

A photograph of a branch with several large, bright yellow flowers, possibly Mimosa pudica, set against a soft, warm-toned background. The flowers are in full bloom, with many layers of petals. The branch is thin and light brown, with some small buds visible.

Ramkhamhaeng University Law Journal

วารสารมหาวิทยาลัยรามคำแหง

ฉบับนิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิผู้ประเมินบทความภายใน

- | | |
|------------------------------|----------------|
| 1. รองศาสตราจารย์ทองสุก | กรัณยพัฒน์พงศ์ |
| 2. รองศาสตราจารย์สุขสมัย | สุทธิบดี |
| 3. รองศาสตราจารย์จรัส | เล็งวิทยา |
| 4. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ | นิศารัตน์ |
| 5. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา | พินิจจันทร์ |
| 6. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ | โชคเหมาะ |
| 7. รองศาสตราจารย์ ดร.ณัฐ | สันตสว่าง |
| 8. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย | ศิริสมบุญแนว |
| 9. รองศาสตราจารย์วินัย | ล้ำเลิศ |



คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิผู้ประเมินบทความภายนอก

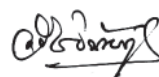
1. ศาสตราจารย์(พิเศษ) คณิ่ง	ภาไชย
2. ศาสตราจารย์(พิเศษ) ปัญญา	สุทธิบัติ
3. ดร.ธเนศ	สุจารีกุล
4. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์	เพ็ชรศิริ
5. อาจารย์นันทิ	จิตสว่าง
6. ศาสตราจารย์(พิเศษ) ดร.ทวีเกียรติ	มีนะกนิษฐ
7. อาจารย์สุบุญ	วุฒิมังค์
8. ศาสตราจารย์(พิเศษ) วิชัย	อริยนันทกะ
9. อาจารย์สมชัย	ที่มาอุดมกร
10. รองศาสตราจารย์จันตรี	สินศุภฤกษ์
11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล	สันติวาสะ
12. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต	สายสุนทร
13. อาจารย์ประเสริฐ	เสียงสุทิวังค์
14. หม่อมหลวงศุภกิตต์	จรรยาโรจน์
15. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย	รัตนเชื้อสกุล
16. อาจารย์วรวุฒิ	ทวาทคิน
17. อาจารย์ประกาศ	คงเอียด
18. อาจารย์สราวุธ	เบญจกุล
19. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์	พินิจภูวดล
20. อาจารย์กอรปกุล	วินัยภาค
21. รองศาสตราจารย์ทัชชมัย	ทองอุไร
22. อาจารย์นิรุจน์	มณีพันธ์
23. ดร.เพชรรัตน์	ศุภนิมิตรกุลกิจ
24. ดร.ชูเกียรติ	น้อยนิม
25. ดร.พนิต	ธีรภาพวงค์
26. รองศาสตราจารย์ ดร.มานิตย์	จุมปา
27. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ	มูลศิลป์
28. รองศาสตราจารย์ ณรงค์เดช	สุรเมษิต

สภานายกสภามหาวิทยาลัย

สภามหาวิทยาลัยรามคำแหงขอแสดงความชื่นชมคณะกรรมการที่เล็งเห็นความสำคัญและได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้นปีละ 2 ฉบับเพื่อเป็นการส่งเสริมให้มีการเผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมายและสาขาวิชาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง นับเป็นวารสารทางวิชาการที่มีคุณค่ายิ่งสำหรับนักนิติศาสตร์ และผู้สนใจทั่วไปในการศึกษาค้นคว้า อ้างอิง อันนำมาซึ่งการพัฒนาและการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ด้านกฎหมาย



ในโอกาสนี้ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายที่ท่านนับถือ โปรดอำนวยพรให้คณะผู้บริหาร คณาจารย์ คิษย์เก่า และคิษย์ปัจจุบันของคณะนิติศาสตร์ ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารฉบับนี้ทุกท่านจงประสบแต่ความสุขความเจริญ ปฏิบัติหน้าที่ในความรับผิดชอบอย่างเต็มกำลังความสามารถ เพื่อเป็นกำลังสำคัญของมหาวิทยาลัยและของประเทศไทย ในการสร้างสรรค์พัฒนาองค์ความรู้ด้านกฎหมายให้ก้าวหน้าสืบไป



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิรัช ชินวินิจกุล)

นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

มหาวิทยาลัยรามคำแหงขอแสดงความชื่นชมต่อคณะนิติศาสตร์ที่ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้น ปีละ 2 ฉบับซึ่งการดำเนินการดังกล่าวได้ก้าวเข้าสู่ปีที่ 2 และขอขอบคุณบุคลากรคณะนิติศาสตร์ทุกท่านที่ให้ความร่วมมือร่วมแรงร่วมใจ สนับสนุนการดำเนินงานและกิจกรรมของมหาวิทยาลัยในปีที่ผ่านมาขอให้ทุกคนปฏิบัติงานด้วยความมุ่งมั่นและตั้งใจ โดยคำนึงถึงประโยชน์ของส่วนรวมเป็นสำคัญ รวมพลังเพื่อสานต่องานด้านต่างๆและสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ เพื่อให้คณะนิติศาสตร์รามคำแหงเป็นสถาบันการศึกษาชั้นนำที่มีคุณภาพ ได้รับการยอมรับทั้งในระดับชาติและนานาชาติ



ในศุภวารดิถีขึ้นปีใหม่ พุทธศักราช 2557 นี้ ผมขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลาย รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดอำนวยการให้คณะผู้บริหาร คณาจารย์ คิษย์เก่าและคิษย์ปัจจุบันของคณะนิติศาสตร์ รวมทั้งคณะผู้จัดทำวารสารฯ ประสบแต่ความสุขความเจริญคิดหวังสิ่งใดขอให้สมปรารถนาทุกประการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้จัดพิมพ์ ขึ้นเป็นปีที่ 2 โดยยึดมั่นในเจตนารมณ์ที่จะเป็นสื่อกลางเผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมายและสาขาวิชาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องตลอดจนส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาและการสร้างสรรค์ผลงานทางวิชาการด้านกฎหมายที่มีความทันสมัยภายใต้บริบทของสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา



ผมขอขอบคุณคณะผู้จัดทำวารสารฯ ที่ได้อุทิศตนในการปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มกำลังความสามารถ ตลอดจนบุคลากรคณะนิติศาสตร์ทุกท่านที่ให้ความร่วมมือ ร่วมแรงร่วมใจและสนับสนุนการดำเนินงานในปีที่ผ่านมา จนทำให้สามารถดำเนินงานไปด้วยความเรียบร้อย ทั้งในด้านการเรียนการสอน การวิจัย การบริการวิชาการ การพัฒนาบุคลากร และการทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม การก้าวเข้าสู่ปีใหม่ พุทธศักราช 2557 นับเป็นช่วงเวลาที่สำคัญยิ่งของพวกเราทุกคนที่จะได้ทบทวนสิ่งต่าง ๆ ที่เราได้ร่วมกันปฏิบัติในปีที่ผ่านมา เพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขรวมทั้งพัฒนาตนเองและพัฒนางานในความรับผิดชอบให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลยิ่งขึ้นต่อไป

ในโอกาสแห่งการเริ่มต้นพุทธศักราชใหม่นี้ ผมขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายในสากลโลก ตลอดจนพระบุญบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดดลบันดาลประทานพรให้เพื่อนคณาจารย์ เจ้าหน้าที่และพี่น้องขานิติศาสตร์รามคำแหงที่รักทุกท่านมีสุขภาพพลานามัยสมบูรณ์แข็งแรง ประสบแต่ความสุขความเจริญด้วยจตุรพิธพรชัยทุกประการ

ทอวราภว.

(รองศาสตราจารย์ทองสุก กรัณยพัฒน์พงศ์)

คนบดีคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บทบรรณาธิการ



กองบรรณาธิการจึงขอเริ่มต้นบทบรรณาธิการด้วยการสวัสดีขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัย และสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายที่ท่านผู้อ่านนับถือ พร้อมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช โปรดจงดลบันดาลให้ผู้อ่านทุกท่านมีแต่ความสุขสมหวัง มีชีวิตการทำงานที่เจริญรุ่งเรือง มีชีวิตความรัก ครอบครัวยุติสมบุรณ์ ในปีใหม่ที่กำลังจะมาถึงนี้ด้วยนะครับ

การเปลี่ยนแปลงในมหาวิทยาลัยรามคำแหงควรกล่าวถึง คือ ที่ประชุมคณะกรรมการบริหารงานมหาวิทยาลัยรามคำแหงได้มีมติเห็นชอบให้เสนอแต่งตั้ง **นายวิรัช ชินวินิจกุล** (เลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรม) ดำรงตำแหน่ง นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง และได้นำความกราบบังคมทูลพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไปแล้ว บัดนี้ ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบุคคลดังกล่าว ให้ดำรงตำแหน่งนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ตั้งแต่วันที่ ๘ พฤษภาคม ๒๕๕๖

จากคำบอกเล่าของ **รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา** อดีตคณะบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่ย้อนความหลังให้ฟังถึงเพื่อนร่วมงานที่ทำงานอยู่ในห้องเดียวกันว่า **ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิรัช ชินวินิจกุล** สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยม จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็นอันดับที่ 3 ของรุ่น เริ่มเข้ามาทำงานที่คณะนิติศาสตร์ในปี พ.ศ. 2518 ในตำแหน่งลูกจ้างชั่วคราว และได้บรรจุเป็นข้าราชการ เมื่อวันที่ 2 มกราคม พ.ศ. 2519 ระหว่างที่เป็นอาจารย์ประจำรับผิดชอบบรรยายวิชากฎหมายลักษณะพยาน และกฎหมายลักษณะตัวเงิน จนประสบความสำเร็จทางด้านวิชาการได้รับตำแหน่งทางวิชาการเป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์ โดยท่านทำงานเป็นระยะเวลา 5 ปี ก่อนที่จะย้ายไปรับราชการเป็นผู้พิพากษาในปี พ.ศ. 2524

นอกจากนี้ กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณ **ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิรัช ชินวินิจกุล** เป็นอย่างยิ่งที่ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษาประจำวารสารฯ เพิ่มเติม

ตามจุดมุ่งหมายของวารสารที่นอกจากเป็นพื้นที่สำหรับอาจารย์ นักวิชาการ นักปฏิบัติ และผู้ที่สนใจโดยทั่วไปแล้ว ยังต้องการเปิดพื้นที่ให้กับบัณฑิตได้รับโอกาสเผยแพร่ผลงานตีพิมพ์ โดยที่ผ่านกระบวนการคัดกรองตามปกติ ที่ผู้ประเมินบทความไม่ทราบว่าใครเป็นผู้เขียนบทความเป็นใครไม่ทราบเช่นเดียวกัน สำหรับฉบับนี้มีบทความจำนวน 7 บทความ ดังนี้

นายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต โดย **คุณจุลเดช ละเอียต** ศึกษาเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยมุ่งเน้นศึกษาถึงปัญหาลักษณะของคาร์บอนเครดิต ตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้ และตีความกฎหมาย โดยเทียบเคียงกับกฎหมายลักษณะนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นสำคัญ เพื่อนำผลทางกฎหมายที่ได้จากการศึกษาไปใช้เป็นแนวทางในการปรับใช้ และตีความกฎหมายสัญญาซื้อขายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต ให้มี

ความกระจำกัด และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันและในอนาคต ให้เหมาะสม และสามารถให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการออกใบอนุญาต 3G and Beyond โดย **คุณเจต มหายศ** ศึกษาการประมวลผลสืบความถี่ใบอนุญาต 3G และผลกระทบในด้านคุณสมบัติผู้ที่ขอรับใบอนุญาต การใช้คลื่นความถี่ที่เป็นผู้ประกอบการโทรคมนาคม ภายใต้แนวคิดทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ และวัตถุประสงค์ของการออกใบอนุญาตประกอบการโทรคมนาคม ซึ่งสาเหตุของปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นจากพิจารณาตาม พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งและบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมือง โดย **อาจารย์เจษฎา ทองขาว** นำเสนอการจัดตั้งพรรคการเมืองในประเทศไทยพรรคการเมืองไม่ให้ความสำคัญกับการจัดตั้งสาขาพรรคการเมือง เนื่องจากพรรคการเมืองของไทยมีการดำเนินกิจการในลักษณะรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ศูนย์กลาง การจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองซึ่งเป็นการกระจายอำนาจให้แก่สมาชิกพรรคในท้องถิ่นจึงไม่มีความจำเป็นสำหรับพรรคการเมืองของไทย การจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองของพรรคการเมืองต่าง ๆ ก็เป็นเพียงการจัดตั้งเพื่อให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และบทบาทอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกิจการของสาขาพรรคการเมืองเหล่านั้นยังคงขาดส่วนร่วมจากสมาชิกพรรคในท้องถิ่นและยังคงต้องพึ่งพาสำนักงานใหญ่ของพรรคการเมือง ส่งผลให้อำนาจในการตัดสินใจต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการของสาขาพรรคการเมืองยังคงอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังจะกล่าวต่อไป

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการและกรรมการเงาที่บริหารจัดการบริษัท: ศึกษาเฉพาะกรณีการห้ามประกอบอาชีพกรรมการ โดย **คุณธรรมรส เปาณิล** นำเสนอว่าบริษัทเป็นนิติบุคคล เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น บริษัทจึงไม่สามารถกระทำการต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง จึงต้องดำเนินการผ่านผู้แทน กรรมการบริษัทจึงเป็นบุคคลที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในบริษัท หากกรรมการบริษัทอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพเป็นกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนบริษัท มิได้มีบทบัญญัติที่ห้ามมิให้กรรมการที่กระทำความเสียหายดังกล่าวให้ต้องห้ามมิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการอีกและไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการเงา จึงทำให้ไม่สามารถลงโทษทั้งกรรมการและกรรมการเงาให้ต้องห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ

ความรับผิดทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต โดย **คุณปองพล แก้วลี** วิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในความรับผิดทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนบนอินเทอร์เน็ตเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับปัญหาหรือช่องว่างของกฎหมาย ให้นำไปสู่แนวทางการปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสมกับความรับผิดทางกฎหมาย

ของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิในการแสดงความเห็นของประชาชนบนอินเทอร์เน็ตในปัจจุบัน ตามสภาพของประเทศไทยและหามาตรฐานเสรีภาพในการแสดงออกเพื่อให้มีความเข้าใจในเรื่องเสรีภาพในการแสดงออกที่ตรงกับมาตรฐานสากลมากขึ้นต่อไป

มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน : ศึกษากรณีตามมาตรา 334 มาตรา 335 มาตรา 357 และมาตรา 360 โดย คุณวีรพงศ์ อ่อนน้ำคำ ศึกษาวิจัยเพื่อนำเสนอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอัตราโทษในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน มาตรา 334, 335(10), 357 วรรคสอง และมาตรา 360 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันนั้นกำหนดไว้เบาเกินไปให้หนักขึ้น ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับเพื่อให้มีความสอดคล้องกับปริมาณและความร้ายแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก อันเป็นปฏิกิริยาที่ตอบสนองต่อปัญหาอาชญากรรมในการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความเป็นธรรมต่อสภาพสังคมปัจจุบันและอนาคต

Boosting the Implementation of Thai Trade Competition Act of 1999: Lesson From Korean Experience of Enforcing the Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980 โดย อาจารย์ ดร.นิสิต อินทมาโน และอาจารย์ ดร.ธีรเดช มโนสิหกุล การศึกษาพัฒนาการกฎหมายการแข่งขันของประเทศเกาหลีใต้ให้บทเรียนที่สำคัญสำหรับประเทศไทยในการส่งเสริมการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยการเรียนรู้จากประสบการณ์การบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมชาติของประเทศเกาหลีใต้ ๑) การวิเคราะห์เปรียบเทียบการพัฒนา กฎหมาย ป้องกันการผูกขาด ในประเทศเกาหลีใต้และ ประเทศไทย ๒) การขยาย อำนาจ การค้าไทย ของคณะกรรมการสิทธิที่จะรวมถึง การคุ้มครองผู้บริโภค พบว่ากฎหมายการแข่งขันของประเทศไทยประสบปัญหาในการ บังคับใช้มาโดยตลอดแต่กฎหมายการป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมชาติของประเทศเกาหลีใต้ เริ่มมีบทบาทสำคัญในการรักษานโยบายระบบตลาดเสรี

บทวิจารณ์หนังสือฉบับนี้ คือ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (Civil and Commercial Code: Juristic Acts and Contacts) ของ อาจารย์ยรรดิชัย รททอง โดย อาจารย์ ดร.มณฑิลา ภักดีคง ซึ่งท่านเป็นหนึ่งในอาจารย์ผู้ร่วมบรรยายในวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (LAW 1003) ด้วย

นอกจากนี้ จากการที่บรรณาธิการได้มีโอกาสนพปะกับศิษย์เก่าของคณะนิติศาสตร์ต่าง นึกถึงและประสงค์ที่จะกลับมาช่วยเหลือคณะหรือเข้ามาร่วมทำกิจกรรมต่าง ๆ จึงขอแจ้งข่าวประชาสัมพันธ์ว่าทางคณะนิติศาสตร์ไม่ได้เพิกเฉยต่อบรรดาศิษย์ทุกท่าน ซึ่งทางคณะพยายาม กำลังจะรวบรวมและฟื้นฟูระบบศิษย์เก่าให้กลับมาเป็นรูปธรรมอีกครั้งหนึ่ง

สุดท้ายนี้ กระผมขอขอบคุณคณะทำงานและเจ้าของบทความทุกท่านด้วยครับ แล้วพบกันใหม่ในฉบับหน้าครับ.....

อาจารย์ภัทระ ลิ้มปิติระ



สารบัญ

	หน้า
นายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต โดย จุลเดช ละเอียด	1
ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการออกใบอนุญาต 3G and Beyond โดย เจต มหายศ	23
ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งและบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมือง โดย เจษฎา ทองขาว	37
ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของกรรมการและกรรมการเงาที่บริหารจัดการบริษัท: ศึกษาเฉพาะกรณีการห้ามประกอบอาชีพกรรมการ โดย ธรรมรส เปานิล	56
ความรับผิดชอบทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิ ในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต โดย ปองพล แก้วลี	73
มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน : ศึกษากรณีตามมาตรา 334 มาตรา 335 มาตรา 357 และมาตรา 360 โดย วีรพงศ์ อ่อนน้ำคำ	90
Boosting the Implementing of Thai Trade Competition Act of 1999: Lesson From Korean Experience of Enforcing the Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980 By Nisit Intamano	115
บทวิจารณ์หนังสือ โดย อาจารย์ ดร.มณฑิลา ภักดิ์คง	136



มหาวิทยาลัยราชภัฏรำไพพรรณี

รับสมัครนักศึกษาใหม่
ประจำปีการศึกษา 2557

หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

Master of Laws Program (LL.M)

เปิดรับสมัคร

วันที่ 6 มกราคม – 12 มกราคม 2557

สถานที่เรียน

มหาวิทยาลัยราชภัฏรำไพพรรณี หัวหมาก

เวลาเรียน

วันจันทร์ - ศุกร์ 17.30-20.30 น.

และ วันเสาร์ - อาทิตย์ 09.00-16.00 น.

ค่าใช้จ่ายตลอดหลักสูตร

90,000.-บาท

สถานที่เรียน

มหาวิทยาลัยราชภัฏรำไพพรรณี บางนา

เวลาเรียน

วันศุกร์ 17.00-21.00 น.

และวันเสาร์ 08.00-17.00 น.

ค่าใช้จ่ายตลอดหลักสูตร

170,000.-บาท *

คุณสมบัติผู้สมัคร

- 1.สำเร็จการศึกษาระดับชั้นปริญญาตรี ในสาขาวิชานิติศาสตร์
- 2.มีคะแนนเฉลี่ยสะสมไม่ต่ำกว่า 2.75 หรือร้อยละ 75 หรือ
มีประสบการณ์ในการประกอบอาชีพไม่ต่ำกว่า 2 ปี

สอบถามเพิ่มเติม โทร. 02-3108188, 02-3108166

สำนักงานบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ อาคาร 2 ชั้น 4 หรือ www.grad.ru.ac.th

นายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต Brokerage of Carbon Credit Trading

จุลเดช ละเอียด*
Junladej La-Oeid**

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาเกี่ยวกับสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยมุ่งเน้นศึกษาถึงปัญหาลักษณะของคาร์บอนเครดิต ตลอดจนปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้ และตีความกฎหมายโดยเทียบเคียงกับกฎหมายลักษณะนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นสำคัญ เพื่อนำผลทางกฎหมายที่ได้จากการศึกษาไปใช้เป็นแนวทางในการปรับใช้ และตีความกฎหมายสัญญาซื้อขายคาร์บอนเครดิต ให้มีความกระจ่างชัด และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันและในอนาคตให้เหมาะสม และสามารถให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จากการศึกษาพบว่า ในขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายใด ๆ ที่ออกมารับรองรวมทั้งกำหนดถึงกลไกการซื้อขายคาร์บอนเครดิต และบทบัญญัติในเรื่องนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต อย่างชัดเจน จะมีก็แต่เพียงกฎหมายนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้โดยไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดเจน จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องอาศัยการเทียบเคียงกับกฎหมายในประเทศที่เกี่ยวข้องและใช้บังคับอยู่และต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสาระสำคัญรวมทั้งต้องพิจารณาจากความเห็นทางวิชาการ แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาของไทยประกอบกับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายของกฎหมายต่างประเทศเป็นสำคัญ

Abstract

This paper aims to study on the contract broker carbon credits. The study focuses on the issue of carbon credits, the problem of enforcement, and

*นิติกรปฏิบัติการ แผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในศาลฎีกา.

**Legal Officer Practitioner of Criminal Division for Persons Holding Political Positions of the Supreme Court.

interpretation of the law. Comparable to the commission by law under the Civil and Commercial Code of Thailand is also important. To the results obtained from the study of law to be adopted in the deployment. Interpretation of contract law and brokerage of carbon credits. To be clear consistent with the spirit of the law applicable in the present and in the future as appropriate. And to give protection to all parties can be very powerful. The study found that there are currently no laws that are certified as well as a mechanism for trading carbon credits. And provisions in the brokerage of carbon credits, but it will clearly have a legal commission under the Civil and Commercial Code of Thailand in force today. Where such provisions are provided for by the provisions do not require detailed information about the criteria for law enforcement clearly. Therefore it is necessary to rely on relevant and comparable laws in force and relies on the interpretation of provisions of law, including the need to consider the essence of the academic. The judgment of the Supreme Court of Thailand with the provisions relating to the commission of international law is important.

คำสำคัญ นายหน้า, ซื้อขาย, คาร์บอน เครดิต

Keywords Brokerage, Trade, Carbon Credit

บทนำ

สถานการณ์และผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและภาวะโลกร้อนเป็นแรงผลักดันสำคัญที่ทำให้นานาประเทศหันมาร่วมกันป้องกันและแก้ไขพร้อมทั้งเสริมสร้างศักยภาพ ในการรองรับการเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้นทั้งในระดับท้องถิ่น และระดับประเทศ ดังนั้น จึงมีการ จัดตั้งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nation Framework Convention on Climate Change: UNFCCC) และพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change: Kyoto Protocol) ขึ้นเพื่อกำหนดพันธกรณีให้ประเทศต่าง ๆ หันมาร่วมมือและดำเนินการลดปริมาณการ ปลดปล่อยก๊าซเรือนกระจกลง เพื่อให้บรรลุตามเป้าหมายภายในระยะเวลาที่กำหนด จึงเป็นแนวทาง และกรอบความร่วมมืออย่างเป็นรูปธรรมต่อการป้องกันและแก้ไขปัญหาผลกระทบจากภาวะการณ ีเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ตระหนักถึงความสำคัญของการแก้ไข ปัญหามภาวะโลกร้อน ร่วมกับนานาประเทศ จึงได้ตกลงให้ความร่วมมือในการแก้ไขปัญหาการ เปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโลกโดยลงนามให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการ เปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2537 และลงนามให้สัตยาบันในพิธีสาร

เกียวโตเมื่อ วันที่ 28 สิงหาคม พ.ศ. 2545 จากการให้สัตยาบันครั้งนั้นส่งผลให้ประเทศไทยสามารถเข้าร่วมลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจกภายใต้กลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism: CDM) บนพื้นฐานของภาคความสมัครใจได้ ประเทศไทยได้จัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) ขึ้นเพื่อปฏิบัติงานด้านการบริหารเกี่ยวกับก๊าซเรือนกระจกและการดำเนินการตามกลไกการพัฒนาที่สะอาดภายใต้พิธีสารเกียวโตให้เป็นไปตามข้อกำหนดสากล ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการกำหนดกรอบทิศทางในการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนและสอดคล้องกับแนวทางการเตรียมพร้อมเพื่อรองรับการแก้ไขปัญหาจากการปล่อยก๊าซเรือนกระจกและภาวะโลกร้อน ไว้ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2550 - 2554) โดยมุ่งเน้นและส่งเสริมการพัฒนาประสิทธิภาพการบริหารจัดการเพื่อลดมลพิษและควบคุมกิจกรรมที่จะส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตด้วยการควบคุมมลพิษทางอากาศที่จะส่งผลต่อการปล่อยก๊าซเรือนกระจก และทำให้เกิดภาวะโลกร้อน ตลอดจนส่งเสริมให้มีกลไกที่มีประสิทธิภาพเพื่อกำหนดจุดยืนเชิงยุทธศาสตร์ต่อพันธกรณีและข้อตกลงระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม รวมทั้งข้อตกลงทางการค้าที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งแนวทางการพัฒนาดังกล่าวก็เพื่อตอบสนองต่อการสร้างสภาพแวดล้อมเพื่อยกระดับคุณภาพชีวิตและการพัฒนาที่ยั่งยืนอันเป็นส่วนหนึ่งของยุทธศาสตร์การพัฒนามาบนฐานความหลากหลายทางชีวภาพและการสร้างความมั่นคงของฐานทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม

เนื่องจากบทบัญญัติในทางกฎหมายเกี่ยวกับนายหน้าสัญญาซื้อขายคาร์บอนเครดิตขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายใด ๆ ออกมารองรับรวมทั้งบทบัญญัติถึงกลไกการซื้อขายคาร์บอนเครดิตอย่างชัดเจนจะมีก็เพียงแต่พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 โดยอาศัยอำนาจแห่งมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติองค์การมหาชนซึ่งก็ไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์วิธีการในการซื้อขาย และสัญญาในเรื่องนายหน้าไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด

1. ความหมายของคาร์บอนเครดิต

คาร์บอนเครดิต คือ กรรมสิทธิ์ในปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ลดได้ภายใต้พิธีสารเกียวโตทั้งที่เกิดจากกลไกการซื้อขายสิทธิการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Emission Trading: ET) กลไกการดำเนินการร่วมกัน (Joint Implementation: JI) และกลไกการพัฒนาที่สะอาด (CDM) โดยคาร์บอนเครดิตเกิดขึ้นจากข้อตกลงพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) ซึ่งอยู่ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่มีภาคีทั้งหมด 191 ประเทศ และมีผลบังคับใช้เมื่อ 16 กุมภาพันธ์ 2548 โดยสาระสำคัญของพิธีสารเกียวโตคือประเทศพัฒนาแล้ว หรือประเทศผู้ซื้อคาร์บอนเครดิตที่เป็นภาคีพิธีสารเกียวโต จำนวน 41 ประเทศ มีพันธกรณีในการลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (อาทิ ก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ ก๊าซมีเทน ก๊าซไนตรัสออกไซด์ เป็นต้น) ระหว่างปี 2551-2555 ให้ได้ร้อยละ 5.2 จากปริมาณการปล่อยในปี 2533 ซึ่งหากไม่สามารถ

ลดปริมาณก๊าซเรือนกระจกตามปริมาณที่กำหนดจะต้องถูกปรับ โดยค่าปรับในกรณีของประเทศในกลุ่มสหภาพ ยุโรประหว่างปี 2551-2555 สูงถึง 100 ยูโร (ประมาณ 5,000 บาท) ต่อ 1 ตันคาร์บอนไดออกไซด์ แต่ถ้าประเทศพัฒนาแล้วไม่ต้องการถูกปรับจะต้องซื้อสิทธิการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจากประเทศกำลังพัฒนา ทั้งนี้ภายใต้พิธีสารเกียวโต ประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศผู้ขายคาร์บอนเครดิต ที่เป็นภาคีพิธีสารเกียวโต จำนวน 150 ประเทศ เช่น ประเทศไทยไม่มีพันธกรณีให้ลดปริมาณปล่อยก๊าซเรือนกระจกแต่สามารถช่วยประเทศพัฒนาแล้วลดปริมาณการปล่อย ก๊าซเรือนกระจกโดยการขายสิทธิการปล่อยก๊าซเรือนกระจกผ่าน กลไกการพัฒนาที่สะอาด (CDM) ประเทศพัฒนาแล้วสามารถเข้ามาดำเนินการร่วมกับประเทศกำลังพัฒนาโดยการรับซื้อสิทธิการ ปล่อยก๊าซเรือนกระจก ในปริมาณที่ประเทศพัฒนาแล้ว ปล่อยเกินกว่าข้อตกลงในพิธีสารเกียวโต โดยสิทธิการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่ประเทศกำลังพัฒนาสามารถขายได้ต้องเป็นปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ลดได้หลังเข้าโครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาด และผ่านการตรวจวัดแล้วซึ่งจะถูกเรียกว่า Certified Emission Reduction (CERs) หรืออีกนัยหนึ่ง คือ คาร์บอนเครดิต (Carbon Credit) ซึ่งมีหน่วยเป็นตันคาร์บอนไดออกไซด์เทียบเท่า และซื้อขายกันในตลาดคาร์บอน (Carbon Market) โดยตลาดดังกล่าว ประกอบไปด้วย ผู้ซื้อ ซึ่งจากการประมาณการของธนาคารโลก กลุ่มประชาคมยุโรปจะเป็นผู้ซื้อรายใหญ่ที่สุดในตลาด รองลงมาคือประเทศญี่ปุ่นที่รวมทั้งภาครัฐและเอกชน ส่วนในด้านผู้ขาย คาร์บอนเครดิตประเภทกลไกการซื้อขายสิทธิการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ผู้ขายรายใหญ่คือ ประเทศในแถบยุโรปตะวันออกและกลุ่มประเทศสหภาพโซเวียต คาร์บอนเครดิตประเภทกลไกการดำเนินการร่วมกันมีประเทศยูเครนและประเทศรัสเซียเป็นผู้ผลิตรายใหญ่ และ คาร์บอนเครดิตประเภทกลไกการพัฒนาที่สะอาด ผู้ผลิตรายใหญ่ คือ ประเทศจีน รองลงมา คือ ประเทศอินเดีย

2. ประเภทของคาร์บอนเครดิต

2.1 คาร์บอนเครดิตที่เกิดจากพันธกรณีของกลุ่มภาคีตามภาคผนวกที่ 1 (Annex1)

กลไกหลักที่ทำให้เกิดคาร์บอนเครดิตก็คือ พันธกรณีตามพิธีสารเกียวโต พิธีสารเกียวโต กำหนดพันธกรณีและสร้างกลไกต่าง ๆ ที่จะทำใหเป้าหมายของกรอบอนุสัญญาฯ เกิดผลในทางปฏิบัติได้จริง โดยกำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดมากขึ้น กล่าวคือ คาร์บอนเครดิตที่เกิดจากพันธกรณีของกลุ่มภาคีภาคผนวกที่ 1 หรือกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมมีพันธกรณีและเป้าหมาย (Emission Target) การปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยรวมน้อยกว่าปริมาณการปล่อยก๊าซในปี 2533 อย่างน้อย 5% ในช่วงปี 2551 – 2555 โดยแต่ละประเทศจะได้รับจัดสรรปริมาณก๊าซที่ตนเองสามารถปล่อยได้ในแต่ละปี3 หรือเป็น คาร์บอนเครดิต ที่กลุ่มภาคี ภาคผนวกที่ 1 ได้รับ และมีพันธะที่จะต้องควบคุมการปล่อยก๊าซเรือนกระจกโดยรวมให้อยู่ภายในจำนวน AAUs ที่กำหนด

2.2 คาร์บอนเครดิตที่เกิดจากการดำเนินโครงการเพื่อลดก๊าซเรือนกระจก

2.2.1 การดำเนินโครงการลดก๊าซเรือนกระจกร่วมกัน (Joint Implementation:

JI)

โครงการที่เกิดจากความร่วมมือระหว่างประเทศในภาคผนวกที่ 1 ที่มีพันธกรณีต้องลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกค่อนข้างต่ำ ได้แก่ ประเทศบัลแกเรีย โครเอเชีย เชค เอสโทเนีย ฮังการี แลตเวีย ลิทัวเนีย โปแลนด์ รัสเซีย สโลเวเนียและยูเครน ปริมาณก๊าซเรือนกระจก ที่ลดลงของโครงการในกลไกการดำเนินโครงการลดก๊าซเรือนกระจกร่วมกันจะเรียกว่า Emission Reduction Units (ERUs) ซึ่งมีค่าเท่ากับ 1 ตันคาร์บอนไดออกไซด์เทียบเท่า

2.2.2 โครงการตามกลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism: CDM)

มีลักษณะเดียวกับการดำเนินโครงการลดก๊าซเรือนกระจกร่วมกันเพียงแต่ประเทศที่ทำโครงการต้องเป็นประเทศนอกภาคผนวก 1/B และเป็นผู้เสนอว่าโครงการจะสามารถลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้เป็นจำนวนเท่าใด ปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ลดลงของโครงการ ซึ่งสอดคล้องกับเงื่อนไขของกลไก CDM จะเรียกว่า Certified Emission Reductions (CERs) ซึ่งโครงการตามกลไกการพัฒนาที่สะอาดเป็นคาร์บอนเครดิตที่ประเทศไทยสามารถทำได้ จะขอ ยกตัวอย่างเพื่อให้เข้าใจได้ง่ายขึ้นว่าโครงการที่ผ่านกลไกการพัฒนาที่สะอาดแล้วที่จะถือเป็น คาร์บอนเครดิตได้ เช่น โครงการการจัดการของเสียในฟาร์มปศุสัตว์ (Livestock Waste Management Project) โดยโครงการนี้จะทำให้ประเทศไทยลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้มากกว่า 58,000 ตันต่อปีโดยเกษตรกรผู้เลี้ยงสุกรทำการติดตั้งบ่อหมักมูลปศุสัตว์แบบรางที่มีพลาสติก โพลีเอทเธอร์สีนเป็นฝาคลุม ซึ่งถูกสุญญากาศและไม่ส่งกลิ่นเหม็น การคลุมบ่อหมักมูลสัตว์นี้ ทำให้ เจ้าของฟาร์มสามารถเก็บกักก๊าซมีเทนเพื่อนำไปใช้ในการผลิตกระแสไฟฟ้าสำหรับใช้ในฟาร์มปศุสัตว์เองได้ถึง 6,250 กิโลวัตต์ต่อปีรวมกัน อีกทั้งการหลีกเลี่ยงการมีเทนสู่อากาศถือได้ว่าเป็นคาร์บอนเครดิตตามกลไกการพัฒนาที่สะอาด

จากการที่ได้ทำการศึกษาลักษณะและผลทางกฎหมายของสัญญาซื้อขาย คาร์บอนเครดิตโดยได้เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าตามกฎหมายของต่างประเทศ รวมทั้งที่ได้ทำการวิเคราะห์พิจารณาประเด็นปัญหาทางกฎหมายของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยมุ่งศึกษาถึง ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดย เปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และปัญหาในเรื่องอัตราค่าบำเหน็จ เป็นสำคัญ และได้ทำการสรุปความจากการที่ได้ทำการศึกษา และเสนอแนะแนวทางในการบังคับใช้และ ตีความในสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตต่อไป ดังนี้

3. ความหมายของนายหน้า

นายหน้า (Brokerage) ซึ่งประมวลกฎหมายของประเทศไทยมาจากประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันเป็นส่วนใหญ่ ด้วยเหตุนี้จึงใช้กฎหมายที่กล่าวนี้เทียบเคียงกันได้ อนึ่ง ในเรื่องคำว่า “นายหน้า” นี้ในภาษาไทยของเราที่ใช้พูดกันอยู่เสมอ โดยทั่ว ๆ ไป มักจะเอาไปปนกับคำว่า “ตัวแทน” เสียโดยมาก ซึ่งถ้าวินิจฉัยให้ซึ่งตามหลักกฎหมายแล้วบุคคลนั้นความจริงเป็นตัวแทน แม้ถึงเขาจะเรียกตัวเองว่านายหน้าก็ไม่ทำให้ความหมายตามคำว่านายหน้าในกฎหมายลักษณะนี้ได้ ข้อสำคัญในเรื่องนายหน้าก็คือ ผู้ที่เป็นนายหน้าที่แท้จริงแล้วย่อมไม่มีส่วนเข้าเป็นคู่สัญญา หรือเข้าทำสัญญาในนามของตนหรือของผู้ใดเลย

มาตรา 845 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“บุคคลผู้ใดตกลงจะให้คำบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่ชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญากันก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบคำบำเหน็จก็ต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ ชี้ช่อง หรือ จัดการ นั้น ถ้าสัญญาที่ได้ทำกันไว้นั้นมีเงื่อนไขบังคับก่อนไซ้ ท่านว่าจะเรียกร้องคำบำเหน็จค่านายหน้ายังหาได้ไม่ จนกว่าเงื่อนไขนั้นสำเร็จแล้ว นายหน้ามีสิทธิจะได้รับค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปก็ต่อเมื่อได้ตกลงกันไว้เช่นนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้บังคับแม้ถึงว่าสัญญาจะมีได้ทำกันสำเร็จ”

นายหน้า คือ ผู้ที่ช่วยจัดให้ได้ทำสัญญากัน ได้แก่ คนกลาง เป็นสื่อช่วยชี้ช่องให้บุคคลฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่ง หรือจัดการให้บุคคลทั้งสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากัน การที่นายหน้าทำไปนั้น ไม่ได้เข้าทำสัญญาแทนบุคคลใด และไม่ใช้ทำกิจการแทนผู้อื่นในนามของตนเอง เช่น ตัวแทนค้าต่าง ส่วนพจนานุกรมฉบับเฉลิมพระเกียรติ พ.ศ. 2530 ได้อธิบายว่า นายหน้า หมายถึง ผู้ที่ช่วยจัดการให้ได้ทำสัญญากัน ผู้วิ่งเต้นในการซื้อขาย สัญญานายหน้านั้นก็เป็นสัญญาประเภทหนึ่งซึ่งได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ว่าด้วยเอกเทศสัญญา สัญญานายหน้าได้แก่บุคคลหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า “ตัวการ” โดยอนุโลมได้ตกลงจะให้คำบำเหน็จแก่บุคคลอีกคนหนึ่งคือ “นายหน้า” เพื่อเป็นสื่อช่วยชี้ช่องให้บุคคลฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญากับอีกฝ่ายหนึ่ง หรือจัดการให้บุคคลสองฝ่ายได้เข้าทำสัญญากัน กิจการที่นายหน้าได้ทำไปจึงเห็นได้ว่าเป็นเพียงสะพานทอดหรือเป็นเพียงเครื่องมือ เพื่อติดต่อระหว่างบุคคลสองฝ่ายเท่านั้น โดยนายหน้าเองไม่มีอำนาจทำการแทนด้วย และไม่ได้ทำกิจการนั้นแทนผู้อื่นในนามของตนเองดังเช่นตัวแทนค้าต่าง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วตัวแทนธรรมดา มีอำนาจหน้าที่น้อยกว่าตัวแทนค้าต่าง แต่นายหน้ายังมีอำนาจและหน้าที่จำกัดยิ่งกว่าตัวแทนธรรมดาข้อสำคัญคือผู้เป็นนายหน้าย่อมไม่มีส่วนเข้าไปเป็นคู่สัญญา หรือเข้าทำสัญญาในนามของตนเองหรือของผู้ใด บุคคลที่จะเป็นนายหน้าอาจจะเป็น บุคคลธรรมดาหรืออาจเป็นนิติบุคคลก็ได้ สำหรับนิติบุคคลนั้นถ้าหากได้จดทะเบียนไว้ต่อกรมทะเบียนการค้ากระทรวงพาณิชย์แล้ว ก็มีสิทธิทำการเป็นนายหน้าได้ในกิจการเกือบทุกประเภท เว้นแต่กิจการบางประเภทซึ่งกฎหมายได้ควบคุมไว้เป็นพิเศษ ก็จะต้องยื่นขออนุญาตก่อนที่จะประกอบกิจการเป็นนายหน้าประเภทนั้น การชี้ช่องให้ได้เข้าทำสัญญา (for indicating the opportunity for the

conclusion of a contract) หรือจัดการให้ได้ทำสัญญา (for procuring a contract) หมายถึง การพูดจาชักชวนหรือชักจูงให้ตกลงในเรื่องราคา หรือการแนะนำชี้ช่องให้เขาได้ทำสัญญากันแล้ว ก็ถือว่าเป็นนายหน้า และได้ปฏิบัติหน้าที่ของนายหน้าแล้ว แต่ข้อสำคัญก็คือ การแนะนำชี้ช่องนั้น จะต้องเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฉะนั้น การที่มีบุคคล หนึ่งมาถามบ้านของผู้ขายสินค้าก็ดี มาถามรูปร่างลักษณะของผู้ขายสินค้าก็ดี มาถามเกี่ยวกับลักษณะ ของสินค้าหรือคุณภาพของสินค้าก็ดี การที่ได้บอกหรือชี้ทางไปบ้านของผู้ขายสินค้า หรือบอก ลักษณะรูปร่างของผู้ขาย หรือบอกลักษณะของสินค้า หรือบรรยายคุณภาพของสินค้าก็ดี ไม่ถือว่าเป็นชี้ช่องนำทางให้คู่สัญญาเข้าทำสัญญาตามมาตรา 845 แบบของสัญญานายหน้า ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 16 ว่าด้วย “นายหน้า” ไม่ได้กำหนดแบบหรือว่าจะ ต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือแต่อย่างใด ดังเช่น สัญญาตัวแทน ตามมาตรา 798 ทั้งนี้ เพราะหน้าที่ สำคัญของนายหน้า คือ การแนะนำชี้ช่องจัดการให้ตัวการและบุคคลภายนอกเข้าทำสัญญา ให้สำเร็จตามความมุ่งหมายของตัวการเท่านั้นโดยนายหน้าไม่เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกในนาม ของตนเอง หรือทำในนามของตัวการ ดังนั้น สัญญานายหน้าก็มีลักษณะเป็นสัญญาทั่ว ๆ ไปชนิด หนึ่ง ซึ่งอาจเกิดจากตัวการและนายหน้าตกลงกันในเรื่องค่าบำเหน็จหรือค่านายหน้า รวมตลอดจน ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ แล้วมอบหมายให้นายหน้าไปปฏิบัติหน้าที่ของตน สัญญานั้นอาจจะเกิดจากวาจา หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ ฉะนั้น ถ้าเป็นสัญญาที่เกิดจากวาจาแล้ว ถ้ามีปัญหาโต้เถียงว่ามีสัญญานายหน้าหรือไม่ ค่าบำเหน็จกำหนดเป็นจำนวนเท่าใด หรือได้มีการตกลงกันเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายหรือไม่เพียงใด คู่กรณีก็อาจนำพยานบุคคลหรือพยานหลักฐานอื่นมาแสดงให้ศาลเห็นจริงตามที่ตนอ้าง คำพิพากษาได้วินิจฉัยว่า “สัญญานายหน้าไม่มีแบบ ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ เพียงแต่คู่ สัญญาตกลงกันด้วยวาจาจากสัญญานายหน้าย่อมเกิดขึ้นตามข้อตกลงนั้น การแต่งตั้งหรือมอบหมาย เป็นนายหน้าจึงไม่ต้องทำตามแบบ”¹

4. ปัญหาทางกฎหมายของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการตีความคำว่าคาร์บอนเครดิต

เมื่อตรวจสอบถึงกฎหมายเฉพาะของไทยได้พบว่าในขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายใด ๆ ที่ ออกมารับรองรวมทั้งกำหนดถึงกลไกการซื้อขายคาร์บอนเครดิต (Carbon Credit) อย่างชัดเจน จะมีก็เพียงแต่พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 โดยอาศัยอำนาจแห่งมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติองค์การมหาชนซึ่งก็ไม่ได้กำหนด ถึงหลักเกณฑ์ วิธีการซื้อขายคาร์บอนเครดิตไว้อย่างเฉพาะแต่อย่างใดไม่ ทั้งนี้อาจด้วยเหตุที่ว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่อยู่นอกภาคผนวกที่ 1 ของพิธีสารเกียวโต ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่ ประเทศไทยจะต้องดำเนินการลดการผลิตก๊าซเรือนกระจกให้ถึงเกณฑ์ที่พิธีสารกำหนด

¹คำพิพากษาฎีกาที่ 2046/2535.

ในมาตรา 138 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า

“ทรัพย์สินหมายความรวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้”

ความสำคัญของทรัพย์สินมีได้มุ่งพิจารณาถึงเรื่องความมีรูปร่างหรือไม่เท่านั้น หากแต่มุ่งพิจารณา ถึงเรื่อง ความมีราคา และถือเอาได้เป็นหลัก กล่าวคือ ซึ่งอาจมีราคา หมายความว่าทรัพย์สินนั้น ๆ มีมูลค่าอยู่ในตัวเอง เป็นสิ่งที่พึงประสงค์ของมนุษย์ด้วยความคาดหวังที่จะเป็นประโยชน์แก่ตนเอง แม้ประโยชน์นั้นจะคิดเป็นเงินได้เพียงเล็กน้อยเท่าใดก็ดี ก็ถือได้ว่าอาจมีราคาได้

อาจถือเอาได้ หมายความว่าบุคคลสามารถเข้าแสดงกริยาหวนกันได้ ซึ่งสำหรับวัตถุที่มีรูปร่างการเข้าถือเอาอาจเป็นสิ่งที่มองเห็นได้ชัดเจน เช่น เมื่อบุคคลไปพบเห็นเอามาถือไว้ ก็เป็นการเข้าถือครองเอาแล้วเพราะบุคคลอาจถือเอาได้ ส่วนวัตถุไม่มีรูปร่างที่จัดเข้าเป็นทรัพย์สินนั้น สิ่งที่เห็นได้ง่ายก็คือกรณีของกำลังแรงน้ำไหล หรือกำลังไฟฟ้า เมื่อบุคคลอาจจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะจับเอากำลังแรงนั้นมาเก็บไว้ใช้สอยให้เป็นประโยชน์แก่ตน หรือจำหน่ายจ่ายแจกได้ตามใจชอบแล้วกำลังแรงเช่นนั้นก็เป็นทรัพย์สิน

นอกจากนี้การจะถือเอาเป็นสิ่งที่อาจถือเอาได้ สำหรับกรณีของคาร์บอนเครดิตนั้น เมื่อพิจารณาในแง่ของการซื้อขายคาร์บอนเครดิตจะเห็นได้ว่าการกำหนดปริมาณของคาร์บอนเครดิตที่จะออกขายกันในตลาดโดยถือปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์และอนุพันธ์ 1 ตัน เป็น 1 หน่วยเครดิต ซึ่งจากหลักการนี้เองย่อมทำให้เห็นได้ว่าเป็นการที่ได้มีการกำหนดปริมาณของก๊าซเรือนกระจกเพื่อก่อให้เกิดการใช้สอยและเพื่อการซื้อขายในตลาดซึ่งจุดนี้เองเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าแม้สิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจะเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างก็ตามแต่สิทธิดังกล่าวก็อาจถือเอาได้ตามมาตรา 138 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายคาร์บอนเครดิตผ่านนายหน้าเปรียบเทียบกับตลาดหลักทรัพ์และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

ปัจจุบันหน่วยงานหรือองค์กรที่เป็นผู้รับซื้อคาร์บอนเครดิตในตลาดคาร์บอนเครดิต (Carbon Market) แบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ

1. รัฐบาลของประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งเป็นประเทศที่มีพันธกรณีในการลดก๊าซเรือนกระจกโดยประเทศดังกล่าวจะมีการมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้จัดหาคาร์บอนเครดิต เพื่อบรรลุถึงพันธกรณีในการลดปริมาณการปล่อยก๊าซเรือนกระจก อาทิเช่น ในประเทศอังกฤษได้มอบหมายให้กระทรวงสิ่งแวดล้อม อาหารและกิจการชนบท (Department of Environment and Food and Rural Affairs) เป็นหน่วยงานของรัฐบาลอังกฤษในการจัดหาคาร์บอนเครดิต เป็นต้น
2. กองทุนที่จัดตั้งโดยรัฐบาลหรือกลุ่มบริษัทเอกชนที่รวมตัวกัน หรือที่เรียกว่า Carbon Fund โดย Carbon Fund เป็นกองทุนที่มาจากการรวมตัวกันของรัฐบาลหรือกลุ่มบริษัทเอกชนที่ต้องการปริมาณก๊าซเรือนกระจกที่ลดได้ อาทิเช่น ธนาคารโลก เป็นผู้บริหารจัดการ

Prototype Carbon Fund Bio Carbon Fund World Bank's Community Development Carbon Fund หรือในกรณีของประเทศไทยก็ได้มีการจัดตั้ง Japan Carbon Finance โดยเป็นการรวมตัวกันของบริษัทเอกชนในประเทศไทยเป็นต้น

3. นายหน้ารับซื้อคาร์บอนเครดิต หรือที่เรียกว่า Carbon Broker คือ นายหน้าที่รับซื้อคาร์บอนเครดิตเพื่อนำไปขายให้กับบริษัทเอกชนหรือรัฐบาลของประเทศที่พัฒนาแล้วโดยทำงานในลักษณะเดียวกับ Broker ในตลาดหุ้น อาทิเช่น Asia Carbon Exchange ของประเทศสิงคโปร์ หรือ Traditional Finance Service และ Trading Emission PLC ของประเทศอังกฤษ เป็นต้น โดย Carbon Broker จะทำหน้าที่เปิดประมูล CERs และคิดค่านายหน้าเป็นจำนวนร้อยละของรายได้จากการขาย CERs

วิธีการซื้อขายคาร์บอนเครดิตมี 2 รูปแบบ คือ ก. ซื้อขายโดยตรงกับผู้ซื้อ (Over the Counter Market) และ ข. ซื้อขายในตลาดคาร์บอนเครดิต (Carbon Market) ทั้งนี้สำหรับประเทศไทยการขายคาร์บอนเครดิตโดยส่วนใหญ่เป็นการซื้อขายโดยตรงกับผู้ซื้อนอกตลาด กล่าวคือเป็นการขายตรงไปยังบริษัทเอกชนของประเทศต่าง ๆ โดยบริษัทเอกชนดังกล่าวก็จะนำคาร์บอนเครดิตที่รับซื้อไปขายต่อโดยวิธีต่าง ๆ ให้กับหน่วยงานหรือองค์กรที่เป็นผู้รับซื้อคาร์บอนเครดิตตามที่กล่าวไว้ข้างต้นอีกทอดหนึ่ง ตัวอย่างการซื้อขายคาร์บอนเครดิตที่เกิดจากโครงการ CDM ในประเทศไทย อาทิเช่น บริษัท เอที ไบโอพาวเวอร์ จำกัด ได้ทำสัญญาซื้อขาย CERs กับ Chubu Electric Power ประเทศญี่ปุ่นจากโครงการผลิตกระแสไฟฟ้าจากพลังงานชีวมวล หรือโครงการผลิตไฟฟ้าจากกากอ้อยของบริษัท น้ำตาลขอนแก่นที่ทำสัญญากับบริษัทเอกชนในสหภาพยุโรป ประเภทของสัญญาซื้อขายก๊าซเรือนกระจก (Emission Reduction Purchase Agreement) หรือที่เรียกย่อ ๆ ว่า ERPA ปัจจุบัน ERPA มี 2 ประเภท

1. Forward Contract เป็นสัญญาที่มีข้อตกลงที่จะส่งมอบ CERs ในระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งในอนาคตโดยเป็นสัญญาที่กำหนดให้มีการจ่ายเงินล่วงหน้า ตั้งราคาซื้อขายที่ยืดหยุ่นได้ ผู้ซื้อและผู้ขายรับความเสี่ยงร่วมกัน รับประกันรายได้ที่ได้รับล่วงหน้า ให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคในการพัฒนาโครงการและสามารถต่อรองราคาคาร์บอนเครดิตตามระดับความเสี่ยงได้หรือที่เรียกว่าสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

2. Spot Market Contract เป็นการซื้อขายหลังจากที่ได้รับ CERs แล้วโดยเป็นสัญญาที่กำหนดให้ผู้ขายเป็นผู้รับความเสี่ยงแต่สามารถกำหนดราคาซื้อขายคาร์บอนเครดิตได้ในราคาที่สูงเนื่องจากไม่มีความเสี่ยงในการไม่ได้รับสินค้าโดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์และราคาคาร์บอนเครดิตในขณะที่ซื้อขาย ไม่สามารถรับประกันราคาได้ล่วงหน้าและไม่ต้องการความช่วยเหลือทางด้านเทคนิคในการพัฒนาโครงการทั้งนี้ประเด็นสำคัญใน ERPA ที่ควรพิจารณา อาทิเช่น ปริมาณ CERs ที่ตกลงจะขาย ผู้ขายควรแน่ใจว่าสามารถลดปริมาณก๊าซเรือนกระจกได้จริงตามที่กำหนดในสัญญา ราคา CERs ควรจะเป็นเท่าไร และต้องส่งมอบให้กับใคร เวลาและวิธีการรับเงิน คู่

สัญญาฝ่ายใดจะเป็นผู้รับผิดชอบในการขึ้นทะเบียน CERs ผลของการที่ไม่สามารถส่งมอบ CERs ได้หรือส่งมอบไม่ครบ ข้อความที่จะป้องกันความเสี่ยงกรณีเกิดสถานการณ์ที่ไม่สามารถควบคุมได้ กำหนดกลไกและวิธีการในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้เป็นต้น ปัจจุบันรัฐบาลไทยพยายามที่จะให้การสนับสนุนโครงการ CDM ค่อนข้างมาก เพื่อให้การซื้อขายคาร์บอนเครดิตเป็นที่รู้จักกันมากขึ้น และมีความพยายามที่จะผลักดันให้ CERs เป็นหนึ่งในตราสารที่เป็นหลักทรัพย์และทำการซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ หรือให้มีการเปิดตลาด Carbon Exchange ในประเทศไทย

ดังที่กล่าวมาเห็นได้ว่านายหน้าการซื้อขายคาร์บอนเครดิตจะมีอยู่ได้ในทุกกรณีของการรับซื้อคาร์บอนเครดิตในตลาดคาร์บอนและไม่ว่าวิธีการซื้อขายจะเป็นอย่างไรไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายล่วงหน้า (Forward Contract) หรือการซื้อขายแบบส่งมอบทันที (Spot Market Contract) หากการซื้อขายดังกล่าวมีคนกลางซึ่งขอให้ทั้งสองฝ่ายเข้าทำสัญญากันแล้วก็ต้องถือว่าผ่านนายหน้าด้วยกันทั้งสิ้นแต่ตัวคนกลางที่ทำการซื้อข่งในการซื้อขายหรือที่เรียกว่านายหน้านั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ไม่จำเป็นต้องได้รับใบอนุญาตในการเป็นคนกลางหรือนายหน้าในการซื้อขายคาร์บอนเครดิตแต่อย่างใดซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาในความน่าเชื่อถือของคนกลางหรือนายหน้า

