริโภคอย่างเพียงพอ[42] ซึ่งเป็นมาตรการ

---

[39]Consumer Protection Act 1999 9. Misleading conduct.

No person shall engage in conduct that- (a) in relation to goods, is misleading or deceptive, or is likely to mislead or deceive, the public as to the nature, manufacturing process, characteristics, suitability for a purpose, availability or quantity, of the goods; or

[40]The Consumer Protection (Electronic Trade Transactions) Regulations 2012, Section 3(1).

[41]Henry Goh. **Trade Descriptions Act 2011 – A New Lease of Life** [Online], available URL: https://henrygoh.com/trade-descriptions-act-2011-a-new-lease-of-life/, 2002 (June, 20).

[42]Communications and Multimedia Act 1998, Section 188.

สร้างช่องทางสื่อสารร้องเรียน รวมถึงกำหนดกรอบมาตรการในการจัดการแก้ไขปัญหาของผู้บริโภคในระบบแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ทำให้ผู้ให้บริการระบบแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สามารถรับรู้ถึงปัญหาในระบบแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของตนเองและเปิดโอกาสให้ผู้บริโภคสามารถติดต่อร้องเรียนและได้รับการแก้ไขปัญหาจากผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โดยตรง

สำหรับการศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศมาเลเซีย พบว่า ประเทศมาเลเซียมีการปรับใช้แนวทางการบูรณาการกฎหมายหลายฉบับเพื่อรับมือกับปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าออนไลน์อย่างครอบคลุม แนวทางดังกล่าวประกอบด้วยการแก้ไข ทั้งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2562 (TRADE MARKS ACT 2019) ที่กำหนดให้ให้มีนิยามของการ “ใช้” เครื่องหมายที่กว้างและครอบคลุมถึงสื่อดิจิทัลอย่างชัดเจน การออกกฎระเบียบด้านการคุ้มครองผู้บริโภค (ธุรกรรมการค้าทางอิเล็กทรอนิกส์) พ.ศ. 2555 ที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ขายออนไลน์ต้องเปิดเผยข้อมูลสำคัญเพื่อสร้างความโปร่งใส และการใช้พระราชบัญญัติการสื่อสารและมัลติมีเดีย พ.ศ. 2541 (Communications and Multimedia Act 1998) เพื่อกำหนดให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มต้องจัดให้มีระบบจัดการข้อร้องเรียนของผู้บริโภคที่มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ ยังมีการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนผ่านพระราชบัญญัติรายละเอียดการค้า พ.ศ. 2554 (Trade Descriptions Act 2011) ซึ่งยอมรับหลักฐานที่ได้จากการล่อซื้อและมีการให้รางวัลแก่ผู้แจ้งเบาะแส ทำให้เกิดการกำกับดูแลที่ทั่วถึง แต่อย่างไรก็ตามมาตรการทางกฎหมายของประเทศมาเลเซียที่กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ อาจทำให้ขาดความเป็นเอกภาพในการบังคับใช้ ทั้งนี้ แนวคิดการแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าเดิมให้ครอบคลุมการกระทำออนไลน์ของมาเลเซียนั้น ถือเป็นต้นแบบที่สามารถนำมาพิจารณาปรับใช้กับประเทศไทยได้

4.3 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายกับกำดูแล และคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ได้แก่ พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (The Trademark Act 1959) โดยได้กำหนดการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิ์ในเครื่องหมายการค้า ได้แก่ การใช้เครื่องหมายการค้าที่คล้ายกับเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่กำหนดหรือบริการที่กำหนด การใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายคลึงกันที่เกี่ยวข้องกับสินค้าหรือบริการที่คล้ายกับสินค้าที่กำหนดหรือบริการที่กำหนด การครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ในการโอน ส่งมอบ หรือส่งออกสินค้าที่กำหนด หรือสินค้าที่คล้ายกับสินค้าที่กำหนดหรือบริการที่กำหนด ที่ติดเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายคลึงกันบนสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ การครอบครองหรือนำเข้าสิ่งของที่ติดเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกันซึ่งใช้ในการให้บริการที่กำหนดหรือบริการที่คล้ายกับบริการที่กำหนดหรือสินค้าที่กำหนดโดยบุคคลที่รับบริการเหล่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริการผ่านการใช้ผลิตภัณฑ์เหล่านั้น การโอน การส่งมอบ หรือการครอบครอง หรือการนำเข้าเพื่อวัตถุประสงค์ในการมอบหมาย

หรือการส่งมอบสิ่งของที่ติดเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งใช้ในการให้บริการหรือบริการที่คล้ายกับที่กำหนด บริการหรือสินค้าที่กำหนดโดยบุคคลที่ได้รับบริการเหล่านั้น เพื่อจุดประสงค์ในการให้บริการเหล่านั้นผ่านการใช้ผลิตภัณฑ์เหล่านั้น การครอบครองผลิตภัณฑ์ที่มีเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกัน เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกันกับสินค้าที่กำหนดหรือบริการที่กำหนด หรือสินค้าหรือบริการที่คล้ายคลึงกัน การโอน การส่งมอบ หรือการครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ในการโอนหรือการส่งมอบสิ่งของที่ระบุถึงเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายคลึงกัน เพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายคลึงกันนั้นถูกใช้โดยเกี่ยวข้องกับสินค้าที่กำหนดหรือบริการที่กำหนด หรือสินค้าหรือบริการที่คล้ายกัน การผลิตหรือนำเข้าสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกัน เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้หรือทำให้มีการใช้เครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกันกับสินค้าที่กำหนดหรือบริการที่กำหนดหรือสินค้าหรือบริการคล้ายกัน และการผลิต การมอบหมาย การส่งมอบ หรือการนำเข้าในฐานะธุรกิจของผลิตภัณฑ์ที่จะใช้เฉพาะสำหรับการผลิตผลิตภัณฑ์ที่มีเครื่องหมายการค้าจดทะเบียนหรือเครื่องหมายการค้าที่คล้ายกัน[43]

นอกจากนี้ ประเทศญี่ปุ่นได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าในปี 2021 โดยแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 2(7) ใหม่ของพระราชบัญญัติระบุว่า “พระราชบัญญัติการนำเข้า รวมถึงการกระทำของบุคคลในต่างประเทศที่ทำให้บุคคลอื่นนำเข้าประเทศญี่ปุ่นจากต่างประเทศ” เพื่อกำหนดให้นำเข้าสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของสินค้าที่มีการติดเครื่องหมาย เข้ามาในประเทศญี่ปุ่นถือเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้า ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาการละเมิดเครื่องหมายทางการค้าของญี่ปุ่น ซึ่งแต่เดิมการละเมิดเครื่องหมายการค้าจากการนำเข้าสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้านั้น จะต้องเป็นการกระทำระบุไว้ตามนิยามของมาตรา 2 ได้แก่ การนำเข้าโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสินค้าที่บุคคลนั้นผลิต รับรอง หรือมอบหมายให้เป็นธุรกิจของตน ตามมาตรา 2(1)(i) และการมอบหมาย ส่งมอบ แสดงเพื่อวัตถุประสงค์ในการมอบหมายหรือส่งมอบ ส่งออก นำเข้า หรือให้บริการผ่านสายโทรคมนาคม สินค้าที่มีเครื่องหมายหรือสินค้าที่มีเครื่องหมายติดอยู่ที่บรรจุภัณฑ์ ตามมาตรา 2(3)(ii) ส่งผลให้การกระทำอันเป็นการละเมิดเครื่องหมายการค้าจากการนำเข้านั้น จะต้องเป็นการกระทำในทางธุรกิจของตนเอง ทำให้บริษัทต่างชาติที่ขายสินค้าไปยังประเทศญี่ปุ่นผ่านช่องทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อาจมีความรับผิดในการละเมิดเครื่องหมายการค้า แม้ว่าไม่ได้นำเข้าสินค้าด้วยตัวเอง[44] โดยการแก้ไข

---

[43]The Trademark Act 1959, Article 37.

[44]Asia Business Law Journal. **Updates on trademark law in Japan** [Online], available URL: https://law.asia/updates-trademark-law-japan/, 2021 (February,10).

เพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวมีผลบังคับในวันที่ 1 ตุลาคม 2565[45]

ทั้งนี้ กรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าในประเทศญี่ปุ่น ผู้ทรงสิทธิสามารถใช้มาตรการบังคับสิทธิได้ทั้งทางอาญาและทางแพ่ง แต่ผู้ทรงสิทธินิยมบังคับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยการดำเนินคดีทางแพ่งมากกว่าทางอาญา ประเทศญี่ปุ่นจึงได้จัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นเพื่อพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะ หากแต่เป็นการพิจารณาเฉพาะในส่วนของคดีแพ่งเท่านั้น ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความพยายามในการมีมาตรการทางแพ่งที่มีประสิทธิภาพในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ มาตรการทางกฎหมายในการเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีการละเมิดเครื่องหมายการค้าในประเทศญี่ปุ่นกำหนดอยู่บนพื้นฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งทั่วไป แต่เนื่องจากค่าเสียหายในคดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญามีความแตกต่างจากการละเมิดทางแพ่งทั่วไป อย่างไรก็ตาม กฎหมายเครื่องหมายการค้าของญี่ปุ่นยังได้ กำหนดให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณาข้อเท็จจริงในส่วนของการขาดเจตนาหรือการประมาทเลินเล่อในเบื้องต้นของผู้กระทำละเมิดมาประกอบการกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิ ประกอบกับมีมาตรการยึดและการทำลายซึ่งสินค้าหรืออุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้า

และสำหรับประเทศญี่ปุ่นการคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์การละเมิดเครื่องหมายการค้า ถือว่าเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมด้วย โดยพระราชบัญญัติป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (The Unfair Competition Prevention Act (UCPA)) ได้กำหนดให้การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ถือว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความสับสนกับสินค้าหรือธุรกิจของผู้อื่นโดยใช้เครื่องหมายสินค้าหรือธุรกิจ อันได้แก่ ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ภาชนะบรรจุหรือบรรจุภัณฑ์สำหรับสินค้าที่เป็นของธุรกิจ หรือเครื่องหมายอื่นใดเกี่ยวกับสินค้าหรือธุรกิจของบุคคลนั้น ให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันนี้ ที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับเครื่องหมายสินค้าหรือธุรกิจของบุคคลอื่นซึ่งเป็นที่รู้กันดีในหมู่ผู้บริโภคว่าเป็นของบุคคลนั้น หรือโดยการโอน ส่งมอบ แสดงเพื่อวัตถุประสงค์ในการโอนหรือส่งมอบ, การส่งออก นำเข้า หรือให้บริการผ่านสายโทรคมนาคมซึ่งสินค้าใช้ข้อบ่งชี้อย่างเดียวกัน เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมประเภทหนึ่ง และรวมถึงการใช้เครื่องหมายหรือธุรกิจที่เหมือนหรือคล้ายกับเครื่องหมายหรือธุรกิจที่มีเชื่อเสียงเป็นของคนอื่นเป็นของตนเอง หรือโอน ส่งมอบ กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ในการโอนหรือส่งมอบ ส่งออก นำเข้า หรือจัดสินค้าผ่านสายโทรคมนาคมที่ใช้เครื่องหมายเดียวกัน[46] สำหรับข้อกำหนดในเรื่องของการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม

---

[45]Nakamura & Partners, **Strengthening of Regulations on Personal Import of Counterfeit Goods The regulations come into effect as of October 1, 2022** [Online], available URL: https://shorturl.asia/rf2K4, 2022 (February,10).

[46]Unfair Competition Prevention Act (UCPA), Article 2(1).

กฎหมายได้กำหนดให้บุคคลผู้ที่มีส่วนได้จากธุรกิจที่ถูกละเมิดโดยการแข่งขันไม่เป็นธรรม หรือธุรกิจที่จะถูกละเมิดโดยการแข่งขันไม่เป็นธรรม อาจเรียกร้องเพื่อระงับหรือป้องกันการละเมิดนั้นกับบุคคลที่ละเมิดหรือมีแนวโน้มที่จะละเมิดผลประโยชน์ทางธุรกิจได้[47] และในกรณีที่ถูกละเมิดโดยการแข่งขันไม่เป็นธรรม กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ละเมิดต้องชดใช้ค่าเสียหายจากการละเมิดไว้[48] โดยมีการกำหนดบทสันนิษฐานค่าเสียหายด้วยวิธีการคำนวณ ทรัพย์สินที่มีการจำหน่าย คูณด้วยจำนวนของกำไรต่อหน่วยของสิ่งที่ฝ่ายผู้ละเมิดขายได้ ทั้งนี้ หากมีกรณีที่มีสถานการณ์ที่ทำให้ผู้ละเมิดไม่สามารถจัดจำหน่ายทรัพย์สินได้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน การคำนวณความเสียหายจะต้องหักออกให้ได้สัดส่วนกับจำนวนของการจำหน่ายทรัพย์สินที่สอดคล้องกับสถานการณ์นั้น[49]

นอกจากนี้ รัฐบาลของประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติการปรับปรุงความโปร่งใสและความเป็นธรรมของแพลตฟอร์มดิจิทัล (The Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms) โดยที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมและกำกับดูแลผู้ให้บริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์[50] โดยมีแนวทางที่เรียกว่า การกำกับดูแลร่วม มาใช้ ซึ่งหมายความว่า ในรัฐบาลกำหนดกรอบการกำกับดูแลทั่วไป และให้ผู้ให้บริการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แต่ละรายปฏิบัติตามโดยความสมัครใจ จากนั้นรัฐบาลจะติดตามว่าความพยายามและการดำเนินการของผู้ปฏิบัติงานนั้นเหมาะสมหรือไม่[51] โดยมาตรการดังกล่าว ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลควรมีส่วนร่วมในเชิงรุกเพื่อสร้างความโปร่งใส และความเป็นธรรมของแพลตฟอร์มดิจิทัลด้วยความสมัครใจ และลดการแทรกแซงของรัฐบาลและมาตรการทางกฎหมายให้น้อยที่สุด โดยมีจุดประสงค์เพื่อแสดงให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลได้ใช้ความคิดสร้างสรรค์และความสามารถอย่างเต็มที่ และส่งเสริมความเข้าใจซึ่งกันและกัน ในความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างผู้ให้บริการดิจิทัลแพลตฟอร์มกับผู้บริโภค[52]

สำหรับการศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น พบว่า กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นมีมาตราการทางกฎหมายในการป้องกันการละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ แนวคิดการกำกับดูแลร่วม ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของพระราชบัญญัติการปรับปรุงความโปร่งใส และความเป็นธรรมของแพลตฟอร์มดิจิทัล ซึ่งทำให้เกิดความยืดหยุ่น และไม่สร้างภาระแก่ผู้ให้บริการ

---

[47]Unfair Competition Prevention Act (UCPA), Article 3(1).

[48]Unfair Competition Prevention Act (UCPA), Article 4.

[49]Unfair Competition Prevention Act (UCPA), Article 5(1).

[50]The Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms Article 2.

[51]Cliffped Chance, **Japan's digital platform regulations : Online mall operators and app store operators now subject to regulation, and additional entities to be covered in future** [Online], available URL: https://shorturl.asia/uMWxz, 2021 (February,.15)

[52]The Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms.

แพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มากเกินไป แต่อย่างไรก็ตาม ในด้านประสิทธิภาพหากขาดความร่วมมือโดยสมัครใจ ย่อมทำให้มาตราการดังกล่าวไม่อาจดำเนินการต่อไปได้ นอกจากนี้ ญี่ปุ่นยังมีกลไกทางกฎหมายที่น่าสนใจ คือ การใช้พระราชบัญญัติป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (UCPA) เพื่อจัดการกับการกระทำที่สร้างความสับสนแก่ผู้บริโภค และการแก้ไขพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าให้ครอบคลุมการนำเข้าสินค้าละเมิดจากต่างประเทศเพื่อจัดการกับปัญหาการค้าออนไลน์ข้ามพรมแดนโดยตรง ซึ่งความแตกต่างที่สำคัญจากกฎหมายไทย คือ ประเทศญี่ปุ่นมีปรัชญาการกำกับดูแลที่เน้นความร่วมมือ และมีเครื่องมือทางกฎหมายที่หลากหลาย ในขณะที่กฎหมายไทยยังขาดบทบัญญัติที่ชัดเจนในการกำกับดูแลแพลตฟอร์ม ทั้งนี้ แนวคิดเรื่องการกำกับดูแลร่วมของญี่ปุ่น สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทย ในฐานะส่วนหนึ่งของมาตรการแบบยืดหยุ่นตามขนาดธุรกิจ

4.4 สาธารณรัฐประชาชนจีน

สาธารณรัฐประชาชนจีน มีกฎหมายกำกับดูแล และคุ้มครองเครื่องหมายการค้า ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสาธารณรัฐประชาชนจีน พ.ศ. 2554 (The Trademark Law of the People's Republic of China 2001) มีความสำคัญของการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้ามีหลายประการที่ส่งผลทั้งต่อเจ้าของเครื่องหมายการค้า และต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม ทั้งในเรื่องการปกป้องสิทธิของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เนื่องด้วยเครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่มีมูลค่าสูงสำหรับธุรกิจ การให้ความคุ้มครองทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าสามารถควบคุมการใช้เครื่องหมายและป้องกันไม่ให้ผู้อื่นใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งการป้องกันการละเมิดเครื่องหมายการค้าช่วยลดความเสี่ยงที่ธุรกิจจะถูกลอกเลียนแบบหรือตลาดจะมีสินค้าปลอมแปลง ทั้งยังเป็นการป้องกันการละเมิดสิทธิทางปัญญา เพราะการให้ความคุ้มครองช่วยลดปัญหาการละเมิดสิทธิทางปัญญา เช่น การผลิตสินค้าลอกเลียนแบบหรือสินค้าปลอมแปลง ซึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคได้รับสินค้าที่ไม่มีคุณภาพและสร้างความเสียหายแก่ธุรกิจ และการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดสามารถลดปัญหาการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาและส่งเสริมการลงทุน รวมถึงเป็นการส่งเสริมการคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากการป้องกันการใช้เครื่องหมายการค้าปลอมช่วยให้ผู้บริโภคได้รับสินค้าที่มีคุณภาพและปลอดภัย ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในการเลือกซื้อสินค้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย ช่วยสร้างความมั่นใจในคุณภาพของสินค้าที่มีเครื่องหมายการค้าแท้ ซึ่งมีผลดีต่อการพัฒนาตลาด และความเชื่อมั่นของผู้บริโภคอีกด้วย

โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ เพื่อพัฒนาทางทะเบียน คุ้มครองสิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้า และเพื่อสนับสนุนทั้งให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภค ผู้ผลิต ผู้ใช้สิทธิและชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้น โดยกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสาธารณรัฐประชาชนจีน ตามมาตรา 13 ได้กำหนดการขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ซึ่งรวมถึงเครื่องหมายการค้าที่เป็น

ที่รู้จักทั่วไป หรือ well-known trademark ทั้งจดทะเบียนในประเทศและไม่ได้จดทะเบียนด้วย ซึ่งบุคคลอื่นใดจะจดทะเบียนอันเป็นการทำซ้ำ เลียนแบบ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเครื่องหมายการค้านั้นไม่ได้ ถ้าหากมีการฝ่าฝืนตามมาตรา 13[53] นี้ย่อมมีผลให้เครื่องหมายการค้าที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกยกเลิกการจดทะเบียนได้ นอกจากนี้ตามมาตรา 14 กำหนดถึงลักษณะของเครื่องหมายการค้าที่เป็นที่รู้จักทั่วไปนี้ เช่น ชื่อเสียงของเครื่องหมายการค้านั้นเป็นที่รู้จักของสาธารณชน ระยะเวลาของการใช้เครื่องหมายการค้า เป็นต้น

สาธารณรัฐประชาชนจีน มีกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค คือ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของสาธารณรัฐประชาชนจีน (The Consumer Protection Law of the People's Republic of China) มีความสำคัญในการปกป้องสิทธิของผู้บริโภคจากสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพ สินค้าปลอม หรือสินค้าที่ละเมิดมาตรฐานต่าง ๆ ซึ่งการคุ้มครองนี้จะช่วยให้ผู้บริโภคมั่นใจได้ว่าสินค้าหรือบริการที่พวกเขาซื้อจะมีความปลอดภัยและถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งมีการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคโดยเน้นการปกป้องจากสินค้าหรือบริการที่มีการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค ซึ่งกฎหมายนี้ ไม่ได้มุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองเครื่องหมายทางการค้าโดยตรง[54] แต่ก็มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายทางการค้าในบางกรณี เนื่องด้วยการละเมิดเครื่องหมายทางการค้าในจีนจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเครื่องหมายการค้าของจีน (The Trademark Law of the People's Republic of China) ซึ่งป้องกันการละเมิดสิทธิ์ของเจ้าของเครื่องหมายการค้า เช่น การปลอมแปลงหรือการใช้งานเครื่องหมายการค้าโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของเครื่องหมาย เป็นต้น ดังนั้น ในกรณีที่สินค้าหรือบริการที่มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าถูกนำมาขายให้กับผู้บริโภค การกระทำดังกล่าวสามารถมีผลกระทบต่อผู้บริโภคได้ เช่น การได้รับสินค้าปลอม หรือสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน ซึ่งกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของจีนก็อาจนำมาใช้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในกรณีนี้ โดยสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าว คือ หลักการว่าด้วยความสุจริตและเสมอภาคของการค้าระหว่างผู้ประกอบการ และผู้บริโภค หลักการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ทางด้านร่างกายและทรัพย์สินอันชอบด้วยกฎหมายของผู้บริโภค หลักการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคมากกว่าผู้ประกอบการ หลักการว่าด้วยความรับผิดร่วมกันต่อสังคมซึ่งจะต้องคุ้มครองสิทธิประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้บริโภค และกำหนดให้ผู้ประกอบการจะต้องรับผิดตามความร้ายแรงของเหตุการณ์[55]

---

[53]Trademark Law of the People's Republic of China, Article 13.

[54]Hawksford. **China's new consumer rights rules: what retailers need to know** [Online], available URL: https://www.hawksford.com/insights-and-guides/china-new-consumer-rights-rules, 2024 (December,12).

[55]Consumer Protection Law of the People's Republic of China, Article 56.

ประกอบกับ สาธารณรัฐ ประชาชนจีน มีกฎหมายต่อต้านการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน (The Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China) มุ่งคุ้มครองบุคคลและองค์กรหลายประเภทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแข่งขันในตลาด โดยเฉพาะผู้บริโภค (Consumers) กฎหมายนี้คุ้มครองผู้บริโภคจากการได้รับสินค้าหรือบริการที่ถูกหลอกลวง หรือโฆษณาเท็จซึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคเกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับคุณภาพของสินค้าหรือบริการที่พวกเขาซื้อรวมถึงกฎหมายนี้คุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจ (Business Operators) ที่ดำเนินการในลักษณะที่ถูกต้อง และเป็นธรรมจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมของคู่แข่ง[56] เช่น การละเมิดเครื่องหมายการค้า และคุ้มครองเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Owners) ได้รับการคุ้มครองจากการละเมิดโดยเฉพาะการป้องกันการปลอมแปลงเครื่องหมายการค้าหรือการลอกเลียนแบบผลิตภัณฑ์ ซึ่งห้ามการใช้งานเครื่องหมายการค้าในลักษณะที่สามารถหลอกลวงผู้บริโภคหรือทำให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้าหรือบริการ

นอกจากนี้ สาธารณรัฐประชาชนจีนได้มีการคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสาธารณรัฐประชาชนจีน พ.ศ. 2562 (The E-Commerce Law of the People's Republic of China 2019) เนื่องด้วยสาธารณรัฐประชาชนจีนมีการเติบโตอย่างรวดเร็วและถือเป็นตลาดพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์[57] ที่ใหญ่ที่สุด และเมื่อการเติบโตของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นไปอย่างรวดเร็วและไร้การควบคุมอย่างเป็นระบบ ทำให้การละเมิดสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาได้ง่ายยิ่งขึ้น แม้ว่าจะมีกฎหมายคุ้มครองเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาหรือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่ก็มีความจำเป็นที่ต้องมีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์เข้ามาควบคุมอย่างจริงจังตลาดออนไลน์หรือธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นี้โดยเฉพาะ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิ และผลประโยชน์ของบุคคลทุกฝ่ายบนตลาดพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นี้ เช่น ผู้บริโภค และได้กำหนดนิติสัมพันธ์และความรับผิดของผู้ที่เกี่ยวข้องในพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นี้ นอกจากนี้ ยังมุ่งคุ้มครองสิทธิเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้า ผลงานหรือสินค้าจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาบนตลาดพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หรือแพลตฟอร์มออนไลน์นี้ อีกทั้ง ยังเครื่องมือที่ช่วยให้การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้ามีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

โดยกฎหมายเกี่ยวกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสาธารณรัฐประชาชนจีน พ.ศ. 2562 (The E-Commerce Law of the People's Republic of China 2019) มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิ

---

[56]Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China, Article 6.

[57]Liu Dong, **Explanation of the E-Commerce Law of the People's Republic of China (Draft)** [Online], available URL: http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2018-08/31/content_2060159.html, 2018 (January, 6).

และผลประโยชน์ของบุคคลทุกฝ่ายบนตลาดพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นี้ และยังมุ่งคุ้มครองสิทธิเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้า ผลงานหรือสินค้าจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาบนตลาดพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หรือแพลตฟอร์มออนไลน์นี้ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ มีการกำหนดถึงนิยามและความรับผิดของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ อาทิ ผู้ดำเนินกิจการบนแพลตฟอร์ม (operators on platforms) พ่อค้าหรือบุคคลที่สามที่อยู่บนแพลตฟอร์ม หรือผู้ดำเนินกิจการแพลตฟอร์มโดยตรง (platform operators) อาทิ Alibaba หรือ Taobao หรือผู้ดำเนินกิจการทางออนไลน์ทางช่องอื่นใด (online sellers) อาทิ ผู้ขายบนเว็บไซต์ โดยมีบทบัญญัติที่สำคัญเกี่ยวกับมาตรการทรัพย์สินทางปัญญา ดังนี้

1) บุคคลผู้ดำเนินกิจการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รู้หรือควรจะรู้ว่ามีการขายสินค้าหรือให้บริการที่ฝ่าฝืนความปลอดภัยส่วนบุคคล หรือไม่ปลอดภัย หรือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและเป็นการเอาเปรียบผู้บริโภคบนแพลตฟอร์ม แต่ไม่สามารถใช้มาตรการจัดการปัญหาดังกล่าวได้ เจ้าของแพลตฟอร์ม ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการซื้อขายสินค้า และบริการบนแพลตฟอร์มให้เป็นไปตามกฎหมาย ย่อมมีความรับผิดร่วมกับผู้กระทำละเมิดหรือความผิดดังกล่าวด้วย[58]

2) บุคคลผู้ดำเนินกิจการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ จำต้องมีการกำหนดกฎเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญา และเสริมสร้างความร่วมมือกับเจ้าของสิทธิ์ในทางทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย[59]

3) เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญามีสิทธิที่จะแจ้งให้ผู้ดำเนินกิจการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาเชื่อว่าได้มีการละเมิดสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาขึ้น เพื่อดำเนินการมาตรการที่จำเป็น เช่น ลบ บล็อก ปิดการเข้าถึง หรือระงับการทำธุรกรรมและบริการดังกล่าวและผู้ดำเนินการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะต้องดำเนินการตามมาตรการดังกล่าวให้ทันท่วงที หากไม่ดำเนินการตามมาตรการให้ทันท่วงที จะส่งผลให้แพลตฟอร์มพาณิชยอิเล็กทรอนิกส์มีความรับผิดร่วมกับผู้ใช้บริการนั้น[60]

4) บุคคลผู้ดำเนินกิจการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์รู้หรือควรจะรู้ว่ามีผู้ที่ดำเนินกิจการบนแพลตฟอร์มได้ละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา บุคคลนั้นจะต้องมีและใช้มาตรการที่สำคัญ เช่น ลบหรือบล็อกข้อมูลที่เกี่ยวกับการละเมิดนั้น หรือปิดการเข้าถึงสินค้าหรือบริการนั้น หรือกำจัดการซื้อขายหรือบริการนั้น เป็นต้น มิฉะนั้นจะมีความรับผิดร่วมกับผู้ที่กระทำการละเมิดด้วย[61]

---

[58]E-commerce Law of the People's Republic of China, Article 38 paragraph 1.

[59]E-commerce Law of the People's Republic of China, Article 41.

[60]E-commerce Law of the People's Republic of China, Article 42 paragraph 1, 2

[61]E-commerce Law of the People's Republic of China, Article 45.

จากการศึกษากฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีน พบว่า สาธารณรัฐประชาชนจีนมีพระราชบัญญัติว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2562 (E-Commerce Law of the People's Republic of China 2019) ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่ถูกตราขึ้นเพื่อกำกับดูแลธุรกิจออนไลน์โดยตรง โดยแนวทางการกำหนดหน้าที่และความรับผิดแก่ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มอย่างเข้มงวด มีการกำหนดให้แพลตฟอร์มต้องรับผิดร่วมกับผู้ขายหากรู้หรือควรจะรู้ว่ามีการจำหน่ายสินค้าละเมิดแต่ไม่ดำเนินการที่จำเป็น นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้แพลตฟอร์มมีหน้าที่จัดทำกฎคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาและต้องมีกลไกการแจ้งเตือน และนำออก (Notice-and-Takedown) ที่มีผลบังคับใช้จริง อย่างไรก็ดี แนวทางดังกล่าวคืออาจสร้างภาระ และต้นทุนที่สูงแก่ผู้ประกอบการ และขาดความยืดหยุ่นเมื่อเทียบกับแนวทางของประเทศอื่น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดของแพลตฟอร์มไว้โดยตรงเช่นนี้ ทั้งนี้ แนวทางของจีนถือเป็นต้นแบบที่ สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้เป็นอย่างดี โดยเฉพาะหลักการเรื่องความรับผิดร่วมและหน้าที่ในการนำสินค้าละเมิดออกจากระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ตาราง 1 ตารางเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ประเทศ	กฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้า	กฎหมายกำกับดูแลผู้ให้บริการเว็บไซต์และแพลตฟอร์ม	กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค
สหรัฐอเมริกา	**พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (The Lanham Act)** เป็นกฎหมายหลักที่คุ้มครองเครื่องหมายการค้า โดยกำหนดหลักเกณฑ์การจดทะเบียนและบังคับใช้สิทธิ **หลัก Inwood Test** เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานศาลได้พัฒนาหลักความรับผิดโดยอ้อม (Contributory Liability) หรือที่เรียกว่าเพื่อใช้พิจารณาความรับผิดของผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม	**ร่างพระราชบัญญัติความปลอดภัยในร้านค้า (Shop Safe Act)** เป็นร่างกฎหมายที่มุ่งกำหนดให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มต้องร่วมรับผิดกับการจำหน่ายสินค้าละเมิด เว้นแต่จะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขสำคัญ 10 ประการ เช่น การตรวจสอบและยืนยันตัวตนของผู้ขาย และการใช้มาตรการเชิงรุก เพื่อคัดกรองสินค้า	**พระราชบัญญัติคณะกรรมาธิการว่าด้วยการค้าแห่งสหพันธรัฐ (Federal Trade Commission Act (FTC))** คุ้มครองผู้บริโภคจากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและการโฆษณาที่หลอกลวง

ประเทศ	กฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้า	กฎหมายกำกับดูแลผู้ให้บริการเว็บไซต์และแพลตฟอร์ม	กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค
มาเลเซีย	**พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2562 (Trade Marks Act 2019)** มีการกำหนดนิยามของคำว่า ใช้เครื่องหมายการค้าไว้อย่างกว้างขวาง ให้ครอบคลุมถึงการกระทำในสื่อดิจิทัลและการโฆษณาออนไลน์อย่างชัดเจน	**พระราชบัญญัติการสื่อสารและมัลติมีเดีย พ.ศ. 2541 (Communications and Multimedia Act 1998)** กำหนดให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มต้องจัดให้มีระบบจัดการข้อร้องเรียนของผู้บริโภคที่มีประสิทธิภาพ	**พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Act 1999)** คุ้มครองผู้บริโภคจากการกระทำที่ทำให้เข้าใจผิดและหลอกลวง **กฎระเบียบด้านการคุ้มครองผู้บริโภค (ธุรกรรมการค้าทางอิเล็กทรอนิกส์) พ.ศ. 2555** กำหนดให้ผู้ขายออนไลน์ต้องเปิดเผยข้อมูลสำคัญเพื่อสร้างความโปร่งใส **พระราชบัญญัติรายละเอียดการค้า พ.ศ. 2554 (Trade Descriptions Act 2011)** ป้องกันการให้ข้อมูลสินค้าที่เป็นเท็จและยอมรับหลักฐานที่ได้จากการล่อซื้อ

ประเทศ	กฎหมายคุ้มครองเครื่องหมายการค้า	กฎหมายกำกับดูแลผู้ให้บริการเว็บไซต์และแพลตฟอร์ม	กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค
ญี่ปุ่น	**พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า (The Trademark Act)** มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อขยายนิยามของคำว่า นำเข้า ให้ครอบคลุมถึงการกระทำของผู้ขายในต่างประเทศที่ส่งสินค้าละเมิดเข้ามาในญี่ปุ่น เพื่อจัดการกับปัญหาการค้าออนไลน์ข้ามพรมแดน	**พระราชบัญญัติการปรับปรุงความโปร่งใสและความเป็นธรรมของแพลตฟอร์มดิจิทัล** ใช้แนวทางการกำกับดูแลร่วม โดยให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มรายใหญ่ที่ถูกกำหนด ต้องเปิดเผยข้อมูลและจัดทำรายงานการประเมินตนเองต่อรัฐบาล เพื่อส่งเสริมให้เกิดการกำกับดูแลตนเอง	**พระราชบัญญัติป้องกันการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Competition Prevention Act - UCPA)** ใช้จัดการกับการกระทำที่สร้างความสับสนแก่ผู้บริโภค ซึ่งรวมถึงการละเมิดเครื่องหมายการค้า
สาธารณรัฐประชาชนจีน	**กฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้าของสาธารณรัฐประชาชนจีน** คุ้มครองเครื่องหมายการค้าที่จดทะเบียนแล้ว รวมถึงเครื่องหมายการค้าที่มีชื่อเสียง	**กฎหมายว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2562 (E-Commerce Law)** เป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดแก่ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มอย่างเข้มงวด โดยกำหนดให้แพลตฟอร์มต้อง**รับผิดร่วม**กับผู้ขาย หากรู้หรือควรจะรู้ว่ามีการละเมิด และต้องมีกลไกการแจ้งเตือนและนำออกที่มีผลบังคับ	**พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค** คุ้มครองผู้บริโภคจากสินค้าปลอมหรือสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพ **พระราชบัญญัติต่อต้านการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม** ห้ามการกระทำที่ทำให้เกิดความสับสนหลงผิดเกี่ยวกับแหล่งที่มาของสินค้า ซึ่งรวมถึงการละเมิดเครื่องหมายการค้า

5. สรุปผลการวิจัย

จากการศึกษาพบว่า การละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง เนื่องจากการเติบโตของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทั่วโลก ซึ่งกระตุ้นให้เกิดการเข้าถึงสินค้าที่ง่ายและรวดเร็ว การกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อทั้งเจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้บริโภค และเศรษฐกิจโดยรวมซึ่งเป็นปัญหาที่มีความซับซ้อนแพร่หลายในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่ไม่มีกฎหมายในการป้องกันและปราบปรามการละเมิดเครื่องหมายการค้าที่สอดคล้องรูปแบบของระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โดยตรงในระบบกฎหมายไทยปัจจุบัน ซึ่งอาจจำแนกเป็นประเด็นหลักได้สามประการ คือ

1) ข้อจำกัดของกฎหมายเครื่องหมายการค้ากับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในประเทศไทย ได้รับการบัญญัติขึ้นในบริบทของธุรกรรมทางการค้าในรูปแบบทางกายภาพทั่วไปเป็นสำคัญ เป็นผลให้กระบวนการบังคับใช้กฎหมายขาดความสอดคล้องกับรูปแบบและสภาพการณ์ของการกระทำละเมิดบนระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ส่งผลให้เกิดปัญหาการตรวจสอบและติดตามผู้กระทำความผิด

2) ปัญหาทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ การละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ นอกจากจะสร้างความเสียหายให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าแล้ว ผู้บริโภคเป็นผู้เสียหายอีกกลุ่มหนึ่ง ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการจำหน่ายการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ กลับมิได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากสิทธิในการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายนั้นมิอาจบังคับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติกับผู้ขายที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้ และยังไม่มีกลไกทางกฎหมายที่ชัดเจนซึ่งจะให้ผู้บริโภคสามารถเรียกร้องความรับผิดชอบจากผู้ให้บริการแพลตฟอร์มได้โดยตรง

3) ปัญหาทางการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์กับความรับผิดของผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในฐานะผู้ให้บริการสื่อกลางไว้โดยตรง เป็นผลให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์สามารถปฏิเสธความรับผิดชอบได้โดยง่าย และเป็นการผลักภาระในการตรวจสอบ และการเรียกร้องความเสียหายไปยังเจ้าของเครื่องหมายการค้า และผู้บริโภคแต่เพียงฝ่ายเดียว

โดยปัญหาทางกฎหมายทั้งสามประการดังกล่าว จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศญี่ปุ่น และประเทศมาเลเซีย พบว่า ประเทศดังกล่าวได้มีแนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อยู่ 3 แนวทาง ได้แก่

1) แนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยการใช้กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้แพลตฟอร์มระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบเข้มงวดซึ่งมุ่งเน้นการสร้างภาระหน้าที่ให้แก่ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในการป้องกันการละเมิดในระบบแพลตฟอร์มระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของตน

2) แนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยการใช้กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้แพลตฟอร์มระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบยืดหยุ่นที่เน้นการกำกับดูแลร่วม ซึ่งให้ความสำคัญกับความโปร่งใสและการกำกับดูแลตนเองของแพลตฟอร์มระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

3) แนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยการแก้ไขกฎหมายเดิมให้ครอบคลุมถึงการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งอาศัยการแก้ไขหรือตีความกฎหมายเดิมให้มีความหมายกว้างขึ้นโดยครอบคลุมถึงระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

จากการศึกษาและได้วิเคราะห์ถึงการนำรูปแบบแนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายในแนวทางต่าง ๆ วิเคราะห์ปรับใช้กับบริบทของประเทศไทย พบว่า แนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายในแต่ละแนวทางล้วนมีหลักการ ข้อดี และข้อเสียที่แตกต่างกันไป โดยสะท้อนถึงการให้น้ำหนักกับวัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละแนวทาง

6. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ตามแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศมาเลเซีย ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐประชาชนจีนแล้ว จึงมีข้อเสนอแนะสำหรับการแก้ไขปัญหาการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยมีความเห็นว่า การปรับใช้แนวทางพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ตามแนวทางของต่างประเทศไม่พึงกระทำในลักษณะของการรับเอารูปแบบใดรูปแบบหนึ่งมาบังคับใช้โดยสมบูรณ์ หากแต่ควรมีการนำหลักการของแต่ละแนวทางมาประยุกต์ใช้ร่วมกันในรูปแบบบูรณาการหลักการจากแนวทางต่าง ๆ เข้าด้วยกันในรูปแบบผสมผสาน โดยมีเป้าหมายหลักในระยะแรก คือ การควบคุม (Regulation) เพื่อสร้างกรอบกติกาที่ชัดเจน และแก้ปัญหาการละเมิดที่เป็นอยู่ให้มีประสิทธิภาพ จากนั้นจึงจะนำไปสู่เป้าหมายในระยะยาว คือ การส่งเสริม (Facilitation) ให้ระบบเศรษฐกิจในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทยเติบโตอย่างยั่งยืนบนพื้นฐานของความน่าเชื่อถือและความเป็นธรรม ซึ่งการควบคุมเพื่อส่งเสริมดังกล่าว จะสร้างตลาดที่มีการควบคุมอย่างเหมาะสม และจะสร้างความเชื่อมั่น

ให้แก่ทุกฝ่าย ทั้งผู้บริโภค เจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้า และผู้ประกอบธุรกิจเอง เมื่อตลาดมีความน่าเชื่อถือ การทำธุรกรรมก็จะเพิ่มขึ้น ซึ่งจะนำไปสู่การเติบโตทางเศรษฐกิจในที่สุด โดยมีหลักการสำคัญ คือ การกำหนดหน้าที่และความรับผิดที่ชัดเจนให้แก่ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ควบคู่ไปกับการส่งเสริมระบบการกำกับดูแลตนเองที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นแนวทางการผสานข้อดีของแนวทางการกำหนดหน้าที่ให้แพลตฟอร์มระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบเข้มงวด อันเป็นการสร้างกลไกป้องกันพื้นฐานที่จำเป็น เข้ากับความยืดหยุ่นของแนวทางการกำกับดูแลร่วม เพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มากเกินสมควรในส่วนที่นอกเหนือจากหน้าที่พื้นฐาน อันเป็นแนวทางที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) อันเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ว่า มาตรการของรัฐต้องมีความเหมาะสม จำเป็น และสมดุลกับประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ โดยขอเสนอแนะแนวทางดังต่อไปนี้

6.1 เสนอแนะให้มีการตรากฎหมายว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

จากการศึกษาพบว่า ปัจจัยที่ก่อให้เกิดการจัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างแพร่หลายนั้น เกิดจากรูปแบบการประกอบกิจการในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า ผู้บริโภค และหน่วยงานรัฐไม่สามารถเข้าถึง และเชื่อมโยงข้อมูลถึงผู้ขายได้ แต่กลับกันผู้ที่สามารถเข้าถึงและมีอิทธิพลอย่างมีนัยยะสำคัญต่อผู้ขายในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ คือ ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

ด้วยเหตุนี้ จึงควรมีการพิจารณาตราพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ... ขึ้นเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อกำหนดหน้าที่และความรับผิดให้แก่ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

6.1.1 หน้าที่ในการยืนยันอัตลักษณ์ของผู้ขาย (Seller Verification - KYC) โดยการกำหนดให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ต้องจัดให้มีกระบวนการตรวจสอบ และพิสูจน์ยืนยันอัตลักษณ์ของผู้ประกอบธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ บนแพลตฟอร์ม โดยต้องใช้เอกสารที่ออกโดยหน่วยงานราชการ และต้องจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวไว้เพื่อการตรวจสอบเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 10 ปี นับแต่ผู้ประกอบธุรกิจยุติการใช้บริการ

6.1.2 กำหนดให้มีกลไกการแจ้งเตือนและนำออก (Notice-and-Takedown) ในระบบแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ต้องจัดให้มีช่องทางการแจ้งเตือนและนำออกในระบบแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เข้าถึงได้โดยง่าย เพื่อให้ผู้ทรงสิทธิ์ในทรัพย์สินทางปัญญา และผู้บริโภคสามารถแจ้งเตือนถึงการละเมิด

เครื่องหมายการค้าได้ และเมื่อได้รับการแจ้งเตือนที่ประกอบด้วยหลักฐานอันสมควรแล้ว ให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มมีหน้าที่นำเนื้อหาที่ละเมิดออกจากระบบภายในระยะเวลาที่กำหนด และแจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกกล่าวหาทราบถึงการดำเนินการดังกล่าว

6.1.3 การกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดร่วม และข้อยกเว้นความรับผิด โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ไม่ต้องรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายอันเกิดจากการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของจัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์บนแพลตฟอร์มของตน หากได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายนี้กำหนดไว้อย่างครบถ้วน แต่จะต้องร่วมรับผิดกับผู้ประกอบธุรกิจนั้น หากปรากฏว่า ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายนี้กำหนด เช่น ไม่ได้จัดให้มีกระบวนการยืนยันอัตลักษณ์ของผู้ขาย หรือ เพิกเฉยไม่ดำเนินการตรวจสอบและแก้ไขปัญหาตามที่ได้รับการแจ้งเตือนการละเมิดเครื่องหมายการค้าภายในระยะเวลาอันสมควร

6.1.4 การกำหนดหน้าที่แบบยืดหยุ่นตามขนาดของธุรกิจ เพื่อลดผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) กฎหมายควรพิจารณากำหนดระดับของหน้าที่ที่แตกต่างกันตามขนาดรายได้หรือจำนวนผู้ใช้งานของแพลตฟอร์ม เพื่อไม่ให้มาตรการทางกฎหมายกลายเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขัน และการเติบโตของผู้ประกอบการรายย่อย ตัวอย่างเช่น แพลตฟอร์มขนาดเล็กที่มีรายได้ต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนด อาจมีหน้าที่เพียงจัดให้มีระบบการยืนยันตัวตนขั้นพื้นฐานและกลไกการแจ้งเตือนและนำออก (Notice-and-Takedown) ที่มีประสิทธิภาพ ในขณะที่แพลตฟอร์มขนาดใหญ่ที่มีอิทธิพลต่อตลาดสูง อาจต้องมีหน้าที่เพิ่มเติมในการใช้มาตรการเชิงรุก (Proactive Measures) เช่น การใช้เทคโนโลยีเพื่อคัดกรองสินค้าที่ต้องสงสัย หรือการจัดทำรายงานความโปร่งใส (Transparency Report) เป็นประจำ แนวทางนี้สอดคล้องกับหลักการสากล เช่น กฎหมายบริการดิจิทัลของสหภาพยุโรป (EU’s Digital Services Act) ซึ่งจะช่วยสร้างความเป็นธรรมและส่งเสริมการแข่งขันในตลาดได้อย่างยั่งยืน

อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอในการกำหนดหน้าที่แบบยืดหยุ่นนี้ จำเป็นต้องออกแบบอย่างรอบคอบเพื่อป้องกันปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎระเบียบ (Regulatory Arbitrage) ซึ่งเป็นความท้าทายที่สำคัญ เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจอาจจงใจรักษาสถานะของตนให้เป็นธุรกิจขนาดเล็ก หรือจัดตั้งแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์หลายแห่งเพื่อกระจายฐานผู้ใช้งานหรือรายได้ให้อยู่ต่ำกว่าเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากเงื่อนไขการควบคุมที่ผ่อนปรนกว่า อันเป็นการสร้างความได้เปรียบเสียเปรียบในการแข่งขัน และขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อป้องกันช่องว่างดังกล่าว กฎหมายจึงควรมีมาตรการป้องกันควบคู่ไปด้วย ดังนี้

1) กำหนดให้มีการนับรวมรายได้หรือจำนวนผู้ใช้งานของแพลตฟอร์มที่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือมีความสัมพันธ์ในเชิงบริหารจัดการเดียวกัน เพื่อป้องกันการจัดตั้งบริษัทในเครือหลายแห่งเพื่อหลีกเลี่ยงเกณฑ์ที่สูงขึ้น

2) การกำหนดหน้าที่แบบขั้นบันไดที่กำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบจะเพิ่มขึ้นตามการเติบโตของธุรกิจอย่างค่อยเป็นค่อยไป เพื่อลดแรงจูงใจในการจงใจไม่ขยายธุรกิจ

3) การกำหนดให้อำนาจหน่วยงานกำกับดูแลในการประเมินและกำหนดให้แพลตฟอร์มที่มีขนาดเล็กแต่ดำเนินธุรกิจในหมวดหมู่สินค้าที่มีความเสี่ยงสูงต่อการละเมิด เช่น สินค้าแฟชั่น สินค้าอิเล็กทรอนิกส์ หรือยาและอาหารเสริม ต้องปฏิบัติตามมาตรการที่เข้มงวดขึ้นได้ตามความจำเป็น

การนำมาตรการเหล่านี้มาใช้ประกอบกัน จะช่วยให้แก้ไขการละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สร้างความเป็นธรรมในการแข่งขัน และป้องกันการใช้ช่องว่างทางกฎหมายได้อย่างแท้จริง

กฎหมายฉบับนี้ ควรกำหนดให้สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (สพธอ.) เป็นหน่วยงานในการกำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมาย การรับเรื่องร้องเรียน และการบังคับใช้มาตรการทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าบนแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นหน่วยงานที่มีภารกิจในการส่งเสริมและขับเคลื่อนเศรษฐกิจไทยไปสู่เศรษฐกิจดิจิทัล และกำกับดูแลผู้ให้บริการแพลตฟอร์มตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล พ.ศ. 2565 โดยตรงอยู่แล้ว การมอบหมายภารกิจเพิ่มเติมภายใต้กฎหมายใหม่นี้ จะช่วยลดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่น และสร้างช่องทางที่เป็นเอกภาพสำหรับผู้เสียหายในการร้องเรียน

โดยข้อเสนอแนะดังกล่าวเป็นการวิเคราะห์และบูรณาการหลักการจากกฎหมายของประเทศที่ได้ศึกษามา โดยได้นำแนวคิดเรื่องหน้าที่และความรับผิดโดยตรงของแพลตฟอร์มมาจากกฎหมายว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของสาธารณรัฐประชาชนจีนและร่างพระราชบัญญัติความปลอดภัยในร้านค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา มาผสมผสานกับหลักการกำกับดูแลที่ยืดหยุ่นอันเป็นแนวทางที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการปรับปรุงความโปร่งใสและความเป็นธรรมของแพลตฟอร์มดิจิทัลของประเทศญี่ปุ่น เพื่อให้ได้มาตรการที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย

6.2 เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534

สำหรับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทยนั้น แม้ว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความรับผิด และการลงโทษจะครอบคลุมรวมถึงการกระทำผิดบนระบบคอมพิวเตอร์แล้ว แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายในขณะที่กฎหมายได้ถูกร่างขึ้นนั้นมีความมุ่งหมายให้เป็นการคุ้มครองเครื่องหมายการค้าจากการละเมิดเครื่องหมายการค้าทางกายภาพเท่านั้น เนื่องด้วยในช่วงเวลาดังกล่าว ยังไม่มีการใช้ระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย

และการแก้ไขปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ นอกเหนือจากการตรากฎหมายใหม่เพื่อกำกับดูแลผู้ให้บริการแพลตฟอร์มโดยตรงแล้ว การแก้ไขกฎหมายเดิมที่มีอยู่ให้มีความทันสมัยและสอดคล้องกับบริบทของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ก็มีความสำคัญเช่นกัน โดยอาศัยแนวทางมาจากกฎหมายของประเทศมาเลเซีย และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งใช้แนวทางการแก้ไขกฎหมายเครื่องหมายการค้าเดิมเพื่ออุดช่องว่างที่เกิดขึ้นจากการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2562 ของประเทศมาเลเซีย ที่ได้ขยายนิยามของการใช้เครื่องหมายการค้า ให้ครอบคลุมการกระทำในสื่อดิจิทัลอย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ จึงเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ในมาตรา 110 วรรคหนึ่ง อนุมาตราหนึ่ง โดยเพิ่มข้อความในส่วนท้ายว่า “...และการกระทำดังกล่าวให้หมายความรวมถึงการเสนอขาย การโฆษณา หรือการแสดงภาพของสินค้าที่ใช้เครื่องหมายการค้าปลอมหรือเลียนแบบในระบบคอมพิวเตอร์ด้วย” เพื่อสร้างความชัดเจนในการบังคับใช้กับความผิดฐานละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

6.3 ข้อเสนอแนะให้มีมาตรการส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายโดยการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนและภาคประชาชน

นอกเหนือจากการกำหนดหน้าที่และความรับผิดของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มโดยตรงแล้ว การแก้ไขปัญหาการละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์อย่างยั่งยืน จำเป็นต้องมีกลไกที่ส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพและรวดเร็วยิ่งขึ้น เนื่องจากระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความซับซ้อน ทำให้การพึ่งพากลไกของภาครัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่สามารถรับมือกับปัญหาได้อย่างทันท่วงที ดังนั้น จึงควรพิจารณาออกมาตรการทางกฎหมายที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรง และภาคประชาชนซึ่งเป็นผู้บริโภคในการสอดส่องดูแลและรวบรวมพยานหลักฐาน โดยควรกำหนดให้มีระบบรางวัลสำหรับผู้แจ้งเบาะแส เพื่อสร้างแรงจูงใจให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบการจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีจำนวนมาก โดยเสนอให้ออกกฎกระทรวง อาศัยตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการขอรับเงินสินบนและเงินรางวัล รวมถึงมาตรการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแส เพื่อให้การปฏิบัติในรายละเอียดมีความยืดหยุ่นและสามารถปรับเปลี่ยนให้เข้ากับสถานการณ์ได้ โดยไม่ต้องแก้ไขพระราชบัญญัติทุกครั้ง และเสนอให้จัดตั้งกองทุนที่ได้จากการนำค่าปรับผู้กระทำผิดในคดีละเมิดทรัพย์สินทางปัญญามาใช้เป็นรางวัล พร้อมกำหนดหลักเกณฑ์การจ่ายเงินรางวัลที่ชัดเจนและเป็นธรรมให้กับผู้ที่ให้ข้อมูลอันเป็นประโยชน์จนนำไปสู่การดำเนินคดีได้สำเร็จ ควบคู่กับการสร้างช่องทางการแจ้งเบาะแสที่ปลอดภัยและเข้าถึงง่าย เช่น ผ่านแอปพลิเคชันหรือเว็บไซต์กลางของหน่วยงานที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบ

ทั้งนี้ มีความเห็นว่า หากได้นำแนวทางตามข้อเสนอแนะไปปฏิบัติจะส่งผลให้เจ้าของเครื่องหมายการค้าซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการจัดจำหน่ายสินค้าละเมิดเครื่องหมายการค้าในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ จะได้รับการคุ้มครองที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยจะมีช่องทางการร้องเรียนที่เป็นเอกภาพและชัดเจน ทำให้สามารถเข้าถึงตัวผู้กระทำผิดได้ง่ายขึ้น นอกจากนี้ กลไกการแจ้งเตือนและนำออก (Notice-and-Takedown) ที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย จะช่วยให้สามารถระงับความเสียหายต่อมูลค่าและภาพลักษณ์ของแบรนด์ได้อย่างรวดเร็วและทันท่วงที สำหรับผู้ให้บริการแพลตฟอร์มพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ในระยะแรกอาจต้องเผชิญกับภาระด้านต้นทุนที่เพิ่มขึ้นเพื่อพัฒนาระบบป้องกันตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในระยะยาวการมีกรอบกฎหมายที่ชัดเจนจะช่วยส่งเสริมความเชื่อมั่นให้แก่ผู้บริโภค ทำให้สามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างมั่นคงและเติบโตอย่างยั่งยืน ในส่วนของผู้บริโภคจะได้รับประโยชน์อย่างยิ่ง โดยความเสี่ยงในการซื้อสินค้าละเมิดในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะลดน้อยลง เนื่องจากผู้ขายต้องมีการยืนยันตัวตนที่ชัดเจน และเมื่อเกิดความผิดพลาดขึ้น ผู้บริโภคจะมีกลไกการเยียวยาความเสียหายที่มีประสิทธิภาพ ทำให้เกิดความมั่นใจในการซื้อขายสินค้าออนไลน์มากขึ้นในสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย และในภาพรวมระดับประเทศ การพัฒนามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเครื่องหมายการค้าในธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะนำไปสู่ระบบธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ จะสร้างความมั่นคงและน่าเชื่อถือในระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญในการส่งเสริมให้เศรษฐกิจดิจิทัลของไทยเติบโตอย่างรวดเร็วและยั่งยืน

บรรณานุกรม

กลุ่มคณะกรรมาธิการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักกรรมาธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **แนวทางการดำเนินการคณะกรรมาธิการคุ้มครองผู้บริโภค สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร** [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtcommittee / ewt/consumerism/download/ article/article_20111007095133.pdf, (ธันวาคม, 12).

ไชยยศ เหมะรัชตะ. **ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (พื้นฐานความรู้ทั่วไป).** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553.

ทวีศักดิ์ กาญจนสุวรรณ. **การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (E-Commerce).** กรุงเทพมหานคร: เคทีพี คอมพ์ แอดน์ คอนซัลท์, 2552.

ธัชชัย ศุภผลศิริ. **คำอธิบายกฎหมายเครื่องหมายการค้า พร้อมด้วยพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536.

นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์. **กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.

พิมลพรรณ อุดมพันธ์. **การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (ปรับปรุง 2560**). อุบลราชธานี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, 2560.

ภัณฑิลา รัศมีพิริยะพิจิตร. **“ปัจจัยที่มีผลต่อความคิดเห็นของผู้ใช้พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เกี่ยวกับการเติบโตของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในประเทศไทย**.” วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตร์มหาบัณฑิต (เทคโนโลยีสื่อสารมวลชน), มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2550.

มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา วิทยาเขตสมุทรสงคราม. **กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศของประเทศไทย** [Online]. Available URL: https://skm.ssru.ac.th/news/view/a125, 2564 (มีนาคม, 14).

สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์. **ดีอีเอส เผย ผู้บริโภคออนไลน์ ถูกหลอก โดนโกง สินค้าไม่ตรงปก รายวัน** [Online]. Available URL: https://www.etda.or.th/th/pr-news/1212-Online-Complaint-Center-Proactive-Response.aspx, 2564 (มกราคม, 25).

_____. **สถิติแจ้งเรื่องปี 63 ทำ 1212 OCC ของ ETDA ยกระดับการคุ้มครองผู้บริโภคเข้ม** [Online]. Available URL: https://www.etda.or.th/th/newsevents/pr/1212-OCC-Statistic-2020.aspx?feed=590fb9ad-c550-4bc5-9a56-459ad4891d74, 2563 (มกราคม, 25).

_____. **e-Commerce ไทย ยุคหลัง COVID-19** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/x5jih, 2564 (มีนาคม, 12).

สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ. **กฎหมายธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์**. กรุงเทพมหานคร: บริษัท พาณิชย์พระนคร (2535) จำกัด, 2544.

สมพร พรหมหิตาธร. **กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เครื่องหมายการค้า**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2539.

สุมลรัตน์ นาคพานิช. **สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544** [Online]. Available URL: http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/ lawdetail/ lawdetail_017.htm, (ธันวาคม, 3).

อินโนไลฟ์เฟอร์นิเจอร์. **ลาซาด้า เผยมูลค่าตลาดอีคอมเมิร์ซไทยปีนี้กว่า 8 แสนล้านบาท** [Online]. Available URL: https://www.innolifethailand.com/?p=13906, 2565 (มกราคม, 11).

ไอลอว์. **เปิด “ร่าง พ.ร.ฎ. แพลตฟอร์มดิจิทัลฯ” บังคับบริษัทแพลตฟอร์มต้องมีตัวแทนในไทย ต้องแจ้งการทำธุรกิจ** [Online]. Available URL: https://ilaw.or.th/node/6028 (พฤศจิกายน, 28).

พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544.

พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2566.

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534.

ประมวลกฎหมายอาญา.

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติขายตรงและการตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545.

Asia Business Law Journal. **Updates on trademark law in Japan** [Online]. Available URL: https://law.asia/updates-trademark-law-japan/, 2021 (February, 10).

Cliffped Chance. **Japan’s digital platform regulations : Online mall operators and app store operators now subject to regulation, and additional entities to be covered in future** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/uMWxz, 2021 (February, 15).

Dong, Liu. **Explanation of the E-Commerce Law of the People’s Republic of China (Draft)** [Online]. Available URL: http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/ xinwen/ 2018-08/31/content_2060159.html, 2018 (January, 6).

Federal Trade Commission. **Enforcement** [Online]. Available URL: https://www.ftc.gov/enforcement, 2024 (December, 4).

Goh, Henry. **Trade Descriptions Act 2011 – A New Lease of Life** [Online]. Available URL: https://henrygoh.com/trade-descriptions-act-2011-a-new-lease-of-life/, 2002 (June, 20).

Hawksford. **China's new consumer rights rules: what retailers need to know** [Online]. Available URL: https://www.hawksford.com/insights-and-guides/ china-new-consumer-rights-rules, 2024 (December, 12).

LII Legal Information Institute. **Lanham Act** [Online]. Available URL: https://www.law.cornell.edu/wex/lanham_act, 2024 (January, 15).

Nakamura & Partners. **Strengthening of Regulations on Personal Import of Counterfeit Goods The regulations come into effect as of October 1, 2022** [Online]. Available URL: https://shorturl.asia/rf2K4, 2022 (February, 10).

Acts amounting to infringement of registered trademark.

The Lanham Act.

The Shop Safe Act.

The Trademarks Act 2019.

The Consumer Protection Act 1999.

The Consumer Protection (Electronic Trade Transactions) Regulations 2012.

The Communications and Multimedia Act 1998.

The Trademark Act 1959.

The Unfair Competition Prevention Act (UCPA).

The Act on Improving Transparency and Fairness of Digital Platforms.

The Trademark Law of the People's Republic of China 2001.

The Consumer Protection Law of the People's Republic of China.

The Anti-Unfair Competition Law of the People's Republic of China.

The E-Commerce Law of the People's Republic of China 2019.

การปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน

ดรินรัก การธราชว์

การปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน*

The Refusal to Disclose Sensitive Personal Information of the Accused during the Investigation

ดรินรัก การธราชว์**
Darinrak Kantharath

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา วิเคราะห์ และเปรียบเทียบปัญหาความรับผิดทางอาญากรณีปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เนื่องจากการดำเนินคดีอาญาส่วนใหญ่กระทบสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ยิ่งไปกว่านั้น ในประเทศไทยมีเพียงโทษทางอาญาที่นำมาใช้กับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ดังนั้น เพื่อไม่ให้กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิของผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจนเกินสมควรจึงเห็น

---

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรรภิรมย์ โกมลารชุน คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ณัชพล จิตติรัตน์ และศาสตราจารย์ ดร.อุดม รัฐอมฤต.

This research article is a part of thesis “The Refusal to Disclose Sensitive Personal Information of the Accused during the Investigation.” This thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirements for Master of Laws at Chulalongkorn University. Assistant Professor Dr.Kanpirom Komalarajun is an advisor. Associate Professor Dr.Natchapol Jittirat and Professor Dr.Udom Rathamarit are examiners.

**นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. Email: darinrak.k@gmail.com

LL.M. Candidate, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (Received) 6 พฤษภาคม 2568, วันที่แก้ไขบทความ (Revised) 2 กรกฎาคม 2568, วันที่ตอบรับบทความ (Accepted) 3 กรกฎาคม 2568.

สมควรให้บัญญัติมาตรการบังคับทางปกครอง นอกเหนือจากการลงโทษทางอาญาเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

คำสำคัญ: ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว, ผู้ต้องหา, มาตรการบังคับทางปกครอง

Abstract

This research aims to study, analyze, and compare the issue of criminal liability in cases of refusal to provide sensitive personal data in Thailand with foreign laws. Since the criminal justice process mostly affects the right to personal data. In Thailand, criminal penalties are currently the only measure applied against individuals who refuse to disclose such sensitive data. Therefore, to avoid excessive infringement on human dignity and the rights of the accused as personal data object, it is appropriate to apply administrative enforcement measures beyond criminal punishment under the Criminal Procedure Code.

Keywords: sensitive personal data, accused, administrative enforcement measure

1. บทนำ

มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้คุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว (Privacy Right) ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งในสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ดี แม้รัฐธรรมนูญจะมิได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” ไว้ แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ก็ได้นิยามความหมายไว้อย่างชัดเจนและเฉพาะเจาะจงเพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งนี้ รัฐยังคงมีอำนาจจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลหรือความเป็นอยู่ส่วนตัวเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของรัฐได้ ซึ่งสะท้อนถึงหลักความปลอดภัยสาธารณะ (Public Safety) แต่การบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิดังกล่าวก็จะต้องชั่งน้ำหนักความสมดุลระหว่างประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายระหว่างการละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล และการบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิจะต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระและจำกัดสิทธิเกินสมควรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย[1]

สำหรับการจำแนกประเภทของข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทย ได้กำหนดประเภทข้อมูลที่มีลักษณะพิเศษไว้ในมาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แต่ไม่ได้ระบุชื่อเฉพาะของลักษณะข้อมูลชนิดพิเศษนั้นไว้ จึงต้องพิจารณาต่อไปยังกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอื่น ๆ โดยปรากฏว่าข้อกำหนดของสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการเก็บและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (GDPR) ที่ได้อธิบายถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวเป็นพิเศษ (Sensitive Personal Data) และเป็นลักษณะของข้อมูลประเภทพิเศษด้วย (Special Categories of Personal Data) ซึ่งเป็นข้อมูลส่วนบุคคลลักษณะเดียวกันกับมาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ดังนั้น ข้อมูลที่มีลักษณะพิเศษในมาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จึงอาจมีชื่อเรียก

---

[1]มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; “พระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่มที่ 136 ตอนที่ 69 ก (27 พฤษภาคม 2562): 95; คณาธิป ทองรวีวงศ์, **คำอธิบายหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2566), หน้า 1; มนัสธนนท์ เอกโภควัฒน์, **กฎหมาย PDPA ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเรื่องใกล้ตัวที่ทุกคนควรรู้** [Online], available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/Elaw_parcy/ewt_dl_link.Php? nid=2975, 2565 (พฤศจิกายน, 21); ยุวดี วงศ์วีระประเสริฐ, “ความหมายและแนวทางการศึกษาความปลอดภัยสาธารณะ,” **วารสารธรรมศาสตร์** 32, 1 (2561): 112-114; อริยพร โพธิใส, “หลักเกณฑ์ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล,” **จุลนิติ** 16, 2 (มีนาคม-เมษายน 2562): 151.

