

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 36 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2561)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชญ์ เครืองาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตาภรณ์	รองศาสตราจารย์อติพันธ์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ภาวัฒน์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
---------------------------------	---

รองบรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.สิริภิญญา โฆวิไลกุล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
--------------------------------	---

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	รองอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฎ์ ทวีแจ่มทรัพย์	ฝ่ายกฎหมายและบริหารศูนย์ลำปาง
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้าเลิศ	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ดร.เพ็ญวิภา ลอยกุลนันท์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
	ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

ผู้จัดการ

อาจารย์ณัฐพร รอดเจริญ	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
-----------------------	---

กองจัดการ

กันนิกา รสรื่น	สุพิชา จินฉวาโส
นรภัทร นาควิจิตร	เชิดธวัช ชัยปัน
อรจิรา ดอนยืนยง	

Chulalongkorn Law Journal
Volume 36 Issue 2 (September 2018)

Advisory Board

Professor Emeritus Dr. Borwornsak UWANNO	Professor Dr. Pathachit EAGJARIYAKORN
Professor Emeritus Dr. Wissanu KREA-NGAM	Professor Dr. Narong JAIHARN
Professor Emeritus Vitit MUNTARBHORN	Associate Professor Thitiphan CHUABOONCHAI
Professor Dr. Surakiart SATHIRATHAI	Associate Professor Piset SETSATHIRA
Professor Prasit KOVILA KOOL	Dean of Faculty of Law
Professor Dr. Jaturon THIRAWAT	(Assistant Professor Dr. Pareena SRIVANIT)

Editor-in-Chief

Dr. Pawat SATAYANURUG	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
-----------------------	--

Deputy Editor

Dr. Sirikanya KOVILA KOOL	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
---------------------------	--

Editorial Board

Professor Dr. Pairojana KAMPUSIRI	Vice-President Thammasat University Department of Law and Management Lampang Center
Assistant Professor Dr. Suphasit TAWEEJAMSUP	Assistant Professor, Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor Dr. Wariya LAMLERT	Assistant Professor, Graduate School of Law, National Institute of Development Administration
Dr. Penvipa LOYKULNANTA	Judge of the Research Justice Division of the Supreme Court

Manager

Lecturer Natthaporn RODCHAROEN	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
--------------------------------	--

Management Team

Gunniga ROSRUNE	Supicha CHINNAVASO
Norapat NAKWIJIT	Cherdawat CHAIPUN
Onchira DONYUENYONG	

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 36 ฉบับที่ 2 (กันยายน 2561) ที่อยู่ในมือท่านฉบับนี้อาจดูแปลกตาไปจากฉบับก่อนๆ ด้วยความตั้งใจของกองบรรณาธิการชุดใหม่ที่มุ่งมั่นปรับปรุงรูปลักษณ์ของวารสารกฎหมายให้ทันสมัย น่าอ่าน และเพิ่มเติมรายละเอียดสำคัญและจำเป็น โดยที่ยังคงไว้ซึ่งคุณภาพที่ดีเยี่ยมของผลงานที่กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายและผู้ทรงคุณวุฒิที่ประเมินคุณภาพผลงานได้เห็นสมควรให้เผยแพร่ ทั้งนี้ กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิในวงการนิติศาสตร์จากหลากหลายสถาบันที่ให้ความกรุณาแก่วารสารกฎหมายเสมอมาด้วยการมาร่วมเป็นกองบรรณาธิการที่ปรึกษาของวารสาร และผู้ประเมินคุณภาพผลงาน ทำให้วารสารกฎหมายยังสามารถคงคุณภาพที่ดีและสมกับที่กองบรรณาธิการชุดก่อนๆ ได้ตั้งมาตรฐานไว้สูงดังที่เคยเป็นมาตลอดระยะเวลา 35 ปี

วารสารกฎหมายฉบับนี้ ได้รับการเปลี่ยนแปลงอยู่หลายประการ ตั้งแต่ปกของวารสาร ที่ได้รับการปรับโฉมใหม่ให้ดูทันสมัยและน่าอ่าน โดยการนำรายชื่อของผลงานไปอยู่ที่ปกหลัง เพื่อให้ปกหน้าดูโล่งและสบายตาสำหรับฉบับนี้ บรรณาธิการได้รับความกรุณาจากนักवादจิตอาสา คือ คุณปริยศรี พรหมจินดา และคุณปริดีเทพ พันธุมวิษ ช่วยออกแบบปกในลักษณะภาพแนวกิ่ง abstract บนพื้นหลังสีฟ้าอ่อนๆ ที่มุ่งสื่อถึงปัญหาขยะพลาสติกในทะเลและได้ส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศและชีวิตของสัตว์ทะเลอย่างมากในปัจจุบัน ทั้งนี้จากรายงานพบว่ามีสัตว์ทะเลกว่า 700 ชนิดที่เสียชีวิตจากการกินพลาสติกเข้าไป หรือติดอยู่ในพลาสติก ดังนั้น วารสารกฎหมายจึงขอเป็นส่วนหนึ่งที่จะช่วยรณรงค์และสร้างจิตสำนึกของเราทุกคนให้ตระหนักและลงมือแก้ไขปัญหานี้อย่างจริงจังเพื่อสิ่งแวดล้อมและสวัสดิภาพที่ดีและยั่งยืนของเราทุกคนต่อไป

ประการต่อมา วารสารกฎหมายฉบับนี้ ได้เพิ่มเติมข้อมูลที่สำคัญเกี่ยวกับวารสารกฎหมายทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อันประกอบด้วย วัตถุประสงค์ กำหนดการพิมพ์ ลักษณะผลงานที่ดีพิมพ์ คำแนะนำสำหรับผู้เขียน และขั้นตอนการส่งผลงานพิจารณาตีพิมพ์ เพื่อให้ผู้อ่านหรือผู้ที่สนใจจะส่งผลงานได้ทราบข้อมูลเบื้องต้นของการทำงานของวารสาร นอกจากนี้ วารสารกฎหมายฉบับนี้เป็นวารสารกฎหมายฉบับแรกที่มีระบบการส่งบทความออนไลน์ (Online Submission System) ที่เว็บไซต์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หัวข้อวารสารกฎหมาย (<http://www.law.chula.ac.th>) เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่สนใจจะส่งบทความให้สามารถกรอกรายละเอียดในแบบฟอร์มและส่งผลงานในระบบออนไลน์ได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิมพ์แบบฟอร์มเพื่อกรอกด้วยลายมือและส่งผลงานทางไปรษณีย์มายังกองบรรณาธิการ อันเป็นการช่วยลดความจำเป็นในการใช้กระดาษอีกทางหนึ่งด้วย

วารสารกฎหมายฉบับนี้ประกอบไปด้วยผลงานจากหลากหลายสาขาวิชา ประกอบด้วย บทความวิจัย และบทความวิชาการจำนวน 15 บทความ ได้แก่

บทความแรก เป็นบทความวิจัยเรื่อง “Why the Thai Product Liability act is not enough to deal with Chrysotile asbestos: the experience of the United States and France” และได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “เหตุใดพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจาก

สินค้าที่ไม่ปลอดถัย พ.ศ. 2551 ของราชอาณาจักรไทยจึงไม่เพียงพอที่จะดำเนินการกับแร่ใยหินโครโซไทล์: **ประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส**” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ร่วมกับ รองศาสตราจารย์ ดร.คณพล จันทน์หอม ศาสตราจารย์และรองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้แร่ใยหินโครโซไทล์และผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของแร่หินโครโซไทล์ในประเทศไทยที่ก่อให้เกิดปัญหาทางการแพทย์และทางสังคม และการใช้กฎหมายเพื่อเข้ามามีการจัดการปัญหานี้

บทความที่สอง เป็นบทความวิจัยเรื่อง **“กรณีพิพาททะเลจีนใต้”** เขียนโดย รองศาสตราจารย์จันตรี สิ้นสุภฤกษ์ รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาที่ฉายภาพให้เห็นถึง เหตุการณ์กรณีพิพาทในทะเลจีนใต้ระหว่างสาธารณรัฐฟิลิปปินส์และสาธารณรัฐประชาชนจีน วิเคราะห์คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการ และเสนอแนะท่าทีและการวางตัวของไทยต่อเหตุการณ์นี้ผ่านมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศและทฤษฎีด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

บทความที่สาม เป็นบทความวิจัยเรื่อง **“แนวพระราชดำริทางกฎหมายของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวในการตรากฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467”** เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ซัชพล ไชยพร ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับประวัติศาสตร์การตรากฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย โดยเน้นการวิเคราะห์แนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว และเทียบเคียงกับบทบัญญัติและแนวคิดราชประเพณีประเทศอื่นๆ

บทความที่สี่ เป็นบทความวิจัยเรื่อง **“ทบทวนคุณลักษณะพื้นฐานตามกฎหมายของบริษัทเพื่อรองรับกฎหมายบริษัทจำกัดเจ้าของคนเดียวในประเทศไทย”** เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัฒนาพร โกวิทพัฒนกิจ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการทบทวนคุณลักษณะสำคัญของกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับบริษัทจำกัด เพื่อรองรับการจัดตั้งบริษัทจำกัดเจ้าของคนเดียวที่นับวันจะทวีความสำคัญและจำเป็นต่อการเอื้อให้กิจการขนาดเล็กเข้าสู่ระบบทะเบียน

บทความที่ห้า เป็นบทความวิจัยเรื่อง **“ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของธุรกิจ ในเศรษฐกิจแบ่งปัน: ศึกษากรณีธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน”** เขียนโดย อาจารย์ ดร.สิริภิญญา ไชวีไธกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปันของธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน ซึ่งเป็นธุรกิจรูปแบบใหม่ที่ดำเนินการบนดิจิทัลแพลตฟอร์มและยังไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนในการดูแลควบคุมกำกับ

บทความที่หก เป็นบทความวิจัยเรื่อง **“สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ: ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยในเวียดนาม”** เขียนโดย อาจารย์ชนิสา งามอภิชน อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการชี้ให้เห็นความน่าสนใจของการลงทุนทางตรงในเวียดนาม ตลอดจนเครื่องมือทางกฎหมาย มาตรการและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนดังกล่าว

บทความที่เจ็ด เป็นบทความวิชาการเรื่อง “**หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลในภาษาอังกฤษ**” เขียนโดย อาจารย์ ดร.สุรัชดา รัตติ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องหลักกฎหมายทรัสต์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศไทย เพื่อช่วยทำความเข้าใจเกี่ยวกับการร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล พ.ศ.... ซึ่งที่ประชุมคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบในหลักการแล้ว

บทความที่แปด เป็นบทความวิชาการเรื่อง “**การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านในอุตสาหกรรมสายการบิน**” เขียนโดย อาจารย์ ดร.ภาวิณี สัตยานุรักษ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาเกี่ยวกับการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านตามหลักการใน UN Guiding Principles on Business and Human Rights โดยยกตัวอย่างอุตสาหกรรมสายการบิน เพื่อนำมาปรับปรุงและพัฒนาสถานการณ์ทางด้านสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจให้มีมาตรฐานทัดเทียมสากล

บทความที่เก้า เป็นบทความวิจัยเรื่อง “**การพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน**” เขียนโดย รองศาสตราจารย์ชนินาฏ ลีตส์ รองศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์กฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านของไทย และเปรียบเทียบกับอนุสัญญาและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านขององค์การแรงงานระหว่างประเทศกับกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ พร้อมข้อเสนอแนะในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านของไทย

บทความที่สิบ เป็นบทความวิจัยเรื่อง “**แนวทางการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของไทย**” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ปวีศร เลิศธรรมเทวี ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์การนำอนุญาโตตุลาการมาใช้ในเรื่องของสัญญาทางปกครอง และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งอาศัยกระบวนการทางศาล และเสนอแนวทางในการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของไทย

บทความที่สิบเอ็ด เป็นบทความวิจัยเรื่อง “**ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา**” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์สมศักดิ์ เจริญบุญกุล ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช มีเนื้อหาเกี่ยวกับการศึกษาวิจัยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา วิเคราะห์ข้อบกพร่องและสภาพการบังคับใช้กฎหมาย ตลอดจนเสนอแนะการปรับปรุงกฎหมาย เพื่อผลการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

บทความที่สิบสอง เป็นบทความวิจัยเรื่อง “**การจัดทำร่างพระราชบัญญัติการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย พ.ศ. ...**” เขียนโดย อาจารย์ ดร.สุพัทธา แผนวิจิต อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช มีเนื้อหาเกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทยเพื่อแก้ไขปัญหาความไม่คล่องตัวของกรมสรรพสามิตและความไม่สอดคล้องกับสภาพการแข่งขันของธุรกิจในปัจจุบัน

บทความที่สิบสาม เป็นบทความวิชาการเรื่อง “**การรับรองและข้อจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวภายใต้กฎหมายไทย**” เขียนโดย คุณกิตติสรณ สังขสุวรรณ นักศึกษาปริญญาเอก มหาวิทยาลัย Indiana University Robert H. McKinney School of Law มีเนื้อหาเกี่ยวกับการวิเคราะห์การรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัว

ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและรูปแบบของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทความที่สิบสี่ เป็นบทความวิชาการเรื่อง “**กาแฟแฟรเทรต: การเพิ่มมูลค่าด้วยความเป็นธรรม**” เขียนโดย อาจารย์ภัทร ภูมิประเสริฐ รองศาสตราจารย์สุธินี รัตนวราห และผู้ช่วยศาสตราจารย์ศิริพร มณีพันธ์ อาจารย์ รองศาสตราจารย์และผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้กลไกอื่นนอกจากกฎหมาย คือ ระบบแฟรเทรต เพื่อช่วยให้เกิดความเป็นธรรมในการเพิ่มมูลค่ากาแฟ และสอดคล้องกับกระบวนทัศน์ใหม่ทางการค้าระหว่างประเทศที่มุ่งหมายให้มีความเป็นธรรม

บทความที่สิบห้า เป็นบทความวิชาการเรื่อง “**ปัญหาผลทางกฎหมายบางประการของมาตรา 227 เกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้เกี่ยวกับทรัพย์**” เขียนโดย คุณศรัณย์ พิมพ์งาม และคุณปณณธร เชื้อนแก้ว นิติศาสตรมหาบัณฑิตและนิติ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเนื้อหาวิเคราะห์การตีความกฎหมายว่าด้วยการรับช่วงสิทธิ

นอกจากนี้ วารสารกฎหมายฉบับนี้ยังประกอบด้วย **บทวิจารณ์หนังสือเรื่อง The Core Human Rights Treaties and Thailand** แต่งโดย ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทารณ ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่มีจุดมุ่งหมายเพื่ออธิบายภาพรวมและวิวัฒนาการของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยและพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาหลักเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน 9 ฉบับ **บทวิเคราะห์คำพิพากษาฎีกาที่ 11058/2559** ที่ตั้งคำถามเกี่ยวกับสิทธิในสัญญาเช่าว่าควรตกทอดเป็นมรดกหรือไม่ วิเคราะห์โดยอาจารย์อภิณพ อติพิบูลย์สิน อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ**บทแนะนำวิทยานิพนธ์เรื่อง “การยอมรับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลอื่นในระบบศาลไทย”** ของ นายไกรพล อรัญรัตน์ แนะนำโดย อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผลงานทุกชิ้นในวารสารเล่มนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่าน และกองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด และขอให้คำมั่นว่าจะนำเสนอผลงานที่มีคุณภาพเพื่อผู้อ่านต่อไป

พบกันใหม่ในวารสารฉบับหน้า (ปีที่ 37 ฉบับที่ 1 มีนาคม 2562)

บรรณาธิการ

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 36 ฉบับที่ 2

(กันยายน 2561)

สารบัญ

- | | |
|---------|--|
| 1-25 | เหตุใดพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ของราชอาณาจักรไทยจึงไม่เพียงพอที่จะดำเนินการกับแร่ใยหินโครโซไทล์ (Chrysotile Asbestos) : ประสพการณ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส
ศักดิ์ดา ธนิตกุล และ คนพล จันทน์หอม |
| 27-46 | กรณีพิพาททะเลจีนใต้
จันทร์ สิ้นสุฤกษ์ |
| 47-89 | แนวพระราชดำริทางกฎหมายของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว
ในการตรากฎหมายเพื่อยกเลิกการค้ามนุษย์ด้วยวิธีการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467
ชัยพล ไชยพร |
| 91-111 | ทบทวนคุณลักษณะพื้นฐานตามกฎหมายของบริษัทเพื่อรองรับกฎหมายบริษัทจำกัด
เจ้าของคนเดียวในประเทศไทย
พัฒนาพร โกวิทพัฒนกิจ |
| 113-140 | ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปัน:
ศึกษากรณีธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน
สิริกัญญา ไชวโลกุล |
| 141-166 | สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อ
การลงทุนทางตรงในต่างประเทศ: ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจผลิตและจำหน่าย
เครื่องประดับไทยในประเทศเวียดนาม
ชนิสสา งามอภิชน |
| 167-183 | หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับทรัพย์สินเพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลในประเทศอังกฤษ
สุรัชดา ธีศรี |
| 185-200 | การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านในอุตสาหกรรมสายการบิน
ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์ |

บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

วารสารกฎหมาย

ปีที่ 36 ฉบับที่ 2

(กันยายน 2561)

สารบัญ

201-215	การพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน ชนินาฏ ลีตส์
217-234	แนวทางการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของไทย ปวีศร เลิศธรรมเทวี
235-249	ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา สมศักดิ์ เขียวจรูญกุล
251-265	การจัดทำร่างพระราชบัญญัติการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย พ.ศ. สุพัตรา แผนวิชาติ
267-292	การรับรองและข้อจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวภายใต้กฎหมายไทย กิตติคุณ สังขสุวรรณ
293-330	กาแฟแฟรเทรต: การเพิ่มมูลค่าด้วยความเป็นธรรม ภัทระ ลิ้มปรีระ สุธิณี รัตนวราห์ และ ศิริพร มณีพันธ์
331-346	ปัญหาผลทางกฎหมายบางประการของมาตรา 227 เกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ อันเกี่ยวกับทรัพย์ ศรัณย์ พิมพ์งาม และ ปณณธร เชื้อนแก้ว
347-349	บทวิจารณ์หนังสือ “The Core Human Rights Treaties and Thailand” โดย ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทาภรณ์ บรรณาธิการ
351-356	บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11058/2559 อภินพ อติพิบูลย์สิน
357-358	บทแนะนำวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การยอมรับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย ของศาลอื่นในระบบศาลไทย” ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

Vol.36 No.2

(September 2018)

Contents

- | | |
|---------|---|
| 1-25 | Why the Thai Product Liability Act is not enough to deal with Chrysotile asbestos: the experience of the United States and France
Sakda THANITCUL and Kanaphon CHANHOM |
| 27-46 | The South China Sea Dispute
Jantree SINSUPARERK |
| 47-89 | King Rama VI's Legal Concept in Enacting The Palace Law of Succession, B.E. 2467 (1924)
Chachapon JAYAPHORN |
| 91-111 | A Revisit of Fundamental Attributes of a Company for Introducing Single Member Company Law in Thailand
Patanaporn KOWPATANAKIT |
| 113-140 | Legal Problems on Civil Liability of the Business in the Sharing Economy: A Case Study of the Delivery Service Business Using an Application
Sirikanya KOVILAIKOOL |
| 141-166 | The Situation and Legal Problems of Thai Jewelry Business that Hinder Outward Foreign Direct Investment: A Case Study of the Investment of Thai Jewelry Business in Vietnam
Chanisa NGAMAPICHON |
| 167-183 | Important Legal Principles regarding Trusts for the Purpose of Personal Property Management in England
Surutchada REEKIE |
| 185-200 | Human Rights Due Diligence in the Airline Industry
Pawat SATAYANURUG |
| 201-215 | Developing a Home Worker Protection Law
Chaninat LEEDS |
-

*Any opinions presented in this edition of Chulalongkorn Law Journal solely belong to the respective authors, with which Faculty of Law Chulalongkorn University and the Editorial Board do not have to agree.

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

Vol.36 No.2

(September 2018)

Contents

- 217-234 **Conceptual Guidance on the Use of Arbitration in Administrative Contracts in Thailand: In Search for Solutions**
Pawarit LERTDHAMTEWE
- 235-249 **Offences relating to Electronic Cards under the Criminal Code**
Somsak TIENJAROONKUL
- 251-265 **Drafting of Thailand's Alcohol Act, B.E. ...**
Supatra PHANWICHIT
- 267-292 **Verification and Limitations of the Right to Privacy under Thai Regulations**
Kitsuron SANGSUVAN
- 293-330 **Fair Trade Coffee: Increasing the value via fairness**
Patthara LIMSIRA, Sudhini RATNAVARAHA and Sirporn MANEEPUN
- 331-346 **Legal Problems of Section 227 About the Debtor Subrogating to the Creditor in Property**
Sarun PIMNGAM and Pannathorn KHUANKAEW
- 347-349 **Book Review: "The Core Human Rights Treaties and Thailand"**
by Professor Emeritus Vitit Muntarbhorn
Editor-in-Chief
- 351-356 **Case Comment: Supreme Court Decision Number 11058/2559**
Apinop ATIPIBOONSIN
- 357-358 **Recommended Thesis: "The Recognition of Facts Established in the Judgment in Thai Judicial System"**
Pramote SERMSILATHAM
-

Why the Thai Product Liability Act is not enough to deal with Chrysotile asbestos: the experience of the United States and France

Sakda Thanitcul^{*} (Corresponding author)

Kanaphon Chanhom^{**}

Faculty of Law, Chulalongkorn University

tsakda@chula.ac.th, kanaphon@outlook.com

Abstract

The use of chrysotile asbestos and products containing chrysotile asbestos in Thailand present a medical and social problem that the government must deal with on a timely basis. The two countries with most advanced science, the United States and France, have respectively severely restricted and completely banned its use.

Keywords: Chrysotile asbestos, malignant mesothelioma, asbestosis, strict liability, product liability, discovery

^{*} Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, 10330,

^{**} Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, 10330,

About 70 years ago Thailand started importing asbestos for domestic industrial use.¹ Like other 50 countries, the use of amphibole asbestos in Thailand was banned in 1995.² However, Thailand has still imported chrysotile asbestos for making roof tiles, cement pipes, brake pads and clutch pads and has also still imported 14 groups of asbestos-containing products e.g., brake clutch, cement pipe, asbestos containing clothing.³ The import destinations are Russia, Brazil, Canada, Zimbabwe, Switzerland and China.⁴

Under pressure from NGOs groups, the Thai Cabinet adopted the decision on banning the use of asbestos on April 12, 2011. The decision includes 3 measures: first, to gradually get rid of existing products that contain asbestos, second, to stop importing asbestos, and finally, to authorize the Ministry of Industry to allow the use of certain types of products containing if there is necessity and there are no substitute products.⁵ However, the resolution has not been implemented because of the opposition of asbestos industry representatives who argue that chrysotile is a low risk human carcinogen in comparison to diesel and nickel. Furthermore, the industry representatives argue that in Thailand chrysotile is not utilized by spraying but only hard-pressed product are used. On top of that, a Thai medical doctor has argued that Thai workers are not exposed to asbestos because of factory automation processes. It was not until January 29, 2014 that the Study Group established by Thai Ministry of Public Health concluded that chrysotile asbestos is harmful to human health and the use of chrysotile asbestos should be halted.

This paper will present the possible mechanisms of asbestos causing cancer. The paper also discusses the experience of the United States in dealing with asbestos under Product Liability law and how victim can be remedied. Next, the paper will present the WTO's EC-Asbestos (DS 135) decision which confirmed that Thailand has the right to impose an import ban on all types of asbestos and products containing asbestos.⁶ The paper will

¹ Sangkom Thai Rai Yaihin (Thai Society without Asbestos) (No.5), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-5>, September 16, 2014. (In Thai)

² Sangkom Thai Rai Yaihin (Thai Society without Asbestos) (No.18), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-18>, May 21, 2015. (In Thai).

³ Sangkom Thai Rai Yaihin (Thai Society without Asbestos) (No.16), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-16>, May 5, 2015. (In Thai).

⁴ Sangkom Thai Rai Yaihin (Thai Society without Asbestos) (No.2), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-2>, June 18, 2014. (In Thai).

⁵ Sangkom Thai Rai Yaihin (Thai Society without Asbestos) (No.11). <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-11>, April 16, 2015. (In Thai).

⁶ European Communities-Measure Affecting Asbestos and Asbestos - Containing Products, WT/DS 135/AB/R, 5 April 2001.

comment on why the Thai Product Liability Act of B.E.2551 cannot provide remedies to the victims who suffer miserably from asbestos related diseases. The conclusion of this paper supports the decision of the Thai cabinet on banning the use of asbestos.

I. Why Asbestos and asbestos containing asbestos should be strictly regulated

Breathing in asbestos dust is analogous to breathing in millions of miniature razor sharp swords that can be seen as the equivalent of the IED (Improvised Explosive Devices) that the insurgents in Iraq used to deadly effect. As one American combat veteran in Afghanistan noted, “Those IEDs were no joke.” Neither is asbestos. Asbestos is more like IEDs than one might think at first. The IEDs are planted, waiting for the moment to explode and do the most damage. Asbestos will wait up to 50 years to inflict its damage, and by then the damage can be irreversible, incurable, and will result in the victim’s death.

The word “asbestos” is of ancient Greek origin, meaning “inextinguishable” or “indestructible.”⁷ The Greeks used asbestos in the fabrication of burial cloths for royalty, and well as other more mundane uses. Pliny the Elder realized that the miners had high incidence of lung issues, and even indicated that the slaves from the quarries should not be purchased due their lower life expectancy.⁸ By the time of the Roman Empire asbestos was in common use. The longer fibers were woven and made into women’s clothing, as well as tablecloths that could be tossed in a fire to clean it. Shorter fibers were mixed in with clay to add fire retardant properties to building materials. Today, the most common use of asbestos is to strengthen concrete and tiles.

Geologically, the various asbestos types were formed out of silica mineral metamorphic igneous rock found in a fibrous form that can be worked easily, like a stiff cloth. The length of the raw asbestos fibers ranges up to 1cm (0.4 inch). It is not soluble in water, one class including crocidolite is acid resistant, whilst another, chrysotile, will dissolve in acid. It cannot burn, has superb insulating qualities, and, when woven into fabric, it is stronger than steel.

There are two basic “classes” of asbestos based on their physical form: amphibole, that is straight fibers, and serpentine, which is curved. Let us look at the curved “serpentine” class first. The curved fibers tend to be less resistant to the respiratory system’s self-cleaning mechanisms. The serpentine chrysotile, is composed of a hydrous magnesium silicate compound,

⁷ http://www.ierfinc.org/Origin_of_the_Word_%20Asbestos.pdf.

⁸ <http://environmentalchemistry.com/yogi/environmental/asbestoshistory2004.html>, Roberta C. Barbalace.

with the asbestos fiber in longer flexible form. Amphibole on the other hand is composed of shorter, straight fibers. These fibers due to their shape have a tendency to penetrate the structures in the lungs and are highly resistant to the lungs efforts to eliminate them. The most dangerous amphibole, crocidolite, is so toxic that it has not been used in many years. Both types are composed in part of iron and oxygen, which can lead to cancer and intercellular instability.

The precise physiological and biological mechanisms as to how asbestos fibers cause asbestosis and other cancers are not entirely settled in the medical community. The initial process, however, is uncontested, beginning with the patient inhaling the asbestos fibers that are airborne. The first line of defense is the relatively inefficient filtering function of the hair lining and the sticky mucous membrane in the nasal passages. These cannot really even begin to effectively prevent the asbestos fibers from entering the nasopharynx, then the trachea and then to the bronchial structures leading to the lungs. These structures have millions of hair-like cilia than move some of the inhaled dust, mucous and microbes up to the trachea, where the inhaled matter can be expectorated by coughing or spitting.

Passing through the bronchial tubes leading to the lungs, the fibers then pass through a series of “branches” of the lower bronchial structures to the terminal bronchioles. There are about 30,000 of these structures which function to deliver the inhaled air to the alveoli, part of the lungs proper. The alveoli are extremely delicate structures, essentially forming the point of contact between the lungs and the pulmonary vasculature where oxygenated blood is circulated to the heart, then thence to the body as a whole.

It is at the alveoli where the asbestos fibers do their damage. The alveoli are delicate structures one cell thick, and designed to allow oxygen from the air in the lungs to enter the bloodstream. To effectuate this, the oxygen in the air dissolves into the fluid at the tip of the alveoli, and then the fluid passes through the several cells separating the alveoli and the pulmonary capillaries. The extreme delicacy of this oxygen transfer system can be seen in that the distance between these structures is only 0.001mm. There are more or less 300 million alveoli in each lung, which is approximately the surface area of about 40 times the entire human body’s outer surface.

The alveoli are like bunches of grapes, each are about 0.2 mm in diameter, and are inflated like tiny balloons when air is inhaled. The balloon is supported by a surfactant, which is a fatty substance that contains cholesterol and other matter. In addition to making

the alveoli walls stable and prevent them from sticking to themselves when deflated, this surfactant also acts to attack bacteria and stave off certain lung infections. If these structures are compromised, the alveoli will be compromised, inhibiting the effective transfer of both oxygen and carbon dioxide.

The mechanisms of injury

A few fibers are filtered out by the cilia and mucous membranes. The vast proportion are propelled deep in the alveoli, and cause problems up to 50 years in the future. These sharp fibers penetrate the .001mm thick alveoli membrane, and lodge there permanently. Even the asbestos advocates agree that the crocidolite asbestos will cause injury. However, the chrysotile asbestos may dissolve, breaking down. It is here where the authorities differ sharply. The International Chrysotile Association admits that crocidolite fibers are neither expelled, nor dissolved. Researchers could not, until recently, detect any chrysotile fibers that lead to the reasonable conclusion that the natural mechanisms in the lungs expelled the chrysotile fibers, whereas in contrast the crocidolite fibers were not expelled. This resulted in the formation of the “bio-persistence” theory that chrysotile was essentially benign. However, advances in microbiology indicate that the chrysotile fibers dissolve. It is thought that once the chrysotile fibers penetrate and pass through the pleura membrane, they migrate through the lymphatic system to other organs, thus possibly being a causative factor in other cancers.

Pathogenesis of asbestos in malignant mesothelioma

Yoshitaka Sekido in “Molecular pathogenesis of malignant mesothelioma” presents several possibilities. Once the fibers are inhaled they penetrate the lung tissues. Then, the fibers cause, by one means or another, the inflammation of the lung tissue. The lung then attempts to repair the damage, but is unable to do so permanently. This, then, leads to re-inflammation of the same tissue, and the lung tissue once more attempting, unsuccessfully, to repair the damage. This cycle then in turn leads to the formation of the cancer.⁹ Sekido elaborates as follows.

Once the asbestos fiber is encapsulated in the lung tissue, the exposed surface of the asbestos fiber causes a reactive oxygen response within the interior of the cells. This oxygen, in turn, leads to DNA damage, in effect changing or compromising the DNA strands. At the

⁹ Carcinogenesis, vol. 34, no. 7, pp. 1423-1419, 2013.

same time, the existence of the asbestos fiber stimulates the production of structures called phagocytes, an internal cell mechanism to absorb and then eliminate foreign particles in the cell. This process, called macrophage, is unable to ingest or absorb the asbestos fiber, but in the attempt produces more oxygen, which exacerbates the damage that the oxygen on the surface we can see that the intercellular chemical activity sets off a kind of chain reaction that impact on one of the most basic functions of the cell, that is the ability of the cell to communicate within itself through the DNA to reproduce accurately. As Sekido puts it, “Thus, the aberrant activated signaling network among mesothelial cells, inflammatory cells, fibroblasts and other stromal cells may create a pool of mesothelial cells, which harbor aneuploidy and DNA damage, potentially developing into cancer cells and together forming a microenvironment that supports and nourishes them. It is critical to know that the post exposure time to diagnosis can be up to 50 years. The life expectancy of a patient diagnosed with stage III is between 9 to 12 months,¹⁰ with phase III study of premetrexed combination with cisplatin versus cisplatin alone with malignant pleural mesothelioma.”¹¹

Colorectal cancer is one that raises issues of causation in that, as in many cancers, there “is considerable opportunity for misdiagnosis or inaccurate certification of death.” Evidently, some gastrointestinal cancers are misdiagnosed as mesothelioma, and mesothelioma diagnosed as gastrointestinal cancers. There is also the post mortem problem of ascribing the death to a cause unrelated to cancer. Perhaps, as Morgan suggests, despite the difficulties in identifying precisely the parameters of the risk of gastrointestinal cancer to asbestos, the lack of concrete statistical correlation of asbestos exposure to colorectal cancers, “we hope that the occupationally exposed cohorts now under study will provide more conclusive evidence soon-refuting or supporting such an association.”¹²

Medical costs of asbestos

As for curative surgery, there are basically two procedures. First is termed extra pneumonectomy. This involves the removal of the entire involved lung, including part of the pericardium tissues surrounding the heart, part of the diaphragm, and part of parietal pleura. It is performed only when the cancer has not invaded the lymph system. Recovery is two weeks of hospital care, with six to eight weeks additional follow up. There is a significant risk of serious complications, with approximately 6% of patients expiring either during or shortly

¹⁰ Vogelzang, N. j., et. al., (2003).

¹¹ J. Clin. Oncol., 21, (2636-2644).

¹² Morgan, R.W., et. al., Asbestos and Gastrointestinal Cancer, The Western Journal of Medicine, 1985 July; 143:60-65, p. 61.

after the procedure.¹³ However, due to the high morbidity rate this process does not offer commensurate benefits.¹⁴

The second is pleurectomy or decortication, which is only slightly less aggressive. The chest is opened, and the tumor is removed from the pleura, which can involved a considerable amount of resection of the diaphragm and pericardium. Reconstruction of those structures may be required, as well as the resection of any involved lymph nodes.¹⁵ As in extra pneumonectomy, the post surgical complications can be severe, with 80% reoccurrence. Life expectancy with additional chemotherapy treatment can be about 26 months.¹⁶

II. How asbestos victims are compensated in the United States

The first asbestos product liability law suit was brought by Claude Tomplait in the year 1966 against eleven defendants. Tomplait ended up dismissing five defendants, settling with five others for \$75,000, with one defendant prevailing at trial for lack of definite proof of causation.¹⁷ However, in a later suit filed by Tomplait's co-worker Clarence Borel in 1969 marked the turning point of future asbestos litigation when an amount of approximately \$80,000 was awarded in favor of Borel.

Traditionally, employees had to depend on worker's compensation claims against their employers in case of asbestos related injuries. But the decision in *Borel* case enabled workers who were injured by asbestos to file product liability lawsuits against their employers as well as the original manufactures of asbestos products. This decision thus expanded the scope of liability from employers to suppliers and installers of asbestos building materials. The California Supreme Court's ruling dated August 1980, in a civil suit filed by Reba Rudkin alleging fraud and conspiracy against the Johns-Manville Company enabled workers injured by asbestos exposure to sue their employers if the companies conspired to suppress their knowledge regarding the health hazards caused by asbestos. Evidence of such fraud and conspiracy emerged in John-Manville's case when letters disclosing the company's attempts to suppress knowledge about the hazard of asbestos were produced. Subsequently,

¹³ University of California San Francisco, UCSF Medical Center, Department of Surgery, 2015.

¹⁴ Treasure, T., et. al., Extra Pneumonectomy versus no extra pneumonectomy for patients with malignant pleura mesothelioma, *Lancet Oncology*, August 2011, vol. 12(8); 765-772. Note, however, that the authors qualify their findings based on a relatively small cohort and suggest the possibility of additional research.

¹⁵ Baylor College of Medicine, Lung Institute, General Thoracic Surgery Clinic, 2016.

¹⁶ *Annals of Cardiothoracic Surgery*, 1(4); 487-490, 2012.

¹⁷ US Legal Home, Asbestos Litigation-History, <https://asbestoslitigation.uslegal.com>, visited September 17.

John-Manville became the primary target of asbestos related lawsuits owing to its position as the leading manufacturer of asbestos containing products in the United States at the time. In 1982, overwhelmed by the potential financial burden of approximately 11,000 pending asbestos exposure claims, John-Manville filed for bankruptcy.¹⁸

During this time, many courts lowered the legal standards required in claims for asbestos related injuries and thereby made it easier for plaintiffs to recover on these claims. Many courts allowed recovery even in cases where no medically cognizable asbestos related injury existed and even relaxed the standard of proximate cause for proving exposure. In addition, courts also created procedural rules allowing consolidation of claims, thus giving rise to massively voluminous asbestos injury law suits. These modified procedural rules, often called “special asbestos laws,” unfortunately led to a marked increase in the number of baseless and fraudulent asbestos claims. Even persons who were affected with mild asbestosis but did not exhibit any symptoms or impairment throughout their lifetime could claim for recovery under these modified procedural rules. Such a lower standard of recovery led many unethical attorneys to engage in large scale recruiting of unimpaired claimants and promoted meritless claims.

On October 5, 2000, Owens Corning, one of the largest manufacturers of roofing and insulation material in the United States, was forced into bankruptcy due to a potential \$7 billion tort liability faced by the company. Although Owens Corning and Fireboard Corporation did not produce any materials composed of asbestos for over twenty-five years, their asbestos liability continued to mount owing to the long latency period of certain asbestos induced diseases. Ultimately, Owens Corning was unable to settle the various claims and sought protection under bankruptcy law.

Beginning with Johns-Manville, asbestos litigation has to date forced more than 78 companies into bankruptcy and this trend continues. The extraordinary volume of asbestos cases imposes a heavy strain on the state and federal courts. Moreover, these claims have resulted in the loss of 50 to 60 thousand jobs. The employees of companies involved in this litigation lost an average of twenty five percent of the value of their company sponsored retirement savings. Clearly, asbestos litigation is costly for both plaintiffs as well as the defendants, and it imposes great strains upon the resources of the nation.

¹⁸ Michaelle J. White, Mass Tort Litigation: Asbestos, Encyclopedia of Law and Economics, DOI 10.1007/978-1-4614-7883-6-72-1, at p.6.

III. WTO and Member State's import ban on all varieties of asbestos fibres and asbestos-containing products

On 24 December 1996, the French Government adopted Decree No.96-1133 pursuant to the Labour Code and the Consumer Code banning asbestos. The Decree has prohibited the manufacture, processing, sale, importation, exportation, domestic marketing, possession for sale, offer and transfer of all varieties of asbestos fibers, regardless of whether these substances have been incorporated into materials, products or devices. The ban will become total on 1 January 2002. There are four exceptions to this general ban. Canada challenged the ban by asserting that, unlike amphibole fibers—the asbestos most hazardous to health—chrysotile fibers can be used without incurring any detectable risk. According to Canada, the ban on asbestos does nothing to correct the problems resulting from past asbestos use. The ban was adopted at a time of heavy media coverage of diseases caused by uncontrolled use of asbestos in France. Alarmist campaigns condemned all forms of asbestos use and there was pressure on public official to take action. Spurred by courts that were concurrently examining the liability of political leaders in the “tainted blood” affair, the French Government chose to prohibit chrysotile and all its uses in the hopes of assuaging public opinion, which had been badly shaken.

Canada noted that France claimed that its measure is based on a report from the Institut National de la Science et de la Recherche Médicale (INSERM). Yet several experts who analyzed the report have sharply criticized the INSERM researchers methods. They also very severely criticized the findings of their report. Those experts are of the opinion that the INSERM report is not a credible basis for justifying the total ban on all types and all uses of asbestos for public health purposes. In the justification of the measure that was given by Directorate General III (Industry) of the European Commission, it was admitted that the controlled use of asbestos in industry enabled the control of the risk of disease attributable to occupational exposure. This also applied in the case of workers involved in the mining and processing of chrysotile. The practice of controlled use also applies to other situations of exposure to asbestos. The ban on chrysotile, however, involves using substitute products whose effects on human health are, by INSERM's own admission, unknown. The use of substitute products is not governed by clearly established standards, yet the INSEM researchers state how important it is to evaluate the potential risks involved. Permitting the use of these products without taking requisite precautions may cause a repeat of mistakes that were made at the time when the risks associated with asbestos use were unknown or poorly understood.

Thus, the undetectable risk from chrysotile would be replaced by the unknown risk from substitutes.

After conducting the proceeding according to the WTO's Dispute Settlement Agreement (DSU), the Panel came to the conclusion that "In the light of France's public health objectives as presented by the European Communities, the Panel concludes that the EC has made a prima facie for the non-existence of a reasonably available alternative to the banning of chrysotile and chrysotile-cement products and recourse to substitute products." The Panel further mentioned that, "We also consider that the EC's position is confirmed by the comments of the experts consulted in the course of proceeding." We conclude that the Decree satisfies the conditions of Article XX (b) of the GATT 1994¹⁹ and find that the Decree is not justified under that provision. Canada also asked the Appellate Body to find that the Panel did not make an "objective assessment of the matter," as required under Article 11 of the DSU, because it failed to assessed the scientific date in accordance with the principle of probabilities, and failed to assess the facts objectively.

After the reviewing process, the Appellate Body upheld the Panel's finding in paragraph 8.194, 8.222 and 8.223 of the Panel Report, that the measure at issue is "necessary to protect ... life or health," within the meaning of Article XX (b) of the GATT 1994; and found that the Panel acted consistently with Article 11 of the DSU in reaching this conclusion.²⁰

From the above WTO case law, we can conclude that all WTO Member States have the right under Article XX (b) of the GATT 1994 to issue laws or regulations imposing an import ban on chrysotile and chrysotile containing products.

IV. How Thailand should deal with chrysotile and chrysotile containing products?

First, similar to France, as a WTO Member State Thailand has the right according to Article XX (b) of the General Agreement on Tariff and Trade (GATT) 1994 to issue regulations pursuant to the Hazardous Substance B.E. 2535 (1992). The regulation will put chrysotile and all chrysotile-containing products into the Section 18 Type 4 hazardous substance. However, despite the right of Thailand under the WTO Agreement to do so, the impact could be very serious. Concretely, if chrysotile and products containing chrysotile are regulated as Type 4

¹⁹ European Communities–Measure Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Report of the Panel, WT/DS 135/12, 18 September 2000, p.1.

²⁰ World Trade Organization, WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries, 1995-2016.

hazardous substance, the production, import, export, or possession of them are absolutely prohibited..

In principle, we support the Cabinet resolution of 12 April 2554 (2011) with the time frame of 2–5 years to cease the import of chrysotile asbestos according to product type. The first category, chrysotile asbestos shall not be used as raw materials for flat sheet tiles and PVC floor tile within 2 years, and, the 2nd category with 5 years in case of roof tiles, brake pad and clutches, asbestos cement pipes, provided that there must be other materials that can be substituted commercially. Under these steps, the Factory Act will apply to prohibit the import of chrysotile asbestos, giving private sector an opportunity for adjustment and minimum impact on the public.²¹ However, the implementation of the Cabinet resolution is progressing slowly. The “Thailand Ban Asbestos Network: T-Ban” which is comprise of a number of consumer health protection NGOs, NGOs advocating for patients with occupation and environment related diseases and the general public is trying to put pressure on the Ministry of Industry with regard to implementation. It should be noted that T-Ban also alleges that Thailand still imports crocidolite, tremolite, actinolite and anthophyllite despite the fact that these amphibole asbestos types have been banned by regulation pursuant to the Hazardous Substance Act B.E. 2535 since 1995.

Can the asbestos victims seek compensation in pursuant to the doctrine of strict liability in the Product Liability Act? Despite the fact that Thailand has enacted the Product Liability (Liability for Damages Arising from Unsafe Product) Act B.E. 2551 which could impose strict liability on importers and retailers of asbestos and products containing asbestos and gives the right to victims of asbestos to demand compensation for 3 years from the date that he became aware of the damages and can identify the putatively responsible parties. However, the lack of advanced medical laboratories and medical doctors who specialize in asbestos related lung diseases make it almost impossible to identify asbestos victims.²² Thus, in reality, asbestos victims cannot realistically seek adequate remedies under Thai Product Liability Act.

Workers in Thailand who developed occupation related diseases could always seek compensation from the Social Security Fund which is practical and convenient. It is also true that there is the Worker Compensation Fund Act of B.E. 2534 (1994). But almost all Thai workers do not know about the existence of the Worker Compensation Fund because most

²¹ Krungthep Thurakij (กรุงเทพธุรกิจ) 15 January 2558.

²² Sangkom Thai Rai Yaihin (Thai Society without Asbestos) (No.14), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-14>, p.2/7. (in Thai)

employers try to hide it from their workers. This is because of the “zero accident” policy promulgated by the Ministry of Labor, that will enable the employer’s factory to be considered as a very safe factory where no accidents have happened.²³ Some employers even go so far as to terminate employment contracts with factory workers who have been diagnosed with occupation related diseases. We support the initiation of the President of the Occupation and Environment Related Diseased Patients of Thailand who advocates that the Ministry of Labor, besides setting up more occupation related medical clinics jointly with the Ministry of Public Health, should educate workers about their rights to seek compensation from the Worker Compensation Fund.

Conclusion and suggestions

We conclude that Thailand has absolute right to regulate import, export, production and possession of all types of asbestos pursuant domestic law. We also conclude that the lack of medical doctors specializing in asbestos related diseases and the lack of advanced medical equipment and sophisticated medical laboratories make it almost impossible for asbestos victims to seek compensation under the Thai Product Liability Act because they cannot prove that asbestos is the proximate cause of their injuries.

Accordingly, we suggest that the Thai government, like many other countries, adopt the doctrine of “The Precautionary Principle” in dealing with all varieties of asbestos, including chrysotile asbestos. This Principle provides that where there is a risk of an adverse health impact by a product, the continued use of that product ought to be made demonstrably safe by those advocating the continuing use of that product. To date, the industrial interests advocating the continuing use of asbestos products have failed to do so. We support the 12 April 2011 Cabinet resolution because we think the doctrine of “The Precautionary Principle” is applicable and has been properly adopted into the resolution. Moreover, we share with the T-Ban that there is a serious problem about the implementation of the resolution by the responsible government agencies. We also like to add that manufacturers that formerly used asbestos, namely Johns Manville and Owen Corning have already developed safe materials that would otherwise not have been created. An engineering professor of Thailand’s leading technology University firmly asserts that, at present, there are 22 types of asbestos substitute

²³ Somboon Srikumdokkhae (นางสมบุญ ศรีคำตอกแค), President of the Occupation-related and Environment-related diseased Patients of Thailand, in <http://thaipublica.org/2014/05/asbestos-has-been-banned-19>, May 30, 2015.

Why the Thai Product Liability Act is not enough to deal with Chrysotile asbestos:
the experience of the United States and France

materials which can replace all varieties of asbestos.²⁴

As for the funding of asbestos related diseases, we would submit that Thai government give serious thought to amend the Worker Compensation Act of B.E. 2537 to enable the state to adequately fund the claims.

ACKNOWLEDGMENTS

The authors wish to thank Lieutenant Commander Matthew Lim Braslow, Medical Corps, United States Navy, for his extremely valuable scientific and medical input. The opinions presented in this paper are the author's own, and do not necessarily represent the opinions of the Department of the Navy, Bureau of Medicine and Surgery, The United States Department of Defense, or any other department or agency of the United States Government.

²⁴ Dr.Paiboon Chungtong (ดร.ไพบุตย์ ช่งทอง) มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี in Sangkom Thai Rai Yai Hin (Thai Society without Asbestos) (No.16), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-16>, May 5, 2015, p.2/6. (in Thai)

เหตุใดพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น จากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ของราชอาณาจักรไทย จึงไม่เพียงพอที่จะดำเนินการกับแร่ใยหินโครโซไทล์ (Chrysotile Asbestos) : ประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ศักดา ธนิตกุล* (ผู้เขียนหลัก)

คณพล จันทน์หอม**

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

tsakda@chula.ac.th, kanaphon@outlook.com

บทคัดย่อ

การใช้แร่ใยหินโครโซไทล์และผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหินโครโซไทล์ในประเทศไทย ก่อให้เกิดปัญหาทางการแพทย์และทางสังคม ซึ่งภาครัฐจะต้องเข้ามาจัดการกับปัญหานี้อย่างทันด่วนที่ สองประเทศที่มีวิทยาศาสตร์ที่ก้าวหน้ามากอย่างสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการจำกัดการใช้อย่างเข้มงวดและห้ามมีการใช้อย่างสิ้นเชิงตามลำดับ

คำสำคัญ: แร่ใยหินโครโซไทล์, โรคมะเร็งเยื่อหุ้มปอด, แร่ใยหิน, ความรับผิดโดยเคร่งครัด, การค้นพบ

* ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

** รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

กว่า 70 ปีมาแล้วที่ประเทศไทยเริ่มนำเข้าแร่ใยหินเพื่อใช้ในอุตสาหกรรมภายในประเทศ¹ ต่อมาในปี 2538 การใช้แร่ใยหินแอมไฟโบล (amphibole asbestos) เป็นสิ่งต้องห้ามในประเทศไทยเช่นเดียวกับอีก 50 ประเทศ² อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังคงนำเข้าแร่ใยหินโครโซไทล์ (chrysotile asbestos) เพื่อผลิตกระเบื้องมุงหลังคา ท่อซีเมนต์ ผ้าเบรก และแผ่นคลัตช์ นอกจากนี้ ยังนำเข้า 14 กลุ่มแร่ใยหิน เพื่อใช้ในผลิตภัณฑ์ต่างๆ เช่น ผ้าเบรก ท่อซีเมนต์ เครื่องนุ่งห่ม เป็นต้น³ จากสหพันธรัฐรัสเซีย สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล ประเทศแคนาดา สาธารณรัฐซิมบับเว สมาพันธรัฐสวิส และสาธารณรัฐประชาชนจีน⁴

ด้วยแรงกดดันจากองค์กรไม่แสวงหากำไร (NGOs groups) ทำให้รัฐบาลไทยมีมติระงับการใช้แร่ใยหิน เมื่อวันที่ 12 เมษายน พ.ศ. 2554 มติในครั้งนี้นำประกอบไปด้วย 3 มาตรการด้วยกัน มาตรการแรกเป็นการดำเนินการกำจัดผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของแร่ใยหินอย่างค่อยเป็นค่อยไป มาตรการที่สองเป็นการระงับการนำเข้าแร่ใยหิน และมาตรการสุดท้ายเป็นการให้อำนาจแก่กระทรวงอุตสาหกรรมในการอนุญาตให้ใช้แร่ดังกล่าวในผลิตภัณฑ์เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นและไม่มีผลิตภัณฑ์อื่นทดแทน⁵ อย่างไรก็ตาม มติดังกล่าวไม่มีการนำมาบังคับใช้ เนื่องจากมีคำคัดค้านจากกลุ่มผู้แทนของอุตสาหกรรมแร่ใยหินว่า แร่โครโซไทล์มีสารก่อมะเร็งในมนุษย์ที่มีความเสี่ยงต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับดีเซลและนิเกิล นอกจากนี้ กลุ่มผู้แทนของอุตสาหกรรมดังกล่าวยังแย้งว่าการใช้แร่โครโซไทล์ในประเทศไทยใช้เฉพาะกับผลิตภัณฑ์ที่บีบแข็งเท่านั้น ไม่ได้ถูกใช้โดยการฉีดยาแต่อย่างใด นอกจากนี้ แพทย์ไทยยังถกเถียงว่าลูกจ้างไทยไม่มีการสัมผัสกับแร่ใยหินเพราะกระบวนการผลิตที่ใช้เครื่องจักรในโรงงาน ต่อมาเมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2557 กลุ่มศึกษาของกระทรวงสาธารณสุข ได้สรุปการศึกษาว่าแร่ใยหินโครโซไทล์เป็นอันตรายต่อสุขภาพของมนุษย์ และควรยุติการใช้แร่ใยหินโครโซไทล์

บทความนี้จะนำเสนอกลไกที่เป็นไปได้ของแร่ใยหินที่ทำให้เกิดมะเร็ง อีกทั้งยังอภิปรายประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาในการดำเนินการกับแร่ใยหินด้วยกฎหมายความรับผิดชอบจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (Product Liability law) และการเยียวยาผู้เสียหาย ในลำดับต่อมาจะนำเสนอมติ EC-Asbestos (DS 135) ขององค์การการค้าโลก (WTO) ที่ยืนยันว่าประเทศไทยมีสิทธิที่จะกำหนดห้ามมิให้นำเข้าแร่ใยหินทุกชนิด รวมทั้งผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินเป็นส่วนประกอบ⁶ ตลอดจนอภิปรายว่าเหตุใดพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ไม่สามารถเยียวยาผู้เสียหายที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากโรคที่เกิดจากแร่ใยหิน และในบทสรุปของบทความนี้ได้เสนอข้อสนับสนุนให้คณะรัฐมนตรีของประเทศไทยมีมติห้ามการใช้แร่ใยหิน

¹ สังคมไทยไร้ใยหิน (สังคมไทยไร้ใยหิน) (ตอนที่ 5), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-5>, 16 กันยายน 2557

² สังคมไทยไร้ใยหิน (สังคมไทยไร้ใยหิน) (ตอนที่ 18), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-18>, 21 พฤษภาคม 2558

³ สังคมไทยไร้ใยหิน (สังคมไทยไร้ใยหิน) (ตอนที่ 16), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-16>, 5 พฤษภาคม 2558

⁴ สังคมไทยไร้ใยหิน (สังคมไทยไร้ใยหิน) (ตอนที่ 2), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-2>, 18 มิถุนายน 2557

⁵ สังคมไทยไร้ใยหิน (สังคมไทยไร้ใยหิน) (ตอนที่ 11), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-11>, 16 เมษายน 2558

⁶ European Communities—Measure Affecting Asbestos and Asbestos – Containing Products, WT/DS 135/AB/R, 5 April 2001.

เหตุใดพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ของราชอาณาจักรไทย จึงไม่เพียงพอที่จะดำเนินการกับแร่ใยหินโครโซไทล์ (Chrysotile Asbestos): ประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส

1. เหตุใดแร่ใยหินและผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินเป็นส่วนประกอบควรได้รับการควบคุมอย่างเข้มงวด

การสุดตมฝุ่นแร่ใยหินเปรียบได้กับการหายใจเอาใบมีดขนาดเล็กหลายล้านใบซึ่งคล้ายกับระเบิดแสวงเครื่อง (Improvised Explosive Devices, IED) ที่พวกก่อการร้ายในอิรักใช้เพื่อให้เกิดผลร้ายดังเช่นที่ทหารชาวอเมริกัน ผู้ผ่านศึกในอัฟกานิสถานกล่าวว่า “ระเบิดแสวงเครื่องเหล่านี้ไม่ใช่เรื่องเล่นๆ” ซึ่งเป็นเช่นเดียวกับแร่ใยหิน แร่ใยหินนั้นเหมือนกับระเบิดแสวงเครื่องมากกว่าที่คิด ระเบิดแสวงเครื่องจะถูกฝังและรอเวลาที่จะระเบิดออกมา ซึ่งมีพลังทำลายล้างสูง ในขณะที่แร่ใยหินใช้เวลากว่า 50 ปี ที่จะสร้างความเสียหายและเมื่อถึงเวลานั้นก็สายเกินกว่าที่จะย้อนกลับไปหรือเยียวยารักษาได้ และท้ายที่สุดส่งผลให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย

คำว่า “asbestos” มีรากศัพท์มาจากภาษากรีกโบราณ หมายถึง “ซึ่งไม่สามารถกำจัดได้” (inextinguishable) หรือ “ซึ่งไม่สามารถทำลายได้” (indestructible)⁷ ชาวกรีกใช้แร่ใยหินในการผลิตผ้าห่อศพของเชื้อพระวงศ์ รวมทั้งการใช้ในการโลงศพด้วย พลินีผู้อาวุโส (Pliny the Elder) ตระหนักว่าคนงานเหมืองมีปัญหาเกี่ยวกับปอดสูง และเห็นว่าพวกทาสที่มาจากเหมืองไม่ควรซื้อเนื่องจากคาดหมายว่าจะมีอายุขัยต่ำ⁸ ในยุคโรมัน การใช้แร่ใยหิน มีขึ้นอย่างทั่วไป เส้นใยยาวถูกทอและทำเป็นเสื้อผ้าของผู้หญิงเช่นเดียวกับผ้าปูโต๊ะที่สามารถโยนลงไปในกองไฟ เพื่อทำความสะอาดได้ เส้นใยสั้นถูกผสมด้วยดินเหนียวเพื่อเพิ่มคุณสมบัติในการทอและนำไปใช้เป็นวัสดุ ก่อสร้าง ปัจจุบันการใช้แร่ใยหินที่พบมากที่สุดคือเพื่อให้คอนกรีตและแผ่นกระเบื้องมีความแข็งแรง

ในทางธรณีวิทยา แร่ใยหินชนิดต่างๆ ประกอบมาจากหินอัคนีประเภทหินแปรที่ประกอบด้วยแร่ซิลิกา ซึ่งค้นพบได้ในรูปแบบของเส้นใยทำให้สามารถนำไปใช้ได้ง่ายคล้ายกับเส้นใยผ้าที่แข็ง ขนาดของแร่ใยหินที่เป็น วัตถุอันตรายถึง 1 เซนติเมตร หรือ 0.4 นิ้ว มีคุณสมบัติไม่ละลายในน้ำ บางชนิดอย่างโครซิโดไลต์ (crocidolite) ทนต่อการกร่อน ในขณะที่ชนิดอื่นๆ อย่างเช่นโครโซไทล์ไม่ทนต่อการกร่อน แร่ใยหินไม่สามารถเผาไหม้ได้เนื่องจากเป็นฉนวน ที่มีคุณภาพสูง เมื่อนำไปทอเป็นผ้าแล้วจึงมีความแข็งแรงมากกว่าเหล็ก

แร่ใยหินสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ชนิดตามลักษณะทางกายภาพ ได้แก่ แร่แอมฟิโบล (amphibole) ซึ่งเป็นเส้นใยตรง และ แร่เซอร์เพนทีน (serpentine) ซึ่งมีเส้นใยโค้ง เส้นใยที่โค้งของแร่เซอร์เพนทีนไม่สามารถ ทนต่อการกลไกการทำความสะอาดของระบบทางเดินหายใจ แร่ใยหินเซอร์เพนทีนที่มีไฮดรอสแมกนีเซียม ซิลิเกต เป็นส่วนประกอบทำให้มีเส้นใยแร่ใยหินที่มีความยาวและยืดหยุ่นมากกว่า ในขณะที่แร่แอมฟิโบลมีส่วนประกอบ ดังกล่าวที่น้อยกว่าทำให้มีเส้นใยตรง ด้วยเส้นใยที่มีรูปร่างเช่นนี้เองจึงมีแนวโน้มที่จะเจาะองค์ประกอบต่างๆ ในปอดและมีความทนทานต่อการกำจัดแร่แอมฟิโบลของปอด แร่แอมฟิโบลที่อันตรายที่สุด คือ โครซิโดไลต์ ซึ่งเป็นพิษและไม่ได้ถูกใช้มาหลายปีแล้ว แร่ทั้งสองชนิดมีส่วนประกอบของเหล็กและออกซิเจนซึ่งทำให้เกิดมะเร็ง และความไม่สมดุลระหว่างเซลล์

ในทางการแพทย์ ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าเส้นใยแร่ใยหินก่อให้เกิดโรคปอดจากแร่ใยหิน (asbestosis) และ โรคมะเร็งอื่นๆ ในกลไกทางสรีรวิทยาและชีวภาพได้อย่างไร อย่างไรก็ตาม กระบวนการแรกเริ่มที่ไม่อาจโต้แย้ง ได้เลยคือเริ่มต้นด้วยการที่ผู้ปวยสูดดมเส้นใยแร่ใยหินที่อยู่ในอากาศ การกรองด้วยขนและเมือกเหนียวในช่องจมูก

⁷ http://www.ierfinc.org/Origin_of_the_World_%20Asbestos.pdf.

⁸ <http://environmentalchemistry.com/yogi/environmental/asbestoshistory2004.html>, Roberta C. Barbalace.

ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะป้องกันเส้นใยแร่ใยหินจากการเข้าสู่โพรงหลังจมูก หลอดลมใหญ่ โครงสร้างหลอดลมฝอยที่นำไปสู่ปอด ซึ่งโครงสร้างนี้จะมีเส้นขนที่คล้ายกับขนตانب้านเส้นเพื่อเคลื่อนย้ายฝุ่น เมื่อกและจุลินทรีย์ที่เข้าไปในหลอดลมจากการหายใจ ด้วยการขากเสมหะจากการไอหรือคาย

เมื่อเส้นใยแร่ใยหินผ่านหลอดลมฝอยไปสู่ปอดแล้ว เส้นใยนี้จะเข้าสู่สาขาของโครงสร้างหลอดลมฝอยส่วนล่าง และไปสู่หลอดลมฝอยส่วนปลายสุด ซึ่งมีหลอดลมฝอยประมาณ 30,000 หลอด โดยโครงสร้างนี้จะมีหน้าที่นำเอาอากาศที่หายใจเข้าไปสู่ถุงลม ถุงลมเป็นส่วนที่มีความละเอียดอ่อนอย่างมากเนื่องจากเป็นจุดที่สร้างการติดต่อระหว่างปอดและระบบหลอดเลือดในปอดที่เลือดที่ได้รับการเติมออกซิเจนจะไหลเวียนไปที่หัวใจแล้วจากนั้นไปทั่วร่างกายโดยรวม

ถุงลมปอดเป็นส่วนที่แร่ใยหินเข้าไปทำลาย เนื่องจากถุงลมปอดเป็นโครงสร้างเซลล์ที่ละเอียดและมีความหนา 1 เซลล์และออกแบบมาเพื่อให้ออกซิเจนในอากาศจากปอดเข้าสู่กระแสเลือด โดยออกซิเจนในอากาศจะละลายลงไปในของเหลวที่ปลายโพรงของถุงลมปอดและจากนั้นของเหลวจะไหลผ่านเซลล์หลายเซลล์ที่แยกกันระหว่างถุงลมปอดและหลอดเลือดฝอยในปอด ระบบแลกเปลี่ยนออกซิเจนนี้มีความละเอียดอ่อนมากซึ่งช่วงว่างของโครงสร้างนี้มีระยะห่างกันเพียง 0.001 มิลลิเมตรเท่านั้น นอกจากนี้ ในปอดแต่ละข้างยังมีถุงลมปอดประมาณ 300 ล้านถุง ซึ่งประมาณ 40 เท่าของพื้นที่ผิวร่างกายมนุษย์

ถุงลมปอดเป็นเหมือนพวงของถุงแต่ละถุงมีเส้นผ่าศูนย์กลางประมาณ 0.2 มิลลิเมตร และพองตัวเหมือนลูกโป่งขนาดเล็กเมื่อสูดอากาศเข้าไป ถุงลมได้รับพุงโดยสารลดแรงตึงผิวซึ่งเป็นสารไขมันที่มีคอเลสเตอรอลและสารอื่นๆ นอกจากจะทำให้ผนังของถุงลมมีความมั่นคงและป้องกันไม่ให้ติดกันเมื่อปล่อยลมออก สารลดแรงตึงผิวนี้อย่างทำหน้าที่ในการโจมตีแบคทีเรียและช่วยป้องกันการติดเชื้อในปอด หากโครงสร้างเหล่านี้ถูกทำลาย ถุงลมปอดจะถูกทำลายด้วย และจะขัดขวางการถ่ายโอนที่มีประสิทธิภาพของออกซิเจนและคาร์บอนไดออกไซด์

กลไกของความเสียหาย

เส้นใยแร่ใยหินเพียงไม่กี่เส้นเท่านั้นที่ถูกกรองออกโดยขนและเมือกเหนียว ส่วนใหญ่จะถูกผลักดันลึกลงไป ในถุงลมปอดและทำให้เกิดความเสียหายได้ต่อไปในอนาคตมากถึง 50 ปี เส้นใยที่แหลมคมเหล่านี้จะทะลุผ่านเนื้อเยื่อถุงลมปอดหนา 0.001 มม. และอยู่ในนั้นอย่างถาวร แม้แต่ฝ่ายที่สนับสนุนแร่ใยหินก็ยังยอมรับว่าแร่ใยหินโครซิโดไลท์จะทำให้เกิดความเสียหายได้ อย่างไรก็ตามแร่ใยหินโครซิโดไลท์อาจสลายไปได้ ตรงส่วนนี้เองทำให้เจ้าหน้าที่มีความเห็นแตกต่างกันมาก สมาคมโครซิโดไลท์นานาชาติ (International Chrysotile Association) ยอมรับว่าเส้นใยโครซิโดไลท์ไม่สามารถถูกขับออกหรือทำให้ละลายได้ เมื่อไม่นานมานี้นักวิจัยสามารถตรวจพบว่าเส้นใยโครซิโดไลท์สามารถถูกกำจัดได้โดยอาศัยกลไกทางธรรมชาติในปอด ในขณะที่เส้นใยโครซิโดไลท์ที่ไม่สามารถถูกขับออกได้ สิ่งนี้ส่งผลให้เกิดทฤษฎี “bio-persistence” ซึ่งเห็นว่าโครซิโดไลท์ไม่อันตราย อย่างไรก็ตามความก้าวหน้าทางจุลชีววิทยาแสดงให้เห็นว่าเส้นใยโครซิโดไลท์ละลายได้ มีความคิดว่าเมื่อเส้นใยโครซิโดไลท์ทะลุผ่านเยื่อหุ้มปอดแล้ว พวกมันจะโยกย้ายผ่านระบบน้ำเหลืองไปยังอวัยวะอื่นๆ ซึ่งอาจเป็นสาเหตุของมะเร็งชนิดอื่นๆ

เหตุใดพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ของราชอาณาจักรไทย จึงไม่เพียงพอที่จะดำเนินการกับแร่ใยหินโครโซไทล์ (Chrysotile Asbestos): ประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การก่อให้เกิดโรคมะเร็งเยื่อหุ้มปอดจากแร่ใยหิน

Yoshitaka Sekido แสดงความเป็นไปได้ของการเกิดโรคมะเร็งเยื่อหุ้มปอดไว้อย่างหลากหลายใน *Molecular pathogenesis of malignant mesothelioma* เมื่อเส้นใยถูกหายใจเข้าไป เส้นใยเหล่านี้จะแทงทะลุผ่านเนื้อเยื่อหุ้มปอด จากนั้นเส้นใยนี้จะทำให้เยื่อหุ้มปอดอักเสบ ปอดจึงพยายามซ่อมแซมความเสียหาย แต่ไม่สามารถทำได้อย่างถาวร จากนั้นนำไปสู่การอักเสบอีกครั้งของเนื้อเยื่อเดียวกันและเนื้อเยื่อปอดพยายามซ่อมแซมความเสียหายอีกครั้งแต่ไม่ประสบความสำเร็จ วัฏจักรนี้เองนำไปสู่การก่อตัวของมะเร็ง⁹ ซึ่ง Sekido ได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ดังนี้

เมื่อเส้นใยของแร่ใยหินถูกห่อหุ้มไว้ในเนื้อเยื่อปอด พื้นผิวที่สัมผัสของใยหินจะทำให้เกิดปฏิกิริยาตอบสนองต่อออกซิเจนภายในเซลล์ ออกซิเจนนี้ทำให้เกิดเอ็นเอเสียหาย ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงหรือการเข้าถึงของเส้นเกลียวดีเอ็นเอ ในขณะที่เยื่อหุ้มปอดมีการมีอยู่ของเส้นใยแร่ใยหินช่วยกระตุ้นการผลิตโครงสร้างที่เรียกว่า การกลืนกินของเซลล์ (phagocytes) ซึ่งเป็นกลไกภายในเซลล์เพื่อดูดซับและกำจัดอนุภาคที่แปลกปลอมต่างๆ ในเซลล์ กระบวนการนี้เรียกว่า macrophage เป็นกระบวนการที่ไม่สามารถย่อยสลายหรือดูดซับเส้นใยแร่ใยหินได้ แต่กลับพยายามผลิตออกซิเจนมากขึ้น ซึ่งจะเพิ่มความเสียหายที่ออกซิเจนบนพื้นผิว ปฏิกิริยาทางเคมีระหว่างเซลล์ทำให้เกิดปฏิกิริยาลูกโซ่ชนิดหนึ่ง ซึ่งมีผลกระทบต่อน้ำที่พื้นฐานที่สุดของเซลล์ นั่นคือความสามารถของเซลล์ในการสื่อสารภายในตัวเองผ่านดีเอ็นเอในการสร้างเซลล์ซ้ำใหม่อย่างถูกต้อง ดังเช่นที่ Sekido กล่าวไว้ว่า “ดังนั้น เครือข่ายที่ให้สัญญาณการทำงานผิดปกติของเซลล์มะเร็ง เซลล์ที่อักเสบ เซลล์ไฟโบรบลาสต์ และเซลล์สโตรมาลาอื่นๆ อาจสร้างการรวมกลุ่มของเซลล์เยื่อหุ้มปอดซึ่งจะปกปิดความผิดปกติของโครโมโซมและความเสียหายของ DNA และอาจก่อให้เกิดเซลล์มะเร็งรวมทั้งสร้างสิ่งแวดล้อมจุลภาคที่เสริมสร้างและเป็นอาหารแก่เซลล์เหล่านั้น สิ่งสำคัญที่ต้องตระหนัก คือ ระยะเวลาที่จะได้รับการวินิจฉัยอาจนานถึง 50 ปี และอายุขัยของผู้ป่วยที่ได้รับการวินิจฉัยว่าอยู่ในระยะที่ 3 มีอายุระหว่าง 9 ถึง 12 เดือน¹⁰ ในระยะที่ 3 เป็นการศึกษายาเคมีบำบัดซิสพลาตินร่วมกับโรคมะเร็งเยื่อหุ้มปอด¹¹

มะเร็งลำไส้ใหญ่เป็นหนึ่งในโรคที่ถูกละเลยเกี่ยวกับสาเหตุของการเกิดโรคเช่นเดียวกับโรคมะเร็งอื่นๆ ที่ “มีโอกาสมายาวนานต่อการวินิจฉัยผิดพลาดหรือการรับรองการเสียชีวิตไม่ถูกต้อง” มีหลักฐานว่าโรคมะเร็งในกระเพาะอาหารได้รับการวินิจฉัยผิดพลาดเป็นโรคมะเร็งเยื่อหุ้มปอดและ โรคมะเร็งเยื่อหุ้มปอดได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโรคมะเร็งในกระเพาะอาหาร เป็นไปได้ว่ามีความยากลำบากในการระบุตัวแปรความเสี่ยงของโรคมะเร็งในกระเพาะอาหารที่จะเกิดขึ้นกับแร่ใยหิน และยังขาดความสัมพันธ์ทางสถิติของแร่ใยหินต่อการทำให้เกิดมะเร็งลำไส้ใหญ่ นอกจากนี้ ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการขึ้นสูตรศพที่อ้างถึงความตายกับสาเหตุที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับมะเร็ง อย่างไรก็ตาม Morgen กล่าวว่า “เราหวังว่าการศึกษาดังกล่าวจะเป็นโรคมะเร็งในกระเพาะอาหารจากการประกอบอาชีพในปัจจุบัน จะแสดงหลักฐานที่เป็นข้อสรุปเร็วๆ นี้ ทั้งปฏิกิริยาหรือสนับสนุนความเชื่อมโยงดังกล่าว”¹²

⁹ Carcinogenesis, vol. 34, no. 7, pp. 1423-1419, 2013.

¹⁰ Vogelzang, N. J., et. al., (2003).

¹¹ J. Clin. Oncol., 21, (2636-2644).

¹² Morgan, R.W., et. al., Asbestos and Gastrointestinal Cancer, The Western Journal of Medicine, 1985 July; 143:60-65, p. 61.

ความเสียหายทางการแพทย์จากแร่ใยหิน

การผ่าตัดเพื่อรักษาโรคมะเร็งมีวิธีการหลักๆ อยู่ 2 ประการ วิธีการแรกเป็นการตัดปอดออก (extra pneumonectomy) ซึ่งรวมถึงการตัดส่วนที่เกี่ยวข้องกับปอดทั้งหมด ได้แก่ ส่วนของเยื่อหุ้มหัวใจ กระบังลม และเยื่อหุ้มปอดส่วนผนังอก การผ่าตัดเช่นนี้จะเกิดขึ้นต่อเมื่อมะเร็งไม่ได้ลามไปจนถึงระบบน้ำเหลือง หลังจากนั้นผู้ป่วยจะได้รับการพักฟื้นในโรงพยาบาล 2 สัปดาห์ และติดตามผลภายใน 6-8 สัปดาห์ มีความเสี่ยงอย่างมากต่อภาวะแทรกซ้อนอย่างรุนแรง ผู้ป่วยประมาณ 6% เสียชีวิตในระหว่างหรือหลังจากขั้นตอนนี้¹³ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอัตราการเกิดโรคที่สูง ทำให้ขั้นตอนนี้ไม่เกิดประโยชน์ที่ได้สัดส่วนกัน¹⁴

วิธีการที่สองเป็นการตัดเยื่อหุ้มปอด (pleurectomy) หรือการเลาะเนื้อหุ้มปอด (decortication) ซึ่งมีความรุนแรงน้อยกว่าเพียงเล็กน้อยเท่านั้นเมื่อเทียบกับวิธีการแรก โดยเปิดหน้าอกและตัดเนื้ออกออกจากเยื่อหุ้มปอด ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการผ่าตัดกะบังลมและเยื่อหุ้มหัวใจเป็นจำนวนมาก การฟื้นฟูโครงสร้างเหล่านี้อาจจำเป็น รวมถึงการผ่าตัดต่อมน้ำเหลืองที่เกี่ยวข้องด้วย¹⁵ การตัดเยื่อหุ้มปอดมีความเสี่ยงต่อการเกิดภาวะแทรกซ้อนหลังผ่าตัดอย่างรุนแรงเทียบเท่ากับการตัดปอดออก โดยมีอัตราการกลับเป็นซ้ำ 80% โดยผู้ป่วยที่ได้รับการผ่าตัดร่วมกับเคมีบำบัดมีอายุขัยประมาณ 26 เดือน¹⁶

2. ผู้เสียหายจากแร่ใยหินได้รับการชดเชยอย่างไรในสหรัฐอเมริกา

การดำเนินคดีเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์แร่ใยหินเกิดขึ้นครั้งแรกโดย Claude Tomplait ในค.ศ. 1966 ต่อมาเฉลี่ยทั้งสิ้น 11 คน คดีสิ้นสุดลงด้วยการยกฟ้องจำเลย 5 คน และจำเลยอีก 5 คนต้องจ่ายค่าเสียหายจำนวน 75,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา โดยมีจำเลย 1 คนชนะคดีเนื่องจากไม่มีหลักฐานยืนยันความเกี่ยวข้อง¹⁷ อย่างไรก็ตาม ต่อมาเกิดการฟ้องร้องต่อศาลโดย Clarence Borel ซึ่งเป็นเพื่อนร่วมงานของ Tomplait ใน ค.ศ. 1969 กลายเป็นจุดเปลี่ยนของการดำเนินคดีต่อไปในอนาคต เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาคัดสินให้ Borel ชนะคดีและได้รับค่าเสียหายจำนวน 80,000 ดอลลาร์สหรัฐอเมริกา

ตามที่ปฏิบัติกันมา ลูกจ้างจะต้องอาศัยข้อเรียกร้องเกี่ยวกับค่าตอบแทนต่อนายจ้าง ในกรณีที่ลูกจ้างได้รับบาดเจ็บจากแร่ใยหิน แต่คำตัดสินในคดี Borel ให้อำนาจลูกจ้างที่ได้รับบาดเจ็บจากแร่ใยหินสามารถฟ้องร้องต่อนายจ้าง รวมถึงผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินเป็นส่วนประกอบ คำตัดสินนี้ได้ขยายขอบเขตของความรับผิดชอบจากเดิมเฉพาะนายจ้าง แต่ให้รวมถึงผู้จัดหาและผู้ผลิตแร่ใยหิน คำตัดสินของศาลสูงสหรัฐแคลิฟอร์เนียเมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 1980 ในคดีแพ่งฟ้องร้องโดย Reba Rudkin กล่าวว่าบริษัท John-Manville ว่าสมคบคิดกันทำกลฉ้อฉล

¹³ University of California San Francisco, UCSF Medical Center, Department of Surgery, 2015.

¹⁴ Treasure, T., et. al., Extra Pneumonectomy versus no extra pneumonectomy for patients with malignant pleura mesothelioma, *Lancet Oncology*, August 2011, vol. 12(8); 765- 772. Note, however, that the authors qualify their findings based on a relatively small cohort and suggest the possibility of additional research.

¹⁵ Baylor College of Medicine, Lung Institute, General Thoracic Surgery Clinic, 2016.

¹⁶ *Annals of Cardiothoracic Surgery*, 1(4); 487-490, 2012.

¹⁷ US Legal Home, Asbestos Litigation—History, <https://asbestoslitigation.uslegal.com>, visited September 17.

เหตุใดพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ของราชอาณาจักรไทย จึงไม่เพียงพอที่จะดำเนินการกับแร่ใยหินโครโซไทล์ (Chrysotile Asbestos): ประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส

โดยศาลตัดสินให้ลูกจ้างที่ได้รับการบาดเจ็บจากการสัมผัสแร่ใยหินสามารถฟ้องร้องนายจ้างของตนได้ หากบริษัทนายจ้างทำการสมคบคิดกันไม่ให้ลูกจ้างทราบถึงอันตรายต่อสุขภาพที่อาจเกิดขึ้นได้จากแร่ใยหิน ซึ่งในคดีดังกล่าวปรากฏหลักฐานว่าบริษัท John-Manville สมคบคิดกันทำกลฉ้อฉลโดยมีเจตนาเปิดเผยว่าบริษัทพยายามยับยั้งการรับรู้ถึงอันตรายของแร่ใยหินที่อยู่ในผลิตภัณฑ์ ด้วยเหตุนี้เองบริษัท John-Manville กลายเป็นเป้าหมายหลักที่ถูกฟ้องร้องเนื่องจากเป็นผู้นำการผลิตผลิตภัณฑ์ที่ประกอบไปด้วยแร่ใยหินในสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น ในปี 1982 ด้วยความรับผิดชอบทางการเงินมหาศาลราวๆ 11,000 คดีที่เกี่ยวข้องกับแร่ใยหิน ส่งผลให้บริษัท John-Manville ถูกฟ้องล้มละลายในที่สุด¹⁸

ในปัจจุบัน ศาลได้ทำการลดมาตรฐานทางกฎหมายสำหรับการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับความเสียหายจากแร่ใยหิน ซึ่งทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาจากกรณีดังกล่าวได้ง่ายยิ่งขึ้น ศาลหลายศาลมีคำสั่งให้ค่าเสียหายแม้ในคดีที่ไม่มีหลักฐานทางการแพทย์แสดงให้เห็นว่าแร่ใยหินที่ส่วนทำให้เกิดความเจ็บป่วยอยู่ ก็ตาม และแม้แต่การพิสูจน์การสัมผัสแร่ใยหินก็มีมาตรฐานของความใกล้ชิดต่อผลที่ผ่นคลายลง นอกจากนี้ ศาลยังได้สร้างวิธีพิจารณาคดีที่อนุญาตรวมการพิจารณาได้ ดังนั้น จึงมีการดำเนินคดีเกี่ยวกับความเสียหายจากแร่ใยหินอย่างกว้างขวาง ซึ่งวิธีพิจารณานี้เรียกว่า กฎหมายพิเศษสำหรับแร่ใยหิน (special asbestos laws) อย่างไรก็ตาม ทำให้เพิ่มการฟ้องร้องในคดีที่เรียกว่าเกี่ยวกับแร่ใยหิน แม้แต่บุคคลที่ได้รับผลกระทบเพียงเล็กน้อยจากการเป็นโรคปอดที่ไม่ได้มีอาการหรือความบกพร่องใดๆ แสดงออกมาตลอดช่วงชีวิต ก็สามารถเรียกค่าเสียหายภายใต้วิธีการพิจารณานี้ ด้วยมาตรฐานการชดเชยที่ไม่เคร่งครัดส่งผลให้นายความที่ไม่สุจริตเรียกร้องค่าจ้างในอัตราที่สูงจากโจทก์

เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 2000 Owens Corning หนึ่งในผู้ผลิตหลังคาและฉนวนรายใหญ่ที่สุดในสหรัฐอเมริกา ต้องล้มละลายเนื่องจากต้องชำระค่าเสียหายทางแพ่งประมาณ 7 พันล้านดอลลาร์สหรัฐอเมริกา แม้ว่า Owens Corning และ Fireboard Corporation ไม่ได้ผลิตวัสดุที่มีแร่ใยหินเป็นส่วนประกอบมากกว่า 25 ปี ความรับผิดชอบเกี่ยวกับแร่ใยหินยังคงมีอยู่ สืบเนื่องจากระยะเวลาของแร่ใยหินที่ค่อย ๆ ก่อให้เกิดโรคนั้นกินระยะเวลายาวนาน ท้ายที่สุดแล้ว Owens Corning ไม่สามารถระงับข้อเรียกร้องต่างๆ ได้และต้องแสวงหาทางออกภายในกฎหมายล้มละลาย

เริ่มต้นด้วย Johns-Manville และอีกกว่า 78 บริษัทที่ต้องล้มละลายเพื่อการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับแร่ใยหิน ซึ่งไม่มีทีท่าว่าจะหยุดลง ด้วยจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาลจำนวนมหาศาล ทำให้เกิดความตึงเครียดแก่ศาลมลรัฐและศาลรัฐบาลกลาง นอกจากนี้ ข้อเรียกร้องเช่นว่าทำให้ลูกจ้าง 5-6 หมื่นรายต้องตกงาน และลูกจ้างของบริษัทที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีต้องสูญเสียเงินสะสมเพื่อการเกษียณเฉลี่ยร้อยละ 25 ที่บริษัทสนับสนุนให้ จึงเป็นที่กระจ่างแล้วว่า การดำเนินคดีเกี่ยวกับแร่ใยหินสร้างบทเรียนราคาแพงให้แก่โจทก์และจำเลย และยังใช้ทรัพยากรของชาติมากเกินไป

¹⁸ Michaelle J. White, Mass Tort Litigation: Asbestos, Encyclopedia of Law and Economics, DOI 10.1007/978-1-4614-7883-6-72-1, at p.6.

3. การห้ามนำเข้ากลุ่มเส้นใยแร่ใยหินทุกชนิดและผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินเป็นส่วนประกอบขององค์การการค้าโลกและชาติสมาชิก

เมื่อวันที่ 24 ธันวาคม ค.ศ. 1996 รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้รับเอากฎีกาที่ 96-1133 (Decree No.96-1133) ไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน และประมวลกฎหมายผู้บริโภคร ซึ่งแร่ใยหินเป็นสิ่งต้องห้าม กฎีกานี้ห้ามการผลิต การดำเนินการ การขาย การนำเข้า การส่งออก การตลาดภายในประเทศ การมีไว้เพื่อจำหน่าย การเสนอและโอนย้ายกลุ่มเส้นใยแร่ใยหินทุกชนิด ไม่ว่าสารนั้นจะถูกนำมาเป็นวัสดุ ผลิตภัณฑ์และเครื่องมือหรือไม่ ข้อห้ามนี้ถูกนำมาบังคับใช้อย่างสมบูรณ์ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2002 โดยมีข้อยกเว้นอยู่ 4 ประการ ประเทศแคนาดาท้าทายข้อห้ามนี้โดยการยื่นข้อร้องเรียน ให้แร่ใยหินโครโซไทล์สามารถนำมาใช้ได้ โดยปราศจากความรับผิดชอบต่อความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งแตกต่างจากแร่ใยหินแอมไฟโบลต์ที่เป็นอันตรายต่อร่างกายมากที่สุด สืบเนื่องจากกฎหมายของประเทศแคนาดา ข้อห้ามการใช้แร่ใยหินไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้แร่ใยหินในอดีตได้ ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ข้อห้ามดังกล่าวถูกรับมาใช้ในช่วงเวลาที่สื่อได้รายงานอย่างหนักเกี่ยวกับโรคที่เกิดจากการใช้แร่ใยหินที่ไม่สามารถควบคุม ยังมีแคมเปญที่ประณามการใช้แร่ใยหินไม่ว่าในรูปแบบใด และยังมีแรงกดดันต่อภาครัฐในการจัดการแร่ใยหิน นอกจากนี้ ยังมีแรงกระตุ้นจากศาลที่มีการวินิจฉัยความรับผิดชอบของผู้นำทางการเมืองต่อเหตุการณ์เลือดปนเปื้อน (tainted blood) ทำให้รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสเลือกที่จะระงับแร่ใยหินโครโซไทล์และการใช้ทั้งหมด โดยหวังว่าจะทำให้ความคิดเห็นของสาธารณชนที่สั่นคลอนกลับสงบลง

ประเทศแคนาดาได้ตั้งข้อสังเกตว่ามาตรการของสาธารณรัฐฝรั่งเศสอ้างอิงจากรายงานของ Institut National de la Science et de la Recherche Médecine (INSERM) ซึ่งมีผู้เชี่ยวชาญหลายท่านได้วิเคราะห์รายงานดังกล่าวและวิพากษ์วิจารณ์ถึงวิธีการทำวิจัยของ INSERM รวมทั้งผลลัพธ์ที่ได้จากงานวิจัย ผู้เชี่ยวชาญเหล่านั้นเห็นว่ารายงานของ INSERM ไม่น่าเชื่อถือจากการให้เหตุผลถึงการห้ามการผลิตแร่ใยหินทุกชนิดและการใช้แร่ใยหินทุกกรณีเพื่อเหตุผลทางสาธารณสุข ในเหตุผลของมาตรการโดย Directorate General III (Industry) of the European Commission ยอมรับว่าการควบคุมการใช้แร่ใยหินในอุตสาหกรรมช่วยควบคุมความเสี่ยงต่อการเป็นโรคที่เกิดจากการประกอบอาชีพ และยังใช้ในกรณีของคนงานที่เกี่ยวข้องในการทำเหมืองแร่และกระบวนการการผลิตแร่โครโซไทล์ การควบคุมการใช้นี้ถูกนำไปใช้กับการสัมผัสกับแร่ใยหินกรณีอื่นๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม การห้ามใช้แร่ใยหินโครโซไทล์ตามมติของ INSERM ไม่ปรากฏกรณีที่ใช้ผลิตภัณฑ์ทดแทนซึ่งมีผลกระทบต่อสุขภาพของมนุษย์ การใช้เป็นผลิตภัณฑ์ทดแทนนี้ไม่มีการควบคุมโดยมาตรฐานที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่นักวิจัยของ INSERM ระบุถึงความสำคัญของการประเมินความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น การอนุญาตให้ใช้ผลิตภัณฑ์เหล่านี้โดยไม่ได้รับการป้องกันที่จำเป็น อาจทำให้เกิดข้อผิดพลาดซ้ำกับในอดีตที่ใช้แร่ใยหินไม่เป็นที่รู้จักหรือเข้าใจได้ไม่ดี ดังนั้น ความเสี่ยงที่ไม่สามารถตรวจพบได้จากโครโซไทล์ อาจถูกแทนที่ด้วยความเสี่ยงที่ไม่รู้จักจากผลิตภัณฑ์ทดแทน

หลังจากดำเนินการตามข้อตกลงการระงับข้อพิพาทขององค์การการค้าโลก (DSU) แล้วคณะกรรมการได้สรุปว่า “ในแง่ของเป้าหมายด้านสาธารณสุขของฝรั่งเศสตามที่นำเสนอโดยประชาคมยุโรป คณะกรรมการสรุปว่าประชาคมยุโรปได้ให้ความสำคัญว่าไม่มีทางเลือกที่เหมาะสมและมีเหตุผลนอกจากจะห้ามใช้โครโซไทล์ ผลิตภัณฑ์ซีเมนต์โครโซไทล์และหันไปใช้สินค้าอื่นทดแทน” คณะกรรมการยังได้กล่าวเสริมว่า “เรายังพิจารณาด้วยว่ามุมมองของประชาคมยุโรป ได้รับการยืนยันจากความเห็นของผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการพิจารณาในระหว่าง

เหตุใดพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ของราชอาณาจักรไทย จึงไม่เพียงพอที่จะดำเนินการกับแร่ใยหินโครโซไทล์ (Chrysotile Asbestos): ประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส

การดำเนินการ” สรุปได้ว่าพระราชกฤษฎีกาเป็นไปตามเงื่อนไขข้อ XX (b) ของ GATT 1994¹⁹ และพบว่าพระราชกฤษฎีกาไม่เป็นที่ชอบธรรมภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว แคนาดาจึงได้ขอให้คณะกรรมการการอุทธรณ์พิจารณาว่า คณะกรรมการไม่ได้ให้ “การประเมินวัตถุประสงค์ของเรื่อง” ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 11 ของ DSU เนื่องจากไม่สามารถประเมินวันที่ทางวิทยาศาสตร์ได้ตามหลักการของความน่าจะเป็นและล้มเหลวต่อการประเมินข้อเท็จจริงอย่างถูกต้อง

หลังจากกระบวนการทบทวน คณะกรรมการการอุทธรณ์สนับสนุนข้อสรุปของคณะกรรมการที่ปรากฏในวรรค 8.194, 8.222 และ 8.223 ของรายงานของคณะกรรมการ โดยเห็นว่ามาตรการที่เป็นประเด็น “จำเป็นเพื่อปกป้อง ... ชีวิตหรือสุขภาพ” ตามความหมายของข้อ XX (b) ของ GATT 1994 และพบว่าคณะกรรมการดำเนินการอย่างต่อเนื่องตามข้อ 11 ของ DSU เพื่อให้บรรลุข้อสรุปนี้²⁰

จากกฎหมายของ WTO ข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าประเทศสมาชิกของ WTO ทั้งหมดมีสิทธิภายใต้ข้อ XX (b) ของ GATT 1994 เพื่อออกกฎหมายหรือข้อบังคับที่กำหนดห้ามการนำเข้าแร่ใยหินโครโซไทล์และผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินโครโซไทล์เป็นส่วนประกอบ

4. ประเทศไทยควรจะดำเนินการกับแร่ใยหินโครโซไทล์และผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินโครโซไทล์เป็นส่วนประกอบอย่างไร

ประการแรกเหมือนกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสในฐานะประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก ประเทศไทยมีสิทธิตามมาตรา XX (b) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) 1994 เพื่อออกพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัตินี้จะกำหนดให้แร่ใยหินโครโซไทล์และผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินโครโซไทล์เป็นส่วนประกอบทั้งหมด เป็นวัตถุอันตรายประเภทที่ 4 ตามมาตรา 18 อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประเทศไทยจะมีสิทธิภายใต้ข้อตกลงขององค์การการค้าโลกจะกำหนดเช่นนั้น แต่อาจเกิดผลกระทบที่ร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าแร่ใยหินโครโซไทล์และผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินโครโซไทล์เป็นส่วนประกอบถูกควบคุมเป็นวัตถุอันตรายประเภทที่ 4 ซึ่งการผลิต การนำเข้า การส่งออกหรือการครอบครองวัตถุอันตรายเหล่านี้เป็นสิ่งต้องห้ามอย่างยิ่ง

โดยหลักการแล้ว ผู้เขียนสนับสนุนมติที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 12 เมษายน พ.ศ. 2554 ที่กำหนดกรอบระยะเวลา 2-5 ปี เพื่อยุติการนำเข้าแร่ใยหินชนิดโครโซไทล์ตามประเภทผลิตภัณฑ์ ประเภทแรก แร่ใยหินโครโซไทล์ห้ามนำมาใช้เป็นวัตถุดิบสำหรับกระเบื้องแผ่นเรียบและกระเบื้องปูพื้นผิวภายในระยะเวลา 2 ปีและประเภทที่สอง ภายใน 5 ปี กระเบื้องหลังคามุงหลังคา ผ้าเบรกและคลัตช์ ท่อซีเมนต์ที่ทำจากแร่ใยหินโดยมีเงื่อนไขว่า ต้องมีวัสดุอื่นที่สามารถทดแทนได้ในเชิงพาณิชย์ ภายใต้ขั้นตอนเหล่านี้ พระราชบัญญัติโรงงานจะนำมาใช้เพื่อห้ามนำเข้าแร่ใยหินโครโซไทล์ ทำให้ภาคเอกชนมีโอกาสในการปรับตัวและส่งผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด²¹ อย่างไรก็ตาม การดำเนินการตามมติของคณะรัฐมนตรีกำลังดำเนินไปอย่างช้าๆ “เครือข่ายรณรงค์ยกเลิก

¹⁹ European Communities—Measure Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Report of the Panel, WT/DS 135/12, 18 September 2000, p.1.

²⁰ World Trade Organization, WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries, 1995-2016.

²¹ กรุงเทพมหานคร 15 มกราคม 2558.

แร่ใยหินแห่งประเทศไทย หรือ T-Ban” ซึ่งประกอบด้วยองค์กรไม่แสวงหากำไรด้านการคุ้มครองผู้บริโภคหลายแห่ง องค์กรไม่แสวงหากำไรที่สนับสนุนผู้ป่วยที่เป็นโรคจากการประกอบอาชีพและสิ่งแวดล้อมและประชาชนทั่วไป พยายามที่จะสร้างแรงกดดันแก่กระทรวงอุตสาหกรรม ต่อการดำเนินการตามมติ นอกจากนี้ T-Ban ยังได้ กล่าวหาว่าประเทศไทยยังคงนำเข้าแร่ใยหินโครซิโดไลท์ เทรโมไลท์ แอคติโนไลท์ และ แอนโทรไฟลไลท์ แม้ว่า แร่ใยหินประเภทแอมไฟโบลเหล่านี้ จะถูกสั่งห้ามตามกฎหมายว่าด้วยพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ตั้งแต่ พ.ศ. 2538

ผู้เสียหายจากแร่ใยหินสามารถได้รับค่าเสียหายตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดในพระราชบัญญัติ ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยได้หรือไม่ แม้ว่าประเทศไทยจะได้มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งอาจกำหนดความรับผิด โดยเคร่งครัดต่อผู้ค้านำเข้าและผู้ค้าปลีกแร่ใยหินและผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหิน รวมทั้งให้สิทธิแก่ผู้เสียหายจาก แร่ใยหินเรียกร้องค่าเสียหายเป็นเวลา 3 ปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบการที่ต้อง รับผิด อย่างไรก็ตาม ด้วยข้อปฏิบัติทางการแพทย์ขั้นสูงและแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในโรคปอดที่เกี่ยวข้องกับแร่ใยหิน ที่ไม่เพียงพอ ทำให้เป็นไปได้ยากที่จะพิสูจน์ผู้เสียหายจากแร่ใยหิน²² ดังนั้น ในความเป็นจริงแล้วผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ ของแร่ใยหินจึงไม่สามารถแสวงหาการเยียวยาได้อย่างสมเหตุสมผลภายใต้พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

คนงานในประเทศไทยผู้ที่เป็นโรคจากการประกอบอาชีพสามารถแสวงหาค่าทดแทนจากกองทุน ประกันสังคมซึ่งเป็นประโยชน์และสะดวก และมีพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 แต่เกือบทุกคนไม่ทราบ เกี่ยวกับกองทุนเงินทดแทนเนื่องจากนายจ้างส่วนใหญ่พยายามปิดบัง ทั้งนี้เนื่องจากนโยบาย “อุบัติเหตุเป็นศูนย์” ที่ประกาศใช้โดยกระทรวงแรงงานซึ่งจะทำให้โรงงานของนายจ้างได้รับการพิจารณาให้เป็นโรงงานที่ปลอดภัยมาก เมื่อไม่มีอุบัติเหตุเกิดขึ้น²³ นายจ้างบางคนถึงกับเลิกสัญญาจ้างกับลูกจ้างในโรงงานที่ได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นโรค ที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน ผู้เขียนจึงสนับสนุนการริเริ่มของผู้อำนวยการสำนักโรคจากการประกอบอาชีพและ สิ่งแวดล้อมที่สนับสนุนในกระทรวงแรงงานให้ความรู้แก่ลูกจ้างเกี่ยวกับสิทธิในการได้รับค่าทดแทนจากกองทุน เงินทดแทน นอกเหนือจากการก่อตั้งคลินิกสำหรับรักษาโรคที่เกิดจากการทำงานร่วมกับกระทรวงสาธารณสุข

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สรุปได้ว่าประเทศไทยมีสิทธิในการควบคุมการนำเข้า การส่งออก การผลิตและการครอบครองแร่ใยหิน ทุกชนิดตามกฎหมายภายในประเทศ นอกจากนี้ยังสรุปได้ว่าการที่ขาดแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับโรคที่เกี่ยวข้องกับ แร่ใยหินและการขาดอุปกรณ์ทางการแพทย์ขั้นสูงและห้องปฏิบัติการทางการแพทย์ที่ซับซ้อนทำให้ยากที่ผู้เสียหาย จากแร่ใยหินจะได้รับค่าเสียหายภายใต้พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย เนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าแร่ใยหินเป็นสาเหตุของโรค

²² สังคมไทยไร้แร่ใยหิน (สังคมไทยไร้แร่ใยหิน) (ตอนที่ 14), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-14>, หน้า 2/7.