เมื่อเปรียบเทียบการซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยนั้นการซื้อขายหลักทรัพย์ผู้ซื้อหลักทรัพย์ต้องซื้อขายบริษัทหลักทรัพย์ที่เป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เท่านั้นไม่สามารถซื้อขายผ่านนายหน้าที่ไม่ได้รับใบอนุญาตการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ได้เลยซึ่งการที่จะได้รับใบอนุญาตนั้นก็จะมีกฎเกณฑ์ต่าง ๆ กำกับไว้ซึ่งแตกต่างจากการซื้อขายคาร์บอนเครดิตผ่านนายหน้าในปัจจุบันของประเทศไทยซึ่งบุคคลใดก็สามารถเป็นนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตได้ ส่วนในสัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้าก็เช่นเดียวกันผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าจะให้บริการแก่บุคคลทั่วไปได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์โดยผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าต้องเป็นนิติบุคคลซึ่งอาจเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดก็ได้ซึ่งก็จะมีกฎเกณฑ์สำหรับผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าวางหลักไว้

สำหรับเรื่องอัตราค่านายหน้านั้น บทบัญญัติในมาตรา 846 บัญญัติว่า

“ถ้ากิจการอันใดได้มอบหมายแก่นายหน้านั้น โดยพฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่า ย่อมทำให้แต่เพื่อจะเอาค่าบำเหน็จไשר ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกัน โดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จนายหน้า ค่าบำเหน็จนั้นถ้ามิได้กำหนดจำนวนกันไว้ ท่านให้ถือว่าได้ตกลงกันเป็นจำนวนตามธรรมเนียม”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น การตกลงเกี่ยวกับค่าบำเหน็จนายหน้ามีได้ 2 ทาง คือ

1. มีการตกลงกันโดยชัดแจ้งถึงบำเหน็จนายหน้าว่า นายหน้ามีสิทธิได้รับบำเหน็จหากว่าทำการสำเร็จ

2. มีการตกลงโดยปริยาย กล่าวคือ กิจการที่มีการมอบหมายให้นายหน้ากระทำการโดยพฤติการณ์คงไม่มีใครทำให้เปล่า แต่จะเรียกค่าบำเหน็จนายหน้าเป็นการตอบแทนกันแล้ว กฎหมายก็เลยสันนิษฐานว่าได้ตกลงกันโดยปริยายว่ามีค่าบำเหน็จ

ปัญหาที่น่าพิจารณา คือ หากนายหน้าทำความตกลงในเรื่องค่าบำเหน็จกับตัวการไว้ในจำนวนที่สูงกว่าอัตราตามธรรมเนียมปกติที่นายหน้าควรได้รับจากกิจการนั้น ดังนี้ข้อตกลงดังกล่าวมีผลใช้บังคับตามกฎหมายหรือไม่ สำหรับประเด็นปัญหาที่ว่า หากนายหน้าทำความตกลงในเรื่องค่าบำเหน็จกับตัวการไว้ในจำนวนที่สูงกว่าอัตราตามธรรมเนียมปกติจะมีผลบังคับใช้หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดจำนวนค่าบำเหน็จให้นายหน้าไว้ในจำนวนเท่าใดนายหน้าก็มีสิทธิได้รับค่าบำเหน็จในจำนวนนั้นเป็นค่าตอบแทนเมื่อตนได้ทำหน้าที่สำเร็จและหากมีอัตราสูงกว่าอัตราค่าธรรมเนียมปกติข้อสัญญาดังกล่าวก็หาได้ตกเป็นโมฆะไม่เพราะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนายหน้าได้บัญญัติไว้เป็นการขัดแย้ง ซึ่งประเด็นปัญหานี้ได้มีคำพิพากษากฎีกาที่ 2581/2526 วินิจฉัยว่า การทำความตกลงในเรื่องค่าบำเหน็จนายหน้าที่สูงกว่าปกติสามารถกระทำได้ แต่จะสามารถบังคับกันได้ก็ต่อเมื่อคู่สัญญามีการทำหลักฐานกันไว้เป็นหนังสือหรือเอกสารอื่นใด

ดังนั้น หากนายหน้าและตัวการได้ทำความตกลงในเรื่องจำนวนค่าบำเหน็จกันไว้เท่าใดก็จำต้องผูกพันกันตามที่ได้ทำความตกลงไว้ แม้ว่าจำนวนค่าบำเหน็จที่ได้ทำความตกลงนั้นจะอยู่ในจำนวนที่สูงเกินสมควร แต่เมื่อการกำหนดค่าบำเหน็จเช่นนี้หาได้มีกฎหมายห้ามไว้โดยชัดแจ้ง และกรณีนี้ก็หาได้เป็นการขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ข้อสัญญาดังกล่าวจึงมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบกับการซื้อขายหลักทรัพย์ผ่านตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และการซื้อขายผ่านสัญญาซื้อขายล่วงหน้าซึ่งการซื้อขายดังกล่าวจะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องค่าธรรมเนียมโดยชัดเจนจึงทำให้หมดปัญหาในการคิดเรื่องค่าบำเหน็จเพราะได้บัญญัติไว้โดยตรง และไม่มีปัญหาในกรณีที่นายหน้าและตัวการได้ทำความตกลงในเรื่องจำนวนค่าบำเหน็จที่สูงเกินสมควร เพราะได้กำหนดค่าธรรมเนียมไว้อย่างตายตัวเท่ากันไม่ว่าใครจะเป็นผู้ซื้อ

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต

บทบัญญัติเรื่องสัญญานายหน้ามิได้บัญญัติกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญานายหน้าอย่างเดียวกับสัญญาตัวแทน ดังนั้น ในเรื่องนายหน้าจึงไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องมีการตั้งนายหน้าเป็นหนังสือ หรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือไม่ว่าการที่นายหน้าได้เข้าซื้อหรือจัดการนั้นกฎหมายจะได้บังคับให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือไม่อย่างสัญญาตัวแทน สัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตนั้นแม้ไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ย่อมสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ เพราะเมื่อมีการตกลงกันให้เป็นนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตแล้ว สัญญานายหน้าก็เกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์แม้ว่าสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตจะมีได้ทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใด แม้ว่าจะระหว่างตัวการและนายหน้าซื้อ

ขายคาร์บอนเครดิตจะได้มีการตั้งนายหน้าเป็นหนังสือ ตัวการและนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตก็ยังมีความสัมพันธ์กันอยู่เพราะสัญญาซื้อขายได้เกิดมีขึ้นนั้นสมบูรณ์ และสามารถบังคับกันได้ตามสิทธิ หน้าที่ในสัญญาแม้ว่าสัญญานายหน้านั้นจะได้มีหนังสือหรือหลักฐานเป็นหนังสือและหากสัญญาตั้งนายหน้าเป็นสัญญาที่เกิดจากวาจาแล้ว ถ้ามีปัญหาโต้เถียงว่ามีสัญญานายหน้าหรือไม่คู่กรณีก็อาจนำพยานบุคคลหรือพยานหลักฐานอื่นมาสืบแสดงให้ศาลเห็นเห็นจริงตามที่ตนอ้างได้

ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตนั้น ถ้าสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตได้เกิดมีขึ้นย่อมเกิดขึ้นระหว่างตัวการและนายหน้า แต่ถ้าสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตมิได้เกิดมีขึ้นย่อมไม่เกิดขึ้นผูกพันกัน เพราะฉะนั้นในเบื้องต้นจึงต้องวิเคราะห์เสียก่อนว่า สัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตเกิดได้ในพฤติการณ์อย่างไรบ้าง โดยจะทำการพิจารณาเทียบเคียงกับการเกิดของสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

โดยหลักแล้วสัญญาจะเกิดต่อเมื่อคำเสนอและคำสนองต้องตรงกัน กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้ทำคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำคำสนองรับที่ต้องตรงตามคำเสนอทุกประการและคำสนอนั้นเกิดขึ้นภายในเวลาที่กำหนดไว้ในคำเสนอ ก็ก่อให้เกิดสัญญาได้ซึ่งกระบวนการก่อให้เกิดสัญญานี้ อาจเกิดขึ้นในลักษณะของการแสดงเจตนาทำคำเสนอต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้าและอีกฝ่ายสนองรับกลับทันที หรืออาจเกิดด้วยการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้าโดยผู้ทำคำเสนอเขียนจดหมายทำคำเสนอไปและผู้รับคำเสนอเขียนจดหมายสนองรับกลับมาก็ใช้ได้² เมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้วย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายทันทีที่ทำสัญญา ได้แก่ ผลทางนี้ ก็คือการก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือโอนสิทธิเรียกร้อง หรือความผูกพันที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ต่อไป นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดผลทางทรัพย์สิน ก็คือ การก่อให้เกิด เปลี่ยนแปลง หรือโอนสิทธิในทางทรัพย์สิน ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งที่ทำให้คู่สัญญาเกิดสิทธิเรียกร้องและภาระหน้าที่ต่อกัน³

สัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตถือได้ว่าเป็นเอกเทศสัญญา แต่สัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตก็คือ “สัญญา” ที่จะต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องสัญญามาบังคับใช้ด้วย ดังนั้น ในการพิจารณาถึงการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตจะพิจารณาเทียบเคียงกับการเกิดของสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปพร้อมกัน

จากบทบัญญัติการเป็นนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะเกิดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

² ศันท์ภรณ์ (จำปี) โสติพันธ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 270.

³ ฐิตา ธรรมกิตติคุณ, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตีความสัญญานายหน้า,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2552), หน้า 111.

1) นายหน้าที่ถูกแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ กล่าวคือ เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในมาตรา 845 วรรค 1 ที่กฎหมายบัญญัติว่า “บุคคลผู้ใดตกลงจะให้คำบำเหน็จแก่นายหน้าเพื่อที่จะซื้อให้ได้เข้าทำสัญญาก็ดี จัดการให้ได้ทำสัญญาก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบคำบำเหน็จต่อเมื่อสัญญานั้นได้ทำกันสำเร็จเนื่องแต่ผลแห่งการที่นายหน้าได้ซื้อหรือจัดการนั้น...” การเกิดของนายหน้าในกรณีเช่นนี้เป็นกรณีที่ตัวการได้แสดงออกโดยชัดแจ้งไม่ว่าด้วยวาจา หรือโดยลายลักษณ์อักษรตกลงแต่งตั้งให้บุคคลคนหนึ่งทำการเป็นนายหน้า เพื่อให้นายหน้าจัดหาบุคคลที่มีความประสงค์ต้องตรงกับตัวการ เพื่อตัวการจะได้เข้าทำสัญญาอย่างใดอย่างหนึ่งกับบุคคลภายนอกนั้น

เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีการเกิดของนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตแล้ว นายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตที่ถูกแต่งตั้งจากตัวการนั้นก็เกิดมีได้เช่นกัน โดยพิจารณาตามการซื้อขายคาร์บอนเครดิตแล้วประเทศที่อยู่ในภาคผนวกที่ 1 ตามพิธีสารเกียวโตที่ถูกจำกัดให้ลดก๊าซเรือนกระจกที่จำเป็นต้องซื้อคาร์บอนเครดิตจากโครงการในประเทศไทยผ่านโครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาดนั้นหากการซื้อขายคาร์บอนเครดิตในโครงการนั้น ๆ ได้ดำเนินการผ่านตัวแทนนายหน้า ตัวการ (ผู้ซื้อ) ก็จะมีการแต่งตั้งนายหน้าอย่างเป็นทางการหรือกลับกันในกรณีที่ตัวการ (ผู้ขาย) ต้องการที่จะขายคาร์บอนเครดิตที่มาจากโครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาดให้กับประเทศในภาคผนวกที่ 1 แต่ไม่รู้จักผู้ซื้อที่ใครก็จะทำการแต่งตั้งนายหน้าไปทำการขายคาร์บอนเครดิตที่ตนเองมี ดังนั้นนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งย่อมเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกับการนิยามนายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2) นายหน้าที่ถูกแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการ กล่าวคือ เป็นกรณีที่นายหน้าไม่ได้รับการตกลงแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ มิได้มีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาที่จะให้ทำการเป็นนายหน้า แต่ด้วยการแสดงออกของตัวการและนายหน้าพึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าทั้งตัวการและนายหน้าประสงค์จะผูกพันตามสัญญานายหน้านั้น แม้ว่าจะไม่มีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งให้เป็นนายหน้ากันจริง

ส่วนนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต นายหน้าที่ถูกแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการก็เกิดมีขึ้นได้เช่นกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่ตัวการ (ผู้ขาย) ได้มีการปรึกษากับบริษัทที่ปรึกษาในการจัดทำโครงการตามกลไกการพัฒนาที่สะอาดเพื่อให้ตนเองหรือบริษัทตนเองมีคาร์บอนเครดิต เมื่อบริษัทที่ปรึกษาการจัดทำโครงการตามกลไกการพัฒนาที่สะอาดซึ่งในประเทศไทยส่วนใหญ่บริษัทเหล่านี้ก็จะทำการเป็นนายหน้าด้วยในตัวเมื่อโครงการที่จัดทำนั้นได้ผ่านการอนุมัติผ่านขั้นตอนต่าง ๆ บริษัทที่ปรึกษาก็จะทำการหาผู้ซื้อซึ่งอาจเป็น องค์กร ประเทศในภาคผนวกที่ 1 ตามพิธีสารเกียวโต หรือเป็นนายหน้าด้วยตนเองมารับซื้อโดยที่ผู้ขายซึ่งต้องการจะขายคาร์บอนเครดิตนั้นต้องการจะขายคาร์บอนเครดิตที่ได้จากโครงการตามกลไกการพัฒนาที่สะอาดอยู่แล้วแต่ไม่ได้แต่งตั้งบริษัทที่ปรึกษานั้นเป็นนายหน้าแต่ด้วยการแสดงออกก็เป็นที่เข้าใจได้ว่าทั้งตัวการและนายหน้าประสงค์

จะผูกพันตามสัญญาหน้าแม้ว่าจะไม่มีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ดังนั้น การแต่งตั้งนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยปริยายจากตัวการยอมเกิดมีขึ้นได้ทั้งนี้ต้องอาศัยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นเรื่องๆ ไปว่าการกระทำหรือการแสดงออกอย่างนั้นพอจะถือได้ว่าตกลงยินยอมเป็นนายหน้ากันหรือไม่

เมื่อพิจารณาการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยเทียบเคียงกับการเกิดของสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่า สัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี ดังนี้

(1) นายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยชัดแจ้งจากตัวการ การแต่งตั้งหมายรวมทั้งแต่งตั้งด้วยวาจา และแต่งตั้งด้วยลายลักษณ์อักษร

(2) นายหน้าโดยการแต่งตั้งโดยปริยายจากตัวการ เป็นกรณีที่ทั้งตัวการและนายหน้าแสดงออกโดยพฤติการณ์ว่าทั้งสองฝ่ายยินยอมเข้าผูกพันเป็นตัวการและนายหน้า และการแสดงออกของตัวการและนายหน้าพึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าทั้งตัวการและนายหน้าประสงค์จะผูกพันตามสัญญานายหน้านั้น

ส่วนนายหน้าโดยการเชิด และนายหน้าโดยการให้สัตยาบันของตัวการไม่อาจเกิดมีขึ้นได้เลยในเรื่องสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต เพราะระหว่างตัวการและนายหน้าหาได้มีการแต่งตั้งมอบหมายให้เป็นนายหน้ากันมาก่อนจึงไม่มีความผูกพันทางสัญญาต่อกัน และกรณีนี้ไม่มีกฎหมายส่วนใดเกี่ยวกับสัญญานายหน้าสนับสนุนให้นายหน้าสามารถกระทำการเช่นนั้นได้

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต

ขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยตรง ทำให้บุคคลทั่วไปที่ประสงค์จะประกอบอาชีพนายหน้าที่สามารถทำได้โดยไม่มีข้อจำกัด แต่ปัจจุบันคาร์บอนเครดิตเป็นสินค้าประเภทหนึ่งซึ่งคาร์บอนเครดิตถือเป็นอนุพันธ์ประเภทหนึ่ง กล่าวคือเป็นสินค้าทางการเงินชนิดหนึ่งที่มีคุณลักษณะพิเศษคือเป็นสินค้าที่ไม่มีมูลค่าในตัวเอง แต่มีมูลค่าขึ้นอยู่กับสินค้าอื่นที่อนุพันธ์นั้นอ้างอิงอยู่ โดยสินค้าที่อนุพันธ์อ้างอิงมูลค่าจะเรียกว่าสินค้าอ้างอิง ลักษณะเด่นอีกอย่างหนึ่งของอนุพันธ์คือ มีอายุจำกัด เมื่อหมดอายุมูลค่าของอนุพันธ์นั้น ๆ ก็จะหมดลงด้วย ซึ่งปัจจุบันคาร์บอนเครดิตถือเป็นสินค้าที่ซื้อขายกันในตลาดอนุพันธ์ที่ซื้อขายกันในตลาดเงินทั่วโลก ซึ่งคาร์บอนเครดิตนี้เป็นอนุพันธ์ประเภทฟิวเจอร์ คือ สัญญาซื้อขายล่วงหน้าซื้อขายผ่านตลาดอนุพันธ์ที่มีการจัดตั้งอย่างเป็นทางการเมื่อถึงเวลาที่กำหนด ผู้ซื้อและผู้ขายมีพันธะต้องซื้อขายกันตามที่ตกลงในสัญญา ถือได้ว่าถ้ามีกฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตใช้บังคับจะมีการกำหนดให้ผู้ที่ต้องการเป็นนายหน้า จะต้องขึ้นทะเบียนและขอใบอนุญาตก่อน จะต้องมีการกำหนดความรู้ขั้นต่ำมีการกำหนดคุณสมบัติบางประการ รวมทั้งมีการควบคุมการปฏิบัติในการประกอบอาชีพ

ในการออกกฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้านั้น อาจกระทำได้หลายรูปแบบทั้งในรูปแบบของการแก้ไขกฎหมายเดิมที่มีอยู่แล้ว หรือการออกกฎหมายใหม่เป็นการ

เฉพาะโดยเทียบเคียงกับกฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้อง โดยมีข้อพิจารณาคือ ในขณะนี้กฎหมายที่สามารถใช้บังคับกับนายหน้าอยู่เพียงฉบับเดียว คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะนายหน้า ซึ่งมีข้อบกพร่องตามที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่ข้อบกพร่องเหล่านั้นไม่ควรแก้ไขให้ดีขึ้นด้วยการแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนายหน้า เป็นเรื่องการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของนายหน้าและผู้ตั้งนายหน้าทุกประเภท ไม่ใช่เน้นการบังคับใช้กับนายหน้าประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะ หรือในกรณีของกฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยหรือประกันชีวิตก็มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 20 ซึ่งเป็นบัญญัติว่าด้วยลักษณะทั่วไปของการทำสัญญา และผลของการทำสัญญาประกันภัยและประกันชีวิต แต่เมื่อต้องการควบคุมกิจการประกันภัยก็มีการออกกฎหมายพิเศษเป็น พ.ร.บ. ประกันชีวิต พ.ศ. 2535 และ พ.ร.บ. ประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับก็มีการกำหนดให้นายหน้าประกันชีวิตและนายหน้าประกันวินาศภัยมีการกำหนดด้านคุณสมบัติการขอใบอนุญาตนายหน้า ขอบเขตการปฏิบัติของนายหน้าการขอต่ออายุใบอนุญาตอัตราค่านายหน้า ซึ่งถ้าเป็นส่วนของการบังคับตามสัญญาและความรับผิดชอบระหว่างนายหน้ากับตัวการ และบุคคลภายนอกก็เป็นส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายแพ่ง ก็ต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ แต่ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการกำกับควบคุมการขอรับใบอนุญาตเป็นนายหน้าประกันชีวิต หรือนายหน้าประกันภัย ก็ต้องบังคับตาม พ.ร.บ.ประกันชีวิต หรือ พ.ร.บ. ประกันภัย พ.ศ. 2535 แล้วแต่กรณี สำหรับเรื่องนายหน้าก็มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายดังกล่าวทั้งสองฉบับ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะนายหน้าเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการทำสัญญาและการบังคับตามสัญญานายหน้าก็ต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ถ้าหากต้องการควบคุมและยกระดับมาตรฐานนายหน้าก็สมควรต้องบังคับโดยกฎหมายพิเศษ ไม่สมควรปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมและยกระดับมาตรฐานนายหน้า⁴

ในเรื่ององค์กรที่ควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้านั้น สิ่งสำคัญที่จะต้องพิจารณา คือ จะให้หน่วยงานที่มีอยู่แล้วเป็นผู้ควบคุมหรือจะตั้งหน่วยงานใหม่ขึ้นมาดูแล และถ้าจะให้หน่วยงานเดิมที่มีอยู่แล้วควบคุม สมควรจะให้เป็นที่หนึ่งของหน่วยงานใด หรือเป็นหน่วยงานใหม่ควรมีโครงสร้างอย่างไร สำหรับเกณฑ์ในการพิจารณาว่าควรจะให้ควบคุมโดยหน่วยงานที่มีอยู่แล้วหรือหน่วยงานใหม่ควรมีดังนี้

ความยุ่งยากซับซ้อนในการดำเนินงานในการควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตและการดำเนินงานต่าง ๆ ต้องใช้ความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษเฉพาะด้าน จึงมีความจำเป็นที่ต้องให้ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะการควบคุมการประกอบการ

⁴สมศักดิ์ โตรักษา, “กฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าสังหาริมทรัพย์,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541), หน้า 95.

อาชีพนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ลึกซึ้งและยุ่งยาก ดังนั้น หน่วยงานใดก็ตามที่มีบุคลากรที่จบทางด้านกฎหมายที่ไม่น่าจะทำได้ เกณฑ์ในข้อนี้จึงน่าจะมีหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับกฎหมายและมีความรู้ด้านคาร์บอนเครดิตมาเป็นหน่วยงานที่กำกับดูแล เช่น องค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) และโดยที่แนวนโยบายของรัฐต้องการลดอัตราค่าลังภาครัฐ เพื่อประหยัดงบประมาณการตั้งหน่วยงานใหม่ เพื่อทำหน้าที่ควบคุมอาชีพนายหน้าน่าจะเป็นการประหยัด จึงควรให้หน่วยงานที่มีอยู่แล้วทำหน้าที่เพิ่มขึ้นโดยไม่ต้องเพิ่มเจ้าหน้าที่ แต่ให้เกลี้ยอัตรากำลังมาช่วยโดยขาดจากหน้าที่เดิม หรืออาจให้เจ้าหน้าที่ที่มีงานค่อนข้างน้อย ทำหน้าที่เกี่ยวกับการออกใบอนุญาตอาชีพนายหน้าควบคู่กับหน้าที่เดิมก็น่าจะทำได้ เพราะปกติแล้วเจ้าหน้าที่ตามหน่วยงานต่างๆ มักจะมีเวลาว่างไม่ได้ทำงานอย่างหนักตลอดเวลาแต่อย่างใด ซึ่งถ้าทำอย่างนี้ได้ก็จะไม่สิ้นเปลืองงบประมาณเพิ่มขึ้นแต่อย่างใด ขณะนี้มีหน่วยงานภาครัฐหลายหน่วยงานที่มีบุคลากรที่จบด้านกฎหมาย มีการปฏิบัติงานด้านการดำเนินการออกใบอนุญาตอื่นๆ อยู่แล้วจนเป็นเรื่องปกติ เช่น องค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) และสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

บทสรุป

เนื่องจากบทบัญญัติในทางกฎหมายเกี่ยวกับนายหน้าสัญญาซื้อขายคาร์บอนเครดิตขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายใด ๆ ออกมารองรับรวมทั้งบทบัญญัติถึงกลไกการซื้อขายคาร์บอนเครดิตอย่างชัดเจน จะมีก็เพียงแต่พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การบริหารก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2550 โดยอาศัยอำนาจแห่งมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติองค์การมหาชนซึ่งก็ไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์วิธีการในการซื้อขาย และสัญญาในเรื่องนายหน้าไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด และเมื่อได้ทำการศึกษา พิจารณาพิเคราะห์บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องสัญญานายหน้าตามกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ที่พอจะเทียบเคียงในเรื่องลักษณะของคาร์บอนเครดิตและลักษณะสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยประกอบกับแนว คำพิพากษาศาลฎีกาก็พบว่า การบังคับใช้และการตีความสัญญาซื้อขายคาร์บอนเครดิตเมื่อเทียบกับบทบัญญัติในเรื่องสัญญานายหน้าในบางกรณียังไม่เป็นที่กระจ่างชัด บทความนี้จึงได้ทำการมุ่งเน้นถึงกฎหมายเกี่ยวกับสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยเทียบกับกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญ ซึ่งจะไดกล่าวเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นโดยสรุป ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการตีความคำว่าคาร์บอนเครดิต

ข้อพิจารณาในเรื่องปัญหาเกี่ยวกับการตีความคำว่าคาร์บอนเครดิต คาร์บอนเครดิตจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นทรัพย์สิน ตามมาตรา 138 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่จะสามารถทำการซื้อขายกันได้ตามกฎหมายไทย จากการศึกษาพบว่าลักษณะของคาร์บอนเครดิตน่าจะถือเป็นทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 138 เพราะการพิจารณาคำว่าทรัพย์สิน ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ความสำคัญของทรัพย์สินมิได้มุ่งพิจารณาถึงความ

มีรูปร่างหรือไม่เท่านั้น หากแต่มุ่งพิจารณาถึงเรื่อง ความมีราคา และถือเอาได้ เป็นหลัก ดังนั้น สำหรับกรณีของคาร์บอนเครดิตว่าอาจถือเป็นทรัพย์สินได้หรือไม่นั้นจะต้องแยกพิจารณาว่าเข้าหลักเกณฑ์สำคัญทั้งสองหลักตามประเด็นข้างต้นหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าคาร์บอนเครดิต อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งก็คือ สิทธิที่จะได้รับอนุญาตในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกขึ้นสู่บรรยากาศนั่นเอง ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ย่อมเป็นสิทธิที่พึงประสงค์ต่อมนุษย์และเป็นประโยชน์แก่ตน เพราะเนื่องจากการซื้อขายสิทธิดังกล่าวทำให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้ในปริมาณที่มากขึ้นกว่าเดิม ประกอบกับการซื้อขายนั้นได้ทำขึ้นในหลายตลาดที่ซึ่งมีเงินหมุนเวียนจากการซื้อขายสิทธิดังกล่าวอยู่เป็นจำนวนมาก เช่นตลาดยุโรป และอเมริกา ก่อให้เกิดกำไรแก่ผู้ขายและประโยชน์ในทางเศรษฐกิจแก่ผู้ซื้อ ซึ่งสิ่งเหล่านี้เองได้แสดงให้เห็นว่าสิทธิดังกล่าวนี้ ถือได้ว่าเป็นสิ่งซึ่งอาจมีราคานั้นเอง

นอกจากนี้การจะถือว่าเป็นสิ่งที่สามารถถือเอาได้ สำหรับกรณีของคาร์บอนเครดิตนั้นเมื่อพิจารณาในแง่ของการซื้อขายคาร์บอนเครดิตจะเห็นได้ว่าการกำหนดปริมาณของคาร์บอนเครดิตที่จะออกขายกันในตลาดโดยถือปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์และอนุพันธ์ 1 ตัน เป็น 1 หน่วยเครดิต ซึ่งจากหลักการนี้เองย่อมทำให้เห็นได้ว่าเป็นการที่ได้มีการกำหนดปริมาณของก๊าซเรือนกระจกเพื่อก่อให้เกิดการใช้สอยและเพื่อการซื้อขายในตลาดซึ่งจุดนี้เองเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าแม้สิทธิในการปล่อยก๊าซเรือนกระจกจะเป็นสิ่งที่ไม่มีการรูปร่างก็ตามแต่สิทธิดังกล่าวก็อาจถือเอาได้ตามมาตรา 138 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2. ปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายคาร์บอนเครดิตผ่านนายหน้าเปรียบเทียบกับตลาดหลักทรัพย์และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำว่า “ซื้อขาย” มีความหมายในเชิงที่เน้นเรื่องการเอาของ (ทรัพย์สิน) แลกกับเงินตรา (ราคา) โดยผู้ซื้อจะต้องชำระราคาและผู้ขายจะต้องโอนกรรมสิทธิในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ ทั้งนี้การซื้อขายดังกล่าวนั้นจะต้องเกิดจากการที่บุคคลหนึ่งทำคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำคำสนองรับก่อให้เกิดเป็นสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย เนื่องจากตามมาตรา 453 ได้กำหนดให้เรื่องซื้อขายนั้น “เป็นสัญญา” นั้นเองจึงต้องอาศัยการแสดงเจตนาเสมอ เมื่อพิจารณาถึงรายละเอียดของธุรกรรมของคาร์บอนเครดิตจะเห็นได้ว่าการซื้อขายสิทธิดังกล่าวจะเกิดจากบุคคลสองฝ่าย คือ ผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งการดำเนินธุรกรรมที่เกิดขึ้นนั้นโดยหลักแล้ว การดำเนินธุรกรรมใด ๆ จะถือเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางบัญชี เช่น ทำให้สินทรัพย์เพิ่มขึ้น หรือลดลง แต่หากมองในมุมของการเคลื่อนไหวของสิทธิตามกฎหมายแล้ว การที่บุคคลทั้งสองฝ่ายได้มีการดำเนินธุรกรรมกันนั้นก็คือการที่บุคคลทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการตกลงกันซึ่งผลที่เกิดขึ้นก็ย่อมเป็นการก่อนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายได้เพราะในการตกลงในการธุรกรรมกันระหว่างบุคคลสองฝ่ายนั้นก็ย่อมมีการทำคำเสนอและคำสนองระหว่างกันอยู่แล้วเป็นปกติ ดังนั้น การซื้อขาย คาร์บอนเครดิต ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายน่าจะถือว่าเป็นสัญญาซื้อขาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 453

เมื่อเปรียบเทียบการซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยนั้น การซื้อขายหลักทรัพย์ของผู้ซื้อหลักทรัพย์ต้องซื้อขายผ่านบริษัทหลักทรัพย์ที่เป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เท่านั้นไม่สามารถซื้อขายผ่านนายหน้าที่ไม่ได้รับใบอนุญาตการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ได้เลยซึ่งการที่จะได้รับใบอนุญาตนั้นก็จะมีความแตกต่างจากกับไว้ซึ่งแตกต่างจากการซื้อขายคาร์บอนเครดิตผ่านนายหน้าในปัจจุบันของประเทศไทยซึ่งบุคคลใดก็สามารถเป็นนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตได้ ส่วนในสัญญาซื้อขายสินค้าล่วงหน้าก็เช่นเดียวกันผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าจะให้บริการแก่บุคคลทั่วไปได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์โดยผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าต้องเป็นนิติบุคคลซึ่งอาจเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดก็ได้ซึ่งก็จะมีกฎเกณฑ์สำหรับผู้ประกอบการธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าวางหลักไว้

3. ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต

ข้อพิจารณาในเรื่องปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตสามารถเกิดขึ้นในกรณีใดบ้าง จากการศึกษาพบว่า การเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตต้องเกิดจากการทำความตกลงระหว่างตัวการและนายหน้าเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการทำความตกลงนั้นจะเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม ฉะนั้นการที่บุคคลหนึ่งอ้างตนเองเพียงฝ่ายเดียวว่าตนได้เข้ากระทำการที่เป็นนายหน้าเพื่อขอรับค่าบำเหน็จจากตัวการจึงหาความหมายส่วนใดสนับสนุนให้บุคคลนั้นสามารถกระทำการเช่นนั้นได้ ดังนั้นหากจะได้เทียบเคียงกับการเกิดของสัญญานายหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยการเชิด และนายหน้าโดยการให้สัตยาบันของตัวการจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้เลยในเรื่องสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต เพราะระหว่างตัวการและนายหน้าหาได้มีการแต่งตั้งมอบหมายให้เป็นนายหน้ากันมาก่อนจึงไม่มีความผูกพันทางสัญญาต่อกันอันจะทำให้บุคคลนั้นเกิดสิทธิเรียกร้องในค่าบำเหน็จจากตัวการ แม้ว่าตัวการจะได้เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอกเป็นผลสำเร็จอันเนื่องมาจากการซื้อหรือจัดการของบุคคลนั้นก็ตาม

สัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตนั้น แม้สัญญานายหน้าจะไม่ได้มีการทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสือก็ย่อมสมบูรณ์ใช้บังคับกันได้ เพราะเมื่อมีการตกลงกันให้เป็นนายหน้าแล้ว สัญญานายหน้าก็เกิดขึ้น และมีผลสมบูรณ์แม้ว่าสัญญานายหน้าจะมีได้ทำเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดก็ตาม แต่คาร์บอนเครดิตนั้นเป็นสินค้าที่มีมูลค่าสูงควรจะทำให้เป็นกิจจะลักษณะการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตควรจะเป็นหลักฐานเป็นหนังสือจึงจะหมดปัญหาในการบังคับใช้

4. ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต

สำหรับประเด็นปัญหาการควบคุมตรวจสอบนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตนั้น มีหลักเกณฑ์อย่างไร จากการศึกษาพบว่า ขณะนี้ยังไม่มีความหมายควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยตรง ทำให้บุคคลทั่วไปที่ประสงค์จะประกอบอาชีพนายหน้าที่สามารถทำ

ได้โดยไม่มีข้อจำกัด โดยรูปแบบของกฎหมายที่จะออกมาควบคุมนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตนั้นกระทำได้ 2 วิธี กล่าวคือ การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้อง

สำหรับประเด็นปัญหาองค์การที่ควบคุมตรวจสอบการประกอบอาชีพนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตนั้น จากการศึกษาพบว่าเกณฑ์ในการพิจารณาควรจะให้หน่วยงานใดที่จะคอยควบคุมตรวจสอบมีหลักเกณฑ์การพิจารณา คือต้องพิจารณาความยุ่งยากในการดำเนินงาน งบประมาณ ความพร้อมของหน่วยงานและบุคลากร

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาซื้อขายคาร์บอนเครดิต เห็นว่ามีประเด็นปัญหาที่สำคัญ อยู่ 4 ประการด้วยกัน ดังนี้ ประการแรก ปัญหาเกี่ยวกับการตีความคำว่าคาร์บอนเครดิต ประการที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายคาร์บอนเครดิตผ่านนายหน้า เปรียบเทียบกับตลาดหลักทรัพย์และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ประการที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต และประการที่สุดท้าย ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต จึงขอเสนอแนะในการแก้ไขปัญหานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต

1. ปัญหาเกี่ยวกับการตีความคำว่าคาร์บอนเครดิต

ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามของพระราชบัญญัติซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 โดยบัญญัติเพิ่มเติม ในมาตรา 3 และข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์ในหมวด 200 ว่าด้วยคำนิยาม โดยบัญญัติแก้ไขและเพิ่มเติมดังต่อไปนี้

“สินค้า” หมายความว่า หลักทรัพย์ ทองคำ น้ำมันดิบ คาร์บอนเครดิต หรือทรัพย์สินอื่นใดที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี แต่ไม่รวมถึงเงินตราสกุลใด ๆ

“คาร์บอนเครดิต” หมายความว่า คาร์บอนเครดิตประเภท Certified Emission Reductions (CERs) หรือ คาร์บอนเครดิตประเภท Voluntary Emission Reductions (VERs)

“คาร์บอนเครดิตประเภท Certified Emission Reductions (CERs)” หมายความว่า หน่วยของปริมาณการลดก๊าซเรือนกระจกที่คำนวณในรูปของคาร์บอนไดออกไซด์ที่ผลิตขึ้นภายใต้โครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาด (Clean Development Mechanism (CDM) และได้รับการรับรองจากคณะกรรมการบริหารกลไกการพัฒนาที่สะอาดแห่งสหประชาชาติ (CDM Executive Board: CDM EB))

“คาร์บอนเครดิตประเภท Voluntary Emission Reductions (VERs)” หมายความว่า หน่วยของปริมาณการลดก๊าซเรือนกระจกที่คำนวณในรูปของคาร์บอนไดออกไซด์ซึ่งไม่เข้าลักษณะโครงการกลไกการพัฒนาที่สะอาด และได้รับการรับรองจากหน่วยงานระดับประเทศซึ่ง

คณะกรรมการบริหารกลไกการพัฒนาที่สะอาดแห่งสหประชาชาติ (CDM Executive Board: CDM EB)) ให้การรับรองแล้ว

“สัญญาซื้อขายคาร์บอนเครดิต” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งส่งมอบคาร์บอนเครดิตให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ชำระราคา ณ เวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคต เป็นจำนวนและราคาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการเพิ่มเติมและแก้ไขในมาตราดังกล่าวจะทำให้คาร์บอนเครดิตเป็นสินค้าที่ทำการซื้อขายในพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 และตลาดอนุพันธ์ได้จึงทำให้หมดปัญหาในการตีความว่าคาร์บอนเครดิตเป็นทรัพย์สินที่สามารถทำการซื้อขายกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่

2. ปัญหาเกี่ยวกับการซื้อขายคาร์บอนเครดิตผ่านนายหน้าเปรียบเทียบกับตลาดหลักทรัพย์และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า

เมื่อได้แก้ไขเพิ่มเติมให้คาร์บอนเครดิตเป็นสินค้าที่สามารถทำการซื้อขายได้ตามพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 และเป็นสินค้าที่ซื้อขายผ่านตลาดอนุพันธ์ได้แล้ว ก็ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 และข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์ให้การซื้อขายสินค้าตามพระราชบัญญัติและข้อบังคับนี้ ผู้ซื้อขายสินค้าต้องทำการซื้อขายสินค้าผ่านบริษัทที่เป็นนายหน้าที่ได้รับอนุญาตตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์กำหนด เพื่อที่จะทำให้บริษัทนายหน้าทำหน้าที่เป็นคนกลางระหว่างผู้ซื้อขายกับตลาดการซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้าหรือตลาดอนุพันธ์และให้บริการเกี่ยวกับการซื้อขายแบบครบวงจร คือ ตั้งแต่ก่อนการซื้อขาย ไปจนถึงหลังการซื้อขาย โดยจะให้บริการเป็นที่ปรึกษาชี้แนะช่องทาง และให้ข้อมูลที่สําคัญเกี่ยวกับกระทำการซื้อขายสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และจะทำให้การซื้อขายคาร์บอนเครดิตผ่านนายหน้าไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายแบบ ล่วงหน้า (Forward Contract) และแบบส่งมอบทันที (Spot Market Contract) ไม่มีปัญหาในกรณีนายหน้าหลอกลวงและไม่มีความน่าเชื่อถือ

กรณีปัญหาอัตราค่านายหน้าควรแก้ไขเพิ่มเติมให้การซื้อขายคาร์บอนเครดิตให้ได้รับค่าธรรมเนียมส่วนอัตราค่าธรรมเนียมการเป็นนายหน้าจะเป็นไปโดยเสรีตามที่ตกลงกันระหว่างคู่สัญญาหรือจะเป็นอัตราเท่าใดก็สมควรที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์พิจารณา ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวจะขจัดปัญหาในกรณีที่ตัวการและนายหน้ามิได้ตกลงค่าบำเหน็จหรือกรณีนายหน้าเรียกค่าบำเหน็จสูงเกินกว่าปกติ

3. ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต

ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 และข้อบังคับของตลาดอนุพันธ์ ว่า “ในการเป็นนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต บริษัท ตัวแทน หรือนายหน้าต้องทำสัญญาเป็นหนังสือกับลูกค้าที่มอบหมายให้ทำการเป็นนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต ใน

การนี้ คณะกรรมการอาจกำหนดรายการอันเป็นสาระสำคัญแห่งสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาดังกล่าวได้”

ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะทำให้ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตหมดไปเพราะการเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตต่อไปนี้ต้องเกิดจากการแสดงโดยชัดแจ้งของคู่สัญญาและต้องทำเป็นหนังสือเพื่อป้องกันการโต้เถียงในภายหลังว่าได้มีการตั้งตนเองเป็นนายหน้าหรือไม่ซึ่งจะทำให้การเกิดของสัญญานายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิตโดยปริยายนั้นหมดไปและสามารถจัดปัญหาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะนายหน้าที่มีได้บัญญัติให้การแต่งตั้งนายหน้าต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด

4. ปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบนายหน้าซื้อขายคาร์บอนเครดิต

ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสัญญานายหน้าซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 9 ว่า “ให้องค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) ทำหน้าที่ในการสนับสนุนทางด้านเทคนิคเกี่ยวกับการซื้อขายคาร์บอนเครดิต” เนื่องจากมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติให้คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์มีอำนาจหน้าที่ในการ วางนโยบาย ตลอดจนกำกับดูแล ออกระเบียบ กำหนดค่าธรรมเนียม และกฎเกณฑ์ต่างอยู่แล้วแต่การซื้อขายคาร์บอนเครดิตเป็นสินค้าใหม่จึงจำเป็นต้องให้องค์กรที่เชี่ยวชาญเฉพาะเป็นผู้ให้คำแนะนำ ดังนั้น องค์กรที่เชี่ยวชาญในเรื่องคาร์บอนเครดิตในประเทศไทย ก็คือองค์การบริหารจัดการก๊าซเรือนกระจก (องค์การมหาชน) ซึ่งมีบุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องคาร์บอนเครดิตเป็นการเฉพาะและยังเป็นหน่วยงานของรัฐอีกด้วยที่สามารถให้คำแนะนำได้เป็นอย่างดี

บรรณานุกรม

- ศันท์กรณ (จำปี) โสติพันธ์. คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- ฐนิตา ธรรมกิตติคุณ. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตีความสัญญานายหน้า.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552.
- สมศักดิ์ ไตรรักษา. “กฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์.” วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541.

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการออกใบอนุญาต 3G and Beyond Legal Problems Concerning Licensing of 3G Mobile Phone Services and Beyond*

เจต มหายศ**

Chet Mahayot

บทคัดย่อ

การออกใบอนุญาต 3G โดยวิธีการออกใบอนุญาต ต้องดำเนินการโดยวิธีการประมูลคลื่นความถี่ เป็นวิธีการเพียงอย่างเดียว จากเหตุปัญหาดังกล่าวย่อมเกิดผลกระทบในด้านคุณสมบัติผู้ขอรับใบอนุญาตการใช้คลื่นความถี่ที่เป็นผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคม ปัญหาใบอนุญาตเป็นสิทธิเฉพาะตัวที่ต้องดำเนินการกิจการโทรคมนาคมด้วยตนเอง และปัญหาในด้านองค์กรที่ออกใบอนุญาตต้องดำเนินการออกใบอนุญาต 3G and Beyond ภายใต้แนวคิดทฤษฎีประโยชน์สาธารณะ และวัตถุประสงค์ของการออกใบอนุญาตประกอบการกิจการโทรคมนาคม 3G and Beyond ซึ่งสาเหตุของปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นจากพิจารณาตาม พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

ฉะนั้น จากผลกระทบดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะให้มีการปรับปรุงและพัฒนาหลักกฎหมาย มาตรา 17 วรรค 2 มาตรา 19 มาตรา 40 มาตรา 45 มาตรา 46 และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ให้มีความยืดหยุ่น และมีความชัดเจนยิ่งขึ้น ทั้งในด้านวิธีการออกใบอนุญาต ด้านการกำหนดให้ใบอนุญาตไม่เป็นสิทธิเฉพาะตัวสามารถให้ผู้อื่นร่วมประกอบกิจการโทรคมนาคมได้ และด้านองค์กรที่ออกใบอนุญาตสามารถดำเนินการต่อเนื่องในการวางหลักเกณฑ์และกำหนดกรอบการออกใบอนุญาตประกอบการกิจการโทรคมนาคม 3G and Beyond

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการออกใบอนุญาต 3G and Beyond ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เรียบร้อยแล้ว โดยมีคณาที่ปรึกษา 2 ท่านคือ รองศาสตราจารย์ ดร.สุมาลี วงษ์วิทิต และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล ส่วนคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ 3 ท่าน คือ อาจารย์ ดร.ชาญวิทย์ สุวรรณบุญย์ ศาสตราจารย์พิเศษ เศรษฐพร คูศรีพิทักษ์ รองศาสตราจารย์ ดร.กัลยา ตันศิริ โดยคณาจารย์ที่ปรึกษาดังกล่าวร่วมเป็นคณะกรรมการการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ด้วย.

**นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเพื่อการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

Abstract

Concerning Licensing of 3G Mobile Phone Services the method used in licensing must involve auctioning the use of frequency waves. This method is the only method thus far used. However, it has been found that those organizations requesting such licenses do not appear to have the qualifications required for providing telecommunication services. There are problems of licenses involving individual rights in which individuals must conduct telecommunication business themselves. There are also problems involving the organization issuing the licenses.

The issue of licensing for mobile phone service 3G and beyond falls under the rubric of the categories of public interest theory. It is also necessary to determine with precision the objectives of issuing such licenses. The causes of all these problems are considered by references to the Act on the Organization to Assign Radio Frequencies to Regulate Broadcasting and Telecommunication Services, BE 2553 (2010).

In view of the aforementioned untoward effects, the researcher would like to offer some recommendations for improving and developing paragraph 2 of Section 17 in addition to Sections 19, 40, 45, 46, and 74 of the Act on the Organization to Assign Radio Frequencies to Regulate Broadcasting and Telecommunication Services, BE 2553 (2010) to the end of its application becoming more flexible and its contents made clearer. Recommended is an amendment of the provisions governing licensing methods. In addition, the right to holding licenses should not be restricted to individuals, and individuals should be allowed to conduct joint telecommunication services with others. The organization issuing licenses should be able to operate continuously in placing regulations and determining the framework for issuing licenses to conduct 3G and Beyond telecommunication services.

คำสำคัญ โทรคมนาคม, การประมูล, ใบอนุญาต

Keywords Telecommunication, Auctions, License

บทนำ

เมื่อสังคมได้มีการพัฒนาต่อไปเรื่อย ๆ นั้น การพัฒนาเทคโนโลยีก็จำเป็นต้องพัฒนาต่อไปด้วยเช่นกัน ยิ่งโดยเฉพาะในการการพัฒนาเทคโนโลยีในด้านการโทรคมนาคมก็พัฒนาตามไปด้วยเป็นลำดับ โดยเริ่มตั้งแต่ในยุคที่ 1 (1G) โทรศัพท์เคลื่อนที่ได้ออกแบบขึ้นเพื่อให้เป็นทางเลือกของการใช้งานโทรศัพท์พื้นฐาน โดยเน้นการสื่อสารขณะเคลื่อนที่เป็นสำคัญและมุ่งรองรับการสนทนาเท่านั้น พร้อมทั้งมีการนำเทคโนโลยีใช้งานวิทยุซ้ำ (Frequency Reuse) มาใช้งานอย่างเต็มรูปแบบทำให้มีการเรียกชื่อเทคโนโลยีโทรศัพท์เคลื่อนที่เหล่านี้ว่า โทรศัพท์เคลื่อนที่แบบเซลลูลาร์¹ โทรศัพท์เคลื่อนที่ 1G แต่ด้วยข้อจำกัดทางเทคนิคทั้งในแง่ของการมอดูเลตสัญญาณคลื่นวิทยุแบบอนาล็อกซึ่งไวต่อการรบกวนจากสัญญาณรบกวนต่างๆเสี่ยงต่อการลักลอบดักฟังอีกทั้งมักพบปัญหาคู่สายสนทนาหลุดในขณะที่เคลื่อนที่ และความต้องการของผู้บริโภคมีมากขึ้นทำให้เทคโนโลยีในยุคที่ 1(1G) ไม่สามารถรองรับปริมาณการใช้งานของผู้บริโภคได้ ซึ่งจากเหตุของปัญหาหรือข้อบกพร่องดังกล่าวจึงได้พัฒนาโทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคที่ 2

โทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคที่ 2 (2G) มีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการรองรับจำนวนผู้ใช้บริการให้มากขึ้น การสื่อสารแบบดิจิทัลยังทำให้สามารถเข้ารหัส ข้อมูล ทั้งเพื่อลดโอกาสเกิดการผิดพลาดของข้อมูลระหว่างการสื่อสารผ่านคลื่นวิทยุ (Error Protection) และเพื่อป้องกันการลักลอบดักฟังข้อมูล (Ciphering) โดยผู้ไม่หวังดี นอกจากนั้นยังเป็นการเริ่มต้นของยุคการสื่อสารข้อมูลในลักษณะ Data Communication ซึ่งเป็นบริการที่นอกเหนือไปจากการสื่อสารสนทนา (Voice Communication) จุดมุ่งหมายของการพัฒนามาตรฐานโทรศัพท์เคลื่อนที่ 2G ขึ้นก็เพื่อตอบสนองความต้องการใช้งานระบบสื่อสารไร้สายส่วนบุคคล (Personal Communication) ในลักษณะไร้พรมแดน (Global Communication) โดยเปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการสามารถนำเครื่องลูกข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ไปใช้งานในที่ใดๆ ก็ได้ทั่วโลกที่มีการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ดังกล่าวและยังเป็นยุคของการนำมาตรฐานสื่อสารแบบดิจิทัลสมบูรณ์แบบมาใช้รักษาความปลอดภัยและเสริมประสิทธิภาพในการสื่อสารหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นบริการส่งข้อความแบบสั้น (Short Message Service: SMS) หรือบริการข้อความสื่อประสม (Multimedia Messaging Service: MMS) และการเริ่มต้นของยุคสื่อสารข้อมูลผ่านเครื่องลูกข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นครั้งแรกโดยมาตรฐาน GSM (Global System for Mobile Communication) และ CDMA (Code Division Multiple Access) โดยมาตรฐาน GSM ถือเป็นระบบโทรศัพท์ที่พัฒนาขึ้นโดย นักวิจัยในทวีปยุโรป โดยได้รับการส่งเสริมโดยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญทางด้านการสื่อสารไร้สาย ซึ่งได้กำหนดมาตรฐานของระบบโทรคมนาคมเคลื่อนที่แบบดิจิทัล และได้รับความนิยมในเวลาต่อมา²

¹กิริติ ศรีทรัพย์, “ชั้นความต่างด้านเทคนิคของเทคโนโลยีโทรศัพท์เคลื่อนที่แต่ละยุค,” วารสาร กทข. 2552 เล่ม 1/2 (มกราคม-มิถุนายน 2552): 275.

²ธัญพร เปาทอง, “หัวเลี้ยวหัวต่อของการเปลี่ยนผ่านการให้บริการโทรศัพท์ เคลื่อนที่ จากยุค 2G สู่ 3.9G ในประเทศไทย,” วารสาร กทข. 2553 เล่ม 2/2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2553): 59.

โทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคที่ 3 (3G) เป็นมาตรฐานโทรศัพท์มือถือในยุคที่ 3 ถูกพัฒนาและได้นำมาใช้ร่วมกับระบบโทรศัพท์ 2G ซึ่ง 3G นั้นพัฒนามาบนพื้นฐานของมาตรฐาน International Mobile Telecommunications 2000, IMT-2000 ภายใต้กลุ่มของ International Telecommunication Union (ITU) 3G รวมทั้งมีจุดเด่นที่สามารถรองรับการใช้งานได้ทั้งเสียง โทรสาร อินเทอร์เน็ต และใช้ได้ทุกเวลาและทุกที่ ด้วยเทคนิคการโรมมิ่งทั่วโลก (International Roaming) และให้บริการด้านการถ่ายโอนข้อมูลได้ทั้งที่เป็นข้อมูลเสียง (Voice-data) เช่นการโทรศัพท์ และข้อมูลที่ไม่ใช่เสียง (Non-voice) เช่นการดาวน์โหลดข้อมูลสารสนเทศ การส่ง E-mail แลกเปลี่ยนกัน และการรับ-ส่งข้อความทันที (Instant messaging) สิ่งที่เป็นแรงผลักดันให้เกิดการพัฒนา ระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคที่ 3 (3G) มีอยู่ 2 ประการได้แก่³

ประการแรก ปริมาณข้อมูลที่เป็นข้อมูลดิจิทัลมีปริมาณมากกว่าข้อมูลที่เป็นเสียง สนทนาในระบบเครือข่ายโทรศัพท์และมีแนวโน้มเติบโตอย่างรวดเร็วและคาดว่าจะมีปริมาณมากกว่าข้อมูลเสียง ในไม่ช้า

ประการที่สอง อุตสาหกรรมโทรศัพท์ ได้หันมาใช้สัญญาณดิจิทัล สามารถทำให้โทรศัพท์เป็นทั้งเครื่องรับโทรศัพท์ เครื่องเล่นเพลง เป็นอุปกรณ์ในการรับ-ส่งอีเมลได้ เป็นเครื่องเล่นเกม และสามารถเชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ตได้ด้วยช่องสัญญาณที่มีความกว้างมากขึ้น โดยไม่ต้องใช้สายสัญญาณ และในปี ค.ศ. 1992 ITU ได้กำหนดมาตรฐานระบบโทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคที่ 3 เรียกว่า IMT-2000 (International Mobile Telecommunication) ตัวเลข 2000 มีความหมาย 3 อย่าง คือ อย่างแรก หมายถึง ปี ค.ศ. ที่ตั้งใจจะนำอุปกรณ์ตามมาตรฐานนี้ออกมาใช้งานได้ อย่างที่สอง หมายถึง ย่านความถี่ในหน่วย MHz ที่คาดว่าจะนำมาใช้งาน และอย่างที่สาม หมายถึง ย่านความกว้างของช่องสื่อสารในหน่วย KHz ที่ควรจะเป็น ซึ่งมาตรฐาน IMT-2000 เป็นการนำเทคโนโลยีแบบเดียวกันมาใช้ซึ่งจะทำให้บริการต่างๆสามารถใช้ได้ทั่วโลก ให้บริการได้ตลอดเวลา และสามารถรับประกันคุณภาพได้ และใน IMT ยังได้กำหนดให้การบริการพื้นฐานแก่ผู้ใช้บริการ ได้แก่

- 1) การถ่ายทอดสัญญาณที่มีคุณภาพสูงใช้งานได้ทั้ง Voice และ Data
- 2) ทำงานได้ทั้งในแบบ Packet-switched domain และ Circuit-switched domain
- 3) มัลติมีเดีย เช่น เพลง วิดีทัศน์ สไลด์ และโทรทัศน์ เป็นต้น
- 4) รองรับการใช้งานที่แบนด์วิท 144 Kbps bandwidth
- 5) การเชื่อมต่อเข้ากับระบบอินเทอร์เน็ต เช่น ท่องเว็บ การดูเพจ ข้อมูลที่มีทั้งเสียงและ วิดีทัศน์ เป็นต้น
- 6) มาตรฐานที่ใช้มี 4 กลุ่มใหญ่คือ UMTS (W-CDMA), CDMA2000, TD-SCDMA และ UMTS TDD

³ เศรษฐพร คูศิริพิทักษ์, กทช. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ฟา รัตนมงคล, 2552), หน้า 55.