ได้ว่า “ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว” หรือ “ข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษ” ตามข้อกำหนดของสหภาพยุโรป เกี่ยวกับการเก็บและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (GDPR)[2]

เมื่อศึกษาลักษณะของข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวแล้วนั้น จะเห็นว่าควรได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษ เพราะข้อมูลเหล่านั้นอาจถูกนำไปใช้ในทิศทางที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพได้ ทั้งข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ยังสามารถถูกนำไปวิเคราะห์เชิงลึกถึงอัตลักษณ์ความเป็นตัวตนได้ดีกว่าข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป โดยประเทศไทยนอกจากกิจกรรมที่เกี่ยวกับการเก็บ รวบรวม และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ก็ยังปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันได้แก่ การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งรวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อวัตถุประสงค์สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในชั้นสอบสวนด้วย ได้แก่ มาตรา 131/1 การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานโดยวิธีทางวิทยาศาสตร์ และมาตรา 132 การพิมพ์ลายนิ้วมือผู้ต้องหา ซึ่งเป็นกิจกรรมที่จำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลทางหนึ่งแล้ว[3]

ในปัจจุบัน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 และ 2/2565 ได้วางหลักเกณฑ์การปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน ตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ให้ถือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าพนักงาน มีโทษตามมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญา แต่เมื่อพิจารณามาตรา 132(1) ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ไม่ได้จัดให้มีมาตรการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเป็นพิเศษ นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติขั้นตอนดำเนินคดีตามมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้กับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเป็นการดำเนินคดีในข้อหาใหม่ควบคู่ไปกับคดีที่เป็นเหตุหลักให้ผู้ต้องหาต้องถูกเก็บและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวและหากศาลพิจารณาว่า ผู้ต้องหามีความผิดตามมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญาจริง การลงโทษจำคุกหรือปรับจำเลยก็เป็นอันล่วงระยะเวลาแห่งวัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อการรวบรวมพยานหลักฐานในกระบวนการยุติธรรมอาญาแล้ว จึงหาใช่การบังคับใช้โทษทางอาญาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไม่ และแม้จะมีโทษจำคุกและปรับเพียงเล็กน้อยเนื่องจากเป็นความผิดลหุโทษแต่ก็ยังถือเป็นการนำโทษ

---

[2]Article 9 and Recital 51 REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF COUNCIL of 27 April 2016; คณาธิป ทองรวีวงศ์, เรื่องเดิม, หน้า 223-224; สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, **คู่มือ PDPA สำหรับประชาชน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, 2565), หน้า 3.

[3]Article 9 and Recital 51 REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF COUNCIL of 27 April 2016; รติมา สุระรัตน์ชัย, “แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2565), หน้า 31-33.

ทางอาญามาใช้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ ซึ่งรัฐสามารถจัดหามาตรการที่เหมาะสมกว่าการนำโทษทางอาญามาใช้เป็นมาตรการแรกได้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการใช้กฎหมายอาญาเป็นมาตรการสุดท้าย (Ultima Ratio) และการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนนั้นเป็นเพียงการฝ่าฝืน ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งซึ่งมีลักษณะทับซ้อนกับการกระทำผิดทางปกครอง ไม่ใช่อาชญากรรมโดยแท้ ไม่เป็นภยันตรายต่อคนในสังคม จึงไม่เหมาะสมที่จะนำโทษทางอาญามาใช้กับกรณีดังกล่าว ตามหลักภยันตราย (Harm Principle) จึงกล่าวได้ว่าการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาสำหรับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการดำเนินคดีอาญา ถือเป็นการเพิ่มภาระและจำกัดสิทธิบุคคลเกินสมควร[4]

ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาข้างต้น บทความนี้จึงมีข้อเสนอแนะในการนำมาตรการบังคับอื่น ๆ ที่เหมาะสมสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน เพื่อไม่ให้เป็นการเพิ่มภาระและจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควรแก่เหตุ และกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันไม่ได้สัดส่วนและไม่สมดุลกับการกระทำความผิด ทั้งต้องคำนึงถึงหลักชั่งน้ำหนักระหว่างหลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล (Privacy) กับประโยชน์ส่วนรวม (Security) รวมถึงหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) ด้วย[5]

2. ปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย

2.1 ปัญหาข้อยกเว้นการใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้เริ่มจัดทำ *“ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ....”* ขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2552 โดยจัดขึ้นเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจากการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เพื่อให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน และประเทศไทยก็มิได้มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลรวมไว้เป็นกฎหมายกลางเพียงฉบับเดียว[6]

---

[4]มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 2/2562; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 2/2565; ปกป้อง ศรีสนิท, **กฎหมายอาญาชั้นสูง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566), หน้า 34; Raymond Wacks, **กฎหมาย: ความรู้ฉบับพกพา** แปลโดย ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล (กรุงเทพมหานคร: ภาพพิมพ์, 2555), หน้า 152-154.

[5]มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

[6]ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... อ.พ. 17/2552.

"ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ...." แม้จะมีเจตนารมณ์ให้ใช้เป็นกฎหมายกลางเพื่อใช้บังคับทั่วไป แต่ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นในการใช้พระราชบัญญัติดังกล่าว รวมถึงข้อยกเว้นการนำพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาใช้กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยร่างพระราชบัญญัติฉบับปี พ.ศ. 2556 ได้เพิ่มเติมข้อความในมาตรา 4 ว่า *"ในกรณีที่มีกฎหมายว่าด้วยการใดบัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะแล้วให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนั้น แต่ถ้ามีเหตุอันควร นายกรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอาจประกาศให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติซึ่งรวมถึงบทกำหนดโทษที่เกี่ยวข้องไปใช้บังคับเป็นการเพิ่มเติมหรือแทนที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นได้..."* ซึ่งจะเห็นว่า มีการเพิ่มเติมข้อยกเว้นสำหรับกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลบัญญัติไว้แล้ว ก็ให้ใช้บทกฎหมายเฉพาะนั้น[7]

จนกระทั่ง พ.ศ. 2561 มีการนำเสนอ *"ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. ...."* เพิ่มเติมให้เฉพาะเจาะจงและชัดเจนขึ้นในมาตรา 4(5) ว่า ไม่ให้ใช้พระราชบัญญัตินี้กับการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา[8] ซึ่งเหตุในการบัญญัติมาตราดังกล่าวนั้น คือ *"กิจการต่าง ๆ ที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ตามที่กำหนดในมาตรา 4 นั้น เนื่องจากกิจการเหล่านั้นมีลักษณะเฉพาะ ซึ่งหากไม่มีการยกเว้นไว้อาจกระทำต่อการดำเนินกิจการนั้น ๆ ได้ โดยร่างพระราชบัญญัตินี้มีเพียง 6 กรณีเท่านั้น"* ประเทศไทยจึงไม่นำกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาใช้กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[9]

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังมีลักษณะเฉพาะอันเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญา และเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ตั้งแต่พนักงานสอบสวนไปจนถึงศาลยุติธรรม เพื่อประโยชน์ในการค้นหาความจริง รวบรวมพยานหลักฐาน และพิจารณาคดีทางอาญาเพื่อนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ กระบวนการเก็บรวบรวมพยานหลักฐาน รวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงมีลักษณะเป็นไปเพื่อการค้นหาความจริงในการดำเนินคดีอาญา แต่นอกจากการค้นหาความจริงในคดีอาญาเพื่อนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษแล้ว ทั้งนี้ ข้อมูลส่วนบุคคลยังได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังนั้น รัฐยังควรต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิของประชาชน รวมถึงผู้ต้องหาด้วยเพื่อไม่ให้เป็นการเพิ่มภาระ

---

[7]ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... อ.พ. 6/2556.

[8]มาตรา 4(5) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

[9]ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ...

หรือจำกัดสิทธิของประชาชนมากเกินไป ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560[10]

2.2 กระบวนการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนที่กระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของไทย

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนไว้อย่างกว้างขวางในการค้นหาพยานหลักฐาน โดยพนักงานสอบสวนมีอำนาจรวบรวมพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่จะสามารถทำได้ตามวัตถุประสงค์แห่งการสอบสวน นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนที่กระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งหากพิจารณาลักษณะทั่วไปของข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการดำเนินคดีอาญา จะเห็นว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการระบุตัวตน สำหรับการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานในชั้นสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[11] โดยพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

2.2.1 การตรวจตัวบุคคล

มาตรา 132(1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[12] ให้อำนาจพนักงานสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานโดยการตรวจตัวผู้ต้องหาและผู้เสียหาย ซึ่งการตรวจตัวบุคคลมีระดับการกระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายน้อยกว่ากระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ แต่พยานหลักฐานบางชนิด

---

[10]มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ... สำนักนายกรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (คณะรัฐมนตรี (ประยุทธ์ จันทร์โอชา)); ณรงค์ ใจหาญ, **หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๑** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), หน้า 16-17; สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, **การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศ**, สำนักอัยการสูงสุด, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), หน้า 17.

[11]มาตรา 131 และ 130 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา; มาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

[12]มาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งการรวบรวมหลักฐานให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) ตรวจตัวผู้เสียหายเมื่อผู้นั้นยินยอม หรือตรวจตัวผู้ต้องหา หรือตรวจสิ่งของหรือที่ทางอันสามารถอาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้ ให้รวมทั้งทำภาพถ่าย แผนที่ หรือภาพวาดจำลอง หรือพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า กับให้บันทึกรายละเอียดทั้งหลายซึ่งน่าจะกระทำให้คดีแจ่มกระจ่างขึ้น

ในการตรวจตัวผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาตามวรรคหนึ่ง หากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นหญิง ให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาจะขอนำบุคคลใดมาอยู่ร่วมในการตรวจนั้นด้วยก็ได้.”

ที่ถูกเก็บรวบรวมตามมาตรา 132(1) ก็มีลักษณะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 อันได้แก่ การจำลองและพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า ซึ่งถือเป็นข้อมูลชีวภาพ[13] ที่มีลักษณะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษตามสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคล และจะจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะและมีบทบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น[14]

นอกจากนี้ มาตรา 132(1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังได้นำหลักความยินยอมในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวมาใช้กับผู้เสียหายเท่านั้น แต่ไม่นำมาใช้กับผู้ต้องหา เพราะถือเป็นหนึ่งในบทบัญญัติแห่งการจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น การไม่นำหลักความยินยอมมาใช้กับผู้ต้องหาจึงย่อมกระทำได้ แต่ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายหลังเมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) นอกจากไม่ปรากฏหลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวแล้ว ยังไม่ปรากฏว่าพนักงานสอบสวนมีหน้าที่จะต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว รวมถึงผลของการปฏิเสธการให้ข้อมูลแก่ผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบ เพื่อให้ผู้ต้องหาสามารถคาดการณ์และประเมินผลแห่งการปฏิเสธข้อมูลจากข้อมูลที่ได้รับแจ้งอย่างครบถ้วน เพราะหากผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) จะต้องถูกดำเนินคดีตามมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น เมื่อพิจารณาการจำกัดสิทธิของผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล กรณีจึงถือเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลที่เป็นการเพิ่มภาระเกินสมควรแก่เหตุ และกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ขัดต่อมาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560[15]

2.2.2 การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานโดยวิธีทางวิทยาศาสตร์

มาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พนักงานสอบสวนจะกระทำได้ต่อเมื่อคดีมีอัตราโทษอย่างสูงเกิน 3 ปี เป็นการดำเนินกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่จำเป็นต้องล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของบุคคลอันเป็นการกระทำที่กระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย

---

[13]มาตรา 26 วรรคสอง พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “ข้อมูลชีวภาพตามวรรคหนึ่งให้หมายถึงข้อมูลส่วนบุคคลที่เกิดจากการใช้เทคนิคหรือเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการนำลักษณะเด่นทางกายภาพหรือทางพฤติกรรมของบุคคลมาใช้ทำให้สามารถยืนยันตัวตนของบุคคลนั้นที่ไม่เหมือนกับบุคคลอื่นได้ เช่น ข้อมูลภาพจำลองใบหน้า ข้อมูลจำลองม่านตา หรือข้อมูลจำลองลายนิ้วมือ.”

[14]มาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

[15]มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; มาตรา 19 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

ของมนุษย์อันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ดังนั้น การดำเนินกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์จึงได้นำฐานความยินยอมในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลมาใช้ อย่างไรก็ดี กระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ได้เก็บส่วนประกอบของร่างกายที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย เช่น ตัวอย่างเลือด เนื้อเยื่อ ผิวหนัง เส้นผมหรือขน น้ำลาย ปัสสาวะ อุจจาระ สารคัดหลั่ง สารพันธุกรรม อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏว่าการเก็บส่วนประกอบร่างกายต่าง ๆ ถูกนำไปดำเนินการต่อเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลอย่างไร แต่ในทางปฏิบัติเมื่อส่วนประกอบร่างกายได้ถูกเก็บตัวอย่างตามมาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไปแล้ว จะต้องถูกนำไปทดสอบพันธุกรรม เพื่อวิเคราะห์สารพันธุกรรมต่าง ๆ อันจะได้มาซึ่งข้อมูลพันธุกรรม ที่ถือเป็นหนึ่งในข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ด้วยเช่นกัน ซึ่งมาตรา 131/1 กลับไม่ปรากฏหลักเกณฑ์หรือวิธีการให้ความยินยอมของบุคคลที่อาจถูกเก็บข้อมูลส่วนบุคคลได้ แต่หากผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรานี้โดยไม่มีเหตุอันสมควร ก็จะต้องได้รับผลร้ายจากการสันนิษฐานทันทีโดยไม่มีการพิจารณาจากศาลเพื่อทบทวนถึงความชอบด้วยกฎหมายหรือความจำเป็นและได้สัดส่วนในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 131/ 1 อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักถ่วงดุลอำนาจโดยศาล ทั้งยังไม่เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระในการให้ความยินยอมอีกด้วย[16]

2.3 ปัญหาการนำกฎหมายอาญามาใช้กับการปฏิเสธการพิมพ์ลายนิ้วมือของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน

เดิมที ในช่วงรัฐประหาร พ.ศ. 2549 มีการประกาศใช้ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับการยุติธรรมทางอาญา ลงวันที่ 29 กันยายน พุทธศักราช 2549[17] ในส่วนที่กำหนดให้เป็นความผิดและโทษทางอาญา ได้บัญญัติให้ผู้ต้องหามีหน้าที่ในการพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้าตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน หากปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าจะเป็นข้อมูลทั่วไปหรือข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว

---

[16]Article 5 DIRECTIVE (EU) 2016/680 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016; มาตรา 28 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560; อุทัย อาทิเวช, **การสอบสวน** (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ. พริ้นติ้ง, 2562), หน้า 173-174.

[17]ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับการยุติธรรมทางอาญา บัญญัติว่า “โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหน้าที่ของผู้ต้องหาในคดีอาญาให้พิมพ์ลายนิ้วมือตามคำสั่งของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อให้มีประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดกฎหมาย คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงมีประกาศดังต่อไปนี้

ตามคำสั่งจะต้องมีความผิดและได้รับโทษทางอาญา โดยเนื้อหาบางส่วนของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 ได้วินิจฉัยว่า การปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ มิใช่การกระทำที่ร้ายแรงหรือกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของบ้านเมืองถึงขนาดต้องบัญญัติให้มีความผิดและโทษทางอาญา ทั้งได้เปรียบเทียบระหว่างความผิดและโทษทางอาญาตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ กับมาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่มีมาตรการบังคับทางกฎหมายอื่นทดแทนเมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน อันได้แก่ หลักการสันนิษฐานเบื้องต้นว่า ข้อเท็จจริงเป็นไปตามผลการตรวจพิสูจน์แม้จะเป็นผลเสียต่อผู้ต้องหา และด้วยผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 จึงทำให้ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ ถูกยกเลิกไป เนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560[18]

อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 ยังมีความขัดแย้งกันในเรื่องการนำโทษทางอาญามาปรับใช้กับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เนื่องจากคำวินิจฉัยได้ยกเลิกโทษทางอาญาเฉพาะตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ เพราะการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวมิใช่การกระทำร้ายแรงถึงขนาดต้องบัญญัติให้มีความผิดและโทษทางอาญา แต่ในตอนท้ายของคำวินิจฉัยก็ได้วางแนวทางให้นำโทษทางอาญาทั่วไป ในมาตรา 368 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาใช้กับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามคำสั่งของเจ้าพนักงานแทน ทั้งที่บทบัญญัติดังกล่าวก็ยังคงเป็นความผิดและโทษทางอาญาเช่นเดียวกัน และยังมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2565 ที่มีข้อเท็จจริงและได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 เพียงแต่แตกต่างกันในบทบัญญัติที่นำมาปรับใช้กับการกระทำความผิด และแม้ว่ามาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะไม่ได้บัญญัติไว้ให้เป็นหน้าที่ของผู้ต้องหาในการพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้าเช่นในประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ แต่มาตรา 132(1) ก็ยังให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการออกคำสั่งเพื่อเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวได้ ซึ่งหากผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวปฏิเสธคำสั่ง ก็จะต้องมีความผิดและโทษทางอาญาตามมาตรา 368 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ดี แม้มาตราดังกล่าวจะเป็นความผิดลหุโทษที่มีโทษจำคุกและปรับจำนวนน้อยกว่าประกาศคณะปฏิรูปการ

ผู้ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีหน้าที่ต้องพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้าตามคำสั่งของพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดฐานกระทำความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ.”

[18]คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562.

ปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ แต่เมื่อพิจารณาลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับความผิดลหุโทษในประเทศไทย ส่วนใหญ่จะพบว่าไม่ได้มีลักษณะเป็นอาชญากรรมโดยแท้ แต่เป็นมาตรการหนึ่งของรัฐเพื่อปราบปรามพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ของคนในสังคม ทั้งการกระทำทางอาญาในความผิดลหุโทษก็มีลักษณะที่ทับซ้อนกับการกระทำทางปกครอง แต่การดำเนินคดีในความผิดลหุโทษก็ยังคงอยู่ในรูปแบบของการดำเนินคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ได้นำมาตรการบังคับทางปกครองและพระราชบัญญัติการปรับเป็นพินัยมาใช้กับการกระทำความผิดลหุโทษ ซึ่งรวมถึงมาตรา 368 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญาด้วย[19] นอกจากนี้ การนำมาตรา 368 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญามาใช้กับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ยังสะท้อนให้เห็นถึงการนำความผิดและโทษทางอาญามาใช้บังคับเป็นอันดับแรกกับการกระทำที่ไม่ได้เหมาะสมให้นำความผิดและโทษทางอาญามาใช้ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักการบังคับใช้กฎหมายอาญาที่ควรนำมาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย แต่รัฐไม่ได้กำหนดมาตรการบังคับอื่น ๆ ไว้สำหรับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงต้องนำความผิดและโทษทางอาญาตามมาตรา 368 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญามาบังคับใช้เพียงอย่างเดียว[20]

2.4 ปัญหาดุลยภาพในการจำกัดสิทธิของผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 นอกจากจะได้วินิจฉัยถึงการกำหนดความผิดและโทษทางอาญาสำหรับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวแล้ว ยังได้วินิจฉัยความสมดุลระหว่างการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) และหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) ไว้ในเรื่องการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามคำสั่งของเจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรม โดยวินิจฉัยในทำนองว่า *"ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ เฉพาะความในส่วนที่กำหนดให้เป็นความผิดและโทษทางอาญาเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มภาระและจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกายเกินสมควรแก่เหตุ ไม่ได้สัดส่วนและไม่มีความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับเมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิเสรีภาพที่ประชาชนจะต้องสูญเสียไป"* ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าการกำหนดมาตรการบังคับสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวควรต้องดำเนินไปตามหลักการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคล

---

[19]พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562; คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2565; คณิต ณ นคร, **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 168; ชาญชัย แสวงศักดิ์, **โทษทางปกครอง : กฎหมายเปรียบเทียบ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 29 และ 35-37.

[20]ปกป้อง ศรีสนิท, เรื่องเดิม, หน้า 34.

ตามรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 26 ทั้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 ยังได้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงหลักภยันตราย (Principle Harm) และหลักนิติธรรม (Rule of law) มาใช้กับกรณีดังกล่าวด้วย ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่กำหนดมาตรการบังคับที่เหมาะสมเพื่อบังคับให้ผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการดำเนินคดีอาญาต้องเกิดภาระหรือความรับผิดได้เท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น[21]

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 2/2565 ก็ได้วินิจฉัยในทำนองว่า คำสั่งของเจ้าพนักงานในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ถือเป็นคำสั่งทั่วไป และเป็นไปเพื่อทั้งประโยชน์ของรัฐและผู้ต้องหาด้วย เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลเพื่อระบุตัวตนผู้ต้องหา อันจะบอกได้ว่าเป็นบุคคลเดียวกันกับที่รัฐระบุว่าเป็นผู้ต้องหาหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณามาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดวัตถุประสงค์ของการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวไว้ว่า *“เพื่อประโยชน์แห่งการรวบรวมพยานหลักฐาน”* และ *“ให้บันทึกรายละเอียดทั้งหลายซึ่งน่าจะทำให้คดีแจ่มกระจ่างขึ้น”* เท่านั้น มิได้บัญญัติวัตถุประสงค์ไว้ชัดเจนสำหรับการระบุตัวตนผู้ต้องหาแต่อย่างใด แต่เป็นการตีความวัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวอย่างกว้างสำหรับการดำเนินคดีทางอาญา ทำให้ผู้ต้องหาที่ถูกเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวไม่อาจทราบวัตถุประสงค์ที่แน่ชัดของการเก็บรวบรวมข้อมูล[22] และการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อดำเนินคดีอาญาก็ยังถือเป็นหนึ่งในการจำกัดสิทธิเพื่อประโยชน์สาธารณะที่รัฐสามารถจำกัดสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้[23] โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล แต่การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดังกล่าว รัฐยังสามารถนำข้อมูลที่ได้จากการพิมพ์ลายนิ้วมือไปดำเนินกิจการอื่นเกี่ยวกับเจ้าของลายนิ้วมือต่อไปได้ แต่กลับไม่ปรากฏขอบเขตที่ชัดเจนในการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อดำเนินคดีทางอาญาก็ไม่เป็นไปตามหลักดุลยภาพในการจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลแต่อย่างใด[24] ทั้งเมื่อศึกษาถึงความเห็นส่วนตน

---

[21]คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562; Stanford Encyclopedia of Philosophy, **Mill’s Moral and Political Philosophy** [Online], available URL: https://plato.stanford.edu/entries/mill-moral-political/, 2022, (Aug 22); Herbert L. Packer, “Two models of the Criminal Process,” **University of Pennsylvania Law Review** 113 (November 1964): 13-22.

[22]คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2565; มาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา; Kruslin v France 12 EHRR 547 24 April 1990; Iordachi and others v Moldova 25198/02 [2009] ECHR 256.

[23]มาตรา 25 และ 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; มาตรา 4(5) พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562.

ของของศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ นายวรวิทย์ กังศศิเทียม และดร. ปัญญา อุดชาชน จะพบว่าทั้งในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 และ 2/2565 และความเห็นส่วนตนของตุลาการทั้งสามไม่ได้วินิจฉัยถึงเนื้อหาแห่งสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ตามมาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ปรากฏเพียงว่าการเก็บลายพิมพ์นิ้วมือตามประกาศคณะปฏิรูปในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 เป็นการกระทบต่อสิทธิเนื้อตัวร่างกาย อย่างไรก็ดี ลายพิมพ์นิ้วมือ เป็นหนึ่งในข้อมูลส่วนบุคคลที่ควรได้รับการคุ้มครองเช่นกัน แต่ศาลไม่ได้วินิจฉัยถึงเนื้อหาแห่งสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลไว้ และการจะพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิของรัฐเป็นการเพิ่มภาระเกินสมควรแก่ประชาชนตามมาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หรือไม่ และเป็นได้สมดุลการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของรัฐและสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่นั้น จำเป็นต้องวินิจฉัยถึงเนื้อหาแห่งสิทธิด้วย[25]

การออกคำสั่งเพื่อเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวสำหรับการสอบสวนของพนักงานสอบสวน ทั้งในมาตรา 131/1 และมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ไม่ปรากฏหลักการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้ ทั้งในมาตรา 131/1 พนักงานสอบสวนมีอำนาจออกคำสั่งกับผู้ต้องหาได้ทันที โดยที่องค์กรอื่นมิได้มีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งดังกล่าว และเมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวสำหรับการสอบสวน โดยเฉพาะการเก็บลายพิมพ์นิ้วมือในมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กลับมีความผิดและต้องโทษทางอาญา โดยปราศจากการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เหมาะสมเพื่อเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวสำหรับการสอบสวนของพนักงานสอบสวน ซึ่งถือเป็นการเพิ่มภาระเกินสมควรให้กับผู้ต้องหาด้วย[26]

---

[24]คำพิพากษาฎีกาที่ 3098/2566.

[25]คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมที่ 2/2562 และ 2/2565; สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, **รวมคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ประจำปี ๒๕๖๒ เล่ม ๑** (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับบลิชชิ่ง, 2562), หน้า 88-90 และ 100-112; สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, **รวมคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ประจำปี ๒๕๖๕ เล่ม ๑** (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับบลิชชิ่ง, 2562), หน้า 79-90 และ 96-99.

[25]มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, “**การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศ**,” หน้า 160-161.

[26]Article 1 (1) Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016.

3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการดำเนินคดีอาญา

3.1 คำสั่ง (สหภาพยุโรป) ที่ 2016/680 ของสภายุโรปและที่ประชุมยุโรป (Directive (EU) 2016/680 : DSRL-JI)

คำสั่ง (สหภาพยุโรป) ที่ 2016/680 ของสภายุโรปและที่ประชุมยุโรป (DSRL-JI) มีวัตถุประสงค์เพื่อการสืบสวนสอบสวนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รวมถึงการบังคับใช้บทลงโทษทางอาญา และคุ้มครองเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล[27] ซึ่งจะสามารถประมวลผลข้อมูลได้ตราบเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ และต้องแจ้งแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นลายลักษณ์อักษรถึงการจำกัดการเข้าถึงนั้น อันเป็นมาตรการที่จำเป็นและได้สัดส่วน ทั้งยังต้องคำนึงถึงการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มากเกินไป ไม่เก็บข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไว้นานเกินความจำเป็นและเกินกว่าวัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล[28]

สำหรับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลลักษณะพิเศษ (Special categories of personal data) เพื่อการระบุตัวตนบุคคล จะกระทำได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นอย่างเคร่งครัด และมีหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่เหมาะสม ทั้งการเก็บรวบรวม ใช้ และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว จะต้องไม่ก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล[29] ทั้งนี้ การให้ความยินยอมตามวัตถุประสงค์ของการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ไม่ควรถูกนำมาเป็นฐานทางกฎหมายสำหรับการเก็บรวบรวมใช้ และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล เพราะหากเจ้าของข้อมูลถูกกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันทางกฎหมาย หรือหากต้องได้รับผลทางกฎหมายจากการปฏิเสธเก็บรวบรวม ใช้ และประมวลผลข้อมูลส่วน ก็ถือว่าไม่มีอิสระในการให้ความยินยอมอย่างแท้จริง อย่างไรก็ดี DSRL-JI มิได้ห้ามการนำฐานความยินยอมมาใช้กับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่อย่างใด[30]

---

[27]Article 5 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016.

[28]Article 10 and 11 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016.

[29]Recital 35 and 37 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016.

[30]Recital 35 and 37 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016.

3.2 สิทธิเสรีภาพและประโยชน์สาธารณะ

3.2.1 การควบคุมอาชญากรรม (Crime Control)

แนวคิดการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) มีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นปราบปรามพฤติกรรมอาชญากรรม จึงทำให้มุมมองการบังคับใช้กฎหมายเข้มงวด เพราะเกรงว่าหากไม่บังคับใช้อย่างเข้มงวดแล้ว จะทำให้กฎหมายไม่สามารถควบคุมสังคมได้อีกต่อไป แนวคิดนี้จึงเน้นกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีประสิทธิภาพและคุ้มครองผู้เสียหายโดยไม่ได้คำนึงถึงสิทธิของผู้ต้องหาเท่าที่ควร นอกจากนี้ ยังให้อำนาจแก่ตำรวจเพื่อสืบสวน สอบสวน และค้นหาพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวาง จนอาจกระทบสิทธิของผู้ต้องหาจนเกินส่วนได้ และแนวคิดนี้ยังมีมุมมองว่ารัฐจำเป็นต้องลดทอนกระบวนการทางการปกครองอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องลงให้น้อยที่สุด เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายและการพิจารณาคดี โดยให้ความสำคัญด้านการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลเป็นเรื่องรอง[31]

3.3.2 หลักศุภนิติกระบวนการ (Due process)

หลักศุภนิติกระบวนการ (Due process) มักถูกนำมาชั่งน้ำหนักกับแนวคิดการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) แนวคิดนี้ยังคงมุ่งเน้นถึงการปราบปรามอาชญากรรมในสังคม แต่ได้ตระหนักถึงปัญหาของการพิจารณาคดีตามแนวคิดการควบคุมอาชญากรรม ซึ่งอาจเกิดความผิดพลาดของพยานหลักฐาน ซึ่งอาจมีอคติต่อผู้ต้องสงสัยหรือผู้ต้องหาได้[32] แนวคิดจึงปรับปรุงหลักการให้มุ่งเน้นกระบวนการพิจารณาคดีแบบโปร่งใสและเป็นกลาง และให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ แต่ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงประสิทธิภาพในการควบคุมอาชญากรรม เพื่อให้คงไว้ซึ่งวัตถุประสงค์ในการปราบปรามอาชญากรรมด้วย โดยแนวคิดกระบวนการนิติธรรมได้นำหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ (presumption of innocence) ซึ่งศาลจะต้องพิพากษาว่าบุคคลมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญาได้ต่อเมื่อมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมตั้งแต่ต้นน้ำสู่ปลายน้ำ และปฏิบัติโดยหน่วยงานที่มีอำนาจตามที่ได้รับมอบหมาย นอกจากนี้ ศาลจะต้องพิจารณาถึงความรุนแรงของการกระทำผิด อายุความที่ไม่นานจนเกินไป และต้องไม่เคยกระทำผิดซ้ำ หรือไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่ซ้ำและซับซ้อน เป็นต้น แม้หลักการเหล่านี้จะไม่ใช่เนื้อหาแห่งคดี แต่ศาลก็จำเป็นที่จะต้องนำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาร่วมกับเนื้อหาและข้อเท็จจริงแห่งคดีเพื่อเป็นประโยชน์แก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาและพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของจำเลย[33]

---

[31]คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, **แนวทางการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, 2559), หน้า 53; สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, **"การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศ,"** หน้า 17; Herbert L. Packer, **"**Two models of the Criminal Process," **University of Pennsylvania Law Review** 113, 1 (November 1964): 1-68.

[32]Herbert L. Packer, ibid.

[33]Ibid.

4. กฎหมายต่างประเทศ

4.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอยู่ภายใต้สหภาพยุโรปจึงมีภาระผูกพันที่จะต้องบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องตามกฎหมายหรือคำสั่งของสหภาพยุโรปไปปรับใช้ภายในประเทศด้วย จึงตรากฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เข้มงวด อันได้แก่ กฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ (BDSG) และการใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ ครอบคลุมถึงกรณีที่กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย หากกรณีที่ไม่ได้มีบัญญัติเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ก็จะต้องนำกฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์มาใช้บังคับ รวมถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วย[34]

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (German Code of Criminal Procedure หรือ StPO) ยังมีบทบัญญัติว่าด้วยการประมวลผลข้อมูลอันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการดำเนินการเก็บข้อมูลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[35] เป็นต้น และยังมีบทบัญญัติที่กำหนดถึงการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ (BDSG) โดยให้นำส่วนที่ 3 ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ (BDSG)[36] มาใช้เท่าที่จะมีผลบังคับไม่ขัดกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย อันสะท้อนให้เห็นว่า สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเยอรมนีนำกฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ (BDSG) มาใช้กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยกำหนดไว้ทั้งในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ (BDSG) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) อย่างครอบคลุมและชัดเจน[37]

4.1.1 การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานที่กระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1) การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่ไม่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย

การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่ไม่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย อันได้แก่ การเก็บ

---

[34]§1 (2) and (7) Bundesdatenschutzgesetz; Recital 44 Directive (EU) 2016/680 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016; European Commission, **Implementing EU Law** [Online], available URL: https://commission.europa.eu/law/application-eu-law/implementing-eu-law_en.

[35]§ 483, 487, 486, 489, 491 Strafprozeßordnung.

[36]Teil 3 Bestimmungen für Verarbeitungen zu Zwecken gemäß Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie (EU) 2016/680.

[37]§ 500 Strafprozeßordnung.

ลายพิมพ์นิ้วมือและภาพถ่าย ซึ่งเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการระบุตัวผู้ต้องหาและประโยชน์ในการสอบสวนคดีอาญา อันเป็นขั้นตอนหนึ่งของการตรวจตัวผู้ต้องหา[38]

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (StPO) มาตรา 81b บัญญัติถึงวัตถุประสงค์แห่งการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อการระบุตัวผู้ต้องหาและเงื่อนไขที่สามารถเก็บข้อมูลผู้ต้องหาไว้อย่างชัดเจน[39] ซึ่งสะท้อนถึงหลักความโปร่งใสในการจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่กระทบถึงสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว อย่างไรก็ดี แม้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นำกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาใช้กับการดำเนินคดีทางอาญาก็ตาม แต่สำหรับฐานความยินยอมในการเก็บลายพิมพ์นิ้วมือและภาพถ่ายในการดำเนินคดีอาญาไม่ได้ถูกนำมาใช้ด้วย เพราะเป็นไปตามหลักการจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล[40]

2) การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย

กระบวนการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อนำไปวิเคราะห์ข้อมูลให้ได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่เป็นกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์จำเป็นจะต้องล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของบุคคลเพื่อเก็บส่วนประกอบของร่างกาย มาตรา 81a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันจึงได้นำหลักตรวจสอบถ่วงดุลโดยศาลมาใช้ด้วย กล่าวคือ ต้องได้รับอนุมัติจากศาลเท่านั้น เว้นแต่อาจเป็นการล่าช้าต่อการดำเนินกระบวนการสอบสวนและไม่ต้องได้รับความยินยอม อย่างไรก็ดี ฐานความยินยอมถูกนำมาใช้ในขั้นตอนของการวิเคราะห์ประมวลผลส่วนประกอบของร่างกายที่ได้เก็บไปตามมาตรา 81a ไปเปรียบเทียบอ้างอิงกับพยานวัตถุเพิ่มเติม เจ้าพนักงานยังคงต้องได้รับความยินยอมจากผู้ต้องหาเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น[41]

---

[38]§ 46 (14) Bundesdatenschutzgesetz; Article 10, 11 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016; Recital 51 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016.

[39]§ 81b (1), (2) Strafprozeßordnung.

[40]Recital 35 DIRECTIVE (EU) 2016/680 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016; Article 5 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016; Kruslin v France 12 EHRR 547 24 April 1990; Iordachi and others v Moldova 25198/02 [2009] ECHR 256; Simon Schwichtenberg, “Das neue BDSG und die stop,” in **Neue Kriminalpolitik** 32, 1 (2020): 103; กรรภิรมย์ โกมลารชุน อุดม รัฐอมฤต, **หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามแนวความคิดของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป เล่ม 1 บททั่วไปและคดีอาญาชั้นสอบสวน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2568), หน้า 194; คณาธิป ทองรวีวงศ์, **การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559), หน้า 48-49.

[41]§81a, 81e and 81f Strafprozeßordnung.

อย่างไรก็ดี แม้มาตรา 81f ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน จะได้กำหนดว่าผู้ต้องหาจะต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร ในการนำพยานหลักฐานที่ได้มาตรวจวิเคราะห์ทางโมเลกุลเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว เว้นแต่ได้รับอนุมัติจากศาล แต่ก็ไม่ได้กำหนดว่าผู้ต้องหาจะต้องได้รับแจ้งเกี่ยวกับผลกระทบของการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันได้กำหนดความยินยอมไว้โดยเฉพาะสำหรับเรื่องนี้แล้ว จึงไม่สามารถนำฐานความยินยอมของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลสหพันธ์มาใช้บังคับได้[42]

4.1.2 การกำหนดความผิดและโทษทางอาญากรณีปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของสหพันธรัฐเยอรมนี

การดำเนินมาตรการบังคับเมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการดำเนินคดีทางอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้นำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับกับผู้ต้องหาเป็นอันดับแรก โดยพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1) มาตรการบังคับอื่นนอกจากการดำเนินคดีอาญา

(1) การควบคุมตัว

มาตรา 81b ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ได้กำหนดให้เจ้าพนักงานมีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาเพื่อเก็บข้อมูลตามวัตถุประสงค์แห่งมาตราดังกล่าวนี้ แม้ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดสำหรับการควบคุมตัวอันเป็นมาตรการบังคับทางปกครองไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถอนุมานได้จากคำว่า *“แม้จะขัดต่อความประสงค์ของผู้ต้องหา”* นอกจากนี้ เจ้าพนักงานสามารถนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้กับผู้ต้องหาได้ โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งเตือนล่วงหน้าและไม่ต้องมีคำสั่งจากศาล แต่ต้องไม่เกินความจำเป็นสำหรับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวทั้งในแง่ของระยะเวลาและระดับความเข้มข้นของการจำกัดเสรีภาพ โดยรูปแบบการควบคุมตัวผู้ต้องหาที่เป็นมาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา 81b ถือเป็นการจำกัดสิทธิระยะสั้น กระทำได้เท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่กรณี ดังนั้น การควบคุมตัวผู้ต้องหาเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงไม่ใช่การควบคุมตัวเพื่อการดำเนินคดีทางอาญา เมื่อการควบคุมตัวผู้ต้องหาเพื่อการระบุตัวผู้ต้องหาตามมาตรา 81b ไม่ใช่การกักขังเพื่อดำเนินคดีอาญาตามรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงไม่ต้องได้รับอนุญาตจากศาล[43]

---

[42]§ 51 Bundesdatenschutzgesetz; § 81f Strafprozeßordnung; Simon Schwichtenberg, ibid.

[43]Article 104 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; BVerfG 1 BvR 47/05 (1.Kammer des Ersten Senats) - Beschluss vom 8. März 2011 (LG Hamburg/HansOLG Hamburg).

(2) การใช้กำลังบังคับ

มาตรา 81b ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้เจ้าพนักงานใช้กำลังบังคับเมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว อย่างไรก็ดี สามารถอนุมานได้จากบทบัญญัติมาตรา 81b วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกับการควบคุมตัวผู้ต้องหา และคำพิพากษาอื่น ๆ ซึ่งคล้ายคลึงกับมาตรการใช้กำลังบังคับเพื่อวัตถุประสงค์การระบุตัวผู้ต้องหา[44]

2) มาตรการลงโทษทางอาญา

ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (StGB) ไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดความผิดสำหรับการปฏิเสธหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งให้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลในการดำเนินคดีทางอาญาไว้โดยเฉพาะ แต่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติความผิดสำหรับกรณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าพนักงานไว้ แบ่งได้ 2 กรณี ได้แก่ การต่อต้านขัดขวางเจ้าพนักงาน มาตรา 113 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Widerstand Gegen Vollstreckungsbeamte) และการทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงาน มาตรา 114 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Tätlicher Angriff auf Vollstreckungsbeamte) รวมถึงการต่อต้านหรือการทำร้ายร่างกายบุคคลที่เทียบเท่ากับเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่บังคับใช้กฎหมาย มาตรา 115 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (Widerstand gegen oder tätlicher Angriff auf Personen, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen)[45]

ความหมายของ *“การใช้กำลัง”* ตามมาตรา 113 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน หมายถึง การใช้กำลัง โจมตี ขู่เข็ญ โดยมุ่งหมายไปที่เจ้าหน้าที่ให้ส่งผลต่อกายภาพหรือร่างกายของเจ้าหน้าที่ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม และจะต้องมีการใช้กำลังและมุ่งเน้นไปที่ร่างกายของเจ้าหน้าที่โดยตรง ดังนั้น มาตรา 113 จึงใช้กับกรณีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐระหว่างปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องใช้กำลังโจมตีหรือข่มขู่เพียงเท่านั้น ลำพังเพียงการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าหน้าที่โดยปราศจากการใช้กำลังโจมตีหรือการข่มขู่นั้นยังไม่ถือว่ามีความผิดทางอาญา[46]

4.2 สหรัฐอเมริกา

การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาเพื่อเก็บพยานวัตถุที่ได้จากร่างกายมนุษย์ (Physical Evidence) ในระดับรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา ได้นำหลักความถ่วงดุลของศาลมาใช้เพราะเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายถือเป็น

---

[44]Peter Rieß, Karl Schäter and Günter Wendisch, **Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar 24** (Berlin New York: Walter de Gruyter, 1988), pp. 129-130.

[45]§ 113, 114, 115 Strafgesetzbuch.

[46]OLG Bremen, 31.03.2021 - 1 Ss 50/20 (2 Ss 50/20).

หนึ่งในการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 4 ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ตำรวจจำเป็นที่จะต้องเก็บพยานวัตถุที่ได้จากร่างกายมนุษย์ ก็จะต้องคำนึงถึงหลักการยึดและค้น (Search and Seizure) ด้วย โดยเจ้าพนักงานยังจำเป็นที่จะต้องขอคำสั่งจากศาลเพื่อเก็บพยานวัตถุดังกล่าว เว้นแต่ในกรณีเหตุจำเป็นหรือเหตุฉุกเฉินที่ไม่สามารถขอออกหมายค้นจากศาลได้ จะต้องปรากฏสถานการณ์หรือข้อบ่งชี้อย่างชัดเจนว่า การค้นที่รุกล้ำเข้าไปในร่างกายนั้นจะทำให้พบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน ซึ่งหากเจ้าพนักงานไม่ทำการเก็บพยานวัตถุดังกล่าวในทันที อาจส่งผลให้พยานหลักฐานที่อาจเป็นประโยชน์กับการสอบสวนนั้นหายไป เช่น การเก็บตัวอย่างเลือดเพื่อค้นหาปริมาณแอลกอฮอลล์ ซึ่งจะต้องกระทำโดยแพทย์และอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ถูกต้องตามหลักปฏิบัติทางการแพทย์ โดยถือว่าไม่มีความเสี่ยงในการบาดเจ็บหรือเจ็บปวดต่อร่างกาย เว้นแต่เป็นกรณีที่บุคคลนั้นมีปัญหาสุขภาพหรือมีประเด็นเกี่ยวข้องทางศาสนา อาจใช้วิธีการทดสอบอื่น ๆ แทนได้ เช่น การทดสอบลมหายใจ (Breathalyzer) เป็นต้น[47]

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาออกคำสั่งของศาลสำหรับกรณีเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ ศาลสูงของรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกามักจะนำเรื่องสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลกับประโยชน์สาธารณะ โดยมุ่งเน้นหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) มาใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมของการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเป็นกรณีไป แต่เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงถือคำพิพากษาเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายด้วย จึงไม่มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายโดยชัดแจ้ง[48]

ทั้งนี้ มลรัฐนิวยอร์กมีการกำหนดเงื่อนไขสำหรับการพิมพ์ลายพิมพ์นิ้วมือเพื่อระบุตัวตนของผู้ต้องหาไว้เป็นการเฉพาะ ในมาตรา 160.10 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามลรัฐนิวยอร์ก (Criminal Procedure Law New York) ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าพนักงานในการพิมพ์ลายนิ้วมือผู้ถูกจับกุมหรือจำเลยหลังจากที่ได้มีการจับกุมหรือเรียกตัวมาตามหมายเรียกของศาล หากเป็นการจับภายใต้การกระทำความผิดทางอาญา ความผิดลหุโทษตามที่กำหนดในกฎหมายอาญา ความผิดลหุโทษที่กำหนดไว้นอกกฎหมายอาญาซึ่งจะถือว่าเป็นความผิดทางอาญาหากบุคคลนั้นมีคำพิพากษาในความผิดอาญา หรือเดินเร่ร่อนเพื่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้าประเวณี[49]

---

[47]246 Criminal Resource Manual; Schmember v. California, 384 U.S. 757.

[48]Winston v. Lee, 470 U.S. 753 (1985); KELLY v. UNITED STATES 909 F. 3d 550; Wex Definitions Team, **"common law"** [Online], available URL: https://www.law.cornell.edu/wex/common_law, 2020 (May, 25).

[49]Section 160.10 Criminal Procedure Law New York.

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามลรัฐนิวยอร์กยังได้กำหนดให้รูปถ่ายบุคคล ลายพิมพ์นิ้วมือ ลายฝ่ามือ จะต้องถูกทำลายทิ้งทั้งสิ้นภายหลังที่คดีสิ้นสุด ยกเว้นลายนิ้วมือดิจิทัลที่ได้รับมาจากฐานข้อมูลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา[50]

4.3 เครือรัฐออสเตรเลีย

จากการศึกษาพบว่า เครือรัฐออสเตรเลียเป็นเพียงประเทศเดียวที่ให้ความสำคัญกับความยินยอมของผู้ต้องหาในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวทั้งลายพิมพ์นิ้วมือและภาพถ่าย รวมถึงการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายที่เป็นกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ทั้งในระดับรัฐบาลกลางและมลรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย โดยมีการกำหนดวัตถุประสงค์สำหรับการเก็บข้อมูลที่เป็นลายพิมพ์นิ้วมือให้เป็นไปเพื่อการเก็บข้อมูลเพื่อระบุตัวตน (Identification material) อันปรากฏในรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญา ค.ศ. 1914 ได้กำหนดให้ข้อมูลเพื่อระบุตัวตน รวมถึงลายพิมพ์นิ้วมือนิ้วเท้า ลายพิมพ์มือ ลายพิมพ์เท้า หรือภาพถ่ายด้วย[51]

ในการเก็บข้อมูลเพื่อการระบุตัวตนนี้ เจ้าพนักงานจะต้องขอความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากผู้ต้องหาเสียก่อนหรือไม่ต้องขอความยินยอมหากมีเหตุอันจำเป็น (Necessary to do so)[52] และการพิจารณาคำสั่งอนุมัติจากศาล จะใช้กับกรณีการเก็บเพื่อระบุตัวตนจากผู้ต้องสงสัยเท่านั้น ซึ่งการออกคำสั่งนั้นจะต้องพิจารณาตามเงื่อนไขแห่งกฎหมาย ได้แก่ ความร้ายแรงของความผิด อายุของผู้ต้องสงสัยหรือความสามารถของบุคคล และเรื่องอื่น ๆ ตามสมควร หรือเป็นการเก็บข้อมูลเพื่อกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ตามบทที่ 1D ทั้งนี้ รัฐบัญญัติว่าด้วยความอาญา ค.ศ. 1914 ยังได้กำหนดเงื่อนไขในการทำลายข้อมูลเพื่อการระบุตัวตนไว้อีกด้วย อย่างไรก็ดี สำหรับการเก็บลายพิมพ์นิ้วมือนั้นไม่ได้ถูกจำกัดอยู่แค่การเก็บเพื่อระบุตัวตนผู้ต้องหาเท่านั้น แต่ยังปรากฏในการเก็บเพื่อกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ด้วย[53]

ทั้งกฎหมายระดับรัฐบาลกลางและมลรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลียล้วนมีบทบัญญัติแยกไว้อย่างชัดเจนสำหรับขั้นตอนการให้ความยินยอมของผู้ต้องหาซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปสำหรับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว อย่างไรก็ดี รัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาออสเตรเลีย ค.ศ. 1914 กำหนดข้อยกเว้นกรณีที่ไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ต้องหาไว้ เมื่อเจ้าพนักงานเชื่อว่ามีความจำเป็นหรือมีเหตุอันควรตามกฎหมายเท่านั้น (Probable Cause) แต่หากผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลอ่อนไหว ก็จะต้องรับผลร้ายของการปฏิเสธนั้น ซึ่งการให้ความยินยอมนี้สะท้อนให้เห็นว่า แม้การใช้ฐานความยินยอม

---

[50]Section 160.50 Criminal Procedure Law New York.

[51]Section 3ZJ (1), (6) and 6 (A) Crimes Act 1914.

[52]Section 3ZJ (3) Crimes Act 1914.

[53]Section 3ZJ (6), (6A), (7), 3ZK, 23WA Crimes Act 1914; CDPP Australia's Federal Prosecution Service, "Forensic Procedures, including Fingerprinting," **National Legal Direction** (August 2021): 1-3.

ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาออสเตรเลีย ค.ศ. 1914 จะยังไม่ใช่การให้ความยินยอมโดยอิสระ (Freely given) เพราะยังมีเงื่อนไขของการให้ความยินยอม แต่ก็เป็นประโยชน์สำหรับผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่จะได้รับทราบความเป็นไปของข้อมูลส่วนบุคคลของตน และได้รับแจ้งผลกระทบที่ตามมาภายหลังการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ซึ่งเป็นหนึ่งในเงื่อนไขสำคัญที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะได้ยินยอมหรือปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้[54]

5. วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

5.1 การใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงวิธีการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานในการดำเนินคดีอาญาที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ซึ่งถือว่าเป็นหนึ่งในกระบวนการเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลด้วย จึงสมควรจัดให้มีมาตรการคุ้มครองเป็นพิเศษด้วยเช่นกัน

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เข้มงวดเนื่องจากอยู่ภายใต้สหภาพยุโรป จึงมีภาระผูกพันที่จะต้องบัญญัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องตามกฎหมายหรือคำสั่งของสหภาพยุโรป โดยในส่วนที่ 3 ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ได้บัญญัติถึงการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในการสอบสวน การตรวจจับ หรือการดำเนินคดีความผิดทางอาญาหรือการบังคับใช้โทษทางอาญา เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของคำสั่ง (สหภาพยุโรป) ที่ 2016/680 ของรัฐสภายุโรปและคณะมนตรียุโรป (DSRL-JI) อันเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้เก็บตามวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญามาบังคับใช้ด้วย ซึ่งตรงกับมาตรา 500 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันยังได้บัญญัติรองรับให้นำส่วนที่ 3 ของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์มาบังคับใช้ในกรณีที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันไม่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะอีกด้วย ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายที่รองรับการใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ในการดำเนินคดีอาญาไว้อย่างครอบคุลมและชัดเจน[55]

---

[54]3ZJ Crimes Act 1914; Section 49 (2) Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002; Article 7 General Data Protection Regulation.

[55]Article 1 (1), (44) Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016; § 1 (1) Bundesdatenschutzgesetz; §1 (2) and (7) Bundesdatenschutzgesetz; § 500 Strafprozeßordnung; Christoph Enders, “A Right to have rights - German Constitutional Concept of Human Dignity”: 256-257; European Commission, **Implementing EU Law** [Online], available URL: https://commission.europa.eu/law/application-eu-law/implementing-eu-law_en, 2020 (May, 25).

อย่างไรก็ดี การใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับการดำเนินคดีอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีลักษณะคล้ายคลึงกับรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญา ค.ศ. 1914 ของเครือรัฐออสเตรเลียในระดับรัฐบาลกลาง เพราะได้กำหนดให้นำความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาใช้กับการดำเนินคดีอาญาด้วย แต่สำหรับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับหน่วยงานศาลหรือการสอบสวนในคดีอาญาของรัฐบาลกลางเครือรัฐออสเตรเลีย มีวัตถุประสงค์แตกต่างจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทย และกฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2539 ของประเทศไทยเสียมากกว่า[56]

สำหรับสหรัฐอเมริกา เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหรัฐอเมริกายังกระจัดกระจายอยู่หลายฉบับ ไม่มีบทกฎหมายทั่วไปที่ใช้เป็นกฎหมายกลาง ซึ่งแตกต่างจากเจตนารมณ์เบื้องหลังของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ของไทย การนำรูปแบบกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหรัฐอเมริกามาใช้จึงไม่เหมาะสมด้วยเหตุประการดังกล่าว

ดังนั้น เมื่อประเทศไทยมีกฎหมายกลางที่บังคับใช้ทั่วไป อันได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จึงควรวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นกฎหมายกลางในลักษณะเดียวกัน อันได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพราะลักษณะการใช้กฎหมายข้อมูลระดับสหพันธ์ของเยอรมันและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันสามารถแก้ปัญหาช่องโหว่ทางกฎหมายให้กับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้ทางหนึ่ง ประเทศไทยจึงควรนำรูปแบบของการปรับใช้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้[57]

5.2 การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่ไม่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย

จากการศึกษา การพิมพ์ลายนิ้วมือหรือภาพถ่ายของผู้ต้องหาของแต่ละประเทศอยู่ในขั้นตอนที่แตกต่างกันไป เช่น ประเทศไทยและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือเป็นขั้นตอนหนึ่งของการตรวจตัวผู้ต้องหา สหรัฐอเมริกาอยู่ในขั้นตอนของการเก็บลายนิ้วมือเพื่อการระบุตัวผู้ต้องหา และเครือรัฐออสเตรเลียทั้งระดับกฎหมายกลางและมลรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย การเก็บลายพิมพ์นิ้วมือและภาพถ่ายจะอยู่ทั้งในกระบวนการระบุตัวผู้ต้องหาและกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ด้วย และแม้ว่ากระบวนการเหล่านี้จะอยู่ในขั้นตอนที่แตกต่างกันแต่ก็ล้วนเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เพื่อระบุตัวผู้ต้องหาและเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนคดีอาญาทั้งสิ้น ทั้งลายพิมพ์นิ้วมือในความหมายของทั้งกฎหมายไทยและกฎหมาย

---

[56]หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540. (2540, 10 กันยายน). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 114 ตอนที่ 46 ก; Section 7 Australian Privacy Act 1988.

[57]Part 3 Bundesdatenschutzgesetz.

ต่างประเทศทั้งสาม และความหมายของข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทยและกฎหมายระหว่างประเทศล้วนแล้วแต่เป็นการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลชนิดพิเศษหรือข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวด้วย[58] อย่างไรก็ดี การเก็บข้อมูลลักษณะนี้ไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของบุคคล กฎหมายแต่ละประเทศจึงไม่ได้มีมาตรการเข้มงวดสำหรับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวชนิดนี้เท่าใดนัก แต่สำหรับเครือรัฐออสเตรเลียยังคงนำหลักความยินยอมมาใช้สำหรับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลประเภทนี้[59] โดยสามารถแยกเปรียบเทียบและวิเคราะห์ได้เป็นประเด็นดังต่อไปนี้

5.2.1 วัตถุประสงค์ของการพิมพ์ลายนิ้วมือหรือภาพถ่าย

เมื่อเปรียบเทียบวัตถุประสงค์การพิมพ์ลายนิ้วมือหรือภาพถ่ายผู้ต้องหาของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132(1) กับกฎหมายต่างประเทศทั้งสามที่ได้ศึกษา จะพบว่าประเทศไทยเป็นประเทศเดียวที่มิได้ระบุวัตถุประสงค์ของการพิมพ์ลายนิ้วมือหรือภาพถ่ายว่าเป็นการดำเนินการเพื่อระบุตัวผู้ต้องหา แต่บัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ในการรวบรวมพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม ในการจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล รัฐควรบัญญัติถึงวัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไว้อย่างชัดเจน เพื่อให้เป็นไปตามหลักความโปร่งใส[60]

5.2.2 ความยินยอมของผู้ต้องหา

การให้ความยินยอมโดยสมัครใจในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อดำเนินคดีอาญา ไม่ว่าจะในกฎหมายของประเทศใดยังคงมีความซับซ้อนอยู่มาก เนื่องจากบุคคลที่ให้ความยินยอมได้ เช่น ผู้ต้องหา อาจไม่มีสิทธิในการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวได้อย่างแท้จริง

---

[58]มาตรา 26 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562; Article 10, 11 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016; Recital 51 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016; § 46(14) Bundesdatenschutzgesetz.

[59]ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 132 (1); 249 Criminal Resource Manual; 3ZJ and 23WC Crimes Act 1914; Section 47 Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002; 81b (1) Strafprozeßordnung.

[60]ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 132 (1); Recital 35 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016; Article 5 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016; §160.10 New York Criminal Procedure Law; 3ZJ and 23WC Crimes Act 1914; Section 47 Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002; Kruslin v France 12 EHRR 547 24 April 1990; Iordachi and others v Moldova 25198/02 [2009] ECHR 256.

เนื่องจากสถานการณ์และสภาพแวดล้อมที่กดดันของกระบวนการสอบสวน การให้ความยินยอมจึงไม่อาจถือว่าเป็นการแสดงเจตจำนงที่อิสระได้ (Freely given) แต่จากการศึกษาพบว่า ประเทศออสเตรเลียเป็นเพียงประเทศเดียวที่ให้ความสำคัญกับความยินยอมของผู้ต้องหาในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่เป็นลายพิมพ์นิ้วมือและภาพถ่าย อย่างไรก็ดี รัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาออสเตรเลีย ค.ศ. 1914 กำหนดข้อยกเว้นกรณีที่ไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ต้องหาไว้ เมื่อเจ้าพนักงานเชื่อว่ามีความจำเป็นหรือมีเหตุอันควรตามกฎหมายเท่านั้น (Probable Cause) ประเด็นนี้สะท้อนให้เห็นว่าแม้การใช้ฐานความยินยอมในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาออสเตรเลีย ค.ศ. 1914 แม้จะยังไม่ใช่การให้ความยินยอมโดยอิสระ (Freely given) แต่ก็เป็นประโยชน์สำหรับผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่จะได้รับทราบความเป็นไปของข้อมูลส่วนบุคคลของตน (Foreseeable) และได้รับแจ้งผลกระทบที่ตามมาภายหลังการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว พร้อมทั้งผลที่ตามมาจากการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ซึ่งเป็นหนึ่งในเงื่อนไขสำคัญที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะได้ยินยอมหรือปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ และถือเป็นการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ต้องหาในทางหนึ่งเพราะแม้บุคคลที่อยู่ในฐานะผู้ต้องหาอาจถูกลิดรอนสิทธิบางประการ แต่ในฐานะของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลผู้ต้องหาควรได้รับแจ้งรายละเอียดแห่งการเก็บ รวบรวม และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของตนเองเพื่อคาดการณ์ถึงสิ่งที่อาจเกิดขึ้นกับข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของตนเองได้ (foreseeable) และแม้ความยินยอมนี้อาจจะถือว่าไม่มีอิสระในการให้ความยินยอมอย่างแท้จริง แต่คำสั่ง (สหภาพยุโรป) ที่ 2016/680 ของสภายุโรปและที่ประชุมยุโรป (DSRL-JI) ก็มิได้ห้ามการนำฐานความยินยอมมาใช้กับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น รูปแบบของฐานความยินยอมในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของประเทศออสเตรเลียจึงเป็นประโยชน์แก่ผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ประเทศไทยควรนำมาพิจารณาปรับใช้ด้วย[61]

ปัญหาการมิได้นำฐานความยินยอมมาใช้เป็นบทกฎหมายทั่วไปส่งผลกระทบอย่างยิ่งกับความชอบธรรมในการนำมาตรการบังคับหรือโทษทางอาญามาใช้เมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว แม้ว่าจะมีการบัญญัติข้อยกเว้นการนำฐานความยินยอมมาใช้สำหรับกรณีมีความจำเป็นหรือมีเหตุอันควรตามกฎหมายแต่เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ต้องขอความยินยอมตามเหตุที่กฎหมายกำหนด (Probable Cause) เท่านั้น กรณีอื่น ๆ ก็ยังต้องขอความยินยอมจากผู้ต้องหาอยู่เช่นเดิม เพื่อไม่ให้ผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องรับภาระและถูกลิดรอนสิทธิส่วนบุคคล

---

[61]Section 3ZJ Crimes Act 1914; Section 49 (2) Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002; Article 7 General Data Protection Regulation; Recital 35 and 37 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016.

เกินสมควร[62] จึงสมควรที่จะมีการแก้ไขมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยเฉพาะในส่วนที่เป็นการเก็บลายพิมพ์นิ้วมืออันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว โดยนำฐานความยินยอมมาใช้และกำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ต้องใช้ความยินยอมกรณีเหตุจำเป็นหรือมีเหตุอันควรตามกฎหมาย (Probable Cause) ตามหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมของรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญา ค.ศ. 1914[63]

5.3 การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย

กระบวนการนิติวิทยาศาสตร์เป็นกระบวนการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานที่จำเป็นจะต้องล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของบุคคลเพื่อนำไปวิเคราะห์ข้อมูลให้ได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ดังนั้น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการนี้ ทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศจึงมีหลักเกณฑ์การเก็บพยานหลักฐานโดยกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ที่ซับซ้อนกว่าการเก็บลายพิมพ์นิ้วมือและภาพถ่าย อันจะได้พิจารณาต่อไปนี้

5.3.1 ความยินยอม

แม้สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหรัฐอเมริกาไม่ได้นำฐานความยินยอมมาใช้กับการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวด้วยกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ แต่การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์จะต้องได้รับอนุมัติจากศาลเท่านั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่อาจเป็นการล่าช้าต่อการดำเนินกระบวนการสอบสวน นอกจากนี้ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังได้บัญญัติหลักเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพิ่มเติม กรณีที่จะต้องนำข้อมูลที่เก็บมาเพื่อกระบวนการวิทยาศาสตร์ไปใช้ประมวลผลต่อ โดยหากจะต้องนำข้อมูลที่เก็บได้ตามมาตรา 81a ไปวิเคราะห์หรือประมวลผลเปรียบเทียบอ้างอิงกับพยานวัตถุเพิ่มเติม เจ้าพนักงานยังคงต้องได้รับความยินยอมจากผู้ต้องหาเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น[64]

ความยินยอมถูกนำมาใช้กับการตรวจวิเคราะห์ทางโมเลกุลเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่ได้มาจากกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ ตามมาตรา 81a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ต้องหาเสียก่อน เว้นแต่ได้รับอนุมัติจากศาล แต่ก็ไม่ได้กำหนดว่าผู้ต้องหาจะต้องได้รับแจ้งเกี่ยวกับผลกระทบของการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน แม้จะได้มีบัญญัติฐานความยินยอมโดยทั่วไป

---

[62]มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

[63]Section 3ZJ Crimes Act 1914; Section 49 (2) Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002.

[64]4th Amendment to the United States Constitution; §81a, 81e and 81f Strafprozeßordnung.