²³ นางสมบุญ ศรีคำตอกแค, ผู้อำนวยการสำนักโรคจากการประกอบอาชีพและสิ่งแวดล้อม, ใน <http://thaipublica.org/2014/05/asbestos-has-been-banned-19>, 30 พฤษภาคม 2558

เหตุใดพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ของราชอาณาจักรไทย จึงไม่เพียงพอที่จะดำเนินการกับแร่ใยหินโครโซไทล์ (Chrysotile Asbestos): ประสบการณ์ของสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอแนะนำให้รัฐบาลไทยเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ยอมรับ “หลักการระวังไว้ก่อน” (The Precautionary Principle) ในการจัดการกับแร่ใยหินทุกชนิดรวมถึงแร่ใยหินโครโซไทล์ หลักการนี้ระบุว่าหากมีความเสี่ยงต่อผลกระทบต่อสุขภาพที่ไม่พึงประสงค์จากผลิตภัณฑ์ การใช้ผลิตภัณฑ์ต่อไปต้องถูกทำให้ปลอดภัย และสามารถพิสูจน์ได้โดยผู้สนับสนุนการใช้ผลิตภัณฑ์นั้น ในปัจจุบันภาคอุตสาหกรรมที่สนับสนุนการใช้ผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหินไม่สามารถพิสูจน์เช่นนั้นได้ ผู้เขียนยังสนับสนุนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 12 เมษายน พ.ศ. 2554 เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่า “หลักการระวังไว้ก่อน” มีผลใช้บังคับและได้รับเอามาแก้ไขปัญหอย่างถูกต้องแล้ว นอกจากนี้ ผู้เขียนและ T-Ban เห็นว่ามีปัญหาร้ายแรงเกี่ยวกับการดำเนินการตามมติของหน่วยงานรัฐบาลที่รับผิดชอบ นอกจากนี้ ผู้เขียนขอเสริมว่าผู้ผลิตที่เคยใช้แร่ใยหิน ได้แก่ Johns Manville และ Owen Corning ได้พัฒนาวัสดุที่ปลอดภัยแล้ว และผู้เชี่ยวชาญด้านวิศวกรรมของมหาวิทยาลัยทางเทคโนโลยีชั้นนำของไทยยืนยันอย่างชัดเจนว่าในปัจจุบันมีวัสดุทดแทนแร่ใยหินจำนวน 22 ชนิดซึ่งสามารถทดแทนแร่ใยหินชนิดต่างๆ ได้ทั้งหมด²⁴

สำหรับการระดมทุนเกี่ยวกับโรคที่มาจากแร่ใยหิน ผู้เขียนเสนอให้รัฐบาลไทยให้ความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 เพื่อให้ภาครัฐสามารถระดมทุนเพื่อใช้เรียกร้องได้อย่างเพียงพอ

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอขอบคุณนางสาวตรี Matthew Lim Braslow เหล่าทหารแพทย์แห่งกองทัพเรือสหรัฐอเมริกา สำหรับข้อมูลทางวิทยาศาสตร์และทางการแพทย์อันมีค่า ความคิดเห็นที่นำเสนอในบทความนี้เป็นของผู้เขียน และไม่ใช่มุมมองหรือความคิดเห็นของกรมทหารเรือ สำนักแพทยศาสตร์และศัลยกรรม กระทรวงกลาโหมของสหรัฐอเมริกา หรือแผนกหรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา

²⁴ ดร.ไพฑูริย์ ช่างทอง มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี in สังคมไทยไร้แร่ใยหิน (สังคมไทยไร้ใยหิน) (ตอนที่ 16), <https://thaipublica.org/2014/09/asbestos-has-been-banned-16>, 5 พฤษภาคม 2558, หน้า 2/6.

กรณีพิพาททะเลจีนใต้

The South China Sea Dispute

จันตรี ลินศุภฤกษ์*

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Jantree.S@chula.ac.th

บทคัดย่อ

ทะเลจีนใต้มีกลุ่มของเกาะ 2 แห่งในทะเลจีนใต้ที่เป็นกรณีพิพาทระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน ซึ่งได้แก่ หมู่เกาะพาราเซลและหมู่เกาะสแปรตลีย์ โดยหมู่เกาะสแปรตลีย์ประกอบไปด้วยเกาะเล็กๆ โขดหิน แนวหิน แนวหินปะการัง สันทรายใต้น้ำ โขดหินปะการังรูปร่างแบนและลักษณะภูมิฐานอื่นมากกว่า 140 แห่งที่ตั้งกระจายอยู่บนพื้นที่มากกว่า 410,000 ตารางกิโลเมตร ซึ่งมีรัฐที่อ้างสิทธิเหนือหมู่เกาะสแปรตลีย์ทั้งหมด ได้แก่ จีน ไต้หวัน และเวียดนาม ส่วนฟิลิปปินส์อ้างสิทธิเหนือภูมิฐานหลายแห่งที่อยู่ภายในกลุ่มเกาะคารายัน โดยกรณีพิพาทในทะเลจีนใต้ระหว่างสาธารณรัฐฟิลิปปินส์และสาธารณรัฐประชาชนจีนปรากฏตามคำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการที่ตั้งขึ้นตามความในภาคผนวก 7 ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 แต่กรณีพิพาทระหว่างฟิลิปปินส์และจีนยังไม่ยุติลงตามคำชี้ขาดโดยจะเห็นได้จากการกระทำของจีนภายหลังศาลมีคำชี้ขาดในปัจจุบัน

คำสำคัญ: ทะเลจีนใต้, จีน, ฟิลิปปินส์, คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการคดีฟิลิปปินส์กับจีน, การเมืองระหว่างประเทศ

* รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Abstract

There are two groups of Islands in the South China Sea that are being disputed concerning territorial sovereignty between states. They are Paracels and Spratlys. The Spratly Islands consist of more than 140 islets, rocks, reefs, coral reefs, shoals, atolls and other geographic features spread over an area of more than 410,000 square kilometers (km²). All of the Spratly Islands are claimed by China, Taiwan and Vietnam. Many of the features of the Spratly Islands also fall within the Kalayan Island Group, claimed by the Philippines. The South China Sea dispute between the People's Republic of China and the Republic of the Philippines appears in the Award on the South China Sea by an Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea. However, the dispute between the Philippines and China has not yet been settled now by the Award as shown by China's present activities after the Tribunal issued the Award.

Keywords: The South China Sea, China, The Philippines, Philippines v. China Arbitration Award, International Politics

1. ข้อเท็จจริงในทางภูมิศาสตร์และการกล่าวอ้างสิทธิของรัฐต่างๆ ในทะเลจีนใต้

ทะเลจีนใต้เป็นส่วนหนึ่งของมหาสมุทรแปซิฟิกตะวันตกซึ่งเชื่อมระหว่างทะเลทางด้านใต้ของจีนและไต้หวันกับทะเลฝั่งตะวันออกของเวียดนามและหมู่เกาะในมหาสมุทรแปซิฟิก ทะเลจีนใต้มีลักษณะเป็นทะเลกึ่งปิด (Semi Enclosed Sea) ที่ล้อมรอบด้วยรัฐชายฝั่ง 8 รัฐ อันประกอบด้วย จีน ไต้หวัน เวียดนาม ฟิลิปปินส์ มาเลเซีย สิงคโปร์ บรูไน และอินโดนีเซีย จากการประมาณการโดยองค์การอุทกศาสตร์ระหว่างประเทศ (International Hydrographic Organization, IHO) ในปี ค.ศ. 2002 พบว่าขนาดพื้นที่ของทะเลจีนใต้มีประมาณ 2.7-3 ล้านตารางกิโลเมตร ทั้งนี้ ไม่รวมถึงพื้นที่ทะเลนัตูนา (Natuna Sea) ทะเลทางด้านใต้ของอ่าวตังเกี๋ย (Gulf of Tonkin) ทะเลทางตะวันตกของอ่าวไทยและช่องแคบไต้หวันทางตอนเหนือ¹

ลักษณะทางภูมิศาสตร์ของทะเลจีนใต้ยังประกอบไปด้วยช่องแคบ (Straits) ที่สามารถเป็นจุดยุทธศาสตร์ในการเดินเรือ เช่น ช่องแคบมะละกา (Malacca Strait) ช่องแคบซุนดาและลอมบอก (Sunda and Lombok Strait) ช่องแคบบัลลาแบก (Balabac Strait) และช่องแคบมินโดโร (Mindoro Strait) โดยประการสำคัญ คือ ทะเลจีนใต้เป็นเส้นทางคมนาคมทางทะเลที่สำคัญมากสายหนึ่งของโลก ทั้งในการเคลื่อนย้ายกำลัง เดินเรือสินค้า ลำเลียงน้ำมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงเหนือ เช่น จีน ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และไต้หวัน²

นอกจากนี้ ทะเลจีนใต้ยังประกอบด้วยกลุ่มของเกาะ ไซตฮิน แนวหิน ปะการัง สันทราย และลักษณะภูมิศาสตร์ (Geographic Features) อื่นๆ ที่ปรากฏอยู่ในทะเล ซึ่งมีอยู่ 2 กลุ่มที่เป็นพื้นที่ที่เกิดความขัดแย้งและเป็นกรณีพิพาทระหว่างรัฐ ซึ่งได้แก่ หมู่เกาะสแปรตลีย์ (Spratly Islands) รวมถึงแนวหมู่เกาะ ไซตฮิน ปะการัง และลักษณะภูมิศาสตร์อื่นๆ ที่อยู่ทางตอนเหนือและตั้งอยู่ทางตะวันออกของทะเลจีนใต้ และหมู่เกาะพาราเซล (Paracel Islands) ซึ่งอยู่ทางตะวันตกเฉียงเหนือของทะเลจีนใต้และเป็นกรณีพิพาทระหว่างจีนและเวียดนาม³

สแปรตลีย์เป็นกลุ่มของเกาะ (Groups of the Islands) ตั้งอยู่ทางตอนใต้ของทะเลจีนใต้ประกอบด้วยเกาะ ไซตฮิน แนวหิน ปะการัง สันทราย และลักษณะภูมิศาสตร์ (Geographic Features) อื่นๆ ที่ปรากฏอยู่ในทะเลถึง 150 แห่ง ครอบคลุมบริเวณพื้นที่เกือบ 410,000 ตารางกิโลเมตร และเป็นเกาะที่มีความสูงอยู่เหนือระดับน้ำทะเลไม่ถึง 50 เกาะ เกาะที่ใหญ่ที่สุดในบรรดาเกาะทั้งหลายในหมู่เกาะสแปรตลีย์ คือ เกาะ Itu Aba หรือเกาะ Taiping ซึ่งมีพื้นที่ 0.43 ตารางกิโลเมตร หรือประมาณ 89 เอเคอร์ และเป็นเกาะเดียวที่มีแหล่งน้ำจืดบนเกาะ เกาะที่เหลือนอกจากนี้เป็นเกาะที่มีระดับความสูงต่ำกว่าระดับน้ำทะเล ในเวลาน้ำลงจะเห็นเกาะบางส่วนโผล่พ้นผิวน้ำ⁴

¹ Nien Tsu Alfred Hu. 2010. "Semi Enclosed Troubled Waters: A New Thinking on the Application of the 1982 UNCLOS Article 123 to the South China Sea." *Ocean Development & International Law* 41 (3): 301.

² Chris Rahman and Martin Tsamenyi. 2010. "A Strategic Perspective on Security and Naval Issues in the South China Sea." *Ocean Development & International Law* 41 (3): 315.

³ Robert Beckman. 2013. "The UN Convention on the Law of the Sea and the Maritime Disputes in the South China Sea." *The American Journal of International Law* 107: 142.

⁴ Jantree Sinsupparoeak. 2013. *Korani Pipat Mookao Spratly: Tasana Tang Kotmai Lae Kanmuang*. [The Spratly Islands Dispute: Legal and Political Perspectives]. Bangkok: Square Print 93. (in Thai)

หมู่เกาะสแปรตลีย์มีอาณาเขตติดต่อกับประเทศต่างๆ โดยตั้งอยู่ห่างออกไปทางตอนใต้ของประเทศจีน 900 ไมล์จากเกาะไหหลำ (Hainan) อยู่ทางตอนเหนือของเกาะบอร์เนียว (Borneo) ทางตะวันออกของชายฝั่งประเทศเวียดนาม 230 ไมล์ และอยู่ห่างออกไปทางตะวันตกของประเทศฟิลิปปินส์ 120 ไมล์จากเกาะปาลาวัน (Palawan) ออกไปทางตะวันตกเฉียงเหนือของมลรัฐซาบา (Sabah) ประเทศมาเลเซีย 150 ไมล์

รัฐผู้อ้างสิทธิเหนือหมู่เกาะสแปรตลีย์เดิมมีอยู่ด้วยกัน 6 รัฐ ได้แก่ จีน ไต้หวัน เวียดนาม ฟิลิปปินส์ มาเลเซีย และบรูไน สำหรับการอ้างสิทธิของจีน จีนได้อ้างสิทธิทางประวัติศาสตร์ (Historic Rights) แผนที่จะการเดินทางเรือ และหลักฐานที่ปรากฏในเอกสารทางประวัติศาสตร์ว่าจีนเป็นประเทศแรกที่ค้นพบและสำรวจหมู่เกาะสแปรตลีย์ มาตั้งแต่สมัยราชวงศ์ชิง (Qing) (ค.ศ. 1644-1911) นอกจากนี้ จีนยังได้อ้างว่าในสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง ญี่ปุ่นได้เข้าครอบครองหมู่เกาะเหล่านี้บางส่วนเพื่อใช้เป็นฐานทัพเรือดำน้ำ หลังจากญี่ปุ่นแพ้สงครามในปี ค.ศ. 1945 จีนโดยรัฐบาลเจียงไคเช็คได้ส่งเรือเข้าควบคุมหมู่เกาะเหล่านี้และอ้างการครอบครอง (Occupation) หมู่เกาะนี้ทั้งหมด นอกจากนี้ จีนยังอ้างสิทธิในพื้นที่ทางทะเลในบริเวณทะเลจีนใต้จากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ในพื้นที่ภายในเส้นประเก้าเส้น (Nine Dot/Dash Line) โดยจีนได้อ้างว่าแนวเส้นประดังกล่าว จีนกล่าวอ้างเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1947 สมัยรัฐบาลพรรคก๊กมินตั๋งปกครองประเทศจีน แนวเส้นประดังกล่าวในอดีตเรียกว่า แนวเส้นประ 11 จุด (Eleven-Dash Line) ภายหลังจากพรรคคอมมิวนิสต์ปกครองประเทศจีน แนวเส้นประดังกล่าวได้ถูกปรับเป็นเส้นประ 9 จุด (Nine-Dash Line) และได้รับการประกาศอย่างเป็นทางการโดยรัฐบาลภายใต้การนำของนายโจวเอินไหลนายกรัฐมนตรีจีนในปี ค.ศ. 1949 และในปัจจุบัน ทั้งนี้ จีนได้ครอบครองลักษณะภูมิสถานในทะเลจีนใต้ 9 แห่ง ได้แก่ Subi Reef, Gaven Reef, Johnson South Reef, Kennan Reef, Fieri Cross Reef, Cuarteron Reef, Loi Ta South West Reef, Ladd Reef และ Mischief Reef และจีนถือว่าลักษณะภูมิสถานเหล่านี้อยู่ในเขตการปกครองเมืองซานซา (Sansha City) มณฑลไหหนาน (Hainan Province) ของจีน

ส่วนไต้หวันได้อ้างสิทธิหรืออธิปไตยเหนือหมู่เกาะสแปรตลีย์ในปี ค.ศ. 1947 โดยใช้เหตุผลทางประวัติศาสตร์ และแผนที่จะการเดินทางเรือเช่นเดียวกับจีน เนื่องจากไต้หวันเป็นส่วนหนึ่งของสาธารณรัฐประชาชนจีนและได้ส่งทหารไปประจำการอยู่บนเกาะ Itu Aba ในหมู่เกาะสแปรตลีย์มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1956 และได้สร้างฐานทัพพัฒนาสิ่งอำนวยความสะดวกและยุทธโปกรณ์ทางทหาร มีสถานีเรดาร์เพื่อการป้องกันทางอากาศและทางน้ำบนเกาะนี้

สำหรับเวียดนามได้อ้างสิทธิเหนือหมู่เกาะสแปรตลีย์โดยอ้างว่าเวียดนามได้ค้นพบ (Discovery) และครอบครอง (Occupation) หมู่เกาะสแปรตลีย์ต่อเนื่องมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1815 เมื่อมีการส่งคณะสำรวจทางทะเลออกไปสำรวจเส้นทางเดินเรือ จนในปี ค.ศ. 1958 เวียดนามได้จัดทำแผนที่โดยผนวกหมู่เกาะสแปรตลีย์เข้าเป็นส่วนหนึ่งของเวียดนาม โดยอ้างถึงหลักฐานทางประวัติศาสตร์การประมง ทั้งเวียดนามได้เคยประกาศอ้างกรรมสิทธิ์เหนือหมู่เกาะสแปรตลีย์ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1956 โดยอ้างถึงคำแถลงการณ์กล่าวอ้างในนครซานฟรานซิสโก เมื่อปี ค.ศ. 1951 ทั้งยังได้มีการประกาศแบ่งเขตสัมปทานน้ำมันให้บริษัทต่างชาติ เวียดนามยังได้อ้างหลักการสืบสิทธิของรัฐ (Succession of States) จากฝรั่งเศสเมื่อในสมัยอาณานิคมที่ฝรั่งเศสยึดเกาะบางส่วนของหมู่เกาะสแปรตลีย์ในปี ค.ศ. 1975 เวียดนามได้ส่งทหารไปยึดเกาะและลักษณะภูมิสถาน (Geographic Features) ต่างๆ 6 แห่ง และขยายการครอบครองไปเรื่อยๆจนกระทั่งเวียดนามได้ครอบครองเกาะและลักษณะภูมิสถานอื่นๆ เป็นจำนวน 24 แห่ง ในปัจจุบันมีการสร้างป้อมค่ายทหารติดตั้งปืนใหญ่ ปืนต่อสู้อากาศยาน มีท่าเรือและสนามบินขนาดเล็กและยังมีการพัฒนายุทธโปกรณ์ต่างๆ อย่างต่อเนื่อง

ส่วนมาเลเซียได้อ้างสิทธิเหนือเกาะและลักษณะภูมิฐานต่างๆ ในหมู่เกาะสแปรตลีย์ มาเลเซียได้ประกาศเขตทางทะเล ซึ่งได้แก่ เขตไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะในปี ค.ศ. 1979 และ ค.ศ. 1980 ตามลำดับ และได้พิมพ์แผนที่ออกเผยแพร่แสดงให้เห็นว่าเขตไหล่ทวีปของมาเลเซียขยายออกไปครอบคลุมลักษณะภูมิฐาน (Geographic Features) ต่างๆ ถึง 11 แห่ง ในหมู่เกาะสแปรตลีย์ มาเลเซียถือว่าลักษณะภูมิฐานเหล่านี้ อยู่ในเขตไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะของมาเลเซีย นอกจากนี้ มาเลเซียยังอ้างหลักการสืบสิทธิของรัฐ (Succession of States) จากอังกฤษที่เคยครอบครองเกาะดังกล่าวมาก่อน ปัจจุบันมาเลเซียได้ครอบครองเกาะและลักษณะภูมิฐานอื่นๆ ในหมู่เกาะสแปรตลีย์ และมีทหารประจำการอยู่บนเกาะ 3-6 เกาะ ในปี ค.ศ. 1983 มาเลเซียได้เข้าครอบครอง Swallow Reef หลังจากนั้น ก็เข้าครอบครองเกาะ โขดหิน ปะการังรูปร่างแบน (Atolls) แห่งอื่นๆ มาเลเซียให้สัมปทานน้ำมันแก่บริษัทสหรัฐอเมริกา มีการพัฒนากองกำลังทหารและยุทธโธปกรณ์อย่างต่อเนื่อง มีที่ตั้งกองเรือติดตั้งป้อมปืน มีการสร้างสนามบินและโรงแรมสำหรับนักท่องเที่ยว มาเลเซียได้รับงบประมาณในส่วนนี้เป็นจำนวนมาก

เช่นเดียวกับมาเลเซีย บรูไนได้อ้างสิทธิเหนือหมู่เกาะสแปรตลีย์ในส่วนที่เป็นโขดหิน 2 แห่ง ได้แก่ Louisa Reef และ Rifleman Reef โดยบรูไนอ้างว่า Louisa Reef อยู่ในเขตไหล่ทวีป 350 ไมล์ของตน อย่างไรก็ตาม บรูไนไม่ได้ส่งกองกำลังไปยึดครองเกาะเหล่านั้นแต่อย่างใด เนื่องจากขาดกำลังทหาร แต่ก็ยังมีโครงการพัฒนาศักยภาพทางทหารของตนเองทั้งทางเรือและทางอากาศ

สำหรับฟิลิปปินส์ได้อ้างสิทธิหรืออธิปไตยเหนือหมู่เกาะสแปรตลีย์โดยอ้างถึงการค้นพบ (Discovery) และหลักสภาพที่ตั้งใกล้เคียงทางภูมิศาสตร์ (Geographic Contiguity) โดยอ้างถึงการค้นพบของ Thomas Cloma นักผจญภัยชาวฟิลิปปินส์ว่าได้ค้นพบกลุ่มเกาะ Kalayaan ในปี ค.ศ. 1947 และใช้ประโยชน์ทำมาหากินอย่างต่อเนื่อง และจากเหตุการณ์ประวัติศาสตร์ที่ Thomas Cloma และชาวฟิลิปปินส์ประมาณ 40 คนได้ไปปักธงชาติฟิลิปปินส์บนเกาะและแนวหิน 53 แห่ง ด้านทิศตะวันออกของเกาะ Palawan ในช่วงต้นทศวรรษ 1970 ฟิลิปปินส์เริ่มเข้าไปครอบครองเกาะในหมู่เกาะสแปรตลีย์เนื่องจากตระหนักถึงความสำคัญของหมู่เกาะสแปรตลีย์มากขึ้น ในปี ค.ศ. 1978 ฟิลิปปินส์ประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะและเขตไหล่ทวีปของฟิลิปปินส์ นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1978 ประธานาธิบดี Marcos ได้ออก Presidential Decree กำหนดพิภพของเกาะ Kalayaan และประกาศว่า Kalayaan อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของฟิลิปปินส์ โดยกำหนดให้เป็นเทศบาลเมืองหนึ่งของจังหวัด Palawan

ในปัจจุบันฟิลิปปินส์ได้อ้างสิทธิครอบครองและมีทหารประจำการอยู่บนเกาะและลักษณะภูมิฐานอื่นอยู่ 8 แห่ง ได้แก่ Northeast Cay, Thitu Island, West York Island, Lankiam Cay, Loaita Island, Nanshan Island, Flat Island และ Commodore Reef นอกจากนี้ ฟิลิปปินส์ได้แสดงให้เห็นถึงความพยายามอย่างมากที่จะเข้าไปครอบครองเกาะและลักษณะภูมิฐานอื่นๆ ที่ตนอ้างสิทธิ เช่น การเข้าไปสร้างเมืองบนเกาะของกลุ่มเกาะ Kalayaan ซึ่งมีพื้นที่ 37 เฮกตาร์ ที่รู้จักกันในชื่อ Thitu หรือที่คนฟิลิปปินส์เรียกว่า Pagasa ซึ่งมีความหมายว่า “ความหวัง” แม้ว่าการกระทำเช่นนี้ต้องประสบกับความยากลำบากและต้องใช้ความอดทนอย่างมากก็ตาม⁵

⁵ Bangkok Post. 2011. “Territorial Dispute : Filipinos Keeping the Flag Flying in South China Sea.” May 19.

จากที่กล่าวมา จะเห็นถึงข้อเท็จจริงในทางภูมิศาสตร์และลักษณะการกล่าวอ้างสิทธิของรัฐต่างๆ ที่เป็นฝ่ายในกรณีพิพาท ซึ่งจะเห็นว่ากรณีพิพาทเหนือหมู่เกาะสแปรตลีย์ซึ่งเป็นพื้นที่สำคัญของทะเลจีนใต้ เป็นปัญหาที่มีความยุ่งยากซับซ้อน ยากต่อการแก้ไข จนในปัจจุบันก็ยังหาทางออกไม่ได้

2. ความสำคัญของทะเลจีนใต้

ไม่เพียงแต่เป็นเส้นทางคมนาคมสายหลักของโลก ทะเลจีนใต้ยังมีความสำคัญในทางยุทธศาสตร์ของมหาอำนาจโดยเฉพะอย่างยิ่งต่อสหรัฐอเมริกาในลักษณะที่เป็นเส้นทางที่สั้นที่สุดที่เชื่อมโยงมหาสมุทรแปซิฟิกและมหาสมุทรอินเดียของกองกำลังภาคพื้นแปซิฟิกของสหรัฐฯ (US Pacific Command) ที่ต้องใช้พื้นที่ทะเลในบริเวณนี้เพื่อเคลื่อนกำลังสนับสนุนการปฏิบัติการของกองกำลังของสหรัฐฯ ในพื้นที่ต่างๆ ทั้งทางตรงจากสหรัฐฯ และจากฐานทัพสหรัฐฯ ที่เพิร์ล ฮาร์เบอร์ (Pearl Harbor) เกาะกวม (Guam) และในญี่ปุ่น⁶

นอกจากนี้ ทะเลจีนใต้ยังมีความสำคัญทางเศรษฐกิจเนื่องจากทะเลจีนใต้ตั้งอยู่ในบริเวณศูนย์สูตรที่มีอากาศร้อนชื้น จึงอุดมไปด้วยทรัพยากรธรรมชาติทั้งที่มีชีวิต (Living Resources) และไม่มีชีวิต (Non-Living Resources)

ทะเลจีนใต้อุดมไปด้วยแหล่งน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ และแร่ธาตุต่างๆ มากมาย โดยในปี ค.ศ. 2006 มีการสำรวจแหล่งน้ำมันและก๊าซธรรมชาติ โดยบริษัทน้ำมันอเมริกันร่วมกับบริษัทจีน พบว่ามีแหล่งก๊าซธรรมชาติที่สามารถผลิตก๊าซธรรมชาติได้ถึง 4-6 หมื่นล้านลูกบาศก์ฟุต ในบริเวณใกล้หมู่เกาะสแปรตลีย์ (Spratlys) ซึ่งตั้งอยู่ในทะเลจีนใต้ นอกจากนี้ ทะเลจีนใต้ยังเป็นแหล่งทรัพยากรสัตว์น้ำที่สำคัญ ซึ่งมีสัดส่วนการจับสัตว์น้ำถึงร้อยละ 10 ของปริมาณสัตว์น้ำที่จับได้ทั่วโลกด้วยปริมาณต่อปีประมาณ 5 ล้านตัน พื้นที่ประมงบริเวณทะเลจีนใต้มีขนาดใหญ่เป็นอันดับสี่ของโลก สัตว์น้ำที่จับได้ในบริเวณนี้ นอกจากจะเป็นแหล่งโปรตีนที่สำคัญของประชากรในภูมิภาคแล้วยังมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจและการดำรงชีพของชาวประมงในภูมิภาคซึ่งคาดว่าจะมีประมาณ 10 ล้านคน รวมทั้งประชากรในอุตสาหกรรมต่อเนื่องที่พึ่งพาการประมงในภูมิภาคซึ่งมีประมาณ 100 ล้านคน⁷

3. ภูมิหลังความเป็นมาของคำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการในคดีทะเลจีนใต้

เนื่องจากทะเลจีนใต้มีความสำคัญทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ และยุทธศาสตร์ ดังนั้น จึงค่อนข้างแน่นอนว่าสถานการณ์ความตึงเครียดจะเกิดขึ้นเมื่อใดก็ได้ トラบไคที่ยังมีปัจจัยเหล่านี้เป็นเดิมพัน ดังจะเห็นได้ว่าในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2007 จีนได้จัดตั้งเขตการปกครองเมืองซานซา (City of Sansha) เพื่อปกครองหมู่เกาะพาราเซลและสแปรตลีย์ ซึ่งการกระทำดังกล่าวถูกประท้วงอย่างเป็นทางการจากเวียดนามและเกิดการเดินขบวนประท้วงอย่างรุนแรงในกรุงฮานอยและโฮจิมินห์ซิตี้ ประเทศเวียดนาม

⁶ Dulyawat Chaodee. 2014. "Korane Pipat Talae Geen Tai." [The South China Sea Dispute]. Accessed May 7, 2018. www.tnssc.org/main/index.php/.../k2/.../23_0a879a882fd768ef637f29c10edca814

⁷ Chris Rahman and Martin Tsamenyi. 2010. "A Strategic Perspective on Security and Naval Issues in the South China Sea." *Ocean Development & International Law*, 41(3): 319.

ต่อมาในวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2009 ฟิลิปปินส์ได้ออกกฎหมายประกาศเส้นฐานหมู่เกาะ (Archipelagic Baselines) และอ้างว่าเป็นไปตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเล ซึ่งภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ฟิลิปปินส์ได้รวมเอาพื้นที่บริเวณหมู่เกาะ Kalayaan และสันดอนสการ์โบโร (Scarborough Shoal) เป็นส่วนหนึ่งของดินแดนฟิลิปปินส์ (Filipino Territory) และในวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 2009 ฟิลิปปินส์ได้ยื่นคำขอในการขยายเขตไหล่ทวีปของตนออกไปเกินกว่า 200 ไมล์ทะเลในบริเวณแนวหิน Benlarn Rise ในทะเลฟิลิปปินส์และฟิลิปปินส์ยังคัดค้านการยื่นคำร้องขอขยายเขตไหล่ทวีปร่วมกันของมาเลเซีย และเวียดนาม ออกไปเกินกว่า 200 ไมล์ทะเลว่าพื้นที่ที่มาเลเซียและเวียดนามร้องขอนั้นได้ล่วงล้ำน่านน้ำฟิลิปปินส์

ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2011 เรือตรวจการจีน 2 ลำ ได้แสดงท่าทีคุกคามเรือสำรวจน้ำมันของบริษัท Energy Forum ซึ่งได้รับสัมปทานจากฟิลิปปินส์ บริเวณแนวหินรีด บอมบ์ (Reed Bomb) ในระยะ 80 ไมล์ทะเลจากฝั่งตะวันตกของเกาะ Palawan ซึ่งก่อนหน้านี้จีนได้ยื่นประท้วงทางการทูตต่อฟิลิปปินส์ เมื่อฟิลิปปินส์ให้สัมปทานแก่บริษัทนี้ในการขุดเจาะน้ำมันในพื้นที่ซึ่งมีการอ้างสิทธิโดยสามประเทศ ได้แก่ จีน ฟิลิปปินส์ และเวียดนาม โดยฟิลิปปินส์อ้างว่าพื้นที่ดังกล่าวอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ 200 ไมล์ทะเลของฟิลิปปินส์⁸

ในเดือนเมษายน ค.ศ. 2011 ฟิลิปปินส์ได้ยื่นยันอำนาจอธิปไตยเหนือหมู่เกาะ Kalayaan และในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2011 ประธานาธิบดีฟิลิปปินส์ได้ออกคำสั่งให้ใช้คำว่าทะเลฟิลิปปินส์ตะวันตก (West Philippine Sea) เมื่อกล่าวถึงน่านน้ำบริเวณหมู่เกาะสแปรตลีย์โดยเฉพาะบริเวณรอบหมู่เกาะ Kalayaan

ในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 2011 เรือตรวจการจีนได้ขนถ่ายอุปกรณ์เพื่อสร้างสิ่งปลูกสร้างบริเวณ Iroquois Reef และ Army Douglas Bank ซึ่งอยู่ห่างจากเกาะ Palawan ของฟิลิปปินส์ประมาณ 230 กิโลเมตร ซึ่งฟิลิปปินส์ได้อ้างสิทธิเหนือลักษณะภูมิฐาน 2 แห่งนี้⁹

จากที่กล่าวมาจะเห็นถึงพัฒนาการของความขัดแย้งระหว่างจีนและฟิลิปปินส์ในทะเลจีนใต้ จนกระทั่งในวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 2013 รัฐบาลฟิลิปปินส์ได้ตัดสินใจที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในทางศาล โดยการยื่นฟ้องจีนต่อศาลอนุญาโตตุลาการซึ่งตั้งขึ้นตามภาคผนวก 7 ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งทั้งจีนและฟิลิปปินส์ต่างเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าว โดยฟิลิปปินส์อ้างว่าฟิลิปปินส์ไม่มีทางเลือกอื่นเพราะฟิลิปปินส์ได้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาทในทางการทูตหรือในทางการเมืองจนหมดสิ้นแล้ว แต่เนื่องจากจีนไม่เคยเข้าร่วมการหารือกันในหัวข้อเรื่องต่างๆ ที่ฟิลิปปินส์ได้ยื่นเสนอไป ในขณะที่รัฐบาลจีนได้ตอบกลับในเรื่องนี้ว่ารัฐบาลจีนยึดมั่นต่อการระงับข้อพิพาทระหว่างจีนและฟิลิปปินส์โดยสันติวิธีผ่านการเจรจาหารือกัน ซึ่งมีรายละเอียดระบุไว้ชัดเจนในปฏิญญาว่าด้วยแนวปฏิบัติของรัฐบาลคิโนเตเลจินใต้ (DOC) โดยจีนมีจุดยืนเสมอมาว่าการแก้ไขปัญหาสามารถทำได้โดยผ่านการเจรจาของทั้งสองฝ่ายและการหารือกันเท่านั้น จีนกล่าวว่าทุกฝ่ายสนับสนุนให้ฟิลิปปินส์ทำงานร่วมกับจีนเพื่อระงับข้อพิพาทโดยผ่านการเจรจาและตัดสินใจของทั้งสองฝ่าย¹⁰

⁸ Ian Storey. 2012. "The South China Sea Dispute : Where Are We Now and Where Are We Heading?." Ocean Policy Research Foundation and the Rajaratnam School of International Studies, February 28-29, p. 20.

⁹ Ibid, p. 20.

¹⁰ Ministry of Foreign Affairs, People's Republic of China. 2016. *Briefing by Xu Hong, Director-General of the Department of Treaty and Law on the South China Sea Arbitration Initiated by the Philippines*. May 12.

จีนยังยึดมั่นในจุดยืนของการไม่ยอมรับและไม่เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ จีนอ้างว่าจีนไม่มีส่วนร่วมในการก่อตั้งศาล อีกทั้งจีนยังไม่ยินยอมให้การแก้คำฟ้องของฟิลิปปินส์และไม่เข้าร่วมในการนั่งพิจารณาคำให้การด้วยวาจาทั้งในเรื่องอำนาจศาล (Jurisdiction) และในส่วนเนื้อหา (Merits) ของคดี จีนไม่ตอบรับคำเชื้อเชิญของศาลเพื่อให้ความเห็นในประเด็นปัญหาทั้งในด้าน สารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ และมีได้จ่ายเงินล่วงหน้าเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ศาลได้ร้องขอไป ซึ่งตลอดเวลาของการดำเนินกระบวนการพิจารณานั้น จีนได้ย้ำทุกครั้งว่า จีนไม่ยอมรับการอนุญาโตตุลาการที่ริเริ่มโดยฟิลิปปินส์

4. บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยพบว่า กรณีพิพาทในทะเลจีนใต้เป็นปัญหาที่ไม่สามารถแก้ไขได้โดยวิธีการระงับข้อพิพาททางการศาลหรืออนุญาโตตุลาการหรือวิธีอื่นใดที่มีผลบังคับตามกฎหมาย ว่าตามที่จริงกรณีพิพาทในทะเลจีนใต้เกิดมานานนับศตวรรษแล้ว จนบัดนี้ก็ยังไม่หาทางออกไม่ได้ โดยสถานการณ์ความตึงเครียดจะเกิดขึ้นเป็นระยะๆ ดังเช่นในปี 1988 เกิดการปะทะกันระหว่างกองทัพเรือของจีนและเวียดนามบริเวณจอห์นสัน เซาธ์ รีฟ (Johnson South Reef) ในหมู่เกาะสแปรตลีย์ ทำให้ทหารเวียดนามเสียชีวิตมากกว่า 70 นาย ในปี 2011 เหตุการณ์กลับมาตึงเครียดอีกครั้งหนึ่งเมื่อเวียดนามกล่าวหาว่าเรือรบของจีนขัดขวางเรือสำรวจน้ำมันของตนภายในเขต 200 ไมล์ทะเล อันเป็นเขตเศรษฐกิจจำเพาะของเวียดนาม จีนตอบได้ว่าเวียดนามรุกล้ำน่านน้ำของตนและคุกคามชาวประมงจีน นำมาซึ่งการแสดงแสนยานุภาพข่มขู่กัน เริ่มด้วยเวียดนามซ้อมรบทางทะเลด้วยกระสุนจริง ถัดมาไม่กี่วันจีนประกาศซ้อมรบในทะเลจีนใต้เช่นเดียวกัน

และเนื่องจากว่ารัฐที่กล่าวอ้างสิทธิหรือเป็นฝ่ายในกรณีพิพาทหมู่เกาะสแปรตลีย์เป็นประเทศสมาชิกอาเซียนถึง 4 ประเทศ คือ เวียดนาม มาเลเซีย บรูไน และฟิลิปปินส์ ก็ต้องมาคุบทาบทาอาเซียนในการแก้ไขปัญหาในหมู่เกาะสแปรตลีย์ เนื่องจากความขัดแย้งในหมู่เกาะพิพาทนี้อาจมีผลกระทบต่อการคมนาคมทั้งทางทะเลและทางอากาศ และต่อดุลอำนาจทางทหารของรัฐทั้งภายในภูมิภาคและนอกภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

บทบาทของอาเซียนในหมู่เกาะสแปรตลีย์ สามารถพิจารณาได้จากการประชุมระดับรัฐมนตรีต่างประเทศของอาเซียนที่ฟิลิปปินส์เมื่อเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1992 ได้ออกปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยทะเลจีนใต้ (ASEAN Declaration on the South China Sea) กำหนดแนวทางในการแก้ปัญหาคความขัดแย้งโดยสันติวิธี จีนซึ่งเข้าร่วมในการประชุมได้ลงนามในการรับรองด้วย อย่างไรก็ตาม แม้มีปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยทะเลจีนใต้แล้ว รัฐที่กล่าวอ้างสิทธิก็ยังต่อสู้ช่วงชิงเพื่อให้ตนได้มาซึ่งภูมิฐานทางทะเลในบริเวณหมู่เกาะสแปรตลีย์ที่ยังไม่มีรัฐใดเข้าไปครอบครอง ซึ่งความตึงเครียดนี้ขึ้นสูงสุดสูงสุดในปี 1995 หลังจากจีนเข้าไปครอบครอง Mischief Reef ซึ่งฟิลิปปินส์อ้างสิทธิว่าเป็นของตนเพราะตั้งอยู่นอกชายฝั่งของเกาะ Palawan ของฟิลิปปินส์เพียง 100 ไมล์ การเข้าครอบครอง Mischief Reef ของจีนก่อให้เกิดความตึงเครียดอย่างรุนแรงระหว่างอาเซียนกับจีน ด้วยเหตุนี้ จีนมีความพยายามที่จะจัดทำความตกลงเกี่ยวกับแนวปฏิบัติของรัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาท ซึ่งได้แก่ ปฏิญญาอาเซียน – จีนว่าด้วยแนวปฏิบัติของรัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทในทะเลจีนใต้ (2002 ASEAN – China Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea) ซึ่งได้รับการยอมรับโดยรัฐมนตรีต่างประเทศของอาเซียนและจีนในคราวประชุมสุดยอดอาเซียน (ASEAN Summit) ที่กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 2002 ปฏิญญา

อาเซียน – จีนว่าด้วยแนวปฏิบัติของรัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทในทะเลจีนใต้กำหนดว่า รัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาท ยืนยันว่าจะเคารพและให้คำมั่นสัญญาว่าจะปฏิบัติตามหลักเสรีภาพในการเดินเรือและการบินผ่านในทะเลจีนใต้ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับระดับสากล ซึ่งรวมถึงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 และยืนยันว่าการรับเอาหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อกัน (Code of Conduct) ในทะเลจีนใต้ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมสันติภาพและความมั่นคงในภูมิภาคและตกลงว่าจะดำเนินการในเรื่องนี้ให้สำเร็จ ล่วงตามวัตถุประสงค์บนพื้นฐานของหลักฉันทามติ (Consensus) นอกจากนี้ ปฏิญญาฯ ยังกำหนดให้รัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทพร้อมที่จะดำเนินการให้มีการปรึกษาหารือและการเจรจาในประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวกับข้อพิพาทนั้นตามวิธีการที่ได้ตกลงกัน และโดยประการสำคัญปฏิญญาฯ นี้ได้ระบุว่า รัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาท รับว่าตนจะเคารพและกระทำการตามบทบัญญัติของปฏิญญาฯ

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติหรือข้อกำหนดที่ระบุไว้ในปฏิญญาฯ บางตอนยังมีความเคลือบคลุมตีความได้หลายนัย เช่น ข้อกำหนดเกี่ยวกับการยับยั้งชั่งใจตนเอง (Self-Restraint) ที่ระบุว่า “รัฐภาคีรับรองว่าจะดำเนินการโดยใช้ความยับยั้งชั่งใจตนเองในการกระทำที่เป็นการกระทบต่อสันติภาพและความมั่นคง การกระทำหรือพฤติกรรมเช่นนี้ รวมถึงการที่รัฐนั้นต้องละเว้นจากการกระทำที่เป็นการเข้าไปยึดครองหรืออยู่อาศัยบนเกาะหรือภูมิสถานต่างๆ ซึ่งยังไม่มีผู้คนอาศัยอยู่” สำหรับข้อบทอนนี้ ฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่า รัฐภาคีต้องละเว้นไม่เข้าไปครอบครองเกาะหรือภูมิสถานต่างๆ อีกต่อไป และไม่ควรทำกิจกรรมใดๆ บนเกาะที่ตนครอบครองอยู่เพิ่มขึ้น ถ้าการกระทำเช่นนี้จะทำให้ข้อพิพาทนั้นมีความซับซ้อนหรือทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น แต่อีกฝ่ายหนึ่งโดยเฉพาะรัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทหลายรัฐเห็นว่าข้อบทอนนี้ได้กล่าวห้ามเกี่ยวกับการเพิ่มระดับของการเข้าไปอยู่บนเกาะหรือภูมิสถานต่างๆ ที่ตนครอบครองอยู่ เช่น การยังคงเข้าไปสร้างป้อมปราการ ลู่วิ่งของสนามบิน สิ่งก่อสร้างต่างๆ สิ่งอำนวยความสะดวกแก่นักท่องเที่ยว เป็นต้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐเหล่านี้เห็นว่าการกระทำเหล่านี้เป็นเรื่องที่สอดคล้องหรือไม่ต้องห้ามตามปฏิญญาฯ นั่นเอง

น่าสังเกตว่า ปฏิญญาอาเซียน – จีนว่าด้วยแนวปฏิบัติของรัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทในทะเลจีนใต้ มีจุดอ่อนที่ชัดเจน คือ ปฏิญญาฯ นี้ไม่มีบทบัญญัติหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับกระบวนการหรือกลไกที่จะทำให้มั่นใจได้ว่ารัฐภาคีจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตนต้องเคารพบทบัญญัติและต้องกระทำการให้สอดคล้องกับบทบัญญัตินี้ นอกจากนี้ ปฏิญญาฯ ก็ไม่ได้ระบุถึงกลไกที่จะนำมาใช้หรือจัดการกับกรณีที่เกิดความแตกต่างในเรื่องการตีความหรือการใช้บทบัญญัติในปฏิญญาฯ โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการยับยั้งชั่งใจของตนดังได้กล่าวแล้ว

จากที่กล่าวมาจะเห็นถึงความพยายามของรัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทรวมถึงอาเซียนที่พยายามจะระงับข้อพิพาทในทะเลจีนใต้ อย่างไรก็ตาม ความพยายามที่จะผลักดันให้เกิดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อกันของรัฐภาคีในทะเลจีนใต้ (COC) ซึ่งเป็นกลไกให้รัฐในกรณีพิพาทมีกฎเกณฑ์บรรทัดฐานร่วมกันเพื่อเป็นแนวทางสำหรับการดำเนินงานในภาพรวมและช่วยเสริม DOC นั้น ยังไม่บรรลุผลสำเร็จ ประกอบกับเหตุการณ์ความขัดแย้งรุนแรงระหว่างฟิลิปปินส์กับจีนได้ปะทุขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง ทำให้ฟิลิปปินส์ตัดสินใจนำข้อพิพาททะเลจีนใต้ขึ้นสู่ศาลอนุญาโตตุลาการซึ่งตั้งขึ้นตามความในภาคผนวก 7 ภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

เมื่อได้ศึกษาวิเคราะห์คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเรื่องทะเลจีนใต้ระหว่างฟิลิปปินส์กับจีน ก็อาจกล่าวได้ว่า ฟิลิปปินส์มีชัยชนะอย่างท่วมท้นเหนือคดีนี้ ดังจะเห็นว่าศาลได้วินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ โดยตัดสินและประกาศให้ตามคำขอของฟิลิปปินส์เกือบทั้งหมด โดยมีประเด็นข้อพิพาทที่สำคัญดังนี้¹¹

ในส่วนที่เกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ศาลอนุญาโตตุลาการได้นำเอาคำชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจศาลและการยอมรับพิจารณาคดี (Award on Jurisdiction and Admissibility) ซึ่งศาลได้ตัดสินอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2015 มากล่าวไว้ในบทปฏิบัติการ (Dispositif) ของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีทะเลจีนใต้เมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2016 ดังนี้

ก. ศาลอนุญาโตตุลาการนี้ได้ก่อตั้งขึ้นอย่างถูกต้องตามภาคผนวก 7 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

ข. การไม่มาปรากฏตัวของจีนในกระบวนการพิจารณามีได้ตัดสินศาลในการพิจารณาคดี

ค. การเริ่มต้นดำเนินคดีทางอนุญาโตตุลาการของฟิลิปปินส์นี้ไม่เป็นการผิดกระบวนการ

ง. การไม่มาปรากฏตัวของฝ่ายที่สามไม่ทำให้ศาลไม่มีอำนาจในการพิจารณาคดี

จ. ปฏิญญาจีน-อาเซียนว่าด้วยแนวปฏิบัติของภาคีในทะเลจีนใต้ ค.ศ. 2002, แถลงการณ์ร่วมของรัฐบาลที่อ้างถึงในวรรค 231 ถึง 232 ในคำชี้ขาดของศาลที่ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณาเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2015, สนธิสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้และอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพมิได้ตัดสินคดีตามข้อ 281 หรือข้อ 282 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ที่จะใช้วิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับตามตอน 2 ของภาค 15 ของอนุสัญญา

ฉ. คู่ภาคีได้แลกเปลี่ยนทัศนะกันแล้วตามข้อ 283 ของอนุสัญญา

ช. ศาลมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีตามคำฟ้องข้อ 3, 4, 6, 7, 10, 11 และ 13 ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรค 400, 401, 403, 404, 407, 408 และ 410 ของคำชี้ขาดเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับคดีไว้พิจารณาเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2015

สำหรับคดีนี้มีการแยกกระบวนการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน (Bifurcation of Proceedings) โดยส่วนแรกเป็นกระบวนการพิจารณาเพื่อชี้ขาดในเรื่องเขตอำนาจศาลและการยอมรับพิจารณาคดี (Jurisdiction and Admissibility) ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาข้อเรียกร้องของฟิลิปปินส์ข้อที่ 3, 4, 6, 7, 10, 11 และ 13 และได้วินิจฉัยว่าข้อเรียกร้องข้อที่ 1, 2, 5, 8, 9, 12 และ 14 เกี่ยวข้องกับการพิจารณาประเด็นที่ไม่มีลักษณะเป็นประเด็นปัญหาเบื้องต้น และข้อเรียกร้องข้อที่ 15 นั้นฟิลิปปินส์ต้องทำให้ประเด็นเป็นที่เข้าใจชัดแจ้งและกำหนดขอบเขตให้แคบลง

ส่วนกระบวนการส่วนที่ 2 ภายหลังศาลออกนั่งพิจารณารับฟังพยานหลักฐานในส่วนเนื้อหาแห่งคดี (Hearing on the Merits) ศาลได้มีคำชี้ขาด คือ The South China Sea Arbitration Award ในวันที่ 12 กรกฎาคม 2016 ซึ่งมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจศาลเหนือข้อพิพาทซึ่งต้องรอวินิจฉัยร่วมกับการพิจารณาในส่วน

¹¹ PCA. 2013. The South China Sea Arbitration Award. Accessed on May 7, 2018. <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>

เนื้อหาสาระแห่งคดี ซึ่งได้แก่ ข้อพิพาทตามคำฟ้องของฟิลิปปินส์ข้อที่ 1, 2, 5, 8, 9, 12 และ 14 ซึ่งศาลพบว่า ศาลมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคำฟ้องของฟิลิปปินส์ข้อที่ 1, 2, 5, 8, 9, 12 (ก) และ (ค), 14 (ง) และศาลพบว่า ในกรณีคำฟ้องข้อที่ 15 ของฟิลิปปินส์นั้นไม่ปรากฏว่ามีข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่จะขอให้ศาลใช้เขตอำนาจ

โดยสรุป คือ ศาลอนุญาโตตุลาการ**ประกาศ**ว่าศาลมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาเรื่องต่างๆ ที่ยกขึ้นมาในคำฟ้องของฟิลิปปินส์ข้อที่ 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 และ 14 (ง) และข้อเรียกร้องเช่นว่านี้ควรแก่การยอมรับพิจารณาได้

ในส่วนที่เกี่ยวกับเนื้อหาสาระของข้อพิพาทระหว่างคู่กรณี ศาล:

(1) **ประกาศ**ว่า สิทธิในทางทะเลของจีนเช่นเดียวกับของฟิลิปปินส์มีอาจขยายเกินไปกว่าสิทธิที่อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 กำหนดไว้

(2) **ประกาศ**ว่า ข้ออ้างของจีนในประเด็นสิทธิทางประวัติศาสตร์ (Historic Rights) หรือสิทธิอธิปไตย (Sovereign Rights) หรือเขตอำนาจ (Jurisdiction) อื่นๆ ในพื้นที่ทางทะเลในทะเลจีนใต้ที่โอบล้อมด้วยเส้นประเก้านั้นขัดต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 และไม่มีผลใดๆ ทางกฎหมายในอันที่จะทำให้จีนสามารถขยายขอบเขตของเขตแดนทางทะเลได้เกินไปกว่าสิทธิทางทะเลที่จีนพึงมีตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 และประกาศต่อไปว่าอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ได้เข้ามาแทนที่สิทธิทางประวัติศาสตร์หรือสิทธิอธิปไตยหรือเขตอำนาจอื่นๆ ที่อยู่นอกเหนือไปกว่าอนุสัญญาได้กำหนดไว้

(3) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสถานะของภูมิสถานในทะเลจีนใต้ ศาลพบว่า

ก. Scarborough Shoal, Gaven Reef (North), McKennan Reef, Johnson Reef, Cuarteron Reef และ Fiery Cross Reef เป็นบริเวณแผ่นดินที่ก่อตัวขึ้นตามธรรมชาติโดยมีน้ำล้อมรอบ ซึ่งอยู่เหนือน้ำในขณะน้ำขึ้นสูงสุดตามความหมายของข้อ 121 (1) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

ข. Subi Reef, Gaven Reef (South), Hughes Reef, Mischief Reef และ Second Thomas Shoal เป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลดตามความหมายของข้อ 13 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

ค. Subi Reef ตั้งอยู่ภายใน 12 ไมล์ทะเลของเกาะ Sandy Cay ทางตะวันตกของเกาะ Thitu

ง. Gaven Reef (South) ตั้งอยู่ภายใน 12 ไมล์ทะเลของเกาะ Gaven Reef (North) และเกาะ Namyt; และ

จ. Hughes Reef ตั้งอยู่ภายใน 12 ไมล์ทะเลของเกาะ McKennan Reef และเกาะ Sin Cowe;

(4) ศาล**ประกาศ**ว่าในฐานะที่เป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลด Mischief Reef และ Second Thomas Shoal ไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิในทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีปและเป็นภูมิสถานที่ไม่อาจยึดครองได้

(5) ศาล**ประกาศ**ว่าในฐานะที่เป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลด Subi Reef, Gaven Reef (South) และ Hughes Reef ไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิในทะเลอาณาเขต เขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีปและเป็นภูมิฐานฐานที่ไม้อาจยึดครองได้ แต่อาจใช้เป็นเส้นฐานที่ใช้วัดความกว้างของทะเลอาณาเขตของเกาะที่ตั้งอยู่ในระยะห่างไม่เกินความกว้างของทะเลอาณาเขต

(6) ศาล**ประกาศ**ว่า Scarborough Shoal, Gaven Reef (North), McKennan Reef, Johnson Reef, Cuarteron Reef และ Fiery Cross Reef โดยสภาพตามธรรมชาติแล้ว เป็นโขดหินซึ่งมนุษย์ไม่สามารถอยู่อาศัยหรือยังชีพทางเศรษฐกิจได้ตามความหมายของข้อ 121 (3) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ดังนั้น Scarborough Shoal, Gaven Reef (North), McKennan Reef, Johnson Reef, Cuarteron Reef และ Fiery Cross Reef จึงไม่สามารถก่อให้เกิดสิทธิในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีป

(7) ในกรณีของสถานะของภูมิฐานฐานอื่นๆ ในทะเลจีนใต้ศาลพบว่า

ก. ไม่มีภูมิฐานฐานที่อยู่เหนือน้ำขณะน้ำขึ้นสูงสุดใดเลยในหมู่เกาะสแปรตลีย์ที่มนุษย์สามารถอยู่อาศัยหรือยังชีพทางเศรษฐกิจได้ตามความหมายของข้อ 121 (3) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

ข. ไม่มีภูมิฐานฐานที่อยู่เหนือน้ำขณะน้ำขึ้นสูงสุดใดเลยในหมู่เกาะสแปรตลีย์ที่สามารถก่อให้เกิดสิทธิในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีป และ

ค. ดังนั้น จีนไม่มีสิทธิในเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีปที่เกิดจากภูมิฐานฐานใดๆ ที่อ้างโดยจีนที่จะทับซ้อนกับการมีสิทธิของฟิลิปปินส์ในพื้นที่ของ Mischief Reef และ Second Thomas Shoal และ

ประกาศว่า Mischief Reef และ Second Thomas Shoal อยู่ภายในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของฟิลิปปินส์;

(8) ศาล**ประกาศ**ว่าจีนโดยปฏิบัติการของเรือลาดตระเวนทางทะเล M/V Veritas Voyager เมื่อวันที่ 1 และ 2 มีนาคม 2011 เป็นการละเมิดพันธกรณีของจีนภายใต้ข้อ 77 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ที่เกี่ยวกับสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรไม่มีชีวิตบนไหล่ทวีปในบริเวณ Reed Bank ของฟิลิปปินส์

(9) ศาล**ประกาศ**ว่าการกระทำของจีนโดยการออกประกาศห้ามทำประมงในทะเลจีนใต้ในปี 2012 ซึ่งอยู่ในบริเวณพื้นที่เขตเศรษฐกิจจำเพาะของฟิลิปปินส์ แต่อนุญาตให้เรือที่ชักธงจีนสามารถทำประมงได้อยู่ นั้น ถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีภายใต้ข้อ 56 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ที่เกี่ยวกับสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรมีชีวิตในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของฟิลิปปินส์

(10) ในกรณีการทำประมงโดยเรือจีนที่ Mischief Reef และ Second Thomas Shoal ศาลพบว่า

ก. ในเดือนพฤษภาคม 2013 ชาวประมงในเรือที่ชักธงจีนเข้าไปทำประมงภายในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของ Mischief Reef และ Second Thomas Shoal และ

ข. จีนโดยปฏิบัติการของเรือลาดตระเวนทางทะเลซึ่งทราบ ยอมให้ และไม่ใช้ความระมัดระวังตามควรที่จะป้องกันขัดขวางการทำประมงเช่นว่าโดยเรือที่ชักธงจีน และ

ค. ดังนั้น จีนไม่ได้แสดงถึงการคำนึงตามควร (Due Regard) ต่อสิทธิอธิปไตยที่เกี่ยวข้องกับการประมงในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของฟิลิปปินส์

ประกาศว่า จีนได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ข้อ 58(3) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

(11) ศาลพบว่า Scarborough Shoal เป็นพื้นที่ประมงที่มีมาแต่ดั้งเดิมของชาวประมงสัญชาติต่างๆ และ**ประกาศว่า**จีนโดยปฏิบัติการของเรือทางการจีนที่ Scarborough Shoal ตั้งแต่เดือนเมษายน 2012 เป็นต้นมาได้ขัดขวางชาวประมงฟิลิปปินส์ไม่ให้เข้าไปทำประมงที่มีมาแต่ดั้งเดิมที่ Scarborough Shoal โดยมีขอบด้วยกฎหมาย

(12) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเลในทะเลจีนใต้ ศาลพบว่า

ก. ชาวประมงในเรือที่ชักธงจีนได้เข้าไปจับชนิดพันธุ์ของสิ่งมีชีวิตที่ใกล้สูญพันธุ์เป็นจำนวนมาก

ข. ชาวประมงในเรือที่ชักธงจีนได้เข้าไปจับหอยกาบยักษ์ในลักษณะที่เป็นการทำลายระบบนิเวศของแนวหินปะการังอย่างรุนแรง

ค. จีนทราบ ยอมให้ปกป้อง และไม่ป้องกันการกระทำที่เป็นอันตรายดังกล่าว และ

ศาลประกาศว่าจีนได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ข้อ 192 และ 194 (5) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

(13) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเลในทะเลจีนใต้ ศาลพบต่อไปอีกว่า

ก. การถมทะเลและการสร้างเกาะเทียม สิ่งติดตั้งและสิ่งก่อสร้างของจีนที่ Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef, Subi Reef และ Mischief Reef ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงต่อระบบนิเวศแนวหินปะการังอย่างมีอาจเยียวมาได้

ข. จีนมิได้ร่วมมือหรือประสานงานกับรัฐที่อยู่ติดกับทะเลจีนใต้เกี่ยวกับการคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเลเกี่ยวกับการกระทำเช่นว่า

ค. จีนไม่ทำการประเมินผลของการกระทำดังกล่าวที่อาจเป็นไปได้ต่อสีงแวดล้อมทางทะเลตามความหมายของข้อ 206 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 และ

ศาลประกาศว่าจีนได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ข้อ 123, 192, 194 (1), 194 (5), 197 และ 206 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

(14) ในกรณีของการสร้างเกาะเทียม สิ่งติดตั้งและสิ่งก่อสร้างบน Mischief Reef ศาล

ก. พบว่าจีนได้ทำการสร้างเกาะเทียม สิ่งติดตั้งและสิ่งก่อสร้างบน Mischief Reef โดยไม่ได้รับอนุญาตจากฟิลิปปินส์

ข. ระลึกว่า (i) ศาลพบแล้วว่า Mischief Reef เป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลด (ii) ศาลประกาศแล้วว่าพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลดไม่สามารถที่จะยึดถือเอาได้ และ (iii) ศาลได้ประกาศแล้วว่า Mischief Reef อยู่ภายในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของฟิลิปปินส์ และ

ค. **ประกาศว่า**จีนได้ละเมิดข้อ 60 และ 80 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ที่เกี่ยวกับสิทธิอธิปไตยในเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของฟิลิปปินส์

(15) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรือจีนในบริเวณ Scarborough Shoal ศาลพบว่า

ก. ปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรือของจีนเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2012 และ 26 พฤษภาคม 2012 ก่อให้เกิดความเสี่ยงของการชนกันของเรืออย่างร้ายแรงและเป็นอันตรายต่อเรือและบุคลากรของฟิลิปปินส์ และ

ข. ปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรือของจีนเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2012 และ 26 พฤษภาคม 2012 เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎข้อ 2, 6, 7, 8, 15 และ 16 ของอนุสัญญาว่าด้วยข้อบังคับระหว่างประเทศเพื่อป้องกันเรือโดนกันในทะเล ค.ศ. 1972 และ

ประกาศว่าจีนได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ข้อ 94 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982

(16) ในระหว่างการดำเนินการแก้ไขปัญหาคือพิพาทเหล่านี้ ศาลพบว่า

ก. จีนได้สร้างเกาะเทียมขนาดใหญ่บน Mischief Reef ซึ่งเป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลดที่ตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของฟิลิปปินส์

ข. จีนโดยการถมทะเลและการสร้างเกาะเทียม สิ่งติดตั้งและสิ่งก่อสร้าง ได้ทำให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงและมีอาจเสียหายได้ต่อระบบนิเวศของแนวหินปะการังที่ Mischief Reef, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef และ Subi Reef และ

ค. จีนโดยการถมทะเลและสร้างเกาะเทียม สิ่งปลูกสร้างและสิ่งก่อสร้าง ได้ทำลายหลักฐานของสภาพตามธรรมชาติของ Mischief Reef, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef และ Subi Reef อย่างถาวร และศาลพบต่อไปอีกว่า

ง. จีนได้ทำให้ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับการมีสิทธิในพื้นที่ Mischief Reef เลวร้ายลง

จ. จีนได้ทำให้ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเลที่ Mischief Reef เลวร้ายลง

ฉ. จีนได้ขยายขอบเขตของข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับการคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเลต่อ Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef, Gaven Reef (North), Johnson Reef, Hughes Reef และ Subi Reef และ

ช. จีนได้ทำให้ข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับสถานะของภูมิสถานทางทะเลในหมู่เกาะสแปรตลีย์และความสามารถที่จะก่อให้เกิดสิทธิในเขตทางทะเลเลวร้ายลง และ

ศาล**ประกาศ**ว่าจีนได้ละเมิดพันธกรณีภายใต้ข้อ 279, 296 และ 300 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 และตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป จีนจึงต้องละเว้นจากการใช้มาตรการใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการบังคับตามคำตัดสินและไม่อนุญาตให้จีนดำเนินการใด ไม่ว่าในขั้นตอนใดก็ตามที่อาจทำให้ข้อพิพาทเลวร้ายลงหรือขยายออกไปในช่วงเวลาที่กระบวนการแก้ไขปัญหาคือพิพาทนี้กำลังดำเนินอยู่

การที่ฟิลิปปินส์นำกรณีพิพาททะเลจีนใต้ขึ้นสู่ศาลอนุญาโตตุลาการนั้นนับว่าเป็นพัฒนาการที่มีความสำคัญยิ่งต่อกรณีพิพาทนี้ ซึ่งทำให้เราสามารถเห็นถึงประเด็นข้อพิพาทต่างๆ เกี่ยวกับกรณีพิพาทนี้ได้อย่างสมบูรณ์ ไม่เพียงแต่เป็นคำวินิจฉัยที่มีความยาวถึง 628 หน้า ศาลอนุญาโตตุลาการยังให้ความกระจ่างต่อประเด็นพิพาทต่างๆ ที่ยังหาคำตอบไม่ได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่มีการถกเถียงกันมาอย่างยาวนานในเรื่องสิทธิทางประวัติศาสตร์ (Historic Rights) ที่จีนใช้อ้างเหนือพื้นที่ทางทะเลภายในเส้นประเก้าเส้น ซึ่งจีนมักกล่าวอย่างสม่ำเสมอว่า จีนมีอำนาจอธิปไตยที่มีอาจโต้แย้งได้ (Indisputable Sovereignty) เหนือเกาะต่างๆ ในหมู่เกาะสแปรตลีย์และน่านน้ำโดยรอบ (Adjacent/Relevant Waters) ทั้งนี้ ศาลได้วินิจฉัยแล้วว่าการอ้างสิทธิทางประวัติศาสตร์ของจีนขัดต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 และไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับ

สำหรับอีกประเด็นหนึ่งที่มีความสำคัญและน่าสนใจ คือ การที่ฟิลิปปินส์ขอให้ศาลอนุญาโตตุลาการชี้สถานะของภูมิสถานต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในทะเลจีนใต้ ซึ่งจะมีผลต่อการมีสิทธิทางทะเลอันเกิดจากภูมิสถานเหล่านั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าศาลได้วินิจฉัยตามคำขอของฟิลิปปินส์ที่ขอให้ศาลตัดสินเกือบทั้งหมด นอกจากนี้ศาลยังพบว่าไม่มีภูมิสถานใดเลยในหมู่เกาะสแปรตลีย์ที่มนุษย์สามารถอยู่อาศัยหรือยังชีพทางเศรษฐกิจได้ แม้แต่ Taipingtao หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปในชื่อ Itu Aba ซึ่งเป็นเกาะที่ใหญ่ที่สุดในหมู่เกาะสแปรตลีย์ซึ่งได้หวั่นครอบครองอยู่ ศาลก็ตัดสินว่าเป็นได้แค่หิน (Rock) ตามข้อ 121 (3) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ดังนั้น Itu Aba จึงไม่สามารถมีเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีปได้

สำหรับคำฟ้องของฟิลิปปินส์ในชุดถัดมา คือ คำฟ้องที่ 8-13 เกี่ยวกับการกระทำต่างๆ ของจีน ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าการกระทำของจีนในกรณีต่างๆ ตามคำฟ้องของฟิลิปปินส์เป็นการฝ่าฝืนหรือละเมิดอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 และกฎหมายระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น อนุสัญญาว่าด้วยข้อบังคับระหว่างประเทศเพื่อป้องกันเรือโดนกันในทะเล ค.ศ. 1972 ซึ่งจะเห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลในคำฟ้องชุดนี้ก็เป็นผลต่อเนื่องมาจากคำวินิจฉัยในประเด็นพิพาทเรื่องสิทธิทางประวัติศาสตร์และการชี้สถานะของภูมิสถานที่อยู่ใต้มหาสมุทรจีนใต้

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นพิพาทที่ฟิลิปปินส์ขอให้ศาลตัดสินและประกาศว่าการกระทำของจีนทำให้ข้อพิพาทเลวร้ายลงหรือขยายออกไป ซึ่งศาลก็ตัดสินและประกาศให้ตามคำขอ ทั้งนี้ เพื่อหยุดยั้งการกระทำของจีน ยิ่งไปกว่านั้นศาลยังได้พิจารณาถึงเรื่องซึ่งอยู่นอกเหนือข้อพิพาทว่ารัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 รวมถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของรัฐอื่นตามอนุสัญญา

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากศาลอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเมื่อวันที่ 12 กรกฎาคม 2016 จีนมิได้ใส่ใจต่อคำชี้ขาดนี้เลย ทั้งๆ ที่อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ข้อ 296 กำหนดว่า คำวินิจฉัยของศาลหรืออนุญาโตตุลาการซึ่งมีเขตอำนาจตามตอนนี้ ให้ถือว่าถึงที่สุดและทุกฝ่ายในข้อพิพาทต้องปฏิบัติตาม นอกจากนี้ ข้อ 11 ในภาคผนวก 7 ของอนุสัญญานี้ยังได้ระบุว่าคำชี้ขาดให้ถือว่าถึงที่สุดและไม่มีการอุทธรณ์ เว้นแต่ฝ่ายต่างๆ ในข้อพิพาทได้ตกลงล่วงหน้าในเรื่องวิธีดำเนินการอุทธรณ์ ฝ่ายต่างๆ ในข้อพิพาทจะต้องปฏิบัติ

ตามคำชี้ขาด ทั้งนี้ เนื่องจากจีนมีท่าทีและจุดยืนไม่ยอมรับวิธีการแก้ปัญหาหรือระงับข้อพิพาททางการศาลมาตลอด ทั้งพยายามหลีกเลี่ยงและไม่ยอมรับการตัดสินโดยวิธีการทางการศาลหรืออนุญาโตตุลาการ หรือวิธีการอื่นใดที่มีผลบังคับหรือผูกพันตามกฎหมาย ดังจะเห็นว่า เมื่อจีนให้สัตยาบันอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 จีนก็ทำคำประกาศในเรื่องข้อยกเว้นที่เลือกได้ในการใช้วิธีดำเนินการภาคบังคับซึ่งมีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับตามข้อ 298 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งก็เป็นท่าทีของประเทศที่มีผลประโยชน์มหาศาลทางทะเลที่เกรงว่าตนเองจะได้รับผลกระทบจากกฎหมายนี้

สำหรับคำถามที่ว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศจะมีกลไกหรือมาตรการใดบ้างที่สามารถบังคับจีนให้ปฏิบัติตามคำชี้ขาดได้

หากพิจารณาถึงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ก็จะพบว่า มีเพียงข้อ 12 ในภาคผนวก 7 ที่ได้กล่าวถึงการตีความหรือการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำชี้ขาดว่า

1. ข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นระหว่างฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทในเรื่องการตีความหรือวิธีปฏิบัติให้เป็นไปตามคำชี้ขาดอาจเสนอโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต่อศาลอนุญาโตตุลาการซึ่งได้ทำคำชี้ขาดเพื่อวินิจฉัย เพื่อความมุ่งประสงค์นี้ ให้แต่งตั้งบุคคลในตำแหน่งที่ว่างในศาลตามวิธีที่บัญญัติไว้ใน การแต่งตั้งสมาชิกของศาลครั้งแรก

2. ข้อขัดแย้งเช่นว่าอาจเสนอต่อศาลหรือคณะตุลาการอื่นตามข้อ 287 โดยการตกลงของทุกฝ่ายในข้อพิพาท

ดังนั้น จะเห็นว่าบทบัญญัตินี้ก็ไม่สามารถนำมาใช้แก้ปัญหาระงับข้อพิพาททะเลจีนใต้แม้ศาลอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาดแล้ว ว่าตามที่จริงปัญหานี้เป็นเรื่องที่ต้องมาทำความเข้าใจเกี่ยวกับสภาพบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศว่าในสังคมนะหว่างประเทศไม่มีองค์กรกลาง ไม่มีรัฐบาลโลก ไม่มีตำรวจโลก การปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายก็ไม่มีองค์กรใดมาควบคุม องค์กรที่ปรากฏอยู่ เช่น ศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศจะมีอำนาจมาพิจารณาตัดสินคดีก็ต่อเมื่อคู่กรณียอมรับอำนาจศาล ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ก็สะท้อนแนวคิดหลักของรัฐในเรื่องอำนาจอธิปไตยนั่นเอง และแม้ว่าศาลได้ตัดสินว่าการกระทำหรือพฤติกรรมของรัฐไม่สอดคล้องกับกฎหมายก็ไม่มีองค์กรใดที่จะมาควบคุมให้มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลหรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเหมือนอย่างในสังคมภายใน รัฐเองเป็นผู้รับผิดชอบปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำชี้ขาดนั้น ซึ่งแตกต่างจากศาลภายในอย่างมาก เพราะศาลภายในมีอำนาจที่จะพิจารณาและพิพากษาได้เด็ดขาดมีต้องอาศัยความยินยอมของคู่กรณีแต่อย่างใด เมื่อมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายก็ไม่มีองค์กรที่คอยปฏิบัติการบังคับต่อบุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐ

ปัญหาที่กล่าวนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพบังคับของกฎหมาย ซึ่งจะเห็นว่าสภาพบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศมีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายภายในอย่างมาก สภาพบังคับของกฎหมายภายในกระทำโดยองค์กรของรัฐผู้มีอำนาจเหนือกว่าบุคคลที่อยู่ภายในรัฐ ดังนั้น ลักษณะการบังคับจึงออกมาในรูปแบบแนวตั้ง (Vertical Enforcement) แต่ในสังคมนะหว่างประเทศซึ่งประกอบด้วยรัฐอธิปไตยที่มีความเสมอภาคและเท่าเทียมกันตามกฎหมาย ลักษณะของการบังคับจึงออกมาในรูปแบบแนวนอน (Horizontal Enforcement) ซึ่งหมายความว่า การที่รัฐจะยอมรับปฏิบัติตามอย่างไรวนนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับพลังของรัฐต่างๆ ในสังคมโลกต่อพฤติกรรมของรัฐนั้นๆ การแสดงพลังของรัฐต่างๆ อาจออกมาในรูปการประท้วง การตัดความสัมพันธ์ทางการทูต การตัดความสัมพันธ์และความช่วยเหลือทางเศรษฐกิจ การตัดการติดต่อทางคมนาคม เป็นต้น

นอกจากนี้ เพื่อให้เข้าใจกรณีพิพาททะเลจีนใต้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ จำเป็นต้องมาศึกษาวิเคราะห์ถึงกรณีพิพาทนี้ทั้งในบริบทภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศและการเมืองระหว่างประเทศ เพราะเราต้องยอมรับว่าการทำความเข้าใจต่อเหตุการณ์หรือปรากฏการณ์ต่างๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมนระหว่างประเทศอาศัยหรือใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศเพียงด้านเดียวคงไม่เพียงพอเพราะธรรมชาติของสังคมนระหว่างประเทศนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐไม่ได้ถูกกำหนดโดยกฎหมายระหว่างประเทศเพียงอย่างเดียว แต่ยังได้รับอิทธิพลจากบรรยากาศทางการเมืองระหว่างประเทศด้วย

ทฤษฎีหรือแนวคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่นำมาใช้อธิบายเหตุการณ์หรือปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในสังคมนระหว่างประเทศได้ดีที่สุด คือ ทฤษฎีสัจนิยม (Realism) ที่ได้วิเคราะห์ปัจจัยเรื่องอำนาจ (Power) และผลประโยชน์แห่งชาติ (National Interest) เป็นหลัก¹² เพราะนักคิดในสำนักนี้เชื่อว่าการต่อสู้ดิ้นรนและแสวงหาอำนาจเพื่อปกป้องหรือให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์แห่งชาตินั้นเป็นพื้นฐานธรรมชาติของระบบรัฐ (State-System) หรือสังคมนระหว่างประเทศที่เป็นอนาธิปไตยซึ่งมีอำนาจเป็นธรรมหรืออำนาจเป็นใหญ่ (Might Makes Right) นั่นเอง ดังนั้นการเมืองระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องการต่อสู้กันของอำนาจ (of Power) โดยอำนาจ (by Power) และเพื่ออำนาจ (for Power) ของรัฐต่างๆ ดังนั้น ลักษณะทั่วไปของการเมืองระหว่างประเทศจึงเป็นเวทีของการต่อสู้แข่งขันกัน กล่าวคือ การขัดแย้งต่อสู้แข่งขันกันเป็นวิถีทางทางการเมืองของโลกขณะนี้ ทั้งนี้ เพราะมีมูลฐานอยู่ประการหนึ่งคือ การที่รัฐต่างๆ มีเป้าหมายที่เหมือนกัน เป้าหมายที่เหมือนกันนี้จึงทำให้เกิดการแข่งขันและต่อสู้กัน เป้าหมายที่ว่านี้ได้แก่ การอยู่รอดปลอดภัยของชาติ ความมั่นคงของชาติ ความเจริญเติบโตของชาติและเกียรติภูมิของชาติ หรือที่เรียกโดยรวมว่า ผลประโยชน์แห่งชาติ (National Interest) นั่นเอง

ดังนั้น แม้ฟิลิปปินส์จะพยายามที่จะยุติปัญหาข้อขัดแย้งในทะเลจีนใต้โดยนำคดีขึ้นสู่ศาลอนุญาโตตุลาการ แต่ก็ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ เนื่องจากจีนเป็นประเทศที่กำลังผงาดขึ้นมาเป็นมหาอำนาจ เป็นประเทศที่มีศักยภาพทางด้านอาวุธในกองทัพเรือและมีความแข็งแกร่งทางด้านกำลังทหาร เป็นประเทศที่ผลิตอาวุธเพื่อส่งออก รายใหญ่ประเทศหนึ่งและยังเสริมแสนยานุภาพมากยิ่งขึ้นด้วยการสั่งซื้อเรือรบติดอาวุธที่ทันสมัยที่สุดและได้จัดตั้งกองกำลังลาดตระเวน อีกทั้งยังมีเฮลิคอปเตอร์คุ้มกันทางอากาศในทะเลจีนใต้ ในปี 2012 จีนมีเรือบรรทุกเครื่องบินลำแรก¹³ โดยจีนมีท่าทีแข็งกร้าวโดยย้ำอยู่ตลอดว่าหมู่เกาะสแปรตลีย์เป็นของจีนทั้งหมด ความพยายามแก้ปัญหาที่มีขึ้นจึงไม่ประสบผลสำเร็จอันเนื่องมาจากการแสดงออกของจีนที่จะไม่ยอมให้มีการแบ่งแยกหมู่เกาะสแปรตลีย์ให้แก่รัฐอื่นใดเลย

นอกจากนี้ ยังมีชาติมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกาที่เข้ามามีบทบาทและเป็นผู้เล่นสำคัญของปัญหากรณีพิพาทนี้ เนื่องจากสหรัฐฯ ย่อมเล็งเห็นว่าปัญหานี้ย่อมมีผลกระทบต่อผลประโยชน์แห่งชาติ (National Interest) ของสหรัฐฯ ในบริเวณพื้นที่นี้ โดยสหรัฐฯ ย้ำจุดยืนของตนในเรื่องเสรีภาพในการเดินเรือ (Freedom of Navigation) และการเข้าถึงอย่างเสรี (Open Access) โดยเรียกร้องให้จีนเคารพกฎหมายระหว่างประเทศ ทำให้จีนไม่พอใจ

¹² Jantree Sinsupparoeak. 2547. *Kotmai Rawangpratrat Kab Kanmuang Rawangpratrat*. [International Law and International Politics]. Bangkok : Winyuchon. (in Thai)

¹³ Peter Apps. 2018. "How Beijing Is Winning in the South China Sea : China, Which Plans to Increase Monthly Military Exercises, Continues to Impose Its Will on the Wilder Region." *Bangkok Post*, March 31.

ต่อท่าทีของสหรัฐฯ ในทัศนะของจีน การเข้ามาบีบบังคับของสหรัฐฯ ในภูมิภาคนี้เป็นยุทธศาสตร์หลักของสหรัฐฯ ที่ต้องการสร้างเขตอิทธิพลในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เพื่อถ่วงดุลอำนาจและสกัดกั้นการก้าวขึ้นมาครองความเป็นผู้นำเหนือผู้อื่น (Hegemony) ของจีนนั่นเอง

รัฐบาลสหรัฐอเมริกาในสมัยประธานาธิบดี Barack Obama ก็ได้พิจารณาถึงการกระทำที่ก้าวร้าวอย่างเพิ่มขึ้นทุกทีของจีน รวมถึงการสร้างเกาะเทียมบนภูมิสัมพันธฐาน 7 แห่ง รวมทั้งมีการจัดตั้งกองทหาร ติดตั้งเรดาร์ หน่วยบัญชาการขีปนาวุธและยังมีลู่วิ่งสนามบิน 3 แห่ง

สำหรับรัฐบาลประธานาธิบดี Donald Trump ได้วางยุทธศาสตร์ความมั่นคงใหม่ที่เน้นถึงการต่อต้านการผงาดขึ้นมามีอำนาจของจีนและได้เสริมกำลังการคงอยู่ของสหรัฐฯ ในภูมิภาคอินโด-แปซิฟิก ซึ่งทั้งจีนและฟิลิปปินส์ต่างกล่าวหาซึ่งกันและกันว่าอีกฝ่ายหนึ่งได้ทำการเพิ่มกำลังทหารซึ่งเป็นอันตราย อีกทั้งยังสร้างอิทธิพลของตนให้กว้างขวางยิ่งขึ้น

อันที่จริง สหรัฐอเมริกาไม่ได้มีเดิมพันเกี่ยวกับการอ้างสิทธิในกรณีพิพาทนี้ แต่ก็ได้ประกาศว่าการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีและการคงอยู่ของเสรีภาพในการเดินเรือเป็นเรื่องของผลประโยชน์แห่งชาติ (National Interest) ของสหรัฐฯ เจ้าหน้าที่สหรัฐฯ กล่าวอีกว่า เรือรบอเมริกันจะยังคงแล่นอยู่ใกล้ภูมิสัมพันธฐานที่ครอบครองโดยจีน โดยไม่ต้องมีการแจ้งก่อนเพราะสหรัฐฯ ถือว่าเป็นการใช้เสรีภาพในการเดินเรือในขณะที่จีนได้ออกแถลงการณ์ประณามว่าการกระทำของสหรัฐฯ เป็นการคุกคามร้ายแรง ดังนั้นจะเห็นว่าผลประโยชน์ของสหรัฐฯ ย่อมต้องปะทะกับผลประโยชน์ของจีน ทั้งนี้ จีนและสหรัฐฯ ต่างได้กดดันรัฐสมาชิกอาเซียนให้สนับสนุนผลประโยชน์ของตนในทะเลจีนใต้ซึ่งได้นำไปสู่ความไร้เอกภาพภายในอาเซียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแข่งขันของจีนและสหรัฐฯ ที่เข้มข้นรุนแรงขึ้นอาจส่งผลต่อการเมืองภายในของประเทศเหล่านั้นได้อีกด้วย¹⁴

เมื่อเดือนมกราคม 2018 จีนกล่าวหาว่าสหรัฐฯ ล้วงล้ำน่านน้ำตน เมื่อเรือพิฆาตขีปนาวุธนำวิถี USS Hopper แล่นอยู่ใกล้ Scarborough Shoal ซึ่งจีนดูแลฝ่ายมอยู่ ทำให้จีนคัดค้านและประท้วงอย่างรุนแรงต่อเหตุการณ์นี้ โดยจีนได้กล่าวว่า จีนจะใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อปกป้องอำนาจอธิปไตยของตน¹⁵

ดังนั้น จะเห็นว่ากรณีพิพาททะเลจีนใต้ยังคงเป็นปัญหาที่ยังหาทางออกไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำวิธีการแก้ปัญหาหรือระงับข้อพิพาทในทางศาลมาใช้กับกรณีพิพาทนี้ได้พิสูจน์ให้เห็นแล้วว่าไม่สามารถแก้ปัญหานี้ได้ สำหรับแนวทางแก้ไขปัญหามาระยะยาวที่มีบางฝ่ายเสนอให้รัฐในกรณีพิพาทมาพัฒนาเศรษฐกิจร่วมกันในพื้นที่ (Joint Development Zone) ซึ่งมีรูปแบบตามแนวคิดต่างๆ กัน หรือการจัดตั้งคณะกรรมการระหว่างประเทศขึ้นมาแก้ไขปัญหามาดูอย่างสนธิสัญญาแอนตาร์กติก (Antarctic Treaty 1959) ที่ระบุให้แอนตาร์กติกเป็นเขตเป็นกลางสำหรับการค้นคว้าวิจัยวิทยาศาสตร์ของนานาชาติ คณะกรรมการชุดนี้มีสิทธิในการกำหนดมาตรการแก้ไขปัญหาก็เห็นว่าเหมาะสม นอกจากนี้ ยังมีข้อเสนอให้มีการเปิดเจรจาระหว่างรัฐคู่กรณีเพื่อแสวงหาความร่วมมือในการแก้ไขปัญห การเปิดการเจรจาอาจเริ่มต้นในปัญหาเกี่ยวกับความร่วมมือทางเศรษฐกิจ เช่น การสำรวจทางสมุทรศาสตร์ การสำรวจก๊าซธรรมชาติและน้ำมัน การประมง การเดินเรือ

¹⁴ The Nation. 2018. "Does Asean Support US Military Presence in the South China Sea?." April 5.

¹⁵ Bangkok Post. 2018. "US Undeterred by Chinese Island Buildup: Patrol to Continue in Contended Waters." February 20.

การคุ้มครองและรักษาสีงแวดล้อมทางทะเล การอนุรักษ์ชนิดพันธุ์ของทรัพยากรมีชีวิตใกล้สูญพันธุ์ การวิจัยวิทยาศาสตร์ทางทะเล เป็นต้น อย่างไรก็ตาม สำหรับข้อเสนอเหล่านี้มีความเป็นไปได้น้อยมากที่จีนและรัฐที่อ้างสิทธิอื่นจะร่วมกันจัดตั้งโครงการพัฒนาร่วม เพื่อแสวงหาประโยชน์ร่วมกันในทะเลจีนใต้ โดยเฉพาะในบริเวณหมู่เกาะสแปรตลีย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อจีนยังมีอำนาจมากในภูมิภาคขณะนี้ จีนย่อมไม่ยอมเสียผลประโยชน์ให้แก่รัฐอื่นแม้แต่น้อย นอกจากนี้ แนวความคิดดังกล่าวก็มีความยุ่งยากในทางปฏิบัติ เพราะรัฐที่อ้างสิทธิมีหลายรัฐ ซึ่งจะทำให้การทำให้โครงการพัฒนาร่วมจะมีความยุ่งยากและซับซ้อนมาก แม้ในขณะนี้ (มีนาคม 2018) มีความคิดริเริ่มโดยประธานาธิบดีดูเตอร์เตของฟิลิปปินส์ที่จะร่วมมือกับจีนในการสำรวจน้ำมันและก๊าซธรรมชาติในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของฟิลิปปินส์ แต่ก็ยังไม่มีรายละเอียดที่แน่นอนชัดเจน¹⁶ อีกทั้งยังเป็นประเด็นปัญหาที่มีการถกเถียง คัดค้านกันอย่างมากในหมู่นักวิชาการฟิลิปปินส์¹⁷

ดังนั้น แนวทางที่เห็นว่าเหมาะสมที่สุดที่จะนำมาใช้แก้ปัญหากรณีพิพาทในทะเลจีนใต้ในขณะนี้คือการต้องกลับไปใช้แนวทางหรือกระบวนการตามปฏิญญาว่าด้วยแนวปฏิบัติของรัฐบาลจีนในทะเลจีนใต้ระหว่างอาเซียนกับจีนปี 2002 (2002 ASEAN – China Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea, DOC) ที่ยืนยันว่าการรับเอาหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อกัน (Code of Conduct, COC) ของรัฐบาลจีนในทะเลจีนใต้จะเป็นการส่งเสริมสันติภาพและความมั่นคงในภูมิภาคและตกลงว่าจะดำเนินงานในเรื่องนี้ให้สำเร็จลุล่วงตามวัตถุประสงค์บนพื้นฐานของหลักฉันทามติ นอกจากนี้ปฏิญญา ยังกำหนดให้รัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทพร้อมที่จะดำเนินการให้มีการปรึกษาหารือและการเจรจาในประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวกับข้อพิพาทนั้นตามวิธีการที่ตกลงกัน และโดยประการสำคัญปฏิญญา นี้ได้ระบุว่า รัฐผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทระบุว่าตนจะเคารพและกระทำตามบทบัญญัติของปฏิญญา อีกทั้งเนื้อหาในปฏิญญา ยังระบุให้อาเซียนและจีนต้องอยู่ร่วมกันอย่างสันติ ซึ่งจะช่วยสร้างบรรยากาศที่เอื้ออำนวยต่อการเจรจาพูดคุยเรื่องการจัดทำหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อกันของประเทศภาคีในทะเลจีนใต้ (COC) ต่อไป ซึ่ง COC นี้จะเป็นกลไกให้รัฐในกรณีพิพาทมีกฎเกณฑ์บรรทัดฐานร่วมกันเพื่อเป็นแนวทางสำหรับการดำเนินงานในภาพรวมและช่วยเสริม DOC โดยในขณะนี้ (กุมภาพันธ์ 2018) อาเซียนและจีนกำลังเจรจาทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อกัน (Code of Conduct) ในทะเลจีนใต้ ซึ่งคู่กรณีมีเจตนาให้ความตกลงนี้มีผลผูกพันตามกฎหมาย ทั้งนี้ มีการรับเอาโครงสร้างของระบบนี้เมื่อปีที่แล้ว (2017) และงานร่างเอกสารเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อกันซึ่งเป็นที่ยอมรับของทุกฝ่ายได้เริ่มขึ้นแล้ว¹⁸ ดังนั้น รัฐในกรณีพิพาทจำต้องร่วมกันผลักดันให้กระบวนการในการจัดทำหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติต่อกันของรัฐบาลจีนในทะเลจีนใต้ (COC) เกิดเป็นรูปธรรมและบรรลุผลสำเร็จให้ได้โดยเร็วที่สุด

สำหรับประเทศไทย กรณีพิพาททะเลจีนใต้ก็มีความสำคัญต่อประเทศไทยเนื่องจากหากมีการสู้รบเกิดขึ้นประเทศไทยอาจได้รับผลกระทบทั้งในด้านภูมิศาสตร์ เศรษฐกิจ และการเมือง เนื่องจากประเทศไทยมีพื้นที่ติดทะเลอยู่ 2 ด้าน คือ อ่าวไทยและทะเลอันดามัน โดยเฉพาะอ่าวไทยเป็นอ่าวที่ล้ำเข้ามาในแผ่นดินและมีรัฐชายฝั่งอื่นๆ

¹⁶ The Nation. 2018. "Philippines in Talk with Chinese Firm on Sea Exploration." March 2.

¹⁷ The Nation. 2018. "Tightening the Stranglehold: New Photos Show China is Nearly Done With Its Militarisation of Seven Reefs in the South China Sea Claimed by the Philippines." February 8.

¹⁸ The Nation. 2018. "What Lies Below the South China Sea : As China and the Philippines Mull Joint Mineral Exploration, the True Nature of the Territorial Conflict Emerges." February 20.

ล้อมรอบ ทำให้เส้นทางคมนาคมถูกปิดล้อมโดยที่ตั้งทางภูมิศาสตร์หากมีการสู้รบกันเกิดขึ้นในทะเลจีนใต้ นอกจากนี้ทะเลจีนใต้ยังเป็นพื้นที่สำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของไทย โดยเป็นเส้นทางคมนาคมที่สำคัญในการขนส่งสินค้าทางทะเล พาณิชย์นาวี เหตุการณ์รุนแรงที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตจะทำให้ไทยถูกดึงเข้าไปเกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ในระดับใดระดับหนึ่ง และอาจเกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ทางด้านการเมืองระหว่างประเทศเพราะรัฐที่อ้างสิทธิเหนือทะเลจีนใต้เป็นสมาชิกของอาเซียนถึง 4 รัฐ

หากเกิดเหตุการณ์รุนแรงขึ้นในทะเลจีนใต้ย่อมส่งผลต่อการป้องกันประเทศและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของไทย สมควรที่จะมีการพิจารณากำหนดท่าทีต่อปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากความขัดแย้งในบริเวณดังกล่าว เพื่อให้สามารถรักษาผลประโยชน์ของชาติได้อย่างเหมาะสม

นอกจากนี้ ทะเลจีนใต้ยังมีความสำคัญต่อไทยในแง่ที่เป็นเขตกองเรือประมงน้ำลึกที่ไทยอาจไปร่วมทำการประมงโดยข้อตกลงร่วมกับประเทศที่อ้างสิทธิต่างๆ ได้ ซึ่งไทยจำเป็นต้องอาศัยเส้นทางคมนาคมผ่านพื้นที่ทะเลจีนใต้ ความมั่นคงปลอดภัยของเส้นทางเดินเรือจึงมีความสำคัญ และประการสุดท้าย ถ้ามีปัญหาโดยการใช้อำนาจ ประเทศไทยก็จะได้รับผลกระทบอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ดังนั้น การวางตัวเป็นกลางของไทยต่อความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นน่าจะเป็นทางเลือกที่สร้างความมั่นคงให้แก่ไทยได้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม ไทยน่าจะยืนยันตามปณิญาอาเซียนว่าด้วยทะเลจีนใต้ซึ่งได้เสนอให้ใช้หลักการของสนธิสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ฉันมิตรและความร่วมมือในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ โดยเน้นการแก้ไขข้อพิพาทโดยสันติวิธี โดยไทยควรยึดหลักการสำคัญ 3 ประการคือ

1. ยืนยันสนับสนุนการแก้ปัญหาโดยสันติวิธี
2. ไม่สนับสนุนให้อาเซียนโดดเดี่ยวรัฐใดรัฐหนึ่งที่อ้างสิทธิ
3. ไม่แสดงท่าทีสนับสนุนการอ้างสิทธิของรัฐใดรัฐหนึ่ง

แนวพระราชดำริทางกฎหมายของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ในการตรากฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467¹

King Rama VI's Legal Concept in Enacting The Palace Law of Succession, B.E. 2467 (1924)

ชัชพล ไชยพร*

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Chachapon.j@chula.ac.th

บทคัดย่อ

เมื่อพิจารณาตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ไม่พบว่าไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเกี่ยวกับการสืบราชสันตติวงศ์ ตราบจนถึงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (ทรงราชย์ 2453-2468) ในปลายรัชกาล ได้ทรงตรากฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดหลักเกณฑ์การสืบราชสมบัติไว้เป็นฉบับแรก จากการวิจัยพบว่า พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงได้รับแนวคิดและอิทธิพลในการตรากฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์จากยุโรป โดยทรงทำการเทียบเคียงบทบัญญัติรวมถึงแนวคิดราชประเพณีประเทศอังกฤษเป็นสำคัญ เนื่องจากเป็นประเทศที่พระองค์ได้เสด็จไปทรงพระอักษรเมื่อครั้งยังดำรงพระราชอิสริยยศที่สยามมกุฎราชกุมาร อย่างไรก็ตาม พระองค์ทรงเลือกนำเฉพาะกฎเกณฑ์ที่สอดคล้องกับราชประเพณีไทย และเฉพาะที่เป็นการอุดหนุนหัวใจของราชประเพณีไทยอันอาจยังไม่ก่อให้เกิดความมั่นคงเกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์มากพอ อีกทั้งทรงปฏิเสธการตะวันตกให้เข้ากับสภาพสังคมไทย ตลอดจนทรงเลือกที่จะไม่นำกฎเกณฑ์เช่นนั้นเข้ามาตราไว้ เนื่องจากไม่อาจสอดคล้องกับสภาพสังคมอย่างแนบสนิทได้ แนวพระราชดำริในการประยุกต์สร้างหลักการทางกฎหมายใหม่ขึ้นโดยไม่ละทิ้งรากฐานเดิมซึ่งสอดคล้องกับสังคมแต่ละสังคม ทำให้กฎหมายเถียรบาลฉบับนี้สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมาอย่างต่อเนื่องและยาวนานทุกการเปลี่ยนผ่านแห่งรัชสมัย โดยปราศจากเหตุจลาจลในบ้านเมือง นับเป็นการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในประวัติศาสตร์ไทยได้อย่างถาวร แนวพระบรมราโชบายด้านนิติศาสตร์เช่นนี้ควรอย่างยิ่งที่จะนำมาเป็นปัจจัยพิจารณาหลักสำหรับกระบวนการร่างและการตรากฎหมายในปัจจุบัน

คำสำคัญ: กฎมณเฑียรบาล, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย

¹ บทความนี้มีที่มาจากโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง แนวพระราชดำริทางกฎหมายของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ในการตรากฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ซึ่งคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สนับสนุนทุนวิจัย

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330, น.บ. (เกียรตินิยม) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ศศ.บ. (สารสนเทศศาสตร์) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ศศ.บ. (ไทยคดีศึกษา) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, LL.M Indiana University—Bloomington USA, M.C.L. Indiana University—Bloomington USA, S.J.D. University of Wisconsin USA.

Abstracts

According to historical evidence in Thai legal history, there were not any clear provisions relating to the rule of succession to the throne until the reign of King Vajiravudh (reigned B.E. 2453-2468 (1910 –1925)) In the late period of the reign, King Vajiravudh promulgated the Palace Law of Succession 2467 B.E. (1924) which is the first written Thai palace law of succession. Pursuant to the research, the law was influenced by the European law of succession to the throne using the analogy with the Royal British tradition as a result of His Majesty's education in England during the status of the crown prince. However, he chose the rules which is in accordance with Royal Thai tradition and fulfill the loophole of it that would possibly cause the negative impact on the throne. Furthermore, he altered the Western provisions in accordance with Thai society and chose not to include those inconsistent with the Thai tradition as there would not be a perfect blend between the western and the Thai tradition. His Majesty's idea on creating new provisions of law without leaving out the old tradition has made the B.E.2467 (1924) Palace Law of Succession a perfect law through every succession with no rises of riots or insurgencies. The B.E.2467 (1924) Palace Law of Succession has been regarded an effective legislation that could permanently resolve previous succession controversies in Thai history. His Majesty's legal policy is worth to be considered the main guide for the legal drafting and the legislation in the present time.