จากเหตุปัจจัยที่โทรศัพท์เป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นดังกล่าว ภาครัฐจึงเล็งเห็นประโยชน์ของการนำมาซึ่งการใช้ประโยชน์ของทรัพยากรของคลื่นความถี่ที่เป็นทรัพยากรทางธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัดเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดที่จะนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศ และการนำมาซึ่งรายได้เข้ามาสู่ภาครัฐให้มากขึ้นจากการใช้คลื่นความถี่ทางด้านโทรคมนาคม จึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้คลื่นความถี่ในการประกอบกิจการ โทรคมนาคมโดยการออกใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคม 3G and Beyond

ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมนั้นผู้ประกอบการโทรคมนาคมจะต้องได้รับใบอนุญาต 2 ฉบับ คือ

1. ใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามประเภทที่กำหนดใน พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และประกาศของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ และประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ

2. ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ สำหรับกิจการโทรคมนาคมที่ต้องใช้คลื่นความถี่ เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ เป็นต้น ทั้งนี้โดยต้องเป็นไปตามวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ที่กำหนดในกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติองค์การจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 และประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

สำหรับในกรณีของโทรศัพท์เคลื่อนที่ 3G and Beyond นั้น คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือ กสทช. ได้กำหนดให้ถือว่า ผู้ที่ได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่โดยวิธีการประมูลนั้น เป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย

โดยผู้ศึกษาพบว่าวิธีการที่จัดสรรคลื่นความถี่การออกใบอนุญาต 3G and Beyond (The Licensing Process) ที่นิยมกันแพร่หลายมี 5 รูปแบบ⁴ ดังนี้

- 1) วิธีมาก่อนได้ก่อน (First-Come First-Served: FCFS)

วิธีมาก่อนได้ก่อน เป็นวิธีแรกที่ใช้ในการจัดสรรคลื่นความถี่ แนวทางนี้เป็นแนวทางที่รวดเร็ว และเสียค่าใช้จ่ายน้อย⁵ เนื่องจากในอดีตยังไม่มีปัญหาความขาดแคลนคลื่นความถี่ ซึ่งผู้ขอรับการจัดสรรที่ยื่นความจำนงก่อนจะเป็นผู้ได้รับการจัดสรรในลำดับแรก ต่อมาเมื่อมีการขยายตัวของธุรกิจโทรคมนาคม ส่งผลให้มีความต้องการใช้คลื่นความถี่สูงขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ ทำให้วิธีมาก่อนได้ก่อน ไม่เหมาะสมเนื่องจากผู้ที่ได้รับการจัดสรร

⁴ เศรษฐพร คูศิริพิทักษ์, กทช. หน้า 55.

⁵ สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับ การกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมและการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แอปปาพรินต์ติ้ง กรุ๊ป, 2552)

อาจไม่ใช่ผู้ที่ใช้ทรัพยากรคลื่นความถี่ที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด รวมทั้งไม่เกิดความ เป็นธรรมกับผู้ที่มาทีหลังเนื่องจากไม่สามารถเลือกย่านความถี่ที่เหมาะสมได้

2) การจับสลาก (Lottery)⁶

การจับสลากเป็นวิธีที่รวดเร็ว สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อย และมีความโปร่งใสสำหรับการ คัดเลือกผู้สมัครที่มีคุณสมบัติที่เท่าเทียมหรือคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก ก่อนเข้าสู่การจับสลากควร จะมีกระบวนการคัดเลือกคุณสมบัติผู้จับสลากอย่างเป็นทางการก่อนไม่เช่นนั้นการใช้วิธีการจับสลาก อาจส่งผลให้เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาขององค์กรได้

อย่างไรก็ตามวิธีการจับสลาก อาจทำให้ผู้ได้รับการจัดสรรไม่เห็นคุณค่าของ คลื่นความถี่เท่าที่ควร หรือผู้ที่เหมาะสมที่สุดอาจไม่ได้รับการจัดสรร เช่น ในสหรัฐอเมริกา เคยมีกรณีที่มีผู้เข้า ร่วมในการจัดสรรความถี่ที่มีความประสงค์ที่จะประกอบกิจการโทรคมนาคมเอง แต่เพียงแค่วางแผนที่จะขายต่อใบอนุญาตคลื่น-ความถี่ของตนเพื่อผลกำไร และผู้ชนะการจัดสรรบางรายไม่มีความ สามารถทางการเงินที่จะเริ่มต้น กิจการได้

3) การคัดเลือกเปรียบเทียบ (Beauty Contest)⁷

การประเมินเชิงเปรียบเทียบ หน่วยงานกำกับดูแล จะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะจัดสรรคลื่น ความถี่ที่เกี่ยวข้องให้แก่ผู้ใด การประเมินเชิงเปรียบเทียบเป็นแนวทางในการคัดเลือกผู้สมัครหลาย รายที่มีคุณสมบัติเท่าเทียมกันเป็นอย่างมาก ทั้งนี้เกณฑ์การคัดเลือกที่นิยมใช้กันคือผลประโยชน์หรือ ผลตอบแทนทางการเงินที่เสนอให้แก่รัฐ คุณภาพของแผนธุรกิจ (Business Plan) ความพร้อม ทางการเงิน ขอบเขตการให้บริการ ราคา และคุณภาพบริการความคุ้มครองของพื้นที่บริการ การ ลงทุนและความรวดเร็วในการวางโครงข่าย และเทคโนโลยีที่จะนำมาให้บริการ เป็นต้น⁸

การประเมินเชิงเปรียบเทียบอาจทำได้หลายรูปแบบ ในบางกรณีอาจมอบใบอนุญาต คลื่นความถี่ให้แก่ผู้สมัครที่คาดว่าจะสามารถใช้คลื่นความถี่เพื่อประโยชน์ของสาธารณะได้มากที่สุด กระบวนการประเมินเชิงเปรียบเทียบอาจต้องใช้หลักเกณฑ์หลายประการเกี่ยวกับคุณสมบัติและ การคัดเลือก ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะมีการประกาศหลักเกณฑ์เหล่านี้ล่วงหน้า และผู้สมัครต้องพยายาม แสดงให้เห็นว่าการสมัครขอใช้คลื่นความถี่ของตนนั้นตรงหลักเกณฑ์ที่กำหนดมากกว่าผู้สมัครรายอื่น

4) การประมูล (Auctions)⁹

การประมูลคลื่นความถี่ เป็นวิธีการจัดสรรคลื่นความถี่ ซึ่งอาศัยกลไกตลาดหรือกลไก ราคาโดยมีแนวคิดพื้นฐานที่เชื่อว่า ผู้ที่เสนอราคาในการประมูลสูงสุดจะเป็นผู้มีความสามารถในการ ใช้คลื่นความถี่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประโยชน์สูงสุด

⁶สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, เรื่องเดิม, หน้า 77-78.

⁷พื้งอ้าง, หน้า 69-84.

⁸พันธศักดิ์ ศรีทรัพย์, “การบริหารคลื่นความถี่วิทยุยุคใหม่แบบอิงตลาด,” วารสาร กทช. 2553 เล่ม 1/2 (มกราคม-มิถุนายน 2553): 275-276.

⁹สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการ โทรคมนาคมและการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม, หน้า 78-80.

การประมูลคลื่นความถี่มีรูปแบบที่ต่างกันหลายประเภท รูปแบบที่แพร่หลายมี ดังนี้

1. การประมูลรอบเดียวหรือการประมูลอย่างง่าย (One Round or Simple Auctions) (ประมูลแบบเปิดหรือปิด)
2. การประมูลหลายรอบ (Multiple-Round Auctions) (ประมูลแบบต่อเนื่องกันหรือพร้อมกัน)
3. การประมูลแบบเปิดราคา และใช้ราคาแรก (First-Price Sealed Bid)
4. การประมูลแบบเปิดราคา และใช้ราคาสอง (Second-Price Sealed Bid)
5. การประมูลแบบเปิดราคา และเพิ่มราคาประมูลในแต่ละรอบ (Ascending Open Bids)
6. การประมูลแบบเปิดราคา และลดราคาประมูลในแต่ละรอบ (Open Descending Bids)¹⁰

การประมูลหลายรอบไปพร้อมกันพัฒนาขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา และในการประมูลคลื่นความถี่ในประเทศสหรัฐอเมริกาแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการใช้เกณฑ์การวัดความสามารถทางเทคนิคการเงิน และเชิงพาณิชย์ เนื่องจากในภายหลังมักพบว่าผู้ชนะการประมูลบางราย ในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีความสามารถในทางการเงินที่จะนำมาสนับสนุนการทำงานที่ชนะการประมูลด้วยเงินจำนวนมหาศาล นอกจากนี้ยังพบว่าผู้ประมูลบางรายไม่มีทั้งความสามารถทางด้านเทคนิคหรือความตั้งใจที่จะประกอบกิจการโทรคมนาคมเพื่อใช้ความถี่ที่ชนะการประมูลมาให้เป็นประโยชน์เลย

ทั้งนี้จะพบได้ในต่างประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศจีน หรือประเทศเวียดนาม นั้นการจัดสรรคลื่นความถี่ 3G and Beyond ส่วนใหญ่จะไม่ได้ใช้วิธีการประมูล แต่จะจัดสรรคลื่นความถี่ 3G and Beyond ตรงไปยังผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายเดิม เพื่อเป็นแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการโทรคมนาคมเร่งพัฒนา และขยายเครือข่ายให้มากที่สุด ไม่ว่าจะเป็นประเทศญี่ปุ่น ประเทศจีน หรือประเทศเวียดนาม ที่ต่างก็จัดสรรคลื่นความถี่โดยไม่ใช้วิธีการประมูลทั้งสิ้น เพราะภาครัฐต้องการให้ผู้ประกอบการโทรคมนาคมแข่งขันกันที่การพัฒนาคุณภาพและเครือข่าย ยิ่งผู้ประกอบการโทรคมนาคมขยายเครือข่ายได้กว้างและครอบคลุมมากเท่าไร ประชาชนที่เป็นผู้ใช้บริการยังได้ประโยชน์มากเท่านั้น

5) การคัดเลือกแบบผสม (Hybrid)¹¹

การคัดเลือกแบบผสม (Hybrid) คือ วิธีการจัดสรรความถี่วิทยุแบบผสมผสาน ด้วยการแบ่งการคัดเลือกออกเป็นช่วง อาทิ การผสมผสานระหว่างการคัดเลือกเปรียบเทียบ และการ

¹⁰ พูลศิริ นิลกิจศรานนท์ และคณะ, “เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการประมูลคลื่นความถี่,” วารสาร กสทช. 2554 เล่ม 1/2 (มกราคม-มิถุนายน 2554): 97.

¹¹ เศรษฐพร คูศรีพิทักษ์, กทช., หน้า 55.

ประมูล โดยช่วงแรกอาจใช้วิธีการคัดเลือกเปรียบเทียบเพื่อพิจารณาคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเข้าร่วมประมูล โดยจำเป็นต้องจัดทำเงื่อนไข และกฎเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกเปรียบเทียบให้ละเอียดและชัดเจนเพื่อสร้างความโปร่งใสและเป็นธรรมกับทุกฝ่าย และช่วงที่สองเป็นการประมูลโดยผู้ประมูลที่ยื่นข้อเสนอด้านราคาสูงสุดหรือเหมาะสมจะเป็นผู้ได้รับการจัดสรรการคัดเลือกแบบผสมมีความยืดหยุ่นในการขูจุดเด่นและขจัดจุดด้อยของแต่ละวิธีเพื่อให้ได้วิธีที่เหมาะสมที่สุด ช่วยให้หน่วยงานกำกับดูแลพิจารณาได้อย่างรอบคอบที่สุด เพื่อให้ได้ผู้ประกอบการที่นำความถี่วิทยุไปใช้ให้คุ้มค่าและเกิดประโยชน์สูงสุด

จากการพิจารณาตาม พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ที่ได้กำหนดให้การดำเนินการจัดสรรคลื่นความถี่ในการออกใบอนุญาต 3G and Beyond จึงทำให้เกิดปัญหาที่ตามมา ดังต่อไปนี้

1) ปัญหาด้านวิธีการออกใบอนุญาต มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กำหนดให้ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่ ต้องดำเนินการโดยวิธีการประมูลคลื่นความถี่ และให้ถือว่าการยื่นคำขอรับใบอนุญาตคลื่นความถี่ เป็นการยื่นคำขออนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย และเมื่อคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และ กิจการโทรคมนาคม หรือ กสทช. อนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่แล้วให้ถือว่าอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม¹² โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้การได้มาซึ่งใบอนุญาต 3G and Beyond โดยวิธีการประมูลเป็นวิธีการเพียงอย่างเดียวไม่ได้กำหนดวิธีการอื่น ๆ ไว้เพื่อเป็นการยืดหยุ่นกระบวนการได้มาซึ่งใบอนุญาต 3G and Beyond ย่อมเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์การออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมในด้านการสร้างความสมดุลระหว่างความแน่นอนและความยืดหยุ่น และวิธีการดำเนินประมูลการออกใบอนุญาต 3G and Beyond ผู้ที่ชนะการประมูลต้องจ่ายในการประมูลถูกผลักให้เป็นภาระแก่ผู้บริโภคที่เป็นผู้ใช้บริการโทรคมนาคม ขัดต่อวัตถุประสงค์ของการออกใบอนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคมเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค และขัดต่อทฤษฎีประโยชน์สาธารณะที่ต้องส่งเสริมและยกระดับสวัสดิการความเป็นอยู่ของประชาชน ในสังคมผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะปรับปรุงและพัฒนา มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็น “ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมต้องได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

¹²พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553, มาตรา 45.

การกำหนดหลักเกณฑ์และการพิจารณาการออกใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่และใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมให้คำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ คำนึงถึงข้อดีข้อเสียของวิธีการออกใบอนุญาตโดยพิจารณาถึงความคุ้มค่าของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของชนชาติที่จะได้รับ ทั้งนี้หลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมกำหนดต้องพิจารณาถึงความคุ้มค่าของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของชนชาติที่จะได้รับ

ให้ถือว่าการยื่นคำขอรับใบอนุญาตคลื่นความถี่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนั้น เป็นการยื่นคำขออนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย และเมื่อ กสทช. อนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่แล้วให้ถือว่าอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม และให้ถือว่าได้รับอนุญาตให้มีและใช้เครื่องวิทยุคมนาคมและตั้งสถานีวิทยุคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยวิทยุคมนาคมด้วย ทั้งนี้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับเครื่องวิทยุคมนาคมที่ระบุไว้ในคำขออนุญาต”

2) ปัญหาด้านคุณสมบัติผู้ขอรับใบอนุญาต พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 มาตรา 45 กำหนดให้ผู้ใดประสงค์จะใช้คลื่นความถี่ ต้องดำเนินการโดยวิธีการประมูลคลื่นความถี่¹³ เป็นปัญหาในด้านการส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรมของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม มีผลกระทบต่อผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายใหญ่ ย่อมดำเนินการใช้เงินทุนจำนวนมากในการเข้าร่วมประมูลเพื่อขอรับใบอนุญาต 3G and Beyond เป็นสาเหตุการกีดกันผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายเล็ก ผลกระทบผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายเล็กที่ประสบปัญหาในเรื่องของการระดมทุนในการเข้าร่วมประมูล ไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายใหญ่ได้ เป็นผลนำมาซึ่งการกระจุกตัวของผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคม ผลกระทบผู้ประกอบกิจการต่างชาติที่มีจำนวนเงินมากในการเข้าร่วมประมูล นำมาซึ่งปัญหาของการจัดสรรทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะอาจจะไม่ได้รับการบริหารจัดการโดยผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมของคนในชาติ จากปัญหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ย่อมเป็นการขัดต่อแนวคิดการจัดสรรทรัพยากรธรรมชาติ และขัดต่อทฤษฎีเพื่อการกำกับดูแลการแข่งขันที่เหมาะสม ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะปรับปรุงและพัฒนา มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เช่นเดียวกับ ข้อ 1

3) ปัญหาด้านใบอนุญาตเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ได้รับใบอนุญาตต้องประกอบกิจการด้วยตนเอง มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบ

¹³พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553, มาตรา 45.

กิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กำหนดให้ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมต้องประกอบกิจการด้วยตนเอง จะมอบหมายการบริการทั้งหมดหรือบางส่วนหรือยินยอมให้บุคคลอื่นเป็นผู้ประกอบกิจการแทนมิได้¹⁴ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นปัญหาในกรณีผู้ดำเนินธุรกิจการขายต่อบริการกิจการโทรคมนาคม และซื้อต่อบริการกิจการโทรคมนาคม ที่ยื่นประมูลใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม 3G and Beyond ไม่ได้ แต่มีความประสงค์ที่จะประกอบกิจการโทรคมนาคม เป็นการขัดต่อแนวความคิดการจัดสรรทรัพยากรธรรมชาติที่ถือว่าคลื่นความถี่เป็นทรัพยากรทางธรรมชาติที่มีค่าและมีอยู่อย่างจำกัด ดำเนินการไม่สอดคล้องกับหลักการของสหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศที่ให้การสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากคลื่นความถี่ของกิจการโทรคมนาคมอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุด โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายข้างต้นนั้นย่อมส่งผลกระทบในการส่งเสริมและพัฒนาผู้ประกอบการกิจการโทรคมนาคมรายเล็ก และผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหม่ให้เกิดขึ้น เพื่อเป็นการส่งเสริมผู้ดำเนินธุรกิจขายต่อบริการโทรคมนาคม และซื้อต่อบริการกิจการโทรคมนาคม ผู้ศึกษาเห็นควรปรับปรุง และพัฒนา มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็น “ใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคมเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ได้รับใบอนุญาตจะโอนแก่กันมิได้ เว้นแต่ในกรณีที่ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมได้พิจารณาถึงคุณค่าของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของชนชาติที่จะได้รับ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม อาจอนุญาตเป็น หนังสือให้มีการโอนใบอนุญาตดังกล่าวก็ได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม กำหนด

ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่เพื่อกิจการโทรคมนาคม ต้องประกอบกิจการด้วยตนเอง การให้ผู้อื่นร่วมใช้คลื่นความถี่ที่ได้รับอนุญาตให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมกำหนดทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงคุณค่าของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของชนชาติที่จะได้รับ”

4) ปัญหาด้านองค์กรที่ออกใบอนุญาต มีบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อกรณีปัญหาดังกล่าว คือ มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กำหนดให้ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม หรือ กทค. มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการใดๆ แทน คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. ตามมาตรา 27 (4) และในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม และ กิจการวิทยุคมนาคม และปฏิบัติหน้าที่อื่น

¹⁴พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553, มาตรา 46.

ตามที่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. กำหนด¹⁵ ประกอบกับ มาตรา 27 แห่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (4) พิจารณาอนุญาตและกำกับดูแลการใช้คลื่นความถี่และเครื่องวิทยุคมนาคมในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือในกิจการวิทยุคมนาคม และกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการอนุญาต เงื่อนไข หรือค่าธรรมเนียมการอนุญาต ดังกล่าว¹⁶

บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนั้นย่อมเห็นได้ว่าการกำหนดให้ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม หรือ กทค. เห็นชอบผลการประมูลการออกใบอนุญาต 3G and Beyond และออกใบรับรองผลการประมูลใบอนุญาต 3G and Beyond ให้แก่ผู้ชนะการประมูลเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย อันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะมาตรการทางกฎหมาย และมาตรการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวดังต่อไปนี้

ควรปรับปรุงและพัฒนา มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็น “ให้ กทค. มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการใด ๆ แทน กสทช. ตามมาตรา 27(4) (6) (7) (8) (9) (10) (11) (12) (13) และ (16) ในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมและกิจการวิทยุคมนาคม และปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่ กสทช. มอบหมาย

ทั้งนี้ในการพิจารณาให้ใบอนุญาตในการใช้คลื่นความถี่และเครื่องวิทยุคมนาคมในการประกอบกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ต้องดำเนินการโดย กสทช.”

ผู้ศึกษาได้มีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมในด้านการกำหนดระดับอำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. ที่จะต้องเป็นผู้ดำเนินการในด้านการกำหนดนโยบายและแผน กำหนดกฎ และกติกา ด้วยตนเองจะมอบหมายให้ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม หรือ กทค. หรือ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ หรือ กสท. ทำแทนไม่ได้ ดังนี้

1. การกำหนดนโยบายและแผนแม่บทการบริหารคลื่นความถี่
2. การจัดทำตารางกำหนดคลื่นความถี่แห่งชาติ
3. หลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดสรรคลื่นความถี่
4. หลักเกณฑ์และวิธีการให้อนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม

¹⁵พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553, มาตรา 40.

¹⁶พื้งอ้าง, มาตรา 27 (4).

5. หลักเกณฑ์และวิธีการอนุญาตให้ใช้คลื่นความถี่ในกิจการโทรคมนาคม

6. หลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดค่าธรรมเนียมของค่าบริการ

7. หลักเกณฑ์และวิธีการในการคุ้มครองผู้บริโภค ฯลฯ

ทั้งนี้เพื่อยังให้ คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม หรือ กทค. หรือ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ หรือ กสท. เป็นผู้บังคับใช้นโยบาย แผนและกฎกติกา และเป็นผู้กำกับดูแลในรายละเอียดให้เป็นไปตามที่ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช. กำหนดนโยบายและแผน กำหนดกฎ และกติกา ให้สำเร็จผลตามที่กำหนดไว้

มาตรา 17 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กำหนดการคัดเลือกกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือ กสทช. ไม่ครบจำนวน 11 คน ไม่ได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีเลือกจากบัญชีรายชื่อประเภทไหน¹⁷ มาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 กำหนดให้การดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการ กิจการ กระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือ กสทช. ต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับนโยบายที่คณะรัฐมนตรีแถลงไว้ต่อรัฐสภา¹⁸

บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการโทรคมนาคม 3G and Beyond ที่ออกมานั้นย่อมเป็นการเอื้อผล ประโยชน์ กับบริษัทที่ดำเนินการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่มีความสัมพันธ์กับฝ่ายการเมืองและเป็นผู้ให้การสนับสนุนกับฝ่ายการเมือง ย่อมเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์การออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมในด้านความโปร่งใส และการมีธรรมาภิบาลเพื่อการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ย่อมส่งผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของการออก ใบอนุญาต เพื่อการกำกับดูแลการให้บริการสาธารณะที่สำคัญ

ผู้ศึกษาเห็นควรปรับปรุงและพัฒนา มาตรา 17 วรรค 2 แห่ง พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็น “เมื่อล่วงพ้นกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ถ้ายังมีผู้ได้รับเลือกเป็นกรรมการไม่ครบตามจำนวนที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 ให้ ประธานวุฒิสภาแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ และให้นายกรัฐมนตรีนำ บัญชีรายชื่อเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาคัดเลือกเพื่อให้ได้กรรมการตามมาตรา 6 ให้ครบจำนวน โดยให้ผู้ได้รับคะแนนสูงสุดเรียงตามลำดับเป็นผู้ได้รับเลือก

¹⁷พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553, มาตรา 17 วรรค 2.

¹⁸พื้งอ้าง, มาตรา 74.

เป็นกรรมการ โดยการพิจารณาคัดเลือกของรัฐสภาต้องกระทำโดยวิธีการลงคะแนนลับแล้วแจ้งให้ผู้ได้รับการคัดเลือกทราบ โดยจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในเวลาสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่นายกรัฐมนตรีได้รับแจ้ง”

ควรมีการพัฒนาหลักกฎหมาย มาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็น “ในการดำเนินงานของคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ และแผนแม่บทกิจการโทรคมนาคม”

มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553¹⁹ ไม่ได้มีการกำหนดให้มีการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม หรือ กสทช. ที่เหลือระยะเวลากันไป เป็นอุปสรรคในการดำเนินการพัฒนาองค์กรที่จะต้องดำเนินการที่ต่อเนื่อง ทำให้การวางหลักเกณฑ์ในการขับเคลื่อนที่จะกำหนดกรอบการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม 3G and Beyond ไม่อาจพัฒนาต่อเนื่องกันไป เป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี หรือ ธรรมาภิบาล

ผู้ศึกษาเห็นควรปรับปรุงและพัฒนา มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 เป็น “คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม มีวาระอยู่ในตำแหน่งหกปีนับแต่วันที่ให้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว

ในวาระเริ่มแรกเมื่อครบกำหนดสามปี ให้ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ออกจากตำแหน่งจำนวนสามคนโดยวิธีจับฉลากและให้ถือว่าการออกจากตำแหน่งโดยวิธีการดังกล่าวเป็นการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ

ให้กรรมการซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระ อยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งกรรมการขึ้นใหม่

เพื่อให้ได้มาซึ่งคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมใหม่ เข้ามาปฏิบัติหน้าที่เมื่อสิ้นสุดวาระของกรรมการเดิมให้มีการดำเนินการคัดเลือกคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมให้เป็นการล่วงหน้าตามสมควร”

ฉะนั้น จากข้อเสนอดังกล่าวข้างต้น การพัฒนาและบูรณาการอย่างองค์รวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องย่อมเกิดประโยชน์สูงสุดต่อการใช้ทรัพยากรคลื่นความถี่ที่เป็นทรัพยากรทางธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัด เกิดการนำพาซึ่งการใช้ทรัพยากรสื่อสารของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของประชาชนในชาติ

¹⁹พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553, มาตรา 19.

บรรณานุกรม

- กীরติ ศรีทรัพย์. “ชั้นความต่างด้านเทคนิคของเทคโนโลยีโทรศัพท์เคลื่อนที่แต่ละยุค.” วารสาร กทข. เล่ม 1/2 (มกราคม-มิถุนายน 2552): 275-291.
- ธัญพร เปาทอง. “ห้วงเลี้ยวหัวต่อของการเปลี่ยนผ่านการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ จากยุค 2G สู่ 3.9G ในประเทศไทย.” วารสาร กทข. เล่ม 2/2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2553): 59-79.
- พันธ์ศักดิ์ ศรีทรัพย์. “การบริหารคลื่นความถี่วิทยุยุคใหม่แบบอิงตลาด.” วารสาร กทข. เล่ม 1/2 (มกราคม-มิถุนายน 2553): 373-379.
- พลศิริ นิลกิจศรานนท์ และคณะ. “เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการประมูลคลื่นความถี่.” กสทช 2554 เล่ม 1/2 (มกราคม-มิถุนายน 2554): 89-118.
- เศรษฐพร คูศรีพิทักษ์. กทข. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ฟ้า รัตนมะงคล, 2552.
- สัลยุทธ์ สว่างวรรณ. ผู้แปลและเรียบเรียง. เครือข่ายคอมพิวเตอร์. โดย Andrew S. Tanenbaum. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2547.
- สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมและการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ แอ๊ปเปิ้ล พรินติ้ง กรุ๊ป, 2552.

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งและบทบาทอำนาจหน้าที่ ของสาขาพรรคการเมือง*

Legal Problem Concerning the Establishment, Roles and Authority of Thai Political Parties

เจษฎา ทองขาว**

Jesada Thongkaow

บทคัดย่อ

นับตั้งแต่มีการจัดตั้งพรรคการเมืองในประเทศไทยพรรคการเมืองไม่ให้ความสำคัญกับการจัดตั้งสาขาพรรคการเมือง เนื่องจากพรรคการเมืองของไทยมีการดำเนินกิจการในลักษณะรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ศูนย์กลาง การจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองซึ่งเป็นการกระจายอำนาจให้แก่สมาชิกพรรคในท้องถิ่นจึงไม่มีความจำเป็นสำหรับพรรคการเมืองของไทย แม้ปัจจุบันพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 แก้ไขเพิ่มเติมถึง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554 กำหนดให้พรรคการเมืองต้องจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองก็ตาม การจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองของพรรคการเมืองต่างๆ ก็เป็นเพียงการจัดตั้งเพื่อให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น กล่าวคือพรรคการเมืองส่วนใหญ่ดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองเพียง 4 สาขาตามที่กฎหมาย กำหนดไว้ และบทบาทอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกิจการของสาขาพรรคการเมืองเหล่านั้นยังคงขาดส่วนร่วมจากสมาชิกพรรคในท้องถิ่น และยังคงต้องพึ่งพาสำนักงานใหญ่ของพรรคการเมือง ส่งผลให้อำนาจในการตัดสินใจต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการของสาขาพรรคการเมืองยังคงอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวต่อไป

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งและบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมือง ซึ่งได้สอบป้องกันวิทยานิพนธ์แล้วโดยมีคณาจารย์ที่ปรึกษา 2 ท่าน คือ รองศาสตราจารย์ ดร. กิจปติ ก้องเบญจกุล และรองศาสตราจารย์ ดร. โกเมศ ขวัญเมือง ส่วนคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ 3 ท่าน คือ อาจารย์สมพล วนิพนธ์ ประธานกรรมการ รองศาสตราจารย์ ดร. ฐริญา วัฒนรุ่ง และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สถาพร สระมาลี โดยคณาจารย์ที่ปรึกษาทั้งสองท่านดังกล่าวร่วมเป็นคณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ด้วย.

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ, นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยรามคำแหง, เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

Abstract

Since the time Thai political parties were first established, political parties have not paid attention to establishing branches. This is because Thai political parties operate on the basis of the centralization of power. Establishing political party branches through devolving power to local party members is not considered necessary for Thai political parties. Although at present The Organic Act on Political Parties B.E. 2550 (2007) and its amendment (No. 2), B.E. 2554 (2011) stipulate that political parties must establish branches, the establishment of branches of political parties is only in accordance with the letter of the law. Most political parties established only four political party branches as designated by the law. In view of the operational roles played and the authority exercised by the branches, there is very limited participation by local party members and the branches still depend on the headquarters of the political parties. This has resulted in the control of decision making regarding the operations of local political party branches remaining in the hands of the political party administration committee, which will be indicated as follows.

คำสำคัญ พรรคการเมือง, สาขาพรรคการเมือง, บทบาทอำนาจหน้าที่

Keywords Political Parties, Branch of Political Parties, Roles and Authority

1. บทนำ

พรรคการเมือง (Political Party) เป็นสถาบันทางการเมืองที่ทำหน้าที่ในการขับเคลื่อนวิธีการเมืองในรัฐเสรีประชาธิปไตยให้ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากพรรคการเมืองเป็นแหล่งรวบรวมเจตจำนงของประชาชนและมีจุดมุ่งหมายที่จะผลักดันเจตจำนงเหล่านั้นให้เป็นเจตจำนงร่วมกันของคนทั้งชาติ ดังนั้นหน้าที่หลักของพรรคการเมืองคือนำเสนออุดมการณ์และนโยบายของพรรคให้ประชาชนได้รับทราบและส่งสมาชิกพรรคลงสมัครรับเลือกตั้งในระดับชาติ หากพรรคการเมืองได้เสียงข้างมากจากประชาชน พรรคการเมืองนั้นก็จะทำหน้าที่ในการจัดตั้งรัฐบาลเพื่อบริหารประเทศตามนโยบายที่ได้นำเสนอไว้ ส่วนพรรคการเมืองที่ได้เสียงข้างน้อยก็จะทำหน้าที่ในฐานะฝ่ายค้านคอยควบคุมการทำงานของรัฐบาล ส่งผลให้พรรคการเมืองต้องมีการจัดองค์การและโครงสร้างการดำเนินงานของพรรคให้มีความใกล้ชิดกับประชาชน เพื่อที่จะได้รับทราบปัญหาของประชาชนในท้องถิ่นต่าง ๆ โดยมีจุดมุ่งหมายสำคัญเพื่อให้พรรคคณะกรรมการเลือกตั้ง ดังนั้น สาขาพรรคการเมืองจึงได้ถือกำเนิดขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นสื่อกลางระหว่างประชาชนในเขตเลือกตั้งต่าง ๆ นั่นเอง

2. บทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมือง

สาขาพรรคการเมือง หมายถึง ส่วนย่อยของพรรคการเมืองซึ่งประกอบด้วย สมาชิกและกรรมการสาขา ซึ่งได้แจ้งจัดตั้งต่อนายทะเบียนพรรคการเมืองอย่างถูกต้อง และมีหน้าที่ในการดำเนินกิจการทางการเมืองให้เป็นไปตามกฎหมาย นโยบาย ข้อบังคับพรรค¹ ดังนั้นสาขาพรรคการเมืองจึงมีบทบาทอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ ดังนี้²

- 2.1 สร้างผู้นำทางการเมืองในระดับท้องถิ่น (Training for local leadership)
- 2.2 สร้างรากฐานให้พรรคการเมืองมีความเข้มแข็งและกลายเป็นสถาบันของประเทศชาติอย่างแท้จริง
- 2.3 สาขาพรรคจะเป็นแหล่งรวบรวมข้อมูลและข่าวสารต่าง ๆ ป้อนให้กับพรรค (Data collection)
- 2.4 สาขาพรรคจะเป็นการตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นที่ให้ความสนใจในนโยบายและวิธีดำเนินงานของพรรค
- 2.5 สาขาพรรคจะทำหน้าที่สนับสนุนการเลือกตั้งของพรรคเมื่อถึงเวลาที่มีการเลือกตั้ง ไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นการเลือกตั้งระดับชาติ หรือการเลือกตั้งในระดับท้องถิ่น เช่น นายกเทศมนตรี นายกองค์การบริหารส่วนตำบล นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน เป็นต้น
- 2.6 สาขาพรรคมีส่วนช่วยพิจารณาสรรหาผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร
- 2.7 สาขาพรรคการเมืองจะเป็นศูนย์รวมในความคิดเห็นทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่เป็นประโยชน์โดยตรงและโดยอ้อมของท้องถิ่น
- 2.8 สาขาพรรคจะทำหน้าที่เป็นสื่อประสานงาน (Link) ระหว่างพรรคการเมืองกับสมาชิกพรรค หรือผู้ให้ความสนใจในกิจการของพรรคเป็นอย่างดี
- 2.9 สาขาพรรคจะเป็นองค์กรที่สามารถนำเอานโยบายของพรรคไปสู่ความสำเร็จในการปฏิบัติเป็นอย่างดี

¹คณะกรรมการการเลือกตั้ง, คู่มือการปฏิบัติงานของสาขาพรรคการเมือง (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ด้านกิจการพรรคการเมืองและการออกเสียงประชามติ, 2547), หน้า 37.

²ปรีชา หงษ์ไกรเลิศ, พรรคการเมืองและปัญหาพรรคการเมืองไทย (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2524), หน้า 100-102.

3. สาขาพรรคการเมืองกับหลักประชาธิปไตยภายในพรรคการเมือง

การที่พรรคการเมืองจะเป็นสถาบันทางการเมืองที่เข้มแข็งได้ พรรคการเมืองนั้นจะต้อง มีการจัดโครงการสร้างการบริหารพรรคตาม “หลักประชาธิปไตยภายในพรรคการเมือง” (Intra-Party Democracy) ซึ่งประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ ได้แก่³

3.1 หลักอำนาจสูงสุดภายในพรรคเป็นของสมาชิกพรรค

พรรคการเมืองเกิดขึ้นจากการรวมกลุ่มกันของประชาชนที่มีอุดมการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่เหมือนกันไว้ด้วยกัน พรรคการเมืองจึงประกอบด้วย สมาชิกพรรคพรรคการเมือง ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นเจ้าของพรรคที่มีอุดมการณ์ร่วมกัน และคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองซึ่งเป็นตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจจากสมาชิกพรรคในการดำเนินกิจการของพรรคการเมือง ดังนั้นในการดำเนินกิจการที่สำคัญของพรรคจึงควรให้สมาชิกพรรคซึ่งเป็นผู้ถืออำนาจสูงสุดภายในพรรคเป็นผู้ตัดสินใจ

3.2 หลักสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของสมาชิกพรรค

สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคภายในพรรคการเมือง คือ การเปิดโอกาสให้สมาชิกพรรคทุกคนได้แสดงความคิดเห็นภายในพรรคได้อย่างเสรีราบเท่าที่ไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของสมาชิกพรรคคนอื่น ๆ ซึ่งการแสดงความคิดเห็นนั้นอาจกระทำได้หลายวิธี เช่น การแสดงความคิดเห็นผ่านทางสาขาพรรค การเข้าร่วมประชุมใหญ่สามัญประจำปีของพรรคหรือสาขาพรรค เป็นต้น

3.3 หลักการปกครองโดยสมาชิกพรรคฝ่ายข้างมากที่เคารพหรือคุ้มครองสิทธิของสมาชิกพรรคเสียงข้างน้อย

พรรคการเมืองเป็นศูนย์รวมอุดมการณ์ของสมาชิกพรรค แต่ก็อาจมีความคิดเห็นในบางเรื่องที่สมาชิกพรรคมีความคิดเห็นที่ต่างกันได้ ดังนั้น การดำเนินกิจการต่าง ๆ ของพรรคจะกระทำได้โดยชอบธรรมก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากสมาชิกส่วนใหญ่ของพรรค แต่ในขณะเดียวกันฝ่ายเสียงข้างมากต้องให้ความเคารพเสียงข้างน้อยของสมาชิกพรรคด้วย เนื่องจากเสียงฝ่ายข้างน้อยในบางเรื่องก็อาจจะเป็นประโยชน์ต่อพรรคเช่นเดียวกัน นอกจากนี้การรับฟังเสียงข้างน้อยยังเป็นการป้องกันมิให้เกิดเผด็จการเสียงข้างมากภายในพรรคการเมืองอีกด้วยด้วยเหตุผลดังกล่าวสาขาพรรคการเมืองจึงเป็นกลไกสำคัญในการช่วยส่งเสริมความเป็นประชาธิปไตยอย่างยิ่ง กล่าวคือสาขาพรรคการเมืองจะทำหน้าที่เป็นศูนย์รวมของสมาชิกพรรคที่กระจายอยู่ตามภูมิภาคต่าง ๆ ให้เข้าไปมีส่วนร่วมทั้งกับกิจกรรมทางการเมืองของพรรคได้อย่างทั่วถึง รวมทั้งเป็นการเปิดโอกาสให้สมาชิกพรรคได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจในกิจการที่สำคัญของพรรค เช่น การรับฟัง

³วรานนท์ วิเศษศิริ, “หลักประชาธิปไตยภายในพรรคการเมืองกับระบบพรรคการเมืองไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 24-30.

ความคิดเห็นของสมาชิกในท้องถิ่น การเลือกตั้งกรรมการสาขาพรรค การคัดเลือกตัวแทนเพื่อเข้าร่วมประชุมใหญ่สามัญประจำปีของพรรค การรวมกลุ่มกันเพื่อขอเปิดประชุมใหญ่วิสามัญประจำปีของพรรค การคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งของพรรคในเขตเลือกตั้งที่สาขาพรรคคนนั้นตั้งอยู่ เป็นต้น นอกจากนี้สาขาพรรคการเมืองยังเป็นเครื่องมือสำคัญในการป้องกันการใช้อำนาจผูกขาดของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมือง เนื่องจากการมีสาขาพรรคกระจายอยู่ทั่วทุกภูมิภาคของประเทศนั้นเป็นการส่งเสริมการกระจายอำนาจจากส่วนกลางไปยังส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่นตามระดับองค์การของพรรค ทำให้องค์การพรรคในระดับล่างได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจและดำเนินการกิจกรรมต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง

4. การจัดโครงสร้างและบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมืองในต่างประเทศ

ในรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยพรรคการเมืองจะเป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนวิถีประชาธิปไตยของรัฐนั้นภายใต้อุดมการณ์และนโยบายของพรรค เพื่อให้เห็นถึงบทบาทที่สำคัญของสาขาพรรคการเมือง ผู้เขียนจึงขอนำเสนอการจัดโครงสร้างและบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมืองที่มีความเข้มแข็งในประเทศตะวันตก ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมัน ดังนี้

4.1 สาขาพรรคการเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกา

ระบบพรรคการเมืองในสหรัฐอเมริกานั้นเป็นระบบพรรคการเมืองแบบสองพรรคใหญ่ ประกอบด้วย พรรคเดโมแครต (Democrat Party) และพรรครีพับลิกัน (Republican Party) ซึ่งทั้งสองพรรคนี้เป็นพรรคการเมืองที่มีบทบาทสำคัญในการเลือกตั้งทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น ดังนั้น การจัดโครงสร้างของพรรคการเมืองในอเมริกาจึงเน้นการกระจายอำนาจให้แก่พรรคการเมืองในระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่นซึ่งทำหน้าที่เปรียบเสมือนสาขาพรรคหรืออาจกล่าวได้ว่าความจริงแล้วควรจะเรียกได้ว่าสหรัฐอเมริกามีพรรคการเมือง 100 พรรค กล่าวคือ มีพรรครีพับลิกัน 50 พรรค และมีพรรคเดโมแครต 50 พรรค เพราะสาขาพรรคในแต่ละมลรัฐค่อนข้างจะเป็นอิสระไม่ค่อยขึ้นตรงต่อกันเท่าใดนัก⁴

ลักษณะโครงสร้างของพรรคการเมืองในสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วย พรรคการเมืองในระดับชาติ ระดับมลรัฐ ระดับเขตเลือกตั้ง ระดับเคาน์ตี ระดับหน่วยเลือกตั้ง และระดับพรีชิงท์ตามลำดับ ซึ่งในองค์การในระดับต่าง ๆ เหล่านี้จะมีคณะกรรมการซึ่งมาจากการเลือกตั้งของสมาชิกทำหน้าที่ในการดำเนินกิจการและประสานงานติดต่อกันอย่างเป็นระบบ

⁴มนตรี รูปสุวรรณ, กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554), หน้า 104.

บทบาทสำคัญของสาขาพรรคการเมืองในสหรัฐอเมริกาที่สำคัญคือการมีส่วนร่วมในการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกในทุกระดับตั้งแต่ระดับชาติ อันได้แก่ ประธานาธิบดี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสมาชิก แลระดับท้องถิ่น อันได้แก่ สมาชิกสภามลรัฐ และผู้ว่าการมลรัฐ รวมถึงสมาชิกสภาท้องถิ่นในระดับต่าง ๆ โดยในการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งนั้น สมาชิกและสาขาพรรคจะมีส่วนร่วมในการเลือกตั้งขั้นต้น ซึ่งเป็นการคัดเลือกตัวแทนผู้ลงคะแนน (Delegate) เพื่อไปทำหน้าที่ลงมติคัดเลือกผู้สมัครในที่ประชุมใหญ่ระดับชาติหรือระดับมลรัฐแล้วแต่กรณีโดยใช้ระบบประชุมกลุ่ม (Caucus)⁵ และระบบการหยั่งเสียงขั้นต้น (Primary)⁶

4.2 สาขาพรรคการเมืองในประเทศอังกฤษ

ระบบพรรคการเมืองในประเทศอังกฤษเป็นแบบสองพรรคใหญ่เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา โดยมีพรรคการเมืองใหญ่ที่สืบทอดมาสำคัญ ได้แก่ พรรคอนุรักษนิยม (Conservative Party) และพรรคแรงงาน (Labour Party) ซึ่งทั้งสองพรรคมีการจัดโครงสร้างของพรรคออกเป็น 2 ส่วน คือ พรรคภายในรัฐสภา หมายถึง บรรดาสมาชิกรัฐสภาที่สังกัดพรรคการเมืองนั้น ๆ และองค์กรส่วนกลางที่จัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นกลไกและเป็นเครื่องมือของหัวหน้าพรรคและแกนนำพรรคในการดำเนินกิจการของพรรค และพรรคภายนอกรัฐสภา หมายถึง สมาชิกของพรรคโดยตรง และสมาชิกที่สังกัดองค์การของพรรคที่สังกัดในองค์กรต่าง ๆ เช่น สาขาพรรคในเขตเลือกตั้ง สมาคมต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งเป็นผู้ให้การสนับสนุนการดำเนินกิจการของพรรคในรัฐสภา อย่างไรก็ตามลักษณะโครงสร้างของสาขาพรรค ดังนี้

4.2.1 พรรคอนุรักษนิยม

ลักษณะเด่นของพรรคอนุรักษนิยมคือการรวมอำนาจไว้ที่หัวหน้าพรรค ซึ่งเปรียบเสมือนศูนย์กลางของพรรค อย่างไรก็ตามภายใต้ลักษณะดังกล่าวพรรคก็เปิดโอกาสให้สาขาพรรคได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจ โครงสร้างของพรรคอนุรักษนิยมได้แก่ พรรคอนุรักษนิยมภายในรัฐสภา ประกอบด้วย หัวหน้าพรรค สำนักงานกลาง และหน่วยงานวิจัยของพรรค ส่วนพรรคอนุรักษนิยมภายนอกรัฐสภา ประกอบด้วย สาขาพรรคในเขตเลือกตั้งต่าง ๆ ประมาณ 600 แห่ง⁷ องค์การของพรรคอนุรักษนิยมส่วนภูมิภาค และสหภาพอนุรักษนิยมซึ่งเป็นองค์การของพรรค

⁵เป็นวิธีการสรรหาตัวแทนที่เก่าแก่ที่สุดในโลก โดยการประชุมกลุ่มย่อยของผู้สนับสนุนหรือสมาชิกพรรคในสาขาพรรคแต่ละระดับตั้งแต่หน่วยเล็กที่สุด เพื่อให้ผู้แทนในระดับเคาน์ตีเข้าประชุมพรรคในระดับมลรัฐ เพื่อทำหน้าที่เลือกตัวแทนผู้ลงคะแนนไปลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ระดับชาติของพรรคต่อไป.

⁶เป็นการหยั่งเสียงขั้นต้นโดยจัดให้มีการลงคะแนนเสียงในคูหาเลือกตั้งตามหน่วยเลือกตั้งต่าง ๆ ของในแต่ละมลรัฐเช่นเดียวกับการเลือกตั้งทั่วไปเพื่อเปิดโอกาสให้สมาชิกของพรรคการเมืองได้เลือกตัวแทนผู้เลือกตั้งเพื่อเข้าร่วมประชุมใหญ่ระดับชาติของพรรคเพื่อทำหน้าที่คัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคต่อไป.

⁷สมบุรณ์ สุขสำราญ, การเมืองการปกครองสหราชอาณาจักร (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2527), หน้า 57.

ภายนอกรัฐสภาในระดับที่ใหญ่ที่สุด โดยองค์การทั้งสามระดับจะมีคณะกรรมการทำหน้าที่ในการดำเนินงาน ซึ่งคณะกรรมการเหล่านี้มาจากการเลือกตั้งของสมาชิกและตัวแทนสมาชิกตามระดับขององค์การ

4.2.2 พรรคแรงงาน

การจัดโครงสร้างของพรรคแรงงานจะมีความซับซ้อนมากกว่าพรรคอนุรักษนิยมโดยพรรคแรงงานภายในรัฐสภาหรือพีแอลพี (Parliament Labour Party: PLP) ประกอบด้วย หัวหน้าพรรค และสำนักงานใหญ่ ส่วนพรรคแรงงานภายนอกรัฐสภา ประกอบด้วย สมาคมและสหภาพแรงงานต่างๆ และสาขาพรรคในระดับท้องถิ่น (Ward) องค์การพรรคในระดับภูมิภาค และองค์การพรรคแรงงานระดับชาติ (National Executive Committee: NEC) ซึ่งเป็นองค์การระดับที่ใหญ่ที่สุด

ในส่วนของบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมืองของทั้งสองพรรคนั้น พรรคภายนอกรัฐสภามีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนการดำเนินการของพรรคให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สาขาพรรคจะทำหน้าที่ในการรับสมัครบุคคลในท้องถิ่นเข้าเป็นสมาชิก ทั้งนี้ สมาชิกพรรคจะให้ความสำคัญ แก่พรรคและสาขาพรรคอยู่ตลอดเวลาโดยการบริจาคเงินให้แก่พรรค การชำระค่าบำรุงรายปีให้แก่พรรค และรายได้ของพรรคเหล่านี้พรรคก็จะนำกลับไปจัดสรรแก่สาขาพรรคต่อไป นอกจากนี้สาขาพรรคยังมีบทบาทสำคัญในการตัดสินใจในการคัดเลือกบุคคลที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคที่คณะกรรมการบริหารพรรคได้ตรวจสอบคุณสมบัติและให้ความเห็นชอบแล้วอีกด้วย

4.3 สาขาพรรคการเมืองในประเทศเยอรมัน

กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของเยอรมันได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองไว้ และให้การดำเนินการของพรรคการเมืองอยู่ภายใต้กฎหมายพรรคการเมือง ค.ศ. 1967 (Parteiengesetz, ParteienG 1967) โดยกฎหมายพื้นฐานและกฎหมายพรรคการเมืองได้กำหนดให้ พรรคการเมืองต้องมีการจัดองค์การให้สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยทั้งในระดับท้องถิ่นและในระดับประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากการดำเนินการของพรรคจะต้องให้สมาชิกพรรคมีส่วนร่วมให้มากที่สุด โดยเริ่มต้นจากการรับสมัคร เข้าเป็นสมาชิกพรรคในระดับท้องถิ่น การเลือกบุคคลเป็นคณะกรรมการบริหารพรรค ในระดับท้องถิ่น ส่งตัวแทนพรรคลงสมัครรับเลือกตั้งในระดับท้องถิ่น เสนอชื่อตัวแทนที่เลือกกันเองจากสมาชิกพรรคในระดับท้องถิ่นเพื่อลงสมัครรับเลือกตั้งในระดับสหพันธ์ ส่วนในระดับเหนือขึ้นมาพรรคต้องมีการจัดตั้งสำนักงานกลางมีคณะกรรมการกลางของพรรค และให้สาขาพรรคในท้องถิ่นส่งตัวแทนมาบริหารสาขาพรรคในระดับมลรัฐและสหพันธ์ตามลำดับ ดังนั้น การที่จะให้การบริหารพรรคการเมืองเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยจึงต้องมีการปรับองค์กรพรรคให้เป็นประชาธิปไตยเสียก่อน ในเรื่องนี้ คณะกรรมการพิจารณาร่างความเป็นไปได้ของการร่างกฎหมายพรรคการเมืองซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีว่าการกิจการภายใน (มหาดไทย) เมื่อปี ค.ศ. 1957 ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้

- (1) สมาชิกพรรคการเมืองจะต้องมีความเสมอภาคกันในการลงคะแนนเสียงสำหรับกรณีที่กำหนดให้เป็นสิทธิการตัดสินใจของสมาชิก
 - (2) พรรคทุกพรรคจะต้องมีการแบ่งเขตความรับผิดชอบภายในพรรคตามพื้นที่ให้แก่สาขาพรรค โดยสาขาพรรคแต่ละสาขาจะมีการแบ่งองค์กรภายในและสามารถวางระเบียบในระดับสาขาพรรคได้อย่างอิสระ
 - (3) ในองค์กรชั้นล่างที่สุดให้เป็นอำนาจของที่ประชุมใหญ่สมาชิกที่จะตัดสินปัญหาต่าง ๆ
 - (4) ผู้ที่จะดำรงตำแหน่งทางการเมืองภายในพรรคทุกระดับ จะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยที่ประชุมใหญ่สมาชิกทั้งหมด หรือที่ประชุมตัวแทนสมาชิก
 - (5) การเลือกตั้งทุกประเภทเป็นการมอบความชอบธรรมแก่ผู้ที่เข้าดำรงตำแหน่งเพียงชั่วระยะเวลาหนึ่งที่มีกำหนดแน่นอน
 - (6) มติหรือการตัดสินใจที่มีความสำคัญ จะต้องกำหนดไว้ในระเบียบข้อบังคับพรรคให้อยู่ในอำนาจของที่ประชุมใหญ่สมาชิกพรรค หรือที่ประชุมผู้แทนพรรค
 - (7) การเลือกตั้งและการลงมติสำคัญ ๆ จะต้องใช้วิธีลงคะแนนลับ⁹
- ด้วยเหตุผลดังกล่าวการจัดโครงสร้างพรรคการเมืองของเยอรมันจึงให้ความสำคัญกับการจัดตั้งสาขาพรรคการเมือง เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งของเยอรมันได้กำหนดให้บุคคลที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคต้องได้รับความยินยอมจากที่ประชุมใหญ่ของสาขาพรรคก่อน สาขาพรรคการเมืองจึงกระจายอยู่ทั่วทุกเขตเลือกตั้งนั่นเอง

5. ปัญหาการจัดตั้งและบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมืองภายใต้กฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองฉบับปัจจุบัน

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550⁹ เป็นกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน กฎหมายฉบับนี้มีบทบัญญัติหลายมาตราที่พยายามส่งเสริมให้พรรคการเมืองมีสาขาพรรคการเมืองที่มีการดำเนินกิจการที่มีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตามภายใต้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการจัดตั้งและบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมืองอยู่หลายประการ และเนื่องจากการจัดตั้งและบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมืองแต่ละพรรคอยู่ภายใต้กฎหมายพรรคการเมืองและข้อบังคับพรรคการเมืองเพื่อให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่ชัดเจน ผู้เขียนจึงขอนำเอาข้อบังคับพรรคการเมืองที่สำคัญ 3 พรรค

⁹บุญศรี มีวงศ์โหมะ, การเลือกตั้ง และพรรคการเมือง บทเรียนจากเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2542), หน้า 88-89.

⁹“พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550,” ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 124 ตอนที่ 64 ก (7 ตุลาคม 2550): 22-68.

ที่มีบทบาทสำคัญในสภาผู้แทนราษฎรในปัจจุบันมาวิเคราะห์ อันได้แก่ ข้อบังคับพรรคประชาธิปัตย์ พ.ศ. 2551, ข้อบังคับพรรคชาติไทยพัฒนา พ.ศ. 2552 และข้อบังคับพรรคเพื่อไทย พ.ศ. 2551 ดังนี้

5.1 ปัญหากฎหมายขาดมาตรการจูงใจในการส่งเสริมให้พรรคการเมืองจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองที่มีความเข้มแข็ง

ในการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองนั้น กฎหมายพรรคการเมืองมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองไว้ ดังนั้น หลักเกณฑ์และวิธีการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองของแต่ละพรรคจึงขึ้นอยู่กับข้อบังคับพรรคการเมือง จากการศึกษาพบว่าในการดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองนั้น ข้อบังคับพรรคการเมืองทุกพรรคให้เป็นอำนาจหรือดุลพินิจของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมือง ในขณะที่นายทะเบียนพรรคการเมืองซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองตามกฎหมายกลับมีเพียงแค่อำนาจในการตรวจสอบว่าพรรคการเมืองดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคเป็นไปตามที่ข้อบังคับพรรคกำหนดไว้หรือไม่เท่านั้น ประกอบกับการที่กฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองกำหนดให้ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนการจัดตั้งพรรคการเมืองใด พรรคการเมืองนั้นต้องดำเนินการรับสมัครสมาชิกให้มีจำนวนไม่น้อยกว่าห้าพันคนซึ่งอย่างน้อยต้องประกอบด้วยสมาชิกซึ่งมีที่อยู่ในแต่ละภาคตามบัญชีรายชื่อภาคและจังหวัดที่นายทะเบียนประกาศกำหนดและมีสาขาพรรคการเมืองอย่างน้อยภาคละหนึ่งสาขา (4 ภาค) และในกรณีที่พรรคการเมืองใดไม่สามารถดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดได้ พรรคการเมืองนั้นก็จะมีสถานะสภาพเป็นพรรคการเมืองและกำหนดให้พรรคการเมืองที่ได้ดำเนินการตามมาตรา 26 เป็นพรรคการเมืองที่มีคุณสมบัติที่สิทธิได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐนั้น¹⁰ ส่งผลให้พรรคการเมืองไม่ให้ความสำคัญกับการจัดตั้งสาขาพรรค กล่าวคือ ปัจจุบันมีพรรคการเมืองที่ยังดำเนินกิจการอยู่จำนวนทั้งสิ้น 64 พรรค มีจำนวนสาขาพรรคการเมืองรวมกันทั้งหมด 395 สาขา¹¹ แต่ปรากฏว่ามีพรรคการเมืองเพียง 15 พรรคเท่านั้นที่ดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองมากกว่า 4 สาขาตามที่กฎหมายกำหนด เช่น พรรคประชาธิปัตย์ พรรคไทยพอเพียง เป็นต้น และมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่าพรรคการเมืองที่จัดตั้งสาขาพรรคการเมืองเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้มักจะนิยมจัดตั้งสาขาพรรคในลักษณะภูมิภาคนิยม จากสภาพปัญหาดังกล่าวจะเห็นได้ว่าสาขาพรรคการเมืองของพรรคการเมืองไทยมีจำนวนน้อยมาก เนื่องจากกฎหมายขาดมาตรการที่จะจูงใจหรือสนับสนุนให้พรรคการเมืองจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองให้มีจำนวนเพิ่มขึ้นเพื่อให้กระจายอยู่ทุกจังหวัดหรือเขตเลือกตั้ง และพรรคการเมืองจึงจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองเพียง 4-5 สาขา เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้นและเมื่อพรรคการเมืองใดดำเนินการจัดตั้งสาขา

¹⁰พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550, มาตรา 26 และมาตรา 91; ประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่อง กองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมือง พ.ศ. 2554, ข้อ 27 และข้อ 43.