ไว้ในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลระดับสหพันธ์ แต่ก็ไม่สามารถนำมาใช้กับการดำเนินคดีอาญา เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันได้บัญญัติหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมไว้โดยเฉพาะแล้ว[65]

ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า เครือรัฐออสเตรเลียยังเป็นเพียงประเทศเดียวที่ได้บัญญัติกฎหมายโดยชัดแจ้งให้สิทธิแก่ผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ ขั้นตอนการดำเนินการ ระยะเวลาในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล สิทธิในการถอนความยินยอมหรือการทำลายข้อมูลส่วนบุคคล รวมถึงผลร้ายจากการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อให้ผู้ต้องหาได้รับทราบข้อมูลและได้ให้ความยินยอมจากการได้รับแจ้งข้อมูลที่ครบถ้วนเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของตน ซึ่งหลักเกณฑ์เหล่านี้แม้จะไม่ได้เป็นการให้ความยินยอมโดยอิสระ แต่ก็เป็นประโยชน์ต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการคาดการณ์ถึงการเก็บ รวบรวม ใช้และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนเอง และประเมินสถานการณ์ในการให้ความยินยอมได้ แต่ก็ไม่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของประเทศไทยและเยอรมันแต่อย่างใด[66]

ดังนั้น การให้ความยินยอมและกำหนดหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมสำหรับเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวด้วยกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ก็ยิ่งถือว่ามีความสำคัญ เนื่องจากกระบวนการเก็บข้อมูลบางประเภทนั้นมีการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายของผู้ต้องหาด้วย ฐานความยินยอมจึงถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะทำให้ผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับแจ้งเกี่ยวกับการประมวลผลในข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของตน และสามารถพิจารณาถึงผลกระทบที่ตามมาหากปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวดังกล่าวได้ รูปแบบการให้ความยินยอมและการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว และผลร้ายจากการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของเครือรัฐออสเตรเลียนั้น มีความครบถ้วนสมบูรณ์มากที่สุด จึงสมควรที่จะมีการแก้ไขมาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ให้สอดคล้องกับฐานความยินยอม และหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมของรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญา ค.ศ. 1914[67]

ทั้งนี้ หากประเทศไทยได้นำพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาใช้กับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ก็ไม่จำเป็นจะต้องบัญญัติหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมขึ้นใหม่

---

[65]§ 51 Bundesdatenschutzgesetz, § 81f Strafprozeßordnung; Simon Schwichtenberg, op. cit., p. 103.

[66]Simon Schwichtenberg, ibid; Recital 35 and 37 DIRECTIVE (EU) 2016/680 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016.

[67]มาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา; Section 23WF and 23WJ Crimes Act 1914; Section 47 Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002.

เพราะสามารถนำฐานความยินยอมตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาใช้กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 ได้ เพื่อมิให้เกิดปัญหาการบัญญัติฐานความยินยอมที่ขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเหมือนกับประเทศเยอรมนี[68]

5.3.2 หลักการถ่วงดุลโดยศาลในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อกระบวนการวิทยาศาสตร์

ทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และเครือรัฐออสเตรเลีย บัญญัติให้ศาลเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้เก็บข้อมูลเพื่อกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ ซึ่งสะท้อนหลักการตรวจสอบถ่วงดุล กล่าวคือ เจ้าพนักงานจะดำเนินกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ต่อผู้ต้องหาได้ต่อเมื่อได้รับอนุมัติจากศาลเท่านั้น เว้นแต่เป็นกรณีเร่งด่วนหรือมีเหตุอันควรสงสัย และการดำเนินกระบวนนิติวิทยาศาสตร์ก็จะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเท่านั้น อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏหลักการตรวจสอบถ่วงดุลคำสั่งของพนักงานสอบสวนในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 131/1 ของประเทศไทยแต่อย่างใด[69]

สหรัฐอเมริกามีความแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ เนื่องจากการนำคำสั่งศาลมาใช้กับกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายนั้นอยู่ภายใต้หลักการค้น และการค้นทั่วไปจะต้องมีคำสั่งจากศาลเท่านั้นจึงจะเป็นการชอบด้วยกฎหมาย และการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายนั้นถือเป็นการค้นตัวบุคคล ตามบทบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 4 ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับการค้นของประเทศไทย จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นการค้นเพื่อหาสิ่งของหรือตัวบุคคลเท่านั้น ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับการล่วงล้ำเข้าไปในร่างกายเพื่อเก็บข้อมูลส่วนบุคคล อย่างไรก็ดีในการพิจารณาออกคำสั่งของศาลสำหรับกรณีเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ ศาลมักจะนำเรื่องสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลกับประโยชน์สาธารณะโดยมุ่งเน้นหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) มาใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมของการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเป็นกรณีไป แต่เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงถือคำพิพากษาเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายด้วย จึงไม่มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายโดยชัดแจ้ง[70]

---

[68]Simon Schwichtenberg, op. cit.

[69]มาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา; §81a Strafprozeßordnung; 4th Amendment to the United States Constitution; Section 23XWB Crimes Act 1914; Section 47 Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002.

[70]Winston v. Lee, 470 U.S. 753 (1985); KELLY v. UNITED STATES 909 F. 3d 550; Wex Definitions Team, op. cit.

สำหรับเครือรัฐออสเตรเลีย การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ จะต้องดำเนินตามฐานความยินยอมเสียก่อน หากผู้ต้องหาได้ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ศาลมีอำนาจในการพิจารณาความเหมาะสมในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง โดยเฉพาะในระดับรัฐบาลกลาง ได้บัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนถึงเงื่อนไขการพิจารณาคำสั่งของศาล โดยจะต้องพิจารณาความสมดุลของประโยชน์สาธารณะกับสิทธิส่วนบุคคล[71] ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่สะท้อนหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) ทั้งยังได้กำหนดหลักการพิจารณาความเหมาะสมและจำเป็นในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวสำหรับเจ้าพนักงานที่สะท้อนถึงหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) เช่นเดียวกับการพิจารณาคำสั่งของศาลเอาไว้ด้วยเช่นกัน[72]

แม้การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการดำเนินคดีอาญาทั้งในประเทศไทย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหรัฐอเมริกา จะต้องเก็บข้อมูลภายใต้หลักเกณฑ์การชั่งน้ำหนักให้สมดุลระหว่างสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลและประโยชน์สาธารณะ แต่ก็ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในเงื่อนไขการพิจารณาคำสั่งจากเจ้าพนักงานและศาล ซึ่งแตกต่างจากรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญา ค.ศ. 1914 ของเครือรัฐออสเตรเลีย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้ศาลมีบทบาทในการพิจารณาอนุมัติให้พนักงานสอบสวนเก็บข้อมูลเพื่อกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ ตามมาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น จึงไม่มีหน่วยงานใดถ่วงดุลอำนาจการเก็บและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ในกระบวนการสอบสวน จึงทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติมาอย่างยาวนาน[73]

5.3.3 ผลร้ายจากการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์

หากผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ แม้จะไม่มีความผิดและโทษทางอาญา แต่มาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยได้บัญญัติผลร้ายของการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ไว้ โดยให้สันนิษฐานเบื้องต้นว่าข้อเท็จจริงเป็นไปตามผลการตรวจพิสูจน์แม้จะเป็นผลเสียต่อผู้ต้องหาก็ตาม เมื่อพิจารณาจะเห็นว่าการนำข้อสันนิษฐานดังกล่าวมาใช้กับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหา ในชั้นสอบสวนกับกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ของไทยเป็นการทำให้ผู้ต้องหาต้องรับภาระเกินสมควร เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 81a ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันแล้ว แม้กฎหมายไม่ได้นำหลักความยินยอมมาใช้กับผู้ต้องหา แต่การเก็บข้อมูล

---

[71]Section 23WT Crimes Act 1914.

[72]Section 3WN, 23WO Crimes Act 1914; Herbert L. Packer, op. cit., pp. 1-2.

[73]มาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา; Herbert L. Packer, op. cit.

ส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 81a จะต้องผ่านการพิจารณาอนุมัติจากศาลเท่านั้น เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่า มาตรา 81a ได้นำหลักการถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานมาใช้โดยให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว และเมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามคำสั่งของศาล กรณีก็จะถือเป็นการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลอันจะมีความผิดและโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันต่อไป โดยไม่จำเป็นต้องบัญญัติผลร้ายจากการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ของเยอรมันแต่อย่างใด[74]

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล ยังได้เคยให้ความเห็นในประเด็นนี้ไว้ว่า กรณีที่บุคคลปฏิเสธการให้ข้อมูลตามมาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายอาญา หากนำคำสั่งศาลมาใช้ ถ้ามีการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลก็มีกฎหมายรับรองสำหรับกรณีขัดขืนหมายศาลอยู่แล้ว ซึ่งความเห็นดังกล่าว สามารถเทียบเคียงได้กับมาตรา 81a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมัน นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีบทบัญญัติความผิดอาญาเกี่ยวกับการยุติธรรม ในลักษณะ 3 ประมวลกฎหมายอาญา สำหรับการขัดขืนหมายหรือคำสั่งของศาลไว้อยู่แล้ว ดังนั้น จึงเห็นสมควรให้ยกเลิกผลร้ายจากการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการนิติวิทยาศาสตร์ในมาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และเพิ่มเติมให้ศาลมีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตราดังกล่าว เพื่อให้กรณีที่ผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 131/1 มีความผิดและโทษทางอาญาฐานขัดขืนหมายหรือคำสั่งของศาลแทน ซึ่งเป็นการดำเนินคดีตามรูปแบบมาตรา 81a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของเยอรมัน[75]

5.4 การกำหนดความผิดและโทษทางอาญากรณีการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน

การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานอันเป็นข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของประเทศไทยมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิที่กระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลแล้วประการหนึ่ง แต่ประเทศไทยยังได้นำความผิดและโทษทางอาญามาบังคับใช้ทันทีกับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน โดยไม่มีมาตรการบังคับอื่นที่ได้สัดส่วนและเป็นประโยชน์กับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อวัตถุประสงค์ในการสอบสวนคดีอาญา ดังนั้น ในหัวข้อนี้ จะได้ศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบเฉพาะการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนของ

---

[74]มาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา; Simon Schwichtenberg, op. cit.

[75]มาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

ประเทศไทยที่มีโทษทางอาญา อันได้แก่ การเก็บข้อมูลตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้น 76 โดยสามารถวิเคราะห์และเปรียบเทียบมาตรการบังคับและลักษณะความผิดและโทษทางอาญาที่นำมาใช้ได้ ดังนี้

5.4.1 เปรียบเทียบมาตรการบังคับอื่นนอกเหนือการดำเนินคดีอาญาสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน

สำหรับมาตรการบังคับอื่นที่กฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการนำมาใช้กับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการเก็บลายพิมพ์นิ้วมือและภาพถ่าย ทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีสหรัฐอเมริกา และเครือรัฐออสเตรเลีย ปรากฏพ้องกันอยู่ 2 มาตรการบังคับหลัก คือ การควบคุมตัวและการใช้กำลังบังคับ ประเทศไทยเป็นเพียงประเทศเดียวที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจใช้มาตรการควบคุมตัวและการบังคับใช้กำลังมาแก้ปัญหาสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการระบุตัวตนด้วยลายพิมพ์นิ้วมือหรือภาพถ่าย จึงต้องนำมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญา มาบังคับใช้ทันที อย่างไรก็ดี ในกฎหมายต่างประเทศกลับกำหนดมาตรการบังคับที่มีความรุนแรงน้อยกว่าการนำกฎหมายอาญามาใช้ และเป็นประโยชน์กับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในชั้นสอบสวนมากกว่าการลงโทษทางอาญาเพื่อข่มขู่[77] โดยแบ่งพิจารณาได้ 2 มาตรการบังคับ ดังนี้

1) การควบคุมตัว

มาตรา 81b ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ได้กำหนดให้เจ้าพนักงานมีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาเพื่อเก็บข้อมูลตามวัตถุประสงค์แห่งมาตราดังกล่าวนี้ แม้ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดสำหรับการควบคุมตัวอันเป็นมาตรการบังคับทางปกครองไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถอนุมานได้จากคำว่า *“แม้จะขัดต่อความประสงค์ของผู้ต้องหา”* นอกจากนี้ เจ้าพนักงานสามารถนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้กับผู้ต้องหาได้ โดยไม่จำเป็นต้องแจ้งเตือนล่วงหน้าและไม่ต้องมีคำสั่งจากศาล แต่ต้องไม่เกินความจำเป็นสำหรับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวทั้งในแง่ของระยะเวลาและระดับความเข้มข้นของการจำกัดเสรีภาพ[78]

---

[76]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2565.

[77]คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2565; ปกป้อง ศรีสนิท, เรื่องเดิม; ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, **หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา**, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2564), หน้า 16-17.

[78]Section 51 Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002; Peter Rieß, Karl Schäter and Günter Wendisch, op. cit., pp. 129-130.

เมื่อพิจารณาถึงการเก็บลายพิมพ์นิ้วมือตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยก็จะพบว่า การเก็บลายพิมพ์นิ้วมือไม่ได้ถือเป็นส่วนหนึ่งของการจับหรือค้นเหมือนกับสหรัฐอเมริกา และไม่ได้มีการแยกผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวว่าเป็นผู้ต้องหาที่อยู่ภายใต้การควบคุมตัว หรือไม่ใช่ผู้ต้องหาที่อยู่ภายใต้การควบคุมตัวตามมาตรา 87 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย[79] อีกทั้ง การควบคุมตัวผู้ต้องหาตามมาตรา 86[80] และ 87 วรรคแรก ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาไทย มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการหลบหนี และครอบคลุมเฉพาะความจำเป็นในพฤติการณ์แห่งคดีเท่านั้น ไม่ใช่มาตรการบังคับทางปกครองที่จะสามารถนำมาใช้กับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อระบุตัวตนผู้ต้องหาตามมาตรา 132(1) ด้วยเหตุนี้ จึงไม่สามารถนำมาตรา 86 และ 87 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตัวผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวได้

นอกจากนี้ มาตรา 29 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560[81] ได้กำหนดให้การควบคุมตัวผู้ต้องหาสามารถทำได้เพื่อป้องกันการหลบหนีเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณารูปแบบการควบคุมตัวผู้ต้องหาเพื่อเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการระบุตัวตามมาตรา 81b ซึ่งมาตรการบังคับทางปกครองของเยอรมนีนั้นถือเป็นการจำกัดสิทธิระยะสั้น กระทำได้เท่าที่จำเป็นและพอสมควรแก่กรณี ดังนั้น การควบคุมตัวผู้ต้องหาเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวจึงไม่ใช่การควบคุมตัวเพื่อการดำเนินคดีทางอาญา เมื่อการควบคุมตัวผู้ต้องหาเพื่อการระบุตัวผู้ต้องหาตามมาตรา 81b ไม่ใช่การกักขังเพื่อดำเนินคดีอาญาตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน เมื่อเปรียบเทียบกับการนำมาตรการบังคับทางปกครองของเยอรมนี อันได้แก่ การควบคุมตัวผู้ต้องหามาใช้กับกรณีผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย จึงไม่ใช่การควบคุมตัวผู้ต้องหาในมาตรา 29 วรรคสาม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นกัน[82]

---

[79]มาตรา 87 วรรคแรก ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ควบคุมผู้ถูกจับไว้เกินกว่าจำเป็นตามพฤติการณ์แห่งคดี.”

[80]มาตรา 86 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ใช้วิธีควบคุมผู้ถูกจับเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้เขาหนีเท่านั้น.”

[81]มาตรา 29 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “การควบคุมหรือคุมขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนี.”

[82]Article 104 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; BVerfG 1 BvR 47/05 (1.Kammer des Ersten Senats) - Beschluss vom 8. März 2011 (LG Hamburg/HansOLG Hamburg).

เมื่อเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทยด้วยกันเองแล้วนั้น ก็มีการนำวิธีการควบคุมตัวเจ้าของสถานที่ที่ปฏิเสธให้ค้นตามหมายค้น ซึ่งหากเป็นกรณีจำเป็นเจ้าพนักงานก็มีอำนาจใช้กำลังเพื่อเข้าตรวจค้นได้ และหากการค้นนั้นถูกขัดขวางจนถึงขนาดทำให้การค้นนั้นไร้ผล เจ้าพนักงานผู้ค้นมีอำนาจควบคุมตัวไว้ หรือให้อยู่ใต้ความดูแลของเจ้าพนักงานในขณะทำการค้นเท่าที่จำเป็นเพื่อไม่ให้ขัดขวางการค้นนั้นได้ ซึ่งสะท้อนถึงการจำกัดสิทธิของบุคคลในสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว เช่น ที่อยู่อาศัย อันเป็นสิทธิเช่นเดียวกับสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล โดยกระบวนการค้นได้กำหนดมาตรการบังคับอื่นที่ไม่ใช่กฎหมายอาญามาใช้กับการปฏิเสธคำสั่งศาลหรือคำสั่งเจ้าพนักงานในการค้นอันเป็นการจำกัดสิทธิของรัฐ โดยไม่จำเป็นต้องนำกฎหมายอาญามาใช้ในทุกคดี เพราะมีมาตรการบังคับอื่นบัญญัติไว้อยู่แล้วเพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์แห่งการค้น และไม่ใช่การควบคุมตัวเพื่อป้องกันมิให้ผู้ต้องหาหลบหนีด้วย[83]

ดังนั้น วิธีการควบคุมตัวผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132 (1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงสมควรนำวิธีการควบคุมตัวมาใช้ในลักษณะที่เป็นมาตรการทางปกครองเช่นเดียวกันกับการควบคุมผู้ต้องหาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพียงแต่บัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนเหมือนมลรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย ซึ่งปรากฏในมาตรา 51 กฎหมายสอบสวนคดีอาญา (การระบุตัวตน) ค.ศ. 2000 ทั้งต้องกำหนดวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อการระบุตัวตน ความจำเป็นและได้สัดส่วนเพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย[84]

2) การใช้กำลังบังคับ

มาตรา 81b ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้เจ้าพนักงานใช้กำลังบังคับเมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในชั้นสอบสวน อย่างไรก็ดี สามารถอนุมานได้จากบทบัญญัติมาตรา 81b วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกับการควบคุมตัวผู้ต้องหา และคำพิพากษาอื่น ๆ ซึ่งคล้ายคลึงกับมาตรการใช้กำลังบังคับเพื่อวัตถุประสงค์การระบุตัวผู้ต้องหา อย่างไรก็ดี ในเครือรัฐออสเตรเลียยังคงมีความชัดเจนกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน กล่าวคือ ทั้งในรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดทางอาญาออสเตรเลีย ค.ศ. 1914 ของรัฐบาลกลาง และมาตรา 51 กฎหมายสอบสวนคดีอาญา (การระบุตัวตน) ค.ศ. 2000

---

[83]มาตรา 29 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5568/2558; อุทัย อาทิเวช, เรื่องเดิม, หน้า 416.

[84]Section 51 Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002; BVerfG 1 BvR 47/05 (1.Kammer des Ersten Senats) - Beschluss vom 8. März 2011 (LG Hamburg/HansOLG Hamburg).

ของมลรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย ได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งเกี่ยวกับการใช้กำลังบังคับเมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธหรือถอนความยินยอมในการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว[85]

ดังนั้น ด้วยเหตุผลเดียวกันกับการบัญญัติมาตรการบังคับทางปกครอง อันได้แก่ การควบคุมตัวผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของไทยตามมาตรา 132 (1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และการใช้กำลังบังคับยังคงถือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วยเช่นกัน ดังนั้น จึงสมควรบัญญัติการจำกัดสิทธิผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวด้วยวิธีการใช้กำลังบังคับไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นบทบัญญัติในการจำกัดสิทธิโดยชัดแจ้ง เหมือนกับเครือรัฐออสเตรเลีย เพื่อเป็นไปตามหลักนิติธรรม (Rule of law) ที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาด้วยนั่นเอง[86]

จากมาตรการบังคับทางปกครอง อันได้แก่ การควบคุมตัวและใช้กำลังบังคับกับผู้ต้องหาจะเห็นว่า แม้ได้นำเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้มีมาตรการควบคุมตัวและใช้กำลังบังคับสำหรับการระบุตัวตนผู้ต้องหาด้วยลายพิมพ์นิ้วมือหรือภาพถ่ายอย่างชัดเจนแล้ว แต่กฎหมายต่างประเทศทั้งสาม ก็ยังไม่ปรากฏลำดับขั้นตอนในการใช้มาตรการต่าง ๆ ประกอบการดำเนินคดีอาญาสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว เพื่อให้เป็นไปตามหลักการนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย และหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) การนำมาตรการบังคับทางปกครองมาใช้กับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) จะมีลักษณะเหมือนกับมาตรการเฉพาะอันได้แก่การใช้ข้อสันนิษฐานอันเป็นผลร้ายในมาตรา 131/1 ที่ไม่ปรากฏว่ามีการดำเนินคดีอาญากับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 131/1 แต่หากได้ดำเนินมาตรการบังคับทางปกครองจนครบถ้วนแล้วผู้ต้องหายังคงปฏิเสธการให้ลายพิมพ์นิ้วมือในชั้นสอบสวน ก็สามารถนำมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้ได้ตามลำดับ เหมือนกับรูปแบบของมาตรา 81e ประกอบมาตรา 70 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน เพื่อให้เป็นไปตามหลักการนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นมาตรการสุดท้าย และสามารถนำมาตรา 138 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้กับกรณีที่ผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในชั้นสอบสวนโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อเจ้าพนักงานได้ตามองค์ประกอบแห่งความผิดมาตราดังกล่าว[87]

---

[85]Peter Rieß, Karl Schäter and Günter Wendisch, op. cit., pp. 129-130.

[86]ชาติ ชัยเดชสุริยะ, **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549), หน้า 1-2.

[87]มาตรา 138 ประมวลกฎหมายอาญา; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562; 81e, 81f and 70 Strafprozeßordnung.

5.4.2 การเปรียบเทียบความผิดทางอาญากรณีการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการเก็บลายพิมพ์นิ้วมือและภาพถ่ายของผู้ต้องหาในชั้นสอบสวน

แม้กฎหมายทั้ง 3 ประเทศจะได้นำมาตรการบังคับสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการเก็บลายพิมพ์นิ้วมือและภาพถ่าย แต่ก็ยังคงนำกฎหมายอาญามาใช้บังคับอยู่ด้วย โดยแต่ละประเทศมีรายละเอียดการนำกฎหมายอาญามาใช้แตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

สำหรับประเทศไทย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา ไม่มีบทบัญญัติความผิดอาญาเฉพาะสำหรับความผิดการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา จึงได้นำบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำขัดขวางกระบวนการยุติธรรมทางอาญามาใช้แทน อย่างไรก็ดี ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา องค์ประกอบความผิดของการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องเป็นการกระทำทุจริต หรือข่มขู่ หรือใช้กำลัง โดยมุ่งหมายไปที่เจ้าหน้าที่ ให้ส่งผลต่อกายภาพหรือร่างกายของเจ้าหน้าที่ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเท่านั้น ซึ่งตรงกับองค์ประกอบความผิดที่ตรงกับประมวลกฎหมายอาญาของไทย มาตรา 138 ที่เป็นการใช้กำลังขัดขืนหรือขัดขวางโดยมุ่งหมายไปยังเจ้าพนักงาน และการใช้กำลังขัดขืนหรือขัดขวางจะต้องเป็นการกระทำที่แสดงออกมาเท่านั้น การละเว้นไม่กระทำการหรือการนิ่งไม่ถือเป็นความผิดตามมาตรา 138 ซึ่งเป็นการกำหนดความผิดอาญาที่เหมาะสมสำหรับการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมโดยการใช้กำลังประทุษร้ายต่อเจ้าพนักงานที่ปฏิบัติหน้าที่ เนื่องจากการต่อสู้ ใช้กำลังประทุษร้ายต่อผู้อื่นถือเป็นการกระทำชั่วร้าย ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและฝ่าฝืนศีลธรรมอันร้ายแรงอยู่ในตัวอยู่แล้ว แต่สำหรับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา การกระทำที่เป็นการละเว้นไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงาน ก็มิได้ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาอย่างในลักษณะเดียวกันกับ มาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญาของไทย[88]

เครือรัฐออสเตรเลียในรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาออสเตรเลีย ค.ศ. 1914 ของรัฐบาลกลาง ได้กำหนดความผิดอาญาสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาไว้โดยเฉพาะ ซึ่งการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลนี้จะเป็นการกระทำที่มีการกระทำแสดงออกหรือการละเว้นการกระทำก็ได้ อย่างไรก็ดี เหตุผลที่ประเทศไทยไม่สมควรกำหนดความผิดทางอาญาโดยเฉพาะเกี่ยวกับการปฏิเสธข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญามาใช้ ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 แล้ว[89]

---

[88]§ 113 Strafgesetzbuch; § 1503 U.S. Code; John F. Decker “The varying parameters of Obstruction of Justice in American Criminal Law”, **Louisiana Law Review**, 65, (11 january 2004): 53-54; ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 58-59.

[89]3ZL Crimes Act 1914; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562.

ทั้งนี้ หากพิจารณามาตรการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของเครือรัฐออสเตรเลียตามรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาออสเตรเลีย ค.ศ. 1914 แม้จะมีการนำโทษทางอาญามาใช้โดยเฉพาะกับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่ก็มีหลักเกณฑ์การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่จะต้องได้รับแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล ตามฐานการให้ความยินยอม และกำหนดให้มีหลักเกณฑ์การถอนความยินยอมและทำลายข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวอย่างเหมาะสม พร้อมทั้งกำหนดเหตุอันเป็นข้อยกเว้นฐานความยินยอมไว้อย่างชัดเจน ในรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาออสเตรเลีย ค.ศ. 1914 จึงทำให้ผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้รับข้อมูลครบถ้วนในการให้ความยินยอมหรือปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว ดังนั้น เมื่อรัฐบาลกลางในประเทศออสเตรเลียมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่เหมาะสม และเป็นไปตามหลักดุลยภาพในการจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกำหนดความผิดไว้สำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของไทยจึงทำให้เกิดความไม่สมดุลระหว่างสิทธิส่วนบุคคลและประโยชน์สาธารณะเพราะเป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ[90]

จากการศึกษาเปรียบเทียบข้างต้น สรุปได้ว่าเมื่อมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 ที่มิให้กำหนดความผิดอาญาเฉพาะสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหา การนำรูปแบบการกำหนดความผิดของรัฐบัญญัติว่าด้วยความผิดอาญาออสเตรเลีย ค.ศ.1914 มาใช้จึงไม่เหมาะสม และเมื่อพิจารณาลักษณะความผิดอาญาสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า มีองค์ประกอบความผิดอย่างเดียวกันกับมาตรา 138 ประมวลกฎหมายอาญา หากจะกำหนดความผิดสำหรับการปฏิเสธการให้ข้อมูลนี้ ก็สามารถนำมาตรการบังคับทางปกครอง อันได้แก่ การควบคุมตัวและใช้กำลังบังคับโดยตรงมาใช้กับผู้ต้องหาก่อน หากยังไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าพนักงานอีกจึงค่อยนำความผิดทางอาญามาปรับใช้ภายหลัง ตามหลักการใช้กฎหมายอาญาเป็นมาตรการสุดท้าย (Ultima Ratio) การไม่ปฏิบัติคำสั่งเจ้าพนักงานโดยไม่ได้ใช้กำลังประทุษร้าย และเป็นไปเพื่อป้องกันสิทธิส่วนบุคคลอันชอบธรรมของตน จึงไม่สมควรนำมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้เป็นมาตรการแรกด้วยประการทั้งปวง เว้นแต่ผู้ต้องหาจะได้ต่อสู้หรือขัดขวางเจ้าพนักงานในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อระบุตัวตนผู้ต้องหาตามมาตรา 132 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงจะเหมาะสมในการนำมาตรา 138 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้ต่อไป

---

[90]มาตรา 26 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560; 3ZJ, 3ZK,3ZL Crimes Act 1914; Herbert L. Packer, op. cit., pp. 13-22.

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการดำเนินคดีทางอาญาของไทยโดยเฉพาะมาตรา 132(1) และ 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะเห็นว่ามีข้อบกพร่องในการนำหลักการจำกัดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลมาใช้หลายประการ นอกจากไม่นำพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาบังคับใช้กับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการดำเนินคดีทางอาญาแล้ว ในการดำเนินคดีอาญาก็ไม่ได้มีหลักเกณฑ์เฉพาะในการคุ้มครองผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย แม้ผู้ต้องหาสามารถถูกลิดรอนสิทธิบางประการได้ แต่สำหรับสิทธิในการได้รับแจ้งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการเก็บ รวบรวม ใช้ และประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวของผู้ต้องหาก็ยังคงมีความจำเป็นสำหรับผู้ต้องหาอยู่ เพื่อให้สามารถคาดการณ์ได้เกี่ยวกับการของตนได้นั่นเอง

มาตรา 81b ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อระบุตัวตนผู้ต้องหาไว้อย่างชัดเจนสะท้อนหลักความโปร่งใสของการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132(1) ของไทยกลับเป็นการบัญญัติวัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวไว้อย่างกว้าง นอกจากนี้ประเทศเยอรมนีมีกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นกฎหมายกลางเหมือนกับประเทศไทย และนำมาใช้กับการดำเนินคดีอาญาในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปด้วย จึงเป็นภาพสะท้อนว่ารูปแบบของการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเพื่อการระบุตัวตนผู้ต้องหาของประเทศเยอรมัน เป็นไปตามหลักดุลยภาพของการจำกัดสิทธิข้อมูลส่วนบุคคล จึงควรนำรูปแบบการบัญญัติวัตถุประสงค์ของมาตรา 81b ของประเทศเยอรมันมาใช้กับมาตรา 132(1) ของประเทศไทย

ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศไทยยังนำมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้กับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย แม้จะไม่ใช่บทกำหนดโทษทางอาญาโดยเฉพาะเหมือนกับประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ ที่ได้มีการยกเลิกไปโดยผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 แต่ผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) ยังคงมีความผิดทางอาญาที่กำหนดโทษจำคุกและปรับไว้อยู่ แม้จะเป็นความผิดลหุโทษก็ตาม แต่ผู้ต้องหายังคงต้องถูกนำตัวเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีอาญาแยกเป็นคดีต่างหากจากคดีหลัก และการกระทำของผู้ต้องหาดังกล่าวก็ไม่ได้ร้ายแรงถึงขนาดต้องกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา ทั้งเป็นการเพิ่มภาระให้กับผู้ต้องหาในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย ซึ่งการนำมาตรา 368 มาใช้กับการกระทำดังกล่าว ก็ไม่ได้ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวในการดำเนินคดีทางอาญาแต่อย่างใด ทั้งยังเป็นการคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐเพียงด้านเดียวเท่านั้น ที่มุ่งควบคุมอาชญากรรมจนเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคล

ที่เป็นภาระเกินส่วน ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการขาดความสมดุลระหว่างแนวคิดควบคุมอาชญากรรม (Crime Control) และหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) และไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย ประเทศไทยจึงควรนำมาตรการบังคับทางปกครอง อันได้แก่ การควบคุมตัวและการใช้กำลัง อย่างประเทศเยอรมนีมาใช้โดยบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะถือเป็นการตรากฎหมายจำกัดสิทธิของบุคคลตามมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

นอกจากนี้ ความผิดฐานขัดขวางกระบวนการยุติธรรมของประเทศเยอรมนี ผู้กระทำผิดจะมีความผิดต่อเมื่อได้ใช้กำลังขัดขวาง ต่อสู้เจ้าพนักงานเท่านั้น จากการศึกษาไม่พบว่ามีบทบัญญัติสำหรับบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งโดยงดเว้นการกระทำให้เป็นความผิดทางอาญา และไม่มีบทบัญญัติให้ผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวเป็นความผิดทางอาญาแต่อย่างใด ดังนั้น สำหรับการกำหนดความผิดอาญากรณีผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวแม้จะมีลักษณะขัดขวางกระบวนการยุติธรรม แต่ในกฎหมายต่างประเทศก็ไม่ได้นำความผิดอาญามาใช้เป็นมาตรการแรก ประเทศไทยจึงควรนำรูปแบบความผิดอาญาสำหรับการขัดขวางกระบวนการยุติธรรมของเยอรมนีมาใช้ กล่าวคือ ผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132 (1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะมีความผิดอาญาต่อเมื่อได้ใช้กำลัง ต่อสู้ ขัดขวาง ต่อเจ้าพนักงาน ซึ่งมีบทบัญญัติดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญาของไทยอยู่แล้วอันได้แก่ มาตรา 138 ประมวลกฎหมายอาญานั่นเอง

จากปัญหาความรับผิดการปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหว ผู้ต้องหาจะต้องรับผิดทางอาญาตามมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญา เมื่อปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 132(1) ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงเห็นสมควรเสนอให้มีการเพิ่มเติมมาตรการบังคับทางปกครอง โดยเพิ่มเติมเนื้อหาในบทบัญญัติมาตรา 132(1) วรรคสาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า *“เมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ลายพิมพ์นิ้วมือเพื่อระบุตัวตนผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาไว้เสียก่อน จนกว่าจะได้กระทำการตามวรรคหนึ่งเสร็จสิ้น แต่ไม่ให้เกินระยะเวลาควบคุมตัวตามมาตรา 87 และอาจใช้กำลังบังคับกับผู้ต้องหาที่ปฏิเสธการให้ลายพิมพ์นิ้วมือเพื่อระบุตัวตนผู้ต้องหาในชั้นสอบสวนตามวรรคหนึ่งได้ โดยหากใช้มาตรการบังคับโดยครบถ้วนแล้ว ผู้ต้องหายังคงปฏิเสธการให้ลายพิมพ์นิ้วมือให้นำมาตรา 368 ประมวลกฎหมายอาญามาใช้ได้โดยอนุโลม”* เพื่อแก้ไขปัญหาการเพิ่มภาระและจำกัดสิทธิของผู้ต้องหาเกินส่วน โดยคำนึงสิทธิของผู้ต้องหามากขึ้นและเป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process)

ประการสุดท้าย ประเทศไทยควรนำหลักความถ่วงดุลของศาล ตามรูปแบบของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกามาใช้กับการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวที่ล่วงล้ำเข้าไปในร่างกาย มาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพราะนอกจากกระบวนการดังกล่าว

จะเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลที่กระทบต่อเนื้อตัวร่างกายแล้ว ยังกระทบต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลด้วย เพื่อเป็นการตรวจสอบอำนาจของพนักงานสอบสวนในการออกคำสั่งตามมาตรา 131/1 ไม่ให้กระทำเกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน และเป็นไปตามหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process) นอกจากนี้ หากมีการนำบทบาทของศาลเข้ามาพิจารณาอนุมัติคำสั่ง เมื่อผู้ต้องหาปฏิเสธการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอ่อนไหวตามมาตรา 131/1 ก็ไม่จำเป็นจะต้องบัญญัติผลร้ายจากข้อสันนิษฐานอีก เนื่องจากผู้ต้องหาก็จะมีความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ในประมวลกฎหมายอาญาต่อไป

บรรณานุกรม

กรรภิรมย์ โกมลารชุน และอุดม รัฐอมฤต. **หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ตามแนวความคิดของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป เล่ม 1 บททั่วไปและคดีอาญาชั้นสอบสวน** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2568.

คณิต ณ นคร. **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

คณาธิป ทองรวีวงศ์. **การปฏิรูปกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของไทยเพื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2559.

_____. **คำอธิบายหลักกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2566.

คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย. **แนวทางการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, 2559.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **โทษทางปกครอง : กฎหมายเปรียบเทียบ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564.

ชาติ ชัยเดชสุริยะ. **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2549.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

ปกป้อง ศรีสนิท. **กฎหมายอาญาชั้นสูง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2566.

ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม. **หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา ภายใต้โครงการสนับสนุนสารสนเทศเพื่อการทำงานของสมาชิกรัฐสภา**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2564.

ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่องการดำเนินการเกี่ยวกับการยุติธรรมทางอาญา.

มนัสธนนท์ เอกโภควัฒน์. **กฎหมาย PDPA ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเรื่องใกล้ตัวที่ทุกคนควรรู้** [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/Elaw_parcy/ewt_dl_link.Php?nid=2975, 2565 (พฤศจิกายน, 21).

ยุวดี วงศ์วีระประเสริฐ. “ความหมายและแนวทางการศึกษาความปลอดภัยสาธารณะ.” **วารสารธรรมศาสตร์** 32, 1 (2561): 112-114.

รติมา สุระรัตน์ชัย. “แนวทางการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในชั้นสืบสวนและสอบสวนคดีอาญา.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2565.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. **การค้นตัวบุคคล : ศึกษาเปรียบเทียบกับนานาประเทศ**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553.

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล. **คู่มือ PDPA สำหรับประชาชน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, 2565.

อุทัย อาทิเวช. **การสอบสวน.** กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ. พริ้นติ้ง, 2562.

อริยพร โพธิใส. "หลักเกณฑ์ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล." **จุลนิติ** 16, 2 (มีนาคม-เมษายน 2562): 151.

ประมวลกฎหมายอาญา.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 2/2562.

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 2/2565.

ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. .... อ.พ. 6/2556.

ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ...

Enders, Christoph. "A Right to have rights - German Constitutional Concept of Human Dignity." **Nujs Law Review** (July – September, 2010): 256-257.

European Commission. **Implementing EU Law** [Online]. Available URL: https:// commission. europa.eu/law/application-eu-law/implementing-eu-law_en, 2020 (May, 25).

Decker, John F. "The varying parameters of Obstruction of Justice in American Criminal Law." **Louisiana Law Review** 65 (january 2004): 53-54.

Packer, Herbert L. "Two models of the Criminal Process." **University of Pennsylvania Law Review** 113 (November 1964): 1-2, 9-22.

Rieß, Peter. Karl Schäter and Günter Wendisch. **Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar 24**. Berlin New York: Walter de Gruyter, 1988.

Schwichtenberg, Simon. "Das neue BDSG und die StPO." **Neue Kriminalpolitik** 32, 1 (2020): 99-103.

Stanford Encyclopedia of Philosophy. **Mill's Moral and Political Philosophy** [Online]. Available URL: https://plato.stanford.edu/entries/mill-moral-political/, 2022 (August, 22).

Wacks, Raymond. **กฎหมาย : ความรู้ฉบับพกพา**. แปลโดย ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล. กรุงเทพมหานคร: ภาพพิมพ์, 2555).

Wex Definitions Team. **"common law"** [Online]. Available URL: https://www.law. cornell. edu/wex/common_law., 2020 (May, 25).

Australian Privacy Act 1988.
Amendment to the United States Constitution.
Crimes Act 1914.
Criminal Investigation (Identifying People) Act 2002.
Criminal Procedure Law New York.
Criminal Resource Manual.
U.S. Code.

ประสิทธิภาพและข้อจำกัดบางประการของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

วราลี โยธาวิจิตร

ประสิทธิภาพและข้อจำกัดบางประการของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว*

Efficiency and Limitations of Arbitral Tribunals in Issuing Interim Measures

วราลี โยธาวิจิตร**
Waralee Yothawijith

บทคัดย่อ

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวถือเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนพิจารณาคดีก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะออกคำชี้ขาด เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงที ตลอดจนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย อันเป็นหลักประกันว่าคำชี้ขาดจะสามารถบังคับได้ โดยลักษณะสำคัญประการหนึ่งของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คือ การใช้อำนาจในการบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่ง

---

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหามาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธิดารัตน์ ศิลปภิรมย์สุข.

This research article is a part of thesis “Issues of Interim Measures in Arbitration.” This Thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master of Laws at Chulalongkorn University. Associate Assistant Professor Dr.Pornson Liengboonlertchai is an advisor. Adjunct Professor Dr.Kamolchai Rattanasakalwong and Assistant Professor Dr.Tidarat Sinlapapiromsuk are examiners.

**นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: Waralee.ytwj@gmail.com

LL.M. Candidate, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 1 พฤศจิกายน 2567, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 25 กันยายน 2568, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 10 พฤศจิกายน 2568.

อย่างไรก็ตาม มาตรการคุ้มครองชั่วคราวของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้รับการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 16[1] เพียงมาตราเดียว ทำให้ที่เกิดปัญหาการตีความว่าภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการนี้ คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวและบังคับตามคำสั่งของตนหรือไม่ นอกจากนี้ ศาลจะต้องบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เนื่องจากสถานะของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่คำชี้ขาดที่ศาลอาจบังคับได้

จากการศึกษาพบว่า เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หากคู่พิพาทได้ตกลงหรือให้ความยินยอมไว้ อย่างไรก็ตามแม้จะมีการตีความในลักษณะดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของอนุญาโตตุลาการแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจตุลาการบางส่วน (Quasi-Judicial) ซึ่งหากรัฐไม่ได้รับรองการใช้อำนาจคุ้มครองชั่วคราว การออกคำสั่งดังกล่าวก็จะมีสถานะไม่แตกต่างจากการประนอมข้อพิพาทแต่อย่างใด นอกจากนี้คณะอนุญาโตตุลาการยังขาดอำนาจในการบังคับ (Lack of Coercive Power) ไปยังคู่พิพาทฝ่ายที่ดื้อแพ่งและบุคคลภายนอก ดังนั้นพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งหากกฎหมายอนุญาโตตุลาการต้องการรับรองอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการให้มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงปัญหาและลักษณะอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการต่อไป

คำสำคัญ: คณะอนุญาโตตุลาการ, อำนาจกึ่งตุลาการ, มาตรการคุ้มครองชั่วคราว

[1]พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ, มาตรา 16.

Abstract

Interim Measures constitute a critically important mechanism in arbitral proceedings prior to the rendering of a final award by the arbitral tribunal. Their primary function is to prevent imminent and irreparable harm and to safeguard the rights and interests of both disputing parties, thereby ensuring that the eventual award remains enforceable. A defining characteristic of provisional measures lies in the exercise of coercive authority, compelling the parties to comply with the tribunal's orders.

However, under the Arbitration Act B.E. 2545 of Thailand, provisions concerning provisional or interim measures are contained solely in Section 16. This limited legislative framework gives rise to interpretive uncertainty as to whether arbitral tribunals under the Act are vested with the authority to grant and enforce provisional measures. Furthermore, it remains unsettled whether domestic courts are bound to enforce such interim orders, given that provisional measures do not constitute an award within the meaning of the Act and therefore do not fall within the scope of judicial enforcement.

Pursuant to the Contractual Theory, an arbitral tribunal may possess the authority to grant interim measures where the parties have expressly consented thereto. Notwithstanding such contractual consent, an arbitral tribunal is vested solely with limited quasi-judicial powers. In the absence of statutory recognition, any order issued would not constitute an enforceable judicial act but would effectively operate as a private settlement. Moreover, an arbitral tribunal lacks coercive power over non-compliant parties or third parties. Accordingly, the Thai Arbitration Act B.E. 2545 does not confer authority upon arbitral tribunals to issue interim measures. Recognition of such powers under arbitration law requires careful consideration of the tribunal's jurisdictional limits and the structural characteristics of arbitration to ensure the legitimacy and enforceability of interim measures.

Keywords: arbitral tribunal, quasi-judicial, interim measures

1. บทนำ

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ นอกเหนือจากวิธีการดำเนินคดีทางศาล เนื่องด้วยลักษณะเฉพาะบางประการที่มีความสะดวก รวดเร็ว กระบวนการมีความสอดคล้องกับความต้องการของนักธุรกิจ และที่สำคัญคู่พิพาทมีเสรีภาพในการกำหนดวิธีพิจารณารวมถึงคัดเลือกอนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาคดี จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินกระบวนพิจารณาเกิดจากเจตนาของคู่พิพาท (Party Autonomy) ที่ประสงค์จะผูกพันให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการ จะเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นจากเจตนาของคู่พิพาทในรูปแบบของสัญญา แต่กระบวนการดังกล่าวไม่อาจดำเนินการโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐได้ และการอนุญาโตตุลาการถือเป็นองค์กรทางศาลของเอกชนที่รัฐได้ยอมรับให้เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการก็เท่ากับเป็นการใช้อำนาจตุลาการที่รัฐได้ยอมรับ[2] ดังนั้น รัฐยังคงมีอำนาจควบคุมและกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับการอนุญาโตตุลาการ ที่เกิดขึ้นในเขตอำนาจหรือดินแดนของตน ดังจะเห็นได้จากการมีผลบังคับของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาด จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐแห่งประเทศที่ทำการอนุญาโตตุลาการ จะต้องเข้ามาควบคุมกระบวนการอนุญาโตตุลาการให้มีความเป็นธรรม ควบคุมเสรีภาพของคู่พิพาทให้เหมาะสมและเป็นธรรม อันเป็นการส่งเสริมให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการมีความน่าเชื่อถือและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ถือเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในกระบวนพิจารณาคดีก่อนที่คณะอนุญาโตตุลาการจะออกคำชี้ขาด เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้อย่างทันท่วงที ตลอดจนเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย อันเป็นหลักประกันว่าคำชี้ขาดจะสามารถบังคับได้ เพราะหากภายหลังคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการออกคำชี้ขาดแล้วไม่สามารถบังคับได้ การดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ผ่านมาก็จะไร้ผลไปในที่สุด อย่างไรก็ตาม ลักษณะสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะต้องบังคับคู่พิพาทฝ่ายที่ไม่สุจริตผ่านการใช้อำนาจรัฐ

สำหรับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ปรากฏว่ามีบทบัญญัติเรื่องการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 16[3] เพียงมาตราเดียว โดยกำหนดให้คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ

---

[2]วรรณชัย บุญบำรุง, **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 223.

[3]พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ, มาตรา 16.

อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และศาลมีอำนาจในการจัดการตามคำร้องขอของคู่พิพาท อย่างไรก็ดี แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้รับรองอำนาจของศาลในการดำเนินการแต่ก็มิได้ระบุเอาไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นอำนาจเฉพาะของศาล (Exclusive Power) จึงทำให้ที่ผ่านมาเกิดปัญหาความลักลั่น ดังนี้

ประการแรก มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะเด็ดขาด (Mandatory Provision)[4] คู่พิพาทย่อมมีเสรีภาพในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) โดยอาศัยความตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้มีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จะเห็นได้จากการที่กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ได้วางหลักการเกี่ยวกับการให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อความสะดวกของคู่พิพาทในกระบวนพิจารณา โดยไม่มีความจำเป็นต้องร้องขอต่อศาล และการที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้มีการนำกฎหมายแม่แบบมาเป็นต้นแบบในการตรากฎหมาย จึงมีการพยายามตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ ดังจะเห็นได้จากข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการบางแห่ง[5] กำหนดไว้ว่า หากคู่พิพาทร้องขอมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวระหว่างพิจารณา คณะอนุญาโตตุลาการอาจมีคำสั่งหรือคำชี้ขาด อย่างไรก็ตาม กฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย ยังคงมีบทบัญญัติและบริบทที่แตกต่างไปจากกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ซึ่งการตีความเช่นว่านั้น แท้ที่จริงแล้วคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ และจะเกิดปัญหาตามมามากน้อยเพียงใดเมื่อพิจารณาตามบริบทของประเทศไทย

ประการที่สอง จากปัญหาความไม่ชัดเจนว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ หากปรากฏว่าภายหลังคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งหรือมีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ศาลจะต้องบังคับตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เนื่องจากสถานะของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่คำชี้ขาดที่ศาลอาจบังคับได้

ด้วยเหตุแห่งปัญหาดังกล่าว กระบวนการอนุญาโตตุลาการแม้จะเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นจากเหตุแห่งสัญญาแต่ถูกรับรองให้มีสภาพบังคับโดยรัฐ (State) รวมถึงการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อให้คู่พิพาทปฏิบัติตามคำสั่งเป็นเรื่องการใช้อำนาจรัฐ (State power) ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการศึกษามาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ

---

[4]สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, **บทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด: Mandatory Provision** [Online], available URL: https://tai.coj.go.th/th/content/article/detail/id/10082/iid/196977, 2563 (มิถุนายน,12).

[5]ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรม ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ พุทธศักราช 2560, ข้อ 39.

2. ความสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

มาตรการคุ้มครองชั่วคราว หมายถึง มาตรการที่ศาลออกคำสั่งในระหว่างการพิจารณาให้คู่ความกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสิน เพราะมีเหตุจำเป็นเร่งด่วน เพื่อรักษาสิทธิของคู่ความ หรือคุ้มครองประโยชน์ของคู่ความไม่ให้สิทธิและทรัพย์สินต่าง ๆ ได้รับความเสียหายซึ่งไม่อาจที่จะแก้ไขเยียวยาได้ในภายหลังไว้เป็นการชั่วคราว[6] อนึ่ง มาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวนั้นจะมีผลใช้บังคับเพียงชั่วขณะหนึ่ง คือ ในช่วงเวลาก่อนศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเท่านั้น นอกจากนี้ การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเป็นดุลพินิจของศาล (A Discretionary Power of Court) ซึ่งจะกำหนดหรือไม่กำหนดก็ได้[7]

ทั้งนี้ กฎหมายได้บัญญัติให้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้คู่ความฝ่ายที่ได้รับความเสียหายสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอรับความคุ้มครองโดยเร่งด่วนเพื่อลดความเสียหายที่เกิดขึ้นในระหว่างการพิจารณาคดีหรือก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีนั้น ซึ่งต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและเหตุผลอันสมควร เหตุที่ศาลต้องมีมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพราะการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาลใช้ระยะเวลาค่อนข้างนาน ทำให้ในระหว่างการดำเนินกระบวนการดังกล่าว คู่ความฝ่ายที่ทราบว่าตนจะแพ้คดีอาจกระทำการบางอย่างกับทรัพย์สินหรือสิทธิของตน เพื่อหลีกเลี่ยงการที่ตนจะถูกบังคับคดีในอนาคต ดังนั้น ศาลจึงต้องออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวอย่างทันท่วงที เพื่อป้องกันหรือยับยั้งการกระทำที่จะก่อให้เกิดความเสียหายนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายที่แก้ไขได้ยากซึ่งแม้ศาลจะมีคำพิพากษาแล้วก็ไม่อาจบังคับให้คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นได้ แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้นไม่ใช่ส่วนหนึ่งของการบังคับคดีตามคำพิพากษา ดังนั้น เมื่อศาลมีคำพิพากษาเรียบร้อยคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีย่อมต้องดำเนินการบังคับคดีตามคำพิพากษานั้น ตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดต่อไป[8]

---

[6]สุมณฑา พันธนสมบัติ, “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 34.

[7]อภิรดี สุทธิสมณ์, “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีปกครอง,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 4-5.

[8]เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-7.

3. พัฒนาการการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะมีประวัติศาสตร์และพัฒนาการที่ยาวนาน แต่แนวความคิดเกี่ยวกับการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเริ่มปรากฏครั้งแรกในสมัยยุคกลางของอังกฤษ ที่มักจะมีข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินและต้องให้ศาลตัดสินว่ากรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นของใคร ซึ่งโจทก์สามารถยื่นฟ้องและต้องแสดงพยานหลักฐานถึงการเป็นเจ้าของในที่ดิน จากนั้นศาลจึงจะออกคำสั่งเพื่อชี้ขาดกรรมสิทธิ์ ซึ่งการขอยื่นฟ้องดังกล่าว มีระยะเวลาที่ยาวนาน และเข้าถึงได้ยาก ต่อมาจึงได้มีการพัฒนาการออกคำสั่ง Possessory Assizes[9] ซึ่งเป็นคำสั่งคุ้มครองผู้ถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยไม่ต้องแสดงถึงพยานหลักฐานในกรรมสิทธิ์ตั้งแต่ต้น ช่วยให้ผู้ที่เคยครอบครองโดยสงบสามารถเรียกร้องสิทธิคืนกลับมาก่อนได้ โดยไม่ต้องรอให้มีคำพิพากษา อันเป็นการบรรเทาผลกระทบที่เกิดขึ้นระหว่างช่วงเวลาที่ยังไม่มีคำพิพากษา อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวถูกนำมาใช้กับอนุญาโตตุลาการเมื่อศตวรรษที่ 20 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการของนักธุรกิจ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับการพัฒนาการค้าและธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

ช่วงศตวรรษที่ 20 ในปี ค.ศ. 1915 ตลาดหลักทรัพย์แห่งบัวโนสไอเรส (Bolsa de Comercio) และหอการค้าสหรัฐอเมริกา (U.S. Chamber of Commerce) ได้มีการวางกลไกการระงับข้อพิพาทเพื่อแก้ไขข้อพิพาทระหว่างนักธุรกิจในสหรัฐอเมริกาและอาร์เจนตินา (1915 Plan) โดยมอบอำนาจให้แก่คณะกรรมการอนุญาโตตุลาการภายใต้หอการค้า จัดการกับการจำหน่ายสินค้าที่เน่าเสียง่ายหรือสินค้าตามฤดูกาล ซึ่งมาตรการดังกล่าวประสบความสำเร็จเป็นอย่างมากในการช่วยเหลือนักธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ในช่วงกลางศตวรรษที่ 20 เป็นช่วงที่เศรษฐกิจถดถอย คณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้รับความไว้วางใจดังเช่นที่ผ่านมา ส่งผลให้อำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจึงไม่ได้รับการยอมรับเช่นเดียวกัน ประกอบกับด้วยอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีสภาพบังคับเช่นเดียวกันกับศาล แต่ในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ค.ศ. 1980 การค้าเริ่มกลับมาฟื้นตัว การอนุญาโตตุลาการเริ่มได้รับความไว้วางใจมากยิ่งขึ้น แนวคิดการให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มคราวจึงเริ่มฟื้นตัว ซึ่งสะท้อนผ่านกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL MODEL LAW)

---

[9]Ali Yesilirmak, “Provisional Measures in International Commercial Arbitration,” (The degree of Doctor of Philosophy Queen Mary College University of London, 2003), p. 237.

4. หลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ

กระบวนพิจารณาในศาลรวมทั้งของอนุญาโตตุลาการได้ถูกกำหนดขึ้นโดยหลักทฤษฎีหรือหลักทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งแทรกซึมเป็นเนื้อเดียวกันอย่างใกล้ชิดในตัวบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความ[10] ซึ่งในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของศาลนั้น ศาลจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตามหลักการพื้นฐานของการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือสถานะของคู่ความในคดีไม่ให้ได้รับความเสียให้ระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณาของศาล แต่ในชั้นอนุญาโตตุลาการ การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวยังมีความแตกต่างตามกฎหมายภายในและแนวความคิดของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม หากคณะอนุญาโตตุลาการต้องออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแล้ว ในทางวิชาการมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่า ในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจักต้องประกอบด้วย 5 หลักเกณฑ์[11]

4.1 การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจ (Prima Facie Showing of Jurisdiction)

เขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ คือ ปัจจัยแรกในการพิจารณาว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ หากคณะอนุญาโตตุลาการปราศจากขอบอำนาจในการดำเนินกระบวนการแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการย่อมไม่มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อย่างไรก็ตาม ในสถานการณ์ที่ยังเป็นข้อถกเถียงและไม่แน่นอนว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ คู่พิพาทฝ่ายที่ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจำเป็นที่จะต้องแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งในกรณีนี้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถวินิจฉัยขอบอำนาจของตนได้และพิจารณาในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อไปและต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษอย่างยิ่งในการพิจารณาถึงขอบอำนาจของตน[12] แต่ในกรณีนี้อาจนำมาซึ่งข้อเสียบางประการ กล่าวคือ หากคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่าตนมีขอบอำนาจในการพิจารณาคดีอันเป็นไปตามหลักการวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเอง ปรากฏว่าภายหลังปราศจากอำนาจ แต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอาจเสียหายตามคำสั่งดังกล่าว ตลอดจนคำชี้ขาดที่ออกมาบังคับแก่คู่พิพาทก็จะเปล่าประโยชน์ไปในที่สุด อันทำให้

---

[10]วรรณชัย บุญบำรุง, เรื่องเดิม, หน้า 128.

[11]Stephen Benz, “Strengthening Interim Measures in International Arbitration,” **Georgetown Journal of International Law** (2019): 152.

[12]José María Abascal Zamora, “The Art of Interim Measures,” **ICCA Congress Series International Arbitration** 13 (2006): 751-767.

คู่พิพาทเสียเวลา เสียค่าใช้จ่ายโดยไม่มีความจำเป็น ตัวอย่างคดี Pey Casado[13] เป็นคดีที่คณะอนุญาโตตุลาการได้พิจารณาว่าตนมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาททำให้เกิดข้อสังเกตว่า กรณีนี้เป็นการชี้ขาดอำนาจแบบหมุนวน (Circular)[14] หรือไม่ ทั้งนี้ การวินิจฉัยว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีเขตอำนาจสามารถกระทำได้โดยง่าย แม้ว่าคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งจะได้พยายามคัดค้านถึงความถูกต้องของเขตอำนาจแล้วก็ตาม ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาตามว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเหนือคู่พิพาทมิใช่เหนือข้อพิพาท และคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งต้องถูกบังคับเข้าสู่กระบวนพิจารณาโดยไม่ชอบ หรือ ตัวอย่างคดี Nicaragua v. United States of America (Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua) ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ได้มีการนำหลักเกณฑ์การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจ (Prima Facie)[15] มาปรับใช้ หรือในคดีต่อมาในการพิจารณาออกคำสั่งซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการใน Iran-US Claims Tribunal ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาปรับใช้เช่นเดียวกันกับศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการถือเป็นหลักเกณฑ์ประการแรกสุดที่สำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณา

4.2 การแสดงพยานหลักฐาน (Prima Facie) ว่าคดีมีมูล (Merit)

การร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนั้น คู่พิพาทต้องแสดงพยานหลักฐาน (Prima Facie) และเหตุอันน่าเชื่อถือว่าการร้องขอของตนนั้นมีมูลหรือมีแนวโน้มว่าจะชนะคดีและควรได้รับการคุ้มครองในชั้นคุ้มครองชั่วคราว[16] อย่างไรก็ตาม คณะอนุญาโตตุลาการควรพิจารณาในเบื้องต้นภายใต้ขอบเขตที่จำกัดเท่านั้นและใช้ความระมัดระวังที่จะไม่ตัดสินคดีล่วงหน้า ตลอดจนคณะอนุญาโตตุลาการควรตัดสินใจหรือชั่งน้ำหนักในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวอย่างสมเหตุสมผลในทางการค้า

---

[13]ITALAW, **Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (I), ICSID Case No. ARB/98/2** [Online], available URL: https://www.italaw.com/cases/829, 2024 (May,12).

[14]สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, **อำนาจในการวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเอง (Competence-competence): ที่มาและแนวคิดเบื้องต้น** [Online], available URL: https://www.youtube.com/watch?v=-xKNaQv8YyE&t=1367s, 2566 (ตุลาคม, 9).

[15]Carlos Argüello, **The International Court of Justice's intrinsic powers to decide all cases brought before it** [Online], available URL: https://cil.nus.edu.sg/blogs/the-international-court-of-justices-intrinsic-powers-to-decide-all-cases-brought-before-it/, 2025 (May, 2).

[16]Ali Yesilirmak, op. cit, p. 237.

ยกตัวอย่างเช่น หากผู้เรียกร้องซึ่งเป็นผู้รับอนุญาต (licensee) ไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงพยานหลักฐาน (Prima Facie) ว่าการบอกเลิกสัญญาอนุญาต (License agreement) ไม่ถูกต้อง ในขณะที่ผู้คัดค้านซึ่งเป็นผู้ให้อนุญาต (Licensor) มีเหตุผลในการบอกเลิกสัญญา การที่คณะอนุญาโตตุลาการสั่งให้ผู้คัดค้านยังคงอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินหรือสิทธิที่ได้รับอนุญาตต่อไปนั้น ก็อาจจะไม่สมเหตุสมผล หรือในตัวอย่างคดี ICC case 9301[17] ที่คณะอนุญาโตตุลาการได้ออกคำสั่งห้ามชั่วคราว ห้ามคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งใช้เครื่องหมายการค้าของผู้ร้อง เนื่องจากผู้ร้องสามารถพิสูจน์ได้ในเบื้องต้นว่าตนมีสิทธิเรียกร้อง (Merit) ในการห้ามการใช้เครื่องหมายการค้าดังกล่าว ในทางตรงกันข้ามในคดี ICC Final Award 5804 of 1989[18] คำร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวถูกปฏิเสธ เนื่องจากผู้ร้องไม่สามารถพิสูจน์ให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าคดีมีมูลได้ ทั้งนี้ สถาบันผู้เชี่ยวชาญด้านอนุญาโตตุลาการและการระงับข้อพิพาททางเลือก (Chartered Institute of Arbitrators) ได้วางหลักเกณฑ์ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยในการออกมาตรการดังกล่าว สิ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการควรพิจารณา คือ การแสดงหลักฐานว่าคดีมีมูล (Prima Facie Showing of Merit) โดยคณะอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาคำร้องขอมาตรการชั่วคราวควรพิจารณาข้อมูลที่อยู่เบื้องหน้าว่าคดีของผู้ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีโอกาสที่จะชนะในข้อพิพาทหรือไม่ และคณะอนุญาโตตุลาการไม่ควรตัดสินและชี้ขาดระหว่างการร้องขอมาตรการนี้[19]

4.3 ความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ (Irreparable Harm)

การออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คณะอนุญาโตตุลาการจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งหากไม่มีการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ทันโดยคำชี้ขาด (Harm not Adequately Reparable) โดยทั่วไปแล้วคณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราว หากคู่พิพาทที่ร้องขอมาตรการสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายที่ไม่สามารถแก้ไขได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าจะต้องเกิดความเสียหายร้ายแรงอย่างแน่นอน เพียงมีความเสี่ยงว่าจะเกิดขึ้นก็ถือว่าเพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าหลักการที่ใช้ในอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ มาตรฐานของคำว่า “ความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้” นั้น จะมีมาตรฐานต่ำกว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ดังจะเห็นได้จาก

---

[17]Ibid, p. 238.

[18]Ibid, p. 237.

[19]Chartered Institute of Arbitrator’s International Arbitration Practice Guidelines on the Application of Interim Measures, Article 2.

ในคดี Paushok V. Mongolia[20] โดยผู้เรียกร้อง (Paushok) ได้ยื่นหนังสือต่อ คณะอนุญาโตตุลาการ กล่าวหาว่าผู้คัดค้าน (Mongolia) ละเมิดข้อผูกพันภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐรัสเซียและรัฐบาลแห่งมองโกเลีย โดยการบังคับใช้กฎหมาย Windfall Profit Tax Law (WPT Law) รวมถึงกฎหมายแร่ 2549 ซึ่งได้ยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวและคำสั่งห้ามชั่วคราว ต่อมาคณะอนุญาโตตุลาการได้มีการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ รวมถึงคดีมีมูลและองค์ประกอบที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ ความเสียหายที่มิอาจเยียวยาได้ (Irreparable Harm) โดยผู้คัดค้าน (Mongolia) ต่อสู้ว่าหากเกิดความเสียหายอย่างใด ๆ ขึ้นต่อผู้เรียกร้อง (Paushok) แล้ว ความเสียหายดังกล่าวสามารถเยียวยาได้ด้วยตัวเงิน แต่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าการจ่ายเงินภาษี (WPT) มีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การล้มละลายและการสูญเสียการลงทุนของผู้เรียกร้อง (Paushok) ดังนั้น การพิจารณาถึงความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ (Irreparable Harm) เพียงแต่มีความเสี่ยงว่าจะเกิดขึ้นก็ถือว่าเพียงพอแล้วที่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่ง หรือในคดี PNG Sustainable Development Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea แม้ว่าฝ่ายผู้คัดค้านจะอ้างว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นสามารถเยียวยาได้ด้วยการจ่ายค่าเสียหายแต่คณะอนุญาโตตุลาการยังคงมีการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในที่สุด[21] ทั้งนี้ ตาม Article 17 A แห่งกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ไม่ได้กำหนดให้ผู้ร้องต้องแสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่ไม่สามารถแก้ไขได้ เพียงแต่มีแนวโน้มว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะไม่สามารถชดเชยได้อย่างเพียงพอด้วยคำชี้ขาดหากไม่มีการสั่งมาตรการนี้ และความเสียหายดังกล่าวมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่น่าจะเกิดขึ้นกับคู่พิพาทที่ถูกบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งการพิจารณาถึงแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นนี้แสดงให้เห็นถึงการใช้เกณฑ์ที่ค่อนข้างยืดหยุ่นในการประเมินความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ดังนั้น ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการจึงมักถูกกล่าวว่ามีลักษณะยืดหยุ่นและข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ไม่ได้กำหนดถึงการใช้ดุลยพินิจไว้อย่างชัดเจน[22]

---

[20]ITALAW, **Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia** [Online], available URL: https://www.italaw.com / cases/816, 2025 (March, 21).

[21]Yue-Zhen Li, **(Interim Measures in International Arbitration: The Case for Applying High Standards)** [Online], available URL: https://aria.law.columbia.edu/interim-measures-in-international-arbitration-the-case-for-applying-high-standards/, 2025 (March, 21).

[22]Ibid.