Keywords: Palace Law, Thai Legal History

บทนำ

การสืบราชสมบัติในประวัติศาสตร์ไทยนับแต่โบราณกาล มีหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายปรากฏสะท้อนจากหลักฐานทางประวัติศาสตร์ต่างๆ อาทิ หลักศิลาจารึก พระราชพงศาวดาร จดหมายเหตุ ราชกิจจานุเบกษา ทำให้พอสันนิษฐานได้ถึงกฎเกณฑ์การขึ้นทรงราชย์ของพระมหากษัตริย์ไทย แต่แม้กระนั้นก็ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ตราบจนถึงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (ทรงราชย์ 2453-2468) ในปลายรัชกาล ได้เกิดเหตุการณ์ซึ่งส่งผลสู่การก่อกำเนิดแนวพระราชดำริที่จะทรงตรากฎหมายเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติให้ชัดเจนขึ้น เนื่องด้วยพระองค์ยังไม่มีพระราชโอรส ประกอบกับสมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ พระเจ้าน้องยาเธอ หลายพระองค์ ได้เสด็จทิวงคตและสิ้นพระชนม์ไปเป็นจำนวนมาก

เมื่อพิจารณานับย้อนไปถึงพระราชประวัตินับแต่ทรงพระเยาว์ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเอาพระราชหฤทัยใส่ในการศึกษาพงศาวดารและตำนานชาติอย่างยิ่ง อีกทั้งยังได้รับการเพาะบ่มแนวพระราชดำริจากพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมาโดยตรงอย่างใกล้ชิด น่าจะทรงตระหนักถึงสภาพปัญหาของการไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติที่แน่นอน ดังปรากฏปัญหาการแย่งชิงราชสมบัติในสมัยกรุงศรีอยุธยา และความไม่แน่นอนของการทรงราชย์ในช่วงต้นกรุงรัตนโกสินทร์จนส่งผลทางการเมืองการปกครอง และการบริหารพระราชอำนาจในบางรัชสมัย

ยิ่งไปกว่านั้น การที่พระองค์ทรงสำเร็จการศึกษาจากประเทศสหราชอาณาจักร ทั้งด้านการทหารและพลเรือน ทำให้ทรงได้รับอิทธิพลทางการศึกษาจากระบบกฎหมายอังกฤษมาโดยตรง ที่มีหลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติการสืบสันตติวงศ์ ค.ศ. 1701, พระราชบัญญัติการสมรสพระราชวงศ์ ค.ศ. 1772 (Royal Marriages Act 1772), Act of settlement 177 และหลักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งจัดลำดับราชสันตติวงศ์ไว้ตามสิทธิของบุตรหัวปี สถานะของมารดา และเน้นความเป็นบุรุษเพศ แนวคิดทางกฎหมายเหล่านี้ น่าจะส่งผลโดยตรงต่อแนวพระราชดำริ แต่ปัจจุบันยังมีพบว่ามีการศึกษาเปรียบเทียบในเชิงหลักการและเนื้อหา

ครั้งพุทธศักราช 2467 พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงทรงตรากฎหมายเทียบลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นแบบแผนของการสืบราชสันตติวงศ์มาตราบจนปัจจุบัน ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีบทบัญญัติรับรอง “นัย” แห่งกฎหมายเทียบลฉบับดังกล่าวไว้ กฎหมายเทียบลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 จึงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์และสถานภาพพิเศษที่ยังคงสืบทอดแนวคิดและการปฏิบัติผ่านระบอบราชาธิปไตยมาสู่ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในปัจจุบัน แต่ปัจจุบันสถานภาพการศึกษากฎหมายเทียบลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 มีน้อยมาก ประเด็นการศึกษาวิจัยเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายในเรื่องนี้จึงนับเป็นเรื่องใหม่ในวงวิชาการ

การศึกษาวិเคราะห์แนวพระราชดำริของพระองค์ผู้ทรงตรากฎหมายฉบับนี้ ย่อมเป็นเบื้องหลังที่จะสะท้อนเจตนารมณ์ของกฎหมายสำคัญ และเป็นต้นทางแห่งการนำไปใช้พิจารณาเนื้อหาภายในแต่ละมาตราถึงความหมายที่มา และวิธีการตีความหากมีกรณีปัญหา อันจะส่งผลต่อความสถาพรแห่งสถาบันพระมหากษัตริย์และความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรไทยสืบไป

งานวิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์ (1) เพื่อศึกษาแรงบันดาลใจของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ประสพการณ์ และแนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ซึ่งส่งผลสู่การตรากฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 (2) เพื่อศึกษาบริบททางสังคมทั้งภายในและภายนอกประเทศไทยในช่วงสมัยรัชกาลที่ 6 เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ซึ่งส่งผลสู่การตรากฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 (3) เพื่อเปรียบเทียบแนวคิดของกฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 กับกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสมบัติของต่างประเทศ โดยเฉพาะของประเทศสหราชอาณาจักร (4) เพื่อแสวงหาแนวทางการพิจารณากำหนดนิยามและการตีความเชิงวิชาการต่อเนื่องหากกฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 อันเป็นกฎหมายมหาชนฉบับสำคัญของประเทศ

ขอบเขตของงานวิจัยฉบับนี้ คือ วิจัยเอกสารภายในขอบเขตของการพิจารณาเนื้อหาเฉพาะกฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ประกอบกับบริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ เน้นเฉพาะในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ประกอบกับข้อมูลบางยุคสมัยที่เกี่ยวข้อง ตามที่ปรากฏในหลักศิลาจารึก พระราชพงศาวดาร จดหมายเหตุ ราชกิจจานุเบกษา

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากงานวิจัยฉบับนี้ (1) ทำให้ทราบถึงแรงบันดาลใจของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ประสพการณ์ และแนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ซึ่งส่งผลสู่การตรากฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 (2) ทำให้ทราบถึงบริบททางสังคมทั้งภายในและภายนอกประเทศไทยในช่วงรัชกาลที่ 6 เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ซึ่งส่งผลสู่การตรากฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 (3) สามารถวิเคราะห์แนวคิดเปรียบเทียบของกฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 กับกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสมบัติของต่างประเทศ โดยเฉพาะของประเทศสหราชอาณาจักร (4) สามารถกำหนดแนวทางการพิจารณากำหนดนิยามและการตีความเชิงวิชาการ ต่อเนื่องหากกฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 อันเป็นกฎหมายมหาชนฉบับสำคัญของประเทศ

ผลการศึกษา

หลักการและแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์

การสืบราชสันตติวงศ์นั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการปกครองในระบอบต่างๆ ที่มีสถาบันพระมหากษัตริย์ ไม่ว่าจะเป็นระบอบราชาธิปไตย หรือระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังปัจจุบันสมัยของประเทศไทย ด้วยเพราะเป็นสถาบันหลักในการปกครอง เป็นสัญลักษณ์ของประเทศ รวมถึงเป็นศูนย์กลางจิตใจของประชาชน การสืบราชบัลลังก์อย่างต่อเนื่องไม่ขาดช่วงจึงถือเป็นประการสำคัญที่ประเทศเหล่านั้นควรพึงรักษาไว้

ในอดีตกาลนั้น ความไม่ต่อเนื่องของการสืบตำแหน่งพระเจ้าแผ่นดินมีปรากฏเป็นอันมาก เนื่องจากตำแหน่งนั้นมีความสำคัญที่จะกำหนดชะตาชีวิตและความมั่งคั่งอันไม่อาจปฏิเสธข้อเท็จจริงได้ว่าไม่มีผู้ใดไม่ประสงค์

ครองตำแหน่ง การแย่งชิงราชบัลลังก์จึงถือเป็นเรื่องที่สามารถเกิดขึ้นได้ตลอดเวลา และหนึ่งในเวลาดังวานั้น ช่วงรอยต่อของรัชกาลถือเป็นหนึ่งในช่วงเวลาที่ยอดนิยมที่จะมีการแย่งราชสมบัติ พระเจ้าแผ่นดินในอดีตจึงทรงพยายามกำหนดแนวทางขั้นตอนดังกล่าวขึ้นเพื่อสืบราชบัลลังก์ของพระองค์ แต่อย่างไรก็ดี ความพยายามดังวานั้นไม่เคยปรากฏขั้นตอนที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาก่อน หนึ่งในกระบวนการขั้นตอนที่ปรากฏแนวคิดใกล้เคียงที่สุด คือจารีตราชประเพณีอันอาจสามารถเรียกว่าการสืบราชสันตติวงศ์ แต่ก่อนที่จะทำความเข้าใจกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ซึ่งเป็นวิธีการในชั้นหลังได้นั้น ต้องทำความเข้าใจเรื่องแนวคิดและความหมายของการสืบราชสันตติวงศ์เสียก่อน

ด้านความหมาย ของคำว่า “สันตติ” นั้น นาวาเอก ทองย้อย แสงสินชัย (ป.ธ.9) ได้อธิบายไว้ดังนี้² “สืบสันตติวงศ์” (สืบ-สัน-ตะ-ติ-วงศ์) คำหลักคือ “สันตติ” บาลีเขียน “สนตติ” อ่านว่า สัน-ตะ-ติ รากศัพท์มาจาก

(1) ส (คำอุปสรรค = พร้อม, กับ, ตี) + ตา (ธาตุ = สืบต่อ) + ติ ปัจจัย, แปลงนิคหิตที่ ส เป็น น, ลบสระหน้า คือ อา ที่ ตา ได้ว่า สน + ตา = สนตา + ติ = สนตาติ แปลงเป็น สนตติ แปลตามศัพท์ว่า “เชื้อสายที่สืบต่อด้วยดี”

(2) ส (คำอุปสรรค = พร้อม, กับ, ตี) + ตน (ธาตุ = แผ่, ขยาย) + ติ ปัจจัย, แปลงนิคหิตที่ ส เป็น น, ลบที่สุดธาตุ ได้ว่า สน + ตน = สนตน + ติ = สนตนติ แปลงเป็น สนตติ แปลตามศัพท์ว่า “เชื้อสายที่ขยายออกไปโดยชอบ”

“สนตติ” (อิตติลึงค์) จึงหมายถึง ความสืบต่อ, การต่อเนื่อง, ระยะเวลา, การยังมีชีวิตอยู่ (continuity, duration, subsistence) หรือเชื้อสาย (lineage)

ความหมายในทางธรรม คือ การเกิดดับต่อเนื่องกันไปโดยอาการที่เป็นปัจจัยส่งผลแก่กัน เช่น ร่างกายตอนเป็นเด็กดับไปแล้ว แต่ส่งผลสืบเนื่องมาเป็นร่างกายในปัจจุบัน กล่าวเป็นหลักว่า “สันตติปิณฑอนิจจัง” = เพราะมีการสืบต่อจึงหลงผิดว่าเที่ยง

ความหมายในทางสังคม คือ การสืบทอดตำแหน่งโดยผู้ที่เป็นเชื้อสาย คือ จากพ่อสู่ลูก สู่หลาน ที่พูดกันว่า “สืบสันตติวงศ์”

ดังนั้น การสืบราชสันตติวงศ์ คือ **ครองราชสมบัติสืบต่อจากพระมหากษัตริย์พระองค์ก่อนซึ่งอยู่ในราชวงศ์เดียวกัน คือ ผู้ขึ้นเป็นพระเจ้าแผ่นดินองค์ใหม่นั้นอยู่ในลำดับที่มีสิทธิจะได้รับราชสมบัติ**

ด้านแนวคิดของการสืบราชสันตติวงศ์นั้น ในทางปกครองมนุษย์ย่อมต้องสงวนตำแหน่งผู้อยู่จุดสูงสุดของตำแหน่งไว้เฉพาะสำหรับผู้สมควรเท่านั้น เพราะความสามารถของผู้ปกครองย่อมแสดงได้ถึงความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของสังคม แนวคิดดังกล่าว สยาม (คำเรียกประเทศไทยในอดีต) ได้รับอิทธิพลแนวคิดจากการหลั่งเข้ามาของวัฒนธรรมอินเดียมากพอควรดังที่เห็นได้จากประเพณีและความเชื่อของชาวสยามทั้งในภาคของประชาชน และภาคของราชสำนัก หนึ่งในนั้นคือแนวคิดเรื่องการสืบราชสันตติวงศ์ย่อมตกต่อไปแก่กุลโศสุชาติหรือผู้ที่เกิดมาด้วยความดีพร้อมทั้งสองฝ่ายว่า เชื้อพระราชาวงศ์ที่มีพระฐานะกำเนิดสูงเท่านั้นที่ย่อมมีสิทธิโดย

² ทองย้อย แสงสินชัย. บาลีวันละคำ : สืบราชสันตติวงศ์. [ออนไลน์]. 2559. แหล่งที่มา: <https://www.facebook.com/tsangsinchai/posts/1175783725848696> [1 กุมภาพันธ์ 2560]

ขอบธรรมอันจะขึ้นเป็นพระเจ้าแผ่นดินในกาลต่อเมื่อควร ความเชื่อดังกล่าวนั้นมีผลแก่ราชสำนักไทยเป็นอย่างมาก จากที่เห็นถึงพระปรมภิไธยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว และพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ส่วนหนึ่งว่า³ “...อุกโตสุชาติ สังสุทธเคราะห์...” แปลได้ว่า มีพระราชบิดามารดาเป็นเจ้า

ความหมายและความสำคัญของกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์

กฎมณเฑียรบาลตามรูปศัพท์แล้ว ประกอบด้วยคำสามคำ คือ กฎ มณเฑียร และ บาล ในแต่ละคำนั้น สามารถอธิบายได้ คือ “กฎ” ในภาษาเขมรมีความหมายว่าเป็นคำสั่ง “มณเฑียร” ในภาษาสันสกฤตมีความหมายว่า เรือน หรือ เรือนหลวง และ “บาล” ในภาษาสันสกฤตมีความหมายว่า รักษา เมื่อประกอบความหมายในแต่ละคำ เข้าด้วยกันแล้ว จะมีความหมายว่า กฎรักษาเรือนหลวง คือ กฎรักษาพระราชมณเฑียรสถาน แต่น่าจะเป็นที่เข้าใจว่าไม่แต่เฉพาะเรือนหลวงแต่ยังหมายรวมถึงพระราชวังและวังเจ้านายด้วย⁴

ดังนั้น กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์จึงหมายถึงกฎรักษาวังว่าด้วยการสืบทอดตำแหน่ง พระเจ้าแผ่นดิน ความสำคัญของกฎมณเฑียรบาลนี้ปรากฏได้จากบทบาทของการกำหนดผู้ที่เป็นพระเจ้าแผ่นดิน ต่อไป และเมื่อพระเจ้าแผ่นดินเป็นตำแหน่งที่สำคัญยิ่งยวดแก่ประเทศไทยเพราะเป็นส่วนหนึ่งของความมั่นคง และความเป็นเอกภาพของประเทศ กฎมณเฑียรบาลนี้จึงมีความสำคัญต่อระบอบการปกครอง

การสืบราชสันตติวงศ์ในประเทศไทย

ในยุคกรุงสุโขทัย ปรากฏหลักฐานที่ศิลาจารึกกรุงสุโขทัย หลักที่ 1 ได้กล่าวถึงการสืบราชสมบัติของ พ่อขุนรามคำแหงต่อจากพ่อขุนบานเมืองว่า “พี่กูตาย จึงได้เมืองแก่กูทั้งกลม” ทำให้พอจะสันนิษฐานได้ว่าการสืบราชสมบัติในเวลานั้นคงจะใช้หลัก “จากพี่สู่น้อง จากพ่อสู่ลูก” แต่อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. วิษณุ เครืองาม เห็นว่า ในยุคนี้น่าจะมีผู้นำราษฎรและปรากฏการสืบเชื้อสายผู้นำแล้ว แต่จะถือว่าเป็นการสืบราชสันตติวงศ์หาได้ไม่ เพราะการจะเรียกผู้นำว่าเป็นพระมหากษัตริย์ พระเจ้าอยู่หัว หรือพระเจ้าแผ่นดินนั้น เพิ่งจะเรียกได้ในสมัยกรุงศรีอยุธยาซึ่งรับอิทธิพลจากละโว้ ขอม และพราหมณ์ สิ่งที่ตามมาจากการยกฐานะผู้นำเป็นพระมหากษัตริย์เต็มรูปแบบ คือ การเริ่มมีกฎเกณฑ์การสืบราชสมบัติหรือการสืบราชสันตติวงศ์เพื่อมิให้ การเป็นผู้นำสะดุดหรือขาดช่วงลงตามหลักที่ว่าแผ่นดินย่อมไม่ว่างเว้นผู้ปกครอง ในทัศนะของศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. วิษณุ เครืองาม จึงเห็นว่าการสืบราชสันตติวงศ์เกิดขึ้นในสมัยกรุงศรีอยุธยาตามคตินิยมของพราหมณ์

ในช่วงแรกของการสถาปนากรุงศรีอยุธยา นับแต่ พ.ศ. 1893 จนถึง พ.ศ. 2011 ก่อนมีการตรากฎมณเฑียรบาลในรัชสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ ยังไม่ปรากฏหลักฐานว่าการสืบราชสมบัติมีกฎเกณฑ์หรือไม่ และมีว่าอย่างไร แต่การที่สมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (อู่ทอง) ทรงตั้งพระราชโอรสพระองค์ใหญ่ในพระนาม พระราเมศวรไปทรงครองเมืองลพบุรีอันเป็นเมืองลูกหลวง และในเวลาต่อมาพระราเมศวรก็ได้ขึ้นครองราชย์เป็นเหตุให้รัชกาลหลังๆ มีธรรมเนียมตั้งพระโอรสพระองค์ใหญ่เป็นพระราเมศวรและได้ขึ้นครองราชย์เช่นกัน

³ จุลจักรพงษ์, พระเจ้าวรวงศ์เธอ. เจ้าชีวิตร. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร. สำนักพิมพ์วิเวอร์บุ๊กส์. 2560. หน้า 307

⁴ วินัย พงศ์ศรีเพียร, บรรณาธิการ. กฎมณเฑียรบาล ฉบับเฉลิมพระเกียรติ, (กรุงเทพฯ: โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. “กฎหมายตราสามดวง : ประมวลกฎหมายไทยในฐานะมรดกโลก”, 2548), หน้า 15

ประกอบกับการสันนิษฐานว่ากรุงศรีอยุธยาได้รับอิทธิพลบางส่วนมาจากกรุงสุโขทัย

ในเวลาต่อมา เมื่อมีการผนวกอาณาจักรสุโขทัยเข้ากับกรุงศรีอยุธยาในรัชสมัยสมเด็จพระบรมราชาธิราชที่ 2 (เจ้าสามพระยา) สันนิษฐานว่าพระราชทายาท คือ เจ้านายที่ได้รับแต่งตั้งให้ไปครองเมืองพระพิษณุโลก ในฐานะเมืองหลวงเก่าของอาณาจักรสุโขทัยและเป็น “เมืองหลวงสำรอง” ของกรุงศรีอยุธยา ดังจะเห็นได้จากกรณีที่สมเด็จพระบรมราชาธิราชที่ 2 ทรงแต่งตั้งให้สมเด็จพระรามศวรเจ้า เป็นพระมหากุปราช ไปครองเมืองพิษณุโลกและในเวลาต่อมาสมเด็จพระรามศวรเจ้าทรงสืบราชสมบัติขึ้นเป็นสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ อีกทั้งเมื่อครั้งมีการตรากฎหมายเทียบบาลในสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ พ.ศ. 2011 แม้จะปรากฏตำแหน่ง “สมเด็จพระพุทธเจ้า” และ “สมเด็จพระมหากุปราช” แต่การแบ่งประเภทดังกล่าวก็เป็นเพียงการจัดลำดับของพระบรมวงศานุวงศ์โดยใช้ฐานะของพระราชมารดาเป็นเกณฑ์เท่านั้น⁵ ซึ่งสมเด็จพระพุทธเจ้าควรจะมีสิทธิก่อนเจ้านายพระองค์อื่นในฐานะพระโอรสพระองค์ใหญ่อันประสูติแต่พระอัครมเหสี แต่ในทางปฏิบัติก็มีการแต่งตั้งสมเด็จพระพุทธเจ้าเพียงรัชกาลเดียว คือ สมเด็จพระรามธิบดีที่ 2 ทรงสถาปนาสมเด็จพระอาทิตย์วงศ์ขึ้นเป็นมหากุปราช ครองเมืองพระพิษณุโลก (ต่อมาทรงเสวยราชย์เป็นสมเด็จพระบรมราชาหน่อพุทธางกูร) อีกทั้งในสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถเองก็ได้มีการตราพระไอยการตำแหน่งนาพลเรือนขึ้นเมื่อ พ.ศ. 1997 และกำหนดฐานะของพระราชอนุชาขึ้นใหม่ให้สูงเสมอกับพระมหากุปราชซึ่งเป็นพระโอรสอีกด้วย แสดงว่าพระราชอนุชามีบทบาทสูงขึ้นจนเห็นได้ชัด ข้อนี้สอดคล้องกับที่ชาวต่างประเทศหลายคนเข้ามาในสมัยกรุงศรีอยุธยาและอธิบายไว้ เช่น วันวลิต และโยส เซาเดน ได้บันทึกไว้ว่า ผู้ที่เป็นรัชทายาทซึ่งจะขึ้นเป็นพระเจ้าแผ่นดินต่อไป คือ พระอนุชาของพระเจ้าแผ่นดิน เว้นแต่ในกรณีที่พระองค์ไม่ทรงมีพระอนุชา พระโอรสที่แท้จริงจึงจะได้รับสืบราชสมบัติเป็นลำดับต่อไปและพระราชธิดาไม่มีสิทธิในการสืบราชสันตติวงศ์

ในสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย นับแต่สมัยสมเด็จพระเพทราชา เป็นต้นมา มีการสถาปนาพระอิสริยยศ **กรมพระราชวังบวรสถานมงคล** (ตำแหน่งมหากุปราชหรือวังหน้า) เพื่อพระราชทานแก่ผู้ดำรงตำแหน่งพระมหากุปราชโดยถือเป็นเจ้าต่างกรมผู้ใหญ่ โดยพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งให้พระบรมวงศานุวงศ์ดำรงตำแหน่งนี้ทุกรัฐสมัยและเป็นตำแหน่งที่มีอำนาจมาก เนื่องด้วยผู้ดำรงตำแหน่งนี้ได้รับเสวยราชย์สมบัติขึ้นเป็นพระเจ้าแผ่นดินในทุกรัฐกาล ในบางรัชสมัยมีการสถาปนาตำแหน่งกรมพระราชวังบวรสถานพิมุขหรือวังหลังเพิ่มขึ้น เสมือนจะให้พระมหากุปราชพระองค์ที่ 2 อีกด้วย ดังเช่น ในสมัยสมเด็จพระเพทราชา สถาปนานายจบกชประสิทธิ์ขึ้นเป็นกรมพระราชวังบวรสถานพิมุข

ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ มีการใช้กฎเกณฑ์และธรรมเนียมเดียวกับสมัยกรุงศรีอยุธยาตอนปลาย และกรุงธนบุรีทุกประการ โดยในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช เจ้านายที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคล คือ พระราชอนุชาหรือพระราชโอรส ในรัชกาลต่อมา แม้จะมีการตั้งกรมพระราชวังบวรสถานมงคล แต่ก็ทิวงคตไปก่อนพระมหากษัตริย์สวรรคตแล้วทุกพระองค์ และพระมหากษัตริย์ไม่ได้ทรงตั้งกรมพระราชวังบวรสถานมงคลพระองค์ใหม่ จึงเป็นเหตุให้บรรดาพระบรมวงศานุวงศ์ เสนาบดี ขุนนาง อำมาตย์

⁵ ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม เห็นว่า การจัดลำดับอาวุโสและความสำคัญของพระบรมวงศานุวงศ์ดังกล่าวประหนึ่งเป็นการส่งสัญญาณเป็นนัยว่าต้องการจัดลำดับการสืบราชสมบัติเช่นนี้ด้วย

เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ ประชุมปรึกษากันอัญเชิญเจ้านายพระองค์หนึ่งขึ้นสืบราชสมบัติดังเช่นเมื่อครั้งพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย เสด็จสวรรคตใน พ.ศ. 2367 หรือเมื่อครั้งพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว เสด็จสวรรคตใน พ.ศ. 2394 โดยพระองค์ได้ทรงออกพระโอรสให้เจ้านายและขุนนางพิจารณาเองตามความเหมาะสม และต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ทรงมอบให้พระบรมวงศานุวงศ์และเสนาบดีพิจารณาตามที่เห็นสมควร

ใน พ.ศ. 2411 ที่ประชุมเสนาบดีได้ประชุมปรึกษากันแล้วพร้อมใจกันอัญเชิญขึ้นสมเด็จเจ้าฟ้ากรมขุนพิริยธรรมาธิราชธิดาของพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว ขึ้นครองราชย์เป็นพระมเหษิตริย แต่ให้การประชุมคราวเดียวกันนั้น ที่ประชุมได้ตั้งพระราชนัดดาของพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว คือ กรมหมื่นบวรวิไชยชาญ เป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลวังหน้า ทรงพระนามว่า กรมพระราชวังบวรวิไชยชาญ เป็นเหตุให้เกิดเหตุการณ์ที่เรียกว่าวิกฤตการณ์วังหน้า ใน พ.ศ. 2417 และเป็นเหตุให้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว มีประกาศพระบรมราชโองการให้ยกเลิกตำแหน่งกรมพระราชวังบวรสถานมงคลวังหน้าและพระมहाอุปราชโดยเด็ดขาด เมื่อกรมพระราชวังบวรวิไชยชาญทิวงคต ใน พ.ศ. 2428 และโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งตำแหน่ง **สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช สยามมกุฎราชกุมาร** โดยตั้งพระราชหฤทัยให้แทนที่ตำแหน่งหน่อพระพุทธเจ้าและพระมหาอุปราชเป็นพระยุพราชหรือพระรัชทายาท ใน พ.ศ. 2429 ในเวลาต่อมา ภายหลังจากการสวรรคตของสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิรุณหิศ สยามมกุฎราชกุมาร ใน พ.ศ. 2437 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้สถาปนาสมเด็จพระเจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ กรมขุนเทพทวารวดี เป็นสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ สยามมกุฎราชกุมาร โดยมีใ้เรียงตามลำดับสมเด็จพระเจ้าฟ้าชาย พระอนุชากรมพระนครสวรรค์วรพินิตสมเด็จพระเจ้าฟ้ามหาวชิรุณหิศ แต่โปรดเกล้าฯ ให้เรียงลำดับตามพระชนมายุของสมเด็จพระเจ้าฟ้าชายทุกพระองค์ จากทุกพระครรภ์ของพระอัครมเหสี

ครั้งรัชกาลพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ใน พ.ศ. 2467 ทรงพระราชประสงค์จะตั้งกฎเกณฑ์ในการสืบราชสมบัติให้ชัดเจนแน่นอน จึงทรงตราเป็นกฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 โดยพระราชประสงค์ข้อนี้ปรากฏในพระราชปรารภของกฎหมายฉบับดังกล่าว ทั้งนี้ กฎหมายเถียรบาลได้กำหนดกฎเกณฑ์และจัดลำดับผู้มีสิทธิสืบราชสันตติวงศ์ตามหลักญาติสนิทตติวงศ์ทาง ซึ่งยังคงมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน เป็นเหตุให้การสืบราชสันตติวงศ์นับแต่ พ.ศ. 2467 มีกฎหมายที่แน่นอนโดยยึดถือตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467

สถานะทางกฎหมายของกฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์เมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองและพัฒนาการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการสืบราชสันตติวงศ์

ในสมัยราชาธิปไตย ก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 ลำดับศักดิ์กฎหมายไม่มีความแน่นอน คงมีแต่เพียงการจัดลำดับจากแหล่งที่มาของกฎหมายเท่านั้น เมื่อปรากฏว่า กฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราขึ้นเป็นกฎหมาย จึงถือว่ากฎหมายเถียรบาลได้ตราขึ้นโดยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบราชาธิปไตย มีลำดับศักดิ์อยู่ในลำดับเดียวกับพระราชกำหนดกฎหมายทั้งปวงที่ได้ตราขึ้นโดยพระมหากษัตริย์ และอยู่ในลำดับสูงสุดของระบบกฎหมาย

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบราชาธิปไตยมาเป็นระบอบประชาธิปไตยใน พ.ศ. 2475 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 โดยในมาตรา 9 มีความว่า “การสืบราชสมบัติท่านว่าให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายเทียบล่าวด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 และประกอบด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร”

คณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน⁶ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า แม้จะมีข้อกำหนดในกฎหมายเทียบล่าวเป็นลำดับ แต่พระมหากษัตริย์อาจทรงเลือกรัชทายาทโดยไม่ต้องคำนึงถึงกฎหมายเทียบล่าวก็ได้ ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดคนที่ไม่สมควรเป็นพระเจ้าแผ่นดิน จึงต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ ประธานอนุกรรมการฯ แถลงว่า ตรงกับประเพณีการสืบราชสมบัติของสยามที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเสด็จเถลิงถวัลย์สมบัติด้วยประชาชนอยู่เฉยเสด็จขึ้นครองราชสมบัติ” ตามหลักอเนกนิกรสโมสรสมมติ ซึ่งหลักการนี้ได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 9 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาตรา 12 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 23 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495 มาตรา 21 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 22 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 20

เมื่อพิจารณาตามนัยนี้ กฎหมายเทียบล่าวมีสถานะทางกฎหมายในระดับที่รองกว่ารัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเพียงแต่กล่าวเชื่อมโยงให้ปรากฏเกณฑ์การสืบราชสันตติวงศ์ตามกฎหมายเทียบล่าวมาใช้ แต่การขึ้นครองราชย์ของพระมหากษัตริย์จะกระทำในทันทีมิได้จนกว่าจะได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

อย่างไรก็ดี ในรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2534 ได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักดังกล่าวในมาตรา 20 โดยมีการตัด “ความเห็นชอบของรัฐสภา” ออก และมีการมอบอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบล่าวให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งหลักนี้ได้มีการรับรองและนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 22⁷ ⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2561 มาตรา 21

⁶ คณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน 7 ท่าน มี พระยามโนปกรณนิติธาดาเป็นประธานคณะอนุกรรมการฯ และหลวงประดิษฐมนูธรรมเป็นเลขานุการ มีกรรมการประกอบด้วยพระยาเทพวิฑูร พระยามานวราชเสวี พระยานิติศาสตร์ไพศาลย์ พระยาปริตตอนุเบศร์ และหลวงสินัดโยธารักษ์ (รงส. 1/2475, 28 มิถุนายน 2475) ต่อมามีการแต่งตั้งอนุกรรมการเพิ่มอีก 2 ท่าน ได้แก่พระยาจักรีวิศาลวาจาและนายพลเรือโทพระยาราชวังสัน (รงส. 27/2475, 23 กันยายน 2475) ; โปรดดู บัณฑิต จันทรโรจนกิจ. **ชีวประวัติธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475-2510**, (กรุงเทพฯ: โครงการวิจัยเมธีวิจัยอาวุโส สกว. “โครงการวิจัยเรื่อง เศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญ”, 2550), หน้า 1

⁷ รัฐธรรมนูญ 2 ฉบับนี้มีข้อความและลำดับมาตราที่เหมือนกัน

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ในมาตรา 2 กำหนดให้หมวด 2 พระมหากษัตริย์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2551 ยังคงมีผลบังคับใช้และเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วรศักดิ์ อุวรรณโณ⁹ และศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์¹⁰ ได้ให้ความเห็นว่า กฎมณเฑียรบาลอยู่ในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังต่อไปนี้ ประการแรก เมื่อพิจารณาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยแล้วรัฐธรรมนูญในอดีตทุกฉบับ ถือว่ากฎมณเฑียรบาลมีความสำคัญมากเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดวิธีการเข้าสู่ตำแหน่งของประมุขแห่งรัฐ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับของประเทศไทย นอกจากพิจารณาตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เรื่องการขึ้นครองราชย์ของพระมหากษัตริย์ไทยยังพิจารณาประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งถือว่ารัฐสภาต้องให้ความเห็นชอบในการสืบราชสมบัติดังกล่าว โดยรัฐสภามีความเห็นชอบขัดต่อกฎมณเฑียรบาลไม่ได้ หากเป็นแต่ต้องให้พระมหากษัตริย์เป็นที่ยอมรับของผู้แทนปวงชน ทำให้เสมือนหนึ่งว่าทรงเป็นเอกชนนิรโทษกรรมตามคติโบราณของไทยเท่านั้น

ประการที่สอง การที่รัฐธรรมนูญกำหนดวิธีการแก้ไขกฎมณเฑียรบาลไว้ให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์แต่เพียงผู้เดียวนั้น เป็นการยืนยันฐานะพิเศษของกฎมณเฑียรบาลว่าแตกต่างจากกฎหมายธรรมดา เพราะรัฐสภาก็แก้ไขไม่ได้ เป็นการที่รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ตั้งขึ้นแล้วให้พระมหากษัตริย์และคณะองคมนตรีไม่ใช่ที่ประชุมรัฐสภา ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์มีความเป็นพิเศษมากกว่ากฎหมายธรรมดาโดยมีสถานะเท่ากับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่ว่าการแก้ไขนั้นพิเศษกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดาที่ตราและแก้ไขโดยรัฐสภา

ประการที่สาม กฎมณเฑียรบาลเองมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเข้าสู่ตำแหน่งประมุขของพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นเรื่องที่โดยสภาพเป็นรัฐธรรมนูญ จึงต้องถือว่ากฎมณเฑียรบาลดังกล่าวมีศักดิ์เท่ากันกับรัฐธรรมนูญ

หากเมื่อพิจารณาในแง่มุมที่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์และกำหนดรูปแบบของรัฐว่าประเทศไทยเป็นราชอาณาจักร¹¹ และกำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ¹² ถือเป็นการที่รัฐธรรมนูญได้สร้างสถาบันพระมหากษัตริย์ให้เป็นองค์กรทางการเมืองในฐานะประมุขแห่งรัฐ ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญกำหนดกฎเกณฑ์การเข้าสู่ตำแหน่งประมุขของรัฐโดยให้นำกฎเกณฑ์ตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์มาใช้ ถือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักการในการสืบราชสันตติวงศ์ไว้เป็นหลัก และให้ถือว่ากฎมณเฑียรบาลเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความพิเศษเฉพาะทางเพื่อขยายความหลักการสืบราชสันตติวงศ์ให้เป็นไปตามจารีตประเพณีเทียบเคียงได้กับการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกพระราชบัญญัติในส่วนหลักการ แต่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออกพระราชกฤษฎีกาขยายความพระราชบัญญัตินั้น อีกทั้งการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีการแก้ไขกฎมณเฑียรบาลไว้ให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ ก็ถือได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎมณเฑียรบาลเป็นวิธีการที่พิเศษแตกต่างจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั่วๆ ไปที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เช่นนี้จะถือได้ว่ากฎมณเฑียรบาลมีลำดับศักดิ์ที่เท่าเทียมกับรัฐธรรมนูญหาได้ไม่

⁹ วรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 32-33

¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 233-235

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2561 มาตรา 1

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2561 มาตรา 3

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญประกอบกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเถียรบาลแล้ว จะพบว่ากฎหมายเถียรบาลมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญอยู่ 3 ประการ ได้แก่

1. การขึ้นครองราชย์ของพระรัชทายาทตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 21 ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามกฎหมายเถียรบาล มาตรา 6 และมาตรา 8

เมื่อพิจารณาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง ซึ่งได้กำหนดให้การสืบราชสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายเถียรบาลต้องเป็นไปตามที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 21 ดังนี้

มาตรา 21 ในกรณีที่ราชบัลลังก์หากว่างลงและเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงแต่งตั้งพระรัชทายาทไว้ตามกฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 แล้ว ให้คณะรัฐมนตรีแจ้งให้ประธานรัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสภาเรียกประชุมรัฐสภาเพื่อรับทราบและให้ประธานรัฐสภาอัญเชิญองค์พระรัชทายาทขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์สืบไป แล้วให้ประธานรัฐสภาประกาศให้ประชาชนทราบ

ในกรณีที่ราชบัลลังก์หากว่างลงและเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงแต่งตั้งพระรัชทายาทไว้ตามวรรคหนึ่ง ให้คณะองคมนตรีเสนอพระนามผู้สืบราชสันตติวงศ์ตาม มาตรา 21 ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อรัฐสภาเพื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบ ในการนี้ จะเสนอพระนามพระราชธิดาก็ได้ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ให้ประธานรัฐสภาอัญเชิญองค์ผู้สืบราชสันตติวงศ์ขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์สืบไปแล้วให้ประธานรัฐสภาประกาศให้ประชาชนทราบ

ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมของการสืบราชสันตติวงศ์นอกเหนือไปจากที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายเถียรบาลว่าในกรณีที่ราชบัลลังก์ว่างลง แม้พระมหากษัตริย์จะทรงสมมติพระรัชทายาทตามกฎหมายเถียรบาลไว้แล้ว พระรัชทายาทพระองค์นั้นจะยังขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์ในทันทีไม่ได้ ต้องรอให้คณะรัฐมนตรีแจ้งให้ประธานรัฐสภาทราบและเรียกประชุมรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภารับทราบและให้ประธานรัฐสภาอัญเชิญองค์พระรัชทายาทขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์ จะถือว่าองค์พระรัชทายาทนั้นได้ขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์ในทันทีดังที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายเถียรบาล¹³ หาได้ไม่

อนึ่ง ในกรณีการเสด็จขึ้นทรงราชย์ของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมหาวชิราลงกรณ บดินทรเทพยวรางกูร จะเห็นได้ว่า มิได้มีการกราบบังคมทูลอัญเชิญขึ้นทรงราชย์ในวันที่พระมหากษัตริย์รัชกาลก่อนเสด็จสวรรคต คือ วันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2559 หากแต่ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ปฏิบัติหน้าที่ประธานรัฐสภา ได้กราบบังคมทูลเชิญขึ้นทรงราชย์ในวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2559

¹³ กฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 มาตรา 6 “เมื่อสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้ทรงสมมติท่านพระองค์ใดให้เป็นพระรัชทายาทแล้ว และได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศข้อความให้ปรากฏแก่พระบรมวงศานุวงศ์เสนาบดีราชเลขาภิบาลและอาณาประชาชนให้ทราบทั่วกันแล้ว ท่านว่าให้ถือว่าท่านพระองค์นั้นเป็นพระรัชทายาทโดยแน่นอนปราศจากปัญหาใดๆ และเมื่อใดถึงกาลอันจำเป็น ก็ให้พระรัชทายาทพระองค์นั้นเสด็จขึ้นทรงราชย์สืบราชสันตติวงศ์สนองพระองค์สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวในพระบรมโกศโดยทันที ให้สมดังพระบรมราชประสงค์ที่ได้ทรงประกาศไว้แล้ว”

ในกรณีที่ว่าราชบัลลังก์ว่างลงโดยพระเจ้าอยู่หัวพระองค์ก่อนมิได้สมมติพระราชทายาทขึ้นไว้ เสนาบดีจะอัญเชิญเสด็จเจ้านายพระองค์ที่ 1 ในลำดับสืบราชสันตติวงศ์ขึ้นเสวยราชสมบัติในทันทีตามกฎมณเฑียรบาล¹⁴ หาได้ไม่ หากแต่ต้องให้คณะองคมนตรีเสนอพระนามผู้สืบราชสันตติวงศ์ตามกฎมณเฑียรบาลต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อรัฐสภาให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วให้ประธานรัฐสภาอัญเชิญองค์ผู้สืบราชสันตติวงศ์ขึ้นเป็นพระมหากษัตริย์สืบต่อไป ดังเช่นในกรณีการขึ้นครองราชย์ของพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดล ภายหลังการสละราชสมบัติของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ในวันที่ 2 มีนาคม พุทธศักราช 2477 ที่กระทรวงวังได้ทำบัญชีรายชื่อพระนามตามลำดับผู้สืบราชสันตติวงศ์ที่กำหนดไว้ในกฎมณเฑียรบาลส่งไปยังคณะรัฐมนตรี¹⁵ เพื่อเสนอต่อที่ประชุมรัฐสภาให้ลงมติเห็นชอบเพื่อที่จะอัญเชิญพระวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้าอานันทมหิดล ขึ้นครองราชย์สืบแทน¹⁶ และการที่รัฐสภาอัญเชิญสมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าภูมิพลอดุลยเดชขึ้นสืบราชสมบัติ ภายหลังการเสด็จสวรรคตของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล ในวันที่ 9 มิถุนายน พ.ศ. 2489

2. การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงพระเยาว์หรือในกรณีที่ราชบัลลังก์ว่างลงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 17 และมาตรา 22 ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามกฎมณเฑียรบาล มาตรา 15

กรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 17¹⁷ จะต้องมีกระบวนการที่ต้องผ่านทั้งคณะองคมนตรีและรัฐสภา โดยคณะองคมนตรีเป็นผู้เสนอชื่อ “บุคคลใดบุคคลหนึ่ง” แต่คนเดียวหรือหลายคนเป็นคณะ เป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ และยังกำหนดให้ประธานรัฐสภาประกาศในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ แต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ โดยมีกำหนดระยะเวลาไว้เป็นที่แน่นอนว่าจะต้องกระทำภายในกำหนดเวลาใด¹⁸ แตกต่างไปจากกฎมณเฑียรบาล มาตรา 15¹⁹ ที่ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ต้องเป็นเจ้านายชั้นบรมวงศ์และต้องมาจากการเลือกของเหล่าเสนาบดี อีกทั้งมาตรา 17 และมาตรา 18 ยังกำหนดให้เสนาบดีผู้อาวุโสสูงสุดสองคนเป็นสมุหนมนตรี

¹⁴ กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 มาตรา 8 “ถ้าหากว่ามีเหตุอันไม่พึงปรารถนา คือ สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเสด็จสวรรคตโดยมิได้ทรงสมมติพระราชทายาทไว้ก่อนแล้วไซ้ ท่านว่าให้เป็นหน้าที่ท่านเสนาบดีอัญเชิญเสด็จเจ้านายเชื้อพระบรมราชวงศ์พระองค์ที่ 1 ในลำดับสืบพระราชสันตติวงศ์ ดังได้แถลงไว้ในมาตรา 9 ขึ้นทรงราชย์สืบราชสันตติวงศ์สนองพระองค์สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวพระองค์ที่ได้เสด็จสวรรคตลงแล้วนั้นต่อไป แต่ผู้ที่จะอัญเชิญขึ้นทรงราชย์เช่นนี้ต้องมีผู้ใดที่อยู่ในเกณฑ์ ยกเว้นที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 11 และ 12 แห่งกฎมณเฑียรบาลนี้”

¹⁵ หนังสือกระทรวงวังจากเจ้าพระยาวรพงษ์พิพัฒน์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัง ที่ 131/3161 ลงวันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2477 เรื่อง ส่งบัญชีลำดับสืบราชสันตติวงศ์ถึงนายกรัฐมนตรี ; อ้างถึงใน วิษณุ เครืองาม, กฎเกณฑ์การสืบราชสมบัติของไทย, วารสารราชบัณฑิตยสถาน ปีที่ 37 ฉบับที่ 3 (ก.ค.-ก.ย. 2555) : 34-35.

¹⁶ ราชกิจจานุเบกษา, คำแถลงการณ์ของรัฐบาล, เล่ม 51, วันที่ 7 มีนาคม 2477, หน้า 1334

¹⁷ มาตรา 17 ...ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่สามารถทรงแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เพราะยังไม่ทรงบรรลุนิติภาวะหรือเพราะเหตุอื่นแต่ต่อมาคณะองคมนตรีพิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นสมควรแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์และไม่อาจกราบบังคมทูลให้ทรงแต่งตั้งได้ทันการ ให้คณะองคมนตรีเสนอชื่อบุคคลคนหนึ่งหรือหลายคนเป็นคณะตามลำดับที่โปรดเกล้าโปรดกระหม่อมกำหนดไว้ก่อนแล้วให้เป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ แล้วแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อประกาศในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ แต่งตั้งผู้นั้นขึ้นเป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

¹⁸ สมลักษณ์ จัดกระบวนพล, เมื่อ รธน.ขัดต่อกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์, [ออนไลน์]. 2556. แหล่งที่มา: <https://goo.gl/XRNYSC> [29 พฤษภาคม 2561]

¹⁹ มาตรา 15 ถ้าสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวยังทรงพระเยาว์ ดังกล่าวมาแล้วในมาตรา 14 แห่งกฎมณเฑียรบาลนี้ไซ้ ท่านว่าให้ท่านเสนาบดีพร้อมกันเลือกเจ้านายเชื้อพระบรมราชวงศ์พระองค์หนึ่งขึ้นเป็นผู้สำเร็จราชการแผ่นดินต่างพระองค์สมเด็จพระเจ้าอยู่หัว จนกว่าสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจะมีพระชนมายุครบ 20 พรรษาบริบูรณ์ จึงให้ท่านผู้สำเร็จราชการแผ่นดินต่างพระองค์นั้นพ้นจากหน้าที่

ประกอบกับผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เป็นสภาสำเร็จราชการแผ่นดินอีกประการหนึ่งด้วย แต่เมื่อปรากฏว่า กฎมณเฑียรบาลมีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์จึงต้องใช้กฎเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากธรรมเนียมการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงพระเยาว์นับแต่ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล²⁰ และการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช²¹ ก็เป็นการแต่งตั้งโดยใช้หลักเกณฑ์และอาศัยอำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้อยู่ ณ ขณะนั้นทั้งสิ้น

3. การเสนอพระนามพระราชธิดาเพื่อทรงราชย์ในกรณีที่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงสถาปนาพระราชทายาทขึ้นตามบทบัญญัติมาตรา 20 วรรคสอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ขัดหรือแย้งกับมาตรา 13 กฎมณเฑียรบาล

การเสนอพระนามพระราชธิดาเพื่อทรงราชย์ ต้องห้ามมิให้เสนอพระนามและจัดลำดับการสืบราชสันตติวงศ์ตามบทบัญญัติมาตรา 13²² กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์มาตั้งแต่ พ.ศ. 2467 และยังคงมีผลบังคับใช้มาจนถึงการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มีบทบัญญัติให้สิทธิพระราชธิดาขึ้นทรงราชย์ได้ตามมาตรา 25 ดังนี้ “...หากไม่มีพระราชโอรส รัฐสภาอาจให้ความเห็นชอบในการให้พระราชธิดาสืบราชสันตติวงศ์ก็ได้...” ซึ่งหลักดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้อีกครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 20

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชณุ เครืองาม ได้ให้ความเห็นในกรณีนี้ไว้ว่า ต้องไม่มีพระราชโอรสสืบราชสมบัติ และต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เท่ากับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญมาตรานี้ได้ยกเลิกกฎมณเฑียรบาลไปโดยปริยาย²³ แต่เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ใน พ.ศ. 2534 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวในมาตรา 21 วรรคสอง เป็น “ในกรณีที่ราชบัลลังก์หากว่างลง และเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงแต่งตั้งพระราชทายาทไว้...ในกรณีนี้ จะเสนอพระนามพระราชธิดาก็ได้...” และได้มีการกำหนดยืนยันหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 ฉบับ พ.ศ. 2550 ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 และฉบับ พ.ศ. 2560 มาตรา 21 วรรคสอง จึงเป็นกรณีที่หากมิได้มีพระราชทายาทไม่ว่าเหตุใดๆ ซึ่งเท่ากับพระมหากษัตริย์มิได้ทรงสมมติพระราชทายาทขึ้นมา ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชณุ เครืองาม มีความเห็นว่า หากการจัดลำดับการสืบราชสันตติวงศ์มีเจ้านายเชื้อพระบรมราชวงศ์ที่เป็นหญิงคนใด ก็ให้ถือว่าไม่ต้องห้ามให้ยกเว้นจากลำดับการสืบราชสันตติวงศ์ตามกฎหมายมาตรา 13 คือ ให้ถือเสมือนหนึ่งว่าเป็นพระราชโอรสองค์หนึ่ง แต่ให้จัดลำดับให้ทรงมีสิทธิภายหลังจากพระโอรสและให้ยกเว้นจากลำดับกฎมณเฑียรบาลที่ใช้เกณฑ์จากพระโอรสไปสู่พระนัดดาแต่ยังคงต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ต้องไม่มีพระราชโอรสสืบราชสมบัติและต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา²⁴

²⁰ ราชกิจจานุเบกษา. ประกาศพิเศษ เรื่อง ตั้งคณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เล่ม 51 ตอน ก. 7 มีนาคม 2477. หน้า 1332

²¹ ราชกิจจานุเบกษา. ประกาศตั้งคณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เล่ม 63 ตอน 45. 25 มีนาคม 2489. หน้า 1332

²² มาตรา 13 ในกาลสมัยนี้ยังไม่ถึงเวลาอันควรที่ราชนาธิจะได้เสด็จขึ้นทรงราชย์เป็นสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวบรมโกศขึ้นนาธิ ผู้ทรงสำเร็จราชการสิทธิขาดอย่างพระเจ้าแผ่นดินโดยลำพังแห่งกรุงสยาม ฉะนั้นท่านห้ามมิให้จัดเอาราชนาธิพระองค์ใดๆ เข้าไว้ในลำดับสืบราชสันตติวงศ์เป็นอันขาด

²³ วิชณุ เครืองาม. กฎเกณฑ์การสืบราชสมบัติของไทย. วารสารราชบัณฑิตยสถาน ปีที่ 37 ฉบับที่ 3 (ก.ค.-ก.ย. 2555) : 41.

²⁴ เพิ่งอ้าง. หน้า 43

บริบททางกฎหมายกับสังคมในการตรากฎหมายเพื่อยกฐานะว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์

ปัญหาความไม่แน่นอนในการสืบราชสมบัติ

เมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์นับแต่สมัยกรุงสุโขทัยเป็นราชธานีจวบจนกระทั่งมีการตรากฎหมายเพื่อยกฐานะว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ปัญหาที่ร้ายแรงที่สุดในด้านความมั่นคงของการสถาปนาและเสถียรภาพของอำนาจการปกครองในอาณาจักร คือ ความไม่แน่ชัดของกฎเกณฑ์ในการสืบราชสันตติวงศ์

ในสมัยกรุงสุโขทัย แม้จะปรากฏข้อความในศิลาจารึกหลักที่ 1 ว่า “พิกृतาย จึงได้แก่กูทั้งกลม”²⁵ อันแสดงถึงการสืบราชสมบัติของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช พระอนุชา สืบต่อมาจากพ่อขุนบาลเมือง พระเชษฐา ทำให้พอจะสันนิษฐานกฎในการสืบราชสมบัติในสมัยนั้นได้ว่า “จากพี่สู่น้อง จากพ่อสู่ลูก” แต่ในสมัยสุโขทัยยังไม่ปรากฏกฎเกณฑ์ที่แน่นอนในการสืบราชสมบัติ เป็นเหตุให้เกิดความขัดแย้งกันภายในพระราชวงศ์พระร่วงเจ้า จนเป็นเหตุให้เกิดสงครามชิงราชสมบัติหลายครั้งหลายครา นับแต่การสิ้นพระชนม์ของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช ในพ.ศ. 1842 เริ่มต้นจากการเข้ามารุกรานเมืองสุโขทัยของพระยาไสสงคราม (ปู่ไสสงคราม)²⁶ เพื่อระงับเหตุวุ่นวายและความขัดแย้งภายในราชวงศ์ภายหลังการสิ้นพระชนม์ของพ่อขุนรามคำแหงมหาราชเพื่อรอพระยาเลอไทย พระเชษฐาเสด็จกลับจากเมืองจีนใน พ.ศ. 1842²⁷ การยกทัพเข้าเมืองสุโขทัยและปราบดาภิเษกขึ้นเป็นกษัตริย์ของพระยาเลอไทย (สมเด็จพระมหาธรรมราชาที่ 1) ใน พ.ศ. 1897²⁸ ศักขิราชสมบัติระหว่างพระยาบาลเมืองแห่งเมืองพิษณุโลกและพระยารามแห่งสุโขทัยภายหลังการสวรรคตของสมเด็จพระมหาธรรมราชาที่ 3 (พระยาไสลือไทย) ใน พ.ศ. 1962 เป็นเหตุให้สมเด็จพระอินทราชา (เจ้านครอินทร์) พระมหากษัตริย์กรุงศรีอยุธยาเสด็จยกกองทัพขึ้นไประงับเหตุ ดังที่ปรากฏในพระราชพงศาวดารกรุงศรีอยุธยาฉบับพันจันทนุมาศ (เจิม)²⁹ ดังนี้ “ศักราช 765 ปีมะแมเบญจศก³⁰ (พ.ศ. 1946) มีข่าวมาว่าพระมหาธรรมราชาธิราชเจ้าเมืองพิษณุโลกเสด็จสวรรคต แลเมืองเหนือทั้งปวงเป็นจลาจล จึงเสด็จขึ้นไปถึงเมืองพระบาง พระยาบานเมือง พระยารามออกมาถวายบังคม พระเจ้าอยู่หัวเสด็จกลับ พระนคร...”

ภายหลังเหตุการณ์ดังกล่าว สมเด็จพระนครินทราธิราชทรงได้โอกาสจัดการแบ่งอาณาจักรสุโขทัยออกเป็น 4 เมือง คือ พระยาบาลครองพิษณุโลก พระยารามครองสุโขทัย พระยาแสนสอยดาวครองกำแพงเพชร และพระยาไสศรียศครองชะเลียง (สวรรคโลก)³¹ และให้เมืองทั้ง 4 ขึ้นตรงต่อกรุงศรีอยุธยา ทั้งมิได้ยกให้เมืองพิษณุโลกเป็นราชธานีสำรอง แม้สมเด็จพระมหาธรรมราชาที่ 4 จะยังคงครองเมืองอยู่ เมืองสุโขทัย จึงไม่อาจ

²⁵ ศิลาจารึก หลักที่ 1 ด้านที่ 1 บรรทัดที่ 17-18 ถอดความโดย กรมศิลปากร. **ประชุมศิลาจารึก ภาคที่ 1 จารึกกรุงสุโขทัย** อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระราชประสิทธิ์คุณ ณ สุสานวัดราชธานี จังหวัดสุโขทัย 8 เมษายน 2515. กรุงเทพมหานคร. 2515. หน้า 7

²⁶ พลาคิตย สิริธัญญกิจ. **ประวัติศาสตร์ไทย** พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สุขภาพใจ. 2554), หน้า 457.

²⁷ มุลนิสมเด็จพะเทพรัตนราชสุดา. **นามานุกรมพระมหากษัตริย์ไทย**, (กรุงเทพฯ : มุลนิสมเด็จพะเทพรัตนราชสุดา, 2554), หน้า 29

²⁸ จารึกวัดป่ามะม่วง (หลักที่ 4) ด้านที่ 1 ถอดความโดย กรมศิลปากร. **ประชุมศิลาจารึก ภาคที่ 1 จารึกกรุงสุโขทัย** อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระราชประสิทธิ์คุณ ณ สุสานวัดราชธานี จังหวัดสุโขทัย 8 เมษายน 2515. กรุงเทพมหานคร. 2515. หน้า 56

²⁹ พระราชพงศาวดาร, **ประชุมพงศาวดาร ภาคที่ 64 พงศาวดารกรุงศรีอยุธยา ฉบับพันจันทนุมาศ (เจิม)** พิมพ์ในงานปลงศพ คุณหญิงปฏิภาณพิเศษ (ลมุน อมาตย์กุล), (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2476), หน้า 9

³⁰ **พระราชพงศาวดารกรุงเก่า ฉบับหลวงประเสริฐอักษรนิติ์**ว่า ศักราช 781 ญยุคศก

³¹ มุลนิสมเด็จพะเทพรัตนราชสุดา. **นามานุกรมพระมหากษัตริย์ไทย**, (กรุงเทพฯ : มุลนิสมเด็จพะเทพรัตนราชสุดา, 2554), หน้า 43

พื้นสถานภาพเป็นอาณาจักรได้ดั้งเดิม จวบจนเมื่อสมเด็จพระมหาธรรมราชาที่ 4 สวรรคตลงเมื่อพ.ศ. 1981 อาณาจักรสุโขทัยจึงถึงกาลสิ้นสุดวงศ์กษัตริย์ปกครองอีกต่อไป แม้ในเวลาต่อมาเมืองสุโขทัยและพิษณุโลกจะยังคงมีเชื้อสายราชวงศ์ พระร่วงเจ้าปกครองอยู่ แต่ก็จะมีเพียงสถานะเป็นเพียงเจ้าครองเมืองเท่านั้น³² ดังจะเห็นได้ว่าสถานะของพระยาอุไทยิธิธุเรศวร พระโอรสของสมเด็จพระมหาธรรมราชาที่ 4 มีฐานะเป็นเจ้าเมืองเชลียง (พญาเชลียง) เท่านั้น

ในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี มีความขัดแย้งและการแย่งชิงอำนาจทางการเมืองอย่างมากในหมู่ขุนชั้นปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการแย่งชิงราชสมบัติโดยกลุ่มพระบรมวงศานุวงศ์หรือในกลุ่มขุนนาง เป็นเหตุให้การเมืองภายในอาณาจักรขาดเสถียรภาพ มีการเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองและเปลี่ยนแปลงราชวงศ์อยู่บ่อยครั้ง อีกทั้งในการเปลี่ยนแปลงแต่ละครั้งก็จะต้องมีการกำจัดกลุ่มอำนาจที่สนับสนุนเจ้าผู้ปกครองเดิมไปเป็นจำนวนมาก กรุงศรีอยุธยาในตอนปลายจึงเกิดปัญหาการแตกแยกภายในและขาดผู้มีความรู้ความสามารถที่จะเป็นกำลังของอาณาจักรไปเป็นจำนวนมาก และเป็นสาเหตุสำคัญของการเสียกรุงศรีอยุธยาใน พ.ศ. 2311

นับแต่การสถาปนากรุงศรีอยุธยาใน พ.ศ. 1893 เกิดศึกชิงราชสมบัติและผลัดเปลี่ยนราชวงศ์อยู่บ่อยครั้ง เริ่มต้นจากการที่ พระบรมราชา (ขุนหลวงพะงั่ว) พระปิตุลา เจ้าเมืองสุพรรณภูมิ ยกทัพมาจากเมืองสุพรรณบุรี เพื่อปราบปรามให้สมเด็จพระรามาธิบดีเจ้าเมืองสุพรรณภูมิ ให้พระองค์ขึ้นครองราชย์เป็นสมเด็จพระบรมราชาธิราชที่ 1 สถาปนาราชวงศ์สุพรรณภูมิ และให้สมเด็จพระรามาธิบดีเจ้าเมืองสุพรรณภูมิไปครองเมืองลพบุรีใน พ.ศ. 1913 โดยเหตุการณ์ดังกล่าวนับเป็นการแย่งชิงอำนาจกันระหว่างราชวงศ์อู่ทองและราชวงศ์สุพรรณภูมิครั้งแรก ต่อมาใน พ.ศ. 1931 สมเด็จพระรามาธิบดีเจ้าเมืองสุพรรณภูมิยกทัพกลับมายังราชสมบัติจากพระเจ้าทองหล่อ พระโอรสของสมเด็จพระบรมราชาที่ 1 ที่ทรงครองราชย์ได้ 7 วัน แล้วนำพระองค์ไปสำเร็จโทษด้วยท่อนจันทน์ที่วัดโคกพระยา เหตุการณ์การยกทัพเข้ายึดกรุงศรีอยุธยาของสมเด็จพระอินทราชา (เจ้านครอินทร์) พระนัดดาของสมเด็จพระบรมราชาที่ 1 เป็นเหตุให้สมเด็จพระรามาธิบดีเจ้าเมืองสุพรรณภูมิ พระโอรสของสมเด็จพระรามาธิบดีเจ้าเมืองสุพรรณภูมิให้พระองค์ขึ้นครองราชย์เป็นสมเด็จพระนเรศวรมหาราช ใน พ.ศ. 1952 ต่อมาภายหลังการสวรรคตของสมเด็จพระนเรศวรมหาราชใน พ.ศ. 1967 เกิดเหตุการณ์ที่เจ้าอ้ายพระยา (เจ้าเมืองสุพรรณบุรี) พระโอรสองค์ใหญ่ และเจ้ายี่พระยา (เจ้าเมืองแพร่ศรีราชา) พระโอรสองค์รองรบพุ่งแย่งชิงราชสมบัติกันที่เชิงสะพานป่าถ่าน ขานกรุงศรีอยุธยา เป็นเหตุให้ทรงต้องพระแสงของ้าว พระศอขาดคอช้างทั้งสองพระองค์ เหล่าขุนนางอำมาตย์จึงเชิญเสด็จเจ้าสามพระยา พระราชโอรสพระองค์ที่สามขึ้นครองราชย์เป็นสมเด็จพระบรมราชาธิราชที่ 2

ในรัชสมัยสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ แม้จะปรากฏว่าได้มีการตรากฎหมายเทียบบาลใน พ.ศ. 2111^{33 34}

³² พลาดิษฐ์ ลิขิตชัยกิจ. ประวัติศาสตร์ไทย พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร: สุขภาพใจ. 2554), หน้า 468

³³ อकिन รพีพัฒน์, ม.ร.ว. สังคมไทยในสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2416 พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2527), หน้า 281

³⁴ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงสันนิษฐานจากข้อความในบานแผนก ว่า กฎมณเฑียรบาลตราขึ้นในสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 1 (พระเจ้าอู่ทอง) ในวันเสาร์ เดือน 5 ขึ้น 6 ค่ำ ปีชวด จุลศักราช 721 (ตรงกับพ.ศ. 1911) ภายหลังสถาปนากรุงศรีอยุธยาได้ 8 ปี ; โปรดดู จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระ. ธรรมเนียมราชตระกูลในกรุงสยาม คณะพระภิกษุสามเณร วัดบวรนิเวศวิหาร พิมพ์อุทิศถวายส่วนกุศล พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้าอาทรทิพนิภา ในการพระราชทานเพลิงพระศพ ณ พระเมรุ สุสานหลวง วัดเทพศิรินทราวาส วันที่ 5 กรกฎาคม พุทธศักราช 2511. (กรุงเทพมหานคร: กรมศิลปากร. 2511), หน้า 2

แต่กฎมณเฑียรบาลดังกล่าวก็เป็นเพียงการจัดแบ่งสถานภาพของเชื้อพระวงศ์สูงต่ำลดหลั่นกันไปตามลำดับสกุลยศของเจ้านาย โดยใช้ลำดับชั้นฐานะของพระมารดาเป็นเกณฑ์ แต่มิได้ยึดถือเป็นหลักในการจัดลำดับสิทธิในการสืบราชสันตติวงศ์ของพระบรมวงศานุวงศ์³⁵

การสืบราชสันตติวงศ์ในสมัยกรุงศรีอยุธยายังคงมีความคลุมเครือ ปราศจากกฎเกณฑ์ที่แน่นอนโดยมิได้ระบุให้ชัดเจนว่าตำแหน่ง “สมเด็จพระนพพุทธางกูร” หรือ “พระมหากุปราช” เป็นตำแหน่งพระราชทายาท ผู้สืบราชสมบัติดังจะเห็นได้จากการที่สมเด็จพระบรมราชาธิราชที่ 4 (สมเด็จพระบรมราชาหน่อพุทธางกูร) ทรงมอบราชสมบัติให้แก่พระรัฐธำนิราชกุมารขึ้นเป็นกษัตริย์ใน พ.ศ. 2176 ทำให้พระไชยราชา พระมหากุปราช ซึ่งทรงครองเมืองพระพิษณุโลกอยู่ในเวลานั้นไม่พอพระทัยจึงเสด็จยกทัพมาแย่งชิงราชสมบัติและสำเร็จโทษสมเด็จพระรัฐธำนิราชกุมาร

ต่อมาในรัชกาลสมเด็จพระยอดฟ้า นางพระยาเจ้าแม่อยู่หัวท้าวศรีสุดาจันทร ผู้สำเร็จราชการในราชสำนัก ร่วมมือกับขุนวรรวงศาธิราช ถอดพระยอดฟ้าออกจากบัลลังก์แล้วราชาภิเษกขึ้นครองราชย์เป็นกษัตริย์แล้วนำสมเด็จพระยอดฟ้าไปสำเร็จโทษที่วัดโคกพระยา³⁶ ขุนวรรวงศาธิราช ครองราชย์ได้ 42 วัน ก็ถูกกลุ่มขุนนางเดิม นำโดยขุนพิเรนทรเทพ เจ้ากรมพระตำรวจขวา ฆ่าเสียที่คลองสระบัว แล้วอัญเชิญพระเพ็ชรราชา พระอนุชาของสมเด็จพระไชยราชาขึ้นครองราชย์เป็นสมเด็จพระมหาจักรพรรดิราชธิราช (สมเด็จพระมหาจักรพรรดิ)

ภายหลังการเสียกรุงศรีอยุธยาครั้งแรกใน พ.ศ. 2112 ในรัชกาลสมเด็จพระศรีเสาวภาคย์ เกิดการก่อกบฏชิงราชบัลลังก์ของพระพิมลธรรม (พระศรีศิลป์) และเจมื่นศรีสรักษ์จับสมเด็จพระศรีเสาวภาคย์สำเร็จโทษ ณ วัดโคกพระยา และปราบดาภิเษกขึ้นเป็นสมเด็จพระเจ้าทรงธรรม³⁷ ต่อมาในรัชกาลสมเด็จพระเชษฐาธิราชเจ้าพระโอรสของพระเจ้าทรงธรรม ใน พ.ศ. 2171 เกิดกบฏพระศรีสิน (พระอนุชาของสมเด็จพระเจ้าทรงธรรม) ช้องสุมกำลังพลจากเมืองเพชรบุรีจะยกทัพเข้ามาชิงราชบัลลังก์ ด้วยเหตุที่ไม่พอพระทัยที่เหล่าเสนาอำมาตย์มิได้

³⁵ สุพรรณิ เท่งแสงทอง. พระมหากษัตริย์ พระบรมวงศานุวงศ์และขุนนาง : การเมืองไทยสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2416, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, ภาควิชาประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528. หน้า 11

³⁶ “ครั้นศักราช 891 ปีชวดสัมฤทธิ์ศก (พ.ศ. 2171) ... ขณะนั้นนางพระยาเจ้าแม่อยู่หัวท้าวศรีสุดาจันทร มีครรภ์ด้วยขุนวรรวงศาธิราช จึงมีพระเสาวนิตรัสปรีกษาด้วยหม่อมขุนมนตรียิ่งปวญ ว่าพระยาอดิพัโอรสเรายังเยาว์นัก สาลวนแต่จะเล่น จะว่าราชกิจการแผ่นดินนั้น เห็นเหลือสติปัญญาอันหนึ่ง หัวเมืองฝ่ายเหนือเล่า มีปกติ จะไวใจแก่ราชการมิได้ เราคิดจะให้ขุนวรรวงศาธิราชว่าราชการแผ่นดิน กว่ราชบุตรเราจะจำเริญวัยขึ้น จะเห็นเป็นประการใด ท้าวพระยาขุนมนตรียุ่พระอัครมณเฑียรที่สุทนต์ ซึ่งตรัสโปรดมานี้ก็ควรอยู่แล้ว นางพระยาจึงพระเสาวนิตรัสสั่งปลัดวังให้เอาราชยานและเครื่องสูงแลส่งช้กับขัตติยวงศ์ออกไปรับขุนวรรวงศาธิราช เข้ามาในราชนิเวศมนเฑียรสถาน แล้วตั้งพระราชพิธีราชาภิเษกยกขุนวรรวงศาธิราชขึ้นเป็นเจ้าทิพภักฎเทพพราวดีศรีอยุธยา จึงเอานายจันนึ่งขุนวรรวงศาธิราชเจ้าบ้านอยู่มาหาโลก เป็นมหากุปราช แล้วขุนวรรวงศาธิราชผู้เป็นเจ้าแผ่นดิน ตรัสปรีกษากับนางพระยา บัดนี้ข้าราชการผู้ใหญ่ผู้น้อยรักเราบ้างชังเราบ้าง หัวเมืองเหนือทั้งปวงก็ยังคงกระด้างกระเดื่องอยู่ เราจำจะให้หาลงมาลัดเปลี่ยนเสียใหม่ จึงจะจงรักภักดีต่อเรา นางพระยาได้เห็นด้วย ครั้นรุ่งขึ้นเสด็จออกขุนนาง สั่งสมุหนายกให้มิตราขึ้นไปหาหัวเมืองเหนือ 7 เมืองลงมา ครั้นศักราช 891 ปีฉลูเอกศก (พ.ศ. 2172) ณวันอาทิตย์เดือน 8 ขึ้น 5 ค่ำ ขุนวรรวงศาธิราชเจ้าแผ่นดิน คิดกับแม่อยู่หัวท้าวศรีสุดาจันทร ให้เอาพระยอดฟ้าไปประหารชีวิตเสียณวัดโคกพระยา แต่พระศรีสินน้องชาย พระชนมได้ 7 พระยานั้นเลี้ยงไว้สมเด็จพระยอดฟ้าอยู่ในราชสมบัติกับ 2 เดือน...” พระราชพงศาวดารฉบับพันจันทนุมาศ (เจิม) ; โปรดดูพระราชพงศาวดาร, **ประชุมพงศาวดาร ภาคที่ 64 พงศาวดารกรุงศรีอยุธยา ฉบับพันจันทนุมาศ (เจิม)** พิมพ์ในงานปลงศพ คุณหญิงปฏิภาณพิเศษ (สมุนอมาตย์กุล), หน้า 21-23

หมายเหตุ พระราชพงศาวดารฉบับหลวงประเสริฐอักษรนิติ์ มีความแต่เพียงว่า ศักราช 911 วอกศก (พ.ศ. 2191) วันเสาร์ ขึ้น 5 ค่ำ เดือน 5 เสด็จออกสนามให้ชนช้าง และนางช้างพระยาโพนันท์เป็น 3 ท่อน อนึ่งอยู่สองวัน ช้างต้นพระฉันทันต์ ได้ร้องเป็นเสียงสังข์ อนึ่ง ประตู่ไชยชนดร์้องเป็นอุบาทว์ถึงวันอาทิตย์ ขึ้น 5 ค่ำ เดือน 8 สมเด็จพระเจ้ายอดฟ้าเป็นเหตุ จึงขุนชินราชได้ราชสมบัติ 42 วัน

³⁷ พระราชพงศาวดาร, **ประชุมพงศาวดาร ภาคที่ 64 พงศาวดารกรุงศรีอยุธยา ฉบับพันจันทนุมาศ (เจิม)** พิมพ์ในงานปลงศพ คุณหญิงปฏิภาณพิเศษ (สมุนอมาตย์กุล), หน้า 292-293

เชิญพระองค์ขึ้นเสวยราชสมบัติ³⁸ แต่การก่อกบฏไม่ประสบผลสำเร็จ พระศรีสินถูกสำเร็จโทษด้วยท่อนจันทน์ที่วัดโคกพระยา

หลังเหตุการณ์ก่อกบฏของพระศรีสินได้ประมาณ 4 เดือน เจ้าพระยาสุริยวงศ์ สมุหพระกลาโหมเป็นกบฏ ยกกองทัพเข้าพระบรมมหาราชวัง จับสมเด็จพระเชษฐาธิราชเจ้าสำเร็จโทษเสียที่วัดโคกพระยาแล้วอัญเชิญสมเด็จพระอาทิตย์วงศ์ พระชนมายุ 9 พรรษา พระโอรสองค์ที่ 3 ของสมเด็จพระเจ้าทรงธรรมขึ้นเสวยราชย์เป็นพระเจ้าแผ่นดินต่อไป หลังจากสมเด็จพระอาทิตย์วงศ์เสวยราชย์เป็นพระเจ้าแผ่นดินได้ 6 เดือน เหล่าขุนนางเห็นว่าพระเจ้าแผ่นดินทรงพระเยาว์ มิได้ว่าราชการ รู้จักแต่เที่ยวเล่นจึงร่วมกันถอดสมเด็จพระอาทิตย์วงศ์เสียจากบัลลังก์และถวายราชสมบัติให้แก่เจ้าพระยาสุริยวงศ์ขึ้นเป็นพระเจ้าแผ่นดิน ทรงพระนามว่า สมเด็จพระเจ้าปราสาททอง สถาปนาราชวงศ์ปราสาททอง ใน พ.ศ. 2173³⁹

ต่อมาใน พ.ศ. 2181 เกิดเหตุการณ์พระอาทิตย์วงศ์คบคิดกับขุนนางที่ต้องโทษถอดออกจากราชการ ก่อการกบฏยกพลเข้าปล้นพระราชวัง แต่ไม่ประสบความสำเร็จ สมเด็จพระอาทิตย์วงศ์กับพวกจึงถูกประหารชีวิตเสีย ณ ตะลางแกง ต่อมาเมื่อสมเด็จพระเจ้าปราสาททองเสด็จสวรรคตใน พ.ศ. 2198 สมเด็จพระเจ้าฟ้าชัยขึ้นสืบราชสมบัติแทน สมเด็จพระนารายณ์พระโอรสของสมเด็จพระเจ้าปราสาททองร่วมมือกับสมเด็จพระพิตุลา คือ พระศรีสุธรรมราชา ยกพลก่อกบฏ จับสมเด็จพระเจ้าฟ้าชัยไปสำเร็จโทษเสียที่วัดโคกพระยาแล้วยกพระศรีสุธรรมราชาขึ้นเป็นพระเจ้าแผ่นดินและสมเด็จพระนารายณ์เป็นทมิฬอุปราช ถัดมาอีก 2 เดือนเศษใน พ.ศ. 2199 สมเด็จพระนารายณ์ยกพลก่อกบฏบุกเข้าพระบรมมหาราชวังด้วยเหตุที่ทรงอ้างว่าสมเด็จพระศรีสุธรรมราชามีพระทัยเสน่หาจะเสกสวธกับพระราชกัลยาณี พระชนิษฐาของสมเด็จพระนารายณ์ แล้วจับสมเด็จพระศรีสุธรรมราชาสำเร็จโทษเสียที่วัดโคกพระยาแล้วปราบดาภิเษกขึ้นเสวยราชย์เป็นพระมหากษัตริย์ ทรงพระนามสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 3

ต่อมาอีกสามเดือนมีการกล่าวหาว่า พระไตรภูวนาติดยวงศ์และพระองค์ทอง พระราชโอรสของพระเจ้าปราสาททอง ซ่องสุมกำลังพลคิดก่อกบฏ เตรียมการจะประทุษร้ายสมเด็จพระนารายณ์ จึงโปรดให้ประหารชีวิตพระไตรภูวนาติดยวงศ์และพระองค์ทอง อีกทั้งรับสั่งให้ประหารชีวิตข้าหลวงของพระไตรภูวนาติดยวงศ์และพระองค์ทองที่คบคิดกันจะทำร้ายพระองค์ไปเป็นจำนวนมาก⁴⁰ ต่อมาใน พ.ศ. 2231⁴¹ สมเด็จพระนารายณ์ทรงประชวรหนักอยู่ ณ เมืองลพบุรี พระเพทราชา ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์⁴² ร่วมมือกับหลวงสรศักดิ์ก่อกบฏประหาร ยึดอำนาจสมเด็จพระนารายณ์ จับพระปิย พระโอรสบุญธรรมกับเจ้าพระยาวิไชยเณทร์ (คอนสแตนติน ฟอลคอล) สมุหนายก ประหารชีวิตเสียที่เมืองลพบุรี และหลวงเจ้าฟ้าอภัยทศและเจ้าฟ้าน้อยพระอนุชา ไปสำเร็จโทษ

³⁸ “ลัทธิราช 989 ปีมะแมศก (พ.ศ. 2171) ...รัชกาลสมเด็จพระเชษฐาธิราช ...อยู่มาได้ 7 วัน พระพันปีศรีสินผู้เป็น พระอนุชา ทรงพระโกรธว่า มุขมนตรีมิได้ยกสมบัติให้ ก็พาทัพพวกของพระองค์ลอบหนีไปยังเมืองเพชรบุรี ซ่องสุมพวกพลจะยกเข้ามา...” ; โปรดดู พระราชพงศาวดาร, **ประชุมพงศาวดาร ภาคที่ 64 พงศาวดารกรุงศรีอยุธยา ฉบับพันจันทนุมาศ (เจิม)** พิมพ์ในงานปลงศพ คุณหญิงปัทมาธิเศษ (สมุณ อมาตยกุล), หน้า 296

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 311-313

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 328-341

⁴¹ พระราชพงศาวดารฉบับพันจันทนุมาศ (เจิม) และพงศาวดารกรุงสยามฉบับบริติชมิวเซียม ว่า จุลศักราช 1144 จอจัตวาศก ตรงกับพุทธศักราช 2225

⁴² พระราชพงศาวดาร. **พระราชพงศาวดารกรุงสยามจากต้นฉบับที่เป็นสมบัติของบริติชมิวเซียมกรุงลอนดอน**, (กรุงเทพฯ: มหามกุฏราชวิทยาลัย, 2517), หน้า 471.

ที่วัดทราว⁴³ แล้วปราบดาภิเษกขึ้นเป็นปฐมกษัตริย์ราชวงศ์บ้านพลูหลวง ทรงพระนามว่า สมเด็จพระมหาบุรุษ แล้วทรงสถาปนาหลวงสรศักดิ์ขึ้นเป็นพระมหากษัตริย์ ในตำแหน่งกรมพระราชวังบวรสถานมงคล

ตลอดรัชสมัยของสมเด็จพระมหาบุรุษ เกิดกบฏต่อต้านการสถาปนาราชวงศ์บ้านพลูหลวงและความชอบธรรมในการครองราชย์ของสมเด็จพระเพทราชาเป็นจำนวนมาก ทั้งการแข็งเมืองของพระยายมราช (สังข์) ผู้รั้งเมืองนครราชสีมาสมัยสมเด็จพระนารายณ์ที่เมืองนครราชสีมา และที่เมืองนครศรีธรรมราช ทั้งมีการก่อกบฏธรรมเถียร (ข้าหลวงเดิมของเจ้าฟ้าอภัยทศ) ที่อ่างตนเป็นเจ้าฟ้าอภัยทศ พระอนุชาของสมเด็จพระนารายณ์ จากเมืองนครนายก และกบฏบุญกว้างในเขตเมืองนครราชสีมา แต่ก็ถูกสมเด็จพระเพทราชาและกรมพระราชวังบวรสถานมงคลปราบลงได้⁴⁴ อีกทั้งในช่วงปลายรัชกาล (พ.ศ. 2246⁴⁵) กรมพระราชวังบวรสถานมงคลเกรงว่า เจ้าพระขวัญ พระโอรสอันเกิดจากกรมหลวงโยธาเทพ พระมเหสีฝ่ายขวา มีกำลังคนมาก เกรงว่าจะแย่งชิงราชสมบัติกับพระองค์ จึงลวงเจ้าพระขวัญไปสำเร็จโทษด้วยท่อนจันทน์ เป็นเหตุให้สมเด็จพระเพทราชาทรงพิโรธและมอบราชสมบัติให้แก่เจ้าพระพิไชยสุรินทร พระนัดดา แต่เจ้าพระพิไชยสุรินทรเกรงพระบารมีของกรมพระราชวังบวรสถานมงคล จึงทรงเวนคืนราชสมบัติให้กรมพระราชวังบวรสถานมงคลขึ้นเสวยราชย์เป็นสมเด็จพระสรรเพชญ์ที่ 8 (สมเด็จพระเจ้าเสือ) ต่อมาในรัชสมัยสมเด็จพระสรรเพชญ์ที่ 9 (สมเด็จพระที่นั่งท้ายสระ) ขณะพระองค์ประชวรก่อนสวรรคต ทรงมีพระประสงค์มอบราชสมบัติให้สมเด็จพระเจ้าฟ้านเรนทร์ กรมขุนสุเรนทร์พิทักษ์ พระโอรสพระองค์ใหญ่ แต่ไม่ทรงยินยอมเพราะเกรงพระทัยกรมพระราชวังบวรสถานมงคล (เจ้าฟ้าพร) สมเด็จพระเจ้าท้ายสระจึงมอบราชสมบัติให้แก่เจ้าฟ้าอภัย พระโอรสพระองค์รอง จึงเป็นเหตุให้เกิดสงครามกลางเมืองระหว่างฝ่ายวังหน้า (กรมพระราชวังบวรสถานมงคล เจ้าฟ้าพร) และฝ่ายวังหลวง คือ เจ้าฟ้าอภัยและเจ้าฟ้าปรเมศร์ เป็นเหตุให้เจ้าฟ้าทั้งสองพระองค์ถูกกรมพระราชวังบวรฯ จับสำเร็จโทษเสียด้วยท่อนจันทน์และปราบดาภิเษกขึ้นเป็นสมเด็จพระบรมราชาธิราชที่ 3 (สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวบรมโกศ)

ภายหลังเหตุการณ์นี้มีการประหารชีวิตขุนนางฝ่ายวังหลวงไปเป็นจำนวนมากกว่าทุกครั้งที่ผ่านมา และเป็นสาเหตุสำคัญประการหนึ่งของการเสียกรุงศรีอยุธยาใน พ.ศ. 2310 ในเวลาต่อมา ช่วงปลายรัชกาลของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวบรมโกศขณะพระองค์ทรงประชวรหนัก พระราชโอรสอันประสูติแต่พระสนมทั้ง 3 พระองค์ คือ กรมหมื่นจิตรสุนทร กรมหมื่นสุนทรเทพ กรมหมื่นเสวกทิติ ช่องสุ่มกำลังคนและกำลังอาวุธเตรียมการก่อการกบฏ กรมพระราชวังบวรสถานมงคล (สมเด็จพระเจ้าอู่ทอง กรมขุนพรพินิต) ทรงร่วมมือกับสมเด็จพระเจ้าฟ้าเอกทัศ กรมขุนอนุรักษ์มนตรีจับกุมตัวเจ้าสามกรมสำเร็จโทษด้วยท่อนจันทน์ แต่สมเด็จพระเจ้าฟ้ากรมขุนพรพินิต (สมเด็จพระเจ้าอู่ทอง) ก็ทรงครองราชย์ได้ไม่นานก็ต้องถวายราชสมบัติให้พระเชษฐาคือ สมเด็จพระเจ้าฟ้ากรมขุนอนุรักษ์มนตรีขึ้นเป็นสมเด็จพระเจ้าเอกทัศเพราะทรงมีกำลังไพร่พลมากกว่า จากการสนับสนุนของพระราชมุนี (ปิ่น) และพระยาราชวังสัน⁴⁶

⁴³ พระราชพงศาวดาร. พระราชพงศาวดารกรุงศรีอยุธยา เล่ม 2 ฉบับพระจักรพรรดิพงศ์ (จาต) .พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: องค์การศาสนาของศาสนา. 2541), หน้า 216-218

⁴⁴ มุลนิธิสมเด็จพระเพทราชาสุตา. นามานุกรมพระมหากษัตริย์ไทย, (กรุงเทพฯ : มุลนิธิสมเด็จพระเพทราชาสุตา, 2554), หน้า 158-159

⁴⁵ พระราชพงศาวดารฉบับพันจันทนุมาศ (เจิม) และฉบับพระราชหัตถเลขาว่า จุลศักราช 1059 ปีฉลู นพศก ตรงกับ พ.ศ. 2240

⁴⁶ “คำให้การชาวกรุงเก่า”. คำให้การชาวกรุงเก่า คำให้การขุนหลวงหาวัดและพงศาวดารกรุงเก่าฉบับหลวงประเสริฐอักษรนิติ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คลังวิทยา. 2515, หน้า 161 ; อ้างถึงใน สุพรรณิ เพ็งแสงทอง. พระมหากษัตริย์ พระบรมวงศานุวงศ์และขุนนาง : การเมืองไทยสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2416. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต, ภาควิชาประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 30.

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ตลอดช่วงระยะเวลา 417 ปี ที่กรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี เกิดความขัดแย้งและการชิงราชสมบัติในปัญหาความไม่แน่นอนของกฎเกณฑ์ในการสืบราชสมบัติและการขยายบทบาทและอำนาจของเหล่าขุนนาง ทำให้ชนชั้นปกครองในยุครัตนโกสินทร์ตอนต้นได้ตระหนักถึงความร้ายแรงของปัญหาต่างๆ ที่ได้ก่อให้เกิดความอ่อนแอและความแตกแยกภายใน พระมหากษัตริย์ในพระบรมราชจักรีวงศ์จึงทรงดำเนินนโยบายสร้างความสัมพันธ์ภายในกลุ่มผู้ปกครองในลักษณะประนีประนอมซึ่งกันและกันเพื่อรักษาเสถียรภาพของการเมืองการปกครองภายในพระราชวงศ์⁴⁷

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์จึงไม่ปรากฏปัญหาความรุนแรงและการก่อกบฏชิงราชสมบัติแต่ประการใด แต่ก็ยังประสบปัญหาความคลุมเครือในการแต่งตั้งและกำหนดตัวพระรัชทายาทในการสืบราชบัลลังก์อยู่บ้าง ดังที่ปรากฏในสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย มิได้ทรงสถาปนาเชื้อพระวงศ์พระองค์ใดขึ้นเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลภายหลังการสิ้นพระชนม์ของสมเด็จพระบวรราชเจ้ามหาเสนานุรักษ์ กรมพระราชวังบวรสถานมงคลสิ้นพระชนม์ใน พ.ศ. 2360 เป็นเหตุให้เหล่าพระบรมวงศานุวงศ์และขุนนางเป็นผู้เลือกผู้ที่จะขึ้นครองราชย์เป็นพระเจ้าแผ่นดิน คือ พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นเจษฎาบดินทร พระราชโอรสพระองค์ใหญ่ ด้วยเหตุว่าทรงมีพระปรีชาสามารถ สมควรที่จะรักษาแผ่นดินได้

ต่อมาในรัชกาลพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว และพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ก็ทรงปฏิบัติตามแนวทางเดียวกับพระบรมชนกนาถ คือ ก่อนเสด็จสวรรคตมิได้แต่งตั้งเชื้อพระวงศ์ขึ้นเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคล และมีได้ทรงตรัสมอบราชสมบัติให้แก่เชื้อพระวงศ์พระองค์ใด แต่ทรงมอบให้เหล่าพระบรมวงศานุวงศ์และขุนนาง เสนาบดีประชุมร่วมกันเลือกพระบรมวงศานุวงศ์ผู้ที่เหมาะสมขึ้นเป็นพระมหากษัตริย์

เป็นที่น่าสังเกตได้ว่าการสืบราชสันตติวงศ์ในช่วงรัชสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นจนถึงรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ปราศจากกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว พระบรมวงศานุวงศ์และเหล่าขุนนางมีบทบาทและอำนาจมากในการกำหนดตัวผู้สืบราชสันตติวงศ์เป็นพระมหากษัตริย์พระองค์ต่อไป เป็นเหตุให้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงโปรดให้ยกเลิกตำแหน่งกรมพระราชวังบวรสถานมงคล พระมหาอุปราช ด้วยเหตุผลที่ว่า ตำแหน่งพระมหาอุปราชมิได้มีการแต่งตั้งอย่างสม่ำเสมอ ในบางรัชกาลที่ผ่านมาเมื่อกรมพระราชวังบวรสถานมงคลถึงวาระก็มิได้มีรัชกาลก็ได้มีการแต่งตั้งพระบรมวงศานุวงศ์พระองค์อื่นขึ้นแทน จึงทรงเห็นว่าเป็นตำแหน่งที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดกับนานาประเทศเพราะความแตกต่างของธรรมเนียม จึงมีต้องมิได้เพราะมิได้เป็นคุณแก่แผ่นดินแต่ประการใด กับทั้งยังเป็นการสิ้นเปลืองเงินในการบำรุงรักษาพระเกียรติยศอีกด้วย⁴⁸ และโปรดให้มีการตั้งตำแหน่งสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช สยามมกุฎราชกุมารขึ้นแทน เพื่อกำหนดพระรัชทายาทให้แน่ชัดตามแนวคิดของประเทศแถบยุโรป⁴⁹ และยังเป็นเหตุให้พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตรา

⁴⁷ สุพรรณิ เพ็งแสงทอง. พระมหากษัตริย์ พระบรมวงศานุวงศ์และขุนนาง : การเมืองไทยสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2416, หน้า 31.

⁴⁸ ประกาศเรื่องกรมพระราชวังบวรสถานมงคลที่วงศ์ ; โปรดฯ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงวิจารณ์เรื่องพระราชพงศาวดาร กับเรื่องราชประเพณีการตั้งพระมหาอุปราช สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 7 โปรดให้ตีพิมพ์แจกในงานพระราชทานเพลิงพระศพ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้าอรทัยนันทน์ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พระจันทร์, 2479). หน้า 5759-

⁴⁹ ประกาศเรื่องเฉลิมพระปรมาภิไธยสมเด็จพระเจ้าฟ้ามหาวชิรุณหิศ ; โปรดฯ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงวิจารณ์เรื่องพระราชพงศาวดาร กับเรื่องราชประเพณีการตั้งพระมหาอุปราช, หน้า 60-66

กฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467⁵⁰ เพื่อเป็นกฎเกณฑ์ในการสืบราชสันตติวงศ์ที่ชัดเจน แน่นนอน ไม่คลุมเครือดังเช่นในอดีต

พระประสพการณ์ของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว เสด็จพระราชสมภพเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2423 เป็นพระราชโอรสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว กับพระนางเจ้าเสาวภาผ่องศรี พระวรราชเทวี (ภายหลังคือ สมเด็จพระศรีพัชรินทราบรมราชินีนาถ พระบรมราชชนนีพันปีหลวง) เป็นพระราชโอรสองค์ที่ 29 เมื่อมีพระชนมายุได้หนึ่งเดือน ทรงได้รับพระราชทานพระนามว่า สมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ และภายหลังเมื่อมีพระชนมายุ 9 พรรษา ทรงพระราชทานสถาปนาเป็น สมเด็จพระเจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ ทรงศักดินา 50,000 มีพระเกียรติยศเป็นชั้นที่ 2 รองจากสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิรุณหิศ สยามมกุฎราชกุมาร จนเมื่อมีพระชนมายุ 12 พรรษาจึงเข้าพระราชพิธีโสกันต์⁵¹

แนวพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเรื่องการศึกษาปรากฏอย่างแน่ชัด เนื่องจากการพัฒนาของสังคมโลก และเหตุการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนไป พระองค์จึงทรงพระราชดำริแนวทางการศึกษาให้กับราษฎร⁵² ให้เป็นหน้าที่ของบิดามารดาที่ต้องสั่งสอนและแสวงหาการเล่าเรียนให้แก่เด็ก ทั้งรัฐบาลก็จำเป็นต้องวางรูปโครงการศึกษาเล่าเรียนในระดับชาติให้เป็นหลักมั่น ทั้งนี้เอง บรรดาพระโอรสและพระราชธิดาของพระองค์ก็ย่อมอยู่ในแนวพระราชดำรินี้ด้วย เช่น พระราชโอรสโปรดให้เข้าเรียนวิชาสามัญ⁵³ ณ โรงเรียนราชกุมาร นอกจากนั้นก็โปรดให้เรียนการขี่ม้ายิงปืน รวมทั้งกระบี่กระบองแบบไทยโบราณ พระราชธิดาก็ถูกหัดพระหัตถ์หรือดัดพระกรให้เกียจอ่อนช้อยอันว่าชาวไทยเป็นว่าสวายนเวลานั้นพับเพียบและเท้าแขน

สมเด็จพระเจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ เมื่อทรงพระเยาว์ได้ศึกษาวิชาการต่างๆ ในพระบรมมหาราชวัง ทรงศึกษาภาษาไทยกับพระยาศรีสุนทรโวหาร (น้อย อาจารยางกูร) และพระยาอิศรพันธุ์โสภณ (หนู อิศรางกูร ณ อยุธยา) ส่วนภาษาอังกฤษทรงศึกษากับอาจารย์ชาวอังกฤษชื่อ มิสเตอร์ โรเบิร์ต มอแรนต์ (Mr. Robert Morant)

เมื่อมีพระชนมายุพอสมควรแล้ว ใน พ.ศ. 2436 จึงรับพระบรมราชโองการพระบรมราชชนกเสด็จไปทรงศึกษาต่อ ณ ประเทศอังกฤษ สมเด็จพระเจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ ได้เสด็จออกจากประเทศไทยในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2436 โดยเรือมกุฎราชกุมารไปยังสิงคโปร์ แล้วถ่ายเรือเสด็จประทับเรือของบริษัททอนอร์ทอยท์เชอร์นอยด์ถึงเมืองเนเปิล ประเทศอิตาลี จึงเสด็จต่อไปยังประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษในกาลต่อมา

ทรงเริ่มศึกษาวิชาโดยจ้างอาจารย์พิเศษมาสอน คือ มิสเตอร์และมิสซิส ทอมสัน (Mr. and Mrs. Thomson) และเข้าศึกษาวิชาทหาร ซึ่งรัฐบาลอังกฤษได้ส่ง พันเอกฮูม (Colonel Hume) เป็นผู้ควบคุมหลักสูตร โดยกำหนดวิชาต่างๆ ดังนี้

⁵⁰ โปรดดู อารัมภของกฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467

⁵¹ ศิลปากร, กรม. สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช. (พระนคร: โรงพิมพ์การศาสนา. 2515), หน้า 88

⁵² ศิลปากร, กรม. ประมวลพระราชนิพนธ์เบ็ดเตล็ดในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, หน้า 32.

⁵³ จุลจักรพงษ์, พระเจ้าวรวงศ์เธอ, เจ้าชีวิต พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ริเวอร์บุ๊คส์, 2560), หน้า 252.