¹¹ข้อมูล ณ วันที่ 19 กันยายน 2556, สำนักกิจการพรรคการเมืองฯ ด้านกิจการพรรคการเมืองฯ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง.

พรรคครบภาคละ 1 สาขา (4 ภาค) ครบแล้ว คณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นก็จะมีมติให้ตั้งศูนย์ประสานงานพรรคแทนเนื่องจากนายทะเบียนพรรคการเมืองและสำนักงานคณะกรรมการเลือกตั้งไม่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบศูนย์ประสานงานของพรรค

อย่างไรก็ตามกฎหมายพรรคการเมืองฉบับปัจจุบันก็ยังมีมาตรการที่พยายามจะส่งเสริมให้พรรคการเมืองดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคการเมือง โดยกำหนดให้นำเอาหลักเกณฑ์ของจำนวนสาขาพรรคการเมืองเป็นหลักเกณฑ์ในการคำนวณเงินจัดสรรจากภาครัฐให้แก่พรรคการเมืองเป็นรายปีและกำหนดให้พรรคการเมืองที่ไม่ดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคให้ครบภาคละ 1 สาขา (4 ภาค) ต้องสิ้นสภาพความเป็นพรรคการเมือง แต่จากการศึกษาพบว่ามาตรการดังกล่าวยังไม่สามารถจูงใจให้พรรคการเมืองดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองให้มีกระจายอยู่ทุกเขตเลือกตั้งเช่นเดียวกับต่างประเทศได้ กล่าวคือ มาตรการที่กฎหมายกำหนดให้นำเอาจำนวนสาขาพรรคการเมืองมาเป็นหลักเกณฑ์ในการจัดสรรเงินสนับสนุนให้แก่พรรคการเมืองร้อยละ 10 ของจำนวนเงินที่จัดสรรให้แก่พรรคการเมืองในแต่ละปีตามมาตรา 76 นั้น พรรคการเมืองที่มีสิทธิได้รับเงินสนับสนุนดังกล่าว จะต้องเป็นพรรคการเมืองที่ส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปครั้งล่าสุด โดยได้รับคะแนนเสียงจากการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อไม่น้อยกว่าร้อยละ 0.5 ของคะแนนเสียงที่พรรคการเมืองทุกพรรคได้รับในการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อรวมกัน หรือได้รับคะแนนเสียงจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งไม่น้อยกว่าร้อยละ 0.5 ของคะแนนเสียงที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งทุกคนได้รับในการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งรวมกันทั้งประเทศซึ่งปัจจุบันมีพรรคการเมืองที่มีสิทธิได้การจัดสรรเงินสนับสนุนดังกล่าวเพียง 7 พรรคเท่านั้นที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับการจัดสรร ส่วนพรรคการเมืองที่ไม่มีสิทธิที่จะได้รับการสนับสนุนดังกล่าวก็ไม่ให้ความสำคัญต่อการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองให้มีในจำนวนที่มากกว่ากฎหมายกำหนด และในส่วนของมาตรการที่กฎหมายกำหนดให้พรรคการเมืองต้องสิ้นสภาพความเป็นพรรคการเมืองในกรณีที่ไม่สามารถดำเนินการหาสมาชิกให้ครบ 5,000 คน และจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองให้ครบทุกภาค (4 ภาค) ภายในหนึ่งปีนั้นจากการศึกษาพบว่ามาตรการดังกล่าวอาจเป็นมาตรการที่ขัดต่อเสรีภาพในการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญและขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายพรรคการเมืองที่ต้องให้พรรคการเมืองจัดตั้งได้โดยง่าย โดยมีพรรคการเมืองที่เกิดขึ้นใหม่จำนวนมากที่ต้องสิ้นสภาพความเป็นพรรคการเมืองเพราะเหตุดังกล่าว

5.2 ปัญหาสาขาพรรคการเมืองขาดความพร้อมในการดำเนินการ

นับตั้งแต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มีผลใช้บังคับเป็นต้นมาจนกระทั่งมีกฎหมายพรรคการเมืองฉบับปัจจุบัน พรรคการเมืองต่าง ๆ ได้จัดตั้งสาขาพรรคการเมืองขึ้นเป็นจำนวนมาก แต่ในช่วงระยะเวลากว่า 10 ปีที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน ปัญหาสาขาพรรคการเมืองขาดความพร้อมในการดำเนินการที่พบส่วนใหญ่ ได้แก่ สำนักงานสาขาพรรคการเมืองที่ตั้งขึ้นส่วนใหญ่นั้นตั้งอยู่ในสถานที่ที่ไม่มีความเหมาะสม เช่น ที่ตั้งของ

สำนักงานสาขาพรรคการเมืองมักจะตั้งอยู่ที่เดียวกับสถานที่ประกอบธุรกิจการค้า บ้านพักของกรรมการสาขาพรรค เป็นต้นนอกจากนี้ยังพบอีกว่า สำนักงานสาขาพรรคยังขาดเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานประจำสำนักงานของสาขา ในแต่ละสาขาจะมีเจ้าหน้าที่ประจำเพียงหนึ่งหรือสองคนเท่านั้น หรือสำนักงานบางแห่งไม่มีเจ้าหน้าที่ประจำสำนักงานสาขาเลย หรือในบางสาขาแม้จะมีเจ้าหน้าที่ประจำสำนักงานก็ตาม แต่เจ้าหน้าที่ประจำเหล่านั้นยังขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องของกฎหมายพรรคการเมืองและบทบาทของสาขาพรรคการเมือง

นอกจากลักษณะทางกายภาพของสำนักงานสาขาดังที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนบทบาทอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการของสาขาพรรคการเมืองนั้นกฎหมายให้เป็นไปตามที่ข้อบังคับพรรคการเมืองกำหนดไว้ แต่ก็มีข้อบังคับพรรคการเมืองบางพรรคที่มีได้กำหนดรายละเอียดเรื่องนี้ไว้ เช่น พรรคเพื่อไทย และพรรคประชาธิปัตย์ และในส่วนของอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสาขาพรรคการเมืองก็เช่นเดียวกันพบว่ากฎหมายกำหนดเรื่องนี้ไว้อย่างกว้าง ๆ อีกทั้งกรรมการสาขาพรรคบางคนยังคงขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายพรรคการเมือง กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง และข้อบังคับพรรคการเมือง ประกอบกับข้อบังคับพรรคการเมืองก็ได้แบ่งอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการสาขาพรรคแต่ละตำแหน่ง จึงทำให้ภาระหน้าที่ในการดำเนินการที่เกี่ยวกับสาขาพรรคทั้งหมดตกอยู่ที่กรรมการคนใดคนหนึ่ง และที่สำคัญที่สุดข้อบังคับพรรคการเมืองยังคงกำหนดให้อำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินการของสาขาพรรคยังคงอยู่ภายใต้การสั่งการของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมือง

5.3 ปัญหาการประชุมใหญ่สาขาพรรคการเมือง

ที่ประชุมใหญ่ของสาขาพรรคการเมืองเปรียบเสมือนกับศูนย์รวมของสมาชิกสาขาพรรคที่ทำให้ได้มีโอกาสมาพบปะแลกเปลี่ยนความคิดเห็นของสมาชิกสาขาพรรคในการที่จะร่วมกันตัดสินใจในเรื่องที่สำคัญ อาทิ การรายงานผลการดำเนินการของสาขาพรรคที่ได้ดำเนินการไปในรอบปีที่ผ่านมาให้สมาชิกสาขาพรรคได้รับทราบ การลงมติเลือกตั้งคณะกรรมการสาขาพรรคการเมือง¹² เป็นต้น นอกจากนี้ข้อบังคับพรรคการเมืองอาจกำหนดให้มีกิจการอื่นของสาขาพรรคที่ต้องกระทำโดยที่ประชุมใหญ่สาขาพรรคการเมืองก็ได้ แต่จากการศึกษาข้อบังคับพรรคการเมืองพบว่า นอกจากกิจการที่กำหนดไว้ในกฎหมายแล้ว ไม่มีข้อบังคับพรรคการเมืองใดที่กำหนดให้ที่ประชุมใหญ่สาขาพรรคดำเนินการอย่างอื่นแต่อย่างใด แม้จะพบว่าพรรคการเมืองบางพรรคเปิดโอกาสให้กรรมการสาขาพรรคและสมาชิกสาขาพรรคขอเปิดประชุมใหญ่วิสามัญสาขาพรรคได้ เช่น พรรคประชาธิปัตย์และพรรคเพื่อไทย โดยการขอเปิดประชุมใหญ่วิสามัญสาขาพรรคของพรรคประชาธิปัตย์นั้นสามารถทำได้ง่าย กล่าวคือ สมาชิกของสาขานั้นจำนวนไม่น้อยกว่าห้าสิบคนลงชื่อร้องขอให้เปิดประชุมใหญ่วิสามัญของสาขาได้ ส่วนพรรคเพื่อไทยสมาชิกของสาขาพรรคไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสาขาพรรคมีสิทธิเข้าชื่อเป็นหนังสือขอให้

¹²พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550, มาตรา 37.

คณะกรรมการสาขาพรรคจัดให้มีการประชุมใหญ่วิสามัญสาขาพรรคได้ ซึ่งทำได้ยากกว่าพรรคประชาธิปัตย์ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าแม้ข้อบังคับพรรคประชาธิปัตย์และพรรคเพื่อไทยจะเปิดโอกาสให้สมาชิกสาขาพรรคขอเปิดประชุมใหญ่วิสามัญของสาขาพรรคการเมืองได้แต่ข้อบังคับก็ไม่ได้กำหนดไว้ว่ากรณีใดที่สมาชิกสามารถร้องขอให้มีการประชุมใหญ่วิสามัญจึงทำให้ข้อบังคับในส่วนนี้ขาดสภาพบังคับ ทั้งนี้สาเหตุที่ข้อบังคับพรรคการเมืองแต่ละพรรคมีหลักเกณฑ์ในการขอเปิดประชุมใหญ่วิสามัญสาขาพรรคแตกต่างกันออกไปเนื่องจากกฎหมายไม่ได้บังคับให้สาขาพรรคต้องเปิดโอกาสให้สมาชิกขอเปิดประชุมใหญ่วิสามัญไว้ และไม่ได้กำหนดเกณฑ์ขั้นต่ำของจำนวนสมาชิกของสาขาในการขอเปิดประชุมใหญ่วิสามัญสาขาพรรคไว้แต่อย่างใด

นอกจากปัญหาการที่ต้องกระทำโดยมติที่ประชุมใหญ่สาขาพรรคการเมืองแล้วยังพบปัญหาเรื่ององค์ประชุมของที่ประชุมใหญ่สาขาพรรคการเมือง กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้องค์ประชุมของที่ประชุมใหญ่ของสาขาพรรคการเมืองต้องประกอบด้วยกรรมการสาขาพรรคอย่างน้อยกี่หนึ่ง และสมาชิกสาขาพรรคการเมืองซึ่งต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่า 50 คน¹³ จากบทบัญญัติดังกล่าวข้อบังคับพรรคการเมือง ส่วนใหญ่จึงกำหนดให้องค์ประชุมของที่ประชุมใหญ่สาขาพรรคการเมืองเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น พรรคประชาธิปัตย์ พรรคชาติไทยพัฒนา พรรคพลังคนกีฬา¹⁴ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงองค์ประชุมของที่ประชุมใหญ่สาขาพรรคทั้งที่กฎหมายและข้อบังคับพรรคกำหนดไว้จะเห็นว่า มีสัดส่วนที่ไม่เหมาะสม กล่าวคือมีจำนวนน้อยจนเกินไปนั่นเอง ดังนั้นมติที่ได้จากที่ประชุมใหญ่สาขาพรรคการเมืองจากสัดส่วนของสมาชิكدังกล่าวจึงไม่อาจถือเป็นมติของสมาชิกสาขาพรรคได้

5.4 ปัญหาบทบาทอำนาจหน้าที่ของสาขาพรรคการเมืองกับการมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการของพรรคการเมือง

สาขาพรรคการเมืองเป็นองค์การของพรรคการเมืองที่ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางประสานระหว่างพรรคการเมืองกับสมาชิกพรรคในท้องถิ่นต่าง ๆ ดังนั้นการเปิดโอกาสให้สาขาพรรคการเมืองได้มีส่วนร่วมกับการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองจึงเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้พรรคการเมืองกลายเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีความเข้มแข็ง จนกระทั่งพรรคการเมืองนั้นกลายเป็น “พรรคมวลชน (Mass Party)” ที่มีสมาชิกพรรคเป็นเจ้าของพรรค อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่าในการจัดโครงสร้างพรรคการเมืองของพรรคการเมืองไทย กฎหมายพรรคการเมืองมิได้กำหนดลักษณะการจัดโครงสร้างของพรรคไว้อย่างชัดเจน ส่งผลให้ลักษณะการจัดโครงสร้างของพรรคการเมืองที่มีสาขาพรรคการเมืองของแต่ละพรรคแตกต่างกัน อาทิ พรรคประชาธิปัตย์มีการจัดโครงสร้างของสาขาพรรคให้กระจายอยู่ในเขตเลือกตั้ง พรรคเพื่อไทยและพรรคชาติไทยพัฒนา

¹³พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550, มาตรา 37.

¹⁴ข้อบังคับพรรคประชาธิปัตย์ พ.ศ. 2551, ข้อ 46; ข้อบังคับพรรคชาติไทยพัฒนา พ.ศ. 2552, ข้อ 40; ข้อบังคับพรรคพลังคนกีฬา พ.ศ. 2552, ข้อ 49.

จัดโครงสร้างของสาขาพรรคให้กระจายอยู่ในเขตจังหวัดต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งเมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการจัดโครงสร้างของพรรคการเมืองในประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และเยอรมันพบว่า พรรคการเมืองทุกพรรคของทั้งสามประเทศมีการจัดองค์การของสาขาพรรคการเมืองออกเป็นระดับต่าง ๆ ในลักษณะของปีระมิด โดยมีสาขาพรรคในระดับเขตเลือกตั้งหรือวอร์ดซึ่งเป็นระดับที่เล็กที่สุดเป็นฐานล่างสุดของปีระมิด ระดับจังหวัด ระดับภาคหรือระดับมลรัฐ ไปจนถึงระดับสำนักงานใหญ่ที่เป็นยอดของปีระมิด นอกจากนี้ในองค์การของสาขาพรรคระดับต่าง ๆ เหล่านี้จะมีคณะกรรมการหรือคณะกรรมการในระดับต่าง ๆ ทำหน้าที่ในการดำเนินกิจการองค์การเหล่านั้น โดยที่คณะกรรมการเหล่านี้มาจากการเลือกตั้งของสมาชิกสาขาพรรคในระดับที่เล็กที่สุดขึ้นไปทำหน้าที่ตามระดับขององค์การตามลำดับ รวมถึงเปิดโอกาสให้สมาชิกจากสาขาพรรคที่มีความรู้ความสามารถเข้าไปทำหน้าที่ในแผนกหรือหน่วยงานของสำนักงานใหญ่ที่มีความสำคัญต่อการดำเนินกิจการของพรรคดังนั้นสาขาพรรคการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และเยอรมันจึงมีความเข้มแข็งและมีบทบาทอำนาจหน้าที่ที่สำคัญในการดำเนินกิจการต่าง ๆ ร่วมกับพรรคการเมืองเป็นอย่างมากเมื่อพิจารณาถึงลักษณะการจัดโครงสร้างของสาขาพรรคการเมืองของไทยไม่ได้อยู่ในลักษณะการกระจายอำนาจให้แก่สาขาพรรค กล่าวคือ โครงสร้างของพรรคการเมืองไทยมีเพียงสำนักงานใหญ่กับสาขาพรรคการเมืองในระดับจังหวัดหรือในระดับเขตเลือกตั้งอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงระดับเดียวเท่านั้นโดยสาขาพรรคทั้งหมดจะขึ้นตรงกับสำนักงานใหญ่ของพรรค นอกจากนี้ยังพบว่าพรรคการเมืองของไทยไม่เปิดโอกาสให้คณะกรรมการสาขาพรรคหรือตัวแทนสมาชิกจากสาขาพรรคเข้าไปมีส่วนร่วมกับการเป็นคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือคณะกรรมการอื่น ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแม้กฎหมายจะกำหนดให้คณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั้นจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ของพรรคการเมือง¹⁵ แต่อย่างไรก็ตามการเลือกตั้งคณะกรรมการบริหารพรรคนั้นก็ต้องเป็นไปตามข้อบังคับของพรรคการเมือง¹⁶ ส่งผลให้บุคคลที่ได้รับเลือกตั้งให้มาดำรงตำแหน่งคณะกรรมการบริหารพรรคส่วนใหญ่ ได้แก่ บรรดาแกนนำคนสำคัญที่มีอิทธิพลภายในพรรค หรือบรรดานายทุนรายใหญ่ที่ให้การสนับสนุนอยู่เบื้องหลังพรรค โดยที่ไม่มีตัวแทนจากสาขาพรรคได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการบริหารพรรคแต่อย่างใด

ในส่วนของคณะกรรมการอื่น ๆ ตามกฎหมายพรรคก็เช่นเดียวกันแม้กฎหมายจะกำหนดให้พรรคการเมืองต้องจัดประชุมใหญ่เพื่อเลือกตั้งคณะกรรมการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งของพรรคการเมือง คณะกรรมการนโยบายพรรคการเมือง และคณะกรรมการส่งเสริมความเป็น

¹⁵พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550, มาตรา 28 (3).

¹⁶พื้งอ้าง, มาตรา 10 (4).

ประชาธิปไตยในพรรคการเมือง¹⁷ เพื่อส่งเสริมความเป็นประชาธิปไตยภายในพรรคการเมืองโดยการเปิดโอกาสให้สมาชิกพรรคได้มีส่วนร่วมในการเลือกตั้งคณะกรรมการเหล่านี้โดยที่ประชุมใหญ่ของพรรคการเมืองนอกจากการเลือกตั้งคณะกรรมการบริหารพรรค แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายพรรคการเมืองฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติถึงคุณสมบัติของบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่ง วาระการดำรงตำแหน่งและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวไว้ ดังนั้น คุณสมบัติของบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่ง วาระการดำรงตำแหน่ง และอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามที่ข้อบังคับพรรคการเมืองแต่ละพรรคกำหนดไว้จากการศึกษาข้อบังคับของพรรคประชาธิปไตยพรรคเพื่อไทยและพรรคชาติไทยพัฒนาพบว่า ข้อบังคับของพรรคการเมืองทั้งสามพรรคต่างกำหนดให้คณะกรรมการบริหารพรรคเป็นผู้เสนอชื่อหรือให้การรับรองรายชื่อผู้ที่ถูกเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งทั้งคณะกรรมการทั้งสามชุด อย่างไรก็ตามข้อบังคับพรรคประชาธิปไตยและพรรคชาติไทยพัฒนายังเปิดโอกาสให้สมาชิกที่เข้าร่วมประชุมใหญ่เสนอชื่อบุคคลที่เหมาะสมได้¹⁸ จะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายจะกำหนดให้คณะกรรมการเหล่านี้มาจากการเลือกตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ของพรรคก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติการเลือกตั้งดังกล่าวไม่ต่างจากการที่คณะกรรมการบริหารพรรคให้การเสนอรายชื่อแล้วให้ผู้เข้าร่วมประชุมลงมติให้การรับรอง อีกทั้งกฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวไว้ พรรคการเมืองต่าง ๆ จึงกำหนดรายละเอียดในส่วนนี้ไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดกรรมการเหล่านี้ใช้อำนาจเพื่อรื้อถอนอำนาจของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองนั่นเอง

จากการจัดโครงสร้างการดำเนินกิจการของพรรคการเมืองในลักษณะดังกล่าวข้างต้นจึงทำให้สาขาพรรคการเมืองไม่มีส่วนร่วมกับการประชุมใหญ่ของพรรคการเมือง จากการศึกษาพบว่ากฎหมายได้กำหนดให้สาขาพรรคการเมืองเข้าไปมีส่วนร่วมในการประชุมใหญ่พรรคการเมืองโดยให้มีผู้แทนของสาขาพรรคการเมืองไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสาขาพรรคการเมืองเข้าร่วมประชุมใหญ่ของพรรค โดยให้เป็นไปตามที่ข้อบังคับพรรคการเมืองกำหนดไว้เช่น พรรคประชาธิปไตยพรรคเพื่อไทย และพรรคชาติไทยพัฒนา ต่างกำหนดให้ตัวแทนสาขาพรรคการเมืองที่มีสิทธิเข้าร่วมการประชุมใหญ่ของพรรค ได้แก่ ประธานสาขาพรรคการเมืองหรือผู้แทนของประธานสาขาพรรคการเมืองเพียงสาขาละ 1 คน เท่านั้น ทำให้มีตัวแทนจากสาขาพรรคการเมืองเข้าร่วมประชุมใหญ่กับพรรคการเมืองน้อยมาก เช่น พรรคเพื่อไทยมีสาขาพรรคจำนวน 5 สาขา ข้อบังคับพรรคกำหนดให้สาขาพรรคมีส่วนร่วมในการประชุมใหญ่ โดยมีประธานสาขาพรรคหรือผู้แทนของสาขาพรรคเข้าร่วมประชุม ดังนั้นในการประชุมใหญ่ของพรรคจะมีองค์ประชุมที่เป็นตัวแทนจากสาขาพรรคเข้าร่วมประชุมจำนวน 5 คน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับองค์ประชุมใหญ่ของ

¹⁷พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550, มาตรา 27 (4) และมาตรา 28 (4).

¹⁸ข้อบังคับพรรคประชาธิปไตย พ.ศ. 2551, ข้อ 72, ข้อ 75 และข้อ 76, ข้อบังคับพรรคเพื่อไทย พ.ศ. 2551, ข้อ 69, ข้อ 70 และข้อ 71, ข้อบังคับพรรคชาติไทยพัฒนา พ.ศ. 2552, ข้อ 15 และข้อ 16.

พรรคซึ่งต้องมีอย่างน้อย 200 คน ถือว่ามีจำนวนที่น้อยมากคิดเป็น 1 ใน 40 ของจำนวนองค์ประชุมทั้งหมดพรรคชาติไทยพัฒนา มีสาขาพรรคจำนวน 7 สาขา ข้อบังคับพรรคกำหนดให้สาขาพรรคมีส่วนร่วมในการประชุมใหญ่ โดยมีผู้แทนสาขาพรรคไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสาขาพรรค ดังนั้นในการประชุมใหญ่ของพรรคจะมียกองค์ประชุมที่เป็นตัวแทนจากสาขาพรรคเข้าร่วมประชุมอย่างน้อยที่สุด 4 คน จนถึง 7 คน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับองค์ประชุมใหญ่ของพรรคซึ่งต้องมีอย่างน้อย 200 คน ถือว่ามีจำนวนที่น้อยมากเช่นเดียวกัน

ปัญหาที่สำคัญที่สุดที่ทำให้สาขาพรรคการเมืองของไทยยังคงขาดส่วนร่วมกับการดำเนินกิจการของพรรค คือ ปัญหาบทบาทของสาขาพรรคการเมืองกับการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคการเมืองกฎหมายพรรคการเมืองฉบับปัจจุบันจึงมีบทบัญญัติที่พยายามจะส่งเสริมให้สาขาพรรคการเมืองมีบทบาทสำคัญในการคัดเลือกบุคคลที่จะลงสมัครในนามของพรรค โดยกำหนดให้สาขาพรรคการเมืองต้องจัดให้มีการประชุมใหญ่วิสามัญเพื่อให้ความเห็นชอบในการเสนอชื่อบุคคลผู้สมควรได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองทั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและแบบบัญชีรายชื่อที่อยู่ในความรับผิดชอบของสาขาพรรคการเมืองนั้นไม่ว่าจะเป็นการเลือกตั้งทั่วไปหรือเป็นการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างลง¹⁹ อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่าแม้กฎหมายจะกำหนดให้ที่ประชุมใหญ่ของสาขาพรรคการเมืองทำหน้าที่ในการเสนอชื่อบุคคลที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในนามของพรรคก็ตาม แต่กฎหมายก็ไม่ได้มีมาตรการบังคับให้พรรคการเมืองต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในทางตรงกันข้ามกฎหมายกลับบัญญัติรับรองว่าการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 37 ไม่มีผลกระทบต่อการที่บุคคลใดจะลงสมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคแต่อย่างใด²⁰ ซึ่งตรงกันข้ามกับกฎหมายพรรคการเมืองและกฎหมายการเลือกตั้งของเยอรมันที่กำหนดให้ไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคการเมืองจะต้องได้รับการรับรองจากสาขาพรรคการเมืองก่อน ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้พรรคการเมืองในประเทศเยอรมันจึงต้องจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองขึ้นเป็นจำนวนมากในเขตเลือกตั้ง เพื่อให้สาขาพรรคการเมืองทำหน้าที่ในการดำเนินการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคตามที่กฎหมายกำหนดไว้

จากการที่กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดให้สาขาพรรคการเมืองเป็นผู้มีทำหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคลที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขาดสภาพบังคับการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งของแต่ละพรรคที่พรรคการเมืองใช้ในทางปฏิบัติจึงเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับพรรคการเมือง ซึ่งข้อบังคับพรรคการเมืองส่วนใหญ่ เช่น พรรคเพื่อไทย พรรคประชาธิปัตย์ และพรรคชาติไทยพัฒนา ต่างกำหนดให้อำนาจในการตัดสินใจว่าบุคคลใดจะได้ลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในนามของพรรคเป็นอำนาจของคณะกรรมการ

¹⁹พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550, มาตรา 37.

²⁰พื้งอ้าง, มาตรา 40.

บริหารพรรคการเมือง²¹ และจากการที่ข้อบังคับพรรคการเมืองกำหนดให้คณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองเป็นผู้มีอำนาจในการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคการเมืองจึงไม่จำเป็นต้องพึ่งพาสาขาพรรคในการหาเสียงเลือกตั้ง แต่จะใช้ระบบหัวคะแนนในท้องถิ่นในการหาเสียงแทน ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอำนาจของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองตามข้อบังคับพรรคการเมืองที่มีมากกว่าอำนาจของสาขาพรรคการเมืองตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างมากจึงทำให้พรรคการเมืองไม่จำเป็นต้องจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองขึ้นมาทำหน้าที่ในการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เนื่องจากในที่สุดอำนาจในการคัดเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งก็เป็นของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองอยู่ดี ซึ่งในเขตเลือกตั้งที่ไม่มีสาขาพรรคการเมืองตั้งอยู่คณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองก็จะใช้อำนาจที่มีอยู่ตามข้อบังคับโดยตรงได้ทันที ในขณะที่เขตเลือกตั้งที่มีสาขาพรรคการเมืองตั้งอยู่ สาขาพรรคการเมืองก็เป็นเพียงองค์การของพรรคที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกผู้สมัครที่จะลงเลือกตั้งอย่างแท้จริง จึงทำให้สาขาพรรคการเมืองไม่มีอำนาจใด ๆ ที่จะตัดสินใจได้ด้วยตนเองและเป็นสาขาพรรคการเมืองที่ไม่มีความเข้มแข็งนั่นเอง

5.5 ปัญหาการสนับสนุนทางการเงินให้แก่สาขาพรรคการเมือง

การที่สาขาพรรคการเมืองจะดำเนินกิจการได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีงบประมาณที่จะใช้ในการดำเนินกิจการอย่างเพียงพอ อย่างไรก็ตามสาขาพรรคการเมืองไทยส่วนใหญ่ไม่สามารถที่จะมีบทบาทในการแสวงหารายได้เพื่อใช้ในการดำเนินกิจการของสาขาพรรคได้ ดังนั้นสาขาพรรคการเมืองของไทยจึงต้องพึ่งพาการสนับสนุนทางการเงินจากสำนักงานใหญ่ของพรรคการเมืองและการสนับสนุนจากภาครัฐเป็นหลัก จากการศึกษางบการเงินของสาขาพรรคการเมืองประจำปี พ.ศ. 2552 พบว่า สาขาพรรคการเมืองแต่ละพรรคจะได้รับเงินสนับสนุนจากสำนักงานใหญ่ของพรรคที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งส่วนใหญ่งบประมาณที่สำนักงานใหญ่นำมาสนับสนุนให้แก่สาขานั้น ได้แก่ งบประมาณที่พรรคได้รับจากการสนับสนุนโดยภาครัฐทั้งสิ้น ซึ่งเงินจำนวนนี้สาขาพรรคจะใช้เป็นค่าใช้จ่ายภายในสำนักงานพรรคการเมือง ซึ่งในการสนับสนุนทางการเงินให้แก่สาขาพรรคการเมืองโดยภาครัฐนั้น กฎหมายกำหนดให้กองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมืองให้การสนับสนุนพรรคการเมืองโดยแบ่งเป็น 3 ส่วน ได้แก่ การสนับสนุนเงินเป็นรายปีตามแผนการดำเนินงานของพรรคการเมืองประจำปี การสนับสนุนเงินสมทบการบริจาคโดยแสดงเจตนาในแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลประจำปี และการสนับสนุนอื่นให้แก่พรรคการเมือง²² โดยพรรคการเมืองที่มีสิทธิได้รับการสนับสนุนจะต้องดำเนินการจัดทำแผนการดำเนินงานประจำปี

²¹ ข้อบังคับพรรคเพื่อไทย พ.ศ. 2551, ข้อ 88 และข้อ 89; ข้อบังคับพรรคประชาธิปัตย์, ข้อ 73; ข้อบังคับพรรคชาติไทยพัฒนา, ข้อ 29 และข้อ 30.

²² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550, มาตรา 73, มาตรา 75, มาตรา 76 และมาตรา 81.

และแผนการใช้จ่ายประจำปีเสนอต่อกองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมือง และเมื่อพรรคการเมืองได้รับเงินสนับสนุนจากกองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมืองก็จะจัดสรรเงินให้แก่สาขาพรรคตามแผนงานและโครงการที่เสนอขอรับเงินจัดสรรต่อไป ส่วนการขอรับการสนับสนุนอื่นตามมาตรา 81 นั้น พรรคการเมืองที่มีสิทธิได้รับการสนับสนุนเงินดังกล่าวจะดำเนินการจัดทำแผนการดำเนินงานประจำปี เมื่อพรรคการเมืองได้รับเงินสนับสนุนจากกองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมืองก็จะจัดสรรเงินให้แก่สาขาพรรคตามแผนงานและโครงการที่เสนอขอรับเงินจัดสรรต่อไปเช่นเดียวกัน และเมื่อพรรคการเมืองได้รับเงินสนับสนุนแล้ว พรรคการเมืองต้องใช้จ่ายเงินให้เป็นไปตามแผนการดำเนินงานและโครงการที่ได้จัดทำไว้ การที่พรรคการเมืองจะจัดสรรเงินสนับสนุนที่ได้จากภาครัฐให้แก่สาขาพรรคการเมืองจึงถูกจำกัดอยู่ภายในวงเงินตามแผนการดำเนินงานและโครงการดังกล่าวและไม่สามารถใช้จ่ายเงินในกรณีที่มีค่าใช้จ่ายอย่างอื่นได้ เช่น ค่าเช่าสำนักงานสาขาพรรคและค่าตอบแทนเจ้าหน้าที่สาขาพรรคเท่านั้น ในส่วนของการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของสาขาพรรคจะผูกพันอยู่กับการจัดกิจกรรมของสำนักงานใหญ่ในลักษณะของการส่งสมาชิกพรรคเข้าร่วมกับกิจกรรมที่พรรคจัดขึ้นหรือยังขึ้นตรงกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นหลัก เนื่องจากสาขาพรรคไม่มีงบประมาณที่จะใช้ในการดำเนินกิจกรรมเหล่านี้ได้โดยตรง และในกรณีที่สาขาพรรคต้องมีการะในการใช้จ่ายอื่น ๆ เช่น ค่าใช้จ่าย ค่าจัดเลี้ยงอาหารให้แก่สมาชิกที่มาประชุมใหญ่สาขาพรรค การะในการใช้จ่ายของสาขาพรรคส่วนที่ไม่เพียงพอนี้จะตกอยู่กับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเขตเลือกตั้งที่สาขาพรรคตั้งอยู่ หรือการะจะไปตกอยู่กับประธานสาขาพรรคหรือคณะกรรมการสาขาพรรคแทน ดังนั้นสาขาพรรคการเมืองจึงขาดงบประมาณในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองกับประชาชนในท้องถิ่นที่จะทำให้สาขาพรรคการเมืองมีความเข้มแข็งได้

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

นับตั้งแต่ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยจนถึงปัจจุบัน แม้จะมีพรรคการเมืองถือกำเนิดขึ้นในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก แต่พรรคการเมืองของไทยก็ยังคงเป็นพรรคการเมืองของกลุ่มบุคคลหรือนายทุนที่ต้องใช้พรรคการเมืองเป็นเครื่องมือในการต่อรองผลประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้อง ทั้งนี้เนื่องจากการจัดโครงสร้างของพรรคการเมืองไทยจะเน้นการรวมอำนาจไว้ที่ส่วนกลางหรือคณะกรรมการบริหารพรรคการเมือง ทำให้พรรคการเมืองไม่ให้ความสำคัญกับการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองในฐานะที่เป็นสื่อกลางระหว่างพรรคการเมืองกับประชาชน สาขาพรรคการเมืองที่จัดตั้งขึ้นจึงเป็นเพียงหน่วยงานของพรรคที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเท่านั้น

การที่จะพัฒนาพรรคการเมืองให้เป็นสถาบันทางการเมืองที่เข้มแข็งโดยมีมวลชนหรือสมาชิกพรรคเป็นเจ้าของอำนาจที่แท้จริงได้นั้น กฎหมายพรรคการเมืองจะต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการที่จะส่งเสริมให้พรรคการเมืองให้ความสำคัญกับการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองให้

มีกระจายอยู่ทั่วทุกเขตเลือกตั้งหรือทุกจังหวัด อีกทั้งกฎหมายพรรคการเมืองต้องส่งเสริมให้สาขาพรรคการเมืองเหล่านั้นมีบทบาทอำนาจหน้าที่ที่สำคัญที่จะช่วยขับเคลื่อนให้การดำเนินการของพรรคให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองอย่างเช่นในปัจจุบัน ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ในประเด็นดังต่อไปนี้

6.1 ควรมีการกำหนดนิยามของคำว่า “สาขาพรรคการเมือง” โดยกำหนดให้มีจำนวนของสมาชิกขั้นต่ำของสาขาพรรคการเมืองแต่ละสาขาให้อย่างน้อย 250 คน และมีมาตรการบังคับให้พรรคการเมืองต้องดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองในกรณีที่พรรคการเมืองมีจำนวนสมาชิกในเขตเลือกตั้งใดตั้งแต่ 250 คนขึ้นไป

6.2 ควรมีการกำหนดมาตรการส่งเสริมให้พรรคการเมืองต้องดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคให้มีเพิ่มมากขึ้นทุกปีจนครบทุกเขตเลือกตั้ง และหากพรรคการเมืองใดไม่ดำเนินการจัดตั้งสาขาพรรคการเมืองให้มีเพิ่มมากขึ้นก็จะต้องมีมาตรการลงโทษพรรคการเมืองดังกล่าว เช่น ให้อลดการสนับสนุนทางการเงินจากภาครัฐให้แก่พรรคการเมืองนั้น

6.3 ควรมีการกำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสาขาพรรคการเมือง รวมทั้งกิจการที่ต้องดำเนินการโดยที่ประชุมใหญ่สาขาพรรคการเมืองจำนวนสมาชิกในที่ประชุมใหญ่สาขาพรรคการเมืองให้มีจำนวนที่เพียงพอและเหมาะสม รวมทั้งการเปิดโอกาสให้สมาชิกสาขาพรรคสามารถขอเปิดประชุมใหญ่สมัยวิสามัญของสาขาพรรคได้โดยง่าย

6.4 ควรมีการกำหนดให้การคัดเลือกบุคคลที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคเป็นอำนาจของที่ประชุมใหญ่ของสาขาพรรคในเขตเลือกตั้งที่สาขาพรรคนั้นตั้งอยู่โดยตรง ทั้งนี้ให้คณะกรรมการบริหารพรรคทำหน้าที่เพียงให้ความเห็นหรือตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งดังกล่าวเท่านั้น

6.5 ในการประชุมใหญ่ประจำปีของพรรคการเมืองควรกำหนดให้มีตัวแทนจากสาขาพรรคการเมืองเข้าร่วมประชุมมากขึ้น รวมทั้งการคัดเลือกคณะกรรมการบริหารพรรคการเมืองต้องกำหนดให้มีตัวแทนสมาชิกที่มาจากสาขาพรรคการเมืองอย่างน้อยหนึ่งในสี่ของจำนวนคณะกรรมการบริหารพรรคตามที่ข้อบังคับพรรคกำหนด เพื่อป้องกันการผูกขาดอำนาจของนายทุนที่ให้การสนับสนุนพรรค

6.6 ควรมีมาตรการส่งเสริมให้สมาชิกสาขาพรรคให้ความสำคัญและรู้สึกว่าเป็นเจ้าของพรรคการเมืองและสาขาพรรคที่ตนเป็นสมาชิกอยู่โดยใช้มาตรการลดหย่อนภาษีให้แก่สมาชิกพรรคที่ชำระค่าธรรมเนียมและค่าบำรุงพรรค และกำหนดให้สำนักงานใหญ่พรรคการเมืองต้องจัดสรรเงินดังกล่าวให้แก่สาขาพรรคที่สมาชิกชำระค่าธรรมเนียมเพื่อใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของสาขาพรรคต่อไป

บรรณานุกรม

- คณะกรรมการเลือกตั้ง. รายงานผลการประเมินศักยภาพของสภาพรรคการเมือง ประจำปี 2552. กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายติดตามประเมินผล สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, 2553.
- _____. คู่มือการปฏิบัติงานของสภาพรรคการเมือง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ด้านกิจการพรรคการเมืองและการออกเสียงประชามติ, 2547.
- ณรงค์เดช สรุโฆษิต. แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2554.
- บุญศรี ม่วงศ์อุโฆษ. การเลือกตั้ง และพรรคการเมือง บทเรียนจากเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2542.
- ปรีชา หงษ์ไกรเลิศ. พรรคการเมืองและปัญหาพรรคการเมืองไทย. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2524.
- มนตรี รูปสุวรรณ. กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554.
- วรานนท์ วิเศษศิริ. “หลักประชาธิปไตยภายในพรรคการเมืองกับระบบพรรคการเมืองไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- สมบูรณ์ สุขสำราญ. การเมืองการปกครองสหราชอาณาจักร. กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2527.

ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการและกรรมการเงา ที่บริหารจัดการบริษัท: ศึกษาเฉพาะกรณีการ ห้ามประกอบอาชีพกรรมการ

Problems Concerning the Liability of Directors and Shadow Directors as Managers of Companies: A Study of Cases of Prohibiting Careers as Directors

ธรรมรส เปาณิล*

Tummarose Paonil

บทคัดย่อ

เนื่องจากบริษัทเป็นนิติบุคคล เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น บริษัทจึงไม่สามารถกระทำการต่าง ๆ ได้ด้วยตนเอง จึงต้องดำเนินการผ่านผู้แทน ซึ่งก็คือ กรรมการบริษัท กรรมการบริษัทจึงเป็นบุคคลที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในบริษัท หากกรรมการบริษัทอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพเป็นกรรมการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้น หรือบุคคลภายนอกที่เข้ามาทำธุรกรรมกับบริษัท ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนบริษัท ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ห้ามมิให้กรรมการที่กระทำความเสียหายดังกล่าวให้ต้องห้ามมิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการอีก อีกทั้ง ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการเงา ประกอบกับบทบัญญัติที่มีอยู่ไม่สามารถที่จะพิสูจน์ความรับผิดของกรรมการเงา จึงทำให้ไม่สามารถลงโทษทั้งกรรมการและกรรมการเงาให้ต้องห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ

Abstract

A company is a juristic person. As presumed by law, a company is a person. However, it is obvious that a company itself cannot act. Therefore, directors must represent companies. Therefore, directors are important individuals in a company. If directors carry out their duties dishonestly, then this can bring damages to the company, shareholders, or outsiders who have conducted

*นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, เนติบัณฑิตไทย.

transactions with the company with such a director. However, the Civil and Commercial Code, does not contain provisions prohibiting the continuing directorship of directors who are responsible for damages. There are also no provisions governing the liability of shadow directors. Existing provisions do not provide for the liability of shadow directors. Therefore, both directors and shadow directors cannot be punished by prohibiting them from continuing to serve as directors.

คำสำคัญ การห้ามประกอบอาชีพกรรมการ

Keyword Prohibiting careers as directors

1. บทนำ

ในปัจจุบันการประกอบธุรกิจการค้าและการลงทุนได้มีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว กว้างขวาง และเป็นไปโดยเสรี ซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่เปิดประเทศให้มีการค้าและการลงทุนอย่างเสรีทั้งในด้านของนักธุรกิจคนไทยและชาวต่างชาติ โดยปัจจุบันรูปแบบองค์กรในการประกอบธุรกิจที่ได้รับความนิยมอย่างมากก็คือ บริษัทจำกัด เนื่องจากข้อดีของบริษัทจำกัด คือ สามารถจัดตั้งขึ้นได้สะดวกและรวดเร็ว โดยสามารถดำเนินการให้แล้วเสร็จได้ภายใน 1 วัน เป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่น่าเชื่อถือในสายตาของคู่ค้าและสถาบันการเงิน อีกทั้งบริษัทจำกัดยังเป็นรูปแบบขององค์กรประเภทหนึ่งที่สามารถสร้างมูลค่าใหม่ทางเศรษฐกิจ และเป็นองค์กรทางการค้ารูปแบบหนึ่งซึ่งเหมาะสำหรับกิจการการค้าที่มีขนาดกลาง และขนาดใหญ่โดยเฉพาะในการประกอบกิจการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากในต่างประเทศจะคุ้นเคยและยอมรับกับรูปแบบบริษัทจำกัดมากกว่ารูปแบบอื่นๆ แต่ประเด็นที่สำคัญที่สุดที่ทำให้บริษัทจำกัดนั้นได้รับความนิยมก็คือ ความรับผิดชอบของผู้ที่ประกอบธุรกิจซึ่งมักจะดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการนั้น ไม่ต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินใด ๆ ของบริษัทเป็นการส่วนตัว ถ้ากรรมการของบริษัทได้กระทำการต่าง ๆ เป็นไปตามวัตถุประสงค์และข้อบังคับของบริษัทที่ได้จดทะเบียนไว้ ตลอดจนอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นแล้ว นิติกรรมหรือการแสดงออกใด ๆ ที่กรรมการของบริษัทได้กระทำลงไปนั้นถือเสมือนว่าเป็นการกระทำในนามบริษัทและจะมีผลผูกพันระหว่างบริษัทกับบุคคลภายนอกเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันกรรมการของบริษัทเป็นการส่วนตัวแต่อย่างใด กรรมการบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินใด ๆ ในการแสดงออกต่าง ๆ ในนามบริษัทถึงแม้ว่าบริษัทจะขาดทุนหรือมีหนี้สินมากจนถึงขั้นล้มละลายก็ตาม เพราะบริษัทจำกัดเมื่อจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายแล้วจะมีสภาพเป็นนิติบุคคล โดยถือว่ามีความเป็นบุคคลตามกฎหมายแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นและกรรมการตามหลักความเป็นนิติบุคคลหรือหลักตัวตนของบริษัท ดังนั้น บริษัทจึงสามารถเข้าทำนิติกรรมสัญญา

มีสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ ตลอดจนหนี้สินต่าง ๆ ในนามของตนเองโดยไม่เกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทแต่อย่างใด จะเห็นได้ว่า กรรมการบริษัทเป็นบุคคลผู้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในบริษัท เพราะกรรมการเป็นผู้ดำเนินงานทั้งปวงแทนบริษัท ซึ่งกรรมการเปรียบเสมือนชีวิตจิตใจของบริษัท ถ้ากรรมการบริษัทเป็นผู้มีความรู้ความสามารถและปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริตบริษัทนั้น ๆ ก็จะมีผลประโยชน์ที่ดี ในทำนองกลับกันถ้ากรรมการบริษัทปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตหวังแต่ประโยชน์ส่วนตนโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของบริษัท หรือมีเจตนาจะจัดตั้งบริษัทมาเพื่อดำเนินการทุจริตโดยเฉพาะโดยอาศัยหลักความเป็นนิติบุคคลหรือหลักตัวตนของบริษัทเพื่อให้ตนเองไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว หรืออาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพเป็นกรรมการกระทำการทุจริตแสวงหาประโยชน์ส่วนตนและทิ้งภาระหนี้สินให้แก่บริษัท ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ หรือบุคคลภายนอกที่เข้ามาทำธุรกรรมกับบริษัท ซึ่งก็จะทำให้ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและทำให้ประเทศขาดความน่าเชื่อถือในสายตาของนักลงทุนและนักธุรกิจ แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้บริษัทสามารถฟ้องร้องกรรมการให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ถ้ากรรมการกระทำความเสียหายใด ๆ แก่บริษัทก็ดี หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้องกรรมการ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดก็สามารถฟ้องร้องกรรมการเองได้ก็ดี หรือเจ้าหนี้ของบริษัทก็สามารถฟ้องร้องกรรมการได้เท่าที่เจ้าหนีนี้มีสิทธิเรียกร้องต่อบริษัท ได้ก็ดี แต่ความรับผิดชอบดังกล่าวนี้เป็นเพียงความรับผิดชอบในทางแพ่งซึ่งเป็นเพียงการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายแต่ละรายเท่านั้น โดยกรรมการที่กระทำความเสียหายดังกล่าวยังคงสามารถดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัทอื่นได้อีก ซึ่งการกระทำความเสียหายดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้น และคู่ค้าของบริษัท ทั้งนี้ เนื่องจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ จึงทำให้บุคคลที่ต้องการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพเป็นกรรมการดังกล่าว กระทำการโดยไม่สุจริต ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้น ตลอดจนบุคคลภายนอกที่เข้ามาทำธุรกรรมกับบริษัท

จากกรณีดังกล่าวข้างต้น ทำให้เกิดปัญหาหลายประการ คือ

1. ปัญหาการไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของกรรมการที่บริหารบริษัทกรณีการห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ
2. ปัญหาการไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของกรรมการเงาที่บริหารบริษัท
3. ปัญหาการไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่จะลงโทษกรรมการที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลที่ห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ
4. ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีการจัดเก็บข้อมูลเพื่อตรวจสอบคำสั่งศาลที่ห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการบริษัท

2. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของกรรมการและกรรมการเงาที่บริหารบริษัท ศึกษาเฉพาะกรณีการห้ามประกอบอาชีพกรรมการ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของกรรมการและกรรมการเงาที่บริหารบริษัทศึกษาเฉพาะกรณีการห้ามประกอบอาชีพกรรมการ หลักกฎหมายที่นำมาศึกษาได้แก่ กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา และ Company Directors Disqualification Act 1986

ในส่วนของกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 1 บททั่วไป มาตรา 4 และหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย จะเห็นได้ว่า สิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมาก ประชาชนชาวไทยทุกคนย่อมมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีความเสมอภาค และมีสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ถือได้ว่าเป็นหลักประกันความมั่นคงของประชาชนซึ่งไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้

เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ถือว่าเป็นสิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ และเป็นหนึ่งในสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองไว้ โดยสอดคล้องกับหลักสากลของรัฐธรรมนูญในประเทศที่ใช้ระบอบเศรษฐกิจเสรีนิยม สำหรับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีเนื้อหารับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยตรง ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 43 ที่บัญญัติอธิบายว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะเลือกทำงานประเภทใดก็ได้โดยอิสระตามความชอบและความถนัดของตน รวมทั้งมีสิทธิที่จะประกอบธุรกิจหรือทำการค้าขายได้อย่างอิสระ นอกจากนี้ ในการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการดังกล่าวบุคคลยังสามารถทำการแข่งขันกันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม ซึ่งการเปิดโอกาสให้บุคคลแข่งขันกันได้อย่างเสรีและเป็นธรรมนั้นย่อมก่อให้เกิดผลดีทั้งต่อตัวผู้ประกอบการ ผู้ประกอบกิจการ ตลอดจนผู้บริโภคด้วย ดังนั้น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญจึงเปิดโอกาสให้บุคคลทุกคนสามารถทำการแข่งขันกันในการประกอบอาชีพและประกอบกิจการกันได้อย่างเสรีและเป็นธรรม แต่ทั้งนี้บุคคลดังกล่าวจะต้องกระทำการโดยสุจริต หากผู้ใดกระทำการทุจริตก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยไม่ชอบแล้ว รัฐก็สามารถเข้าไปแทรกแซงการประกอบอาชีพหรือกิจการดังกล่าวได้โดยการเข้าไปจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลที่สร้างความเสียหายนั้น ถึงแม้ว่าบุคคลจะมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยเสรีเพียงใด แต่หากบุคคลนั้นใช้เสรีภาพไปในทางที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือใช้สิทธิเสรีภาพแล้วไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้อื่น หรือประกอบกิจการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมแล้ว รัฐย่อมไม่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพแก่บุคคลนั้น อนึ่ง ไม่เพียงแต่อาชีพที่ผิดกฎหมายเท่านั้นที่ถูกจำกัด อาชีพที่สุจริตก็อาจถูกจำกัดได้เช่นกันถ้าหากไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น

นอกจากนี้บทบัญญัติในวรรคสองดังกล่าวยังเปิดโอกาสให้รัฐสามารถก้าวล่วงไปจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการของประชาชนได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น โดยจะต้องเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน การป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันเท่านั้น โดยกฎหมายดังกล่าวอาจอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ ประกาศกฎ ระเบียบ ฯลฯ ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญเป็นเพียงกฎหมายแม่บทที่ทำหน้าที่วางหลักในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ส่วนรายละเอียดของการจำกัดจะบัญญัติไว้ในกฎหมายลำดับรองลงมา นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 43 วรรคสองนี้ ต้องกระทำเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้และกระทำได้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้¹

ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 ลักษณะ 22 ทุนส่วนและบริษัท หมวด 4 ส่วนที่ 3 หัวข้อที่ 2 ว่าด้วยกรรมการ กรณีดังกล่าวจะแบ่งความรับผิดชอบของกรรมการออกเป็น ความรับผิดชอบของกรรมการต่อบริษัท ความรับผิดชอบของกรรมการต่อผู้ถือหุ้น และความรับผิดชอบของกรรมการต่อบุคคลภายนอก ดังนี้

ความรับผิดชอบของกรรมการต่อบริษัท บทบัญญัติในมาตรา 1169 และมาตรา 1170 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของกรรมการต่อบริษัท กล่าวคือ ถ้ากรรมการบริษัทได้กระทำการผิดหน้าที่ต่างๆ ตามข้อบังคับตามมติของที่ประชุมใหญ่ หรือตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการกระทำผิดหน้าที่นั้นได้ก่อให้เกิดความเสียหาย กรรมการผู้นั้นต้องรับผิดชอบต่อบริษัท เว้นแต่ว่าการที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นกรรมการได้กระทำไปโดยได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่แล้วกรรมการผู้นั้นย่อมไม่ต้องรับผิด ทั้งนี้ไม่ว่าต่อบริษัท หรือต่อผู้ถือหุ้นที่ได้อนุมัติ สำหรับผู้ที่มีอำนาจในการฟ้องให้กรรมการรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อบริษัทนั้น ได้แก่ ตัวบริษัทเอง หรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดก็ได้ในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องกรรมการ และเจ้าหน้าที่ของบริษัทก็มีสิทธิฟ้องร้องได้เท่าที่เจ้าหน้าที่ยังคงมีสิทธิเรียกร้องแก่บริษัท

สำหรับความรับผิดชอบของกรรมการต่อผู้ถือหุ้น บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัทนั้น ย่อมเป็นบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เนื่องจากกรรมการเป็นบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ดังนั้นจึงถือว่ากรรมการได้ตกลงกับผู้ถือหุ้นโดยปริยายว่าจะดำเนินกิจการของบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น กรรมการบริษัทจึงต้องมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นโดยตรง ถ้ากรรมการละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้น

¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550, มาตรา 29.

ผู้ถือหุ้นย่อมฟ้องร้องกรรมการให้รับผิดชอบได้ เว้นแต่ว่าการที่กรรมการได้กระทำไปนั้นได้ทำไปโดยได้ รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่แล้ว กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการนั้นต่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้ให้การ อนุมัติหรือต่อบริษัทอีก อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการได้ทำไปเพราะที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นอนุมัติ ในมาตรา 1170 วรรคสอง ได้กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่มีได้อนุมัติด้วยนั้นฟ้องคดีภายในระยะเวลา 6 เดือน นับแต่วันวันที่ที่ประชุมใหญ่อนุมัติให้ทำการเช่นนั้น

สำหรับความรับผิดชอบของกรรมการต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากกรรมการบริษัทมีฐานะ เป็นผู้แทนและเสมือนตัวแทนของบริษัท การกระทำการใด ๆ ของกรรมการที่ได้กระทำภายใน ขอบวัตถุประสงค์และข้อบังคับของบริษัท แม้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก กรรมการ ผู้คนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัว แต่บริษัทจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในฐานะเสมือนตัวแทน การตามมาตรา 1167 ประกอบมาตรา 820

สำหรับประมวลกฎหมายอาญา ในส่วนที่เกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพบางประการนั้น ได้บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่อยู่ใน ส่วนของวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่เกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ เป็นมาตรการ ที่ใช้บังคับต่อผู้กระทำความผิด หรือผู้ที่มีสภาพน่ากลัวว่าจะกระทำความผิด หรือเป็นมาตรการที่ ใช้บังคับต่อผู้กระทำความผิดเพื่อคุ้มครองสังคม ผนวกกับโทษ โดยจะเน้นเฉพาะการห้ามประกอบ อาชีพหรือวิชาชีพบางอย่างที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 50² การห้ามประกอบ อาชีพหรือวิชาชีพ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันบุคคลที่มี สภาพอันตราย เนื่องจากขาดจริยธรรม หรือจรรยาบรรณในการประกอบอาชีพ มิให้กระทำความผิด โดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพของตนในการกระทำความผิดอีก โดยการนำวิธีการนี้มาใช้ เพื่อตัดโอกาสบุคคลเหล่านั้นออกจากประกอบอาชีพ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม เพื่อส่งเสริมระบบเศรษฐกิจ เพื่อรักษาภาวะสิ่งแวดล้อม ตลอดจนความปลอดภัยทางด้าน สุขอนามัยของประชาชน โดยให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจในการสั่งห้ามประกอบอาชีพหรือ วิชาชีพนั้น ๆ³ โดยหลักเกณฑ์ของการห้ามประกอบอาชีพตามมาตรา 50 นี้ จะต้องเป็นกรณีที่ ศาลต้องพิพากษาให้ลงโทษผู้นั้นตามฐานความผิด ไม่ว่าจะเป็นโทษประเภทใด โดยการลงโทษนี้จะ เป็นโทษปรับก็ได้ แต่ไม่ได้หมายถึงคำพิพากษาที่เพียงแต่ให้รอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษ ตามมาตรา 56⁵ หรือยกเว้นโทษเพราะเหตุใดเหตุหนึ่ง และศาลเห็นว่าผู้ที่ถูกลงโทษนั้นกระทำ

² สุนัย จันทรตรี, “การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่างตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 7-10.