4.4 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักการนี้ถูกนำมาใช้เพื่อรักษาสมดุลระหว่างสิทธิและผลประโยชน์ของคู่พิพาทที่เกี่ยวข้อง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้แน่ใจว่าคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวที่ออกมามีความเหมาะสมและสมเหตุสมผลกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการจะบรรลุ ซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในทุกระบบกฎหมาย เมื่อเปรียบเทียบกับการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว หลักความได้สัดส่วนถือเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่ใช้ควบคุมดุลยพินิจของฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐภายใต้หลักนิติรัฐว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่สมเหตุสมผลหรือไม่ ทั้งนี้ การใช้ดุลพินิจในการใช้อำนาจนั้นต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ที่สมเหตุสมผล[23] จะเห็นได้ว่าหลักการนี้ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการหนึ่งที่คณะอนุญาโตตุลาการจะนำมาพิจารณาเมื่อมีการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ โดยหลักการนี้มีใจความสำคัญว่าความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ร้องขอนั้น จะต้องไม่มากเกินสัดส่วนกับประโยชน์ที่ผู้ร้องจะได้รับจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คณะอนุญาโตตุลาการต้องชั่งน้ำหนักความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมีน้ำหนักมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง (Balance of Convenience) เมื่อมีการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ยกตัวอย่างคดี Paushok V. Mongolia ในคดีนี้คณะอนุญาโตตุลาการมีความจำเป็นที่จะต้องนำหลักความได้สัดส่วนเข้ามาชั่งน้ำหนักระหว่างการบังคับใช้กฎหมาย Windfall Profit Tax Law (WPT) ในการเรียกเก็บภาษีที่สูงขึ้นและความเสียของเอกชน โดยในการชั่งน้ำหนักคณะอนุญาโตตุลาการยอมรับว่าแม้ว่าผู้คัดค้าน (Mongolia) มีสิทธิในการบังคับใช้กฎหมายภาษี (WPT) แต่ก็ต้องพิจารณาถึงผลกระทบของกฎหมายดังกล่าวต่อการลงทุนต่างชาติ

4.5 ความจำเป็นเร่งด่วน (Urgency)

การร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการนั้น ความจำเป็นเร่งด่วนถือเป็นหลักเกณฑ์หนึ่งที่คู่พิพาทจำเป็นต้องแสดงให้คณะอนุญาโตตุลาการเห็น ซึ่งความจำเป็นเร่งด่วนถือเป็นปัจจัยที่สำคัญ ที่คณะอนุญาโตตุลาการนำมาพิจารณาในการออกมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีระหว่างกระบวนการพิจารณา โดยคณะอนุญาโตตุลาการจะพิจารณาว่ามีความเร่งด่วนเพียงใด เช่น ในกรณีที่สินค้าเน่าเสียง่ายตามฤดูกาล หากเกิดข้อพิพาทขึ้นถือเป็นสถานการณ์ที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่อาจต้องได้รับการคุ้มครองชั่วคราวจากคณะอนุญาโตตุลาการ ตัวอย่างคดี Railroad

---

[23]วุฒิชัย จิตตานุ, “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคล,”**วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 8, 22 (มกราคม - เมษายน 2549): 47.

Development Corp. (RDC) v. Guatemala[24] โดย RDC ร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และขอให้บังคับ Guatemala เก็บรักษาเอกสารบางอย่างที่ RDC เชื่อว่ามีความสำคัญต่อคดีพิพาทนี้ โดยมีมูลเหตุมีข้อมูลข่าวว่าเอกสารของรัฐบาล Guatemala บางฉบับได้ถูกขโมย ทำลาย หรือสูญหายภายใต้รัฐบาลใหม่ ทั้งนี้ Guatemala คัดค้านว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่เหมือนกับกระบวนการค้นหาหลักฐานหรือข้อมูลในศาลของสหรัฐอเมริกาที่มีการค้นหาและเก็บรักษาหลักฐานจำนวนมากอย่างเข้มงวด การขอให้เก็บรักษาเอกสารของ RDC ไม่มีความจำเป็นเร่งด่วนแต่ประการใด และท้ายที่สุดแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่า คำร้องขอของ RDC ไม่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วน จึงปฏิเสธที่จะออกคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว หรือในตัวอย่างคดี Tokios Tokelés v. Ukraine [25] โดยผู้เรียกร้อง (Tokios Tokelés) ได้ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อหยุดการดำเนินคดีอาญา การยึดทรัพย์สินและการตรวจสอบภาษีในยูเครน แต่คณะอนุญาโตตุลาการปฏิเสธคำร้องของผู้เรียกร้องเนื่องจากผู้เรียกร้องไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นเร่งด่วนได้

5. มาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้กฎหมายและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการภายในประเทศไทย

5.1 การร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530[26]

ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และบังคับใช้แก่การอนุญาโตตุลาการมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน นับแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2530 แม้ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างมากในการระงับข้อพิพาท แต่กลับยังมีรายละเอียดบางประการที่มีความบกพร่องและไม่มีลักษณะที่เป็นสากล นอกเหนือจากนี้ ยังไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้บัญญัติถึงมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในมาตรา 18 ดังนี้

“ในกรณีที่จำต้องอาศัยอำนาจศาลในการออกหมายเรียกพยาน ให้พยานสาบานตน ให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใด ใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีในระหว่างการพิจารณา หรือให้ชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายใด อนุญาโตตุลาการคนใดคนหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ

---

[24]ITALAW, **Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23** [Online], available URL: https://www.italaw.com/cases/887, 2025 (March, 21).

[25]ITALAW, **Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18** [Online], available URL: https://www.italaw.com/cases/1099, 2025 (March,21).

[26]ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 104 ตอนที่ 256 หน้า 1 ลงวันที่ 12 สิงหาคม 2530.

ให้ศาลดำเนินกระบวนพิจารณาเช่นว่านั้น ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้น ๆ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

เมื่อพิจารณาจะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลเข้ามาช่วยเหลือคณะอนุญาโตตุลาการแต่ยังคงปรากฏความบกพร่องหลายประการ และแม้ว่าศาลจะมีอำนาจในการช่วยเหลือคณะอนุญาโตตุลาการในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่กลับไม่เป็นที่แน่ชัดว่าสามารถบังคับได้เฉพาะในส่วนที่กระบวนการกระทำลงในประเทศไทยหรือสามารถบังคับใช้ได้กับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่กระทำลงในต่างประเทศ ยกตัวอย่าง หากมีการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นในต่างประเทศ และคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจำเป็นต้องร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในประเทศไทย คณะอนุญาโตตุลาการจะสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งต่อไปได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงความสอดคล้องของกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแม่แบบ[27] (UNCITRAL Model Law) กฎหมายของประเทศอังกฤษ[28] ประกอบกับมาตรา 18 และมาตรา 25 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 นั้น ไม่ว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเกิดขึ้นในประเทศหรือต่างประเทศ ศาลย่อมมีหน้าที่และบทบาทในการช่วยเหลือสนับสนุนกระบวนการอนุญาโตตุลาการ รวมถึงตามบทบัญญัติมาตรา 55 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ข้อพิพาทตามกฎหมายแพ่งจะต้องอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลที่มีอำนาจในการมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว[29]

นอกเหนือจากนี้ตามมาตรา 18 ยังบัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการมีสิทธิร้องขอความช่วยเหลือต่อศาลในการร้องขอวิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่พิพาทในระหว่างการพิจารณา และแม้ว่าตามบทบัญญัติดังกล่าวจะบัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการมีสิทธิร้องขอวิธีการชั่วคราวต่อศาล แต่ในทางปฏิบัตินั้นกลับก่อให้เกิดปัญหาว่า หากคู่พิพาทร้องขอวิธีการชั่วคราวก่อนมีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการนั้น จะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป ซึ่งในกรณีดังกล่าวสามารถแก้ไขโดยคู่พิพาทจะต้องเร่งดำเนินการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนเอง อันสามารถทำได้โดยฝ่ายเดียวและมีผลทันทีที่ได้รับการแต่งตั้งยินยอม จากนั้นจึงให้คณะอนุญาโตตุลาการที่ตนแต่งตั้งเป็นผู้ยื่นคำขอคุ้มครองต่อศาลเอง[30]

---

[27]UNCITRAL Model Law, Article 1(2) และ Article 9.

[28]The English Arbitration Act of 1996, Section 2(3).

[29]นฤมล กิจสินธพชัย, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 172.

[30]วิชัย อริยะนันทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” ใน **รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ (เล่ม 2)**: 322.

5.2 การร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวภายใต้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545[31]

ตามหัวข้อที่ก่อนหน้านี้ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ล้วนมีปัญหาและช่องว่างทางกฎหมาย จึงจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขและปรับปรุงในการอุดช่องว่างดังกล่าว ภายหลังจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยมาตรการคุ้มครองชั่วคราวถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 16 ดังนี้

"คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาโตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มี เขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อน หรือขณะดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่งถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว"

ตามมาตรา 16 บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาหลักเกณฑ์ ข้อบกพร่องตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ในกรณีที่คู่ความไม่สามารถยื่นร้องขอมาตรการคุ้มครองต่อศาลได้ด้วยตนเองก่อนตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งจะต้องยื่นร้องขอต่อคณะอนุญาโตตุลาการในการดำเนินการเท่านั้น โดยในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนอาจทำให้เกิดความล่าช้าในคดีได้ โดยเมื่อพิจารณาตามมาตรา 16 ในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จะเห็นว่ามีการแก้ไขให้เป็นไปในทิศทางเดียวกับกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ปี ค.ศ. 1985 มาตรา 9 ซึ่งกำหนดให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ไม่ได้แก้ไขตามมาตรา 17 ซึ่งเป็นมาตราที่ระบุถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง เป็นเรื่องผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการทำให้คู่พิพาทขอความช่วยเหลือจากศาลในการคุ้มครองชั่วคราวได้ ซึ่งคู่พิพาทจะต้องร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ การพิจารณาถึงเขตอำนาจศาลในการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจึงถือเป็นสิ่งสำคัญเช่นเดียวกัน โดยศาลที่มีเขตอำนาจนั้น หากเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมก็เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ แต่หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐหรือหน่วยงานของรัฐและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน โดยมีข้อพิพาทเป็นเรื่องสัญญาทางปกครอง หรืออื่น ๆ ที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองก็เป็นไปตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ มาตรา 16 ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ 2545 นี้

[31]ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 119 ตอนที่ 39 ก ลงวันที่ 29 เมษายน 2545.

ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่า คำร้องขอมาตรการคุ้มครองของคู่พิพาทนั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์การในการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการพิจารณานั้น ศาลจะหยิบยกเอากฎหมายที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาประกอบ เนื่องจากในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ ไม่ได้มีการระบุว่า มาตรการคุ้มครองมีอะไรบ้าง ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 3883-3884/2559 อันมีการวางหลักเอาไว้ว่า ระหว่างที่มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด หากคู่พิพาทฝ่ายใดเสียหายเพราะการกระทำของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง คู่พิพาทฝ่ายที่เสียหายมีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ ขอให้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 254 หรือ 264 ประกอบพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 16 ก็ได้ แต่ศาลมีอำนาจวินิจฉัยเพียงว่าเข้าเหตุตามหลักเกณฑ์การขอคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่เท่านั้น ส่วนเนื้อหาของข้อพิพาทเป็นอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ

6. วิเคราะห์ปัญหาการตีความและการบังคับบทบัญญัติมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในชั้นอนุญาโตตุลาการ

แม้ว่าจะมีการตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ด้วยลักษณะของการอนุญาโตตุลาการที่เกิดขึ้นภายใต้ข้อตกลงของเอกชน และรัฐได้มอบอำนาจตุลาการเฉพาะในส่วนตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทเท่านั้น คณะอนุญาโตตุลาการจึงไม่มีอำนาจในการบังคับเช่นเดียวกันกับศาล และโดยลักษณะของมาตรการคุ้มครองนั้น จำเป็นที่จะต้องอาศัยอำนาจในการบังคับ ท้ายที่สุดแม้คณะอนุญาโตตุลาการจะมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว แต่หากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว คำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการก็จะไร้ผลไปในที่สุด การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยคณะอนุญาโตตุลาการจึงมักถูกโต้แย้งถึงความเหมาะสม และเพื่อตอบคำถามดังกล่าว ผู้ศึกษาจะแยกพิจารณา ดังต่อไปนี้

6.1 อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของอนุญาโตตุลาการแล้ว การอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เอกชนตกลงทำขึ้น แต่จะมีผลบังคับใช้ได้ต้องอาศัยอำนาจของรัฐในการบังคับคดี[32] ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการจะมีลักษณะการใช้อำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) และรัฐได้มอบอำนาจตุลาการเฉพาะในส่วนที่เป็นการชี้ขาดข้อพิพาทโดยการรับฟังข้อเท็จจริงที่คณะอนุญาโตตุลาการ

[32]พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, **รวมข้อเขียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 1.

เห็นว่ายุติและนำข้อกฎหมายปรับเข้ากับข้อเท็จจริงเท่านั้น ซึ่งเป็นอำนาจตุลาการที่ไม่ได้มีส่วนบังคับกับเนื้อตัวร่างกายหรือเสรีภาพหรือทรัพย์สินของคู่พิพาท[33] อันเป็นอำนาจของรัฐโดยแท้ ทั้งนี้ อำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) ถือเป็นการใช้อำนาจตุลาการอย่างหนึ่ง ซึ่งรัฐจำเป็นที่จะต้องเข้ามาตรวจสอบดูแล และลักษณะทั่วไปของการอนุญาโตตุลาการ มีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก อนุญาโตตุลาการตั้งอยู่บนพื้นฐานเรื่องความตกลงที่ให้มีอนุญาโตตุลาการซึ่งนำไปสู่สภาพของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และประการที่สองลักษณะที่เกี่ยวกับอำนาจศาล[34] ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้ว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการการพิจารณาข้อพิพาทโดยลักษณะของสัญญา แต่ภายหลังเมื่อคณะอนุญาโตตุลาการออกคำชี้ขาดแล้ว จะไม่มีอำนาจบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตาม ศาลจะเข้ามามีบทบาทในการช่วยเหลือคู่พิพาทในการบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการจึงมีลักษณะเป็นเรื่องอำนาจรัฐไม่ใช่เป็นเรื่องสัญญาโดยแท้ โดยอาจพิจารณาในแง่ที่ว่าอนุญาโตตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการใช้อำนาจตุลาการของรัฐ โดยรัฐมีหน้าที่ทำให้กฎหมายมั่นคง และมีสภาพบังคับเป็นรูปธรรม[35]

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการเอาไว้ในมาตรา 16 เพียงมาตราเดียว จึงได้มีการพยายามตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ดังจะเห็นได้จากข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้เมื่อคู่พิพาทร้องขอ[36] นอกจากนี้ สถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม (THAC) ได้มีความพยายามในการผลักดันให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) ภายใต้แนวความคิดที่ว่าอนุญาโตตุลาการเกิดขึ้นได้เนื่องจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งความตกลงดังกล่าวถือเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการอนุญาโตตุลาการอันเป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Party Autonomy) และคู่พิพาทสามารถสร้างหลักเกณฑ์ใด ๆ ขึ้น เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้นเมื่อมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่บทบังคับที่มีลักษณะเด็ดขาด (Mandatory Provision) หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

---

[33]วรรณชัย บุญบำรุง, **หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 32.

[34]เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

[35]เรื่องเดียวกัน.

[36]ข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, ข้อ 39.

คณะอนุญาโตตุลาการย่อมมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว อันเป็นไปตามทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการตีความในลักษณะดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของอนุญาโตตุลาการแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจตุลาการบางส่วน (Quasi-Judicial) ซึ่งหากรัฐไม่ได้รับรองการใช้อำนาจคุ้มครองชั่วคราวแล้ว การออกคำสั่งดังกล่าวก็มีสถานะไม่แตกต่างจากการประนอมข้อพิพาทแต่อย่างใด ประกอบกับแนวความคิดที่ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายไทยมีมาตั้งแต่ในขณะที่มีการเสนอให้มีการร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการขึ้น โดยสภานโยบายแห่งชาติเมื่อปี พ.ศ. 2521[37] ซึ่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว และฉบับของกรมบังคับคดีได้กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้[38] แต่ในขณะนั้นมีนักกฎหมายบางส่วนไม่เห็นด้วยที่จะให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพราะคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ศาล แม้คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ ก็ยังต้องให้ศาลพิพากษาอีกครั้งหนึ่งจึงจะบังคับได้ ดังนั้น มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ในต่างประเทศจะให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่แน่นนอนขึ้นกับกฎหมายในของแต่ละประเทศ ซึ่งหากประเทศไทยต้องการพัฒนากฎหมายให้มีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อไปในอนาคต การมอบอำนาจคุ้มครองชั่วคราวให้คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีความระมัดระวังอย่างยิ่ง ซึ่งในทางวิชาการมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่าในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจักต้องประกอบด้วย 5 หลักเกณฑ์ และจากการศึกษาคดีตัวอย่างพบว่า คณะอนุญาโตตุลาการมักจะใช้ดุลยพินิจที่ยืดหยุ่นในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเมื่อเปรียบเทียบกับศาล โดยหลักเกณฑ์ที่ผู้ศึกษาเห็นว่า จะเป็นปัญหาสำคัญสำหรับประเทศไทยในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คือ การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (Prima Facie Showing of Jurisdiction) ทั้งนี้ ประเทศไทยมีข้อพิพาทในลักษณะนี้เช่นเดียวกับตัวอย่างคดี Pey Casado ดังจะเห็นได้จากคดีหมายเลขดำที่ ค.1/2564

---

[37]นฤมล กิจสินธพชัย, เรื่องเดิม, หน้า 186.

[38]ร่างพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฉบับของกรมบังคับคดี พ.ศ..., มาตรา 38 บัญญัติว่า “ถ้ามีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของคู่กรณีให้อนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกคำสั่งให้คู่กรณีกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการใด ๆ อันเป็นเหตุแห่งกรณีพิพาทนั้นได้.”

โดยกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมได้ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม (THAC) เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2563 เป็นข้อพิพาทเลขที่ A27/2020 ส่วนบริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน) ได้ยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) เป็นข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 93/2563[39] โดยผู้ศึกษาคาดว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายต่างเห็นว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการคนละแห่ง ทั้งนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าปัญหาดังกล่าวเกิดจากภูมิหลังประวัติศาสตร์การก่อตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย ซึ่งสถาบันอนุญาโตตุลาการ (TAI) เดิมก่อตั้งตามตามคำสั่งกระทรวงยุติธรรมที่ 302/2523 ในนามของสำนักงานอนุญาโตตุลาการภายใต้สังกัดของสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการกระทรวงยุติธรรม ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมในขณะนั้น ตลอดจนมีนโยบายส่งเสริมและสนับสนุนให้ใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท แต่ภายหลังปรากฏว่า เมื่อปี 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540[40] บัญญัติให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยงานธุรการของศาลยุติธรรมเป็นอิสระแยกตัวออกจากกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร ประกอบกับในขณะเดียวกันได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ขึ้น โดยมีการกำหนดให้โอนบรรดาอำนาจหน้าที่ของสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม ไปเป็นของสำนักงานศาลยุติธรรม และสถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นหน่วยงานในสำนักงานส่งเสริมงานตุลาการจึงได้โอนไปสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม นับตั้งแต่ที่ศาลยุติธรรมได้แยกตัวออกมาจากการกระทรวงยุติธรรม ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2550 ขึ้น โดยให้มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้รักษาการ ซึ่งสถาบันดังกล่าวแยกเป็นเอกเทศจากหน่วยงานของศาล กรณีจึงมีปัญหาว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดมีอำนาจในการพิจารณาด้วยปัญหาภูมิหลังดังกล่าว อาจทำให้เกิดข้อถกเถียงในเรื่องของเขตอำนาจ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับกรณีของคดี Pey Casado หากยังไม่เป็นข้อยุติว่าสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งใดมีเขตอำนาจในการพิจารณาและคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มีการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ภายหลังที่คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการออกคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไปยังคู่พิพาททั้งที่ตนปราศจากอำนาจในการดำเนินกระบวนการ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่าคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจเหนือคู่พิพาททำให้คู่พิพาทเสียเวลาและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย กระบวนการขาดความน่าเชื่อถือ

---

[39]สำนักข่าวอิสรา, **ฟ้องนัว 4 คดี! 'ไทยคม-ดีอีเอส' ยื่น 'ศาลปค.กลาง' ชี้ขาดข้อพิพาทดาวเทียม-ตั้งอนุญาโตฯ** [Online], available URL: https://www.isranews.org/article/isranews-news/107413-DES-thaicom-contract-bank-Guarantee-news.html, 2567 (มีนาคม, 19).

[40]รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 275.

เมื่อพิจารณาถึงบริบทปัญหาการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทยถึงภูมิหลังของการเกิดขึ้นของสถาบันอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยแล้วหลักเกณฑ์ที่จะเป็นปัญหามากที่สุด คือ การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (Prima Facie Showing of Jurisdiction) ซึ่งหากคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในบางกรณีจะเกิดปัญหาการชี้ขาดอำนาจแบบหมุนวน (Circular)[41] ทำให้เกิดคำถามตามมาว่าในกรณีนี้อาจถือว่าคณะอนุญาโตตุลาการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยปฏิบัติตามอำเภอใจ การเลือกปฏิบัติปราศจากความยุติธรรม ซึ่งเป็นการปิดกั้นให้คู่พิพาทในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) รวมถึงการร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยธรรมชาติแล้ว คำร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวจะสร้างความตึงเครียดระหว่างผลประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของคู่พิพาทในระหว่างรอคำชี้ขาด คณะอนุญาโตตุลาการจึงมีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงการพิจารณาอย่างมีอคติอันกระทบต่อสิทธิของคู่พิพาทและไม่ควรเร่งรีบในการแก้ไขความตึงเครียดนี้โดยการใช้มาตรฐานที่ยืดหยุ่นในการพิจารณาคำร้อง นอกจากนี้เองในบริบทของต่างประเทศ หลักเกณฑ์ความเสียหายอันมิอาจเยียวยาได้ (Irreparable Harm) เป็นหลักเกณฑ์ที่มีปัญหาเช่นเดียวกัน เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการมีการปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวยืดหยุ่นว่าศาลท้องถิ่น ทำให้ฝ่ายคู่พิพาทที่ถูกบังคับแม้จะมีการต่อสู้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นสามารถเยียวยาได้ด้วยคำชี้ขาด แต่ท้ายที่สุดแล้วก็ถูกบังคับจากการพิจารณาใช้มาตรฐานที่ยืดหยุ่นกว่าศาลท้องถิ่น ซึ่งหากศาลท้องถิ่นต้องบังคับใช้มาตรการชั่วคราวที่ออกมาโดยคณะอนุญาโตตุลาการด้วยมาตรฐานที่ยืดหยุ่นกว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของศาลจะทำให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจมากกว่าศาลท้องถิ่น และท้ายที่สุดแล้วเมื่อศาลต้องบังคับตามคำสั่งดังกล่าว ศาลอาจปฏิเสธการบังคับใช้ซึ่งการใช้มาตรฐานในการพิจารณาที่ยืดหยุ่นกว่าศาลท้องถิ่นอาจก่อให้เกิดปัญหาในการดำเนินคดีของอนุญาโตตุลาการได้ เพราะทำให้คู่พิพาทหรือบุคคลทั่วไปเคลือบแคลงสงสัยในการใช้อำนาจดังกล่าวและอาจนำไปสู่การเสื่อมความนิยมในการใช้อนุญาโตตุลาการในการชี้ขาดข้อพิพาทได้[42]

---

[41]สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, **อำนาจในการวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเอง Competence-competence)** [Online], available URL: https://www.youtube.com/watch?v=-xKNa Qv8YyE&t=1367s, 2566 (ตุลาคม, 9).

[42]พสิษฐ์ อัศววัฒนาพร, “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (3) : หลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ,” **วารสารกฤษฎีกา** 2, 1 (มกราคม 2565): 11.

6.2 อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการบังคับคู่พิพาท

ลักษณะสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว จำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐในการบังคับให้คู่พิพาทฝ่ายที่ไม่สุจริตปฏิบัติตามคำสั่ง แต่ด้วยลักษณะของคณะอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากการแต่งตั้งและความยินยอมของคู่พิพาท และรัฐเพียงแต่ให้การรับรองในส่วนของการบังคับตามคำชี้ขาดเพียงเท่านั้น ซึ่งความยินยอมของคู่พิพาท (Party Autonomy) ไม่อาจถือเป็นอำนาจรัฐได้ นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการปราศจากอำนาจในการบังคับ (Lack of Coercive Power) เช่นเดียวกับศาล คณะอนุญาโตตุลาการจึงมักถูกโต้แย้งถึงประสิทธิภาพในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งในประเด็นผู้ศึกษาเห็นว่ารัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้รัฐมีหน้าที่จัดให้มีกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง แม้จะมีการแบ่งอำนาจตุลาการให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท แต่รัฐไม่อาจมอบอำนาจให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ เพราะหากรัฐปล่อยให้เอกชนมีอิสระในการที่จะบังคับให้มีการปฏิบัติหน้าที่กันเองแล้วก็จะทำให้กฎเกณฑ์ของสังคมไม่มีความแน่นอน และตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ แนวความคิดที่ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกฎหมายไทยมีมาตั้งแต่อดีต แต่ในขณะนั้นมีนักกฎหมายบางส่วนไม่เห็นด้วยที่จะให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพราะคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ศาล แม้คำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทของคณะอนุญาโตตุลาการ ก็ยังต้องให้ศาลพิพากษาอีกครั้งหนึ่งจึงจะบังคับได้[43] ทั้งนี้ ตามแนวความคิดของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศแล้วต่างไม่ได้ปฏิเสธอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว และเชื่อว่าคู่พิพาทจะปฏิบัติตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการเพื่อรักษาความหน้าเชื่อถือของตน[44] แต่ในอีกหลายกรณีเช่นเดียวกันที่คู่พิพาทไม่ได้ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการหากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่สุจริตหรืออยู่ในสภาวะล้มละลาย[45] ทั้งนี้ ความสามารถในการบังคับใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการนั้นมีความซับซ้อน และเมื่อพิจารณาตามอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับและบังคับใช้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) หรืออีกชื่อหนึ่ง คือ อนุสัญญานิวยอร์ก (New York

---

[43]นฤมล กิจสินธพชัย, เรื่องเดิม, หน้า 187.

[44]Christa Mueller García, Antonio Ochoa Quintana (Mueller Abogados), **Who Prevails? The Powers of the Arbitrator With Respect to Court-Ordered Interim Measures in Mexico** [Online], available URL: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/20/who-prevails-the-powers-of-the-arbitrator-with-respect-to-court-ordered-interim-measures-in-mexico/, 2024 (January, 20).

[45]José María Abascal Zamora, op. cit., pp. 758-759.

Convention) ต่างมีความเห็นที่แตกต่างกันว่าคำสั่งชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการสามารถบังคับใช้ได้หรือไม่[46] โดยรากฐานของปัญหามาจากอำนาจในการบังคับเป็นของรัฐ ซึ่งศาลสามารถบังคับใช้และมีผลโดยทันที ซึ่งการขาดอำนาจในการบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวนี้ อาจเป็นการซึ่งอาจลดทอนประสิทธิภาพและความรวดเร็วของมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งเสียเอง[47] อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาไม่มีกฎหมายของประเทศใดที่บัญญัติให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการบังคับ เว้นแต่ประเทศอังกฤษ ที่ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกคำสั่งเด็ดขาดได้ (Peremptory Order) เพื่อบังคับให้คู่พิพาทปฏิบัติตามความสั่งของตน แต่ท้ายที่สุดแล้วหากคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตาม คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจ 4 ประการ ซึ่งทำให้คำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการมีสภาพบังคับมากยิ่งขึ้น 1) มีคำสั่งให้คู่พิพาทที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งไม่มีสิทธิที่จะอาศัยข้ออ้างหรือข้อเท็จจริงใด ๆ ซึ่งเป็นประเด็นเกี่ยวข้องกับคำสั่ง 2) ทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์จากการที่คู่พิพาทไม่กระทำการตามคำสั่งตามพฤติการณ์อันสมควร 3) ดำเนินการพิจารณาทำคำชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการโดยชอบแล้ว และ 4) ให้จ่ายเงินค่าเสียหายในการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การอาศัยข้ออ้าง การทำคำวินิจฉัยที่เป็นปฏิปักษ์หรือดำเนินการทำคำชี้ขาดโดยอาศัยพยานหลักฐานเท่าที่ได้ยื่นต่อคณะอนุญาโตตุลาการ คณะอนุญาโตตุลาการสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง แม้ว่าจะกำหนดเอาไว้ในกฎหมายหรือไม่กำหนดเอาไว้ก็ตาม ตลอดจนการทำคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นอำนาจโดยตรงที่คู่พิพาทได้มอบให้แก่คณะอนุญาโตตุลาการ และการจ่ายเงินค่าเสียหายนั้นหากเกิดความเสียหายขึ้นจริงคณะอนุญาโตตุลาการก็สามารถกำหนดเอาไว้ได้ในคำชี้ขาดไปในคราวเดียว และเมื่อศึกษาถึงอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการในการบังคับต่อไป พบว่ามีปัญหาบางประการดังนี้

6.2.1 นิยามความหมายของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ตามแนวความคิดของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เมื่อคณะอนุญาโตตุลาการปราศจากอำนาจในการบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องร้องขอความช่วยเหลือจากศาลเพื่อบังคับตามคำสั่งดังกล่าว กฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) จึงได้กำหนดให้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการจะต้องได้รับการยอมรับและมีผลผูกพันธ์ (Recognition and Enforcement) เว้นแต่คณะอนุญาโตตุลาการจะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น[48] และต้องยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจ และศาลมีอำนาจปรับเปลี่ยน

---

[46]James E Castello and Rami Chahine, **Enforcement of Interim Measures** [Online], available URL: https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures, 2023 (March, 21).

[47]Jonathan Hill, “Is an Interim Measure of Protection Ordered by an Arbitral Tribunal an Arbitral Award?,” **Journal of International Dispute Settlement** 9, 4 (December 2018): 2.

[48]UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 2006, Article 17 H.

มาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการให้เหมาะสมตามข้อ 17I ซึ่งเหตุตาม 17I นั้น เป็นเหตุเดียวกันที่ระบุไว้ในข้อ v ตามอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) อันเป็นการจำกัดอำนาจของศาลในการแทรกแซงกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งศาลจะไม่พิจารณาทบทวนเนื้อหาสาระของมาตรการชั่วคราว ทำให้ในบางกรณี เมื่อพิจารณาถึงประสิทธิภาพในการบังคับใช้ คู่พิพาทมักจะยื่นร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลโดยตรง และภายหลังเมื่อมีการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ประสิทธิภาพและอำนาจในการบังคับนั้นย่อมขึ้นอยู่กับศาลที่มีเขตอำนาจ[49] อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายแม่แบบนำเอาเหตุเดียวกันที่ระบุไว้ในข้อ v แห่งอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) มาปรับใช้นั้น ทำให้เกิดคำถามว่า อนุสัญญาดังกล่าวนั้นมีวัตถุประสงค์หลักในการบังคับตามคำชี้ขาดและรัฐภาคีรับรองการบังคับตามคำชี้ขาดโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติ และอนุสัญญาดังกล่าวไม่ได้ระบุถึงประเภทของคำชี้ขาดไว้อย่างครอบคลุม อีกทั้งไม่มีส่วนใดที่บัญญัติถึงมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทำให้เกิดปัญหาตามมาว่า การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ถือเป็นคำชี้ขาด (Award) หรือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด (Partial Award) เมื่อพิจารณาต่อไปแล้ว หากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวหมายถึงคำชี้ขาดก็อาจขัดแย้งต่อมาตรา 17(2) ตามกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) เนื่องจากมีการกำหนดไว้ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราว คือ วิธีการชั่วคราว (Temporary Measure) ซึ่งเป็นคำสั่งของอนุญาโตตุลาการ ก่อนที่จะมีการออกคำชี้ขาด โดยมีความเห็นแบ่งออกเป็นสองแนวความคิด ดังนี้

แนวความคิดแรก เห็นว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ไม่ถือเป็นคำชี้ขาด (Award) โดยลักษณะเฉพาะของคำชี้ขาดแล้วจะต้องเป็นสิ่งสุดท้าย (Finality) ซึ่งเป็นการตัดสินข้อพิพาทและถูกออกในครั้งสุดท้าย และมีลักษณะแน่ชัดจะไม่ถูกพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ หากประกอบด้วยลักษณะดังกล่าวจึงจะถือว่าเป็นคำชี้ขาด ยกตัวอย่าง คดี Resort Condominiums International Inc. (RCI) v. Ray Bolwell and Resort Condominiums (Australasia) Pty. Ltd. ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิในเครื่องหมายทางการค้า โดย RCI ได้ร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราวต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในการสั่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหยุดใช้ชื่อที่คล้ายคลึงกัน จนกว่าจะมีคำชี้ขาด โดยศาลออสเตรเลียปฏิเสธการบังคับใช้ตามอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) กับมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ด้วยเหตุที่ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่คำชี้ขาด ซึ่งการพิจารณาของศาลออสเตรเลีย มีข้อสนับสนุนจากนักวิชาการหลายท่าน เช่น Berger เห็นว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวมีลักษณะเป็นกระบวนการเท่านั้นและคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวกับมาตรการเหล่านี้ไม่ได้มีผลผูกพันจึงไม่สามารถบังคับใช้ได้ภายใต้อนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาจากเขตอำนาจอื่น เช่น ศาลในตูนิเซีย คำสั่งที่สั่งว่ามาตรการคุ้มครอง

[49]Ibid.

ชั่วคราวไม่ถือเป็นคำชี้ขาดตามมาตรา 34 ของกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law)[50] และในประเทศสวิเซอร์แลนด์เห็นว่า คำตัดสินเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวโดยทั่วไปมักขาดเงื่อนไขความเป็นที่สุดหรือสิ่งสุดท้าย (Finality) ตามที่อนุสัญญานิวยอร์กกำหนด จึงไม่อาจนำไม่อาจนำเอาอนุสัญญานิวยอร์กมาบังคับใช้ได้ เช่นเดียวกับประเทศเยอรมันและประเทศแคนาดาที่ต่างเห็นว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่คำชี้ขาด

แนวความคิดที่สอง เห็นว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาด (Patial Award) และสามารถนำมาบังคับได้เสมือนหนึ่งเป็นคำชี้ขาด โดยที่คู่พิพาทสามารถยื่นคำขอให้ศาลบังคับตามมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแม้ว่าจะทำขึ้นในต่างประเทศโดยอาศัยฐานอำนาจจากอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) ได้ ตัวอย่างในคดี Pacific Reinsurance Management Corporation v Ohio Reinsurance Corporation ศาลยอมรับว่าคำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว (Interim Final Order) มีลักษณะเป็นคำสั่งชั่วคราว (interim injunction) และเป็นคำชี้ขาดชั่วคราวที่สามารถได้รับการยืนยันหรือยกเลิกได้ โดยศาลเห็นว่า แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นคำสั่งชั่วคราว แต่คำสั่งดังกล่าวถือเป็นคำชี้ขาดที่สามารถยืนยันได้และเด็ดขาด แต่แนวทางนี้ทำให้ศาลต้องพบเจอกับปัญหาด้วยกันสองประการ คือ คำชี้ขาดที่ไม่มีความเข้มงวดเท่ากับศาลท้องถิ่นในประเทศอื่น และมาตรการคุ้มครองชั่วคราวยังไม่ถือว่าเป็นคำชี้ขาด ซึ่งหากยอมรับว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวคือคำชี้ขาดจะมีความหมายที่กว้างจนเกินไป ทั้งนี้กฎหมายในหลายประเทศไม่ได้นิยามอย่างชัดเจนว่าคำชี้ขาด (Awards) และมาตรการชั่วคราว (Interim Measures) มีความสัมพันธ์หรือมีความแตกต่างกันอย่างไร

ในประเด็นนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อยังไม่มีข้อสรุปแน่ชัดทั้งจากกฎหมายแบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศ อันแสดงให้เห็นการขาดเอกภาพในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าว ทั้งนี้ หากตีความตามบทนิยามของคำว่า “มาตรการคุ้มครองชั่วคราว” แล้ว ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับแนวความเห็นแรก เนื่องจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่อาจถือเป็นคำชี้ขาดได้ เพราะขาดลักษณะของสิ่งสุดท้าย (Finality) เช่นเดียวกับคำชี้ขาดและอนุสัญญานิวยอร์กเอง (New York Convention) ก็บังคับใช้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำชี้ขาด ไม่ได้มีส่วนใดที่ใช้บังคับกับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวแต่อย่างใด และเหตุที่บัญญัติขอให้ศาลบังคับหรือเพิกถอนได้นั้น ถูกบัญญัติมาเพื่อการบังคับหรือการเพิกถอนคำชี้ขาดโดยเฉพาะ ทั้งนี้ หากไม่มีความชัดเจนแล้วอาจเกิดคำถามต่อไปในอนาคตว่า ในกรณีที่คู่พิพาทร้องขอมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ตามข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการสำนักงานศาลยุติธรรม (TAI) ที่มีการกำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการสามารถออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้แล้ว ศาลแพ่งจะดำเนินการเรื่องนี้อย่างไร และมีวิธีการบังคับและใช้หลักเกณฑ์อย่างไร

---

[50]Jonathan Hill, op. cip., p. 8.

หากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งโต้แย้งว่ามาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ออกโดยคณะอนุญาโตตุลาการไม่ใช่คำชี้ขาดและไม่อาจนำเหตุตามอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) มาบังคับใช้ได้

6.2.2 การบังคับในสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีคู่พิพาทหลายฝ่ายหรือบุคคลภายนอก

ด้วยลักษณะของอนุญาโตตุลาการจะใช้บังคับได้เฉพาะคู่พิพาทในสัญญาอนุญาโตตุลาการเท่านั้น อันถือเป็นข้อจำกัดที่กลับกลายเป็นอุปสรรคสำคัญของคณะอนุญาโตตุลาการ ในการบังคับบุคคลที่สาม ซึ่งบ่อยครั้งที่ในกระบวนการนี้ มักจะมีคู่พิพาทหลายฝ่าย ยกตัวอย่างในกรณีที่มีการอายัดบัญชีธนาคารของลูกหนี้ เพื่อป้องกันการยักย้ายถ่ายเททรัพย์ หากคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ก็จะบังคับได้เฉพาะคู่พิพาทในคดีเท่านั้น แต่ไม่สามารถบังคับธนาคารซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้

7. บทสรุป

จากการศึกษาแม้ว่าจะมีการตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวตามหลักทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory) คู่พิพาทสามารถตกลงให้คณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวได้ แต่หากรัฐไม่ได้รับรองอำนาจดังกล่าวไว้แล้ว คำสั่งดังกล่าวจะมีผลเสมือนเป็นการประนอมข้อพิพาททั่วไป ทั้งนี้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพราะถึงคณะอนุญาโตตุลาการจะมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ต้องใช้อำนาจศาลในการบังคับกับคู่พิพาทฝ่ายที่ดื้อแพ่งมักจะไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ท้ายที่สุดแล้วคู่พิพาทต้องกลับไปร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพื่อบังคับแก่คู่พิพาท

อย่างไรก็ตาม หากจะต้องปรับปรุงพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อไปในอนาคตเพื่อให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว เพื่อส่งเสริมการค้าและการลงทุน การมอบอำนาจคุ้มครองชั่วคราวให้คณะอนุญาโตตุลาการจึงต้องมีความระมัดระวังอย่างยิ่ง เนื่องด้วยการใช้อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) เพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย และเป็นการประกันว่าคณะอนุญาโตตุลาการจะไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจ การออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ประกอบไปด้วย 5 หลักเกณฑ์ แต่เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวกลับพบว่าหลักเกณฑ์ที่เป็นปัญหาสำคัญสำหรับประเทศไทยในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว คือ การแสดงพยานหลักฐานเบื้องต้นถึงเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ (Prima Facie Showing of Jurisdiction) ที่ก่อให้เกิดการชี้ขาดอำนาจแบบหมุนวน (Circular) เนื่องด้วยประวัติศาสตร์การจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย

นอกจากนี้ ตามกฎหมายแม่แบบ (UNCITRAL Model Law) และกฎหมายของต่างประเทศยังคงขาดความเป็นเอกภาพและไม่แน่นอนเกี่ยวกับ เนื่องจากในแต่ละประเทศมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ตลอดจนคำตัดสินที่ไม่มีความแน่นอนขาดบรรทัดฐานและบทบัญญัติและกฎหมายที่แน่นอน รวมถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการบังคับนั้น ไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดหรือแม้แต่กฎหมายแม่แบบเองที่สามารถให้คำจำกัดความได้ว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวชั่วคราวหากต้องถูกบังคับนั้นจะถือเป็นส่วนหนึ่งของคำชี้ขาดหรือเป็นคำชี้ขาด ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า มาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่อาจถือเป็นคำชี้ขาด เนื่องจากมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไม่ใช่สิ่งสุดท้าย ซึ่งขาดองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาว่าเป็นคำชี้ขาดจึงไม่สามารถนำอนุสัญญานิวยอร์ก (New York Convention) มาปรับใช้ได้ และในแต่ละประเทศยังให้อำนาจศาลและอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการที่แตกต่างกัน ซึ่งการร้องขอและการบังคับมาตรการคุ้มครองชั่วคราวที่ขาดความเป็นเอกภาพนี้ จึงเป็นหน้าที่ของคู่พิพาทในการพิจารณาว่าตนจะต้องร้องขอมาตรการคุ้มครองจากศาลหรือคณะอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ในหลาย ๆ ประเทศ มักจะเริ่มเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวด้วยเหตุต้องการส่งเสริมนักลงทุน ให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนภายในประเทศ

ดังนั้น แม้ว่าประเทศต่าง ๆ จะเปิดโอกาสให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว แต่ในประเทศไทยหากยังไม่สามารถให้ความชัดเจนเกี่ยวกับเขตอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ ท้ายที่สุดแล้วหากคณะอนุญาโตตุลาการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวออกมาย่อมกระทบต่อสิทธิของคู่พิพาท รวมถึงข้อจำกัดอำนาจบางประการของคณะอนุญาโตตุลาการที่ขาดอำนาจในการบังคับ ไม่ว่าจะเป็นการบังคับไปยังบุคคลที่สามหรือกรณีที่มีคู่สัญญาหลายฝ่าย ซึ่งอำนาจบังคับนี้ถือเป็นหัวใจสำคัญของมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยปัญหานี้เหล่านี้อาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของกระบวนการอนุญาโตตุลาการในประเทศเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งสถานการณ์ของการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยพบว่าอัตราการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ในปี 2565 และปี 2566 มีอัตราสูงถึง ร้อยละ 100 และร้อยละ 106.67 นั้นหมายความว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขาดเสถียรภาพ ซึ่งหากมีการตีความให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าว โดยไม่พิจารณาถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นแล้ว การให้อำนาจแก่คณะอนุญาโตตุลาการในการออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก็จะขาดเสถียรภาพยิ่งกว่าคำชี้ขาด

บรรณานุกรม

นฤมล กิจสินธพชัย. “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในการอนุญาโตตุลาการทางการค้าระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. **รวมข้อเขียนเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางการค้า**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

พสิษฐ์ อัศววัฒนาพร. “มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ (3): หลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของคณะอนุญาโตตุลาการ.” **วารสารกฤษฎีกา** 2, 1 (มกราคม 2565): 11.

สุมณฑา พันธนสมบัติ. “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม. **“บทบัญญัติที่มีลักษณะเด็ดขาด: Mandatory Provision.”** [Online]. Available URL: https://tai.coj.go.th/th/content/article /detail/id/10082/iid/196977, 2563 (มิถุนายน, 12).

_____. **“อำนาจในการวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเอง (Competence-competence): ที่มาและแนวคิดเบื้องต้น.”** [Online]. Available URL: https://www.youtube.com/watch?v=-xKNaQv8YyE&t=1367s, 2566 (ตุลาคม, 9).

สำนักข่าวอิสรา. **“ฟ้องนัว 4 คดี! ‘ไทยคม-ดีอีเอส’ ยื่น ‘ศาลปค.กลาง’ ชี้ขาดข้อพิพาทดาวเทียม–ตั้งอนุญาโตฯ.”** [Online]. Available URL: https://www.isranews.org/ article/isranews-news/107413-DES-thaicom-contract-bank-Guarantee-news.html, 2567 (มีนาคม, 19).

วุฒิชัย จิตตานุ. “การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality) ในการคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคล.” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 8, 22 (มกราคม–เมษายน 2549): 47.

วรรณชัย บุญบำรุง. **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1.** พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

_____. **หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

วิชัย อริยะนันทกะ. “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ.” ใน **รวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ เล่ม 2**: หน้า 322.

อภิรดี สุทธิสมณ์. “มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาในคดีปกครอง.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

Argüello, Carlos. **The International Court of Justice's Intrinsic Powers to Decide All Cases Brought Before It** [Online]. Available URL: https://cil.nus.edu.sg/blogs/the-international-court-of-justices-intrinsic-powers-to-decide-all-cases-brought-before-it/, 2025 (May, 2).

Benz, Stephen. "Strengthening Interim Measures in International Arbitration." **Georgetown Journal of International Law** (2019): 152.

Castello, James E. and Rami Chahine. **Enforcement of Interim Measures** [Online]. Available URL: https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/3rd-edition/article/enforcement-of-interim-measures, 2023 (March, 21).

Chartered Institute of Arbitrators. **International Arbitration Practice Guidelines on the Application of Interim Measures** [Online]. Available URL: https://www.ciarb.org/media/jmzhwmca/4-applications-for-interim-measures-2015.pdf, 2024 (January, 22).

García, Christa Mueller and Antonio Ochoa Quintana (Mueller Abogados). **"Who Prevails? The Powers of the Arbitrator With Respect to Court-Ordered Interim Measures in Mexico"** [Online]. Available URL: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/20/who-prevails-the-powers-of-the-arbitrator-with-respect-to-court-ordered-interim-measures-in-mexico/, 2024 (January, 20).

Hill, Jonathan. "Is an Interim Measure of Protection Ordered by an Arbitral Tribunal an Arbitral Award?." **Journal of International Dispute Settlement** 9, 4 (December 2018): 2.

ITALAW. **Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23** [Online]. Available URL: https://www.italaw.com/cases/887, 2025 (March, 21).

_____. **Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia** [Online]. Available URL: https://www.italaw.com/cases/816, 2025 (March, 21).

_____. **Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18** [Online]. Available

URL: https://www.italaw.com/cases/1099, 2025 (March, 21).

_____. **Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (I), ICSID Case No. ARB/98/2** [Online]. Available URL: https://www.italaw.com/cases/829, 2024 (May, 12).

José María Abascal Zamora. "The Art of Interim Measures." **ICCA Congress Series International Arbitration** 13 (2006): 751–767.

Li, Yue-Zhen. **Interim Measures in International Arbitration: The Case for Applying High Standards** [Online]. Available URL: https://aria.law.columbia.edu/interim-measures-in-international-arbitration-the-case-for-applying-high-standards/, 2025 (March, 21).

Yesilirmak, Ali. "Provisional Measures in International Commercial Arbitration." Doctor of Philosophy Dissertation, Queen Mary College, University of London. 2003.

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการขออนุญาต และการดูแลรักษาคลองประปา

ชนัญชิตา บุญศิริชัย

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการขออนุญาตและการดูแลรักษาคลองประปา*
Legal Issues Related to Licensing and Maintenance of Water Supply Canals

ชนัญชิตา บุญศิริชัย**
Chananchita Boonsirichai

บทคัดย่อ

บทความวิจัยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ซึ่งกำหนดการดำเนินการต่าง ๆ ในเขตคลองประปาที่จะต้องได้รับอนุญาตจากการประปาที่มีอำนาจในเขตนั้น ๆ เมื่อพิจารณาอำนาจอนุญาตดำเนินการต่าง ๆ รวมถึงการดูแลรักษาเกี่ยวกับคลองประปา ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ซึ่งกำหนดการประปาไว้สามหน่วยงาน ได้แก่ การประปานครหลวง การประปาส่วนภูมิภาค และการประปาซึ่งดำเนินกิจการโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล หรือเทศบาล

---

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การขออนุญาตเกี่ยวกับคลองประปา และการดูแลรักษาคลองประปา ตามกฎหมายว่าด้วยรักษาคลองประปา” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีระยุทธ ลาสงยาง คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ คือ รองศาสตราจารย์ วรวุฒิ เทพทอง, รองศาสตราจารย์ ดร.อานนท์ มาเม้า และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วีระยุทธ ลาสงยาง.

This research article is a part of thesis “Permission Requests and Maintenance of Water Supply Canals Under the Law Governing the Preservation of Water Supply Canals.” This thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirement for Master of Laws at Dhurakij Pundit University. Assistant Professor Dr.Weerayut Lasongyang is advisor. Associate Professor Voravuth Thepthong, Associate Professor Dr.Arnon Mamout and Assistant Professor Dr.Weerayut Lasongyang are examiners.

**นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. E-mail: cbchananchita@gmail.com

LL.M. Candidate, Pridi Banomyoung Faculty of Law, Dhurakij Pundit University.

วันที่รับบทความ (received) 17 กุมภาพันธ์ 2568, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 21 พฤษภาคม 2568, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 3 กรกฎาคม 2568.

โดยเนื้อหาของบทความฉบับนี้กล่าวเกี่ยวกับปัญหาจากการตีความพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ซึ่งบัญญัติขึ้นในช่วงที่ชุมชนเมืองยังไม่ได้ขยายตัวมากนัก พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้ผู้ใดทำลายคลองประปาหรือน้ำในคลองประปา โดยบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามกระทำการต่าง ๆ หรือขออนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับคลองประปา รวมทั้งในเวลานั้นได้จัดตั้งการประปาส่วนภูมิภาคแยกต่างหากจากการประปานครหลวง แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไม่สอดคล้องกับการดำเนินงานของหน่วยงานต่าง ๆ เนื่องจากประเทศมีการพัฒนา ชุมชนเมือง สังคม และเศรษฐกิจเติบโตอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้ต้องจัดหาน้ำประปาให้เพียงพอกับความต้องการของประชาชน รัฐบาลจึงมีมติให้ขุดคลองประปาเพิ่มเติม เพื่อลำเลียงน้ำดิบจากแหล่งน้ำนอกพื้นที่เข้ามาผลิตเป็นน้ำประปาในเขตความรับผิดชอบของหน่วยงานรัฐ อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่ตามมาคืออำนาจดำเนินการอนุญาตและอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาคลองประปา ตลอดจนภาระค่าใช้จ่าย ความขัดแย้งเหล่านี้ก่อให้เกิดความสับสนแก่ประชาชนว่าหากต้องการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคลองประปาจะต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานใดเป็นหลัก

ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงเห็นควรให้แก้ปัญหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจอนุญาตของหน่วยงานที่ดำเนินการเกี่ยวกับคลองประปา โดยเพิ่มเติมให้การประปาผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาคลองประปาเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตในเรื่องที่เกี่ยวกับคลองประปา รวมถึงการดูแลรักษาคลองประปาโดยผู้มีหน้าที่ไม่ต้องคำนึงถึงเขตพื้นที่บริการให้มีความชัดเจนขึ้น โดยพิจารณาแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 หรือทำข้อตกลงร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความชัดเจนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องว่าหน่วยงานใดมีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับคลองประปา และลดความสับสนให้กับประชาชน

คำสำคัญ: พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา, อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานรัฐ, การจัดการคลองประปา

Abstract

This research article aims to examine the Water Supply Canal Protection Act, B.E. 2526 (1983) which prescribes the procedures within water supply canal zones that require permission from the responsible waterworks authority in the respective area, as specified under Section 7 of the Act. This Act identifies three entities responsible for waterworks management: the Metropolitan Waterworks Authority, the Provincial Waterworks Authority, and waterworks operated by other state agencies, such as provincial administrative organizations, sub-district administrative organizations, or municipalities.

The content of this article discusses the Water Supply Canal Protection Act, B.E. 2526 (1983), which was enacted during a time when urban communities had not yet expanded significantly. The main objective of the Act was to prevent the destruction of water supply canals or the water within them, by prohibiting certain actions or requiring permission for activities related to the canals. At that time, the Provincial Waterworks Authority was established separately from the Metropolitan Waterworks Authority.However, today, the Act is not in alignment with the operations of various agencies due to the country's ongoing development, urbanization, and economic growth. This has led to the need to ensure an adequate water supply to meet the increasing public demand.As a result, the government has decided to excavate additional canals to transport raw water from external sources to produce potable water within the responsibility zones of state agencies. Nevertheless, the ensuing issue is the authority to grant permissions and the responsibility for maintaining the water supply canals, along with the financial burdens of operations. These conflicts have led to public confusion regarding which agency should be primarily approached for any actions related to the water supply canals.

Given these reasons, it is recommended to resolve issues related to the jurisdiction for granting permissions by agencies responsible for water supply canals. Specifically, it is proposed that the authority to grant permissions related to water supply canals, as well as the responsibility for their maintenance, be assigned to the Waterworks Authority, without restrictions based on service area boundaries. It also

suggests establishing memoranda of understanding (MOUs) or inter-agency collaboration frameworks to promote operational clarity, reduce the burden on the public, and enhance sustainable management of waterworks canals and water resources in the future.

Keywords: water supply canal protection act, authority of government agencies, waterworks canal management

1. บทนำ

กิจการประปาในประเทศไทยมีรากฐานมาตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) และได้พัฒนาจนเปิดดำเนินการอย่างสมบูรณ์ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) โดยมีการประปาในกรุงเทพมหานครเป็นหน่วยงานแรกเริ่ม ภายใต้ชื่อ “การประปากรุงเทพฯ” สังกัดกรมสุขาภิบาล กระทรวงนครบาล การบริหารจัดการกิจการประปาได้มีการปรับเปลี่ยนหน่วยงานที่รับผิดชอบหลายครั้งตามบริบทของยุคสมัยและความเจริญเติบโตของประเทศ ต่อมาเมื่อกิจการประปาขยายขอบเขตการให้บริการไปยังพื้นที่รอบนอกกรุงเทพมหานคร จึงเกิดการแบ่งแยกการบริหารจัดการเป็น การประปาสมุทรปราการ การประปาธนบุรี และการประปานนทบุรี ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานท้องถิ่นและกรมโยธาเทศบาล กระทรวงมหาดไทย ในส่วนของการจัดหาน้ำสะอาดสู่ชนบท รัฐบาลได้ให้ความสำคัญและดำเนินการอย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2496 โดยมีการแบ่งความรับผิดชอบระหว่างกรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข ซึ่งดูแลโครงการประปาชนบทขนาดเล็ก และกองประปาภูมิภาค กรมโยธาเทศบาล กระทรวงมหาดไทย ซึ่งรับผิดชอบระบบประปาในเขตเมืองและชุมชนขนาดใหญ่ ควบคู่ไปกับการพัฒนากิจการประปา รัฐบาลในอดีตได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการรักษาคลอง ซึ่งเป็นแหล่งน้ำดิบและเส้นทางลำเลียงน้ำที่สำคัญ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ออกพระราชบัญญัติรักษาคลอง ร.ศ. 121[1] เพื่อบำรุงรักษาคลองที่มีอยู่เดิมและคลองที่จะขุดขึ้นใหม่ รวมถึงกำหนดข้อห้ามในการใช้คลอง ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พระพุทธศักราช 2456 โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อรักษาคลองที่ใช้ในการนำน้ำสะอาดมาอุปโภคบริโภค โดยกำหนดข้อห้ามและเงื่อนไขต่าง ๆ ในการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับคลองประปาเป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พระพุทธศักราช 2456 ซึ่งบังคับใช้มาเป็นระยะเวลานาน ได้ปรากฏข้อจำกัดที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการขยายตัวของชุมชนเมืองและการขุดขยายคลองเพิ่มเติมเพื่อรองรับความต้องการใช้น้ำที่เพิ่มขึ้น ประกอบกับได้มีการจัดตั้งการประปาส่วนภูมิภาคขึ้นมา ทำให้บทบัญญัติเดิมไม่สามารถครอบคลุมถึงสถานการณ์ปัจจุบันได้อย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติ

---

[1]การประปานครหลวง, “100 ปี การประปาไทย ศตวรรษสดุดี สายธารีแห่งนครา,” ใน **หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี การประปาไทย วันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2557** (กรุงเทพมหานคร: การประปานครหลวง, 2557), หน้า 54-89.

รักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ขึ้น เพื่อปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมและครอบคลุมถึงการรักษาคลองประปาในความรับผิดชอบของการประปาส่วนภูมิภาคเช่นเดียวกับการประปานครหลวง

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ในเขตคลองประปาที่ต้องได้รับการอนุญาตจากการประปาที่มีอำนาจในเขตนั้น ๆ โดยมาตรา 7 ได้กำหนดหน่วยงานการประปาไว้สามหน่วยงานหลัก ได้แก่ การประปานครหลวง การประปาส่วนภูมิภาค และการประปาซึ่งดำเนินกิจการโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ เช่น องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล และเทศบาล รวมถึงกำหนดให้เขตการประปานครหลวงเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการประปานครหลวง และในเขตคลองประปา คลองรับน้ำ คลองขังน้ำ และเขตหวงห้ามในจังหวัดปทุมธานี ตามที่รัฐมนตรีกำหนด เขตการประปาภูมิภาคให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการประปาส่วนภูมิภาค และในเขตการประปาซึ่งดำเนินกิจการโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ ให้เป็นไปตามกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม จากการบังคับใช้กฎหมายมาเป็นเวลานาน ประกอบกับการขยายตัวของเมืองและการขุดคลองใหม่นอกเขตพื้นที่เดิมที่กฎหมายกำหนด อาจก่อให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องเขตอำนาจการอนุญาตและการดูแลรักษาคลองประปา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ทรัพย์สินของการประปาหน่วยงานหนึ่งตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ความรับผิดชอบของอีกหน่วยงานหนึ่ง ซึ่งอาจนำไปสู่ความสับสนในการปฏิบัติงานของหน่วยงานภาครัฐและความเข้าใจผิดของประชาชน

จากประเด็นปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 อย่างลึกซึ้ง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์หลักการพื้นฐาน ความเป็นมา ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่การเสนอแนะแนวทางในการพัฒนาพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ต่อไปในอนาคต

สำหรับการดำเนินการศึกษาในบทความนี้ ผู้เขียนใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ โดยอาศัยการวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก ซึ่งครอบคลุมถึงการศึกษาพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ประกาศกระทรวงมหาดไทย กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งในและต่างประเทศ รวมถึงตำรา บทความ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ และข้อมูลจากแหล่งข้อมูลออนไลน์ จากผลการศึกษาดังกล่าว ผู้เขียนเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 โดยให้มีการระบุอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่รับผิดชอบอย่างชัดเจน ไม่ยึดติดกับเขตพื้นที่บริการแบบเดิม อีกทั้ง ควรพิจารณาจัดทำบันทึกข้อตกลง (MOU) หรือกลไกความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันในการปฏิบัติงาน และลดภาระของประชาชนในการติดต่อประสานงานกับภาครัฐ ซึ่งจะนำไปสู่การบริหารจัดการคลองประปาอย่างยั่งยืนในอนาคต

2. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการรักษาคลองประปา และกฎหมายที่ใช้บังคับในประเทศไทย

นับแต่อดีตกาล จวบจนถึงยุคสุโขทัย อยุธยา และรัตนโกสินทร์ คลองมีความสำคัญในชีวิตของผู้คนบนผืนแผ่นดินไทย จากเดิมที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ คลองได้ถูกพัฒนาและขุดเพิ่มเติมเพื่อตอบสนองความต้องการที่หลากหลาย ทั้งในด้านการอุปโภคบริโภค การคมนาคมทางน้ำที่สะดวกและรวดเร็ว การเกษตรกรรมที่ต้องอาศัยระบบชลประทานเพื่อหล่อเลี้ยงพืชผล รวมถึงการป้องกันเมืองจากภัยคุกคามภายนอก เมื่อจำนวนประชากรเพิ่มมากขึ้น การพึ่งพาและใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำและคูคลองก็มีความสำคัญยิ่งขึ้น แต่การจัดการและบำรุงรักษาคลองที่มีอยู่เดิมกลับไม่เพียงพอต่อการใช้งานที่เพิ่มขึ้น ทำให้ความจำเป็นในการมีกฎหมายเพื่อคุ้มครองและรักษาสภาพคลองปรากฏชัดเจนด้วยเหตุนี้ ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5) จึงได้ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ออกพระราชบัญญัติรักษาคลอง ร.ศ. 121 กฎหมายฉบับแรกที่มุ่งเน้นการบำรุงรักษาสภาพคลองที่มีอยู่เดิม ซึ่งเริ่มประสบปัญหาตื้นเขินและชำรุดทรุดโทรม อันเป็นผลมาจากการใช้งานที่ยาวนานและการจัดการที่ไม่ทั่วถึง พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดข้อห้ามต่าง ๆ ในการใช้คลองเพื่อป้องกันการกระทำที่จะส่งผลกระทบต่อสภาพและความสมบูรณ์ของทางน้ำ ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) ได้เกิดแนวคิดในการนำน้ำสะอาดบริสุทธิ์มาใช้ในการอุปโภคและบริโภคของประชาชนในเขตเมืองหลวง เมื่อการขุดคลองเพื่อทดน้ำ ไขน้ำ และขังน้ำสำหรับการประปาได้แล้วเสร็จ พระองค์ทรงเล็งเห็นถึงความสำคัญของการมีข้อบังคับเฉพาะ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใดกระทำการอันเป็นอันตรายต่อคันคลองและคุณภาพน้ำในคลอง ซึ่งเป็นเส้นทางน้ำสำคัญสำหรับการดำรงชีวิตของประชาชน จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พระพุทธศักราช 2456 กฎหมายฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายเฉพาะที่มุ่งเน้นการรักษาคลองที่ใช้ในกิจการประปาโดยตรง โดยบัญญัติมิให้นำกฎหมายอื่นใดมาใช้บังคับกับคลองประปา เพื่อให้การบริหารจัดการและการรักษาสภาพคลองประปาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ คลองที่อยู่ภายใต้การบังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ในขณะนั้นคือ คลองส่งน้ำและคลองที่แยกจากแม่น้ำมาบรรจบกับคลองเชียงราก และได้มีการกำหนดข้อห้ามต่าง ๆ รวมถึงกระบวนการขออนุญาตในการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับคลองประปาไว้ในมาตรา 4 ถึงมาตรา 7 ต่อมาสภาพการณ์ของประเทศได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก การขยายตัวของชุมชนเมืองอย่างรวดเร็ว ความต้องการน้ำประปาที่เพิ่มขึ้น และการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านการประปาที่ซับซ้อนยิ่งขึ้น ทำให้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พระพุทธศักราช 2456 ไม่สามารถตอบสนองต่อความท้าทายและความต้องการในปัจจุบันได้อย่างครอบคลุม นอกจากนี้การจัดตั้งการประปาส่วนภูมิภาคเป็นหน่วยงานแยกต่างหากจากการประปานครหลวง ทำให้เกิดความจำเป็นในการมีกฎหมายที่รองรับการรักษาคลองประปาในความรับผิดชอบของทั้งสองหน่วยงาน

อย่างเท่าเทียมกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526[2] ขึ้น เพื่อปรับปรุงบทบัญญัติให้มีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และขยายขอบเขตการบังคับใช้ให้ครอบคลุมการรักษาคลองประปาในเขตของการประปาส่วนภูมิภาคด้วย

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ได้วางกรอบการดูแลรักษาคลองประปา โดยกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคลองประปา เช่น การชักน้ำ วิดน้ำ การขุด ขยายคลอง การเดินเรือ และการปลูกสร้างสิ่งก่อสร้างในเขตคลองประปา ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้จำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานการประปาที่มีอำนาจในเขตพื้นที่นั้น ๆ ในการบริหารจัดการกิจการประปาในประเทศไทยมีการแบ่งแยกหน่วยงานหลักที่มีหน้าที่ดูแลรักษาคลองประปาออกเป็นสามส่วนสำคัญ ตามบริบททางประวัติศาสตร์และการขยายตัวของเมืองและชนบท

1) การประปานครหลวง (กปน.) มีรากฐานมาจากการประปากรุงเทพฯ ในสมัยรัชกาลที่ 6 กปน. มีอำนาจหน้าที่หลักในการจัดหา ผลิต และจำหน่ายน้ำประปาในเขตกรุงเทพมหานคร จังหวัดนนทบุรี และจังหวัดสมุทรปราการ การดำเนินงานของ กปน. ครอบคลุมถึงการดูแลรักษาคลองประปาและระบบส่งน้ำในพื้นที่รับผิดชอบ เพื่อให้การบริการน้ำประปาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและต่อเนื่อง[3]

2) การประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) ก่อตั้งขึ้นจากการรวมกิจการประปาในส่วนภูมิภาคของกรมโยธาเทศบาลและกรมอนามัย ในปี พ.ศ. 2522 กปภ. มีหน้าที่หลักในการจัดหา ผลิต และจำหน่ายน้ำประปาในทั่วประเทศ นอกเหนือจากเขตพื้นที่รับผิดชอบของการประปานครหลวง กปภ. มีเครือข่ายการให้บริการที่ครอบคลุมจังหวัดต่าง ๆ ทั่วประเทศ และมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาระบบประปาในเขตเมืองและชนบท[4]

3) การประปาของหน่วยงานรัฐอื่น นอกเหนือจาก กปน. และ กปภ. แล้ว ยังมีหน่วยงานรัฐอื่น ๆ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (อปท.) ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) และเทศบาล ที่ดำเนินการกิจการประปาในระดับชุมชนหรือหมู่บ้าน โดยเฉพาะในพื้นที่ที่อยู่ห่างไกลและมีความจำเป็นต้องมีระบบประปาขนาดเล็กเป็นของตนเอง การถ่ายโอนภารกิจและทรัพย์สินด้านสาธารณูปโภคตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ได้ส่งผลให้ อปท. มีบทบาทมากยิ่งขึ้นในการบริหารจัดการระบบประปาในพื้นที่ของตนเอง โดยใช้งบประมาณของท้องถิ่น[5]

---

[2]"พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526," **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 100 ตอนที่ 160 (6 ตุลาคม 2526): 1.