1. วิชาทหาร ซึ่งประกอบด้วยวิชาทหารชั้นสามัญและวิชาทหารชั้นสูง
2. วิชาพงศาวดาร
3. วิชาเลข
4. วิชาแผนที่โลก
5. วิชาภาษาฝรั่งเศส

การศึกษานี้เป็นการเตรียมพระองค์เพื่อเข้าศึกษาในโรงเรียนนายร้อยแซนด์เฮิสต์ (Sandhurst) ประเทศอังกฤษต่อไปตามพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อทรงสำเร็จการศึกษาจากโรงเรียนนายร้อยแซนด์เฮิสต์ ทรงเข้ารับราชการในกรมทหารราบเบาเดอรัม (Durham Light Infantry) สมเด็จพระเจ้าฟ้ามหาวชิราวุธมีพระทัยโปรดการศึกษาเกี่ยวกับภาษาศาสตร์และประวัติศาสตร์มาแต่เดิมอยู่แล้ว การศึกษาพงศาวดารของต่างประเทศอย่างนี้จึงเป็นเสมือนประตูเปิดพระปรีชาญาณของพระองค์ในอีกชั้นหนึ่ง เช่นนี้เองพระองค์จึงเป็นผู้ที่มีความรู้เกี่ยวกับพงศาวดารยุโรปอย่างยิ่งยวดพระองค์หนึ่ง อันจะสามารถนำความรู้ดังกล่าวเข้ามาปรับปรุงและพัฒนาประเทศได้ต่อไป

สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ สยามมกุฎราชกุมาร ทรงพระราชดำริเห็นว่าการศึกษาวิชาทหารอย่างเดียวไม่พอสำหรับการปกครองบ้านเมืองอันเป็นราชการของพระเจ้าแผ่นดินในภายภาคหน้า พระองค์จำต้องรู้วิชาพลเรือนด้วย จึงได้เสด็จเข้าศึกษาต่อ ณ วิทยาลัยไครสต์เชิร์ช (Christ Church) มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด (Oxford University) โดยทรงศึกษาวิชาพงศาวดารว่าด้วยกฎหมายสำหรับปกครองบ้านเมืองของประเทศอังกฤษ ศึกษาภาษาบาลีและสันสกฤต ในขณะที่ศึกษาทรงได้รับคำชมเชยว่ามีพระปรีชาญาณเฉียบแหลมมาก⁵⁴

วิธีการศึกษาของพระองค์ก็เป็นอย่างเฉพาะและพิเศษอย่างหนึ่ง ซึ่งมหาวิทยาลัยจัดถวายสำหรับเจ้านาย และให้แก่ขุนนางผู้ดีเท่านั้น พระองค์จะต้องทรงศึกษาข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ให้เข้าพระทัยอย่างถ่องแท้ จึงทรงเรียบเรียงและวิเคราะห์วิจารณ์ในการดำเนินนโยบายการปกครองของกษัตริย์ หรือการจัดการปกครองของประเทศนั้นๆ ส่งพระอาจารย์ ซึ่งสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ สยามมกุฎราชกุมาร ทรงกระทำสำเร็จได้อย่างงดงามเป็นที่ยกย่องของพระอาจารย์ผู้ถวายพระอักษรเป็นอันมาก⁵⁵

นอกจากนี้ สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ มีพระราชประสงค์จะทรงลาออกเพื่อเข้าศึกษาต่อที่โรงเรียนเสนาธิการทหารบก (Staff College) แต่ด้วยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเห็นว่า จะเสียเวลาไปมากจึงไม่โปรด และโปรดให้นิวัตสยามเพื่อทรงช่วยบริหารราชการแผ่นดินต่อไป

สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ จึงเตรียมพระองค์เสด็จนิวัต แต่ก่อนที่จะเสด็จกลับ คณบดีพาเจท (Francis Paget) และบาทหลวงฮัสเซล ได้กราบบังคมทูลถวายความเห็น ว่า ในเมื่อสมเด็จพระบรม

⁵⁴ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ. ร.5 ต.49/12 พระยาราชวัลลภานุสิษฐ์ กราบบังคมทูล พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ลงวันที่ 15 พฤศจิกายน ร.ศ. 118

⁵⁵ หอจดหมายเหตุแห่งชาติ. ร.5 ต.49/26 พระยาราชวัลลภานุสิษฐ์ กราบบังคมทูล พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ร.ศ. 119

โอรสาธิราช มิได้ทรงเข้าสอบอย่างนิตอื่น จึงควรทรงพระราชนิพนธ์หนังสือสักระเลาะเพื่อเป็นพระเกียรติยศที่ได้เสด็จเข้ามาศึกษา ณ สถาบันแห่งนี้ ทั้งเป็นการทดแทนการสอบไล่ด้วย สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช ก็ทรงเห็นชอบกับความคิดนี้ จึงทรงพระราชนิพนธ์ประวัติศาสตร์ยุโรปเรื่อง “สงครามสืบราชสมบัติโปแลนด์” (The War of the Polish Succession) ขึ้น และภายหลังโรงพิมพ์แบลคเวลล์ (Blackwell) ก็ได้นำไปตีพิมพ์เผยแพร่เมื่อ พ.ศ. 2443

อย่างไรก็ดี เมื่อทรงสำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด (Oxford) แล้วยังมีเวลาอีกประมาณ 6 เดือนก่อนถึงกำหนดการที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมีพระราชประสงค์ พระยาประสิทธิศัลการ อัครราชทูตไทยประจำกรุงลอนดอน พระยาสุรียานุวัตร อัครราชทูตไทยประจำกรุงปารีส และเจ้าพระยาอภัยราชา (Mon. Rolin Jacquemyns) ได้ส่งความเห็นเรื่องการศึกษาของสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช สยามมกุฎราชกุมารถวายให้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมีพระบรมราชวินิจฉัย ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ศึกษาวิชารัฐศาสตร์ โดยจัดให้ศึกษาวิชาดังนี้

1. International Law หรือ Jurisprudence ทรงศึกษากับ มิสเตอร์โอลิเวีย (Mr. Olivier)
2. Political Science ทรงศึกษากับ มิสเตอร์โอลเดอร์ชอว์ (Mr. Oldershaw)
3. Constitutional History and Law ทรงศึกษากับ มิสเตอร์โอลเดอร์ชอว์ (Mr. Oldershaw)
4. ภาษาฝรั่งเศส ทรงศึกษากับมอสิเออร์ เดอ เซเรวิลล์ (Monsieur de Cernville)

แต่ละวิชาที่ได้ทรงศึกษานั้นล้วนแล้วแต่เป็นวิชาที่เกี่ยวกับอักษรศาสตร์ ประวัติศาสตร์ รัฐศาสตร์ และนิติศาสตร์ ซึ่งในแต่ละวิชานั้นอาจแยกประโยชน์ได้ดังนี้

อักษรศาสตร์ เป็นวิชาที่ศึกษาด้านภาษาศาสตร์ ซึ่งทำให้สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ ทรงมีเครื่องมือในการศึกษาค้นคว้าความรู้เพิ่มเติมจากหลักฐานเอกสารในภาษาอื่นๆ นอกจากภาษาไทย ทั้งยังสามารถเรียงร้อยถ้อยคำ อาจทำให้พระราชนิพนธ์มีภาษาที่สวยงาม เข้าใจง่าย และสามารถสื่อความที่แท้จริงตามพระทัยของพระองค์ได้อย่างครบถ้วนบริบูรณ์

ประวัติศาสตร์ หรือวิชาพงศาวดาร เป็นวิชาที่ทำให้สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ ทรงรู้เรื่องราวของอาณาประเทศต่างๆ ทั้งในอดีตและขณะนั้นได้อย่างกว้างขวาง พระองค์จึงมีเนื้อหาที่สามารถเทียบได้ว่าการใดเป็นปัญหาที่ไม่ควรให้เกิดมี การใดเป็นการดีต้องควรทำ หรืออาจสามารถประยุกต์กิจการใดๆ ในอดีตที่เห็นว่าดี แต่กระบวนการอาจยังไม่สามารถสร้างผลลัพธ์ได้เยี่ยมที่สุด ให้สามารถแสดงถึงศักยภาพของกิจการนั้นได้หนึ่งในนั้นเองการอันพระองค์ทรงเห็นเป็นการพิเศษ คือ “การสืบราชบัลลังก์” ที่พระองค์ทรงเห็นปัญหาและพระราชนิพนธ์ขึ้น ทำให้ทราบได้ว่าพระองค์มีความรู้ในด้านนั้นและทรงเล็งเห็นปัญหาการสืบราชบัลลังก์ได้อย่างถ่องแท้

รัฐศาสตร์ เป็นวิชาที่ทำให้สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช ทรงสามารถประยุกต์เอาสองวิชาก่อนหน้านี้ คือ อักษรศาสตร์ และประวัติศาสตร์ มาใช้ในการบริหารราชการแผ่นดินได้ในอนาคต ทำให้พระองค์มีแนวพระราชดำริในการพัฒนาประเทศอย่างตะวันตก โดยพระประสงค์ในการศึกษาทำให้พระองค์ทรงเห็นตัวอย่างที่ดีในการปกครอง ตัวอย่างที่ไม่ดีในการปกครอง เป็นต้น จนทำให้พระองค์ทรงพัฒนาเปลี่ยนแปลงประเทศในอนาคตนั้น

นิติศาสตร์ เป็นวิชาที่ทำให้สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ สยามมกุฎราชกุมาร ทรงสามารถนำแนวพระราชดำริในการพัฒนาปรับปรุงประเทศมาใช้ได้อย่างเป็นระบบและมีแบบแผน ทำให้พระองค์มีแนวคิดอย่างนักกฎหมายอันจะทำให้การตรากฎหมายต่างๆ เป็นไปได้ง่าย ทั้งเป็นการลดขั้นตอนความยุ่งยากในการตรากฎหมายอีกด้วย เห็นได้ชัดจากจำนวนกฎหมายต่างๆ ที่มีการตราจำนวนมากในรัชกาลพระองค์ และหนึ่งในกฎหมายนี้ คือ การตรากฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467

ผลงานในพระองค์เมื่อทรงศึกษาอยู่ ณ ประเทศอังกฤษ

สงครามสืบราชสมบัติโปแลนด์ (The War of the Polish Succession)⁵⁶ เป็นพระราชนิพนธ์ที่คณาจารย์มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ดกราบบังคมทูลให้ทรงพระราชนิพนธ์ไว้เป็นเกียรติ เนื่องจากพระองค์ทรงเรียนในหลักสูตรที่ไม่ต้องมีการสอบไล่ พระราชนิพนธ์ฉบับนี้กล่าวถึงปัญหาการสืบราชสมบัติของพระเจ้าแผ่นดินโปแลนด์เป็นสำคัญ เช่น ความในตอนหนึ่งซึ่งแสดงต้นเหตุแห่งการให้พระราชธิดาสามารถมีสิทธิในราชสันตติวงศ์ว่า

“...ตามกฎหมาย...ห้ามมิให้หญิงขึ้นทรงราชย์...พระเจ้าชาร์ล (แห่งออสเตรีย)..มีพระราชประสงค์จะให้พระธิดาได้ทรงราชย์สืบพระองค์ จึงได้ทรงตั้งพระราชบัญญัติสืบราชสันตติวงศ์ใหม่ ซึ่งได้ชื่อว่า “แบร์คแมติค แสงค์ชัน” เพื่อให้พระราชธิดามาเรีย ทเรส (Maria Theresa) ได้ครองราชย์สมบัติออสเตรียแทนพระองค์สืบไป...”

ราชาภิเษกพระเจ้ากรุงสเปน (The Spanish Coronation)⁵⁷ เป็นพระราชบันทึกที่กรายวันเกี่ยวกับการเดินทางและการร่วมงานพระราชพิธีราชาภิเษก ของสมเด็จพระรามาธิบดีอัลฟองโซที่ 13 แห่งประเทศสเปน ณ เมืองมาดริด ประเทศสเปน มีทั้งหมด 8 ฉบับ ทรงพระราชนิพนธ์ฉบับแรกเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2445 และฉบับสุดท้ายเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม ปีเดียวกัน ความสำคัญของพระราชนิพนธ์นี้ต่อการบัญญัติกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์นั้น น่าจะปรากฏจากความทรงจำของพระราชหฤทัยกับปัญหาที่อาจจะเกิดจากการบริหารราชการแผ่นดินของสมเด็จพระรามาธิบดีอัลฟองโซที่ 13 เนื่องด้วยทรงเสวยราชย์บัลลังก์เมื่อมีพระชนมายุเพียง 16 พรรษาเท่านั้น ดังความตอนหนึ่งในฉบับที่ 8 ว่า

“...มิตรภาพซึ่งอัลฟองโซที่ 13 ให้แก่ฉัน (พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว) นั้น เป็นสิ่งที่ซาบซึ้งใจที่สุดในการมาครั้งนี้ สงสารพระราชอาคันตุกะ การกิจของพระองค์จะไม่่ง่ายนัก สเปนเป็นประเทศที่ปกครองยาก เมื่อภารกิจยังยากสำหรับผู้ใหญ่ สำหรับพระองค์ผู้มีพระชนมายุเพียง 16 พรรษาจะเป็นอย่างไร? ปราชดาเตส มาเตโอ ซากัสตา อรรถมหาเสนาบดีปัจจุบันเป็นผู้ที่สามารถยั้งคนหนึ่งของสเปนในยุคปัจจุบันนี้ แต่ก็แก่ลงทุกวัน ถ้าสิ้นผู้นี้แล้วจะเป็นอย่างไร? ไม่มีใครกล้าคาดเดา คิดๆ ดูก็ยังไม่แลเห็นความสว่าง ได้แต่รอ และมีความหวังเท่านั้น...”

⁵⁶ มงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระ, สงครามสืบราชสมบัติโปแลนด์. กรุงเทพมหานคร. พ.ศ. 2509

⁵⁷ Vajiravudh, His Majesty King, The Spanish Coronation, Bangkok : Ministry of Culture. 2007.

พระปรีชาญาณของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าในการ “มองขาด” เรื่องการครองราชย์แต่ครั้งยังเยาว์ของพระเจ้าแผ่นดินนั้น หากขาดบุคคลที่มีความสามารถช่วยบริหารราชการแผ่นดินของยุวกษัตริย์แล้ว คงเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประเทศ และราชบัลลังก์ แต่อย่างไรก็ดี หากให้บุคคลนั้นได้ใช้อำนาจอย่างเด็ดขาดแล้ว ก็อาจเป็นภัยได้ประหนึ่งหนีเสือปะจระเข้ แนวคิดของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวตามที่ได้กล่าวไว้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 หมวดที่ 6 ว่าด้วยเวลาที่สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวยังทรงพระเยาว์ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

อนึ่ง พระราชนิพนธ์เรื่องนี้ สมเด็จพระเจ้าพี่นางเธอ เจ้าฟ้ากัลยาณิวัฒนา กรมหลวงนราธิวาสราชนครินทร์ ทรงพระนิพนธ์แปลเป็นภาษาฝรั่งเศส และหม่อมหลวงปิ่น มาลากุล แปลเป็นภาษาไทย ตามลำดับ

พระราชภารกิจในฐานะสยามมกุฎราชกุมาร

หลังจากที่สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิรุณหิศทิวงคต พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โปรดเกล้าฯ ให้สมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ กรมขุนเทพทวารวดี ขึ้นเป็นสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ ในขณะที่พระองค์ยังทรงศึกษา ณ ทวีปยุโรป ทำให้พระองค์ต้องเสด็จแทนพระองค์พระเจ้ายู่หัวร่วมงานพระราชพิธี ดังนี้

1. งานฉลองพระชนมายุ 60 พรรษาของสมเด็จพระราชินีนาถวิกตอเรียแห่งอังกฤษ พ.ศ. 2441
2. พระราชพิธีฝังพระศพสมเด็จพระนางหลุยซา ของพระเจ้าคริสเตียนที่ 9 แห่งเดนมาร์ก พ.ศ. 2445
3. พระราชพิธีราชาภิเษกพระเจ้าอัลฟองโซ่ที่ 13 แห่งสเปน
4. พระราชพิธีราชาภิเษกพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 7 แห่งอังกฤษ

ทั้งเมื่อเสด็จนิวัติกลับสยาม ได้เสด็จพระราชดำเนินผ่านสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น ทำให้ทรงได้พบกับประมุขทั้งสองประเทศนี้อีกด้วย

การที่ทรงมีโอกาสพบปะกับชนชั้นสูงของหลากหลายประเทศ โดยเฉพาะในโลกตะวันตก ย่อมทำให้ทรงเข้าพระราชหฤทัยและเอาพระราชหฤทัยไปถึงแนวนโยบายตลอดจนกฎเกณฑ์ วิธีการ ตลอดจนปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ตำแหน่งประมุขของรัฐนั้นๆ ได้เป็นอย่างดี และน่าจะเป็นบทสะท้อนในพระราชหฤทัยถึงการขาดกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ในประเทศไทย ซึ่งหลักฐานทางประวัติศาสตร์ก็ชี้ชัดแล้วว่าเป็นปัญหาสำคัญของความมั่นคงภายใน

อิทธิพลของกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษ

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงศึกษาที่มหาวิทยาลัยอ็อกซ์ฟอร์ด (Oxford University) ณ ประเทศอังกฤษ เมื่อ พ.ศ. 2442-2444 โดยทรงเลือกที่จะศึกษาในสาขาวิชานิติศาสตร์ อักษรศาสตร์ และประวัติศาสตร์ ซึ่งเป็นเหตุผลเบื้องหลังสำคัญที่สะท้อนให้เห็นถึงที่มาแห่งพระอัจฉริยภาพในด้านกฎหมายที่ทรงมีอันแสดงให้เห็นเป็นที่ประจักษ์ในกรณีของการที่พระองค์ทรงเลือกที่จะแก้ปัญหาความยุ่งยากของการสืบราชสันตติวงศ์ที่มีปัญหาความขัดแย้งมาเป็นระยะเวลายาวนาน ด้วยการยกร่างกฎหมายเถียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีชัดเจนและเป็นระบบ

การยกร่างกฎหมายเทียบล่าวด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ที่มีความเป็นแบบแผน สามารถที่จะอธิบายถึงลำดับพระราชอิสริยยศ และพระอิสริยยศ ของเจ้านายเชื้อพระบรมราชวงศ์ได้อย่างชัดเจนและเป็นระบบ รวมถึงมีนิติลีลาในการบัญญัติอย่างเป็นขั้นเป็นตอนอย่างมากรั้น ไม่เคยปรากฏมาก่อนในรัชสมัยของกษัตริย์พระองค์ใดในสยาม อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสนใจว่า การที่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ไปทรงเข้ารับการศึกษา ณ ประเทศอังกฤษ ท่ามกลางกลิ่นอายแห่งความรุ่งเรืองแห่งสถาบันกษัตริย์ซึ่งมีประวัติศาสตร์การจัดระเบียบราชวงศ์ไว้อย่างชัดเจนมั่นคงมาตั้งแต่ยุคโบราณของประเทศในยุโรปทวีป อาจเป็นหนึ่งในเหตุที่ก่อให้เกิดแรงบันดาลใจในการจัดการยกร่างกฎหมายเทียบล่าวด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ก็เป็นได้ ดังที่ปรากฏในพระบรมราโชบายผ่านพระราชหัตถ์ในพระนามแฝงว่า “รวม วชิราวุธ” ซึ่งได้มีการตีพิมพ์ในหนังสือชื่อ “ประวัติศาสตร์รัชกาลที่ 6 ” ความว่า

“...แต่เดิมมาถ้าจะตรวจดูตามพระราชพงศาวดารและโบราณประวัติของไทยเรา, จะหยิบยกลิงใดมาดั่งลงแบบแผนอันแน่นอนโดยทั่วๆ การสืบสันตติวงศ์เป็นอย่างนั้น เป็นการยากอยู่, เพราะสำคัญอยู่ที่ตัวบุคคลผู้เป็นรัชทายาทมากกว่าอย่างอื่น. ถ้าแม้ผู้ที่เป็นรัชทายาทนั้นเป็นผู้มีกำลัง ก็เป็นอันได้สืบสันตติวงศ์, แต่ถ้าแม้ไม่มีกำลังก็ย่อมมีผู้อื่นแย่งชิงเอาราชสมบัติจนได้ถึงล้มลักราชวงศ์ก็มี...ในเมืองเรายังขาดนิติธรรมสำคัญอันหนึ่ง คือ กฎแห่งการสืบราชสันตติวงศ์ ในประเทศต่างๆ แห่งใดมีราชาธิปไตยก็ย่อมมีการสืบราชสันตติวงศ์ ซึ่งโดยมากตราไว้เป็นบทกฎหมายส่วน 1 ในมูลนิธิธรรมประจำแผ่นดิน มูลนิธิธรรมอย่างนี้กล่าวมานี้ทำให้การสืบสันตติวงศ์ในประเทศยุโรปมั่นคงและปราศจากความสงสัย...”

จากพระบรมราโชบายดังกล่าว แสดงให้เห็นโดยชัดว่า พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระราชดำริเห็นว่า การสืบราชสันตติวงศ์ในประเทศยุโรปนั้น มันคงได้ด้วยการตรากฎหมายกำหนดองค์ผู้มีสิทธิในการขึ้นครองราชย์ไว้เป็นสำคัญ ไม่เหมือนกับของสยามที่ไม่มีความแน่นอนเท่าที่ควร และกฎหมายเกี่ยวกับการครองราชย์ของกษัตริย์ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ทรงศึกษาอยู่ในขณะนั้น ก็เป็นต้นแบบที่ดีไม่น้อยในการนี้ จึงใคร่ขอแสดงอรรถาธิบายถึงตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษเสียก่อน แล้วจึงเทียบเคียงกับกฎหมายเทียบล่าวด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ของไทย ว่าได้มีร่องรอยของอิทธิพลจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสืบราชสันตติวงศ์ของประเทศอังกฤษแฝงอยู่ด้วยหรือไม่ เพียงใด

แนวคิดและธรรมเนียมราชตระกูลพระราชวงศ์อังกฤษ

สถาบันพระมหากษัตริย์ของอังกฤษนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากกรอบแนวคิดในเรื่องของเทวสิทธิ์⁵⁸ เป็นสำคัญ ซึ่งเป็นความเชื่อในลักษณะที่ว่า องค์พระมหากษัตริย์นั้น เป็นผู้ได้รับบัญชาจากพระเป็นเจ้าให้ปกครองหมู่มนุษย์ทั้งหลาย เป็นผู้ที่พระเจ้าตั้งขึ้นมา มีหน้าที่รับผิดชอบการกระทำใดๆ ต่อพระผู้เป็นเจ้าโดยตรง ประกอบกับในรัชสมัยของพระเจ้าเฮนรีที่ 8 ที่ได้ทรงแยกอังกฤษออกจากอิทธิพลของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิกที่ได้รวมศูนย์อำนาจทั้งทางการเมืองและการศาสนาไว้ที่องค์สมเด็จพระสันตะปาปาที่กรุงโรม โดยการสถาปนาภิกษุแห่งกลีกัน

⁵⁸ โปรดดู ธาตุ จุฬินทร.กระบวนการสืบราชสมบัติของต่างประเทศ. ใน รายงานการศึกษา เรื่องการกำหนดกฎหมายเทียบล่าวในรัฐธรรมนูญไทย. สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 83. พฤศจิกายน 2557.

(Anglicanism) ซึ่งเป็นหนึ่งในสาขาของศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ขึ้นในอังกฤษ อันเป็นเหตุให้สถาบันกษัตริย์ในอังกฤษนั้นมีรูปแบบเป็นการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ตัวกษัตริย์โดยปราศจากการครอบงำของคริสตจักร

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีเทวสิทธิ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์อังกฤษนี้ ก็ได้ถูกใช้ได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ล้นพ้นเสียทีเดียว เนื่องจากที่มาในทางประวัติศาสตร์ได้ชี้ให้เห็นอยู่เสมอว่า สถาบันพระมหากษัตริย์ของอังกฤษนั้น มักจะถูกถ่วงดุลโดยสภาขุนนางมาโดยตลอด ซึ่งก่อให้เกิดเป็นความขัดแย้งในราชสำนักอยู่บ่อยครั้ง จนกระทั่งในครั้งที่รุนแรงที่สุด คือ ใน ค.ศ. 1215 ซึ่งเป็นรัชสมัยของสมเด็จพระเจ้าจอห์น ได้เกิดความขัดแย้งขึ้นระหว่าง กษัตริย์กับขุนนางด้วยเหตุผลของวิกฤตการณ์ทางการเมือง ความขัดแย้งดังกล่าวได้มีการนำไปสู่การจัดทำข้อตกลง ที่เรียกว่า “มหาบัตร” (Magna Carta) ขึ้น เพื่อจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ และเป็นการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชน อีกทั้งยังเป็นการเพิ่มบทบาทให้แก่บรรดาขุนนางในการบริหารราชการ แผ่นดินอีกด้วย ซึ่งมหาบัตรดังกล่าวนี้ ทำหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นสัญญาระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับขุนนาง และประชาชน ที่องค์พระมหากษัตริย์มีขัตติยพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามความในข้อตกลง อันแสดงให้เห็น อย่างเด่นชัดในพิธีกล่าวคำปฏิญาณในวันราชาภิเษก ที่พระมหากษัตริย์จะต้องกระทำปฏิญาณต่ออารักขาของ แห่แคนเทอร์เบอรี ว่าจะทรงรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมแก่หมู่ชนทั้งหลาย และจะทรงรักษาสัญญาว่าจะชำระไว้ ซึ่งพระราชกำหนดกฎหมายทั้งปวง อันบุรพกษัตริย์ได้กำหนดไว้แก่ปวงชนชาวอังกฤษ โดยเฉพาะกฎหมายประเพณี และสิทธิต่างๆ แก่สังฆมณฑลและราษฎร⁵⁹

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจเทวสิทธิ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์อังกฤษในฐานะที่เป็นผู้รับบัญชา มาจากพระผู้เป็นเจ้านี้ ย่อมถูกจำกัดด้วยหลายปัจจัย อาทิ สภาวะทางการเมือง อำนาจของสภาขุนนาง หรือแม้แต่ พันธกรณีตามมหาบัตรหรือข้อตกลงอื่นใดที่กษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยไว้ จึงทำให้ไม่ได้ทรงมีพระราชอำนาจ ที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดเหมือนดังประเทศที่ใช้ลัทธิเทวราชาในการปกครองประเทศ

ก่อนที่จะพิจารณาในเรื่องของการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษได้นั้น จำเป็นที่จะต้องทราบถึงเรื่องของ ธรรมเนียมราชตระกูลและลำดับพระยศของพระราชวงศ์อังกฤษเสียก่อน อนึ่ง เพื่อมิให้เป็นการสับสนระหว่าง ราชประเพณีสยามกับราชประเพณีของอังกฤษ จึงจำต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่า พระมหากษัตริย์ของอังกฤษนั้น มิจำต้องถูกจำกัดว่าจะต้องเป็นบุรุษเพศแต่เพียงอย่างเดียว เหมือนดังราชประเพณีของสยาม

ในประเทศอังกฤษ สตรีเพศก็สามารถที่จะดำรงพระราชอิสริยยศเป็นสมเด็จพระราชินีนาถ ปกครอง ประเทศในฐานะพระประมุขได้เช่นเดียวกัน จึงส่งผลให้ผู้ที่ดำรงตำแหน่งเป็นคู่บุญบารมีของกษัตริย์ (Consort) สามารถที่จะเป็นได้ทั้งเพศชายหรือเพศหญิงก็ได้ สุดแต่แต่เพศสภาพขององค์พระมหากษัตริย์เป็นสำคัญ มิจำต้อง เป็นแต่พระบรมราชเทวีเท่านั้น และในการมีคู่ครองของพระมหากษัตริย์อังกฤษ จะเป็นไปตามหลักของศาสนาคริสต์ กล่าวคือ ไม่สามารถที่จะทรงมีชายาหรือสวามีได้มากกว่าหนึ่งคน ซึ่งเป็นไปตามหลักการมีคู่สมรสคนเดียว (Monogamy) อันจะส่งผลให้พระราชบุตรของพระมหากษัตริย์ที่ประสูติขึ้นแต่คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายนั้น มีลำดับพระยศที่เสมอกัน ซึ่งจะแตกต่างไปจากราชประเพณีสยามที่องค์พระมหากษัตริย์สามารถที่จะทรงมี พระมเหสีเทวีที่พระองค์ก็ยอมได้ และพระอิสริยยศแห่งพระราชบุตรนั้นไม่เสมอกัน จะสูงหรือต่ำย่อมแปรผันไปตาม

⁵⁹ คีกรูธี่ ปราโมช, หม่อมราชวงศ์. **ฝรั่งเศสศึกษา**, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่น, 2548)

มารดาผู้ให้กำเนิด โดยในส่วนของลำดับพระอิสริยยศของเจ้านายอังกฤษนั้น อาจแบ่งลำดับออกโดยการเรียงตามลำดับพระอิสริยยศได้ดังนี้⁶⁰

พระมหากษัตริย์ (The Sovereign) ของอังกฤษนั้น มีสถานะเป็นพระประมุขของรัฐ (Head of state) เป็นผู้อยู่ในตำแหน่งที่สูงที่สุดทั้งในทางโลกและทางศาสนา ทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก และทรงเป็นเจ้าของที่ดินทั้งปวงในพระราชอาณาจักร

พระราชินี, เจ้าชายพระราชสวามี (The Sovereign's Consort) ในกรณีที่พระมหากษัตริย์นั้นเป็นชาย (The King) พระวรชายาย่อมได้รับเฉลิมพระอิสริยยศเป็น ‘พระราชินี’ (The Queen consort) โดยทันทีหลังจากที่ได้ทำการอภิเษกสมรส ในขณะที่ตำแหน่งพระสวามีของสมเด็จพระราชินีนาถ (The Queen Regnant) นั้น แม้จะได้ทำการอภิเษกสมรสแล้ว ก็หาได้มีพระอิสริยยศในฐานะสมาชิกภาพแห่งพระราชวงศ์โดยทันทีไม่ จำต้องได้รับการโปรดเกล้าสถาปนาพระอิสริยยศเป็นกรณีพิเศษเสียก่อน จึงจะสามารถดำรงพระอิสริยยศเป็นเจ้าชายพระราชสวามีได้ (The Prince Consort)

พระราชินีในกษัตริย์รัชกาลก่อนที่เสด็จสวรรคตไปแล้ว (The Sovereign's Widow) ในกรณีเช่นนี้ จะได้มีการออกพระนามใหม่แก่พระราชินีในกษัตริย์รัชกาลก่อนที่เสด็จสวรรคตไปแล้วว่า สมเด็จพระราชินีหม้าย (The Queen Dowager) เพื่อมิให้เป็นการสับสนกับสมเด็จพระราชินีของกษัตริย์ในรัชกาลปัจจุบัน ทั้งนี้ หากสมเด็จพระราชินีหม้าย เป็นพระราชมารดาในองค์กษัตริย์รัชกาลใหม่ด้วย ก็ย่อมจะได้รับการออกพระนามล้าลงว่า สมเด็จพระราชชนนี (The King's Mother, The Queen's Mother) ด้วย

พระราชโอรส, พระราชธิดา (The Children of the Sovereign) พระราชโอรสหรือพระราชธิดา ในองค์พระมหากษัตริย์นั้น จะได้รับพระราชอิสริยยศเป็น **สมเด็จพระเจ้าฟ้าชาย หรือสมเด็จพระเจ้าฟ้าหญิง** (His / Her Royal Highness The Prince/Princess) โดยทันทีตั้งแต่เมื่อแรกพระประสูติกาล ทั้งนี้ ชายาของสมเด็จพระเจ้าฟ้าชาย เมื่อได้เข้าพิธีเสกสมรสแล้ว ก็จะได้รับพระราชทานพระราชนุญาตให้เป็นหนึ่งในสมาชิกภาพแห่งพระราชวงศ์ และสามารถใช้นำหน้าว่า Her Royal Highness ได้ แต่ทั้งนี้จะไม่คำนานำหน้าเป็นสมเด็จพระเจ้าฟ้าหญิงแต่อย่างใด

สำหรับพระราชโอรสพระองค์ใหญ่ในองค์พระมหากษัตริย์นั้น นอกจากที่จะทรงได้รับพระราชอิสริยยศเป็นสมเด็จพระเจ้าฟ้าชายแล้ว ยังจะทรงได้รับการเฉลิมพระนามเป็น “**ดยุค แห่งคอร์นวอลล์**” (Duke of Cornwall) โดยอัตโนมัติอีกด้วย และเมื่อทรงเจริญพระพระชนมายุถึงช่วงพระชนมายุอันควร ก็จะได้ทรงได้รับการสถาปนาแต่งตั้งเป็น “**เจ้าชายแห่งเวลส์**”⁶¹ (Prince of Wales) ซึ่งเป็นตำแหน่งพระรัชทายาทผู้มีสิทธิในการสืบสันตติวงศ์แห่งพระราชบัลลังก์อังกฤษ อันจะส่งผลต่อหญิงผู้เป็นพระชายาในพระองค์ที่จะได้รับการสถาปนาแต่งตั้งเป็น “**เจ้าหญิงแห่งเวลส์**” (Princess of Wales) ตามพระอิสริยยศของพระสวามีอีกด้วย

สำหรับพระราชโอรสพระองค์รองนั้น ตามธรรมเนียมราชตระกูล จะได้รับการเฉลิมพระนามเป็น “**ดยุค แห่งยอร์ก**” (Duke of York) และพระชายาจะได้รับการเฉลิมพระนามเป็น “**ดัชเชส แห่งยอร์ก**” (Duchess of York)

⁶⁰ _____. Honours and Titles: Aspects of Britain. (London : HMSO. 1992), page 9

⁶¹ _____. The Prince of Wales — Investiture. Princeofwales.gov.uk. Retrieved 12 October 2008.

ตามพระสวามี ขณะที่พระราชโอรสพระองค์อื่นๆ นั้น ตามธรรมเนียมราชตระกูลจะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดยุก รวมถึงพระชายาที่จะได้ดำรงตำแหน่งเป็นดัชเชสตามพระสวามี

พระราชธิดานั้น หากเป็นพระราชธิดาพระองค์ใหญ่ ตามธรรมเนียมราชตระกูลจะได้รับพระราชทานคำนำหน้าพระยศเป็น ‘The Princess Royal’ (อันน่าจะเทียบเคียงได้กับตำแหน่ง “สมเด็จพระ” ที่พระมหากษัตริย์ไทยได้พระราชทานให้แก่เจ้านายฝ่ายใน) ซึ่งตำแหน่ง ‘The Princess Royal’ นี้ เมื่อพระมหากษัตริย์ได้พระราชทานให้แก่เจ้านายพระองค์ใดแล้ว เจ้านายพระองค์นั้นก็จะมีสิทธิทรงพระยศนั้นได้ตลอดพระชนม์ชีพ และจะสามารถทรงพระยศได้แค่เพียงพระองค์เดียวเท่านั้นในราชสำนัก

พระราชนัดดา (The Grandchildren of the Sovereign) ในองค์พระมหากษัตริย์นั้น จะมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างในการพิจารณาลำดับพระยศ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. พระราชนัดดาอันประสูติแต่พระราชโอรสของพระมหากษัตริย์ (The Children of Sons of The Sovereign) จะไม่ได้รับการเฉลิมพระนามโดยมีคำว่า “The” ขึ้นนำหน้าพระอิสริยยศ Prince หรือ Princess เฉกเช่นพระราชโอรสหรือพระราชธิดาของพระมหากษัตริย์ แต่ทั้งนี้ พระราชนัดดาที่ประสูติแต่พระราชโอรสนั้น จะได้เป็นสมาชิกภาพแห่งพระราชวงศ์โดยอัตโนมัติ โดยจะได้รับการเรียกขานว่า His / Her Royal Highness
2. พระราชนัดดาอันประสูติแต่พระราชธิดาของพระมหากษัตริย์ (The Children of daughters of The Sovereign) จะไม่ได้รับพระอิสริยยศใดๆ สืบจากพระมารดา ทั้งจะไม่ได้ฐานะสมาชิกภาพแห่งพระราชวงศ์อีกด้วย

พระราชปนัดดา (The Great Grandchildren of the Sovereign) ในพระมหากษัตริย์นั้น จะไม่ได้รับพระอิสริยยศใดๆ รวมถึงจะไม่ได้สมาชิกภาพแห่งพระราชวงศ์อีกด้วย แต่ทั้งนี้ ย่อมไม่ตัดสิทธิพระราชปนัดดาที่จะได้รับการสืบทอดตำแหน่งขุนนาง (Right to inherit peerage) ต่อจากพระบิดา เว้นเสียแต่พระราชปนัดดาซึ่งเป็นพระโอรสพระองค์โตอันประสูติแต่พระราชโอรสพระองค์โตของเจ้าชายแห่งเวลส์ (the Eldest Son of the Eldest Son of the Prince of Wales) ที่ก็ยังทรงได้รับพระอิสริยยศและเป็นสมาชิกภาพแห่งพระราชวงศ์ โดยจะได้รับการเรียกขานว่า His Royal Highness

อิสริยยศแห่งขุนนางและลำดับศักดิ์ (The Peerage : Categories and Degrees)

ตำแหน่งอิสริยยศแห่งขุนนางนี้ เป็นอิสริยยศศักดิ์ที่เจ้านายเชื้อพระบรมราชวงศ์สามารถที่ทรงดำรงควบคู่ไปกับพระอิสริยยศแห่งราชวงศ์ได้ (คล้ายกันกับระบบเจ้าทรงกรมของสยาม) ทั้งนี้ สุดแท้แต่จารีตและธรรมเนียมราชตระกูลเก่า ประกอบกับพระบรมราชวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์เป็นสำคัญ ในการที่จะพระราชทานอิสริยยศแห่งขุนนางนี้ให้แก่ผู้ใด

การสืบอิสริยยศแห่งขุนนางนี้ จะแบ่งเป็นสองประเภท คือ ประเภทที่สืบทอดได้ (Hereditary Peerages) กับประเภทที่สืบทอดไม่ได้ (Life Peerages) สำหรับอิสริยยศที่สามารถสืบทอดได้นั้น จะสามารถสืบทอดได้ผ่านทายาทที่เป็นชายโดยจะมีการลดลำดับศักดิ์ลงไปทีละหนึ่งชั้นในแต่ละรุ่นของทายาทที่เป็นชายนั้น ทั้งนี้ บุตรชายคนโตของผู้มีอิสริยยศแห่งขุนนางจะได้รับอิสริยยศเดียวกันกับบิดาผ่านการตกทอดเมื่อบิดาถึงแก่อนิจกรรม⁶²

⁶² _____. “Burke’s Guide to British Titles: Courtesy Titles”. *Burke’s Peerage and Gentry*. 2005. Archived from the original on 11 July 2006. Retrieved 13 November 2006.

ลำดับของอิสริยยศขุนนาง อาจแบ่งออกได้เป็น 5 ลำดับชั้นด้วยกัน โดยเรียงตามลำดับจากชั้นที่มีเกียรติยศที่สูงสุดไปน้อยที่สุด ทั้งนี้ ความแตกต่างของลำดับชั้นอิสริยยศเหล่านี้ จะสามารถสะท้อนให้เห็นได้ผ่านรูปแบบที่จะได้สวมใส่กันในงานพระราชพิธีสำคัญต่างๆ เช่น พระราชพิธีเปิดรัฐสภา หรืองานราชาภิเษก⁶³ เป็นต้น

ดยุก (Dukes) เป็นตำแหน่งของขุนนางที่ยิ่งใหญ่และมีเกียรติมากที่สุด โดยส่วนมากตำแหน่งดยุกจะได้มีการสวมนวไให้เฉพาะแต่พระบรมวงศานุวงศ์ชั้นพระราชโอรส (The Royal Duke) หรือบรรดาพันธมิตรที่ความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันผ่านการสมรสของกษัตริย์ (The Non-Royal Duke) และพระชายาหรือภริยาของดยุกจะได้รับพระราชทานทินนามว่า ดัชเชส (Duchess)

มาร์ควิส (Marquesses) เป็นตำแหน่งของขุนนางที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างขุนนางผู้นั้นเหนือที่ดินในยุคศักดินาสวามิภักดิ์ รวมถึงแสดงให้เห็นว่าบุคคลนั้นเป็นขุนนางผู้มีหน้าที่ในการปกป้องรักษาและคุ้มครองบรรดาผู้อยู่อาศัยเหนือที่ดินที่ตนมีกรรมสิทธิ์นั้นอีกด้วย และภริยาของมาร์ควิสจะได้รับพระราชทานทินนามว่า มาร์ควิเอนส

เอิร์ล (Earls) เป็นตำแหน่งขุนนางเก่าแก่ที่มีมาตั้งแต่ในสมัยก่อนที่หมู่เกาะอังกฤษจะถูกพิชิตโดยชาวนอร์แมน โดยตำแหน่งเอิร์ลนั้น มักจะใช้กับผู้ที่ปกครองเขตแดนขนาดใหญ่ของอังกฤษ เช่น นอร์ธัมเบอร์แลนด์ (Northumberland) เมอร์เซีย (Mersia) หรือ เวสเซ็กซ์ (Wessex) ในยุคหลัง ตำแหน่งเอิร์ลนั้น เป็นตำแหน่งที่จะพระราชทานให้แก่ผู้ที่กระทำความดีความชอบ และผู้ที่ทรงคุณอันประเสริฐต่อสาธารณะ และภริยาของเอิร์ลจะได้รับพระราชทานทินนามว่า เคาท์เตส

วิสเคานต์ (Viscounts) เป็นตำแหน่งขุนนางที่ไม่ค่อยมีปรากฏให้เห็นมากนัก ตามราชประเพณีตำแหน่งวิสเคานต์นี้ กษัตริย์จะพระราชทานให้แก่สมาชิกแห่งรัฐสภาซึ่งทำหน้าที่เป็นโฆษกที่เกษียณอายุแล้ว และภริยาของวิสเคานต์จะได้รับพระราชทานทินนามว่า วิสเคานเตส

บารอน (Barons) เป็นตำแหน่งขุนนางที่ต่ำที่สุดในหมู่บรรดาศักดิ์ทั้งหลาย และมีอยู่มากที่สุดในหมู่บรรดาศักดิ์ขุนนาง

กฎหมายการสืบราชสันตติวงศ์อังกฤษ

ด้วยเวลาที่ประเทศอังกฤษนั้น เป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งมีได้มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) หากแต่เป็นรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี (Unwritten Constitution) อันหมายถึงขนบธรรมเนียมประเพณี และการปฏิบัติต่างๆ ที่สืบเนื่องติดต่อกันมาเป็นเวลานาน ซึ่งมีลักษณะกำหนดรูปของการปกครองไว้ จึงเป็นผลให้มีได้มีการรองรับกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ของราชวงศ์อังกฤษปรากฏอยู่เป็นลายลักษณ์อักษร เฉกเช่นที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของบรรดาประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรอื่นในยุโรปทวีปสำหรับตัวบท

⁶³ _____, Honours and Titles: Aspects of Britain. หน้า 41-46. London : HMSO. 1992.

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสืบราชสันตติวงศ์ของราชวงศ์อังกฤษนั้น หาได้มีการประมวลเอาไว้เป็นฉบับเดียวแต่ใดไม่ หากแต่จะแยกอยู่ในกฎหมายแต่ละฉบับซึ่งเป็นผลพวงจากเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ และส่วนมากจะให้หลักของจารีตประเพณีเสียเป็นส่วนใหญ่⁶⁴ อันได้แก่ Coronation Oath Act 1688 , Bill of Right 1689, Act of Settlement 1701, The Royal Marriage Act 1772, Princess Sophia's Precedence Act 1711, Union with Ireland Act 1800, Accession Declaration Act 1910 และ Succession to the Crown Act 2013 ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า กฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษนั้น มิได้เป็นกฎหมายที่ทำหน้าที่เป็นหลักแกนกลาง (Core) ซึ่งทำหน้าที่อธิบายหลักเกณฑ์ของการสืบราชสันตติวงศ์และพระอิสริยยศของเจ้านายอย่างชัดเจนเป็นเอกเทศ เพื่อใช้เป็นเสมือนหนึ่งธรรมนูญแห่งราชวงศ์ที่จะต้องยึดถือปฏิบัติตามเฉกเช่นกฎหมายในประเทศอื่นของภาคพื้นยุโรป หากแต่จะเป็นในลักษณะของการที่มีการตราขึ้นเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะไปในแต่ละรัชสมัย และการศึกษากฎหมายตลอดจนธรรมเนียมเกี่ยวกับการสืบราชสันตติวงศ์อังกฤษนั้นจึงเป็นลักษณะของการถอดเอาหลักที่แฝงอยู่ในกฎหมายแต่ละฉบับออกมาใช้ในรูปแบบของจารีตประเพณี

ตัวอย่างเช่น ใน Act of Settlement 1701 ก็เป็นที่มาของหลักการที่ว่า พระมหากษัตริย์อังกฤษจะต้องเป็นผู้ถือินายโปรเตสแตนต์ มิใช่คาทอลิก อันเป็นหลักหัวใจที่สำคัญอย่างยิ่งยวดของการดำรงตำแหน่งพระมหากษัตริย์ของอังกฤษ และหลักการของกรณีที่พระมหากษัตริย์มิได้เป็นชาวอังกฤษโดยแท้ ประเทศอังกฤษก็ไม่จำเป็นต้องทำสงครามเพื่อป้องกันอาณาจักรหรือดินแดนใดๆ ที่มีใช้ของประเทศอังกฤษ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากรัฐสภา

ลำดับต่อไปจะทำการพิจารณาแยกไปในกฎหมายเฉพาะในฉบับที่มีความสำคัญ และสามารถสะท้อนหลักในการสืบราชสันตติวงศ์ได้เป็นอย่างดี เพื่อให้ทราบถึงที่มาทางประวัติศาสตร์ และหลักจารีตที่ส่งผลถึงราชประเพณีในราชสำนักอังกฤษได้ดังนี้

Act of Settlement 1701 ในรัชสมัยของสมเด็จพระเจ้าวิลเลียมที่ 3 กษัตริย์แห่งอังกฤษและสก็อตแลนด์ ที่ทรงพระประชวรหนัก ด้วยเหตุที่ไม่ทรงมีพระเจ้าลูกยาเธอ หรือพระเจ้าลูกเธอ เลยแม้แต่พระองค์เดียว และในขณะเดียวกัน สมเด็จพระราชินีนาถแอนน์ ราชีนีแห่งสก็อตแลนด์ ในฐานะของพระชนินุทธาของสมเด็จพระราชินี แมรี สมเด็จพระราชินีนาถแห่งอังกฤษและสก็อตแลนด์ ก็หาได้มีพระราชทายาทแม้แต่พระองค์เดียวไม่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เจมส์ ฟรานซิส เอ็ดเวิร์ด สจ๊วต (James Francis Edward Stuart) พระราชโอรสในสมเด็จพระเจ้าเจมส์ที่ 2 และพระราชวงศ์พระองค์อื่นซึ่งนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก เป็นผู้มืสิทธิในราชบัลลังก์ จึงโปรดเกล้าฯ ให้ได้มีการตรา Act of Settlement ขึ้นในปี ค.ศ. 1701 เพื่อกำหนดให้เจ้าหญิงโซเฟีย แห่งแอนโนเวอร์ ผู้เป็นพระราชนัดดาในสมเด็จพระเจ้าเจมส์ที่ 1 แลพระราชทายาททั้งหลายที่จะได้มีการประสูติแต่เจ้าหญิงโซเฟีย เป็นผู้มืสิทธิในราชบัลลังก์อังกฤษ ทั้งนี้ ผู้เป็นพระราชทายาทนั้นจะต้องเป็นศาสนิกชนนิกายโปรเตสแตนต์ (..Princess Sophia, and the heirs of her body, being protestants.. — Act of settlement 1701) หาใช่คาทอลิก

⁶⁴ _____. Rules of Royal Succession. House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. Authority of The house of Commons 7 December 2011.Ev.12.

อนึ่ง ด้วยเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งมีความขัดแย้งกันเป็นระยะเวลายาวนาน ระหว่างศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิก กับนิกายแองโกลแซงซอน (Church of England) ซึ่งเป็นโปรเตสแตนต์ และไม่ขึ้นตรงต่อสมเด็จพระสันตะปาปาที่กรุงโรม ในช่วงรัชสมัยของสมเด็จพระเจ้าเฮนรี ที่ 8 แห่งราชวงศ์ทิวดอร์ เป็นต้นมา จึงทำให้กฎหมายเกี่ยวกับการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษ ให้ความสำคัญกับ**หลักศาสนา**ควบคู่ไปกับ**หลักสายโลหิต** กล่าวคือ แม้ว่าเจ้านายพระองค์นั้นจะเป็นผู้สืบสายพระโลหิตมาแต่องค์พระมหากษัตริย์ และแม้จะเป็นพระราชโอรสพระองค์โต ตามหลักการสืบราชสันตติวงศ์แบบ “สายโลหิต” ก็ตาม แต่หากเจ้านายพระองค์นั้นมิได้เป็นผู้นับถือศาสนาคริสต์นิกายที่ได้รับการกำหนดไว้ในกฎหมาย ก็ย่อมไม่สามารถที่จะสืบราชสันตติวงศ์ได้

The Royal Marriage Act 1772 ในรัชสมัยของสมเด็จพระเจ้าจอร์จที่ 3 ที่โปรดเกล้าฯ ให้ตรากฎหมายว่าด้วยการอภิเษกสมรสของพระราชวงศ์ที่บัญญัติให้การเสกสมรสของเจ้านายเชื้อพระราชวงศ์ จะต้องได้รับพระราชานุญาตจากกษัตริย์เสียก่อน หากผู้มีสิทธิในพระราชบัลลังก์พระองค์ใดได้ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว และได้ทำการเสกสมรสโดยปราศจากพระราชานุญาตไซ้ การสมรสย่อมตกเป็นโมฆะ และแม้ว่าองค์ผู้มีสิทธิในพระราชบัลลังก์จะมีได้สูญเสียสิทธิในราชบัลลังก์เพราะเหตุแห่งการสมรสที่เป็นโมฆะก็ตาม แต่พระราชบุตรที่จะประสูติมาในเบื้องหน้าจากการสมรสที่เป็นโมฆะ จะสูญเสียสิทธิในการสืบราชสันตติวงศ์ด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากไม่ทรงพอพระราชหฤทัยที่พระองค์นา คือ เจ้าฟ้าชายเฮนรี ดยุกแห่งคัมเบอร์แลนด์ เสกสมรสกับหญิงหม้ายสามัญชน⁶⁵

ลำดับการสืบราชสันตติวงศ์อังกฤษ

กฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยลำดับการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษและผู้ที่มิสิทธิในราชบัลลังก์นั้น เป็นกฎเกณฑ์ที่ได้มาจากการตกลึกทางความคิดของหลักกฎหมายจารีตประเพณีแห่งระบอบศักดินาสวามิภักดิ์ กับกฎหมายโบราณที่บัญญัติโดยรัฐสภาเก่า และจารีตประเพณีแห่งรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ลำดับการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้โดยเฉพาะ⁶⁶

อย่างไรก็ดี ผู้ซึ่งมีอำนาจสูงสุดในการกำหนดรวมถึงชี้ขาดหลักเกณฑ์ในการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษ ก็คือรัฐสภา (Parliament)⁶⁷ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษตั้งแต่ ค.ศ. 1689 เป็นต้นมา ว่าจารีตประเพณีแห่งการขึ้นครองราชย์ของกษัตริย์อังกฤษย่อมอยู่ใต้อำนาจการตัดสินใจของรัฐสภา โดยรัฐสภาจะพิจารณาตามหลักจารีตประเพณีประกอบกับข้อจำกัดต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายโบราณแต่ละฉบับ ดังที่กล่าวไปแล้ว เช่น ใน Act of Settlement 1701 ที่กีดกันมิให้เจ้านายเชื้อพระบรมราชวงศ์ผู้เป็นคาทอลิก หรือที่เสกสมรสกับผู้เป็นคาทอลิก มีสิทธิในการขึ้นครองราชย์ เป็นต้น

หลักจารีตประเพณีของอังกฤษที่ใช้ในการเลือกผู้ที่จะขึ้นครองราชย์พระองค์ต่อไปนั้น จะใช้หลักของ **Male Primogeniture** กล่าวคือ พระราชบุตรผู้มีพระชนมายุมากที่สุดจะเป็นผู้มีสิทธิในราชบัลลังก์เป็นอันดับแรก และพระราชโอรสจะมีสิทธิในราชบัลลังก์ดีกว่าพระราชธิดา เช่นนี้ ย่อมหมายความว่า แม้ผู้ที่มีพระชนมายุสูงสุดจะเป็นพระราชธิดาก็ตาม แต่ถ้าหากกษัตริย์ทรงมีพระราชโอรสอยู่ด้วย ไม่ว่าจะมิมีพระชนมายุ

⁶⁵ Bogdanor, Vernon (1997). *The Monarchy and the Constitution*. Oxford University Press. p. 55. ISBN 0-19-829334-8.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน

น้อยกว่าเพียงใด พระราชโอรสพระองค์นั้นย่อมมีสิทธิในการสืบพระราชบัลลังก์ดีกว่าพระราชธิดา

ทั้งนี้ ในกรณีที่กษัตริย์ได้มีพระราชโองการสถาปนาพระราชโอรสพระองค์ใหญ่ให้ดำรงพระราชอิสริยยศเป็น**เจ้าชายแห่งเวลส์ (The Prince of Wales)** เอาไว้แล้ว หรือในกรณีที่ไม่มีเจ้าชายแห่งเวลส์ แต่ได้มีพระราชบุตรหรือพระราชวงศ์พระองค์อื่นที่มีสิทธิในราชบัลลังก์อยู่แล้ว แล้วภายหลังเจ้าชายแห่งเวลส์ได้เสด็จทิวงคต หรือ ผู้มีสิทธิในราชบัลลังก์พระองค์นั้นสิ้นพระชนม์เสียก่อนที่จะเสวยราชย์ตามจารีตประเพณีย่อมให้พิจารณาเอาพระราชบุตรในเจ้าชายแห่งเวลส์หรือเจ้านายผู้มีสิทธิในราชบัลลังก์ ซึ่งมีฐานะเป็นพระราชนัดดาขึ้นมาอยู่ในลำดับการสืบราชสันตติวงศ์ก่อนหน้าพระราชบุตรพระองค์อื่นของกษัตริย์

อิทธิพลแนวคิดกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ในประเทศอื่น

นอกจากแนวคิดกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ในหมู่เกาะอังกฤษซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว เนื่องจากเป็นประเทศที่เสด็จฯ ไปทรงพระอักษรแล้ว แนวคิดกฎหมายว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ในประเทศอื่นๆ ที่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้เคยเสด็จฯ เยือนหรือมีพระราชสัมพันธ์ไมตรีที่อาจส่งผลต่อพระราชดำริของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวในการยกร่างกฎหมายเทียบราลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ด้วยก็เป็นได้

การสืบราชสันตติวงศ์ของประเทศสเปน

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ตั้งแต่ยังดำรงพระอิสริยยศสมเด็จพระบรมโอรสาธิราชสยามมกุฎราชกุมาร ได้เสด็จพระราชดำเนินไปยังกรุงแมดริด เมื่อเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2445 เพื่อร่วมในงานพระราชพิธีราชาภิเษกพระเจ้าอัลฟองโซที่สิบสามแห่งสเปน ทั้งนี้ ยังได้ทรงพระราชบันทึกเรื่อง The Spanish Coronation ไว้ในรูปของพระราชหัตถเลขา รวม 8 ฉบับ ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นอันมาก ก็อาจจะมีความเป็นไปได้ที่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจะได้แรงบันดาลใจจากการศึกษาประวัติศาสตร์ราชวงศ์ของสเปน ในคราวที่เสด็จพระราชดำเนินร่วมงานราชาภิเษกในครั้งนั้น

การสืบราชสันตติวงศ์ของสเปนนั้น จะใช้หลัก **Male Primogeniture** เฉกเช่นเดียวกับอังกฤษ กล่าวคือ พระราชโอรสผู้มีพระพระชนมายุมากกว่า ย่อมมีสิทธิดีกว่าพระราชโอรสผู้มีพระชนมายุน้อยกว่า และพระราชโอรสย่อมมีสิทธิดีกว่าพระราชธิดา ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิพระราชธิดาในการสืบราชสมบัติแต่อย่างใด⁶⁸

ตำแหน่งรัชทายาทของสเปนจะถูกเฉลิมพระนามว่า **‘เจ้าชายแห่งอัสตูเรียส’ (Prince of Asturias)** เช่นเดียวกับ **‘เจ้าชายแห่งเวลส์’ (Prince of Wales)** ของอังกฤษ และ **‘สยามมกุฎราชกุมาร’** ของสยาม นอกจากนี้ หากพระราชวงศ์ผู้มีสิทธิในการสืบราชสมบัติ ได้ทำการเสกสมรสโดยขัดกับพระราชโองการของกษัตริย์ หรือความเห็นของรัฐสภา จะถูกตัดออกเสียจากลำดับในการสืบราชสันตติวงศ์ ทั้งนี้ ให้รวมถึงพระบุตรตลอดทั้งสายของท่านพระองค์นั้นด้วย

⁶⁸ ฐานุร จุลินทร. กระบวนการสืบราชสมบัติของต่างประเทศ. ใน รายงานการศึกษา เรื่องการกำหนดกฎหมายเทียบราลในรัฐธรรมนูญไทย. สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 94 . พฤศจิกายน 2557.

การสืบราชสันตติวงศ์ของประเทศไทย

ในเส้นทางที่สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ สยามมกุฎราชกุมาร (พระราชอิสริยยศในขณะนั้น) ได้เสด็จพระราชดำเนินกลับประเทศไทยใน พ.ศ. 2445 (ค.ศ. 1902) โดยได้ประทับเรือโดยสารของบริษัทเยอรมันช็อนฟีลด์บิสมาร์คั้น ระหว่างทางได้เสด็จประพาสประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และฮ่องกง ก็อาจมีความเป็นไปได้ที่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจะได้แรงบันดาลใจจากการศึกษาประวัติศาสตร์ราชวงศ์ รวมถึงราชประเพณีในราชสำนักของญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศเอเชียที่ปกครองโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นพระประมุขแห่งรัฐสืบเนื่องมาเป็นเวลายาวนาน

สำหรับการสืบราชสันตติวงศ์ของญี่ปุ่นนั้น ใช้หลักของ Salic Law กล่าวคือ เป็นหลักที่ตัดสิทธิให้เจ้านายเชื้อพระราชมวงศ์ที่เป็นหญิงมีสิทธิในพระราชบัลลังก์เลย จะมีเพียงแต่พระราชโอรสหรือพระราชวงศ์ที่เป็นชายเท่านั้นที่จะได้มีสิทธิในการสืบราชสันตติวงศ์ โดยมีลำดับการสืบราชสันตติวงศ์ที่กำหนดไว้ ในหมวดที่ 1 มาตรา 3 แห่งกฎหมายราชสำนักญี่ปุ่น (Imperial Household Law 1889) ดังนี้⁶⁹

1. สมเด็จพระราชโอรสพระองค์ใหญ่
2. พระโอรสพระองค์ใหญ่ในสมเด็จพระราชโอรสพระองค์ใหญ่
3. ผู้สืบเชื้อสายของสมเด็จพระราชโอรสพระองค์ใหญ่
4. พระราชโอรสของสมเด็จพระจักรพรรดิ ที่มีพระชนมายุมากที่สุดในลำดับที่สอง และผู้สืบเชื้อสายของพระราชโอรสพระองค์นี้
5. ผู้สืบเชื้อสายอื่นๆ ของสมเด็จพระจักรพรรดิ
6. พระอนุชาและผู้สืบเชื้อสาย
7. พระปิตุลาและผู้สืบเชื้อสาย

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า กฎหมายว่าด้วยการสืบราชสมบัติของญี่ปุ่นนั้น ได้มีการบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายไว้อย่างเป็นเอกเทศ โดยใช้ชื่อว่ากฎหมายของราชสำนัก (Imperial Household Law) ซึ่งได้มีการจัดลำดับพระราชวงศ์และผู้ที่จะได้ขึ้นครองราชบัลลังก์ไว้อย่างชัดเจน แตกต่างจากลักษณะของประเทศอังกฤษที่จะไม่มีการบัญญัติหลักเกณฑ์การสืบราชสันตติวงศ์ไว้เป็นตัวบทกฎหมายอย่างเป็นเอกเทศ หากแต่จะใช้หลักของจารีตประเพณีและหลักเกณฑ์ในพระราชกำหนด (Act) ต่างๆ ซึ่งเป็นผลพวงของเหตุการณ์ในทางประวัติศาสตร์ในการกำหนดองค์ผู้สืบราชสันตติวงศ์

บทวิเคราะห์กฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467

พระราชปรารภ นาม และการกำหนดใช้ (มาตรา 1-3)

พระราชปรารภนั้น พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงมีพระดำริสกล่าวเฉพาะถึงความมั่นคงในการสืบราชสมบัติว่า แม้จะเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ของพระเจ้าแผ่นดินในการสถาปนาว่าที่พระเจ้าแผ่นดิน

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน หน้า 109

องค์ต่อไป แต่ก็มีปรากฏเป็นจำนวนมากว่าพระเจ้าแผ่นดินนั้นสวรรคตเสียก่อนจะสถาปนาพระองค์ใดๆ เป็นรัชทายาท ดังเช่นสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ พระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลก จนถึงพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ก็หาเคยสถาปนาพระองค์ใดเป็นรัชทายาทในปลายรัชกาลของพระองค์ ความไม่เรียบร้อยเช่นนี้เองทำให้บุคคล ผู้คิดเหิมเกริมมีช่องทางในการใช้สถานการณ์สร้างความวุ่นวายให้แก่แผ่นดิน

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงมีพระราชปรารภให้ตรากฎหมายระเบียบฉบับหนึ่งชื่อว่า “กฎหมายตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์” ตามความในมาตรา 1 ขึ้นเพื่ออุดช่องว่างและสร้างความแน่นอนให้กับสถาบันกษัตริย์ของไทยต่อไป

กฎหมายตราดังกล่าวนี้ ประกาศให้ใช้ตั้งแต่วันที่ 11 พฤศจิกายน 2467 เป็นต้นไป ตามระเบียบวิธีการตรากฎหมายโดยทั่วไปตามความในมาตรา 2 ทั้งยังทรงบัญญัติหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า หากมีการขัดกันของกฎหมายให้ใช้ฉบับที่ได้ตราขึ้นล่าสุดและเป็นผลยกเลิกกฎหมายเก่า ลงเป็นลายลักษณ์อักษรตามความในมาตรา 3 เพื่อให้เกิดความแน่ชัดอีกด้วย การบัญญัติเช่นนี้เป็นไปตามนิติวิธีอย่างกฎหมายสากล ซึ่งส่วนหนึ่งน่าจะเป็นเพราะการศึกษาวินัยกฎหมายของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวแต่ครั้งทรงประทับ ณ ทวีปยุโรป

ผู้มีสิทธิสืบราชสันตติวงศ์ (มาตรา 4)

พระรัชทายาท มีความหมายว่าเป็นผู้ที่พระเจ้าแผ่นดินทรงเลือกให้เป็นผู้มีสิทธิอันดับแรกในการสืบราชสมบัติต่อไป แต่อย่างไรก็ดี ตามความข้างต้นประวัติศาสตร์ไทยยังไม่ปรากฏว่ามีผู้ที่พระเจ้าแผ่นดินทรงแต่งตั้งไว้ในสถานะนี้ มีเพียงข้อสันนิษฐานจากนักประวัติศาสตร์ว่า ในช่วงสมัยอยุธยาขึ้นไปผู้ที่ได้รับตำแหน่งมหาอุปราช ครองเมืองพิษณุโลก จะเป็นผู้มีสิทธิในราชสมบัติมากที่สุด⁷⁰ โดยตำแหน่งดังกล่าวเปลี่ยนเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลในเวลาต่อมา

คำว่าพระรัชทายาทตามถ้อยความแล้ว เป็นพระราชประสงค์ของพระเจ้าแผ่นดินโดยสมบูรณ์ คือ เป็นพระองค์ใดก็ได้ ไม่จำกัดว่าต้องเป็นพระราชโอรสองค์ใหญ่ ซึ่งในประวัติศาสตร์ไทย ธรรมเนียมว่าเจ้าฟ้าพระองค์ใหญ่เท่านั้นที่จะต้องได้เป็นพระเจ้าแผ่นดินก็ไม่มีปรากฏ⁷¹ ทั้งในช่วงรัตนโกสินทร์ตอนต้น การตั้งกรมหรือการเลื่อนพระยศไม่มีกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัด⁷² มักจะขึ้นอยู่กับพระปรีชาสามารถเป็นสำคัญ จึงเป็นการยากว่า ตำแหน่งสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้า มีใช้ตำแหน่งที่มีสถานภาพสูงสุดในราชสำนัก และไม่ใช้ตำแหน่งที่สืบทอดอำนาจทางการเมืองแต่อย่างใด

ในส่วนข้างประวัติศาสตร์อังกฤษ การเลือกบุคคลเช่นว่านี้ก็ไม่ได้มีปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรถึงวิธีการเลือก คงแต่เป็นการสถาปนาพระโอรสพระองค์ใหญ่ให้เป็นเจ้าชายแห่งเวลส์ (prince of wales) โดยตำแหน่ง

⁷⁰ สุพรรณิ เพ็งแสงทอง. พระมหากษัตริย์ พระบรมวงศานุวงศ์และขุนนาง : การเมืองไทยสมัยรัตนโกสินทร์ พ.ศ. 2325-2416, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารบัณฑิต, ภาควิชาประวัติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 10-11

⁷¹ จุลจักรพงษ์, พระเจ้าวรวงศ์เธอ. เจ้าชีวิต พิมพ์ครั้งที่ 9, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิเวอร์บุ๊กส์. 2560), หน้า 137

⁷² จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระ. ทรงวิจารณ์เรื่องพระราชพงศาวดารกับเรื่องพระราชประเพณีการตั้งพระมหากุปราช, (กรุงเทพมหานคร. 2016), หน้า 55

เป็นผู้มีสิทธิในราชสมบัติต่อไป ตำแหน่งอย่างหลังนี้มีพิธีอุปราชากิเชก (Investiture of the Prince of Wales) พระรัชทายาทตามนัยยะนี้พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงน่าจะทรงมีแนวพระราชดำริจากฝ่ายไทยเสียโดยมาก

พระยุพราช หมายถึง พระรัชทายาทที่พระเจ้าแผ่นดินโปรดเกล้าฯ สถาปนาขึ้นเป็นสมเด็จพระยุพราช โดยพระราชทานให้จัดพิธีอุปราชากิเชกหรือพิธีการอื่นใดอย่างเป็นทางการ ฝ่ายประวัติศาสตร์ไทยนั้นพระยุพราชอยู่ในสถานะเดียวกับกรมพระราชวังบวรสถานมงคลและพระมหากุปราช คือ เป็นผู้มียุทธิก่อนใครทั้งปวงในราชบัลลังก์ ตำแหน่งพระมหากุปราชได้รับสถาปนาครั้งแรกในรัชสมัยสมเด็จพระบรมราชาธิราชที่ 2 (เจ้าสามพระยา) ที่ทรงสถาปนาสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ ขึ้นเป็นพระมหากุปราช ครองเมืองพิษณุโลก และได้มีการบัญญัติศัพท์ตำแหน่งวังหน้าเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลในรัชสมัยสมเด็จพระเพทราชาซึ่งทรงอุปราชากิเชก สมเด็จพระสรรคัณฑ์ พระเจ้าลูกเธอเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคล โดยตำแหน่งกรมพระราชวังบวรสถานมงคลถูกเปลี่ยนเป็นตำแหน่งพระยุพราช⁷³ ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว⁷⁴ ปรากฏพระนามเป็นสมเด็จพระบรมโอรสาธิราชฯ สยามมกุฎราชกุมาร ตำแหน่งนี้นับแต่รัชกาลที่ 5 ถึงรัชกาลที่ 9 ปรากฏมีทั้งสิ้น 3 พระองค์ คือ เจ้าฟ้ามหาวชิรุณหิศ เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ และเจ้าฟ้ามหาวชิราลงกรณ ซึ่งธรรมเนียมการสยามมกุฎราชกุมาร เป็นธรรมเนียมที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าทรงนำมาจากประเทศอังกฤษ

ด้านประวัติศาสตร์อังกฤษผู้ที่มีตำแหน่งเทียบได้กับไทยเช่นว่านี้ คือ เจ้าชายแห่งเวลส์ (Prince of Wales) ซึ่งเป็นตำแหน่งทางราชวงศ์ของอังกฤษ (dynastic titles) เพื่อเป็นตัวชี้ว่าเจ้านายเชื้อพระบรมราชวงศ์พระองค์นั้นจะเป็นผู้ที่จะได้ขึ้นครองราชย์ต่อจากกษัตริย์ (heir apparent) ปรากฏครั้งแรกในศตวรรษที่ 13 ตั้งแต่ ค.ศ. 1301 ซึ่งตรงกับรัชสมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 แห่งอังกฤษ เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน ดังนี้ คำว่าพระยุพราชจึงน่าจะ เป็นคำที่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงนำมาจากธรรมเนียมราชตระกูลอังกฤษผ่านพระราชบิดาของพระองค์

แต่ด้วยคติของอังกฤษที่ดยุกแห่งคอร์นวอลล์จะได้รับพระยศเป็นเจ้าชายแห่งเวลส์เมื่อมีพระชนมายุสมควร อันหมายถึงว่าจะเป็นผู้มีสิทธิในราชสมบัติต่อไป ไม่ตรงกับคติของไทยที่พระยุพราชจะเป็นพระองค์ใดก็ได้ ดังนั้นในชั้นแรกก่อนมีกฎหมายเทียบบาลฉบับนี้ตำแหน่งนี้ของทั้งสองวัฒนธรรมจึงไม่อาจเทียบเคียงกันได้ อย่างไรก็ดีเมื่อปรากฏกฎหมายเทียบบาลฉบับนี้ในหมวดที่ 4 ว่าด้วยลำดับชั้นผู้ควรได้สืบราชสันตติวงศ์ที่ให้ลำดับแรกแก่สมเด็จพระอนุชาธิราช ความหมายของสมเด็จพระอนุชาธิราชจึงสามารถเทียบกับตำแหน่งดยุกแห่งคอร์นวอลล์

⁷³ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระ. พระราชนิพนธ์ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงวิจารณ์เรื่องพระราชพงศาวดาร กับเรื่องราชประเพณีการตั้งพระมหากุปราช สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 7 โปรดให้ตีพิมพ์แจกในงานพระราชทานเพลิงพระศพ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้าอรพินทุ์เพญภาควัย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พระจันทร์. 2479), หน้า 57-59

⁷⁴ ประกาศเรื่องเฉลิมพระปรมาภิไธยสมเด็จพระเจ้าฟ้ามหาวชิรุณหิศ ;โปรดฯ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระ. พระราชนิพนธ์ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงวิจารณ์เรื่องพระราชพงศาวดาร กับเรื่องราชประเพณีการตั้งพระมหากุปราช สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 7 โปรดให้ตีพิมพ์แจกในงานพระราชทานเพลิงพระศพ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้าอรพินทุ์เพญภาควัย, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์พระจันทร์. 2479), หน้า 60-66

สมเด็จพระหน่อพุทธเจ้า หมายถึง พระราชโอรสพระองค์โตที่ประสูติแต่สมเด็จพระอัครมเหสี ความหมายอย่างนั้นในทางยุโรปไม่มีความซับซ้อนมากนัก เพราะธรรมเนียมมีคู่ครองเพียงคนเดียว (monogamy) ทำให้บรรดาพระราชโอรสและพระราชธิดามีฐานะเป็นบุตรภริยาหลวงเสมอ ซึ่งเทียบได้กับสกุลยศเจ้าฟ้าชั้นเอกของไทย อังกฤษเรียกเจ้านายพระองค์นั้นว่า ดยุกแห่งคอร์นวอลล์ (Duke of Cornwall) เช่น ในปัจจุบันเจ้าชายชาร์ลผู้เป็นพระราชโอรสพระองค์ใหญ่ในสมเด็จพระราชินีนาถเอลิซาเบธที่ 2 ทรงเป็นดยุกแห่งคอร์นวอลล์แต่แรกประสูติ

ฝ่ายประวัติศาสตร์ไทย สมเด็จพระหน่อพุทธเจ้า สันนิษฐานว่าเกิดขึ้นครั้งแรกสมัยสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 2 สมัยอยุธยา โดยผู้ดำรงตำแหน่งนี้ภายหลังเป็นสมเด็จพระบรมราชาหน่อพุทธางกูรซึ่งทรงได้รับพระฐานะสมเด็จพระหน่อพุทธเจ้าแต่แรกประสูติในฐานะที่ทรงเป็นพระราชโอรสพระองค์ใหญ่ของสมเด็จพระรามาธิบดีที่ 2 ความคล้ายกันนั้นขึ้นเนื่องพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวน่าจะทรงหยิบยืมมาจากธรรมเนียมราชตระกูลเดิมซึ่งเป็นของไทยมาบัญญัติไว้

สมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ หมายถึง พระราชโอรสที่ประสูติจากพระมเหสีทั้งสมเด็จพระอัครมเหสีและพระมเหสีรอง โดยจะมีสกุลยศเป็นเจ้าฟ้าชั้นเอก ในธรรมเนียมเดิมจะแบ่งย่อยลงอีกตามสกุลยศของพระมารดา หากพระมารดาเป็นลูกหลวงหรือพระธิดาพระเจ้าแผ่นดิน พระโอรสจะได้กินเมืองเอก หากพระมารดาเป็นหลานหลวงหรือหลานของพระเจ้าแผ่นดินโดยตรง พระโอรสจะได้กินเมืองโท อย่างไรก็ตามธรรมเนียมพระมหากษัตริย์ราชินีเมืองดังกล่าวตามหลักฐานไม่ปรากฏว่าใช้จริงอีกต่อไปตั้งแต่สมัยสมเด็จพระนเรศวรมหาราช

ในทางธรรมเนียมราชตระกูลอังกฤษ⁷⁵ ดังที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าพระเจ้าแผ่นดินมีพระมเหสีเพียงพระองค์เดียว พระราชโอรสจึงทรงมีสกุลยศเป็นเจ้าฟ้าทั้งหมด (Her Royal Highness the Prince) ซึ่งเทียบได้กับสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธออย่างธรรมเนียมไทย การบัญญัติคำดังกล่าวนี้เองจึงน่าจะเป็นการบัญญัติโดยอาศัยราชประเพณีไทยเป็นหลัก

พระเจ้าลูกยาเธอ หมายถึง พระราชโอรสที่ประสูติจากพระสนมหรืออนุภริยา โดยจะมีสกุลยศเป็นพระองค์เจ้า มีลำดับต่ำกว่าสมเด็จพระเจ้าฟ้าฯ เนื่องจากธรรมเนียมมีหลายภริยาไม่ปรากฏว่ามีในอังกฤษและยุโรป จึงเป็นแน่แท้ว่าการบัญญัติคำว่าพระเจ้าลูกยาเธอเป็นธรรมเนียมราชตระกูลไทยโดยแท้

สมเด็จพระอัครมเหสี ฝ่ายไทยหมายถึงภริยาเอก การจะแยกว่าเป็นสมเด็จพระอัครมเหสีในครั้งก่อนมีการตรากฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์เป็นไปได้อย่างลำบากเพราะด้วยในเมืองไทยไม่มีใครจะนับยศผู้หญิงตามสามี แต่มักจะนับยศตามบิดา โดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระราชนิพนธ์เกี่ยวกับความไม่แน่ชัดนี้ไว้ว่า

“...ด้วยตั้งแต่ตั้งกรุงเก่ามาจนบัดนี้ (27 เมษายน 2421) ยังไม่เคยได้ยินว่ามีการอภิเษกพระมเหสีอย่างใดสักครั้งหนึ่งเลย เป็นแต่มีอยู่ในหนังสือออกชื่อพระมเหสี แต่จะเป็นขึ้นเมื่อไหร่ไม่รู้ เป็นแต่จะเรียกเมื่อไหร่ก็ไม่เห็นมีการตั้งแตงกันจนสักครั้งเดียว คำที่เรียกอยู่อย่างเก่าก็มี 3 ชั้น คือ พระมเหสี พระอัครชายา แม่อัยยเจ้าเมือง...”

⁷⁵ _____. Honours and Titles: Aspects of Britain. (London : HMSO. 1992), page 9

อนึ่ง ตามความเชื่อในเมืองไทยนั้น การที่จะถือว่าเป็นภริยาใหญ่หรือภริยารอง ถือเอาว่าถ้าพระราชโอรสพระราชธิดาที่เกิดมาด้วยพระเจ้าแผ่นดินเป็นเจ้าฟ้า ก็ยกย่องเอาว่าพระมารดาเป็นภริยาใหญ่ หากประสูติเป็นพระองค์เจ้า ก็ถือเอาว่ามารดาเป็นภริยารอง ในชั้นหลังเมื่อพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามความแห่งกฎหมายฉบับนี้ อันจะถือต่อไปได้ว่า พระอัศวมเหสีหมายถึง สมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินี ทำให้ความสับสนคลุมเครือเรื่องพระยศเป็นอันกระจ่างชัด

ฝ่ายอังกฤษซึ่งมีประเพณีคู่สมรสเดียวนั้น ย่อมทำให้คู่สมรสดำรงอยู่ในตำแหน่งเอกเสมอ แต่มีข้อแตกต่างกับราชประเพณีไทยว่าพระเจ้าแผ่นดินไทยต้องเป็นบุรุษเท่านั้น แต่พระเจ้าแผ่นดินอังกฤษจะเป็นบุรุษหรือสตรีก็ได้⁷⁶ ทำให้เกิดกรณีดังนี้ หากพระมหากษัตริย์นั้นเป็นบุรุษ (The King) พระภรรยาย่อมได้รับเฉลิมพระอิสริยยศเป็น ‘พระราชินี’ (The Queen Consort) โดยทันทีหลังจากที่ได้ทำการอภิเษกสมรส ในขณะที่ตำแหน่งพระราชสวามีของสมเด็จพระราชินีนาถ (The Queen Regnant) นั้น แม้จะได้ทำการอภิเษกสมรสแล้ว ก็หาได้มีพระอิสริยยศในฐานะสมาชิกภาพแห่งพระราชวงศ์โดยทันทีไม่ จำต้องได้รับการโปรดเกล้าสถาปนาพระอิสริยยศเป็นกรณีพิเศษเสียก่อน จึงจะสามารถดำรงพระอิสริยยศเป็นเจ้าชายพระราชสวามีได้ (The Prince Consort)

ความแตกต่างดังที่ได้กล่าวมาแล้วทำให้พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงนำความคิดตามราชประเพณีไทยมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามความในมาตรานี้

พระมเหสีรอง ดังที่กล่าวมาแล้วว่าตามความเชื่อในอดีตไม่เคยมีระบบในการแบ่งลำดับชั้นพระมเหสี คงมีแต่เป็นมเหสีที่ทรงโปรดปรานเป็นพิเศษที่จะมีลำดับแตกต่างออกเป็นเอกเทศต่างหาก ซึ่งอาจเทียบลำดับกันด้วยของพระราชทาน ซึ่งเป็นการไม่แน่นอนอนเอาโดยมาก แต่เมื่อพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงตรากฎหมายนี้ก็เป็นอันยุติปัญหาไป โดยพระมเหสีรองนั้นจะหมายถึงสมเด็จพระนางเจ้าบรมราชเทวี พระนางเจ้าพระราชเทวี พระนางเธอ พระองค์ราชยาเธอ

ฝ่ายอังกฤษนั้น อย่างที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้วว่า เป็นธรรมเนียมคู่สมรสเดียว ทำให้พระมเหสีรองไม่ปรากฏในประวัติศาสตร์อังกฤษ การตราคำอธิบายศัพท์ตามความข้างต้น พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงทรงใช้แนวคิดตามธรรมเนียมราชตระกูลไทย

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นที่จะต้องอธิบายเพิ่มเติม คือ ภรรยาน้อย ซึ่งราชประเพณีไทยจะเรียกว่า เจ้าจอมพระสนม หรือเจ้าจอมคือบุตรีข้าราชการผู้ใหญ่ผู้น้อย⁷⁷ ตั้งแต่เสนาบดีจนถึงพระหลวง ซึ่งมีเจียนดีย่อมยกถวายพระเจ้าแผ่นดินให้รับราชการฝ่ายใน ธรรมเนียมโบราณยกขึ้นเป็นท้าวพระสนมเอก 4 คน มีชื่อต่างกันเหมือนชื่อขุนนาง แต่ธรรมเนียมดังกล่าวไม่เคยปรากฏในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เหลือเพียงแต่เจ้าจอมมารดาที่โปรดปรานมากจะได้รับพระราชทานเครื่องยศอย่างหนึ่ง กันนับว่าเป็นพระสนมเอก พระสนมโท ตามลำดับ ที่เห็นเป็นพิเศษกว่าบรรดาเจ้าจอมทั้งหมดก็คือ เจ้าจอมมารดาแพในรัชกาลที่ 5 (สกุลเดิม บุณนา) ซึ่งได้รับพระราชทานยศเป็นพิเศษที่เจ้าคุณจอมมารดาแพในสมัยรัชกาลที่ 5 และเจ้าคุณพระประยูรวงศ์ ในสมัยรัชกาลที่ 6

⁷⁶ _____. Honours and Titles: Aspects of Britain. London : HMSO. 1992. page 9

⁷⁷ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว, พระบาทสมเด็จพระ “ธรรมเนียมราชตระกูลในกรุงสยาม” หน้า 38

ฝ่ายอังกฤษก็เคยปรากฏในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 8 ทรงมีพระโอรสกับนางผู้หนึ่ง บุตร⁷⁸ ที่เกิดมาไม่ได้ดำรงสกุลยศใดๆ คงเป็นเพียงบุตรนอกสมรสพระเจ้าแผ่นดิน (Royal Bastard) หรือมีคำเรียกล้าลองว่า ฟิตส์รอย (Fitzroy) และไม่ถือว่าเป็นสมาชิกราชวงศ์

พระองค์ใหญ่ ย่อมเป็นไปตามความหมายดั้งเดิม คือ พระองค์ที่มีพระชนมายุมากกว่าพระองค์อื่นๆ ที่ร่วมพระมารดา กัน ซึ่งพระองค์ใหญ่ตามความหมายของอังกฤษไม่ได้จำกัดสำหรับพระราชโอรสแต่ยังรวมถึงพระราชธิดาด้วย

การทรงสมมุติและการทรงถอดถอนพระราชทายาท (มาตรา 5-7)

แต่เดิมการทรงสมมุติแต่งตั้งนั้น คือ การโปรดเกล้าฯ สถาปนาเป็นพระมหากษัตริย์หรือกรมพระราชวังบวรสถานมงคล จนมาครั้งสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเปลี่ยนเป็นสยามมกุฎราชกุมาร ซึ่งถือเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ในการทรงสมมุติแต่งตั้ง

ในอังกฤษ พระเจ้าแผ่นดินสามารถแต่งตั้งรัชทายาทได้ด้วยพระราชอำนาจส่วนพระองค์เช่นเดียวกัน แต่ในทางกฎหมายจารีตประเพณี⁷⁹ จะทรงแต่งตั้งจากสมเด็จพระเจ้าฟ้าชายซึ่งเป็นพระราชโอรสพระองค์ใหญ่ (ดยุคแห่งคอร์นวอลล์) หรือพระราชโอรสพระองค์ใหญ่ของพระราชโอรสใหญ่ที่มีสิทธิในราชบัลลังก์ เมื่อมีพระชนมายุ 25 พรรษา โดยจะมีตราประจำพระองค์ที่ใช้ในเวลส์ และมีพระราชพิธีสถาปนาโดยกษัตริย์ทรงสวมมงกุฎพระราชทานให้ ในพระราชพิธีที่เรียกว่า “Investiture of the Prince of Wales”

กฎหมายไทยอย่างเก่าไม่เคยมีบัญญัติไว้ถึงการถอดถอนพระราชทายาท คงแต่เป็นกรณีที่เกิดขึ้นในสมัยราชวงศ์บ้านพลูหลวงที่สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวบรมโกศทรงถอดเจ้าฟ้าธรรมธิเบศไชยเชษฐสุริยวงศ์ออกจากตำแหน่งกรมพระราชวังบวรสถานมงคล อันสามารถแสดงให้เห็นโดยนัยว่าเป็นพระราชอำนาจของพระเจ้าแผ่นดินโดยเฉพาะ

ในอังกฤษก็ไม่เคยมีการออกกฎหมายเช่นกัน คงแต่มีเหตุการณ์เทียบเคียงที่รัฐสภาถอดถอนพระเจ้าชาร์ลที่ 1 และพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ออกจากราชบัลลังก์อันสามารถถึงหลักได้ว่าเป็นอำนาจของรัฐสภา และตามกฎหมายทั่วไปที่ว่าเมื่อสามารถทำสิ่งที่ใหญ่กว่าได้ย่อมสามารถทำสิ่งที่เล็กกว่าได้นั้น รัชทายาทซึ่งถือเป็นส่วนประกอบของพระเจ้าแผ่นดินจึงน่าจะเป็นอำนาจของรัฐสภาที่สามารถถอดถอนได้ด้วย

ดังนั้น การบัญญัติว่าเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ในการแต่งตั้งหรือถอดถอนพระราชทายาท พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงน่าจะทรงตราจากแนวความคิดของไทยที่ถือว่าพระเจ้าแผ่นดินทรงมีอำนาจล้นพ้น สามารถแต่งตั้งหรือถอดถอนพระราชทายาทได้ตามพระราชอัธยาศัย โดยมีต้องได้รับความเห็นชอบจากขุนนาง และขุนนางเองก็ไม่มีอำนาจในการถอดถอนพระราชทายาท

⁷⁸ Given – Wilson, Chris , and Alice Curteis, The Royal Bastards of Medieval England(1995), pp. 52, 48-49

⁷⁹ _____. The Prince of Wales — Investiture. Princeofwales.gov.uk. Retrieved 12 October 2008.

ลำดับชั้นผู้ควรสืบราชสันตติวงศ์ (มาตรา 8-9)

ในประวัติศาสตร์ไทยดั้งเดิมก่อนจะมีการตรากฎหมายเทียบลำดับด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ไม่เคยมีธรรมเนียมลำดับชั้นผู้สืบราชสันตติวงศ์มาก่อน ทั้งองค์พระมหากษัตริย์ก็พอพระทัยใช้พระราโชบายการสืบราชสมบัติที่ไม่แน่นอน⁸⁰ มีแต่เพียงการเข้าใจโดยทั่วไปว่าผู้ที่อยู่ในตำแหน่งพระมหากษัตริย์ กรมพระราชวังบวรสถานมงคล หรือกรมขุนราชกุมารจะได้เป็นพระเจ้าแผ่นดินในการหน้า แต่อย่างไรก็ดี ตำแหน่งดังที่ได้กล่าวมานี้เป็นตำแหน่งเฉพาะเจาะจงไปที่ตัวบุคคล ไม่ใช่ลำดับแห่งราชวงศ์ตามนัยของมาตรานี้ ทั้งในทางปฏิบัติที่ปรากฏมาส่วนใหญ่เนื่องจากไม่มีแนวคิดลำดับพระบรมราชวงศ์ในการสืบราชสันตติวงศ์ ทำให้ขุนนางที่มีอำนาจในขณะนั้นมักจะเลือกพระเจ้าแผ่นดินองค์ต่อไปกันเอง เช่น พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว ก็ทรงขึ้นครองราชย์บัลลังก์ภายหลังจากการกราบบังคมทูลของเหล่าขุนนาง แทนที่สมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้ามงกุฎ (ภายหลังคือพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว) ซึ่งเป็นสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอพระองค์ใหญ่ในขณะนั้น

สำหรับประเทศอังกฤษนั้นแตกต่างออกไป โดยหลักจารีตประเพณีของอังกฤษ⁸¹ ที่ใช้ในการเลือกผู้ที่จะขึ้นครองราชย์พระองค์ต่อไปในกรณีที่มิได้มีรัชทายาทโดยนิตินั้น จะใช้หลักของ Male Primogeniture กล่าวคือพระราชบุตรผู้ที่มีพระชนมายุมากที่สุดจะเป็นผู้มีสิทธิในราชบัลลังก์เป็นอันดับแรก และพระราชโอรสจะมีสิทธิในราชบัลลังก์ดีกว่าพระราชธิดา เช่นนี้ ย่อมหมายความว่า แม้ผู้ที่มีพระชนมายุสูงสุดจะเป็นพระราชธิดาก็ตาม แต่ถ้าหากกษัตริย์ทรงมีพระราชโอรสอยู่ด้วย ไม่ว่าจะ มีพระชนมายุน้อยกว่าเพียงใด พระราชโอรสพระองค์นั้นย่อมมีสิทธิในการสืบพระราชบัลลังก์ดีกว่าพระราชธิดา ซึ่งพระรัชทายาทประเภทนี้ จะถูกเรียกว่า พระรัชทายาทโดยข้อสมมติฐาน (the heir presumptive)

หลักดังกล่าวเมื่อเทียบโดยการตัดพระราชธิดาออกไปนั้น มีความสอดคล้องอย่างมากกับลำดับของการสืบราชสันตติวงศ์ของกฎหมายเทียบลำดับฉบับนี้ จึงเห็นได้ว่า พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงนำหลักกฎหมายอังกฤษมาปรับใช้ตามบริบทของประเทศไทย

เสนาบัตติตามกฎหมายในมาตรา 8 นี้ หมายถึง เสนาบดีกระทรวงวัง (ผู้รั้งตำแหน่งนี้ท้ายสุด คือ เจ้าพระยาวรวงศาพิพัฒน์ (หม่อมราชวงศ์เย็น อิศรเสนา)) ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475 จึงได้เปลี่ยนกระทรวงวังเป็นสำนักพระราชวัง มีผู้บังคับบัญชาในตำแหน่งเรียกว่าเลขาธิการพระราชวัง ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวงทบวงกรม แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2478 โดยมีพระยาชาติเดชอุดม (หม่อมราชวงศ์ปิยะ มาลากุล) เป็นผู้ประเดิมตำแหน่ง และผู้ดำรงตำแหน่งปัจจุบัน คือ พลอากาศเอก สถิตย์พงษ์ สุขวิมล

อย่างไรก็ดี แม้ว่าผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักพระราชวังจะอยู่ในตำแหน่งเทียบเท่ากับเสนาบัตติกระทรวงวังเดิม แต่ด้วยรูปแบบการปกครองที่เปลี่ยนไป ทั้งมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญถึงเรื่องการสืบราชสันตติวงศ์ ในบางส่วนทำให้ผู้มีหน้าที่อัญเชิญพระรัชทายาท หรือพระบรมวงศานุวงศ์ลำดับหนึ่งขึ้นครองราชสมบัตินั้นเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 21 วรรคสอง

⁸⁰ ลาตูแบร์, ซีมอน เดอ. จดหมายเหตุ ลาตูแบร์ ราชอาณาจักรสยาม. กรุงเทพมหานคร. 2557. หน้า 305

⁸¹ Rules of Royal Succession. House of Commons Political and Constitutional Reform Committee. Authority of the House of Commons 7 December 2011.Ev.12.

“...ในกรณีที่ราชบัลลังก์หากว่างลงและเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงแต่งตั้งพระราชทายาทไว้ตามวรรคหนึ่ง ให้คณะองคมนตรีเสนอพระนามผู้สืบราชสันตติวงศ์ตามมาตรา 20 ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อรัฐสภาเพื่อรัฐสภาให้ความ... เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ให้ประธานรัฐสภาอัญเชิญองค์ผู้สืบราชสันตติวงศ์ขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์สืบไปแล้ว ให้ประธานรัฐสภาประกาศให้ประชาชนทราบ”

ทั้งนี้ อาจกล่าวโดยสรุปว่าเป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีแจ้งให้ประธานรัฐสภาทราบเพื่อดำเนินการจัดประชุมรัฐสภา และให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้อัญเชิญองค์พระราชทายาท หรือพระบรมวงศานุวงศ์ผู้มีสิทธิโดยชอบเข้าเป็นพระเจ้าแผ่นดินต่อไป

ลำดับดังกล่าวมาตรา 9 เรียงด้วยหลักสามประการ ดังนี้ **หลักประการแรก** คือ ผู้มีสิทธิในราชสันตติวงศ์โดยตรงเป็นไปตามลำดับ คือ สมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ พระเจ้าลูกยาเธอ สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ พระเจ้าน้องยาเธอ สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ ตามลำดับ **หลักประการที่สอง** คือ ลำดับตามประการแรกนั้นให้แทรกด้วยพระราชโอรสที่ประสูติแต่ผู้มีสิทธิในราชสันตติวงศ์นั้นกับพระวรชายา พระชายา เป็นลำดับหลังพระบิดา และก่อนผู้มีสิทธิในราชสันตติวงศ์อันดับถัดไป และ**ประการสุดท้าย** ในแต่ละลำดับย่อยนั้นให้เรียงตามพระยศพระมารดาเมื่อเป็นพระมารดาเดียวกันให้เรียงพระชนม์มากไปน้อยตามลำดับ

ผู้ต้องยกเว้นจากการสืบราชสันตติวงศ์ (มาตรา 10-13)

เนื่องจากกฎหมายไทยอย่างเก่าไม่เคยมีการบัญญัติถึงลำดับผู้มีสิทธิสืบราชสันตติวงศ์ดังที่กล่าวมาแล้วนั้น ดังนั้น ความมาตรานี้จึงไม่มีแนวคิดอย่างกฎหมายไทย พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงน่าจะนำเอาแนวคิดจากอังกฤษเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งในการร่างกฎหมาย โดยอังกฤษมีการบัญญัติกฎหมายถึงคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสืบราชสันตติวงศ์ ใน Act of Settlement 1701⁸² ว่าจะต้องเป็นพระทายาทที่สืบสายโลหิตมาแต่เจ้าหญิงโซเฟียแห่งแซนโนเวอร์ และพระทายาทพระองค์นั้นจะต้องนับถือศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ หากพระทายาทพระองค์นั้นนับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก หรือเสกสมรสกับผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ย่อมหมดสิทธิในราชบัลลังก์ ทั้งยังมีบัญญัติใน The Royal Marriage Act 1772⁸³ ว่าหากผู้มีสิทธิในราชบัลลังก์พระองค์ใดได้ฝ่าฝืนบทบัญญัติและได้ทำการเสกสมรสโดนปราศจากพระราชนุญาตไว้ การสมรสย่อมตกเป็นโมฆะ และแม้ว่าองค์ผู้มีสิทธิในราชบัลลังก์จะมีได้สูญเสียสิทธิในราชบัลลังก์เพราะเหตุแห่งการสมรสที่เป็นโมฆะก็ตาม แต่พระราชบุตรที่จะประสูติมาในเบื้องหน้าจากการสมรสที่เป็นโมฆะ จะสูญเสียสิทธิในการสืบราชสันตติวงศ์ด้วย

ด้วยแนวความคิดเช่นนี้และเพื่อความมั่นคงแห่งพระบรมราชวงศ์ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงนำแนวพระราชดำริว่าต้องมีการยกเว้นพระบรมวงศ์บางพระองค์ซึ่งอยู่ในลำดับการสืบราชสันตติวงศ์เนื่องจากทรงมีคุณสมบัติที่ไม่เหมาะสมกับการเป็นพระเจ้าแผ่นดินมาบัญญัติไว้เป็นการป้องกันด้วย โดยเป็นไปตามมาตรา 12 ประกอบมาตรา 11 ซึ่งมีลักษณะประการใดประการหนึ่งดังนี้ 1) มีพระสัญญาวิปlass 2) ต้องราชพันธุ์ เพราะประพฤติดิตพระรชกำหนดกฎหมายในคติมหันตโทษ 3) ไม่สามารถทรงเป็นอัครพุทธศาสนูปถัมภก 4) มี

⁸² _____. What do the new royal succession changes mean? Royal Central. 26 March 2015. Retrieved 30 March 2015.

⁸³ Bogdanor, Vernon (1997). The Monarchy and the Constitution. Oxford University Press. p. 55.