³ ฟังอ้าง, หน้า 83.

⁴ ฟังอ้าง, หน้า 84-86.

⁵ โทเม็น ภักดิ์วิมล, “การใช้กฎหมายอาญาส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย,” ใน การ บังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย, กองคดีวิธีการเพื่อความปลอดภัย สำนักงานอัยการสูงสุด (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศรีสมมติการพิมพ์, 2533), หน้า 70.

ความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และศาลเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไปอาจกระทำความผิดเช่นกันอีก ซึ่งการพิสูจน์ความเป็นอันตรายนั้นอาจพิจารณาได้จากพฤติการณ์ทางอาญา ความร้ายแรงของพฤติกรรมอาญาโดยถ้าหากบุคคลนั้นได้กระทำความผิดเช่นเดิมหรือร้ายแรงขึ้นก็อาจเป็นไปได้ว่าบุคคลนั้นอาจจะกระทำความผิดเช่นเดียวกับที่ตนเคยได้ทำมา บางครั้งอาจพิจารณาจากองค์ประกอบทางด้านจิตใจ ตลอดจนประวัติการกระทำความผิดว่ามีพฤติกรรมในการกระทำความผิดอาญาอันเกี่ยวเนื่องกับการประกอบอาชีพหลายครั้ง กี่ย่อมแสดงให้เห็นถึงสภาพอันตรายที่ควรห้ามประกอบอาชีพอยู่ในตัวเองเช่นกัน โดยหากเข้าใจเงื่อนไขทั้งสามประการนี้แล้ว ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ โดยมีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี นับจากวันพ้นโทษ โดยถือเป็นเรื่องที่ศาลพิจารณาเห็นและมีคำสั่งได้เอง

นอกจากนี้ หากบุคคลผู้ถูกศาลสั่งห้ามมิให้ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล โดยยังคงประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นอยู่ จะต้องถูกลงโทษตามมาตรา 196 กล่าวคือ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ กรณีเช่นนี้จึงเป็นที่เข้าใจได้อย่างชัดเจนว่ามาตรา 50 นี้ เป็นมาตรการที่มีสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม มาตรา 50 นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันบุคคลผู้เคยมีประวัติการกระทำความผิดในอาชีพหรือวิชาชีพมาก่อน และมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดในรูปแบบเดิมซ้ำอีก มิให้มีโอกาสกลับไปประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น ๆ ได้อีก อย่างน้อยก็ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เป็นเหตุให้บุคคลดังกล่าวถูกจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ไม่สามารถเลือกอาชีพที่ตนประสงค์จะทำได้อย่างเต็มที่เหมือนคนธรรมดาทั่วไป เพราะถือว่าเป็นบุคคลที่มีสภาพอันตรายต่อสังคม อีกทั้งยังขาดศีลธรรม จริยธรรม ตลอดจนจรรยาบรรณในการประกอบอาชีพ หากปล่อยให้สามารถใช้เสรีภาพในการประกอบอาชีพได้อย่างอิสระอาจสร้างความเสียหายต่อส่วนรวมได้⁶ กฎหมายจึงต้องบัญญัติวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาตรานี้ขึ้นมา โดยการให้ศาลมีดุลพินิจในการสั่งห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินห้าปีขึ้นมานั่นเอง ทั้งนี้ก็เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมนั่นเอง

สำหรับ Company Directors Disqualification Act 1986⁷ นั้น เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการห้ามประกอบอาชีพกรรมการ โดยกฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นประเด็นไปที่การกระทำความผิดในหน้าที่ของผู้บริหารบริษัท ผู้มีอำนาจจัดการหรือควบคุมบริษัท ซึ่งเป็นตำแหน่งที่

⁶ภาดกร สุชีวะ, “การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในตำแหน่งผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 57-58.

⁷Company Directors Disqualification Act 1986, An Act to consolidate certain enactments relating to the disqualification of persons from being directors of companies, and from being otherwise concerned with a company's affairs. [25th July 1986]

สำคัญและมีอำนาจในการบริหารบริษัท หากผู้บริหารบริษัทมีความบกพร่องในการการทำงานหรือประพฤตินั้นไม่เหมาะสม หรือกระทำการทุจริตแสวงหาประโยชน์ส่วนตน ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้น หรือบุคคลภายนอกที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมของบริษัท กฎหมายอังกฤษฉบับนี้จึงได้บัญญัติขึ้นมาเพื่อให้บุคคลผู้กระทำความผิดขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการ โดยศาลจะสั่งให้บุคคลผู้กระทำความผิดดังกล่าวห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการโดยมีกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายบัญญัติ คำสั่งศาลที่ห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการนั้นไม่จำต้องพิสูจน์ดังเช่นคดีอาญา กล่าวคือ ไม่จำต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยและไม่คำนึงว่าบุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบในทางอาญามาแล้วหรือไม่ กฎหมายอังกฤษนี้เพียงแต่กรรมการประพฤติผิดหน้าที่หรือดำเนินการไม่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่แม้ไม่ถึงกับเป็นความผิดทางอาญา กรรมการนั้นก็อาจถูกศาลสั่งห้ามเป็นกรรมการได้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายอังกฤษฉบับนี้ได้บัญญัติขึ้นเพื่อไม่ให้บุคคลที่อาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพเป็นกรรมการ มากระทำความผิดซ้ำในฐานะกรรมการบริษัทอีกต่อไป

3. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการและกรรมการเงาที่บริหารบริษัท

บริษัทจำกัดเมื่อจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายแล้วก็จะมีสภาพเป็นนิติบุคคล กล่าวคือเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นมาเท่านั้น ดังนั้น การดำเนินการต่าง ๆ ในบริษัทจึงต้องมีบุคคลธรรมดา หรือที่เรียกว่า “กรรมการบริษัท” เข้ามาบริหารจัดการงานของบริษัท กรรมการบริษัทจึงเป็นบุคคลที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในบริษัท เพราะเป็นผู้ดำเนินกิจการงานทั้งปวงแทนบริษัท หากกรรมการบริษัทปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตแสวงหาประโยชน์ส่วนตนโดยมิชอบแล้วก็จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้น ตลอดจนบุคคลภายนอกที่เข้ามาทำธุรกรรมกับบริษัท นอกจากนี้กรรมการบริษัทอาจอาศัยโอกาสในการประกอบอาชีพเป็นกรรมการไปกระทำการต่าง ๆ แล้วก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นอีกก็เป็นได้ แม้ว่าในกรณีดังกล่าวนั้นหากศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใดโดยเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพและเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพนั้นต่อไปอาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพเช่นนั้นได้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติศาลไม่เคยนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ในการห้ามประกอบเป็นกรรมการนั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพและเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพนั้นต่อไปอาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ศาลซึ่งเมื่อทำการพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าวแล้วทำให้เห็นได้ว่าในบางกรณีกฎหมายไทยก็ยังไม่มีการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับกรรมการบริษัทได้อย่างชัดเจนเพียงพอ สำหรับบางกรณีที่พอมีมาตรการทางกฎหมายอยู่บ้าง แต่มาตรการดังกล่าวก็ไม่สามารถนำมาบังคับใช้ให้เกิดประสิทธิภาพได้อย่างเพียงพอ เมื่อพิจารณาถึงปัญหาและข้อจำกัดต่างๆของกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน พบว่ามีปัญหาสำคัญ 4 ประการ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

3.1 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของกรรมการที่บริหารบริษัทกรณีการห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ

ประเทศไทยนั้น แม้ว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท มาตรา 1154 จะบัญญัติให้กรรมการบริษัทเป็นอันขาดจากตำแหน่งกรรมการถ้ากรรมการผู้นั้นล้มละลาย แต่กรณีดังกล่าวเกิดขึ้นได้ยาก เนื่องจากความรับผิดชอบของบริษัทแตกต่างหากจากความรับผิดชอบของกรรมการ ซึ่งนอกจากกรณีดังกล่าวแล้ว ก็ไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดห้ามกรรมการประกอบอาชีพเป็นกรรมการ จะมีก็แต่เพียงบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดชอบของกรรมการซึ่งเป็นเพียงการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น เช่น มาตรา 1167 ประกอบมาตรา 823 กรรมการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจ มาตรา 1168 กรณีกรรมการกระทำผิดหน้าที่ มาตรา 1169 กรณีกรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท หรือมาตรา 420 กรรมการกระทำละเมิด เป็นต้น นอกจากนี้ แม้ในกฎหมายอาญา มาตรา 50 จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพก็ตาม แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นเพียงวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่นำมาใช้เฉพาะในคดีอาญาเท่านั้น ซึ่งมีข้อจำกัดในทางกฎหมาย กล่าวคือ หากจะนำบทบัญญัติเรื่องการห้ามประกอบอาชีพมาใช้บังคับจะต้องเป็นกรณีที่ศาลได้มีคำพิพากษาว่ากรรมการกระทำผิดทางอาญาเสียก่อน ซึ่งการพิสูจน์ความผิดทางอาญานั้น ก็จะต้องนำหลักการพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยมาใช้เพื่อพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดจริงและกรรมการเป็นผู้กระทำความผิดอาญานั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้วจึงเป็นการยากที่ผู้เสียหายจะนำพยานหลักฐานต่างๆ มาพิสูจน์การกระทำความผิดในทางอาญาของกรรมการได้ นอกจากนี้ขอบเขตของการกระทำความผิดของกรรมการในการที่จะนำบทบัญญัติเรื่องการห้ามประกอบอาชีพมาใช้บังคับได้นั้น ยังจำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นเรื่องที่กรรมการกระทำความผิดทางอาญาเท่านั้น หากกรรมการเพียงแต่กระทำความผิดหน้าที่กรรมการ หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทแต่ไม่ถึงขั้นเป็นความผิดทางอาญา ศาลก็ไม่สามารถมีคำสั่งห้ามกรรมการผู้นั้นประกอบอาชีพเป็นกรรมการอีก จึงมีผลกระทบทำให้กรรมการที่บริหารบริษัทโดยมีเจตนาไม่สุจริตยังคงสามารถประกอบอาชีพเป็นกรรมการในบริษัทอื่นได้อีก และอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพดังกล่าวกระทำการโดยไม่สุจริตแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบ ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

กรณีดังกล่าวเมื่อทำการพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ Company Directors Disqualification Act 1986 แล้วจะเห็นได้ว่า หากกรรมการบริษัทกระทำการทุจริตหรือกระทำการใด ๆ ทำให้บริษัทหรือผู้ถือหุ้นได้รับความเสียหาย กรรมการก็จะถูกศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการเพื่อไม่ให้มากระทำความผิดซ้ำในฐานะกรรมการบริษัทอีกต่อไป โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่ากรรมการผู้นั้นจะได้กระทำความผิดทางอาญาหรือไม่ อีกทั้งการพิสูจน์พยานหลักฐานก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยเหมือนดังเช่นกรณีการห้ามประกอบอาชีพซึ่ง

บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย จึงทำให้สามารถนำกฎหมายที่มีอยู่มาใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นการตัดผู้ที่ประกอบอาชีพโดยไม่สุจริตออกไปจากผู้ที่ประกอบอาชีพโดยสุจริตอีกด้วย

3.2 ปัญหาการไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการเงา

ในปัจจุบันมีบุคคลกลุ่มหนึ่งต้องการเข้ามาบริหารจัดการบริษัท แต่เกรงกลัวการถูกฟ้องร้อง การถูกยึดหรืออายัดทรัพย์สินของตนเอง จึงได้ทำการตั้งบุคคลอีกกลุ่มหนึ่งขึ้นมาเพื่อเป็นกรรมการบริษัทแทนตน โดยบุคคลที่ยินยอมให้ใช้ชื่อดังกล่าวนั้นมิได้อำนาจในการบริหารจัดการบริษัทแต่อย่างใด แต่ผู้มีอิทธิพลอย่างแท้จริงเหนือกิจการและการบริหารงานของบริษัทนั้นเป็นของบุคคลดังกล่าว เรียกบุคคลนี้ว่า “กรรมการเงา” ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนบริษัทและกฎหมายอื่นๆ ของประเทศไทยนั้น มิได้มีการบัญญัติเรื่องกรรมการเงาไว้ อีกทั้งการที่จะพิสูจน์ให้กรรมการเงารับผิดในทางแพ่ง เช่น รับผิดกรณีกรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทตามมาตรา 1169 หรือกรณีกรรมการกระทำการโดยได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นตามมาตรา 1170 หรือกรณีการไม่เปิดเผยชื่อตามมาตรา 806 หรือกรณีตัวแทนเขตตามมาตรา 821 หรือรับผิดฐานเป็นตัวการร่วมกันทำละเมิดตามมาตรา 420 ประกอบมาตรา 423 รวมถึงการพิสูจน์ให้กรรมการเงารับผิดในทางอาญา เช่น รับผิดฐานตัวการร่วมตามมาตรา 83 เป็นต้น ก็ทำได้ยาก เนื่องจากกรรมการเงาเป็นบุคคลที่อยู่เบื้องหลังมีอำนาจบริหารจัดการบริษัทอย่างแท้จริงนอกจากนี้ เมื่อไม่สามารถพิสูจน์ความรับผิดของกรรมการเงาได้แล้ว จึงไม่สามารถลงโทษกรรมการเงาในการห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการเงาได้ ทั้ง ๆ ที่การดำเนินธุรกิจในปัจจุบันมีบุคคลที่เรียกว่า “กรรมการเงา” เป็นจำนวนมากและมีแนวโน้มว่าจะเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ จึงมีผลกระทบทำให้เกิดเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ไม่สามารถลงโทษกรรมการเงาซึ่งเป็นผู้ที่มีอิทธิพลอย่างแท้จริงเหนือกิจการและการบริหารงานของบริษัทได้ คงลงโทษได้แต่เพียงผู้ที่เป็นกรรมการบริษัทแทนกรรมการเงาเท่านั้น ซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎหมายนั้นไม่เกิดประโยชน์อย่างแท้จริง เพราะบุคคลที่กระทำผิดโดยแท้จริงไม่ได้ถูกลงโทษ นอกจากนี้ยังไม่สามารถห้ามบุคคลเหล่านี้มิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการอีกได้ ซึ่งถ้าพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษจะเห็นว่า กฎหมายของประเทศอังกฤษได้บัญญัตินิยามคำว่า “กรรมการเงา” ไว้ในกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทของประเทศอังกฤษ The Companies Act 2006⁸ ซึ่งกรรมการเงาจะมีหน้าที่และความรับผิดเช่นเดียวกันกับกรรมการบริษัททุกประการ นอกจากนี้ หากกรรมการเงาได้กระทำความผิดตามที่พระราชบัญญัติการขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการได้กำหนดไว้ศาลก็สามารถสั่งให้กรรมการเงาขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการได้เช่นเดียวกับกรรมการบริษัท

3.3 ปัญหาการไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่จะลงโทษกรรมการที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลที่ห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ

⁸The Companies Act 2006, article 251.

ในประเทศไทยนั้นได้มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 ที่บัญญัติเรื่องการห้ามประกอบอาชีพกรรมการ โดยเมื่อศาลได้นำมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการมาใช้แก่บุคคลใดแล้ว หากบุคคลนั้นได้ทำการฝ่าฝืนคำสั่งศาลด้วยการไปประกอบอาชีพดังกล่าว บุคคลผู้ฝ่าฝืนจะมีเพียงความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 196 ซึ่งความรับผิดดังกล่าวมีโทษเพียงเล็กน้อยเท่านั้น สำหรับในทางแพ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลเกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวให้มีความรับผิดทางแพ่ง กล่าวคือ ให้รับผิดในหนี้สินของบริษัทเป็นการส่วนตัวโดยสิ้นเชิง และให้ขาดจากตำแหน่งการเป็นกรรมการ

นอกจากนี้ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการของไทยตามประมวลกฎหมายอาญา ศาลสามารถมีคำสั่งได้เพียงห้ามประกอบอาชีพในฐานะกรรมการเท่านั้น โดยมีได้ขยายขอบเขตไปถึงกรณีห้ามมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นนอมินี (Nominees) ประกอบอาชีพกรรมการดังกล่าวแทนตน หรือกรณีห้ามไม่ให้ผู้ที่ศาลมีคำสั่งห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการเข้าไปบริหารจัดการบริษัทในฐานะกรรมการเงา จึงมีผลกระทบทำให้เกิดเป็นช่องว่างที่ทำให้บุคคลที่ศาลสั่งห้ามเป็นกรรมการ ยังสามารถตั้งบุคคลอื่นเป็น นอมินีกระทำการดังกล่าวแทนตน หรือตนเองเข้าไปเป็นกรรมการเงาบริหารจัดการบริษัททางอ้อมได้นั่นเอง ซึ่งทำให้ไม่สามารถนำมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่มาใช้บังคับเพื่อลงโทษบุคคลผู้ฝ่าฝืนคำสั่งศาลในการห้ามประกอบอาชีพดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย กรณีดังกล่าว เมื่อทำการพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ Company Directors Disqualification Act 1986 จะเห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวได้กำหนดความรับผิดของผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลที่ห้ามมิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการไว้โดยชัดแจ้ง โดยกำหนดให้บุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลที่ห้ามมิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการจะต้องรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทเป็นการส่วนตัวโดยสิ้นเชิง และจะต้องรับโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญา นับแต่เวลาที่บุคคลผู้ฝ่าฝืนคำสั่งศาลดังกล่าวได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับการบริหารบริษัท ซึ่งการเข้าไปบริหารบริษัทนั้น ได้แก่ การเข้าไปเป็นกรรมการบริษัทหรือเข้าไปเกี่ยวข้องไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมหรือเพียงบางส่วนในการบริหารจัดการบริษัทก็ตาม จึงถือได้ว่ากฎหมายอังกฤษดังกล่าวเป็นบทลงโทษในเชิงป้องปรามมิให้กรรมการอาศัยช่องว่างของกฎหมายหรืออาศัยช่องว่างในการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่เพื่อหาผลประโยชน์จากการประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้อีก

3.4 ปัญหาเกี่ยวกับการจัดเก็บข้อมูลเพื่อตรวจสอบคำสั่งศาลที่ห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ

เมื่อศาลมีคำสั่งห้ามบุคคลใดประกอบอาชีพหรือวิชาชีพแล้ว บุคคลที่รับทราบคำสั่งห้ามประกอบอาชีพนี้ก็จะมีความรู้เพียงศาล และคู่ความเท่านั้น โดยคำสั่งดังกล่าวจะถูกรวบรวมจัดเก็บไว้ที่ศาล ไม่มีการเผยแพร่หรือส่งข้อมูลดังกล่าวไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการรับจดทะเบียนแต่งตั้งกรรมการบริษัท คือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์แต่อย่างใด ส่งผลให้กรมพัฒนา

ธุรกิจการค้าซึ่งมีหน้าที่โดยตรงในการรับจดทะเบียนแต่งตั้งกรรมการ ตลอดจนประชาชนที่ต้องการทำธุรกรรมกับกรรมการไม่สามารถทราบถึงคำสั่งห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ จึงไม่สามารถทำการตรวจสอบคุณสมบัติของกรรมการดังกล่าวได้ นอกจากนี้การติดตามพฤติการณ์ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำสั่งห้ามประกอบอาชีพกรรมการถือว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากอาจทำให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนหรือการใช้บังคับวิธีการเพื่อความปลอดภัยเกี่ยวกับการห้ามประกอบอาชีพ หรืออาจทำให้ศาลลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 196 ต่อไป เมื่อไม่มีมาตรการติดตามพฤติการณ์ดังกล่าวจึงมีผลกระทบทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าบุคคลที่ศาลสั่งห้ามนี้ได้กระทำการฝ่าฝืนคำสั่งศาล หรือมีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ ดังนั้น หากมีการส่งข้อมูลคำสั่งศาลที่ห้ามมิให้ประกอบอาชีพดังกล่าวไปยังหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการรับจดทะเบียนเกี่ยวกับกรรมการบริษัท เพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้นทำการจัดเก็บและเผยแพร่ข้อมูลคำสั่งศาลดังกล่าวเก็บเป็นข้อมูลภายในหน่วยงานหรือนำข้อมูลคำสั่งศาลดังกล่าวเผยแพร่ในเว็บไซต์ของหน่วยงาน เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการติดตามพฤติการณ์ของบุคคลที่ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการ อีกทั้งบุคคลทั่วไปก็สามารถเข้าไปตรวจสอบถึงคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้ามาเป็นกรรมการว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลที่ศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งห้ามมิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการหรือไม่ สำหรับหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการรับจดทะเบียนเกี่ยวกับกรรมการบริษัทก็คือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ เป็นต้น กรณีดังกล่าวหากเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ Company Directors Disqualification Act 1986 จะเห็นได้ว่า กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการบันทึกคำสั่งศาลที่สั่งให้บุคคลต่าง ๆ ขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการไว้ โดยการกำหนดให้มีการส่งรายละเอียดคำสั่งศาลที่ให้บุคคลใดขาดคุณสมบัติการเป็นกรรมการไปยัง Companies House ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ดูแลเกี่ยวกับการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท โดย Companies House จะทำการจัดเก็บข้อมูลดังกล่าวลงในเว็บไซต์ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าไปตรวจสอบรายชื่อบุคคลที่ศาลมีคำสั่งห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการได้

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บริษัทจำกัดเมื่อจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายแล้วจะมีสภาพเป็นนิติบุคคล โดยถือว่ามีความเป็นบุคคลตามกฎหมายแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นและกรรมการ ดังนั้น บริษัทจึงสามารถเข้าทำนิติกรรมสัญญา มีสิทธิ หน้าที่ ความรับผิด ตลอดจนหนี้สินต่าง ๆ ในนามของตนเองโดยไม่เกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทแต่อย่างใด จะเห็นได้ว่า กรรมการบริษัทเป็นบุคคลผู้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในบริษัท ถ้ากรรมการบริษัทเป็นผู้มีความรู้ความสามารถและปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต บริษัทนั้นๆ ก็จะมีผลประโยชน์ที่ดี ในทำนองกลับกันถ้ากรรมการบริษัทปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตหวังแต่ประโยชน์ส่วนตนโดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทแล้วหรือมีเจตนาจะ

จัดตั้งบริษัทมาเพื่อดำเนินการทุจริตโดยเฉพาะโดยอาศัยหลักความเป็นนิติบุคคลหรือหลักตัวตนของบริษัทเพื่อให้ตนเองไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ซึ่งก็จะทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้น เจ้าหนี้ หรือบุคคลภายนอกที่เข้ามาทำธุรกรรมกับบริษัท ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนบริษัท มิได้มีบทบัญญัติที่ห้ามมิให้กรรมการที่กระทำความเสียหายดังกล่าวให้ต้องห้ามมิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการอีก อีกทั้ง ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของกรรมการเงา จึงทำให้ไม่สามารถลงโทษทั้งกรรมการและกรรมการเงาให้ต้องห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของกรรมการและกรรมการเงาที่บริหารจัดการบริษัทนั้น มีข้อเสนอแนะดังจะได้นำกล่าวต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของกรรมการที่บริหารบริษัทกรณีการห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ

ขอเสนอแนะเป็น 2 ประเด็น ดังนี้

4.1.1 ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท ส่วนที่ 3 หัวข้อ 2 ให้เพิ่มเติมมาตราในเรื่องกรรมการ ว่า “ในกรณีที่กรรมการกระทำความผิดหน้าที่ กระทำการทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำการใด ๆ ที่กฎหมายนี้บัญญัติว่าเป็นความผิด ให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้กรรมการผู้นั้นประกอบอาชีพเป็นกรรมการ โดยมีกำหนดเวลาตามความร้ายแรงแห่งกรณี”

เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้มีบทบัญญัติเรื่องการห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ จึงทำให้กรรมการอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพเป็นกรรมการกระทำการทุจริตแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้ทำให้บริษัทตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องได้รับความเสียหาย ดังนั้น การที่ได้เสนอแนะให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องการห้ามประกอบอาชีพกรรมการไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการเฉพาะ จะทำให้ศาลสามารถลงโทษกรรมการบริษัทที่กระทำความผิดหน้าที่ กระทำการทุจริตต่อหน้าที่โดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพได้ จึงเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายและเป็นการตัดโอกาสมิให้กรรมการอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพไปกระทำการที่มิชอบเช่นนั้นได้อีก

4.1.2 ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท มาตรา 1154 จากเดิมบัญญัติว่า “ถ้ากรรมการคนใดล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ ไร้ใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกระทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้น หรือฉ้อฉลเงินหรือทรัพย์สินของบริษัท หรือกระทำการใด ๆ นามบริษัทโดยได้รับประโยชน์เป็นการส่วนตัว ท่านว่ากรรมการคนนั้นเป็นอันขาดจากตำแหน่ง”

แก้ไขเป็น มาตรา 1154 บัญญัติว่า “ถ้ากรรมการคนใดล้มละลาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงกระทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้น หรือฉ้อฉลเงินหรือทรัพย์สินของบริษัท หรือกระทำการใด ๆ นามบริษัทโดยได้รับประโยชน์เป็นการส่วนตัว ท่านว่ากรรมการคนนั้นเป็นอันขาดจากตำแหน่ง”

ในกรณีที่มีการเสนอแนะให้เพิ่มเติมพฤติการณ์การกระทำความผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของกรรมการ ตลอดจนการประกอบอาชีพโดยทุจริตของกรรมการ ในบทบัญญัติดังกล่าว เพื่อขยายขอบเขตความรับผิดของกรรมการ และสามารถลงโทษกรรมการให้พ้นจากตำแหน่งการเป็นกรรมการได้

4.2 ปัญหาการไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของกรรมการเงา ขอเสนอแนะเป็น 2 ประเด็น ดังนี้

4.2.1 ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท มาตรา 1169 วรรคแรก จากเดิมบัญญัติว่า “ถ้ากรรมการทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัท บริษัทจะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นมาก็ได้”

แก้ไขเป็น มาตรา 1169 วรรคแรก บัญญัติว่า “ถ้ากรรมการและกรรมการเงาทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัท บริษัทจะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการและกรรมการเงาก็ได้ หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นมาก็ได้”

ในกรณีที่เสนอแนะให้มีการเพิ่มเติมคำว่ากรรมการเงาในมาตรา 1169 วรรคแรกนั้น จะทำให้กรรมการเงามีความรับผิดเช่นเดียวกันกับกรรมการบริษัท เพื่อให้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้สำหรับลงโทษกรรมการเงา

4.2.2 ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท ส่วนที่ 3 หัวข้อ 2 ให้เพิ่มเติมมาตราในเรื่องกรรมการ ว่า “ให้นำบทบัญญัติเรื่องการห้ามประกอบอาชีพกรรมการมาใช้บังคับกับกรรมการเงาด้วยโดยอนุโลม”

กรรมการของกรรมการเงา การที่เสนอแนะให้มีการเพิ่มเติมเรื่องดังกล่าว ก็เพื่อตัดสิทธิกรรมการเงาไม่ให้ไปประกอบอาชีพเป็นกรรมการในบริษัทอื่นได้

4.3 ปัญหาการไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่จะลงโทษกรรมการที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลที่ห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ

ขอเสนอแนะเป็น 3 ประเด็น ดังนี้

4.3.1 ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 196 จากเดิม บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลซึ่งได้สั่งไว้ในคำพิพากษาตามมาตรา 50 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

แก้ไขเป็น มาตรา 196 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลซึ่งได้สั่งไว้ในคำพิพากษาตามมาตรา 50 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หรือตามความร้ายแรงแห่งกรณี”

ในกรณีที่มีการเสนอแนะให้เพิ่มเติมข้อความดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษได้ตามความร้ายแรงแห่งกรณี

4.3.2 ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ให้เพิ่มเติม มาตรา 196/1 ว่า “ผู้ใดหรือนิติบุคคลใด ที่มีส่วนร่วม หรือรู้เห็น หรือยินยอมให้ผู้ฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลซึ่งได้สั่งไว้ในคำพิพากษามาตรา 50 ในการห้ามประกอบอาชีพเข้ามาประกอบอาชีพดังกล่าว ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้ที่ฝ่าฝืนคำสั่งห้ามของศาลตามมาตรา 196”

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามีได้มีบทบัญญัติที่บัญญัติให้บุคคลหรือนิติบุคคลที่รู้เห็นเป็นใจให้ผู้ฝ่าฝืนคำสั่งห้ามประกอบอาชีพของศาลตามมาตรา 50 ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ฝ่าฝืน ดังนั้น เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย จึงขอเสนอแนะให้ทำการเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 196/1 โดยการกำหนดให้บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีส่วนร่วม รู้เห็น หรือยินยอมดังกล่าว ให้มีความรับผิดชอบในทางอาญาร่วมกับบุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งห้ามประกอบอาชีพด้วย

4.3.3 ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท ส่วนที่ 3 หัวข้อ 2 ให้เพิ่มเติมมาตราในเรื่องกรรมการ ว่า “ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งห้ามมิให้กรรมการหรือกรรมการเงาประกอบอาชีพเป็นกรรมการบริษัทซึ่งได้สั่งไว้ในคำพิพากษา ถ้ากรรมการหรือกรรมการเงาฝ่าฝืนคำสั่งห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการดังกล่าว กรรมการหรือกรรมการเงาแล้วแต่กรณีต้องรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทเป็นการส่วนตัวโดยสิ้นเชิงและจะต้องร่วมรับผิดชอบกับบริษัทโดยไม่จำกัดจำนวน นับแต่เวลาที่ได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับการบริหารกิจการของบริษัทไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และให้พ้นจากตำแหน่งการเป็นกรรมการ

บทบัญญัติที่กล่าวมาข้างบนนี้ให้ใช้บังคับตลอดถึงกรณีบริษัทยินยอมให้ผู้ฝ่าฝืนคำสั่งห้ามประกอบอาชีพของศาลเข้ามาเป็นกรรมการ ให้ต้องรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัทเป็นการส่วนตัวโดยสิ้นเชิง และจะต้องร่วมรับผิดชอบกับบุคคลอื่น ๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง นับแต่เวลาที่ได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับการบริหารกิจการของบริษัทไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมด้วย”

การเสนอแนะให้เพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกำหนดโทษในทางแพ่งดังกล่าว เพื่อให้บุคคลที่ฝ่าฝืนคำสั่งศาลที่ห้ามมิให้ประกอบอาชีพ ตลอดจนนิติบุคคลที่รู้เห็นยินยอมกับผู้ฝ่าฝืนคำสั่งห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการให้ต้องมีความรับผิดชอบในทางแพ่ง โดยต้องรับผิดชอบในหนี้สินเป็นการส่วนตัวโดยสิ้นเชิง นับแต่เวลาที่ตนได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับการบริหารกิจการของบริษัทไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม เพื่อให้บุคคลที่กระทำความผิดเกิดความเข็ดหลาบ เนื่องจากหากมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน ศาลก็สามารถนำบทกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดได้

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีการจัดเก็บข้อมูลเพื่อตรวจสอบคำสั่งศาลที่ห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการ

ควรกำหนดให้ศาลยุติธรรมหรือสำนักงานศาลยุติธรรมออกระเบียบว่า “ให้ศาลมีการจัดเก็บข้อมูลและเผยแพร่คำสั่งศาลที่ห้ามประกอบอาชีพเป็นกรรมการส่งไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบต่อไป”

การออกระเบียบให้มีการส่งคำสั่งศาลที่ห้ามมิให้ประกอบอาชีพเป็นกรรมการไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด ทำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีข้อมูลคำสั่งศาลดังกล่าวเก็บไว้เป็นข้อมูลภายในหน่วยงานของตน อีกทั้ง สามารถนำข้อมูลคำสั่งศาลดังกล่าวเผยแพร่ลงในเว็บไซต์ของหน่วยงาน เพื่อให้นายทะเบียนหรือประชาชนทั่วไปสามารถทราบถึงคำสั่งดังกล่าว และสามารถตรวจสอบคำสั่งศาลได้ กล่าวคือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ถือเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ตามกฎหมายโดยตรงในการรับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในประเทศไทย และจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงแก้ไขกรรมการเข้าออก หากสำนักงานศาลยุติธรรมออกระเบียบและส่งข้อมูลดังกล่าวไปยังกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์แล้ว ก็จะทำให้ข้อมูลการขาดคุณสมบัติของกรรมการบริษัทมีการจัดเก็บรวบรวมหรือเผยแพร่ใน เว็บไซต์ของหน่วยงาน ทำให้นายทะเบียนหรือประชาชนทั่วไปสามารถทราบถึงคำสั่งดังกล่าวและสามารถตรวจสอบคำสั่งศาลที่ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบอาชีพเป็นกรรมการบริษัทได้

บรรณานุกรม

- โกเมน ภัทรภิรมย์. “การใช้กฎหมายอาญาส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย.” ใน **การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย. กองคดีวิธีการเพื่อความปลอดภัยสำนักงานอัยการสูงสุด**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศรีสมบัติการพิมพ์, 2533.
- สุนัย จันทรตรี. “การห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่าง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 2535.
- ภาดร สุชีวะ. “การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในตำแหน่งผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 2545.

ความรับผิดชอบทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐ ในการจำกัดสิทธิในการแสดงความเห็น ของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต

Legal Responsibility of Government Officials on the Limitation of Expression of People Rights on Internet

ปองพล แก้วลี*
Pongpol Kaewlee

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นบทวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในความรับผิดชอบทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิในการแสดงความเห็นของประชาชนบนอินเทอร์เน็ตเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับปัญหาหรือช่องว่างของกฎหมายให้นำไปสู่แนวทางการปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสมกับความรับผิดชอบทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิในการแสดงความเห็นของประชาชนบนอินเทอร์เน็ตในปัจจุบัน ตามสภาพของประเทศไทยและหามาตรฐานเสรีภาพในการแสดงออกเพื่อให้มีความเข้าใจในเรื่องเสรีภาพในการแสดงออกที่ตรงกับมาตรฐานสากลมากขึ้นต่อไป โดยศึกษาจากเหตุการณ์การจำกัดสิทธิในการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ตและเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งหลักเกณฑ์ในการแสดงความเห็นและการแสดงออกได้ถูกบัญญัติไว้ ตามที่รับรองในข้อ 19 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ทั้งนี้จากการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในความรับผิดชอบทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิในการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต จะเห็นได้ว่า การที่ผู้ใช้อำนาจในการกำหนดขอบเขตโดยอาศัยการออกกฎหมายและดำเนินการหรือบังคับการต่าง ๆ ไปตามอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ออกมา แต่ก็หาได้หมายความว่ารัฐจะสามารถออกกฎหมายที่ไม่ยุติธรรมหรือใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นอย่างไม่เป็นธรรมตามอำเภอใจหรือขัดต่อสิทธิเสรีภาพ

*นักศึกษาลัทธิสุตตรนิตศาสตร์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง.

ของประชาชนอย่างเกินกว่าเหตุได้ ดังนั้นประชาชนควรตื่นตัวและคอยตรวจสอบเมื่อมีการปิดกั้นการเข้าถึงสื่อใด ๆ เกิดขึ้นว่าการกระทำเหล่านั้นรัฐได้อาศัยอำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้หรือไม่

Abstract

This essay is the analysis of legal measure in civil liability on internet censorship. The purpose of this essay is to understand the legal issues in order to find the proper solution to amend the law to efficiently stipulate the civil liability of government officers in Thailand, also, to find the applicable standard in internet free speech boundary that harmonizes with global criterion, by studying the related case occurred concerning censorship and global norms which is specified within the article 19 of ICCPR. As shown by the study on civil liability concerning internet censorship, even if the authorities are capable of enforcing legal measure on people, they certainly are not justifiably allowed to issue unfair order or immoderately violating people rights. So, people have to be on alert and conjointly inspect whenever the internet content is censored by the government.

คำสำคัญ ความรับผิดชอบทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐ, การจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็น, เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นบนอินเทอร์เน็ต

Keywords Legal Responsibility, Censorship, Internet free speech

บทนำ

สภาพสังคมในปัจจุบันนี้ถือได้ว่าเป็นสังคมไอที¹ เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารได้รับการพัฒนาอย่างมาก ทั้งเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตและเครื่องมือสื่อสารแบบพกพาเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในศตวรรษที่ 21 ด้วยเหตุนี้อินเทอร์เน็ตจึงมีความแตกต่างไปจากสื่อกลางอื่น ๆ อย่างเช่น วิทยุ โทรทัศน์ และสิ่งพิมพ์ที่เป็นสื่อข้อมูลทางเดียว ดังนั้น บุคคลจึงสามารถเผยแพร่ข้อมูลและความคิดเห็นเชิงวิพากษ์และในขณะเดียวกันก็แสวงหาข้อมูลที่เป็นกลางได้รูปแบบเช่นนี้ส่งผลให้ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตเข้าถึงความเป็นจริงและได้รับทราบถึงความก้าวหน้าของสังคมโดยรวมได้ โดยบทความนี้เป็นบทความวิเคราะห์เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในความรับผิดชอบทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งได้ศึกษาจากเหตุการณ์การจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

¹IT (Information Technology) คือ เทคโนโลยีสารสนเทศ, เทคโนโลยีข้อมูล.

ผ่านบนอินเทอร์เน็ตและเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต โดยทำการเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา สหพันธรัฐเยอรมนี ประเทศมาเลเซีย ประเทศสิงคโปร์ ซึ่งได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 3 กรณี คือ (1) กฎหมายและมาตรการของรัฐที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต (2) สภาพปัญหาในปัจจุบันเกี่ยวกับการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต (3) เกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ตที่เหมาะสมกับประเทศไทย โดยจากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในความรับผิดชอบทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิในการแสดงความเห็นของประชาชนบนอินเทอร์เน็ต ทำให้ทราบว่า การปิดกั้นเว็บไซต์เป็นเรื่องที่ถูกต่อต้านจากประชาชนอย่างต่อเนื่องเพราะประชาชนเห็นว่าการปิดกั้นเว็บไซต์เป็นการแทรกแซงสื่อและปิดกั้นการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร อีกทั้งไม่สอดคล้องกับอุดมการณ์และหลักการปกครองแบบ “นิติรัฐ-ประชาธิปไตย” ดังนั้น ประชาชนและองค์กรต่าง ๆ ด้านการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความเห็นของประชาชนควรตื่นตัวและคอยติดตามตรวจสอบการออกกฎหมาย กฎระเบียบต่าง ๆ รวมทั้งนโยบายของรัฐที่อาจส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และการแสดงความเห็นของประชาชนอย่างสม่ำเสมอเพื่อป้องกันไม่ให้รัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต และหากปรากฏว่ารัฐหรือหน่วยงานของรัฐใด ๆ ใช้อำนาจในลักษณะที่ไม่ชอบธรรม ประชาชนและองค์กรต่าง ๆ ด้านการคุ้มครองสิทธิของประชาชนต้องร่วมมือหรือรวมตัวกันเพื่อร้องเรียนไปยังองค์กรหรือหน่วยงานผู้รับผิดชอบให้ตรวจสอบ หรือระงับยับยั้งการออกกฎหมายหรือกระบวนการดำเนินนโยบายนั้น ๆ รวมไปถึงการใช้กระบวนการทางศาลเพื่อขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือบทบัญญัติเหล่านั้นด้วย

1. กฎหมายและมาตรการของรัฐที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพการแสดง ความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต

ความเป็นที่นิยมและการเติบโตของการผลิตและการเข้าถึงเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตในด้านต่าง ๆ อย่างหลากหลาย ทำให้เริ่มปรากฏเนื้อหาบางประเภทที่ไม่เหมาะสมสำหรับผู้ใช้อินเทอร์เน็ตบางกลุ่มซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วปัญหาลำคัญ คือ เยาวชน เนื้อหาเหล่านี้โดยรวมแล้วมักจะไม่มีความซับซ้อนทางด้านการเมืองหรือทางด้านวิชาการมากนัก เช่น เว็บไซต์ลามกอนาจาร สอนยทางเพศอย่างโจ่งแจ้ง การขายสิ่งผิดกฎหมาย เป็นต้น ไปจนถึงเรื่องที่มีความอ่อนไหวทางการเมืองและทางวิชาการอย่างสูง เช่น เว็บไซต์ที่หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ หรือเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติ ดังนั้นจึงเริ่มมีความคิดถึงการเข้ามาเพื่อกำกับดูแลควบคุมไปจนถึงขั้นเซ็นเซอร์ปิดกั้นเนื้อหาของอินเทอร์เน็ตเหล่านี้ อีกทั้งยังสอดส่องดูแลและจำแนกนักกิจกรรมและผู้วิพากษ์วิจารณ์ให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นเป็นผลให้องค์กรภาครัฐเริ่มเข้ามาสืบทอดบทบาทในการจัดระเบียบเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตดังกล่าว

ดังนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่รัฐที่ใช้มาตรการตามกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นบนอินเทอร์เน็ตจึงต้องมีความอิสระทางการเมือง พาณิชย์ หรืออิทธิพลภายนอกอื่นใด อีกทั้งยังต้องกระทำโดยไม่พลการหรือไม่เลือกปฏิบัติและมีมาตรการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบอย่างเพียงพอ รวมทั้งการเปิดโอกาสให้มีการยื่นคำร้องเพื่อทบทวนและขอรับการเยียวยากรณีที่มีการนำมาตรการดังกล่าวไปใช้ในทางมิชอบด้วย² อย่างไรก็ตามในปัจจุบันพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐมักจะจำกัดแทรกแซงเนื้อหาที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ตโดยการใช้กฎหมายที่คลุมเครือและมีการตีความตวัดกฎหมายอย่างกว้างขวางโดยไม่มีการใช้เหตุผลสนับสนุนการกระทำเหล่านั้นอย่างเหมาะสม จึงส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นผ่านทางอินเทอร์เน็ตเป็นเหตุให้ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่กล้าเสี่ยงที่จะแสดงความคิดเห็นและเผยแพร่ข้อมูล การกระทำของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐดังกล่าวจึงเป็นรูปแบบการควบคุมสิทธิที่นำไปสู่การละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ

1.1 อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ปัจจุบันมีหน่วยงานภาครัฐที่รับผิดชอบงานที่เกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์เป็นหลักนั้นประกอบด้วยสามหน่วยงาน คือ กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (ไอซีที) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และกรมสอบสวนคดีพิเศษ (ดีเอสไอ)

1) กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร

เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจโดยตรงในการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยภายในกระทรวงมีส่วนราชการชื่อว่า “สำนักกำกับดูแลการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร” ทำหน้าที่เป็นหน่วยสนับสนุน และทำงานร่วมกับเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวน เช่น การปิดเว็บไซต์ การขอข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ กระทรวงไอซีทีจะเป็นผู้รับเรื่องร้องเรียนจากประชาชน นอกจากนี้ ก็ให้การสนับสนุนหน่วยงานต่าง ๆ ด้านความรู้ในการดำเนินคดีเกี่ยวกับเทคโนโลยีและอินเทอร์เน็ต รวมถึงช่วยสืบหาตัวผู้กระทำความผิดก่อนมีการดำเนินคดี จากนั้นจึงส่งเรื่องไปให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ

2) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ

ในส่วนของสำนักงานตำรวจชาตินั้นจะประกอบด้วยส่วนงานปราบปรามงานสนับสนุน และกองพิสูจน์หลักฐาน ด้วยลักษณะเฉพาะของคดีที่ต้องการความสามารถเฉพาะทาง ทำให้ช่วง 1-2 ปีแรกของการประกาศใช้กฎหมายคดีพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จำนวนหนึ่งจึงอยู่ในความรับผิดชอบของราชการส่วนกลาง คือ กองบังคับการปราบปราม แต่ในช่วงแรกไม่ได้มีแผนกที่ตั้งขึ้นเพื่อดูแลคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์

²Frank la Rue, Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression (Honduras: United Nations Human Rights Council, 2011), p. 8.

โดยเฉพาะ แต่คดีถูกจัดให้อยู่ในความรับผิดชอบของกองบังคับการปราบปรามการกระทำผิดต่อเด็กและสตรี (บก.ปดส.) และกองบังคับการปราบปราม อาชญากรรมทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยี (บก.ปศท.)³ นอกจากนี้ ยังมีการจัดแฟ้มคดีหมิ่นประมาทกษัตริย์ฯ แยกเป็นคดีสำคัญในความดูแลของกองบังคับการปราบปรามด้วย ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นคดีที่ฟ้องด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

3) กรมสอบสวนคดีพิเศษ

สำหรับ “กรมสอบสวนคดีพิเศษ” นั้นมีสำนักคดีเทคโนโลยีและสารสนเทศที่รับผิดชอบคดีที่มีเทคโนโลยีเข้ามาเกี่ยวข้องโดยเฉพาะภายในสำนักคดีเทคโนโลยีและสารสนเทศมีเจ้าหน้าที่สืบสวนสอบสวนรวม 20 คน โดยดีเอสไอจะรับคดีจากสำนักงานข่าวกรองที่ส่งเรื่องเข้ามา รวมทั้งที่มาจากการร้องเรียนของประชาชน และมีทั้งคดีที่ดีเอสไอตรวจพบเองด้วย ทางดีเอสไอจะเป็นผู้วินิจฉัยว่าคดีใดที่จะให้ตำรวจรับผิดชอบ และคดีใดที่เข้าเงื่อนไขให้ดีเอสไอรับผิดชอบ นอกจากนี้ เนื่องจากดีเอสไอมีอำนาจสอบสวนพิเศษตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 จึงทำให้เจ้าหน้าที่ดีเอสไอมีอำนาจมากกว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

1.2 มาตรการของรัฐที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพการแสดงความคิดเห็นของประชาชนผ่านทางอินเทอร์เน็ตในประเทศไทยและต่างประเทศ

การกำกับดูแลเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตเป็นประเด็นสำคัญที่รัฐบาลแทบทุกรัฐบาลทั่วโลกให้ความสนใจและสร้างกรอบนโยบายเพื่อควบคุมเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ต เช่นเดียวกับภาคประชาชนที่เห็นความสำคัญโดยเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการกำกับดูแลเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตมากขึ้นเรื่อยๆ อย่างไรก็ดีตามด้วยเหตุที่อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อที่มีพลวัตสูงและมีคุณลักษณะเฉพาะทางเทคโนโลยีหลายประการอันไม่เอื้ออำนวยต่อการควบคุมจึงส่งผลให้รูปแบบการกำกับดูแลเนื้อหาแบบที่เคยใช้ปฏิบัติกันมากับสื่อประเภทอื่น ๆ เช่น หนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ และวิทยุ ไม่อาจนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควรหรือไม่สามารถนำมาใช้ได้เลยในหลาย ๆ กรณี เพราะการเซ็นเซอร์หรือตรวจสอบและตัดเนื้อหาออกนอกอากาศเป็นสิ่งที่ไม่สามารถปฏิบัติได้เลยสำหรับเนื้อหาทั่วไปบนอินเทอร์เน็ต เนื่องจากผู้ใช้อินเทอร์เน็ตสามารถนำเนื้อหาขึ้นบนเครือข่ายของอินเทอร์เน็ตได้เลยโดยไม่ต้องผ่านตัวกลางอย่างกองบรรณาธิการของสำนักพิมพ์ หรือสถานีโทรทัศน์หรือสถานีวิทยุ ยิ่งลักษณะเฉพาะของอินเทอร์เน็ตเป็นลักษณะข้ามพรมแดน ข้ามชาติ และเนื้อหาที่ไหลเวียนอยู่ในเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไม่มีสัญชาติแน่นอน จึงทำให้ยากแก่การควบคุมยิ่งขึ้น⁴ ในขณะที่ทุกประเทศ

³เดือนกันยายน พ.ศ. 2552 มีการแบ่งส่วนราชการให้กองบังคับการนี้ถูกเปลี่ยนชื่อเป็นกองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

⁴พิรธรอง งามสุต วัฒนันท์ และนิธิตา คณานิธิพันธ์, การกำกับดูแลเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ต: รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2547), หน้า 1.

ทั่วโลกสนับสนุนการใช้อินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลาย แต่ในขณะเดียวกันก็เกิดความวิตกกังวลถึงปัญหาในการกำกับดูแลเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตทำให้ทุกประเทศต่างก็ออกกฎหมายหรือกฎระเบียบขึ้นมาควบคุมเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตในระดับที่แตกต่างกันไปตามนโยบายการให้สิทธิและเสรีภาพในการรับรู้ข่าวสารของรัฐบาลประเทศนั้น ๆ ดังนั้น บทความนี้จึงนำเสนอให้เห็นถึงภาพรวมและรายละเอียดโดยสังเขปของรูปแบบการกำกับดูแลเนื้อหาบนอินเทอร์เน็ตที่ใช้ปฏิบัติในต่างประเทศ รวมไปถึงประเทศไทยด้วย

1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

การแสดงความคิดเห็นอย่างหลากหลายในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความคิดเห็นทางการเมืองนั้น ได้ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีหลักการสำคัญคือ การแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารอย่างเสรี (Free market of ideas / information) ถือเป็นเรื่องสำคัญยิ่งที่จะทำให้ภาคการเมืองซึ่งทำหน้าที่ให้บริการสาธารณะและประโยชน์แก่สังคมโดยรวมมีความโปร่งใส และสอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่อย่างไรก็ตามเสรีภาพดังกล่าวอาจมีข้อจำกัดได้เช่นกัน ทั้งนี้กฎหมายและนโยบายของรัฐที่มีผลกระทบต่อการเข้าถึงและการแสดงความคิดเห็นผ่านทางอินเทอร์เน็ตจะเน้นเฉพาะไปที่ 2 ประเด็น คือ หนึ่ง การคุ้มครองเด็กและเยาวชนจากสื่อลามก และ สอง เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐและการก่อการร้าย ซึ่งสหรัฐอเมริกามีรูปแบบวิธีดำเนินการที่หลากหลาย ทั้งการกลั่นกรองการใช้อินเทอร์เน็ต (Filter) การปิดกั้น (Block) และการสอดส่อง (Surveillance)⁵

2) สหพันธรัฐเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีแม้จะได้ชื่อว่าเป็นอีกประเทศหนึ่งในยุโรปที่ให้ความสำคัญและเคารพสิทธิเสรีภาพในการสื่อสาร และให้ความสำคัญกับพื้นที่ความเป็นส่วนตัวของประชาชนอย่างมาก อีกทั้งยังไม่ค่อยปรากฏการเซ็นเซอร์ข้อมูลข่าวสาร แต่ถึงอย่างไรเยอรมันก็ยังมีประเด็นละเอียดอ่อน ที่รัฐไม่อาจอนุญาตให้พลเมืองแสดงความคิดเห็นได้โดยเสรีเช่นกัน มาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz) คุ้มครอง การพูด การเขียน การวาด และการแสดงออกอื่น ๆ รวมทั้งการเผยแพร่ความคิดเห็นในสื่อทุกรูปแบบ จากการถูกปิดกั้นหรือถูกตรวจสอบแทรกแซงโดยรัฐ ในมาตราเดียวกันนี้ยังบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารไว้ด้วย ในฐานะที่เป็นเสรีภาพที่มีความสำคัญเทียบเท่ากับเสรีภาพการแสดงความคิดเห็น (Meinungsfreiheit) และเสรีภาพสื่อสารมวลชน (Pressefreiheit) ที่บัญญัติเช่นนี้ก็เนื่องมาจากสิทธิดังกล่าวเป็นโครงสร้างสำคัญของกระบวนการสร้างความคิดเห็นสาธารณะในรูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตย ดังนั้นโดยหลักการแล้วรัฐจึงปิดกั้นหรือระงับการเผยแพร่เนื้อหาในข้อมูลข่าวสาร

⁵สาวตรี สุขศรี, ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ และอรพิน ยิ่งยงพัฒนา, รายงานสถานการณ์การควบคุมและปิดกั้นสื่อออนไลน์ด้วยการอ้างกฎหมายและแนวนโยบายแห่งรัฐไทย (ม.ป.ท.: โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน, 2553), หน้า 16-17.

ทุกประเภทไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการปิดกั้นก่อนเผยแพร่ (Vorzensur) หรือระงับการเผยแพร่ในภายหลัง (Nachzensur) อย่างไรก็ตามวรรค 2 แห่งมาตรานี้บัญญัติว่า เสรีภาพเหล่านี้อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมายแห่งรัฐ⁶

3) ประเทศมาเลเซีย

ประเทศมาเลเซียเป็นหนึ่งในประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ นอกเหนือจากประเทศพม่าอินโดนีเซีย รวมทั้งประเทศไทย ที่มีประวัติศาสตร์อันยาวนานเกี่ยวกับการตรวจสอบและควบคุมสื่อจากฝ่ายรัฐ ที่มีลักษณะคุกคามสื่อประเภทใด ๆ ก็ตาม ที่แสดงข้อมูลอันเป็นฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนังสือพิมพ์และสื่ออิสระอื่น ๆ โดยจะโดนคุกคามจากตำรวจหรือโดนบังคับใช้กฎหมายซึ่งมีมากมายหลายฉบับ และมักจะถูกตีความให้ขยายออกไปจนกว้างขวาง ผู้ให้บริการสื่อจำนวนไม่น้อยโดนควบคุมตัวและจำคุกเพียงเพราะพูดวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาล ดังนั้นจึงเป็นส่งผลให้สิทธิในการแสดงความเห็นถูกจำกัดลง ในขณะที่สิทธิเสรีภาพในการเขียนข่าวก็ถูกตรวจสอบด้วย⁷

4) ประเทศสิงคโปร์

ถึงแม้สิงคโปร์จะมีแนวทางและพัฒนาการทางเทคโนโลยีที่ชัดเจนในการพัฒนาสู่การเป็นสังคมสารสนเทศ แต่นโยบายในการกำกับดูแลเนื้อหาอินเทอร์เน็ตกลับไม่เปิดกว้างเท่าใดนัก ทั้งนี้เป็นเพราะธรรมเนียมการควบคุมสื่อที่ได้ทำสืบทอดกันมายาวนานตั้งแต่ในอดีต รัฐบาลสิงคโปร์มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักกันดีในฐานะของรัฐบาลเผด็จการที่ควบคุมการแสดงออกทางการเมืองใด ๆ ที่เป็นปรปักษ์กับรัฐบาล นักข่าว นักเขียน และสมาชิกรององค์กรพัฒนาภาคเอกชน (Non Government Organisations: NGOs) มักเป็นกลุ่มที่ได้รับการเพ่งเล็งเป็นพิเศษ เนื้อหาประเภทอื่น ๆ ที่นำเสนอผ่านสื่อที่นอกเหนือไปจากข่าวสารก็ยังได้รับการกำกับดูแลอย่างเข้มงวด ให้นำเสนอแต่สิ่งที่เหมาะสมและไม่ขัดต่อค่านิยมอันดีของสังคมสิงคโปร์ ไม่ว่าจะเป็นภาพยนตร์ สารคดี หรือละครก็ตาม นับแต่ปี ค.ศ. 1996 รัฐบาลสิงคโปร์ได้เริ่มผนวกการกำกับดูแลอินเทอร์เน็ตเข้าไว้ใต้การวิเทศน์แห่งสิงคโปร์ (Singapore Broadcasting Authority: SBA) ซึ่งตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1994 เพื่อกำกับดูแลกิจการการกระจายเสียงและแพร่ภาพทางวิทยุและโทรทัศน์ บทบาทของ SBA คือกำกับดูแล ISPs และ ICPs โดยอาศัยอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายสองฉบับ คือ Internet Class License Scheme และ Internet Code of Practice⁸

⁶สาวตรี สุขศรี, ศิริพล กุศลศิลป์ และอรพิน ยิ่งยงพัฒนา, รายงานสถานการณ์การควบคุมและปิดกั้นสื่อออนไลน์ด้วยการอ้างกฎหมายและแนวนโยบายแห่งรัฐไทย.