[3]การประปานครหลวง, เรื่องเดิม.

[4]การประปาส่วนภูมิภาค, **ประวัติ กปภ.** [Online], available URL : http://www.pwa.co.th/contents/about/history, 2567 (ตุลาคม, 22).

[5]มยุรี โยธาวุธ, **รายงานผลการวิจัย เรื่อง การบริหารจัดการระบบประปาหมู่บ้านของประเทศไทย: กรณีศึกษาชุมชน จังหวัดนครนายก** (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560), หน้า 7-9.

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 บัญญัติว่า “มาตรา 7 ผู้ใดประสงค์จะขออนุญาตเพื่อกระทำการตามที่มาตรา 8 วรรคหนึ่ง มาตรา 9 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 10 ได้บัญญัติห้ามไว้ให้ปฏิบัติดังนี้

(1) ในเขตการประปานครหลวงตามกฎหมายว่าด้วยการประปานครหลวง และในเขตคลองประปา คลองรับน้ำ คลองขังน้ำ และเขตหวงห้ามในจังหวัดปทุมธานี ตามที่รัฐมนตรีกำหนด โดยให้ยื่นคำขอต่อการประปานครหลวง

(2) ในเขตการประปาส่วนภูมิภาคตามกฎหมายว่าด้วยการประปาส่วนภูมิภาค ให้ยื่นต่อการประปาส่วนภูมิภาค

(3) ในเขตการประปาซึ่งดำเนินกิจการโดยหน่วยงานอื่นของรัฐให้ยื่นคำขอต่อหน่วยงานนั้นๆ

การขออนุญาต การอนุญาต และเงื่อนไขในการอนุญาต เพื่อดำเนินการดังกล่าวตามวรรคหนึ่งในเขตการประปาใด ให้เป็นไปตามข้อบังคับของการประปาตาม (1) (2) หรือ (3) แล้วแต่กรณี”

โดยในมาตรา 7 นี้ ได้ระบุถึงหน่วยงานการประปาทั้งสามประเภทนี้ และกำหนดให้การดำเนินการใด ๆ ในเขตคลองประปาจะต้องได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานการประปาที่มีอำนาจในเขตนั้น ๆ ซึ่งรวมถึงการประปานครหลวง การประปาส่วนภูมิภาค และการประปาที่ดำเนินการโดยหน่วยงานรัฐอื่น

คลองประปาตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายของ “คลอง” หมายถึง ทางน้ำที่เกิดขึ้นเองหรือขุดเชื่อมกับแม่น้ำหรือทะเล ส่วนในทางภูมิศาสตร์ คลองที่ขุดขึ้นมีวัตถุประสงค์หลากหลาย เช่น การคมนาคม การชลประทาน และการระบายน้ำ[6] สำหรับความหมายทางกฎหมาย มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ได้ให้คำนิยาม “คลองประปา” ไว้อย่างชัดเจนว่าเป็น “คลองที่การประปาใช้เก็บน้ำหรือส่งน้ำที่ได้มาจากแหล่งน้ำดิบ คลองรับน้ำ หรือคลองขังน้ำ เพื่อใช้ในการผลิตน้ำประปาตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดให้เป็นคลองประปาตามมาตรา 5”[7] ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักของการใช้คลองเพื่อกิจการประปา และอำนาจของรัฐมนตรี

---

[6]มูลนิธิโครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน, **เล่มที่ 33 คลอง: ความหมายของคลอง** [Online], available URL: https://saranukromthai.or.th/oldchild/2643, 2566 (ธันวาคม, 15).

[7]มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526, “การกำหนดบริเวณใดเป็นคลองประปา คลองรับน้ำ คลองขังน้ำ และการกำหนดเขตคลองดังกล่าวหรือเขตหวงห้ามตามพระราชบัญญัตินี้ รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การเปลี่ยนแปลงบริเวณคลอง เขตคลองหรือเขตหวงห้าม หรือการยกเลิกคลองหรือเขตคลองหรือเขตหวงห้ามที่ได้ประกาศกำหนดไว้ รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา.”

ในการประกาศกำหนดเขตคลองประปาในราชกิจจานุเบกษา จากคำนิยามของคลองประปาตามพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้มีอำนาจในการประกาศกำหนดบริเวณและเขตคลองประปาในราชกิจจานุเบกษา ปัจจุบันได้มีการประกาศกำหนดเขตคลองประปาในความรับผิดชอบของการประปานครหลวงในหลายพื้นที่ ได้แก่ เขตคลองประปาในกรุงเทพมหานครและจังหวัดปทุมธานี (ประกาศ ณ วันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2530)[8] เขตคลองประปาในกรุงเทพมหานครและจังหวัดนครปฐม (ประกาศ ณ วันที่ 23 พฤษภาคม พ.ศ. 2541)[9] และเขตคลองประปาในจังหวัดกาญจนบุรี สุพรรณบุรี และนครปฐม (ประกาศ ณ วันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2545)[10] ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการขยายตัวของระบบคลองประปาเพื่อรองรับความต้องการใช้น้ำที่เพิ่มขึ้นในพื้นที่ต่าง ๆ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรักษาคลองประปา ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีบทบาทเชื่อมโยงไปยังกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ โดยมีการรับรองสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ถือเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดกรอบหลักการและสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม แม้ว่ารัฐธรรมนูญในยุคแรกเริ่มจะยังไม่ได้บัญญัติถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมโดยตรง แต่ต่อมาได้มีการพัฒนาและให้ความสำคัญกับการบริหารจัดการสิ่งแวดล้อมมากขึ้น จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการรับรองสิทธิทางสิ่งแวดล้อมไว้อย่างชัดเจนในหลายมาตรา เช่น การรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติอย่างสมดุลและยั่งยืน (มาตรา 46) การรับรองสิทธิของบุคคลในการมีส่วนร่วมในการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมถึงสิทธิที่จะดำรงชีพอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ (มาตรา 56) และการรับรองสิทธิในการรับรู้ข้อมูลและแสดงความคิดเห็นก่อนการดำเนินโครงการที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (มาตรา 59) นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังกำหนดหน้าที่ของประชาชนในการพิทักษ์และอนุรักษ์ทรัพยากร

---

[8]"ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดบริเวณและเขตคลองประปา และบริเวณคลองรับน้ำ ในเขตการประปานครหลวง และจังหวัดปทุมธานี ประกาศ ณ วันที่ 30 ธันวาคม 2530," **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 115 ตอนที่ 19 (2 กุมภาพันธ์ 2531): 697.

[9]"ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดบริเวณและเขตคลองประปา ในเขตการประปานครหลวง และจังหวัดนครปฐม ประกาศ ณ วันที่ 25 พฤษภาคม 2541," **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 115 ตอนพิเศษ 78 ง (4 กันยายน 2541): 3.

[10]"ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดบริเวณและเขตคลองประปาในเขตจังหวัดกาญจนบุรี จังหวัดสุพรรณบุรี และจังหวัดนครปฐม ประกาศ ณ วันที่ 23 สิงหาคม 2545," **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 119 ตอนพิเศษ 100 ง (14 ตุลาคม 2545): 1.

ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (มาตรา 69) และกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ส่งเสริมและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในการสงวน บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน รวมถึงการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทในการจัดการสิ่งแวดล้อมในพื้นที่ของตน (มาตรา 79 และมาตรา 290)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน ยังคงให้ความสำคัญกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชนและรัฐที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม โดยมาตรา 43 ได้รับรองสิทธิของบุคคลและชุมชนในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน ตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ในส่วนของหน้าที่ของรัฐ มาตรา 57 กำหนดให้รัฐต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่ออนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา ฟื้นฟู และจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน โดยให้ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมและได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าว นอกจากนี้ มาตรา 72(4) ยังกำหนดให้รัฐพึงดำเนินการเกี่ยวกับทรัพยากรน้ำ โดยจัดให้มีทรัพยากรน้ำที่มีคุณภาพและเพียงพอต่อการอุปโภคบริโภคของประชาชน รวมถึงภาคส่วนอื่น ๆ มาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้วางหลักเกณฑ์สำคัญเกี่ยวกับการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมของรัฐ หรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการ หากการนั้นอาจมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย หรือคุณภาพชีวิตของประชาชน รัฐต้องดำเนินการศึกษาและประเมินผลกระทบ จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและประชาชนที่เกี่ยวข้องก่อนนำมาประกอบการพิจารณา และต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวังเพื่อลดผลกระทบให้เหลือน้อยที่สุด พร้อมทั้งเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบอย่างเป็นธรรมและไม่ชักช้า นอกจากนี้ มาตรา 51 ยังรับรองสิทธิของประชาชนและชุมชนในการติดตาม เร่งรัด และฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐให้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในหมวดหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรวมถึงหน้าที่ในการจัดการสิ่งแวดล้อมด้วย

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะได้รับรองสิทธิและกำหนดหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมไว้แล้วก็ตาม แต่รายละเอียดและวิธีการปฏิบัติในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรเหล่านี้ จำเป็นต้องถูกกำหนดไว้ในกฎหมายลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและสามารถนำไปปฏิบัติได้จริง ตัวอย่างของกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำโดยตรง ได้แก่ พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริหารจัดการทรัพยากรน้ำในทุกมิติ ไม่ว่าจะเป็นการจัดสรร การใช้ การพัฒนา การบริหารจัดการ การบำรุงรักษา การฟื้นฟู การอนุรักษ์ และสิทธิในน้ำ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล เพื่อประโยชน์แก่การบริการสาธารณูปโภคและประโยชน์สาธารณะอื่น ๆ พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช 2485 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อรองรับการจัดการชลประทานในรูปแบบต่าง ๆ ตามสภาพภูมิประเทศ และ

แก้ไขปัญหาความขัดแย้งในการใช้น้ำระหว่างผู้ใช้น้ำต้นน้ำและปลายน้ำ กฎหมายฉบับนี้มีบทบาทสำคัญในการรักษาความสงบเรียบร้อยและป้องกันความเสียหายจากการใช้ประโยชน์จากการชลประทานโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม และพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ทำหน้าที่ในการกำหนดรายละเอียดในการบริหารจัดการและรักษาคลองประปา ซึ่งเป็นทรัพยากรน้ำที่มีความสำคัญต่อการผลิตน้ำประปา กฎหมายฉบับนี้กำหนดเขตอำนาจของหน่วยงานการประปาต่าง ๆ ในการอนุญาตและควบคุมกิจกรรมในเขตคลองประปา เพื่อให้การใช้น้ำดิบเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รักษาคุณภาพน้ำและป้องกันการกระทำใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อคลองและระบบประปาโดยรวม ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้วางกรอบหลักการและรับรองสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการจัดการและรักษาสิ่งแวดล้อม รวมถึงทรัพยากรน้ำ ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญสำหรับการตราและบังคับใช้กฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช 2485 และพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 เพื่อให้การบริหารจัดการทรัพยากรน้ำเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ยั่งยืน และเป็นประโยชน์ต่อประชาชนส่วนรวม

นอกจากกฎหมายที่กล่าวไปข้างต้นแล้วยังมีกฎหมายที่ให้อำนาจหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ได้แก่

1) พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีกรอบกฎหมายเพื่อการประปาในเขตเมืองหลวงและปริมณฑล โดยกำหนดวัตถุประสงค์หลักของการประปานครหลวงในการดำเนินกิจการ ได้แก่ การสำรวจและจัดหาแหล่งน้ำดิบ การผลิต จัดส่ง และจำหน่ายน้ำประปาในเขตกรุงเทพมหานคร นนทบุรี และสมุทรปราการ การผลิตน้ำประปาเพื่ออุปโภคบริโภคถือเป็นภารกิจหลักตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายจัดตั้ง ซึ่งรวมถึงการนำน้ำจากคลองประปามาใช้ในการดำเนินการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ คุณภาพน้ำในคลองประปาจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อความปลอดภัยในการนำไปผลิตน้ำประปาเพื่อการบริโภค ดังนั้น การดูแลรักษาคลองประปาและการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับคลองประปาจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้[11]

2) พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มีกรอบกฎหมายเพื่อการประปาทั่วประเทศนอกเขตเมืองหลวงและปริมณฑล(ยกเว้นพื้นที่กปน.)โดยกำหนดวัตถุประสงค์หลักของการประปาส่วนภูมิภาคมีหน้าที่ผลิตและให้บริการน้ำประปาคุณภาพตามมาตรฐานสากลในทุกพื้นที่ของประเทศไทยยกเว้นกรุงเทพมหานคร นนทบุรี และสมุทรปราการ การจัดตั้ง กปภ. มีขึ้นเพื่อปรับปรุงและขยายกิจการประปาในส่วนภูมิภาคให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยได้มีการโอนกิจการประปาภูมิภาคและหน่วยงาน

---

[11] “พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 6,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 84 ตอนที่ 75 (15 สิงหาคม 2510): 601.

ก่อสร้างประปาจากกรมโยธาธิการ และกิจการประปาชนบทและหน่วยก่อสร้างประปาจากกรมอนามัย มารวมอยู่ภายใต้การบริหารจัดการของ กปภ. การผลิตน้ำประปาของ กปภ. ก็เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายจัดตั้ง โดยส่วนใหญ่มักใช้น้ำจากกรมชลประทาน การไฟฟ้าฝ่ายผลิต หรือน้ำบาดาลเป็นแหล่งน้ำดิบ ซึ่งต้องผ่านกระบวนการผลิตต่าง ๆ เพื่อให้ได้น้ำประปาที่มีคุณภาพสำหรับการอุปโภคบริโภค

3) กฎหมายของการประปาซึ่งดำเนินกิจการโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ มีกรอบกฎหมายเป็นการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นในการจัดการน้ำประปาชุมชน การประปาที่ดำเนินการโดยหน่วยงานอื่นของรัฐหรือกองการประปา มีบทบาทสำคัญในการให้บริการน้ำสะอาดเพื่อการอุปโภคบริโภคในระดับชุมชนหรือหมู่บ้าน โดยเฉพาะในพื้นที่ที่อยู่ห่างไกลและมีความจำเป็นต้องมีระบบประปาเฉพาะของตนเอง ในช่วงปี พ.ศ. 2525 - 2534 กรมอนามัยได้มีบทบาทในการพัฒนาระบบประปาหมู่บ้านในพื้นที่นอกเขตเทศบาลและสุขาภิบาล ต่อมาในปี พ.ศ. 2542 ได้มีพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ซึ่งได้ถ่ายโอนภารกิจและทรัพย์สินด้านสาธารณูปโภค รวมถึงกิจการประปา ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (อปท.) เป็นผู้ดำเนินการโดยใช้งบประมาณของตนเอง โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประปาซึ่งดำเนินกิจการโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ หลายฉบับ เช่น มาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 กำหนดให้อำนาจ อบต. ในการจัดทำกิจการในเขต อบต. รวมถึงการ “ให้มีน้ำเพื่อการอุปโภค บริโภค และการเกษตร” มาตรา 16 และ 17 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 กำหนดอำนาจและหน้าที่ของเทศบาลเมืองพัทยา อบต. และ อบจ. ในการจัดระบบบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น รวมถึง “การสาธารณูปโภคและการก่อสร้างอื่น ๆ” และการดำเนินกิจการที่เป็นอำนาจหน้าที่ของ อปท. อื่นที่สมควรให้ร่วมกันดำเนินการหรือให้ อบจ. จัดทำ และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการบริหารกิจการและการบำรุงรักษาระบบประปาหมู่บ้าน พ.ศ. 2548 กำหนดหลักเกณฑ์การบริหารจัดการและบำรุงรักษาระบบประปาหมู่บ้านที่เป็นทรัพย์สินของ อปท. โดยมอบให้คณะกรรมการดำเนินการบริหารจัดการ เพื่อให้การบริการขั้นพื้นฐานด้านน้ำประปาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารจัดการ

กฎหมายเกี่ยวกับการได้ทรัพย์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562[12] ซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน แต่ก็เปิดช่องให้มี

---

[12]“พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 136 ตอนที่ 71 ก (29 พฤษภาคม 2562): 1.

การจำกัดสิทธิได้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ กฎหมายฉบับนี้กำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่รัฐหรือหน่วยงานปกครองใช้เป็นหลักในการดำเนินการ กฎหมายยังได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ การดำเนินการให้ได้ที่ดินเพิ่มเติมและการจ่ายเงินค่าทดแทน ให้แก่เจ้าของที่ดินที่จะได้รับการชดเชยที่ดิน โดยเน้นการนำที่ดินแปลงอื่นมาชดเชย หากราคาไม่เท่ากัน ให้จ่ายส่วนต่าง และต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของเดิม โดยไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่เจ้าของ ที่ดินที่นำมาชดเชย นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ที่ออกตามพระราชบัญญัติเวนคืนฯ กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการกำหนดราคา การขอคืนที่ดิน ค่าทดแทนอื่น ๆ และการจัดการทรัพย์สิน ที่ถูกเวนคืน[13] โดยผลของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ คือ เจ้าของสูญเสียกรรมสิทธิ์และได้รับค่าเวนคืน ตามราคาตลาด รวมถึงค่าเสียหายอื่น ๆ เจ้าของเดิมมีสิทธิซื้อคืนหากไม่ได้ใช้ประโยชน์ภายใน 5 ปี หรือมีที่ดินเหลือ มีสิทธิร้องเรียนหากไม่เห็นด้วยกับค่าเวนคืน และในกรณีเวนคืนบางส่วน หากส่วนที่เหลือ ใช้ประโยชน์ไม่ได้ เจ้าของมีสิทธิร้องขอให้เวนคืนส่วนที่เหลือด้วย นอกจากนี้ เจ้าของเดิมหรือทายาท มีสิทธิเรียกคืนที่ดิน หากไม่ใช้อสังหาริมทรัพย์ตามวัตถุประสงค์และภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งการ ประปานครหลวงมีการได้กรรมสิทธิ์มาโดยการเวนคืนในบริเวณจังหวัดกาญจนบุรี

3. กฎหมายการจัดการคลองประปาในต่างประเทศ

การจัดการระบบน้ำประปามีความสำคัญต่อเศรษฐกิจและคุณภาพชีวิต ซึ่งแต่ละประเทศ มีแนวทางการจัดการน้ำที่แตกต่างกันไป โดยจะสรุปกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการระบบน้ำประปาของ ประเทศต่าง ๆ ดังนี้ สาธารณรัฐสิงคโปร์ ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

3.1 สาธารณรัฐสิงคโปร์

สาธารณรัฐสิงคโปร์มีระบบประปาที่มีประสิทธิภาพสูงและมีลักษณะแบบบูรณาการ[14] ระบบประปามีการจัดการโดย Public Utilities Board (PUB)[15] ซึ่งมีหน้าที่ครอบคลุมทั้งน้ำประปา

---

[13]สำนักงานทนายความคดีปกครอง พฤกษ์ แอนด์ พาร์ทเนอร์, **บทความคดีปกครองขั้นตอนที่ควรรู้เมื่อถูกเวนคืน** [Online], available URL: https://bit.ly/3XcBFuk, 2567 (มีนาคม, 10).

[14]The Ministry of Sustainability and the Environment, **Our History** [Online], available URL: https://www.mse.gov.sg/about-us/our-history/, 2024 (April, 1).

[15]PUB, Singapore's National Water Agency, **'Drainage' (PUB, Singapore's National Water Agency)** [Online], available URL: https://www.pub.gov.sg, 2024 (April, 1).

และน้ำเสีย แหล่งน้ำหลากหลาย (ฝน, น้ำทะเลกลั่น, น้ำเสียรีไซเคิล NEWater, น้ำนำเข้าจากประเทศอื่น)[16] มีกฎหมาย Sewerage And Drainage Act 1999[17] บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมการระบายน้ำ การป้องกันน้ำท่วม และรักษาความสะอาดคลอง โดยมีสาระสำคัญ ได้แก่ กำหนดความรับผิดชอบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยหลักคือ PUB สิงคโปร์เน้นการบริการน้ำประปาที่ปลอดภัย มีคุณภาพ ส่งเสริมการประหยัดน้ำ และการใช้น้ำอย่างยั่งยืนผ่านความร่วมมือแบบ 3P (ประชาชน รัฐ เอกชน) เพื่อให้มีน้ำเพียงพอ คุณภาพดี และภูมิทัศน์สวยงาม ในการจัดการคลองประปา PUB เป็นหน่วยงานหลัก

---

[16]Somchaiblessings, **เรื่องราวของน้ำประเทศสิงคโปร์** [Online], available URL: https://somchaiblessings.blogspot.com/2016/04/blog-post.html, 2567 (เมษายน, 1).

[17]Sewerage And Drainage Act 1999. Article 4. “Article 4.—(1) The Board —

(a) may cause to be made and constructed any public sewerage system;

(b) must maintain and keep in repair every public sewerage system; and

(c) may enlarge, alter or otherwise improve or discontinue, close up or destroy any public sewerage system which the Board thinks is useless or unnecessary.

(2) For the purposes of subsection (1), the Board may —

(a) lay pipes in, under or over any premises, street or building and keep the pipes there;

(b) tunnel or bore under any premises, street or building;

(c) carry the sewerage system across, through, along or under any premises or the cellar, basement or vault of any building; and

(d) carry out any works requisite for, or incidental to, the purposes of subsection (1).

(3) An authorised officer may enter any premises for the purposes of subsection (1) only after giving notice in accordance with section 44.

(4) In carrying out any works under this section, the Board must cause as little damage as possible, and must make reasonable compensation for any damage done to any premises, street or building affected by those works.

(5) If by reason of the alteration or closing up of any public sewerage system any person is deprived of the lawful use of any sewer, the Board must with due diligence provide some other sewer as effectual as the one the person is so deprived of.

(6) The Board may serve a notice on the owner or supplier of any gas, electricity, water or telecommunication services to alter the course or position of any wire, line, cable, pipe, tube, casing, duct, post, structure or other apparatus which belongs to that owner or is maintained by that owner or supplier and to repair any road surface thereby disturbed if, in the opinion of the Board, such alteration is required for the purposes of subsection (1).

แต่เพียงผู้เดียวที่รับผิดชอบระบบท่อระบายน้ำและน้ำทั้งหมด[18] ทำให้ไม่มีปัญหาการดำเนินงานทับซ้อนหน่วยงานอื่น เช่น NEA (ควบคุมมลพิษทางน้ำ), MOT (ควบคุมการขนส่งทางน้ำ), SLA (ควบคุมการใช้ที่ดินริมคลอง) ทำหน้าที่สนับสนุน เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย สิงคโปร์มีระบบการจัดการน้ำและคลองประปาที่มีเอกภาพภายใต้หน่วยงานเดียว ทำให้การดำเนินงานมีประสิทธิภาพและไม่ซ้ำซ้อน ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่การดูแลคลองประปาอาจมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายแห่งตามเขตพื้นที่ ทำให้เกิดความซับซ้อนและอาจมีการทับซ้อนของอำนาจหน้าที่

3.2 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นมีระบบประปาที่พัฒนาและใช้เทคโนโลยีสูง จัดการโดยเทศบาลท้องถิ่นภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงสาธารณสุขฯ การอนุมัติการประปาต้องเป็นไปตาม Waterworks Law และต้องส่งแผนแม่บท ระบบประปามุ่งเน้นการจัดหาน้ำคุณภาพดีและเพียงพอ มีการใช้ระบบอัตโนมัติตรวจสอบคุณภาพน้ำ และใช้ประโยชน์จากน้ำฝน หน่วยงานรัฐบาลต่าง ๆ สนับสนุนและกำกับดูแลเพื่อให้การจัดการน้ำเป็นไปอย่างยั่งยืน ในการจัดการคลองประปา[19] กฎหมายญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดเรื่องคลองประปาโดยเฉพาะ การดูแลคลองแบ่งตามประเภทการใช้งานของคลอง โดยมีรัฐบาลดูแลคลองสาธารณะขนาดใหญ่, เทศบาลดูแลคลองขนาดเล็กในเมือง, และเจ้าของที่ดินดูแลคลองส่วนตัว[20] กฎหมายอื่น ๆ[21] เช่น Water Supply Act, River Law, Expropriation of Land Act กล่าวถึง

---

(7) The Board may give notice to the owner or occupier of any premises requiring the owner or occupier to remove any object or structure described in the notice which is erected on or attached to, or projects from, the land or building, if in the opinion of the Board the removal of the object or structure is required for the purposes of subsection (1).

(8) Any costs and expenses incurred by an owner, supplier or occupier under subsection (6) or (7) must be borne by the Board."

[18]Public Utilities Act 2001.

[19]Tokyo Metropolitan Government, **Bureau of Waterworks** [Online], available URL: https://www.waterworks.metro.tokyo, 2024 (March, 27).

[20]ปีดิเทพ อยู่ยืนยง, **มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันน้ำท่วมของญี่ปุ่น** [Online], available URL: https://prachatai.com/journal/2012/07/41610, 2567 (มีนาคม, 23) ดูประกอบ Ministry of Land, Infrastructure, Transport and Tourism of Japan, **Water and Disaster Management Bureau** [Online], available URL: https://www.mlit.go.jp, 2024 (March, 23).

[21]Japanese Law Translation, **Local Government Act of Japan** [Online], available URL: https://www.japaneselawtranslation.go.jp, 2024 (March, 23).

ผลกระทบต่อคลองทางอ้อม เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย ประเทศญี่ปุ่นและประเทศไทยมีปัญหาคล้ายกันเรื่องความทับซ้อนของอำนาจหน้าที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการดูแลคลอง ในประเทศญี่ปุ่นมีหน่วยงานหลักที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ MLIT (บริหารจัดการทางน้ำโดยรวม), รัฐบาลประจำจังหวัด (จัดการทางน้ำระดับจังหวัด), เทศบาลเมือง (จัดการคลองท้องถิ่น), และองค์การจัดการลุ่มน้ำ (จัดการน้ำแบบบูรณาการ) ซึ่งอาจเกิดความสับสนและทับซ้อนของกฎระเบียบ

3.3 สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมีเป้าหมายในการจัดหาน้ำประปาที่สะอาดและเพียงพอ หน่วยงานหลัก คือ กรมทรัพยากรน้ำและประปา ภายใต้กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม Lao National Water Resources Management Committee (NWRMC)[22] กำหนดนโยบายและกฎหมาย หน่วยงานอื่น เช่น Department of Water Resources (DWR) ประสานงานระดับภูมิภาคและท้องถิ่น หน่วยงานรัฐวิสาหกิจ เช่น National Vientiane Water Supply Authority (NPNL) และ Provincial Water Supply Authority (PWSA)[23] ดำเนินกิจการประปา ในการจัดการคลองประปาได้ กฎหมายลาวแบ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ดูแลคลองประปาชัดเจน โดยกรมทรัพยากรน้ำเป็นหลัก และกระจายอำนาจให้หน่วยงานอื่นตามลักษณะงาน มี Water and Water Resources Law กำหนดขอบเขตเนื้อหาโดยกว้างเพื่อรักษาคุณภาพน้ำ[24] เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย สาธารณรัฐ

---

[22]Oskhaautufi, **Laos Progressing towards Integrated Water Resources Management at Nam Ngum River Basin: Insights from Field Study Trip to Vientiane** [Online], available URL: https://sites.utu.fi/sdf/laos-progressing-towards-integrated/, 2024 (March, 25).

[23]สำนักงานความร่วมมือพัฒนาเศรษฐกิจกับประเทศเพื่อนบ้าน (องค์การมหาชน), “โครงการพัฒนาระบบประปา 5 แห่งใน สปป. ลาว” (สำนักงานความร่วมมือพัฒนาเศรษฐกิจกับประเทศเพื่อนบ้าน (องค์การมหาชน)) [Online], Available URL: https://bit.ly/3Qs3Amj, 2567 (มีนาคม, 25).

[24]Water and Water Resources Law (1996, Amended 2017) Article 10 Article 14 and Article 25.

“Article 10: Establishes the Department of Water Resources (DWR) within the Ministry of Natural Resources and Environment (MONRE) as the lead agency responsible for water management.

Article 14: Empowers the DWR to grant water use permits for various purposes, including the operation of water supply systems.

Article 25: Mandates the DWR to ensure the quality and safety of drinking water, in collaboration with the Ministry of Health.”

ประชาธิปไตยประชาชนลาวและประเทศไทยมีปัญหาคล้ายคลึงกันเรื่องความทับซ้อนของอำนาจหน้าที่ในการดูแลคลอง การตัดสินใจส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับกรมทรัพยากรน้ำ แต่หน่วยงานอื่นอาจมีส่วนร่วมในการปรึกษาหารือ หากมีปัญหาซับซ้อนอาจมีการประสานงานหรือตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจ และอาจต้องระงับข้อพิพาททางกฎหมาย

ตารางเปรียบเทียบการจัดการคลองประปา

ประเทศ	หน่วยงานหลัก	การแบ่งอำนาจ	ปัญหาหลัก
สิงคโปร์	PUB	รวมศูนย์	ไม่มีปัญหาทับซ้อน
ญี่ปุ่น	MLIT, ท้องถิ่น	กระจาย	ความทับซ้อนของอำนาจหน้าที่และกฎระเบียบ
ลาว	กรมทรัพยากรน้ำ	กระจาย	ความทับซ้อนของอำนาจหน้าที่ (คล้ายไทย)
ไทย	หลากหลาย	ตามพื้นที่	ความทับซ้อนของอำนาจหน้าที่

4. ปัญหาที่พบจากการศึกษาพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526

4.1 อำนาจในการอนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับคลองประปา

เมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 มาตรา 5 กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจประกาศกำหนดบริเวณใดเป็นคลองประปา เขตคลองประปา และคลองรับน้ำ ซึ่งได้มีการประกาศกำหนดไว้ในประกาศกระทรวงมหาดไทย 3 ฉบับ ได้แก่ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดบริเวณและเขตคลองประปา และบริเวณคลองรับน้ำ ในเขตการประปานครหลวง และจังหวัดปทุมธานี ประกาศ ณ วันที่ 30 ธันวาคม 2530, ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดบริเวณและเขตคลองประปา ในเขตการประปานครหลวงและจังหวัดนครปฐม ประกาศ ณ วันที่ 25 พฤษภาคม 2541 และประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดบริเวณและเขตคลองประปา ในเขตจังหวัดกาญจนบุรี จังหวัดสุพรรณบุรี และจังหวัดนครปฐม ประกาศ ณ วันที่ 23 สิงหาคม 2545 อย่างไรก็ตาม ประกาศเหล่านี้เพียงแต่กำหนดพื้นที่ แต่ไม่ได้ระบุว่าหน่วยงานใดมีอำนาจอนุญาตให้ดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับคลองประปา ซึ่งต้องพิจารณาตามมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติฯ

มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ได้กำหนดหน่วยงานผู้มีอำนาจอนุญาตตามเขตพื้นที่ความรับผิดชอบของหน่วยงานการประปาต่าง ๆ ได้แก่

1) การประปานครหลวง (กปน.) มีอำนาจอนุญาตในเขตพื้นที่ให้บริการตามกฎหมายว่าด้วยการประปานครหลวง และในเขตคลองประปา คลองรับน้ำ คลองขังน้ำ และเขตหวงห้ามในจังหวัดปทุมธานี ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

2) การประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) มีอำนาจอนุญาตในเขตพื้นที่ให้บริการตามกฎหมายว่าด้วยการประปาส่วนภูมิภาค

3) หน่วยงานอื่นของรัฐที่ดำเนินกิจการประปา (เช่น เทศบาล, อบต., อบจ.) มีอำนาจอนุญาตในเขตพื้นที่ที่หน่วยงานนั้น ๆ ดำเนินกิจการประปา

โดยขอยกตัวอย่างปัญหาเรื่องอำนาจในการอนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับคลองประปา กรณีโครงการคลองประปาฝั่งตะวันตก พบว่า เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องของอำนาจหน้าที่ในการอนุญาต เนื่องจากคลองดังกล่าวถูกขุดและดูแลรักษาโดยใช้งบประมาณของ กปน. เพื่อนำน้ำดิบมาใช้ในกิจการประปาของ กปน. แม้ว่าคลองจะอยู่ในพื้นที่ให้บริการของการประปาส่วนภูมิภาคตามกฎหมายจัดตั้งหน่วยงาน ซึ่งปัญหาดังกล่าวมาจากการใช้อำนาจที่อาจไม่สอดคล้องกันในการกำหนดเขตคลองตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้ประกาศกำหนดเขตคลองประปาตามมาตรา 5 ความไม่สอดคล้องในการใช้อำนาจอนุญาตตามกฎหมายไม่สอดคล้องกับการดำเนินงานจริงโดย มาตรา 7 กำหนดอำนาจอนุญาตตามเขตพื้นที่บริการของ กปน. กปภ. และหน่วยงานอื่นของรัฐ แต่การดำเนินงานจริง (กรณีคลองประปาฝั่งตะวันตก) มีการขุดและการดูแลรักษาคลองดำเนินการโดยการประปานครหลวงตามมติของคณะรัฐมนตรี และได้ใช้งบประมาณของ กปน. เพื่อวัตถุประสงค์ของ กปน. ซึ่งขัดกับกฎหมาย โดย กปน. มีอำนาจสำรวจและจัดหาแหล่งน้ำดิบเพื่อใช้ในกิจการประปาตามพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 และเป็นผู้ใช้งบประมาณในการขุดและดูแลรักษาคลองประปาฝั่งตะวันตก แต่ กปภ. ตามมาตรา 7(2) แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 มีอำนาจอนุญาตให้ดำเนินการใด ๆ ในเขตพื้นที่ให้บริการของ กปภ. ซึ่งรวมถึงพื้นที่ที่คลองประปาฝั่งตะวันตกตั้งอยู่ ดังนั้น ตามมาตรา 7(2) การประปาส่วนภูมิภาคมีอำนาจอนุญาตให้ดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับคลองประปาฝั่งตะวันตก เนื่องจากคลองดังกล่าวอยู่ในเขตพื้นที่ให้บริการของ กปภ. อย่างไรก็ตาม การดำเนินงานจริงในการขุดและดูแลรักษาคลองเป็นความรับผิดชอบและใช้งบประมาณของ กปน. ซึ่งอาจนำไปสู่ความสับสนในการยื่นขออนุญาตและการพิจารณาอนุญาต

พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ซึ่งบังคับใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2526 และยังไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติม อาจไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบันและการดำเนินงานจริงของหน่วยงาน โดยเฉพาะในกรณีที่การดำเนินงานโครงการคลองประปาข้ามเขตพื้นที่บริการของหน่วยงานการประปา ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนและอาจเกิดความสับสนในการใช้อำนาจอนุญาตระหว่าง กปน. และ กปภ. ซึ่งขัดต่อหลักการให้บริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ปัญหาความไม่สอดคล้องของอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับคลองประปา โดยเฉพาะในกรณีคลองประปาฝั่งตะวันตก สะท้อนให้เห็นถึงประเด็นที่ซับซ้อนกว่าเพียงแค่การตีความตัวบทกฎหมาย มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ได้วางหลักการแบ่งอำนาจตามเขตพื้นที่บริการของหน่วยงานการประปา ซึ่งในขณะ

ที่กฎหมายประกาศใช้ อาจเป็นแนวทางที่ชัดเจนและสอดคล้องกับการดำเนินงานในขณะนั้น อย่างไรก็ตาม การขยายตัวของเมือง การเปลี่ยนแปลงของโครงสร้างพื้นฐาน และความจำเป็นในการจัดหาแหล่งน้ำดิบเพิ่มเติม ได้นำไปสู่โครงการพัฒนาคลองประปาที่อาจข้ามเขตพื้นที่บริการเดิมของหน่วยงาน กปน. ซึ่งมีหน้าที่หลักในการจัดหาน้ำประปาในเขตกรุงเทพมหานคร นนทบุรี และสมุทรปราการ มีความจำเป็นต้องขยายแหล่งน้ำดิบไปยังพื้นที่นอกเขตบริการของตนเอง และได้ลงทุนในการขุดและบำรุงรักษาคลองประปาฝั่งตะวันตก ซึ่งตั้งอยู่ในพื้นที่ให้บริการของ กปภ. ความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นจากความไม่สอดคล้องกันนี้ มีหลายประการไม่ว่าจะเป็นความสับสนของผู้ขออนุญาต ประชาชนหรือหน่วยงานที่ต้องการดำเนินการใด ๆ ในเขตคลองประปาฝั่งตะวันตก อาจไม่แน่ใจว่าจะต้องยื่นคำขออนุญาตต่อหน่วยงานใด เนื่องจากคลองถูกสร้างและดูแลโดย กปน. แต่ตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ของ กปภ. ตามกฎหมาย ความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาต หากผู้ขออนุญาตยื่นคำขอต่อหน่วยงานที่ไม่ถูกต้อง อาจต้องเสียเวลาในการส่งต่อคำขอ หรือเกิดความขัดแย้งในการประสานงานระหว่างหน่วยงาน ทำให้กระบวนการอนุญาตล่าช้า การใช้อำนาจที่ไม่สอดคล้องกัน กปน. ซึ่งเป็นผู้ลงทุนและดูแลรักษาคลอง อาจมีข้อมูลและความเข้าใจในสภาพคลองดีกว่า กปภ. การให้ กปภ. เป็นผู้มีอำนาจอนุญาตแต่เพียงผู้เดียว อาจทำให้การพิจารณาไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในการดำเนินงานและการดูแลรักษาคลอง และภาระค่าใช้จ่ายการดำเนินการใด ๆ ในคลองประปาอาจมีผลกระทบต่อการบริหารจัดการน้ำดิบและค่าใช้จ่ายของ กปน. การที่ กปภ. มีอำนาจอนุญาตโดยไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบต่อ กปน. อาจก่อให้เกิดปัญหาทางการเงินและการบริหารจัดการ นอกจากนี้ การที่พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ไม่ได้มีการแก้ไขให้ทันต่อสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้เกิดช่องว่างในการตีความและการบังคับใช้กฎหมาย หน่วยงานต่าง ๆ อาจมีการตีความอำนาจหน้าที่ของตนเองแตกต่างกัน ซึ่งอาจนำไปสู่ข้อพิพาทและการดำเนินงานที่ไม่ราบรื่น

4.2 อำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาคลองประปา

พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 มาตรา 7 กำหนดอำนาจอนุญาตตามเขตพื้นที่บริการของการประปานครหลวง (กปน.) การประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) และหน่วยงานอื่นของรัฐ อย่างไรก็ตาม การเวนคืนที่ดินทำให้หน่วยงานที่ได้กรรมสิทธิ์มีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์สิน แต่การบริหารจัดการและการอนุญาตกลับเป็นไปตามเขตพื้นที่บริการตามมาตรา 7 ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับผู้ดูแลรักษาที่แท้จริง ตัวอย่างเช่น คลองประปาฝั่งตะวันตก ถูกเวนคืนและดูแลรักษาโดย กปน. เพื่อนำน้ำดิบมาใช้ในการผลิตน้ำประปาของ กปน. ตามอำนาจในพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 อย่างไรก็ตาม คลองนี้ตั้งอยู่ในพื้นที่ให้บริการของ กปภ. ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ทำให้การขออนุญาตดำเนินการใด ๆ ในคลองนี้ต้องยื่นต่อ กปภ. ทำให้การใช้อำนาจที่ไม่สอดคล้องกัน โดยในการดูแลรักษา กปน. เป็นผู้มีหน้าที่ดูแลรักษาคลองประปา

ฝั่งตะวันตกเนื่องจากเป็นผู้ลงทุนและใช้ประโยชน์โดยตรงเพื่อกิจการของตน แต่อำนาจอนุญาต กปภ. มีอำนาจอนุญาตตามเขตพื้นที่บริการตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 โดยมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดังนี้

1) การประปานครหลวง (กปน.) มีหน้าที่จัดหาแหล่งน้ำดิบและผลิตน้ำประปาในเขตพื้นที่ของตน และเป็นผู้ดูแลรักษาคลองประปาฝั่งตะวันตก

2) การประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) มีอำนาจอนุญาตให้ดำเนินการต่าง ๆ ในเขตพื้นที่ให้บริการของตน ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526

3) รัฐ (โดยผลของการเวนคืน) เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ถูกเวนคืนเพื่อสร้างคลองประปา โดยมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐ (เช่น กปน.) เป็นผู้ดูแลรักษาและใช้ประโยชน์ ทำให้อำนาจในการดูแลรักษาคลองไม่สอดคล้องกันอันอาจนำไปสู่ปัญหาความขัดแย้งระหว่างผู้ดูแลรักษากับผู้อนุญาต หน่วยงานที่ดูแลรักษาคลองโดยตรง (กปน.) ไม่มีอำนาจอนุญาต ในขณะที่หน่วยงานที่มีอำนาจอนุญาต (กปภ.) อาจไม่มีข้อมูลหรือความเข้าใจในการดูแลรักษาคลองเท่าที่ควร มีปัญหาเกี่ยวกับผลกระทบต่อการบริหารจัดการ การที่หน่วยงานที่ดูแลรักษาต้องขออนุญาตจากอีกหน่วยงาน อาจทำให้การดำเนินงานและการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับคลองประปาล่าช้าหรือไม่สอดคล้องกับความจำเป็น และปัญหาความรับผิดชอบที่ไม่ชัดเจน ในกรณีเกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อคลองประปา อาจเกิดความไม่ชัดเจนในเรื่องความรับผิดชอบระหว่างหน่วยงานที่ดูแลรักษากับหน่วยงานที่อนุญาต โดยจะขอตัวอย่างกรณีการขออนุญาตก่อสร้างสะพานข้ามคลองประปาในจังหวัดนครปฐม ซึ่ง กปน. เป็นผู้ดูแลรักษา แต่ต้องขออนุญาตจาก กปภ. สะท้อนถึงความไม่สมเหตุสมผลและความขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษากับอำนาจในการอนุญาต นอกจากนี้ ประเด็นเรื่องค่าธรรมเนียมการใช้น้ำดิบ และการควบคุมปริมาณการใช้น้ำก็เป็นปัญหา หากผู้ขออนุญาตใช้น้ำจากคลองประปาฝั่งตะวันตกยื่นขออนุญาตต่อ กปภ. ซึ่งมีอำนาจตามเขตพื้นที่ อาจไม่สอดคล้องกับการที่ กปน. ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการนำน้ำดิบเข้ามาในคลอง หาก กปน. เป็นผู้มีอำนาจอนุญาต จะสามารถควบคุมปริมาณการใช้น้ำและดูแลผลกระทบต่อการบริหารจัดการน้ำดิบของตนเองได้

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นทำให้เห็นว่า พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน โดยเฉพาะในกรณีที่หน่วยงานหนึ่งเป็นผู้ลงทุนและดูแลรักษาคลองประปา แต่อีกหน่วยงานหนึ่งมีอำนาจอนุญาตตามเขตพื้นที่ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ การดูแลรักษา และการใช้ประโยชน์จากคลองประปา เพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง การแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับความเป็นจริงจึงเป็นสิ่งจำเป็น ความขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษากับอำนาจในการอนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับคลองประปา ไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อการบริหารจัดการในระดับปฏิบัติการเท่านั้น แต่ยังอาจมีนัยสำคัญต่อการคุ้มครองทรัพยากรน้ำและสิ่งแวดล้อมบริเวณคลองประปาอีกด้วย ตามหลักการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ

และสิ่งแวดล้อม หน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพยากรนั้น ๆ ควรมีอำนาจในการควบคุมและอนุญาตกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อทรัพยากรนั้น เพื่อให้สามารถประเมินผลกระทบและกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสมในการป้องกันหรือลดผลกระทบได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในกรณีของคลองประปา กปน. ซึ่งเป็นผู้ดูแลรักษาคลองประปาฝั่งตะวันตก มีความเข้าใจในสภาพทางกายภาพ คุณภาพน้ำ และระบบการไหลเวียนของน้ำในคลองเป็นอย่างดี การอนุญาตให้บุคคลภายนอกดำเนินการใด ๆ ในคลองโดยหน่วยงานอื่น (กปภ.) ที่อาจไม่มีข้อมูลเชิงลึกเท่า กปน. อาจนำไปสู่การตัดสินใจที่ไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อการบริหารจัดการน้ำดิบเพื่อการผลิตน้ำประปาของ กปน. ยกตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้มีการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างใกล้ริมคลองประปา หาก กปภ. เป็นผู้อนุญาตแต่เพียงผู้เดียว อาจไม่ได้พิจารณาถึงผลกระทบต่อความมั่นคงของคันคลอง การเปลี่ยนแปลงการไหลของน้ำ หรือความเสี่ยงต่อการปนเปื้อนของน้ำดิบ ซึ่ง กปน. ในฐานะผู้ดูแลรักษาและผู้ใช้น้ำโดยตรง จะมีความตระหนักถึงผลกระทบเหล่านี้มากกว่า นอกจากนี้ ปัญหาเรื่องความรับผิดชอบในการจัดการดูแลทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมบริเวณคลองประปาก็อาจไม่ชัดเจน หากอำนาจอนุญาตและการดูแลรักษาแยกออกจากกัน ในกรณีที่เกิดผลกระทบต่อคุณภาพน้ำหรือสภาพแวดล้อมของคลอง ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในการแก้ไขปัญหาและป้องกันไม่ให้เกิดซ้ำรอย ซึ่งพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ได้ให้ความสำคัญกับการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำอย่างบูรณาการ โดยคำนึงถึงความเชื่อมโยงระหว่างน้ำผิวดิน น้ำใต้ดิน และระบบนิเวศที่เกี่ยวข้อง คลองประปาในฐานะโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญในการจัดการน้ำดิบ จึงควรอยู่ภายใต้การบริหารจัดการที่สอดคล้องกับหลักการนี้ การที่หน่วยงานซึ่งมีหน้าที่หลักในการจัดหาน้ำประปา (กปน.) ต้องขออนุญาตจากอีกหน่วยงาน (กปภ.) ในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการดูแลรักษาและพัฒนาคลองประปาของตนเอง อาจเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานตามภารกิจหลัก และไม่สอดคล้องกับหลักการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น การพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 จึงควรคำนึงถึงการมอบอำนาจอนุญาตให้แก่หน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลรักษาและใช้ประโยชน์จากคลองประปาโดยตรง เพื่อให้การพิจารณาอนุญาตสอดคล้องกับความรู้ความเข้าใจในสภาพคลองและผลกระทบต่อการดำเนินงาน การกำหนดกลไกการประสานงานที่ชัดเจน ในกรณีที่คลองประปาเกี่ยวข้องกับพื้นที่บริการของหลายหน่วยงาน ควรมีกลไกการปรึกษาหารือและการตัดสินใจร่วมกัน เพื่อให้การบริหารจัดการเป็นไปในทิศทางเดียวกันและคำนึงถึงประโยชน์ของทุกฝ่าย และการบูรณาการการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ การบริหารจัดการคลองประปาควรสอดคล้องกับหลักการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำโดยรวม เพื่อให้เกิดความยั่งยืนและเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม การปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบันและหลักการบริหารจัดการที่ดี จะช่วยให้การดูแลรักษาและใช้ประโยชน์จากคลองประปาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และสามารถตอบสนองต่อความต้องการในการจัดหาน้ำประปาที่มีคุณภาพและเพียงพอต่อประชาชนได้อย่างยั่งยืน

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การบังคับใช้พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญสองประการเกี่ยวกับการบริหารจัดการคลองประปาของหน่วยงานภาครัฐ ประการแรก อำนาจในการดำเนินการอนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับคลองประปา อันเป็นความไม่สอดคล้องกันของอำนาจในการอนุญาตดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับคลองประปา ซึ่งกำหนดตามเขตพื้นที่บริการตามมาตรา 7 แต่ไม่สอดคล้องกับการดำเนินงานจริงและการลงทุนดูแลรักษาคลองโดยหน่วยงานอื่น ตัวอย่างที่ชัดเจน คือ กรณีคลองประปาฝั่งตะวันตก ซึ่งการประปานครหลวง (กปน.) เป็นผู้ลงทุนและดูแลรักษาเพื่อนำน้ำดิบมาใช้ในกิจการของตนเอง แม้ว่าคลองจะตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ให้บริการของการประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) ตามกฎหมาย ทำให้ผู้ที่ต้องการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับคลองเกิดความสับสนว่าจะต้องยื่นขออนุญาตต่อหน่วยงานใดและอาจนำไปสู่ความล่าช้าในการพิจารณา รวมถึงการใช้อำนาจที่ไม่สอดคล้องกับข้อมูลการดำเนินงานและการดูแลรักษาคลอง ประการที่สอง ปัญหาอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาคลองประปา อันเป็นความขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษากับอำนาจในการอนุญาต หน่วยงานที่รับผิดชอบในการดูแลรักษาคลองประปาโดยตรง (เช่น กปน. ในกรณีคลองประปาฝั่งตะวันตก) กลับไม่มีอำนาจเต็มที่ในการอนุญาตให้ดำเนินการใด ๆ ในคลองนั้น ในขณะที่หน่วยงานที่มีอำนาจอนุญาต (เช่น กปภ. ตามเขตพื้นที่) อาจไม่มีความเข้าใจในสภาพคลองและผลกระทบต่อการบริหารจัดการน้ำดิบเท่าที่ควร ปัญหานี้ไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการบริหารจัดการในระดับปฏิบัติการเท่านั้น แต่ยังมีนัยสำคัญต่อการคุ้มครองทรัพยากรน้ำและสิ่งแวดล้อมบริเวณคลองประปาอีกด้วย การแยกอำนาจอนุญาตและการดูแลรักษาออกจากกันอาจทำให้การประเมินผลกระทบและการกำหนดเงื่อนไขในการป้องกันหรือลดผลกระทบไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง

จากปัญหาหลักทั้งสองประการนี้ ชี้ให้เห็นว่าพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ซึ่งบังคับใช้มาเป็นเวลานานและยังไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบันของการบริหารจัดการคลองประปาที่มีความซับซ้อนและเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงาน การแก้ไขกฎหมายจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง โดยควรมุ่งเน้นการมอบอำนาจอนุญาตให้แก่หน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลรักษาและใช้ประโยชน์จากคลองประปาโดยตรง เพื่อให้การบริหารจัดการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และสามารถตอบสนองต่อความต้องการในการจัดหาน้ำประปาที่มีคุณภาพและเพียงพอต่อประชาชนได้อย่างยั่งยืน

1) ข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาอำนาจในการอนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับคลองประปา โดยมีข้อเสนอหลักในการแก้ไขปัญหาอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาคลองประปา คือ การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 โดยมุ่งเน้นให้ การประปาที่มีหน้าที่ดูแลรักษาคลองประปาเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต การดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคลองประปา รวมถึงการดูแลรักษา

โดยไม่ต้องยึดตามเขตพื้นที่บริการเดิม เพื่อลดความสับสนและเพิ่มความชัดเจน ผู้ที่ต้องการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับคลองประปาจะทราบได้อย่างชัดเจนว่าต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานใด โดยพิจารณาจากหน่วยงานที่ดูแลรักษาคลองนั้น ๆ จริง เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ หน่วยงานที่ดูแลรักษาคลองประปาโดยตรงจะสามารถควบคุมและพิจารณาการดำเนินการต่าง ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อคลองและคุณภาพน้ำได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากมีความเข้าใจในสภาพคลองและระบบการทำงานดีกว่า เพื่อลดขั้นตอนและความล่าช้า การยื่นขออนุญาตต่อหน่วยงานที่ดูแลรักษาโดยตรงจะช่วยลดขั้นตอนการส่งต่อคำขอและการประสานงานระหว่างหน่วยงาน ทำให้กระบวนการอนุญาตรวดเร็วขึ้น และเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน การแก้ไขกฎหมายจะทำให้การบังคับใช้สอดคล้องกับการดำเนินงานจริงของหน่วยงาน โดยเฉพาะในกรณีคลองประปาที่สร้างขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง แม้จะอยู่ในพื้นที่บริการของอีกหน่วยงานก็ตาม โดยหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ให้เป็นไปตามแนวทางดังกล่าว กฎหมายที่แก้ไขใหม่จะกำหนดกรอบอำนาจและหน้าที่ของแต่ละหน่วยงานให้ชัดเจนขึ้น โดยอิงตามความรับผิดชอบในการดูแลรักษาคลองเป็นหลัก หน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็สามารถดำเนินการตามกฎหมายที่แก้ไขได้

การแก้ไขมาตรา 7 ตามข้อเสนอ มีเจตนาที่จะปรับปรุงการใช้อำนาจเพื่อลดความทับซ้อน โดยไม่ได้ตัดอำนาจของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งโดยสิ้นเชิง แต่เป็นการปรับเปลี่ยนหลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจอนุญาต จากเดิมที่ยึดตามเขตพื้นที่บริการ ไปเป็นการยึดตามหน้าที่ความรับผิดชอบในการดูแลรักษาคลองประปา สำหรับคลองประปาที่อยู่ในเขตพื้นที่บริการและดูแลรักษาโดยหน่วยงานเดียว (เช่น คลองประปาในเขต กปน. ที่ กปน. ดูแลรักษา) อำนาจอนุญาตจะยังคงอยู่ที่หน่วยงานนั้น สำหรับคลองประปาที่มีลักษณะพิเศษ (เช่น คลองประปาฝั่งตะวันตก ที่ กปน. ดูแลรักษาแต่ตั้งอยู่ในเขต กปภ.) อำนาจอนุญาตจะถูก มอบหมายหรือกำหนดให้เป็นอำนาจของหน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลรักษา (กปน.) เพื่อให้การบริหารจัดการมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับความเป็นจริงมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ในกระบวนการแก้ไขกฎหมาย อาจมีการกำหนดกลไกการ ปรึกษาหารือหรือการทำงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (เช่น กปน. และ กปภ.) ในกรณีที่การดำเนินการใด ๆ อาจส่งผลกระทบต่อพื้นที่บริการหรือการดำเนินงานของอีกหน่วยงาน เพื่อให้การตัดสินใจเป็นไปอย่างรอบด้านและคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม การแก้ไขกฎหมายในลักษณะนี้จึงเป็นการปรับปรุงให้การใช้อำนาจมีความชัดเจนและสอดคล้องกับภาระหน้าที่จริง โดยไม่ได้มุ่งเน้นการตัดอำนาจของหน่วยงานใดโดยเด็ดขาด แต่เป็นการจัดสรรอำนาจให้เหมาะสมกับความรับผิดชอบในการดูแลรักษาคลองประปา

นอกเหนือจากการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 แล้ว ยังมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมอื่น ๆ ที่อาจช่วยเสริมสร้างประสิทธิภาพในการบริหารจัดการและแก้ไขปัญหาความไม่สอดคล้องกันของอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตและดูแลรักษาคลองประปาได้อย่างรอบด้านยิ่งขึ้น เช่น

(1) การจัดทำทะเบียนคลองประปาและหน่วยงานผู้รับผิดชอบ ควรมีการจัดทำทะเบียนคลองประปาทั่วประเทศอย่างเป็นระบบ โดยระบุรายละเอียดเกี่ยวกับที่ตั้ง ขนาด ประเภท และที่สำคัญคือ หน่วยงานหลักที่มีหน้าที่ดูแลรักษาคลองนั้น ๆ อย่างชัดเจน ทะเบียนนี้ควรเป็นฐานข้อมูลกลางที่ทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงได้ ซึ่งจะช่วยลดความสับสนในการระบุผู้มีอำนาจอนุญาต

(2) การกำหนดหลักเกณฑ์การมอบหมายอำนาจอนุญาต ในกรณีที่คลองประปาตั้งอยู่ในเขตพื้นที่บริการของหน่วยงานหนึ่ง แต่มีอีกหน่วยงานหนึ่งเป็นผู้ลงทุน สร้าง และดูแลรักษา ควรมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการมอบหมายอำนาจอนุญาตให้แก่หน่วยงานที่ดูแลรักษาโดยตรง หลักเกณฑ์นี้อาจพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น งบประมาณที่ใช้ในการก่อสร้างและการดูแลรักษา วัตถุประสงค์หลักของการใช้คลอง และความเชี่ยวชาญในการบริหารจัดการคลองประเภทนั้น ๆ

(3) การสร้างกลไกการปรึกษาหารือและการทำงานร่วมกัน สำหรับโครงการหรือการดำเนินการที่อาจส่งผลกระทบต่อคลองประปาที่อยู่ในความดูแลของหน่วยงานหนึ่ง แต่ตั้งอยู่ในเขตพื้นที่บริการของอีกหน่วยงาน ควรมีกลไกการปรึกษาหารือและการทำงานร่วมกันอย่างเป็นทางการ เพื่อให้การพิจารณาอนุญาตครอบคลุมทุกมิติและลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น

(4) การปรับปรุงกฎหมายลำดับรองและระเบียบปฏิบัติ นอกจากการแก้ไขตัวบทกฎหมายหลักแล้ว ควรมีการปรับปรุงกฎหมายลำดับรอง ข้อบังคับ และระเบียบปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตและการดูแลรักษาคลองประปาให้สอดคล้องกัน และมีความชัดเจนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่

การนำข้อเสนอแนะเหล่านี้ไปพิจารณาควบคู่กับการแก้ไขมาตรา 7 จะช่วยให้การบริหารจัดการคลองประปามีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ลดปัญหาความขัดแย้ง และส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากคลองประปาเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างยั่งยืน การแก้ไขพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ตามข้อเสนอ จะเป็นการปรับปรุงอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตให้สอดคล้องกับความรับผิดชอบในการดูแลรักษาคลองประปา ซึ่งจะช่วยลดความสับสน เพิ่มประสิทธิภาพ และลดความทับซ้อนในการบริหารจัดการ โดยหน่วยงานการประปาสามารถดำเนินการตามกรอบกฎหมายที่แก้ไขใหม่นี้ได้

2) ข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหาอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาคลองประปา จากปัญหาความขัดแย้งระหว่างอำนาจในการอนุญาตตามเขตพื้นที่กับอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาคลองประปา ข้อเสนอแนะหลักในการแก้ไข คือ การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 โดยมีเป้าหมายเพื่อให้การบริหารจัดการคลองประปามีประสิทธิภาพสอดคล้องกับการดำเนินงานจริง และลดความซ้ำซ้อนของอำนาจ ซึ่งมีแนวทางการแก้ไข โดยแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 มุ่งเน้นให้การประปาที่มีหน้าที่ดูแลรักษาคลองประปาเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตการดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคลองประปา รวมถึงการดูแลรักษา โดยไม่ต้องยึดตามเขตพื้นที่บริการเดิม โดยคงหลักการให้ยื่นคำขอต่อการประปาตามเขตพื้นที่ไว้ในเบื้องต้น แต่เพิ่มเติมให้การ

ประปาที่ดูแลรักษามีอำนาจอนุญาตสำหรับการดำเนินการในพื้นที่ที่ตนดูแล และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 5 กำหนดให้ การประปาที่มีอำนาจอนุญาตตามมาตรา 7 เป็นผู้มีหน้าที่ในการดูแลรักษาคลองประปาในเขตพื้นที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องความรับผิดชอบในการดูแลรักษาคลอง การแก้ไขมาตรา 7 และมาตรา 5 ดังกล่าว เพื่อให้เกิดความชัดเจนในอำนาจหน้าที่: กำหนดให้หน่วยงานที่ดูแลรักษาคลองประปามีอำนาจอนุญาตการดำเนินการต่าง ๆ ในคลองนั้นโดยตรง ลดความสับสนและข้อโต้แย้งระหว่างหน่วยงาน เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ หน่วยงานที่รับผิดชอบในการดูแลรักษาสามารถตัดสินใจและดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคลองประปาได้อย่างรวดเร็วและสอดคล้องกับความจำเป็นในการดูแลรักษา และเพื่อคุ้มครองทรัพยากรน้ำและสิ่งแวดล้อม หน่วยงานที่ดูแลรักษาคลองประปาซึ่งมีความเข้าใจในสภาพคลองและคุณภาพน้ำโดยตรง จะสามารถพิจารณาอนุญาตโครงการต่าง ๆ โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้อย่างเหมาะสม หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ตามแนวทางดังกล่าว กฎหมายที่แก้ไขใหม่จะกำหนดกรอบอำนาจและหน้าที่ของแต่ละหน่วยงานให้ชัดเจนขึ้น โดยอิงตามความรับผิดชอบในการดูแลรักษาคลองเป็นหลัก ทำให้การประปานครหลวง (กปน.) และการประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) รวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่ดำเนินกิจการประปา สามารถดำเนินการตามข้อเสนอนี้ได้

การแก้ไขมาตรา 7 และมาตรา 5 ตามข้อเสนอ มีเจตนาที่จะปรับปรุงการใช้อำนาจเพื่อลดความทับซ้อน โดยกำหนดให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ดูแลรักษาคลองประปามีอำนาจอนุญาตสำหรับการดำเนินการในคลองนั้น ๆ โดยตรง ซึ่งจะช่วยลดปัญหาการที่หน่วยงานหนึ่งต้องขออนุญาตจากอีกหน่วยงานหนึ่งในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการดูแลรักษาทรัพย์สินของตนเอง อย่างไรก็ตาม อาจต้องมีกลไกการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในกรณีที่การดำเนินการใด ๆ อาจส่งผลกระทบต่อพื้นที่บริการหรือการดำเนินงานของอีกหน่วยงาน เพื่อให้การตัดสินใจเป็นไปอย่างรอบด้านและคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม

นอกเหนือจากการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 และการออกระเบียบหรือแนวปฏิบัติที่ได้กล่าวไปแล้ว ยังมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมอื่น ๆ ที่อาจช่วยแก้ไขปัญหาความไม่สอดคล้องของอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตดำเนินการเกี่ยวกับคลองประปาได้อย่างครอบคลุมยิ่งขึ้น เช่น

(1) การจัดตั้งคณะกรรมการระดับชาติเพื่อกำกับดูแลคลองประปา คณะกรรมการนี้ควรประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง ได้แก่ การประปานครหลวง (กปน.) การประปาส่วนภูมิภาค (กปภ.) กระทรวงมหาดไทย กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการนี้จะมีหน้าที่กำหนดนโยบายและแนวทางการบริหารจัดการคลองประปาทั่วประเทศ รวมถึงการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ และการประสานงานระหว่างหน่วยงาน

(2) การทำข้อตกลงความร่วมมือ (Memorandum of Understanding - MOU) ระหว่างหน่วยงาน สำหรับคลองประปาที่มีลักษณะพิเศษ เช่น คลองประปาฝั่งตะวันตก ควรมีการทำข้อตกลงความร่วมมือระหว่าง กปน. และ กปภ. เพื่อกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบ อำนาจในการอนุญาต และกลไกการประสานงานในการบริหารจัดการคลองร่วมกันอย่างชัดเจน ข้อตกลงนี้อาจระบุถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาต การแบ่งปันข้อมูล และการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้น

(3) การกำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตที่ชัดเจนและเป็นมาตรฐาน พระราชบัญญัติรักษาคลองประปาฯ หรือกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับคลองประปาให้มีความชัดเจนและเป็นมาตรฐานเดียวกัน เพื่อลดความสับสนและสร้างความมั่นใจให้กับผู้ขออนุญาต หลักเกณฑ์นี้ควรรองรับการพิจารณาผลกระทบต่อการบริหารจัดการน้ำ คุณภาพน้ำ สภาพแวดล้อม และความปลอดภัยของคลอง

การนำข้อเสนอแนะเหล่านี้ไปพิจารณาและดำเนินการร่วมกัน จะช่วยให้การบริหารจัดการคลองประปามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ลดปัญหาความขัดแย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ และส่งผลดีต่อการจัดหาน้ำประปาที่มีคุณภาพและเพียงพอต่อการอุปโภคบริโภคของประชาชนอย่างยั่งยืน การแก้ไขพระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526 ตามข้อเสนอ จะเป็นการปรับปรุงอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตและการดูแลรักษาให้มีความชัดเจน สอดคล้องกับความเป็นจริง และลดความทับซ้อนในการบริหารจัดการ ซึ่งจะส่งผลดีต่อประสิทธิภาพในการดูแลรักษาคลองประปาและการให้บริการน้ำประปาแก่ประชาชน

บรรณานุกรม

การประปานครหลวง. “100 ปี การประปาไทย ศตวรรษสดุดี สายธารีแห่งนครา.” ใน **หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี การประปาไทย วันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2557**, หน้า 54-89.กรุงเทพมหานคร: การประปานครหลวง, 2557.