พระชายาเป็นนางต่างด้าว กล่าวคือ นางที่มีสัญชาติเดิมเป็นชาวประเทศอื่น นอกจากชาวไทยโดยแท้ 5) เป็นผู้ที่
ได้ถูกถอนออกแล้วจากตำแหน่งพระราชทายาท ไม่ว่าการถูกถอนนั้นจะเป็นไปในรัชกาลใดๆ 6) เป็นผู้ที่ได้ถูก
ประกาศยกเว้นออกเสียจากลำดับสืบราชสันตติวงศ์

แม้ว่าในกฎหมายจารีตประเพณีอังกฤษจะเปิดโอกาสให้พระราชธิดาสืบราชสันตติวงศ์ แต่ในประเทศไทย
นั้นถือได้ว่าเป็นแนวคิดมาแต่เดิมที่ไม่สนับสนุนการที่พระราชธิดาเข้าสืบราชสันตติวงศ์⁸⁴ พระบาทสมเด็จพระ
มงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว แม้จะทรงได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษมาพอสมควร ก็ทรงพระราชดำริให้บัญญัติ
ตามราชประเพณีไทยอย่างเฝ้า เนื่องด้วยสมัยนั้นยังคงมีแนวความคิดว่าสตรียังไม่อาจมีสรรพกำลังทั้งในทาง
กายภาพหรือจิตภาพในการปกครองแผ่นดินได้ทัดเทียมบุรุษ

การปฏิบัติราชการแผ่นดินเมื่อสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวยังไม่ทรงบรรลุนิติภาวะ (มาตรา 14-18)

เนื่องจากกฎหมายไทยอย่างเฝ้าไม่เคยมีการบัญญัติถึงการให้มีผู้ปฏิบัติราชการแผ่นดินแทน คงแต่เป็น
ความเห็นของบรรดาขุนนางให้ยกเอาขุนนางผู้ใหญ่จำนวนหนึ่งเป็นผู้สำเร็จราชการ ดังเช่นในสมัยพระบาทสมเด็จพระ
จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อครั้งยังทรงพระเยาว์ สมเด็จพระเจ้าพระยาบรมมหาศรีสุริยวงศ์ (ช่วง บุนนาค) ก็เป็น
ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ตามความประสงค์ของขุนนาง ทั้งคงจะได้ทอดพระเนตรเห็นปัญหาของการบริหาร
ราชการแผ่นดินของยุวกษัตริย์ จากการเสด็จไปพิธีราชาภิเษกของพระเจ้าอัลฟองโซที่ 13 แห่งสเปน จึงทรงมี
พระดำริให้กำหนดกฎหมายในการที่ต้องมีผู้สำเร็จราชการและคุณสมบัติของผู้สำเร็จราชการ

กรณีเช่นนี้หากผู้สำเร็จราชการมีใจประทุษ ประสงค์จะแย่งราชบัลลังก์ก็อาจทำได้โดยง่าย พระบาทสมเด็จพระ
มงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเล็งเห็นแนวคิดการจำกัดอำนาจของผู้สำเร็จราชการจาก Regency Act 1830
ซึ่งตราในสมัยพระเจ้าวิลเลียมที่ 4 แห่งอังกฤษ ว่า ผู้ซึ่งจะดำรงพระอิสริยยศเป็นยุวกษัตริย์ ยังมีพระชนมายุไม่ถึง
18 พรรษา ซึ่งผู้สำเร็จราชการแทนนั้นจะสามารถใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ภายใต้พระปรมาภิไธยทั้งหมด
เว้นเสียแต่พระราชอำนาจในการมีพระราชานุญาต ให้แก้ไขกฎหมายอันเกี่ยวกับการสืบราชสันตติวงศ์ หรือกฎหมาย
อันเกี่ยวกับการดำรงศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์

นอกจากนี้ หากยุวกษัตริย์ยังมีพระชนมายุไม่ถึง 18 พรรษา หากมีพระราชประสงค์ที่จะทำการเสกสมรส
จะต้องขออนุญาตจากผู้สำเร็จราชการเสียก่อนด้วย อย่างไรก็ตาม หากผู้สำเร็จราชการได้สมรสกับผู้นับถือนิกาย
โรมันคาทอลิก หรือสมรสกับชาวต่างด้าวโดยมิได้รับพระราชานุญาต หรือออกไปเสียจากดินแดนของอังกฤษ
ตำแหน่งผู้สำเร็จราชการย่อมเป็นอันสิ้นสุดลง

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงนำแนวคิดดังกล่าวปรับเปลี่ยนให้เป็นของไทยและตราไว้
ในกฎหมายเทียบรางวัลฉบับนี้ ตามความในหมวดที่ 6 ว่าด้วยเวลาที่สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวยังทรงพระเยาว์

⁸⁴ ลาตูแบร์, ซีมอน เดอ. จดหมายเหตุ ลาตูแบร์ ราชอาณาจักรสยาม. กรุงเทพมหานคร. 2557. หน้า 305

การแก้ไขกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 (มาตรา 19-20)

การบัญญัติอย่างนี้เป็น การบัญญัติอย่างกฎหมายใหม่ เนื่องด้วยในกฎหมายอย่างเก่าถือเป็นพระราชอำนาจของพระเจ้าแผ่นดินในการที่จะทรงตรา ทรงประกาศใช้ หรือทรงยกเลิก แต่ด้วยกฎหมายเทียบบาลนี้ มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำเนินต่อแห่งมหากีรีบรมราชวงศ์ จึงทรงตราไว้เป็นข้อเตือนใจผู้จะประสงค์แก้ไขกฎหมายดังกล่าว ทั้งยังจำกัดไว้ถึงอำนาจของพระเจ้าแผ่นดินในการแก้ไขว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากองคมนตรีไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ใน

ในประเด็นของกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษ ก็ไม่เคยปรากฏถึงการบัญญัติวิธีการแก้ไขไว้ แนวพระราชดำริจึงไม่ได้มาจากกฎหมายเทียบบาลอังกฤษ แต่อย่างไรก็ดี ดังที่กล่าวไปแล้วว่าเป็นการบัญญัติอย่างกฎหมายใหม่ซึ่งเป็นวิธีที่ประเทศทางยุโรปใช้กันไม่ใช่อย่างกฎหมายไทย ดังนั้น บทบัญญัติตามหมวดที่ 7 ว่าด้วยการแก้ไขกฎหมายเทียบบาลฯ จึงสันนิษฐานว่ามีที่มาจากการศึกษาวิชากฎหมาย ณ วิทยาลัยไครสต์เชิร์ช (Christ Church) มหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด (Oxford University) ประเทศอังกฤษ

ผู้รักษาการกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 (มาตรา 21)

แนวคิดให้มิผู้รักษาการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น ก็เป็นแนวคิดการตราอย่างกฎหมายใหม่ตามนิติวิธีของประเทศในยุโรป กำหนดให้ผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับกิจการในบทบัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งสันนิษฐานได้ว่าเป็นรูปแบบการตรากฎหมายที่พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงได้รับมาจากการศึกษาวิชากฎหมายในสหราชอาณาจักรประกอบกับการศึกษาค้นคว้าโดยถ้อยคำของพระองค์จากธรรมเนียมและกฎหมายของนานาประเทศ อันเป็นพระราชนิยมส่วนพระองค์มานับแต่ทรงพระเยาว์เรื่อยมาจนตลอดรัชสมัย

บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ไม่เคยปรากฏมีมาแต่เดิมในระบบกฎหมายไทย หลักฐานยืนยันกฎหมายการสืบราชสมบัติคงมีเพียงหลักฐานเชิงบริบทที่อธิบายว่ามีหลักเกณฑ์อยู่ เช่น หลักศิลาจารึกหลักที่หนึ่งของพ่อขุนรามคำแหงที่ว่า “ที่ภูตย จึงได้เมืองแก่กูทั้งกลม” ประกอบกับพระราชพงศาวดาร จดหมายเหตุต่างๆ ที่กล่าวถึงการสืบราชสันตติวงศ์และการเปลี่ยนผ่านราชบัลลังก์ รวมถึงบันทึกเหตุการณ์จากมุมมองของชาวต่างประเทศร่วมสมัย ซึ่งหลักฐานต่างๆ ดังกล่าวมาข้างต้นเป็นเพียงการแสดงถึงข้อเท็จจริงที่ปรากฏ หรือบันทึกพงศาวดารเท่านั้น มิได้เป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายหรือกฎเกณฑ์แต่ประการใด คงเป็นเพียงธรรมเนียมปฏิบัติที่ปรากฏอยู่ทั้งในการแต่งตั้งและการสืบราชสันตติวงศ์เท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรและมีความแน่นอนฉบับแรกของประเทศไทย เช่นนี้จึงสมควรพิจารณาต่อไปว่า พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าทรงนำแบบกฎหมายอย่างใหม่นี้มาจากแห่งใด

เมื่อได้ศึกษาพระราชประวัติของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าแล้วนั้น พบว่าพระองค์ทรงสนพระราชหฤทัยด้านอักษรศาสตร์ และวิชาพงศาวดาร (ประวัติศาสตร์) เป็นอย่างยิ่ง จึงได้มีการสืบค้นพงศาวดารไทยเป็นจำนวนมากเป็นลำดับต่อไป ทั้งการเสด็จพระราชดำเนินไปทรงศึกษาต่อยังประเทศอังกฤษและการปฏิบัติพระราชกิจในฐานะมกุฎราชกุมารแห่งสยาม จึงน่าจะทรงคุ้นชินกับราชประเพณีอังกฤษ และราชประเพณียุโรปบ้างพอควร ทั้งการบันทึก

ในชั้นหลังของหม่อมเจ้าหญิงพูนพิศมัย ดิศกุล ว่า พระองค์ทรงสนิทสนมกับสมเด็จพระราชินีนาถแห่งอังกฤษ ในสมัยนั้นอีกด้วย ยังเป็นการตอกย้ำขึ้นไปอีกชั้นหนึ่ง และการที่พระองค์มีพระราชนิพนธ์เกี่ยวกับสงครามแย่งชิง ราชสมบัติเป็นพระราชนิพนธ์สำหรับการทรงพระอักษรก่อนเสด็จพระราชดำเนินกลับประเทศไทยนั้น จึงสามารถ อนุมานได้ว่าทรงรู้และเข้าใจพงศาวดารเป็นอย่างดี จึงได้มีการศึกษาค้นคว้ากฎหมายยุโรปเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะ ของประเทศอังกฤษในชั้นตอนต่อมา

การศึกษาวិชาญเช่นนี้ จึงมีข้อสรุปโดยอิงถ้อยคำบทบัญญัติตามกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นเกณฑ์หลัก พบว่ากฎหมายฉบับนี้มีเค้าโครงและแนวคิดจากทั้งภาคตะวันตก และตะวันออก โดยในภาคตะวันตกนั้นจะเน้นที่ประเทศอังกฤษเป็นสำคัญ อาทิ การทำให้กฎหมายดังกล่าวเป็น กฎเกณฑ์ที่มีความแน่นอน จัดให้มีการบัญญัติวันบังคับใช้ การเตรียมลำดับราชวงศ์ผู้มีสิทธิในราชสมบัติในกรณีที่ พระเจ้าแผ่นดินมิได้เลือกพระองค์ใดเป็นพระรัชทายาท การวางแนวคุณสมบัติต้องห้ามมิให้เป็นผู้มีสิทธิในลำดับ การจัดให้มีผู้สำเร็จราชการแผ่นดินหากพระเจ้าแผ่นดินยังทรงพระเยาว์ ตลอดจนการควบคุมและจำกัดอำนาจ ของผู้สำเร็จราชการแผ่นดินนั้น อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ดังกล่าวมิได้เป็นการนำมาใช้ทั้งหมดทันที หากแต่ทรง เปลี่ยนแปลงและปรับปรุงแก้ไขถ้อยความให้สอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย อาทิ คุณสมบัติต้องห้ามที่ทรง เพิ่มเติมเรื่องมีพระสัญญาวิปาส มีชายาเป็นนางต่างด้าว ไม่สามารถทรงเป็นอัครพุทธศาสนูปถัมภก หรือทรงเปลี่ยน การพันภาวะผู้เยาว์จากที่กฎหมายอังกฤษบัญญัติไว้ที่ 18 ปี ให้เป็น 20 ปี ตามคติความเชื่อเรื่องการอุปสมบท ที่เกี่ยวข้องกับความเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนของชายไทย เป็นต้น

ทั้งกฎหมายบางอย่งนั้นก็มิอยู่ในระบบกฎหมายเก่าของไทยอยู่บ้างแล้ว เช่น คำว่าสมเด็จพระหน่อพุทธเจ้า ซึ่งเป็นที่ทราบกันมาอยู่แล้วว่าเป็นพระราชโอรสองค์โตของพระเจ้าแผ่นดินกับพระมเหสีเอก หรือการทรงยกเว้น มิให้ราชชนนีมีสิทธิในราชสมบัติอันเพราะสภาพยังไม่เป็นที่ยอมรับในสังคมไทยมากนัก ทั้งความรู้ยังมีอาจสู้บุรุษเพศ ได้ทัดเทียม เป็นต้น

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงได้รับแนวคิดและอิทธิพลในการตรา กฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์จากยุโรป โดยทรงทำการเทียบเคียงบทบัญญัติรวมถึงแนวคิด ราชประเพณีประเทศอังกฤษเป็นสำคัญ เนื่องด้วยเป็นประเทศที่พระองค์ได้เสด็จไปทรงพระอักษรเมื่อครั้งยังดำรง พระราชอิสริยยศที่สยามมกุฎราชกุมาร อย่างไรก็ตาม การที่พระองค์ทรงเลือกนำเฉพาะกฎหมายที่สอดคล้องกับ ราชประเพณีไทย และที่จะเป็นการอุดหนุนโห่ของราชประเพณีไทยที่อาจยังไม่ก่อให้เกิดความมั่นคงเกี่ยวกับ สถาบันพระมหากษัตริย์มากพอ โดยทรงปรับปรุงให้เข้ากับสภาพสังคมไทย ตลอดจนทรงเลือกที่จะไม่นำกฎหมาย เช่นว่านั้นเข้ามาตราไว้เนื่องจากไม่อาจสอดคล้องกับสภาพสังคมอย่างแนบสนิทได้ จึงสามารถสะท้อนพระปรีชาญาณ ด้านนิติศาสตร์แห่งพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวในการประยุกต์สิ่งใหม่โดยไม่ละทิ้งรากฐานเดิม อันเป็น แนวทางที่สอดคล้องกับสังคมแต่ละสังคม ซึ่งสมควรอย่างยิ่งที่จะนำมาเป็นปัจจัยพิจารณาหลักสำหรับกระบวนการ ร่างและการตรากฎหมายในปัจจุบันและอนาคต

ทบทวนคุณลักษณะพื้นฐานตามกฎหมายของบริษัทเพื่อ รองรับกฎหมายบริษัทจำกัดเจ้าของคนเดียวในประเทศไทย

*A Revisit of Fundamental Attributes of a Company for Introducing
Single Member Company Law in Thailand*

พัฒนาพร โกวิทพัฒนกิจ*

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

k.patanaporn@gmail.com

บทคัดย่อ

ปัจจุบันการจดทะเบียนบริษัททั่วโลกเปิดโอกาสให้จัดตั้งบริษัทโดยบุคคลคนเดียวเพื่อส่งเสริมให้กิจการขนาดเล็กเข้าสู่ระบบทะเบียน ประกอบกับความเป็นจริงทางธุรกิจสะท้อนให้เห็นว่ามีนักลงทุนจำนวนมากที่สนใจดำเนินธุรกิจขนาดเล็ก หรือมีเพียงนักลงทุนคนเดียวที่ต้องการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของบริษัท อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายบริษัทจำกัดของไทยยังมุ่งกำกับบริษัทขนาดใหญ่และมีสมาชิกจำนวนมาก เช่น การกำหนดจำนวนขั้นต่ำของสมาชิกที่เข้าร่วมกันจัดตั้งบริษัท คือ ตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป อำนาจตัดสินใจเป็นของกรรมการ ดังนั้น การออกกฎหมายเพื่อรองรับการจัดตั้ง “บริษัทเจ้าของคนเดียว” ของไทย จึงควรต้องทบทวนคุณลักษณะที่สำคัญของบริษัทจำกัดเพื่อพิจารณาความจำเป็นและความเหมาะสมของคุณลักษณะดังกล่าวกับบริษัทเจ้าของคนเดียว

คำสำคัญ: บริษัทจำกัด, บริษัทเจ้าของคนเดียว, ผู้ถือหุ้น

บทความนี้ปรับปรุงจากงานวิจัยของผู้เขียนที่เป็นส่วนหนึ่งของโครงการศึกษากฎหมายเพื่อรองรับการจัดตั้งนิติบุคคลโดยบุคคลคนเดียว โดยศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (กันยายน 2558)

* น.บ. (เกียรตินิยม) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ.ท. (ลำดับที่1), LL.M. & J.S.D. University of California Berkeley, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Abstracts

Today systems of company registration worldwide are opening for companies to be established by a single member in order to accommodate small businesses into registration system and to be more corporate-wise. This also reflects the fact that small businesses are trending, especially for a single member company type. However, Thai limited company law has been designed and still accommodates large and multi-members companies. Key features of limited companies, for examples, requiring the companies to have at least three members and be controlled by the board of directors, are still required for all types of companies. In order to introduce a single member company law in Thailand, we, therefore, need to revisit all fundamental corporate attributes and reconsider if we still require all of them to be a company in Thailand.

Keywords: Limited Company, Single Member Company, Shareholder

1. บทนำ

ด้วยบทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายบริษัทที่มีอยู่ถูกบัญญัติขึ้นจากสภาพธุรกิจในอดีตที่การดำเนินกิจการในรูปแบบของ “บริษัท” ต้องเป็นกิจการที่มีความสำคัญ ใช้เงินทุนสูง และมีผู้ร่วมลงทุนจำนวนมาก รัฐจึงต้องกำกับดูแลเพื่อป้องกันประโยชน์ของนักลงทุนผู้เป็นเจ้าของกิจการ และเพื่อการป้องกันความเสียหายในเชิงเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม กฎหมายบริษัทจึงถูกบัญญัติขึ้นเพื่อให้มีการกำกับดูแลที่เหมาะสมกับบริษัทที่มีขนาดใหญ่ และมีสมาชิกจำนวนมาก อย่างไรก็ตาม เมื่อสถานการณ์การลงทุนเปลี่ยนไป การดำเนินธุรกิจของบริษัทไม่จำเป็นต้องเป็นกิจการสำคัญหรือต้องใช้เงินทุนสูงอีกต่อไป กฎหมายบริษัทจำกัดของไทยจึงไม่เอื้ออำนวยและไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงเท่าที่ควร ดังเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัท กำหนดให้ผู้เริ่มก่อการจัดตั้งบริษัทจำกัดและผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดต้องมีจำนวนตั้งแต่ สาม (3) คนขึ้นไป ซึ่งในทางปฏิบัติมักก่อให้เกิดปัญหาการถือหุ้นแทนกันในลักษณะ “นอมินี” และปัญหาข้อพิพาทระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง รวมทั้งก่อให้เกิดความไม่สะดวกและค่าใช้จ่ายเพื่อการดำเนินการตามกฎหมายโดยไม่จำเป็น

ในปัจจุบันแนวทางการจดทะเบียนกิจการบริษัททั่วโลกเปิดโอกาสให้มีการจดทะเบียนได้ด้วยบุคคลเพียงคนเดียวเพื่อส่งเสริมให้กิจการขนาดเล็กเข้าสู่ระบบทะเบียน รวมทั้งจะมีการรวมตัวกันของประเทศในกลุ่มอาเซียนเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) โดยจะเป็นตลาดเดียวและฐานการผลิตเดียว มีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ การลงทุน เงินทุน และแรงงานอย่างเสรี ประเทศไทยจึงมีนโยบายทบทวน ปรับปรุง หรือกำหนดให้มีกฎหมาย¹ ที่มีความทันสมัย เอื้อต่อการประกอบธุรกิจของภาคเอกชน สอดคล้องกับการลงทุน และการค้าระหว่างประเทศ อันจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยรวม

2. สภาพการณ์การจดทะเบียนบริษัทจำกัดของไทย

ในประเทศไทยมีกิจการจดทะเบียนประมาณ 650,000 กิจการตามข้อมูล ณ ปี พ.ศ. 2558 ในจำนวนนี้คิดเป็นกิจการที่จดทะเบียนแบบบริษัทจำกัด 439,320 กิจการ เมื่อแบ่งตามทุนจดทะเบียนปรากฏว่าสัดส่วนของกิจการที่มีทุนจดทะเบียนน้อยกว่า 10 ล้านบาทมีสูงถึงร้อยละ 89.6 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบริษัทจำกัดเกือบทั้งหมดเป็นกิจการขนาดเล็ก

นอกจากนี้ ตารางด้านล่างแสดงจำนวนบริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียวถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 แบ่งตามทุนจดทะเบียน แสดงให้เห็นสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นคนหนึ่งถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งในบริษัทซึ่งถือเป็นเจ้าของกิจการที่แท้จริง ซึ่งจะเห็นได้ว่าบริษัทส่วนใหญ่ถึงร้อยละ 97.96 มีเจ้าของกิจการที่ถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง และที่น่าสนใจกว่านั้นคือมีเจ้าของกิจการถึงร้อยละ 82.33 ที่ถือหุ้นเกินร้อยละ 90 แสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นข้างน้อยไม่ใช่เจ้าของกิจการที่แท้จริง

¹ ปัจจุบันร่างพระราชบัญญัติการจัดตั้งบริษัทจำกัด พ.ศ. อยู่ระหว่างการศึกษาเพื่อประกาศใช้

สัดส่วน การถือหุ้น	0 - 1 ล้าน	1 - 5 ล้าน	5 - 10 ล้าน	10 - 50 ล้าน	50 - 100 ล้าน	100 - 1 พันล้าน	1 พันล้าน ขึ้นไป
50% - 75% (12.62%)	13,431 (5.60%)	31,045 (23.52%)	4,826 (21.87%)	3,691 (13.83%)	882 (11.38%)	1,366 (13.82%)	189 (16.49%)
75% - 90% (2.99%)	3,442 (1.44%)	5,962 (4.52%)	1,193 (5.41%)	1,416 (5.30%)	424 (5.47%)	617 (6.24%)	79 (6.89%)
มากกว่า 90% (82.33%)	221,110 (92.22%)	90,293 (68.40%)	14,993 (67.93%)	20,777 (77.82%)	6,210 (80.10%)	7,481 (75.71%)	825 (71.99%)
รวม (97.94%)	237,983 (99.26%)	127,300 (96.43%)	21,012 (95.20%)	25,884 (96.95%)	7,516 (96.94%)	9,464 (95.78%)	1,093 (95.38%)

ที่มา: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ (2558)

จากข้อมูลการจดทะเบียนสรุปรูปภาพการจดทะเบียนบริษัทจำกัดของไทยได้ ดังนี้

- (1) กิจการบริษัทในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นกิจการขนาดเล็กมีทุนจดทะเบียนน้อยกว่า 5 ล้านบาท
- (2) การดำเนินกิจการโดยเจ้าของกิจการไม่เกิน 5 คน²
- (3) จำนวนบริษัทที่มีเจ้าของกิจการเพียงคนเดียว (ถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 90) มีถึงร้อยละ 82.33

ดังนั้น จึงควรต้องพิจารณาว่ากฎหมายและหลักเกณฑ์การกำกับดูแลบริษัทจำกัดที่มีฐานความคิดมาจาก การกำกับดูแลกิจการขนาดใหญ่ที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนมากไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เป็นจริงในปัจจุบัน

3. แนวคิดและหลักการว่าด้วยการกำกับดูแลกิจการบริษัทจำกัดขนาดเล็ก

กฎหมายบริษัทสมัยใหม่สามารถนับย้อนไปถึงจุดเริ่มต้นตั้งแต่ปี 1844 ได้แก่ “กฎหมายบริษัทร่วมหุ้น” (Joint Stock Companies Act 1844) ของสหราชอาณาจักร มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้ประชาชนสามารถ จัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบกิจการได้โดยสะดวกไม่ต้องติดขัดกับขั้นตอนทางการเหมือนแต่เดิมที่จะสามารถจัดตั้ง บริษัทได้ก็ต่อเมื่อมีการตรากฎหมายจัดตั้งบริษัทโดยรัฐสภาหรือโดยพระบรมราชโองการ (Royal Charter) นอกจากนี้ ในปี 1986 ยังมี “กฎหมายล้มละลาย” (Insolvency Act 1986) เพื่อกำกับดูแลสถานการณ์ที่บุคคล ไม่สามารถชำระหนี้ได้ควบคู่ไปกับสถานการณ์ที่บริษัทไม่สามารถชำระหนี้หรือรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้และผู้ถือหุ้น และความไม่สามารถชำระหนี้หรือความไม่สามารถรับผิดชอบได้นี้เองที่เป็นประเด็นหลักในการกำกับดูแลบริษัท³ นอกจากนี้ กฎหมายบริษัทมุ่งที่ความสัมพันธ์ของบุคคล 3 กลุ่ม ได้แก่ ผู้ถือหุ้น กรรมการ (ซึ่งอาจรวมถึงผู้บริหาร ระดับสูงซึ่งไม่ใช่กรรมการ แต่เป็นบุคคลที่มีอำนาจตัดสินใจบริหารกิจการได้) และเจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสีย (ไม่ว่าจะเป็นนักลงทุน, ผู้ให้กู้ยืมเงิน, ลูกจ้าง, คู่ค้า, ลูกค้า)

² กฎหมายบริษัทจำกัดก่อนการแก้ไขปี 2551 บริษัทจำกัดต้องมีผู้ถือหุ้นตั้งแต่ 7 คนขึ้นไป และหลังปี 2551 ต้องมีผู้ถือหุ้นตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป ดังนั้น ในระบบทะเบียนจึงไม่ปรากฏบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นน้อยกว่า 3 คน

³ PAUL L. DAVIES, INTRODUCTION TO COMPANY LAW 1-2 (2002).

ทั้งนี้ คุณลักษณะที่สำคัญตามกฎหมายของบริษัทสามารถจำแนกได้ 5 ประการ ได้แก่

- (1) การจัดตั้งเป็นนิติบุคคลใหม่ (Separate Legal Personality)
- (2) การจำกัดความรับผิด (Limited Liability)
- (3) การจัดการแบบรวมศูนย์ (Centralized Management)
- (4) การควบคุมโดยผู้ถือหุ้น (Shareholder Control)
- (5) ทุนเปลี่ยนมือได้ (Transferability of Shares)⁴

บทบัญญัติในกฎหมายบริษัทต่างสะท้อนให้เห็นถึงคุณลักษณะที่สำคัญทั้ง 5 ประการดังกล่าว เพื่อส่งเสริมให้มีการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัท การดำเนินงานของบริษัทอย่างมีประสิทธิภาพ การควบคุมการดำเนินงานของบริษัท การปกป้องผู้ถือหุ้น และมุ่งใจให้บุคคลลงทุนในบริษัทมากขึ้น อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติต่างๆ ในกฎหมายบริษัทที่มีอยู่ในปัจจุบันมุ่งไปบริษัทที่มีขนาดใหญ่และมีสมาชิกจำนวนมาก ในขณะที่ความเป็นจริงทางธุรกิจสะท้อนให้เห็นว่ามีนักลงทุนจำนวนมากที่สนใจดำเนินธุรกิจขนาดเล็ก และไม่มีคุณสมบัติสมาชิกจำนวนมาก หรืออาจเรียกว่ามีเพียงนักลงทุนคนเดียวที่ตนเองที่ต้องการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของบริษัท กฎหมายบริษัทที่มีอยู่เดิมจึงอาจไม่ส่งเสริมให้นักลงทุนคนเดียวสามารถจัดตั้งบริษัทได้ ดังนั้น ในหลายประเทศได้เล็งเห็นถึงข้อเท็จจริงและอุปสรรคของการจัดตั้งบริษัทของนักลงทุนด้วยกฎหมายบริษัทเดิม จึงมีบทบัญญัติ “ทางเลือก” ให้แก่ธุรกิจที่มีขนาดเล็กเพื่อให้สามารถจัดตั้งองค์กรธุรกิจในรูปแบบของบริษัทได้ง่ายและสะดวกมากขึ้น โดยบทบัญญัติดังกล่าวเกิดจากการทบทวนคุณลักษณะที่สำคัญทั้ง 5 ประการดังกล่าวข้างต้น เพื่อพิจารณาความจำเป็นและความเหมาะสมของคุณลักษณะดังกล่าว และเมื่อได้คุณลักษณะที่สำคัญของ “บริษัทขนาดเล็ก” ก็จะพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องและเหมาะสมกับคุณลักษณะที่สำคัญดังกล่าว ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงคุณลักษณะที่สำคัญของ “บริษัทขนาดเล็ก” และความจำเป็นและอุปสรรคที่กระทบต่อการจัดตั้งบริษัทขนาดเล็ก

3.1 คุณลักษณะพื้นฐานตามกฎหมายของบริษัท 5 ประการ

3.1.1 การจัดตั้งเป็นนิติบุคคลใหม่

กฎหมายกำหนดให้บริษัทที่มีความเป็นบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหนี้ ลูกจ้าง และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับบริษัท เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะการเกิดเป็นนิติบุคคลใหม่จะช่วยส่งเสริมคุณลักษณะที่สำคัญของบริษัท⁵ เช่น การจำกัดความรับผิด ทุนเปลี่ยนมือได้ ดังนั้น บริษัทจะมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดต่อบุคคลอื่นได้โดยตรง กล่าวคือ บริษัทสามารถสร้างนิติสัมพันธ์ได้เอง และต้องมีหน้าที่และความรับผิดต่อคู่สัญญาเองด้วย โดยที่การตัดสินใจเข้าทำนิติสัมพันธ์จะกระทำโดยคณะกรรมการบริษัท โดยมีผู้แทนบริษัทหรือผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้แสดงเจตนาเข้าทำนิติสัมพันธ์ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 บัญญัติไว้ว่า เมื่อบริษัทได้จดทะเบียนแล้ว บริษัทนั้นถือเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นทั้งหลายที่รวมเข้ากันเป็นบริษัทนั้น นอกจากนี้ ความรับผิดของผู้ถือหุ้นก็จะแยกออกจากบริษัท ทรัพย์สินของบริษัทก็แยกออกจาก

⁴ *Id.* at 9-24; Reinier Kraakman & Henry B. Hansmann, *What is Corporate Law?*, in *THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH* 5 (2 ed 2009)

⁵ *Id.* at 9

ทรัพย์สินของผู้ถือหุ้น และบริษัทก็สามารถมีชีวิตอยู่ได้ตลอดไป⁶ ทั้งนี้ สิทธิและหน้าที่ของบริษัทจะถูกกำหนดไว้โดยกฎหมายและวัตถุประสงค์ที่จดทะเบียนไว้⁷

ทั้งนี้ ในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทกฎหมายบริษัทจำกัดของไทยได้บัญญัติรูปแบบและวิธีการที่สำคัญไว้ให้ต้องปฏิบัติตาม และการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทก่อให้เกิดผลที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) บริษัทมีความเป็นนิติบุคคลและแยกความเป็นบุคคลนั้นออกจากตัวผู้ถือหุ้น กล่าวคือ บริษัทมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบได้เหมือนบุคคลธรรมดา และสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบดังกล่าวก็จะแยกออกจากผู้ถือหุ้น⁸ เช่น บริษัทมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้เอง เป็นคู่สัญญาทำสัญญาได้ในนามของบริษัทเอง มีสิทธิฟ้องร้องคดีและถูกฟ้องร้องคดีได้เอง อย่างไรก็ตาม สิทธิของบริษัทจะถูกจำกัดโดย “วัตถุประสงค์” ตามที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ทั้งนี้ หากพิจารณาในเชิงสินทรัพย์ของบริษัท ผู้ที่จะตกลงเข้าทำสัญญากับบริษัทก็ให้ความเชื่อถือกับบริษัทมากกว่าบุคคลธรรมดา เหตุเพราะบริษัทมีสินทรัพย์ที่ชัดเจน แน่นนอนและตรวจสอบได้ และสินทรัพย์ของบริษัทจะตกอยู่ในความรับผิดชอบในอันที่คู่สัญญาซึ่งเป็นเจ้าหนี้จะบังคับได้หากบริษัทผิดสัญญาและตกเป็นลูกหนี้ เหตุที่สินทรัพย์ของบริษัทมีความชัดเจนและแน่อนมากกว่าบุคคลธรรมดาที่ประกอบกิจการก็เพราะเมื่อกฎหมายกำหนดให้บริษัทมีความเป็นบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น สินทรัพย์ต่างๆ ของบริษัทที่ผู้ถือหุ้นนำมาลงไว้ในรูปของการชำระค่าหุ้น หรือรายได้ กำไรที่เกิดจากการดำเนินงานของบริษัทก็เป็นของบริษัทไม่ใช่ของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นไม่สามารถนำเงินของบริษัทออกไปได้ เว้นแต่บริษัทจะประกาศจ่ายเงินปันผล หรือเจ้าหนี้ส่วนตัวของผู้ถือหุ้นรายใดรายหนึ่งหรือแม้เป็นเจ้าหนี้ส่วนตัวของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ก็สามารถแบ่งส่วนสินทรัพย์ของบริษัทมาเพื่อชำระหนี้ส่วนตัวของผู้ถือหุ้นได้ นอกจากนี้ กฎหมายบริษัทยังกำหนดให้บริษัทต้องจัดทำบัญชีและยื่นงบการเงินที่ผ่านการสอบบัญชีต่อนายทะเบียนทุกปี ทำให้บุคคลภายนอกสามารถประเมินศักยภาพทางการเงินและความมั่นคงของบริษัทที่เป็นคู่สัญญาได้ เช่นนี้บุคคลภายนอกจึงให้ความเชื่อถือและประสงค์จะเข้าทำสัญญากับบริษัทมากกว่ากรณีที่บุคคลธรรมดาประกอบกิจการ

ดังนั้น ในกรณีของกิจการที่มีขนาดเล็กหรือมีเจ้าของคนเดียว เจ้าของกิจการอาจมีความประสงค์ดำเนินกิจการในรูปแบบของ “บริษัท” เหตุเพราะการประกอบกิจการในรูปแบบของบริษัทสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่บุคคลภายนอกที่จะเข้าทำธุรกรรมกับบริษัทมากกว่า นอกจากนี้ ผู้เป็นเจ้าของนั่นเองก็ประสงค์ “จำกัดความรับผิด” ของตนเองเพื่อไม่ให้สินทรัพย์ทั้งหมดของตนเองตกอยู่ในความเสี่ยงต้องรับผิดชอบในหนี้สินของกิจการ และแม้กฎหมายบริษัทจำกัดของไทยจะจำกัดการจัดตั้งบริษัทโดยเจ้าของคนเดียวด้วยความกังวลเรื่องการบิดเบือนหลักการจำกัดความรับผิด กล่าวคือ บุคคลธรรมดาคนเดียวที่จัดตั้งบริษัทอาจจะมุ่งใช้ประโยชน์จากการจำกัดความรับผิดของบริษัทและทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงกฎหมายก็ไม่สามารถจำกัดการจัดตั้งบริษัทเจ้าของคนเดียวได้อย่างแท้จริง เพราะเจ้าของคนเดียวนั้นก็ขอให้คนอื่นอีก 2 คนมาถือหุ้นในจำนวนที่น้อยที่สุดเพื่อประโยชน์แก่เจ้าของกิจการนั้น

⁶ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (พิมพ์ครั้งที่ 11, 2551), หน้า 258.

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 66 และ 67

⁸ Salomon v A Salomon & Co Ltd [1896] UKHL 1

อย่างไรก็ดี ข้อพิจารณาการบิดเบือนหลักการจำกัดความรับผิดของบริษัทมีปรากฏให้เห็นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่บุคคลคนเดียวสามารถจัดตั้งบริษัทได้ เช่น สหรัฐอเมริกา ในลักษณะที่ผู้ถือหุ้นรายเดียวนั้นอาจมีเจตนาตั้งแต่แรกที่จะจัดตั้งบริษัทเพื่อฉ้อโกงหรือมีเงินทุนไม่เพียงพอ หรือโอนทรัพย์สินของบริษัทออกไปให้ตนเองเพื่อทรัพย์สินของบริษัทไม่พอแก่การชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ศาลในคดี *Walkovszky v. Carlton*⁹ ได้วางแนวบรรทัดฐานถึงเงื่อนไขที่ศาลอาจจะตัดสินให้ผู้ถือหุ้นรับผิดในหนี้ของบริษัทโดยไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นนิติบุคคลของบริษัทที่ผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดในหนี้ของบริษัท ซึ่งหลักการดังกล่าวคือ หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล¹⁰ หรือ Piercing the corporate veil ซึ่งศาลในคดีต่อมา นำหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นนำหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ให้เกิดความไม่เป็นธรรม หรือในอังกฤษแม้ว่าคดี *Salomon V. Salomon & Co. Ltd.* ศาลสูงสุด (House of Lords) วางหลักนิติบุคคลของบริษัทที่แยกความเป็นนิติบุคคลของบริษัทออกจากผู้ถือหุ้น อันเป็นผลให้ผู้ถือหุ้นได้รับการปกป้องภายใต้หลักการจำกัดความรับผิด ในบางกรณีหลักนิติบุคคลดังกล่าวก็อาจถูกยกเลิกไปได้เช่นเดียวกัน¹¹

ทั้งนี้ กฎหมายของไทยก็ยอมรับหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเช่นเดียวกัน ดังเห็นได้จากกฎหมายต่างๆ เช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ที่กำหนดให้กรณีที่ผู้ประกอบการที่ถูกฟ้องเป็นนิติบุคคล ศาลอาจเรียกให้ผู้ถือหุ้น (ในกรณีที่บริษัท และรวมถึงบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการบริษัท เช่น กรรมการ) เข้ามาเป็นจำเลยร่วมและอาจพิพากษาให้ผู้ถือหุ้นดังกล่าวต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้ที่บริษัทมีต่อผู้บริโภคด้วย เว้นแต่ผู้ถือหุ้นนั้นจะพิสูจน์ว่าไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิด¹²

(2) ถือว่าบุคคลทั่วไปรู้ถึงเอกสารและข้อความที่จดทะเบียน¹³ กล่าวคือ เมื่อมีการจดทะเบียนบริษัทแล้ว กฎหมายกำหนดให้นายทะเบียนต้องยอรายการต่างๆ ที่ได้จดทะเบียนไปลงพิมพ์ในหนังสือราชกิจจานุเบกษา และผลของการจดทะเบียน ดังนี้ เอกสารสำคัญต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดให้บริษัทต้องจัดทำขึ้นและนำมาจดทะเบียน เช่น หนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับบริษัท ตลอดจนทั้งงบการเงิน บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น กรณีที่บริษัทอยู่ระหว่างการดำเนินงาน จะเป็นการเปิดเผยและประชาชนทั่วไปอาจขอตรวจดูได้ ดังนี้ เมื่อเอกสารรายละเอียดของบริษัทเป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณะทำให้บริษัทมีความน่าเชื่อถือต่อบุคคลภายนอกเพราะสามารถตรวจสอบความสามารถที่สะท้อนจากวัตถุประสงค์ของบริษัทในหนังสือบริคณห์สนธิ ผู้มีอำนาจตัดสินใจและเข้าทำธุรกรรมในนามของบริษัทจากหนังสือรับรองการจดทะเบียนบริษัท สถานะของกิจการ ความมั่นคงและความน่าเชื่อถือจากงบการเงินของบริษัท

⁹ *Walkovszky v. Carlton*, 223 N.E.2d 6 (NY 1966)

¹⁰ โสภณ รัตนกร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, หน้า 262

¹¹ See *DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets London Borough Council*[1976] 1 WLR 852

¹² พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 44 “ในคดีที่ผู้ประกอบการธุรกิจถูกฟ้องเป็นนิติบุคคล หากข้อเท็จจริงปรากฏว่านิติบุคคลดังกล่าวถูกจัดตั้งขึ้นหรือดำเนินการโดยไม่สุจริต หรือมีพฤติการณ์ฉ้อฉลหลอกลวงผู้บริโภคหรือมีการย้ายถ่ายทรัพย์สินของนิติบุคคลไปเป็นประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และทรัพย์สินของนิติบุคคลมีไม่เพียงพอต่อการชำระหนี้ตามฟ้อง เมื่อคู่ความร้องขอหรือศาลเห็นสมควร ให้ศาลมีอำนาจเรียกหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้นหรือบุคคลที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคลหรือผู้รับมอบทรัพย์สินจากนิติบุคคลดังกล่าวเข้ามาเป็นจำเลยร่วม และให้มีอำนาจพิพากษาให้บุคคลเหล่านั้นร่วมรับผิดชอบในหนี้ที่นิติบุคคลมีต่อผู้บริโภคได้ด้วย เว้นแต่ผู้เหล่านั้นจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดหรือในการมีผู้รับมอบทรัพย์สินนั้นจากนิติบุคคลจะต้องพิสูจน์ได้ว่าตนได้รับทรัพย์สินมาโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน...”

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1022 บัญญัติว่า “เมื่อได้พิมพ์โฆษณาตั้งขึ้นแล้ว ท่านให้ถือว่าบรรดาเอกสารและข้อความซึ่งลงทะเบียนอันได้กล่าวถึงในรายการนั้น เป็นอันรู้แก่บุคคลทั้งปวงไม่เลือกกว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องด้วยทั้งส่วนหรือด้วยบริษัทนั้นหรือที่ไม่เกี่ยวข้อง”

3.1.2 การจำกัดความรับผิด (Limited Liability)

การจำกัดความรับผิดหมายถึงการที่สิทธิของเจ้าหนี้บริษัทที่จะเรียกร้องให้รับผิดชอบต่อบริษัท จำกัดให้เรียกร้องจากทรัพย์สินของบริษัทเท่านั้น เจ้าหนี้นั้นไม่สามารถเรียกร้องจากทรัพย์สินส่วนตัวของสมาชิกของบริษัท¹⁴ ทั้งนี้ คุณลักษณะการจัดตั้งเป็นนิติบุคคลใหม่ช่วยส่งเสริมคุณลักษณะการจำกัดความรับผิดในลักษณะที่ทำให้เกิดการแบ่งแยกทรัพย์สินของธุรกิจที่มีบริษัทเป็นเจ้าของออกจากทรัพย์สินส่วนตัวของสมาชิกทั้งหลายของบริษัท ในขณะที่ในมุมมองของผู้ถือหุ้นก็ได้รับการรับประกันความรับผิดของตนจะมีอย่างจำกัด

คุณลักษณะของการจำกัดความรับผิดมุ่งไปที่ความรับผิดของผู้ถือหุ้นที่มีอย่างจำกัดตามที่กฎหมายบริษัทของไทยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 บัญญัติไว้ว่า บริษัทจำกัดคือบริษัท ประเภทที่ผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือ ดังนั้น หน้าที่ที่สำคัญของผู้ถือหุ้น คือ การชำระค่าหุ้นจนเต็มจำนวนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1106 กล่าวคือ ผู้เข้าจองซื้อหุ้นบริษัทมีความผูกพันต้องชำระค่าหุ้นที่จองซื้อไว้ให้แก่บริษัทเมื่อบริษัทได้จัดตั้งขึ้น ดังนั้น เมื่อผู้ถือหุ้นได้ชำระค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว ผู้ถือหุ้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบกับบริษัทอีก เจ้าหนี้ของบริษัทจึงไม่สามารถเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นชำระหนี้แก่ตนได้ ในส่วนของผู้ถือหุ้นเองจะสามารถบริหารจัดการความเสี่ยงของตนเองต่อการลงทุนในบริษัท กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นสามารถจำกัดความรับผิดของตนเองเพียงเท่าจำนวนที่ตกลงเข้าซื้อหุ้นบริษัท ทรัพย์สินส่วนตัวอื่นๆ ก็จะไม่ตกอยู่ในความเสี่ยงต้องรับผิดชอบหนี้ของบริษัท

คุณลักษณะการจำกัดความรับผิดเป็นหลักการพิเศษที่ถูกคิดค้นเพื่อเอื้อประโยชน์แก่การลงทุน เหตุเพราะหากผู้ลงทุนต่างต้องมีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัด การลงทุนขนาดใหญ่ก็ไม่อาจมีขึ้นได้เพราะตามปกติที่การลงทุนย่อมต้องมีความเสี่ยงที่จะขาดทุนหรือไม่ประสบความสำเร็จ อันก่อให้เกิดหนี้จากกิจการเป็นจำนวนมาก เมื่อผู้ลงทุนต้องเผชิญกับความรับผิดที่มีอย่างไม่จำกัด ผู้ลงทุนก็จะสงวนตนเองไม่ลงทุนกิจการขนาดใหญ่ เช่นนี้ การค้า การลงทุนในกิจการ เช่น การสร้างทางรถไฟ การสร้างถนน การสร้างอาคาร อสังหาริมทรัพย์ขนาดใหญ่ ก็ไม่อาจมีขึ้นได้ แต่หากผู้ลงทุนสามารถจำกัดความรับผิดของตนเองได้ ผู้ลงทุนก็มีแรงจูงใจที่จะจัดสรรเงินทุนจากสินทรัพย์ส่วนตัวของตนเพื่อลงทุนในกิจการที่มีความเสี่ยงด้วยคาดหมายว่าอาจได้กำไรจากการลงทุนดังกล่าว นอกจากนี้ การจำกัดความรับผิดช่วยลดภาระของผู้ลงทุนในการตรวจสอบสถานะทางการเงินของผู้ร่วมลงทุนอื่น กล่าวคือ หากผู้ลงทุนต่างมีความรับผิดในหนี้สินของกิจการที่ทำร่วมกันอย่างไม่จำกัดผู้ลงทุนรายอื่นๆ และผู้ร่วมลงทุนกลับมีปัญหาทางการเงินย่อมต้องกระทบต่อผู้ลงทุน เพราะผู้ลงทุนนั้นต้องแบกรับภาระความรับผิดในหนี้สินของกิจการแทนผู้ร่วมลงทุนที่อาจไม่มีเงินพอชำระหนี้สินของกิจการตามส่วนของตน ในทางกลับกันผู้ลงทุนก็ไม่มีภาระต้องพิสูจน์ความมั่งคั่งของตนเองกับผู้ร่วมลงทุนรายอื่น เพราะเมื่อแต่ละคนมีความรับผิดจำกัดเพียงเท่าราคาหุ้นที่ตนเองถือไว้เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อผู้ร่วมลงทุนทั้งหลายชำระค่าหุ้นของตนทั้งหมดแล้ว

นอกจากนี้ คุณลักษณะการจำกัดความรับผิดยังช่วยผู้ลงทุนบริหารจัดการความเสี่ยงของตนเองในลักษณะที่กระจายการลงทุน (diversification) ไปอยู่ในกิจการหลากหลายเพื่อลดความเสี่ยงจากการลงทุนในกิจการใดกิจการหนึ่ง เพราะหากผู้ลงทุนต้องมีความรับผิดชอบอย่างไม่จำกัดผู้ลงทุนก็จะให้ความสนใจกับการดำเนินงาน

¹⁴ DAVIES, *supra* note 4 at 10

ของกิจการอย่างใกล้ชิด ซึ่งการดูแลอย่างใกล้ชิดอาจไม่ได้ช่วยลดความเสี่ยงของกิจการที่จะเพิ่มค่าใช้จ่ายให้แก่กิจการเมื่อการตัดสินใจเกิดจากผู้ถือหุ้นที่ไม่มีความเป็นมืออาชีพ (professional) ซึ่งประโยชน์ในส่วนนี้จะเห็นได้ชัดในบริษัทที่มีขนาดใหญ่อย่างบริษัทมหาชนจำกัด ที่ผู้ถือหุ้นมีความหลากหลายและส่วนใหญ่คาดหวังกับกำไรส่วนต่างของราคาหุ้นมากกว่าคาดหวังจะเข้ามาดูแลกิจการอย่างใกล้ชิด ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในทางธุรกิจ กิจการที่มีขนาดใหญ่ผู้ลงทุนมักจัดตั้งเป็นบริษัท อย่างไรก็ตาม คุณลักษณะไม่ได้ถูกจำกัดให้ใช้ได้แต่เฉพาะกิจการที่มีขนาดใหญ่ แต่ให้ใช้ได้กับกิจการที่อยู่ในรูปแบบของ “บริษัท” ซึ่งอาจเป็นประกอบกิจการขนาดใหญ่ ขนาดกลาง หรือขนาดเล็กก็ได้

ในกิจการที่มีขนาดเล็ก หลักการจำกัดความรับผิดชอบจะแสดงได้ชัดเจนถึงความแตกต่างกรณี que ผู้ลงทุนดำเนินกิจการในรูปแบบ “กิจการเจ้าของคนเดียว” ซึ่งไม่ได้รับประโยชน์จากการจำกัดความรับผิดชอบกับการดำเนินกิจการในรูปแบบ “บริษัท” จึงมักเกิดคำถามว่ากิจการขนาดเล็กควรมีสถานะเลือกดำเนินกิจการในรูปแบบบริษัทเพื่อปกป้องทรัพย์สินส่วนตัวของตนเองจากความเสี่ยงของกิจการ แม้กฎหมายบริษัทจะไม่อนุญาตให้จัดตั้งบริษัทด้วยผู้ถือหุ้นเพียงคนเดียว แต่กำหนดจำนวนขั้นต่ำของผู้ลงทุนให้ไม่ต่ำกว่า 2 คน (ในกรณีของอังกฤษ) หรือ 3 คน (ในกรณีของไทย) ในทางปฏิบัติกลับพบว่าในอังกฤษอนุญาตให้จัดตั้งบริษัทเจ้าของคนเดียวมาเป็นเวลากว่า 100 ปี นับตั้งแต่คดี *Salomon V. Salomon & Co. Ltd.*¹⁵ ที่ศาลยอมรับให้มีผู้ถือหุ้นแทน (nominee shareholders) หรือด้วยกฎหมายห้างหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ (Limited Liability Partnership) ของสหรัฐอเมริกา ในขณะที่ประเทศไทยก็ยอมรับการมีผู้ถือหุ้นแทนเช่นเดียวกัน

เหตุที่กฎหมายบริษัทจำกัดไม่บังคับบุคคลคนเดียวจัดตั้งบริษัทก็เพราะความกังวลการบิดเบือนหลักการจำกัดความรับผิดชอบของบริษัทตามที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อน การบิดเบือนหลักการจำกัดความรับผิดชอบเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ได้รับการปกป้องจากหลักการจำกัดความรับผิดชอบมี “อำนาจควบคุม” (controlling power) บริษัท ในกรณีเช่นนี้ผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจการบริหารจัดการบริษัทมีโอกาสจะฉวยโอกาส (opportunistic) ด้วยอำนาจจัดการที่ตนเองมี โดยโอนทรัพย์สินให้บริษัทเพื่อสร้างความน่าเชื่อถือให้บุคคลภายนอกและโอนทรัพย์สินของบริษัทออกมาเมื่อถึงกำหนดที่บริษัทต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้บริษัท เช่นนี้เจ้าหนี้บริษัทจะได้รับความเสียหายที่ไม่สามารถเรียกร้องให้บริษัทชำระหนี้แก่ตนได้เพราะบริษัทมีทรัพย์สินไม่เพียงพอ ซึ่งลักษณะที่อำนาจการควบคุมและการจำกัดความรับผิดชอบจะตกอยู่ที่ผู้ถือหุ้นไม่ได้จำกัดแต่เฉพาะ “บริษัทขนาดเล็ก” ที่ผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทเป็นคนเดียวกัน แต่รวมถึงกรณี “บริษัทโฮลดิ้ง” (holding company) ที่เป็นผู้ถือหุ้นรายเดียวหรือรายใหญ่ในบริษัทอื่นที่เป็นบริษัทลูก (subsidiary company) เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี ความกังวลของเจ้าหนี้ที่ผู้ถือหุ้นสามารถเลือกจำกัดความรับผิดชอบของตนเองได้โดยการจัดตั้งบริษัทและจะบิดเบือนหลักการจำกัดความรับผิดชอบจนเจ้าหนี้ไม่อาจได้รับชำระหนี้ได้ อาจไม่จำเป็นต้องให้กฎหมายบริษัทต้องบัญญัติเพื่อควบคุมพฤติกรรมฉวยโอกาสดังกล่าว เพราะในทางปฏิบัติทางธุรกิจสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อาจไม่ได้ถูกจำกัดโดยหลักการจำกัดความรับผิดชอบเช่นว่าทุกกรณี ในทางธุรกิจภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาผู้ถือหุ้นของบริษัทที่มีขนาดเล็ก (หรือแม้แต่ในบริษัทที่มีขนาดใหญ่) อาจจะตกลงไม่จำกัดความรับผิดชอบ

¹⁵ *Salomon v A Salomon & Co Ltd* [1896] UKHL 1

ของตนเองเพื่อจูงใจผู้ถือหุ้นแก่บริษัท เช่น เจ้าหนี้ธนาคาร ให้บริษัทกู้ยืมเงิน โดยผู้ถือหุ้นจะเสนอให้หลักประกัน แก่สัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวด้วยทรัพย์สินของตนเองในรูปของการค้ำประกัน หรือการให้หลักประกันด้วยทรัพย์สิน ในกรณีนี้เห็นได้ว่าเจ้าหนี้บริษัทและผู้ถือหุ้นบริษัทตกลงทำสัญญาเพื่อยกเว้นหลักการจำกัดความรับผิดชอบตามกฎหมายบริษัท นอกจากนี้ ด้วยอำนาจการต่อรอง (bargaining power) ของเจ้าหนี้ หรือคู่สัญญาของบริษัท อาจได้รับการปกป้องเพื่อให้ได้รับความมั่นใจไม่รับผลกระทบจากหลักการจำกัดความรับผิดชอบได้จากการตกลง ในรูปแบบของสัญญา เช่น การตกลงให้บริษัทให้ค้ำประกันจะไม่สร้างภาระผูกพันแก่ทรัพย์สินของบริษัทกับเจ้าหนี้ รายอื่นอีก (negative pledge) ไม่จำหน่าย จ่าย โอนทรัพย์สินของบริษัทออกไป หรือการรักษาสถานภาพทางการเงินให้เพียงพอต่อการชำระหนี้แก่ตน นอกจากนี้ บทบัญญัติอื่นของกฎหมายบริษัทตั้งแต่การกำหนดให้บริษัท ต้องลงท้ายด้วยคำว่า “จำกัด” ก็เพื่อให้บุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้ตระหนักถึงความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้น บทบัญญัติเรื่องการรายงานและบัญชีที่กำหนดให้บริษัทต้องจัดทำรายงานประจำปีและบัญชีที่ได้รับการสอบจาก ผู้สอบบัญชีอนุญาต และเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวสู่สาธารณะทุกปี รวมถึงเจ้าหนี้ที่ตนเองก็อาจเรียกร้องให้บริษัทจัดทำ การเงินที่มีข้อมูลทันสมัยที่สุดเพื่อสนับสนุนให้เจ้าหนี้มีความมั่นใจถึงสถานะทางการเงินของบริษัทเพื่อตกลง ให้บริษัทกู้ยืมเงินหรือเข้าทำสัญญาด้วยเช่นกัน

3.1.3 การจัดการแบบรวมศูนย์ (Centralized Management)

การแบ่งแยกความเป็นเจ้าของและอำนาจควบคุมกิจการเป็นลักษณะที่สำคัญของกฎหมาย บริษัทมาตั้งแต่ดั้งเดิม เหตุเพราะกฎหมายเล็งเห็นว่ากระบวนการตัดสินใจของบริษัทที่มีสมาชิกจำนวนมาก ไม่เหมาะสมที่จะให้สมาชิกทุกคนมีอำนาจในการควบคุมกิจการและตัดสินใจในทุกๆ เรื่อง เนื่องจากจะเป็น การสิ้นเปลืองและเป็นการยากที่จะเรียกสมาชิกทุกคนมาตัดสินใจทุกครั้ง ซึ่งจะทำให้การดำเนินงานในรูปแบบ ของบริษัทก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายมากและไม่มีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ กฎหมายบริษัทคาดหวังว่าสมาชิกหรือผู้ถือหุ้น ควรเลือกสรรและแต่งตั้งบุคคลที่มีความเป็นมืออาชีพอย่างแท้จริง (professional) เป็นกรรมการบริษัท ดังที่ปรากฏ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1144 ซึ่งบัญญัติว่า บริษัทจำกัดให้กรรมการคนหนึ่งหรือหลายคน ด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัทและอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าผู้ถือหุ้น แม้ว่าเป็นเจ้าของทุนและเป็นเจ้าของบริษัท ด้วยฐานะเพียงผู้ถือหุ้นไม่สามารถเข้าจัดการงานของบริษัทได้เอง¹⁶ แต่เป็นเพียงผู้ใช้อำนาจควบคุมการดำเนินงานของกรรมการบริษัทผ่านที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น

นอกจากนี้ การจัดการแบบรวมศูนย์นับเป็นคุณลักษณะที่สำคัญเพื่อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ที่มีส่วนได้เสียที่หลากหลายแตกต่างกัน กล่าวโดยเฉพาะคือปัญหาในกรณีที่ผู้ถือหุ้นข้างมากละเลยหรือไม่คำนึงถึง ส่วนได้เสียของผู้ถือหุ้นข้างน้อยจะไม่มี ความรุนแรงมากนักเพราะอำนาจควบคุมอยู่ที่คณะกรรมการซึ่งมุ่งดำเนินการเพื่อประโยชน์ของบริษัทเป็นที่ตั้ง

กรรมการจึงถือเป็นตัวแทนของบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลายที่ได้รับความไว้วางใจให้ได้รับมอบ “อำนาจควบคุม” เพื่อบริหารจัดการงานของบริษัท กรรมการทำหน้าที่ตัดสินใจดำเนินงานต่างๆ ของบริษัท เพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ถือหุ้น บทบาทและอำนาจของกรรมการบริษัทจะมีอยู่อย่างชัดเจนและเป็นอิสระจาก

¹⁶ โสภณ รัตนกร, *อ้าวแล้ว เจียงจอน* ที่ 7, หน้า 343

ผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ “บริษัทขนาดใหญ่” กรรมการจึงมักไม่ได้เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท เหตุเพราะกรรมการถูกคาดหวังให้เป็นบุคคลที่มีความรู้ความสามารถมาก นอกจากนี้ เมื่อผู้ถือหุ้นที่เป็นเจ้าของมีจำนวนมาก และมีความหลากหลายจึงเป็นไปได้ยากที่ผู้ถือหุ้นทุกคนจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการ แม้ในความเป็นจริง คณะกรรมการบริษัทไม่สามารถทำหน้าที่บริหารจัดการงานบริษัทโดยตรง โดยให้เป็นที่ของผู้บริหารระดับสูง (senior officer) โดยคณะกรรมการทำหน้าที่ได้เพียงกำหนดนโยบายและตัดสินใจในเรื่องที่สำคัญ แต่คณะกรรมการก็อาจควบคุมการบริหารจัดการงานได้เพราะคณะกรรมการมีอำนาจควบคุมกิจการมากและมีอิทธิพลต่อการบริหารจัดการงานของบริษัทโดยรอบำหรือมีอิทธิพลต่อการแต่งตั้งผู้บริหารระดับสูง ทั้งนี้ ในบางกรณีกรรมการอาจไม่สงวนตนเองทำหน้าที่เพียงวางนโยบายและตัดสินใจในเรื่องสำคัญเท่านั้น แต่อาจแต่งตั้งตนเองเป็นผู้บริหารระดับสูงด้วย เช่นนี้แม้ในบริษัทที่มีขนาดใหญ่และมีกรรมการเป็นจำนวนมากก็อาจมีความเสี่ยงที่กรรมการบางคนที่สามารถควบคุมอำนาจการบริหารจัดการงานทั้งหมดของบริษัทได้ตามความเป็นจริง ก็อาจใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อประโยชน์ส่วนตนและเอาเปรียบบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหลายที่ไม่มีอำนาจควบคุมได้ ดังนี้ กฎหมายบริษัทจึงมุ่งความสำคัญและควบคุมพฤติกรรมของกรรมการบริษัท เพราะบุคคลที่มีอำนาจควบคุมกิจการ (controlling power) อย่างกรรมการที่ไม่ได้เป็นเจ้าของบริษัท (ownership) เพราะความแบ่งแยกความเป็นเจ้าของและอำนาจควบคุม (Separation of ownership and control) จึงเป็นข้อพิจารณาว่ากรรมการอาจไม่ได้ดำเนินงานหรือตัดสินใจเพื่อประโยชน์ของบริษัทอย่างแท้จริง

ทั้งนี้ ด้วยอำนาจควบคุมที่กรรมการมีอยู่นั่นเอง ก็สร้างความเสียหายให้แก่บริษัทและผู้ถือหุ้นได้ พฤติกรรมที่กรรมการก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทและผู้ถือหุ้นที่เรียกว่า “ปัญหาการใช้ตัวแทน” (agency problems) เช่น กรรมการตัดสินใจไปด้วยความไม่ระมัดระวังสร้างความเสียหายกับบริษัท กรรมการจัดให้มีสวัสดิการแก่ตนด้วยค่าใช้จ่ายของบริษัท กรรมการนำเงินของบริษัทออกไปใช้ประโยชน์ส่วนตัว กรรมการประกอบกิจการเดียวกับบริษัทและมีลักษณะแข่งขันกัน กรรมการแย่งชิงโอกาสทางการค้าของบริษัทไปเป็นของตนเอง เป็นต้น ซึ่งปัญหาการใช้ตัวแทนดังกล่าวก่อให้เกิดต้นทุนการใช้ตัวแทน (agency costs) ที่บริษัทต้องสูญเสียไปจากพฤติกรรมของกรรมการ แทนที่จำนวนเงินดังกล่าวจะกลับคืนสู่บริษัทอันเป็นการเพิ่มมูลค่าสินทรัพย์ของบริษัทเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทั้งหลาย และหากค่าใช้จ่ายมีมากเกินไปบริษัทก็ไม่อาจดำเนินกิจการต่อไปได้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นก็จะไม่ได้รับผลตอบแทนคืนจากการลงทุนในบริษัทดังกล่าว การดำเนินธุรกิจในรูปแบบของบริษัทจึงอาจไม่เป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่น่าสนใจอีกต่อไป ดังนี้ กฎหมายบริษัทจึงต้องเข้ามาควบคุมและกำกับพฤติกรรมของตัวแทนเพื่อลดต้นทุนการใช้ตัวแทน¹⁷ และเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ถือหุ้นจะไว้วางใจบุคคลเหล่านั้นและกรรมการจะใช้อำนาจบริหารจัดการบริษัทเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้น กฎหมายจึงกำหนดหน้าที่กรรมการบริษัทให้ต้องมีหน้าที่ต่างๆ ต่อผู้ถือหุ้น คือ หน้าที่แห่งการได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty)¹⁸ รวมถึงหน้าที่แห่ง

¹⁷ Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 JOURNAL OF FINANCIAL ECONOMICS 305 (1976)

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167 “ความเกี่ยวพันกันในระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกนั้น ท่านให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยตัวแทน”

ความระมัดระวัง¹⁹ (duty of care) หน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต²⁰ (duty of loyalty)

แม้จะมีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ของกรรมการในฐานะตัวแทนของบริษัท ก็ยังเกิดปัญหาการใช้ตัวแทนได้อยู่ดี โดยเฉพาะบริษัทที่มีขนาดใหญ่ที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนมากและมีความหลากหลาย กรรมการที่ถูกแต่งตั้งขึ้นมาอาจไม่ได้เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นฝ่ายใด มีแนวโน้มการแย่งฝ่ายผู้เป็นเจ้าของคือผู้ถือหุ้นกับกรรมการออกจากกันจนผู้ถือหุ้นอาจไม่สามารถจะควบคุมกรรมการได้ เช่นนั้นบริษัทจึงอาจไม่ใช่องค์กรธุรกิจที่ทำเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้น แต่กลับเป็นกรรมการเอง หรือแม้หากมีกรรมการจะเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้น กรรมการก็เป็นเพียงตัวแทนของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ (dominant shareholder) เท่านั้น ก็อาจเกิดสถานการณ์ที่ประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ขัดแย้งกับผู้ถือหุ้นรายเล็ก (minority shareholder) กรรมการนั้นก็เลยดำเนินงานและตัดสินใจเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายใหญ่นั้นเอง และอาจเป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นรายใหญ่แต่เพียงฝ่ายเดียวโดยละเลยประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายเล็ก อีกทั้งการตัดสินใจของกรรมการก็ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบริษัทอย่างแท้จริง เช่นนี้ กรรมการก็อาจถือได้ว่าไม่ปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของบริษัทได้ กฎหมายบริษัทก็จะต้องมีบทบัญญัติที่ปกป้องผู้ถือหุ้นข้างน้อยด้วย (minority protection) เช่น บทบัญญัติที่กำหนดให้ต้องได้มติพิเศษ²¹ บทบัญญัติที่ได้สิทธิผู้ถือหุ้นฟ้องกรรมการ²²

อย่างไรก็ดี การจัดการแบบรวมศูนย์ดังกล่าวอาจถูกพิจารณาในแง่ความจำเป็นแตกต่างออกไปสำหรับบริษัทขนาดเล็ก กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นในบริษัทขนาดเล็กโดยเฉพาะบริษัทเจ้าของคนเดียวมีแนวโน้มจะปฏิเสธการมีคณะกรรมการบริษัทซึ่งเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ถือหุ้นด้วยต้องการสงวนอำนาจในการบริหารจัดการเงินลงทุนของตนเองเท่านั้น ดังนั้น การแบ่งแยกส่วนของผู้ถือหุ้นและกรรมการตามกฎหมายจึงไม่ได้สะท้อนลักษณะทางปฏิบัติ กล่าวคือ บริษัทเจ้าของคนเดียวมีผู้ถือหุ้นที่เป็นกรรมการในคนเดียวกัน บทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรรมการไม่ว่าจะเป็นกระบวนการแต่งตั้ง หน้าที่ของกรรมการ ความสัมพันธ์ของกรรมการกับผู้ถือหุ้น การประชุมกรรมการ อาจไม่มีความจำเป็น นอกจากนี้ อาจเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ เมื่อเห็นได้ว่าบริษัทที่ผู้ถือหุ้นและกรรมการเป็นคนเดียวกัน หรือความเป็นผู้ถือหุ้นรวมกันกับอำนาจควบคุม จึงไม่มีความจำเป็นต้องแบ่งแยกทั้งสองส่วนออกจากกัน โดยจะอธิบายต่อไปในหัวข้อต่อไปเรื่องการควบคุมโดยผู้ถือหุ้น

¹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคหนึ่ง “ในอันที่จะประกอบกิจการของบริษัทนั้น กรรมการต้องใช้ความเอื้อเฟื้อสอดส่องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง...”

²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรคสาม “...ท่านห้ามมิให้ผู้เป็นกรรมการประกอบการค้าขายใดๆ อันมีสภาพเป็นอย่างเดียวกัน และเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือเพื่อประโยชน์ผู้อื่น หรือไปเข้าหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัท โดยมีได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น”

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1194 “การใดที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำโดยมติพิเศษ ที่ประชุมใหญ่ต้องลงมติในเรื่องนั้นโดยคะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน”

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1169 “ถ้ากรรมการทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัทฯ จะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือในกรณีบริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นว่าก็ได้ อนึ่ง การเรียกร้องเช่นนี้ เจ้าหนี้ของบริษัทจะเป็นผู้เรียกบังคับก็ได้เท่าที่เจ้าหนี้นั้นยังมีสิทธิเรียกร้องแก่บริษัทอยู่”

3.1.4 การควบคุมโดยผู้ถือหุ้น (Shareholder Control)

เหตุจากคุณลักษณะการจัดการแบบรวมศูนย์ตามที่ได้อธิบายไปข้างต้น จึงทำให้บทบาทของผู้ถือหุ้นในบริษัทตามกฎหมายบริษัทถูกลดบทบาทเป็นเพียงผู้ใช้อำนาจควบคุมการจัดการบริษัท (monitoring power) ของคณะกรรมการบริษัทผ่านที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น ซึ่งสิทธิของผู้ถือหุ้นที่สำคัญในการควบคุมบริษัท ได้แก่ สิทธิแต่งตั้งกรรมการบริษัท สิทธิจ่ายเงินปันผล สิทธิเลือกผู้สอบบัญชี และสิทธิอื่นๆ ที่กระทบต่อความเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท เช่น สิทธิออกเสียงเมื่อบริษัทจะเพิ่มทุน ลดทุน หรือเลิกบริษัท ซึ่งในบริษัทยังมีขนาดใหญ่ ผู้ถือหุ้นมีแนวโน้มจะไม่สนใจใช้สิทธิดังกล่าวมากขึ้น กล่าวคือ ไม่ใช่สิทธิเข้าร่วมประชุมเพื่อออกเสียงในเรื่องต่างๆ เว้นแต่ในสถานการณ์ที่ผู้ถือหุ้นพิจารณาแล้วว่าตนเองได้รับผลกระทบจากการตัดสินใจของคณะกรรมการบริษัท ผู้ถือหุ้นจึงจะสนใจใช้สิทธิในฐานะผู้ถือหุ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนเอง

ทั้งนี้ สิทธิของผู้ถือหุ้นที่สำคัญคือสิทธิเข้าประชุมผู้ถือหุ้น ไม่ว่าจะเป็นการประชุมผู้ถือหุ้นสามัญประจำปี (Annual General Meeting) หรือการประชุมผู้ถือหุ้นวิสามัญ (Extraordinary General Meeting) ซึ่งกฎหมายบริษัทกำหนดให้ต้องมีการประชุมผู้ถือหุ้นอย่างน้อยปีละ 1 ครั้ง ดังปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1171²³ ให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นทั่วไปเป็นประชุมใหญ่เป็นอย่างน้อยทุกระยะเวลาสิบสองเดือน ซึ่งเรียกว่า “ประชุมสามัญ” และการประชุมใหญ่คราวอื่นเรียกว่า “ประชุมวิสามัญ” เนื่องจากกฎหมายประสงค์ให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้ลงทุนในบริษัทได้มีโอกาสแสดงความคิดเห็นและสอบถามความเป็นไปของบริษัท เนื่องจากผู้ถือหุ้นในฐานะที่เป็น “ผู้ถือหุ้น” ไม่สามารถเข้าบริหารงานของบริษัทได้โดยตรง จึงมีเพียงสิทธิควบคุมการบริหารงานของกรรมการเท่านั้น การใช้อำนาจควบคุมของผู้ถือหุ้นจึงมีได้ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยใช้สิทธิลงคะแนนเสียงในเรื่องต่างๆ ตามที่กฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ เช่น การแต่งตั้งกรรมการ²⁴ การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี²⁵ การเปลี่ยนแปลงข้อบังคับ²⁶ การรับรองงบการเงิน²⁷ การจ่ายเงินปันผล²⁸ การเพิ่มทุน²⁹ การลดทุน³⁰ เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นอาจกำหนดให้เรื่องบางเรื่องที่ประชุมผู้ถือหุ้นเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญให้ต้องผ่านการเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยได้เช่นกัน เช่น การให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติการกระทำของกรรมการในธุรกรรมที่สำคัญ การวางนโยบายการค้าบริษัท

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1171

“ให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นทั่วไปเป็นประชุมใหญ่ภายในหกเดือนนับแต่วันที่ได้จดทะเบียนบริษัท และต่อนับไปให้มีการประชุมเช่นนี้ครั้งหนึ่งเป็นอย่างน้อยทุกระยะเวลาสิบสองเดือน

การประชุมเช่นนี้ เรียกว่าประชุมสามัญ

การประชุมใหญ่คราวอื่นบรรดาอื่นนอกจากนี้ เรียกว่าประชุมวิสามัญ”

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151 “อันผู้เป็นกรรมการนั้น เฉพาะแต่ที่ประชุมใหญ่เท่านั้นอาจแต่งตั้งหรือถอนได้”

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1209 “ผู้สอบบัญชีนั้น ให้ที่ประชุมสามัญเลือกตั้งทุกปี”

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1145

²⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1197 “งบดุลนั้นต้องจัดให้มีผู้สอบบัญชีคนหนึ่งหรือหลายคนตรวจสอบแล้วนำเสนอเพื่ออนุมัติในที่ประชุมใหญ่ภายในสี่เดือนนับแต่วันที่ตั้งงบดุลนั้น”

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1201 วรรคหนึ่ง “ห้ามมิให้ประกาศอนุญาตเงินปันผล นอกจากโดยมติของที่ประชุมใหญ่”

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1220 “บริษัทจำกัดอาจเพิ่มทุนของบริษัทขึ้นได้ด้วยออกหุ้นใหม่โดยมติพิเศษของประชุมผู้ถือหุ้น”

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1224 “บริษัทจำกัดจะลดทุนของบริษัทลงด้วยลดมูลค่าแต่ละหุ้นๆ ให้ต่ำลง หรือลดจำนวนหุ้นให้น้อยลงโดยมติพิเศษของประชุมผู้ถือหุ้นก็ได้”

นอกจากนี้ กฎหมายบริษัทยังกำหนดรูปแบบของการเรียกประชุม พร้อมทั้งเอกสารต่างๆ ที่ต้องถึงผู้ถือหุ้นก่อนวันประชุม เพื่อให้มั่นใจว่าผู้ถือหุ้นทุกรายจะได้รับทราบวันประชุม และรายละเอียดต่างๆ ที่จะประชุมกันก่อนวันประชุม เพื่อให้ผู้ถือหุ้นมีเวลาเพียงพอที่จะพิจารณาเอกสารเพื่อตัดสินใจอย่างหนึ่งอย่างใด หรือเลือกจะไม่เข้าประชุมเพราะเห็นว่าไม่ใช่เรื่องสำคัญ รวมถึงรูปแบบการประชุมในการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้มั่นใจว่าผู้ถือหุ้นทุกคนจะได้เข้าประชุม และได้ใช้สิทธิในการพิจารณาและลงความเห็นในเรื่องต่างๆ อย่างอิสระ และในผลการตัดสินใจลงคะแนนของผู้ถือหุ้นที่ถูกต้องเป็นธรรมและสะท้อนความต้องการของผู้ถือหุ้นที่เป็นเจ้าของบริษัท และเป็นหน้าที่ของกรรมการที่ต้องจัดบันทึกการดำเนินการประชุมและการลงมติทั้งหมดของที่ประชุมให้ถูกต้อง³¹ และเก็บรักษาไว้ที่บริษัทเพื่อให้ผู้ถือหุ้นสามารถตรวจสอบได้

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายบริษัทจะมุ่งความสำคัญให้บริษัทต้องจัดให้มีการประชุมอย่างน้อยปีละ 1 ครั้งด้วยประสงค์จะสงวนและปกป้องสิทธิของผู้ถือหุ้นไว้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนถึงแต่ “บริษัทขนาดใหญ่” รูปแบบองค์กรธุรกิจที่ผู้ถือหุ้นแทบจะไม่มีช่องทางเพื่อออกเสียงหรือแสดงบทบาทของตนในฐานะผู้ถือหุ้นได้ ดังนี้ บทบัญญัติที่บังคับให้บริษัทจำเป็นต้องจัดประชุมสามัญจึงอาจไม่สอดคล้องและเหมาะสมกับบริษัทที่มีขนาดเล็ก ในความเป็นจริงของธุรกิจสมัยใหม่ที่มีการสื่อสารและช่องทางของผู้ถือหุ้นเพื่อเข้าสูการควบคุมบริษัทสามารถทำได้ง่ายขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบริษัทเป็นบริษัทเจ้าของคนเดียว ในบริษัทขนาดเล็กเห็นได้ว่าคุณลักษณะที่ผู้ถือหุ้นจะใช้อำนาจควบคุมบริษัทที่มีความชัดเจนกว่าบริษัทที่มีขนาดใหญ่ ยิ่งบริษัทที่มีขนาดเล็กจำนวนสมาชิกยิ่งน้อย บทบาทของผู้ถือหุ้นที่มีต่อการดำเนินงานของบริษัทยิ่งมีมากขึ้น เนื่องจากสมาชิกหรือผู้ถือหุ้นมีความสัมพันธ์และเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของกิจการอย่างใกล้ชิด³² ดังนั้น กฎหมายบริษัทควรมีมาตรการกำหนดกระบวนการตัดสินใจของผู้ถือหุ้นที่เหมาะสมกับสภาพของธุรกิจในปัจจุบัน โดยเอื้ออำนวยให้บริษัทที่มีขนาดเล็กสามารถปฏิบัติตามได้ง่าย ประหยัดค่าใช้จ่ายแต่ยังคงคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นได้³³

กฎหมายบริษัทจึงอาจกำหนด “ทางเลือก” แก่บริษัทขนาดเล็กให้ไม่ต้องการประชุมผู้ถือหุ้นไว้ โดยกำหนดให้มีทางเลือกเพื่อลงคะแนนในรูปแบบอื่น เว้นแต่ผู้ถือหุ้นจะตกลงให้มีการประชุมสามัญหรือกรณีที่กฎหมายเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญเท่านั้น ดังเช่น Company Act 2006 ของอังกฤษที่กำหนดให้เป็นทางเลือกของบริษัทที่จะไม่จัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้น โดยให้ใช้รูปแบบมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเวียน (Written Resolutions) โดยให้ผู้ถือหุ้นอาจลงมติและตัดสินใจได้โดยใช้การเวียน (circulation) ได้แทน เช่นนี้ ก็จะเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายของบริษัทขนาดเล็ก หรือในกรณีของมลรัฐเดลาแวร์ (Delaware) สหรัฐอเมริกาที่กำหนดยอมรับการรวมกันของอำนาจ 2 ส่วน คือ ความเป็นเจ้าของ และความเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบริษัทตามที่กำหนด

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1207

“กรรมการต้องจัดให้จัดบันทึกการดำเนินการประชุม และข้อมติทั้งหมดของที่ประชุมผู้ถือหุ้นและของที่ประชุมกรรมการลงไว้ในสมุดโดยถูกต้อง สมุดนี้ให้เก็บรักษาไว้ ณ สำนักงานที่ได้จดทะเบียนของบริษัท บันทึกเช่นนั้นอย่างหนึ่งอย่างใด เมื่อได้ลงลายมือชื่อของผู้เป็นประธานแห่งการประชุมซึ่งได้ลงมติ หรือซึ่งได้ดำเนินการประชุมก็ดี หรือได้ลงลายมือชื่อของผู้เป็นประธานแห่งการประชุมถัดจากครั้งนั้นมาก็ดี ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นหลักฐานอันถูกต้องแห่งข้อความที่ได้จัดบันทึกลงในสมุดนั้นๆ และให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการลงมติและการดำเนินการที่ประชุมอันได้จัดบันทึกไว้วันได้เป็นไปโดยชอบ

ผู้ถือหุ้นคนใดจะขอตรวจเอกสารดังกล่าวข้างต้นในเวลาใดเวลาหนึ่งระหว่างเวลาทำการงานก็ได้”

³² DAVIES, *supra* note 4 at 283

³³ UK Company Law Reform (2005), at 30

ในมาตรา 351³⁴ ในกรณีที่บริษัทดำเนินงานโดยเฉพาะแต่ผู้ถือหุ้น เช่นนี้บริษัทไม่จำเป็นต้องจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อแต่งตั้งกรรมการ และให้ผู้ถือหุ้นนั้นมีสถานะเป็นกรรมการบริษัท รวมถึงผู้ถือหุ้นนั้นมีความรับผิดชอบผูกพันความรับผิดชอบของกรรมการบริษัทตามที่กฎหมายกำหนด

3.1.2 หุ้นเปลี่ยนมือได้ (Transferability of Shares)

คุณลักษณะที่หุ้นเปลี่ยนมือได้เป็นคุณลักษณะที่สำคัญเพื่อจูงใจให้บุคคลนำเงินมาลงทุนในบริษัท หรือจัดตั้งรูปแบบองค์กรธุรกิจในรูปแบบบริษัท โดยถือว่าคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่เป็นสาระสำคัญ นอกจากนี้เพื่อส่งเสริมให้องค์กรธุรกิจมีความยั่งยืนหรือมีอายุอย่างไม่จำกัดบริษัทก็จะต้องไม่เลิกกันด้วยเหตุความตายของผู้เป็นสมาชิก ดังเช่นห้างหุ้นส่วนที่ยึดถือคุณสมบัติของผู้เป็นหุ้นส่วนว่ามีความสำคัญต่อความผูกพันของหุ้นทั้งหลายและความดำรงอยู่ขององค์กรธุรกิจ นอกจากนี้ คุณลักษณะการจำกัดความรับผิด และการจัดการแบบรวมศูนย์ยิ่งส่งเสริมให้คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นไม่มีความสำคัญต่อบริษัท ดังเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1129 ซึ่งบัญญัติให้โดยทั่วไปหุ้นสามารถโอนกันได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของบริษัท

คุณลักษณะที่หุ้นเปลี่ยนมือได้เป็นความมุ่งหมายของกฎหมายบริษัทเพื่อให้เกิดสภาพคล่องของหุ้น กล่าวคือผู้เป็นเจ้าของหุ้นหรือผู้ถือหุ้นจะสามารถเปลี่ยนหุ้นเป็นเงินสดได้ ทำให้ส่งเสริมและจูงใจบุคคลให้ลงทุนในบริษัทมากกว่าองค์กรธุรกิจรูปแบบอื่น เช่น ห้างหุ้นส่วน เพราะหากผู้ถือหุ้นไม่ต้องการเป็นสมาชิกในบริษัทก็สามารถขายหุ้นของตนให้แก่ผู้ลงทุนที่สนใจรายอื่นเพื่อเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นแทนตนได้อย่างมีอิสระ

อย่างไรก็ดี ในบริษัทที่มีขนาดเล็กผู้ถือหุ้นต่างต้องการเข้าบริหารจัดการงานด้วยตนเอง ในสถานการณ์เช่นนี้คุณสมบัติของผู้ถือหุ้นในความเป็นจริงกลับมีความสำคัญต่อองค์กรธุรกิจ อีกทั้งบทบัญญัติกฎหมายบริษัทก็ไม่ได้ให้การรับประกันแก่ผู้ถือหุ้นให้สามารถโอนหุ้นได้อย่างเสรีในความเป็นจริง เหตุเพราะกฎหมายบริษัทเปิดช่องให้สามารถกำหนดข้อจำกัดการโอนหุ้นไว้ในข้อบังคับของบริษัท หรือในรูปสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นได้ นอกจากนี้กฎหมายบริษัทจำกัดก็ไม่ได้กำหนดให้มีตลาดทุน (capital market) อย่างบริษัทมหาชนทำให้หุ้นไม่อาจเปลี่ยนมือกันได้ในความเป็นจริง เพราะผู้ถือหุ้นไม่สามารถหาผู้สนใจซื้อหุ้นของตนเอง หรือหากหาได้ก็อาจจะขายหุ้นได้ในราคาต่ำอย่างไม่เหมาะสม ดังนั้น ในบริษัทขนาดเล็กจึงมีข้อจำกัดในการโอนหุ้นได้อย่างเสรี

³⁴ DGCL § 351 *Management by stockholders*.

“The certificate of incorporation of a close corporation may provide that the business of the corporation shall be managed by the stockholders of the corporation rather than by a board of directors. So long as this provision continues in effect:

(1) No meeting of stockholders need be called to elect directors;

(2) Unless the context clearly requires otherwise, the stockholders of the corporation shall be deemed to be directors for purposes of applying provisions of this chapter; and

(3) The stockholders of the corporation shall be subject to all liabilities of directors.

Such a provision may be inserted in the certificate of incorporation by amendment if all incorporators and subscribers or all holders of record of all of the outstanding stock, whether or not having voting power, authorize such a provision. An amendment to the certificate of incorporation to delete such a provision shall be adopted by a vote of the holders of a majority of all outstanding stock of the corporation, whether or not otherwise entitled to vote. If the certificate of incorporation contains a provision authorized by this section, the existence of such provision shall be noted conspicuously on the face or back of every stock certificate issued by such corporation.”

ตามความเป็นจริง ในทางปฏิบัติทางธุรกิจบริษัทที่มีขนาดเล็กจึงไม่กำหนดให้มีอิสระในการโอนหุ้นอย่างแท้จริงตามที่ มาตรา 1129 วรรคหนึ่งตอนท้าย กำหนดช้อยกเว้น “...เว้นแต่เมื่อเป็นหุ้นชนิดระบุชื่อลงในใบหุ้น ซึ่งข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” นั้นหมายความว่าผู้ถือหุ้นอาจตกลงให้มี “ข้อจำกัดการโอน” ด้วย หลักเสรีภาพในการทำสัญญาที่ผู้ถือหุ้นโดยตกลงไว้ใน “ข้อบังคับบริษัท” หรืออาจตกลงไว้ใน “สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น” โดยกำหนดข้อจำกัดไม่ให้ผู้ถือหุ้นโอนหุ้นบริษัท โดยกำหนดช้อยกเว้นไว้ เช่น กำหนดให้ต้องโอนขายให้แก่เฉพาะผู้ถือหุ้นเดิมก่อน (right of first refusal) หรือกำหนดให้การโอนให้บุคคลภายนอกต้องได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นเดิมก่อน ทั้งนี้ อิสระในการโอนหุ้นของบริษัทจำกัดแตกต่างจากหุ้นในบริษัทขนาดใหญ่อย่าง “บริษัทมหาชน” พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 57 “บริษัทจะกำหนดข้อจำกัดใดๆ ในการโอนหุ้นมิได้ เว้นแต่ข้อจำกัดนั้นๆ จะเป็นไปเพื่อรักษาสีทึบและผลประโยชน์ที่บริษัทจะพึงได้รับตามกฎหมายหรือเพื่อเป็นการรักษาอัตราส่วนการถือหุ้นของคนไทยกับคนต่างด้าว” กล่าวคือ หุ้นบริษัทมหาชนห้ามมีข้อจำกัดการโอน เหตุเพราะบริษัทมหาชนเป็นบริษัทขนาดใหญ่ที่ผู้ถือหุ้นจำนวนมากมีความหลากหลาย นอกจากนี้ กฎหมายยังประสงค์จะเอื้อให้เกิดสภาพคล่อง (liquidation) เพื่อส่งเสริมการลงทุนของประชาชน

ความจำกัดของการโอนหุ้นของผู้ถือหุ้นในบริษัทขนาดเล็กในอังกฤษก็เช่นเดียวกัน Company Act 2006 กำหนดให้การโอนหุ้นในบริษัทเป็นไปตามข้อบังคับของบริษัท³⁵ ซึ่งในทางปฏิบัติเป็นเรื่องปกติทั่วไปที่บริษัทมักกำหนดข้อจำกัดการโอนไว้³⁶ เพื่อผู้ถือหุ้นเดิมต้องการสงวนอำนาจการพิจารณาผู้ถือหุ้นใหม่ไว้ในสหรัฐอเมริกา ก็เช่นเดียวกัน³⁷ ที่กำหนดให้เป็นไปตามความตกลงของสมาชิกทั้งหลายในสัญญาบริหารจัดการบริษัท (operating agreement) หรือตามการลงคะแนนเสียงหรือได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกเดิม

ข้อจำกัดการโอนจึงเป็นข้อตกลงตามปกติของบริษัทขนาดเล็ก เพราะในความเป็นจริงบริษัทที่มีขนาดเล็กผู้ถือหุ้นล้วนมีบทบาทในการควบคุมกิจการ หรือไม่เป็นการยากนักที่ผู้ถือหุ้นจะมีบทบาทในการควบคุมกิจการได้ นอกจากนี้ เป็นที่เข้าใจกันดีในทางธุรกิจของเจ้าของกิจการที่จัดตั้งกิจการในรูปแบบบริษัทเพื่อต้องการประโยชน์จากการจำกัดความรับผิดและประสงค์จะมีอำนาจควบคุมกิจการดังเช่นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้ถือหุ้นในบริษัทขนาดเล็กจึงให้ความสำคัญกับคุณสมบัติของผู้ถือหุ้น หรือยึดถือว่าคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นเป็นสาระสำคัญ

³⁵ UKCA, Section 44: “Transferability of shares

(1) The shares or other interest of any member in a company are transferable in accordance with the company's articles...”

³⁶ DAVES, *supra* note 4 at 24

³⁷ 6 Del. C. § 18-704, Right of assignee to become member.

(a) An assignee of a limited liability company interest may become a member:

(1) As provided in the limited liability company agreement; or

(2) Unless otherwise provided in the limited liability company agreement, upon the affirmative vote or written consent of all of the members of the limited liability company....”

ทั้งนี้ หลักฐานของการแสดงความเป็นผู้ถือหุ้นจะปรากฏอยู่ในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้น ซึ่งนับเป็นเอกสารบริษัทที่สำคัญอันหนึ่งที่จัดบันทึกเกี่ยวกับหุ้นและผู้ถือหุ้นของบริษัท และเป็นหน้าที่ของกรรมการ³⁸ ที่จะต้องจัดให้มีและรักษาไว้ที่บริษัทเพื่อให้ผู้ถือหุ้นสามารถตรวจสอบได้³⁹ นอกจากนี้ที่สมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นจะมีความสำคัญต่อผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง และบุคคลต่างๆ ในบริษัท เช่น กรรมการ ลูกจ้าง แต่ยังคงมีความสำคัญต่อบุคคลภายนอกบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เจ้าหนี้ หรือคู่สัญญา เพื่อตรวจสอบและใช้เป็นข้อมูลเพื่อตัดสินใจเข้าทำธุรกรรมด้วย แม้ว่าสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นจะมีลักษณะเป็นเหมือนเอกสารภายในบริษัท แต่กฎหมายก็กำหนดให้กรรมการบริษัทต้องส่งสำเนาบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นให้นายทะเบียนอย่างน้อยปีละครั้ง⁴⁰ ภายหลังจากการประชุมสามัญ ดังนี้ รายชื่อผู้ถือหุ้นจึงถือเป็นข้อมูลสาธารณะที่เจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่นจะสามารถตรวจสอบได้แม้ว่าจะไม่เป็นข้อมูลล่าสุดที่เจ้าหนี้หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องต้องการ ณ ขณะนั้น

ทั้งนี้ สำหรับบริษัทเจ้าของคนเดียวที่ผู้ถือหุ้นมีแนวโน้มมีอำนาจควบคุมกิจการเองทั้งหมด จึงอาจมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมเรื่องการโอนหุ้นของผู้ถือหุ้นรายเดียวนั้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการมีข้อจำกัดการโอนที่ควรกำหนดไว้เป็นหลักหรือไม่ เนื่องจากที่กล่าวมาข้างต้นด้วยทางปฏิบัติที่บริษัทขนาดเล็กคุณสมบัติของผู้ถือหุ้นเป็นสาระสำคัญ ซึ่งไม่จำกัดเฉพาะแค่ต่อผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง (ในกรณีผู้ถือหุ้นหลายคน) แต่รวมถึงต่อเจ้าหนี้ หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่นที่เข้าทำธุรกรรมด้วยยึดถือตัวผู้ถือหุ้นเป็นสาระสำคัญ แต่การมีบทบัญญัติเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดการบิดเบือนคุณลักษณะความเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากเป็นผู้ถือหุ้นได้ เพราะธุรกรรมต่างๆ เจ้าหนี้เข้าทำเป็นธุรกรรมที่ทำกับ “บริษัท” ในฐานะคู่สัญญาไม่ใช่ตัวผู้ถือหุ้น ดังนั้น หากผู้ถือหุ้นคนเดียวนั้นถอนตัวจากการเป็นผู้ถือหุ้น โดยหลักของกฎหมายบริษัทสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญานั้นก็ได้ติดตามไปกับผู้ถือหุ้นเดิมนั้นแต่ยังคงอยู่ที่ตัวบริษัทนั้นอยู่เอง แต่หากต้องการให้ผู้ถือหุ้นคนเดียวนั้นเองผูกพันกับธุรกรรมดังกล่าว คู่สัญญาที่อาจเรียกร้องให้ผู้ถือหุ้นคนเดียวนั้นเองเข้าผูกพันสัญญาในฐานะส่วนตัวด้วยก็ได้ภายใต้หลักเสรีภาพการทำสัญญา

อย่างไรก็ดี อาจมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมอีกประการหนึ่งเมื่อการเปลี่ยนแปลงกรรมการในบริษัทจำกัดต้องมีการจดทะเบียนการเปลี่ยนแปลงแก้ไขต่อนายทะเบียนภายใน 14 วันนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลง⁴¹ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของผู้ถือหุ้นที่ไม่ต้องมีการจดทะเบียนการเปลี่ยนแปลงต่อนายทะเบียน ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายถือว่ากรรมการเป็นผู้มีอำนาจควบคุมจัดการ กรรมการเป็นผู้แทนของบริษัท สามารถแสดงเจตนาแทนบริษัทได้ ความเป็นกรรมการจึงมีความสำคัญต่อบุคคลภายนอกที่จะเข้าทำธุรกรรมกับบริษัท ในขณะที่บริษัทเจ้าของคนเดียวที่ผู้ถือหุ้นนั้นอาจมี

³⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 (2) “กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันในประการต่างๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ (2) จัดให้มีและรักษาไว้ให้เรียบร้อย ซึ่งบรรดาสมุดบัญชีและเอกสารที่กฎหมายกำหนดไว้”

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1139 วรรคหนึ่ง “สมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นเริ่มแต่วันจดทะเบียนบริษัทนั้นให้รักษาไว้ ณ สำนักงานของบริษัทแห่งที่ได้จดทะเบียนไว้ สมุดทะเบียนนี้ให้เปิดให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายดูได้ในระหว่างเวลาทำการโดยไม่เรียกค่าธรรมเนียมอย่างหนึ่งอย่างใด แต่กรรมการจะจำกัดเวลาลงไว้อย่างไรพอสมควรก็ได้ หากไม่น้อยกว่าวันละสองชั่วโมง”

⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1139 วรรคสอง “ให้เป็นหน้าที่ของกรรมการที่จะส่งสำเนาบัญชีรายชื่อผู้ที่ยังคงเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ทั้งหมด

ในเวลาประชุม และรายชื่อผู้ที่ขาดจากเป็นผู้ถือหุ้นจำเดิมแต่วันประชุมสามัญครั้งที่แล้วมานั้น ไปยังนายทะเบียนอย่างน้อยปีละครั้ง และมีให้ข้ากว่าวันที่สิบสิ้นแต่การประชุมสามัญ บัญชีรายชื่อนี้ให้มีรายการบรรดาที่ระบุไว้ในมาตราก่อนนั้นทุกประการ”

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1157 “เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงกรรมการ ให้บริษัทนำความไปจดทะเบียนภายในสิบวันนับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลง”

อำนาจควบคุมกิจการได้เอง หรือแม้ไม่เป็นกรรมการเองแต่ก็สามารถใช้อำนาจควบคุมกิจการได้เบ็ดเสร็จเด็ดขาดทันทีที่เพราะไม่ต้องแบ่งอำนาจนั้นกับผู้ถือหุ้นรายอื่น หรือต้องรับฟังความเห็นหรือข้อโต้แย้งของผู้ถือหุ้นรายอื่น ดังนั้นสาระสำคัญของการเป็นผู้ถือหุ้นในกรณีบริษัทเจ้าของคนเดียวจึงสำคัญต่อบุคคลภายนอกเช่นเดียวกับความเป็นกรรมการของบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นหลายคน ดังนั้น ในบริษัทเจ้าของคนเดียวหากมีการแจ้งการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นรายเดียวนั้นต่อนายทะเบียนก็อาจช่วยผ่อนคลายความกังวลของเจ้าหนี้ คู่สัญญา หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่นถึงความเปลี่ยนแปลงอันเป็นสาระสำคัญของบริษัทที่ตนเป็นคู่สัญญาหรือจะได้รับผลกระทบต่อบริษัทได้

แนวคิดของบทบัญญัติในกฎหมายบริษัทดั้งเดิมสะท้อนมาจากทฤษฎีองค์กรธุรกิจที่อธิบายว่าเหตุใดบุคคลจึงดำเนินธุรกิจในรูปแบบขององค์กรและเหตุใดการดำเนินธุรกิจในรูปแบบขององค์กรธุรกิจเป็นรูปแบบที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลาย ซึ่งทฤษฎีองค์กรธุรกิจนั้นได้ให้ข้อเสนอนี้เกี่ยวกับตลาดทุนซึ่งมีผลโดยตรงต่อการจัดโครงสร้างขององค์กร ตลาดที่มีความสำคัญต่อบริษัทมหาชน (public company) คือ ตลาดทุน ซึ่งการจัดตั้งองค์กรเพื่อดำเนินกิจการในรูปแบบขององค์กรธุรกิจจะทำให้กิจการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายและเพื่อจูงใจให้เงินทุนเข้าสู่กิจการจึงต้องกำหนดคุณลักษณะให้ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดและการโอนหุ้นได้อย่างอิสระ⁴² ดังนั้น จะเห็นได้ว่าคุณลักษณะของบริษัทที่เห็นได้จากกฎหมายบริษัททั้ง 5 ประการข้างต้นเป็นคุณสมบัติที่จำเป็นต่อบริษัทที่มีขนาดใหญ่ในทางปฏิบัติของธุรกิจ กล่าวคือบริษัทที่มีขนาดใหญ่จะประกอบไปด้วยจำนวนผู้ถือหุ้นที่มีจำนวนมาก คณะกรรมการบริษัทที่แตกต่างจากจากผู้ถือหุ้น ทุนของบริษัทที่ใช้ในการดำเนินงานของบริษัทได้รับจากผู้ถือหุ้นโดยการซื้อหุ้นที่บริษัทออกให้ ซึ่งผู้ถือหุ้นก็มีแนวโน้มจะลงทุนในบริษัทมากกว่าผู้ถือหุ้นจะสามารถ “จำกัดความรับผิด” และ “หุ้นเปลี่ยนมือได้” กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นสามารถโอนหุ้นได้อย่างอิสระ รวมถึงการมี “อำนาจควบคุม” บริษัท นอกจากนี้ ความจำเป็นต้องใช้ “การจัดการแบบรวมศูนย์” เพื่อความมีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการงานของบริษัท อย่างไรก็ตาม ในบริษัทที่มี “ขนาดเล็ก” ที่จำนวนผู้ถือหุ้นน้อย และผู้ถือหุ้นนั้นต่างคาดหวังจะใช้อำนาจควบคุมจัดการบริษัทด้วยตนเองอาจไม่จำเป็นต้องประกอบด้วยคุณลักษณะครบทั้ง 5 ประการดังที่กล่าวมา

ดังนั้น บทบัญญัติของบริษัทขนาดเล็กจึงจำเป็นต้องอยู่ภายใต้แนวคิด “คิดเล็กก่อน” (Think Small First Approach) โดยปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายบริษัทดั้งเดิมเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของ “บริษัทขนาดเล็ก” และเพื่อเป้าประสงค์ต่อตัว “บริษัทขนาดเล็ก” อย่างแท้จริง⁴³

3.2 แนวคิด “คิดเล็กก่อน” (Think Small First Approach)

แนวคิด “คิดเล็กก่อน” เกิดขึ้นเมื่อครั้งที่อังกฤษมีการปฏิรูปกฎหมายบริษัท (UK Company Act 2006) เพื่อปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายที่ล้าสมัยและเป็นอุปสรรคต่อการทำธุรกิจในยุคสมัยปัจจุบัน ทั้งนี้ 1 ในเป้าหมายที่สำคัญ คือ เพื่อให้มีกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมและเป็นไปตามแนวคิด “คิดเล็กก่อน” เนื่องจากกฎหมายบริษัทผู้ร่างกฎหมายมุ่งให้มีบทบัญญัติเพื่อกำกับบริษัทมหาชน ในขณะที่บริษัทที่จัดตั้งขึ้นส่วนใหญ่กลับเป็นบริษัท

⁴² Roberta Romano, *Theory of the Firm and Capital Markets*, in FOUNDATIONS OF CORPORATE LAW 1-3 (Roberta Romano ed., 1993).