⁷ฟิ่งอ้าง, หน้า 21-22.

⁸พิรธรรม รามสุต วัฒนันท์ และนิธิตา คณานิธินันท์, การกำกับดูแลเนื้อหาอินเทอร์เน็ต: รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์, หน้า 25-28.

5) ประเทศไทย

ประเทศไทยกับกฎหมายควบคุมสื่อ และสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ สื่อสารมวลชน อยู่ด้วยกันหลายฉบับโดยกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐใช้มาตรการในการปิดกั้นการเข้าถึงสื่อแม้ในช่วงที่ประเทศไทยไม่ได้ตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉินใด ๆ ปรากฏเป็นรูปธรรมตั้งแต่ปี พ.ศ. 2484 คือ พ.ร.บ. พ.ศ. 2484 (มาตรา 9) จากนั้นในปี พ.ศ. 2530 พ.ร.บ. ควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อควบคุมการดำเนินการรูปแบบการประกอบการ รวมทั้งเนื้อหาที่เผยแพร่ต่อสาธารณชนก็มีบทมาตราที่ให้อำนาจรัฐสั่งห้ามมิให้มีการให้บริการเทปหรือวัสดุโทรทัศน์ในสถานที่บริการใดบริการหนึ่งได้ (มาตรา 30) อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันด้วยผลของ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. 2551 ทำให้พระราชบัญญัติควบคุมกิจการเทปและวัสดุโทรทัศน์ดังกล่าวรวมทั้ง พ.ร.บ.ภาพยนตร์ พ.ศ. 2473 (ซึ่งเคยมี มาตรา 4 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐห้ามฉายหรือแสดงภาพยนตร์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย) ถูกยกเลิกไป อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายฉบับใหม่นี้ยังปรากฏบทมาตราที่ให้ดุลพินิจอย่างเต็มที่แก่คณะกรรมการพิจารณาภาพยนตร์และวีดิทัศน์ที่จะตัดสินใจอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ฉาย หรือแสดงในราชอาณาจักรได้⁹

สำหรับกฎหมายฉบับล่าสุดที่เกี่ยวกับสื่อสารมวลชน และเพื่อใช้ควบคุมสื่อรูปแบบใหม่ อย่างอินเทอร์เน็ต และทั้งมีบทให้อำนาจรัฐในการปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาด้วย ก็คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 อย่างไรก็ตาม หากนายกรัฐมนตรีตัดสินใจประกาศให้พื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งของประเทศไทยตกอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือภาวะการณพิเศษอื่น ๆ ซึ่งจะยังผลให้ฝ่ายรัฐสามารถใช้กฎหมายพิเศษเพื่อบังคับกับสถานการณ์ และจำกัดสิทธิเสรีภาพในหลาย ๆ เรื่องของประชาชนได้ บทบัญญัติให้อำนาจรัฐระงับการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารก็จะประกอบไปด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกอย่างน้อย 2 ฉบับ คือพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 และพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งสามารถใช้ได้กับสื่อทุกประเภท

2. สภาพปัญหาในปัจจุบันเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต

สถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและการแสดงออก ซึ่งความเห็นของประชาชนไทยกันอย่างจริงจังนั้นจะปรากฏได้ชัดเจนในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา ซึ่งสถานการณ์ดังกล่าวอยู่ในระดับที่น่าเป็นห่วง อย่างไรก็ตาม การเฝ้าระวังหรือการสอดส่องเนื้อหาที่เผยแพร่ในพื้นที่สาธารณะโดยภาครัฐก็ดีหรือภาคเอกชนก็ดีหากกระทำเพื่อเพียงเฝ้าระวังเพื่อ

⁹สาวิตรี สุขศรี และคณะ, รายงานสถานการณ์การควบคุมและปิดกั้นสื่อออนไลน์ด้วยการอ้างกฎหมาย และแผนนโยบายแห่งรัฐไทย, หน้า 23.

ป้องกันการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นในโลกออนไลน์นั้นย่อมเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ และการดำเนินการเช่นนี้น่าจะมีอาจถือได้ว่ารัฐล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแต่อย่างใด แต่หากสิ่งที่ภาครัฐไม่ได้กระทำเพื่อการเฝ้าระวังหรือการสอดส่องเนื้อหาที่เผยแพร่ในพื้นที่สาธารณะแต่กลับนำไปสู่การคุกคาม แทรกแซง ลบทิ้ง ปิดกั้นช่องทางเข้าถึงหรือควบคุมการ แสดงออกไม่ว่าด้วยวิธีใด ๆ โดยไม่มีกระบวนการพิสูจน์ความผิดหรือการพิจารณาคดี กรณีดังกล่าว นี่จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องถูกตรวจสอบโดยภาคประชาชนหรือผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของภาครัฐที่ได้กระทำการเช่นว่านั้นด้วย¹⁰

2.1 ความเป็นมาและปัญหาในภาพรวมของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

ปัจจุบันกฎหมายไทยฉบับหลักที่มีผลโดยตรงต่อสิทธิเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นในสื่อออนไลน์ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยกฎหมายฉบับนี้มีเป้าหมายในการกำหนดความผิดและโทษสำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ ทั้งในแง่ของการใช้ระบบคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด และในแง่ของการลงมือกระทำความผิดต่อตัวระบบหรือข้อมูลคอมพิวเตอร์เอง¹¹ เป็นที่น่าสังเกตว่าหลักการและเหตุผลแรกเริ่มของการบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ซึ่งขณะนั้นใช้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติอาชญากรรมคอมพิวเตอร์” ถูกประกาศในโครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศใจความว่า “โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดมาตรการทางอาญาในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูล และระบบเครือข่าย ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดกำหนดว่าเป็นความผิด ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพและการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของสังคม”¹² แต่เมื่อมีการปรับปรุงแก้ไขร่างกฎหมายหลายครั้ง จนผ่านออกมาเป็นกฎหมายโดยการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นภายหลังรัฐประหารปี พ.ศ. 2549¹³ พบว่า

¹⁰สาวตรี สุขศรี, ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ, อรพิน ยิงยงพัฒนา และกัปตัน จิรธีรพานิช, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์: งานวิจัยหัวข้อ ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, (กรุงเทพมหานคร: โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (ilaw) ในมูลนิธิอาสาสมัครเพื่อสังคม, 2555), หน้า 169-170.

¹¹ฟิ่งอ้าง, หน้า 168-169.

¹²สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, ร่างกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ภายใต้โครงการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2544), หน้า 9.

¹³สนช. ลงมติรับหลักการร่าง พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. . . . วาระแรก, (19 พฤศจิกายน 2549), [Online], Available URL: http://www.prachatai.com/journal/2006/11/10527_2555 (7 มกราคม).

นอกจากประเด็นเรื่อง “หลักประกันสิทธิเสรีภาพ” จะสูญหายไปจาก “หลักการและเหตุผล” ของกฎหมายฉบับนี้แล้ว ยังปรากฏฐานความผิดเกี่ยวกับการเผยแพร่เนื้อหาในอินเทอร์เน็ตในมาตรา 14 ซึ่งใช้ถ้อยคำคลุมเครือ มีมาตรา 15 กำหนดความผิดและโทษสำหรับผู้ให้บริการไว้ให้เท่ากับตัวการผู้กระทำความผิด อีกทั้งมีบทจำแนกประเภทผู้ให้บริการในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับความเข้าใจในวงการเทคโนโลยีสารสนเทศ (มาตรา 3) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 20¹⁴ให้อำนาจรัฐในการระงับการเผยแพร่ข้อมูลต่าง ๆ ในระบบคอมพิวเตอร์ในฐานะมาตรการเร่งด่วน ซึ่งมีเงื่อนไขครอบคลุมเนื้อหากว้างขวาง จนส่งผลให้เกิดปัญหาในแง่ของการใช้การตีความในเวลาต่อมา จึงเกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์มาโดยตลอดว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ถูกสร้างขึ้นเพื่อให้ฝ่ายรัฐใช้เป็นเครื่องมือควบคุม และปิดกั้นการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

2.2 ปัญหาของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำเกินกว่าขอบอำนาจในการจำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต

แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ความคุ้มครองประชาชนและวางกรอบในการบัญญัติกฎหมายไว้แล้วในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น แต่ในช่วงเวลาหลายปีที่ผ่านมาสถานการณ์ปัญหาของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำเกินกว่าขอบอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนบนอินเทอร์เน็ตกลับปรากฏว่า รัฐไทยโดยหน่วยงานผู้รับผิดชอบกลับตรากฎหมายและใช้มาตรการในเชิงควบคุม จำกัดสิทธิ กระทั่งแทรกแซงเสรีภาพการเสนอข้อมูลข่าวสารของสื่อ รวมทั้งการแสดงความคิดเห็นของประชาชนในประเทศไทยอย่างมาก เช่น การประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งมุ่งเน้นควบคุมการเสนอข่าวเกี่ยวกับสถานการณ์ทางการเมืองของสื่อประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นโทรทัศน์ วิทยุชุมชน และเว็บไซต์ หรือการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่ใช้ถ้อยคำคลุมเครือไม่ชัดเจน ทั้งยังให้อำนาจรัฐระงับการเผยแพร่ข้อมูลหรือปิดกั้นเว็บไซต์ได้ โดยปรากฏข้อเท็จจริงด้วยว่า ในการใช้อำนาจดังกล่าวหลายกรณีรัฐไม่ได้ให้เหตุผลที่ชัดเจนเพียงพอต่อเจ้าของเว็บไซต์ที่ถูกปิดกั้น หรือการเซ็นเซอร์เว็บไซต์ในหลาย ๆ ครั้งก็

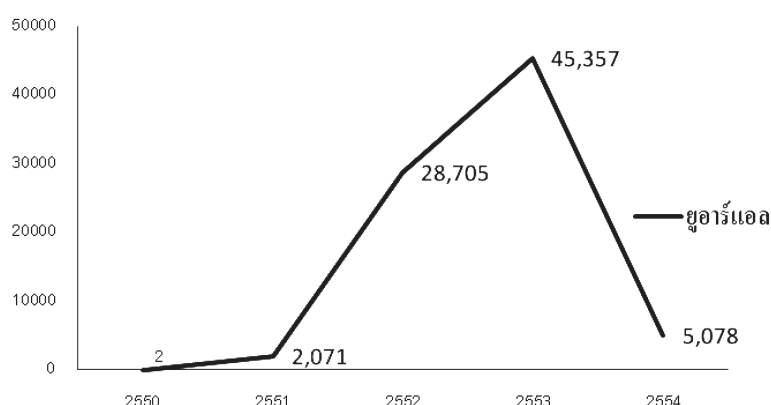
¹⁴พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 20 “ในกรณีที่มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในภาคสองลักษณะ 1 หรือลักษณะ 1/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน พนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีอาจยื่นคำร้อง พร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้มีคำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นได้

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเอง หรือสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก็ได้”

มิได้เป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ การขอคำสั่งศาลตามมาตรา 20¹⁵ ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่รัฐกลับใช้มาตรการ “ขอความร่วมมือ” หรือใช้อำนาจอย่างไม่เป็นทางการขอให้ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตระงับการเผยแพร่เนื้อหา หรือปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงเว็บไซต์บางแห่งที่รัฐเห็นว่า “ไม่เหมาะสม” แต่อาจไม่เข้าข่ายผิดกฎหมาย

1) การระงับการเผยแพร่หรือการปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงเว็บไซต์

มาตรา 20 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ไม่ได้เป็นเพียงเครื่องมือเดียวที่รัฐใช้จำกัดสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน กล่าวคือบางช่วงบางวेलานั้นการปิดกั้นเว็บไซต์สูงมากถึงหลักหมื่นยูอาร์แอล ในขณะที่บางช่วงซึ่งระยะเวลาห่างกันไม่นาน จำนวนยูอาร์แอลที่ถูกระงับการเผยแพร่ก็น้อยอยู่ในหลักสิบหรือกระทั่งไม่มีคำสั่งเลย โดยช่วงเวลาที่สถิติการปิดกั้นเว็บไซต์อย่างเป็นทางการตามคำสั่งศาลมีจำนวนเพียงเล็กน้อยนั้น ในความเป็นจริงจำนวนเว็บไซต์ที่ถูกปิดกั้นมีได้น้อยลงแต่ประการใด ยูอาร์แอลจำนวนมากยังคงถูกปิดกั้น เพียงแต่มิได้เป็นไปตามคำสั่งศาลหากแต่เป็นผลมาจากการใช้อำนาจอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจตาม พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548



ภาพที่ 1 สถิติการปิดกั้นการเข้าถึงเว็บไซต์ จำแนกตามปี¹⁶

¹⁵ ข้อสังเกต

(1) การปิดบล็อกเว็บไซต์ตามมาตรา 20 นั้น ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจในการปิดบล็อกเว็บไซต์ โดยในชั้นกรรมาธิการมีข้อตกลงร่วมกันว่า การปรับใช้มาตรา 20 นั้นจะไม่ใช้กับกรณีเว็บไซต์ที่แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับทางการเมือง ซึ่งเป็นสิทธิโดยชอบของประชาชนที่พึงกระทำได้ อันไม่ขัดต่อกฎหมายแต่อย่างใด

(2) หากมีการปิดบล็อกเว็บไซต์ที่ได้เป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ คำสั่งปิดบล็อกเว็บไซต์ดังกล่าวถือว่ามิชอบ ผู้มีส่วนได้เสียสามารถร้องขอให้ศาลเพิกและเรียกร้องค่าเสียหายได้

¹⁶ สาวตรี สุขศรี และคณะ, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์?: งานวิจัยห้วงข้อ ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, หน้า 63.

ซึ่งปรากฏว่าเว็บไซต์ที่มีคำสั่งจาก คอณ. ให้ปิดกั้นมีจำนวนเป็นตัวเลขในหลัก “หลายหมื่น” โดยมีรูปแบบการปิดกั้นแตกต่างไปจากการปิดกั้นโดยกระทรวงไอซีที เพราะในขณะที่มาตรา 20 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กระทรวงเทคโนโลยีและการสื่อสารปิดกั้นเว็บไซต์ได้เพียงเฉพาะส่วนที่ขัดกฎหมายและตามคำสั่งศาลเท่านั้น แต่ คอณ. สามารถสั่งปิดกั้นมากน้อยอย่างไรก็ได้โดยไม่ต้องของคำสั่งศาล ทั้งนี้โดยอาศัยมาตรา 9(3) พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548¹⁷

2.3 มาตรการอื่น ๆ ทางกฎหมายในต่างประเทศที่นำมาใช้ในการกระทำการหรือดเว้นการกระทำการเกินกว่าขอบอำนาจในกรณีการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต

1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ก่อนมีเหตุการณ์ก่อการร้าย 11 กันยายน พ.ศ. 2544 สังกมออเมริกันต่อต้านการตรวจสอบและปิดกั้นข้อมูลออนไลน์ในทุกรูปแบบโดยมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลสูงสุด (U.S. Supreme Court) เพื่อให้พิพากษาว่ากฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่มีบทบัญญัติละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูล และการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างกฎหมายที่ถูกร้องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น ซีดีเอ ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง และยังเป็นพื้นฐานให้มลรัฐอื่น ๆ นำไปบัญญัติเป็นกฎหมายระดับมลรัฐอีกหลายรัฐ ได้แก่ แคลิฟอร์เนีย อิลลินอยส์ แคนซัส เคนทักกี มิสซูรี นิวยอร์ก โอไฮโอ โรดไอแลนด์ เทนเนสซี และ เวอร์จิเนีย โดยองค์กรเอกชนเพื่อปกป้องสิทธิพลเมืองอเมริกัน (American Civil Liberties Union: ACLU) ยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุดอเมริกันให้พิพากษาว่ากฎหมายฉบับนี้ขัดต่อ The First Amendment ซึ่งในท้ายที่สุด ศาลสูงสุดสหรัฐพิพากษาว่า ซีดีเอในบางมาตราขัดต่อรัฐธรรมนูญจริง เนื่องจากมีถ้อยคำที่มีความหมายกว้างขวาง คลุมเครือ ไม่ชัดเจน¹⁸

2) สหพันธรัฐเยอรมนี

ความเคลื่อนไหวภาคประชาชนในประเทศเยอรมนีโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับการออกกฎหมายและนโยบายรัฐที่อาจส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและการแสดงความคิดเห็นในสื่อออนไลน์นั้นเกิดขึ้นบ่อยครั้ง หลากหลายรูปแบบ จากหลากหลายองค์กร ตั้งแต่การชุมนุมประท้วงคัดค้าน การทำคำโต้แย้งและเปิดให้ประชาชนทั่วไปร่วมลงชื่อออนไลน์ ทำ

¹⁷มาตรา 9 พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548, “ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติลงได้โดยเร็ว หรือป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนด ดังต่อไปนี้ . .

(3) ห้ามการเสนอข่าว การจำหน่าย หรือทำให้แพร่หลายซึ่งหนังสือ สิ่งพิมพ์ หรือสื่ออื่นใดที่มีข้อความอันอาจทำให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวหรือเจตนาบิดเบือนข้อมูลข่าวสารทำให้เกิดความเข้าใจผิดในสถานการณ์ฉุกเฉินจนกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งในเขตพื้นที่ที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือทั่วราชอาณาจักร...”

¹⁸*Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997)

ความร่วมมือกับนักวิชาการ ผู้ประกอบวิชาชีพ เพื่อผลิตข้อเขียนหรือบทความเผยแพร่ให้ความรู้
กับประชาชนผู้อาจได้รับผลกระทบ ที่สำคัญคือ การนำเรื่องขึ้นสู่ศาลไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองหรือ
ศาลรัฐธรรมนูญ และกรณีพิพาทยกเลิกคำสั่งศาลหรือกฎหมาย ด้วยเหตุว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

3) ประเทศมาเลเซีย

ปฏิกริยาและความเคลื่อนไหวฝ่ายประชาชนหรือสังคมที่มีต่อกฎหมายหรือนโยบายที่กระทบเสรีภาพในสื่อออนไลน์ของประเทศมาเลเซีย นั้น ได้มีการจัดตั้งองค์กรโดยมีเป้าหมายเพื่อเรียกร้องสิทธิมนุษยชนและให้รัฐบาลยกเลิกกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่ไม่เป็นธรรมโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายความมั่นคงภายใน (Internal Security Act: ISA) และเรียกร้องให้รัฐบาลยกเลิก ISA มีการเผยแพร่ความรู้และข้อมูลเรื่องสิทธิเสรีภาพอีกทั้งพยายามสร้างวัฒนธรรมประชาธิปไตยในองค์กรเพื่อเป็นแบบอย่างแก่สังคมมาเลเซีย นอกจากนี้ยังมีการเรียกร้องให้ปฏิรูปองค์กรตำรวจรวมทั้งเรียกร้องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองและการเลือกตั้งอย่างเสรี โปร่งใสและยุติธรรม

4) ปฏิกริยาและความเคลื่อนไหวฝ่ายประชาชนหรือสังคมที่มีต่อกฎหมายหรือนโยบายที่กระทบเสรีภาพในสื่อออนไลน์ของประเทศสิงคโปร์นั้น ได้มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อยื่นข้อเสนอสื่อทางรัฐบาลโดยเรียกร้องให้ปรับปรุงยกเครื่องระบบกำกับควบคุมครั้งใหญ่โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยกเลิกระเบียบกฎหมายที่หลายซึ่งควบคุมการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองถึงแม้ไม่เป็นที่คาดหมายว่ารัฐบาลจะยอมรับข้อเสนอแนะหลักข้อใด ๆ แต่ก็แสดงให้เห็นอีกครั้งหนึ่งว่าชาวเน็ตในสิงคโปร์กำลังเคลื่อนไหวกันอย่างไร เพื่อนิยามเงื่อนไขต่าง ๆ ในการอภิปรายทางการเมืองของรัฐแห่งนี้นั้นกันเสียใหม่ไม่ว่ารัฐบาลยินดีต้อนรับสิ่งเหล่านี้หรือไม่ก็ตาม

3. เกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ตที่เหมาะสมกับประเทศไทย

ปัจจุบันในสังคมประชาธิปไตยนอกจากสิทธิเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินแล้วควรให้ความสำคัญกับสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล เสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนให้มากขึ้น ทั้งนี้เพราะสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเป็นพื้นฐานสำคัญยิ่งที่จะก่อให้เกิดเสรีภาพด้านอื่น ๆ ตามมาในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย หากประชาชนในประเทศไม่สามารถเลือกที่จะรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่มีความหลากหลาย ไม่อาจมั่นใจความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่สามารถแสดงความคิดเห็นใด ๆ ได้อย่างเสรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการเมืองการปกครอง องค์กรต่าง ๆ รวมไปถึงกลุ่มผู้ใช้อำนาจปกครอง ก็ย่อมสุ่มเสี่ยงที่สิทธิเสรีภาพในด้านอื่นจะถูกรัฐหรือใช้อำนาจปกครองล่วงละเมิดได้โดยง่าย

ดังนั้น ประชาชนและองค์กรต่าง ๆ ด้านการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนควรตื่นตัวและคอยติดตามตรวจสอบการออกกฎหมาย กฎระเบียบต่าง ๆ รวมทั้งนโยบายของรัฐที่อาจส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร และ

การแสดงความเห็นของประชาชนอย่างสม่ำเสมอเพื่อป้องกันไม่ให้รัฐใช้อำนาจเกินขอบเขต และหากปรากฏว่ารัฐหรือหน่วยงานของรัฐใด ๆ ใช้อำนาจในลักษณะที่ไม่ชอบธรรม ประชาชนและองค์กรต่าง ๆ ด้านการคุ้มครองสิทธิของประชาชนต้องร่วมมือหรือรวมตัวกันเพื่อร้องเรียนไปยังองค์กรหรือหน่วยงานผู้รับผิดชอบให้ตรวจสอบ หรือระงับยับยั้งการออกกฎหมายหรือกระบวนการดำเนินนโยบายนั้น ๆ รวมไปถึงการใช้กระบวนการทางศาลเพื่อขอให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือบทบัญญัติเหล่านั้นด้วยและต้องแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรืออย่างน้อยที่สุดต้องมีความชัดเจนในระดับเดียวกันกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเพื่อไม่ให้ขัดหรือแย้งกับ “หลักประกันในทางกฎหมายอาญา” ที่ว่า “กฎหมายต้องบัญญัติให้ชัดเจนไม่คลุมเครือ (*lege certa*)” ผู้ที่บัญญัติกฎหมายจะต้องพยายามอย่างถึงที่สุดที่จะหลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำกำกวม มีความหมายกว้างหรือปล่อยให้เจ้าพนักงานใช้ดุลยพินิจมากเกินไป อย่างเช่นคำว่า “ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” “ขัดต่อความมั่นคงแห่งรัฐ” หรือ “ทำให้ประชาชนตื่นตระหนก” รวมถึงรัฐจะต้องส่งเสริม ปกป้อง สิทธิพลเมือง และเสรีภาพของสื่อออนไลน์ โดยต้องปรับปรุงกติกาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมทั้งปฏิญญาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ในมาตรา 19 (Article 19) ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ (Accession) ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 โดยส่งเสริมให้ประชาชนมีโอกาสดำเนินการ และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารสาธารณะจากราชการ และสื่อสาธารณะอื่นได้อย่างกว้างขวาง เป็นธรรม และรวดเร็ว รวมทั้งให้กลไกภาครัฐเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในทุกมิติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

4. สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

1) ในปัจจุบันแม้ประเทศไทยจะมี มาตรา 20¹⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ที่กำหนดหลักเกณฑ์การปิดกั้นเว็บไซต์ที่ต้องขอคำสั่งศาลแล้วก็ตาม แต่นั่นก็เป็นเพียงหลักการที่ใช้เฉพาะในสถานการณ์ปกติเท่านั้น สำหรับประเทศไทยแล้วที่ผ่านมายังปรากฏวิธีการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความเห็นของประชาชนอีกหลายวิธี เช่น รัฐสามารถอ้างสถานการณ์พิเศษบางอย่างที่ทำให้รัฐต้องใช้มาตรการเร่งด่วนเพื่อควบคุมการแสดงออกของประชาชนและสื่อ (ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และใช้กฎหมายพิเศษ) หรือขอความร่วมมือไปยังผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตเพื่อปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงเว็บไซต์อย่างลับ ๆ โดยไม่มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งไม่มีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจ เป็นต้น²⁰ ดังนั้น ประชาชนและองค์กรต่าง ๆ ด้านการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความเห็นควรตื่นตัวและคอยติดตามตรวจสอบการออกกฎหมาย กฎระเบียบต่าง ๆ รวมทั้งนโยบายของรัฐที่อาจส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและการแสดงความเห็นของประชาชนอย่างสม่ำเสมอ เพื่อป้องกันไม่ให้อำนาจเกินขอบเขต

ดังนั้น ประชาชนและองค์กรต่าง ๆ ด้านการคุ้มครองสิทธิของประชาชนในเรื่องเสรีภาพในการแสดงความเห็นควรตื่นตัวและคอยติดตามตรวจสอบการออกกฎหมาย กฎระเบียบต่าง ๆ รวมทั้งนโยบายของรัฐที่อาจส่งผลกระทบต่อเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารและการแสดงความเห็นของประชาชนอย่างสม่ำเสมอเพื่อป้องกันไม่ให้อำนาจเกินขอบเขต

2) ความรับผิดทางกฎหมายของพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐในการจำกัดสิทธิการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ต

การจำกัดสิทธิในการแสดงความเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ตโดยพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐหากปรากฏว่ามีได้เป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นการขอคำสั่งศาลตามมาตรา 20 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 หรือเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เช่น การตรากฎหมายและใช้มาตรการในเชิงควบคุมจำกัดสิทธิกระทั่งแทรกแซงเสรีภาพการเสนอข้อมูลข่าวสารของสื่อรวมทั้งการแสดงความคิดเห็นของประชาชนการกระทำดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามมาตรา 157

¹⁹พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มาตรา 20 “ในกรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่อาจกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามที่กำหนดไว้ในภาคสองลักษณะ 1 หรือลักษณะ 1/1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา หรือที่มีลักษณะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนพนักงานเจ้าหน้าที่โดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีอาจยื่นคำร้องพร้อมแสดงพยานหลักฐานต่อศาลที่มีเขตอำนาจขอให้คำสั่งระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นได้

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการระงับการทำให้แพร่หลายนั้นเองหรือสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นก็ได้”

แห่งประมวลกฎหมายอาญาผู้มีส่วนได้เสียสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ถูกต้องดังกล่าวได้อีกทั้งยังสามารถเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากคำสั่งที่ไม่ถูกต้องได้อีกด้วย

หรือหากการปิดกั้นเว็บไซต์ปรากฏว่าพนักงานเจ้าหน้าที่รัฐกระทำเกินกว่าขอบอำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนผ่านบนอินเทอร์เน็ตโดยประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งมุ่งเน้นควบคุมการนำเสนอข่าวเกี่ยวกับสถานการณ์บ้านเมืองของสื่อประเภทต่างๆผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวนี้ย่อมฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรงแต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้”

3) ข้อเสนอแนะ

3.1) สมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 20 หรือบทบัญญัติที่กำหนดมาตรการระงับการเผยแพร่เนื้อหาหรือปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงเว็บไซต์ ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าต้องการใช้บังคับกับเนื้อหาประเภทใดโดยต้องไม่ใช่ถ้อยคำที่คลุมเครือหรืออาจตีความได้หลายอย่าง อาทิเช่น คำว่า “ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน” หรือ “ขัดต่อความมั่นคงแห่งรัฐ” ซึ่งในปัจจุบันถ้อยคำดังกล่าวได้ถูกยกขึ้นมาเพื่อเป็นมาตรการการระงับการเผยแพร่เนื้อหาและการปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงข้อมูลหรือเว็บไซต์

3.2) รัฐควรกำหนดวิธีการ กระบวนการ และเงื่อนไขการใช้อำนาจปิดกั้นการเข้าถึงเว็บไซต์ไว้ในกฎหมาย หรือระเบียบใด ๆ ให้เกิดความชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น ทั้งนี้เพื่อกำกับให้พนักงานเจ้าหน้าที่รัฐ รวมทั้งองค์กรผู้พิจารณาออกคำสั่ง ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริต เป็นธรรม และสามารถตรวจสอบได้ เช่น เจ้าหน้าที่ต้องแสดงเนื้อหาที่เข้าข่ายเป็นความผิดและต้องการปิดกั้นนั้น พร้อมเหตุผลอันสมควรอย่างยิ่งต่อศาลเพื่อขอคำสั่งปิดกั้น องค์กรตุลาการหรือศาลผู้พิจารณาเองก็ต้องแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งนั้นโดยชัดแจ้งและโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่มีคำสั่งอนุญาตให้ปิดกั้นเว็บไซต์ต้องกำหนดขั้นตอนและกระบวนการในการแจ้งคำสั่งและเหตุผลของการปิดกั้นดังกล่าวต่อผู้ให้บริการ หรือต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือได้รับผลกระทบโดยตรง

3.3) ควรสนับสนุนและพยายามสร้างกระบวนการหรือกลไกในการตรวจสอบควบคุมกันเองในระหว่างผู้ใช้และผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต โดยกำหนดให้ภาครัฐทำหน้าที่เป็นผู้คอยกำกับดูแลให้การควบคุมตรวจสอบกันเองเหล่านั้นอยู่ในกรอบแห่งกฎหมาย อาทิเช่น ไม่ให้ประชาชนละเมิดสิทธิระหว่างกันเอง หมิ่นประมาทกันเอง หรือชักชวนให้ใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายตอบโต้บุคคลที่มีความคิดเห็นแตกต่างจากตน เป็นต้น และส่งเสริมให้มีการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษเพื่อพิจารณาคดีเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ

บรรณานุกรม

- พิรงรอง รามสูต รัตนันท์ และนิธิตา คณานิธินันท์. การกำกับดูแลเนื้อหาอินเทอร์เน็ต: รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2547.
- สนช. ลงมติรับหลักการร่าง พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. . . .
วาระแรก. (2549, 19 พฤศจิกายน). [Online], Available URL: <http://www.prachatai.com/journal/2006/11/10527> 2555 (7 มกราคม).
- สาวตรี สุขศรี, ศิริพล กุศลศิลป์, อรพิน ยิ่งยงพัฒนา และกัปตัน จีงอีรพานิช. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์?: งานวิจัยห้วงข้อ ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น. กรุงเทพฯ: โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (ilaw) ในมูลนิธิอาสาสมัครเพื่อสังคม, 2555.
- สาวตรี สุขศรี, ศิริพล กุศลศิลป์ และอรพิน ยิ่งยงพัฒนา. รายงานสถานการณ์การควบคุมและปิดกั้นสื่อออนไลน์ด้วยการอ้างกฎหมายและแนวนโยบายแห่งรัฐไทย. ม.ป.ท.: โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน, 2553.
- สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ. ร่างกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ภายใต้โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลาคม, 2544.
- Rue, Frank la. Report of the special rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Honduras: United Nations Human Rights Council, 2011.

มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน : ศึกษากรณีตามมาตรา 334 มาตรา 335 มาตรา 357 และมาตรา 360

Legal Measures in Determining Penalties for Offences against Property: A Case Study of Sections 334, 335, 357 and 360

วีรพงศ์ อ่อนน้ำคำ*
Weerapong Onnamkham

บทคัดย่อ

การกำหนดโทษให้หนักขึ้นมีพื้นฐานวิวัฒนาการมาจากวัฒนธรรม สถานภาพทางสังคม และเศรษฐกิจและความรุนแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้น มีส่วนช่วยกระตุ้นให้เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ในอันที่จะใช้มาตรการในการลงโทษแก่อาชญากรโดยวิธีการที่ได้เด็ดขาดและรุนแรงอันเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการลงโทษซึ่งต้องได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อขนบธรรมเนียมประเพณี ค่านิยมและศีลธรรมอันดีในสังคมนั้นๆ

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดบทลงโทษในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน มาตรา 334, 335 (10), 357 วรรคสอง และมาตรา 360 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันนั้นกำหนดไว้เบาเกินไป ถึงแม้จะได้คำนึงจากลักษณะของการกระทำความผิดหรือจากตัวทรัพย์สินซึ่งมีความเหมาะสมต่อการกระทำความผิดในขณะนั้นแล้วก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตัวทรัพย์สินในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่ามีมูลค่าสูงกว่าทรัพย์สินในอดีตเป็นอย่างมากย่อมไม่เป็นที่สมเหตุสมผลต่อเจ้าของทรัพย์สินหรือการลอบลักตัดสายไฟฟ้า นอตยึดเสาส่งสายไฟฟ้าแรงสูง สายโทรศัพท์และฝาท่อระบายน้ำที่มีผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนมากนั้น ได้สร้างความเสียหายเป็นอย่างมาก เพราะว่าในปัจจุบันไฟฟ้าถือเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดปัจจัยหนึ่งสำหรับการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชนในประเทศ อีกทั้งยังเป็นตัวแปรที่สำคัญต่อการพัฒนาระบบเศรษฐกิจในการเพิ่มผลผลิตของภาคการเกษตรและอุตสาหกรรมให้ทันสมัย หากเปรียบเทียบกับต่างประเทศได้กำหนดอัตราโทษในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินดังกล่าวไว้สูงกว่าของประเทศไทย

*น.บ. ทนายความ.

บทความฉบับนี้จึงเป็นการศึกษาวิจัยเพื่อนำเสนอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอัตราโทษในความผิดทั้งสี่ฐานดังกล่าวให้หนักขึ้น ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับเพื่อให้มีความสอดคล้องกับปริมาณและความร้ายแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก อันเป็นปฏิกิริยาที่ตอบสนองต่อปัญหาอาชญากรรมในการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความเป็นธรรมต่อสภาพสังคมปัจจุบันและอนาคต

Abstract

The sections of the law regarding the prosecution of offenses related to property, Sections 334, 335(10), the second paragraph of Section 357, and Section 360 concern the nature of the offense and the affected property and cover a certain level of the offence as defined by the value of the affected property. In this respect, justness toward both victim and criminal may become an issue as the nominal value of a property at present is not the same as it was in the past. For example, malicious damage of private or public properties such as power lines, telephone lines, and manhole covers are offenses committed more often today than in the past. Moreover, persons who purchase stolen goods are an important factor in the result of the offense of theft and mischief. It is considered an important social problem and related to economic issues. Damage by criminal actions has significantly affected a large part of society. In addition to the penalty provisions of Sections 334, 335(10), paragraph 2 of Section 357 and Section 360 provide relatively light punishment, which doesn't meet the objective of punishment as a compensation for the offense. More specific and appropriate penalties should be considered to enhance crime prevention, efficacy of law enforcement and fairness toward the present and future society.

คำสำคัญ บทลงโทษ

Keyword Determining Penalties

การกำหนดอัตราโทษในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์มาตรา 334 มาตรา 335(10) มาตรา 357 วรรคสอง และมาตรา 360 อย่างไรจึงจะเหมาะสม

วัตถุประสงค์ในการเขียนบทความฉบับนี้ก็เพื่อต้องการศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษว่าเหตุใดจึงต้องมีการบัญญัติโทษขึ้นมาใช้บังคับกับความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานลักทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ ความผิดฐานรับของโจรที่ได้กระทำต่อทรัพย์อันได้

มาโดยการลักทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์และความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ซึ่งความผิดทั้งสี่ลักษณะข้างต้น ในอดีตมีการบัญญัติอยู่ในกฎหมายลักษณะโจรอันเป็นกฎหมายเก่าที่มาจากสมัยกรุงศรีอยุธยา แล้วตกทอดมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น โดยสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ตรวจชำระและคัดลอกรวบรวมมาไว้ในกฎหมายตราสามดวง ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่เก่าแก่มากที่สุดของไทยที่พอจะสืบหาร่องรอยทางประวัติศาสตร์ได้ กฎหมายลักษณะโจรได้รับเอาแนวคิดมาจากคัมภีร์ธรรมลัทธิของมอญและรับเอาแนวความคิดมาจากอารยธรรมของอินเดียมาอีกทอดหนึ่ง มาใช้ในการจัดระเบียบสังคมและรองรับการขยายตัวของกฎหมายไทย¹ อันมีอยู่ในจารีตประเพณีเดิมอยู่แล้ว เพื่อมิให้จัดการแก้แค้นอย่างใดอย่างหนึ่งลงไปแก่ผู้กระทำผิดโดยผลการตนเองและตามอำเภอใจนั้นเป็นอันขาด โดยจะต้องนำเอาการละเมิดที่ทำให้ตนเสียหายนี้ไปฟ้องร้องยังโรงศาลซึ่งโทษที่ลงโดยมากจะเป็นโทษลงแก่ร่างกายและมีความรุนแรงมาก²

ครั้นถึงรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยในช่วงนั้นประเทศไทยได้ติดต่อกับสัมพันธไมตรีทางการทูตกับชาวยุโรป ที่แรกเริ่มด้วยการค้าขายต่อมาเปลี่ยนไปเป็นการแสวงหาอาณานิคมซึ่งพระองค์ทรงตระหนักดีว่าวิธีที่จะปลดภาระผูกพันที่เสียเปรียบอันเป็นผลมาจากการจำยอมทำสนธิสัญญาทางพระราชไมตรี เพื่อหลีกเลี่ยงจากลัทธิแสวงหาอาณานิคมในสมัยนั้นที่มองว่ากฎหมายตราสามดวงมีบทกำหนดโทษที่รุนแรงขาดหลักประกันทางความยุติธรรมและล้าสมัย ด้วยเหตุนี้พระองค์จึงได้เปลี่ยนแปลงและปรับปรุงระบบกฎหมาย³ แม้จะมีความปรารถนาที่จะปฏิรูปกฎหมายไทยตามแบบระบบกฎหมายของประเทศตะวันตก แต่ก็มีปัญหาอยู่ว่าจะใช้ระบบกฎหมายใดเป็นแบบอย่างซึ่งระบบกฎหมายที่อยู่ในข่ายการพิจารณาของรัฐบาลไทยในขณะนั้นมีอยู่ 2 ระบบคือระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายในภาคพื้นทวีปยุโรป4ประมวลกฎหมายอาญาที่นำมาอ้างอิงมากเป็นพิเศษได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญายังการี ค.ศ. 1878-1879, ประมวลกฎหมายอาญาเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1881, ประมวลกฎหมายอาญาอิตาลี ค.ศ. 1880, ประมวลกฎหมายอาญาอียิปต์ ค.ศ. 1904 และประมวลกฎหมายอาญาอินเดีย ค.ศ. 1860⁵

¹ร.แสงกาต์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 1. อ้างถึงใน ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิภลย์ พงศ์พนิตานนท์, บรรณานุกรม, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526, หน้า 35.

²พึงอ้าง, หน้า 80-81.

³ชาญชัย แสวงศักดิ์ และ วรณชัย บุญบำรุง, สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 125-126.

⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 129-130.

⁵ยอร์ช ปาดูซ์, “บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127” แปลและเรียบเรียงโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 48-51.

จากแรงผลักดันเหล่านี้ ล้วนแล้วแต่เป็นแรงผลักดันที่สำคัญที่ทำให้จำเป็นต้องมีกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ขึ้นมาใช้ในฐานะกฎหมายในรูปประมวลเป็นฉบับแรก ต่อมาพฤติการณ์ของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นอย่างมากจึงมีการปรับปรุงกฎหมายอาญาอีกครั้งจนมาเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้และมีการแก้ไขอัตราโทษในบางมาตราให้สูงขึ้นเนื่องอัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดบางประเภทตามประมวลกฎหมายอาญายังไม่เพียงพอแก่การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่มีผู้กระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากตามแนวคิดในการกำหนดโทษให้หนักขึ้นอันมีพื้นฐานวิวัฒนาการมาจากวัฒนธรรม สถานภาพทางสังคมและเศรษฐกิจซึ่งการลงโทษไม่ว่าจะเป็นไปในทิศทางใด ย่อมมีส่วนสัมพันธ์กับสภาวะแวดล้อมทางภูมิศาสตร์ ชาติภูมิวรรณและค่านิยมหลากสมัยเป็นการจำเพาะ อีกทั้งความรุนแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นมีส่วนช่วยกระตุ้นให้เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ในอันที่จะใช้มาตรการลงโทษแก่อาชญากรโดยวิธีการที่เด็ดขาดและรุนแรง อันเป็นสัดส่วนกับความร้ายแรงของอาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อนบธรรมเนียมประเพณี ค่านิยมและศีลธรรมอันดีในสังคมนั้น ๆ⁶

การกำหนดโทษจึงมุ่งเน้นตามหลักทฤษฎีการลงโทษที่สำคัญอยู่ 2 ทฤษฎี คือ การลงโทษให้สาสม (Retribution) เป็นความคิดเรื่องความยุติธรรมที่เก่าแก่ที่สุดโดยมีความเห็นว่าบุคคลชั่วร้ายควรถูกลงโทษและผู้กระทำผิดควรได้รับการตอบแทนอย่างเหมาะสม แม้จะไม่ถึงขนาดตอบแทนอย่างเดียวกับที่ผู้กระทำผิดก็ตาม เพราะความต้องการแก้แค้นซึ่งมีอยู่ในจิตใจของมนุษย์อันเป็นสามัญสำนึกในเรื่องความเป็นธรรมเป็นเรื่องปกติ เนื่องจากทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมตั้งอยู่บนความคิดของลัทธิเจตจำนงเสรี (Free will) ซึ่งมีทัศนะว่าการกระทำของบุคคลนั้น ๆ อยู่ภายใต้การตัดสินใจโดยเสรีของบุคคลนั้น การกระทำของเขาแต่ละอย่างเพราะเขาเลือกกระทำเองโดยสมัครใจไม่มีสิ่งภายนอกมาบีบบังคับการตัดสินใจของเขา ดังนั้น เมื่อเขาเลือกกระทำสิ่งต่าง ๆ ได้โดยตัวของเขาโดยเสรีแล้ว เขาจึงต้องรับผิดชอบในการกระทำของเขาเมื่อเขามีความรับผิดชอบ ดังนั้นทฤษฎีลงโทษเพื่อให้สาสมจึงมีทัศนะว่า มูลเหตุที่ทำให้ต้องลงโทษคนหนึ่งก็เพราะว่าผู้นั้นได้ทำความผิด ซึ่งการกระทำผิดจะต้องถูกทดแทนด้วยการลงโทษโดยมีความประสงค์เพื่อเป็นการทดแทนความผิดที่ได้กระทำขึ้น⁷

ส่วนอีกทฤษฎีคือป้องกัน (Deterrence) ที่ถือว่าเหตุผลสำคัญที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายอาญาก็เพื่อยับยั้งมิให้บุคคลอื่นเอาเยี่ยงอย่าง โดยการกระทำผิดเช่นเดียวกับผู้ที่ถูกลงโทษ ซึ่งได้แบ่งแยกผลของการลงโทษที่รัฐได้กระทำต่อผู้กระทำความผิดออกเป็นสองประการ (1) การป้องกันพิเศษหมายถึงการยับยั้ง แก้ไขหรือทำให้ผู้กระทำความผิดไม่สามารถกระทำความผิดได้อีกต่อไปอาทิเช่นการลงโทษประหารชีวิต จำคุกหรือกักขัง เป็นต้น (2) การป้องกันทั่วไปหมายถึงสภาพบังคับ

⁶ประเสริฐ เมฆมนเณ, *หลักทัณฑ์วิทยา*, (กรุงเทพมหานคร: บริพัตรการพิมพ์, 2523), หน้า 71-73.

⁷สทอน รัตนโฬจิตร, “ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527), หน้า 32-34.

ของกฎหมายอาญาและกลไกของกฎหมายจะมีอิทธิพลต่อความรู้และทัศนคติของประชาชนทุกคนในสังคม เพื่อให้ทราบถึงความประพฤติอย่างใดกระทำได้หรือต้องห้าม ความประพฤติอย่างใดจะได้รับโทษมากหรือน้อยหรือถูกดำเนินคดีในศาล สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ประกอบกันจะมีอิทธิพลต่อความรู้สึกรู้สึกนึกคิดของประชาชนว่าควรประพฤติหรือไม่ประพฤติในสิ่งที่สังคมไม่พึงปรารถนา⁸

ในปัจจุบันการกระทำความผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับทรัพย์มาตรา 334 มาตรา 335 (10) มาตรา 357 วรรคสองและมาตรา 360 ของประเทศไทยในปัจจุบันนี้ มีปริมาณคดีเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ปรากฏตามตารางที่ 1⁹

ตารางที่ 1 สถิติคดีอาญาทั่วราชอาณาจักรของสำนักงานอัยการสูงสุด ปี พ.ศ. 2553-2554

ลักทรัพย์ (ม. 334-335)	30690	29805	795	27618	26556	929
รับของโจร (ม. 357)	291	274	19	301	278	23
ทำให้เสียทรัพย์ (ม. 358-361)	1900	1728	84	1293	1168	94

นอกจากนี้ทางสำนักงานตำรวจแห่งชาติก็ได้มีการรวบรวมจำนวนคดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ปรากฏตามตารางที่ 2¹⁰

ตารางที่ 2 ตารางลักษณะความผิดจากทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่ปี พ.ศ. 2552-2554

ลักษณะความผิด	ปี พ.ศ. 2552		ปี พ.ศ. 2553		ปี พ.ศ. 2554	
	รับแจ้ง	จับ	รับแจ้ง	จับ	รับแจ้ง	จับ
ลักทรัพย์	74,673	29,158	71,916	31,423	38,164	15,659
โจรกรรมรถจักรยานยนต์	31,287	5,410	29,126	5,490	129	97
โจรกรรมรถยนต์	4,664	392	3,953	389	2,610	1,355
รับของโจร	240	187	269	206	11,059	2,015
ทำให้เสียทรัพย์	6,226	3,832	5,843	3,541	1,473	177

⁸ประธาน วัฒนาวาณิชย์, “แนวความคิดในการลงโทษ : การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา,” วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์ 12, 2 (2524): 8-9.

⁹สำนักงานอัยการสูงสุด, หนังสือรายงานประจำปีของสำนักงานอัยการสูงสุด (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอัยการสูงสุด, 2553), หน้า 112-113; สำนักงานอัยการสูงสุด, หนังสือรายงานประจำปีของสำนักงานอัยการสูงสุด (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอัยการสูงสุด, 2554), หน้า 100-101.

¹⁰สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, ลักษณะความผิดจากทั่วราชอาณาจักร, [Online], available URL: http://statistic.royalthaipolice.go.th/go.th/dn_main.htm, 2556 (มกราคม 17).

สถิติทั้งหลายที่กล่าวมานี้เป็นเพียงสถิติที่ทางสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้รับแจ้งและจับได้เท่านั้น แต่ในความเป็นจริงยังมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและมีได้เข้าแจ้งความหรือได้ตกลงยอมความกันนอกเหนือจากความรับรู้ของเจ้าพนักงานอีกเป็นจำนวนไม่น้อย โดยได้เห็นหรือได้ฟังจากสื่อโทรทัศน์ วิทยุ หนังสือพิมพ์ ตลอดจนกระทั่งสื่อออนไลน์ต่าง ๆ

ทุกวันนี้ปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินมาตรา 334 มาตรา 335(10) มาตรา 357 วรรคสองและมาตรา 360 เป็นปัญหาสังคมที่มีความสำคัญและเกี่ยวข้องกับปัญหาเศรษฐกิจหรือการเมืองไม่มากนักน้อย เมื่อสังคมมีความเจริญก้าวหน้าทางด้านวัตถุ การประกอบอาชญากรรมก็พัฒนาขึ้นพร้อมกันไปด้วย โดยใช้อุปกรณ์ อาวุธและเครื่องมือในการกระทำความผิดที่มีประสิทธิภาพและทันสมัยมากขึ้น เป็นผลให้รูปแบบของอาชญากรรมมีความซับซ้อนและรุนแรงดังที่มีการตั้งเป็นข้อสังเกตว่าเมื่อประเทศพัฒนาทางด้านวัตถุและเทคโนโลยีมากขึ้นเพียงใดอาชญากรรมก็เพิ่มสูงขึ้นและจะมีความสัมพันธ์ระหว่างการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจกับความพยายามในการปราบปรามอาชญากรรมหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งการกระทำความผิดจะเป็นปรากฏการณ์ที่ติดตามมากับการเร่งรัดพัฒนาเมือง เศรษฐกิจ อุตสาหกรรม การศึกษาและการสื่อสารคมนาคมเว้นแต่สังคมนั้นจะวางแผนและปรับปรุงบริหารกระบวนการยุติธรรมให้มีความสอดคล้องควบคู่กันไปด้วย

สาเหตุของการกระทำความผิดส่วนหนึ่งมาจากปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำทำให้คนตกงาน ความยากจน ยาเสพติด อีกทั้งอิทธิพลของระบบวัตถุนิยมได้เข้ามามีบทบาทในความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคมปัจจุบัน ทำให้เกิดการตอบสนองทางด้านวัตถุโดยขาดการไตร่ตรองอย่างละเอียดรอบคอบถึงเหตุผลของความถูกต้องชอบธรรม ปัญหาเหล่านี้ถือเป็นปัจจัยสำคัญที่เป็นแรงจูงใจทำให้คนตัดสินใจกระทำความผิดกฎหมายเพราะเป็นการกระทำที่ไม่ต้องลงทุนแต่มีผลตอบแทนที่ค่อนข้างสูง

ส่วนอีกเหตุผลหนึ่งน่าจะมาจากบทลงโทษที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นเบาเกินไป เห็นได้จากสถิติคดีที่เกิดขึ้นเป็นปริมาณมากนั้น แสดงให้เห็นว่าผู้กระทำความผิดมิได้มีความเกรงกลัวต่อกฎหมายบ้านเมืองแต่อย่างใด ซึ่งขอบเขตและความร้ายแรงของอาชญากรรมนั้น ปกติจะวัดโดยอาศัยสถิติอาชญากรรมขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม โดยเปรียบเทียบกับสถิติและแนวโน้มของอาชญากรรมในห้วงเวลาใดเวลาหนึ่ง เช่นเปรียบเทียบจำนวนเพิ่มขึ้นหรือลดลงในแต่ละปีหรืออาศัยดัชนีอาชญากรรมเป็นเครื่องชี้ถึงขอบเขตและความร้ายแรงของอาชญากรรมในสังคม ทั้งนี้โดยมีสมมติฐานว่าการเก็บรวบรวมสถิติอาชญากรรมมีความน่าเชื่อถือตามสมควร

จากความมุ่งหมายที่สำคัญในการบังคับใช้กฎหมายอาญาก็เพื่อทดแทนความผิดและยับยั้งป้องกันอาชญากรรมที่ประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษที่เหมาะสมกับการกระทำของตนและให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยหรือทำให้สังคมส่วนใหญ่พอใจและให้คนในสังคมเกิดความเกรงกลัวต่อโทษไม่กระทำการอันเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งยังส่งผลในทางป้องกันสังคมอีกด้วย

เมื่อเกิดการกระทำความผิดเป็นปริมาณมาก ก็ควรมีการเพิ่มอัตราโทษให้สูงขึ้นตามแนวคิดในการกำหนดโทษให้หนักขึ้นที่มีพื้นฐานวิวัฒนาการมาจากวัฒนธรรม สถานภาพทางสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับที่มาแห่งปรัชญาการลงโทษกล่าวคือการลงโทษไม่ว่าจะเป็นไปในทิศทางใดย่อมมีส่วนสัมพันธ์กับสภาวะแวดล้อมทางภูมิศาสตร์ ขาดภูมิวรรณและค่านิยมหลากหลาย เป็นการจำเพาะ¹¹ และความรุนแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นมีส่วนช่วยกระตุ้นให้เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม ในอันที่จะใช้มาตรการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดโดยวิธีการที่ได้ดัดและรุนแรงอันเป็นสัดส่วนกับความร้ายแรงของผู้กระทำความผิดที่มีผลกระทบต่อชนบทรณนิยมประเพณี ค่านิยมและศีลธรรมอันดีในสังคมนั้น ๆ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสมกับปริมาณและความร้ายแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นอันเป็นปฏิกิริยาที่ตอบสนองต่อปัญหาอาชญากรรม เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความเป็นธรรมต่อสภาพสังคมปัจจุบันและอนาคต จึงมีปัญหาค่าที่จะต้องนำมาวิเคราะห์โดยแยกพิจารณาดังต่อไปนี้

1. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษในความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 334 เบาเกินไปทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน

การกระทำความผิดทางอาญาในความผิดฐานลักทรัพย์มาตรา 334 ของประเทศไทย ในปัจจุบันนั้น มีปริมาณคดีเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากที่สุดในกลุ่มความผิดเกี่ยวกับทรัพย์เห็นได้จาก รายงานสถิติคดีอาญาทั่วราชอาณาจักรของสำนักงานอัยการสูงสุด ในปี พ.ศ. 2553 เกิดคดีความผิดฐานลักทรัพย์มาตรา 334-335 เป็นจำนวนทั้งสิ้น 30,690 คดีและในปี พ.ศ. 2554 เกิดจำนวนทั้งสิ้น 27,618 คดี และทางสำนักงานตำรวจแห่งชาติก็ได้มีการรวบรวมจำนวนคดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดลักทรัพย์ ปรากฏตามตาราง 3

ตารางที่ 3 ลักษณะความผิดจากทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่ปี พ.ศ. 2552-2554

ลักษณะความผิด	ปี พ.ศ. 2552		ปี พ.ศ. 2553		ปี พ.ศ. 2554	
	รับแจ้ง	จับ	รับแจ้ง	จับ	รับแจ้ง	จับ
ลักทรัพย์	74,673	29,158	71,916	31,423	38,164	15,659
โจรกรรมรถจักรยานยนต์	31,287	5,410	29,126	5,490	129	97
โจรกรรมรถยนต์	4,664	392	3,953	389	2,610	1,355

จากการศึกษาในตารางจะพบว่าสถิติคดีอาญาเกิดและจับกุมผู้กระทำความผิด จะแตกต่างกันโดยการจับกุมผู้กระทำความผิดจะมีปริมาณน้อยกว่า ซึ่งก็มิได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่

11 ประเสริฐ เมฆมณี, หลักทฤษฎีอาญา, หน้า 71.