การประปาส่วนภูมิภาค. **ประวัติ กปภ.** [Online]. Available URL: http://www.pwa.co.th/contents/about/history, 2567 (ตุลาคม, 22).

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดบริเวณและเขตคลองประปา ในเขตการประปานครหลวง และจังหวัดนครปฐม ประกาศ ณ วันที่ 25 พฤษภาคม 2541.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 115 ตอนพิเศษ 78 ง (4 กันยายน 2541): 3.

“ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดบริเวณและเขตคลองประปา และบริเวณคลองรับน้ำในเขตการประปานครหลวง และจังหวัดปทุมธานี ประกาศ ณ วันที่ 30 ธันวาคม 2530.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 115 ตอนที่ 19 (2 กุมภาพันธ์ 2531): 697.

“ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดบริเวณและเขตคลองประปาในเขตจังหวัดกาญจนบุรี จังหวัดสุพรรณบุรี และจังหวัดนครปฐม ประกาศ ณ วันที่ 23 สิงหาคม 2545.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 119 ตอนพิเศษ 100 ง (14 ตุลาคม 2545): 1.

ปีดิเทพ อยู่ยืนยง. **มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันน้ำท่วมของญี่ปุ่น** [Online]. Available URL: https://prachatai.com/journal/2012/07/41610, 2567 (มีนาคม, 23).

“พระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 6.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 84 ตอนที่ 75 (15 สิงหาคม 2510): 601.

“พระราชบัญญัติรักษาคลองประปา พ.ศ. 2526.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 100 ตอนที่ 160 (6 ตุลาคม 2526): 1.

“พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 136 ตอนที่ 71 ก (29 พฤษภาคม 2562): 1.

มยุรี โยธาวุธ. **รายงานผลการวิจัย เรื่อง การบริหารจัดการระบบประปาหมู่บ้านของประเทศไทย: กรณีศึกษาชุมชน จังหวัดนครนายก**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2560.

มูลนิธิโครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน. **เล่มที่ 33 คลอง: ความหมายของคลอง** [Online]. Available URL: https://saranukromthai.or.th/oldchild/2643, 2566 (ธันวาคม, 15).

สำนักงานความร่วมมือพัฒนาเศรษฐกิจกับประเทศเพื่อนบ้าน (องค์การมหาชน). **โครงการพัฒนาระบบประปา 5 แห่งใน สปป. ลาว** [Online]. Available URL: https://bit.ly/3Qs3Amj, 2567 (มีนาคม, 25).

สำนักงานทนายความคดีปกครอง พฤกษ์ แอนด์ พาร์ทเนอร์. **บทความคดีปกครองขั้นตอนที่ควรรู้เมื่อถูกเวนคืน** [Online]. Available URL: https://bit.ly/3XcBFuk, 2567 (มีนาคม, 10).

Somchaiblessings. **เรื่องราวของน้ำประเทศสิงคโปร์** [Online]. Available URL: https://somchaiblessings.blogspot.com, 2024 (เมษายน, 1).

Japanese Law Translation. **Local Government Act of Japan** [Online]. Available URL: https://www.japaneselawtranslation.go.jp, 2024 (March, 23).

Ministry of Land. Infrastructure. Transport and Tourism of Japan. **Water and Disaster Management Bureau** [Online]. Available URL: https://www.mlit.go.jp, 2024 (March, 23).

Oskhaautufi. **Laos Progressing towards Integrated Water Resources Management at Nam Ngum River Basin: Insights from Field Study Trip to Vientiane** [Online]. Available URL: https://sites.utu.fi/sdf/laos-progressing-towards-integrated/, 2024 (March, 25).

PUB, **Singapore's National Water Agency, 'Drainage'** [Online]. Available URL: https:// www.pub.gov.sg, 2024 (April, 1).

Sewerage And Drainage Act 1999.

The Ministry of Sustainability and the Environment. **Our History** [Online]. Available URL: https://www.mse.gov.sg/about-us/our-history/, 2024 (April, 1).

Tokyo Metropolitan Government. **Bureau of Waterworks** [Online]. Available URL: https://www.waterworks.metro.tokyo, 2024 (March, 27).

Water and Water Resources Law (1996, Amended 2017).

การเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

ญาดา บุญเข็ม

การเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน*
Termination of the Administrative Contract by the Private Contracting Party

ญาดา บุญเข็ม**
Yada Bunkhem

บทคัดย่อ

การเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในประเทศไทย ได้นำแนวคิดในเรื่องของข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่ต้องมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในประเทศฝรั่งเศสมาใช้โดยให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ โดยถือว่าเป็นอำนาจเอกสิทธิ์ที่อยู่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เพราะฝ่ายปกครองทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ในประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่เพียงให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียว แต่ได้เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเลิกสัญญาทางปกครองได้โดยการร้องขอต่อศาลปกครองให้เลิกสัญญาทางปกครองให้ได้ ดังนั้น จึงเกิดปัญหาในประเทศไทยว่า เมื่อไม่ได้นำแนวความคิดในการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนร้องขอต่อศาลให้เลิกสัญญาทางปกครองได้ของประเทศฝรั่งเศสมาทั้งหมด เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องการใช้สิทธิทางศาลในการเลิกสัญญาทางปกครอง

---

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.มานิตย์ จุมปา คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ อาจารย์ ดร.ฤทัย หงส์สิริ และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี.

This research article is a part of thesis “Termination of the Administrative Contract by the Private Contracting Party.” This thesis has been approved by graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master of Laws at Chulalongkorn University. Associate Professor Dr.Manit Jumpa is advisor. Dr.Ruthai Hongsiri and Professor Dr.Manit Wongsaree are examiners.

**นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. E-mail: yadachula2563@gmail.com

LL.M. Candidate, Faculty of Law, Chulalongkorn University.

วันที่รับบทความ (received) 19 มิถุนายน 2568, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 2 กันยายน 2568, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 9 กันยายน 2568.

จึงไม่อาจทำได้ โดยนักกฎหมายมหาชนยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน ในส่วนของนักกฎหมายมหาชนของไทยที่ได้รับแนวความคิดมาจากประเทศฝรั่งเศสก็ได้นำแนวความคิดว่าเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาทางปกครองเลิกสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวแต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองไม่ได้ ส่วนนักกฎหมายมหาชนของไทยที่ได้รับแนวความคิดมาจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็มองว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นสามารถเลิกสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยโดยส่วนใหญ่ก็ยังคงมีแนวคิดว่าไม่สามารถกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองได้

เพื่อหาวิธีแก้ปัญหาดังกล่าวผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และจากการศึกษาพบว่า ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นก็ได้เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเลิกสัญญาทางปกครองได้โดยร้องขอต่อศาลได้ ส่วนในระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นสามารถเลิกสัญญาทางปกครองได้ ตามหลักความมีอิสระทางแพ่ง และกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองได้

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะทั้งแนวคิดและแนวทางในการเลิกสัญญาทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยแบ่งออกเป็น 2 ระยะ โดยในระยะสั้นให้นำแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาใช้ในการเรื่องของหลักและแนวความคิดมาปรับใช้ในการที่ศาลปกครองในประเทศไทยพิจารณาให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองได้ และในส่วนของระยะยาวนั้นผู้เขียนเสนอให้มีการยกร่างพระราชบัญญัติสัญญาทางปกครองโดยนำแนวบทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับในระบบกฎหมายประเทศไทยต่อไป

คำสำคัญ: สัญญาทางปกครอง, การเลิกสัญญาทางปกครอง, คู่สัญญาฝ่ายเอกชน

Abstract

The termination of an administrative contract by a private party in Thailand has adopted the concept of the provisions in the administrative contract that the administrative party must have privileges over the private party in France, by giving the administrative party the power to terminate the administrative contract unilaterally, which is considered an exclusive power that is superior to the private party because the administration acts for the public benefit. However, in France, not only does the administrative party have the right to terminate the administrative contract unilaterally, but also allows the private party to terminate the administrative contract by requesting the Administrative Court to terminate the administrative contract. Therefore, a problem has arisen in Thailand that when the concept of allowing the private party to request the court to terminate the administrative contract of France has not been fully adopted, when the private party wishes to exercise the right of the court to terminate the administrative contract, it cannot do so. Public law scholars have different opinions. As for Thai public law scholars who have adopted the concept from France, they have adopted the concept that the privilege of the administrative party to terminate the administrative contract unilaterally, but the private party cannot terminate the administrative contract. Meanwhile, Thai public law scholars who have adopted the concept from the Federal Republic of Germany also believe that private parties to a contract can terminate an administrative contract. However, most of the decisions of the Thai Administrative Court still hold the view that it is not possible to impose a compulsory order on private parties to terminate an administrative contract.

To find a solution to this problem, the author has conducted a study on the termination of administrative contracts by private parties in France and the Federal Republic of Germany. The study found that the legal system of France allows private parties to terminate administrative contracts by requesting the court. In the legal system of the Federal Republic of Germany, private parties can terminate administrative contracts according to the principle of civil independence. The law of the Federal Republic of Germany also allows private parties to terminate administrative contracts.

The author would like to suggest both concepts and approaches to terminate administrative contracts for private contracting parties, divided into two phases. In the short term, the concepts of France and the Federal Republic of Germany should be applied in terms of principles and concepts to the Administrative Court in Thailand's consideration of allowing private contracting parties to terminate administrative contracts. In the long term, the author proposes drafting an Administrative Contract Act by applying the legal provisions of France and the Federal Republic of Germany to make it suitable for the Thai legal system.

Keywords: administrative contract, termination of an administrative contract, private contracting party

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การเข้าทำสัญญาทางปกครองที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและมุ่งหมายที่จะจัดทำบริการสาธารณะขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนทุกคน เนื่องจากฝ่ายปกครองไม่อาจเข้ามาจัดทำบริการดังกล่าวได้จึงมอบหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะจึงก่อให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน ถูกจำกัดซึ่งเสรีภาพในการทำสัญญา โดยที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองย่อมอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน จึงเรียกได้ว่าเป็นสัญญาทางปกครอง[1] เมื่อสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้วย่อมเกิดสิทธิและหน้าที่ตามมานั้นคือข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง[2] ซึ่งสัญญาทางปกครองมีลักษณะพิเศษที่ให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้โดยไม่จำต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชน และมีผลผูกพันให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น จึงพิจารณาถึงการเลิกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวนั้นพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ และข้อกำหนดในสัญญารวม 2 ประการ กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง บทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจเอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองในการแก้ไขและการเลิกสัญญาทางปกครอง[3] ซึ่งในปัจจุบันระบบกฎหมายสัญญาทางปกครองของประเทศไทยได้มีการบัญญัติเอกสิทธิ์ดังกล่าวไว้ในกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ เช่น การกำหนดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

---

[1]พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 3

“สัญญาทางปกครอง หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญา สัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ.”

[2]มานิตย์ จุมปา, **คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง เล่ม 1** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 53-54.

[3]ชาญชัย แสวงศักดิ์, **สัญญาของทางราชการ : กฎหมายเปรียบเทียบ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 209-211.

ในการบอกเลิกสัญญา ตามมาตรา 103[4] แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้เหตุแห่งการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงเป็นดุลยพินิจของหน่วยงานผู้มีอำนาจในการพิจารณาบอกเลิกสัญญาได้ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ทวิ ได้กำหนดให้รัฐมีอำนาจสั่งการให้หยุดทำกิจการที่ได้รับสัมปทานป่าไม้ชั่วคราวหรือสั่งตัดพื้นที่สัมปทานได้ตามกฎหมายป่าไม้ ในกรณีที่รัฐมีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ในเขตสัมปทานป่าไม้ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 52 ทวิ มาตรา 60 และมาตรา 61 พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2542 มาตรา 50 วรรคหนึ่ง และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 50

ประการที่สอง หลักเกณฑ์การเลิกสัญญาทางปกครองตามที่กำหนดไว้โดยข้อสัญญา

สำหรับศาลปกครองสูงสุดก็เคยวินิจฉัยไว้ในคดีที่ 104/2544 ว่าข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวที่จะบอกเลิกสัญญาได้แม้คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการสั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษโดยมิได้ระบุไว้ในสัญญาเพิ่มเติมได้ ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิโต้แย้งหรือคัดค้าน อันเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นพิเศษ

จากที่ได้กล่าวมานั้น เพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองดำเนินกิจการได้อย่างต่อเนื่องและบรรลุผล อำนาจเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้นย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่เอกชนซึ่งมีผลบังคับเอกชนทันทีโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน อันได้แก่ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้น ซึ่งบางกรณีข้อกำหนดในสัญญาไม่ได้ระบุถึงเงื่อนไขของการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองไว้ซึ่งฝ่ายเอกชนจะถูกจำกัดซึ่งเสรีภาพบางอย่างอันเกิดจากบทบัญญัติของ

---

[4]มาตรา 103 ในกรณีที่มีเหตุบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงต่อไปนี้ ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงกับคู่สัญญา

(1) เหตุตามที่กฎหมายกำหนด

(2) เหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบงานหรือทำงานให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด

(3) เหตุอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือในสัญญาหรือข้อตกลง

(4) เหตุอื่นตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาได้เฉพาะในกรณีที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐโดยตรงหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของหน่วยงานของรัฐในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป.

กฎหมาย หรือข้อกำหนดในสัญญา[5] แต่กลับกันฝ่ายปกครองจะได้รับเอกสิทธิ์บางประการที่อยู่เหนือกว่าฝ่ายเอกชนโดยบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อกำหนดในสัญญา[6] ไม่ว่าจะเป็นการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสั่งให้แก้ไขฝ่ายเดียวโดยใช้ดุลพินิจซึ่งหากฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามก็จะสั่งให้หยุดงานทันที หรือให้ผู้มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการแก้ไขสัญญาได้[7] โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายเอกชนคู่สัญญา และต้องผูกพันกับสัญญานั้นต่อไปด้วย[8] หรือการเลิกสัญญาโดยฝ่ายปกครองหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนผิดสัญญาอย่างร้ายแรง หรือบางกรณีมิใช่เหตุแห่งความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่เป็นเพราะคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้สิทธิในการเลิกสัญญาทางปกครอง ซึ่งเหตุที่อ้าง คือ เพื่อประโยชน์สาธารณะ[9] เนื่องจากภารกิจของฝ่ายปกครอง คือ การจัดทำบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก และต้องมีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ทันต่อยุคสมัยปัจจุบัน ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงต้องผูกพันต่อไปไม่ว่าจะเจออุปสรรคใดหรือความยุ่งยากเพียงใด เว้นแต่เหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ หรือเหตุอันเป็นการพ้นวิสัย ซึ่งฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าทดแทน หรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงต้องปฏิบัติตามสัญญาต่อไป แต่ฝ่ายปกครองต้องจ่ายค่าเสียหายให้เอกชนสำหรับส่วนที่เกิดความเสียหายแทน[10]

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองในต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการวางหลักกฎหมายทั่วไป อันได้แก่ หลักว่าด้วยความสมดุลทางการเงินของคู่สัญญา อันประกอบด้วยทฤษฎีว่าด้วยเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ ซึ่งมีเหตุการณ์ผันผวนทางเศรษฐกิจเกิดขึ้น อันเป็นสิ่งที่คู่สัญญามิได้คาดหมาย จนเป็นเหตุทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องรับภาระมากเสียจนทำให้ต้องล้มละลายได้ เห็นว่าการล้มละลายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีผลกระทบในทางที่เสียหายต่อความต่อเนื่องของการสนองความต้องการของมหาชน ซึ่งทฤษฎีเหตุไม่คาดหมายนี้มีวัตถุประสงค์เป็นการประกันหลักความต่อเนื่องดังกล่าว ด้วยการแบ่งการรับภาระระหว่างคู่สัญญา

---

[5]บุบผา อัครพิมาน, **สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย** (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการด้านการฝึกอบรมสำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 44.

[6]นันทวัฒน์ บรมานันท์, **สัญญาทางปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 106.

[7]พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, มาตรา 97

“สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่ในกรณี ดังต่อไปนี้ ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขได้.”

[8]นิตา บุณยรัตน์, **อำนาจในการแก้ไขสัญญาทางปกครองกรณีที่ผู้รับจ้างมีภาระการทำงานน้อยลง**, ใน หลักกฎหมายจากบทความสั้นคดีปกครองที่น่าสนใจ เล่ม 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2556), หน้า 124.

[9]บุบผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า 47.

[10]โภคิน พลกุล, **คำอธิบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง** [Online], available URL: http://public-law.net/publaw/printPublaw.aspx?ID=245, 2565 (สิงหาคม, 23).

ทั้งสองฝ่าย[11] แต่อย่างไรก็ดี เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองโดยมีคำร้องขอผ่านศาลปกครองได้ ไม่ว่าจะในกรณีที่เกิดจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองผิดสัญญาอย่างร้ายแรง ซึ่งการเลิกสัญญาจะนำไปสู่การชดใช้ค่าเสียหายด้วย หรือในกรณีเกิดจากกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจเอกสิทธิ์ในการแก้ไขข้อสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวโดยไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอที่จะกระทำเช่นนั้นได้ หรือแก้ไขข้อสัญญาจนเกินขนาด หรือเกิดจากกรณีเหตุสุดวิสัยบางอย่างขึ้น[12] กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (Code de la commande publique) มีการบัญญัติเรื่องการบอกเลิกสัญญาไว้ในมาตรา L2195-1 ถึงมาตรา L2195-6

ในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คู่สัญญาจะต้องได้รับความเท่าเทียมกัน หรือแม้ในส่วนของการบังคับตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายเอกชนคู่สัญญาก่อนซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ยินยอม คู่สัญญาฝ่ายปกครองถึงจะนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองได้[13] ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติไว้ในมาตรา 60(1) ประโยคที่หนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ตกลงยินยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็มีสิทธินำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้[14]

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาเกี่ยวกับการแก้ไขหรือการเลิกสัญญาทางปกครองของประเทศไทยอันเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อกำหนดในสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่รัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองได้เพียงฝ่ายเดียว แม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายและข้อกำหนดในสัญญาฝ่ายปกครองก็ใช้หลักความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะมาเป็นเหตุในการแก้ไขหรือบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้อันเปรียบเสมือนเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายและบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในเรื่องของการเลิกสัญญาทางปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะเห็นได้ว่ายังเป็นปัญหาในเรื่องการใช้และการตีความกฎหมายสัญญาทางปกครองไทยทั้งไม่มีการบัญญัติกฎหมายหรือกำหนดไว้ในสัญญาที่ชัดเจนในการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเลิกสัญญาทางปกครองได้และไม่มีการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเลิกสัญญาทางปกครองได้โดยผ่านศาล ตัวอย่างคดีที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือ ที่ นบ 10/2555

---

[11]สำนักงานศาลปกครอง, **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 38-39.

[12]บุบผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม.

[13]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: นิติราษฎร์, 2554), หน้า 295.

[14]มานิตย์ วงศ์เสรี, **หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 27-28.

ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2555 บอกเลิกสัญญาจ้างกับผู้ถูกฟ้องคดี และยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น เมื่อพิจารณาตามสัญญาจ้างเลขที่ 3/2555 ลงวันที่ 9 มกราคม 2555 ระหว่างผู้ถูกฟ้องคดีกับผู้ฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่นและเป็นหน่วยงานทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ประกอบกับสัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างเพื่อเตรียมสถานที่ก่อสร้างอาคารสำนักงานเทศบาลตำบลหนองแหย่งแห่งใหม่ อันเป็นถาวรวัตถุและเป็นเครื่องมือสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว สัญญาจ้างเลขที่ 3/2555 ในคดีนี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และเมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีข้อโต้แย้งในสัญญาดังกล่าว โดยผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีฉ้อฉล หลอกลวงให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้วข้อพิพาทในคดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งการยุติข้อโต้แย้งตามสัญญาที่พิพาทดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับในคดีนี้ได้แต่เพียงสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการแล้ว ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนสัญญาจ้างดังกล่าวจึงเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่อาจมีคำบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว[15] หรือในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมีหนังสือแจ้งบอกเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างอาคารที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะกับเอกชนคู่สัญญา (ผู้รับจ้าง) และแจ้งริบหลักประกัน เนื่องจากผู้รับจ้างใช้เสาเข็มผิดจากรูปแบบรายการในสัญญา ผู้รับจ้างเห็นว่าการบอกเลิกสัญญาไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาพิพาท โดยที่การบอกเลิกสัญญาพิพาทเป็นการใช้สิทธิของหน่วยงานของรัฐในฐานะคู่สัญญา เมื่อมีการบอกเลิกสัญญาโดยทำเป็นหนังสือแล้ว กรณีไม่อาจถอนการแสดงเจตนาดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 386 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม ซึ่งหากเอกชนเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน การที่เอกชนมีคำขอให้ศาลเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาโดยมิได้มีคำขอให้หน่วยงานของรัฐชดใช้ค่าเสียหาย จึงถือเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่อาจออกคำบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ผู้รับจ้างจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนการบอกเลิกสัญญาดังกล่าวได้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน[16]

---

[15]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.151/2560.

[16]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 993/2561.

จากข้อเท็จจริงและสภาพปัญหาดังกล่าวนั้น เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายที่เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาระหว่างหน่วยงานรัฐกับเอกชนนั้น ทำให้มีประเด็นปัญหาการวิจัยที่ควรค่าแก่การศึกษาค้นคว้า ดังนั้น จึงสมควรทำการศึกษาปัญหาดังกล่าวเพื่อเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองของไทยและการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อให้ความเป็นธรรมในการเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชน และเพื่อพัฒนาต่อยอดหลักกฎหมาย บทบัญญัติกฎหมาย และข้อสัญญา ให้ได้แนวทางนำมาปรับใช้ในสัญญาทางปกครองของประเทศไทยต่อไป

2. ระเบียบวิธีวิจัย

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1.1 เพื่อศึกษาแนวความคิด หลักกฎหมาย หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2.1.2 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และกระบวนการในการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้สิทธิโดยยกเหตุที่ใช้อ้างหรือประเภทของสัญญาทางปกครองในการฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลพิพากษาหรือสั่งให้เลิกสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ

2.1.3 เพื่อศึกษาเหตุผลและแนวคำวินิจฉัยทั้งของในประเทศและต่างประเทศในการที่ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับในคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

2.1.4 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาในการตีความกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและอำนาจศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครอง เพื่อพัฒนาหลักกฎหมายไทยให้มีประสิทธิภาพ

2.2 ขอบเขตของการวิจัย

การศึกษางานวิจัยเล่มนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับหลัก และแนวความคิด การใช้ และการตีความกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทั้งศาลปกครองไทย และต่างประเทศ ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้สิทธิทางศาลปกครองในการฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เลิกสัญญาทางปกครอง รวมทั้งแนวคำพิพากษาในการให้ศาลมีอำนาจกำหนดบังคับเกี่ยวกับการพิจารณาคดีพิพาทการเลิกสัญญาทางปกครองของฝ่ายเอกชนเพียงฝ่ายเดียว เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์และเปรียบเทียบปัญหาของกฎหมายไทย และนำมาเป็นแนวทางในการใช้และการตีความกฎหมายและรวมไปถึงการปรับปรุงแก้ไขสัญญาทางปกครองให้มีการกำหนดบทบัญญัติให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนและให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับการเลิกสัญญาทางปกครองของฝ่ายเอกชนเพียงฝ่ายเดียวต่อไป

2.3 สมมติฐานของการวิจัย

หลักในเรื่องสัญญาทางปกครอง รัฐสามารถเลิกสัญญาทางปกครองได้เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถเลิกสัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง อีกทั้ง การใช้ และการตีความของกฎหมายนั้นจึงส่งผลกระทบและก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น จึงควรต้องมีการนำบทบัญญัติหรือยอมรับหลักที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเลิกสัญญาทางปกครองได้โดยร้องขอต่อศาล

2.4 วิธีการดำเนินการวิจัย

ใช้วิธีการรวบรวมข้อมูลระเบียบวิธีวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) จากหนังสือ บทความ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ ระเบียบข้อบังคับ กฎหมาย พระราชบัญญัติ คำวินิจฉัย เอกสารตำราของต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลทาง Internet ที่เกี่ยวกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

2.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

2.5.1 ทำให้ทราบถึงความสำคัญของสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการเลิกสัญญาทางปกครอง

2.5.2 ทำให้ทราบถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศในการให้สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

2.5.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการนำคำวินิจฉัยและการตีความการใช้บทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศมาปรับใช้เป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองไทย

2.5.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมในการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

3. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

3.1 การเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ข้อกำหนดที่ปรากฏในสัญญาเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองมากอันจะส่งผลตามมาทำให้สัญญาที่มีข้อกำหนดดังกล่าวมีสภาพเป็นสัญญาทางปกครอง[17] โดยหลัก

---

[17]นันทวัฒน์ บรมานันท์, **สัญญาทางปกครอง,** พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 405.

ภายใต้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งพิสูจน์ได้ด้วยการปกป้องผลประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองมีสิทธิ์ที่จะเลิกสัญญาได้โดยไม่ต้องอาศัยความยุติธรรม และเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระค่าปรับและค่าเสียหายตามเงื่อนไขของสัญญา (Rivero & Waline, 1992, p. 115; Trailescu, 2002, p. 114) ในทางกลับกัน เมื่อฝ่ายปกครองไม่สามารถปฏิบัติตามภาระผูกพัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะไม่สามารถเลิกสัญญาโดยฝ่ายเดียวได้ ฝ่ายปกครองมีสิทธิ์ที่จะแสวงหาความยุติธรรมเพื่อบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการตามสัญญาและจ่ายค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเท่านั้น[18]

3.1.1 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว หากสัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่เคร่งครัด 4 ประการ คือ[19]

1) สิทธิดังกล่าวต้องเกิดจากความตกลงของคู่สัญญาและจะต้องกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรในสัญญา

2) ความบกพร่องหรือการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครองเกิดจากความผิดของฝ่ายปกครอง

3) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องบอกกล่าวให้ฝ่ายปกครองทราบเป็นการล่วงหน้าก่อนการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเสมอ และ

4) ฝ่ายปกครองมิได้อ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อโต้แย้งการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายกคำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งเมืองน็องซี่และย้อนสำนวนให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์พิจารณาวินิจฉัยหลักเกณฑ์เงื่อนไขการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใหม่

3.1.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะนำหลักตามกฎหมายแพ่งที่ว่า “คู่สัญญาอีกฝ่ายมีสิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตนตามสัญญา” มาใช้กับกรณีนี้ไม่ได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงจะต้องปฏิบัติตามภาระหน้าที่ของตนตามสัญญาต่อไปไม่ว่าฝ่ายปกครองจะมีความผิดอย่างไรหรือไม่ก็ตาม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถทำได้แต่เพียงร้องขอศาลเพื่อขอให้มีการจ่ายค่าสินไหมทดแทนสำหรับความผิดของฝ่ายปกครองดังกล่าว หรือขอให้มีคำสั่งให้เลิกสัญญาในกรณีที่ความผิดนั้นเป็นความผิดที่ร้ายแรงเท่านั้น[20]

---

[18]Catalin-Silviu Sararu, **The Termination of Administrative Contracts in the Romanian and French Law**, (Acta Universitatis Danubius Juridica, 2011), p. 18.

[19]ถิรศักดิ์ ฮ้อสิทธิสมบูรณ์, **หลักกฎหมายมหาชนจากคำพิพากษาและข่าวกฎหมายต่างประเทศ (เล่ม 1)** (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2565), หน้า 98.

[20]สำนักงานศาลปกครอง, เรื่องเดิม, หน้า 32.

3.1.3 อำนาจของศาลปกครองในการเลิกสัญญาทางปกครอง[21]

ศาลปกครองที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีสัญญาทางปกครองนั้นจะไม่มีอำนาจยกเลิกสัญญาจะทำได้เพียงชี้ว่าสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายเท่านั้น เพราะเหตุว่าศาลเห็นว่าการยกเลิกการกระทำทางปกครอง โดยหลักต้องเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนซึ่งกรณีของสัญญานั้นก็ไม่สามารถยกเลิกได้ แต่ก็มีข้อยกเว้นที่ศาลปกครองสามารถยกเลิกสัญญาได้เลยโดยผลของกฎหมายของปี พ.ศ. 2525 ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ว่าการแขวงเปเป้ของฝรั่งเศสสามารถที่จะร้องขอศาลปกครองยกเลิกสัญญาได้ในสัญญา 3 ประเภท คือ

1) สัญญาการกู้ยืมเงิน

2) สัญญาว่าด้วยการจัดหาพัสดุ

3) สัญญาที่ให้มีการจัดทำสัมปทาน ซึ่งศาลอาจสั่งให้ยกเลิกสัมปทานบริการสาธารณะได้เฉพาะกรณีที่มีความบกพร่องร้ายแรงเกิดขึ้นเท่านั้น[22]

การเลิกสัญญาโดยศาลปกครองอาจเกิดขึ้นในกรณี คำร้องขอของฝ่ายปกครอง คำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังต่อไปนี้[23]

(1) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเลิกสัญญาทางปกครองโดยศาลปกครอง

นอกเหนือจากการเลิกสัญญาโดยเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะกับการเลิกสัญญาเนื่องมาจากการทำผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวอาจมีขึ้นได้อีกในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาอาจเกิดความเสียหายโดยมิใช่ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด[24] **คู่สัญญามีปัญหาด้านการเงิน**[25] **เหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป** ในกรณีที่ปรากฏเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้จะต้องเป็นเหตุชั่วคราวเท่านั้น หรือเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุถาวร ในกรณีที่เหตุการณ์ทำให้ดุลยภาพ

---

[21]Phillippe Martin, **กฎหมายปกครองฝรั่งเศสและคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส** (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พี เพรส จำกัด, 2552), หน้า 106-109.

[22]C.E., 21 July 1970, Ministry of Equipment.

[23]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, เรื่องเดิม, หน้า 97.

โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม สำนักงานศาลปกครอง, เรื่องเดิม, หน้า 44-45.

โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม บุบผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า 48.

โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดิม, หน้า 93.

[24]นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 457-458.

[25]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ.1989 กรณี C.I.C. c/R.I.V.P.

ทางเศรษฐกิจของสัญญามีความผันผวนที่ก่อให้เกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้มีลักษณะที่มั่นคงถาวร[26] หรือในกรณีที่ไม่อาจแก้ไขสถานการณ์ได้ คู่สัญญาสามารถร้องขอต่อศาลปกครองเพื่อมีคำสั่งให้เลิกสัญญาได้[27]

3.2 การเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในประเทศเยอรมัน

หลักเกณฑ์การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60 VwVfG[28] บัญญัติเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ตามสัญญาทางปกครองว่าหากเนื้อหาของสัญญาทางปกครองเปลี่ยนแปลงอย่างมากจนคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถยึดถือตามที่ตกลงกันได้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถเรียกร้องให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงของสัญญาได้ หากการแก้ไขสัญญาไม่สามารถทำได้หรือไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้ คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจบอกเลิกสัญญาได้หากมีผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สุขของส่วนรวม[29]

---

[26]C.E., June 30, 1937, Commune of Avrieux.

[27]C.E., December 9, 1932, Cherbourg Tramway Company.

[28] § 60 Adjustment and termination in special cases

(1) If the circumstances which were decisive for the determination of the content of the contract have changed so significantly since the conclusion of the contract that one of the contracting parties cannot reasonably be expected to adhere to the original contractual arrangement, that contracting party may demand that the content of the contract be adapted to the changed circumstances or, if adaptation is not possible or cannot reasonably be expected of one of the contracting parties, terminate the contract. The authority may also terminate the contract in order to prevent or eliminate serious disadvantages for the public good.

(2) Termination must be in writing unless another form is prescribed by law. It must contain reasons.

มาตรา 60 การเปลี่ยนแปลงแก้ไขและการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง

(1) หากพฤติการณ์ซึ่งกำหนดเนื้อหาของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนับตั้งแต่ที่สัญญาได้เกิดขึ้น ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่อาจคาดหมายได้ที่จะยึดถือตามข้อกำหนดเดิมของสัญญา คู่สัญญาฝ่ายนั้นอาจเรียกให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาของสัญญาได้ หรือในกรณีที่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังกล่าวไม่อาจกระทำได้หรือไม่อาจคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผลโดยคู่สัญญาอีกฝ่าย ก็สามารถบอกเลิกสัญญาได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐยังสามารถเลิกสัญญาได้ในกรณีเพื่อที่จะป้องปัดหรือขจัดความเสียหายร้ายแรงอันจะเกิดแก่ประโยชน์สาธารณะ

(2) การเลิกสัญญาต้องทำเป็นหนังสือ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดให้ทำเป็นรูปแบบอื่น ทั้งจะต้องแสดงเหตุผลในการเลิกสัญญานั้นไว้ด้วย.

[29]เพ็ญศรี วงศ์เสรี, **สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน**, ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1: กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.), หน้า 252.

3.2.1 การบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60(1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG

การบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60(1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG เป็นการให้สิทธิคู่สัญญาทั้งฝ่ายเอกชนและฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ หากปรากฏว่าการใช้สิทธิเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาทางปกครองเป็นไปไม่ได้หรือเป็นการไม่สมเหตุสมผล การบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีนี้ จึงมีความแตกต่างไปจากการบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 60(1) ประโยคที่สอง VwVfG ในการตัดสินใจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 60(1) ประโยคที่หนึ่ง VwVfG นี้ เป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจในการใช้ดุลพินิจให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องตระหนักและคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติมาตรา 40 VwVfG[30] ด้วย กล่าวคือ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการที่ได้รับการมอบอำนาจให้ดำเนินการและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายในการใช้ดุลพินิจนั้นด้วย[31] การบอกเลิกสัญญาทางปกครองตามมาตรา 60(1) ประโยคที่หนึ่งนี้ให้สิทธิแก่คู่สัญญาทั้งฝ่ายเอกชนและฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายตัดสินใจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครอง การใช้สิทธิดังกล่าวถือเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจดุลพินิจให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ การใช้ดุลพินิจนี้จึงอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 40 VwVfG ด้วย กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการได้รับมอบอำนาจนั้นและดำเนินการให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย

อย่างไรก็ดี หากคู่สัญญาได้ตกลงกำหนดไว้ในสัญญาแล้วว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น จะทำให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีสิทธิขอให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเลิกสัญญา กรณีก็สามารถบังคับกันได้โดยไม่ต้องนำหลักเกณฑ์ตามมาตรานี้มาปรับใช้ แต่เป็นกรณีที่กระทำได้โดยอาศัยพื้นฐานมาจากข้อตกลงในสัญญานั้นเอง[32] **จึงจะเห็นได้ว่านอกเหนือไปจากสิทธิในการเลิก**

---

[30]§ 40 Discretion

Where an authority is empowered to act at its discretion, it shall do so in accordance with the purpose of such empowerment and shall respect the legal limits to such discretionary powers.

มาตรา 40 ดุลพินิจ

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับมอบหมายให้ใช้ดุลพินิจ เจ้าหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจนั้นให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบหมายอำนาจดุลพินิจดังกล่าว และจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายด้วย.

[31]Kopp, § 60, Rdnr. 14 S.1002. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดิม, หน้า 30.

[32]Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, S 60, Rdnr. 7, S. 1339. อ้างถึงใน มานิตย์ วงศ์เสรี, เรื่องเดิม, หน้า 28.

สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เฉพาะแล้ว คู่สัญญาก็ยังสามารถตกลงกำหนดเนื้อหาของสัญญาให้ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการแก้ไขหรือเลิกสัญญาได้เช่นเดียวกับในสัญญาทางแพ่งนั่นเอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาสมดุลของสัญญาไว้ ซึ่งอาจเทียบได้กับหลักความสมดุลทางการเงินของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

3.3 การเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในประเทศไทย

ข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเลิกสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียว ในกรณีการใช้สิทธิในการเลิกสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่สามารถกระทำได้แม้ไม่มีข้อสัญญากำหนดไว้ก็ตาม ข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นการให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองเป็นอย่างมากด้วยหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนาจึงไม่อาจใช้ได้[33] ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในเรื่องของหลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ได้จากคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางการปฏิบัติราชการที่สำคัญเกี่ยวกับการบังคับตามสัญญาทางปกครองในคดีการบอกเลิกสัญญา การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาหรือของหน่วยงานทางปกครองจะใช้สิทธิแก้ไข หรือเพิ่มเติม หรือลดงานจากแบบรูปและรายละเอียดตามสัญญาได้ฝ่ายเดียวต้องเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น[34] หากจะมีข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในการเลิกสัญญาย่อมจะเป็นการให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองคู่สัญญา การให้สิทธิเลิกสัญญาโดยเอกชนคู่สัญญาโดยปกติแล้วจึงมักจะไม่เกิดขึ้น

3.3.1 การเลิกสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติของกฎหมาย ในการเลิกสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติของกฎหมายอาจแบ่งพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1) การเลิกสัญญาทางปกครองโดยบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในอดีต ก่อนที่จะมีกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในปี พ.ศ. 2542 การพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองได้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนคดีหรือการพิจารณาข้อพิพาททุกประเภทอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

ดังนั้น ในระบบกฎหมายไทย บทบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกสัญญาปรากฏเป็นหลักทั่วไปอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 ถึง มาตรา 389 ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 3 เหตุ คือ

เหตุที่ 1 การเลิกสัญญากรณีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ โดยจะต้องมีการบอกกล่าวเป็นระยะเวลาพอสมควรให้ชำระหนี้นั้นก่อน

เหตุที่ 2 การเลิกสัญญากรณีคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ โดยกำหนดเวลาชำระหนี้เป็นสาระสำคัญ

---

[33]บุบผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า 99-100.

[34]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.483/2551.

เหตุที่ 3 การเลิกสัญญากรณีการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่ง อาจจะโทษลูกหนี้นั้นได้

อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์การเลิกสัญญาที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายเอกชนการนำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญาในบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับกับการเลิกสัญญาทางปกครอง จึงต้องนำมาใช้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายของสัญญาทางปกครอง[35]

2) การเลิกสัญญาตามบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะ

จากหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเลิกสัญญาที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนที่กล่าวมาแล้วนั้น ยังมีกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ที่บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองไว้เช่นกัน

(1) กฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุ[36] หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบอกเลิกสัญญาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 103[37]

---

[35]คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2983/2541.

[36]นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 127-134.

[37]มาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีเหตุบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงต่อไปนี้ ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงกับคู่สัญญา

(1) เหตุตามที่กฎหมายกำหนด

(2) เหตุอันเชื่อได้ว่าผู้ขายหรือผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบงานหรือทำงานให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด

(3) เหตุอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือในสัญญาหรือข้อตกลง

(4) เหตุอื่นตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

การตกลงกับคู่สัญญาที่จะบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงให้ผู้มีอำนาจพิจารณาได้เฉพาะในกรณีที่เป็นประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐโดยตรงหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของหน่วยงานของรัฐในการที่จะปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้เป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลง หรือการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงนั้นเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐมิได้เรียกค่าปรับ แล้วแต่กรณี หากคู่สัญญาเห็นว่า หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหาย คู่สัญญาจะยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้พิจารณาชดใช้ค่าเสียหายก็ได้ ในการนี้ หน่วยงานของรัฐต้องออกใบรับคำขอให้ไว้เป็นหลักฐานและพิจารณาคำขอนั้นโดยไม่ชักช้า เมื่อหน่วยงานของรัฐมีหนังสือแจ้งผลการพิจารณาเป็นเช่นใดแล้ว หากคู่สัญญายังไม่พอใจในผลการพิจารณาก็ให้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกให้ชดใช้ค่าเสียหายตามสัญญาต่อไป ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ วิธีการ และระยะเวลาในการพิจารณาคำขอของหน่วยงานของรัฐ ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดซึ่งอย่างน้อยต้องกำหนดให้หน่วยงานของรัฐแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อพิจารณาค่าเสียหายและการกำหนดวงเงินค่าเสียหายที่ต้องรายงานต่อกระทรวงการคลัง เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ.”

หน่วยงานทางปกครองสามารถแสดงเจตนาฝ่ายเดียวหรือทำคำเสนอเพื่อขอเลิกสัญญาต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ย่อมได้และสำหรับเหตุที่จะใช้พิจารณาว่าหน่วยงานทางปกครองสามารถบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าการบอกเลิกสัญญาก็คือ “การบอกเลิกสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่” ดังนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเห็นว่า หน่วยงานทางปกครองเลิกสัญญาไม่ชอบและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับในกรณีนั้นเปิดช่องให้สามารถฟ้องบังคับให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ กรณีเช่นนี้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมสามารถฟ้องร้องต่อศาลขอให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้หรือไม่[38]

(2) กฎหมายเกี่ยวกับสัมปทาน บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้[39] พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 50 พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 68 ทวิ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 52 ทวิ มาตรา 60 และมาตรา 61 พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 มาตรา 22 และมาตรา 23 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 50

3.3.2 คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครอง

เอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาอาจใช้สิทธิเลิกสัญญาได้เมื่อปรากฏเหตุอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ เช่น เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดใด ๆ ของสัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะซึ่งร้ายแรงถึงขนาดที่จะเป็นเหตุให้เลิกสัญญาได้ เมื่อมีเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้น แต่เหตุสุดวิสัยจะต้องร้ายแรงถึงขนาดที่สมควรเป็นเหตุให้ยกเลิกสัญญาได้ เมื่อมีการเวนคืนหรือยึดเป็นของรัฐในบริเวณที่ใช้ในการจัดทำกิจการบริการสาธารณะ กรณีที่อัตราค่าบริการที่จะจัดเก็บจากประชาชนผู้ใช้บริการไม่มีผลบังคับใช้ คู่สัญญาฝ่ายรัฐสิ้นสภาพหรือไม่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามข้อผูกพันโดยไม่มีหน่วยงานใดเข้ามาแทนที่ หรือกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐยกเลิกสัมปทานหรือตั้งเงื่อนไขเปลี่ยนแปลงการอนุญาตหรือรัฐบาล หน่วยงานของรัฐบาลดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นเหตุให้เอกชนคู่สัญญาเสื่อมสิทธิที่มีผลกระทบกระเทือนต่อการดำเนินงานของเอกชนคู่สัญญาอย่างมากจนไม่สามารถประกอบการงานได้ตามปกติ เป็นต้น[40]

---

[38]มานิตย์ วงศ์เสรี, **นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), หน้า 87-93.

[39]ประยูร กาญจนดุล, เรื่องเดิม, หน้า 152 – 154.

[40]นันทวัฒน์ บรมานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 222.

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองในการพิจารณาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอเลิกสัญญาทางปกครอง

การบอกเลิกสัญญาทางปกครองที่โดยหลักการแล้วหน่วยงานของรัฐมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ แต่สำหรับเอกชนคู่สัญญาแล้วจะสามารถขอบอกเลิกสัญญาก่อนได้บ้างหรือไม่ ข้อพิพาทคดีนี้เกิดจากองค์การบริหารส่วนจังหวัดสมุทรปราการ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำสัญญาจ้างกับผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัด นามบุรีก่อสร้าง) ให้ทำงานตามโครงการปลูกต้นไม้เฉลิมพระเกียรติฯ แต่เมื่อครบกำหนด ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ส่งมอบงานตามสัญญา อบจ. จึงมีหนังสือแจ้งสงวนสิทธิเรียกค่าปรับ และเร่งรัดให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการให้แล้วเสร็จแต่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าเมื่อตนเข้าทำงานและได้คำนวณความยาวของการเกลี่ยปรับแต่งคันดิน พบว่า มีความยาวมากกว่าที่ประมาณการไว้ โดยเห็นว่าการคำนวณราคากลางของ อบจ. ไม่ถูกต้องตามพื้นที่จริง เป็นการปกปิดข้อความจริงเกี่ยวกับปริมาณงานและราคากลางในรายการเกลี่ยปรับแต่งคันดิน อันเป็นการหลอกลวงให้ตนและผู้เสนอราคารายอื่นเข้าสอบราคา ส่งผลให้การทำสัญญาจ้างไม่ชอบและเป็นโมฆะ ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญาต่อ อบจ. และเรียกเงินค่าจ้างส่วนที่ได้ทำงานไปแล้วพร้อมทั้งเรียกคืนหนังสือค้ำประกันของธนาคาร แต่ อบจ. เพิกเฉย ผู้ฟ้องคดีจึงได้ยื่นฟ้อง อบจ. ส่วนประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาว่ามีผลหรือไม่ ศาลเห็นว่า ในสัญญาทางปกครอง แม้จะมีหลักการว่า รัฐในฐานะผู้รับผิดชอบการจัดทำบริการสาธารณะย่อมมีอำนาจในการตัดสินใจเพียงฝ่ายเดียว โดยมีผลให้สัญญาเลิกกันได้โดยไม่ต้องเสนอเรื่องต่อศาลก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า การแสดงเจตนาเลิกสัญญาจะมีได้เฉพาะแต่ฝ่ายรัฐ ส่วนฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิ เพราะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงมีสิทธิแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาได้ เพียงแต่การแสดงเจตนาของฝ่ายเอกชนจะไม่มีผลทางกฎหมายได้เอง หากแต่ต้องร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้สัญญาทางปกครองเป็นอันเลิกกัน เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้ฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าสัญญาพิพาทเลิกกันแล้วก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาล การที่มีคำขอให้ อบจ. ชดใช้เงิน จึงมิใช่การเรียกร้องค่าการงานที่พึงได้รับจากการเลิกสัญญา หากแต่เป็นการเรียกร้องเงินตามสัญญา แต่เมื่อศาลได้วินิจฉัยแล้วว่าผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายผิดสัญญา อบจ. จึงไม่ต้องรับผิดชำระเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามฟ้อง ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืนตามศาลปกครองชั้นต้นที่ยกฟ้อง[41]

จากคดีดังกล่าว สัญญาทางปกครองเป็นอันเลิกกันได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐแสดงเจตนาเลิกสัญญา ส่วนคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็สามารถแสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาได้โดยการร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษา หากปรากฏว่าคู่สัญญาซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเป็นฝ่ายผิดสัญญาอย่างร้ายแรง

[41]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 499/2565.

จนเป็นเหตุให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาต่อไปได้ ฉะนั้น การบอกเลิกสัญญาโดยฝ่ายเอกชนตามคดีพิพาทข้างต้น นอกจากจะไม่มีผลตามกฎหมายแล้ว ซ้ำร้าย ฝ่ายเอกชนยังถือเป็นฝ่ายผิดสัญญา เพราะเหตุไม่ทำงานให้แล้วเสร็จตามสัญญาอีกด้วย นอกจากนี้ ศาลยังวินิจฉัยเพิ่มเติมถึงกรณีที่สัญญาทางปกครองเป็นอันเลิกกันได้ในกรณีอื่นอีก คือ เมื่อมีเหตุสุดวิสัยซึ่งไม่ใช่ความผิดของคู่กรณีฝ่ายใด ทำให้คู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้โดยสิ้นเชิง หรือกรณีมีข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นได้ว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงยินยอมกันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้สัญญาทางปกครองเป็นอันเลิกกัน ทั้งนี้ ตามหลักการทั่วไปว่าด้วยสัญญาดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.3.3 อำนาจของศาลในการกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองได้

ข้อพิพาทในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่จะยุติข้อโต้แย้งตามสัญญาที่พิพาทอันเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองจะต้องเป็นกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับในคดีนี้ได้แต่เพียงสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการแล้ว ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เลิกสัญญาทางปกครอง จึงเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่อาจมีคำบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว[42] ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนขอเลิกสัญญาทางปกครองนั้นจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาเลิกสัญญาดังกล่าวได้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน[43]

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในเรื่อง คำขอของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่ขอให้ศาลกำหนดคำบังคับให้เลิกสัญญาทางปกครอง โดยศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับได้

กรณีศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนสัญญาระหว่าง สหกรณ์การประมงบ้านแหลม จำกัด และสัญญาค้ำประกัน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การยุติข้อโต้แย้งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับได้เพียงสั่งให้ชดใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)

---

[42]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.151/2560.

[43]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.993/2561.

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คำขอให้เพิกถอนสัญญาจึงเป็นคำขอที่ศาลปกครองไม่อาจกำหนดคำบังคับให้ได้[44]

คดีนี้เอกชนคู่สัญญาอ้างว่าฝ่ายปกครองคู่สัญญา ฉ้อฉล หลอกลวง ให้เข้าทำสัญญาจ้างเพื่อเตรียมสถานที่ก่อสร้างอาคารสำนักงานเทศบาล การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีคำขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างจึงเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจมีคำบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมมีสิทธิยกความเป็นโมฆะกรรมของสัญญาขึ้นอ้างได้ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับได้แต่เพียงสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองชดใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเท่านั้น ดังนั้น การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีคำขอให้เพิกถอนสัญญาจ้างจึงเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจมีคำบังคับ[45]

ข้อสังเกต สำหรับการเลิกสัญญาทางปกครองตามกฎหมายโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้น ในระบบกฎหมายไทยไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่บัญญัติให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิในการเลิกสัญญาทางปกครองได้ ดังนั้น สิทธิในการเลิกสัญญาตามกฎหมายจึงเป็นดุลพินิจของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยอาศัยเหตุแห่งการเลิกสัญญาว่าต้องเป็นกรณีมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเนื่องมาจากความผิดของเอกชนคู่สัญญา

4. ผลการศึกษา

เมื่อมีสถานการณ์ที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กระทำผิดสัญญาทางปกครอง อาทิ ไม่ส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในเวลาอันสมควรหรือสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหยุดทำงานตามสัญญาโดยไม่มีกำหนดหรือเป็นเวลานานเกินสมควร จนทำให้เกิดความเดือดร้อนและเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนประสงค์จะบอกเลิกสัญญาทางปกครองนั้น ทำให้ยังมีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ปัญหาเกี่ยวกับคู่สัญญาเอกชนมีสิทธิขอเลิกสัญญาตามข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองได้หรือไม่ ปัญหาเกี่ยวกับคู่สัญญาเอกชนมีสิทธิขอเลิกสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติกฎหมายได้หรือไม่ ปัญหาเกี่ยวกับคู่สัญญาเอกชนสามารถใช้สิทธิในการขอเลิกสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายได้หรือไม่ และปัญหาเกี่ยวกับคู่สัญญาเอกชนฟ้องศาลปกครองให้พิพากษาเลิกสัญญาทางปกครองได้หรือไม่นั้น มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

---

[44]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 403/2557.

[45]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.151/2560.

4.1 กรณีคู่สัญญาเอกชนมีสิทธิขอเลิกสัญญาทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในสัญญาทางปกครองหรือไม่

เมื่อวิเคราะห์ประเด็นปัญหานี้แล้วเห็นว่าในประเทศไทยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิขอเลิกสัญญาได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างคำพิพากษาที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ทำให้เห็นว่าการเลิกสัญญาทางปกครองในประเทศไทยยังมีปัญหาว่าประเทศไทยยังคงให้สิทธิแค่หน่วยงานของรัฐในการเลิกสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียว แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังไม่สามารถบอกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ในข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งสิทธิในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองนั้น ไม่จำต้องมีข้อกำหนดในสัญญาเขียนไว้ให้ฝ่ายปกครองเลิกสัญญาทางปกครองได้เพียงฝ่ายเดียว แต่หากฝ่ายปกครองเห็นว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองก็สามารถบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ทันที ซึ่งหากคู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้ผิดสัญญาเอง ฝ่ายปกครองก็เป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาทางปกครองเอง และเพียงชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ซึ่งในส่วนนี้ก็เป็นผลที่ส่งให้งบประมาณแผ่นดินเสียไป ซึ่งหากเปรียบเทียบในระบบกฎหมายของต่างประเทศ ในกรณีสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หน่วยงานทางปกครองมุ่งบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น หากการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองในการเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งถ้าหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องการบอกเลิกสัญญาก็ต้องไปฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อขอเลิกสัญญาเอง ส่วนในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพในการบอกเลิกสัญญาได้ แต่อาจจะต้องชดใช้ค่าเสียหาย หากปรากฏว่าการบอกเลิกสัญญานั้นได้สร้างความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ

4.2 กรณีคู่สัญญาเอกชนมีสิทธิขอเลิกสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติกฎหมายหรือไม่

การเลิกสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทยได้ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว โดยพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่ได้กล่าวมาซึ่งมีผลใช้บังคับกับข้อกำหนดในสัญญา ทั้งการบอกเลิกสัญญาก็จะมีขั้นตอนหลักเกณฑ์ให้ผู้มีอำนาจบอกเลิกสัญญาคือหัวหน้าส่วนราชการ และเหตุในการบอกเลิกสัญญานั้นเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองเห็นว่า มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้รับจ้างไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา

จากประเด็นปัญหาในประเทศไทยทั้งในการตรากฎหมายพิเศษก็ยังคงโดยในระบบสัญญาทางปกครองไทยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลิกสัญญาที่ชัดเจนว่า ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำผิดสัญญาหรือในกรณีอื่นใด ทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองเข้าใจผิดว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจนำคดีฟ้องต่อศาลเพื่อบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายได้ และเมื่อเกิดกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครอง กระทำผิดสัญญา

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนนำคดีมาฟ้องต่อศาล หากศาลพิพากษาให้ฝ่ายปกครองแพ้คดี คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนมาก ซึ่งย่อมกระทบต่องบประมาณรายจ่ายของรัฐ และเจ้าหน้าที่ผู้บริหารสัญญาอาจต้องรับผิดต่อหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2534 และก็ไม่สามารถนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการเลิกสัญญามาปรับใช้ได้เหตุเพราะเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตัวอย่างคู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็มิอาจเลิกสัญญาได้เนื่องจากกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียว ทั้งนี้ เพื่อความปลอดภัยหรือผาสุกของประชาชน เห็นสมควรไม่ต้องชดเชยให้แก่เอกชนแม้จะมีภาระเพิ่มขึ้นก็ตามและเอกชนต้องปฏิบัติตามที่รัฐได้บังคับเงื่อนไขที่ได้แก้ไขข้อกำหนดในสัญญา หากไม่ปฏิบัติตามจะมีโทษปรับตามมา[46] หรือเพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ สามารถเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตดังกล่าวได้ โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะเรียกร้องค่าเสียหายใด ๆ มิได้[47] แต่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ยังคงให้สิทธิตามกฎหมายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการเลิกสัญญาทางปกครองได้ตามหลักเกณฑ์เรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือการบอกเลิกสัญญาตามมาตรา 60 VwVfG ซึ่งน่าจะเป็นบทบัญญัติที่น่าสนใจหรือเป็นสิ่งจำเป็นก็ว่าได้สำหรับกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของไทยในอนาคต เพราะเหตุว่ากรณีฐานที่มาของสัญญาอาจจะสิ้นไปภายหลังจากที่ได้ตกลงทำสัญญากันแล้วอาจเกิดขึ้นได้ แต่ปัญหาจะอยู่ที่ว่าฝ่ายปกครองควรจะมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเพื่อหลีกเลี่ยงหรือขจัดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่จะเกิดขึ้นอย่างกรณีตามมาตรา 60 วรรคหนึ่ง VwVfG ได้เพียงใด เพราะว่าหลักเกณฑ์เรื่องการบอกเลิกสัญญาเช่นเดียวกับหลักเกณฑ์อื่นของกฎหมายสัญญาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐโดยเฉพาะหลักความซื่อสัตย์ต่อสัญญา ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีหน้าที่ที่จะบัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงและบอกเลิกสัญญา โดยคำนึงถึงความจำเป็นที่ต้องคุ้มครองประโยชน์ของราษฎรที่เป็นเอกชนและประโยชน์ส่วนรวม

4.3 กรณีคู่สัญญาเอกชนสามารถใช้สิทธิในการขอเลิกสัญญาทางปกครองตามหลักกฎหมายได้หรือไม่

สำหรับในระบบกฎหมายไทย หน่วยงานทางปกครองจะต้องคำนึงถึงว่า “การบอกเลิกสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่” ซึ่งก็สามารถพิจารณาได้จากการชั่งน้ำหนักระหว่าง “การบอกเลิกสัญญา” กับ “การบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด” หากผู้รับจ้างไม่สามารถส่งมอบทรัพย์ที่ซื้อขาย หรือทำงานให้แล้วเสร็จได้ภายใน

---

[46]ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2516, ข้อ 7.

[47]พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510, มาตรา 9 ตรี.

ระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งมีผลกระทบต่อการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองต้องดำเนินการแล้ว ย่อมต้องถือว่ากรณีส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองย่อมบอกเลิกสัญญาได้ ซึ่งรวมถึงกรณีที่แม้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะสามารถปฏิบัติการชำระหนี้แห่งตนได้ต่อไปแล้วก็ตาม แต่หากปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงได้ และจะต้องมีการปรับตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นหากจำนวนเงินค่าปรับจะเกินร้อยละสิบของวงเงินค่าพัสดุหรือค่าจ้าง ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาดำเนินการบอกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระบบกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน และไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายทั้งสามประเทศกำหนดให้ “หน่วยงานทางปกครองเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ” ซึ่งก็เป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองที่กำหนดให้องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้แทนของราษฎรเป็นผู้บัญญัติขึ้น เพียงแต่ระบบกฎหมายของทั้งสามประเทศมีวิธีการที่แตกต่างกันในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยหลักการทั่วไป ระบบกฎหมายทั้งสามประเทศต่างก็กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจในการบอกเลิกสัญญาแต่ฝ่ายเดียว เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะได้ แต่ความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนของทั้งสามประเทศมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสสร้าง “หลักประกันทางการเงิน” ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ จึงไม่เปิดโอกาสให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาได้เอง แต่ต้องร้องขอต่อศาล โดยยังปรากฏว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสผ่อนคลายปลดเปลื้องภาระหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนลงมา หากปรากฏเหตุสุดวิสัยอันไม่อาจโทษคู่สัญญาฝ่ายใดได้ หรือการเปิดโอกาสให้คู่สัญญาในสัญญาทางปกครองที่ไม่ใช่การจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง สามารถกำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาได้หรือเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองแสดงเจตนาหรือมีพฤติกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดที่แสดงออกอย่างชัดเจนว่าไม่ประสงค์จะผูกพันตามสัญญาอีกต่อไปก็ต้องถือว่าหน่วยงานทางปกครองบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยปริยาย ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมันนั้นถือว่าการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครองเป็นภาระหน้าที่ตามสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาจะต้องรับความเสี่ยงจากการผิดสัญญาเช่นเดียวกับการชำระหนี้ตามสัญญาโดยทั่วไป อีกทั้ง บุคคลเอกชนที่เข้าทำสัญญากับรัฐก็มิได้หมายความว่าบุคคลเอกชนผู้นั้นสละสิทธิเสรีภาพของตน ดังนั้น หากกฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว บุคคลเอกชนย่อมสามารถบอกเลิกสัญญาได้ โดยต้องรับความเสี่ยงในการชดใช้ค่าเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นกับประโยชน์สาธารณะให้แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐ แต่สำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น หลักกฎหมายที่ได้จากการพิจารณากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่ว่าด้วยสัญญาแล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายไทยมีมาตรการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาผ่านกลไกระบบคณะกรรมการตรวจรับงาน การวางหลักประกันสัญญา และการกำหนดค่าปรับตามสัญญา เพื่อลดความเสี่ยงจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน

อันสะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองที่ต้องการส่งเสริมคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการปฏิบัติตามสัญญาให้บรรลุผล โดยหน่วยงานทางปกครองจะเป็นผู้ตรวจสอบและควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งจะทำให้หน่วยงานทางปกครองทราบถึงปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติตามสัญญาได้อย่างใกล้ชิด ดังนั้น หากปรากฏอุปสรรคใด ๆ ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองซึ่งส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะแล้ว หน่วยงานทางปกครองต้องบอกเลิกสัญญานั้นเอง และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระในทางสัญญาอันเกิดจากกลไกทางกฎหมายของระบบคณะกรรมการตรวจรับงาน การวางหลักประกันสัญญา และการกำหนดค่าปรับตามสัญญามากอยู่แล้ว ประกอบกับการบอกเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมทำให้คู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองทราบแล้วว่า การปฏิบัติภารกิจทางกฎหมายตามสัญญาทางปกครองนั้นไม่อาจจะบรรลุวัตถุประสงค์อย่างแน่นอนและอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะแล้ว หน่วยงานทางปกครองจะต้องเร่งใช้ดุลพินิจเพื่อป้องกันและขจัดความเสียหายเช่นว่านั้นโดยมิชักช้า ดังนั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบหลักกฎหมายของระบบกฎหมายทั้งสามประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า การจะกำหนดหลักกฎหมายสัญญาทางปกครองว่าด้วยการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว อันเป็นหลักกฎหมายที่ห้ามมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนบอกเลิกสัญญาทางปกครองจึงมิใช่กลไกทางกฎหมายที่จะทำให้การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองบรรลุผลได้ ทั้งยังเป็นภาระแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเกินสมควรอีกด้วย สำหรับการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทยเกี่ยวกับการเลิกสัญญาทางปกครองนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในระบบกฎหมายไทยต้องรับภาระในทางกฎหมายเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามสัญญามากเพียงพออยู่แล้ว การสร้างหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองไทยจึงสมควรเป็นการสร้างหลักกฎหมายที่เป็นการพัฒนาความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างหน่วยงานทางปกครองและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนให้มากยิ่งขึ้นจะถูกต้องและเหมาะสมกว่า ไม่ว่าจะเป็นการส่งเสริมสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมากกว่าการกำกับควบคุมอย่างเคร่งครัด เช่น การกำหนดหลักประกันทางการเงินเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถร้องขอเงินค่าตอบแทนตามสัญญาเพิ่มขึ้นได้หากเป็นไปเพื่อให้การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้นบรรลุวัตถุประสงค์ หรือในกรณีที่จะมีการเลิกสัญญาระหว่างกันแล้ว หากคู่สัญญาฝ่ายหน่วยงานทางปกครองได้รับประโยชน์จากค่าการงานที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ลงมือปฏิบัติการชำระหนี้ไปบางส่วนแล้ว คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็สมควรได้รับเงินชดเชยและค่าขาดกำไรในส่วนนั้นด้วย หรือการกำหนดทัศนคติต่อการชดเชยค่าเสียหาย ค่าขาดกำไร หรือเงินชดเชยการลงทุน ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งได้รับความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาโดยหน่วยงานทางปกครอง เป็นต้น อนึ่ง การเข้าทำสัญญาของเอกชนนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้าทำสัญญาภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาอันเป็น “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง” ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพของบุคคลเอกชน และเมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร มิได้กำหนดถึงข้อจำกัดของการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าว กรณีย่อมต้องถือว่า “คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ตามหลักความมีอิสระในทางแพ่ง” การเลิกสัญญาของคู่สัญญา

ฝ่ายหน่วยงานทางปกครองต้องคำนึงถึงผลกระทบที่มีต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่การเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงอยู่ภายใต้ “หลักความมีอิสระในทางแพ่ง”

4.4 วิเคราะห์ปัญหากรณีคู่สัญญาเอกชนฟ้องศาลปกครองให้พิพากษาเลิกสัญญาทางปกครองได้หรือไม่

กรณีเอกชนคู่สัญญาใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครอง โดยสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการขอเลิกสัญญาทางปกครองและการใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องขอให้เลิกสัญญาทางปกครอง รวมทั้งอำนาจกำหนดคำบังคับของศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนประสงค์ใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องขอให้เลิกสัญญาทางปกครอง ซึ่งจากการศึกษาปรากฏว่าในคดีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยื่นฟ้องคดีต่อศาลโดยมีความประสงค์ให้ศาลพิพากษาให้สัญญาทางปกครองเลิกกันนั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในกรณีดังกล่าวมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในบางคดีศาลยอมรับว่ากรณีที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนฟ้องว่า สัญญาที่ทำขึ้นนั้นไม่สมบูรณ์อันเนื่องมาจากการใช้กลฉ้อฉลในการแสดงเจตนา ขอให้ศาลพิพากษาเลิกสัญญา นั้น ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายเพื่อขอให้ศาลเลิกสัญญา อันจะมีผลให้สัญญาสิ้นสุดโดยผ่านการพิจารณาคดีของศาล คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามนัยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542[48] ส่วนในบางคดี กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนฟ้องว่าสัญญาจ้างทำขึ้นจากการถูกฉ้อฉลและหลอกลวงให้เข้าทำสัญญา ขอให้ศาลเลิกสัญญาจ้าง ศาลวินิจฉัยว่าเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจมีคำบังคับได้ ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิยกความเป็นโมฆะกรรมขึ้นอ้างได้[49] ดังนั้น แนวทางในการแก้ไขปัญหาที่สามารถเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายและยุติข้อโต้แย้งให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยการคุ้มครองสิทธิของเอกชนคู่สัญญาของฝ่ายปกครองในการฟ้องขอเลิกสัญญาทางปกครองยังคลุมเครือไม่ชัดเจน ทั้งนี้ สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการขอเลิกสัญญาทางปกครอง และการใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องขอให้เลิกสัญญาทางปกครอง รวมทั้งอำนาจกำหนดคำบังคับของศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน และแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเปรียบเทียบได้มีการกำหนดแนวทางดังกล่าว คู่สัญญาไม่มีสิทธิและหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อกันตามข้อกำหนดในสัญญา อันเป็นผลให้สัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี ไม่มีผลบังคับอีกต่อไป ซึ่งหากเปรียบเทียบระบบกฎหมายฝรั่งเศส

---

[48]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 603/2560.