⁴³ DAVIES, *supra* note 4 at 284

ขนาดเล็ก ดังนั้น จึงควรให้กฎหมายบริษัทมีความสอดคล้องกับบริษัทขนาดเล็ก⁴⁴ โดยให้กฎหมายง่ายต่อความเข้าใจ และการปฏิบัติตาม เพื่อหลีกเลี่ยงต้นทุนที่จะเกิดแก่บริษัทขนาดเล็กอันเกิดจากความสับสน ความไม่เข้าใจ การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย โดยคณะกรรมการกร่างกฎหมายจึงแบ่งข้อพิจารณาสำหรับบริษัทขนาดเล็ก (โดยขอยกเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับบทความนี้) ดังนี้⁴⁵

(1) **มติที่ประชุมและการประชุมผู้ถือหุ้น** (Resolution and Meetings) คือ การมุ่งปรับปรุงกฎหมาย เรื่องการประชุมผู้ถือหุ้นให้ง่าย เหมาะสมในทางธุรกิจ แต่ยังคงมีเงื่อนไขเรื่องการเผยแพร่ต่อสาธารณะด้วย

- การประชุมผู้ถือหุ้นสามัญ (General Meeting) กฎหมายควรเปิดโอกาสให้บริษัทขนาดเล็ก เลือกไม่จัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นสามัญได้ เว้นแต่ผู้ถือหุ้นจะตกลงให้มีการประชุม

- มติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเขียน (Written Resolutions) กฎหมายได้เปิดโอกาสให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้น สามารถตัดสินใจได้ด้วยความเร็วและมีประสิทธิภาพไม่จำเป็นต้องจัดการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อตัดสินใจในเรื่อง หนึ่งๆ แต่ให้ผู้ถือหุ้นอาจลงมติและตัดสินใจได้โดยใช้การเวียน (circulation) ได้แทน

(2) **รายงานและบัญชี** (Reports and Accounts) กฎหมายบริษัทเดิมที่กำหนดเรื่องการรายงาน และบัญชีมีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับให้ความเปิดเผยและโปร่งใสต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทที่มีจำนวนมากซึ่งหมายถึง บริษัทมหาชน แม้ว่าบทบัญญัติจะมีวัตถุประสงค์เช่นนั้นแต่บทบัญญัติกลับไม่มีความเหมาะสมกับบริษัทเอกชน ที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนน้อยซึ่งทำให้บริษัทเอกชนที่มีขนาดเล็กกว่าต้องรับภาระการดำเนินการตามเงื่อนไขและขั้นตอน ของกฎหมาย ดังนั้น กฎหมายบริษัทควรแยกบทบัญญัติเพื่อกำกับดูแลรายงานและบัญชีของบริษัทที่มีขนาด แตกต่างกันออกจากกันเพื่อลดภาระของบริษัทขนาดเล็กลง ดังนั้น กฎหมายบริษัทจึงกำหนดรูปแบบและหน้าที่ ของบริษัทในแต่ละรูปแบบให้แตกต่างกัน โดยคำนึงถึง “ขนาดของบริษัท” โดยแบ่งแยกออกเป็น 1) บริษัทขนาดเล็ก 2) บริษัทขนาดกลาง 3) บริษัทขนาดใหญ่ ทั้งนี้โดยพิจารณาจาก 1) ยอดขาย (turnover) 2) งบดุล (balance sheet) 3) จำนวนลูกจ้าง โดยบริษัทที่มีขนาดเล็กจะมีภาระหน้าที่เพื่อจัดทำและส่งงบการเงินที่มีความละเอียด น้อยกว่าบริษัทขนาดกลางและขนาดใหญ่ และอาจได้รับยกเว้นการสอบบัญชี

นอกจากนี้ ในระดับความร่วมมือระหว่างประเทศคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ ของสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL) เล็งเห็นถึง ความสำคัญที่ต้องสร้างสภาพแวดล้อมเพื่อเอื้อแก่กิจการขนาดกลางและขนาดเล็กจนถึงเล็กมาก (Micro, Small and Medium-Sized Enterprises-MSMEs) โดยจัดทำร่างกฎหมายแม่แบบเพื่อการจัดตั้งองค์กรธุรกิจขนาดกลาง และขนาดย่อมอย่างง่าย (Micro, Small and Medium-Sized Enterprises Draft Model Law on a Simplified Business Entity)⁴⁶ ด้วยเห็นว่ารูปแบบการจดทะเบียนกิจการเมื่อเป็นที่ยอมรับในระดับสากล จะช่วยส่งเสริมการค้าขายข้ามแดนในตลาดระดับภูมิภาคของกิจการขนาดกลางและขนาดย่อม⁴⁷

⁴⁴ กฎหมายบริษัทของอังกฤษไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับบริษัทเจ้าของคนเดียว โดยเพียงกำหนดให้บริษัทจัดตั้งได้โดยบุคคลตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป

⁴⁵ ข้อพิจารณาตามรายงานปกขาว (White Paper) มี 17 เรื่อง แต่ในบทความนี้จะหยิบยกมาเพียงบางเรื่องที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

⁴⁶ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, WORKING GROUP I (MSMEs), MICRO, SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES-DRAFT MODEL LAW ON A SIMPLIFIED BUSINESS ENTITY (2015)

⁴⁷ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, WORKING GROUP I (MSMEs), MICRO, SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES-FEATURES OF SIMPLIFIED BUSINESS INCORPORATION REGIMES (2013)

รูปแบบองค์กรธุรกิจใหม่ตามกฎหมายแม่แบบนี้ผสมผสานกฎหมายห้างหุ้นส่วนและบริษัทเพื่อให้รูปแบบองค์กรธุรกิจใหม่มีความยืดหยุ่นและเข้าถึงกิจการต่างๆ ทุกขนาด⁴⁸ เพื่อให้กิจการขนาดกลางและขนาดเล็กสามารถแข่งขันได้กับกิจการที่ขนาดใหญ่กว่า ทั้งนี้ รูปแบบบริษัทอย่างง่ายยังคงมีคุณลักษณะพื้นฐานที่สำคัญ 3 ประการ ประกอบไปด้วย (1) คุณลักษณะของห้างหุ้นส่วนที่ส่งเสริมให้การดำเนินงานง่ายและมีความยืดหยุ่นเนื่องจากกฎเกณฑ์ที่เป็นภาระมีน้อยกว่าบริษัท (2) การจำกัดความรับผิดของผู้เป็นเจ้าของบริษัท และ (3) รูปแบบและการจดทะเบียนที่ง่ายและไม่ซับซ้อน ทั้งนี้ คุณลักษณะดังกล่าวจะช่วยให้กิจการขนาดกลางและขนาดเล็กมีการแยกทรัพย์สินส่วนตัวออกจากสินทรัพย์ของกิจการ และเปิดโอกาสให้มีการตกลงเพื่อบริหารจัดการกิจการได้ภายใต้หลักอิสระแห่งการทำสัญญา (freedom of contract) และที่สำคัญคือกฎหมายจัดตั้งบริษัทที่เหมาะสมจะเป็นกฎเกณฑ์มาตรฐาน (default provisions) เพื่ออุดช่องว่างให้กับกฎเกณฑ์ที่ผู้ก่อตั้งกิจการได้กำหนดไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกิจการขนาดเล็กมาก หรือผู้ก่อตั้งกิจการที่มีประสบการณ์น้อย

4. ข้อพิจารณาการจัดตั้งบริษัทจำกัดเจ้าของคนเดียวในประเทศไทย

คุณลักษณะพื้นฐานทั้ง 5 ประการนั้นจะมีครบถ้วนในบริษัทขนาดใหญ่ที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนมาก มีการแบ่งแยกของกลุ่มเจ้าของกิจการและกลุ่มกรรมการที่มีอำนาจควบคุม โดยเงินทุนของบริษัทส่วนใหญ่เกิดจากการลงทุนของผู้ถือหุ้นในรูปแบบของการซื้อหุ้นของบริษัท โดยผู้ถือหุ้นมีแรงจูงใจจะลงทุนในบริษัทด้วยราคาที่ไม่สูงมากนัก หากผู้ถือหุ้นจะได้รับประโยชน์จากการจำกัดความรับผิดและสามารถโอนจำหน่ายหุ้นได้อย่างอิสระ พร้อมทั้งสามารถควบคุมบริษัทได้โดยวิธีผ่านการประชุมผู้ถือหุ้น การแบ่งแยกอำนาจควบคุมให้เป็นของคณะกรรมการในบริษัทขนาดใหญ่เช่นนี้ก็เพื่อประสิทธิภาพของการบริหารจัดการงานบริษัท อย่างไรก็ตาม บริษัทในรูปแบบอื่นที่ขนาดแตกต่างออกไปอย่างบริษัทขนาดเล็ก หรือบริษัทที่มีเจ้าของเพียงคนเดียวในความเป็นจริงก็ไม่จำเป็นต้องมีหรือไม่มีคุณลักษณะครบทั้ง 5 ประการ ตามที่กฎหมายบริษัทกำหนดไว้ การที่กฎหมายบริษัทกำหนดให้มีเงื่อนไข กระบวนการต่างๆ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลายก็อาจไม่สมประสงค์มากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจก่อให้เกิดภาระค่าใช้จ่ายแก่บริษัทมาก

จากการศึกษากฎหมายบริษัทของประเทศต่างๆ ตลอดจนร่างกฎหมายแม่แบบเพื่อการจัดตั้งองค์กรธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมอย่างง่ายของ UNCITRAL ที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดเล็กน้อยและสนับสนุนให้มีการจัดตั้งบริษัทได้ด้วยบุคคลเพียงคนเดียวโดยมีบทบัญญัติเพื่อการจัดตั้งบริษัทที่คำนึงถึงกิจการที่ขนาดเล็กที่สุดเป็นที่ตั้ง แม้ว่ากฎหมายดังกล่าวจะกำหนดจำนวนขั้นต่ำของผู้ถือหุ้นคือ 1 คน แต่คุณลักษณะพื้นฐานที่สำคัญที่อาจแตกต่างไปจากบริษัทขนาดใหญ่สำหรับบริษัทเจ้าของคนเดียว (รวมถึงบริษัทขนาดเล็ก) คือ

(1) **การจัดการแบบรวมศูนย์** ในทางธุรกิจบริษัทขนาดเล็กผู้ถือหุ้นไม่ประสงค์จะแต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นกรรมการผู้ถือหุ้นมักต้องการมีอำนาจบริหารจัดการเอง ดังนั้นผู้ถือหุ้นและกรรมการจึงเป็นบุคคลเดียวกันตามความเป็นจริง การตัดสินใจของกรรมการก็คือการตัดสินใจของผู้ถือหุ้น ดังนั้น กฎหมายจึงไม่ควรบังคับให้ผู้ถือหุ้นต้องเลือกกรรมการ หรือกำหนดให้การดำเนินงานเป็นอำนาจของเฉพาะกรรมการเท่านั้น

⁴⁸ *Id.*

(2) **การควบคุมโดยผู้ถือหุ้น** กฎหมายที่กำหนดให้บริษัทจำเป็นต้องจัดประชุมสามัญอาจไม่สอดคล้องและเหมาะสมกับบริษัทที่มีขนาดเล็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัทเจ้าของคนเดียว เพราะคุณลักษณะที่ผู้ถือหุ้นจะใช้อำนาจควบคุมบริษัทมีความชัดเจนกว่าบริษัทที่มีขนาดใหญ่ เพราะผู้ถือหุ้นนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมกิจการเอง ดังนั้น บทบัญญัติสำหรับการจัดตั้งบริษัทเจ้าของคนเดียวจึงควรมีมาตรการกำหนดกระบวนการตัดสินใจของผู้ถือหุ้นที่เหมาะสมกับสภาพของธุรกิจในปัจจุบัน โดยเอื้ออำนวยให้บริษัทที่มีขนาดเล็กสามารถปฏิบัติตามได้ง่าย ประหยัดค่าใช้จ่ายแต่ยังคงคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นและผู้มีส่วนได้เสียอื่นที่ต้องการรู้ถึงสถานะความมั่นคงของบริษัท เช่น กำหนดให้ไม่จำเป็นต้องมีการประชุมผู้ถือหุ้น ก็จะเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายของบริษัท

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของธุรกิจ ในเศรษฐกิจแบ่งปัน: ศึกษากรณีธุรกิจให้บริการส่งของ ผ่านแอปพลิเคชัน¹

Legal Problems on Civil Liability of the Business in the Sharing Economy: A Case Study of the Delivery Service Business Using an Application

สิริกัญญา โขวิไลกุล*

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ksirikanya@hotmail.com

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปัน โดยมุ่งเน้นธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเป็นกรณีศึกษา โดยนำเสนอแนวคิดของเศรษฐกิจแบ่งปันและลักษณะธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปัน การดำเนินธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันในประเทศไทย และพิจารณาความสัมพันธ์ของผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันประกอบกับกฎหมายที่ใช้อยู่ในประเทศไทยปัจจุบัน จากนั้นก็วิเคราะห์ความรับผิดทางแพ่งเมื่อเกิดความเสียหายจากการให้บริการ

จากการศึกษาพบว่า การให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเป็นธุรกิจรูปแบบใหม่ที่มีการดำเนินการบนดิจิทัลแพลตฟอร์ม ทำให้ยังไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนในการดูแลควบคุมกำกับ นิติสัมพันธ์ของผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันจึงเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องสัญญา และเมื่อเกิดความเสียหายใดๆ จากการให้บริการดังกล่าวจะเรียกให้รับผิดชอบตามหลักกฎหมายแพ่งทั่วไปเรื่องละเมิด นอกจากนี้ ผู้ใช้บริการสามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคและฟ้องคดีผู้บริโภคได้ตามหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค

ข้อเสนอแนะในบทความวิจัยนี้ คือ ในอนาคตควรมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อรองรับธุรกิจอินเทอร์เน็ตในเศรษฐกิจแบ่งปัน โดยเฉพาะการกำหนดหน้าที่ความรับผิดของผู้ให้บริการและบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจไว้อย่างเฉพาะและชัดเจน

¹ บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยเรื่อง “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปัน: ศึกษากรณีธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน” ได้รับทุนอุดหนุนโครงการวิจัยคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, M.C.L. University of Michigan Law School ประเทศสหรัฐอเมริกา, L.L.M. Georgetown University Law Center ประเทศสหรัฐอเมริกา, J.S.D. Washington University in St. Louis School of Law ประเทศสหรัฐอเมริกา

Abstract

This journal paper is based on the research project which the purpose of the study is to analyze legal problems on civil liability of the business in the sharing economy focusing on the delivery service business using an application. The paper explains a concept of the sharing economy and types of businesses in the sharing economy, and demonstrates business practices of the delivery service using an application in Thailand. It, afterwards, examines a legal relationship among people involving in the delivery service business using an application and analyzes issues on civil liability when there are damages occurred from such business.

The study concludes that the delivery service business using an application is a new form of business operating via a digital platform, so it does not fit into any particular regulatory structures. Therefore, it finds that the legal relationship of people in the delivery service business using an application is formed under the general principle of the contract law. Furthermore, when there are damages occurred during giving the service, the tort claim could be adopted in order to compensate an injured person. Besides, a user is able to get a protection from the consumer protection law and files a consumer case under the consumer case procedure law.

The journal paper recommends that there probably be regulations implemented for the era of the internet business of the sharing economy in the near future – especially, the new and precise implementation on obligations and liabilities of the provider and the company.

บทนำ

เศรษฐกิจแบ่งปันหรือที่รู้จักกันในทางสากลว่า “Sharing Economy” เป็นระบบเศรษฐกิจที่ส่งเสริมธุรกิจรูปแบบใหม่โดยมีเป้าหมายให้มีการแบ่งปันการใช้ทรัพย์สิน แลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการจากทรัพยากรที่ไม่ได้ใช้ระหว่างกลุ่มบุคคลผ่านดิจิทัลแพลตฟอร์ม (Digital platform) รูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นทางอินเทอร์เน็ตหรือแอปพลิเคชัน (Application) ซึ่งการทำธุรกิจรูปแบบดังกล่าวมักเรียกว่า peer-to-peer business โดยลักษณะเศรษฐกิจแบบแบ่งปันสะท้อนให้เห็นถึงการเปลี่ยนผ่านจากการดำเนินธุรกิจในรูปแบบดั้งเดิมที่อาศัยการตั้งหน้าร้านและจำกัดเพียงการซื้อขายไปมาเป็นการดำเนินธุรกิจรูปแบบใหม่ซึ่งมีบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจ (Company) เป็นเพียงแพลตฟอร์มหรือตลาดกลาง (Platform/Marketplace) ที่ไม่จำเป็นต้องมีสินค้าเป็นของตนเอง แต่จะทำหน้าที่ให้บริการโดยนำผู้ให้บริการ (Provider/Entrepreneur) มาพบกับผู้ใช้บริการ (User/Consumer) ผ่านดิจิทัลแพลตฟอร์ม ทำให้สามารถกระจายทรัพยากรที่มีอยู่แล้วด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยนหรือเช่า

ทั้งนี้ แนวคิดเศรษฐกิจแบ่งปันได้รับการยอมรับมากขึ้นเรื่อยๆ ว่าจะส่งผลดีกับการเติบโตทางเศรษฐกิจและสวัสดิการสังคมโดยจะกระตุ้นการบริโภคแบบใหม่ เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า เป็นการแบ่งปันสินค้าและบริการร่วมกันระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการโดยตรง ในขณะเดียวกัน สามารถลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทางตลาดที่ไม่ผ่านคนกลาง เปิดโอกาสให้เกิดผู้ประกอบการรายใหม่และเพิ่มทางเลือกในการสร้างรายได้ เพิ่มผลผลิตและสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ เข้าสู่ตลาดมากขึ้น อย่างไรก็ตาม “ธุรกิจอินเทอร์เน็ต” (Internet business) ในเศรษฐกิจแบ่งปันเป็นปรากฏการณ์ใหม่ทางเศรษฐกิจที่ดำเนินกิจการนอกขอบเขตของกฎหมาย กล่าวคือ โครงสร้างของกฎหมายหลายๆ ประเทศรวมถึงกฎหมายของประเทศไทยไม่มีความชัดเจนในการรองรับธุรกิจประเภทนี้ ซึ่งปัจจุบันรัฐบาลก็ยังพยายามศึกษาหาคำตอบว่าธุรกิจเศรษฐกิจแบ่งปันมีกระบวนการดำเนินงานอย่างไร อีกทั้งไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนในการดูแลควบคุมกำกับ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ได้แก่ ปัญหาเรื่องความรับผิด ความปลอดภัยและการคุ้มครองผู้บริโภค ความขัดแย้งเรื่องแรงงาน ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การแข่งขันและการผูกขาดตลาด การเลือกปฏิบัติ ฯลฯ

สำหรับประเทศไทย ธุรกิจเศรษฐกิจแบ่งปันที่คนไทยรู้จักดี คือ Uber และ Airbnb และธุรกิจที่ได้รับความนิยมมากในปัจจุบัน คือ ธุรกิจให้บริการส่งของ (Delivery service) ผ่านแอปพลิเคชันเพราะสร้างความสะดวกรวดเร็ว แอปพลิเคชันที่ให้บริการดังกล่าวในกรุงเทพมหานคร เช่น LINE MAN, Lalamove, Alpha, Grab ฯลฯ โดยบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจด้วยแอปพลิเคชันจะเป็นคนกลางให้ผู้ให้บริการส่งค่าขอรับบริการไปยังผู้ให้บริการซึ่งปกติจะเป็นบุคคลทั่วไปที่นำรถส่วนตัวมาให้บริการส่งของในเวลาว่าง แล้วผู้ให้บริการก็จะส่งค่าตอบแทนกลับมายังผู้ให้บริการนั้น เกิดการจับคู่ผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการให้เข้าทำธุรกรรมกันได้โดยตรง ผู้ให้บริการก็จะจัดบริการนำส่งของไปส่งให้แก่ผู้ให้บริการหรืออาจจะจัดส่งไปยังผู้รับของอีกรายที่รออยู่ ณ จุดหมายปลายทางตามที่ผู้ให้บริการระบุไว้ ซึ่งการเรียกใช้บริการส่งของดังกล่าวอาจเกิดกรณีที่ผู้ให้บริการส่งของตามคำขอรับบริการผ่านบริษัทแอปพลิเคชันแล้ว ขณะให้บริการส่งของได้ขับรถยนต์ได้รับบาดเจ็บเสียหาย ผู้ได้รับบาดเจ็บจะเรียกให้บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจอย่าง LINE MAN หรือ Alpha มาร่วมรับผิดชอบในการกระทำของผู้ให้บริการได้หรือไม่ หรือระหว่างที่ให้บริการส่งของ ผู้ให้บริการทำให้ทรัพย์สินสูญหายหรือเสียหายหรือเกิดความล่าช้า ผู้ใดจะต้องรับผิดชอบในความสูญหายหรือเสียหายหรือความล่าช้าที่เกิดขึ้นบ้าง

เมื่อพิจารณาถึงความผิดพลาดและความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเห็นว่าแท้จริงแล้วความผิดพลาดและความเสียหายเหล่านี้เป็นเรื่องที่ทุกบริษัทต้องเผชิญในทุกประเภทธุรกิจ แต่ด้วยเหตุที่บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปันตั้งอยู่บนดิจิทัลแพลตฟอร์มจึงนำมาซึ่งประเด็นปัญหาใหม่ คือ เมื่อเกิดความเสียหาย ผู้ใช้บริการหรือผู้เสียหายจะเรียกร้องให้ผู้ให้บริการรับผิดชอบ แต่การที่ผู้ให้บริการนำรถส่วนตัวมาให้บริการส่งของผ่านบริษัทแอปพลิเคชันในช่วงเวลาว่างโดยไม่ได้ทำการส่งของเป็นปกติทางการค้าของตน ทำให้ผู้ให้บริการไม่มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนที่มีหน้าที่ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น นอกจากนั้น ผู้ใช้บริการหรือผู้เสียหายจะเรียกร้องให้บริษัทผู้ประกอบการรับผิดชอบโดยอ้างว่าบริษัทผู้ประกอบการเป็นนายจ้างหรือเป็นผู้จัดหาผู้ให้บริการแต่ละรายในการคัดเลือกผู้เข้าร่วมให้บริการ จึงมีส่วนต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบริษัทผู้ประกอบการประเภทนี้ดำเนินการต่างไปจากแนวปฏิบัติของธุรกิจดั้งเดิมและนอกขอบเขตของกฎหมายที่ใช้ในปัจจุบัน บริษัทฯ สามารถอ้างได้ว่าตนเป็นเพียงแพลตฟอร์มในการจับคู่ให้ผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการมาพบและทำธุรกิจกันเท่านั้น แต่ไม่ใช่ผู้ให้บริการโดยตรง จึงไม่มีความรับผิดชอบ

บทความวิจัยนี้นำเสนอผลการวิจัยเรื่องปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของธุรกิจเศรษฐกิจแบ่งปันโดยมุ่งเน้นธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเป็นกรณีศึกษา โดยจะนำเสนอแนวคิดของเศรษฐกิจแบ่งปันและลักษณะธุรกิจเศรษฐกิจแบ่งปัน การดำเนินธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันในประเทศไทย จากนั้นจะพิจารณานิติสัมพันธ์ของผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันประกอบกับกฎหมายที่ใช้ในประเทศไทยปัจจุบัน ตลอดจนวิเคราะห์ความรับผิดทางแพ่งเมื่อเกิดความเสียหายจากการให้บริการฯ พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งสำหรับธุรกิจเศรษฐกิจแบ่งปันเพื่อลดใช้เยียวยาผู้เสียหายและคุ้มครองผู้ให้บริการต่อไป

1. แนวคิดของเศรษฐกิจแบ่งปันและลักษณะธุรกิจเศรษฐกิจแบ่งปัน

1.1 แนวคิดของระบบเศรษฐกิจแบ่งปัน

คำว่า “เศรษฐกิจแบ่งปัน” หรือ “Sharing Economy” เริ่มใช้ในปี ค.ศ. 2008 โดยถูกสร้างมาบนหลักการของ “ใช้” และ การ “แบ่งปัน” สินค้าและบริการระหว่างบุคคล ซึ่งแตกต่างจากรูปแบบตลาดดั้งเดิมที่ตั้งอยู่บนหลักความเป็น “เจ้าของ” ในสินค้า กล่าวได้ว่าแนวคิดนี้เป็นการแสดงถึง การบริโภคร่วมกันหลายฝ่าย (Collaborative consumption) ผ่านกิจกรรมการ “แบ่งปัน” “แลกเปลี่ยน” “เช่าทรัพยากร” โดยไม่ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือสินค้า²

หลักการของเศรษฐกิจแบ่งปันไม่ใช่เรื่องใหม่เนื่องจากแท้จริงก็คือ การแบ่งปันทรัพยากรซึ่งอาจเกิดภายในขอบเขตดังนี้ 1) ธุรกิจสู่ธุรกิจ (Business-to-Business: B2B) เช่น แบ่งปันเครื่องมือเครื่องจักรทางการเกษตรหรือป่าไม้ 2) ธุรกิจสู่ผู้บริโภค (Business-to-Consumer: B2C) เช่น การเช่ารถยนต์, การเช่าอุปกรณ์เล่นสกีหรือวีสกี, การให้บริการตนเองในการซักผ้า 3) ผู้บริโภคสู่ผู้บริโภค (Consumer-to-Consumer: C2C) เช่น

² Thomas Puschmann and Rainer Alt, *Sharing Economy* [online], 2016. available at <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12599-015-0420-2.pdf>

การแบ่งปันห้องพักรับพักรวสำหรับนักท่องเที่ยว การให้ยืมเครื่องตัดหญ้าที่เจ้าของใช้เพียงเดือนละครั้ง ซึ่งทำให้เกิดรูปแบบธุรกิจแนวใหม่ในปัจจุบัน³

Vanessa Katz ได้อธิบายแนวคิดของระบบเศรษฐกิจแบ่งปันไว้ในเรื่อง REGULATING THE SHARING ECONOMY ใน Berkeley Technology Law Journal ดังนี้

ไม่มีคำจำกัดความที่ชัดเจนสำหรับ “เศรษฐกิจแบ่งปัน” มีการใช้คำว่า “แบ่งปัน” สืบเนื่องจากการแบ่งปันสินค้าและผลผลิตทำให้เกิด “การบริโภคร่วมกัน (Collaborative consumption)” อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อถกเถียงว่า “แบ่งปัน” ไม่ใช่คำอธิบายที่ถูกต้องนักสำหรับรูปแบบการให้บริการในลักษณะ peer-to-peer เพราะความจริงมีการทำธุรกิจแลกเปลี่ยนกับเงิน⁴

ในทางปฏิบัติ รูปแบบ (เศรษฐกิจ) การแบ่งปันมีลักษณะเหมือนกับธุรกิจออนไลน์ที่ดำเนินอยู่แล้วก็มีการนำลักษณะเหล่านั้นมาทำให้เกิดธุรกิจแนวใหม่ รูปแบบธุรกิจแบบแบ่งปันจึงมีลักษณะดังนี้ 1) มีคนกลางหรือสื่อกลางออนไลน์ 2) ดำเนินการในฐานะตลาดกลางที่ให้บริการแบบ peer-to-peer และ 3) อำนาจความสะดวกในการแลกเปลี่ยนโดยลดค่าใช้จ่ายทางธุรกรรม⁵ มีหลายแพลตฟอร์ม ดังนี้

1) แพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปันกระทำการในฐานะคนกลางหรือสื่อกลางออนไลน์ คือ แพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปัน ส่วนใหญ่ทำงานผ่านเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันบนโทรศัพท์มือถือซึ่งจะแตกต่างจากเว็บไซต์ทั่วไปที่เปิดเป็นหน้าร้าน แต่แพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปันจะเป็นแพลตฟอร์มที่เชื่อมโยงผู้ใช้หรือผู้บริโภคมาเจอกับผู้ให้บริการ ฉะนั้น แพลตฟอร์มนี้จะไม่ใช่ผู้ให้บริการโดยตรง ความแตกต่างที่สำคัญ คือระดับการควบคุมที่แพลตฟอร์มใช้ในแต่ละธุรกรรม แพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปันจะควบคุมธุรกรรมด้วยการกำกับรูปแบบและเนื้อหาที่สามารถลงรายการ กำหนดคุณสมบัติขั้นต่ำของผู้ให้บริการ จัดเตรียมระบบการชำระราคาแบบอิเล็กทรอนิกส์ และคิดค่าธรรมเนียมการทำธุรกรรมสำหรับการแลกเปลี่ยนแต่ละครั้ง⁶

2) แพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปันดำเนินการในฐานะตลาดกลางที่ให้บริการแบบ peer-to-peer คือ แพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปันโดยเปิดโอกาสให้ผู้เล่นที่มีขนาดเล็กและไม่ใช่มืออาชีพมาแลกเปลี่ยนการบริการทางออนไลน์ในลักษณะ peer-to-peer มากกว่าจัดเตรียมสำหรับธุรกรรมระหว่างธุรกิจขนาดใหญ่กับผู้บริโภค ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงวัตถุประสงค์หลัก คือ เป็นแพลตฟอร์มที่ทำให้ผู้ให้บริการหารายได้จากสินทรัพย์ส่วนตัวที่ไม่ได้ใช้หรือให้กลุ่มคนที่มืออาชีพไม่สามารถแสดงออกและทำการตลาดจากทักษะที่ตนมี ยิ่งไปกว่านั้น กลุ่มผู้ให้บริการเหล่านี้ก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายหลายอย่าง ดังเช่นการจัดตั้งธุรกิจใหญ่ๆ เช่น บริษัทจำกัด⁷

3) แพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปันลดค่าใช้จ่ายทางธุรกรรม คือ แพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปันทั้งหลายด้วยนำลักษณะของเครือข่ายทางสังคม (Social networking) มาใช้โดยให้ผู้ใช้หรือผู้บริโภคสร้างข้อมูล

³ Ibid.

⁴ Vanessa Katz, “Regulating the Sharing Economy,” *Berkeley Technology Law Journal* 30 (2015): 1070-1076.

⁵ Ibid.

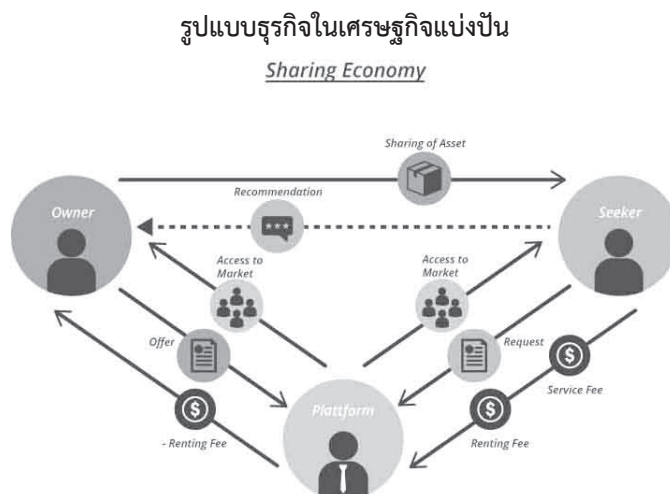
⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

ส่วนตัวและเชื่อมต่อกับข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้คนอื่นๆ เมื่อทำการค้นหาก็สามารถเกิดความเชื่อมโยงกันได้ (ตัวอย่าง การให้บริการสร้างเครือข่ายทางสังคม คือ บรรดาเว็บไซต์สร้างเพื่อน เช่น Facebook หากพิจารณาในขั้นพื้นฐาน ผู้ใช้สามารถใช้เครือข่ายทางสังคมเป็นแพลตฟอร์มทำธุรกิจเพื่อการแบ่งปัน ตัวอย่างเช่น เจ้าของสุนัขสามารถหา ผู้ดูแลสุนัขด้วยการพิมพ์ข้อความสถานะ (posting a status update) หรือผ่านทางข้อความกลุ่ม (group message) บน Facebook ก็จะทำให้เกิดความเชื่อมโยงระหว่างเจ้าของสุนัขบน Facebook ด้วยลักษณะดังกล่าวทำให้ แพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปันและรอยบัญชีข้อมูลและกิจกรรมของผู้ใช้และผู้ให้บริการได้ และยังสร้าง “ระบบ ชื่อเสียง (reputation system)” โดยให้แสดงความเห็นและประเมิน จัดลำดับเพื่อคัดกรองผู้เล่น⁸

จากที่เมื่อก่อนการทำธุรกิจมักจะมีค่าใช้จ่ายทางธุรกรรมสูงทำให้เป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด การนำเครื่องมือและการบริการดังกล่าวมาใช้กับแพลตฟอร์มที่ใช้เพื่อการแบ่งปันทำให้ผู้ใช้หรือผู้บริโภคมักกับผู้ให้บริการมีปฏิสัมพันธ์กันมากขึ้น และส่งเสริมให้บุคคลทั่วไปมีส่วนร่วมในตลาดอย่างที่ไม่เคยเป็นมาก่อน ทั้งนี้ จะมีการสร้างมาตรฐานในการแลกเปลี่ยนและรับประกันคุณภาพหรือความปลอดภัย ซึ่งอาจจะประกอบไปด้วย นโยบายการประกัน ให้บริการสายด่วนสำหรับลูกค้า นโยบายการยกเลิกและคืนเงิน ระบบชื่อเสียง การอบรม ผู้ให้บริการ และการตรวจสอบประวัติ⁹

จากคำจำกัดความและแนวคิดต่างๆ สรุปสั้นๆ ได้ว่า เศรษฐกิจแบบแบ่งปันก็คือกิจกรรมทางสังคม-เศรษฐกิจที่ส่งเสริมให้มีการแบ่งปัน แลกเปลี่ยนทรัพยากรซึ่งก็คือทรัพย์สินหรือบริการที่ไม่ค่อยได้ถูกใช้งานระหว่างบุคคล โดยเริ่มต้นจากแนวคิดที่ไม่มีค่าตอบแทน จนกระทั่งพัฒนาเป็นรูปแบบธุรกิจที่มีค่าตอบแทน ดังจะเห็นรูปแบบการแบ่งปันทางเศรษฐกิจได้จากรูปภาพนี้



แหล่งที่มา : Business Model Toolbox

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

1.2 รูปแบบธุรกิจของเศรษฐกิจแบ่งปัน

รูปแบบของธุรกิจเศรษฐกิจแบ่งปันที่ดำเนินการผ่านเทคโนโลยีสมัยใหม่ซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกจากแพลตฟอร์มใหม่นี้มีหลายรูปแบบ อันอาจแบ่งได้เป็นกลุ่มใหญ่ๆ ดังต่อไปนี้

1) การให้บริการเช่า (Rental service) เป็นแพลตฟอร์มที่สร้างตลาดกลางสำหรับการจัดการให้บริการจากสินทรัพย์ที่มีอยู่ (Asset-based services) ตลาดรูปแบบนี้ให้โอกาสทางแรงงานแก่บุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่ผู้ให้บริการแบบมืออาชีพ/ผู้ประกอบการวิชาชีพ ซึ่งบุคคลเหล่านี้มีสินทรัพย์ที่ตนเป็นเจ้าของแต่ไม่ได้ใช้งานอย่างคุ้มค่าจึงนำสินทรัพย์ดังกล่าวมาแบ่งปันกับผู้ที่ต้องการใช้เพื่อแลกกับค่าตอบแทน¹⁰ ธุรกิจการให้บริการเช่าที่เป็นที่นิยมปัจจุบัน ได้แก่

ก. การให้บริการยานพาหนะและแบ่งปันการรับส่ง (Ride-sharing service) เป็นการให้บริการบนแพลตฟอร์มที่ให้เจ้าของรถยนต์กลายเป็นผู้ประกอบการ โดยการนำยานพาหนะส่วนตัวมาให้คนอื่นขับขี่แบบระยะสั้นแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทนตามลักษณะการเช่า ตัวอย่างธุรกิจในสหรัฐอเมริกา เช่น RelayRides, Getaround (หากเปรียบเทียบกับบริการให้เช่ารถแบบดั้งเดิม เช่น Hertz, Avis) นอกจากนี้ ยังรวมถึงแพลตฟอร์มที่ให้เจ้าของรถยนต์นำรถยนต์ส่วนตัวออกมาให้บริการรับส่งบุคคลที่ต้องการเดินทางจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกจุดหมายปลายทางหนึ่ง ซึ่งคือการคมนาคมในเมืองแบบแบ่งปันการรับส่ง (Ride-sharing) ตัวอย่างเช่น บริษัท Uber ที่เป็นบริษัทแรกๆ และประสบความสำเร็จอย่างมากในช่วงหลายปีที่ผ่านมา โดย Uber มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกด้วยการเป็นบริษัทกลางเชื่อมผู้ให้บริการขับรถยนต์กับผู้ที่ต้องการใช้บริการรถยนต์เพื่อเดินทางไปยังจุดหมายปลายทางให้มาเจอกันผ่านแอปพลิเคชันทางโทรศัพท์มือถือ ที่เรียกว่า อูเบอร์แอปพลิเคชัน (Uber Application) ซึ่งหากเปรียบเทียบกับบริการรับส่งแบบดั้งเดิมก็คือรถแท็กซี่หรือลีมูซีน¹¹

ข. การให้บริการที่พักระยะสั้น (Short-term accommodation) เป็นการให้บริการบนแพลตฟอร์มที่ให้เจ้าของที่อยู่อาศัยกลายเป็นผู้ประกอบการ โดยการนำพื้นที่อยู่อาศัยบางส่วนหรือทั้งหมดมาให้ผู้อื่นอยู่ในเวลาสั้นๆ ตัวอย่างเช่น เว็บไซต์ Airbnb ที่ถือกำเนิดในปี ค.ศ. 2008 จากมลรัฐซานฟรานซิสโก ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นแพลตฟอร์มให้บุคคลทั่วไปสามารถนำพื้นที่อาศัยของตนเองไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมดมาเสนอให้กับบุคคลที่มองหาที่พักชั่วคราวแลกกับค่าตอบแทน ซึ่งหากเปรียบเทียบกับบริการที่พักอาศัยชั่วคราวแบบดั้งเดิมก็คือ ธุรกิจโรงแรม¹²

จะเห็นได้ว่าในอดีตตลาดที่พักระยะสั้นจะเป็นของธุรกิจโรงแรม ในขณะที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อย่างอาคารชุดหรือบ้านมักจะนำอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวให้เช่าในระยะยาวเท่านั้น เพราะมีอุปสรรคในการสื่อสารและการดำเนินงานด้านเอกสาร รวมถึงการใช้นายหน้าในการติดต่อเพื่อให้บริการปล่อยเช่าที่พักระยะสั้นก็ไม่มี ความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ดี ด้วยแนวคิดของการแลกเปลี่ยน แบ่งปัน ประกอบกับพัฒนาการของเทคโนโลยี

¹⁰ Arun Sundararajan, *Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues* [online], 14 January 2014. available at https://smallbusiness.house.gov/uploadedfiles/1-15-2014_revised_sundararajan_testimony.pdf

¹¹ Ibid, page 2.

¹² Ibid.

ทำให้ Airbnb เข้ามาเป็นสื่อกลางระหว่าง ผู้ต้องการที่พักชั่วคราว (อุปสงค์) และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (อุปทาน) ได้อย่างง่ายดายและลงตัว¹³ โดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์สามารถนำสิ่งใดก็ได้ตั้งแต่เตียงเสริมจนกระทั่งकुหาสน์ หมูมาปล่อยเช่าบนเว็บไซต์ กำหนดค่าเช่า กฎเกณฑ์ของการเข้าพัก ส่วนผู้ที่มองหาที่พักอาศัยในเมืองที่ต้องการ ก็สามารถใส่วันที่ที่ตนจะเดินทางไปเข้าพัก และให้ระบบสืบค้นจับคู่กับข้อเสนอที่เจ้าของบ้านนับหมื่นรายจากทั่วโลกมาโผล่ได้ หากเกิดข้อตกลงระหว่างผู้ต้องการที่พักชั่วคราวกับเจ้าของบ้าน บริษัทสื่อกลางอย่าง Airbnb จะเก็บค่าธรรมเนียม 9-15% จากค่าเช่าที่เจ้าของบ้านได้รับ¹⁴

ค. การให้บริการอื่นๆ นอกจากการให้บริการหลักตามที่กล่าวในข้อ 1) ก. และ 1) ข. มีการให้บริการทางพาณิชย์ประเภทต่างๆ บนแพลตฟอร์มเกิดขึ้นอีกมากมาย ซึ่งได้เปลี่ยนกิจกรรมต่างๆ ไปของบุคคลธรรมดาให้เป็นกิจการทางธุรกิจ ตัวอย่างเช่น แพลตฟอร์มที่อำนวยความสะดวกด้วยการให้เช่าเครื่องมือและอุปกรณ์ต่างๆ อย่างเช่น เครื่องตัดหญ้า หรือเว็บไซต์ Snap Goods ที่เปิดให้บุคคลทั่วไปนำของใช้ในครัวเรือน อย่างเช่น เครื่องดูดฝุ่นมาให้คนอื่นเช่า แทนที่ผู้เช่าจะต้องเสียเงินซื้อของใหม่ นอกจากนั้นแล้ว ก็มีการให้บริการบนแพลตฟอร์มที่ผลักดันกิจกรรมในครัวเรือนให้เปลี่ยนเป็นธุรกิจได้ เช่น เว็บไซต์ Eatwith หรือ Feastly เป็นแพลตฟอร์มที่ให้ผู้ประกอบการ (เจ้าของบ้าน) สามารถให้บริการจัดมื้ออาหารทางสังคม (Social dining service) สำหรับกลุ่มคนขนาดเล็กหรือเพื่อนฝูงโดยผู้ประกอบการจะเป็นผู้จัดเตรียมมื้ออาหารทั้งหมดที่บ้านของตนเอง¹⁵

2) การให้บริการด้านแรงงาน (Labor service) หรืออาจเข้าใจว่า On-demand staffing เป็นแพลตฟอร์มที่สร้างตลาดกลางสำหรับกลุ่มคนที่มีอาชีพอิสระ (Freelancer) ด้วยการให้ความช่วยเหลือทางเทคโนโลยี การออกแบบ การแปล การทำอาหาร เป็นต้น¹⁶

3) การให้บริการซื้อขายทรัพย์สินระหว่าง peer-to-peer เป็นแพลตฟอร์มที่สร้างตลาดกลางสำหรับผู้ประกอบการทำให้สามารถขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภคโดยตรง กิจกรรมที่รู้จักกันเป็นอย่างดี คือ บริษัท eBay ที่ดำเนินกิจการมานานกว่า 10 ปี ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะการค้าระหว่าง peer-to-peer ในรูปแบบการค้าปลีก อันเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่การเริ่มต้นประกอบกิจการค้าปลีกโดยไม่จำเป็นต้องมีฐานการตลาดที่ใหญ่โต แต่สามารถทำการซื้อขายได้โดยตรงแบบ peer-to-peer เป็นการส่งเสริมทั้งการผลิตและการค้าปลีก¹⁷

2. ธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน

ปัจจุบันธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก เนื่องจากผู้บริโภคที่อาศัยอยู่ในกรุงเทพมหานครอันเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจของประเทศไทยต้องทำกิจการต่างๆ โดยอาศัยความสะดวกและรวดเร็ว การให้บริการส่งของจึงเป็นธุรกิจที่ตอบสนองลักษณะการดำเนินชีวิตของคนในเมืองได้เป็นอย่างดี

¹³ The Economist, All Eyes on the sharing economy [online], 9 March 2013. available at <https://www.economist.com/node/21572914/print>

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Arun Sundararajan, Peer-to-Peer Businesses and the Sharing (Collaborative) Economy: Overview, Economic Effects and Regulatory Issues [online], 14 January 2014. available at https://smallbusiness.house.gov/uploadedfiles/1-15-2014_revised_sundararajan_testimony.pdf

¹⁶ Ibid, page 2.

¹⁷ Ibid, page 3.

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่งของธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปัน:
ศึกษากรณีธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน

กระบวนการดำเนินธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันนี้ เริ่มต้นตั้งแต่ผู้ใช้บริการต้องทำการดาวน์โหลด (Download) แอปพลิเคชันของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการส่งของลงในโทรศัพท์มือถือแบบสมาร์ทโฟน ไอแพด หรือเครื่องมือสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งก่อนดาวน์โหลดผู้ใช้บริการต้องยอมรับเงื่อนไขการใช้งานของบริษัทแอปพลิเคชันกำหนด และหลังจากดาวน์โหลดและทำการติดตั้ง (Install) แอปพลิเคชันแล้ว ผู้ใช้บริการต้องกรอกข้อมูลส่วนตัว ไม่ว่าจะเป็นชื่อ อีเมล เบอร์โทรศัพท์ และข้อมูลหมายเลขบัญชีบัตรเครดิต (ตามความประสงค์) ลงในแอปพลิเคชันด้วย จึงจะสามารถใช้แอปพลิเคชันในการส่งคำขอรับบริการไปยังผู้ให้บริการส่งของกับบริษัทแอปพลิเคชันได้

กระบวนการสื่อสารระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการผ่านแอปพลิเคชันเกิดจากการส่งคำขอรับบริการของผู้ใช้บริการไปยังผู้ขับรถที่มาร่วมให้บริการส่งของ เริ่มจากขั้นแรก ผู้ใช้บริการต้องเปิดแอปพลิเคชันของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจและเลือกประเภทของการให้บริการส่งของโดยจะกำหนดสถานที่ที่ต้องการให้ผู้ให้บริการไปรับของพร้อมกับสถานที่ที่เป็นจุดหมายปลายทางที่ต้องการให้ผู้ให้บริการนำของไปส่ง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับประเภทของการบริการที่เลือกด้วย เมื่อผู้ใช้บริการทำการรายการและตัดสินใจให้ผู้ขับรถบริการจัดส่งของแก่ตนแล้ว ผู้ใช้บริการก็จะกดปุ่มบนแอปพลิเคชันเพื่อแจ้งคำขอรับบริการเข้าสู่บริษัทแอปพลิเคชัน เมื่อผู้ใช้บริการได้แจ้งคำขอรับบริการออกไปแล้ว บริษัทแอปพลิเคชันจะส่งต่อคำร้องขอใช้บริการไปยังผู้ให้บริการที่นำรถส่วนตัวมาให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน เมื่อผู้ใช้บริการเห็นคำร้องขอรับบริการที่บริษัทแอปพลิเคชันส่งผ่านมาแล้ว ผู้ให้บริการจะพิจารณาคำขอรับบริการ หากตัดสินใจที่จะให้บริการตามที่ผู้ใช้บริการร้องขอมา ผู้ให้บริการก็จะกดปุ่มตอบรับและจะมีการแจ้งข้อความตอบรับกลับบนแอปพลิเคชันมายังผู้ใช้บริการ พร้อมทั้งข้อมูล รูปและหมายเลขโทรศัพท์ของผู้ขับรถและหมายเลขทะเบียน รวมถึงคะแนนประเมินการให้บริการของผู้ให้บริการ หลังจากนั้นผู้ใช้บริการก็เพียงรอให้ผู้ให้บริการขับรถไปมารับของ ณ สถานที่ที่ผู้ใช้บริการกำหนด และเมื่อผู้ใช้บริการไป/มาส่งยังจุดหมายปลายทางตามที่ผู้ใช้บริการต้องการแล้ว ผู้ใช้บริการจะเลือกชำระค่าบริการเป็นเงินสดหรือให้บริษัทแอปพลิเคชันเก็บค่าบริการจากบัญชีบัตรเครดิตที่ผู้ใช้บริการได้ลงทะเบียนไว้ก็ได้

ขณะนี้บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการส่งของด้วยแอปพลิเคชันที่เป็นคนกลางมีหลายราย ได้แก่ LINE MAN, Lalamove, Alpha, Grab เป็นต้น ทั้งนี้ แต่ละบริษัทจะจัดให้บริการส่งของหลากหลายรูปแบบแตกต่างกันไป ซึ่งจำแนกได้เป็น 4 บริการหลัก ดังนี้

1) การให้บริการจัดส่งอาหาร (Food delivery service) เป็นการให้บริการฝากซื้อหรือส่งอาหารไปยังสถานที่ที่ผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการกำหนดไว้ ซึ่งเป็นที่นิยมและเป็นที่ต้องการของทุกคนทั่วไปที่ไม่สะดวกในการทำอาหารรับประทานเองหรือเดินทางออกไปรับประทานอาหารนอกบ้าน เพราะต้องเผชิญกับปัญหาการติด การวนหาที่จอดรถ การต่อคิวสั่งอาหาร ทำให้เสียเวลาอย่างมาก การสั่งอาหารมารับประทานจึงเป็นทางเลือกหนึ่ง ที่ก่อให้เกิดความสะดวกสบาย และตอบสนองต่อความต้องการของผู้บริโภคที่ชอบอยู่กับบ้าน

เดิมการให้บริการจัดส่งอาหารทำได้โดยการติดต่อกับร้านอาหารโดยตรงผ่านทางโทรศัพท์มาที่ร้าน แล้วส่งรายการอาหาร หลังจากนั้นเจ้าของร้านหรือผู้ดูแลร้านก็จะทำการจกรายการอาหารที่ผู้บริโภคหรือลูกค้าได้ทำการสั่งเอาไว้ แล้วก็ทำอาหารตามรายการอาหารนั้นๆ จากนั้นทำการจัดส่งอาหารไปยังสถานที่ที่ลูกค้า

ได้บอกไว้¹⁸ แต่ในปัจจุบันได้มีบริษัทผู้ประกอบการให้บริการจัดส่งอาหารผ่านทางออนไลน์ เช่น ให้บริการทางเว็บไซต์ แอปพลิเคชัน เฟสบุ๊ก เป็นต้น ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการจัดส่งอาหารและเครื่องดื่มจากร้านไปยังผู้บริโภค อาหารที่จัดส่งนั้นเป็นไปตามความต้องการของผู้บริโภค ไม่ว่าจะเป็นอาหารคาว ของหวาน อาหารฟาสต์ฟู้ด รวมไปถึงเครื่องดื่ม ผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการสามารถเลือกร้านอาหารได้ตามต้องการ อย่างไรก็ตาม ขึ้นอยู่กับว่าบริษัทผู้ประกอบการนั้นได้กำหนดร้านอาหารนั้นๆ ไว้หรือไม่ ซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคสามารถเลือกได้เฉพาะร้านที่อยู่ในรายการที่กำหนดไว้เท่านั้น ขณะนี้บริษัทผู้ประกอบการให้บริการจัดส่งอาหารผ่านทางแอปพลิเคชันที่เป็นคนกลางมีหลายราย ได้แก่ LINE MAN, Lalamove, Skootar, Grab, Eat ranger, Banana bike, FoodPanda เป็นต้น

2) การให้บริการจัดส่งของและเอกสาร (Messenger service) เป็นการให้บริการจัดส่งของและเอกสารเป็นการให้บริการจัดส่งพัสดุหรือเอกสาร โดยใช้รถจักรยานยนต์เป็นพาหนะในการรับ-ส่งเอกสาร รับของ หรืออื่นๆ ทั้งนี้ ผู้ให้บริการจะทำงานตามลักษณะงานที่ได้รับมอบหมายจากผู้ใช้บริการ ซึ่งค่าบริการ ก็จะแตกต่างกันออกไป รวมทั้งการคิดค่าบริการเพิ่มเติมในกรณีที่ต้องบรรทุกสินค้า¹⁹

การให้บริการจัดส่งของและเอกสารในปัจจุบันนั้น สามารถทำได้ผ่านสื่อออนไลน์ เช่น แอปพลิเคชัน โดยบริษัทผู้ประกอบการจะจัดทำแอปพลิเคชันขึ้นมาเพื่อให้ผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการสามารถเรียกใช้งานได้อย่างสะดวก โดยมีลักษณะการให้บริการ ดังนี้

1. การรับส่งเอกสารทั่วไป เช่น หนังสือรับรอง หนังสือทางการเงิน หนังสือสัญญา เอกสารในการติดต่อธุรกิจ เป็นต้น
2. การรับส่งสิ่งของทั่วไป เช่น หนังสือ เสื้อผ้า เครื่องใช้ไฟฟ้า หรือสิ่งของต่างๆ ฯลฯ
3. บริการอื่นๆ เช่น การวางบิล การชำระค่าสาธารณูปโภค การเก็บเช็คหรือเงินสด เป็นต้น²⁰

ขณะนี้บริษัทผู้ประกอบการให้บริการจัดส่งของและเอกสารผ่านทางแอปพลิเคชันที่เป็นคนกลางมีหลายราย ได้แก่ LINE MAN, Lalamove, Skootar, Grab, Deliverie, Send Ranger, Banana Bike, Gobike เป็นต้น

3) การให้บริการจัดซื้อสินค้าที่ร้านสะดวกซื้อ (Convenient store shopping service) เป็นการให้บริการจัดซื้อสินค้าอุปโภคหรือบริโภคจากร้านสะดวกซื้อที่เป็นร้านค้าปลีกรูปแบบหนึ่งที่มีขนาดเล็ก ตั้งอยู่ในสถานที่ที่สามารถเข้าถึงได้ง่ายในบริเวณชุมชน เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ต้องการซื้อสินค้าในการซื้อหาสินค้าที่ต้องการโดยไม่ต้องเดินทางไปหาซื้อสินค้ายังที่ห่างไกลออกไป อย่างเช่น ร้านเซเว่นอีเลฟเว่น (7-11), ร้านแฟมิลีมาร์ท (Family Mart), ร้าน 108shop, ร้าน TESCO Lotus Express เป็นต้น

¹⁸ ณะวัชร จริยะภูมิ และ รุ่งโรจน์ สุบรรณชัย, “ระบบจัดส่งอาหารด้วยการนำทางแบบชาญฉลาด,” วารสารเทคโนโลยีสื่อสารมวลชน มท. พระนคร 2, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2560): 25.

¹⁹ พูนศักดิ์ อุดมธวัชชัย, “องค์ประกอบที่มีผลต่อการตัดสินใจใช้บริการรับส่งเอกสารและพฤติกรรมการใช้บริการรับส่งเอกสารของผู้ใช้บริการในเขตดินแดง เขตห้วยขวาง และเขตวัฒนา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 14.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปัน:
ศึกษากรณีธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน

ปัจจุบันมีการอำนวยความสะดวกสบายแก่ผู้บริโภคมากยิ่งขึ้น จากเดิมที่ผู้บริโภคต้องจัดซื้อสินค้าที่ร้านสะดวกซื้อด้วยตนเอง ขณะนี้สามารถจัดซื้อสินค้าผ่านสื่อออนไลน์ เช่น แอปพลิเคชัน ที่ทำขึ้นโดยบริษัทผู้ประกอบการที่เป็นคนกลาง ทั้งนี้ ผู้บริโภคหรือผู้ใช้บริการสามารถเลือกซื้อสินค้าได้ตามความต้องการไม่ว่าจะเป็นอาหาร เครื่องดื่ม ขนมหวาน อุปกรณ์ของใช้ภายในบ้าน อุปกรณ์สำนักงาน สินค้าจำเป็น เป็นต้น อย่างไรก็ตาม บริษัทผู้ประกอบการเจ้าของแอปพลิเคชันบางรายอาจกำหนดประเภทสินค้าต้องห้ามเอาไว้ อย่างเช่น เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ บุหรี่ และสินค้าบางชนิดที่มีลักษณะบอบบาง เช่น เค้กหน้านิ่ม หรือสินค้าที่เกิดความเสียหายได้ง่าย นอกจากนี้ บริษัทผู้ประกอบการอาจกำหนดร้านสะดวกซื้อที่จะจัดซื้อสินค้าให้แก่ผู้บริโภคไว้โดยเฉพาะ เช่น ร้านเซเว่นอีเลฟเว่น (7-11) หรือร้านแฟมิลีมาร์ท (Family Mart) เท่านั้น

ขณะนี้บริษัทผู้ประกอบการจัดซื้อสินค้าที่ร้านสะดวกซื้อผ่านทางแอปพลิเคชันที่เป็นคนกลาง ได้แก่ LINE MAN, Lalamove, Skootar, Grab, Banana Bike, Gobike เป็นต้น

4) การให้บริการจัดส่งพัสดุ (Parcel/Postal service) เป็นการให้บริการจัดส่งหีบห่อ สิ่งของ สินค้า หรือพัสดุทั่วประเทศ โดยไปรับสินค้าหรือพัสดุของผู้ใช้บริการ และนำส่งสินค้าไปยังปลายทางที่ผู้ใช้บริการระบุ การจัดส่งพัสดุนั้นสามารถทำได้หลายวิธีด้วยกัน ซึ่งแต่ละวิธีจะมีความเหมาะสมกับผู้ใช้บริการที่แตกต่างกันออกไป เช่น

1. การจัดส่งสินค้าโดยพนักงานขนส่งสินค้า เป็นการส่งสินค้าโดยใช้พนักงานส่งสินค้าไปให้ผู้ซื้อ ผู้ประกอบการจะจัดจ้างพนักงานขนส่งเป็นของตนเอง ซึ่งผู้ประกอบการมีความเสี่ยงที่จะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในการกระทำของพนักงานของตน
2. การจัดส่งสินค้าโดยผ่านทางไปรษณีย์ สามารถกระทำได้โดยการฝากส่งสินค้าผ่านบริษัทไปรษณีย์ไทย ซึ่งมีหลากหลายรูปแบบในการจัดส่งครอบคลุมทั้งการจัดส่งในประเทศและต่างประเทศ
3. การจัดส่งสินค้าโดยใช้บริการบริษัทขนส่งเอกชน เป็นวิธีที่ได้รับความนิยมจากผู้ประกอบการร้านค้าออนไลน์ต่างๆ เนื่องจากมีความสะดวกรวดเร็ว ผู้รับขนมีความเป็นมืออาชีพ ที่สำคัญผู้ประกอบการไม่ต้องแบกรับความเสี่ยงในความรับผิดชอบของพนักงานขนส่ง ตัวอย่างบริษัทขนส่งเอกชน เช่น บริษัท DHL, FedEx, UPS เป็นต้น

ธุรกิจการให้บริการจัดส่งพัสดุในภาคเอกชนนั้น มีการแข่งขันกันสูงมากเพื่อสร้างความพึงพอใจให้แก่ลูกค้า เพื่อที่จะได้ใช้บริการของตน ในยุคที่มีการทำธุรกรรมต่างๆ ผ่านทางออนไลน์ จึงเกิดการให้บริการจัดส่งพัสดุผ่านสื่อกลางอย่างแอปพลิเคชันขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกสบายแก่ลูกค้า และเพื่อความสะดวกในการติดต่อสื่อสาร โดยการให้บริการจัดส่งพัสดุผ่านทางแอปพลิเคชันนั้น ยังคงจำกัดอยู่ในพื้นที่เขตกรุงเทพฯ และปริมณฑล กรณีต่างจังหวัดต้องจัดส่งพัสดุผ่านทางบริษัทไปรษณีย์ไทยเช่นเดิม

ขณะนี้บริษัทผู้ประกอบการให้บริการจัดส่งพัสดุผ่านทางแอปพลิเคชันที่เป็นคนกลางมีหลายราย ได้แก่ LINE MAN, Lalamove, Alpha Fast, Skootar, Grab, Deliveroo, Send Ranger, Banana Bike, Gobike เป็นต้น

3. นิติสัมพันธ์ของผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน

จากที่ได้อธิบายถึงแนวคิดและลักษณะของธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปันโดยนำเสนอกระบวนการดำเนินธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเป็นกรณีศึกษาในเบื้องต้นแล้ว ผู้เขียนจะวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเพื่อแสดงถึงนิติสัมพันธ์ของบุคคลแต่ละฝ่ายตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันจะทำให้เห็นสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ ผู้ใช้บริการ และบริษัทผู้ประกอบธุรกิจต่อไป

นิติสัมพันธ์ของบุคคลในธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันจะพิจารณาจากกระบวนการปฏิสัมพันธ์ทางธุรกิจของผู้ที่เกี่ยวข้อง 3 ฝ่าย คือ ผู้ให้บริการ ผู้ใช้บริการ และบริษัทผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งจะแบ่งได้เป็น 3 ความสัมพันธ์ ดังนี้

3.1 นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการ

ธุรกรรมระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการเกิดขึ้นโดยมีแอปพลิเคชันเป็นตัวกลางซึ่งเป็นการใช้เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์ในการทำงานจึงถือว่าเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่ง ซึ่งสามารถวิเคราะห์นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการโดยพิจารณาจากเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาและผลทางกฎหมายของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ได้ดังต่อไปนี้

สัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยบุคคลอย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไป มีการแสดงเจตนาโดยคู่กรณีฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาเป็นคำสนอง และเมื่อผู้รับคำเสนอได้สนองรับตอบตกลงตามคำเสนอแล้ว ย่อมทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ทันทีเพราะถือว่าคู่กรณีมีเจตนาตรงกันในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว²¹ องค์ประกอบอันมีสาระสำคัญของสัญญา

1) บุคคลที่ทำนิติกรรมต้องมีความสามารถตามกฎหมาย²² คือ มีบุคคลที่มีความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมาย* ในการทำนิติกรรมสองฝ่ายขึ้นไป กรณีนี้คือ ผู้ให้บริการหรือผู้ขับรถและผู้ใช้บริการ

2) มีการแสดงเจตนาด้วยความสมัครใจ คือ ต้องมีการกระทำของบุคคลที่เกิดจากความคิดการตัดสินใจ และการแสดงเจตนาเพื่อแสดงให้เห็นความต้องการตามที่ได้อัตโนมัติตามกระบวนการในการก่อเจตนา

²¹ ไซยศ เหมรัชตะ, **หลักกฎหมายนิติกรรม – สัญญา** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561), หน้า 267.

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 “การใดมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความสามารถของบุคคล การนั้นเป็นโมฆียะ”

* บุคคลที่ต้องการทำนิติกรรมสัญญาให้เกิดผลโดยสมบูรณ์ได้นั้น ต้องมีความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญานั้นด้วย หมายความว่าบุคคลนั้นต้องมีความเจริญเติบโตทางด้านร่างกาย จิตใจ และความคิดเพียงพอที่จะดูแลรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้ กฎหมายจึงยอมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิต่างๆ ได้ในทางกลับกัน ถ้าบุคคลใดมีความเจริญเติบโตไม่เพียงพอหรือมีความผิดปกติทางร่างกายและจิตใจ รวมถึงมีโรคภัยไข้เจ็บจนไม่สามารถจัดการงานและรักษาผลประโยชน์ของตนเองได้ กฎหมายก็จะเข้ามาบีบบังคับด้วยการจำกัดความสามารถในการใช้สิทธิของบุคคลเหล่านั้นเพื่อประโยชน์ของตัวผู้มิสิทธิเองและเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก ทั้งนี้ บุคคลที่ถูกกฎหมายจำกัดความสามารถในการใช้สิทธิ เรียกว่า “ผู้หย่อนความสามารถ” ซึ่งมี 4 ประเภท คือ 1) ผู้เยาว์ (Minor) 2) บุคคลวิกลจริต (Unsound Mind Person) 3) คนไร้ความสามารถ (Incompetent Person) 4) คนเสมือนไร้ความสามารถ (Quasi Incompetent Person) (ประสิทธิ์ โสภีโลกุล 2556: 76)

จึงถือเป็นการกระทำตามนัยของกฎหมาย²³ บุคคลนั้นจะต้องกระทำโดยรู้สำนึกในสิ่งที่ตนกระทำ ตัดสินใจที่จะทำเอง* มิได้กระทำไปเพราะถูกหลอกลวงหรือที่เรียกเป็นภาษากฎหมายว่าถูกกลฉ้อฉล มิได้กระทำไปเพราะการถูกบังคับอันเป็นเรื่องของการข่มขู่ หรือมิได้กระทำไปเพราะเข้าใจผิด แต่ได้กระทำไปโดยไม่มีปัจจัยอื่นมาทำให้ความตั้งใจที่แท้จริงนั้นเปลี่ยนแปลงไป ถ้าผู้กระทำไม่มีเจตนาแล้วจะถือว่าเป็นการกระทำของผู้นั้นไม่ได้ เช่น คนใช้กำลังเพื่อคลังหรือคนไร้เดียงสา กรณีที่มีการแสดงเจตนาแต่ถ้าเกิดขึ้นโดยสำคัญผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ นิติกรรมที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาเช่นนั้นอาจจะเสียเปล่าเพราะโมฆะกรรมหรืออาจถูกบอกล้างได้เพราะเป็นโมฆียกรรม²⁴

เมื่อผู้ใช้บริการลงทะเบียนใช้งานแอปพลิเคชัน เปิดใช้ และเลือกขอรับบริการส่งของ มีการคิดและตัดสินใจเอง รู้สำนึกตลอดเวลา จนกระทั่งกระทำการกดปุ่มส่งคำขอรับบริการผ่านแอปพลิเคชันออกไป ถือเป็นการแสดงเจตนาที่แท้จริงแล้ว ซึ่งก็คือการทำความเสนอ ในขณะที่ฝ่ายผู้ให้บริการก็รู้สำนึก คิดไตร่ตรองว่าจะตอบรับคำขอหรือไม่ จนกระทั่งตัดสินใจและกดปุ่มตอบรับคำขอรับบริการอันถือเป็นการแสดงเจตนาทำคำสนองโดยชัดแจ้ง หากการแสดงเจตนาของทั้งสองฝ่ายเกิดจากการคิด ตัดสินใจด้วยตนเอง ไม่ได้แสดงเจตนาออกมาเพราะเข้าใจผิด ถูกกลฉ้อฉล หรือข่มขู่ ก็ถือได้ว่าการแสดงเจตนาตามหลักนิติกรรม เมื่อถูกต้องตรงกันก็สามารถเกิดสัญญาขึ้นได้ระหว่างผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการในลำดับต่อไป

3) มีวัตถุประสงค์โดยชอบด้วยกฎหมาย วัตถุประสงค์ของนิติกรรม หมายถึง ประโยชน์อันเป็นผลสุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาแสดงออกซึ่งเจตนาอันเพื่อสิ่งที่เขาประสงค์ ประโยชน์อันเป็นผลสุดท้ายนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สินหรือตัวเงิน อาจจะเป็นการได้รับโอนกรรมสิทธิ์ก็ได้ และวัตถุประสงค์ต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่เป็นการฝ่าฝืน และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นแล้วนิติกรรมที่ตั้งใจทำขึ้นก็จะไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายเลย²⁵

วัตถุประสงค์ของการให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันจะพิจารณาจากทั้งสองฝ่าย สำหรับวัตถุประสงค์ของผู้ใช้บริการ ประโยชน์สุดท้ายที่ผู้ใช้บริการคาดหวังจะได้รับจากการแสดงเจตนาส่งคำร้องขอใช้บริการ คือ การได้รับบริการส่งของจากสถานที่หนึ่งไป/มายังอีกสถานที่หนึ่งตามที่ตนกำหนด ส่วนวัตถุประสงค์ในการทำนิติกรรมของผู้ให้บริการซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็คือการได้รับค่าตอบแทนหรือเงินค่าบริการการจัดส่ง เมื่อวัตถุประสงค์ของแต่ละฝ่ายไม่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่เป็นการฝ่าฝืน และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ถือว่านิติกรรมที่ผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการตั้งใจทำขึ้นย่อมก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้

²³ ศันสน์ทกรณ (เจ้าปี) โสติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), หน้า 35.

* โดยปกติแล้วการแสดงเจตนาอันต้องการเคลื่อนไหวทางร่างกาย เช่น พูดจา พักหน้าแสดงว่าตกลง สันนิษฐานแสดงว่าไม่ตกลงเพราะฉะนั้นลำพังการนิ่งจึงไม่อาจก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้เพราะไม่มีใครอาจล่วงรู้ถึงความต้องการของบุคคลนั้นๆ ได้ว่าต้องการหรือไม่ต้องการกระทำการใดหรือการกระทำเพราะถูกสะกดจิตหรือละเมอก็ต้องถือว่า “ไม่มีการกระทำ” ตามนัยทางกฎหมาย ไม่เป็นการแสดงเจตนา เพราะบุคคลนั้นไม่รู้ว่าตนทำอะไร (ศันสน์ทกรณ (เจ้าปี) โสติพันธุ์ 2557: 35)

²⁴ ศันสน์ทกรณ (เจ้าปี) โสติพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 36.

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการฝ่าฝืนหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

4) **มีการทำนิติกรรมที่ถูกต้องตามแบบ** คือ บุคคลได้แสดงเจตนาในการทำนิติกรรมถูกต้องตามวิธีการหรือตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับประเภทสัญญาต่าง ๆ²⁶

การให้บริการส่งของไม่มีกฎหมายกำหนดแบบของการทำนิติกรรมสัญญาเอาไว้ ปัจจุบันคู่สัญญาจึงมีอิสระที่จะกำหนดวิธีการในการทำสัญญาได้โดยไม่ถูกบังคับว่าต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งกรณีนี้มีปัจจัยที่เพิ่มเติมขึ้นมา คือ ช่องทางการสื่อสารของผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการจะผ่านแอปพลิเคชันอย่างไรก็ตาม พิจารณาเรื่องแบบของนิติกรรมของการให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันจึงสมบูรณ์

5) **มีการกระทำที่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย** คือ บุคคลที่ทำนิติกรรมต้องการให้การกระทำของเขาเกิดผลบังคับทางกฎหมาย ถ้าไม่มีวัตถุประสงค์ในทางกฎหมายแต่เป็นเพียงความผูกพันตามอัธยาศัยหรือทางสังคม เช่น ตกลงน้ำไปตื้นหนึ่ง หรือพูดล้อเล่นเท่านั้น สิ่งที่คุณคนนั้นกระทำก็จะกลายเป็นเรื่องลอยๆ เล่นๆ ไม่จริงจังอะไร ไม่ถือว่ามุ่งโดยตรงให้เกิดผลทางกฎหมาย²⁷ ซึ่งผลในทางกฎหมายก็หมายถึงการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิอันอาจจะเป็นการ 1) เกิดสิทธิที่ยังไม่มี 2) เปลี่ยนแปลงสิทธิที่เคยมีมาแล้วเป็นอย่างอื่น 3) โอนสิทธิที่ดินมีให้กับผู้อื่น 4) สงวนสิทธิที่เคยมีให้เกิดความมั่นคง 5) ระงับสิทธิ

จากกระบวนการสื่อสารระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการผ่านแอปพลิเคชันข้างต้น เห็นได้ว่ามีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการ กล่าวคือ คำร้องขอใช้บริการส่งของเป็นการแสดงเจตนาที่แท้จริงด้วยความสมัครใจ แจ้งวัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้ใช้บริการว่าต้องการใช้บริการส่งของ เมื่อการแสดงเจตนาชัดแจ้ง ชัดเจน แน่นนอน มีรายละเอียดเนื้อหาครบถ้วน (บุคคลที่แสดงเจตนา วัตถุประสงค์ขอรับบริการ การจัดส่ง สถานที่ ระยะเวลา ราคา) มุ่งจะผูกพันตน ถูกส่งออกมาผ่านแอปพลิเคชันที่มีกลุ่มผู้ให้บริการเข้าร่วมตอบรับได้ทันที ถือได้ว่าเป็นคำเสนอ และคำตอบรับของผู้ให้บริการที่คิดไตร่ตรอง ตัดสินใจด้วยตนเอง จนแสดงเจตนากรับคำร้องขอใช้บริการของผู้ใช้บริการนั้นโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม แก้ไขแต่อย่างใด ย่อมเป็นการแสดงวัตถุประสงค์ชัดแจ้งว่ายินดีจะให้บริการส่งของไป/มายังสถานที่ที่ผู้ให้บริการกำหนดและต้องการได้รับการชำระค่าบริการตามที่ปรากฏเป็นการตอบแทน ถือได้ว่าเป็นคำสนอง ดังนั้น เมื่อคำเสนอของผู้ใช้บริการได้รับสนองรับจากผู้ให้บริการ คำเสนอ-สนองถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงเกิดขึ้นได้

ทั้งนี้ การทำคำเสนอขอรับบริการส่งของของผู้ใช้บริการและการทำคำสนองตอบรับของผู้ให้บริการผ่านแอปพลิเคชัน คือ การใช้เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์ในการทำงาน ถือว่าเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่งสามารถมีผลทางกฎหมายได้ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 13 ที่ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า “คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจเป็นข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำคำเสนอหรือคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” เมื่อเป็นดังนี้ เมื่อคำเสนอของผู้ใช้บริการขอรับบริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันได้พบกับคำสนองของผู้ให้บริการขั้ตรงกัน สัญญาจะเกิดขึ้นได้

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 152 “การใดมิได้ทำให้ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้ การนั้นเป็นโมฆะ”

²⁷ ประสิทธิ์ โฉมใจกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), หน้า 76.

เมื่อครบองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของนิติกรรม ก็ถือว่านิติกรรมที่สมบูรณ์ ทำให้เกิดสัญญาได้และจะส่งผลให้เกิดความผูกพันทางกฎหมายหรือเกิด ‘นิติสัมพันธ์’ ทันที ทำให้เกิดสิทธิและหน้าที่กับบุคคลทั้งสองฝ่ายที่ทำสัญญากัน

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันทำให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการ ขัรบรถส่งของกับผู้ใช้บริการตามเรื่องสัญญาและเป็นลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 369 อันวางหลักว่า หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้หรือขอปฏิบัติชำระหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายจะไม่ยอมชำระหนี้เช่นเดียวกันก็ได้ เว้นแต่กรณีหนี้ของคู่สัญญาฝ่ายแรกยังไม่ถึงกำหนด ซึ่งหมายความว่า คู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีทั้งสิทธิเรียกร้องและหน้าที่ในการชำระหนี้ในเวลาเดียวกัน หรือกล่าวได้ว่าฝ่ายหนึ่งเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ในเวลาเดียวกัน คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงต่างมีหนี้ที่ต้องชำระแก่กันและกัน และต่างมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายชำระหนี้ที่มีแก่ตน เมื่อพิจารณาการให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน จะเห็นว่าผู้ให้บริการมีหน้าที่ชำระหนี้ด้วยการกระทำการให้บริการส่งของจากสถานที่หนึ่งไป/มายังอีกสถานที่หนึ่งตามที่คุณใช้บริการกำหนด ในขณะเดียวกัน ก็มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ให้บริการชำระค่าตอบแทนหรือค่าบริการแก่ผู้ขับรถ ส่วนผู้ขับรถก็มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ให้บริการชำระค่าบริการส่งของตามที่ตนต้องการ ในขณะเดียวกันตนก็มีหน้าที่ที่ต้องชำระหนี้ค่าบริการส่งของให้แก่ผู้ให้บริการเพื่อตอบแทนการให้บริการส่งของ

อนึ่ง จากลักษณะการให้บริการส่งของดังกล่าวยังทำให้พบว่า การให้บริการบางครั้งผู้ให้บริการต้องจัดส่งของไปยังจุดหมายปลายทางที่คุณใช้บริการกำหนดก่อน จึงจะทราบค่าบริการทั้งหมดที่ตนต้องชำระจากการใช้บริการ เมื่อเป็นดังนี้ ผู้ให้บริการจำต้องชำระหนี้ส่วนของตนโดยการขับรถไปส่งของให้ถึงที่หมายปลายทางเสียก่อน ถึงจะทำให้หนี้ของคุณใช้บริการในการชำระค่าบริการถึงกำหนดตามมา แล้วบริษัทแอปพลิเคชันจะเข้ามาทำหน้าที่เรียกเก็บเงินจากบัญชีบัตรเครดิตของคุณใช้บริการเพื่อชำระหนี้ดังกล่าว

นอกจากนี้ ในการชำระหนี้ก็ต้องชำระให้ถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ ลูกหนี้จะบังคับเจ้าหนี้ให้รับชำระหนี้เพียงบางส่วนหรือให้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นที่ผิดไปจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ไม่ได้ เว้นแต่เจ้าหนี้ยินยอมหรือมีตัวบทกฎหมายกำหนดไว้เป็นประการอื่น²⁸ ดังนั้น หากไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการ ผู้ให้บริการต้องให้บริการจัดส่งของจากสถานที่หนึ่งไปยัง ณ จุดหมายปลายทางอีกที่หนึ่งตามที่คุณใช้บริการกำหนด และถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้บริการ ผู้ใช้บริการต้องชำระราคาค่าบริการเป็นเงินแก่ผู้ให้บริการเท่านั้น จะชำระเป็นสิ่งของอื่นแทนเงินไม่ได้

สำหรับข้อพิจารณาว่านิติสัมพันธ์ของคุณใช้บริการกับผู้ให้บริการอยู่ภายใต้สัญญารับขนหรือไม่นั้น วินิจฉัยได้ว่า การที่คุณใช้บริการเป็นบุคคลที่กระทำการขนส่งสิ่งของจากสถานที่หนึ่งไปยังอีกสถานที่หนึ่งโดยได้บำเหน็จหรือค่าจ้างเป็นการตอบแทน ทำให้มีลักษณะเข้าข่ายเป็นผู้ขนส่ง แต่เนื่องจากผู้ให้บริการที่นำรถมาให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเกือบทั้งหมดไม่ใช่ผู้ประกอบการอาชีพรับขนส่งอยู่เป็นประจำ อาจจะเข้าร่วมขับรถให้บริการส่งของเป็นครั้งคราวหรือทำเป็นงานเสริมนอกเหนือจากอาชีพหลักที่ตนทำ จึงมีลักษณะไม่ครบองค์ประกอบ

²⁸ จรัส ภักดีธนากุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2555), หน้า 14.

ตามความหมายของผู้ขนส่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 608²⁹ และเมื่อผู้ให้บริการไม่ใช่ผู้ขนส่ง ก็ทำให้ผู้ให้บริการไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายลักษณะรับขน ในบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นหมายความว่าผู้ให้บริการกับผู้รับบริการไม่ผูกพันกันตามสัญญารับขน

3.2 นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับบริษัทผู้ประกอบธุรกิจ

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับบริษัทผู้ประกอบธุรกิจเกิดขึ้นจากการที่ผู้ให้บริการลงทะเบียนเข้าร่วมในกลุ่มคนให้บริการส่งของกับบริษัทผู้ประกอบธุรกิจ และจะดำเนินงานให้บริการส่งของแต่ละครั้งเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้ใช้บริการที่ส่งผ่านมา โดยมีแอปพลิเคชันของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจที่ตนเข้าร่วมอยู่เป็นแพลตฟอร์มกลาง ซึ่งสามารถวิเคราะห์นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับบริษัทผู้ประกอบธุรกิจ โดยพิจารณาจากหลักกฎหมาย ดังต่อไปนี้

3.2.1 สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติให้ความหมายของสัญญาจ้างแรงงานไว้ในมาตรา 575 ว่า “อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้” ซึ่งมีสาระสำคัญหมายความว่า 1) สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย 2) มีวัตถุประสงค์ให้ลูกจ้างทำงานให้นายจ้างเป็นสำคัญ³⁰ 3) นายจ้างตกลงจะให้สินจ้างแก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้

พิจารณาจากข้อเท็จจริง บริษัทผู้ประกอบธุรกิจจะเปิดโอกาสให้ผู้ขับรถลงทะเบียนรวมกลุ่มเป็นผู้ให้บริการโดยมีวัตถุประสงค์ให้ผู้ให้บริการเหล่านี้ทำงานให้ ซึ่งก็คือการขับรถส่งของไป/มายังสถานที่ที่กำหนด ในขณะที่ผู้ให้บริการยอมทำงานให้เพราะต้องการได้รับค่าตอบแทน เสมือนตกลงกันระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายคือนายจ้างและลูกจ้าง อย่างไรก็ตาม การให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน ผู้ให้บริการไม่ได้มีหน้าที่เพียงการขับรถส่งของเท่านั้น แต่จะต้องจัดส่งของให้ถึงจุดหมายปลายทางจึงถือว่าทำงานสำเร็จและตนจึงจะได้ค่าตอบแทน ทำให้เห็นว่าข้อตกลงของบุคคลสองฝ่ายไม่เป็นไปตามความหมายของสัญญาจ้างแรงงานที่มีสาระสำคัญอยู่ที่การทำงานและสินจ้าง กล่าวคือ มีวัตถุประสงค์ให้ลูกจ้างทำงานให้นายจ้างเป็นสำคัญซึ่งงานนั้นจะสำเร็จหรือไม่ไม่ใช่เรื่องสำคัญ³¹ นายจ้างก็ตกลงจะให้สินจ้างแก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ แม้งานไม่เสร็จลูกจ้างก็ยังได้รับค่าจ้าง³²

นอกจากนั้น เห็นได้ยิ่งกว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับบริษัทผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันไม่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงานเนื่องจากสัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่มี

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 608 “อันว่าผู้ขนส่งภายในความหมายแห่งกฎหมายลักษณะนี้ คือบุคคลผู้รับขนส่งของหรือคนโดยสาร เพื่อพาหนึ่งเป็นทางค้าปลีกของตน”

³⁰ โผทิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 31.

³¹ เรื่องเดียวกัน.

³² เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

สาระสำคัญอยู่กับคุณลักษณะเฉพาะของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา³³ ฉะนั้น การที่นายจ้างจะตกลงทำสัญญาเลือกบุคคลใดเป็นลูกจ้างก็ต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติของบุคคลนั้นเป็นรายๆไป แต่ในการเข้าร่วมขั้วรถให้บริการส่งของนี้ บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้ระบุคุณสมบัติของผู้ให้บริการเป็นพิเศษและไม่ได้มีการพิจารณาตัดสินใจคัดเลือกจะให้บุคคลใดเป็นผู้ให้บริการ ในทางกลับกัน บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจสร้างดิจิทัลแพลตฟอร์มที่เปิดรับให้ทุกคนสามารถเข้าร่วมเป็นผู้ให้บริการได้ แสดงว่าบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้ให้ความสำคัญกับคุณสมบัติเฉพาะของผู้ขับรถที่มาลงทะเบียนกับกลุ่มงาน อีกทั้งไม่ปรากฏความสัมพันธ์พิเศษระหว่างสองฝ่ายภายใต้สัญญาจ้างแรงงานที่นายจ้างมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาลูกจ้าง มีอำนาจสั่งให้ลูกจ้างทำงานตามวิธีที่ตนต้องการได้ ทำให้ลูกจ้างต้องทำงานอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลและเชื่อฟังคำสั่งของนายจ้างตลอดเวลา³⁴ กล่าวคือ ระหว่างการให้บริการส่งของ บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจจะไม่ยุ่งเกี่ยวหรือออกคำสั่งให้ผู้ให้บริการขับรถปฏิบัติตาม ทำให้เห็นว่าการให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน ผู้ให้บริการค่อนข้างมีอิสระในการกระทำการ โดยสามารถเลือกที่จะตอบรับหรือไม่รับคำขอรับบริการส่งของจากผู้ให้บริการ และให้บริการตามความรู้ ความสามารถในรูปแบบของตนโดยปราศจากการควบคุมกำกับจากบริษัทผู้ประกอบการ ไม่ได้อาศัยอยู่ภายใต้คำสั่งของบริษัทฯ ตลอดเวลา เมื่อเป็นเช่นนี้จึงไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงาน

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏข้างต้น ทำให้พิจารณาต่อไปได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับบริษัทผู้ประกอบการเพื่อให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันอาจมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากมีสาระสำคัญบางประการตามที่วางหลักไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ว่าสัญญาจ้างทำของคือสัญญาที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง แล้วผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ตนนั้น³⁵ ซึ่งหมายความว่าสัญญาจ้างทำของมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญเพื่อให้ผู้รับจ้างตกลงทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ และเมื่อเสร็จก็จะได้รับสินจ้างเป็นการตอบแทน โดยผู้ว่าจ้างมีเพียงสิทธิในการชี้แจงแนะนำให้ผู้รับจ้างทำตามข้อสัญญาเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิบังคับการผู้รับจ้าง ผู้ว่าจ้างจึงมีอิสระในการทำงานมากกว่าลูกจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน³⁶

ในทางปฏิบัติ การให้บริการขับรถส่งของถือเป็น‘การทำของ’ ด้วย ในเมื่อระหว่างการให้บริการส่งของ บริษัทผู้ประกอบการจะไม่ยุ่งเกี่ยวหรือออกคำสั่งให้ผู้ให้บริการขับรถปฏิบัติตาม ผู้ให้บริการค่อนข้างมีอิสระในการกระทำการโดยสามารถเลือกที่จะตอบรับหรือไม่รับคำขอรับบริการส่งของจากผู้ให้บริการ และให้บริการตามความรู้ ความสามารถในรูปแบบของตนโดยปราศจากการควบคุมกำกับจากบริษัทผู้ประกอบการ ไม่ตกอยู่ภายใต้คำสั่งของบริษัทฯ ตลอดเวลา เพียงทำการตามคำชี้แจงแนะนำภายใต้ข้อตกลง หากผู้ให้บริการจัดส่งของถึงจุดหมายปลายทางถือว่าทำงานสำเร็จแล้ว ตนจะได้ค่าตอบแทน เช่นนี้จึงอาจถือเป็นสัญญาจ้างทำของได้

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 583 “ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่ง เช่นว่านั้นเป็นอาชญากรรม ละทิ้งการทำงานไปเสียก็ดี กระทำความผิดอย่างร้ายแรงก็ดี หรือทำประการอื่นอันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะไล่ออกโดยมิพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้”

³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 “อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ตนนั้น”

³⁶ ไผทจิต เอกจริยกร, คำอธิบาย จ้างแรงงาน จ้างทำของ รับชน, หน้า 132-134.

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบเรื่องการให้สินจ้างเป็นการตอบแทนซึ่งเป็นสาระสำคัญของทั้งสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของที่ทำให้สัญญาสองเรื่องนี้มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน จึงมีข้อสังเกตว่า สัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่ “นายจ้างตกลงจะให้สินจ้าง” หรือ “ผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้าง” แก่ลูกจ้างหรือผู้รับจ้าง แต่ในการให้บริการส่งของ ผู้ที่ให้ค่าตอบแทนหรือค่าบริการคือผู้ใช้บริการซึ่งอาจจะชำระเป็นเงินสดให้แก่ผู้ใช้บริการโดยตรงหรือถูกหักชำระจากบัญชีบัตรเครดิตที่ผู้ใช้บริการลงทะเบียนไว้กับบริษัทผู้ประกอบการก็ได้ ฉะนั้น แท้จริงแล้วบริษัทผู้ประกอบการไม่ใช่ผู้ชำระค่าตอบแทน (ให้สินจ้าง) เป็นเพียงคนกลางที่อำนวยความสะดวกในการชำระราคาค่าบริการ ทำให้ไม่อยู่ในสถานะนายจ้างหรือผู้ว่าจ้างตามความหมายของสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้บริการและบริษัทผู้ประกอบการจึงไม่ใช่ในนายจ้าง-ลูกจ้าง หรือ ผู้ว่าจ้าง-ผู้รับจ้าง

อนึ่ง เมื่อพิจารณาต่อมาถึงลักษณะความเป็นสัญญาต่างตอบแทนของสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ พบว่าผู้ใช้บริการมีสิทธิที่จะตัดสินใจเลือกตอบรับหรือไม่รับคำร้องขอใช้บริการ ถ้าผู้ใช้บริการรายหนึ่งปฏิเสธ บริษัทผู้ประกอบการก็จะยังคงส่งคำร้องขอใช้บริการนั้นไว้ในระบบและรอผู้ใช้บริการรายอื่นมาตอบรับ จึงถือว่าผู้ใช้บริการไม่มีหน้าที่หรือความผูกพันจะต้องชำระหนี้ด้วยการกระทำการให้บริการส่งของจากสถานที่หนึ่งไปมายังอีกสถานที่หนึ่ง ส่วนบริษัทผู้ประกอบการก็ไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ผู้ใช้บริการรายใดรายหนึ่งบริการส่งของให้ ในขณะเดียวกัน บริษัทผู้ประกอบการไม่ใช่ผู้มีหน้าที่ที่แท้จริงในการชำระค่าบริการตอบแทนการให้บริการส่งของเพราะผู้มีหน้าที่ชำระค่าบริการคือผู้ใช้บริการ บริษัทผู้ประกอบการเป็นเพียงผู้อำนวยความสะดวกในการชำระค่าบริการเท่านั้น ผู้ให้บริการจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องให้บริษัทผู้ประกอบการเจ้าของแอปพลิเคชันชำระค่าตอบแทนหรือค่าบริการแก่ตน เมื่อเป็นดังนี้ ทำให้ผู้ใช้บริการกับบริษัทผู้ประกอบการเพื่อให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันไม่มีความสัมพันธ์เข้าองค์ประกอบตามลักษณะสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ

3.2.2 สัญญาตัวแทน

เมื่อผู้ใช้บริการกับบริษัทผู้ประกอบการไม่มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ จึงจะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ในลักษณะตัวแทนในตัวการตัวแทนในลำดับต่อมา

สัญญาตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 797³⁷ คือ สัญญาที่ตัวแทนมีอำนาจทำการแทนตัวการตามที่ตัวการมอบหมายหรือมอบอำนาจ และตัวแทนตกลงยินยอมที่จะปฏิบัติหน้าที่ตามที่ตัวการมอบหมายหรือแต่งตั้งให้เป็นตัวแทน ซึ่งมีหลักเกณฑ์สำคัญ คือ 1) สัญญาที่อาศัยหลักความยินยอม 2) ไม่ต้องทำตามแบบและจะมีหรือไม่มีบำเหน็จก็ได้³⁸ 3) มีวัตถุประสงค์ให้ตัวแทนมีอำนาจทำการแทนตัวการ

³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดังนั้น อันความเป็นตัวแทนนั้นจะเป็นโดยแต่งตั้งแสดงออกชัดหรือโดยปริยายก็ย่อมได้”

³⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 803 “ตัวแทนไม่มีสิทธิจะได้รับบำเหน็จ เว้นแต่จะได้มีข้อตกลงกันไว้ในสัญญาว่ามีบำเหน็จ หรือทางการที่คู่สัญญาประพฤติดต่อกันนั้นเป็นปริยายว่ามีบำเหน็จ หรือเคยเป็นธรรมเนียมมีบำเหน็จ”

อันเป็นกิจการที่ทำแล้วเกิดมีผลตามกฎหมายและผลนั้นผูกพันตัวการ³⁹ 4) สัญญาต้องมีบุคคลที่สาม⁴⁰

ธุรกิจการให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน เกิดจากการที่บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจยินยอมและมอบหมายให้ผู้ให้บริการขับรถส่งของแทนให้ และผู้ให้บริการก็ยินยอมโดยชัดแจ้งด้วยความสมัครใจลงทะเบียนเข้าร่วมให้บริการส่งของตามที่บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจมอบหมาย เมื่อทั้งสองฝ่ายมีเจตนาถูกต้องตรงกัน ตกลงกันบนพื้นฐานของความยินยอม สัญญาย่อมเกิดขึ้นได้ตามหลักเกณฑ์ของนิติกรรมสัญญาดังที่อธิบายไว้แล้วข้างต้น และอาจจะมีลักษณะเป็นสัญญาตัวแทนโดยถือว่าผู้ให้บริการเป็นตัวแทนมีอำนาจทำการ(ให้บริการ) แทนบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจ อย่างไรก็ตาม ตามหลักของเรื่องสัญญาตัวแทน กิจการที่ตัวแทนจะทำการแทนได้ต้องเป็นกิจการที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีการติดต่อหรือไปกระทำการกับบุคคลที่สามแทนตัวการ⁴¹ และก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย ซึ่งแม้ว่าการให้บริการส่งของจะเป็นกิจการที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ใช่กิจการเฉพาะตัว แต่การให้บริการขับรถส่งของไม่ใช่กิจการที่กระทำแล้วก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายและจะมีผลผูกพันบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจแต่อย่างใด เป็นเพียงการนำของไปส่งมอบไว้ ณ สถานที่ที่กำหนดเท่านั้น ทั้งนี้ วัตถุประสงค์อันแท้จริงที่บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจมอบหมายให้ผู้ให้บริการไปกระทำการแทน คือ ให้บริการขับรถส่งของยังจุดหมายปลายทางที่ระบุไว้ ไม่ใช่เพื่อให้ไปติดต่อและกระทำการให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายกับบุคคลภายนอก ฉะนั้น เมื่อกิจการที่มอบหมายไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใดๆ อีกทั้งไม่ต้องติดต่อกับบุคคลที่สามเลย จึงน่าจะเป็นเพียงการวาน การใช้เท่านั้น ผู้ให้บริการก็เป็นเพียงผู้รับใช้หรือถูกวานใช้ มิใช่ตัวแทน ผู้ให้บริการและบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีนิติสัมพันธ์กันเป็นตัวการตัวแทนภายใต้สัญญาตัวแทนตามมาตรา 797

3.2.3 สัญญาห้างหุ้นส่วนและบริษัท

เนื่องจากธุรกิจการให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันสำเร็จได้จากการดำเนินกิจการร่วมกันของบุคคลสองฝ่าย คือบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจเจ้าของแอปพลิเคชันซึ่งเป็นสื่อกลางจับคู่ผู้ใช้บริการกับผู้ให้บริการและผู้ให้บริการขับรถส่งของไป/มายังสถานที่ที่มีการกำหนดไว้ ซึ่งมองได้ว่าบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเป็นทางการค้าปกติของตน ในขณะที่ผู้ให้บริการก็เป็นผู้มาเข้าร่วมขับรถให้บริการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริษัทนั้น เสมือนทำธุรกิจร่วมกัน จึงจะพิจารณาหาความสัมพันธ์ของผู้ให้บริการและบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจตามกฎหมายห้างหุ้นส่วนและบริษัทดังต่อไปนี้

สัญญาห้างหุ้นส่วนและบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1012⁴² คือ การทำสัญญาระหว่างบุคคลหลายคนโดยมาตกลงกันทำกิจการหากำไรร่วมกัน มีหลักเกณฑ์สำคัญดังนี้ 1) มีบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งมีความสามารถตามกฎหมาย 2) มีการตกลงเข้ากัน

³⁹ โผทจิต เอกจริยกร, *ตัวแทน-นายหน้า* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 37.

⁴⁰ กุศล บุญเย็น, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทนและนายหน้า* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2541), หน้า 6.

⁴¹ ไชยเจริญ สันติศิริ, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า จัดการงานนอกสั่ง* (พระนคร: โรงพิมพ์กัศปิยะประติษฐ์), หน้า 10.

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

ด้วยการตกลง ‘เข้าหุ้นกัน’ โดยทุนที่นำมาเข้าร่วมจะเป็นเงิน ทรัพย์สินอื่นๆ หรือแรงงานก็ได้⁴³ 3) เพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน มีความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่จะประกอบกิจการเดียวกัน ช่วยกันดำเนินกิจการไปในแนวเดียวกัน ไม่กระทำการค้าแข่งขันกัน⁴⁴ เรียกว่ามีส่วนได้ส่วนเสียร่วมกันในลักษณะ ‘ร่วมหัวจมท้าย’⁴⁵ ถึงขนาดเมื่อธุรกิจได้กำไรก็นำมาแบ่งกัน เมื่อขาดทุนก็เฉลี่ยกันออก⁴⁶ 4) ประสงค์จะหากำไรมาตั้งแต่เริ่มแรกและมีเจตนาจะนำกำไรมาแบ่งกัน ซึ่งกำไรที่สามารถนำมาแบ่งกันได้นั้นจะต้องเป็นกำไร* ที่ได้จากกิจการที่ทำด้วย⁴⁷

จากลักษณะธุรกิจให้บริการส่งของพิจารณาได้ว่า ผู้ให้บริการกับบริษัทผู้ประกอบธุรกิจมีการตกลงเข้าหุ้นกันโดยทุนของผู้ให้บริการคือแรงงานหรือการขับรถให้บริการส่งของ ส่วนบริษัทผู้ประกอบธุรกิจลงทุนด้วยเงินหรือทรัพย์สินอื่นนอกจากเงินเท่ากับว่าฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ออกรแรง อีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ถือหุ้น

ผู้ให้บริการกับบริษัทผู้ประกอบธุรกิจได้ตกลงแบ่งหน้าที่กันทำเพื่อมุ่งประสงค์จะให้บริการส่งของแก่ผู้ใช้บริการที่ส่งคำขอผ่านแอปพลิเคชัน โดยผู้ให้บริการจะลงทะเบียนเข้าร่วมในกลุ่มผู้ขับรถให้บริการส่งของกับบริษัทผู้ประกอบธุรกิจ หลังจากนั้น ผู้ให้บริการจะเป็นผู้พิจารณาเลือกตอบรับคำขอรับบริการที่ส่งผ่านแอปพลิเคชันของบริษัทผู้ประกอบธุรกิจและเป็นผู้ทำหน้าที่หลักในการให้บริการขับรถส่งของไป/มายังสถานที่ที่ผู้ใช้บริการกำหนด ในขณะที่บริษัทผู้ประกอบธุรกิจจะมีแอปพลิเคชันอันเป็นแพลตฟอร์มที่ช่วยให้การให้บริการส่งของสะดวกและรวดเร็วขึ้น เช่น ทำหน้าที่เป็นสื่อกลางทำให้ผู้ใช้บริการมาพบกับผู้ให้บริการ และเมื่อผู้ให้บริการส่งของถึงยังจุดหมายปลายทางแล้ว บริษัทผู้ประกอบธุรกิจจะเรียกเก็บค่าจัดส่งจากบัญชีบัตรเครดิตของผู้ใช้บริการเพื่อเป็นการตอบแทนการจัดส่งผ่านแอปพลิเคชันที่ได้ให้บริการแล้วเสร็จ เมื่อเป็นดังนี้ จะเห็นว่าผู้ให้บริการและบริษัทผู้ประกอบธุรกิจมีความมุ่งหมายไปในแนวเดียวกันและมีการร่วมมือกันเพื่อให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันสำเร็จตามเป้าหมาย ประสงค์ นอกจากนั้น บุคคลทั้งสองฝ่ายมีเจตนาดำเนินกิจการร่วมกันเพื่อให้ได้ผลกำไรด้วย โดยเห็นได้จากการที่บริษัทผู้ประกอบธุรกิจเรียกเก็บส่วนแบ่งจากค่าบริการการจัดส่งตามสัดส่วน (จำนวนร้อยละ) ที่ตกลงไว้ของค่าบริการที่ผู้ใช้บริการชำระ (ขึ้นกับประเภทการให้บริการส่งของด้วย) ส่วนเงินที่เหลือจะเป็นของผู้ให้บริการขับรถ ไม่ว่าจะเป็นการชำระแบบเงินสดหรือบริษัทผู้ประกอบธุรกิจจะโอนเงินเข้าบัญชีของผู้ให้บริการ

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ทำให้เห็นว่า การร่วมมือกันของผู้ให้บริการและบริษัทผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อผลกำไร เป็นการร่วมดำเนินการประกอบธุรกิจที่ทำให้ผู้ให้บริการและบริษัทผู้ประกอบธุรกิจเกิดนิติสัมพันธ์เป็นหุ้นส่วนกันตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วนบริษัท

⁴³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1026 “ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนต้องมีสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาลงหุ้นด้วยในหุ้นส่วน สิ่งนั้นนำมาลงด้วยนั้นจะเป็นเงินหรือทรัพย์สินสิ่งอื่น หรือแรงงานก็ได้”

⁴⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หุ้นส่วน บริษัท, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2553), หน้า 10-13.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 7148/2542

* ตามแนวคิดของกฎหมายไทย ‘การแบ่งกำไร’ นอกจากจะหมายถึงกำไรสุทธิซึ่งคือการแบ่งเงินที่เหลือหลังจากหักค่าใช้จ่ายและต้นทุนแล้วยังอาจหมายความรวมถึงการแบ่งรายรับ การแบ่งรายได้การแบ่งผลผลิตหรือการผลัดกันเข้าไปเก็บผลประโยชน์จากทรัพย์สินหรือกิจการของหุ้นส่วน (โสภณ รัตนกร 2553: 33)

⁴⁷ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หุ้นส่วน บริษัท, หน้า 12.