ได้ปล่อยปลະละเลยหรือไม่มีประสิทธิภาพในการสืบสวน สอบสวน จับกุม ฟ้องร้องให้ผู้กระทำความผิดได้รับการลงโทษ แต่ด้วยความมีจำนวนจำกัดของเจ้าหน้าที่ต่อจำนวนประชากรที่มีปริมาณมากต่อท้องที่ที่ต้องรับผิดชอบนั้นไม่สัมพันธ์กัน กับทั้งความเจริญทางด้านเทคโนโลยีและข้อมูลข่าวสารในปัจจุบันทำให้ผู้กระทำความผิดมีการนำอุปกรณ์ อาวุธและเครื่องมือในการกระทำความผิดที่มีประสิทธิภาพและทันสมัยมาใช้ เป็นผลให้รูปแบบของอาชญากรรมมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น มีการจัดการอย่างมีระบบในรูปแบบของอาชญากรรมองค์กร (Organized Crime) ทำให้ยากต่อการติดตามจับกุมของเจ้าหน้าที่และจากสถิติทั้งหลายที่กล่าวมานี้เป็นเพียงสถิติที่ทางสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้รับแจ้งและจับกุมได้เท่านั้น แต่ในความเป็นจริงยังมี การกระทำความผิดเกิดขึ้นและมีได้เข้าแจ้งความหรือได้ตกลงยอมความกันนอกเหนือจากความรับรู้ของเจ้าหน้าที่งานอีกเป็นจำนวนมากไม่น้อย

เมื่อการกระทำความผิดเกิดขึ้นมากย่อมส่งผลกระทบในหลาย ๆ ด้านอาจพิจารณาได้ 5 ประการคือ

ประการแรก ผู้เสียหายต้องสูญเสียทรัพย์สินจากการกระทำของผู้กระทำความผิด เช่น เมื่อมีการลักทรัพย์ก็ต้องสูญเสียทรัพย์สินที่มีค่า บางครั้งผู้กระทำความผิดอาจจะทำลายทรัพย์สินในบ้านได้แก่การทำลายหน้าต่าง ประตูบานหรือสิ่งของอื่น ๆ ในบ้าน เพื่อเข้าไปหรือให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเป็นต้น ทำให้ผู้เสียหายต้องซื้อของใหม่มาแทนหรือต้องซ่อมแซมของเก่า จำเป็นต้องใช้เงินเพื่อดำเนินการในเรื่องดังกล่าว

ประการที่สอง ผู้เสียหายหากต้องเผชิญหน้ากับผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นธรรมดาที่จะไม่ยอมให้ผู้กระทำความผิดเอาทรัพย์สินของตนไปจนเกิดการต่อสู้เพื่อแย่งทรัพย์สินกันขึ้นซึ่งอาจทำให้ผู้กระทำความผิดตัดสินใจทำร้ายผู้เสียหายโดยวิธีใดวิธีหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นซึ่งผู้เสียหายอาจได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย หากได้รับบาดเจ็บก็ต้องใช้เงินเพื่อรักษาบาดแผล แต่ถ้าผู้เสียหายมีประกันชีวิตไว้ก็ไม่ต้องจ่ายเงินเองเพราะบริษัทประกันชีวิต จะจ่ายเงินให้ ในกรณีที่ผู้เสียหายมีรายได้น้อยหรือไม่สนใจเรื่องการประกันชีวิตก็ต้องเสียเงินทองของตนเอง หากขาดแคลนก็ต้องหยิบยืมของคนอื่นเป็นหนี้สินกันไปหรือหากยืมจากใครไม่ได้จริง ๆ ก็ต้องทนทุกข์ทรมานไปกับความเจ็บปวดจนต้องเสียชีวิตไปก็อาจจะมียูบ่างเหมือนกัน

ประการที่สาม ผู้เสียหายอาจต้องสูญเสียเงินทองเพื่อช่วยเหลือตำรวจในการช่วยจับกุมคนร้ายและยังจะต้องจ่ายเงินทองอีกจำนวนหนึ่งเพื่อการดำเนินคดี หากผู้เสียหายมีรายได้น้อยก็ต้องเสียเวลาดำเนินคดีทำให้การประกอบอาชีพเกิดความชะงักงันส่งผลให้ขาดรายได้มาเลี้ยงครอบครัวหรือหากเป็นธุรกิจขนาดใหญ่เช่นธนาคาร ห้างสรรพสินค้าหากถูกปล้นหรือถูกลักทรัพย์ย่อมส่งผลให้ต้องขาดรายได้ไปส่วนหนึ่ง

ประการที่สี่ ผู้เสียหายต้องตกอยู่ในความกลัวมีความรู้สึกต่อเพื่อนมนุษย์ผิดไปจากเดิม มีพฤติกรรมและการคบค้าสมาคมเปลี่ยนแปลงไปเมื่ออยู่คนเดียวที่บ้านหรือออกไปจากบ้าน ซึ่ง

พฤติกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปนี้อาจเป็นเวลาหลายเดือนหรือหลายปี จากเหตุแห่งความกลัวเพราะเคยตกเป็นเหยื่ออาชญากรรมอาจนำไปสู่การกระทำการบางอย่างเพื่อป้องกันเหตุร้ายที่อาจจะเกิดขึ้นอีก เช่นการจัดเตรียมอาวุธเพื่อต่อสู้กับผู้ร้ายที่จะเข้ามาทำการลักทรัพย์หรือปล้นทรัพย์ การปรับปรุงที่อยู่อาศัยให้มั่นคงแข็งแรง สำหรับผู้มีอิทธิพลหรือผู้มีรายได้น้อยก็อาจจะจ้างคนคุ้มกันส่วนตัวเพื่อคอยอารักขาความปลอดภัย จะเห็นได้ว่าการจัดเตรียมการต่าง ๆ ดังกล่าวนี้นั้นต้องอาศัยเงินทองเป็นปัจจัยสำคัญจึงต้องต่อสู้ดิ้นรนเพื่อหาเงินทองตามความรู้ความสามารถ หากเป็นคนขาดความสามารถในการหารายได้ การใช้ชีวิตก็ต้องดำเนินไปด้วยความหวาดกลัวมากขึ้น

ประการที่ห้า นอกจากผู้เสียหายแล้ว ภาครัฐเองต้องรับภาระหนักในการแก้ไขปัญหานี้ ทำให้ฝ่ายที่รับผิดชอบในระบบงานยุติธรรมต้องเพิ่มงบประมาณเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม การลงทุนในสิ่งเหล่านี้ทำให้การพัฒนาในด้านอื่นต้องได้รับผลกระทบตามไปด้วย อีกทั้ง หากพิจารณาในแง่เศรษฐกิจก็ได้รับผลกระทบเช่นกันเพราะการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์มิได้ทำให้เกิดการเสียภาษีแก่ภาครัฐ

จากปัญหาการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์มาตรา 334 ในปัจจุบันที่มีปริมาณคดีเพิ่มมากขึ้นนั้น เนื่องจากในปัจจุบันอัตราโทษที่กำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกิน 3 ปี และปรับไม่เกิน 6,000 บาท จึงทำให้เห็นว่าเหตุที่มีผู้กระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นปริมาณมากเช่นนี้ เพราะอัตราโทษกำหนดไว้เบาเกินไปทั้งโทษจำคุกและโทษปรับซึ่งหากจะได้รับโทษจำคุกหนักขึ้นต้องเข้าบทหนักซึ่งล้วนแต่เป็นเรื่องอุกฉกรรจ์ที่หนักขึ้นไป หากไม่เข้าเหตุฉกรรจ์ก็รับโทษไม่เกินสามปีซึ่งเป็นอัตราโทษที่ไม่สูงนักหากเปรียบเทียบกับตัวทรัพย์สินในปัจจุบันนั้น จะเห็นได้ว่ามีมูลค่าสูงกว่าทรัพย์สินในอดีตเป็นอย่างมาก ดังเช่น รถจักรยานยนต์หรือรถยนต์ในปัจจุบันมีการออกแบบทั้งรูปลักษณ์ เครื่องยนต์ให้มีสมรรถนะที่ดีทำให้มีราคาที่สูงจากเดิมเป็นอย่างมาก หากดูจากในตาราง 3 จะพบว่ารถจักรยานยนต์และรถยนต์มีสถิติจากการถูกโจรกรรมในจำนวนที่สูงมากในแต่ละปีและทรัพย์สินในปัจจุบันที่มีราคา มีมูลค่าทางเศรษฐกิจก็มีมากกว่าทรัพย์สินที่บัญญัติไว้ในมาตรา 335 และมาตรา 335 ทวิ อาทิเช่น ทองคำ เครื่องเพชร รถยนต์ เครื่องจักรกล เป็นต้น

การที่คนส่วนใหญ่มองว่ามาตรา 334 เป็นความผิดเล็กน้อยไม่ควรได้รับการลงโทษที่สูงย่อมไม่ถูกต้องนัก เพราะเป็นการมองข้ามสิทธิของผู้เสียหายซึ่งเป็นสิ่งที่ถูกละเลยมากที่สุด การที่สังคมมักให้ความสำคัญกับผู้กระทำความผิดหรือจำเลยและได้พยายามมีการศึกษาหาวิธีการแก้ไขตัวผู้กระทำความผิด การคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ของจำเลยย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายเลย ดังนั้นในทางกลับกันสังคมควรหันไปมอง ผู้ที่ได้รับความเสียหายซึ่งหากเทียบกับความเสียหายและความเสี่ยงของผู้เสียหายที่จะได้รับจากข้อเท็จจริงที่กล่าวข้างต้นแล้วถือว่าเป็นอัตราโทษที่น้อยมากดังตัวอย่าง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินไว้ อาทิเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3935/2553 จำเลยลักสุราต่างประเทศลงโทษจำคุก 2 ปีตาม มาตรา 335 (1) วรรคแรก, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 402/2546 จำเลยลักสร้อยคอทองคำหนัก 9 บาท จำนวน 1 เส้นราคา 51,300 บาทและสร้อยคอทองคำหนัก 10 บาท จำนวน 1 เส้นราคา 57,000 บาท รวมราคา 108,300 บาท ลงโทษจำคุก 6 เดือน

ตามมาตรา 334, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1486/2546 จำเลยลักเงินสดจำนวน 125,750 บาทลงโทษจำคุก 3 ปีตามมาตรา 334 เป็นต้น

หากพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษในความผิดฐานลักทรัพย์ ของประเทศอังกฤษตาม Theft Act, 1968 นั้น จะเห็นได้ว่าความผิดฐานลักทรัพย์ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 7 ได้กำหนดอัตราโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 7 ปี¹² ดังเห็นได้ตามตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสูงในคดี *R v. Smith*¹³ ถูกตัดสินจำคุกตลอดชีวิตจากการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์และชิงทรัพย์โดยมีอาวุธ รวม 8 ข้อหาและทรัพย์สินที่ได้ไปมีมูลค่าสูงถึง 13,338.74 ปอนด์ ซึ่งก่อนหน้านี้เขาก็ถูกตัดสินจำคุกในความผิดฐานลักทรัพย์ถูกพิพากษาลงโทษจำคุก 4 ปี พอพ้นโทษออกมาก็มากระทำความผิดในคดีนี้อีก, คดี *R v. Steven Sibley*¹⁴ ถูกตัดสินจำคุก 3 ปี 3 เดือนในความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 7, คดี *R v. Terrence Ernest Jones*¹⁵ ถูกตัดสินจำคุก 5 ปี 6 เดือนในข้อหาชิงทรัพย์ตามมาตรา 8 (1) เป็นต้น

ส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดโทษในความผิดฐานลักทรัพย์ ของประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐฟลอริดา ตาม The 2011 Florida Statutes ความผิดฐาน ลักทรัพย์ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 812.01416 โดยแบ่งการลักทรัพย์ออกเป็น 2 ประเภทได้แก่การลักทรัพย์ขนานใหญ่และการลักทรัพย์เล็กน้อย และมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 30 ปี แต่มีได้กำหนดโทษขั้นต่ำไว้ตามมาตรา 775.08217 และค่าปรับ (b) 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อการกระทำความผิดเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ในระดับที่ 1 หรือ 2 (c) 5,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อการกระทำความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ในระดับที่ 3 ตามมาตรา 775.083¹⁸ ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสูงในคดี *Michelle Rimondi v. State of Florida*¹⁹ ถูกตัดสินฐานร่วมกันลักทรัพย์โดยจำคุก 3 เดือน และภาคทัณฑ์เป็นเวลา 30 เดือน, คดี *Dalla Figueroa v. State of Florida*²⁰ ถูกตัดสินจำคุก 25 ปี ตาม มาตรา 775.082 ในข้อหา 1) ลักทรัพย์โดยมีอาวุธ ความผิดตามมาตรา 810.02 (1) & (2)

¹²The Theft Act 1968, Section 7 “A person guilty of theft shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding seven years”

¹³คดี *R v. Smith*, 2 All ER 530, The Supreme Court (2011).

¹⁴คดี *R v. Steven Sibley*, Case T20127434 Lewes Crown Court (2012).

¹⁵คดี *R v. Terrence Ernest Jones*, Case T20127865 Birmingham Crown Court (2012).

¹⁶The 2013 Florida Statutes, Chapter 812 Section 014

¹⁷*Ibid.*, Chapter 775 Section 082.

¹⁸*Ibid.*, Chapter 775 Section 083.

¹⁹คดี *Michelle Rimondi v. State of Florida*, No. 4D11-750 Court of Appeal of The State of Florida (2012).

²⁰คดี *Dalla Figueroa v. State of Florida*, No. SC07-1212 The Supreme Court of Florida (2006).

(b) 2) ชิงทรัพย์ โดยมีอาวุธตามมาตรา 812.13 (1) และมาตรา 812.13 (2) (a) 3) ชิงทรัพย์ โดยมีอาวุธตามมาตรา 812.13 (1) และมาตรา 812.13 (2) (a) เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าประเทศอังกฤษและอเมริกาในมลรัฐฟลอริดา มีการกำหนดอัตราโทษที่สูง ทั้งที่เป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าและให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก แต่เหตุผลที่ประเทศอังกฤษบัญญัติอัตราโทษไว้สูงก็เป็นเพราะการลักทรัพย์นั้น เป็นเรื่องที่ทุกสังคม ยอมรับว่าเป็นการกระทำที่ต้องห้ามและขัดต่อความรู้สึกทางศีลธรรมของคนในสังคม จึงมีจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองตัวทรัพย์สินและผู้ที่เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน ตามนโยบาย ที่ จะปกป้องผลประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียของเจ้าของทรัพย์ว่าด้วยการใช้นโยบายการลงโทษโดย กฎหมายอาญาและประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐฟลอริดากำหนดอัตราโทษไว้สูงก็มีเหตุผลเช่น เดียวกับประเทศอังกฤษเพราะกฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกา มีรากฐานมาจากกฎหมายคอมมอน ลอร์ของประเทศอังกฤษนั่นเองหากเปรียบเทียบกับความผิดฐานลักทรัพย์ของประเทศไทย ก็มีแนว คิดในการกำหนดอัตราโทษโดยมีจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองตัวทรัพย์สินและผู้ที่เป็นเจ้าของหรือ ผู้ครอบครองทรัพย์สินเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและอเมริกา

จากปัญหาที่มีผู้กระทำความผิดเป็นจำนวนมากและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายที่ ได้ศึกษาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวในข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขอัตราโทษในมาตรา 334 จากเดิมที่กำหนดไว้เพียง 3 ปีให้เพิ่มขึ้นอีก 2 ปีรวมเป็น 5 ปีซึ่งเท่ากับอัตราโทษในมาตรา 335 บรรดแรกและมาตรา 360 โดยถือเอาแนวทาง การกำหนดโทษของประเทศอังกฤษที่กำหนด อัตราโทษให้จำคุกไม่เกิน 7 ปีและอเมริกา ในมลรัฐฟลอริดาที่กำหนดอัตราโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 30 ปีและค่าปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเป็นอัตราโทษที่สูงกว่าของไทยมาเป็นแนวทาง โดย นำมาปรับใช้ให้มีความเหมาะสมกับมูลค่าของทรัพย์และปริมาณของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นมาก ในปัจจุบันนี้กับทั้งจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการอบรมแก้ไขโดยการฝึกอาชีพ ให้การศึกษา การอบรมทางศีลธรรมและศาสนา การจัดสวัสดิการ การให้การบำบัดแก้ไขเป็นกลุ่มและรายบุคคล ทั้งนี้เพื่อมุ่งแก้ไขสาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีความบกพร่องและเป็นเหตุให้กระทำความผิดลักทรัพย์ ในระหว่างที่อยู่ในเรือนจำและควรเพิ่มอัตราโทษปรับจากเดิมที่ไม่เกิน 6,000 บาท เพิ่มขึ้นเป็นไม่ เกิน 100,000 บาท ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างโทษจำคุกและโทษปรับนั้นผู้เขียนเห็นว่าควรมี สัดส่วนของโทษจำคุก 1 ปีเท่ากับอัตราค่าปรับ 20,000 บาท น่าจะมีความเหมาะสมกับการ กระทำความผิดในปัจจุบันโดยปกติความสัมพันธ์ระหว่างโทษจำคุกและโทษปรับในประมวล กฎหมายอาญาใน หลายมาตรานั้นมีสัดส่วนของโทษจำคุก 1 ปี จะกำหนดอัตราโทษปรับไว้ที่ 2,000 บาท แต่ก็มีอยู่บางฐานความผิดที่กำหนดให้โทษจำคุก 1 ปีมีอัตราค่าปรับที่ 20,000 บาท อันได้แก่ ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์

2. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษในความผิดฐานลักทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะ ประโยชน์ มาตรา 335 (10) เบาเกินไปทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ ปัจจุบัน

การกระทำความผิดทางอาญาในความผิดฐานลักทรัพย์ของประเทศไทยในปัจจุบันนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นการกระทำต่อทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ อาทิเช่น สายไฟฟ้าแรงสูง นอตยึดเสาส่งสายไฟฟ้าแรงสูง ฝาท่อระบายน้ำ เป็นต้น มีปริมาณคดีเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากซึ่งเห็นได้จากรายงานสถิติคดีความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 334-335 ของสำนักงานอัยการสูงสุดที่รวบรวมไว้ในปี พ.ศ. 2553 มีจำนวนทั้งสิ้น 30,690 เรื่องและในปี พ.ศ. 2554 มีจำนวนทั้งสิ้น 27,618 ตามตาราง 1 และทางสำนักงานตำรวจแห่งชาติก็ได้มีการรวบรวมจำนวนคดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดลักทรัพย์จำแนกตามลักษณะความผิดจากทั่วราชอาณาจักรตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549 เป็นจำนวน 63,649 คดี ในปี พ.ศ. 2550 เป็นจำนวน 62,000 คดี ในปี พ.ศ. 2551 เป็นจำนวน 57,457 คดี ในปี พ.ศ. 2552 เป็นจำนวน 50,431 คดีและในปี พ.ศ. 2553 เป็นจำนวน 48,790 คดี ตามตาราง 2 สถิติทั้งหลายที่กล่าวมานี้เป็นเพียงสถิติที่ทางสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้รับแจ้งและ จับได้เท่านั้น แต่ในความเป็นจริงยังมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและมีได้เข้าแจ้งความหรือได้ตกลงยอมความกันนอกเหนือจากความรู้ของเจ้าพนักงานอีกเป็นจำนวนไม่น้อย

เมื่อมีการลักตัดสายไฟฟ้าย่อมส่งผลให้ไฟฟ้าดับซึ่งได้สร้างความเสียหายเป็นอย่างมากเพราะในปัจจุบันไฟฟ้าถือเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดปัจจัยหนึ่งสำหรับการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชนในประเทศ เช่นเครื่องทำน้ำอุ่น เครื่องปรับอากาศ หลอดไส้ หลอดฟลูออเรสเซนต์ ลิฟต์ บันไดเลื่อน เป็นต้นหรือช่วยพัฒนาระบบสื่อสาร การคมนาคมให้มีความเจริญก้าวหน้า เช่น วิทยุ โทรศัพท์ โทรศัพท์ รถไฟฟ้า เป็นต้น ทั้งยังเป็นตัวแปรสำคัญในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจในการเพิ่มผลผลิตของเกษตรกรและอุตสาหกรรมที่ทันสมัย การกระจายรายได้ และสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันในด้านการผลิตและการขายสินค้า ซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจหรือการลักฝาท่อระบายน้ำที่ถือเป็นการบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิตโดยทรัพย์สินที่ได้ไปนั้น กลับนำไปจำหน่ายได้ราคาไม่มากนัก แต่ได้สร้างความเสียหายต่อหลาย ๆ ภาคส่วนเป็นอย่างมาก

เนื่องจากในปัจจุบันอัตราโทษที่กำหนดไว้ให้จำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 5 ปีและปรับตั้งแต่ 2,000 ถึง 10,000 บาท จึงทำให้น่าพิจารณาว่าเหตุที่มีผู้กระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นปริมาณมากเช่นนี้ เพราะอัตราโทษกำหนดไว้เบาเกินไปทั้งโทษจำคุกและโทษปรับจึงทำให้ผู้กระทำความผิดมิได้เกรงกลัวอัตราโทษที่กำหนดไว้แต่อย่างใดและมีได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์ในเหตุฉกรรจ์ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดอัตราโทษให้สูงขึ้นจากเดิมโดยพิจารณาจากเงื่อนไขดังนี้

1) ผลของการกระทำความผิด เพราะทรัพย์สินที่ถูกลักมากที่สุดได้แก่สายไฟฟ้าแรงสูง นอตยึดเสาส่งสายไฟฟ้าแรงสูง ฝาท่อระบายน้ำ หม้อแปลงไฟฟ้า เป็นต้น ได้สร้างความเสียหายต่อประชาชนและหน่วยงานของรัฐ ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการพัฒนา ระบบสาธารณูปโภคในด้านต่างๆ อาทิเช่นการพัฒนาระบบเศรษฐกิจในด้านการค้า การลงทุน

หรือแม้แต่การใช้เทคโนโลยีซึ่งในปัจจุบันมีความสำคัญต่อประชาชนในการใช้ชีวิตประจำวัน ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ออกอาจไม่เกรงกลัวกฎหมายทั้งที่ทรัพย์ดังกล่าวมีไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาชน

2) หลักคำนึงถึงจิตใจการลักทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ของผู้กระทำผิด ย่อมแสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายของจิตใจเป็นอย่างมาก ไม่ได้คำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตน โดยมุ่งที่จะหาแต่ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับตนเท่านั้น

3) ลักษณะของการกระทำความผิด เนื่องจากความเจริญทางด้านเทคโนโลยีและข้อมูลข่าวสารในปัจจุบันทำให้ผู้กระทำความผิดมีการพัฒนารูปแบบอาชญากรรมที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น มีการจัดการอย่างมีระบบในรูปแบบของอาชญากรรมองค์กร (Organized Crime) มีอิทธิพลต่อการเกิดอาชญากรรมในรูปแบบอื่น ๆ มากขึ้นเห็นได้จากการตั้งแก๊งค์ลักทรัพย์โดยตระเวนลักทรัพย์ไปตามสถานที่ต่าง ๆ สร้างโกดังไว้เก็บคราวละมาก ๆ แล้วนำมาแยกชิ้นส่วนส่งขายให้กับกลุ่มที่สนใจหรือกลุ่มที่คอยรับซื้อทรัพย์ที่ลักมาได้โดยมีการนำเครื่องมือที่ทันสมัยมาใช้และมีผู้มีอิทธิพลคอยหนุนหลัง

4) ความผิดที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ โดยความผิดลักทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์นั้นพบเห็นการกระทำความผิดเกิดขึ้นอยู่เป็นประจำโดยเห็นได้จากข่าวทางโทรทัศน์ หนังสือพิมพ์หรือสถิติของสำนักงานตำรวจแห่งชาติหรือศาลเป็นต้น

หากพิจารณาเหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานลักทรัพย์ที่กระทำต่อทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ของประเทศเยอรมันก็พอจะเทียบเคียงได้กับมาตรา 243 (1) ในการลักทรัพย์กรณีฉกรรจ์ จะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือนถึง 10 ปี โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ได้ระบุไว้ถ้าหากว่าผู้กระทำผิดดำเนินการดังต่อไปนี้ ข้อ 4 ขโมยทรัพย์ซึ่งเป็นของศาสนาหรือทรัพย์สินของโบสถ์หรืออาคารหรือพื้นที่อื่น ๆ ที่ใช้สำหรับการปฏิบัติกิจกรรมทางศาสนา ข้อ 5 ขโมยทรัพย์ที่มีความสำคัญสำหรับวิทยาศาสตร์ ศิลปะหรือประวัติศาสตร์หรือสำหรับการพัฒนาด้านเทคนิคซึ่งตั้งในพื้นที่ ที่บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงได้หรือแสดงต่อสาธารณชน²¹ หรือของประเทศฝรั่งเศสมีได้บัญญัติถึงการลักทรัพย์ที่กระทำต่อทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์โดยตรงแต่ก็พอจะเทียบเคียงได้กับ มาตรา 311-4 (7) การลักทรัพย์ในยานพาหนะสำหรับการขนส่งมวลชนหรือ

²¹Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB), Section 243, Especially Serious Case of Theft

(1) In especially serious cases theft shall be punished with imprisonment from three months to ten years. An especially serious cases exists as a rule, if the perpetrator:

1.

4. steals property which is used in religious services or for religious veneration from a church or other building or space used for the practice of religion;

5. steals property of significance for science, art or history or for technical development which is located in a generally accessible collection or is publicly exhibited.

ในอาคารที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นทางเข้าสู่รูปแบบการขนส่งมวลชนนั้น ผู้กระทำจะถูกลงโทษด้วยการจำคุก 5 ปีหรือปรับเป็นเงิน 75,000 ยูโร (ประมาณ 3 ล้านบาท)²² และในประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐฟลอริดา ตามมาตรา 812.014 (ข) ผู้กระทำผิดกระทำการลักทรัพย์ขนานใหญ่ในระดับที่สองอันมีโทษในฐานะความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ในระดับที่สอง (Felony of the Second Degree) ข้อ 2 หากทรัพย์สินที่ถูกขโมยเป็นสินค้าที่มีมูลค่าน้อยกว่า 50,000 ดอลลาร์ (ประมาณ 1 ล้าน 5 แสนบาท) ซึ่งใช้ในกิจการเชิงพาณิชย์ระหว่างรัฐหรือภายในรัฐจากท่าเรือที่ขนถ่ายสินค้าของผู้ขนส่งสู่ท่าเรือรับสินค้าของผู้รับหรือข้อ 3. ทรัพย์สินที่ถูกขโมยเป็นเครื่องมือแพทย์ฉุกเฉิน ที่มีมูลค่าถึง 300 ดอลลาร์หรือมากกว่า ซึ่งได้นำมาจากสิ่งอำนวยความสะดวกที่ได้รับใบอนุญาตหรือจากอากาศยานหรือพาหนะที่ได้รับอนุญาต โดยมีบทลงโทษตามมาตรา 775.082 บทลงโทษ (Penalties) (c) สำหรับความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ในระดับที่ 2 ให้รับโทษจำคุกไม่เกิน 15 ปีและมาตรา 775.083 ค่าปรับ (Fines) (b) 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อการกระทำผิดเป็นความผิดอาญาอุกฉกรรจ์ในระดับที่ 1 หรือ 2

การที่ในกฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดอัตราโทษไว้สูงกว่าของไทยมาก ทั้งโทษจำคุกและโทษปรับโดยเฉพาะโทษปรับกำหนดไว้สูงมาก เนื่องจากการลักทรัพย์ในสถานที่ราชการมีทรัพย์สินซึ่งมีความสำคัญต่อสถานที่ราชการ เช่นเอกสารข้อมูลของทางราชการหรือสถานที่จัดไว้เพื่อให้บริการสาธารณะก็เนื่องจากเป็นสถานที่ที่มีประชาชนอยู่เป็นจำนวนมาก นอกจากเหตุที่เป็น การเข้าไปลักทรัพย์โดยไม่ได้รับอนุญาตและเป็นการกระทำความผิดอันเป็นการบุกรุกหรือละเมิดต่อสถานที่แล้วซึ่งถือได้ว่ามีความออกอาจันเป็นเหตุให้ต้องได้รับโทษหนักขึ้น

หากเปรียบเทียบกับประเทศไทยพบปัญหาที่มีผู้ลักสายไฟฟ้าแรงสูง นอตยึดเสาส่งสายไฟฟ้าแรงสูง ฝาท่อระบายน้ำเป็นจำนวนมากและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายที่ได้ศึกษาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวในข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขอัตราโทษในมาตรา 335 (10) จากเดิมที่กำหนดให้จำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 5 ปีและปรับตั้งแต่ 2,000 ถึง 10,000 บาทให้เพิ่มขึ้นเป็นจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 15 ปีและปรับตั้งแต่ 20,000 บาทถึง 300,000 บาทโดยถือเอาแนวทางการกำหนดโทษจำคุกของประเทศสหรัฐอเมริกาใน มลรัฐฟลอริดาและโทษปรับของประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดอัตราโทษไว้สูงกว่าของไทยมาเป็นแนวทาง น่าจะมีความเหมาะสมกับความร้ายแรงและ

²²Code pénal, Article 311-4 "Le vol est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende

7. Lorsqu'il est commis dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs.

หรือ Penal Code Article 311-4 "Theft is punished by five years imprisonment and a fine of 75,000

7. When committed to an affected passenger transportation or a place for access to means of passenger transportation vehicle.

ปริมาณของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นมากในปัจจุบันนี้ ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างโทษจำคุกและโทษปรับ ในประมวลกฎหมายอาญาในหลายมาตรานั้นมีสัดส่วนของโทษจำคุก 1 ปี จะกำหนดอัตราโทษปรับไว้ที่ 2,000 บาท แต่ก็มีอยู่บางฐานความผิดที่กำหนดให้โทษจำคุก 1 ปีมีอัตราค่าปรับที่ 20,000 บาท อันได้แก่ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์น่าจะมีความเหมาะสมกับการกระทำความผิดในปัจจุบัน กับทั้งจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการอบรมแก้ไขโดยการฝึกอาชีพ ให้การศึกษา การอบรมทางศีลธรรมและศาสนา การจัดสวัสดิการ การให้การบำบัดแก้ไขเป็นกลุ่มและรายบุคคล ทั้งนี้เพื่อมุ่งแก้ไขสาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีความบกพร่องและเป็นเหตุให้กระทำความผิดซ้ำในระหว่างที่อยู่ในเรือนจำ

3. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษในความผิดฐานรับของโจรที่ได้กระทำต่อทรัพย์สินอันได้มาโดยการลักทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์มาตรา 357 วรรคสอง เบาเกินไปทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ

ในปัจจุบันการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินฐานลักทรัพย์และรับของโจรเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากนั้น มาจากการที่ผู้กระทำความผิดสามารถจำหน่ายหรือแลกเปลี่ยนทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดในราคาที่สูงเพราะไม่ต้องลงทุนแต่ได้ผลประโยชน์ที่คุ้มค่ากับความเสี่ยงโดยเฉพาะการลักสายไฟฟ้าแรงสูง นอตยึดเสาส่งสายไฟฟ้าแรงสูงหรือฝาท่อระบายน้ำ อันเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ หากพิจารณาจากสถิติของการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติตามตาราง 2 ในปี พ.ศ. 2552 จำนวน 240 คดี ในปี พ.ศ. 2553 จำนวน 269 คดี และในปี พ.ศ. 2554 จำนวน 11,059 คดีโดยมีแนวโน้มสูงขึ้นอยู่ทุกปีและสถิติของการกระทำความผิดฐานรับของโจรของทางสำนักงานอัยการสูงสุดตามตาราง 1 ในปี พ.ศ. 2553 จำนวน 291 คดีและในปี พ.ศ. 2554 จำนวน 301 คดี

เนื่องจากความผิดฐานรับของโจรมีองค์ประกอบที่บัญญัติเป็นความผิดคือผู้ใดช่วยซ่อนเร้น ช่วยจำหน่าย ช่วยพาเอาไปเสีย ซื้อ รับจําหน่ายหรือรับไว้โดยประการใด ซึ่งทรัพย์สินอันได้มาโดยการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์โดยเฉพาะเป็นการกระทำต่อทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้สร้างความเสียหายโดยตรงจากความเสียหายในการลักทรัพย์ แต่ก็ถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนให้เกิดการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ซึ่งโดยทั่วไปผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์กระทำเพื่อขายทรัพย์สินที่ลักมาได้ แต่โดยเหตุที่ผู้กระทำความผิดนั้นมีอุปสรรคในการที่จะติดต่อเพื่อขายทรัพย์สินให้กับผู้ซื้อจึงจำเป็นต้องกระทำผ่านทางคนกลางซึ่งเป็นผู้รับของโจรโดยอาชีพ เห็นได้จากเวลาที่จับกุมผู้กระทำความผิดได้มักจะให้การว่าทรัพย์สินที่ได้จะนำไปจำหน่ายให้กับร้านรับซื้อของเก่าหรือขบวนการที่มีหน้าที่รับซื้อทรัพย์สินที่ลักมาได้โดยเฉพาะและยอมส่งผลกระทบต่อนานหลาย ๆ ภาคส่วนเพราะหากมีการลักตัดสายไฟฟ้ายอมส่งผลให้ไฟฟ้าดับเกิดความเสียหายเป็นอย่างมากเพราะในปัจจุบันไฟฟ้าถือเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดปัจจัยหนึ่งสำหรับการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชนในประเทศ เช่นเครื่องทำน้ำอุ่น เครื่องปรับอากาศ หลอดไส้ หลอดฟลูออเรสเซนต์

ลัพท์ บันไดเลื่อนเป็นต้นหรือช่วยพัฒนาระบบสื่อสาร การคมนาคมให้มีความเจริญก้าวหน้า เช่น วิทยุ โทรศัพท์ โทรทัศน์ รถไฟฟ้า เป็นต้น ทั้งยังเป็นตัวแปรสำคัญในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจในการเพิ่มผลผลิตของเกษตรกรและอุตสาหกรรมที่ทันสมัย การกระจายรายได้ และสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันในด้านการผลิตและการขายสินค้า ซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจหรือการลักพาต่อระบายน้ำที่ถือเป็นการบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตโดยทรัพย์สินที่ได้ไปแม้มีมูลค่าไม่มากนักแต่เกิดความเสียหายต่อหลาย ๆ ภาคส่วนเป็นอย่างมาก

จากปัญหาการกระทำความผิดทางอาญาในความผิดฐานฐานลักทรัพย์ของประเทศไทยที่มีปริมาณคดีเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากในปัจจุบันนั้นปัญหาส่วนหนึ่งก็มาจากบทบัญญัติในมาตรา 357 วรรคสอง ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 6 เดือนถึง 10 ปีและปรับตั้งแต่ 1,000 บาทถึง 20,000 บาท ถือว่าเป็นการกำหนดอัตราโทษไว้ต่ำเกินไป จึงทำให้ผู้กระทำความผิดมิได้เกรงกลัวอัตราโทษที่กำหนดไว้แต่อย่างใดและมีได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานรับของโจรที่มุ่งหมายที่จะลงโทษผู้ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินโดยกระทำการในลักษณะใด ๆ ที่เป็นการช่วยเหลือผู้กระทำความผิด อันมีผลเป็นการทำให้การติดตามทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดนั้น ๆ ไม่สามารถทำได้โดยง่ายหรือหลุดพ้นไปจากการติดตามของเจ้าของหรือผู้ที่สืบอำนาจติดตามและจากปริมาณของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นประกอบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับประชาชนนั้นย่อมแสดงให้เห็นว่าอัตราโทษเดิมไม่ได้มีผลในการยับยั้งการกระทำความผิดได้ จึงทำให้ผู้กระทำความผิดมิได้เกรงกลัวอัตราโทษที่กำหนดไว้แต่อย่างใด มิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์และการลักทรัพย์ในเหตุฉกรรจ์ สาเหตุที่ต้องบัญญัติให้เหตุฉกรรจ์มีอัตราโทษที่สูงกว่าเหตุธรรมดาเพราะว่าลักษณะของการกระทำได้แสดงถึงความร้ายแรงหรือความอุกอาจของผู้กระทำความผิดโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำต่อทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นความเสียหายที่มีได้เกิดขึ้นกับประชาชนเพียงคนเดียว แต่มีผลกระทบกระเทือนต่อส่วนรวมในวงกว้าง หากพิจารณาความผิดฐานรับของโจรของประเทศอังกฤษ มาตรา 22²³ ผู้ที่จัดการกับของที่ถูกลักทรัพย์ผู้ใดที่รู้หรือเชื่อว่าของนั้นถูกลักทรัพย์มา หากแต่รับของนั้นไว้โดยความไม่ซื่อสัตย์หรือให้ความช่วยเหลือเก็บรักษาไว้ เคลื่อนย้าย กำจัด หรือจำหน่ายหรือนำไป

²³The Theft Act 1968, Section 22

(1) A person handles stolen goods if (otherwise than stolen goods, in the course of the stealing) knowing or believing them to be stolen goods, he dishonestly receives the goods, or dishonestly undertakes or assists in their retention, removal, disposal or realisation by or for the benefit of another person, or if he arranges to do so.

(2) A person guilty of handling stolen goods shall on conviction on indictment be liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

หาผลกำไรจากบุคคลอื่นหรือจัดการอย่างใดอย่างหนึ่งกับของสิ่งนั้น ผู้ที่กระทำผิดจะต้องถูกระวางโทษจำคุกไม่เกิน 14 ปี

เหตุผลที่มีการกำหนดโทษไว้สูงเพราะในช่วงหนึ่งปรากฏคดีที่มีชื่อเสียงในทางไม่ดีเกี่ยวกับผู้รับของโจรที่กระทำการเป็นมืออาชีพ เรียกว่า “Fence” มักเป็นผู้ที่ถอดชิ้นส่วนของรถยนต์เพื่อนำมาแยกชิ้นส่วนขายซึ่งหากไม่มีผู้ดำเนินการเช่นนี้การโจรกรรมรถยนต์ก็จะเกิดขึ้นน้อยลงหรือความผิดฐานรับของโจรของประเทศเยอรมันมาตรา 260a (1)²⁴ รับของโจรที่ทำการค้าหรือแก๊งค์ ต้องระวางโทษไม่เกิน 10 ปีหรือความผิดฐานรับของโจรของประเทศฝรั่งเศสมาตรา 321-1²⁵ การรับของที่ถูกปกปิด การถือหรือส่งของหรือกระทำตนเป็นตัวกลางหรือรู้ว่าสิ่งนั้นที่ได้รับเป็นสิ่งที่ได้จากอาชญากรรมหรือนอกจากนั้นยังมีการปกปิดความจริง สิ่งที่อยู่ ผลประโยชน์ ไม่ว่าจะโดยวิธีการหรือกระบวนการใด ๆ จากอาชญากรรมหรือมิจฉาชีพ มีบทลงโทษโดยจำคุก 5 ปีและปรับ 375,000 ยูโร (ประมาณ 15 ล้านบาท) มาตรา 321-3²⁶ การรับของโจรที่กระทำเป็นแก๊งค์ มีบทลงโทษโดยจำคุก 10 ปีและปรับ 750,000 ยูโร (ประมาณ 30 ล้านบาท) เหตุผลที่มีการกำหนดโทษไว้สูงเพราะเป็นวิธีการทางอ้อมที่จะต่อต้านการกระทำความผิดลักทรัพย์โดยการช่วยจำหน่ายทรัพย์ที่ได้มาจากการโจรกรรม

²⁴Professional Receiving Stolen Property, Section 260a

(1) Whoever professionally commits receiving stolen property as a member of a gang, which has combined for the continued commission of robbery, theft or receiving stolen property, shall be punished with imprisonment from one year to ten years.

²⁵Code Pénal, Article 321-1 “Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit

Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende”

หรือ Penal Code Article 321-1 "Receiving is the concealment, hold or transmit something, or to act as an intermediary to transmit, knowing that this thing from a crime or offense

Is also a concealing the fact, knowingly, to benefit, by any means, the proceeds of a crime or offense

Receiving is punishable by five years imprisonment and a 375,000 euros fine”

²⁶Code Pénal, Article 321-3 “Les peines d'amende prévues par les articles 321-1 et 321-2 peuvent être élevées au-delà de 375000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés”

หรือ Penal Code Article 321-3 "The fine penalties under articles 321-1 and 321-2 may be elevated beyond 375,000 euros up to half of the value of goods surmounting"

ปัญหาอีกประการหนึ่งในการฟ้องคดีฐานลักทรัพย์หรือรับของโจรนั้น ส่วนใหญ่เมื่อมาถึงชั้นศาล หากจำเลยรับสารภาพ จำเลยก็จะรับสารภาพในฐานะรับของโจรทำให้เกิดความไม่แน่นอนของสถิติคดีที่นำไปเผยแพร่ต่อบุคคลทั่วไปไม่ว่าจะเพื่อในทางการศึกษาหรือเพื่อประโยชน์อื่นใด ดังนั้นเมื่อมองดูเคส ในสายตาของคนธรรมดาทั่ว ๆ ไป อาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าความผิดฐานรับของโจรเป็นความผิดที่มีความร้ายแรงน้อยกว่าความผิดฐานลักทรัพย์ จากบทกำหนดโทษในเรื่องลักทรัพย์หรือรับของโจรจะเห็นได้ชัดในตัวของมันเองว่าความผิดฐานรับของโจรเป็นความผิดซึ่งร้ายแรงกว่าความผิดฐานลักทรัพย์ดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 240/2521 รดยนต์ฎีกที่พระนครระหว่างเวลาเย็นคืนวันนั้นเวลา 2 นาฬิกา จำเลยขับรถคันนั้นที่อำเภอวังน้อย จังหวัดอยุธยา จำเลยทิ้งรถหนีตำรวจ ระยะเวลาและสถานที่ห่างกันหลายชั่วโมงและไกลมีทางเปลี่ยนมือได้ เป็นความผิดฐานรับของโจรไม่ใช่ลักทรัพย์

คดีนี้ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335 จำคุก 6 ปี จำเลยฎีกาศาลฎีกาวินิจฉัยข้อกฎหมายว่า“พยานหลักฐาน โจทก์ฟังได้มั่นคงว่าจำเลยได้ร่วมกับนายบุญชูจำเลยซึ่งศาลพิพากษาลงโทษพารณของผู้เสียหายไปในคืนเกิดเหตุ ส่วนจำเลยจะมีความผิดฐานใดนั้น เห็นว่าตามคำของผู้เสียหายว่าได้จดรถไว้ตั้งแต่ตอนเย็นเวลาและสถานที่ที่พยานโจทก์เห็นจำเลยและพวกครอบครองและเป็นระยะทางไกลกับที่จอดรถมาก รถมีทางเปลี่ยนมือได้ประกอบกับนายบุญชูจำเลยซึ่งศาลลงโทษไปแล้วรับสารภาพฐานรับของโจรจึงควรลงโทษจำเลยฐานรับของโจร พิพากษาแก่จำคุกจำเลย 4 ปีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 357” จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เมื่อพิจารณาเพียงผิวเผินในฐานะของผู้ที่จะต้องรับโทษตามคำพิพากษาและประชาชนทั่วไปจะเห็นได้ว่า หากศาลพิพากษาว่าจำเลยผิดฐานลักทรัพย์จะถูกจำคุก 6 ปี แต่หากพิพากษาว่าจำเลยผิดฐานรับของโจรจะถูกจำคุกเพียง 4 ปี ดังนั้น หากเป็นกรณีที่จำเลยจะรับสารภาพจำเลยจึงได้รับประโยชน์จากการรับสารภาพในฐานะรับของโจรและย่อมเลือกที่จะรับสารภาพในฐานะรับของโจรทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงในคดีอาจจะเป็นเรื่องลักทรัพย์ก็ได้ ในทางปฏิบัติของคดีที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบันก็เป็นที่ยกกันอยู่ทั่วไปว่าจำเลยเลือกรับสารภาพในฐานะรับของโจรและก่อนที่จะรับสารภาพจำเลยก็รู้ล่วงหน้าว่าศาลจะพิพากษาลงโทษน้อยกว่าฐานลักทรัพย์ ทั้งนี้เพราะศาลบางแห่งได้ถือปฏิบัติตามสูตรของการลงโทษหรือยึดถือเป็นเวลานานมาแล้ว ผลซึ่งอาจตามมาก็คือประชาชนทั่ว ๆ ไปอาจเข้าใจได้ว่าการรับของโจรเป็นเรื่องที่ร้ายแรงน้อยกว่าการลักทรัพย์และอีกประการหนึ่งสถิติคดีเกี่ยวกับคดีลักทรัพย์และรับของโจรจะผิดพลาดไปอย่างน่าเสียดายและโดยที่รู้อยู่แล้วว่าจะต้องผิด

จากปัญหาการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ฐานรับของโจรโดยเฉพาะเป็นการกระทำต่อทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์เช่นสายไฟฟ้าแรงสูง นอตยึดเสาส่งสายไฟฟ้าแรงสูงหรือฝาท่อระบายน้ำที่มีเป็นจำนวนมากและผลกระทบที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายที่ได้ศึกษาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวในข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการเพิ่มอัตราโทษทั้งโทษจำคุก

และโทษปรับให้หนักขึ้น โดยเพิ่มโทษในมาตรา 357 วรรคสอง ที่เดิมกำหนดโทษจำคุกไว้ 6 เดือน ถึง 10 ปี และปรับตั้งแต่ 1,000 บาทถึง 20,000 บาท ให้เพิ่มขึ้นเป็นจำคุกตั้งแต่ 1 ปีถึง 15 ปี โดยจะเท่ากับอัตราโทษในมาตรา 335 ทวิวรรคสอง และมาตรา 336 วรรคสี่ แต่ที่ต้องกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำไว้ เนื่องจากว่าเป็นการกระทำต่อทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ และปรับตั้งแต่ 20,000 บาทถึง 300,000 บาท ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างโทษจำคุกและโทษปรับนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีสัดส่วนของโทษจำคุก 1 ปีเท่ากับอัตราค่าปรับ 20,000 บาท น่าจะมีความเหมาะสมกับความร้ายแรงและปริมาณของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นมากในปัจจุบันนี้ โดยปกติความสัมพันธ์ระหว่างโทษจำคุกและโทษปรับในประมวลกฎหมายอาญาในหลายมาตรานั้นมีสัดส่วนของโทษจำคุก 1 ปี จะกำหนดอัตราโทษปรับไว้ที่ 2,000 บาท แต่ก็มียุ่บางฐานความผิดที่กำหนดให้โทษจำคุก 1 ปี มีอัตราค่าปรับที่ 20,000 บาท อันได้แก่ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์

ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาจากที่จำเลยเลือกรับสารภาพในฐานะรับของโจร ในกรณีที่ถูกฟ้องในข้อหาลักทรัพย์หรือรับของโจรต่อทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์สืบเนื่องจากการใช้ดุลพินิจของศาลในการกำหนดโทษจึงควรกำหนดอัตราโทษในความผิดฐานนี้ ให้มีอัตราที่ใกล้เคียงหรือเท่ากับโทษฐานลักทรัพย์แล้วก็อาจจะเป็นวิธีหนึ่งที่ทำให้จำเลยไม่รับสารภาพในฐานะรับของโจรเสมอไป ผลดีซึ่งอาจเกิดขึ้นตามมาก็คือหากจำเลยหรือประชาชนรู้ว่าไม่ว่าตนจะรับสารภาพในความผิดฐานใดก็ตามโทษที่จะได้รับก็จะเท่ากันหรือใกล้เคียงกันอยู่ดี ย่อมทำให้จำเลยที่จะรับสารภาพอยู่แล้วก็จะรับสารภาพไปตามความเป็นจริงกล่าวคือถ้าตนลักทรัพย์นั้นมาก็ย่อมรับสารภาพในฐานะลักทรัพย์ หรือหากตนรับของโจรมาก็ย่อมรับสารภาพในฐานะรับของโจร สถิติคดีที่น่าไปเผยแพร่ต่อบุคคลทั่วไปไม่ว่าจะเพื่อในทางการศึกษาหรือเพื่อประโยชน์อื่นใดก็ตามก็ย่อมถูกต้องแน่นอนยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังเป็นการดึงความรู้สึกของประชาชนกลับมาเป็นว่าการรับของโจรนั้นเป็นเรื่องที่เลวร้ายกว่าการลักทรัพย์ ประชาชนย่อมเกิดความเข้าใจเองว่าหากปราศจากซึ่งผู้รับของโจรแล้วผู้ลักทรัพย์ย่อมที่จะลดน้อยลงไป

4. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษในความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ มาตรา 360 เบาเกินไปทั้งโทษจำคุกและโทษปรับ

ในปัจจุบันการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินทำให้เสียทรัพย์ของประเทศไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นการกระทำต่อทรัพย์ที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ อาทิเช่น สายไฟฟ้าแรงสูง นอตยึดเสาส่งสายไฟฟ้าแรงสูง ฝาท่อระบายน้ำเป็นต้น ได้มีปริมาณคดีเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากโดยเห็นได้จากรายงานสถิติคดีความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติตามตาราง 2 ในปี พ.ศ. 2552 จำนวน 6,226 คดี ในปี พ.ศ. 2553 จำนวน 5,843 คดี และในปี พ.ศ. 2554 จำนวน 1,473 คดี และสถิติของการกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ของทางสำนักงานอัยการสูงสุดตาม ตาราง 1 ในปี พ.ศ. 2553 จำนวน 1,900 คดี และในปี พ.ศ. 2554 จำนวน 1,293 คดี และจากสถิติทั้งหลายที่กล่าวมานี้เป็นเพียงสถิติที่ทางสำนักงานตำรวจแห่งชาติได้รับแจ้งและ

จับกุมได้เท่านั้น แต่ในความเป็นจริงยังมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นและมิได้เข้าแจ้งความหรือได้ตกลงยอมความกันนอกเหนือจากความรับรู้ของเจ้าพนักงานอีกเป็นจำนวนไม่น้อย

เมื่อมีการกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ด้วยการลักตัดสายไฟฟ้ายอมส่งผลให้ไฟฟ้าดับเกิดความเสียหายเป็นอย่างมาก เพราะในปัจจุบันไฟฟ้าถือเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดปัจจัยหนึ่งสำหรับการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชนในประเทศ เช่น เครื่องทำน้ำอุ่น เครื่องปรับอากาศ หลอดไส้ หลอดฟลูออเรสเซนต์ ลิฟต์ บันไดเลื่อนเป็นต้นหรือช่วยพัฒนาระบบสื่อสาร การคมนาคม ให้มีความเจริญก้าวหน้าเช่นวิทยุ โทรศัพท์ โทรทัศน์ รถไฟฟ้า เป็นต้น ทั้งยังเป็นตัวแปรสำคัญในการพัฒนาระบบเศรษฐกิจในการเพิ่มผลผลิตของเกษตรกรและอุตสาหกรรมที่ทันสมัย การกระจายรายได้และสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันในด้านการผลิตและการขายสินค้า ซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจการลักฝาท่อระบายน้ำที่ถือเป็นการบริการสาธารณะที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในสิ่งอุปโภคที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตอันเป็นการคำนึงถึงประโยชน์ของส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ของส่วนบุคคลซึ่งทรัพย์สินที่ได้ไปแม้มีมูลค่าไม่มากนักแต่เกิดความเสียหายต่อหลาย ๆ ภาคส่วนเป็นอย่างมาก นอกจากประชาชนจะได้รับความเสียหายแล้วภาครัฐเองยังต้องรับภาระหนักในการแก้ไขปัญหาทำให้ฝ่ายที่รับผิดชอบในระบบงานยุติธรรมต้องเพิ่มงบประมาณเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม การลงทุนในสิ่งเหล่านี้ทำให้การพัฒนาในด้านอื่นต้องได้รับผลกระทบตามไปด้วย อีกทั้งหากพิจารณาในแง่เศรษฐกิจก็ได้รับผลกระทบเช่นกัน เพราะการกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์ มิได้ทำให้เกิดการเสียภาษีแก่ภาครัฐ

เนื่องจากในปัจจุบันเกิดสภาพปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำทำให้คนตกงาน ความยากจน ยาเสพติด อิทธิพลของระบบวัตถุนิยมได้เข้ามามีบทบาทในความรู้สึกนึกคิดของคนในสังคมปัจจุบัน ทำให้เกิดการตอบสนองทางด้านวัตถุโดยการไต่ตรองอย่างละเอียดรอบคอบถึงเหตุผลของความถูกต้องชอบธรรม เนื่องจากการกระทำที่ไม่ต้องลงทุนแต่มีผลตอบแทนที่ค่อนข้างสูง ประกอบกับอัตราโทษที่กำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท จึงทำให้น่าพิจารณาว่าเหตุที่มีผู้กระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นปริมาณมากเช่นนี้เพราะอัตราโทษกำหนดไว้เบาเกินไปทั้งโทษจำคุกและโทษปรับจึงทำให้ผู้กระทำความผิดมิได้เกรงกลัวอัตราโทษที่กำหนดไว้แต่อย่างใดและมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการบัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์ในเหตุฉกรรจ์ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดอัตราโทษให้สูงขึ้นจากเดิมโดยพิจารณาจากเงื่อนไขดังนี้

1) ผลของการกระทำความผิดเพราะทรัพย์สินที่ถูกทำให้เสียหายมากที่สุดได้แก่ สายไฟฟ้าแรงสูง นอตยึดเสาส่งสายไฟฟ้าแรงสูง ฝาท่อระบายน้ำ หม้อแปลงไฟฟ้า เป็นต้น ได้สร้างความเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐจะเห็นว่ามูลค่าความเสียหายมีมูลค่าสูงและต้องนำงบประมาณมาซ่อมแซมส่วนที่ได้รับความเสียหายอีก ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวสร้างขึ้นเพื่อให้มีการพัฒนาระบบสาธารณูปโภคในด้านต่าง ๆ เช่นการพัฒนาระบบเศรษฐกิจในด้านการค้า การลงทุนหรือแม้แต่การใช้เทคโนโลยีซึ่งในปัจจุบันมีความสำคัญต่อประชาชนในการใช้ชีวิตประจำวันถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ออกอาจไม่เกรงกลัวกฎหมายทั้งที่ทรัพย์สินดังกล่าวมีไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกันของประชาชน

2) หลักคำนิ่งถึงจิตใจ การทำให้เสียหายต่อทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ของผู้กระทำความผิด ย่อมแสดงให้เห็นถึงความชั่วร้ายของจิตใจเป็นอย่างมาก ไม่ได้คำนึงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตน โดยมุ่งที่จะหาแต่ผลประโยชน์ที่เกิดกับตนเท่านั้น

3) ลักษณะของการกระทำความผิด เนื่องจากความเจริญทางด้านเทคโนโลยีและข้อมูลข่าวสารในปัจจุบันทำให้ผู้กระทำความผิดมีการพัฒนารูปแบบอาชญากรรมที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น มีการจัดการอย่างมีระบบในรูปแบบของอาชญากรรมองค์กร (Organized Crime) มีอิทธิพลต่อการเกิดอาชญากรรมในรูปแบบอื่น ๆ มากขึ้น

4) ความผิดที่เกิดขึ้นบ่อย ๆ โดยความผิดฐานทำให้เสียหายต่อทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์นั้นพบเห็นการกระทำความผิดเกิดขึ้นอยู่เป็นประจำโดยเห็นได้จากข่าวทางโทรทัศน์ หนังสือพิมพ์หรือสถิติของสำนักงานตำรวจแห่งชาติหรือศาล เป็นต้น

หากพิจารณาความผิดฐานทำให้เสียหายทรัพย์สิน ที่กระทำต่อทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ของประเทศเยอรมันก็พอจะเทียบเคียงได้กับมาตรา 109e²⁷ การบ่อนทำลายทรัพย์สินของกลาโหม ผู้ใดก็ตามที่ทำลาย ก่อให้เกิดความเสียหาย เปลี่ยนแปลง หรือเคลื่อนย้ายทรัพย์สินทางการทหารหรือติดตั้งอุปกรณ์ทางการทหารที่มีไว้สำหรับป้องกันภัยคุกคามระดับชาติหรือคุ้มครองประชาชนพลเรือนจากภัยสงครามหรือก่ออันตรายต่อความมั่นคงของประเทศเยอรมันต่อกำลังทหาร และต่อชีวิตมนุษย์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน ถึง 5 ปี (4) เฉพาะกรณีร้ายแรง บทลงโทษจะต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 1-10 ปี, มาตรา 305²⁸ การทำลายโครงสร้าง (1) ผู้ใดก็ตามที่ทำลายบางส่วนหรือทั้งหมดของอาคารสิ่งก่อสร้าง เรือ สะพาน เขื่อน ถนน รางรถไฟ หรือสิ่งก่อสร้างอื่น ๆ ซึ่งเป็นทรัพย์สินของบุคคลอื่นโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย จะ

²⁷Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB), Section 109e, Acts of Sabotage against Means of Defense

(1) Whoever without authorization destroys, damages, alters, renders unusable or removes military resources or an installation or facility, which is used entirely or predominantly for national defense or protection of the civilian population from the dangers of war, and thereby endangers the security of the Federal Republic of Germany, the fighting strength of its troops, or human life, shall be punished with imprisonment from three months to five years ...