[49]คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.151/2560.

กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองกระทำผิดสัญญาหรือผิดนัดชำระหนี้ และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนประสงค์จะขอใช้สิทธิเลิกสัญญา คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องร้องขอต่อคู่สัญญาฝ่ายปกครอง และหากคู่สัญญาฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะเลิกสัญญาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถยื่นร้องขอต่อศาลปกครองให้พิจารณาสั่งยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ ซึ่งระบบกฎหมายไทยไม่มีการบัญญัติกฎหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถร้องขอต่อคู่สัญญาฝ่ายปกครองเหมือนเช่นระบบกฎหมายฝรั่งเศส ด้วยเหตุนี้ หากระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายรับรองให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถใช้สิทธิร้องขอต่อคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ก็จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ระงับข้อพิพาทสำหรับกรณีการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น พบว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศส ศาลปกครองสามารถพิพากษาเพิกถอนการเลิกสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งหากประเทศไทยมีการแก้ไขบทกฎหมายให้ศาลปกครองสามารถออกคำบังคับในการเพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ก็จะทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับการเยียวยาความเสียหายได้อย่างถูกต้องตรงตามความประสงค์ตามคำฟ้องของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนการเลิกสัญญาทางปกครอง ในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในระบบกฎหมายไทย การใช้สิทธิในการเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาทางปกครองนั้น โดยทั่วไปแล้ว คู่สัญญาฝ่ายปกครองเท่านั้นที่มีเอกสิทธิ์ในการเลิกสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายเดียวได้ โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ต้องให้ความยินยอม ซึ่งหลักทั่วไปในเรื่องของสัญญาทางปกครองนั้น คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์เหนือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยเอกชนผู้เข้ามาเป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง และต้องยอมรับอำนาจพิเศษหรือเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง ซึ่งสัญญาทางปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ แม้ว่าการผิดสัญญาทางปกครองจะเป็นความผิดของคู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ตาม หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็ไม่มีสิทธิในการขอเลิกสัญญาทางปกครองได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้เลิกสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยโดยเห็นว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับโดยการสั่งให้คู่กรณีชดใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเท่านั้น ศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีซึ่งขอให้เลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ เนื่องจากการบอกเลิกสัญญาเป็นการใช้สิทธิตามข้อสัญญาที่ทำกันไว้ มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย และมิใช่การออกคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่อาจกำหนดคำบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ดังนั้น แนวทางในการที่ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาให้มีการกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาเลิกสัญญาทางปกครองได้นั้น ต้องมาพิจารณาถึงอำนาจในการกำหนดคำบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งไม่ได้บัญญัติ

ให้อำนาจศาลในการกำหนดคำบังคับในเรื่องของการเลิกสัญญาทางปกครองไว้แต่อย่างใด ดังนั้น ศาลจึงมีอำนาจพิพากษาได้เพียงชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเท่านั้น

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะบอกเลิกสัญญาโดยอ้างบทบัญญัติมาตรา 389 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ดังนั้น สิทธิในการเลิกสัญญาทางปกครองของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เมื่อไม่มีข้อสัญญากำหนดไว้และตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็ไม่ได้มีหลักการที่ให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองได้ กรณีจึงมีประเด็นปัญหาว่า หากเอกชนคู่สัญญาประสงค์ที่จะให้สัญญาสิ้นสุดลงนั้น เพราะเหตุว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองผิดสัญญาโดยไม่มีเหตุผลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ หรือการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองต่อไปอาจกระทำได้ เนื่องจากปรากฏเหตุสุดวิสัยอันมิใช่ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหรือมีพฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปหลังจากที่ทำสัญญาทางปกครองแล้วทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้อีกต่อไป จากการศึกษาพบว่า ไม่มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ รวมทั้งข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองของประเทศไทยที่เปิดช่องให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้ ไม่ว่ากรณีใด ๆ ทำให้เกิดปัญหาแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนว่าจะนำคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอเลิกสัญญาทางปกครองก็ไม่ได้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเป็นผู้กระทำผิดสัญญาทางปกครองหรือในกรณีที่เป็นการพ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ แม้จะมีคู่สัญญาฝ่ายเอกชนบางส่วนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นก็ยังเกิดปัญหาว่าศาลปกครองก็ไม่สามารถที่จะกำหนดคำบังคับในการให้พิพากษาคดีให้มีการเลิกสัญญาทางปกครองโดยคำร้องขอของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ กำหนดได้แค่เพียงคำบังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเท่านั้น

ในขณะที่ศาลปกครองต่างประเทศ อาทิ ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้สร้างหลักประกันทางการเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไว้เพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาได้บรรลุผล จึงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถบอกเลิกสัญญาได้โดยลำพัง แต่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนยังคงมีสิทธิที่จะร้องขอต่อศาลให้มีการเลิกสัญญาทางปกครองได้ และได้กำหนดให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนหยิบยกกรณีการกระทำผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายปกครองอย่างร้ายแรงทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นการผิดนัดชำระหนี้ ไม่ส่งมอบพื้นที่ให้เอกชนเข้าปฏิบัติตามสัญญา หรือฝ่ายปกครองผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์แก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวจนเกินขนาด หรือกรณีเกิดเหตุสุดวิสัยที่ทำให้คู่สัญญา

ฝ่ายเอกชนไม่อาจปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาได้อีกต่อไป จึงทำให้ศาลปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีอำนาจในการกำหนดคำบังคับตามที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนร้องขอให้เลิกสัญญาทางปกครองได้

ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน ให้สิทธิเอกชนคู่สัญญากรณีปรากฏพฤติการณ์อันเป็นพื้นฐานในการกำหนดสาระสำคัญในการทำสัญญาเปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญถึงขนาดที่ว่า หากมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายดังกล่าวอยู่ในขณะทำสัญญา จะต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงที่ทำไว้ กล่าวคือ คู่สัญญาจะไม่กำหนดเนื้อหาสาระของสัญญาในลักษณะดังกล่าว และส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของเอกชนคู่สัญญาอย่างร้ายแรง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนก็สามารถบอกเลิกสัญญาได้ แต่ต้องรับความเสี่ยงในการชดใช้ค่าเสียหายหากก่อให้เกิดผลกระทบกับบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ดังนั้น ในระบบกฎหมายไทยถือว่าการเลิกสัญญาทางปกครองเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองเท่านั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาทางปกครองได้เลย ซึ่งจะแตกต่างจากกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่จะให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการบอกสัญญาทางปกครองได้ แต่จะมีกระบวนการบอกเลิกสัญญาที่แตกต่างกันออกไป และการที่ศาลปกครองใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองนั้น ศาลจำต้องคำนึงถึงเหตุผลที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาและความมีอยู่จริงของข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้อ้าง และหากมีเหตุอันจะอ้างได้ในการเลิกสัญญา ซึ่งทำให้การใช้สิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชอบด้วยกฎหมาย คู่สัญญาฝ่ายปกครองจำต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และหากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้สิทธิเลิกสัญญาทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สัญญาก็ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาต่อไป ซึ่งการให้สิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเลิกสัญญาทางปกครอง หากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบ และคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้รับความเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าเสียหายเช่นเดียวกับกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับศาลปกครองไทยนั้น กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้เลิกสัญญาทางปกครอง ศาลจะจำกัดอำนาจของตัวเองว่าเป็นคำขอที่ศาลไม่อาจกำหนดคำบังคับให้ได้ทั้งที่คำวินิจฉัยของศาลปกครองในบางคดียอมรับสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการฟ้องขอให้ศาลเลิกสัญญาทางปกครอง แม้จะยังไม่มีคำพิพากษากำหนดคำบังคับให้เลิกสัญญาก็ตาม สำหรับเหตุที่ใช้อ้างในการใช้สิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือสั่งให้เลิกสัญญาทางปกครองมีแหล่งที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมายและมาจากหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง รวมถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นการให้อำนาจกับทางศาลปกครองเพื่อความยุติธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการฟ้องขอให้ศาลปกครองไทยพิพากษาให้เลิกสัญญาทางปกครองได้ และให้ศาลปกครองใช้อำนาจพิจารณาพิพากษากำหนดคำบังคับตามคำขอลักษณะดังกล่าวให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยอาจยึดแนวทางหรือเทียบเคียงตามหลักกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและแนวคำวินิจฉัย

ของศาลปกครองฝรั่งเศส จะเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนในฐานะคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองซึ่งจำต้องแสดงเจตนาผูกพันตนเข้าทำสัญญาในลักษณะที่ไม่มีความเท่าเทียมกันในความสัมพันธ์ทางสัญญากับคู่สัญญาฝ่ายปกครอง อีกทั้ง ยังเป็นการเน้นบทบาทของศาลปกครองไทยในฐานะองค์กรตุลาการในการใช้อำนาจศาลควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้สิทธิของหน่วยงานของรัฐและเอกชนในการเลิกสัญญาทางปกครอง เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาและให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนซึ่งประสงค์จะให้ความสัมพันธ์ทางสัญญาสิ้นสุดลงโดยการพิจารณาของศาล รวมทั้งยังเป็นการวางแนวทางการปฏิบัติราชการที่ดีต่อไปในอนาคตด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

สำหรับในประเทศไทยนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรจัดให้มีการตราพระราชบัญญัติสัญญาทางปกครอง โดยในสัญญาทางปกครองที่มิได้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองกระทำผิดสัญญาทางปกครองหรือมีกรณีที่เป็นการพ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลพิพากษาให้สัญญาทางปกครองเลิกกันได้ และเมื่อมีกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองกระทำผิดสัญญาทางปกครอง และสัญญาฝ่ายเอกชนได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง และคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอเลิกสัญญาทางปกครองได้ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองกระทำผิดสัญญาอย่างร้ายแรงจนเกิดภาระและความเสียหายแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นอย่างมาก เช่น คู่สัญญาฝ่ายปกครองสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนหยุดงานเป็นเวลาเกินหนึ่งปี หรือโดยไม่มีกำหนด หรือไม่อาจส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ รวมทั้งในกรณีที่เกิดเหตุสุดวิสัยที่ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาต่อไปได้ ในกรณีที่สัญญาทางปกครองดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งการที่จะให้หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายนั้น เห็นควรมีการกำหนดเงื่อนไขในพระราชบัญญัติสัญญาทางปกครองโดยกำหนดให้ชัดเจนว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอเลิกสัญญาทางปกครองได้ในกรณีใดบ้างเทียบเคียงจากกฎหมายของต่างประเทศ โดยนำเอาแบบอย่างของกฎหมายหรือแบบสัญญาทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาประยุกต์ใช้ก็ได้หรือทำการแก้ไขกฎหมายเพื่อกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ให้ชัดเจน นอกจากจะเกิดความเป็นธรรมกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว ย่อมทำให้เกิดความมั่นใจแก่ฝ่ายเอกชน โดยเฉพาะชาวต่างชาติซึ่งประสงค์จะเข้ามาลงทุนและทำสัญญาทางปกครองในกิจการต่าง ๆ กับรัฐมากยิ่งขึ้น

นอกจากนั้น ขอเสนอในส่วนของอำนาจตุลาการศาลปกครอง ควรจะต้องเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพิจารณาวางแนววินิจฉัยในประเด็นปัญหานี้ให้เป็นที่ประจักษ์ชัดแจ้งแก่บุคคลทั่วไปว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีใดบ้าง

หากศาลปกครองโดยเฉพาะศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยวางแนวโดยยอมรับหลักการดังกล่าวแล้ว ย่อมเป็นการแก้ปัญหาในประเด็นนี้ได้ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย ดังเช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่มีศาลปกครองและมีหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองมาเป็นเวลานาน เห็นควรให้วางหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติสัญญาทางปกครอง ให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับหากสัญญาฝ่ายปกครองกระทำผิดสัญญาทางปกครองอย่างร้ายแรง หรือในกรณีการปฏิบัติตามสัญญาเป็นการพ้นวิสัย ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอเลิกสัญญาได้ และพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของเหตุที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้อ้างเพื่อขอให้ศาลพิพากษาเลิกสัญญาทางปกครองนั้น ศาลปกครองอาจใช้เกณฑ์การกระทำผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง หรือพิจารณาว่ากรณีมีพฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายเกิดขึ้นภายหลังจากทำสัญญาทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปฏิบัติตามสัญญาต่อไปไม่ได้ และศาลต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะอันเป็นวัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญาที่อาจต้องได้รับความกระทบกระเทือนจากการเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนและดุลยภาพทางการเงินของรัฐที่ต้องเสียไป และเห็นควรให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนในการเลิกสัญญาทางปกครองต่อศาลโดยศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าการใช้สิทธิเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่ใช่เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่นเดียวกับกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนรับความเสี่ยงในการต้องชดใช้ค่าเสียหายตามสัดส่วนความเสียหายอันเกิดจากการให้บริการสาธารณะ

จากที่ได้กล่าวมานี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะทั้งแนวคิดและแนวทางในการเลิกสัญญาทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยแบ่งออกเป็น 2 ระยะ ดังนี้

5.2.1 ในระยะสั้น ผู้เขียนขอเสนอแนวทางแก้ปัญหาโดยการคิดวิเคราะห์ของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ทำความเข้าใจกับหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองโดยนำแนวคิดและเสนอแนวคิดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองได้ โดยเสนอให้ตุลาการศาลปกครองนำแนวคิดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพื่อใช้ประกอบการพิจารณา ดังนี้

โดยในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้นำแนวความคิดมาพัฒนาประเทศไทยประกอบไปด้วย

หลักว่าด้วยดุลยภาพทางการเงินของสัญญาทางปกครอง กรณีความสมดุล และการปรับเปลี่ยนสัญญาในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีผลกระทบในทางที่เสียหายต่อความต่อเนื่องของการสนองความต้องการของมหาชนจนทำให้เกิดการล้มละลายของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ ให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองได้

ทฤษฎีเหตุไม่คาดหมายมีวัตถุประสงค์เป็นการประกันหลักความต่อเนื่อง โดยมีเงื่อนไขในการนำทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้มาใช้ประกอบกับที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองได้ประกอบด้วย เงื่อนไข 3 ประการ ดังนี้

1) คู่สัญญาไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าจะมีเหตุการณ์ที่ทำให้สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากเป็นเหตุการณ์ที่มีลักษณะพิเศษ สงครามหรือวิกฤติทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง

2) เหตุการณ์ดังกล่าวจะต้องอยู่นอกเหนือจากเจตนาของคู่สัญญา

3) เหตุการณ์นั้นก่อให้เกิดความผกผันของภาระหน้าที่ตามสัญญา การขาดหายไปซึ่งกำไรหรือการขาดทุนยังไม่เพียงพอ ความผกผันนั้นจะต้องมีความร้ายแรง และก่อให้เกิดการขาดทุนอย่างถาวรเกินกว่าระดับที่สัญญาฝ่ายเอกชนจะคาดหมายได้ ซึ่งศาลจะเป็นผู้กำหนดเองว่าการขาดทุนในระดับใดจึงจะถือว่าเป็นสิ่งที่คาดหมายได้ หากเกินกว่าระดับดังกล่าวก็จะเข้าเงื่อนไขของทฤษฎีนี้

และในส่วนของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ระบบกฎหมายเยอรมนีให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิเสรีภาพตราบเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และแม้การเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองก็ไม่ได้หมายความว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสละสิทธิเสรีภาพของตน ดังนั้น การเลิกสัญญาทางปกครองโดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของ **“หลักความมีอิสระในทางแพ่ง”** ซึ่งมีที่มาจาก **“หลักเสรีภาพในการทำสัญญา”** กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้แสดงเจตนาบอกเลิกสัญญาแล้ว ย่อมหมายความว่า เมื่อเจตนาการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไปถึงฝ่ายปกครองแล้ว ทำให้ฝ่ายปกครองทราบถึงความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาอีกต่อไป ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองจึงต้องหาหนทางอื่นในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ เช่น การหาคู่สัญญาใหม่หรือดำเนินการเองและเรียกค่าเสียหายจากคู่สัญญาเดิมเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดกับประโยชน์สาธารณะได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณากลไกทางกฎหมายของการบอกเลิกสัญญาในระบบกฎหมายเยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่า การบอกเลิกสัญญาของบุคคลเอกชนจึงมิได้เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะแต่อย่างใด เป็นแต่เพียงการใช้สิทธิเสรีภาพตามปกติทั่วไป ซึ่งหากการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าว ส่งผลเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะแล้ว บุคคลเอกชนก็จะต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากการใช้สิทธิเสรีภาพนั้น

5.2.2 ในระยะยาว ผู้เขียนขอเสนอให้มีการจัดทำร่าง พระราชบัญญัติสัญญาทางปกครอง โดยในบทบัญญัติให้มีการให้อำนาจศาลในการกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเลิกสัญญาทางปกครองได้อย่างชัดเจน

“มาตรา ... คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอเลิกสัญญาทางปกครองได้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองแก้ไขสัญญาเกินขนาดจนทำให้การปฏิบัติตามสัญญาเป็นการพ้นวิสัย หรือฝ่ายปกครองกระทำผิดสัญญาทางปกครองอย่างร้ายแรง”

“มาตรา ... คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ในกรณีคู่สัญญาฝ่ายรัฐไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดใด ๆ ของสัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ซึ่งร้ายแรงถึงขนาดที่จะเป็นเหตุให้เลิกสัญญาได้ เมื่อมีเหตุสุดวิสัยเกิดขึ้น แต่เหตุสุดวิสัยจะต้องร้ายแรงถึงขนาดที่สมควร

เป็นเหตุให้ยกเลิกสัญญาได้ เอกชนคู่สัญญาเสื่อมสิทธิที่มีผลกระทบกระเทือนต่อการดำเนินงานของเอกชนคู่สัญญาอย่างมากจนไม่สามารถประกอบการงาน ได้ตามปกติ”

“มาตรา ... คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวได้ หากสัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) สิทธิดังกล่าวต้องเกิดจากความตกลงของคู่สัญญา และจะต้องกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรในสัญญา

2) ความบกพร่องหรือการไม่ชำระหนี้ตามสัญญาทางปกครองเกิดจากความผิดของฝ่ายปกครอง

3) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องบอกกล่าวให้ฝ่ายปกครองทราบเป็นการล่วงหน้าก่อนการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเสมอ และ

4) ฝ่ายปกครองมิได้อ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อโต้แย้งการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายกคำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งเมืองน็องซี่ และย้อนสำนวนให้ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์พิจารณาวินิจฉัยหลักเกณฑ์เงื่อนไขการบอกเลิกสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนใหม่”

“มาตรา ... คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองได้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีข้อบกพร่องหรือประเภทความผิด ที่จะนำไปสู่การบอกเลิกสัญญาได้จะต้องมีความร้ายแรงพอที่จะใช้เป็นเหตุในการเลิกสัญญาได้โดยให้ตุลาการศาลปกครองมีหน้าที่ต้องหาข้อพิสูจน์ดังกล่าว และมีหน้าที่ในการชั่งน้ำหนักระหว่างความผิดที่เกิดขึ้นกับการลงโทษด้วยการเลิกสัญญาซึ่งต้องเป็นการกระทำผิดที่รุนแรงเพียงพอ กรณีการเลิกสัญญาเนื่องจากการสะดุดหยุดลงของบริการสาธารณะ การเลิกสัญญาเนื่องจากเกิดข้อบกพร่องในการปฏิบัติตามสัญญามาเป็นเวลานาน การเลิกสัญญาเนื่องมาจากการก่อสร้างสะดุดหยุดลง รวมทั้งการเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากข้อบกพร่องด้านการเงินด้วย”

“มาตรา ... ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเลิกสัญญาทางปกครองได้ อันนอกเหนือจากการเลิกสัญญาโดยเหตุเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะกับการเลิกสัญญาเนื่องมาจากการทำผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนแล้ว การเลิกสัญญาฝ่ายเดียวในกรณีที่การปฏิบัติตามสัญญาอาจเกิดความเสียหายโดยมิใช่ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด โดยพิจารณาดังต่อไปนี้

1) คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีปัญหาด้านการเงิน ซึ่งการปฏิบัติตามสัญญาต่อไปจะทำให้ประสบปัญหาด้านการเงินขึ้น

2) ในกรณีที่ปรากฏเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้นี้จะต้องเป็นเหตุชั่วคราวเท่านั้น หรือเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้กลายเป็นเหตุถาวร ในกรณีที่เหตุการณ์ทำให้ดุลยภาพทางเศรษฐกิจของสัญญามีความผันผวนที่ก่อให้เกิดเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้มีลักษณะที่มั่นคงถาวร เช่น ภาวะการขาดทุนมีลักษณะอย่างเด็ดขาด”

บรรณานุกรม

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

_____. และมานิตย์ วงศ์เสรี. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางการปกครองและสัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2541.

ถิรศักดิ์ ฮ้อสิทธิสมบูรณ์. **การบอกเลิกสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียวโดยเอกชนคู่สัญญา**. ใน หลักกฎหมายมหาชนจากคำพิพากษาและข่าวกฎหมายต่างประเทศ เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2565.

นวรรถพร สัตยารักษ์. **การปฏิรูปการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในฝรั่งเศส**. ใน รวมบทความทางวิชาการ (เอกสารอิเล็กทรอนิกส์) เล่ม 1 : สัญญาทางปกครอง. (ม.ป.ท.), 2566.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **กฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

_____. **มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร: ศาลรัฐธรรมนูญ, 2555.

_____. **สัญญาทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

_____. **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

_____. **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. **รายงานการวิจัยเรื่อง คดีปกครองที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง** กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า ร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง, 2549.

บุบผา อัครพิมาน. **ปัญหาเขตอำนาจศาล : สัญญาทางปกครอง**. ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 : กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, (ม.ป.ป.). หน้า 159-170.

_____. **สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายของฝรั่งเศสและของไทย**. กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

_____. **ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส**. ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, (ม.ป.ป.).

ประยูร กาญจนดุล. **คำบรรยายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์. **ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งสัญญาทางปกครองตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส**. ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 : กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, (ม.ป.ป.).

ปารวี พิสิฐเสนากุล. **คู่สัญญาฝ่ายเอกชนกับการบอกเลิกสัญญาทางปกครอง**. ใน หลักกฎหมายจากบทความสั้น คดีปกครองที่น่าสนใจ เล่ม 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2556.

เพ็ญศรี วงศ์เสรี. **สัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน**. ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, (ม.ป.ป.).

มานิตย์ จุมปา. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 3 ว่าด้วยการกระทำทางปกครองและการควบคุมการกระทำทางปกครอง ตอนที่ 1**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

มานิตย์ วงศ์เสรี. **หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

_____. **นิติวิธีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565.

ยงยุทธ อนุกูล. **หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาศาลต่างประเทศ.** ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 : กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, (ม.ป.ป.).

ฤทัย หงส์สิริ. **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2562.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **กฎหมายปกครองภาคทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: นิติราษฎร์, 2554.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565.

สำนักงานศาลปกครอง. **คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2563.

_____. **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2547.

สุรพล นิติไกรพจน์. **สัญญาทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

Brown, L. Neville, **French administrative law**. London: Butterworths, 1993.

Richer, Laurent. **Administrative Contract Law**. 2nd ed. L.G.D.J., 1999.

Sararu, Catalin-Silviu. **The Termination of Administrative Contracts in the Romanian and French Law**. Acta Universitatis Danubius Juridica, 2011.

Singh, Mahendra P. **German administrative law in common law perspective**. 2nd ed. Berlin: New York : Springer, 2001.

ปัญหาการกำหนดและพิจารณาโทษในกฎหมายวินัยทางการคลัง

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สัจจวัตน์ เรืองกาญจน์กุล

RETRACTED

ปัญหาการกำหนดและพิจารณาโทษในกฎหมายวินัยทางการคลัง*
Problems in Determining and Considering Punishment in the Fiscal Discipline Law

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สัจจวัตน์ เรืองกาญจน์กุล**
Assistant Professor Dr.Satchawat Ruengkakun

RETRACTED

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ซึ่งมีลักษณะเป็นประมวลกรอบวินัยทางการเงินการคลังของภาครัฐมีปัญหาของแนวคิดการกำหนดและพิจารณาโทษตามกฎหมายวินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยการนำแนวคิดด้านการตรวจเงินแผ่นดินมาใช้กับวินัยการเงินการคลัง ทำให้การกำหนดและพิจารณาโทษตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายวินัยทางการคลังดังกล่าวไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการรักษาวินัยการคลังของรัฐได้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษามาตรการการกำหนดและพิจารณาโทษในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เพื่อให้เกิดความถูกต้องชัดเจนและบรรลุวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติกฎหมายต่อไป

---

*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “ปัญหาการกำหนดและพิจารณาโทษในกฎหมายวินัยทางการคลัง” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัย จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ. 2567.

This research article is part of the research entitled “Problems in Determining and Considering Punishment in the Fiscal Discipline Law.” This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2024.

**นักวิชาการอิสระ; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; นด. (กฎหมายมหาชน) สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. E-mail: satchawat_r@rumail.ru.ac.th

Independent Academic; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. Ramkhamhaeng University; LL.D. in Public Law National Institute of Development Administration.

วันที่รับบทความ (received) 18 มีนาคม 2568, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 1 กรกฎาคม 2568, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 3 กรกฎาคม 2568.

จากการศึกษาพบว่า ด้วยความแตกต่างของแนวคิดระหว่างวินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยเนื่องจากแนวคิดทั้งสองเรื่องนั้นมีความแตกต่างกันทั้งในเชิงความหมาย วัตถุประสงค์ ขอบเขตการบังคับใช้ การนำไปใช้ รวมถึงการกำหนดและพิจารณาบทลงโทษ ทำให้บทบัญญัติในบางมาตรามีความไม่เหมาะสมในการกำหนดเป็นกรอบวินัยทางการคลัง และมีความไม่ชัดเจนในการจะนำไปใช้เป็นฐานหรือลักษณะความผิดในการตรวจสอบการกระทำความผิดในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการคลัง จึงจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายใน 2 ระดับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เพื่อให้การใช้บังคับการกำหนดและพิจารณาบทลงโทษมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: วินัยการคลัง, ฐานความผิด, โทษทางการคลัง

RETRACTED

Abstract

The National Finance and Fiscal Discipline Act B.E. 2561 (2018) is part of the framework for government finance and fiscal discipline, and there are issues with determining and considering the concept of punishment based on the Fiscal Discipline Law and Budget and Fiscal Discipline. Applying the concept of national audit to finance and fiscal discipline, determining and considering penalties, and enforcing such fiscal discipline laws cannot achieve the goal of maintaining national fiscal discipline. Therefore, it is necessary to study the measures for determining and considering penalties in the National Finance and Fiscal Discipline Act B.E. 2561 (2018) to ensure the accuracy, clarity, and objectives of legal provisions.

Research has found that due to the conceptual differences between fiscal discipline and budget discipline, there are differences in their meanings, objectives, scope of implementation, applicability, and determination and consideration of penalties. Therefore, certain provisions are not suitable for defining fiscal discipline. It is unclear how to use it as a basis or nature for investigating crimes in violation of fiscal discipline. For this reason, requisite to amend the law at two levels, namely the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017) and the National Finance and Fiscal Discipline Law B.E. 2561 (2018), to correctly and effectively enforce and consider penalties.

Keywords: fiscal discipline, guilt base, fiscal punishment

RETRACTED

1. บทนำ

จากการประกาศใช้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นกฎหมายวินัยการเงินการคลังของประเทศไทย ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62 ที่บัญญัติว่า “รัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัด เพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงอย่างยั่งยืนตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และจัดระบบภาษี ให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม” ซึ่งกฎหมายการเงินการคลังดังกล่าว มีลักษณะเป็นประมวลกรอบวินัยทางการเงินการคลังที่ในอดีตกระจัดกระจายหรือแทรกอยู่ในมาตรการทางกฎหมายอื่น ๆ มาไว้เป็นกฎหมายฉบับเดียว แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐได้กำหนดมาตรการการลงโทษเอาไว้เพื่อนำกลไกของการตรวจเงินแผ่นดินโดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมาใช้ซึ่งเป็นการลงโทษทางปกครองกับการกระทำที่ฝ่าฝืนวินัยทางการคลัง โดยปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 80 กรณีการกำหนดโทษทางปกครองนี้นำไปสู่ปัญหาหลายประการ คือ 1) ปัญหาด้านความไม่สอดคล้องกันในบริบทความหมายของวินัยทางการคลังระหว่างวินัยทางงบประมาณและการคลัง 2) การบัญญัติกฎหมายวินัยทางการคลังที่ไม่สอดคล้องกับบริบทและแนวคิดของวินัยทางงบประมาณและการคลัง 3) ปัญหาเรื่องผู้ที่ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และ 4) ปัญหาความไม่เหมาะสมของการกำหนดและพิจารณาโทษทางปกครอง ซึ่งท้ายที่สุดนำไปสู่ปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้กฎหมายที่ขาดประสิทธิภาพและขาดความเหมาะสม

การศึกษาวิจัยนี้ ผู้วิจัยใช้วิธีการศึกษาวิจัยแบบนิติศาสตร์ โดยการศึกษาค้นคว้าจากเอกสาร ตำรา หนังสือ วิทยานิพนธ์ และบทความทางวิชาการต่าง ๆ รวมถึงการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) เพื่อทำความเข้าใจบริบทความหมายของวินัยทางการคลัง และศึกษาพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของประเทศไทย เฉพาะส่วนวินัยทางการคลังเปรียบเทียบกับบริบทและกฎหมายการคลังในต่างประเทศ เช่น ประเทศรัฐบราซิล ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศออสเตรเลีย โดยทั้งสามประเทศที่นำข้อมูลมาเปรียบเทียบศึกษามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวินัยการเงินคลังที่ทันสมัย เพื่อนำผลมาศึกษาและวิเคราะห์ลักษณะของกฎหมายวินัยทางการคลังที่มีบริบทและความหมายที่สมบูรณ์ โดยเฉพาะเพื่อนำไปสู่การศึกษาประเด็นเกี่ยวกับปัญหาในการกำหนดและพิจารณาโทษในกฎหมายว่า มีประเด็นใดบ้างและการเสนอแนะแนวทางเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาการกำหนดและพิจารณาโทษตามกฎหมายดังกล่าวให้ถูกต้อง เหมาะสมและมีประสิทธิภาพต่อไป

RETRACTED

2. หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับวินัยทางการคลัง

เพื่อให้การศึกษาในส่วนนี้ทำให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับความหมาย วัตถุประสงค์และกรอบวินัยทางการคลังมากขึ้น ผู้วิจัยขอแบ่งเป็นประเด็น ดังนี้

2.1 ความหมายและวัตถุประสงค์ของวินัยทางการคลัง

การศึกษาเกี่ยวกับวินัยทางการคลัง เบื้องต้นต้องเข้าใจความหมายของคำว่า “วินัยทางการคลัง” อย่างชัดเจนและเพียงพอเพื่อจะได้วิเคราะห์ถึงที่มาและการนำคำดังกล่าวไปใช้ได้อย่างถูกต้อง

คำว่า “วินัยทางการคลัง” มาจากภาษาอังกฤษว่า “fiscal discipline” ซึ่งเป็นถ้อยคำทางเทคนิคของเศรษฐศาสตร์มหภาค เพื่ออธิบายพฤติกรรมของรัฐบาลที่ควบคุมการดำเนินการทางงบประมาณหรือการใช้จ่ายงบประมาณโดยการรักษาสมดุลระหว่างรายรับกับรายจ่าย และไม่ก่อหนี้สาธารณะโดยไม่จำเป็นและเกินความสามารถของรัฐบาล อย่างไรก็ตาม ในอดีตที่ผ่านมาการให้ความหมายของวินัยทางการคลังในประเทศไทยยังขาดความชัดเจน ประกอบกับบริบทที่ผ่านมาวินัยทางการคลังถูกนำมาใช้ในทางการเมือง ในช่วงเวลาที่มีการวิพากษ์วิจารณ์การทำงานของรัฐบาล[1]

จากการศึกษาหนังสือและเอกสารที่เกี่ยวข้องในการให้ความหมายของคำว่า วินัยทางการคลัง พบว่า การให้ความหมายของคำว่า วินัยทางการคลัง ไม่ได้มีการให้นิยามที่ชัดเจน แต่ขึ้นอยู่กับแหล่งที่มาและแนวคิดของนักวิชาการ โดยมีปัจจัยพื้นฐานมาจากแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ทางการคลัง[2] โดยนิยามของคำว่า วินัยทางการคลัง ที่ดั้งเดิมที่สุด คือ การรักษาสมดุลระหว่างรายได้กับรายจ่าย หรือการใช้งบประมาณแบบสมดุล (balanced budget)[3] ซึ่งนิยามของวินัยทางการคลังนี้ได้รับอิทธิพลจากสำนักเศรษฐศาสตร์แบบเสรีนิยมที่รัฐมีบทบาทจำกัดในการใช้เงิน[4] โดยปรากฏในหนังสือความมั่งคงของประชาชาติ (The Wealth of Nation) ของ อดัม สมิธ ซึ่งมีนัยว่า รายได้ที่รัฐจัดเก็บจากประชาชนนั้น ควรจะใช้เฉพาะในสถานการณ์ที่พิเศษเท่านั้น ในสถานการณ์ปกติการใช้จ่ายจึงเป็นสิ่งที่รัฐไม่พึงประสงค์และควรหลีกเลี่ยง ซึ่งจะมีผลให้รัฐมีสถานะทางการคลังที่มั่นคงในช่วงสงคราม

RETRACTED

---

[1]รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, **เศรษฐกิจไทยหลังวิกฤติการณ์ ปี 2540** (กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2545), หน้า 145.

[2]เขมภัทร ทฤษฎิคุณ, “สภาพบังคับของกฎหมายวินัยทางการคลังของไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า 7.

[3]รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, **ฉันทามติวอชิงตัน** (กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2548), หน้า 31.

[4]อรพิน ผลสุวรรณ์ สบายรูป, **กฎหมายการคลัง**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (โครงการตำรากฎหมายและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 32-34.

อันเป็นสภาวะที่รัฐนั้นอาจมีปัญหาในการกู้ยืมเงินมาเพื่อใช้จ่ายในการทำสงคราม ซึ่งทำให้รัฐเกิดความเสี่ยงที่จะสูญเสีย และในขณะเดียวกันการกู้ยืมเงินที่ค่อย ๆ ขยายขึ้นอาจส่งผลให้เกิดการขาดดุลทางการคลังอย่างเรื้อรัง[5] ดังนั้น หากพิจารณาจากความหมายของวินัยทางการคลังของนักวิชาการทางกฎหมาย เศรษฐศาสตร์และรัฐศาสตร์ อาจจำแนกความหมายของคำว่า วินัยทางการคลัง ออกเป็น 2 ประเภท คือ วินัยทางการคลังตามความหมายของสำนักเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมของ อดัม สมิธ และวินัยทางการคลังในความหมายสมัยใหม่ ซึ่งขยายขอบเขตความหมายกว้างกว่าแนวคิดดั้งเดิม[6]

ซึ่งอาจสรุปได้ว่า วินัยทางการคลังในความหมายดั้งเดิมนั้นมีลักษณะเป็นการอธิบายที่มุ่งกล่าวถึงว่าวินัยทางการคลังเป็นกรอบในการรักษาดุลยภาพทางการคลังระหว่างการใช้จ่ายกับรายได้เป็นสำคัญ และควบคุมการขาดดุลทางการคลังโดยกำหนดระดับของการเป็นหนี้สาธารณะในระดับที่รัฐบาลสามารถใช้คืนได้โดยไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนผู้เสียภาษีเกินสมควร และรวมถึงการใช้จ่ายเงินงบประมาณอย่างซื่อสัตย์และไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย ส่วนความหมายของคำว่า วินัยทางการคลังแบบดั้งเดิมและสมัยใหม่ พอสรุปได้ว่า วินัยทางการคลัง คือ กรอบหลักการในการบริหารการคลัง เพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างรายได้ ร่ายจายและหนี้ที่รัฐบาลต้องดำเนินการควบคุมดูแลให้เหมาะสมและไม่เกินขีดความสามารถของรัฐบาลจนก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชน

2.2 การกำหนดกรอบวินัยทางการคลัง

จากความหมาย วัตถุประสงค์และลักษณะของการรักษาวินัยทางการคลังแล้ว ในส่วนนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอเพื่อให้ทราบถึงการกำหนดกรอบวินัยทางการคลัง เพื่อใช้ในการสร้างกรอบการใช้ดุลพินิจของผู้ชำนาจรัฐในทางการคลัง และเครื่องมือที่นำมาใช้ในการกำหนดกรอบวินัยทางการคลังว่าสามารถใช้เครื่องมือแบบใดได้บ้างเพื่อกำหนดกรอบวินัยทางการคลัง

2.2.1 กรอบวินัยทางการคลังในทางเศรษฐกิจ

กรอบวินัยทางการคลังในทางเศรษฐกิจ คือ การกำหนดกรอบในการกำหนดนโยบายหรือการดำเนินการทางการคลังในรูปการกำหนดเป้าหมายหรือตัวชี้วัดทางเศรษฐกิจ เช่น GDP รายจ่าย ดุลของงบประมาณ และการก่อหนี้สาธารณะ เป็นต้น โดยเป้าหมายหรือตัวชี้วัดเหล่านี้มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางการคลังเชิงตัวเลข เช่น การกำหนดสัดส่วนหนี้สาธารณะต่อ GDP ไม่เกิน

---

[5]Adam Smith, **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations** (Edwin Cannan ed: University of Chicago Press, 1977), pp. 1222-1237.

[6]Yilin Hou, **Fiscal Discipline as a Capacity Measure of Financial Management by Sub-national Governments** (Public Administration: Challenge of inequality and Exclusion, Miami, 14-18 September 2003), pp. 6-7.

RETRACTED

ร้อยละ 70[7] หรือการกำหนดภาระหนี้สาธารณะต่องบประมาณไม่เกินร้อยละ 15 ซึ่งรัฐบาลอาจกำหนดระยะเวลาในการบรรลุเป้าหมายเป็นรายปี หรือระยะปานกลางหรือระยะยาว ซึ่งอาจเป็นไปตามสภาวะเศรษฐกิจในขณะนั้น

2.2.2 กรอบวินัยทางการคลังในเชิงแบบแผนและกระบวนการ

กรอบวินัยทางการคลังในเชิงแบบแผนและกระบวนการ เป็นความพยายามในการกำหนดกฎเกณฑ์ในรูปแบบกระบวนการ ระเบียบวิธีหรือแนวทางการปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับการบริหารการคลัง เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและความรับผิดชอบในการบริหารงานคลัง โดยไม่ได้กำหนดเป็นตัวเลขเอาไว้ชัดจน[8] จากการศึกษาพบว่า วินัยทางการคลังในเชิงแบบแผนและกระบวนการสามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม คือ แบบแผนและกระบวนการในเชิงรูปแบบการจัดทำงบประมาณ และแบบแผนและกระบวนการในเชิงความโปร่งใสและความรับผิดชอบ โดยผู้วิจัยสรุปประเด็นรายละเอียดดังนี้

1) แบบแผนและกระบวนการในเชิงรูปแบบของการจัดทำงบประมาณ

เกิดขึ้นจากการพัฒนาการตีความหลักกฎเกณฑ์ทางเทคนิคของการจัดทำงบประมาณภาครัฐในยุโรปช่วงต้นของสหัสวรรษคลาสสิคในศตวรรษที่ 19[9] ซึ่งกรอบวินัยทางการคลังในบริบทนี้กลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของการจัดทำงบประมาณในหลายประเทศ ซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญ 5 หลักการ คือ

(1) หลักความเห็นชอบในทางงบประมาณ คือ การกำหนดให้การจัดเก็บภาษีและการใช้จ่ายงบประมาณจะต้องกระทำเป็นรัฐบัญญัติหรือพระราชบัญญัติ เพื่อให้การจัดเก็บภาษีทุกประเภทและการใช้จ่ายงบประมาณต้องผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน และทำให้รัฐสภาสามารถตรวจสอบอำนาจรัฐในทางการคลังได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย[10]

RETRACTED

---

[7]ประกาศคณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐ เรื่อง กำหนดกรอบในการบริหารหนี้สาธารณะ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2564.

[8]สุปรียา แก้วละเอียด, **กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย** (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 171.

[9]เอื้ออารีย์ อิ้งจะนิล, **หลักกฎหมายการคลัง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 95.

[10]สุปรียา แก้วละเอียด, เรื่องเดิม, หน้า 179.

(2) หลักเกณฑ์การจ่ายเงินแผ่นดิน คือ กำหนดให้การจ่ายเงินแผ่นดินต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย และเฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่างบประมาณรายจ่ายประจำปี ฉะนั้นหากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ยินยอมฝ่ายบริหารก็ไม่สามารถใช้จ่ายเงินแผ่นดินได้[11]

(3) หลักความครอบคลุมของเอกสารงบประมาณ คือ การกำหนดให้การเสนองบประมาณรายจ่ายประจำปีต้องประกอบไปด้วยเอกสารทางงบประมาณสำคัญ ๆ เพื่อประกอบการให้ข้อมูลประกอบการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติ

(4) หลักการอำนาจของรัฐสภาในการอนุมัติงบประมาณ คือ หลักการควบคู่กันกับหลักความยินยอม โดยการกำหนดให้รัฐสภาเป็นผู้อนุมัติงบประมาณซึ่งเป็นผลมาจากแนวคิดที่ว่าในระบอบประชาธิปไตยรัฐบาลมาจากการเลือกตั้งของประชาชน การใช้จ่ายหรือกิจกรรมเกี่ยวกับการใช้จ่ายต้องผ่านความเห็นชอบจากประชาชน โดยผู้แทนของประชาชน คือ รัฐสภา

(5) หลักการห้ามฝ่ายนิติบัญญัติในการริเริ่มกำหนดรายจ่ายแผ่นดิน คือ การกำหนดห้ามฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องไม่ว่าทั้งทางตรงหรือทางอ้อมต่อการกำหนดงบประมาณจ่ายประจำปี เนื่องจากการกำหนดรายจ่ายเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารและฝ่ายบริหารจะทราบถึงความจำเป็นต่อการใช้จ่ายเงินงบประมาณในการบริหารประเทศ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะทำหน้าที่ในการอนุมัติหรือเห็นชอบในการใช้จ่ายเท่านั้น

2) แบบแผนและกระบวนการในเชิงความโปร่งใสและความรับผิดชอบ

แบบแผนและกระบวนการในเชิงความโปร่งใสและความรับผิดชอบ โดยองค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co—operation and Development: OECD) และสถาบันวิชาการทางการคลัง เช่น Institute for Fiscal Studies: FIS ได้กำหนดกรอบแบบแผนในเชิงความโปร่งใสและความรับผิดชอบ โดยมีสาระสำคัญ 5 ประการ พอสรุปได้ดังนี้

(1) หลักความรับผิดชอบ คือ การกำหนดให้รัฐบาลดำเนินนโยบายทางการคลังอย่างรอบคอบ และบริหารจัดการทรัพย์สินของรัฐโดยมีการประเมินความเสี่ยงทางการคลังเพื่อมั่นใจได้ว่าจะเกิดความยั่งยืนทางการคลังในระยะยาว ซึ่งหลักความรับผิดชอบนี้จะมีผลต่อการสร้างเกณฑ์ทางการคลังโดยการระบุไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายทั้งในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ[12]

(2) หลักความโปร่งใส คือ การกำหนดให้รัฐบาลต้องเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เพียงพอให้แก่ประชาชนได้ทราบเพื่อการตัดสินใจและสามารถดำเนินการตรวจสอบนโยบายทางการคลังและสถานะทางการคลังของรัฐบาลได้[13] และทำให้การดำเนินงานของรัฐบาลมีความน่าเชื่อถือ ครบถ้วน เข้าใจ และเทียบกับต่างประเทศ

---

[11]อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, เรื่องเดิม, หน้า 147.

[12]สุปรียา แก้วละเอียด, เรื่องเดิม, หน้า 246.

[13]เรื่องเดียวกัน.

RETRACTED

(3) หลักความมีเสถียรภาพ คือ การกำหนดให้รัฐบาลดำเนินนโยบายทางการคลังอย่างมีเหตุมีผลในลักษณะที่คาดการณ์ได้ และสอดคล้องกับเป้าหมายทางเศรษฐกิจ

(4) หลักความมีประสิทธิภาพ คือ การกำหนดให้รัฐบาลสามารถใช้จ่ายเงินได้อย่างเหมาะสม คุ้มค่าและเกิดประโยชน์สูงสุด

(5) หลักความยุติธรรม คือ การกำหนดให้รัฐบาลต้องดำเนินนโยบายทางการคลังที่มีลักษณะคำนึงถึงผลกระทบทางการเงินการคลังที่จะส่งผลต่อคนรุ่นหลังอย่างสมเหตุสมผล

3) กฎหมายวินัยทางการคลังในฐานะเครื่องมือในการวางกรอบวินัยทางการคลัง

กฎหมายวินัยทางการคลัง หรือกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางการคลัง หมายถึง กรอบกฎหมายที่มีการระบุข้อบังคับ กระบวนการหรือข้อตกลงระหว่างสถาบัน โดยมีจุดประสงค์เพื่อยกระดับผลการดำเนินนโยบายทางการคลัง วินัยทางการคลัง และกลยุทธ์ทางการคลังซึ่งจะต้องได้รับการติดตามประเมินผล[14]

กฎหมายวินัยทางการคลังเป็นการจัดตั้งกลไกเชิงสถาบัน โดยมีเป้าหมายที่จะพัฒนาการมีวินัยทางการคลังโดยการกำหนดให้รัฐบาลต้องทำประกาศเป้าหมายและยุทธศาสตร์ของนโยบายทางการคลังที่สามารถกำกับดูแลได้ ในส่วนที่สำคัญของการจัดทำกฎหมายวินัยทางการคลังนั้นเป็นการกำหนดกรอบทางกฎหมายให้ครอบคลุมความสัมพันธ์เชิงระบบของกระบวนการทางการคลัง ซึ่งมีลักษณะสำคัญของความสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นกระบวนการกำหนดนโยบายทางการคลัง การเปลี่ยนแปลงทางการคลังไปสู่การปฏิบัติ และการติดตามผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการนำนโยบายไปบังคับใช้[15] ซึ่งกระบวนการดังกล่าวจะช่วยให้การดำเนินนโยบายของรัฐบาลมีทิศทางที่สามารถคาดการณ์ได้ มีความน่าเชื่อถือ และเป็นกรอบในการควบคุม กำกับดูแลการใช้ดุลพินิจของรัฐบาลและผู้มีอำนาจได้

3. ความแตกต่างระหว่างวินัยทางงบประมาณและการคลังกับวินัยทางการคลัง

จากการศึกษาความหมายและบริบทของวินัยทางการคลัง พบว่า มีความแตกต่างกันในหลายประเด็น ดังนี้

---

[14]วิมล ชะตามีนา, “ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ....,” ใน **งานสัมมนาโครงการเตรียมความพร้อมเพื่อรับรองการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ....** (กรุงเทพมหานคร: โรงแรมรามาการ์เดนส์ 2558), หน้า 11.

[15]ศิวัสน์ เหลืองสมบูรณ์, “กรอบวินัยทางการคลังและร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ.....,” ใน **50 ปี 50 บทความ นำไทยก้าวไกล** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, 2554), หน้า 75.

RETRACTED

3.1 ด้านความหมาย

จากการพิจารณาด้านความหมายจะเห็นได้ว่า วินัยทางคลังมีความหมายสื่อไปในลักษณะของหลักการซึ่งกำหนดแนวทางในการบริหารการคลัง เพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างรายได้และรายจ่ายของรัฐบาล และรวมไปถึงการควบคุมการก่อหนี้สาธารณะในระดับที่รัฐบาลมีความสามารถที่จะสามารถบริหารจัดการได้อย่างเหมาะสมโดยไม่ก่อให้เกิดภาระทางการคลังต่องบประมาณในอนาคตและไม่เป็นภาระให้แก่คนรุ่นหลังจนเกินไป รวมทั้งการใช้จ่ายงบประมาณให้เป็นไปอย่างเหมาะสม มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายการคลังต่าง ๆ [16] ซึ่งมีนัยทั้งในทางเศรษฐศาสตร์และทางกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากความหมายของวินัยทางงบประมาณและการคลังที่มีความหมายสื่อไปลักษณะของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่ว่าด้วยข้อกำหนดที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ใดที่เกี่ยวข้องกับการรับ การเบิก การจ่าย การใช้ประโยชน์ การเก็บรักษา การจัดการซึ่งเงินทองทรัพย์สินตลอดจนผลประโยชน์อื่น ๆ เกี่ยวกับการคลังสาธารณะ และการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารงานพัสดุภาครัฐ ซึ่งหากฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษทางปกครองอันเป็นความหมายและบริบททางกฎหมายเท่านั้นและไม่สื่อให้เห็นถึงความหมายทางเศรษฐศาสตร์เหมือนกับวินัยทางการคลัง

3.2 ด้านวัตถุประสงค์

วินัยทางการคลังมีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐศาสตร์และกฎหมายเพื่อรักษาเสถียรภาพและความยั่งยืนทางการคลังและเศรษฐกิจ โดยขยายไปถึงกระบวนการจัดทำและบริหารงบประมาณของรัฐบาลอย่างมีประสิทธิภาพ [17] เพื่อนำมาซึ่งความโปร่งใสและความรับผิดชอบทางการคลังของผู้ใช้อำนาจรัฐ แต่วินัยทางงบประมาณและการคลังมีบริบทที่มาจากฝรั่งเศสซึ่งมีวัตถุประสงค์แคบกว่าเพราะมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐในเรื่องการบริหารงานคลังเพื่อให้เกิดการทุจริตหรือรับรู้โดยบัญญัติฐานความผิดทางปกครองเอาไว้ [18]

RETRACTED

---

[16] ภัทรวรินทร์ บุญชู, “ปัญหาการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560,” (ดุษฎีนิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 273.

[17] สุปรียา แก้วละเอียด, มาตรการลงโทษทางปกครองกรณีการกระทำความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ, ใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ (บรรณาธิการ), **ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุญ** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 552.

[18] ภัทรวรินทร์ บุญชู, เรื่องเดิม, หน้า 66.

3.3 ด้านขอบเขตการบังคับใช้

จากการพิจารณาขอบเขตของการบังคับใช้เห็นว่า วินัยทางการคลัง มีขอบเขตกว้าง ครอบคลุมการดำเนินงานทางการคลังหมด ตั้งแต่ระดับนโยบายทางการคลังในเรื่องรายได้สาธารณะ รายจ่ายสาธารณะ และการก่อหนี้สาธารณะ นอกจากนี้ วินัยทางการคลังยังครอบคลุมถึงการบริหารทางการคลัง อันได้แก่ การนำส่งรายได้เข้าคลัง การก่อหนี้ การผูกพันหรือการเบิกจ่าย และการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารงานพัสดุ และด้วยขอบเขตดังกล่าว วินัยทางการคลังจึงครอบคลุมการใช้อำนาจของรัฐบาล ที่มีผลผลิตของการใช้อำนาจเป็น “การกระทำทางรัฐบาล (L’acte de gouvernement)” ซึ่งเป็นการกระทำในทางการเมืองและการใช้อำนาจรัฐในการปกครองที่มีผลผลิตของการใช้อำนาจเป็น “การกระทำของฝ่ายปกครอง (Les acte de l’administration)” แต่วินัยทางงบประมาณและการคลังมีขอบเขตแคบกว่า เพราะมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับการเงินการคลัง โดยไม่รวมถึงระดับนโยบายทางการคลัง[19]

3.4 ลักณะของการนำไปใช้

วินัยการคลังประกอบด้วยแนวทางเศรษฐศาสตร์และกฎหมาย การนำกรอบแนวคิดวินัยทางการคลังไปใช้จึงสามารถทำได้หลายลักษณะ ได้แก่ การกำหนดเป็นกฎเกณฑ์ทางการคลัง การจัดการด้านสถาบัน การใช้กฎหมายวินัยทางการคลังจึงขึ้นอยู่กับบริบทและความเหมาะสมของประเทศนั้น ๆ กับสภาวะเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น ซึ่งหากประเทศใดมีปัญหาด้านเศรษฐกิจมากหรือมีความกังวลว่าจะเกิดการละเมิดต่อวินัยการคลังมาก และโดยสภาพของกฎเกณฑ์ทางการคลังและการจัดการด้านสถาบันอาจไม่เพียงพอก็อาจจำเป็นต้องตรากฎหมายวินัยทางการคลังเพื่อใช้บังคับได้ ซึ่งแตกต่างจากวินัยทางงบประมาณและการคลังซึ่งเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจทางการคลังของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ซึ่งหากพบว่ามีการฝ่าฝืนก็จะมีบทลงโทษทางปกครอง

3.5 ด้านสภาพการบังคับใช้

ด้วยวินัยทางการคลังประกอบด้วยแนวทางเศรษฐศาสตร์และกฎหมาย และครอบคลุมการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง ดังนั้น หากนำกรอบวินัยทางการคลังมาบัญญัติเป็นกฎหมายวินัยทางการคลัง การกำหนดสภาพบังคับใช้กับกฎหมายวินัยทางการคลังจึงไม่มีสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายได้ในทุกกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการตัดสินใจทางนโยบายทางการคลังซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะไม่สามารถตรวจสอบด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำได้ด้วยเหตุผลสองประการ คือ 1) เนื่องจากการกระทำในลักษณะนี้ไม่มีผลเป็นการก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิ

[19]สุปรียา แก้วละเอียด, เรื่องเดิม, หน้า 552.

RETRACTED

ของปัจเจกบุคคลได้โดยตรง อันทำให้ปัจเจกบุคคลผู้นั้นสามารถนำเอาการกระทำทางรัฐบาลไปดำเนินการตรวจสอบโดยใช้เกณฑ์ทางกฎหมายได้[20] และ 2) การกระทำในทางการเมืองมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองซึ่งดำเนินการเพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งการดำรงอยู่ของรัฐ การวางนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนการกระทำที่เกี่ยวข้องระหว่างคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา[21] ซึ่งการกระทำทางการเมืองนี้รัฐบาลได้รับความไว้วางใจจากประชาชนและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน หากมีการกำหนดนโยบายผิดพลาดในการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐบาลก็มีความรับผิดชอบในทางการเมืองต่าง ๆ อยู่ เช่น การตั้งกระทู้ถาม การอภิปรายไม่ไว้วางใจ การตรวจสอบโดยสื่อมวลชนและการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำในทางการเมืองนั้นโดยสภาพแล้วอยู่ในดุลพินิจขององค์กรทางการเมืองที่กฎหมายจะเข้าไปกำหนดกฎเกณฑ์ควบคุม[22] สภาพบังคับของวินัยทางการคลังที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลจึงควรว่ากล่าวกันในทางการเมือง และในบางกรณีที่พบว่ารัฐบาลละเมิดกรอบวินัยทางการคลัง อาจมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้เกิดการอภิปรายเกี่ยวกับความโปร่งใสหรือความรับผิดชอบต่อรัฐสภาได้ แต่วินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นบริบทการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการลงโทษจึงสามารถทำได้

ดังนั้นแล้ว จะเห็นได้ว่า วินัยทางการคลังกับวินัยทางงบประมาณและการคลังมีบริบทที่มา ความหมาย วัตถุประสงค์ ขอบเขตการบังคับใช้ ตลอดจนสภาพการบังคับใช้ก็มีความแตกต่างกัน

4. แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดและเกี่ยวกับวินัยทางการคลัง

มาตรการควบคุมการเงินการคลังของรัฐ หรือ วินัยทางงบประมาณและการคลัง มีหลักสำคัญว่าเจ้าหน้าที่หรือบุคคลากรที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลัง เมื่อเข้ามาทำงานให้กับราชการหรือหน่วยงานแล้วสิ่งที่จะต้องถูกผูกพันไปโดยตลอดก็คือ “หน้าที่และอำนาจ” เพราะเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงาน ซึ่งจะส่งผลสำเร็จต่องานราชการหรืองานของหน่วยงาน เมื่อดำรงตำแหน่งหน้าที่ใดแล้วก็จำเป็นที่จะต้องมีข้อกำหนดหรือมาตรการสำหรับประพฤติปฏิบัติตัวตามตำแหน่งหน้าที่นั้น ๆ โดยที่ลักษณะทั่วไปของความผิดที่เกี่ยวข้องกับวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น ผู้วิจัยขอนำเสนอแนวคิดที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

---

[20]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (โครงการตำรากฎหมายและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 243.

[21]เรื่องเดียวกัน, หน้า 243.

[22]บวรศักดิ์ อุวรรโณ, **คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 188-189.

RETRACTED

4.1 ลักษณะความรับผิดทางวินัยงบประมาณการคลัง

โดยที่ลักษณะทั่วไปของความผิดวินัยทางงบประมาณ และการคลังนั้น ประกอบด้วยบุคคลที่ต้องรับผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง องค์ประกอบความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง โทษวินัยทางงบประมาณและการคลัง ตลอดจนการบังคับโทษวินัยทางงบประมาณและการคลัง ดังรายละเอียดต่อไปนี้

4.1.1 บุคคลที่ต้องรับผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง

ด้วยเหตุที่ความรับผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังมีที่มาจากประเทศฝรั่งเศส ซึ่งผู้มีอำนาจสั่งจ่ายและสมุห์บัญชี (หรือผู้จ่าย) มีอำนาจหน้าที่แยกกันอย่างเด็ดขาด โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ ไม่ให้ผู้มีอำนาจตัดสินใจ (ในการสั่งจ่ายเงินงบประมาณหรือการเก็บรายได้) เป็นผู้ที่ “สัมผัส” เงินนั้นโดยตรง และในทางตรงข้าม ผู้ที่ “สัมผัส” เงินจะไม่มีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้เงินนั้น ทั้งนี้ เพื่อสองฝ่ายจะได้ทำการตรวจสอบจะได้ทำการตรวจสอบซึ่งกันและกัน[23] โดยศาลบัญชีมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและพิพากษาบัญชีของสมุห์บัญชีเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบและพิพากษาลงโทษผู้สั่งจ่ายจึงนำมาสู่การจัดตั้งศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังในเวลาต่อมา เพื่ออุดช่องว่างเรื่องความรับผิดของผู้สั่งจ่าย ซึ่งบุคคลที่ต้องรับผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังก็คือ ผู้มีอำนาจสั่งจ่ายของหน่วยงานต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลบัญชี ซึ่งรวมไปถึงผู้ที่กระทำการแทนผู้มีอำนาจสั่งจ่ายด้วย[24]

ทั้งนี้ ตามมาตรา L.312-1 แห่งประมวลกฎหมายศาลตรวจเงินแผ่นดินนั้นได้กำหนดให้บุคคลที่ต้องรับผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังประกอบไปด้วย

1) บุคคลในสังกัดของสำนักงานคณะรัฐมนตรี ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนหรือฝ่ายทหารของรัฐ ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน รวมทั้งองค์กรร่วมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ

2) ผู้แทน ผู้บริหารและเจ้าหน้าที่ขององค์กรที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลบัญชีหรือศาลบัญชีภาค

นอกจากนี้ มาตรา L.312-1 วรรคสอง ยังได้กำหนดให้ข้าราชการการเมืองระดับชาติและระดับท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้งไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง อันได้แก่ คณะรัฐมนตรี และผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ประธานสภาภาค ประธาน

RETRACTED

[23]อนัญ ยศสุนทร, “บทบาทในปัจจุบันของศาลตรวจเงินแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 36, 2 (มิถุนายน 2550): 340-366.

[24]สุปรียา แก้วละเอียด, **กฎหมายงบประมาณของต่างประเทศ: ข้อคิดและประสบการณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส**, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 186.

สภาจังหวัด ประธานสภาบริหารของดินแดนโพ้นทะเล นายกเทศมนตรี ประธานองค์กรร่วมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้ง[25] แต่อย่างไรก็ดี รัฐบัญญัติลงวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1993 ว่าด้วยการป้องกันปราบปรามการทุจริตได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจสั่งจ่ายเงินที่ได้รับการเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจถูกฟ้องคดีได้เพียงความผิดบางประเภท คือ

1) กรณีทำให้หน่วยงานของรัฐถูกตัดสินว่ามีความผิด อันเนื่องมาจากที่ไม่ปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลทั้งหมดหรือบางส่วน หรือปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลล่าช้า

2) กรณีที่ไม่ชำระเงินตามคำพิพากษาของศา

3) กรณีที่ผู้สั่งจ่ายมีความรับผิดในการสั่งจ่ายเป็นการเฉพาะ เนื่องจากได้ใช้อำนาจสั่งให้ผู้สั่งจ่ายหรือสมุห์บัญชีจ่ายเงิน และ

4) การเอื้อให้ผู้อื่นได้รับประโยชน์ทางในรูปของเงินหรือในรูปสิ่งของโดยสมควรก่อให้เกิดความเสียหายต่อคลังของรัฐและต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานของรัฐ

อีกทั้งในหลาย ๆ ประเทศที่มีการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับบุคคลที่ต้องรับผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังไว้ในลักษณะเดียวกับประเทศฝรั่งเศส เช่นในประเทศโมร็อกโก[26] และประเทศตูนิเซีย[27] ที่กำหนดให้บุคคลที่อยู่ภายใต้การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น ได้แก่ เจ้าหน้าที่รัฐ เจ้าหน้าที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลัง และผู้ที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการเกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลัง แต่ไม่รวมถึงข้าราชการการเมือง และข้าราชการที่มาจากการเลือกตั้ง เนื่องจากบุคคลดังกล่าวต้องรับผิดต่อฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงอยู่แล้ว

ส่วนของประเทศไทยนั้น วินัยทางงบประมาณและการคลัง เป็นมาตรการในการควบคุมการเงินการคลังของรัฐ เพื่อให้ระบบการควบคุมตรวจสอบการเงินแผ่นดิน เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีวินัย จึงใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำการเกี่ยวกับการเงินการคลังของรัฐ โดยบุคคลที่ต้องรับผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่ ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น แต่ไม่รวมถึงข้าราชการการเมืองตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการการเมือง ซึ่งมีบทบัญญัติไว้เป็นกรณีเฉพาะว่า เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระอื่นและฝ่ายการเมือง ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศฝรั่งเศสเช่นเดียวกัน

---

[25]เรื่องเดียวกัน, หน้า 204.