3.3 นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้ใช้บริการ

ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้ใช้บริการเกิดขึ้นจากการที่ผู้ใช้บริการทำการติดตั้งแอปพลิเคชันของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจให้บริการส่งของ แล้วเปิดแอปพลิเคชันขึ้นมาดำเนินการลงทะเบียนเพื่อสร้างบัญชีผู้ใช้บริการด้วยการกรอกข้อมูลส่วนตัว กดยืนยัน โดยการลงทะเบียนนี้จะมี “ข้อตกลงและเงื่อนไข” สำหรับผู้ใช้บริการของบริษัทแอปพลิเคชัน” ปรากฏขึ้นซึ่งกำหนดรายละเอียดในเรื่องของ คำจำกัดความ, ความรับผิดของลูกค้า (ผู้ใช้บริการ), สินค้าต้องห้าม, ความสูญหายและเสียหาย, ข้อยกเว้นความรับผิดของบริษัทแอปพลิเคชัน, การเรียกร้องค่าเสียหาย, การประกันการชดเชยค่าเสียหาย ฯลฯ โดยผู้ใช้บริการจะกดยอมรับข้อกำหนด เงื่อนไข และนโยบายความเป็นส่วนตัวของบริษัทแอปพลิเคชัน หลังจากนั้นจึงสามารถใช้งานได้ ผู้ใช้บริการก็จะเปิดแอปพลิเคชันขึ้นมาแล้วทำการเลือกบริการและประเภทรถยนต์ที่ต้องการ รวมถึงกดยืนยันการบริการพร้อมทั้งอัตราค่าบริการที่บริษัทฯ กำหนดให้อัตโนมัติ

ธุรกรรมดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยการใช้เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์ในการทำงานจึงถือว่าเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่งซึ่งเห็นว่าเป็นการวิเคราะห์นิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้ใช้บริการได้จากเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาและผลทางกฎหมายของธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 เช่นเดียวกับกรณีความสัมพันธ์ของผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการดังที่อธิบายไว้ข้างต้นในหัวข้อ 3.1

จากกระบวนการสื่อสารระหว่างบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้ใช้บริการบนแอปพลิเคชัน เห็นได้ว่า มีสัญญาเกิดขึ้นระหว่างบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้ใช้บริการ กล่าวคือ ข้อตกลงและเงื่อนไขการให้บริการส่งของของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจที่กำหนดไว้ออนไลน์เกิดจากเจตนาที่แท้จริงด้วยความสมัครใจ แสดงวัตถุประสงค์ชัดเจนอันชอบด้วยกฎหมายว่าบริษัทฯ เป็นผู้จัดเตรียมการให้บริการส่งของไป/มายังสถานที่ที่ผู้ใช้บริการกำหนด ซึ่งในการจัดเตรียมดังกล่าวบริษัทฯ จะเป็นผู้จัดการทำการต่างๆ ตามที่ปรากฏบนแอปพลิเคชัน (เมื่อผู้ใช้บริการเปิดใช้งาน) ไม่ว่าจะเป็น ประเภทการให้บริการ, ประเภทรถ, ผู้ให้บริการขับรถ, ระยะเวลาและระยะทางสำหรับการให้บริการ, อัตราค่าบริการ ฯลฯ ข้อตกลงและเงื่อนไขการให้บริการส่งของของบริษัทแอปพลิเคชันนี้ ถึงแม้จะไม่ได้ส่งไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่งอย่างเฉพาะเจาะจง แต่มีรายละเอียดเนื้อหาชัดเจน แน่นนอน ครบถ้วนเพียงพอที่ผู้ใช้บริการจะตอบรับได้ทันที ถือเป็นคำเสนอ และคำตอบรับของผู้ใช้บริการที่คิดไตร่ตรอง ตัดสินใจด้วยตนเอง จนแสดงเจตนาครบข้อตกลงและเงื่อนไข นั้นโดยไม่มีเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติม แก้ไขแต่อย่างใด เท่ากับว่าผู้ใช้บริการยินดีจะรับบริการการจัดส่งภายใต้ข้อตกลงและเงื่อนไขที่บริษัทแอปพลิเคชันกำหนดทั้งหมด ถือได้ว่าเป็นคำสนอง ฉะนั้นเมื่อคำเสนอของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจ ได้รับการสนองรับจากผู้ให้บริการ คำเสนอ-สนอง ถูกต้องตรงกัน สัญญาจึงเกิดขึ้นได้

ทั้งนี้ การทำคำเสนอจัดเตรียมการให้บริการส่งของของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจและการทำคำสนองตอบรับของผู้ใช้บริการบนแอปพลิเคชัน คือการใช้เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์ในการทำงานถือว่าเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่ง สามารถมีผลทางกฎหมายได้ ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 มาตรา 13 ที่ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า “คำเสนอหรือคำสนองในการทำสัญญาอาจทำเป็นข้อมูลทาง

อิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และห้ามมิให้ปฏิเสธการมีผลทางกฎหมายของสัญญาเพียงเพราะเหตุที่สัญญานั้นได้ทำข้อเสนอหรือคำสนองเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์” เมื่อเป็นดังนี้ เมื่อคำเสนอของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจผู้จัดทำแอปพลิเคชันได้พบกับคำสนองของผู้ใช้บริการถูกต้องตรงกัน สัญญาที่จะเกิดขึ้นได้ ส่งผลให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายที่ผู้ใช้บริการต้องผูกพันภายใต้ข้อตกลงและเงื่อนไขต่างๆ ที่บริษัทแอปพลิเคชันกำหนดไว้ในสัญญา ในขณะที่บริษัทแอปพลิเคชันก็มีหน้าที่ปฏิบัติตามข้อตกลงและเงื่อนไขต่างๆ ที่ตนกำหนดด้วย

นอกจากนี้ เมื่อบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้ใช้บริการเข้าผูกพันกันทางธุรกิจ โดยบริษัทเจ้าของแอปพลิเคชันเป็นผู้ให้บริการส่งของและผู้ใช้บริการก็เป็นผู้เสียค่าตอบแทนและได้รับการบริการจากบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจ จึงถือว่าเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” กับ “ผู้บริโภค” ตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และถึงแม้บุคคลทั้งสองจะไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กันก็ยังคงจะได้รับความคุ้มครองภายใต้สาระสำคัญของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

4. วิเคราะห์ประเด็นปัญหาความรับผิดทางแพ่งในความเสียหายที่เกิดจากธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน

เมื่อพิจารณานิติสัมพันธ์ของผู้ให้บริการ ผู้ใช้บริการ และบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจในธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน ทำให้สามารถวิเคราะห์ประเด็นปัญหาได้ดังต่อไปนี้

4.1 กรณีความเสียหายเกิดกับบุคคลภายนอก

ธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเกิดจากการจับคู่ผู้ให้บริการกับผู้ให้บริการให้เข้าทำธุรกรรมกันได้โดยตรงโดยบริษัทเจ้าของแอปพลิเคชัน เมื่อผู้ใช้บริการส่งค่าขอรับบริการและได้รับการตอบรับแล้ว ผู้ให้บริการก็จะจัดบริการนำสิ่งของไปส่ง ณ จุดหมายปลายทางตามที่ผู้ใช้บริการระบุไว้ ซึ่งการเรียกใช้บริการส่งของดังกล่าวอาจเกิดกรณีที่ขณะให้บริการส่งของตามค่าขอรับบริการผ่านบริษัทแอปพลิเคชัน ผู้ให้บริการขับรถชนคนได้รับบาดเจ็บสาหัสหรือได้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก ผู้เสียหายจะได้รับการชดเชยเยียวยาอย่างไร และจะสามารถเรียกให้บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจมาร่วมรับผิดชอบในการกระทำของผู้ให้บริการได้หรือไม่

จากประเด็นปัญหานี้เห็นได้ว่า ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้ให้บริการต่อบุคคลภายนอกนั้น ผู้เสียหายสามารถเรียกชดเชยค่าสินไหมทดแทนได้จากผู้กระทำการโดยตรงเป็นลำดับแรกตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420⁴⁸ ที่วางหลักเกณฑ์ดังนี้ 1) มีการกระทำโดยผิดกฎหมาย 2) เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ รู้สำนึกในการเคลื่อนไหวก่อให้เกิดความเสียหายโดยรู้สำนึกถึงผลเสียที่จะเกิดจากการกระทำของตน และแม้ไม่จงใจแต่ไม่ใช้ความระมัดระวังอันสมควรที่จะใช้⁴⁹ 3) มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งต้องเป็นความเสียหายที่เกิดแก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ตามว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

⁴⁹ จิตติ ดิงศรัทีย์ ปรับปรุงโดย เขมณัฐ ภูมิถาวร ชวิน อุณัฏฐ และ อำนาจ ตั้งศิริพินาน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลามิครได้ ละเมิด (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 67.

หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด⁵⁰ 4) ความเสียหายนั้นเป็นผลเกิดจากการกระทำของผู้ทำละเมิด ตามหลักที่เรียกว่า ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผล หรือระหว่างความผิดกับความเสียหาย⁵¹ ผู้เสียหายต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ความเสียหาย และต้องพิสูจน์ด้วยว่าความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้บริการขับรถ รวมถึง ความเสียหายนั้นเป็นผลที่เกิดจากการให้บริการส่งของของผู้ให้บริการ เมื่อผู้เสียหายพิสูจน์ได้ ผู้ให้บริการจึงจะต้อง รับผิดตามหลักเกณฑ์เรื่องละเมิด

ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติ ผู้เสียหายต้องการจะเรียกร้องให้บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจเข้ามารับผิดชอบด้วย โดยอ้างว่าบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจเป็นนายจ้างหรือเป็นผู้จัดหาผู้ให้บริการแต่ละรายในการคัดเลือกผู้เข้าร่วม ให้บริการ จึงมีส่วนต้องร่วมรับผิดชอบในความเสียหายด้วยตามเรื่องความรับผิดในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 425⁵² และ 427⁵³ ซึ่งใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้าง-ลูกจ้าง หรือตัวการ-ตัวแทน ส่งผลให้นายจ้างหรือตัวการซึ่งไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งการกระทำละเมิดที่ลูกจ้างหรือตัวแทนได้กระทำไปในกิจการทั้งหลาย ในฐานะของลูกจ้างหรือตัวแทน หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการดังนี้ 1) มีสัญญาจ้างแรงงาน ตามมาตรา 575 หรือสัญญาตัวแทนตามมาตรา 797 2) ลูกจ้างหรือตัวแทนกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก ตามมาตรา 420 3) กระทำละเมิดในฐานะปฏิบัติหน้าที่เป็นลูกจ้างหรือตัวแทนตามที่นายจ้างหรือตัวการมอบหมาย อย่างไรก็ตาม บริษัทฯ มักจะอ้างได้ว่าตนเป็นเพียงแพลตฟอร์มในการจับคู่ให้ผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการมาพบ และทำธุรกิจกันเท่านั้นแต่ไม่ใช่ผู้ให้บริการโดยตรง จึงไม่มีความรับผิด

เมื่อเป็นดังนี้จึงจำต้องพิเคราะห์ถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการกับบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจเสียก่อน เพื่อจะทราบถึงสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดที่มีต่อกัน ซึ่งจากการพิจารณาหลักกฎหมายหลายเรื่อง วิจัยนี้พบว่า ผู้ให้บริการไม่ใช่ลูกจ้างของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจเพราะไม่ใช่บุคคลที่ได้รับค่าตอบแทนตลอดระยะเวลาที่เข้าร่วม ให้บริการส่งของกับบริษัทฯ และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัทฯ ในทางตรงกันข้าม ผู้ให้บริการจะได้รับค่าบริการ จากผู้ใช้บริการ และจะได้ค่าตอบแทนนั้นก็ต่อเมื่อตนทำงานสำเร็จนั้นคือการขับรถส่งของถึงจุดหมายปลายทาง ที่กำหนดไว้ อย่างไรก็ดี การที่ผู้ให้บริการมีอิสระที่จะให้บริการส่งของโดยมุ่งที่ผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญ ก็ไม่ได้ ทำให้ผู้ให้บริการมีสถานะเป็นผู้รับจ้างของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจ เนื่องจากนิติสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่ายไม่เป็นตาม หลักของสัญญาต่างตอบแทนดังที่กล่าวไว้ข้างต้น นอกจากนั้น ผู้ให้บริการก็ไม่ใช่ตัวแทนตามความหมายของ สัญญาตัวแทน มาตรา 797 เพราะไม่ใช่บุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจให้ไปกระทำการติดต่อกับบุคคลที่สาม และการให้บริการขับรถส่งของก็ไม่ใช่งานที่ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย เมื่อนิติสัมพันธ์ ระหว่างผู้ให้บริการกับบริษัทผู้ประกอบการไม่เป็นไปตามลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ และสัญญาตัวแทน ทำให้ไม่เกิดสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดตามกฎหมายดังกล่าว ฉะนั้น การที่ผู้เสียหายจะเรียกร้อง ให้บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจมาร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้ให้บริการในฐานะนายจ้าง-ลูกจ้าง หรือ ตัวการ-ตัวแทน

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 95.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122-123.

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 “นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำในทางที่จ้างนั้น”

⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 “บทบัญญัติในมาตราทั้งสองก่อนนั้น ท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนด้วยโดยอนุโลม”

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 425 และ 427 เห็นว่ามีอาจจะทำได้ เพราะผู้ให้บริการไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่บนฐานของความเป็นลูกจ้างหรือตัวแทน จึงถือไม่ได้ว่าได้กระทำการละเมิดต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ บริษัทผู้ประกอบการซึ่งไม่ได้เป็นนายจ้างหรือตัวการก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ผู้ได้รับความเสียหาย

อนึ่ง วิจัยนี้พบว่าความร่วมมือกันของผู้ให้บริการและบริษัทผู้ประกอบการเพื่อให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อผลกำไร เป็นการร่วมดำเนินการประกอบธุรกิจที่ทำให้ผู้ให้บริการและบริษัทผู้ประกอบการเกิดนิติสัมพันธ์เป็นหุ้นส่วนกันตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายห้างหุ้นส่วนบริษัทตามมาตรา 1012 ทำให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายตามหลักกฎหมายดังกล่าว กล่าวคือ เมื่อผู้ให้บริการและบริษัทผู้ประกอบการเป็นหุ้นส่วนกัน ก็ต้องพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1042⁵⁴ ที่กำหนดให้นำกฎหมายเรื่องตัวแทนมาใช้กับความเกี่ยวพันระหว่างหุ้นส่วนด้วย ส่งผลให้ถ้าหุ้นส่วนคนหนึ่งไปกระทำการละเมิด ก่อความเสียหายแก่บุคคลภายนอก หุ้นส่วนคนอื่นก็ต้องร่วมรับผิดชอบในผลแห่งละเมิดที่หุ้นส่วนคนแรกกระทำต่อบุคคลภายนอก เช่นเดียวกับตัวการต้องร่วมกันรับผิดชอบกับตัวแทนตามนัยมาตรา 1042 และ 427⁵⁵ นั้นหมายความว่าระหว่างให้บริการส่งของ หากผู้ให้บริการกระทำการละเมิดต่อบุคคลภายนอก ผู้เสียหายจะสามารถเรียกให้บริษัทผู้ประกอบการเข้ามาร่วมรับผิดชอบกับผู้ให้บริการได้ในฐานะที่เป็นหุ้นส่วนที่มีความเกี่ยวพันกันตามหลักตัวการตัวแทน โดยอาศัยมาตรา 1042 ประกอบกับมาตรา 797 และ 427

4.2 กรณีผู้ใช้บริการเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากทรัพย์สินสูญหายหรือเสียหายหรือล่าช้า

เมื่อผู้ใช้บริการส่งคำขอรับบริการผ่านแอปพลิเคชัน แล้วผู้ให้บริการได้ตอบรับ ดำเนินการให้บริการจนกระทั่งนำสิ่งของไปส่งยังสถานที่ที่ผู้ใช้บริการกำหนด เช่น ผู้ใช้บริการเปิดใช้บริการแอปพลิเคชันของ LINE MAN เพื่อสั่งอาหารโดยเรียกให้ผู้ให้บริการไปรับอาหารตามร้านที่กำหนดและนำมาส่งให้แก่คนที่บ้าน หรือผู้ใช้บริการเปิดใช้บริการแอปพลิเคชันของ Lalamove เพื่อเรียกให้ผู้ให้บริการไปรับเอกสารจากสถานที่ที่กำหนดและนำมาส่งให้แก่คนที่บ้าน ซึ่งการเรียกใช้บริการส่งของดังกล่าวอาจเกิดกรณีที่ระหว่างให้บริการส่งของ ผู้ให้บริการทำทรัพย์สินสูญหายหรือเสียหายหรือเกิดความล่าช้า อาทิเช่น อาหารที่ผู้ให้บริการนำมาส่งแก่ผู้ใช้บริการ เมื่อถึงจุดหมายปลายทาง พบว่าหกและทะเย เป็นต้น กรณีนี้ ผู้ใช้จะต้องรับผิดชอบในความสูญหายหรือเสียหายหรือความล่าช้าที่เกิดขึ้นบ้าง

ในเรื่องที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบเมื่อมีความสูญหายหรือเสียหายหรือล่าช้าเกิดขึ้นกับทรัพย์สินระหว่างการให้บริการส่งของ เนื่องจากผู้ใช้บริการกับบริษัทผู้ประกอบการมีนิติสัมพันธ์ตามหลักนิติกรรมสัญญาที่ผูกพันกันอยู่ภายใต้ “ข้อตกลงและเงื่อนไขสำหรับผู้ใช้บริการของบริษัทแอปพลิเคชัน” ทำให้ผู้ใช้บริการอาจจะเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่ทรัพย์สินสูญหายหรือเสียหายหรือล่าช้าได้ตามข้อตกลงที่บริษัทแอปพลิเคชันกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณารายละเอียดในข้อตกลงและเงื่อนไขฯ ของบริษัทผู้ประกอบการส่วนใหญ่จะพบว่าบริษัท

⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1042 “ความเกี่ยวพันระหว่างหุ้นส่วนผู้จัดการกับหุ้นส่วนอื่นทั้งหลายอันนั้น ท่านให้บังคับด้วยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยตัวแทน

⁵⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 603/2506

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของธุรกิจในเศรษฐกิจแบ่งปัน:
ศึกษารณณธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน

ผู้ประกอบการธุรกิจจะระบุข้อสัญญาเพื่อจำกัดความรับผิดให้ไม่ต้องรับผิดชอบในความสูญหายหรือเสียหายหรือล่าช้า หรือให้รับผิดชอบน้อยที่สุด อาทิเช่น ระบุว่าพัสดุใดที่ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้, ข้อยกเว้นความรับผิดชอบของบริษัทแอปพลิเคชัน และกระบวนการเรียกร้องค่าเสียหายและจำกัดวงเงินที่จะชดใช้ เป็นต้น จึงเห็นว่า ข้อสัญญาจำกัดความรับผิดไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง ทำให้ผู้ใช้บริการแทบจะไม่มีโอกาสเรียกร้องค่าเสียหายจากบริษัทแอปพลิเคชันได้

สำหรับนิติสัมพันธ์ของผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการเป็นไปตามหลักกฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญาและเข้าลักษณะสัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 369 เห็นว่าผู้ใช้บริการจะเรียกให้ผู้ให้บริการรับผิดชอบจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ชำระหนี้ไม่ถูกต้อง และไม่ชำระค่าตอบแทนตามหลักสัญญาต่างตอบแทนได้ และหากผู้ใช้บริการไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญา เช่น ไม่ได้ส่งของไปถึงสถานที่ที่กำหนด หรือกระทำการชำระหนี้ไม่ถูกต้องสมควร อย่างเช่น ไม่ระมัดระวังจึงทำให้เกิดความเสียหายแก่ของที่ส่ง ผู้ใช้บริการสามารถอ้างว่าทำผิดสัญญา อาจใช้สิทธิ เลิกสัญญาและเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามกฎหมายลักษณะหนี้

นอกจากนั้น ผู้ใช้บริการจะสามารถเรียกให้ผู้ให้บริการชดเชยรับผิดชอบต่อความสูญหายหรือเสียหาย ตามหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องละเมิด ซึ่งย่อมจะแตกต่างกับความรับผิดตามกฎหมายเฉพาะเรื่องอื่นๆ กล่าวคือ หากตกอยู่ภายใต้กฎหมายเรื่องละเมิด ผู้ใช้บริการต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ความสูญหายหรือเสียหาย และต้องพิสูจน์ ด้วยว่าความสูญหายหรือเสียหายนั้นเป็นผลมาจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้บริการชดเชย รวมถึง ความเสียหายนั้นเป็นผลที่เกิดจากการให้บริการส่งของของผู้ให้บริการ เมื่อผู้ใช้บริการพิสูจน์ได้ ผู้ให้บริการจึงจะ ต้องรับผิดตามหลักเกณฑ์เรื่องละเมิด ซึ่งจากที่วิเคราะห์ว่าผู้ใช้บริการกับบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจมีนิติสัมพันธ์ เป็นหุ้นส่วนกัน ก็จะส่งผลให้บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจต้องเข้ามาร่วมรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้ให้บริการ ในฐานะที่เป็นหุ้นส่วนด้วยตามมาตรา 1012, 1042 ประกอบกับมาตรา 797 และ 427 ดังที่อธิบายไว้ในข้อ 4.1

จากการวิเคราะห์ผู้เขียนเห็นว่า ระหว่างผู้ใช้บริการกับบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจนั้น สิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบจะเป็นไปตามข้อสัญญาและหนี้ แต่ด้วยข้อสัญญาที่จำกัดและยกเว้นความรับผิดชอบของบริษัท ผู้ประกอบการธุรกิจย่อมเป็นไปได้ยากที่ผู้ใช้บริการจะเรียกค่าเสียหายหรือได้รับการชดใช้ในความเสียหายหรือสูญหาย หรือล่าช้าในทรัพย์สินจากการให้บริการส่งของจากบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจเจ้าของแอปพลิเคชัน อย่างไรก็ตาม ผู้ใช้บริการอาจจะเรียกให้บริษัทผู้ประกอบการธุรกิจเข้ามาร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดของผู้ให้บริการในฐานะที่เป็น หุ้นส่วนได้ นอกจากนี้ ผู้ใช้บริการจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โดยเรียกให้บริษัท แอปพลิเคชันชดใช้ค่าเสียหายโดยอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา หรือละเมิด และสามารถฟ้องคดีบริโภคได้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เนื่องจากผู้ใช้บริการถือเป็นผู้บริโภคที่รับบริการจากบริษัทแอปพลิเคชันซึ่งถือเป็นผู้ประกอบการกิจการ ให้บริการส่งของตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ทั้งนี้ ผู้ใช้บริการย่อมได้รับความคุ้มครองสิทธิ ที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา กล่าวคือ ผู้ใช้บริการจะต้องไม่ถูกเอาเปรียบจากเงื่อนไขสัญญาที่บริษัท แอปพลิเคชันกำหนดขึ้นอย่างไม่เป็นธรรม และเมื่อเกิดความเสียหายก็มีสิทธิได้รับการพิจารณาและชดเชย ความเสียหาย โดยข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้บริการนี้ ภาระการพิสูจน์เป็นหน้าที่ของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจตาม หลักเกณฑ์วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคซึ่งจะช่วยประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีให้กับผู้ใช้บริการเป็นอย่างยิ่ง เพราะฉะนั้น ผู้ใช้บริการสามารถได้รับความคุ้มครองและการชดใช้ความเสียหายได้

ส่วนระหว่างผู้ให้บริการกับผู้ใช้บริการการนำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องละเมิดมาบังคับใช้เพื่อเรียกให้ผู้ให้บริการชดเชยรับผิดชอบในความเสียหายจะสร้างความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการเพราะผู้ให้บริการจะมีภาระเพิ่มขึ้นในการที่จะต้องพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้บริการเสียก่อนถึงจะเรียกให้ผู้ให้บริการรับผิดชอบชดเชยความเสียหายได้ ซึ่งในทางปฏิบัติจะทำได้ยากและหลายกรณีอาจจะพิสูจน์ไม่ได้ ทำให้เสียประโยชน์

4.3 กรณีการให้ความคุ้มครองผู้รับของปลายทางซึ่งไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ในธุรกรรมการให้บริการส่งของ

ในการประกอบธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันนั้น อาจจะมีกรณีที่ผู้ใช้บริการเป็นร้านค้า (ผู้ขาย) ที่ทำความตกลงซื้อขายกับลูกค้า (ผู้ซื้อ) เอาไว้ ซึ่งร้านค้ามีหน้าที่ส่งของให้แก่ลูกค้าหลังจากได้รับชำระราคา หรืออาจเป็นกรณีที่บุคคลธรรมดาทั่วไปต้องการส่งของไปยังบุคคลที่สาม เช่น นาง ก. ต้องการส่งขนมที่ตนทำเองไปให้ นาง ข. เป็นต้น ทำให้ปัจจุบันร้านค้าหรือบุคคลธรรมดาส่วนใหญ่เลือกใช้บริการส่งของของบริษัทแอปพลิเคชัน ร้านค้าหรือบุคคลธรรมดาเหล่านั้นจึงมีสถานะเป็นผู้ให้บริการ และลูกค้าหรือบุคคลที่สามจะมีลักษณะเป็นผู้รับของ เมื่อผู้ใช้บริการส่งคำขอรับบริการและได้รับการตอบรับแล้ว ผู้ให้บริการก็จะจัดบริการนำของไปส่งให้แก่ผู้รับของที่รออยู่ ณ จุดหมายปลายทางตามที่ผู้ใช้บริการระบุไว้ ซึ่งถ้าระหว่างให้บริการส่งของตามคำขอรับบริการผ่านบริษัทแอปพลิเคชัน ผู้ให้บริการกระทำการก่อความเสียหายแก่สิ่งของหรือทำของสูญหาย เมื่อไปถึงผู้รับของซึ่งไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ในธุรกรรมการให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชัน ผู้รับของจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่อย่างไร

จากกรณีนี้เห็นได้ว่า ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำการของผู้ให้บริการต่อลูกค้านั้นถึงแม้ผู้รับของจะเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่มีความสัมพันธ์ในธุรกรรมการให้บริการ ผู้รับของซึ่งเป็นผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้เช่นเดียวกันกับกรณีความเสียหายที่เกิดกับบุคคลภายนอกตามที่วิเคราะห์แล้วในข้อ 4.1 กล่าวคือ ผู้รับของสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้จากผู้ให้บริการชดเชยโดยตรงตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเรื่องละเมิดตามมาตรา 420 และสามารถเรียกให้บริษัทผู้ประกอบการเข้าร่วมรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของผู้ให้บริการตามมาตรา 1012, 1042, 797 และ 427

กรณีนี้ผู้รับของต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ความสูญหายหรือเสียหาย และต้องพิสูจน์ด้วยว่าความสูญหายหรือเสียหายนั้นเป็นผลมาจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้บริการชดเชย รวมถึงความเสียหายนั้นเป็นผลที่เกิดจากการให้บริการส่งของของผู้ให้บริการ เมื่อผู้รับของพิสูจน์ได้ ผู้ให้บริการจึงจะต้องรับผิดชอบตามหลักเกณฑ์เรื่องละเมิด ทำให้เห็นว่าด้วยภาระการพิสูจน์นั้นไม่เอื้อต่อแนวปฏิบัติในทางธุรกิจ กล่าวคือด้วยมูลค่าของของนั้นที่อาจจะไม่สูง เมื่อเทียบกับระยะเวลาและกระบวนการพิสูจน์ที่ไม่คุ้มค่า ทำให้ผู้รับของตัดสินใจไม่เอาความหรือเรียกร้องใดๆ สิ่งนี้แสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องละเมิดอาจไม่เพียงพอที่จะช่วยให้ผู้รับของได้รับความคุ้มครองอย่างเป็นธรรมจากธุรกรรมดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้รับของถือเป็นผู้บริโภคที่เป็นผู้รับบริการจากบริษัทแอปพลิเคชัน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จึงเห็นว่าผู้รับของจะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เรียกให้บริษัทแอปพลิเคชันชดเชยค่าเสียหายโดยอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาหรือละเมิด โดยสามารถฟ้องคดีบริโภคได้ตามพระราชบัญญัติพิจารณาพิทักษ์ผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ถึงแม้ผู้รับของจะเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่มีความสัมพันธ์ในธุรกรรมการให้บริการ

5. ข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

ธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันที่มีบริษัทผู้ประกอบธุรกิจเป็นคนกลางถือเป็นการดำเนินธุรกิจรูปแบบใหม่ด้วยเทคโนโลยีแตกต่างจากรูปแบบของธุรกิจเดิมที่ปฏิบัติกันมา ทำให้ยังไม่มีกฎหมายรองรับและไม่มีมาตรการในการควบคุมกำกับกับการดำเนินธุรกิจดังกล่าว จึงเกิดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่ง

จากการศึกษาพบว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการ ผู้ใช้บริการ และบริษัทผู้ประกอบธุรกิจในธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องนิติกรรมสัญญา และเมื่อเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ผลทางกฎหมายก็เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ด้วย ซึ่งหมายความว่า คู่สัญญาที่มีสิทธิฟ้องร้องหากไม่ปฏิบัติตามสัญญา ชำระหนี้ไม่ถูกต้อง และเรียกค่าสินไหมทดแทน ตามหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาและหนี้ และเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการให้บริการส่งของดังกล่าว ผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องและได้รับการเยียวยาตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

ทั้งนี้ มีข้อพิจารณา คือ กรณีเกิดความเสียหายจากทรัพย์สินสูญหายหรือเสียหายหรือล่าช้า การนำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องละเมิดมาบังคับใช้เพื่อเรียกให้ผู้ให้บริการรับผิดชอบในความเสียหาย เป็นการเพิ่มภาระการพิสูจน์ให้แก่ผู้ให้บริการหรือผู้รับของ เป็นการสร้างอุปสรรคไม่ว่าจะด้านกระบวนการดำเนินคดี ระยะเวลา ค่าใช้จ่ายที่ไม่คุ้มกับมูลค่าทรัพย์สินที่เสียหาย สุดท้ายแล้วทำให้ผู้เสียหายเลิกล้มที่จะเรียกร้องใดๆ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการใช้หลักกฎหมายเรื่องละเมิดเพื่อเยียวยาความเสียหายไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงตามแนวปฏิบัติของการดำเนินธุรกิจ ส่งผลให้ผู้ให้บริการหรือผู้รับของเสียประโยชน์ ไม่ได้สร้างความเป็นธรรมอย่างแท้จริง รวมถึงนิติสัมพันธ์ที่ตั้งอยู่บนหลักกฎหมายทั่วไปมีโอกาสทำให้บริษัทผู้ประกอบธุรกิจสามารถอ้างได้ว่าตนเป็นเพียงสื่อกลาง ไม่ได้เกี่ยวข้องกับผู้ใช้บริการและผู้ให้บริการ และหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ

ฉะนั้น วิจัยนี้เสนอว่าหากผู้ใช้บริการได้รับความเสียหายก็สามารถได้รับความคุ้มครองในฐานะผู้บริโภค ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยผู้ใช้บริการจะได้รับความคุ้มครองในด้านข้อตกลงของสัญญาและเรียกให้บริษัทแอปพลิเคชันชดเชยค่าเสียหายโดยอาศัยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาหรือละเมิด อีกทั้งสามารถฟ้องคดีบริโภคได้ด้วยการผลการการพิสูจน์ไปยังบริษัทผู้ประกอบธุรกิจตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งทำให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยเยียวยาสะดวกและเป็นธรรมยิ่งขึ้น รวมถึงทำให้บริษัทผู้ประกอบธุรกิจดำเนินกิจการด้วยความระมัดระวัง และมีความรับผิดชอบต่อมากขึ้นด้วย

กล่าวโดยสรุป การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายมารองรับการทำธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเป็นการเฉพาะนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสามารถนำกฎหมายแพ่งที่มีอยู่ในปัจจุบันมาปรับใช้กับธุรกิจนี้ได้ ซึ่งเห็นได้ว่าผู้เสียหายก็จะยังคงได้รับความคุ้มครองภายใต้หลักกฎหมายแพ่งทั่วไปและกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ ผู้เขียนยังเห็นอีกด้วยว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายแพ่งดังกล่าวไม่ใช่แค่นำไปปรับใช้กับเฉพาะธุรกิจให้บริการส่งของผ่านแอปพลิเคชันเท่านั้น แต่เนื่องจากโครงสร้างของธุรกิจเศรษฐกิจแบ่งปันมีลักษณะเดียวกัน ทำให้สามารถนำหลักกฎหมายแพ่งนี้ไปปรับใช้กับธุรกิจประเภทอื่นๆ ในเศรษฐกิจแบ่งปัน ณ ขณะนี้จึงอาจยังไม่มีคำตอบจำเป็นต้อง

บัญญัติกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมกำกับธุรกิจรูปแบบใหม่ในเศรษฐกิจแบ่งปัน อย่างไรก็ตาม เมื่อโครงสร้างของธุรกิจได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยมี ‘คนกลาง’ และ ‘เทคโนโลยี’ เข้ามาเกี่ยวข้อง การใช้กฎเกณฑ์ที่มีอยู่จะไม่สอดคล้องกับธุรกรรมรูปแบบใหม่ในอนาคต ผู้เขียนเสนอว่า ควรจะต้องมีการทบทวนพิจารณาถึงการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งเพื่อให้สอดคล้องกับธุรกิจอินเทอร์เน็ตในเศรษฐกิจแบ่งปัน โดยกำหนดหน้าที่ความรับผิดของผู้ให้บริการไว้ชัดเจน ด้วยการทำให้ผู้ให้บริการต้องรับผิดชอบทันทีเมื่อทรัพย์สินของผู้ใช้บริการหรือผู้รับของสูญหายหรือเสียหายหรือล่าช้า โดยผู้ให้บริการหรือผู้รับของไม่ต้องพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ให้บริการ ในทางกลับกัน ฝ่ายผู้ให้บริการต้องพิสูจน์ว่าความสูญหายหรือเสียหายหรือล่าช้าเกิดจากเหตุยกเว้นความผิดของผู้ให้บริการที่กฎหมายกำหนดไว้จึงจะทำให้ผู้ให้บริการหลุดพ้นจากความรับผิด ประกอบกันนี้ก็จะต้องกำหนดหน้าที่ความรับผิดของบริษัทผู้ประกอบการธุรกิจให้ต้องเข้ามาร่วมรับผิดกับผู้ให้บริการไว้อย่างชัดเจนด้วย

สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่าย เครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรง ในต่างประเทศ: ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจผลิตและ จำหน่ายเครื่องประดับไทยในประเทศเวียดนาม

*The Situation and Legal Problems of Thai Jewelry Business that
Hinder Outward Foreign Direct Investment: A Case Study of the
Investment of Thai Jewelry Business in Vietnam*

ชนิสรา งามอภิชน*

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Chanisa.n@chula.ac.th

บทคัดย่อ

ประเทศไทยเป็นแหล่งผลิตอัญมณีและเครื่องประดับที่มีความสำคัญแห่งหนึ่งของโลกในปัจจุบัน และมีแนวโน้มที่ดีต่อเนื่องไปถึงในอนาคตโดยเฉพาะการผลิตเครื่องประดับในกลุ่มสินค้าระดับกลางถึงระดับบน เนื่องด้วยความโดดเด่นทางด้านทักษะฝีมือแรงงานที่มีความประณีต ส่งผลให้ชิ้นงานมีลวดลายและการออกแบบที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว เนื่องจากสถานการณ์อุตสาหกรรมเครื่องประดับของไทยนั้นมีปัจจัยหลักจากในประเทศที่ผลักดันให้ธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยออกไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศอยู่หลายปัจจัย กล่าวคือการขาดแคลนวัตถุดิบภายในประเทศทำให้ผู้ประกอบการย้ายฐานการผลิตไป ณ ประเทศที่มีวัตถุดิบอุดมสมบูรณ์และมีราคาถูกกว่า การเพิ่มขึ้นของค่าแรงภายในประเทศและมีค่าแรงสูงกว่าประเทศเพื่อนบ้าน และการที่ตลาดภายในประเทศไม่เติบโตเท่าที่ควร ผู้ประกอบการอาจตัดสินใจไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศโดยพิจารณาประเทศที่มีทรัพยากรที่เข้าในการผลิตและค่าแรงที่ต่ำกว่าในกรณีที่ต้องการไปตั้งฐานการผลิต หรือในกรณีต้องการขยายตลาดก็อาจไปตั้งร้านค้าเครื่องประดับเพื่อขยายตลาดราคาสินค้าของตนเอง โดยจะต้องพิจารณาตลาดเครื่องประดับของประเทศนั้นๆ ว่ามีความสามารถในการซื้อเครื่องประดับซึ่งเป็นสินค้าฟุ่มเฟือยหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาปัจจัยต่างๆ ที่กล่าวมานี้ หนึ่งในประเทศที่มีความน่าสนใจในการไปลงทุนทางตรง ได้แก่ สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าเวียดนามจะเป็นตลาดที่น่าสนใจสำหรับธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทย แต่ก็ยังมีอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงต่อผู้ประกอบการไทยหลายประการที่ควรได้รับการช่วยเหลือสนับสนุนโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมาย มาตรการและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง

คำหลัก: ธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทย, การลงทุนทางตรงในต่างประเทศ, อัญมณี, เวียดนาม

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330, น.บ. (เกียรตินิยม) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ.ท., LL.M. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, LL.M. University of King's College London, LL.M. La Trobe University

Abstract

Thailand is another important jewelry market in the world with prospect to continue growing in the future owing to the skilled workmanship and the unique patterns and designs of jewelry in the middle to hi-end level. Nevertheless, Thailand's jewelry industry has been impacted by a number of factors, including shortage of raw materials in the country, which has led to the relocation of production bases to countries with raw materials. In addition, the higher minimum wages and shortage of labor in the country are some of the factors to push the owner of jewelry business to have the factory to other countries which have plenty and cheaper labor cost. Currently, the rate of wages in Thailand is higher than that of neighboring countries including Vietnam. Another push factor is that the domestic market is not growing as predicted. There are many different stages of jewelry business which can be related to foreign direct investment. Stage of business is related to the decision on the suitable host country, for example, in case those entrepreneurs would like to set up production bases, they may decide to invest directly in foreign countries with lower production resources and wages. Differently, in case that the owner of jewelry business in Thailand has the main goal to expand the market, he may need to have stores in the country with high purchasing power. To consider all relevant factors, one of the most attractive countries to invest in jewelry business is Vietnam. Although Vietnam is an attractive market for Thai jewelry manufacturing and distribution businesses, there are many obstacles to hinder outward foreign direct investment of Thai entrepreneurs. All obstacles cannot be solved by entrepreneurs themselves; therefore, the support by legal instruments, measures and government agencies concerned is important to increase the efficiency and success of the investment.

Key words: Jewelry Businesses, Outward Foreign Direct Investment, Jewelry, Vietnam

1. บทนำ

การเข้าไปลงทุนโดยตรงในต่างประเทศของธุรกิจไทยส่งผลต่อความสามารถในการแข่งขันและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศไทยในอนาคตได้ กล่าวคือ Outward Foreign Direct Investment (OFDI) เป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ประเทศอุตสาหกรรมใหม่ (Newly Industrialized Countries: NICs) ดั้งเดิม เช่น ไต้หวัน เกาหลี สามารถพ้นจากกับดักรายได้ระดับกลาง (Middle Income Trap) มาเป็นประเทศพัฒนาแล้วได้¹ นอกจากนี้ โดยทั่วไปแล้วระดับ GDP และ OFDI มักมีความสัมพันธ์ในทางบวก² โดยประเทศไทยมีปัจจัยทั้งภายในและภายนอกหลายประการซึ่งทำให้ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องผลักดัน OFDI อันประกอบไปด้วย

(1) ข้อตกลงความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศไทยและประเทศในภูมิภาค เช่น ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ASEAN+3 ASEAN+6 ซึ่งมีการรวมความร่วมมือด้านการลงทุน (Investment Provisions) ไว้ จึงเป็นช่องทางที่ประเทศไทยจะได้ประโยชน์จากการส่งเสริม OFDI

(2) การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างประชากรของประเทศไทยเข้าสู่สังคมสูงวัยซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาการขาดแคลนแรงงานในอนาคต

(3) การปรับตัวเพิ่มขึ้นของค่าแรงและต้นทุนการผลิต ทั้งจากนโยบายภายในประเทศ เช่น นโยบายค่าแรงขั้นต่ำ และจากปัจจัยภายนอกประเทศ เช่น ราคาน้ำมันที่เพิ่มสูงขึ้น

(4) การเปิดประเทศที่มากขึ้นของกลุ่มประเทศอนุภูมิภาคแม่น้ำโขง โดยเฉพาะสาธารณรัฐแห่งสหภาพพม่า สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวและราชอาณาจักรกัมพูชา ซึ่งเป็นประเทศเพื่อนบ้านกับประเทศไทย รวมถึงยังเป็นประเทศที่มีทรัพยากรเป็นจำนวนมากและมีค่าแรงต่ำ จึงสร้างโอกาสในการลงทุนให้กับนักลงทุนไทย

(5) การขาดแคลนแรงงานระดับปฏิบัติการในหลายอุตสาหกรรม เช่น อุตสาหกรรมประมงแปรรูป ทำให้มีแรงกดดันในการย้ายฐานการผลิตมากขึ้น รวมถึงอุตสาหกรรมที่สูญเสียความสามารถในการแข่งขัน เช่น สิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม เฟอร์นิเจอร์ไม้ และเครื่องหนัง

(6) OFDI ยังเป็นการสร้างโอกาสในการขยายตลาดไปยังประเทศที่เข้าไปลงทุน รวมถึงสนับสนุนการใช้ประโยชน์จากข้อตกลงด้านการค้าและการอำนวยความสะดวกทางการค้าที่ได้จัดทำขึ้นภายในอนุภูมิภาคและภูมิภาค เช่น ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) และกลุ่มประเทศอนุภูมิภาคแม่น้ำโขง (The Greater Mekong Subregion: GMS) ผ่านการสร้างฐานการผลิตร่วมระหว่างประเทศ³

¹ Ohno, K. (2009). "Dynamic Capacity Development: What Africa can learn from Industrial Policy formulation in East Asia." Chapter 2 in The Middle Income Trap: Implications for Industrialization Strategies in East Asia and Africa, GRIPS Development Forum: Tokyo.

² Mason, T. A. and A. S. Shahbudin (2010) "Push Factors' of Outward FDI: Evidence from Malaysia and Thailand," Journal of Business & Policy Research Volume 5. Number 1. Pp. 54-68

³ ดร. จันทร์ทิพย์ บุญประกายแก้ว และ ผศ.ดร. กรรณิษฐ์ ชีวะตระกูลพงษ์. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการปัจจัยที่กำหนดเงินทุนทางตรงระหว่างประเทศขาออก:กรณีศึกษาเปรียบเทียบประเทศไทยกับประเทศสิงคโปร์และมาเลเซีย, ชุดโครงการการศึกษาเงินลงทุนทางตรงระหว่างประเทศขาออกของประเทศไทย, หน้า 4-5

2. ธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทย

อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับเป็นอุตสาหกรรมที่มีความสำคัญต่อหลายประเทศทั่วโลก เนื่องจากมีมูลค่าของกิจกรรมทางเศรษฐกิจสูง ไม่ว่าจะเป็นมูลค่าการส่งออกและมูลค่าการนำเข้าวัตถุดิบและสินค้าอัญมณีและเครื่องประดับ และยังมิทิศทางการขยายตัวที่ต่อเนื่อง โดยในปี พ.ศ. 2560 นั้น การส่งออกสินค้าอัญมณีและเครื่องประดับทั่วโลกมีมูลค่าทั้งหมดประมาณ 309.8 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยมีทวีปเอเชียเป็นผู้ส่งออกหลักด้วยมูลค่าประมาณ 120 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยสินค้าหลักของอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ ได้แก่ เพชร พลอย ไข่มุก และเครื่องประดับเงิน ทอง และแพลตตินัม ซึ่งมีสหรัฐอเมริกา เบลเยียม อิสราเอล ฮองกง สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ และสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ เป็นประเทศที่เป็นผู้นำของอุตสาหกรรม⁴

ประเทศไทยเป็นแหล่งผลิตอัญมณีอีกแห่งหนึ่งที่มีความสำคัญของโลกในปัจจุบัน และมีแนวโน้มที่ดีต่อเนื่องไปถึงในอนาคต เนื่องด้วยความโดดเด่นทางด้านทักษะฝีมือแรงงานที่มีความประณีต มีสืบลาย และการออกแบบที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว โดยเฉพาะการผลิตเครื่องประดับในกลุ่มสินค้าระดับกลางถึงระดับบน ในอดีตนั้นประเทศไทยมีข้อได้เปรียบในการประกอบกิจการผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับอยู่มาก นอกจากมีแรงงานจำนวนมาก และมีแรงงานที่มีฝีมือที่โดดเด่นแล้ว ยังมีความได้เปรียบในเรื่องทรัพยากรธรรมชาติด้วย⁵ เนื่องจากเดิมนั้นประเทศไทยเป็นแหล่งผลิตพลอยที่สำคัญของโลก โดยพลอยที่ได้รับการยอมรับจากทั่วโลกจากแหล่งพลอยในประเทศไทย คือ หับทิม ไพลิน และบุษราคัม ซึ่งมีอยู่อย่างอุดมสมบูรณ์ตามแหล่งแร่ของไทย ตัวอย่างเช่น จันทบุรี ตราด กาญจนบุรี⁶ แต่ในปัจจุบันพลอยดิบจากแหล่งแร่ในประเทศหายากมากขึ้น วัตถุดิบพลอยที่ขุดพบภายในประเทศเริ่มมีจำนวนลดน้อยลง⁷ ผนวกกับการขยายตัวของอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ ทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนวัตถุดิบภายในประเทศ⁸ ทำให้ต้องพึ่งการนำเข้าวัตถุดิบจากต่างประเทศเพิ่มมากขึ้น เช่น การนำเข้าจากประเทศในแถบแอฟริกา ละตินอเมริกา⁹ รวมถึงต้องพึ่งพิงการนำเข้าในส่วนของโลหะมีค่าต่าง¹⁰ ซึ่งจะส่งผลให้ต้นทุนในการผลิตเพิ่มมากขึ้น

ในสายการผลิตเครื่องประดับนั้น อาจแบ่งประเภทการผลิตได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่

1) OEM ย่อมาจาก Original Equipment Manufacturer หมายถึง การรับจ้างผลิตสินค้าตามแบบที่ลูกค้ากำหนด เป็นการผลิตตามคำสั่งเพื่อให้กับแบรนด์ต่างๆ นำไปติดแบรนด์ของตนเอง ผู้ผลิต OEM นี้ มักเป็น

⁴ Bryan Cave “อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.tpsoc.moc.go.th/sites/default/files/1024-img.pdf> [11 กุมภาพันธ์ 2561]

⁵ สัมภาษณ์ คุณปริดา เดียสุวรรณ อุปนายกสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2561

⁶ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ “อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.thaifita.com/thaifita/Portals/0/File/vol3Ch_4_jewelry.doc [11 กุมภาพันธ์ 2561]

⁷ Bryan Cave “อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.tpsoc.moc.go.th/sites/default/files/1024-img.pdf> [11 กุมภาพันธ์ 2561]

⁸ สุลักษณ์ เลขาเวทกุล. ความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบและปัจจัยที่มีผลกระทบต่อความได้เปรียบเชิงแข่งขันในอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ, (วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2542), หน้า 40.

⁹ สัมภาษณ์ คุณปริดา เดียสุวรรณ อุปนายกสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2561

¹⁰ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ “อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.thaifita.com/thaifita/Portals/0/File/vol3Ch_4_jewelry.doc [11 กุมภาพันธ์ 2561]

โรงงานที่ไม่เน้นการสร้างแบรนด์ของตนเอง รวมถึงโรงงานที่ไม่มีความชำนาญเพียงพอในการออกแบบผลิตภัณฑ์

2) ODM ย่อมาจาก Original Design Manufacturer หมายถึง การผลิตที่มีการพัฒนาลวดลายและรูปแบบสินค้าเอง และเอาสินค้าที่ผลิตจากการออกแบบเหล่านั้นไปเสนอขายให้ลูกค้า เพื่อให้ลูกค้านั้นนำไปติดแบรนด์ของลูกค้าเอง ธุรกิจแบบนี้มักเป็นผู้ผลิตที่พัฒนามาจากผู้ประกอบการ OEM ซึ่งสามารถเพิ่มมูลค่าให้กับสินค้าของตนเพิ่มและอำนาจต่อรองของธุรกิจให้สูงขึ้น

3) OBM ย่อมาจาก Original Brand Manufacturer หมายถึง การผลิตที่มีการสร้างแบรนด์ของตัวเอง กล่าวคือ ลูกค้าที่ซื้อสินค้าจากการผลิตประเภทนี้จะเป็นการซื้อเครื่องประดับภายใต้แบรนด์ของผู้ผลิต การผลิตประเภทนี้เป็นการพัฒนาต่อเนื่องมาจากการรับจ้างผลิต (OEM) มาเป็นการพัฒนารูปแบบสินค้า (ODM) ของตนเอง จนมาถึงการพัฒนาตราสินค้าของตนเอง (OBM) ในท้ายที่สุด ซึ่งเมื่อถึงขั้นนี้แล้วธุรกิจจะมีความเข้มแข็งและศักยภาพการแข่งขันสูง เพราะผู้ที่ซื้อที่มีรายได้สูงจะตัดสินใจซื้อโดยพิจารณาจากคุณภาพและชื่อเสียงของตราสินค้า รวมทั้งชื่อเสียงของบริษัทเป็นสำคัญ ถึงแม้ว่าไทยจะมีชื่อเสียงในการผลิตเครื่องประดับ แต่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมของไทย ส่วนใหญ่ยังขาดความเชี่ยวชาญในการออกแบบ ทำให้การผลิตส่วนใหญ่เป็นการผลิตตามคำสั่ง (OEM) ซึ่งมีมูลค่าเพิ่มต่ำเมื่อเทียบกับการผลิตอีกสองประเภทข้างต้น อีกทั้งอุตสาหกรรมการผลิตอัญมณีและเครื่องประดับของไทยเป็นการผลิตแบบ Labor Intensive คือ การผลิตที่เน้นหนักในการใช้แรงงานคน และมีการใช้เครื่องมือและเทคโนโลยีที่ค่อนข้างจำกัด อีกทั้งมีการใช้เทคโนโลยีขั้นสูงไม่มากนัก ส่งผลทำให้เกิดข้อจำกัดในเรื่องรูปแบบของสินค้า ทั้งนี้ เครื่องจักรและเทคโนโลยีการผลิตที่ทันสมัยที่ใช้ในอุตสาหกรรมนี้เป็นเครื่องจักรที่ต้องนำเข้าจากต่างประเทศและมีราคาสูง ทำให้มีเพียงผู้ประกอบการรายใหญ่เท่านั้นที่สามารถใช้เทคโนโลยีขั้นสูงในการผลิตได้ ส่วนผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กยังคงใช้วิธีการผลิตแบบดั้งเดิมโดยใช้ทักษะฝีมือของแรงงานและเครื่องมือแบบง่ายๆ เป็นหลัก¹¹

การขยายตัวของอุตสาหกรรมนี้ส่งผลให้มีการเคลื่อนย้ายฐานการผลิตไปยังประเทศที่มีความพร้อมทางด้านวัตถุดิบ และต้นทุนทางด้านการผลิตต่ำกว่าเป็นสำคัญ โดยปัจจัยที่สำคัญในการพิจารณา ได้แก่ ความพร้อมทางด้านแรงงาน วัตถุดิบ และโครงสร้างสนับสนุนอุตสาหกรรมด้านอื่นๆ เป็นต้น ตัวอย่างประเทศที่ยังมีแหล่งวัตถุดิบภายในประเทศและมีศักยภาพในการพัฒนาโครงสร้างสนับสนุนอื่นๆ ได้ในอนาคต เช่น ศรีลังกา พม่า เวียดนาม อินโดนีเซีย บราซิล ประเทศในทวีปแอฟริกาใต้ และประเทศในทวีปอเมริกาใต้ เป็นต้น ซึ่งได้รับความสนใจจากประเทศผู้ประกอบการกิจการผลิตเครื่องประดับในการเข้าไปลงทุนเพื่อสำรวจความเป็นไปได้ในการขยายธุรกิจและนำทรัพยากรและวัตถุดิบอัญมณีมาใช้ประโยชน์ในการผลิตต่อไป

เมื่อพิจารณาตลาดอัญมณีและเครื่องประดับแล้ว เนื่องจากเครื่องประดับเป็นสินค้าประเภทฟุ่มเฟือยมีราคาค่อนข้างสูง ผู้บริโภคส่วนใหญ่จึงเป็นกลุ่มที่มีรายได้ระดับปานกลางขึ้นไป ทำให้ตลาดภายในประเทศไทยไม่ได้เติบโตมากนักเมื่อเทียบกับประเทศที่ประชากรมีรายได้สูง การไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศนั้น นอกจากจะพิจารณาข้อดีในแง่ของการแสวงหาทรัพยากรและลดต้นทุนการผลิตตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ประเด็นในเรื่องการ

¹¹ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ “อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.thaifita.com/thaifita/Portals/0/File/vol3Ch_4_jewelry.doc [11 กุมภาพันธ์ 2561]

ขยายตลาดก็เข้ามาเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาด้วย และจากมูลค่าการส่งออกอัญมณีและเครื่องประดับของไทยไปยังประเทศอาเซียนที่มีมูลค่าเพิ่มสูงขึ้น และมีสัดส่วนการส่งออกเพิ่มมากขึ้น แสดงให้เห็นว่าตลาดภายในประเทศเพื่อนบ้านมีกำลังซื้อและนิยมสินค้าอัญมณีและเครื่องประดับไทย อีกทั้งประเทศในอาเซียนได้มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ ทำให้มีกำลังซื้อสูงขึ้น การไปลงทุนในประเทศเพื่อนบ้านจึงเป็นตัวเลือกที่ดีตัวเลือกหนึ่งในการขยายตลาดด้วย¹² ดังนั้น การเข้าไปตั้งโรงงานในประเทศอาเซียนโดยผลิตสินค้าที่ไม่ซับซ้อนและมีมูลค่าไม่สูงนักเพื่อจำหน่ายภายในประเทศเพื่อนบ้าน น่าจะเป็นเหตุผลประการหนึ่งในการย้ายหรือขยายฐานการผลิตอัญมณีและเครื่องประดับไปยังต่างประเทศ¹³

อุตสาหกรรมเครื่องประดับเพชรพลอยของไทยมีผู้ประกอบการเป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) อยู่เป็นจำนวนมาก กล่าวคือ เฉพาะที่เป็นผู้ประกอบการที่เป็นผู้ส่งออกตามบัญชีกระทรวงพาณิชย์ปรากฏอยู่รวม 400 ราย นอกจากนี้ ยังมีผู้ประกอบการไม่ส่งออกที่ไม่อาจทราบจำนวนได้แน่นอน และหากพิจารณาถึงตัวเลขสมาชิกสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ พบว่ามีสมาชิกกว่า 400 ราย จึงสรุปได้ว่าอุตสาหกรรมเครื่องประดับเพชรพลอยเป็นอุตสาหกรรมที่มีผู้ประกอบการเป็นจำนวนมาก และมีผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมอยู่มาก¹⁴ ซึ่งกระจายอยู่ทั่วไปในเขตกรุงเทพมหานคร รวมถึงในส่วนภูมิภาค ตัวอย่างเช่น ในจังหวัดกาญจนบุรี จันทบุรี และตราด ปรากฏอุตสาหกรรมเจียรไนพลอยอยู่เป็นจำนวนมาก¹⁵ เมื่อพิจารณาจากข้อมูลของโครงการจัดทำสำมะโนอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับไทย โดยมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย พ.ศ. 2558 พบว่าจำนวนสถานประกอบการอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับไทยมีจำนวนทั้งหมด 15,777 แห่ง โดยมีสถานประกอบการส่วนใหญ่เป็นวิสาหกิจขนาดย่อมมีจำนวน 5,425 แห่ง คิดเป็นร้อยละ 34.39 รองลงมาเป็นวิสาหกิจขนาดกลาง 2,615 แห่ง คิดเป็นร้อยละ 16.57 และวิสาหกิจขนาดใหญ่ 380 แห่ง คิดเป็นร้อยละ 2.41 และไม่ระบุขนาด 7,357 แห่ง คิดเป็นร้อยละ 46.63¹⁶

ข้อมูลจากศูนย์ข้อมูลและดิจิทัลอุตสาหกรรม สถาบันพัฒนาอุตสาหกรรมสิ่งทอแสดงตัวเลขทางสถิติของโรงงานอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับภายในประเทศไทย ซึ่งมีแนวโน้มสูงขึ้นสะท้อนให้เห็นแนวโน้มการเติบโตของอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับไทยอย่างต่อเนื่อง โดยพบว่าภาพรวมจำนวนโรงงานอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ (สะสม) ณ เดือนมกราคม-มีนาคม พ.ศ. 2561 มีจำนวนรวม 805 โรงงาน ซึ่งเพิ่มมากขึ้นจาก พ.ศ. 2548 ที่มีอยู่ 778 โรงงาน จากข้อมูลของกรมโรงงานอุตสาหกรรม กระทรวงอุตสาหกรรม

¹² มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาประเทศไทย. รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ “โครงการศึกษาแนวทางการย้ายฐานการผลิตของอุตสาหกรรมที่ใช้แรงงานเข้มข้นไปยังประเทศเพื่อนบ้าน (สิ่งทอ เครื่องนุ่งห่ม รองเท้าและเครื่องหนัง อัญมณีและเครื่องประดับ) ระยะที่ 1 (กันยายน 2556) แหล่งที่มา : https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2015/04/OIE_Relocation_1_final.pdf หน้า 202.

¹³ มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาประเทศไทย. รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ “โครงการศึกษาแนวทางการย้ายฐานการผลิตของอุตสาหกรรมที่ใช้แรงงานเข้มข้นไปยังประเทศเพื่อนบ้าน(สิ่งทอ เครื่องนุ่งห่ม รองเท้าและเครื่องหนัง อัญมณีและเครื่องประดับ)ระยะที่ 1 (กันยายน 2556) แหล่งที่มา : https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2015/04/OIE_Relocation_1_final.pdf หน้า 201.

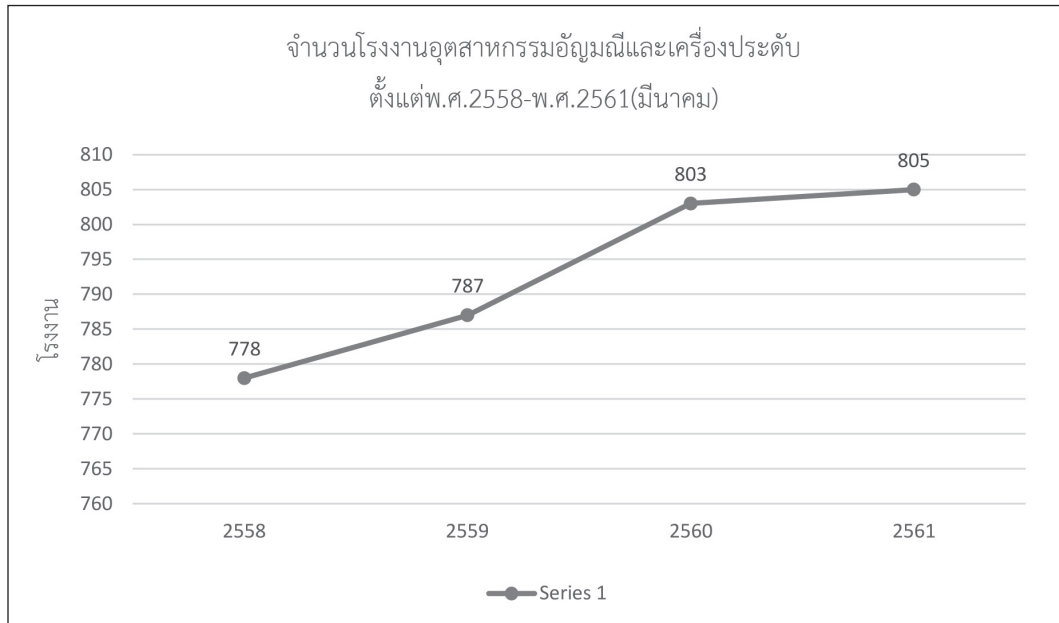
¹⁴ สัมภาษณ์ คุณปริดา เตียสุวรรณ อุปนายกสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2561

¹⁵ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ “อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.thaifta.com/thaifta/Portals/0/File/vol3Ch_4_jewellery.doc [11 กุมภาพันธ์ 2561]

¹⁶ Bryan Cave “อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.tpsoc.moc.go.th/sites/default/files/1024-img.pdf> [11 กุมภาพันธ์ 2561]

สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ:
ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยในประเทศเวียดนาม

พบว่าโรงงานผลิตเครื่องประดับส่วนใหญ่เป็นโรงงานขนาดเล็กและขนาดกลาง¹⁷ โดยโรงงานขนาดเล็กเหล่านี้ จะทำการผลิตในปริมาณน้อย และใช้แรงงานฝีมือมากกว่าการใช้เครื่องจักร (Labor Intensive)¹⁸



ที่มา: ศูนย์ข้อมูลและดิจิทัลอุตสาหกรรม สถาบันพัฒนาอุตสาหกรรมสิ่งทอ

สรุปได้ว่าธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับเป็นธุรกิจหนึ่งในธุรกิจที่ผู้ประกอบการของไทยมีความสามารถที่โดดเด่น และมีชื่อเสียงในระดับสากล ประกอบกับสถานการณ์ปัจจุบันที่ธุรกิจเครื่องประดับในไทยมีปัญหาลูกเนื่องมาจากขาดแคลนทรัพยากร ต้นทุนแรงงานที่สูงขึ้น ทำให้แข่งขันกับผู้ประกอบการประเทศอื่นได้น้อยลงขาดเทคโนโลยีที่ทันสมัยในกระบวนการผลิต และตลาดในประเทศไม่ขยายตัวเท่าที่ควรเนื่องจากสภาวะทางเศรษฐกิจ อีกทั้งหากพิจารณาในมุมมองของผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมโดยเฉพาะแล้ว ก็จะเห็นว่าธุรกิจดังกล่าวมีผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางอยู่เป็นจำนวนมาก ด้วยเหตุนี้การศึกษาเพื่อทราบสถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศและหามาตรการในการส่งเสริมสนับสนุนผู้ประกอบการนั้นจึงจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง

¹⁷ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. แนวทางการย้ายฐานการผลิตของอุตสาหกรรมที่ใช้แรงงานเข้มข้นไปยังประเทศเพื่อนบ้าน: เวียดนาม และเมียนมาร์. โครงการศึกษาแนวทางการย้ายฐานการผลิตของอุตสาหกรรมที่ใช้แรงงานเข้มข้นไปยังประเทศเพื่อนบ้าน (สิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม รองเท้าและเครื่องหนัง อัญมณีและเครื่องประดับ (สำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรม กระทรวงพาณิชย์ (2558) หน้า 157.

¹⁸ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ “อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.thaifita.com/thaifita/Portals/0/File/vol3Ch_4_jewellery.doc [11 กุมภาพันธ์ 2561]

3. การลงทุนทางตรงในเวียดนามของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทย

เนื่องจากสถานการณ์อุตสาหกรรมเครื่องประดับของไทยนั้นมีปัจจัยผลักดันจากในประเทศที่ส่งเสริมให้มีการออกไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศอยู่หลายปัจจัย กล่าวคือ การขาดแคลนวัตถุดิบภายในประเทศทำให้ผู้ประกอบการย้ายฐานการผลิตไปยังประเทศที่มีวัตถุดิบอุดมสมบูรณ์และมีราคาต่ำกว่า¹⁹ การเพิ่มขึ้นของค่าแรงภายในประเทศ ทำให้ค่าแรงในประเทศสูงกว่าประเทศเพื่อนบ้าน และการที่ตลาดภายในประเทศไม่เติบโตเท่าที่ควร ผู้ประกอบการอาจตัดสินใจไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศโดยพิจารณาประเทศที่มีทรัพยากรที่ใช้ในการผลิตและค่าแรงที่ต่ำกว่าในกรณีที่ต้องการไปตั้งฐานการผลิต หรือในกรณีต้องการขยายตลาดก็อาจไปตั้งร้านค้าเครื่องประดับเพื่อขยายตลาดตราสินค้าของตนเอง โดยจะต้องพิจารณาตลาดเครื่องประดับของประเทศนั้นๆ ว่ามีความสามารถในการซื้อเครื่องประดับซึ่งเป็นสินค้าฟุ่มเฟือยหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาปัจจัยทั้ง 3 ที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ประเทศที่มีความน่าสนใจในการไปลงทุนที่ผู้เขียนได้ศึกษาได้แก่ประเทศเวียดนาม

จากการศึกษาพบว่า นักธุรกิจไทยในธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับสามารถเข้าไปลงทุนในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้ในหลายขั้นตอน เช่น การลงทุนในขั้นตอนการหาอัญมณีเพื่อใช้ในการผลิตเครื่องประดับ เนื่องจากประเทศเวียดนามนั้นมีทรัพยากรธรรมชาติที่สมบูรณ์ และเป็นแหล่งอัญมณีแหล่งใหญ่ ผู้ลงทุนอาจพิจารณาข้อได้เปรียบในส่วนนี้เพื่อเข้าไปลงทุนตั้งแต่อุตสาหกรรมต้นน้ำ คือ การเข้าไปสำรวจแร่และทำเหมืองแร่เพื่อให้ได้มาซึ่งวัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตเครื่องประดับเป็นหนึ่งในแหล่งรวมทรัพยากรธรรมชาติอันมีค่าจำนวนมากหาได้ที่ยังไม่ได้นำมาใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์²⁰ และเป็นประเทศที่อุดมสมบูรณ์ไปด้วยวัตถุดิบอัญมณีนานาชนิดกระจายอยู่ทั่วประเทศ นอกจากนี้ ด้วยสภาพภูมิประเทศของประเทศเวียดนามที่มีชายฝั่งยาวกว่า 3,400 กิโลเมตร และมีอุณหภูมิน้ำทะเลในระดับที่เหมาะสม ทำให้เป็นประเทศที่เป็นแหล่งเพาะเลี้ยงไข่มุกน้ำเค็มซึ่งคิดเป็นพื้นที่ที่มีศักยภาพราว 5.68 แสนเฮกตาร์ โดยเฉพาะบริเวณอ่าวฮาลอง ซึ่งเป็นแหล่งวัตถุดิบไข่มุกและเปลือกหอยมุกที่สำคัญของเวียดนาม²¹

การสำรวจแร่เพื่อทำเหมืองพลอยสีในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามเริ่มขึ้นอย่างเป็นทางการในปีพ.ศ. 2531 ในจังหวัดเหงะอาน และเขตลูกเยน จังหวัดเยนไบ ทางตอนเหนือของประเทศ ซึ่งเป็นแหล่งทับทิมแหล่งใหญ่อันดับต้นๆ ของเวียดนาม อีกทั้งยังเป็นแหล่งโพลินและพลอยเนื้ออ่อน เช่น สปิเนล เบริล และโทแพซอีกด้วย ต่อมาได้มีการค้นพบแหล่งอัญมณีอีกหลายแหล่งกระจายอยู่ตามเมืองต่างๆ อาทิ เมืองเว้ ซึ่งอยู่ตอนกลางของประเทศเป็นแหล่งพลอยเนื้ออ่อนจำพวกอะความารีน เพทาย เพริidot และแอมethyst เมือง ดักนองซึ่งอยู่ทางตอนใต้ของประเทศเป็นแหล่งแซปไฟร์ที่สำคัญโดยเฉพาะโพลิน รวมถึงพลอยเนื้ออ่อน เช่น ควอตซ์ แอมethyst และโทแพซ เป็นต้น โดยคาดว่าในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมีเหมืองพลอยสีไม่ต่ำกว่า 70 แห่ง ซึ่งส่วนใหญ่

¹⁹ มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาประเทศไทย. รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ “โครงการศึกษาแนวทางการย้ายฐานการผลิตของอุตสาหกรรมที่ใช้แรงงานเข้มข้นไปยังประเทศเพื่อนบ้าน(สิงคโปร์, เครื่องนุ่งห่ม รองเท้าและเครื่องหนัง อัญมณีและเครื่องประดับ ระยะที่ 1 (กันยายน 2556) แหล่งที่มา : https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2015/04/OIE_Relocation_1_final.pdf หน้า 202.

²⁰ ดารบุษป ปรากฏณ์. “ทำไมจึงต้อง CLMV” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/640645> [12 มกราคม 2561]

²¹ ศูนย์ข้อมูลอัญมณีและเครื่องประดับ. “โอกาสการค้าและการลงทุนอัญมณีและเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.tpa.or.th/writer/read_this_book_topic.php?bookID=3294&pageid=1&read=true&count=true [16 มกราคม 2561]

สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ:
ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยในประเทศเวียดนาม

ดำเนินธุรกิจโดยผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กที่ยังไม่ได้รับการพัฒนาด้านเทคโนโลยีเท่าที่ควร ประกอบกับ ภาครัฐให้การสนับสนุนบริษัทเอกชนต่างชาติที่มีเทคโนโลยีขั้นสูงเข้ามาสำรวจและทำเหมืองในสาธารณรัฐสังคมนิยม เวียดนามเพิ่มขึ้นแทน²²

ทั้งนี้ หากผู้ลงทุนในธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับที่ไม่ได้เข้าไปทำธุรกิจในเวียดนามตั้งแต่ขั้นตอนของการขออนุญาตเพื่อทำเหมืองแร่เพื่อหาอัญมณีที่ใช้ในธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับก็อาจพิจารณาการลงทุนในขั้นตอนการตั้งฐานการผลิต เนื่องจากประชากรในวัยทำงานของประเทศเวียดนามมีจำนวนมาก มีแรงงานมีฝีมือ อีกทั้งค่าแรงต่ำกว่าไทย ผู้ลงทุนที่เข้าไปตั้งฐานการผลิตในเวียดนามก็จะสามารถลดต้นทุนการผลิตได้ ทั้งนี้ถึงแม้ว่าค่าแรงขั้นต่ำของเวียดนามจะสูงกว่าประเทศในกลุ่ม CLMV²³ อื่นๆ แต่เมื่อพิจารณาตลาดแรงงานในธุรกิจเครื่องประดับนั้นย่อมไม่สามารถใช้แรงงานไร้ฝีมือได้ในทุกขั้นตอน ดังนั้น หากต้องการตั้งฐานการผลิตอันรวมไปถึงการผลิตเครื่องประดับที่ต้องใช้ความประณีตแล้ว จึงจำเป็นต้องพิจารณาความสามารถของแรงงานในประเทศนั้นๆ ด้วย เมื่อพิจารณาตลาดแรงงานของเวียดนาม พบว่าเวียดนามมีประชากรวัยหนุ่มสาวจำนวนมาก ทำให้เป็นแหล่งแรงงานจำนวนมาก มีแรงงานที่มีทักษะ²⁴ ซึ่งต่างกับประเทศไทยที่กำลังเข้าสู่ยุคสังคมผู้สูงอายุ โดยมีการคาดการณ์ว่าภายใน 10-20 ปีข้างหน้า เด็กอายุต่ำกว่า 25 ปี จะลดลงจากสัดส่วนประมาณร้อยละ 32 ในปัจจุบันลงเหลือเพียงร้อยละ 27²⁵ เท่านั้น ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนแรงงาน นอกจากนี้ เมื่อเทียบกับประเทศไทยที่มีการปรับค่าแรงขั้นต่ำให้สูงขึ้นซึ่งทำให้ต้นทุนการผลิตสูงขึ้น เวียดนามมีต้นทุนค่าแรงค่อนข้างต่ำ หากไปลงทุนในเวียดนามก็จะทำให้สามารถลดต้นทุนการผลิตในด้านแรงงานลงได้ และแม้ว่าค่าแรงขั้นต่ำอาจจะไม่ต่ำเท่ากัมพูชา แต่เวียดนามก็มีแรงงานที่มีฝีมือมากกว่า นอกจากนี้ การมีประชากรจำนวนมากทำให้เวียดนามเป็นตลาดสำหรับสินค้าและบริการที่มีขนาดใหญ่และมีศักยภาพเนื่องจากกำลังซื้อมีแนวโน้มสูงขึ้นจากการเติบโตทางเศรษฐกิจอีกด้วย²⁶

นอกจากนี้ หากผู้ลงทุนในธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไม่ได้เข้าไปลงทุนในเวียดนามตั้งแต่ขั้นตอนของการขออนุญาตเพื่อทำเหมืองแร่หรือขั้นตอนการตั้งฐานการผลิต อาจจะเข้าไปตั้งร้านค้าอัญมณีหรือเครื่องประดับในเวียดนามเพื่อเป็นการขยายตลาดให้กว้างขึ้นได้ ซึ่งถึงแม้ว่าในปัจจุบันเวียดนามจะยังมิได้เป็นตลาดเครื่องประดับที่ใหญ่มาก แต่ก็มีแนวโน้มในการเติบโตที่ดี เห็นได้จากการที่เศรษฐกิจเวียดนามขยายตัวอย่างต่อเนื่อง โดยในปี พ.ศ. 2560 เศรษฐกิจเวียดนามเพิ่มสูงขึ้นถึงร้อยละ 6.81 ถือว่าเป็นตัวเลขที่สูงที่สุดในตลอดระยะเวลา 10 ที่ผ่านมา²⁷

²² ศูนย์ข้อมูลอัญมณีและเครื่องประดับ. “โอกาสการค้าและการลงทุนอัญมณีและเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.tpa.or.th/writer/read_this_book_topic.php?bookID=3294&pageid=1&read=true&count=true [16 มกราคม 2561]

²³ หมายถึง อาเซียนในเขตอนุภูมิภาคแม่น้ำโขง (Great Mekong Subregion: GMS) ได้แก่ กัมพูชา (Cambodia) ลาว (Laos) เมียนมาร์ (Myanmar) และเวียดนาม (Vietnam)

²⁴ วินัย ไจน, “บริษัทผู้ผลิตมีแนวโน้มเลือกอาเซียนเป็นฐานการผลิตแทนจีน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.jll.co.th/thailand/th-th/news/144/บริษัทผู้ผลิตมีแนวโน้มเลือกอาเซียนเป็นฐานการผลิตแทนจีน> [12 มกราคม 2561]

²⁵ InvestDiary. “ภาพรวมประเทศไทย ตอน จุดอ่อน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.finnomena.com/investdiary/weakness-thailand/> [12 มกราคม 2561]

²⁶ ลักษณาวดี บุญชู, “โอกาสการค้าการลงทุนใน CLMV ภายหลังจาก AEC ปี 2558,” สุทธิปริทัศน์ ฉบับที่ 92 (ตุลาคม 2558): 16.

²⁷ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ. “แนวโน้มทางการเงินของประเทศเวียดนามในปี 2018” (มกราคม 2561) [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.ditp.go.th/contents_attach/212105/212105.pdf [8 พฤษภาคม 2561]

และเป็นอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจที่เพิ่มสูงขึ้นมากกว่าที่ธนาคารโลกได้คาดการณ์ไว้ การเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศเวียดนามยังคงเพิ่มสูงขึ้นอย่างมีเสถียรภาพ ดังจะเห็นได้จากตัวเลขผลิตภัณฑ์มวลรวมของประเทศ (Gross Domestic Product: GDP) ตามรายงานของสำนักงานสถิติแห่งชาติเวียดนาม (General Statistics Office of Vietnam: GSO) โดยอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจของเวียดนามรายไตรมาสใน พ.ศ. 2560 ที่ได้มีการขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องจากไตรมาสก่อนหน้าในอัตราร้อยละ 5.15 6.28 7.46 และ 7.65 ตามลำดับ²⁸ ทำให้ประเทศเวียดนามกลายเป็นตลาดการค้าการลงทุนขนาดใหญ่ในกลุ่มประเทศ CLMV และเป็นอีกตลาดหนึ่งสำหรับผู้ประกอบการไม่ควรมองข้าม นาย Kyle F. Kelhofer ผู้จัดการบริษัทเงินทุนระหว่างประเทศ (International Finance Corporation: IFC) กล่าวว่า สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้มีการพัฒนาเป็นอย่างมากดังจะเห็นได้จากความสำเร็จใน พ.ศ. 2560 ประกอบกับการที่ประเทศได้เลื่อนขึ้นเป็นประเทศที่มีสภาพแวดล้อมทางธุรกิจจากรายงาน Doing Business 2018 Reforming to Create Jobs²⁹ ของกลุ่มธนาคารโลก ในปี พ.ศ. 2561 ได้จัดให้เวียดนามอยู่ในลำดับที่ 68 จากทั้งหมด 190 ประเทศทั่วโลกที่มีความสะดวกในการเข้าไปประกอบธุรกิจจากเดิมในพ.ศ. 2560 ที่อยู่ในลำดับที่ 82³⁰

ผู้บริโภคในเวียดนามมีกำลังซื้อสูงขึ้นมาก มีกลุ่มผู้มีรายได้ปานกลางในเมืองที่มีอัตราเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว³¹ ในปี พ.ศ. 2559 เวียดนามมีจำนวนประชากรสูงถึง 92.7 ล้านคน โดยประชากรกว่าร้อยละ 60-70 มีอายุเฉลี่ย 30 กว่าปีเท่านั้น ประกอบกับผู้บริโภคในเวียดนามมีกำลังซื้อสูงขึ้นมากเรื่อยๆ และกลุ่มผู้มีรายได้ปานกลางในเมืองก็เติบโตรวดเร็วขึ้น การเจริญเติบโตของเศรษฐกิจของเวียดนามสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง³² ส่งผลให้ประชาชนชาวเวียดนามมีรายได้และกำลังซื้อสูงขึ้นตามการเติบโตของเศรษฐกิจ อีกทั้งผู้บริโภคชาวเวียดนามมีค่านิยมในการใช้จ่ายใช้สอยซื้อสินค้าฟุ่มเฟือยมากขึ้น ผู้เชี่ยวชาญในตลาดเครื่องประดับเวียดนามประมาณการไว้ว่าชาวเวียดนามใช้จ่ายเงินเพื่อซื้อเครื่องประดับทองในแต่ละปีมากกว่า 3.5 พันล้านเหรียญสหรัฐ³³ และตลาดยังมีแนวโน้มขยายตัวสูงขึ้นได้อีกจากการเพิ่มจำนวนของชนชั้นกลางและเศรษฐกิจขยายตัวอย่างรวดเร็ว โดยชาวเวียดนามมีรายได้เฉลี่ยต่อหัวราว 6,036 เหรียญสหรัฐ³⁴ ต่อปี เพิ่มขึ้นจาก 5 ปีก่อนถึงร้อยละ 37³⁴ ผวนกับที่คนเวียดนามมีความรู้สึกที่ดีต่อสินค้าไทย³⁵ ตลาดเวียดนามจึงเป็นอีกหนึ่งตลาดที่มีความน่าสนใจจะไปลงทุนเป็นอย่างยิ่ง

²⁸ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ. “แนวโน้มทางการเงินของประเทศเวียดนามในปี 2018” (มกราคม 2561) [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.ditp.go.th/contents_attach/212105/212105.pdf [8 พฤษภาคม 2561]

²⁹ A World Bank Group Flagship Report. “Doing Business 2018 Reforming to Create Jobs” (Washington DC: 2017): 4.

³⁰ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ. “แนวโน้มทางการเงินของประเทศเวียดนามในปี 2018” (มกราคม 2561) [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.ditp.go.th/contents_attach/212105/212105.pdf [8 พฤษภาคม 2561]

³¹ SCB SME. “แนะ SME ควักโอกาสทำตลาด ผ่านธุรกิจไทยที่ลงทุนในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://businesslinx.globallinker.com/bizforum/article/แนะ-SME-ควักโอกาสทำตลาด-ผ่านธุรกิจไทยที่ลงทุนในเวียดนาม/9342> [14 มกราคม 2561]

³² SCB SME. “แนะ SME ควักโอกาสทำตลาด ผ่านธุรกิจไทยที่ลงทุนในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://businesslinx.globallinker.com/bizforum/article/แนะ-SME-ควักโอกาสทำตลาด-ผ่านธุรกิจไทยที่ลงทุนในเวียดนาม/9342> [14 มกราคม 2561]

³³ ศูนย์ข้อมูลอสังหาริมทรัพย์และเครื่องประดับ. “โอกาสการค้าและการลงทุนอสังหาริมทรัพย์และเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.tpa.or.th/writer/read_this_book_topic.php?bookID=3294&pageid=1&read=true&count=true [16 มกราคม 2561]

³⁴ สถาบันพัฒนาอุตสาหกรรมสิ่งทอ. “จุฬาฯเผยเปิด AEC ธุรกิจอัญมณีเครื่องประดับมาแรง” โอกาสที่คุ้มเสี่ยงของนักลงทุนไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.thaitextile.org/index.php/blog/2016/01/news-2-28012016> [16 มกราคม 2561]

³⁵ ลักษณาวดี บุญชู. “โอกาสการค้าการลงทุนใน CLMV ภายหลังจาก AEC ปี 2558,” สุทธิปริทัศน์ ฉบับที่ 92 (ตุลาคม 2558) : 18.

สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ:
ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยในประเทศเวียดนาม

ข้อดีอีกข้อหนึ่งที่เพิ่มแรงจูงใจในการเข้าไปลงทุนในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามก็คือ ความมีเสถียรภาพของรัฐบาล เนื่องจากเวียดนามปกครองด้วยระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ มีพรรคการเมืองเพียงพรรคเดียว คือ พรรคคอมมิวนิสต์เวียดนาม (Communist Party of Vietnam: CPV) ซึ่งมีบทบาทในการกำหนดแนวทางการบริหารประเทศทุกด้าน ทำให้นโยบายต่างๆ ได้รับการสานต่ออย่างต่อเนื่อง ประกอบกับผู้นำประเทศที่มีวิสัยทัศน์ที่ชัดเจนในการบริหารประเทศ และมีความมุ่งมั่นในการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างจริงจัง ซึ่งช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุนต่างชาติที่สนใจเข้ามาลงทุนในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม³⁶

ในช่วงระยะเวลาประมาณ 20 ปีที่ผ่านมา รัฐบาลของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายที่ต้องการดึงดูดการลงทุนจากนักลงทุนชาวต่างชาติมากขึ้นเรื่อยๆ โดยมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศอย่างจริงจัง³⁷ มีการให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ แก่นักลงทุนต่างชาติ เช่น

1. การยกเว้นภาษีนำเข้าวัตถุดิบ ชิ้นส่วน และส่วนประกอบของวัตถุดิบ เป็นเวลา 5 ปี เพื่อสนับสนุนการผลิตเพื่อส่งออก
2. การอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติส่งผลกำไรกลับประเทศได้อย่างเสรี โดยประกาศยกเลิกการเก็บภาษีจากผลกำไรที่โอนกลับประเทศ (Profit Remittance Tax) เพื่อให้สิทธิในการส่งผลกำไรกลับประเทศได้อย่างเสรีโดยไม่เสียภาษี³⁸
3. การอนุญาตให้กิจการที่ถือหุ้นโดยชาวต่างชาติทั้งหมด ร้อยละ 100 โอนผลขาดทุนสะสม (Loss Carry Forward) ไปหักลบกับผลกำไรในปีต่อไป ได้อีกนาน 5 ปี³⁹
4. การลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคล ซึ่งโดยปกติจะเสียภาษีร้อยละ 20 แต่อาจได้รับการลดหย่อนหากเป็นกลุ่มธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริม หรือสถานประกอบการตั้งอยู่ในเขตที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาล⁴⁰ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของประเภทกิจการลงทุน จำนวนเงินลงทุน สถานที่ตั้งของโครงการลงทุน และสัดส่วนการส่งออก ตัวอย่างเช่น โครงการลงทุนใหม่ที่ตั้งอยู่ในพื้นที่ด้อยพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจเป็นอย่างยิ่ง ลดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลเหลืออัตราร้อยละ 10 เป็นเวลา 15 นับจากปีที่เริ่มมีรายได้

รัฐบาลเวียดนามได้จัดทำข้อตกลงเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และข้อตกลงเพื่อยกเว้นการเก็บภาษีซ้อน (Double Taxation Avoidance Agreement) กับประเทศต่างๆ กว่า 70 ประเทศ⁴¹ ซึ่งรวมถึง

³⁶ หอการค้าไทยและสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย. “คู่มือการค้าและการลงทุนสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.sme.go.th/upload/mod_download/คู่มือเวียดนาม-20171101171545.pdf [5 กุมภาพันธ์ 2561]

³⁷ ลักษณะวดี บุญชู. “โอกาสการค้าการลงทุนใน CLMV ภายหลังจาก AEC ปี 2558,” สุทธิปริทัศน์ ฉบับที่ 92 (ตุลาคม 2558): 2.

³⁸ Thai Garment Manufacturers Association. “ข้อมูลการลงทุน CLMV” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.smi.or.th/index.php/sample-sites-7/category/21-clmv-tgma-thai-garment-manufacturers-association?download=55:clmv-tgma-thai-garment-manufacturers-association> [13 มกราคม 2561]

³⁹ กองส่งเสริมการลงทุนไทยในต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน “การลงทุนในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://toi.boj.go.th/information/download/443> [5 กุมภาพันธ์ 2561]

⁴⁰ กองส่งเสริมการลงทุนไทยในต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน “การลงทุนในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://toi.boj.go.th/information/download/443> [5 กุมภาพันธ์ 2561]

⁴¹ Dezan Shira & Associates. “An Introduction to Doing Business in Vietnam 2017” [online] Available from: <http://www.asiabriefing.com/store/book/an-introduction-to-doing-business-in-vietnam-2017-6684.html> [5 February 2561]

ประเทศไทยด้วย นักลงทุนไทยที่ลงทุนในเวียดนามจึงได้สิทธิการยกเลิกเก็บภาษีซ้ำซ้อน⁴² และรัฐบาลเวียดนามได้สร้างความน่าเชื่อถือแก่นักลงทุนต่างชาติโดยรับรองว่าหากรัฐบาลเวียดนามออกกฎหมายใหม่ใดๆ ที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความเสียหาย หรือได้รับสิทธิประโยชน์ลดลง นักลงทุนต่างชาติสามารถเลือกรับสิทธิประโยชน์ตามใบอนุญาตส่งเสริมการลงทุนที่ได้รับอยู่เดิม หรือเลือกที่จะรับสิทธิประโยชน์ต่างๆตามที่จะระบุไว้ในกฎหมายการลงทุนฉบับปรับปรุงใหม่ก็ได้ หากกฎหมายใหม่ให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนมากกว่า⁴³

นอกจากนี้ สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามยังมีข้อตกลงระหว่างประเทศที่สร้างความได้เปรียบให้กับนักธุรกิจที่เข้ามาลงทุนภายในประเทศอื่นๆ โดยได้ลงนามในสนธิสัญญาความร่วมมือทางเศรษฐกิจกับประเทศต่างๆ เช่น สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of South East Asian Nations) กองทุนเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund) องค์การการค้าโลก (World Trade Organization) ข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับสหภาพยุโรป (EVFTA) ความตกลงพันธมิตรทางการค้าระดับภูมิภาค (Regional Comprehensive Economic Partnership: RCEP) เป็นต้น และปัจจุบันเวียดนามได้รับสิทธิพิเศษทางการค้าจากประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยได้รับสิทธิพิเศษ Most Favored Nation Treatment (MFN)⁴⁴ กับ 89 ประเทศ รวมถึงยังได้รับสิทธิพิเศษทางการค้า Generalized System of Preference (GSP) จากประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น และออสเตรเลียอีกด้วย⁴⁵ ซึ่ง GSP หรือระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป หมายถึง การที่ประเทศพัฒนาแล้วให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรแก่สินค้าที่มีแหล่งกำเนิดในประเทศที่กำลังพัฒนา โดยลดหย่อนหรือยกเว้นอากรขาเข้าแก่สินค้าที่อยู่ในข่ายได้รับสิทธิพิเศษทางการค้า ทั้งนี้ ประเทศผู้ให้สิทธิพิเศษฯ จะเป็นผู้ให้แต่เพียงฝ่ายเดียว ไม่หวังผลตอบแทนใดๆ ทั้งสิ้น นอกจากนี้ สภาธุรกิจไทย-เวียดนามยังมีการกำหนดภารกิจและเป้าหมายที่จะสนับสนุนให้เกิดการเพิ่มการลงทุนของนักธุรกิจไทยในประเทศเวียดนาม โดยมีเป้าหมายเพิ่มการลงทุนของนักลงทุนไทยในเวียดนามจากปี พ.ศ. 2560 ซึ่งมีมูลค่าการลงทุนประมาณ 14,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ มาเป็น 20,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในปี พ.ศ. 2563 รวมถึงมีเป้าหมายที่จะก้าวขึ้นมาเป็นประเทศผู้ลงทุนในเวียดนามใน 10 อันดับแรกให้ได้⁴⁶ อีกทั้งยังมีแรงกระตุ้นจากรัฐบาลไทย โดยรัฐมนตรีกระทรวงการคลังได้ออกมาให้ความเห็นเชิญชวนให้ผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมไปลงทุนในเวียดนามมากขึ้นด้วย⁴⁷ จึงเป็นสัญญาณอันดีที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ที่จะได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้อง ทำให้เห็นแนวโน้มที่ผู้ลงทุนจะได้รับการสนับสนุนและส่งเสริมจากองค์กรต่างๆ ในการเข้าไปลงทุนทางตรงในประเทศเวียดนาม

⁴² Thai Garment Manufacturers Association. “ข้อมูลการลงทุน CLMV” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.smi.or.th/index.php/sample-sites-7/category/21-clmv-tgma-thai-garment-manufacturers-association?download=55:clmv-tgma-thai-garment-manufacturers-association> [13 มกราคม 2561]

⁴³ หอการค้าไทยและสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย. “คู่มือการค้าและการลงทุนสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.sme.go.th/upload/mod_download/คู่มือเวียดนาม-20171101171545.pdf [5 กุมภาพันธ์ 2561]

⁴⁴ มาตรการทางการค้าระหว่างประเทศโดยไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) คือ ให้การปฏิบัติต่อสินค้าจากประเทศต่างๆเท่าเทียมกัน (Most Favored Nation Treatment: MFN) กล่าวคือแต่ละประเทศจะต้องเรียกเก็บภาษีศุลกากร หรือค่าธรรมเนียม หรือใช้มาตรการใดๆ กับสินค้าที่นำเข้าจากประเทศสมาชิกอื่นๆ เท่าเทียมกันทุกประเทศ

⁴⁵ หอการค้าไทยและสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย. “คู่มือการค้าและการลงทุนสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.sme.go.th/upload/mod_download/คู่มือเวียดนาม-20171101171545.pdf [5 กุมภาพันธ์ 2561]

⁴⁶ SCB SME. “แนะ SME คว่ำโอกาสทำตลาด ผ่านธุรกิจไทยที่ลงทุนในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://businessinx.globalink.com/bizforum/article/แนะ-SME-คว่ำโอกาสทำตลาด-ผ่านธุรกิจไทยที่ลงทุนในเวียดนาม/9342> [14 มกราคม 2561]

⁴⁷ Independent News Network. “รวม.คลังชวนผู้ประกอบการลงทุนในCLMV” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.innnews.co.th/show/789625/รวม.คลังชวนผู้ประกอบการลงทุนในCLMV> [12 มกราคม 2561]

4. ปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรง ในต่างประเทศและปัญหาเฉพาะของการไปลงทุนทางตรงในในประเทศเวียดนาม

4.1 ปัญหาที่เกิดจากปัจจัยภายในประเทศ

4.1.1 ปัญหาที่เกิดจากภาครัฐ

ทิศทางการพัฒนาอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับของไทยที่ผ่านมา หน่วยงานภาครัฐและเอกชนในส่วนกลางและภูมิภาคจำนวนมากมีการจัดทำยุทธศาสตร์พัฒนาอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับไทย โดยหน่วยงานที่สำคัญ ได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (สศช.) กระทรวงพาณิชย์ สถาบันวิจัยและพัฒนาอัญมณีและเครื่องประดับแห่งชาติ (องค์การมหาชน) (สวอ.) กระทรวงอุตสาหกรรม กระทรวงแรงงาน สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) กระทรวงมหาดไทย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย (คณะกรรมการอัญมณีและเครื่องประดับ) สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (กลุ่มอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ) สมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ อย่างไรก็ตาม ปัญหาคือแต่ละหน่วยงานยังขาดการบูรณาการแผนการทำงาน จึงเป็นการทำงานในลักษณะต่างฝ่ายต่างทำ ส่งผลเสียคือมีหน่วยงานหลายส่วนซ้ำซ้อนกัน โดยเฉพาะงานส่งเสริมการตลาดต่างประเทศมักมีการทำงานซ้ำซ้อนกันค่อนข้างมาก ขณะที่งานบางด้านซึ่งเป็นงานสำคัญตามนโยบายรัฐบาล อาทิ การพัฒนาสินค้าอัญมณีและเครื่องประดับที่เป็นผลิตภัณฑ์ชุมชน (OTOP) การขยายและพัฒนาตลาดในประเทศ การนำระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้รูปแบบ และการทำธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับ และการพัฒนาเครือข่ายวิสาหกิจอัญมณีและเครื่องประดับ ยังไม่มีการผลักดันมากเท่าที่ควร⁴⁸

เนื่องจากประเทศไทยมีการกำหนดเป้าหมายของอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับของประเทศไทยเพื่อไปสู่ “ศูนย์กลางอัญมณีและเครื่องประดับโลก” ภาครัฐจึงมีแนวทางในการส่งเสริมอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับในหลายด้าน เช่น ส่งเสริมศักยภาพบุคลากรทั้งทางด้านการศึกษาและทางด้านการสนับสนุนเงินทุนแก่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็ก สร้างภาพลักษณ์และยกระดับอุตสาหกรรมไปสู่การสร้างตราสินค้าของผู้ประกอบการให้มีชื่อเสียงในระดับสากล เป็นต้น ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งกับผู้ประกอบการผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏว่ามีแนวทางส่งเสริมให้มีการไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศแต่อย่างใด โดยเฉพาะในด้านของการตั้งฐานการผลิต ซึ่งเห็นได้ชัดว่ามีการส่งเสริมให้ตั้งฐานการผลิตในไทย สะท้อนให้เห็นจากการพยายามแก้ปัญหาต้นทุนวัตถุดิบจากการนำเข้าโดยใช้มาตรการทางภาษี และการสร้างความร่วมมือกับต่างประเทศนั่นเอง ส่วนในการไปลงทุนทางตรงโดยการตั้งสาขาเพื่อขยายตลาดนั้นก็มิได้มีการส่งเสริมเป็นพิเศษแต่อย่างใด

⁴⁸ จักรกฤษณ์ ดวงพิศตร. “การวิเคราะห์ยุทธศาสตร์การพัฒนาอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.bu.ac.th/knowledgecenter/executive_journal/oct_dec_12/pdf/aw03.pdf. [11 มิถุนายน 2561]

4.1.2 ปัญหาที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจ

1) ปัญหาแรงงานมีฝีมือ

ในกรณีที่ต้องการผลิตเครื่องประดับนั้น จำเป็นที่จะต้องมีการออกแบบ การขึ้นรูป การเจียระไน อัญมณีหรือชิ้นตอนอื่นๆ อันจะต้องใช้ความชำนาญพิเศษซึ่งช่างฝีมือไทยมีชื่อเสียงในเรื่องดังกล่าว อย่างไรก็ตามช่างฝีมือที่มีความชำนาญขั้นสูงนั้น แม้กระทั่งในประเทศไทยเองก็มีจำนวนไม่มาก การจะไปลงทุนในต่างประเทศหากเป็นในส่วนของขั้นตอนการผลิตที่ต้องการแรงงานฝีมือดังกล่าว ก็อาจประสบปัญหาที่ไม่สามารถหาช่างฝีมือที่มีฝีมือเฉพาะด้านหรือมีทักษะพิเศษอย่างช่างไทยที่ประเทศเวียดนามได้ หรือหากต้องการให้ช่างชาวไทยที่มีฝีมือไปทำงานด้วยที่ต่างประเทศ ก็อาจประสบปัญหาที่ไม่สามารถชักจูงให้ช่างฝีมือที่ไทยย้ายมาทำงานที่เวียดนาม และในกรณีที่จะมีแรงงานชาวไทยไปทำงานที่เวียดนามนั้น จะต้องพิจารณาถึงข้อจำกัดในการขอใบอนุญาตทำงานในเวียดนามด้วย

ในกรณีของชาวต่างชาติที่ต้องการมาทำงานในเวียดนามเป็นเวลานานกว่า 90 วันนั้น จะต้องขอใบอนุญาตทำงาน (Work Permit) จากสำนักงานแรงงานประจำท้องที่ (The Local Department of Labor, Invalids and Social Affairs: DOLISA) เสียก่อน⁴⁹ โดยต้องยื่นขออนุญาตล่วงหน้าไม่ต่ำกว่า 15 วันก่อนเข้ามาทำงานในเวียดนาม⁵⁰ และจะได้รับอนุญาตเป็นเวลานานที่สุดไม่เกิน 36 เดือน ยกเว้นแรงงานต่างชาติระดับกรรมการของบริษัทที่เข้ามาจดทะเบียนก่อตั้งตามกฎหมายของเวียดนาม หรือชาวต่างชาติที่ดำรงตำแหน่งหัวหน้าสำนักงานตัวแทนสาขาของบริษัทต่างชาติในเวียดนาม และนักกฎหมายต่างชาติที่ได้รับใบรับรองจากกระทรวงยุติธรรมของเวียดนามให้ปฏิบัติหน้าที่ในเวียดนามเป็นต้น⁵¹ ดังนั้น หากต้องการนำแรงงานจากประเทศไทย เช่น ช่างฝีมือเจียระไนมาทำงานในเวียดนามนั้น ผู้ประกอบการก็จำเป็นต้องขอใบอนุญาตการทำงานให้ลูกจ้างของตนเองก่อนด้วย

2) ปัญหาผู้ประกอบการขาดความชำนาญในการพัฒนาสินค้าที่ต้องใช้ความคิดสร้างสรรค์

กล่าวคือ ยังมีการขาดแคลนทั้งจำนวนและคุณภาพของนักออกแบบที่ได้รับการยอมรับจากต่างประเทศ เนื่องจากผู้ประกอบการส่วนใหญ่มีพื้นฐานจากการผลิตเป็นธุรกิจครอบครัวที่มีทักษะด้านการเจียระไนแต่ยังขาดทักษะการออกแบบให้สอดคล้องกับความต้องการของตลาดที่เปลี่ยนไป การออกแบบส่วนใหญ่จะเป็นการใช้ประสบการณ์ การต่อยอดประสบการณ์เดิม และการลอกเลียนแบบกันเองระหว่างผู้ประกอบการ⁵² ซึ่งการขาดความคิดสร้างสรรค์ในการออกแบบเครื่องประดับนี้ ทำให้การผลิตเครื่องประดับในไทย เน้นการผลิตแบบรับจ้างผลิต (OEM) แทนที่จะสามารถนำความสามารถในการผลิตไปสร้างเป็นแบรนด์เครื่องประดับซึ่งจะ

⁴⁹ ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในอาเซียน สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครโฮจิมินห์. “การทำวีซ่าพำนักในต่างประเทศ/ใบอนุญาตทำงาน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.ditp.go.th/contents_attach/92818/92818.pdf (17 มิถุนายน 2561)

⁵⁰ Bui Hong Nhung. “New work permit regulations for expats in Vietnam” [online] available from: <https://e.vnexpress.net/news/news/new-work-permit-regulations-for-expats-in-vietnam-3357502.html> (17 June 2018)

⁵¹ สำนักงาน ก.พ. “ใบอนุญาตทำงาน (Work Permit) เวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://www.asean thai.net/ewtnews.php?nid=4316&filename=index> (17 มิถุนายน 2561)

⁵² สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม. แผนปฏิบัติการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมรายสาขาอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ หน้า 58.