(4) In especially serious cases the punishment shall be imprisonment from one year to ten years.

²⁸ Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB) , Section 305, Destruction of Structures

(1) Whoever unlawfully destroys, in whole or in part, a building, ship, bridge, dam, a constructed road, a railroad or another structure, which is the property of another, shall be punished with imprisonment for not more than five years or a fine.

ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับหรือของประเทศไทยฝรั่งเศส มาตรา 433-4²⁹ การทำลาย การตัดแปลงหรือเคลื่อนย้ายเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินหรือโฉนดที่ดินหรือทรัพย์สินส่วนบุคคลหรือ สาธารณะหรือทรัพย์สินในความรับผิดชอบดูแลรักษาความปลอดภัยทั้งภาครัฐและเอกชน บทลงโทษคือจำคุก 7 ปีและปรับ 100,000 ยูโร (ประมาณ 40 ล้านบาท) เป็นต้น ถึงแม้อัตราโทษ จำคุกจะมีความใกล้เคียงกับของไทย แต่อัตราโทษปรับอย่างของประเทศไทยฝรั่งเศสมีการกำหนดไว้ สูงกว่าของไทยมาก

หากเปรียบเทียบกับประเทศไทยพบปัญหาที่มีผู้ทำให้เสียหายต่อสายไฟฟ้าแรงสูง นอตยึด เสาส่งสายไฟฟ้าแรงสูง ฝาท่อระบายน้ำเป็นจำนวนมาก และจากผลกระทบที่เกิดขึ้นทั้งกับภาครัฐ เองหรือแม้แต่ประชาชนที่ได้ศึกษาจากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวในข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ไขอัตราโทษในมาตรา 360 จากเดิมที่กำหนดให้จำคุกไม่เกิน 5 ปี และโทษปรับกำหนดไม่ เกิน 10,000 บาท ให้เพิ่มขึ้นเป็นจำคุกไม่เกิน 10 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท โดยถือเอา แนวทางการกำหนดโทษจำคุกของประเทศเยอรมันและโทษปรับของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทาง นำจะมีความเหมาะสมกับความร้ายแรงและปริมาณของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นมากใน ปัจจุบันนี้ และอัตราโทษดังกล่าวมีอัตราโทษขั้นสูงเท่ากับมาตรา 335 ทวิวรรคแรก มาตรา 336 วรรคสาม หรือมาตรา 278 ในเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างโทษจำคุกและ โทษปรับในประมวลกฎหมายอาญาในหลายมาตรานั้นมีสัดส่วนของโทษจำคุก 1 ปี จะกำหนด อัตราโทษปรับไว้ที่ 2,000 บาท

แต่ก็มีอยู่บางฐานความผิดที่กำหนดให้โทษจำคุก 1 ปี มีอัตราค่าปรับที่ 20,000 บาท อัน ได้แก่ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดอัตราโทษจำคุก 1 ปีต่อค่า ปรับ 20,000 บาท น่าจะมีความเหมาะสมกับการกระทำความผิดในปัจจุบัน การแก้ไขอัตราโทษ ในมาตรา 360 จากเดิมที่กำหนดให้จำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท ให้เพิ่มขึ้นเป็น จำคุกไม่เกิน 6 ปีหรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท ย่อมจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับการอบรมแก้ไข

²⁹Code Pénal, Article 433-4 "Le fait de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende"

หรือ Penal Code Article 433-4 "Destroying, divert or remove a deed or title, or public or private funds, or effects, coins, or securities in lieu thereof or any other object, which were presented in virtue of his office, a person holding public authority or discharging a public service mission, a public accountant, a public trustee or one of his subordinates, is punished by seven years' imprisonment and 100,000 euro fine "

โดยการฝึกอาชีพ ให้การศึกษา การอบรมทางศีลธรรมและศาสนา การจัดสวัสดิการ การให้การบำบัดแก้ไขเป็นกลุ่มและรายบุคคล ทั้งนี้เพื่อมุ่งแก้ไขสาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดมีความบกพร่องและเป็นเหตุให้กระทำความผิดลัทธิภัยในระหว่างที่อยู่ในเรือนจำ

ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาเพื่อจะหาแนวทางแก้ไขหลักเกณฑ์เดิมให้สอดคล้องกับภาวะสังคมปัจจุบันเพราะอาจเห็นว่าการที่คนไม่เกรงกลัวการกระทำความผิดอาญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน มาตรา 334 มาตรา 335 (10) มาตรา 357 วรรคสอง และมาตรา 360 จึงทำให้มีผู้กระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นจำนวนมากนั้น ก็อาจเป็นเพราะกฎหมายกำหนดอัตราโทษไว้เบาเกินไปจึงไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อทดแทนความผิดและยับยั้งป้องกันอาชญากรรมประกอบกับบทบัญญัติในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินดังกล่าวได้ใช้บังคับมานานแล้ว จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกำหนดอัตราโทษให้สูงขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับปริมาณและความร้ายแรงของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นอันเป็นปฏิกิริยาที่ตอบสนองต่อปัญหาอาชญากรรมในการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความเป็นธรรมต่อสภาพสังคมปัจจุบันและอนาคตที่ประชาชนพึงได้รับมากที่สุด ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นโดยการเพิ่มอัตราโทษให้มีความเหมาะสมของแต่ละปัญหาตามตารางเปรียบเทียบ ดังต่อไปนี้

ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่บังคับใช้ในปัจจุบัน	ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เสนอแก้ไขใหม่
มาตรา 334 “ผู้ใดเอาทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินหกพันบาท” มาตรา 335 “ผู้ใดลักทรัพย์ . . . (10) ที่ใช้หรือมีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ เครื่องมืออันมีไว้สำหรับประกอบกิจกรรมหรือได้มาจากการกิจกรรมนั้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งหมื่นบาท มาตรา 357 “ถ้าความผิดฐานรับของโจรนั้นได้ กระทำต่อทรัพย์สินอันได้มาโดยการลักทรัพย์ ตามมาตรา 335 (10) . . . ผู้กระทำต้องระวาง	มาตรา 334 “ผู้ใดเอาทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งแสนบาท” มาตรา 335 โดยการเพิ่มวรรคสาม “ผู้ใดลักทรัพย์ (1)..... (2)..... วรรคสาม “ถ้าความผิดตามวรรคแรก เป็นการกระทำต่อทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสามแสนบาท” มาตรา 357 โดยการเพิ่มวรรคสาม “ถ้าการกระทำความผิดฐานรับของโจรนั้นได้กระทำต่อทรัพย์สินอันได้มาโดยการลักทรัพย์ตามมาตรา

ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่บังคับใช้ในปัจจุบัน	ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่เสนอแก้ไขใหม่
โทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงสิบปีและปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงสองหมื่นบาท . . .” มาตรา 360 “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือ ทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินที่ ใช้หรือมีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่น บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”	335 (10) ผู้กระทำความผิดระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสามแสนบาท” มาตรา 360 “ผู้ใดทำให้เสียหาย ทำลาย ทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์สินที่ ใช้หรือมีไว้เพื่อสาธารณประโยชน์ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสน บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ”

บรรณานุกรม

- ชาญชัย แสวงศักดิ์, และวรรณชัย บุญบำรุง. สารานุกรมเกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- ประเสริฐ เมฆมณี. หลักทฤษฎีบท. กรุงเทพมหานคร: บริษัทการพิมพ์, 2523.
- ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิมลย์ พงศ์พนิตานนท์. บรรณาธิการ. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2526.
- ยอร์ช ปาดูซ์. บันทึกของนายยอร์ช ปาดูซ์ (Georges Padoux) ที่ปรึกษาการร่างกฎหมายของรัฐบาลสยามเกี่ยวกับการร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127. แปลและเรียบเรียงโดย สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- ประธาน วัฒนาวาณิชย์. “แนวความคิดในการลงโทษ : การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา.” วารสารนิติศาสตร์ธรรมศาสตร์, 12, 2 (2524): 8-9.
- สทนต์ รัตนไพจิตร. “ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527.
- สำนักงานตำรวจแห่งชาติ. ลักษณะความผิดจากทั่วราชอาณาจักร [Online]. Available URL: http://statistic.police.go.th/dn_main.htm 2556 (มกราคม, 17).
- สำนักงานอัยการสูงสุด. หนังสือรายงานประจำปีของสำนักงานอัยการสูงสุด. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอัยการสูงสุด, 2553.
- _____. หนังสือรายงานประจำปีของสำนักงานอัยการสูงสุด. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอัยการสูงสุด, 2554.

การส่งเสริมการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า
พ.ศ. ๒๕๔๒: กรณีศึกษาการบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาด
และการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมของประเทศเกาหลีใต้

ดร.ธีรเดช มโนลีหกุล****

****อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิตมหาวิทยาลัย
วิสคอนซิน-เมดลัน, มหาบัณฑิตมหาวิทยาลัยเซาเทิร์นแคลิฟอร์เนียและมหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย-ลอสแอนเจลิส,
นิติศาสตร์บัณฑิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.**

ภายใต้อิทธิพลของอำนาจผูกขาดทางเศรษฐกิจจากผู้ประกอบการทางธุรกิจรายใหญ่ที่ได้รับประโยชน์จากนโยบายของรัฐบาล ที่เข้มงวดในการควบคุมราคาสินค้าในตลาด อย่างไรก็ตามในขณะที่กฎหมายการแข่งขันของประเทศไทยประสบปัญหาในการบังคับใช้มาโดยตลอด แต่กฎหมายการป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมของประเทศเกาหลีใต้ เริ่มมีบทบาทสำคัญในการรักษานโยบายระบบตลาดเสรี บทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยการเรียนรู้จากประสบการณ์การบังคับใช้กฎหมายการป้องกันการผูกขาดและการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมของประเทศเกาหลีใต้ ๑) การวิเคราะห์เปรียบเทียบการพัฒนา กฎหมาย ป้องกันการผูกขาด ในประเทศเกาหลีใต้และ ประเทศไทย ๒) การขยาย อำนาจ การค้าไทย ของคณะกรรมการสิทธิการ ที่จะรวมถึง การคุ้มครองผู้บริโภค

Abstract

The development of Korean competition law provides important lessons for Thailand due to the high degree of similarity in their respective national politico-economic structures during the 1960s - 1970s. The two countries' market structures were heavily influenced by monopolies and their governments' use of strict market price controls. In stark contrast to Thailand's unsuccessful competition law of 1979, the Korean competition Act of 1980 began to adjust the rules of game for all competitors in almost every market and continue to play a significant role in maintaining a free and fair market policy. The purpose of this paper is to enhance the implementation of Thai Trade Competition Act of 1999 by learning Korean's experience as a model for Thailand: 1) comparative analysis of the development of anti-monopoly law in Korea and Thailand; toward repealing or preempting statutes conflicting with Thai Trade Competition Act of 1999; 2) expanding the Thai Trade Commission's Authority to include consumer protection.

คำสำคัญ การแข่งขันทางการค้าของไทย, การบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า การป้องกันการผูกขาดทางการค้าของไทย, กฎหมายการป้องกันการผูกขาดการค้าของประเทศเกาหลีใต้

Keywords Thai Trade Competition Act, Thai Price Control and Antimonopoly Act of 1979, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980, Enforcement of Thai competition law

Introduction

The development of Korean competition law provides important lessons for Thailand due to the high degree of similarity in their respective national politico-economic structures during the 1960s - 1970s. The two countries' market structures were heavily influenced by monopolies and their governments' use of strict market price controls. Coincidentally, while Korea enacted their first competition law in 1975¹, Thailand passed its first law in 1979.² Similarly, both Acts failed to accomplish their putative purposes of reining in unreasonable pricing and creating fair competition in the market.

While Thailand insisted on continuing to enforce its crippled law of 1979 for twenty years, Korea took a major step forward in handling major problems by enacting a revised law in 1980, only five years after the initial enactment of the law. Despite fierce lobbying by monopolies and political pressure against new competition legislation, the Korean Fair Trade Act was promulgated. In stark contrast to Thailand's unsuccessful competition law of 1979, the Korean competition Act of 1980 began to adjust the rules of game for all competitors in almost every market and continue to play a significant role in maintaining a free and fair market policy.

The purpose of this paper is to enhance the implementation of Thai Trade Competition Act of 1999 by examining comparable problems of the enforcement of Korean. This paper also discusses the feasibility of expending the Thai Trade Commission's Authority to include consumer protection regulation, which could

¹The Price Stabilization and Fair Trade Act of 1975, See, Korea Fair Trade Commission, **A Journey toward Market Economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair market** Gwacheon-shi, Gyeonggi-do, Korea: Fair Trade Commission of Korea, International Organization Division, 2004.

²The Price Control and Antimonopoly Act of 1979, See Chaiyos Hemarajata, Kamatibay Kodmai Wadauy Karn Kamnodrakasinka Lae Karnpongkanakarpookad Bangkok: Faculty of Law, Chulalongkorn University, 1994 [Explanation on the Price Control and Anti-Monopoly Act of 1979] (in Thai).

be tailored to function within Thailand's economic context. Successful implementation of Korean Monopoly Regulation and Fair Trade of 1980 will be analyzed as Korea have made impressive strides in enforcing competition laws in South East Asia and can be considered as a model for Thailand. There are two significant framework for implementing the Korean Competition law in Thailand: 1) comparative analysis of the development of anti-monopoly law in Korea and Thailand: toward repealing or preempting statutes conflicting with Thai Trade Competition Act of 1999; 2) expanding the Thai Trade Commission's Authority to include consumer protection.

A. Thailand and the Urgent Need for Effective Enforcement of the Trade Competition Act of 1999

Following the economic crisis in 1997, international organizations began to pressure Thailand to reform its economic structure and competition law. Thailand pledged to increase the level of free competition in its market, making commitments to the Asia Pacific Economic Cooperation (APEC), the Japanese Export and Trade Organization (JETO), the Asian Development Bank (ADB), and the World Bank.³ To fulfill its obligations, the Thai Parliament repealed many

³Under the APEC Economic Committee, the implementation of competition policy and deregulation provides markets with a framework that encourages market discipline, eliminates distortions and promotes economic efficiency. APEC's Competition Policy and Law Group (CPLG) therefore works to promote an understanding of regional competition laws and policies, to examine the impact on trade and investment flows, and to identify areas for technical cooperation and capacity building among member economies. The CPLG, formerly known as Competition Policy and Deregulation Group, was established in 1996, when the Osaka Action Agenda (OAA) work programmers on competition policy and deregulation were combined. In 1999 APEC Ministers endorsed the APEC Principles to Enhance Competition and Regulatory Reform and approved a "road map" which established the basis for subsequent work on strengthening markets in the region. See, Asia-Pacific Economic Cooperation, "APEC Competition Policy & Law Database," [Online], Available URL: <http://www.apecclp.org.tw/> 2013 (Nov., 19).

archaic laws and promulgated several statutes to enhance fair competition in the market. Meanwhile, Free Trade Agreements between Thailand and its trading partners contained provisions concerning competition law and policy such as sections 147 - 150 of the Japan – Thailand Economic Partnership Agreement (JTEPA), and section 12 of the proposed draft of the Thailand – United States Free Trade Agreement.⁴

When the Thai Trade Competition Act became effective in 1999, it provided new hope for Thai citizens and received extensive public attention. Thai society anticipated that the new act would serve as a powerful yardstick to measure competitive levels in domestic markets and provide an effective tool to regulate illicit behavior by monopolies, cartels, and others business entities. However, optimism surrounding the new law quickly vanished after the Trade

⁴Under the proposal of Thailand – United States Free Trade Agreement Article 12.2 requires that (1) each party to maintain measures to proscribe anticompetitive business conduct (2) establish and maintain an authority responsible for enforcement which does not discriminate on the basis of nationality of the subjects involved. (3) ensure that a person subject to sanction or remedy violation is provided with the opportunity to be heard, present evidence and seek review of such sanction or remedy in a domestic court or independent tribunal. Article 12.3 (1) stipulates that each party shall ensure that any private monopoly that it designates after the date of entry of this agreement and any government monopoly that it designates or has designated (1) does not act anti-competitively or abuse its monopoly position in non-monopolized markets (2) must act solely in accordance with commercial considerations in the purchase and sale of good or service (3) does not discriminate against covered investment, goods or service suppliers of other Party in its purchase or sale of good or service Article 12.3(2) requires that any government enterprises (a government enterprise refers to enterprises in which the government own not less than 20% of equity share both directly and indirectly) (a) act solely in accordance with commercial considerations in its sales and purchase of goods and services with regard to price, quality, availability, marketability and transportation and other terms and conditions of sale. (b) do not enter into agreement or engage in exclusionary practices that restrict competition without efficiency ground. Article 12.7 stipulates that provisions regarding co-operation and consultation are not subject to dispute settlement.

Commission's ruling in the first two cases.⁵ The Trade Competition Commission investigated two significant cases during its first year: allegations of unfair trade practices in the cable industry (the UBC case) and allegations of a tying arrangement by liquor companies in their whiskey and beer sales (the Chang Beer case). After six months of investigation, the Trade Competition Commission ruled that although the business practices employed by both defendants violated the spirit of the Trade Competition Act of 1999, they did not technically violate the Act.⁶

This hesitation to enforce sanctions has continued to the present day, as although over a hundred complaints are brought to the Trade Competition Commission every year, there has only been one case in which the defendant was found guilty.⁷ In that case, the State Council of Thailand confirmed the Attorney

⁵Khajon Learsakulpanich, *Legal Measures Against Predatory Pricing Practices in Thailand*, (1995) (unpublished LL.M. thesis, University Chulalongkorn) (in Thai) (on file with Law Library, University of Chulalongkorn); Charalai Bunpiem, *Legal Issues Relating to the Business Combination under the Trade Competition Act B.E. 2542*, (1999) (unpublished LL.M. thesis, University Chulalongkorn) (on file with Law Library, University of Chulalongkorn).

⁶Nipon Poapongsakorn, "Monopolies under the Thai Capitalism," in **Roo Tan Tasin**, Jirmsak Pinthong ed., (Bangkok: Watch Dog Co., Ltd., 2004), p. 89 (Thai). The Trade Competition Commission ruled that the two allegations were merely inappropriate but could not technically violate the Trade Competition Act of 1999. The Commission gave the reason that on that the cabinet had not yet announced the ministerial notification on the threshold of market dominant; therefore, the Commission could not be enforce section 25 of the Trade Competition Act.

⁷Ministry of Commerce pointed out AP Honda violated unfair trade practice, *Nsaw Na News Peper* (January 3, 2007) (Thai). The only case that the Trade Competition Commission ruled the defendant guilty was the exclusive dealing in the motorcycle industry by the AP Honda, so-called the Honda case, See also, Sumet Nakvarodom, *Authorization on Trade Restrains: A case Study of Exclusive Dealing in Automobile industry*, (2006) (unpublished LL.M. thesis, University Chulalongkorn) (in Thai) (on file with Law Library, University of Chulalongkorn). Indeed, there were fifteen complaints that had been received by the office of the Trade Competition Commission. However, after the preliminary investigation, the officials determined to cease further probe of the allegations and drop all fifteen complaints.

General of State's final order that the investigation by the Trade Commission was illegal due to the lack of due process.⁸ The Trade Commission has been compelled by the Attorney General to reinvestigate the case before the statute of limitation expires in July 2013. This case clearly reveals practical problems with the Trade Competition Act of 1999 as well as ineffective implementation by the Trade Competition Commission.⁹ Business entities and Thai citizens openly criticize the Trade Commission on a regular basis.¹⁰ As a result, the public has lost faith that the Trade Competition Act of 1999 can effectively handle the chronic problems of monopolies and collusive business practices in Thailand.¹¹ Meanwhile, many scholars describe enforcement of the competition law by the Trade Competition Commission as opaque, selective, and arbitrary.¹² It is imperative that Thailand overhaul the Trade Competition Act of 1999 in order to transform Thailand's economic structure toward a free and fair market economy and use the law as

⁸The Office of the Council of State of Thailand pointed out investigation of AP Honda was illegal, **Matichon Thai Daily Newspaper** (May 6, 2009).

⁹The Trade Competition Act of 1999: Paper Tiger Act, **Prachachart Turakit**, January 28, 2008; "Ministry of Commerce in a hurry to reinvestigate the case," June 28, 2012, [Online], Available URL: <http://www.news.plus.co.th/NewsDetailMobile.php?id=47468> 2013 (Nov., 19).

¹⁰Amorntumrong Waranon, A Comparative Study on Administration and Enforce of Competition Law, (2004) (unpublished LL.M. thesis, University Chulalongkorn) (in Thai) (on file with Law Library, University of Chulalongkorn).

¹¹Chitanong Poomipark, Manuswi Intaranont, and Sivinee Thanpase, "Thailand to Overhaul Trade Competition Law," Mayer Brown JSM (2010) [Online], Available URL: http://www.mayerbrown.com/files/Publication/db6302c0-9b17-48dd-95a2-39346f29e42b/Presentation/PublicationAttachment/a0b88983-a0fa-4ba4-91d1-3f4194cfffcbcd/THAILAND-LAW_24FEB2010%20.PDF 2013 (Nov., 19); Chantong Jareanhirunyud, Market Conditions in Thailand and the Trade Competition Act of 1999, (2000) (unpublished LL.M. thesis, University Thammasart) (in Thai) (on file with Law Library, University of Thammasart); Somkiat Dokmaisrichan, A Case Study on Trade Competition Law: The Behavior of the Dominant Business Position, (2001) (unpublished LL.M. thesis, University Dhurakijpundit) (in Thai) (on file with Law Library, University of Dhurakijpundit).

¹²Deunden Nikomborirak, "The Political Economy of Competition Law: The Case of Thailand," **Northwestern Journal of International Law & Business** 26, 3 (2006): 597-618.

prophylactic measure to prevent prospective trade issues after ASEAN Economic Community become fully effective in 2015.¹³

B. Korean Experience of Enforcing the Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980

Based on widespread public support, the Monopoly Regulation and Fair Trade Act (MRFTA) was eventually promulgated in 1980 despite persistent opposition from the business community. Previous attempts to enact the legislation were stymied by domestic monopolies in four separate years: 1966, 1967, 1971 and 1972.¹⁴ The Monopoly Regulation and Fair Trade Act has been the core component of eliminating governmental intervention and preventing anticompetitive conduct by private corporations. The law initiated an economic reform towards a more legally based society from one previously dominated by social influence. As a result, the Korean economic structure was transformed from a costly and ineffective government-led economy into a more market-based system during 1980s – 1990s.¹⁵

The Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980 (MRFTA) is the central statute encompassing traditional aspects of competition law such as prohibition of abuses of market dominance and regulations of collusive business

¹³Surin Pitsuwan, the Secretary-General of ASEAN, mentioned that “Greater governmental efforts may need to be expended to strengthen the capacity of domestic firms to compete but this should be short-term and does not remove the incentive to innovate and cut costs,” ASEAN Secretariat, ASEAN-China Free Trade Area: Not a Zero-Sum Game, ASEAN Secretariat, 7 January 2010, [Online], Available URL:<http://www.aseansec.org/24161.html> 2013 (Nov., 19).

¹⁴Alan S. Gutterman, “Japan and Korea: Contrast and Comparisons in Regulatory Policies of Cooperative Growth Economics,” *Berkeley Journal of International Law* 8, 2 (1991): 267-371.

¹⁵Seung Wha Chang, “The Role of Law in Economic Development and Adjustment Process: the Case of Korea,” *The International Lawyer* 34, 1 (Spring 2000): 267-287. In this article Professor Seung pointed out the problem of Korean economic reform resulted from the failure to establish the “rule of law” in the judicial/administrative /legislative system of Korea. He further suggested how to establish new economic reform through fundamental legal reforms to realize the “rule-oriented society” in Korea

practices. The MRFTA covers a variety of unique business practices in Korea such as undue subsidies, debt guarantees, and equity investment among Chaebol affiliates.¹⁶ Since its enactment in 1980, the MRFTA has been amended 21 times in order to respond to changes in the economic structure and socio-political objectives. The new and amiable environment assisted the stable growth of small and medium enterprises, which now serve as the bedrock of the Korean economy and halted the plague of the Chaebol from hampering free market policy.¹⁷ The Korean constitution was amended in 1980 to include an article 120 on “balanced development of the national economy and economic democracy” with widespread approval from Korean citizens. The amendment included provisions that prohibited monopolies and required government commitment to a free market policy. Under section 120 of the newly amended Korean Constitution, the law stipulated that

“[w]hile respecting the freedom and creativity of individuals in the economy, the government shall regulate and control the economy and the damage of monopolies and oligopolies as is deemed necessary in order to fulfill social justice and promote balanced economic growth.”¹⁸

In the aftermath of the financial crisis of 1997, the Korean government overhauled the MRFTA, identifying the law as playing a vital role in encouraging

¹⁶Korea report contribution to World Trade Organization from Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, document W/56, paragraph 13, A Korea government and Chaebol led economic strategy of Korea brought remarkable growth until 1970s; however, the market changed in 1980s made a first pace of development strategy to dismantle an obstacle to free competition; See also, Korea Fair Trade Commission, **A Journey toward Market Economy: KFTC’s 23 years of building transparent and fair market** Gwacheonshi, Gyeonggi-do, Korea: Fair Trade Commission of Korea, International Organization Division, 2004.

¹⁷Danny Abir, “Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis,” *Berkeley Journal of International Law* 13, 2 (1996): 143-175.

¹⁸The amended to the section 120 of Korean Constitution.

economic reform and adjustment processes.¹⁹ The IMF pressured Korea to complete the amendments after providing the country with a bailout loan. The recovery efforts worked; the Korean economy has rebounded strongly since 1999. Many economists have deemed Korea's economic reform as a desirable model for other developing countries.²⁰ Obviously, the efficacy of Korea's implementation of their competition law demonstrates a direct and positive relationship between the economic adjustment process and competition law.

Under the MRFTA, the Korean Fair Trade Commission (KFTC) is the central government organization responsible for enforcing the MRFTA and its companion statutes. The agency operates under the umbrella of the Prime Minister and functions as a quasi-judicial administrative body. In its early stages, the KFTC Office operated under the Economic Planning Board and was chaired by the Vice Minister of the Economic Planning Board. The rest of the office was composed of two standing members and two non-standing commissioners. A 1990 amendment to the MRFTA increased the authority of the KFTC Office, shifting the office to the secretariat level. The promotion provided the KFTC with three bureaus, sixteen divisions, and four regional offices. Additionally, the Commission was increased to nine members.²¹ Ultimately, the KFTC was elevated to ministerial level and recognized as a central administrative agency tasked with the enforcement of competition policy and laws. Currently, the KFTC is comprised of more than 400 officers with six bureaus and twenty-five divisions.²²

¹⁹Kyu Uck Lee, "Economic Development and Competition Policy in Korea," *Washington University Global Studies Law Review* 1, 1 (2002): 67-76.

²⁰Ohseung Kwon, "Applying the Korean Experience with Antitrust Law to the Development of Competition Law in China," *Washington University Global Studies Law Review* 3, 2 (2004): 347-361.

²¹See, Korea Fair Trade Commission, *A Journey toward Market Economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair market* Gwacheon-shi, Gyeonggi-do, Korea: Fair Trade Commission of Korea, International Organization Division, 2004.

²²Youngjin Jung and Seung Wha Chang, "Korea's Competition Law and Policies in Perspective," *Northwestern Journal of International Law & Business* 26, 3 (2006): 687-728.

Currently, the implementation of Korean competition law has succeeded not only in regulating domestic corporations but also curbing foreign corporations that adversely affect the welfare of Korean consumers. In December 2005, the Korean Fair Trade Commission ruled that Microsoft was guilty of abusing its market dominance and levied a fine of approximately USD 30 million, including a series of stringent corrective measures.²³ Therefore, Thailand needs to incorporate the successes of Korea's implementation of competition law in order to improve the enforcement of the Trade Competition Act of 1999. There are two significant measures which could provide amelioration for longstanding flaws in implementation of the Thai competition law: (a) repealing statutes conflicting with the Trade Competition Act of 1999 and (b) expanding the Trade Commission's authority to include consumer protection.

C. Implementing the Korean Competition Law Framework in Thailand

1) Comparative Analysis of the Development of Competition Law in Korea and Thailand: Toward Repealing or Preempting Statutes Conflicting with Thai Competition Law

One major impediment to Thailand's implementation of the Trade Competition Act of 1999 is the conflict between the competition law and other economic legislation, such as the Price of Goods and Service Act of 1999 and the Sugar Act of 1984.²⁴ Unlike Korean and other developed countries, which treat their competition law as an economic constitution, Thailand's competition law seems to be less important than other laws and regulations concerning

²³Warren S. Grimes, Korea Fair Trade Commission's Microsoft Decision, FTC:WATCH Document Number #668 (January 30, 2006) [Online], Available URL:<http://www.antitrustinstitute.org/files/481.pdf> 2013 (Nov., 19).

²⁴Nisit Intamano, "Applying the Korean Experience with Antitrust Law to the Development of Competition Law in Thailand," *Naresuan Law Review* 2, 1 (2009): 93-105.

government intervention policy.²⁵ Thailand should repeal or preempt statutes conflicting with the Trade Competition Act of 1999. In comparing the respective evolutions of competition law of Thailand and Korea, many persuasive arguments emerge to explain the differing successes of competition law implementation in both countries.²⁶ Below is an analysis of why Korea's implementation of competition law has been far more successful than Thailand's.

Although Korea's economy currently dwarfs Thailand's, the early economic development of the two countries was identical. In the early 1960s, both Thailand and Korea launched five-year economic development plans in collaboration with the United States. Both programs provided substantial financial support and tax incentives for their country's export-oriented industries. Korea's and Thailand's use of government-led economic policies created considerable economic growth at the price of entrenching monopolistic and oligopolistic market structures and intensifying the lopsided expansion of monopolies into various industries.²⁷ Anticipating the growth of heavy industry as a result of rebuilding its infrastructure, Korea primarily promoted domestic growth by supporting its family-owned industrial conglomerates and limiting foreign

²⁵Although Thailand abolished the Price Control and Anti-Monopoly Act of 1979, the price control regulation is current in effect as the Act of 1979 was split into two bills: the Price of Goods and Services Act of 1999 and the Trade Competition Act of 1999. In contrast different, after Korea repeal the Price Stabilization and Fair Trade Act of 1975.

²⁶As if a case of *déjà vu*, Thailand and Korea were similarly situated during the 1970s; however, again Thailand lagged behind, insisting on enforcing their crippled law with its loopholes and refusing to amend or adopt enforcement procedures. In contrast, Korea continually improved their substantive provision, published instructive guidelines and introduced innovative enforcement measures. See also, Joseph Seon Hur, "Extraterritorial Application of Korean Competition Law," *Regent Journal of International Law* 6, 1 (2008): 171-190; Sakda Thanikul, *Explanation and Case Study of the Trade Competition Act of 1999* Bangkok: Wiyuchon Publication House, 2010.

²⁷Wichitwong Na pomphet, *Thailand's Economy* Bangkok: Watchira, 2010 (in Thai); Nipon Poapongsakorn, "Monopolies under the Thai Capitalism," in *Roo Tan Taksin*, Jirmsak Pinthong ed., (Bangkok: Watch Dog Co., Ltd., 2004), p. 89 (Thai); Pasuk Phongpaichit and Sungsidh Piriyarangsarn, *Corruption and Democracy in Thailand* Bangkok: Political Economy Centre, Chulalongkorn University, 1994.

investment in them.²⁸ These corporations, including global giants such as Samsung, Hyundai, LG and SK, became known as “Chaebol” Thailand invested, instead, in its agricultural sectors, allowing the corporations of foreign nations, particularly Japan, to invest in and influence heavy industries, which grew substantially.

Throughout the 1970s, both Korea and Thailand enjoyed an unprecedented rate of economic growth, which coincided with the solidification of their monopolistic and oligopolistic market structures. Eventually, Thailand and Korea encountered similar problems, for instance chronic supply shortages and extremely high prices imposed by price-fixing cartels and monopoly problems.²⁹ In response to these problems, both countries proposed the establishment of government agencies to strictly regulate prices and facilitate the free flow of products to the market.

While there were four attempts to enact Korean competition law in 1966, 1968, 1971, and 1972—these efforts failed because the Korean businesses lobby successfully argued that a competition law was premature.³⁰ Eventually, severe price instabilities led to the successful enactment, in 1975, of the Price Stabilization and Fair Trade Act, which introduced price control mechanisms and promoted fair trade policy; however, the primary goals of the new enactment was never fulfilled. Similar to Korea, Thailand enacted a “Price Stabilization and Fair Trade Act” in 1979, which also failed to accomplish its goals of stabilizing product prices and creating fair markets. The divergence of Korea and Thailand in terms of the success of their competition law implementation began when Korea acted decisively by enacting the Monopoly Regulation and Fair Trade Act after only five years of failing to enforce its first competition law effectively. Meanwhile, Thailand

²⁸Alan S. Gutterman, “Japan and Korea: Contrast and Comparisons in Regulatory Policies of Cooperative Growth Economics,” *Berkeley Journal of International Law* 8, 2 (1991): 267-371; Youngjin Jung, and Seung Wha Chang, “Korea’s Competition Law and Policies in Perspective,” *Northwestern Journal of International Law & Business* 26, 3 (2006): 687-728.

²⁹Kyu Uck Lee, “Economic Development and Competition Policy in Korea,” *Washington University Global Studies Law Review* 1, 1 (2002): 67-76. In 1963, the “Three powder scandal” stirred up public fury against monopolies in various industries including the cement, flour, and sugar markets. The scandal involved manipulation of supplies, leading to excessive prices of the goods.

³⁰*Id.*, The Korean government proposed a draft competition law to the National Assembly; nevertheless, the draft was rejected as a result of strong opposition from fierce business lobbying.

continued to enforce its malfunctioning act for twenty years, leaving consumer welfare at the mercy of monopolies.³¹ Indeed, the Thai government continues to refuse to amend the Trade Competition Act despite the failure of its implementation for over two decades. In contrast to Thailand, Korean competition law has been amended—including the expansion of the authority of the Korean Fair Trade Commission—almost twenty times in response to new challenges. Thai market mechanisms are not properly functioning due to frequent price regulation by the government under the Price of Goods and Service Act. In contrast, Korean market mechanisms have dramatically improved the level of competitiveness in its domestic economy, paralleling rates of developed countries.³² Moreover, whereas

³¹Chitanong Poomipark, Manuswi Intaranont, and Sivinee Thanpase, “Thailand to Overhaul Trade Competition Law,” Mayer Brown JSM (2010) [Online], Available URL: http://www.mayerbrown.com/files/Publication/db6302c0-9b17-48dd-95a2-39346f29e42b/Presentation/PublicationAttachment/a0b88983-a0fa-4ba4-91d1-3f4194cfcdbd/THAILAND-LAW_24FEB2010%20.PDF 2013 (Nov., 19).

³²Sanghyn Lee, “Using Action in Damages to Improve Criminal Penalties Against Cartels: Comparative Analysis of Competition Law of United States and South Korea,” *International Trade Law Journal* 16, 2 (Winter 2007): 55-69; Ohseung Kwon, “Applying the Korean Experience with Antitrust Law to the Development of Competition Law in China,” *Washington University Global Studies Law Review* 3, 2 (2004): 347-361. Article 63 Consultation on Enactment of Acts which Restrain Competition: (1) The chief-officer of the competent administrative authority shall seek, in advance, consultation with the Fair Trade Commission, where he wishes to propose legislation or amend enactments containing anticompetitive regulations such as restrictions on the fixing of prices or improper concerted acts, prohibited practices of an enterpriser or an enterpriser organization, etc. and where he wishes to approve or make other measures involving anti-competitive factors against an enterpriser or an enterprisers organization. the terms of transaction, entry to markets, business practices, (2) The chief-officer of the competent administrative authority shall give, in advance, notice to the Fair Trade Commission when he intends to enact or amend any rules or regulations involving anti-competitive factors. (3) With regard to approvals or other measures involving anti-competitive factors under paragraph one, the chief-officer of the competent administrative authority shall give notice to the Fair Trade Commission regarding the contents of the approval concerned or other measures. (4) In relation to notice under paragraph two, where it is recognized that rules or regulations to be enacted or amended contain anti-competitive provisions, the Fair Trade Commission may give advice to the chief officer of the competent administrative authority as to the modification of such anti-competitive provisions. This paragraph shall also apply to enactments made or amended without to the Fair Trade Commission as prescribed by paragraph (1), Acts and subordinate statutes enacted or amended without notice, approvals or other measures given without notice.

in Thailand government price-control regimes are still extant, the Korean government abolished price controls and now requires administrative authorities to give the Korean Fair Trade Commission advance notice when proposing legislation or amending provisions containing any anti-competitive regulations.

2) Expanding the Thai Trade Commission's Authority to Include Consumer Protection under the Current Law

Korea's effective enforcement of its competition law could be attributed to increased collaboration with consumer groups. Unlike Thailand, the Korean Commission has been receptive to assistance from scholars, the media, and private citizens. The Korean Commission enhances its public support through two significant strategies: establishment of a Consumer Protection Bureau and expansion of the Trade Commission's authority by adding major consumer protection laws to its jurisdiction.

Initially, the Korean Trade Commission was not extensively involved with consumer protection policy, as decision-making power was vested with the retail division of the Economic Planning Board. In 1996, the competition law established the Consumer Protection Bureau as a subsidiary of the Fair Trade Commission. The bureau was primarily in charge of adhesion contracts, labeling issues, and the advertising of products and services. Whereas the Fair Trade Bureau focuses on monitoring monopolies and preventing anticompetitive conduct, the Consumer Protection Bureau protects the rights of consumers and promotes public awareness of the importance of a free and fair market policy. Increasing of the role of the consumer continues to be crucial to shifting Korea's market structure from a government-controlled economy to a more market-based one. Furthermore, the Korean Trade Commission encourages collaboration from consumers through the "Consumer Policy Consultation Board" and designation a "Fair Trade Monitoring Program."³³

³³The Korean Consumer Board is comprised of nineteen members from several consumer groups, consumer protection experts, and business representatives, and makes suggestions improving competition laws. Meanwhile, the Korean Fair Trade Monitoring Program encourages consumers, employees, entrepreneurs, and even housewives to report any price-fixing, unfair trade practices, or other violations of Korean competition law to the Trade Commission. According to a survey of public satisfaction with civil services, the Korean Trade Commission offers the best services to the public. survey on the public's satisfaction on civil services announced in 1997 and 1999 by the Office of Government Policy Coordination, the Korean Trade Commission has been recognized as government ministry offering the best services to the public.

More importantly, the Korean Trade Commission is vested with the power to administrate several companion statutes governing specific areas of competition law and policy as a means to improve market mechanisms and protect consumer rights. There are eight major pieces of legislation expanding the Trade Commission's Authority: (1) the Fair Subcontract Transaction Act³⁴, (2) the Adhesion Contract Act³⁵, (3) the Fair Labeling and Advertising Act³⁶, (4) the Door to Door Sales Act³⁷, (5) the Installment Transactions Act³⁸, (6) the Fair Franchise Transactions Act³⁹, (7) the Consumer Protection in Electronic Commerce Act⁴⁰, (8) the Omnibus Cartel

³⁴The Fair Subcontract Transaction Act aims to prohibit large companies from unduly reducing their payments to subcontractors in order to create a fair competitive environment for small and medium size subcontractors.

³⁵The Adhesion Contract Act was enacted to abolish inequitable contracts employed by businesses which preclude the consumers' right to choose the terms of a reasonable transaction. The law invalidates clauses that unduly infringe on consumers' rights.

³⁶The Fair Labeling and Advertising Act vests the Commission with the power to prohibit firms from publishing false representations and misleading advertisements unduly influencing the consumers' decision. The law forces businesses to disclose material information concerning consumer choices.

³⁷The Door to Door Sales Act aims to protect consumers by regulating door to door sales as well as pyramid schemes. The Act forces parent corporations who seek to form subsidiaries to procure consumer compensation insurance and allow consumers to unconditionally and unilaterally terminate contracts within fourteen days of purchase.

³⁸The Installment Transactions Act allows consumers to rescind contracts purchasing a product under an installment plan within seven days and invalidates contracts clauses that are blatantly unfair to consumers.

³⁹The Fair Franchise Transactions Act bars several forms of unfair transactions in franchise business and provides basic rules to balance the mutual benefits between franchisors and franchisees.

⁴⁰The Consumer Protection in Electronic Commerce Act recognizes the vulnerable status of consumers when purchasing products on the internet. The Act provides various safety measures to protect consumer interests including an unconditional seven day contract withdrawal period and mandatory purchasing of consumer compensation insurance policy by internet sellers.

Repeal Act.⁴¹ These laws cover a wide variety of subjects, including subcontracting competition, false representations, and door-to-door sales. The Commission has complete authority over the enforcement of all eight acts.

Conclusion

While Thai government has continued to enforce the impotent Trade Competition Act of 1999 for thirteen years without amendment, the Korean competition law has been amended almost twenty times in order to cope up with new challenges presented by globalization. Imperative lessons can be drawn from Korea's experience of developing their competition law. Thailand should consider revising their current competition law, repealing statutes in conflict with the Trade Competition Act, and expanding the Trade Commission's authority to include consumer protection.

The ultimate purpose of competition law aims to create a level playing field for transnational business corporations and domestic entities. In addition, this will make certain that consumers in the members' countries can enjoy a variety of products and services with reasonable prices as a result of a free market and fair competition. Furthermore, this regional approach by directly collaboration is important to harmonize domestic competition and policy in the future. Instituting the ASEAN International Cooperative Framework on Competition Policies and Law will draw a closer relationship among ASEAN countries. This more close knit relationship will also assist the greater development for economic integration.

In light of the discussion above, Thailand's government must propose an inaugural amendment to the Trade Competition Act of 1999 providing legislative treatment for current implementation problems and prophylactic solutions to

⁴¹The Omnibus Cartel Repeal Act aims to cope with collusive price-fixing cartels. This Act was promulgated to conform with the recommendations of the OECD against hard-core cartels in 1998. After the promulgation of the Act, the formation of cartels in certified professions such as lawyers, accountants, and architects were abolished. Interestingly, after the abrogation of the price setting standard, price competition began to take effect and professional fees have decreased to more appropriate levels.

forthcoming obstacles. As Thailand's economy continues to form more connections with the international market, its government must respond to the fast-paced and cyclical changes of globalization. This reaction should allow competition law and policies to override archaic government intervention policies. The proposal must include: 1) a revision of the substantive provisions and enactment of companion statutes; 2) a reformation of the structure of the Trade Competition Commission to redefine its mission; and 3) an improvement of Trade Competition Act enforcement procedures through the adoption and refinement of legal mechanisms from other jurisdictions.

Bibliography

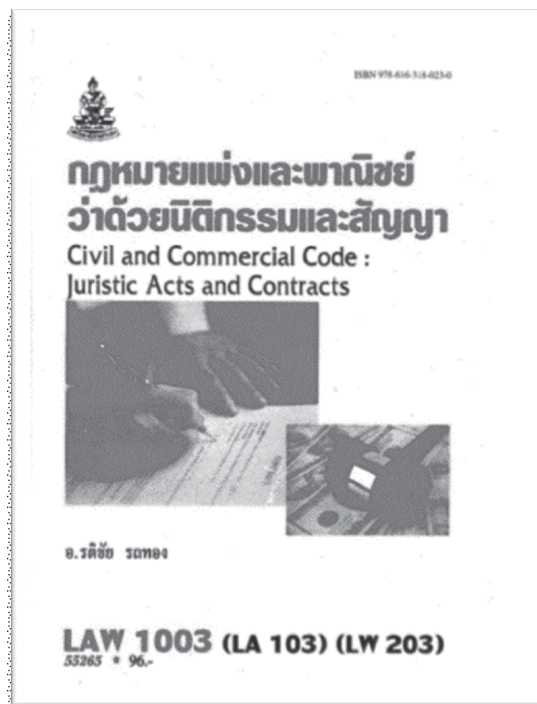
- Abir, Danny. "Monopoly and Merger Regulation in South Korea and Japan: A Comparative Analysis." **Berkeley Journal of International Law** 13, 2 (1996): 143-175.
- ASEAN Secretariat. "ASEAN-China Free Trade Area: Not a Zero-Sum Game." 7 January 2010. [Online]. Available URL:<http://www.aseansec.org/24161.html> 2013 (Nov., 19).
- Asia-Pacific Economic Cooperation. APEC Competition Policy & Law Database. [Online]. Available URL: <http://www.apeccp.org.tw/> 2013 (Nov., 19).
- Bunpiem, Charalai. Legal Issues Relating to the Business Combination under the Trade Competition Act B.E. 2542. unpublished LL.M. thesis, University Chulalongkorn, 1999.
- Chang, Seung Wha. "The Role of Law in Economic Development and Adjustment Process: the Case of Korea." **The International Lawyer** 34, 1 (Spring 2000): 267-287.
- Dokmaisrichan, Somkiat. A Case Study on Trade Competition Law: The Behavior of the Dominant Business Position. unpublished LL.M. thesis, University Dhurakijpundit, 2001.
- Grimes, Warren S. Korea Fair Trade Commission's Microsoft Decision. FTC:WATCH Document Number #668 (January 30, 2006) [Online]. Available URL:<http://www.antitrustinstitute.org/files/481.pdf> 2013 (Nov., 19).
- Gutterman, Alan S. "Japan and Korea: Contrast and Comparisons in Regulatory Policies of Cooperative Growth Economics." **Berkeley Journal of International Law** 8, 2 (1991): 267-371.
- Hemarajata, Chaiyos. **Kamatibay Kodmai Wadauy Karn Kamnodrakasinka Lae Karnpongkanakarpookad** Bangkok: Faculty of Law, Chulalongkorn University, 1994.
- hongpaichit, Pasuk., and Sungsidh Piriyarangsarn. **Corruption and Democracy in Thailand** Bangkok: Political Economy Centre, Chulalongkorn University, 1994.

- Hur, Joseph Seon. "Extraterritorial Application of Korean Competition Law." **Regent Journal of International Law** 6, 1 (2008): 171-190.
- Intamano, Nisit. "Applying the Korean Experience with Antitrust Law to the Development of Competition Law in Thailand." **Naresuan Law Review** 2, 1 (2009): 93-105.
- Jareanhirunyud, Chantong. Market Conditions in Thailand and the Trade Competition Act of 1999, unpublished LL.M. thesis, University Thammasart, 2000.
- Jung, Youngjin, and Seung Wha Chang. "Korea's Competition Law and Policies in Perspective." **Northwestern Journal of International Law & Business** 26, 3 (2006): 687-728.
- Korea Fair Trade Commission. **A Journey toward Market Economy: KFTC's 23 years of building transparent and fair market** Gwacheon-shi, Gyeonggi-do, Korea: Fair Trade Commission of Korea, International Organization Division, 2004.
- Kwon, Ohseung. "Applying the Korean Experience with Antitrust Law to the Development of Competition Law in China." **Washington University Global Studies Law Review** 3, 2 (2004): 347-361.
- Kwon, Ohseung. "Applying the Korean Experience with Antitrust Law to the Development of Competition Law in China." **Washington University Global Studies Law Review** 3, 2 (2004): 347-361.
- Learsakulpanich, Khajon. Legal Measures Against Predatory Pricing Practices in Thailand. unpublished LL.M. thesis, University Chulalongkorn, 1995.
- Lee, Kyu Uck. "Economic Development and Competition Policy in Korea." **Washington University Global Studies Law Review** 1, 1 (2002): 67-76.
- Lee, Sanghyn. "Using Action in Damages to Improve Criminal Penalties Against Cartels: Comparative Analysis of Competition Law of United States and South Korea." **International Trade Law Journal** 16, 2 (Winter 2007): 55-69.
- Ministry of Commerce in a hurry to reinvestigate the case, "June 28, 2012. [Online], Available URL: <http://www.news plus.co.th/NewsDetailMobile.php?id=47468> 2013 (Nov., 19).
- "Ministry of Commerce pointed out AP Honda violated unfair trade practice," **Nsaw Na News Peper** (January 3, 2007).

- Na pomphet, Wichitwong. **Thailand's Economy** Bangkok: Watchira, 2010.
- Nakvarodom, Sumet. Authorization on Trade Restrained: A case Study of Exclusive Dealing in Automobile industry, unpublished LL.M. thesis, University Chulalongkorn, 2006.
- Nikomborirak, Deunden. "The Political Economy of Competition Law: The Case of Thailand." **Northwestern Journal of International Law & Business** 26, 3 (2006): 597-618.
- "Paper Tiger Act". **Prachachart Turakit**, January 28, 2008.
- Poapongsakorn, Nipon. "Monopolies under the Thai Capitalism." in **Roo Tan Tasin**, Jirmsak Pinthong ed. Bangkok: Watch Dog Co., Ltd., 2004.
- Poomipark, Chitanong., Manuswi Intaranont, and Sivinee Thanpase, "Thailand to Overhaul Trade Competition Law". Mayer Brown JSM (2010) [Online], Available URL: http://www.mayerbrown.com/files/Publication/db6302c0-9b17-48dd-95a2-39346f29e42b/Presentation/PublicationAttachment/a0b88983-a0fa-4ba4-91d1-3f4194cffcbd/THAILAND-LAW_24FEB2010%20.PDF 2013 (Nov., 19).
- Poomipark, Chitanong., Manuswi Intaranont, and Sivinee Thanpase, "Thailand to Overhaul Trade Competition Law". Mayer Brown JSM (2010) [Online]. Available URL: http://www.mayerbrown.com/files/Publication/db6302c0-9b17-48dd-95a2-39346f29e42b/Presentation/PublicationAttachment/a0b88983-a0fa-4ba4-91d1-3f4194cffcbd/THAILAND-LAW_24FEB2010%20.PDF 2013 (Nov., 19).
- Thanikul, Sakda. **Explanation and Case Study of the Trade Competition Act of 1999** Bangkok: Wiyuchon Publication House, 2010.
- "The Office of the Council of State of Thailand pointed out investigation of AP Honda was illegal". **Matichon Thai Daily Newspaper** (May 6, 2009).
- Waranon, Amorntumrong. A Comparative Study on Administration and Enforce of Competition Law. unpublished LL.M. thesis, University Chulalongkorn, 2004.

บทความฉบับนี้

ดร.มณฑิชา ภัคดีคง*



อาจารย์รติชัย รตทอง. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (Civil and Commercial Code: Juristic Acts and Contracts) กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2555 หน้า 666 ISBN 978-616-023-0

โดยที่นิติกรรมสัญญาเป็นเครื่องมือที่กฎหมายมอบให้บุคคลสร้างสิทธิและหน้าที่ผูกพันกัน ดังมีผู้เปรียบเปรยว่านิติกรรมสัญญาเป็นเสมือนหัวใจของกฎหมายแพ่ง นิติกรรมสัญญาจึงเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทางแพ่งซึ่งจะมีความเชื่อมโยงกับเนื้อหาในส่วนกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องอื่นๆ อย่างมีนัยยะสำคัญ ด้วยเหตุนี้ การทำความเข้าใจในกฎหมายนิติกรรมสัญญาอย่างลึกซึ้งถ่องแท้จะนำไปสู่การเข้าใจกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างเป็นระบบต่อไป

*อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายแพ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

“คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา” เขียนโดยท่านอาจารย์รติชัย รททอง นับเป็นตำราชั้นเยี่ยม อธิบายหลักเกณฑ์พร้อมเหตุผลทางกฎหมายไว้อย่างละเอียดครบถ้วนได้อย่างเป็นระบบ ด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย มีตัวอย่างประกอบคำอธิบายในแต่ละส่วนพร้อมด้วยคำพิพากษาฎีกาที่มีความทันสมัยในเรื่องนั้นๆ มีการอ้างอิงถึงแหล่งที่มาซึ่งทำให้ผู้อ่านสามารถศึกษาค้นคว้าต่อไปได้ นอกจากนี้ยังมีแผนผังทางความคิดที่เชื่อมโยงเป็นระบบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื้อหาในเรื่องระยะเวลาและอายุความซึ่งตำรานี้ นับเป็นหนึ่งในตำราทางกฎหมายน้อยเล่มที่ให้ความสำคัญในการย่อการอธิบายบางมาตราที่มีความซับซ้อนยากแก่การทำความเข้าใจไว้อย่างรัดกุม

ดิฉันได้รับเกียรติเป็นอย่างสูงที่ได้รับโอกาสจากกองบรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ในการแนะนำตำราซึ่งมีคุณค่านี้ เนื่องจากดิฉันนับถือในความรู้และความตั้งใจในการการสอนวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญาในหลักสูตรชั้นปริญญาตรีของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหงของท่านเป็นเวลาร่วม 10 ปี ท่านเป็นอาจารย์ที่สามารถถ่ายทอดความรู้ในวิชานิติกรรมสัญญาได้อย่างครบถ้วน เข้าใจง่าย และมีความสนุกสนาน ซึ่งดิฉันได้ใช้เป็นแนวทางการสอนวิชาเดียวกันนี้เช่นกัน

แม้ตำรานี้ท่านอาจารย์ได้เขียนขึ้นเพื่อใช้ในการเรียนสำหรับนักศึกษาปริญญาตรีของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหงที่มีจำนวนมาก โดยมีลำดับเนื้อหาตามที่บรรยายในชั้นเรียนทำให้สะดวกและง่ายต่อการติดตาม นักศึกษาสามารถเรียนรู้ได้ด้วยตนเอง มีราคาย่อมเยา อันเป็นการส่งเสริมการศึกษาอย่างมีคุณธรรมไม่มุ่งหวังผลกำไรแต่ด้วยคุณค่าทางวิชาการและความเยี่ยมยอดของตำราเล่มนี้เอง ดิฉันเห็นว่าเป็นโอกาสที่น่ายินดีเป็นอย่างยิ่งที่ผู้สนใจจะใช้สำหรับการศึกษาในระดับสูงและใช้ในการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายต่อไป

คณะผู้จัดทำวารสารสามคำแห่ง ฉบับนิติศาสตร์

ที่ปรึกษา

1. ศาสตราจารย์มารุต	บุญนาถ	2. ศาสตราจารย์(พิเศษ) คณิง	ภาไชย
3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ	มงคลนาวัน	4. ศาสตราจารย์(พิเศษ) ปัญญา	สุทธิบดี
5. ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิรัช	ชินวินิจกุล	6. รองศาสตราจารย์ทองสุข	กรณพัฒน์พงศ์
7. อาจารย์สงวน	ติยะไพบูลย์สิน		

บรรณาธิการ

อาจารย์ภัทร ภูมิศิริระ

กองบรรณาธิการ

1. รองศาสตราจารย์จรัส	เล็งวิทยา	2. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชาย	กษิติประดิษฐ์
3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ฐิติพร	ลิ้มแหลมทอง	4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิมลฐา	แสงสุข
5. อาจารย์กนกวรรณ	ผลศรีธา	6. อาจารย์สลิ	สิริพิทุร
7. อาจารย์พรพรหม	อินทร์พรรย์	8. อาจารย์ธีรนิติ	เทพสุเมธานนท์
9. อาจารย์ภัทรวรรณ	ทองใหญ่	10. อาจารย์แนบฏ	ไชยวิสุทธิกุล
11. อาจารย์ Frederick	Ceely		

ผู้จัดการ

อาจารย์อภิชัย มานิตยกุล

ประจำกองจัดการ

นางอุไร	รุจิวงษ์
นายศศิศ	เจริญสุข
นางสาวศศิธร	มีพฤษ

ออกแบบศิลป์และปก

นายชัยพฤษ วชิระจงกล



សិក្សាស្រាវជ្រាវ.....ស៊ីវិលសិក្សាស្រាវជ្រាវសិក្សាស្រាវជ្រាវ

Ramkhamhaeng University Press.

2086 ព័ត៌មានសិក្សាស្រាវជ្រាវ បោះពុម្ពផ្សាយ រាជធានីភ្នំពេញ 10240

ស.ស.13164