[26]มาตรา 51 และ มาตรา 52 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการคลัง (Dahir n° 1-02-124 du 1er rabii II 1423 portant promulgation de la loi n° 62-99 formant code des juridictions financières.)

[27]La Cour des comptes, **Des justuciables de la cour de discipline financiere** [Online], available URL: http://www.courdescomptes.nat.tn/Fr/des- justuciables-de-la-cour-de-discipline-financiere_11_98, 2024 (January, 5).

RETRACTED

จากบริบทดังกล่าว แสดงให้เห็นได้ว่าบุคคลที่ต้องรับผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังต้องเป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลัง ทั้งที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลังโดยตรงและได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลัง รวมไปถึงข้าราชการการเมืองท้องถิ่นที่มีหน้าที่ดังกล่าวด้วย แต่ไม่รวมถึงข้าราชการการเมืองระดับชาติ ด้วยเหตุที่โดยทั่วไปแล้วข้าราชการการเมืองระดับชาติ มักไม่ค่อยมีอำนาจหน้าที่ด้านการบริหารการเงินการคลัง รวมทั้งต้องถูกควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติผ่านกลไกของการตั้งกระทู้ถาม หรือการลงมติไม่ไว้วางใจอยู่แล้ว

อย่างไรก็ดี การกำหนดบุคคลที่ต้องรับโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังนี้ก็ขึ้นอยู่กับบริบทการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศเป็นสำคัญด้วย กล่าวคือ บางประเทศอาจมีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างผู้มีอำนาจสั่งจ่ายและสมุห์บัญชีอย่างชัดเจนในขณะที่บางประเทศไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ดังกล่าวไว้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในหลายประเทศกำหนดให้บุคคลที่ต้องรับผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลังโดยไม่ได้แบ่งแยกเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งจ่ายหรือสมุห์บัญชี ตัวอย่างเช่น ในประเทศโมร็อกโก ประมวลกฎหมายว่าด้วยการคลัง มาตรา 54-56[28] ได้กำหนดบุคคลที่ต้องรับโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังออกเป็น 3 กรณี คือ บุคคลที่มีหน้าที่อนุมัติ สั่งจ่าย (Ordonnateur) บุคคลที่มีหน้าที่ตรวจสอบการกระทำที่ผูกพันทางการเงิน (The Financial Controller) และสมุห์บัญชี (Comptable) เป็นต้น

4.1.2 ฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง

เมื่อศึกษาฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังจากต่างประเทศแล้วพบว่าแทบทุกประเทศล้วนมีการบัญญัติฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังไว้ ในลักษณะกว้าง ๆ ไม่ได้ครอบคลุมการบริหารการเงินการคลังทุกเรื่อง ดังตัวอย่างเช่น ความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในประเทศฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1) ความผิดในการดำเนินการเกี่ยวกับรายรับ รายจ่าย และการจัดการทรัพย์สิน เช่น การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับในเรื่องของการควบคุมทางการคลัง การกำหนดประเภทรายจ่ายไม่ถูกต้อง การผูกพันงบประมาณรายจ่ายโดยไม่มีอำนาจ การฝ่าฝืนระเบียบเกี่ยวกับการรับจ่ายเงิน

2) ความผิดในการดำเนินการตามกฎเกณฑ์อื่น ซึ่งไม่เกี่ยวกับการรับ การจ่าย หรือการจัดการทรัพย์สิน เช่น การจงใจละเว้นไม่ส่งเอกสารเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี การเอื้อประโยชน์ให้

[28]La Cour des comptes, **Code des juridictions financières** [Online], available URL: https://www.courdescomptes.ma/publication/code-des-juridictions-financieres/, 2024 (January, 20).

RETRACTED

ผู้อื่นได้รับประโยชน์ทั้งในรูปของเงินหรือสิ่งของ การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง เนื่องด้วยละเลยในการควบคุมตรวจสอบ ละเว้น หรือประมาทเลินเล่อเป็นประจำในการกำกับดูแล และการไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา โดยที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลังไม่ได้กำหนดฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังครอบคลุมการดำเนินการของผู้สั่งจ่ายทุกเรื่อง ในขณะที่ฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศโมร็อกโกตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการคลัง (Dahir n° 1-02-124 du 1er rabii II 1423 portant promulgation de la loi n° 62-99 formant code des juridictions financières.)[29] นั้น ก็กำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ ในลักษณะเดียวกับประเทศฝรั่งเศส โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท เช่นเดียวกันกล่าวคือ

(1) ความผิดในการดำเนินการเกี่ยวกับการรับ รายจ่าย และการจัดการทรัพย์สิน เช่น การฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับในเรื่องของการใช้จ่ายเงิน การจัดซื้อจัดจ้างพัสดุภาครัฐ ตลอดจนการก่อหนี้และการบริหารหนี้สาธารณะด้วย

(2) ความผิดในการดำเนินการตามกฎเกณฑ์อื่น ซึ่งไม่เกี่ยวกับการรับ การจ่าย หรือการจัดการทรัพย์สิน เช่น การปกปิดหรือปลอมแปลงข้อมูลเกี่ยวกับเอกสารทางการคลัง การละเลยไม่ส่งเอกสารเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี การได้ประโยชน์ให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์และการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ส่วนของประเทศไทย การกำหนดฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 เกิดขึ้นจากผลการตรวจสอบขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน ที่พบการกระทำความผิดนั้นซ้ำ ๆ จึงกำหนดเป็นฐานความผิดขึ้นเพื่อป้องปรามมิให้เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลังกระทำความผิดซ้ำอีก โดยสามารถจำแนกตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 หมวด 3 วินัยการเงินการคลัง คือ รายได้ รายจ่าย การได้มาซึ่งทรัพย์สินและการบริหารทรัพย์สิน การก่อหนี้และบริหารหนี้ เงินนอกงบประมาณและทุนหมุนเวียน และ การคลังท้องถิ่น

ดังนั้น ฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังจึงไม่ได้ครอบคลุมการดำเนินการในการบริหารการเงินการคลังทุกเรื่อง แต่ความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินของแต่ละประเทศนั้น ๆ อีกทั้ง โดยส่วนใหญ่เพียงการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ ข้อบังคับก็ถือเป็นความผิดวินัยทางการคลังแล้ว (fautes de gestion)

[29]La Cour des comptes, **Code des juridictions financières**, ibid.

RETRACTED

4.1.3 องค์ประกอบความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง

จากที่ได้ศึกษาลักษณะความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ในหลาย ๆ ประเทศ พบว่า แทบทุกประเทศมีการกำหนดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ในลักษณะที่ว่าหากเจ้าหน้าที่รัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลังปฏิบัติฝ่าฝืนหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลังแล้ว ย่อมเป็นความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยไม่ได้นำองค์ประกอบ “จงใจ” มาเป็นหลักในการพิจารณากำหนดโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังแต่อย่างใด เว้นแต่เป็นกรณีที่มีความสำคัญ กฎหมายก็จะกำหนดว่าการกระทำนั้นต้องกระทำโดยจงใจ จึงจะถือเป็นความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ดังตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลังของประเทศฝรั่งเศส มาตรา L.313-5 ที่กำหนดให้บุคคลตามมาตรา L.312-1 ต้องรับผิดทางวินัยทางงบประมาณและการคลัง หากจงใจละเว้นการยื่นแบบแสดงรายการหรือการส่งเอกสาร หรือยื่นแบบแสดงรายการหรือการส่งเอกสารที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนให้แก่หน่วยงานที่จัดเก็บภาษี เป็นต้น ในขณะที่ประเทศไทยได้กำหนดให้ “จงใจ” เป็นองค์ประกอบความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในทุกกรณี ดังจะเห็นได้จากระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ข้อ 5 กำหนดว่า “เจ้าหน้าที่ผู้ใดจงใจฝ่าฝืน มาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินการคลังของรัฐตามที่กำหนดในหมวดนี้ ถือว่ากระทำผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง”[30] และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 ข้อ 21(2)(ข) กำหนดว่า “มีลักษณะเป็นการจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ...

แต่อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่าด้วยเจตนารมณ์ของการควบคุมตรวจสอบด้านวินัยทางงบประมาณและการคลังที่ต้องการควบคุมการเงินการคลังของรัฐให้มีประสิทธิภาพและมีวินัยสามารถป้องปรามไม่ให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำผิดเกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลังของรัฐ หากกำหนดให้ “จงใจ” เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังแล้ว ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการพิสูจน์ความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง และไม่สามารถป้องปรามการกระทำผิดได้ตามเจตนารมณ์ของการควบคุมตรวจสอบด้านวินัยทางงบประมาณและการคลัง

4.1.4 โทษวินัยทางงบประมาณและการคลัง

ด้วยการตรวจสอบด้านวินัยทางงบประมาณและการคลัง เป็นการควบคุมตรวจสอบหลังการบริหารงบประมาณ อันถือเป็น “การกระทำทางปกครอง” ประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นกลไกในการป้องปรามไม่ให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำผิดกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ด้านการบริหาร

---

[30]ปัจจุบันถูกยกเลิกโดยระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562.

RETRACTED

การเงินการคลัง โดยมิได้มุ่งเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นดังเช่นการลงโทษทางแพ่ง ดังนั้น โทษวินัยทางงบประมาณและการคลัง จึงถือเป็น “โทษทางปกครอง” (sanction administrative) ที่องค์กรปกครองฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดซึ่งเป็นผลร้ายแก่ผู้ที่กระทำความผิด เป็นการลงโทษที่ละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือคำสั่งขององค์กรฝ่ายปกครอง และวิธีการลงโทษทางปกครองในแต่ละกรณีเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย และอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้กระทำผิดระลึกถึงหน้าที่ที่จะต้องกระทำตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งต่างจากโทษทางอาญาที่ผู้กระทำผิดจะไม่ได้รับการตำหนิในแง่จริยศาสตร์สังคม[31]

4.2 ความหมายและวัตถุประสงค์ของโทษทางปกครอง

เพื่อให้เข้าใจในเรื่องการกำหนดและการลงโทษทางปกครองในเรื่องการกระทำผิดหรือการฝ่าฝืนวัยทางงบประมาณและการคลัง ผู้วิจัยขอนำเสนอความหมายและวัตถุประสงค์ของโทษทางปกครอง ดังนี้

ศาสตราจารย์เรอเน่ ชาปูส์ (René Chapus) และศาสตราจารย์ฌ็อง ริเวโร (Jean Rivero) อธิบายความหมายของ “โทษทางปกครอง” ว่า โทษทางปกครองเป็นวิธีการหนึ่งในการทำให้ประชาชนปฏิบัติตามคาสั่งทางปกครอง โดยนอกเหนือจากการดำเนินการทางอาญาแล้ว ฝ่ายปกครองอาจกำหนดโทษทางปกครองและใช้การบังคับทางปกครอง[32] เพื่อให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้ จากความเห็นดังกล่าว สามารถสรุปลักษณะของโทษทางปกครอง[33] ได้ดังนี้

1) โทษทางปกครองเป็นมาตรการลงโทษ เนื่องจากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งทางปกครอง

2) ความผิดที่จะกำหนดให้มีโทษทางปกครองส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่มีการละเมิดหน้าที่ตามกฎหมายที่บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำเพื่อประโยชน์แห่งการจัดทำบริการสาธารณะ โดยลักษณะของความผิดดังกล่าวจะไม่มีลักษณะเป็นความชั่วร้ายหรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

RETRACTED

---

[31]ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, **รายงานการศึกษาวิจัยสมบูรณ์ เรื่อง การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส** (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2552), หน้า 10.

[32]กฤษณ์ วสีนนท์, **ร่างรายงานการวิจัย เรื่อง มาตรการบังคับทางปกครอง: ศึกษากรณีการแยกการปรับทางปกครองออกจากโทษปรับทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส** (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547), หน้า 20.

[33]องคอาสน เจริญสุข, “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 33.

3) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาและกำหนดโทษทางปกครองซึ่งจะอยู่ในรูปแบบของการออกคำสั่งทางปกครอง

4) การกำหนดโทษทางปกครองมีวัตถุประสงค์ เพื่อประโยชน์แห่งการบริการสาธารณะซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ หากพิจารณาถึงรูปแบบการลงโทษทางปกครองของประเทศต่าง ๆ แล้ว สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ ด้วยกัน คือ

1) โทษเป็นตัวเงิน เช่น โทษปรับทางปกครอง เนื่องจากมีวัตถุประสงค์ให้การลงโทษเป็นการป้องปรามกับผู้กระทำความผิดเองและต่อบุคคลอื่นในสังคมมิให้กระทำละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมายโดยการกำหนดโทษปรับ มีได้ในหลายลักษณะด้วยกัน เช่น การปรับตามจำนวนอัตราขั้นต่ำสุด-ขั้นสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด (Ordinary Fine) การปรับตามจำนวนเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด การปรับตลอดระยะเวลาที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย (ความผิดต่อเนื่อง) หรือ การปรับตามวันและรายได้ของผู้กระทำความผิด (Day Fine) เป็นต้น

2) โทษที่มีผลกระทบต่อชื่อเสียง เช่น การประกาศชื่อของผู้กระทำผิด หรือการตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน

3) การพักใช้หรือเพิกถอนสิทธิหรือใบอนุญาตขององค์กรฝ่ายปกครอง เช่น การพักใช้ใบอนุญาตต่าง ๆ

โดยจากการศึกษาโทษในนัยทางงบประมาณและการคลังในนานาประเทศ พบว่าทุกประเทศล้วนกำหนดโทษอยู่ในลักษณะของ “โทษปรับทางปกครอง” ทั้งสิ้น โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะด้วยกัน คือ

1) กรณีที่ไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำสุดและสูงสุดไว้ ได้แก่ ประเทศแคมารูน

2) กรณีที่กำหนดโทษขั้นสูงอย่างเดียวโดยไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำไว้ ได้แก่ ประเทศคองโก และประเทศแอลจีเรีย โดยในส่วนของประเทศคองโกกำหนดให้โทษปรับต้องไม่เกินกว่า 2 เท่าของจำนวนเงินเดือนที่บุคคลที่กระทำผิดได้รับแต่ละเดือน ส่วนในประเทศแอลจีเรียกำหนดให้โทษปรับต้องไม่เกินกว่าเงินเดือนที่ได้รับทั้งปี และหากเป็นกรณีเอื้อประโยชน์ให้ตนเองหรือผู้อื่นต้องได้รับโทษไม่เกินกว่า 2 เท่าของเงินเดือนที่ได้รับทั้งปี

3) กรณีที่กำหนดโทษขั้นต่ำสุดและโทษสูงสุดไว้ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศตูนิเซีย ประเทศโมร็อกโก และประเทศมาดากัสการ์ โดยแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ

(1) กรณีที่กำหนดโทษขั้นต่ำสุดเป็นจำนวนเงินและกำหนดโทษขั้นสูงสุดด้วยอัตราเงินเดือน ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศโมร็อกโก กล่าวคือ ในประเทศฝรั่งเศสกำหนดโทษปรับเป็น 2 กรณี คือ กรณีทั่วไป ค่าปรับไม่ต่ำกว่า 150 ยูโร แต่จำนวนสูงสุด ต้องไม่เกินจำนวนเงินได้หรือเงินเดือนรวมทั้งปีก่อนหักค่าใช้จ่าย ณ วันที่มีการกระทำความผิด และกรณีเฉพาะค่าปรับ

RETRACTED

ไม่ต่ำกว่า 300 ยูโร แต่จำนวนสูงสุดต้องไม่เกินจำนวนเงินได้หรือเงินเดือนรวมสองปี ก่อนหักค่าใช้จ่าย ณ วันที่มีการกระทำความผิด[34] และในประเทศโมร็อกโกได้กำหนดให้ต้องรับโทษปรับแต่ละฐานความผิด โทษปรับต้องไม่น้อยกว่า 1,000 เดียร์แฮม แต่ต้องไม่เกินกว่าจำนวนเงินได้รวมทั้งปี ณ วันที่กระทำผิด อีกทั้ง โทษปรับรวมทุกฐานความผิดแล้วต้องไม่เกินกว่า 4 เท่าของจำนวนเงินได้รวมทั้งปี ณ วันที่กระทำผิด

(2) กรณีที่กำหนดโทษขั้นต่ำสุดและโทษสูงสุดด้วยอัตราเงินเดือน ได้แก่ ประเทศตูนิเซีย โดยกำหนดให้ต้องรับโทษปรับเป็นจำนวนเงินเดือนขณะกระทำความผิด จำนวน 1-12 เดือน

(3) กรณีที่กำหนดโทษขั้นต่ำสุดและโทษสูงสุดเป็นจำนวนเงิน ได้แก่ ประเทศมาดากัสการ์ที่กำหนดโทษปรับไว้เป็นจำนวน 300,000 – 30,000,000 อาเรียรีมาดากัสการ์

ขณะที่ประเทศไทยได้กำหนดให้โทษฐานวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นโทษปรับทางปกครองเช่นกัน ตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 ข้อ 43 วรรคสอง กำหนดว่า ในการลงโทษปรับทางปกครอง จะลงโทษปรับเป็นเงินเกินเงินเดือนสิบสองเดือนของผู้ถูกลงโทษมิได้

จากแนวคิดดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การกำหนดโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลังโดยส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบ “โทษปรับทางปกครอง” ที่อิงกับเงินได้ หรือเงินเดือนขณะกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่และการลงโทษปรับทางปกครองนั้นไม่ถือเป็นการตัดอำนาจในการดำเนินความผิดอื่นอีก ซึ่งเหตุที่เป็นเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าน่าจะเป็นเพราะเงินได้หรือเงินเดือนที่ได้รับนั้นสะท้อนถึงตำแหน่งความรับผิดชอบที่สูงขึ้น ดังนั้น หากมีตำแหน่งสูงก็ย่อมต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบมากกว่าบุคคลที่ตำแหน่งเล็กกว่า

4) การบังคับโทษวินัยทางงบประมาณและการคลัง

ด้วยเหตุที่การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังส่วนใหญ่อยู่ในรูปแบบองค์กรตุลาการ ซึ่งก็อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังและศาลบัญชี จึงส่งผลให้การควบคุมตรวจสอบวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นการกระทำทางตุลาการ และผลการพิจารณาวินิจฉัยอยู่ในสถานะของ “คำพิพากษา” อันมีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุด (res judicata) องค์กรอื่นจะมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เว้นแต่องค์กรตุลาการ ซึ่งอยู่ในลำดับสูงขึ้นไป รวมถึงหากเกิดกรณีไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาก็จะเข้าสู่กระบวนการบังคับตามคำพิพากษาตามที่กฎหมายแต่ละประเทศกำหนดไว้

อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศ เช่น ประเทศแคมารูนและประเทศไทย การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังกลับกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งคำวินิจฉัยชี้ขาดอยู่ในลักษณะของ “คำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น หากเกิดกรณีไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัย จึงต้อง

[34]สุปรียา แก้วละเอียด, เรื่องเดิม, หน้า 206-207.

RETRACTED

ใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยต่อไป ดังนั้น ด้วยเหตุที่การพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง มีทั้งกรณีที่เป็น “คำพิพากษา” และกรณีที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” จึงอาจกล่าวได้ว่า การบังคับโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น มีทั้งส่วนที่เป็นการใช้อำนาจทางตุลาการในการบังคับให้เป็นไปตามคาพิพากษา และส่วนที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองในการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง แต่หากหน่วยงานทางปกครองใช้มาตรการบังคับทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว องค์กรตุลาการก็สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้อีกชั้นหนึ่ง

5. เปรียบเทียบหลักการของกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ เกี่ยวกับการกำหนดและพิจารณาโทษในกฎหมายการคลัง

จากการศึกษาข้อมูลและบริบททั้งทางด้านกฎหมายและแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดและพิจารณาโทษในกฎหมายคลังของบริบทต่างประเทศและประเทศไทย ผู้วิจัยได้เปรียบเทียบและนำเสนอรายละเอียด ดังนี้

5.1 ประเทศไทย

5.1.1 การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการตรวจสอบและติดตามการปฏิบัติตามกฎหมาย สภาพบังคับโทษจะเข้าลักษณะทางบริหารราชการแผ่นดิน เช่น การใช้อำนาจในบังคับบัญชามอบหมายสั่งการ เป็นต้น

5.1.2 การใช้อำนาจในการตรวจสอบ การรายงานต่าง ๆ ของฝ่ายการเมือง สภาพบังคับโทษจะเป็นไปโดยการวางหลักเกณฑ์รับผิดชอบทางการเมือง เช่น การตั้งกระทู้ถาม การอภิปรายไม่ไว้วางใจ เป็นต้น

5.1.3 การกระทำทางปกครองที่ฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครอง กฎ หรือความชอบด้วยกฎหมาย สภาพบังคับโดยการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ เช่น ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครองแล้วแต่กรณี

5.1.4 การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งหากกรณีเป็นการกระทำผิดต่อประมวลกฎหมายอาญา 157 ก็จะใช้ประมวลกฎหมายอาญาในการพิจารณาลงโทษ หรือหากเป็นกรณีวินัยราชการก็ใช้เกณฑ์การลงโทษทางวินัยมาพิจารณา เป็นต้น

5.1.5 การฝ่าฝืนพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ สภาพบังคับโทษจะเป็นการนำเรื่องโทษทางปกครองมาพิจารณา ซึ่งประเด็นนี้จะมีปัญหาในการพิจารณาและการบังคับโทษ

RETRACTED

5.2 ประเทศบราซิล

ประเทศบลาซิล ได้กำหนดกลไกของการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายวินัยทางการคลัง โดยการกำหนดเป็นความผิดทางอาญาประเภทหนึ่งเรียกว่า ความผิดทางอาชญากรรมการคลัง โดยเป็นการกำหนดและพิจารณาลงโทษทางอาญา และหากมีฝ่ายการเมืองเข้าไปเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดจะต้องถูกลงโทษให้พ้นจากตำแหน่งอีกด้วย

5.3 ประเทศนิวซีแลนด์

ประเทศนิวซีแลนด์ ไม่ได้กำหนดลักษณะของการลงโทษไว้ในกรณีที่กระทำผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายวินัยทางการคลัง แต่จะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังยื่นรายงานต่าง ๆ ต่อสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าไม่มีการใช้มาตรการหรือกลไกทางการเมืองในการพิจารณาและลงโทษ

5.4 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลีย ไม่ได้กำหนดให้การกระทำที่ฝ่าฝืนหรือการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายวินัยทางการคลังสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลหรือนำไปสู่กระบวนการใด ๆ ซึ่งออสเตรเลียเพียงกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรายงานประสิทธิภาพและประสิทธิผลต่อสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้กลไกของสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบและพิจารณาความเหมาะสมตามหลักความโปร่งใสและการรับผิดชอบทางการเมือง

โดยสรุป เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศนิวซีแลนด์ ออสเตรเลีย บราซิลและไทย จะเห็นได้ว่า ขอบเขตกรอบวินัยทางการคลังตามกฎหมายและการบัญญัติหลักเกณฑ์ตามกฎหมาย โดยเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายวินัยทางการคลังของทั้งประเทศ จะเห็นได้ว่ากรอบวินัยทางการคลังของประเทศนิวซีแลนด์นั้นให้ความสำคัญกับกรอบวินัยทางการคลัง ที่เป็นแนวปฏิบัติโดยกรอบวินัยทางการคลังประเภทนี้จะเน้นกระบวนการด้านความโปร่งใสผ่านการจัดทำรายงานและคำแถลงต่าง ๆ เพื่อเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับสถานะทางการคลัง ในขณะที่กฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศออสเตรเลียและบราซิลนั้นมีการกำหนดบทบัญญัติที่ประกอบด้วยกรอบวินัยทางการคลังที่เป็นแนวปฏิบัติและกรอบวินัยทางการคลังในทางเศรษฐศาสตร์ อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาในรายละเอียดของกรอบวินัยทางการคลังในทางเศรษฐศาสตร์ของประเทศออสเตรเลีย และบราซิลนั้นมีความแตกต่างกันกรณีของประเทศบราซิลนั้นมีการกำหนดสัดส่วนที่ชัดเจนตามกฎหมาย ในขณะที่ประเทศออสเตรเลียเพียงแต่กำหนดหลักการและมีการพัฒนากรอบวินัยทางการคลังในส่วนนี้ผ่านการพัฒนาแนวปฏิบัติ เมื่อพิจารณาในเชิงขอบเขตของกรอบวินัยทางการคลัง ของทั้ง 3 ประเทศ จะเห็นได้ว่า กรอบวินัยทางการคลังโดยส่วนใหญ่นั้นมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการคลังในระดับ

RETRACTED

มหภาค และในส่วนประเทศไทยจะให้ความสำคัญในการกำหนดกรอบวินัยทางคลังทั้งแต่ระดับนโยบาย และการกำหนดเป็นการเฉพาะเรื่องไว้เป็นรายละเอียดย่อยอีก เพื่อสร้างความโปร่งใสและการมีประสิทธิภาพ และเน้นกิจกรรมทางการคลังในระดับรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น

ด้านของสภาพบังคับการกำหนดและพิจารณาโทษของกฎหมายวินัยทางการคลัง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายวินัยทางการคลังของทั้ง 4 ประเทศ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศนิวซีแลนด์และออสเตรเลียนั้นไม่ได้มีการกำหนดสภาพของโทษของกฎหมายวินัยทางการคลังเอาไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในการบังคับใช้กฎหมายอาจจะใช้กระบวนการสร้างความรับผิดชอบ และการตรวจสอบในทางการเมือง ในขณะที่กฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศบราซิลกำหนดสภาพบังคับลงโทษของกรอบวินัยทางการคลังเอาไว้ 2 ลักษณะ คือ สภาพบังคับในระดับหน่วยงานของรัฐ ผ่านการใช้กลไกอัตโนมัติในการเข้าไปจัดการทางการคลัง และสภาพบังคับในระดับบุคคล โดยกำหนดให้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดกฎหมายวินัยทางการคลังที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายป้องกันและปราบปรามการทุจริตจะต้องถูกลงโทษทางอาญา และในส่วนของประเทศไทยในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ได้ใช้กลไกของการลงโทษทางปกครองและการใช้กลไกของการตรวจเงินแผ่นดินมาใช้ในการกำหนดและพิจารณาลงโทษผู้กระทำการฝ่าฝืนหรือกระทำผิดต่อกฎหมายดังกล่าว

RETRACTED

6. บทสรุป

ด้วยความความแตกต่างของแนวคิดระหว่างวินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลัง เนื่องจากแนวคิดทั้งสองเรื่องนั้นมีความแตกต่างกันทั้งในเชิงความหมาย วัตถุประสงค์ ขอบเขตการบังคับใช้การนำไปใช้ รวมถึงการกำหนดและพิจารณาบทลงโทษ ทำให้บทบัญญัติในบางมาตรามีความไม่เหมาะสมในการกำหนดเป็นกรอบวินัยทางการคลัง และมีความไม่ชัดเจนในการจะนำไปใช้เป็นฐานหรือลักษณะความผิดในการตรวจสอบการกระทำความผิดในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการคลัง โดยผู้วิจัยสรุปประเด็นปัญหาได้ ดังนี้

1) ปัญหาด้านความแตกต่างของแนวคิดระหว่างวินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยขอบเขตของวินัยทางการคลังนั้น พบว่ามีขอบเขตกว้างกว่าวินัยทางงบประมาณและการคลัง ซึ่งวินัยทางการคลังนั้นอธิบายได้ว่าเป็นเรื่องของการคลังในระดับมหภาคซึ่งเป็นหลักการที่กำหนดกรอบเพื่อใช้ในการดำเนินการทางนโยบายการคลังภายในรัฐ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเรื่องดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับบทบาทการทำงานของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นรัฐบาลและเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่ในส่วนของวินัยทางงบประมาณและการคลังที่มีความหมายแคบกว่าซึ่งเป็นเรื่องของการคลังในระดับจุลภาค ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารจัดการทางการคลังภายใน

ของหน่วยงานของรัฐ (อยู่ในส่วนระดับปฏิบัติการ) โดยให้ความสำคัญ กับการนำรายได้ส่งคลัง การก่อหนี้ผูกพันหรือการเบิกจ่ายเงิน การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ซึ่งบรรดาเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ ล้วนเป็นเรื่องการดำเนินการหรือการปฏิบัติการด้านการเงินการคลัง ดังนั้น ในประเทศไทยมีการนำเอาแนวคิดทั้งสองเรื่องมาปะปนกัน ซึ่งที่เห็นได้ชัดคือ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจในการสั่งลงโทษทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ และพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 80 ที่กำหนดเรื่องการใช้โทษทางปกครองมากับเรื่องที่เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับนโยบายทางการเงินการคลัง จึงเห็นได้ว่าแนวคิดของวินัยทางการเงินและวินัยทางงบประมาณและการคลังมีความแตกต่างกันและเมื่อนำมาใช้ปะปนกันจึงนำไปสู่ปัญหาในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายที่ขาดประสิทธิภาพและประสิทธิผล

2) ปัญหาการกำหนดฐานความผิดเพื่อพิจารณาลงโทษไม่สอดคล้องกับแนวคิดในด้านวินัยทางการคลัง ในส่วนปัญหาการกำหนดฐานความผิดเพื่อพิจารณาลงโทษไม่สอดคล้องกับแนวคิดในด้านวินัยทางการคลัง ซึ่งมีผลทำให้การกำหนดและพิจารณาโทษตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ในมาตรา 80 ที่ต้องการให้มีการลงโทษทางปกครองเมื่อมีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการคลังตามกฎหมายไม่สามารถกำหนดและพิจารณาหรือบังคับใช้ได้ เนื่องจากบทบัญญัติที่กำหนดกรอบวินัยทางการคลังตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ไม่ได้มีองค์ประกอบที่ชัดเจนว่า พฤติกรรมในลักษณะใดที่จะเป็นฐานความผิดอันจะกำหนดหรือพิจารณาเรื่องโทษให้สอดคล้องกับกฎหมายได้ ในกรณีการกำหนดฐานความผิดวินัยการเงินการคลัง มีสิ่งที่ควรพิจารณาอย่างยิ่งคือ “การกระทำใดบ้างที่ควรนำมากำหนดเป็นฐานความผิด” ซึ่งในบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 นั้น มีทั้งส่วนที่ไม่สามารถนำมากำหนดเป็นฐานความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ และส่วนที่สามารถนำมากำหนดเป็นฐานความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐได้โดยสภาพ เช่น บทยกเว้น บทเฉพาะกาล บทบัญญัติที่แสดงเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมถึงบทบัญญัติที่เป็นการวางกรอบในการดำเนินนโยบายทางการคลังของรัฐบาล อันมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ เช่น มาตรา 16 ที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐนำแผนการคลังระยะกลางที่รัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้วมาใช้ประกอบการพิจารณาในการจัดเก็บหรือหารายได้ การจัดทำงบประมาณและการก่อหนี้ของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้จะทำให้เกิดปัญหาว่าจะต้องลงโทษผู้ใดองค์ประกอบความผิดเป็นเช่นไร โทษทางปกครองที่จะลงโทษคืออะไร อีกทั้ง การกำหนดฐานความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินนั้นจะเป็นมาตรการในการควบคุมการเงินการคลังของรัฐที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ซึ่งครอบคลุมเฉพาะการบริหารการเงินการคลังที่เกิดขึ้นหลังจากมีการใช้จ่ายงบประมาณแล้วเท่านั้น (Post Audit)

RETRACTED

จึงควรเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลังในเรื่องที่มีผลสำคัญและกระทบต่อเงินหรือทรัพย์สินของแผ่นดินอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ โดยในสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็มีแนวทางในการกำหนดมาตรการการควบคุมการเงินการคลังของรัฐที่ถือเป็นความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังที่องค์กรตรวจเงินแผ่นดินสามารถลงโทษได้ในลักษณะกว้าง ๆ และเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อการบริหารการเงินการคลังของรัฐ ตามมาตรา L 313-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลัง

3) ปัญหาเรื่องผู้ที่ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 โดยปัญหาเรื่องผู้ที่ต้องรับผิดตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ที่ยังไม่ได้มีการบัญญัติหรือกำหนดให้ครอบคลุมถึงว่าเป็นผู้ใดบ้าง เพราะในบางกรณีไม่ใช่เพียงข้าราชการที่มีหน้าที่ของรัฐเท่านั้น แต่หากมีบุคคลเอกชนหรือนิติบุคคลเอกชนหรือข้าราชการฝ่ายการเมืองกระทำผิดจะมีการกำหนดและพิจารณาบทลงโทษอย่างไร เพราะจากปัญหาข้างต้นดังกล่าว ข้าราชการฝ่ายการเมืองมักกำหนดนโยบายที่มีการใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อตอบสนองต่อการดำรงอยู่ในอำนาจหรืออำนาจจึงมักกระทำผิดต่อกรอบวินัยการคลัง ดังนั้น การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับบุคคลที่ต้องรับโทษวินัยการเงินการคลังที่รวมทั้งข้าราชการประจำ (ระดับปฏิบัติ) ข้าราชการฝ่ายการเมือง (ระดับนโยบาย) ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 มีผลให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสามารถควบคุมตรวจสอบข้าราชการการเมืองระดับชาติได้ด้วย และในขณะที่การควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสามารถลงโทษทางปกครองได้นั้น ถือเป็นโทษทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่เมื่อพิจารณาการปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกลับพบว่าไม่ครอบคลุมถึงการดำเนินการของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอันเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และการพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี ในงานทางนโยบายโดยตรง อันแสดงให้เห็นได้ว่าการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐ ที่อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินนั้น ไม่รวมถึงการดำเนินการของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองระดับชาติที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

4) ปัญหาเรื่องความไม่เหมาะสมในการกำหนดหรือนำเอาโทษทางปกครองมาใช้กับการกระทำผิดต่อกฎหมายวินัยทางการคลัง ซึ่งมีประเด็นคาบเกี่ยวกับโทษทางวินัยหรือทางอาญา อันนำไปสู่ข้อยุ่งยากในการปฏิบัติและทำให้เกิดปัญหาและข้อกังวลแก่ผู้ปฏิบัติงานด้านการคลังของรัฐ จะเห็นได้ว่าโทษทางวินัยและโทษความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐมีกระบวนการพิจารณาต่างกัน ซึ่งแต่เดิมโทษความผิดวินัยการเงินการคลังมุ่งจะให้ผู้กระทำความผิดชดใช้โดยการหักเงินเดือน เป็นการลงโทษที่เน้นตัวผู้กระทำความผิดเพื่อให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกและเข็ดหลาบในการกระทำนั้น และเกิดความระมัดระวังในการปฏิบัติงานมากขึ้น รวมถึงให้ความสำคัญกับการปฏิบัติตามระเบียบที่กำหนดขึ้น

RETRACTED

มาเพื่อควบคุมให้มีวินัยมากยิ่งขึ้นเท่านั้น แต่ในปัจจุบันโทษทางปกครองตามมาตรา 98 แห่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ได้เพิ่มโทษภาคทัณฑ์ และตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนเข้ามา ซึ่งอาจมิได้มีลักษณะเป็นไปตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์เดิมของการลงโทษวินัยการเงินการคลังของรัฐ และนำไปสู่ปัญหาในการลงโทษ กล่าวคือ การลงโทษโดยการเปิดเผยต่อหน้าสาธาณชน จะเป็นการเปิดเผยเรื่องใดได้บ้าง และสามารถระบุชื่อบุคคล หน่วยงาน หรือพฤติการณ์ของบุคคลได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งอาจนำไปสู่การขัดแย้งกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอันจะทำให้เกิดปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิโดยไม่มีการกำหนดขอบเขตไว้ได้ นอกจากนี้ การลงโทษภาคทัณฑ์ซึ่งอาจมีระดับที่ไม่เหมาะสมหากเปรียบเทียบระดับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด ดังนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดโทษภาคทัณฑ์ และตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนอาจขาดประสิทธิผล

RETRACTED

7. ข้อเสนอแนะ

จากข้อมูลและบริบทต่าง ๆ ได้วิเคราะห์ไปแล้วนั้น เพื่อให้การแก้ไขปัญหาเพื่อนำไปสู่การบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

7.1 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ควรมีการปฏิรูปหรือทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวินัยทางการเงินการคลัง ในทุก ๆ 3-4 ปี ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเศรษฐกิจ และยังเป็นการทบทวนและสำรวจพฤติกรรมที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายการเงินการคลังเพื่อนำมากำหนดเป็นบทลงโทษ เพื่อจะทำให้มาตรการทางกฎหมายมีบทลงโทษหรือการกำกับการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ให้ล่วงเลยและทันต่อรูปแบบของการทุจริตคอร์รัปชัน

7.2 ข้อเสนอแนะด้านกฎหมาย

7.2.1 จากการศึกษากฎหมายวินัยทางการคลังของต่างประเทศนั้น พบว่า กฎหมายวินัยทางการคลังของต่างประเทศนั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องในทางการคลังระดับมหภาคด้วยกันทั้งหมด ซึ่งทำให้บทบัญญัติของกฎหมายนั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นการกำหนดฐานหรือลักษณะความผิดแต่อย่างใด หากแต่กฎหมายเพียงกำหนดกรอบในการใช้ดุลพินิจทางการคลังของรัฐบาลเท่านั้น สถานะของกฎหมายวินัยทางการคลังจึงมีลักษณะเป็นเพียงแนวทางปฏิบัติที่ดี (best practice) ซึ่งกำหนดกรอบหรือวิธีการใช้ดุลพินิจทางการคลังของรัฐบาล ดังนั้น สภาพบังคับของกฎหมายวินัยทางการคลังจึงไม่ได้มีลักษณะเป็นวิธีการบังคับโดยใช้การลงโทษ หรือใช้วิธีการบังคับ

ให้ต้องปฏิบัติตามในลักษณะของการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ เช่น การลงโทษทางอาญา หรือโทษทางปกครอง เป็นต้น แต่จะใช้กลไกหรือกระบวนการบังคับโดยการสร้างระบบที่เรียกร้องให้รัฐบาลจะต้องดำเนินการตามกรอบวินัยทางการคลัง ในฐานะที่ต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร หรือสาธารณชน ซึ่งเป็นการใช้กลไกในทางการเมืองมาบังคับกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของ Charter of Budget Honesty Act และ Public Finance Act ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายว่า บรรดากรอบวินัยทางการคลังที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ไม่ให้นำไปสู่การฟ้องร้องหรือบังคับโดยองค์กรตุลาการ หรือในกรณีของประเทศบราซิลจะมีการกำหนดสภาพบังคับในลักษณะอื่น ๆ โดยใช้กลไกอัตโนมัติเพื่อปรับเปลี่ยนการใช้งบประมาณเพื่อควบคุมให้หน่วยงานของรัฐใช้งบประมาณให้สอดคล้องกับกรอบวินัยทางการคลัง นอกจากสภาพบังคับโดยการสร้างความรับผิดชอบทางการเมืองและสภาพบังคับโดยกลไกอัตโนมัติเพื่อปรับเปลี่ยนการใช้งบประมาณแล้ว กรณีของประเทศบราซิลมีการกำหนดสภาพบังคับสำหรับบุคคลโดยกำหนดความผิดอาญากรรมทางการคลังซึ่งจะต้องพิจารณาฐานและลักษณะความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมายป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

ลักษณะดังกล่าวนั้นแตกต่างกับกฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศไทยที่มีบทบัญญัติที่กำหนดกรอบวินัยทางการคลังไว้ค่อนข้างกว้าง โดยครอบคลุมทั้งเรื่องการคลังระดับมหภาคในเรื่องการดำเนินนโยบายทางการคลังและการคลังระดับจุลภาคในเรื่องการดำเนินการทางการคลัง และได้มีการกำหนดสภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลังโดยยึดโยงอยู่กับกระบวนการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อให้มีการลงโทษวินัยการเงินการคลังของรัฐตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ซึ่งให้อำนาจคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินลงโทษทางปกครอง ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการคลังตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นผลมาจากการนำแนวคิดทั้งสองเรื่องมารวมกันในชั้นการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 256

การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งระหว่างแนวคิดว่าด้วยวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายใน 2 ระดับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

กรณีแรก การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เนื่องจากปัญหาเรื่องความแตกต่างของแนวคิดวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจในการสั่งลงโทษทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ ดังนั้น จึงต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในเรื่องอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อแยกแนวคิดของวินัยทางการคลังออกจากวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

RETRACTED

เดิม “มาตรา 240 คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(5) สั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐวินัยทางงบประมาณและการคลังตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน”

เป็น “มาตรา 240 คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(5) สั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน” โดยเป็นการตัดคำว่า “กฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ” ออก

กรณีที่สอง การแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ซึ่งการแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายสอดคล้องกับแนวคิดที่ควรจะเป็นและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญที่เสนอแนะแก้ไข โดยข้อสังเกตและเสนอแนะ คือ ไม่ควรกำหนดความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐไว้ในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 แต่ควรจะไปกำหนดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังทั้งกระบวนการไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 แทน โดยเสนอให้แก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เพื่อยกเลิกบทบัญญัติในมาตรา 80 วรรคสอง ดังนี้

“มาตรา 80 การตรวจเงินแผ่นดินต้องกระทำด้วยความสุจริต รอบคอบ โปร่งใส เที่ยงธรรม กล้าหาญ ปราศจากอคติ และเป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล โดยให้เป็นไปตามกฎหมาย ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน

(ยกเลิก)”

การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 นี้ เป็นการแก้ไขเพื่อเกิดความชัดเจนและเป็นการแยกแนวคิดระหว่างวินัยทางการคลังออกจากวินัยทางงบประมาณและการคลัง ทั้งนี้ จะเกิดประสิทธิภาพและความเหมาะสมในการบังคับใช้กฎหมายอย่างแท้จริง

ส่วนสภาพบังคับของกฎหมายวินัยทางการคลังนั้น แม้ว่าพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 จะไม่มีบทบัญญัติในมาตรา 80 วรรคสองแล้ว พระราชบัญญัติดังกล่าวยังคงมีกลไกอื่นในการบังคับการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 อยู่ ทั้งกรณีของสภาพบังคับทางบริหารราชการแผ่นดิน การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ และกลไกการสร้างความรับผิดชอบทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของกลไกการสร้างความรับผิดชอบทางการเมือง โดยกระบวนการตรวจสอบผ่านกลไกของรัฐสภา และสามารถตรวจสอบได้ทั้งประเด็นความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการดำเนินนโยบายในทางการเมือง

RETRACTED

7.2.2 ข้อเสนอแนะกรณีการกำหนดฐานความผิดไม่สอดคล้องกับแนวคิดวินัยทางการคลัง

จากการศึกษาแนวคิดวินัยทางการคลังนั้น พบว่า วินัยทางการคลังไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทางการคลังในลักษณะเป็นข้อห้ามที่ชัดเจน ซึ่งเมื่อฝ่าฝืนจะต้องได้รับการลงโทษในลักษณะเดียวกันกับวินัยทางงบประมาณและการคลัง แต่มีลักษณะเป็นกรอบในการกำกับดูแลการใช้ดุลพินิจของรัฐบาลในการดำเนินนโยบายทางการคลังทำให้กรอบวินัยทางการคลัง ไม่ได้มีลักษณะเป็นการกำหนดฐานหรือลักษณะความผิด ซึ่งทำให้สภาพบังคับตามมาตรา 80 ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 จึงไม่เหมาะสมจะนำมาใช้เป็นสภาพบังคับของพระราชบัญญัตินี้ ดังจะเห็นได้จากในกรณีที่จะต้องลงโทษทางปกครองตามมาตรา 80 ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 นั้น ขาดความชัดเจนของบทบัญญัติในการกำหนดฐานหรือลักษณะความผิด และขาดความชัดเจนของบทบัญญัติเกี่ยวกับบุคคลที่จะถูกลงโทษ

เมื่อพยายามเทียบเคียงกับกฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศบราซิล ซึ่งมีการนำสภาพบังคับโดยการลงโทษทางอาญากับผู้กระทำความผิดอาชญากรรมทางการคลัง โดยกฎหมายกำหนดให้พิจารณาบทลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดฐานและลักษณะความผิดอาชญากรรมทางการคลังเอาไว้ ซึ่งจะทำให้องค์ประกอบการกระทำความผิดอาชญากรรมทางการคลังมีความชัดเจนทั้งในแง่ของฐานและลักษณะความผิดและผู้กระทำความผิด

ดังนั้น ในกรณีของการใช้อำนาจลงโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จึงควรกำหนดองค์ประกอบและฐานความผิดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังโดยกำหนดฐานและลักษณะความผิดเช่นเดียวกันกับที่ตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 โดยกำหนดไว้แทนที่หมวด 7 วินัยทางการคลังเดิม โดยกำหนดเป็นหมวด 7 วินัยทางงบประมาณและการคลัง (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561) โดยกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับบุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบฐานความผิดและลักษณะความผิดโทษ และวิธีพิจารณาความผิด รวมทั้งการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางปกครอง

ในส่วนของเหตุผลที่ต้องกำหนดบทบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 นั้น เนื่องจากโทษทางปกครองมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งจะต้องกระทำโดยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่ควรใช้วิธีการตราบทบัญญัติด้วยการออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในลักษณะเดียวกันกับระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 ดังนี้ แนวทางในการแก้ไขที่ดีที่สุดจึงควร

RETRACTED

กำหนดฐานหรือลักษณะความผิดเพิ่มเติมโดยพิจารณาจากสถิติของการกระทำความผิดในเรื่องนั้น ๆ หากมีการกระทำความผิดใดเกิดขึ้นจำนวนมากบ่อยครั้งและส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่รัฐก็ควรจะต้องมีการกำหนดให้เป็นความผิดเพื่อป้องปรามเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ให้มีการกระทำความผิด และควรหลีกเลี่ยงที่จะกำหนดฐานความผิดในเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดความผิดไว้แล้วเป็นการเฉพาะ

7.2.3 ข้อเสนอแนะกรณีการกำหนดผู้ต้องรับผิดตามกฎหมายวินัยการคลัง

1) ปัญหาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เพื่อแยกแยะให้เห็นถึงความชัดเจนของบุคคลที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักการของวินัยทางงบประมาณและการคลังในสถานะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ขอแบ่งกลุ่มผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 กรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งจ่ายเงินหรือมีอำนาจหน้าที่ก่อหนี้ผูกพัน หรืออนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้างได้ หรือกรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไม่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งจ่ายเงิน ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการก่อหนี้ผูกพัน หรือไม่มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้าง แต่มีส่วนร่วมในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการสั่งจ่ายเงินหรือทรัพย์สินของหน่วยรับตรวจเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงการก่อหนี้ผูกพันหรืออนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้าง ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

เนื่องจากที่กล่าวมาข้างต้นประมวลกฎหมายศาลตรวจเงินแผ่นดินของประเทศฝรั่งเศสได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรี และผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ ประธานสภา ประธานสภาภาค ประธานสภาจังหวัด ประธานสภาบริหารของดินแดนโพ้นทะเล นายกเทศมนตรี ประธานองค์การร่วมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มาจากการเลือกตั้ง ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง ด้วยเหตุผลว่าคณะรัฐมนตรีมีความรับผิดชอบซึ่งถูกกำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ โดยหากรัฐมนตรีกระทำความผิดจะต้องถูกพิจารณาคดีโดยศาลคดีนักการเมืองแห่งสาธารณรัฐอยู่แล้ว ส่วนผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งไม่มีหน้าที่โดยตรงเกี่ยวกับการอนุมัติสั่งจ่าย ก็จำกัดเฉพาะการกระทำบางกรณีเท่านั้น ที่จะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบจากศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง

กลุ่มที่ 2 กรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไม่มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งจ่ายเงินหรือไม่มีอำนาจหน้าที่ในการก่อหนี้ผูกพัน หรือไม่มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้าง และมิได้เกี่ยวข้องใด ๆ กับการเงิน การคลัง การงบประมาณ การจัดซื้อจัดจ้าง หรือการบริหารพัสดุภาครัฐเนื่องจากผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในกลุ่มนี้ ไม่มีหน้าที่ หรือไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ ที่จะมีการกระทำซึ่งกระทบต่อมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐตามที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกำหนด หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อการคลังสาธารณะได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การที่บุคคลดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้ระบบวินัยทางงบประมาณและการคลัง ย่อมมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยหากผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้มีการกระทำทางรัฐบาล ก็ย่อมจะถูกควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติอยู่แล้ว

RETRACTED

กรณีปัญหาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ผู้วิจัยขอเสนอแนะว่า โดยภาพรวมของการกำหนดตัวบุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้ระบบวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศไทย นอกจากบุคคลที่อยู่ในนิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่รัฐ” ตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 ข้อ 4 แล้ว เห็นควรกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองซึ่งมีอำนาจหน้าที่อนุมัติสั่งจ่ายเงิน ก่อหนี้ผูกพัน อนุมัติสั่งซื้อสั่งจ้าง หรือมีส่วนร่วมในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการสั่งจ่ายเงินหรือทรัพย์สินของหน่วยรับตรวจหรือมีการกระทำทางปกครองโดยใช้อำนาจจากองค์กรฝ่ายบริหารหรือในฐานะฝ่ายปกครอง หรือหากข้อเท็จจริงพิสูจน์ได้ว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้มีการแทรกแซงในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลัง การงบประมาณ การจัดซื้อจัดจ้าง หรือการบริหารพัสดุภาครัฐ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม อยู่ในนิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่รัฐ” ในระเบียบดังกล่าวด้วย ซึ่งจะทำให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจลงโทษปรับทางปกครองกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในกรณีที่ได้กระทำการฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐได้

นอกจากนี้ ผู้วิจัยขอเสนอแนะให้มีการเพิ่มเติมคำนิยาม “เจ้าหน้าที่รัฐ” ไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ให้ครอบคลุมถึงข้าราชการการเมืองซึ่งใช้อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการดำเนินการทางการคลังซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน และให้หมายความรวมถึงการกระทำของบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการเกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลังด้วย

2) กรณีที่บุคคลที่ไม่ได้สังกัดหน่วยรับตรวจ และไม่ได้รับเงินเดือนหรือค่าจ้างจากหน่วยรับตรวจ ซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ซึ่งมีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการสั่งจ่ายเงินหรือทรัพย์สินของหน่วยรับตรวจ หรือต้องปฏิบัติตามมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐ เช่น คณะกรรมการตรวจการจ้าง หรือคณะกรรมการตรวจรับพัสดุ ได้ฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าว โดยหลักการวินัยทางงบประมาณและการคลัง หากเป็นเจ้าหน้าที่หรือพนักงานของหน่วยรับตรวจ ย่อมเป็นความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังและต้องรับโทษปรับทางปกครอง แต่การที่บุคคลซึ่งมิได้สังกัดหน่วยรับตรวจไม่มีเงินเดือนอันเป็นฐานในการคำนวณค่าปรับทางปกครอง ทำให้เกิดปัญหาในการกำหนดโทษทางปกครองและดำเนินการตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 เรื่อยมา ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดให้บุคคลที่ไม่ได้สังกัดหน่วยรับตรวจ และไม่ได้รับเงินเดือนหรือค่าจ้างจากหน่วยรับตรวจหรือบุคคลใดก็ตาม เช่น ผู้ทรงคุณวุฒิ ตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งมีหน้าที่ หรือมีส่วนร่วมในการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการก่อหนี้ผูกพัน สั่งจ่ายเงินหรือทรัพย์สินของหน่วยรับตรวจหรือหากข้อเท็จจริงพิสูจน์พฤติการณ์ได้ว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการเงินการคลัง การงบประมาณ การจัดซื้อ จัดจ้าง หรือการบริหารพัสดุภาครัฐไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

RETRACTED

และก่อให้เกิดความเสียหายแก่การเงินการคลังสาธารณะ ให้บุคคลดังกล่าวอยู่ในนิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ในระเบียบดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ให้มีการกำหนดโทษปรับทางปกครองในแต่ละฐานความผิดเป็นจำนวนเงินในอัตราคงที่ในทำนองเดียวกับค่าปรับในคดีอาญา ซึ่งจะทำให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน สามารถกำหนดโทษปรับทางปกครองกับผู้ที่ไม่มีเงินเดือนประจำซึ่งเป็นผู้กระทำผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังได้โดยง่าย

7.2.4 ข้อเสนอแนะกรณีการกำหนดโทษที่มีความซ้ำซ้อนกัน

จากที่ได้วิเคราะห์ปัญหามาแล้วว่าถ้อยคำในตอนท้ายของมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ที่กำหนดว่า หากผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ที่ถูกลงโทษวินัยการเงินการคลังจะพิจารณาลงโทษวินัยข้าราชการเพราะเหตุนั้นอีกโทษนั้นจะต้องมิใช่โทษตัดเงินเดือนหรือลดขั้นเงินเดือน มีปัญหาในการตีความว่ากรณีที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้วินิจฉัยให้ลงโทษภาคทัณฑ์หรือตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชนแก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยรับตรวจ หากผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ดำเนินการทางวินัยและเห็นควรลงโทษวินัยข้าราชการแก่เจ้าหน้าที่ผู้นั้น ผู้บังคับบัญชาจะสามารถลงโทษตัดเงินเดือนหรือลดขั้นเงินเดือนได้หรือไม่ เนื่องจากโทษทางปกครองตามกฎหมายดังกล่าวมีถึง 3 ประเภทด้วยกัน ได้แก่ ภาคทัณฑ์ ตำหนิโดยเปิดต่อสาธารณชน และปรับทางปกครอง ซึ่งไม่เป็นการแน่ชัดว่าหมายถึงโทษประเภทใดก็ได้หรือหมายถึงเฉพาะโทษปรับทางปกครองเท่านั้น อาจทำให้เกิดการตีความบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไปละคนทางได้ และหากเป็นเช่นนั้นกรณีการกระทำความผิดอย่างเดียวกันอาจได้รับการลงโทษแตกต่างกันขึ้นอยู่กับการตีความของผู้บังคับบัญชาในแต่ละหน่วยรับตรวจหรือแม้กระทั่งหน่วยรับตรวจเดียวกันแต่ผู้บังคับบัญชาคนละคนกัน เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่มีมาตรฐานการลงโทษทางวินัยข้าราชการในภาพรวม

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า ควรแก้ไขปรับปรุงถ้อยคำในมาตรา 102 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 โดยการตัดถ้อยคำในตอนท้ายของมาตรานี้ออก ทั้งนี้ เพราะเมื่อวัตถุประสงค์ของมาตรการความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐกับมาตรการความผิดวินัยข้าราชการมีความแตกต่างกัน การลงโทษที่มีลักษณะเป็นตัวเงินหรือกระทบต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดย่อมไม่ขัดต่อหลักการกระทำเดียวไม่อาจถูกลงโทษสองครั้ง (Non bis in idem หรือ Double Jeopardy) จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องจำกัดดุลพินิจในการลงโทษของผู้บังคับบัญชาแต่อย่างใด โดยคงเหลือถ้อยคำ ดังนี้ “มาตรา 102 การวินิจฉัยลงโทษทางวินัยการเงินการคลังของรัฐไม่เป็นการตัดอำนาจของผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกลงโทษทางวินัยในฐานะที่เป็นผู้รับผิดชอบการบริหารของหน่วยรับตรวจที่จะพิจารณาลงโทษทางวินัยเพราะเหตุเดียวกันนี้อีก”

RETRACTED

บรรณานุกรม

กฤษณ์ วสีนนท์. **ร่างรายงานการวิจัย เรื่อง มาตรการบังคับทางปกครอง: ศึกษากรณีการแยกการปรับทางปกครองออกจากโทษปรับทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส**. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547.

เขมภัทร ทฤษฎิคุณ. “สภาพบังคับของกฎหมายวินัยทางการคลังของไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565.

บวรศักดิ์ อุวรรโณ. **คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.

ภัทรวรินทร์บุญชู. “ปัญหาการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.” ดุษฎีนิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. **ฉันทามติวอชิงตัน**. กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2548.

_____. **เศรษฐกิจไทยหลังวิกฤติการณ์ ปี 2540**. กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์ คบไฟ, 2545.

วิมล ชะตามีนา. “ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ....” ใน **งานสัมมนาโครงการเตรียมความพร้อมเพื่อสนับสนุนการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ....**, หน้า 11. กรุงเทพมหานคร: โรงแรมรามาการ์เดนส์, 2558.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **คำสอนวิชากฎหมายรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์. **รายงานการศึกษาวิจัยสมบูรณ์ เรื่อง การบังคับทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส**. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2552.

ศิวัสน์ เหลืองสมบูรณ์. “กรอบวินัยทางการคลังและร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. .....” ใน **50 ปี 50 บทความ นำไทยก้าวไกล**, หน้า 75. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, 2554.

สุปรียา แก้วละเอียด. **กฎหมายการคลัง: ภาคงบประมาณแผ่นดิน.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.

_____. **กฎหมายงบประมาณของต่างประเทศ: ข้อคิดและประสบการณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส**. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

_____. **กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย**. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

RETRACTED

_____. มาตรการลงโทษทางปกครองกรณีการกระทำความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ, ใน **ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุญ.** สมคิด เลิศไพฑูรย์ (บรรณาธิการ), หน้า 52. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.

องคอาสน เจริญสุข. “เกณฑ์การแบ่งแยกความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครอง.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

อนัญ ยศสุนทร. “บทบาทในปัจจุบันของศาลตรวจเงินแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 36, 2 (มิถุนายน 2550): 350-366.

อรพิน ผลสุวรรณ์ สบายรูป. **กฎหมายการคลัง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. โครงการตำรากฎหมายและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

เอื้ออารีย์ อิ้งจะนิล. **หลักกฎหมายการคลัง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

Hou, Yilin. **Fiscal Discipline as a Capacity Measure of Financial Management by Sub-national Governments**. Public Administration: Challenge of inequality and Exclusion, Miami, 14-18 September 2003.

La Cour des comptes. **Code des juridictions financières** [Online]. Available URL: https://www.courdescomptes.ma/publication/code-des-juridictions-financieres/, 2024 (January, 20).

_____. **Des justuciables de la cour de discipline financiere** [Online]. Available URL:http://www.courdescomptes.nat.tn/Fr/des-justuciables-de-la-cour-de-discipline-financiere_11_98, 2024 (January, 5).

Smith, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.** Edwin Cannan ed. University of Chicago Press, 1977.

RETRACTED

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคนึง ฦๅไชย	สำนักงานกฎหมาย คนึง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
2. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน	สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด
3. รองศาสตราจารย์ทองสุก กรัณยพัฒนพงศ์	นักวิชาการอิสระ
4. นายสงวน ตียะไพบูลย์สิน	นักวิชาการอิสระ

บรรณาธิการ

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณทิชา ภักดีคง	มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กองบรรณาธิการ

1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทรวรรณ ทองใหญ่	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทระ ลิมป์ศิระ	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
5. อาจารย์ศศิประภา ศิสศิ วรรณาการ	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี	นักวิชาการอิสระ
7. นายนัทธี จิตสว่าง	สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ	นักวิชาการอิสระ
9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร	ศาลยุติธรรม
10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์	สำนักงานอัยการสูงสุด
11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื่อสกุล	บริษัท อลงกรณ์ กฎหมายธุรกิจ จำกัด
12. นายวรวุฒิ ทวาทศิน	ศาลยุติธรรม
13. นายนิรุฒ มณีพันธ์	มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี
14. นางสุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์	กระทรวงการคลัง
15. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์	มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
16. นางสาวสุกัญญา แย้มพราย	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
17. นายณศุท กรองแก้วอาริยะ	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
18. นางสาวนริศรา สารรัตน์	มหาวิทยาลัยรามคำแหง
19. นายดำรงพล ตั้งเจริญ	มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 โทร 0 2310 8208, 08 6685 9111 โทรสาร 0 2310 8208 E-mail: lawjournal@ru.ac.th

Website: www.lawjournal.ru.ac.th หรือ https://so05.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

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 เนื้อหามีความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. ชื่อบทความ ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา หากเป็นบทความที่เรียบเรียงจากโครงการวิจัย ให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายชื่อบทความภาษาไทยด้วย เพื่อระบุชื่อโครงการวิจัย แหล่งทุนที่ได้รับอุดหนุนการวิจัย

2. ชื่อผู้นิพนธ์ ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุ หน่วยงานต้นสังกัด คุณวุฒิการศึกษา ตามด้วย E-mail ติดต่อ โดยให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้า ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ

3. บทคัดย่อ และ Abstract คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป

4. คำสำคัญ และ Keywords คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ

5. หัวเรื่อง ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป

6. การอ้างอิงเชิงอรรถ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

คำว่า “เชิงอรรถ” ให้จัดด้านล่างหน้ากระดาษ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง,/**ชื่อเรื่อง**,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/**ชื่อเรื่อง**,/บรรณาธิการโดย...,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่ พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/**ชื่อวารสาร**/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/**ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร**,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย,/**ชื่อรายงานวิจัย**,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน,/**ชื่อเรื่อง**/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงอรรถ สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย** ...,/เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/**ชื่อวารสาร**/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/**ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร**,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย./**ชื่อรายงานวิจัย**./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย.,/เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี). สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]./ที่มา:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ https://so05.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ E-mail: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ https://so05.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้นิพนธ์

2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น

3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความ หนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง

4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ อ่านง่ายและสร้างองค์ความรู้ใหม่

5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด

6. ต้นฉบับบทความที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องและคุณภาพทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชา ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกจากหลากหลายสถาบัน จำนวน 3 ท่าน ที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้นิพนธ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded

7. เมื่อผู้นิพนธ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้นิพนธ์ในลำดับถัดไป

ค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์

1. การตีพิมพ์บทความไม่มีค่าใช้จ่ายในกรณีบทความได้รับอนุมัติตีพิมพ์

2. ในกรณีผู้นิพนธ์ขอถอนบทความออกจากกระบวนการตีพิมพ์ โดยบทความได้ผ่านการพิจารณาประเมินบทความจากผู้ทรงคุณวุฒิแล้วหรือกรณีผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาประเมินบทความ ปฏิเสธการตีพิมพ์บทความ ผู้นิพนธ์บทความจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบค่าธรรมเนียมในส่วนของค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาประเมินบทความเป็นจำนวนเงิน 3,000 บาท (สามพันบาทถ้วน) (1 บทความ x 3 ผู้ทรงคุณวุฒิ x 1,000 บาท) โดยโอนเข้าบัญชีธนาคารออมสิน ชื่อบัญชี ม.ร.คณะนิติศาสตร์ (เงินรับฝาก) เลขที่บัญชี 020002540464

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรามคำแหงฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)

1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่พิจารณาและตรวจสอบคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์และเผยแพร่บทความในวารสารที่ตนรับผิดชอบ

1.2 บรรณาธิการจะต้องมีการตรวจสอบบทความในเรื่องการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการตรวจพบการคัดลอกผลงาน บรรณาธิการจะต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจง เพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

1.4 บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เมื่อตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ เพื่อขอคำชี้แจงและประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

1.5 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้นิพนธ์และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

1.6 ในการคัดเลือกบทความตีพิมพ์ บรรณาธิการต้องตัดสินใจเลือกบทความหลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจน ของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้นิพนธ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องตีพิมพ์บทความที่ไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่น

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มีการส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ในช่วงเวลาเดียวกัน

2.2 ผู้นิพนธ์จะต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง ให้ปรากฏในผลงานของตน หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยโดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของวารสารนี้ และถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ทุกคนที่มีชื่อปรากฏในบทความ จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยไม่ควรมีการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 ในกรณีที่เป็นบทความวิจัย ผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัยนี้

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความทราบอยู่แล้วว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่น ๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้น ๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขาวิชานั้น ๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรใช้ความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความหรืองานวิจัยนั้น ๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มิได้อ้างถึงผลงานวิจัยที่สำคัญ ๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่น ๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

RAMKHAMHAENG LAW JOURNAL

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

www.lawjournal.ru.ac.th

https://so05.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

ผ่านการรับรองคุณภาพของ TCI กลุ่มที่ 2