เป็นการสร้างมูลค่าได้มากกว่า ปัญหานี้เป็นปัญหาที่รัฐบาลตระหนักเป็นอย่างดี เห็นได้จากโครงการต่างๆของรัฐ เช่น โครงการเพิ่มความสามารถในการออกแบบให้แก่กิจการที่เป็นผู้รับจ้างผลิต (OEM) และโครงการ East Meet West จับคู่ผู้ผลิตและนักออกแบบรุ่นใหม่ แสดงให้เห็นว่ารัฐไม่ได้นิ่งเฉยต่อปัญหาดังกล่าว โดยได้พยายามแก้ไขปัญหานี้ในหลายวิธี อย่างไรก็ดี ประเด็นดังกล่าวก็ยังคงเป็นปัญหาอยู่ในปัจจุบัน

3) ปัญหาผู้ประกอบการขาดความน่าเชื่อถือ

เนื่องจากการประกอบกิจการอัญมณีและเครื่องประดับนั้น เป็นการประกอบกิจการในสินค้าที่มีมูลค่าสูง การสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้บริโภคจึงมีความจำเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะหากผู้ประกอบการต้องการจะทำการตลาดต่างประเทศหรือการตลาดออนไลน์แล้ว ความไว้วางใจที่จะทำให้ลูกค้าซื้อของที่มีมูลค่าสูงจากผู้ประกอบการที่ไม่ได้มีชื่อเสียงหรือเป็นที่รู้จักมายาวนานเป็นสิ่งที่ไม่าจมองข้ามได้ หากผู้ประกอบการเครื่องประดับไทยสามารถพัฒนาจุดด้อยนี้ได้ ก็จะทำให้ธุรกิจเติบโตขึ้นเป็นอย่างมาก หนึ่งในทางแก้ของปัญหาดังกล่าว คือ การที่ภาครัฐมีการออกเครื่องหมายรับรองคุณภาพของอัญมณี สินค้าหรือตัวผู้ประกอบการให้แก่สินค้าและผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติเหมาะสม เครื่องหมายรับรองคุณภาพเป็นหนึ่งในวิธีสร้างความน่าเชื่อถือแก่ตัวสินค้าและผู้ประกอบการ ทั้งนี้ เครื่องหมายรับรองจัดเป็นเครื่องหมายการค้าประเภทหนึ่ง เป็นเครื่องหมายที่ต้องนำไปใช้ติดที่สินค้าหรือใช้ร่วมกับการบริการ เพื่อรับรองเกี่ยวกับแหล่งกำเนิด ส่วนประกอบ วิธีการผลิต คุณภาพ หรือคุณลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งของสินค้า หรือบริการ เพื่อให้ผู้มาซื้อสินค้าหรือผู้ใช้บริการได้ทราบว่าสินค้าหรือบริการนั้นๆ มีคุณภาพและมีการรับรองความมีคุณภาพโดยผู้ที่เป็นเจ้าของเครื่องหมายรับรอง

4) ปัญหาการไม่เข้ามาในระบบของผู้ประกอบการ

ปัญหาผู้ประกอบการอยู่นอกระบบนี้ เช่น การไม่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลเพื่อเสียภาษี ส่งผลอย่างเป็นนัยยะสำคัญต่อการพัฒนาอุตสาหกรรม เนื่องจากเป็นต้นเหตุสำคัญที่ทำให้การพัฒนาหรือความพยายามให้การส่งเสริมหรือช่วยเหลือผู้ประกอบการไม่สัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควร ตัวอย่างเช่น ความพยายามในการช่วยเหลือผู้ประกอบการในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน ตามแผนปฏิบัติการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม อุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับที่ได้มีแผนงานจัดตั้งธนาคาร/ศูนย์รับฝากอัญมณี หรือ Gems Bank ขึ้น โดยกระทรวงพาณิชย์ ได้ร่วมมือกับสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ-สมาคมผู้ค้าอัญมณีและเครื่องประดับ จันทบุรี-สมาคมผู้ผลิตอัญมณีและเครื่องประดับ-สถาบันวิจัยและพัฒนาอัญมณีและเครื่องประดับแห่งชาติ (องค์การมหาชน) และธนาคารเพื่อธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs Bank) เพื่อให้สามารถนำพลอยมาเป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันเงินกู้จากธนาคารได้นั้น อย่างไรก็ดี แผนดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากสาเหตุหนึ่ง คือ การไม่เข้ามาในระบบของผู้ประกอบการ เป็นต้น⁵³

⁵³ สัมภาษณ์ นาย ปรีดา เตียสุวรรณ อุปนายกสมาคมผู้ค้าอัญมณีไทยและเครื่องประดับ

4.1.3 ปัญหาอื่นๆ

1) ขาดแคลนวัตถุดิบ

การขาดแคลนวัตถุดิบภายในประเทศเชิงพาณิชย์ ส่งผลให้ต้องพึ่งพาการนำเข้าจากต่างประเทศ แต่สำหรับผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมบางรายที่ไม่มีศักยภาพมากพอในการเสาะหาแหล่งวัตถุดิบจากนอกประเทศได้เอง ก็จะต้องพึ่งพาการรับซื้อจากพ่อค้าในประเทศอีกต่อหนึ่งทำให้ต้นทุนการผลิตเพิ่มสูงขึ้น นอกจากนี้ ไทยยังประสบปัญหาการขาดแคลนชิ้นส่วนประกอบอื่นๆ ส่วนใหญ่ต้องสั่งจากต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศจีน⁵⁴

2) ราคาวัตถุดิบผันผวน

โดยเฉพาะทองคำยังไม่ได้ขึ้นรูป และเนื้อเงินซึ่งทั้งสองล้วนเป็นส่วนประกอบที่สำคัญในการผลิตเครื่องประดับ

4.2 ปัญหาที่เกิดจากปัจจัยภายนอกประเทศ

4.2.1 ปัญหาจากข้อกำหนดของประเทศไทย

1) ปัญหาความยุ่งยากของขั้นตอนตามกฎหมาย

ในการเข้าไปลงทุนประกอบธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามนั้น มีขั้นตอนที่นักลงทุนจะได้ปฏิบัติตามจำนวนมาก และต้องติดต่อประสานงานกับหน่วยงานหลายฝ่าย ซึ่งทำให้อาจต้องใช้เวลาในการดำเนินการเป็นระยะเวลานาน โดยจำเป็นต้องขอหนังสือและขออนุญาตดำเนินการต่างๆ ดังต่อไปนี้

(1) การขอหนังสือลงทะเบียนการลงทุน (Investment Registration Certificate: IRC)

ตาม Law on Investment 2014 ของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามนั้น ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขอหนังสือลงทะเบียนการลงทุน (Investment Registration Certificate: IRC) เอาไว้ โดยในกรณีที่เป็นการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติหรือเป็นองค์กรธุรกิจ (Economic Organization) ที่มีลักษณะตามมาตรา 23.1 กล่าวคือ องค์กรธุรกิจที่มีลักษณะต่างชาติ⁵⁵ ผู้ลงทุนจะต้องขอหนังสือลงทะเบียนการลงทุน

⁵⁴ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม. แผนปฏิบัติการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมรายสาขาอุตสาหกรรมอัญมณีและเครื่องประดับ หน้า 58.

⁵⁵ LAW ON INVESTMENT Law No. 67-2014-QH13 Article 23

1. An economic organization must satisfy the conditions and carry out investment procedures in accordance with regulations applicable to foreign investors upon investment for establishment of an economic organization; investment in the form of capital contribution or purchase of shares or portion of capital contribution to an economic organization; or investment on the basis of a BCC contract in any one of the following cases:

(a) 51% or more of its chapter capital is held by a foreign investor(s), or a partnership has a majority of partners being foreign individuals in respect of economic organizations being a partnership;

(b) 51% or more of its chapter capital is held by an economic organization(s) prescribed in paragraph (a) of this clause;

(c) 51% or more of its chapter capital is held by a foreign investor(s) and an economic organization(s) prescribed in paragraph (a) of this clause.

เสียก่อน⁵⁶ เพื่อเป็นการก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ลงทุนชาวต่างชาติเพื่อลงทุนในประเทศเวียดนาม

(2) การขอหนังสือลงทะเบียนบริษัท (Enterprise Registration Certificate: ERC)

Law on Enterprises Law 2014 มาตรา 4 ได้นิยามคำว่า Enterprise Registration Certificate (ERC) ไว้ว่าหมายถึง เอกสารเป็นหนังสือหรือเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ ที่หน่วยงานขึ้นทะเบียนธุรกิจออกให้แก่ธุรกิจหนึ่งๆ และมีข้อมูลเกี่ยวกับการจดทะเบียนบริษัท⁵⁷ จากบทนิยามจะเห็นได้ว่าหนังสือลงทะเบียนการบริษัทนี้เป็นเอกสารที่บริษัทที่ก่อตั้งโดยกฎหมายเวียดนามจะต้องมี ไม่ได้แบ่งแยกเฉพาะธุรกิจที่เป็นของต่างชาติแต่อย่างใด โดยในมาตรา 28 ได้วางหลักเกณฑ์ในการออกหนังสือลงทะเบียนการบริษัทเอาไว้ ซึ่งได้กำหนดให้ต้องไม่เป็นการลงทะเบียนในธุรกิจที่ต้องห้าม ชื่อของบริษัทต้องเป็นไปตามหลักการที่กฎหมายกำหนด มีใบคำร้องที่ถูกต้องสมบูรณ์ และได้ชำระค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนด⁵⁸ และในเนื้อหาของ Law on Enterprises Law 2014 ก็จะมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งบริษัทในรูปแบบต่างๆ ได้แก่ กิจการเจ้าของคนเดียว (Private Enterprise) ห้างหุ้นส่วน (Partnership) บริษัทจำกัด (Limited Liability Company) ซึ่งรูปแบบธุรกิจแต่ละประเภทก็มีเงื่อนไขในการจัดตั้งที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจประเภทใดก็จะต้องมีการขอจดทะเบียนหนังสือลงทะเบียนบริษัททั้งสิ้น การทำธุรกิจเกี่ยวกับอัญมณีและเครื่องประดับก็เช่นกัน

(3) การขอใบอนุญาตเฉพาะด้าน

นอกจากการขอหนังสือลงทะเบียนการลงทุนและหนังสือลงทะเบียนบริษัทแล้ว ในกรณีของนักลงทุนต่างชาติที่ต้องการจะดำเนินกิจการเหมืองแร่ในประเทศเวียดนาม กฎหมายแร่ปี พ.ศ. 2553 (Mineral Law 2010) ตามประกาศของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (Ministry of Natural Resources and Environment: MONRE) ซึ่งได้ออก Decree No. 15/2012/ND-CP ลงวันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2555 และ Decree No. 22/2012/ND-CP ลงวันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2555 กำหนดให้ต้องมีใบอนุญาตการลงทุนสำหรับโครงการเหมืองแร่ที่ออกให้บริษัทต่างชาติหรือชาวต่างชาติ หรือการร่วมลงทุนกับต่างชาติจะครอบคลุมตั้งแต่การสำรวจ และการทำเหมืองแร่ด้วย

การขออนุญาตทำเหมืองแร่ในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามนั้น จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่กำหนดในกฎหมายแร่ปี พ.ศ. 2553 หรือ Mineral Law 2010 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2554 เป็นต้นมา ในกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดกลยุทธ์และแผนงานหลัก (Master Plans) ที่เกี่ยวข้องกับการสำรวจ

⁵⁶ LAW ON INVESTMENT Law No. 67-2014-QH13 Article 36.

1. The cases which require the procedures for issuance of an IRC to be carried out [shall comprise:]

(a) Investment projects of foreign investors;

(b) Investment projects of economic organizations prescribed in article 23.1 of this Law.

⁵⁷ Law in Enterprises Law Article 4 13. Enterprise registration certificate means the written or electronic document which an business registration office issues to an enterprise and which records information about enterprise registration.

⁵⁸ Law in Enterprises Law Article 28 1. An enterprise shall be issued with an enterprise registration certificate if it satisfies all of the following conditions: (a) Its registered line of business is not prohibited from business investment; (b) The name of the enterprise complies with the provisions of articles 38, 39, 40 and 42 of this Law; (c) It has a valid application file for enterprise registration; (d) It has paid in full the enterprise registration fee as stipulated by the law on charges and fees.

และกระบวนการทำเหมืองแร่ในประเทศ⁵⁹ โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้การสำรวจแร่เบื้องต้นในเวียดนามต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการประชาชนและในกรณีการลงพื้นที่และเก็บตัวอย่างแร่จากพื้นผิวไปศึกษาวิจัยจะต้องได้รับการยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Consent) จากคณะกรรมการประชาชนด้วย⁶⁰

ภายใต้ Mineral Law 2010 ใบอนุญาตเหมืองแร่แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ใบอนุญาตสำรวจแร่ชั้นรายละเอียด (Mineral Exploration License) และใบอนุญาตทำเหมืองแร่ (Mineral Mining License) โดยคณะกรรมการประชาชน (The Provincial People's Committee) และกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในเรื่องออกใบอนุญาตสำรวจแร่และใบอนุญาตทำเหมืองแร่⁶¹

หลักเกณฑ์ในการยื่นขอใบอนุญาตสำรวจแร่ชั้นรายละเอียด และใบอนุญาตทำเหมืองแร่ในเวียดนาม มีดังนี้

(1) ใบอนุญาตสำรวจแร่ชั้นรายละเอียด (Mineral Exploration License)

ผู้ขอใบอนุญาตนั้นจะต้องเป็นบริษัทที่ถูกต้องตามกฎหมาย (อาจเป็นบริษัทที่ถูกต้องตามกฎหมาย สหกรณ์หรือสหภาพของสหกรณ์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Law on Co-operatives) บริษัทต่างชาติที่มีสำนักงานตัวแทนหรือสาขาในประเทศ)

นิติบุคคลนั้นจะต้องมีบุคลากรรับผิดชอบด้านเทคนิคที่จบปริญญาจากมหาวิทยาลัยในสาขาธรณีวิทยาและมีประสบการณ์อย่างน้อย 5 ปี ในด้านการสำรวจแร่ และเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในมาตรฐานและเงื่อนไขของงานด้านการสำรวจแร่ ต้องมีบุคลากรที่ได้รับการฝึกฝนในด้านการสำรวจธรณีวิทยา ธรณีวิศวกรรม การเจาะสำรวจ และมีเครื่องจักรอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้อง

ใบอนุญาตสำรวจแร่นี้จะมีระยะเวลาไม่เกิน 48 เดือน และสามารถต่ออายุได้ไม่เกิน 48 เดือน โดยในการต่ออายุแต่ละครั้ง จะต้องคืนพื้นที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 ของพื้นที่ที่ได้รับอนุญาตตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาต ผู้ลงทุนสามารถถือครองใบอนุญาตได้พร้อมกันมากที่สุดไม่เกิน 5 ใบ ทั้งนี้ ผู้ถือใบอนุญาตนี้มีสิทธิในการขอใบอนุญาตทำเหมืองแร่ในพื้นที่ที่เจาะสำรวจได้ แต่จะต้องยื่นขอภายใน 6 เดือน หลังจากวันที่ใบอนุญาตเจาะสำรวจแร่หมดอายุ⁶²

(2) ใบอนุญาตทำเหมืองแร่ (Mineral Mining License)

ผู้ขอใบอนุญาตนั้นจะต้องเป็นบริษัทที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย หรือเป็นสหกรณ์

⁵⁹ ศูนย์ข้อมูลอัญมณีและเครื่องประดับ. “โอกาสการค้าและการลงทุนอัญมณีและเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.tpa.or.th/writer/read_this_book_topic.php?bookID=3294&pageid=1&read=true&count=true [16 มกราคม 2561]

⁶⁰ กรมทรัพยากรธรณี. “ข้อมูลด้านอุตสาหกรรมเหมืองแร่สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.dmr.go.th/download/article/article_20140204093131.pdf [12 กุมภาพันธ์ 2561]

⁶¹ Mayer Brown JSM Legal, “Vietnam’s 2010 Mineral Law” [online] Available from: <https://www.mayerbrown.com/publications/vietnams-2010-mineral-law-03-14-2011/> [12 February 2561]

⁶² ศูนย์ข้อมูลอัญมณีและเครื่องประดับ. “โอกาสการค้าและการลงทุนอัญมณีและเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.tpa.or.th/writer/read_this_book_topic.php?bookID=3294&pageid=1&read=true&count=true [16 มกราคม 2561]

ศึกษาการลงทนทางตรงของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องบินระดับไทยในประเทศเวียดนาม

และสภาพของสหกรณ์ตามกฎหมายสหกรณ์ จะต้องมีการลงทุนทำเหมืองแร่สำหรับพื้นที่ที่ได้มีการสำรวจแร่ และปริมาณสำรองแร่ที่ได้รับอนุญาตตามแผนงานหลัก โครงการทำเหมืองแร่จะต้องมีแผนงานว่าจ้างบุคลากร เฉพาะงาน การใช้เครื่องจักรอุปกรณ์และเทคโนโลยี และแผนงานการใช้เครื่องจักรอุปกรณ์ที่เหมาะสม ในกรณี ที่เป็นแร่ที่มีพิษ จะต้องได้รับอนุมัติจากนายกรัฐมนตรี จะต้องทำรายงานวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม และ ต้องมีเงินลงทุนอย่างน้อยร้อยละ 30 ของเงินลงทุนทั้งหมดของโครงการทำเหมืองแร่⁶³

ใบอนุญาตหนึ่งจะมีอายุไม่เกิน 30 ปี และสามารถขอต่ออายุได้หลายครั้ง แต่ระยะเวลาการต่ออายุรวมทั้งหมดต้องไม่เกิน 20 ปี หากมีการโอนสิทธิการทำเหมืองแร่ให้กับบุคคลอื่นแล้ว ระยะเวลาของการทำเหมือง คือ ระยะเวลาที่เหลือในใบอนุญาตนั้น โดยผู้ถือใบอนุญาตสามารถคืนใบอนุญาตทั้งหมดหรือบางส่วนได้ รวมทั้งยังมีสิทธิในการแต่งแร่ที่ได้มาจากการทำเหมืองแร่ในพื้นที่ที่ได้รับอนุญาต และมีสิทธิในการสำรวจแร่เพิ่มเติมในพื้นที่ที่ได้รับอนุญาตทำเหมืองด้วย⁶⁴

นอกจากนี้ นิติบุคคลที่ทำเหมืองแร่จะต้องมีความรับผิดชอบให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในระบบสาธารณสุขโรคของชุมชนที่ทำเหมืองแร่ ให้การป้องกัน พื้นฟูสภาพแวดล้อมของท้องถิ่น ให้ความสำคัญในการว่าจ้างคนท้องถิ่น และให้ความสำคัญต่อพื้นที่และอาชีพของคนที่มีการเวนคืนพื้นที่สำหรับการทำเหมืองแร่ด้วย⁶⁵

ทั้งนี้ ผู้ลงทุนที่ยื่นขอใบอนุญาตทำเหมืองแร่จำเป็นต้องศึกษาถึงความเป็นไปได้ในการทำเหมืองแร่ ประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือจัดทำรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมในพื้นที่ที่จะทำเหมืองแร่ขึ้นด้วย ซึ่งขึ้นอยู่กับขนาดของเหมือง กล่าวคือ ในกรณีที่ขนาดการผลิตของเหมืองมีปริมาณต่ำกว่า 100,000 ลูกบาศก์เมตร ต่อปี จะต้องจัดทำรายงานประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยยื่นขออนุมัติจากหน่วยงานด้านสิ่งแวดล้อมส่วนท้องถิ่น ส่วนเหมืองที่มีขนาดการผลิตมากกว่าที่กำหนดนี้ จะต้องจัดทำรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อมและยื่นขออนุมัติจากสำนักงานสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (National Environmental Agency) ในสังกัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเพื่อใช้ประกอบการยื่นขอใบอนุญาตทำเหมืองแร่ต่อไป⁶⁶

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการจะเข้าไปลงทุนทำเหมืองในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามนั้น ผู้ลงทุนจะต้องผ่านขั้นตอนการขออนุญาตที่มีรายละเอียดจำนวนมาก ต้องมีการขอหนังสือลงทะเบียนการลงทุน (Investment Registration Certificate: IRC) เนื่องจากเป็นนักลงทุนชาวต่างชาติ ต้องขอหนังสือลงทะเบียนบริษัท (Enterprise Registration Certificate: ERC) นอกจากนี้ยังต้องมีใบอนุญาตการลงทุนสำหรับโครงการเหมืองแร่ที่ออกให้ชาวต่างชาติ ใบอนุญาตสำรวจแร่ชั้นรายละเอียด (Mineral Exploration License) และ

⁶³ กรมทรัพยากรธรณี “ข้อมูลด้านอุตสาหกรรมเหมืองแร่สาธารณะรัฐสังคมนิยมเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.dmr.go.th/download/article/article_20140204093131.pdf [12 กุมภาพันธ์ 2561]

⁶⁴ ศูนย์ข้อมูลลัทธินิยมและเครื่องประดับ. “โอกาสการค้าและการลงทุนลัทธินิยมและเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.tpa.or.th/writer/read_this_book_topic.php?bookID=3294&pageid=1&read=true&count=true [16 มกราคม 2561]

⁶⁵ กรมทรัพยากรธรณี “ข้อมูลด้านอุตสาหกรรมเหมืองแร่สารานุกรมรัฐสังคมนิยมเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.dmr.go.th/download/article/article_20140204093131.pdf [12 กุมภาพันธ์ 2561]

⁶⁶ ศูนย์ข้อมูลลัญฉิมและเครื่องประดับ. “โอกาสการค้าและการลงทุนลัญฉิมและเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.tpa.or.th/writer/read_this_book_topic.php?bookID=3294&pageid=1&read=true&count=true [16 มกราคม 2561]

ใบอนุญาตทำเหมืองแร่ (Mineral Mining License) อีกด้วย ซึ่งแต่ละขั้นตอนการขอใบอนุญาตก็มีรายละเอียดปลีกย่อยอีกเป็นจำนวนมากดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคในการลงทุนของนักลงทุนไทยที่ต้องการไปแสวงหาทรัพยากรกล่าวคือต้องการไปทำเหมืองแร่ได้

2) ปัญหาข้อจำกัดในการทำธุรกิจของชาวต่างชาติ

ใน Law on Investment 2014 มีบทบัญญัติกำหนดการลงทุนบางประเภทที่ต้องห้ามมิให้ลงทุน (มาตรา 6)⁶⁷ และธุรกิจบางประเภทที่สามารถทำได้โดยมีเงื่อนไข (มาตรา 7)⁶⁸ ไว้ด้วย โดยระบุประเภทธุรกิจที่ทำได้โดยมีเงื่อนไขไว้ใน APPENDIX 4 รวมทั้งหมด 267 ธุรกิจ ซึ่งเมื่อพิจารณาในขอบเขตของธุรกิจเกี่ยวกับอัญมณีและเครื่องประดับแล้ว พบว่าการทำเหมืองแร่และการผลิตเครื่องประดับทองนั้นเป็นหนึ่งในธุรกิจที่ทำได้โดยมีเงื่อนไข ผู้ประกอบการธุรกิจเกี่ยวกับอัญมณีและเครื่องประดับจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าลักษณะธุรกิจที่ตนต้องการลงทุนนั้น มีความเกี่ยวข้องกับการทำเหมืองแร่หรือการผลิตเครื่องประดับทองหรือไม่ เช่น หากต้องการจะลงทุนผลิตเครื่องประดับที่มีทองเป็นส่วนประกอบ ก็จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน

⁶⁷ LAW ON INVESTMENT Law No. 67-2014-QH13 Article 61. The following business investment activities are prohibited:

- (a) Business in drugs prescribed in Appendix 1 to this Law;
- (b) Business in chemicals or minerals of types prescribed in Appendix 2 to this Law;
- (c) Business in specimens of wild fauna or flora included in Schedule 1 of the Convention on International Trade in Endangered Species and specimens of species of endangered and rare wild fauna or flora in Category 1 with the natural origin as prescribed in Appendix 3 to this Law;
- (d) Business in prostitution;
- (dd) Purchase or sale of humans, tissues or parts of the human body;
- (e) Activities relating to asexual reproduction;

2. Production or use of products prescribed in paragraphs (a), (b) and (c) of clause 1 of this article for analysis, testing, scientific research, medical care, production of pharmaceutical products, investigation of crimes, or protection of national defence and security shall be conducted in accordance with Government regulations.

⁶⁸ LAW ON INVESTMENT Law No. 67-2014-QH13 Article 7

1. An industry or trade in which business investment is conditional means an industry or trade in which conduct of business investment activities must satisfy conditions for the reason of national defence or security, social order or safety, social ethics or the health of the community.
2. A list of industries and trades in which business investment is conditional is provided in Appendix 4 to this Law.
3. The business investment conditions applicable to the industries and trades prescribed in clause 2 of this article shall be stipulated in laws, ordinances, decrees and in international treaties of which the Socialist Republic of Vietnam is a member. Ministries, ministerial equivalent agencies, people's councils or people's committees at all levels, and other agencies, organizations and individuals shall not be permitted to promulgate any regulations on business investment conditions.
4. Business investment conditions must be stipulated consistent with the objectives prescribed in clause 1 of this article and must be public, transparent, objective and economic in terms of time and costs of compliance by investors.
5. Industries and trades in which business investment is conditional and business investment conditions applicable to such industries and trades shall be uploaded on the website on national registration of enterprises.
6. The Government shall provide detailed regulations on publication and control of business investment conditions.

สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ:
ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยในประเทศเวียดนาม

เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดในธุรกิจที่สามารถทำได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการนั้น เมื่อพิจารณาควบคู่กับมาตรา 9 ใน Decree No. 118/2015/ND-CP⁶⁹ แล้ว พบว่าผู้ลงทุนและองค์กรธุรกิจจะสามารถดำเนินธุรกิจที่ระบุไว้ใน APPENDIX 4 ของ Law on Investment 2014 ได้ถ้าได้ทำตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ โดยอาจเป็นเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งหรือมากกว่าในข้อต่อไปนี้ ได้แก่ ใบอนุญาต (License) หนังสือรับรองคุณสมบัติ (Certificate of Eligibility) หนังสือรับรองภาคปฏิบัติ (Practice Certificate) หนังสือประกันความรับผิดของวิชาชีพ (Certificate of Professional Liability Insurance) หนังสือรับรองเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Certification) รวมถึงเอกสารอื่นที่กฎหมายกำหนดและเงื่อนไขอื่นที่จำเป็นต้องมี จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขที่ระบุไว้ใน Decree No. 118/2015/ND-CP เป็นเพียงเงื่อนไขกว้างๆ ที่ผู้ลงทุนจำเป็นต้องไปหาข้อมูลโดยเฉพาะเจาะจงในธุรกิจที่ตนต้องการจะลงทุนว่าในธุรกิจประเภทนั้นจะต้องการเอกสารหรือต้องทำตามเงื่อนไขใดบ้างตามมาตรา 9

ในส่วนของธุรกิจเกี่ยวกับทองคำนั้น ปัจจุบันอยู่ในความดูแลของธนาคารแห่งชาติของเวียดนาม (State Bank of Vietnam: SBV) โดยเริ่มเข้ามาควบคุมตลาดทองคำตั้งแต่ในช่วงปี พ.ศ. 2553 และมีบทบาทในการเข้ามาแทรกแซงตลาดทองคำได้โดยตรง หลังจากมีการประกาศใช้ Decree No. 24/2012/ND-CP ใน ปี พ.ศ. 2555⁷⁰ ใน Decree No. 24/2012/ND-CP มาตรา 4 ข้อ 6 กำหนดให้การผลิตเครื่องประดับทองคำนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งชาติของเวียดนาม โดยการออกหนังสือรับรองคุณสมบัติเกี่ยวกับเครื่องประดับ

⁶⁹ Decree No. 118/2015/ND-CP Article 9.

1. Individuals and economic organizations have the right to conduct business in the sectors and trades subject to conditional business investment specified in Appendix 4 to the Investment Law if they fully satisfy the prescribed conditions and shall ensure the satisfaction of such conditions in the course of business investment activities.

2. Business investment conditions are applied in one or several of the following forms:

a/ License;

b/ Certificate of eligibility;

c/ Practice certificate;

d/ Certificate of professional liability insurance;

dd/ Written certification;

e/ Other forms of document as prescribed by law other than those specified at Points a, b, c, d and dd of this Clause;

g/ Conditions which individuals and economic organizations must satisfy in order to conduct business investment activities without having to obtain any written certification or consent in the forms specified at Points a, b, c, d, dd and e of this Clause.

3. Every individual or organization that satisfies the business investment conditions has the right to be granted a document specified at Point a, b, c, d, dd or e, Clause 2 of this Article (below referred to as license) or has the right to conduct investment or business activities when satisfying the conditions prescribed at Point g, Clause 2 of this Article. In case of refusal to grant, extend, modify or supplement a license, competent state agencies shall notify such in writing to the applicant, clearly stating the reason.

4. In the course of carrying out administrative procedures for being granted a license or implementing the conditions prescribed at Point g, Clause 2 of this Article, an enterprise is not required to state the sector or trade subject to conditional business in its enterprise registration certificate.

⁷⁰ Singapore Bullion Market Association. "Vietnam Gold Market" [online] Available from: <http://www.sbma.org.sg/vietnam-gold-market/> [6February 2561]

ทองคำ⁷¹ และการจะนำเข้าวัตถุดิบเพื่อใช้ในการผลิตเครื่องประดับทองคำก็ต้องได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งชาติของเวียดนามเช่นกัน⁷² ในมาตรา 5 ได้วางเงื่อนไขในการให้หนังสือรับรองคุณสมบัติเกี่ยวกับเครื่องประดับทองคำของธนาคารแห่งชาติของเวียดนามเอาไว้ โดยกำหนดให้ต้องเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการผลิตเครื่องประดับทองคำในใบรับรองการขึ้นทะเบียนธุรกิจ (Certificate of Business Registration) และต้องมีที่ดิน/สิ่งปลูกสร้าง (Premises) สิ่งอำนวยความสะดวก/โรงงาน (Facilities) และเครื่องมือที่จำเป็นเพื่อการผลิตเครื่องประดับทองคำ⁷³ และในมาตรา 8 ได้กล่าวถึงเงื่อนไขของบริษัทที่ทำการซื้อขายเครื่องประดับทองคำ โดยกำหนดให้ต้องเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ข้อกำหนดและต้องได้รับหนังสือรับรองการลงทะเบียนบริษัท (Certificate of Enterprise Registration) และต้องมีที่ดิน/สิ่งปลูกสร้าง (Premises) สิ่งอำนวยความสะดวก/โรงงาน (Facilities) และเครื่องมือที่จำเป็นเพื่อการซื้อขายเครื่องประดับทองคำ⁷⁴

3) ปัญหาการถือครองที่ดิน

สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมิได้ให้สิทธิในการถือครองที่ดินแก่ชาวต่างชาติ แต่ให้สิทธิในการเช่าที่ดิน โดยต้องเช่าจากรัฐบาลและมีระยะเวลาการเช่าขึ้นอยู่กับระยะเวลาของโครงการลงทุนตามที่ได้รับใบอนุญาตการลงทุน (Investment License) โดยทั่วไปการให้ใช้สิทธิในที่ดินระยะยาว จะมีอายุในการใช้ที่ดินไม่เกิน 50 ปี แต่อาจมีการต่ออายุการใช้สิทธิในที่ดินได้อีกหากเป็นโครงการลงทุนที่ได้รับการส่งเสริมเป็นพิเศษ แต่ทั้งนี้ระยะเวลาทั้งหมดต้องไม่เกิน 70 ปี โดยมีใบรับรองสิทธิในการใช้ที่ดินระยะยาว (Long-Term Land Use Rights Certificates: LURC) เป็นหลักฐานเพื่อแสดงการจดทะเบียนของผู้ถือใบรับรอง เงื่อนไขการใช้ที่ดินวัตถุประสงค์ของการใช้ที่ดิน รวมทั้งรายการจดทะเบียนจำนองที่ดิน หรือจากการดำเนินธุรกรรมที่เกี่ยวกับที่ดินต่างๆ⁷⁵

⁷¹ Decree No. 24/2012/ND-CP Article 4 6. The purchase and sale of gold bars; the production of gold jewellery and fine arts are conditional business and must be permitted by the State Bank by issuing the License to trade gold bar or the Qualification certificate of gold jewellery and fine arts production.

⁷² Singapore Bullion Market Association. "Vietnam Gold Market" [online] Available from: <http://www.sbma.org.sg/vietnam-gold-market/> [6February 2561]

⁷³ Decree No. 24/2012/ND-CP Article 51. Enterprises producing gold jewellery and fine arts shall be issued with the Qualification certificate of gold jewellery and fine arts production when the following conditions are satisfied:

a) The enterprise is established under law provisions that have registered to produce gold jewellery and fine arts in the Certificate of business registration.

b) Having premises, facilities and necessary equipment serving the production of gold jewellery and fine arts.

2. The State Bank stipulates the procedures and dossiers on the Qualification certificate of gold jewellery and fine arts production.

⁷⁴ Decree No. 24/2012/ND-CP Article 8Enterprises trading gold jewellery and fine arts must meet the following conditions:

1. The enterprises is established under law provisions and the Certificate of enterprise registration must include the production of gold jewellery and fine arts.

2. Having premises, facilities and equipment serving gold jewellery and fine art trading.

⁷⁵ มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาประเทศไทย. รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ "โครงการศึกษาแนวทางการย้ายฐานการผลิตของอุตสาหกรรมที่ใช้แรงงานเข้มข้นไปยังประเทศเพื่อนบ้าน(สิงคโปร์ เครื่องนุ่งห่ม รองเท้าและเครื่องหนัง อัญมณีและเครื่องประดับ)ระยะที่ 1 (กันยายน 2556) แหล่งที่มา : https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2015/04/OIE_Relocation_1_final.pdf หน้า 149

สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ:
ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยในประเทศเวียดนาม

ทั้งนี้ ธุรกิจที่มีชาวต่างชาติลงทุนนั้น จะสามารถขอใช้ที่ดินระยะยาวได้โดย 3 วิธี⁷⁶ ได้แก่

(1) การร่วมลงทุน (Joint Venture) กับหุ้นส่วนชาวเวียดนามที่ได้รับการจัดสรรจากรัฐบาลให้ได้สิทธิในการใช้ที่ดินระยะยาว

(2) การเช่าที่ดินจากรัฐบาล โดยคณะกรรมการประชาชน (Provincial People's Committee) เป็นผู้มีอำนาจให้วิสาหกิจที่มีต่างชาติเป็นผู้ลงทุนเช่าที่ดิน

(3) การเช่าช่วงที่ดินจากเขตอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออกหรือเขตเทคโนโลยีขั้นสูง การใช้ที่ดินนี้เป็นการเช่าช่วงต่อจากนักพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จัดสรรที่ดินเป็นเขตพิเศษต่างๆ เช่น เขตอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก หรือเขตเทคโนโลยีขั้นสูง เพื่อให้นักลงทุนเข้ามาดำเนินกิจการในเขตนั้นโดยการเช่าช่วง ซึ่งโดยปกติจะมีการสร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินนั้นและให้เข้าไปพร้อมกับที่ดิน

4.2.2 ปัญหาเชิงมาตรการ (Non-Law Measures) และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของประเทศเวียดนาม

1) ปัญหาการผูกขาดของรัฐบาล

รัฐบาลของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามผูกขาดในการผลิตทองคำแท่ง การส่งออกและนำเข้าวัตถุดิบในการผลิตทองคำแท่งทำให้ราคาทองในประเทศสูงส่งผลกระทบถึงการส่งออก นักธุรกิจนำเข้าทอง (วัตถุดิบทอง ทองคำแท่ง ทองแผ่น) จะต้องขอใบอนุญาตและโควต้าจากธนาคารแห่งชาติเวียดนาม การนำเข้าไม่สามารถดำเนินการได้โดยไม่มีการอนุมัติจากธนาคารแห่งชาติเวียดนาม ส่งผลให้แหล่งวัตถุดิบของขาดแคลนหรือเป็นการสร้างความกังวลและผลักดันราคาทองในเวียดนามสูงกว่าราคาตลาดโลก สร้างความยากลำบากให้ผู้ผลิตและผู้ส่งออกเครื่องประดับ และบริษัทต่างชาติสามารถนำเข้าวัตถุดิบในการผลิตเครื่องประดับเท่านั้น และต้องส่งออกผลิตภัณฑ์เครื่องประดับที่ผลิตได้ทั้งหมด⁷⁷

2) ปัญหาความไม่แน่นอนอันเกิดจากหน่วยงานท้องถิ่น

ในกรณีที่ต้องมีการขออนุญาตจากคณะกรรมการประชาชน (The Provincial People's Committee) ซึ่งทำหน้าที่บริหารงานภายในท้องถิ่นนั้น ยังไม่มีหลักเกณฑ์การอนุญาตที่ชัดเจนแน่นอน แม้ว่าในมาตรา 33 ของ Law on Investment 2014 จะกำหนดเอกสารที่ผู้ลงทุนต้องยื่นเพื่อการพิจารณาของคณะกรรมการประชาชน แต่ก็มีได้กฎหมายกำหนดในลักษณะที่ว่าหากยื่นเอกสารครบแล้ว ผู้ลงทุนจะได้รับอนุญาตอย่างแน่นอนแต่อย่างใด กฎหมายกำหนดให้ผู้ลงทุนส่งเอกสารตามที่กฎหมายกำหนดไปยังหน่วยงานลงทะเบียนการลงทุน (Investment Registration Agency) และหน่วยงานนี้จะส่งเอกสารนั้นพร้อมทั้งเอกสารแสดงการประเมินในด้านต่างๆ เช่น การประเมินเงื่อนไขการลงทุนตามหลักเกณฑ์เรื่องการลงทุนของชาวต่างชาติ การประเมินความสอดคล้องของการลงทุนกับกลยุทธ์และแผนงานหลัก (Master Plans) ในการพัฒนาภาคส่วนต่างๆ เป็นต้น

⁷⁶ มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาประเทศไทย. รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ “โครงการศึกษาแนวทางการย้ายฐานการผลิตของอุตสาหกรรมที่ใช้แรงงานเข้มข้นไปยังประเทศเพื่อนบ้าน(สิงคโปร์, เกาหลีใต้, เวียดนาม, จีน, ไทย, ฮ่องกง, ไต้หวัน, ญี่ปุ่น, เกาหลีใต้, สิงคโปร์) ระยะที่ 1 (กันยายน 2556) แหล่งที่มา : https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2015/04/OIE_Relocation_1_final.pdf หน้า 149

⁷⁷ สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครโฮจิมินห์ ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน. “รายงานสถานการณ์ อัญมณีและเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.ditp.go.th/contents_attach/140981/140981.pdf [28 มกราคม 2561]

จากนั้นคณะกรรมการประชาชนก็จะได้พิจารณาโดยมีดุลยพินิจในการตัดสินใจอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้ กฎหมายเพียงแค่ว่าหากคณะกรรมการปฏิเสธจะต้องมีการบอกกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องบอกเหตุผลอย่างชัดเจน⁷⁸

3) ปัญหาความไม่แน่นอนเรื่องระยะเวลาดำเนินการ

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดกรอบเวลาในการยื่นขออนุญาตเพื่อการดำเนินกิจการต่างๆ เอาไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินการมักจะใช้ระยะเวลามากกว่าที่กฎหมายกำหนดซึ่งจะส่งผลโดยตรงในการดำเนินกิจการเพราะเป็นการสร้างความไม่แน่นอนในการดำเนินงานต่างๆ อันอาจนำมาซึ่งต้นทุนในการประกอบกิจการที่มากยิ่งขึ้น หรือในบางกรณีอาจทำให้เสื่อมเสียชื่อเสียงหรือความน่าเชื่อถือของบริษัทได้⁷⁹

4) ปัญหาการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

แม้ว่าภาครัฐจะมีการให้หลักประกันความมั่นคงในการลงทุนในด้านทรัพย์สินทางปัญญา⁸⁰

⁷⁸ LAW ON INVESTMENT Law No. 67-2014-QH13 Article 33

2. An investor shall submit the file prescribed in clause 1 of this article to the investment registration agency. The investment registration agency must, within a time-limit of thirty three (35) days from the date of receipt of the investment project file, notify the investor of a result.

3. The investment registration agency shall, within a time-limit of three working days from the date of receipt of the complete investment project file, forward the file to the State agencies relating to the items prescribed in clause 6 of this article to ask for their opinions on appraisal.

6. The investment registration agency shall, within a time-limit of twenty five (25) days from the date of receipt of the investment project file, prepare an appraisal report for submission to the provincial people's committee. The items of the appraisal report shall comprise:

(a) Information about the project including: information about the investor, objectives, scale, location, implementation schedule of the project;

(b) Evaluation of satisfaction of investment conditions in respect of foreign investors (if any);

(c) Evaluation of conformity of the investment project with the general master plan for socioeconomic development, the master plan for development of an industry and zoning for land use; and evaluation of impact and socio-technical efficiency of the project;

(d) Evaluation of investment incentives and conditions for entitlement to investment incentives (if any);

(dd) Evaluation of legal bases for the right of the investor to use the investment site. Where there is a proposal for land allocation, land lease or permission for conversion of the land use purpose, the appraisal of the need for land use, conditions for land allocation, land lease or permission for conversion of the land use purpose shall be conducted in accordance with the law on land;

(e) Evaluation of technology to be used in the investment project in respect of the projects prescribed in article 32.1(b) of this Law.

7. The provincial people's committee shall, within a time-limit of seven working days from the date of receipt of the file and appraisal report, make a decision on the investment policy or, in the case of refusal, notify in writing and specify the reason therefor.

⁷⁹ สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครโฮจิมินห์ ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน. “รายงานสถานการณ์อัญมณีและเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.ditp.go.th/contents_attach/140981/140981.pdf [28 มกราคม 2561]

⁸⁰ เรไร ลำเจียก. “SMEs ไทย : กับโอกาสการลงทุนในกลุ่มประเทศกัมพูชา ลาว เมียนมาร์ และเวียดนาม (CLMV)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://library.senate.go.th/document/Ext4397/4397176_0002.PDF [13 มกราคม 2561]

สถานการณ์และปัญหาของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ:
ศึกษาการลงทุนทางตรงของธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทยในประเทศเวียดนาม

แต่ในความเป็นจริงการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศเวียดนามยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เห็นได้จากกรณีที่มีการลอกเลียนงานเกิดขึ้นอยู่เสมอซึ่งสินค้าและบริการของประเทศไทยถูกละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาจากประเทศเวียดนามเป็นจำนวนมาก เช่น มีการละเมิดเครื่องหมายการค้าของผู้ประกอบการไทยในสินค้าการเบี่ยงเซรามิก COTTO & ELEPHANT DEVICE, ก้อนน้ำ SANWA, กางเกงขั้วในชายเจพอสส์ (ซึ่งถูกผู้นำเข้าในเวียดนามที่เคยเป็นคู่ค้ากันนำไปจดทะเบียนและผลิตจำหน่ายเอง จนผู้ประกอบการไทยต้องทิ้งตลาดไปในที่สุด)⁸¹ และนอกเหนือจากการลอกเลียนงานซึ่งถือเป็นการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาอย่างหนึ่ง ปัญหาด้านการดำเนินการยังเป็นอีกหนึ่งปัญหาของประเทศไทย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบไม่เพียงพอ ทั้งยังขาดประสบการณ์ ส่งผลให้ขั้นตอนในการดำเนินการทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาใช้เวลานาน และเสียค่าใช้จ่ายสูง นอกจากนี้ประเทศไทยยังมีหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญามากมายหลายหน่วยงาน หลายแผนก ซึ่งมีอำนาจหน้าที่แตกต่างกัน ก่อให้เกิดความสับสนในขั้นตอนดำเนินการได้⁸²

5) ปัญหาความไม่พร้อมของโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ

โครงสร้างพื้นฐานและระบบการขนส่งที่ใกล้เคียงกับไทยโดยอยู่ในระดับต่ำกว่าไทยไม่มากนัก⁸³ อย่างไรก็ดี ด้วยภูมิประเทศของเวียดนามมีลักษณะแคบและยาว ประกอบกับสาธารณูปโภคด้านการคมนาคมขนส่ง ยังไม่ได้รับการพัฒนาให้เพียงพอ ส่งผลให้ค่าใช้จ่ายด้านโลจิสติกส์สูง และใช้เวลาในการขนส่งสินค้านาน⁸⁴

6) ปัญหาการแข่งขันกับนักลงทุนประเทศอื่น

เนื่องจากสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามเป็นประเทศที่มีปัจจัยดึงดูดนักลงทุนเป็นอย่างมาก โดยในปี พ.ศ. 2561 มีปริมาณเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่ไหลเข้ามาในประเทศไทยสูงถึง 21.27 พันล้านเหรียญสหรัฐ เพิ่มขึ้นจากปี พ.ศ. 2559 ร้อยละ 42.3⁸⁵ ทำให้หากผู้ประกอบการไทยเข้าไปลงทุนก็จะต้องแข่งขันกับคู่แข่งจากต่างประเทศอื่นๆ เช่นเดียวกันกับในธุรกิจอัญมณีและเครื่องประดับนี้ก็ต้องไปแข่งขันกับผู้ประกอบการจากสหภาพยุโรป อินเดีย ฮองกง สหรัฐอเมริกา เป็นต้น⁸⁶

7) ปัญหาการขาดแคลนแรงงาน

สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามยังขาดแคลนแรงงานที่มีความสามารถการเป็นผู้บริหารระดับกลางที่มีความสามารถในการบริหารงาน ทั้งนี้ ปัจจุบันมีแรงงานในกลุ่มดังกล่าวสามารถตอบสนองความต้องการ

⁸¹ พิระ เจริญพร. “ปัญหาการถูกละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาของสินค้าและบริการส่งออกของประเทศไทย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: file:///C:/Documents%20and%20Settings/User/My%20Documents/Downloads/v3i5_epub_peera_31july09.pdf [8 มิถุนายน 2561]

⁸² ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในอาเซียน สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครโฮจิมินห์. “การปกป้องทรัพย์สินทางปัญญาและการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.ditp.go.th/contents_attach/92785/92785.pdf [8 มิถุนายน 2561]

⁸³ จันทิพย์ บุญประกายแก้ว และคณะ. การออกไปลงทุนในต่างประเทศของไทย: การวิเคราะห์แนวโน้ม ปัจจัยการออกไปลงทุน และผลกระทบที่เกิดขึ้น. (กรุงเทพฯ: บริษัท พัฒนาศิลปพันธ์แอนด์ แพ็ค จำกัด, 2558), หน้า 31.

⁸⁴ ลักษณะชาติ บุญชู. “โอกาสการค้าการลงทุนใน CLMV ภายหลัง AEC ปี 2558,” สุทธิปริทัศน์ ฉบับที่ 92 (ตุลาคม 2558) : 16.

⁸⁵ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ. “แนวโน้มทางการเงินของประเทศเวียดนามในปี 2018” (มกราคม 2561) [ออนไลน์] แหล่งที่มา: http://www.ditp.go.th/contents_attach/212105/212105.pdf [8 พฤษภาคม 2561]

⁸⁶ สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครโฮจิมินห์ ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน. “รายงานสถานการณ์อัญมณีและเครื่องประดับในเวียดนาม” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: www.ditp.go.th/contents_attach/140981/140981.pdf [28 มกราคม 2561]

ของโครงการลงทุนจากต่างประเทศได้เพียง 1 ใน 4 เท่านั้น⁸⁷ ผวนกับหากผู้ประกอบการผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับต้องการแรงงานในการทำงานฝีมือที่ต้องใช้ความประณีตเป็นพิเศษก็อาจประสบปัญหาในการหาแรงงานฝีมือขึ้นสูงดังกล่าว

8) ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน

จากผลการจัดอันดับของหน่วยงาน Transparency International (TI) ซึ่งได้กล่าวไปข้างต้น สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามถูกจัดอันดับให้อยู่ในลำดับที่ 112 จากทั้งหมด 168 ประเทศ โดยมีค่าดัชนีการรับรู้การคอร์รัปชันอยู่ที่ 31⁸⁸ แสดงให้เห็นว่าสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามยังคงมีปัญหาเรื่องการคอร์รัปชันที่น่าเป็นห่วง ทั้งในระดับท้องถิ่นและหน่วยงานกลางของรัฐ ซึ่งจะส่งผลโดยตรงต่อการกิจการที่จำเป็นต้องขออนุญาตเพื่อการดำเนินการหนึ่งๆ อาจทำให้ต้องมีต้นทุนอันเกิดจากการกระทำอันผิดกฎหมาย เช่น การให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน เป็นต้น

อย่างไรก็ดี รัฐบาลของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามก็รับรู้ถึงปัญหาดังกล่าว และได้มีความพยายามในการแก้ไขปัญหานี้ อันเห็นได้ชัดจากการดำเนินการต่างๆ เช่น การจัดตั้งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันส่วนกลาง การประกาศใช้กฎหมายการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันฉบับแก้ไขและการที่รัฐบาลได้อนุมัติผ่านโครงการปฏิบัติการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันและการใช้จ่ายอย่างฟุ่มเฟือย นอกจากนี้หากพิจารณาในทางสถิติของการดำเนินคดีทุจริตในระดับท้องถิ่น ในปี พ.ศ. 2555 ได้มีการดำเนินคดีทุจริตในชั้นศาลกว่า 270 คดี

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สถานการณ์อุตสาหกรรมเครื่องประดับของไทยนั้นมีปัจจัยหลักจากในประเทศและปัจจัยดังจากต่างประเทศที่เป็นสาเหตุให้มีการออกไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศอยู่หลายปัจจัย กล่าวคือ ในกรณีที่ต้องการไปตั้งฐานการผลิตผู้ประกอบการอาจตัดสินใจไปลงทุนทางตรงในต่างประเทศโดยพิจารณาประเทศที่มีทรัพยากรที่ใช้ในการผลิตและค่าแรงต่ำกว่า หรือในกรณีที่ต้องการขยายตลาดก็อาจไปตั้งร้านค้าเครื่องประดับเพื่อขยายตลาดตราสินค้าของตนเองในประเทศที่มีประชากรที่นิยมสินค้าจำพวกเครื่องประดับและมีกำลังซื้อสูง แม้ว่าเวียดนามจะเป็นหนึ่งในตลาดที่น่าสนใจสำหรับธุรกิจผลิตและจำหน่ายเครื่องประดับไทย แต่ก็ยังมีอุปสรรคต่อการลงทุนทางตรงต่อผู้ประกอบการไทยหลายประการที่ควรได้รับการช่วยเหลือสนับสนุนโดยใช้เครื่องมือทางกฎหมาย มาตรการ และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ปัจจัยหนึ่งที่สำคัญซึ่งส่งผลเป็นการแก้ไขปัญหาต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นและมีผลต่อการตัดสินใจของผู้ประกอบการโดยเป็นหนึ่งในแรงผลักดันให้ผู้ประกอบการออกไปลงทุนในต่างประเทศ คือ นโยบายของภาครัฐที่ส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในต่างประเทศ ดังนั้นภาครัฐจึงจำเป็นต้องมีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนการลงทุนในต่างประเทศอย่างเป็นรูปธรรมในหลายด้าน เช่น การสนับสนุนด้านข้อมูล การสนับสนุนด้านการเงิน การสนับสนุนด้านภาษีอากร รวมถึงการจัดตั้งหน่วยงานที่ปรึกษาด้านกฎหมายการค้าและการลงทุนในสถานทูตหรือสถานกงสุลของแต่ละประเทศ

⁸⁷ ลักษณะวดี บุญชู, “โอกาสการค้าการลงทุนใน CLMV ภายหลังจาก AEC ปี 2558,” สุทธิปริทัศน์ ฉบับที่ 92 (ตุลาคม 2558) : 16.

⁸⁸ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “ปัญหาการคอร์รัปชันของกลุ่มประเทศอาเซียน” (ธันวาคม 2559) [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <http://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2559/hi2559-095.pdf> [8 พฤษภาคม 2561]

หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลในประเทศอังกฤษ

Important Legal Principles regarding Trusts for the Purpose of Personal Property Management in England

สุรัชดา รัชชี*

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

surutchada.r@chula.ac.th

บทคัดย่อ

ในวันที่ 10 กรกฎาคม 2561 ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบในหลักการของร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล พ.ศ. ... ซึ่งมีเนื้อหาเพื่อการรองรับการก่อตั้งกองทุนทรัสต์ เพื่อการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล ซึ่งนับเป็นกฎหมายพระราชบัญญัติเกี่ยวกับทรัสต์ ฉบับที่ 2 นับจากการมีผลบังคับใช้ของมาตรา 1686 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติให้การจะก่อตั้งทรัสต์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใดๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดีหรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามมิผลไม่ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น โดยฉบับแรกคือ พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นการนำทรัสต์มาเป็นเครื่องมือเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของการระดมทุนในตลาดทุน ส่วนกองทุนทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลนี้ มีความแตกต่างจากกองทุนทรัสต์เพื่อการลงทุนในหลายประการ โดยได้รับแนวคิดในเรื่องหลักกฎหมายจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศต้นกำเนิดของทรัสต์ ดังนั้น ความเข้าใจในหลักกฎหมายสำคัญเกี่ยวกับทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลในประเทศอังกฤษ จึงมีความสำคัญและน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายในเรื่องนี้ของประเทศไทยในอนาคต

คำสำคัญ: ทรัสต์, ทรัสต์สินส่วนบุคคล, คอมมอนลอว์, ประเทศอังกฤษ

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Abstract

On 10th July, 2018, the cabinet approved a draft bill on trusts for the purpose of private assets management. The bill will be the second piece of legislation on trusts since the coming into force of section 1686 of the Civil and Commercial Code, which negates any legal effect of the establishment of a trust, directly or indirectly, by will or any other juristic act committed during the lifetime of the settlor or after his death, except by a specific law enacted for the purpose of allowing the creation of trusts. The first piece of legislation, the Trust for Transactions in the Capital Market Act B.E. 2550, introduced trusts as an investment tool to increase the efficacy of the fund raising process in the capital market. On the contrary, the remit of the new bill will be the management of private property, and will be different from the Act in various aspects. The content of the bill reflects a legal borrowing of the English trust law concepts. Accordingly, the article aims to discuss and explain fundamental principles of English trust laws relevant to the management of personal property, with the hope that it will be useful for the future development of trust law in Thailand.

Keywords: Trust, Personal Property, Common Law, England

บทนำ

ในวันที่ 10 กรกฎาคม 2561 ที่ผ่านมา ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบในหลักการของร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล พ.ศ. ... ตามที่กระทรวงการคลังเสนอ¹ พระราชบัญญัตินี้มีเนื้อหาเพื่อการรองรับการก่อตั้งกองทุนทรัสต์ซึ่งมีจุดประสงค์เพื่อการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล โดยมุ่งให้การบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งก่อนหน้านี้ ในช่วงเดือนมีนาคม-เมษายน พ.ศ. 2561 กระทรวงการคลังได้จัดให้มีการเปิดรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานภาครัฐและเอกชนรวมทั้งประชาชนทั่วไป ต่อร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เพื่อประกอบการพิจารณา ร่างกฎหมาย

โดยในเอกสารเปิดรับฟังความคิดเห็น ได้ระบุเหตุผลความจำเป็นในการเสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไว้ โดยสรุปได้ว่า เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล มีเพียงทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน ส่งผลให้มีทรัพย์สินในประเทศไทยถูกนำไปบริหารจัดการนอกประเทศ ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัตินี้จึงมีความจำเป็นเพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลอย่างมีประสิทธิภาพ ลดการนำทรัพย์สินออกไปบริหารจัดการนอกประเทศ อันจะส่งผลดีต่อการพัฒนาเศรษฐกิจประเทศ และสอดคล้องกับมาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดให้การจะก่อตั้งทรัสต์ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยทางอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใดๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดีหรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามมิผลไม่ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น²

จากเหตุผลความจำเป็นนี้ จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล ก่อให้เกิดปัญหาการนำทรัพย์สินออกไปบริหารจัดการนอกประเทศ โดยเข้าใจได้ว่าเป็นประเทศหรือเขตการปกครองที่ได้มีการนำกฎหมายทรัสต์ตามแบบอันมีต้นกำเนิดจากประเทศอังกฤษมาใช้ เพื่อการบริหารจัดการทรัพย์สินโดยอาจมุ่งประโยชน์ด้านการบริหารจัดการด้านภาษีด้วย ซึ่งประเทศหรือเขตการปกครองเหล่านี้ มักรู้จักกันในนาม “Tax haven” ซึ่งมีสถาบันด้านการเงินการธนาคารและบริษัทที่ปรึกษากฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านการบริหารจัดการด้านทรัพย์สินและด้านภาษี พร้อมอำนวยความสะดวกแก่เจ้าของทรัพย์สิน ดังนั้น หากประเทศไทยมีการบังคับใช้กฎหมายทรัสต์ในลักษณะดังกล่าว ก็จะช่วยบรรเทาปัญหาทรัพย์สินรั่วไหลออกนอกประเทศและยังส่งผลดีต่อการจัดเก็บภาษีของประเทศอีกด้วย

การนำกฎหมายทรัสต์เพื่อการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลเข้ามาใช้ในประเทศไทยนั้น แม้ว่าจะทำได้โดยการตราพระราชบัญญัติซึ่งมีรายละเอียดกฎเกณฑ์แน่นอนในการก่อตั้ง การบริหารจัดการ และบทบาทหน้าที่ ความรับผิดชอบของทรัสต์ ซึ่งทำให้ลักษณะของทรัสต์ตามกฎหมายไทยนี้มีลักษณะที่เรียกว่า “Civil law trusts” หรือทรัสต์แบบซีวิลลอว์³ แต่ความรู้และความเข้าใจในเรื่องทรัสต์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศ

¹ มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล พ.ศ. ... (วันที่ 10 กรกฎาคม พ.ศ. 2561).

² สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง. เปิดรับฟังความคิดเห็นของร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล พ.ศ. หน้า 1 <<http://www.fpo.go.th/main/Draft-Law/Draft-law-is-in-between-Public-hearing/8208.aspx>> เข้าถึง 24/7/2561.

³ ดู Lusina Ho and Rebecca Lee (eds), *Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) ซึ่งได้พิจารณาประเด็นกฎหมายและพัฒนาการของทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในเอเชีย ได้แก่ จีน ญี่ปุ่น ไต้หวัน และเกาหลีใต้ไว้อย่างละเอียด

อังกฤษ ซึ่งเป็นกฎหมายต้นแบบของกฎหมายทรัสต์ในประเทศคอมมอนลอว์อื่นๆในโลก ก็มีความสำคัญอย่างมาก โดยเฉพาะในอนาคตเมื่ออาจมีความจำเป็นที่จะต้องตีความกฎหมาย หรือพัฒนากฎหมายต่อไป ดังนั้น บทความนี้ จึงมุ่งที่จะให้ความรู้และอธิบายหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลในประเทศ อังกฤษ ซึ่งการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลนี้ ในกรณีส่วนมากรวมทั้งคดีที่ขึ้นสู่ศาลมักจะเกี่ยวข้องกับการจัดการ ทรัพย์สินที่จะตกเป็นกองมรดกในอนาคตด้วย จึงได้นำมาพิจารณาไว้ในบทความนี้

บทความนี้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 5 ส่วน ในส่วนที่ 1 จะกล่าวถึง เอควิตี้ ซึ่งเป็นที่มาของกฎหมายทรัสต์ ส่วนที่ 2 จะพิจารณาถึงกำเนิดที่มาของกฎหมายทรัสต์ของประเทศอังกฤษ ส่วนที่ 3 จะอธิบายเรื่องหลักกฎหมาย พื้นฐานเกี่ยวกับทรัสต์ และส่วนที่ 4 จะมุ่งอธิบายถึงหลักกฎหมายที่สำคัญต่างๆเกี่ยวกับการก่อตั้งทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Expressed trusts) และทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินมรดก ซึ่งทรัสต์ประเภทนี้มีจุดประสงค์และลักษณะ คล้ายกับทรัสต์ตามวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลของประเทศไทย มากที่สุด โดยพิจารณาคำพิพากษาของศาลอังกฤษ (case law) และพระราชบัญญัติ Trustee Act ค.ศ. 2000 ซึ่งได้วางหลักเหล่านี้ไว้ และส่วนที่ 5 จะพิจารณาในภาพรวมถึงความสำคัญของกฎหมายทรัสต์ต่อสังคมอังกฤษ ในปัจจุบัน

1. เอควิตี้: ที่มาของกฎหมายทรัสต์

ในการทำความเข้าใจถึงกฎหมายทรัสต์นั้น มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงเอควิตี้ก่อน แม้จะเพียงสังเขป ด้วยเหตุที่ว่า กฎหมายทรัสต์นั้นมีลักษณะพิเศษคือเป็นกฎหมายที่มีที่มาจากเอควิตี้ (Equity) โดยเฉพาะ ซึ่งต่างจาก กฎหมายประเภทอื่นๆ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับสัญญา หรือละเมิด ซึ่งโดยมากมีที่มาจากกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ดังที่มีคำกล่าวกันโดยทั่วไปว่า ทรัสต์นั้นเป็นสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยเอควิตี้ (Trust is a creature of equity)⁴

1.1 คำนียามของเอควิตี้

คำว่า เอควิตี้ นั้นมีความหมายกว้างขวาง ยากที่จะให้คำจำกัดความสั้นๆ คีตัน (G W Keeton) นักประวัติศาสตร์กฎหมายชื่อดังของอังกฤษ ได้กล่าวไว้ว่า บุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่นักกฎหมาย หรือนักเรียนต่างชาติ ที่สนใจศึกษาคอมมอนลอว์ อาจเข้าใจว่า เอควิตี้ มีความหมายเทียบเคียงได้กับ “Fair Dealing” คือ การกระทำ โดยชอบธรรม ซึ่งมีความหมายพ้องกับความหมายของคำว่า “Justice” หรือความยุติธรรม แต่ในความจริงแล้ว ความหมายของ เอควิตี้ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยุคใหม่ของประเทศอังกฤษ มีความหมายกว้างขวาง ไปกว่านั้น⁵ ซึ่งอาจแบ่งพิจารณาได้เป็นค่านิยมทางโครงสร้างและค่านิยมทางเนื้อหา ได้ดังนี้

หากพิจารณาค่านิยมทางโครงสร้าง ก็อาจกล่าวได้ว่า เอควิตี้ คือระบบของกฎที่มีลักษณะและธรรมชาติ คล้ายกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่มีความเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งในอดีต คือก่อน

⁴ คำกล่าวนี้มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลชานเซอร์ในยุคโบราณ “Trust is a creature of equity, and to be governed by its rules.” North v Way, 1681. 1 Vern. 13. 2 Ch. Ca. 78

⁵ G W Keeton, *An Introduction to Equity* (London: Sir Isaac Pitman&Sons Ltd., 1948) 1-2.

การผ่านพระราชบัญญัติ The Supreme Court of Judicature Acts ปี ค.ศ. 1873 และ 1875 นั้น เอควิตีเป็นระบบของกฎที่บังคับใช้โดยลอร์ดชานเซลเลอร์ (Lord Chancellor) ในศาลชานเซอร์รี่ (The Court of Chancery หรือ the Chancery Court) ซึ่งเป็นศาลพิเศษที่ตั้งอยู่ในกรุงลอนดอนแต่เพียงศาลเดียว แต่เมื่อพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับได้ประกาศใช้ ก็มีผลให้ระบบกฎหมายของเอควิตี และระบบกฎหมายของคอมมอนลอว์รวมกันเป็นระบบเดียวในรูปแบบที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน กล่าวคือไม่มีการแบ่งแยกศาลฝ่ายเอควิตี และศาลฝ่ายคอมมอนลอว์อีกต่อไป ดังที่ศาสตราจารย์เฟรเดอริก วิลเลียม เมทแลนด์ (Frederic William Maitland) ซึ่งได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาแห่งประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศอังกฤษได้อธิบายไว้ว่า

“Equity now is that body of rules administered by our English courts of justice which, were it not for the operation of the Judicature Acts, would be administered only by those courts which would be known as Courts of Equity.”⁶

เอควิตีในปัจจุบัน คือกลุ่มของกฎซึ่งบังคับใช้ในศาลสถิตยุติธรรมของอังกฤษ แต่หากไม่ใช่เพราะการบังคับใช้ The Judicature Acts แล้ว ก็จะเป็นกฎที่บังคับใช้ในศาลที่รู้จักกันในนามศาลเอควิตีเท่านั้น

หากพิจารณาคำนิยามทางเนื้อหา เอควิตีนั้นก็คือ กฎที่ถูกสร้างและพัฒนาขึ้นโดยผู้พิพากษาของศาลชานเซอร์รี่ คือ ลอร์ดชานเซลเลอร์ และมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมในกรณีที่คอมมอนลอว์ไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้นได้ ดังที่ท่านผู้พิพากษา เซอร์ นาธาน ไรท์ (Sir Nathan Wright) ได้กล่าวไว้ในคดี *Lord Dudley v Lady Dudley* ดังนี้

“Equity is no part of the law, but a moral virtue, which qualifies, moderates and reforms the rigour, hardness and edge of the law, and is a universal truth; it does also assist the law where it is defective and weak...and defends the law from crafty evasions, delusions, and new subtleties...Equity therefore does not destroy the law nor create it but assist it.”⁷

เอควิตี นั้นเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย [หมายถึงกฎหมายคอมมอนลอว์ – ผู้เขียน] หากเป็นหลักคุณธรรม ซึ่งมีไว้เพื่อจำกัด บรรเทาและแก้ไข ความเข้มงวดของกฎหมาย เป็นความจริงอันเป็นสากล นอกจากนี้ เอควิตี ยังเข้าไปช่วยเหลือกฎหมาย เมื่อกฎหมายมีข้อผิดพลาด อ่อนด้อยประการใด และเข้าไปปกป้องกฎหมายจากปัญหาใหม่ๆ ดังนั้น เอควิตี จึงไม่ใช่สิ่งที่ทำลายกฎหมายหรือสร้างกฎหมายใหม่ หากเป็นสิ่งที่ช่วยเหลือกฎหมาย

⁶ F W Maitland, *Equity: A Course of Lectures* (A H Chaytor and W J Whittaker (eds.), J Brunyate (rev.)) (Cambridge: Cambridge University Press, 1969) 1.

⁷ (1705) Prec Ch 241.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงคำนิยามของเอควิตีที่ได้อ้างมานี้ จึงอาจสรุปได้ว่า เอควิตีนั้นคือระบบของหลักการกฎหมาย ที่มีลักษณะคล้ายระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่ระบบเอควิตีนั้นแต่เดิมมีความเป็นอยู่อย่างเป็นเอกเทศจากกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะเป็นระบบของกฎหมายที่แต่เดิมใช้ในศาลพิเศษเฉพาะเพียงศาลเดียว คือศาลชานเซอร์ นอกจากนี้ เอควิตียังมีคุณลักษณะเฉพาะอันโดดเด่นและสำคัญ คือ การที่เอควิตีเป็นระบบของกฎหมายที่อาศัยแนวคิดด้านคุณธรรมซึ่งเกี่ยวเนื่องกับหลักเรื่องความยุติธรรม เป็นเครื่องนำทางด้วยเหตุผลเกี่ยวกับคุณลักษณะเฉพาะของเอควิตีเหล่านี้ ส่งผลให้เอควิตี เป็นระบบของหลักการและกฎหมายที่มีความเป็นเอกลักษณ์เป็นของตัวเอง

1.2 ความเป็นมาและพัฒนาการของเอควิตี

ดังที่ได้กล่าวถึงไปแล้วข้างต้นว่า แรกเริ่มนั้น เอควิตีเป็นระบบของกฎหมายซึ่งบังคับใช้โดยศาลชานเซอร์เท่านั้น ซึ่งศาลนี้ได้ตั้งขึ้นเป็นทางการเมื่อปีใดไม่มีหลักฐานปรากฏ เพราะเหตุที่ว่า พัฒนาการของศาลชานเซอร์นี้เป็นไปแบบค่อยเป็นค่อยไปทีละน้อย จากการที่ลอร์ดชานเซลเลอร์ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งราชการที่สำคัญในฐานะเสนาบดีใหญ่ผู้ควบคุมดูแลกิจการราชการทั้งหมด (The Secretary of State for all Departments)⁸ ได้รับหน้าที่ในการพิจารณาข้อพิพาททางกฎหมายต่างๆ ที่ประชาชนถวายฎีการ้องทุกข์ต่อกษัตริย์อังกฤษ และการปฏิบัติหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมของลอร์ดชานเซลเลอร์นั่นเอง ได้พัฒนาขึ้นจนเกิดเป็นศาลชานเซอร์ หากแต่มีหลักฐานว่า ในปี ค.ศ. 1460 นั้น ศาลชานเซอร์ได้กลายมาเป็นศาลที่มีอำนาจเป็นเอกเทศจากศาลอื่นๆ และมีความสำคัญพอกับศาลในระบบคอมมอนลอว์ศาลอื่นที่ตั้งขึ้นมาก่อนเลยทีเดียว⁹

ศาลชานเซอร์ได้กลายมาเป็นศาลที่มีความสำคัญมากขึ้น ด้วยเหตุสำคัญคือ การพิจารณาพิพากษาของศาลในระบบคอมมอนลอว์ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 14-15 นั้น ประสบปัญหาเกี่ยวกับความไม่ยืดหยุ่นของวิธีพิจารณาพิพากษาอรรถคดี เพราะการฟ้องร้องนั้นถูกจำกัดด้วยรูปแบบของเอกสารคำฟ้องที่เรียกว่า writ ซึ่งถ้าหากข้อเท็จจริงของคดีไม่อยู่ในขอบเขตของ writ ประเภทใดเลย จะไม่ได้รับการเยียวยาใดๆ ทั้งสิ้นจากระบบศาลคอมมอนลอว์ จึงก่อให้เกิดความอยุติธรรมและความเดือดร้อนขึ้นในสังคม ดังนั้น ศาลชานเซอร์จึงยื่นมือเข้ามาช่วยโดยการเขียนคำฟ้องแบบใหม่¹⁰ บทบาทของศาลชานเซอร์ จึงเป็นเหมือนที่พึ่งสุดท้ายของประชาชนผู้ได้รับความยุติธรรมจากระบบศาลคอมมอนลอว์

การพัฒนาการทางการศาลดังนี้ เมื่อเวลาผ่านไปก่อให้เกิดระบบกฎหมายที่รู้จักกันในนามว่า เอควิตีขึ้นมาเป็นระบบคู่ขนานกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ และก่อให้เกิดอำนาจศาลใหม่ขึ้น เรียกว่าอำนาจศาลเอควิตี หรือ “The equitable jurisdiction” ขนานกับอำนาจศาลของศาลคอมมอนลอว์ที่มีอยู่เดิม หรือ “The common law jurisdiction” ดังนั้น คำว่า “เอควิตี” จึงกลายมาเป็นคำที่ใช้เรียกระบบของกฎหมายที่ใช้ในศาลชานเซอร์ ซึ่งแตกต่างหากับคำว่า “Law” หรือ “Common Law” ที่ใช้เรียกระบบกฎหมายที่ใช้ในศาลคอมมอนลอว์ (ซึ่งก็คือกฎหมาย) นั่นเอง

⁸ William Stubbs, *The Constitutional History of England* (vol. I, Oxford: The Clarendon Press, 1875) 353.

⁹ J H Baker, *An Introduction to English Legal History* (London: Butterworth, 1971) 40.

¹⁰ S F C Milsom, *Historical Foundations of the Common Law* (London: Butterworths, 1981) 84.

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันไม่มีการแยกศาลเป็นฝ่ายเอควิตีและคอมมอนลอว์ และศาลสถิตยุติธรรมของอังกฤษก็สามารถใช้อำนาจศาลได้ทั้งสองฝ่าย ซึ่งเป็นผลมาจากการควมรวมอำนาจศาลโดยการบังคับใช้พระราชบัญญัติ The Supreme Court of Judicature Acts ปี ค.ศ. 1873 และ 1875

2. กำเนิดกฎหมายทรัสต์

ประวัติความเป็นมาของทรัสต์นั้น นักประวัติศาสตร์กฎหมายของประเทศไทยหลายท่าน ได้อธิบายไปในทางเดียวกันว่า มีรากฐานจากเครื่องมือทางกฎหมายศักดินาโบราณ (Feudal law) ที่เรียกว่า “Use” ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่ไม่สามารถถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ ด้วยเหตุต่างๆ เช่น เป็นผู้เยาว์ อย่างไรก็ดี การใช้เครื่องมืออันนี้เป็นไปอย่างจำกัดและมิได้ครอบคลุมข้อเท็จจริงในทุกกรณี¹¹ ทำให้ขาดประสิทธิภาพในการบริหารจัดการทรัพย์สิน

ปัญหาสำคัญเกิดขึ้นในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 12 ในยุคสงครามครูเสด ซึ่งส่งผลให้กฎหมายทรัสต์กำเนิดขึ้น¹² คือการที่ชายผู้เป็นหัวหน้าครอบครัว และผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่างๆ ของครอบครัวนั้น จะต้องเดินทางไปร่วมรบในสงครามครูเสดในดินแดนตะวันออกกลาง ซึ่งในการเดินทางไปรบนี้ จะต้องใช้เวลาหลายปี จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดการทรัพย์สินในระหว่างที่ตนไม่อยู่ โดยการแต่งตั้งผู้ที่มีความสามารถในการถือครองกรรมสิทธิ์เพื่อให้มีสิทธิในทางกฎหมายคอมมอนลอว์ในการบริหารจัดการทรัพย์สิน ดังนั้น จึงต้องโอนกรรมสิทธิ์ทางกฎหมาย (Legal ownership หรือ Legal title) ให้แก่ผู้จัดการแทนที่นักรบครูเสดไว้เนื้อเชื่อใจแต่งตั้งเอาไว้ หรือที่เรียกว่า ทรัสต์ (Trustee)

แต่ในขณะเดียวกัน นักรบครูเสดนั้นก็ต้องการที่จะมีสิทธิในการได้รับโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินกลับคืนเมื่อตนเองกลับมาจากสงคราม หรือในการที่ทายาทของตนจะได้รับโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินหากตนตายไปในสงคราม ซึ่งหากทรัสต์ เป็นผู้มีคุณธรรม ยอมที่จะโอนทรัพย์สินกลับให้ ก็ถือว่าเป็นโชคดี แต่หากมีคดียพิพาทเพราะทรัสต์ไม่ยอมกระทำเช่นนั้น นักรบครูเสด หรือภรรยาและทายาทนั้น ก็จะมีสิทธิในทางกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ เพราะในสายตาของกฎหมายคอมมอนลอว์นั้น กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่างๆ ถูกโอนไปเป็นของทรัสต์ถูกต้องตามกฎหมายทุกประการ ดังนั้น หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างทรัสต์ ซึ่งกลายมาเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยถูกต้องตามกฎหมายฝ่ายหนึ่ง กับนักรบหรือทายาท ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงอีกฝ่ายหนึ่ง คู่กรณีจึงต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลชานเซอร์ให้ช่วยชำระความยุติธรรมให้เกิดขึ้น เอควิตีจึงเข้ามามีบทบาทในการสร้างและพัฒนากฎหมายทรัสต์ โดยมีแนวคิดที่สำคัญคือการปกป้องสิทธิและประโยชน์ของเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริง แม้ว่าบุคคลผู้นั้นไม่ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินในสายตาของกฎหมาย

¹¹ ดู Milsom (อ้างแล้ว) บทที่ 9 – Uses and Trusts of Land.

¹² ดู Sir Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I* (Cambridge: Cambridge University Press, 1895) 228 และ Alastair Hudson, *Equity and Trusts* (7th edn, London and New York: Routledge, 2013) 45-46.

3. หลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับทรัสต์

3.1 หลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับทรัสต์ในสมัยสงครามครูเสด

เนื่องจากปัญหาและความจำเป็นในเรื่องการจัดการทรัพย์สินดังนี้ ทำให้เคววิตีสร้างกฎเกณฑ์และบทบัญญัติเรื่องทรัสต์ขึ้นมา เพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการทรัพย์สิน โดยศาลฝ่ายเคววิตี ถือว่า นักรบครูเสดหรือเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงนั้น มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทางเคววิตี (Equitable ownership หรือ Equitable title) โดยในอดีตสมัยสงครามครูเสด กรรมสิทธิ์ทางเคววิตีนี้ ก่อให้เกิดสิทธิที่สำคัญคือการเรียกร้องให้ผู้จัดการแทนนั้น โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกลับคืนให้ตนเมื่อกลับมาจากสงคราม ในฐานะเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริง เป็นสิทธิที่บังคับได้ในศาลฝ่ายเคววิตี คือ ศาลชานเซอร์

ดังนั้น สิ่งที่ระบบเคววิตีประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่ คือ แนวคิดการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ออกเป็น 2 ประเภท คือ กรรมสิทธิ์ทางกฎหมาย และกรรมสิทธิ์ทางเคววิตี ซึ่งสามารถมีอยู่ได้ในเวลาเดียวกัน ในทรัพย์สินอย่างเดียวกัน แต่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ทั้งสองนี้เป็นบุคคลคนละคนกัน แต่ละคนมีสิทธิและหน้าที่อันแตกต่างกัน การแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ดังนี้คือต้นกำเนิดและที่มาของกฎหมายทรัสต์ในปัจจุบัน

3.2 หลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับทรัสต์ในปัจจุบัน

ศาสตราจารย์เฟรเดอริก วิลเลียม เมทแลนด์ ได้ยกย่องว่ากฎหมายทรัสต์เป็นแขนงของกฎหมายที่สำคัญที่สุดของระบบเคววิตี และยังเป็นความสำเร็จของนักกฎหมายอังกฤษที่สำคัญและโดดเด่นที่สุดอีกด้วย¹³ ด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายทรัสต์นี้ ได้กลายมาเป็นเครื่องมือซึ่งประสิทธิภาพสูงในการเยียวยาความอยุติธรรมในประเทศอังกฤษมาแต่สมัยโบราณ ซึ่งในเรื่องของความสำเร็จของกฎหมายทรัสต์ต่อระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น ศาสตราจารย์อลิสเตอร์ ฮัดสัน (Alaistair Hudson) ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายเคววิตีและทรัสต์ ได้กล่าวไว้ว่า แนวคิดพื้นฐานของกฎหมายทรัสต์ ซึ่งเป็นแนวคิดเฉพาะของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อันแตกต่างจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้น เป็นเทคนิคพื้นฐานสำคัญที่นักกฎหมายในประเทศคอมมอนลอว์ใช้พิจารณาข้อเท็จจริงและความเป็นไปต่างๆทั้งหมดในโลกแห่งกฎหมาย¹⁴ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ความรู้และความเข้าใจกฎหมายทรัสต์เป็นหนึ่งในหัวใจของการศึกษากฎหมายระบบคอมมอนลอว์เลยทีเดียว

ในเรื่องหลักการและแนวคิดพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายทรัสต์ในปัจจุบันนั้น ก็ยังมีความคล้ายคลึงกับหลักเรื่องทรัสต์ในสมัยโบราณ กล่าวคือ หลักการที่เป็นข้อไขความของกฎหมายทรัสต์ คือการที่ทรัพย์สินที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) โอนเข้ามาไว้ในกองทรัสต์นั้น จะเกิดการแยกกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินสิ่งเดียวกัน ออกเป็นกรรมสิทธิ์ทางกฎหมาย (Legal ownership หรือ Legal title) และกรรมสิทธิ์ทางเคววิตี (Equitable ownership) ซึ่งผู้ถือกรรมสิทธิ์ทางกฎหมายของทรัพย์สินต่างๆ ในกองทรัสต์ คือ ทรัสต์ (Trustee) ซึ่งเป็นผู้มีสิทธิ อำนาจ และหน้าที่ในทางกฎหมาย ส่วนผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทางเคววิตี คือผู้รับผลประโยชน์จากทรัสต์ (Beneficiary) ก็จะมีสิทธิและอำนาจในทางเคววิตี

¹³ Maitland (อ้างแล้ว) 23, 129.

¹⁴ Hudson อ้างแล้ว) 45.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการก่อตั้งทรัสต์นั้นมีความเกี่ยวข้องกับบุคคล 3 กลุ่ม แต่ละกลุ่มมีบทบาทหน้าที่หลักต่างกัน ซึ่งจะขออธิบายโดยสรุปเพื่อความเข้าใจในหลักการแนวคิดพื้นฐานเรื่องทรัสต์ ดังนี้

ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Settlor) คือ ผู้ที่ถือกรรมสิทธิ์อันสมบูรณ์ (Absolute ownership) ในทรัพย์สินที่จะโอนเข้ามาไว้เป็นทรัพย์สินกองทรัสต์ กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ที่ถือกรรมสิทธิ์ทั้งทางกฎหมาย และทางเอควิตี จึงจะก่อตั้งทรัสต์ด้วยทรัพย์สินเหล่านั้นได้ ส่วนสาเหตุที่ต้องการก่อตั้งทรัสต์นั้น มีได้หลายสาเหตุ เช่น ต้องการที่จะให้บุคคลอีกคนหนึ่งหรือกลุ่มหนึ่ง เช่น ทายาทของตนหรือบุคคลในครอบครัว ได้รับผลประโยชน์จากทรัพย์สิน แต่บุคคลนั้นไม่มีความสามารถในทางกฎหมายในการถือกรรมสิทธิ์ เช่น เป็นทารกในครรภ์ หรือบุคคลวิกลจริต ที่ถูกคำสั่งศาลให้อยู่ภายใต้การดูแลของสถานพยาบาลเป็นเวลานานตามกฎหมายสุขภาพจิตของอังกฤษ เป็นต้น หรือเพียงเพราะผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่ต้องการให้ทายาทนั้นมีกรรมสิทธิ์ทางกฎหมาย เช่น อาจเพราะไม่ประสงค์ให้มีสิทธิที่จะขาย หรือใช้ทรัพย์สินให้หมดไปภายในรุ่นลูกเดียวเพราะมีความต้องการที่จะให้ทายาทรุ่นต่อไปมีสิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์จากทรัพย์สินเหล่านั้นด้วย หรือเพียงเพราะไม่แน่ใจว่าบุคคลนั้นจะสามารถบริหารจัดการทรัพย์สินได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังที่มิ้นท์วิชการได้อธิบายไว้ว่า ทรัสต์นั้นก็คือการยกทรัพย์สินให้โดยมีลักษณะให้ต่อเนื่องไปเป็นเวลานาน และระหว่างนั้นก็จะต้องมีการบริหารจัดการทรัพย์สินที่ให้¹⁵ เพื่อที่ทรัพย์สินเหล่านั้นจะได้รับการบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพ ก่อให้เกิดดอกผล และไม่ร่อยหรอไปโดยเร็ว

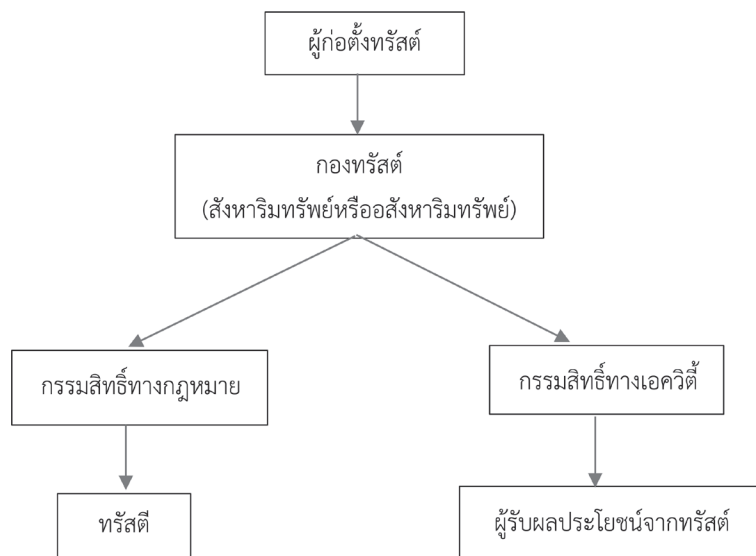
ทรัสต์ (Trustee) คือ ผู้ที่ตกลงรับโอนกรรมสิทธิ์ทางกฎหมายของทรัพย์สินในกองทรัสต์มาเป็นชื่อของตน โดยเข้าใจแต่ต้นว่า เป็นการโอนเพื่อรับหน้าที่ทรัสต์ มิได้โอนให้ในลักษณะให้เปล่า (gift)¹⁶ หน้าที่หลักที่สำคัญ ก็คือการบริหารจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้งทรัสต์ ซึ่งในบริบทของการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลนั้น วัตถุประสงค์มักมุ่งไปเพื่อผลประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์จากทรัสต์ นอกจากนี้ยังมีหน้าที่อื่นอีกมากมายซึ่งอาจแบ่งได้เป็นหน้าที่ทั่วไป หรือ General duties ซึ่งเป็นหน้าที่ที่จำเป็นต้องทำในการบริหารจัดการทรัพย์สิน เช่น หน้าที่ในการทำบัญชี แจกแจงรายรับรายจ่าย ดูแลรักษาซ่อมแซมทรัพย์สิน เป็นต้น และหน้าที่พิเศษ ที่เรียกว่า Fiduciary duties ซึ่งเป็นหน้าที่ที่เหนือไปกว่าหน้าที่ความรับผิดชอบธรรมดาของผู้จัดการทรัพย์สินทั่วไป เพราะแนวคิดที่ว่าทรัสต์นั้นเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจจากผู้ก่อตั้งทรัสต์ ให้เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ทางกฎหมายในทรัพย์สินและเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการ ดังนั้นจึงต้องกระทำการต่างๆ ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อผลประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์ และไม่ใช้เพื่อผลประโยชน์ของตนเองและพวกพ้อง หน้าที่ Fiduciary duties นี้ ผู้เขียนเคยได้ยินท่านศาสตราจารย์ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล อธิบายว่าเป็น “หน้าที่สุจริตอย่างยิ่ง” ซึ่งเป็นคำแปลที่อธิบายหัวใจของ Fiduciary duties ได้เหมาะสมเป็นอย่างมาก และเนื่องด้วยเหตุที่ว่าทรัสต์มีหน้าที่ดังนี้ หากไม่ทำตามหน้าที่ก็อาจเกิดความรับผิด (Liability) ขึ้นได้ด้วย

¹⁵ “A trust can be seen as a gift projected on the plane of time and, meanwhile, in need of management.” F H Lawson and B Rudden, *The Law of Property* (London: Clarendon Press, 1982) 55.

¹⁶ ถ้าหากรับมาโดยเข้าใจผิดว่าเป็นการให้เปล่า เพราะความผิดของผู้ก่อตั้งที่ไม่ระบุความต้องการให้ชัดเจน ก็อาจถือว่าการตั้งทรัสต์นั้นสูญเปล่า เพราะขัดกับหลักความแน่นอนในเจตนาก่อตั้งทรัสต์ (Certainty of intention) ซึ่งเป็นหนึ่งในหลัก 3 ประการของการก่อตั้งทรัสต์แบบชัดแจ้ง (Expressed Trusts) ดังที่ได้อ้างไว้ในคดี *Knight v Knight* (1804) 3 Beav 148.

ผู้รับผลประโยชน์ (Beneficiary) จากกองทรัสต์ จะเป็นบุคคลเดียวหรือกลุ่มบุคคลก็ได้ และแม้มิได้เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในสายตาของกฎหมาย แต่เป็นผู้ที่มีสิทธิได้รับผลประโยชน์ต่างๆที่เกิดขึ้นจากการบริหารจัดการทรัพย์สินโดยทรัสต์ เช่น ดอกผลหรือรายได้ที่ออกมายื่น รวมถึงการใช้สอยทรัพย์สินในกองทรัสต์ เพื่อตนเอง และมีสิทธิในทางเอควิตีเช่นการฟ้องบังคับให้ทรัสต์กระทำการตามวัตถุประสงค์ของทรัสต์ เป็นต้น

ดังนั้น โครงสร้างอย่างง่ายของทรัสต์ สามารถอธิบายได้โดยแผนภาพดังนี้



4. หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลและทรัสต์มรดกในประเทศอังกฤษ

การก่อตั้งทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลในประเทศอังกฤษโดยการก่อตั้งทรัสต์แบบชัดแจ้ง (Expressed trusts) นั้น มักจะเกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินที่จะตกเป็นกองมรดกในอนาคต โดยจะเห็นได้จากคำพิพากษาสำคัญซึ่งวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับทรัสต์แบบชัดแจ้ง มักมีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับการตั้งทรัสต์เพื่อจัดการทรัสต์มรดกทั้งสิ้น ดังที่จะพิจารณาต่อไปในข้อ 4.1 เกี่ยวกับเรื่องหลักความแน่นอน 3 ประการ

การตั้งทรัสต์เพื่อจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลที่เจ้าของทรัสต์ตั้งใจจะให้ตกทอดเป็นทรัสต์มรดกนั้น อาจทำได้ 2 วิธี คือ การตั้งทรัสต์เมื่อผู้ก่อตั้งยังมีชีวิตอยู่ (Lifetime trusts หรือ Inter vivos trusts) และการตั้งทรัสต์โดยพินัยกรรม (Testamentary trusts) โดยทั้งสองวิธีนี้ถือเป็นการก่อตั้งทรัสต์แบบชัดแจ้ง ซึ่งทรัสต์ประเภทนี้มีจุดประสงค์และลักษณะคล้ายกับทรัสต์ตามวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลของประเทศไทยมากที่สุด ดังนั้น บทความนี้จะไม่พิจารณาถึงทรัสต์แบบโดยนัย (Implied trusts) ประเภท Constructive trusts หรือ Resulting trusts ซึ่งอาจมีผลต่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลหรือทรัสต์

มรดก เพราะทรัสต์แบบโดยนัยนี้เกิดขึ้นจากผลของกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาล โดยที่เจ้าของทรัพย์สินหรือเจ้ามรดกนั้นมิได้เจตนาให้มีขึ้น

ในการพิจารณาหลักกฎหมายของประเทศไทยที่สำคัญเกี่ยวกับทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนตัว และทรัสต์มรดกนี้ ในขั้นแรกจะต้องพิจารณากฎหมายพื้นฐานของการก่อตั้งทรัสต์แบบชัดแจ้งเสียก่อน แล้วจึงพิจารณาวิธีการตั้งทรัสต์ทั้ง 2 วิธี จากนั้นจึงพิจารณา Trustee Act ค.ศ. 2000 ของประเทศไทย ซึ่งได้บัญญัติหลักกฎหมายที่สำคัญในเรื่องอำนาจและหน้าที่ของทรัสต์ โดยความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลโดยใช้ทรัสต์ในประเทศไทยนี้อาจเป็นประโยชน์ไม่มากนักต่อการพัฒนากฎหมายไทยต่อไปในอนาคต

4.1 หลักความแน่นอน 3 ประการ (The three certainties)

ในการก่อตั้งทรัสต์แบบชัดแจ้ง (Expressed trusts) นั้นจะต้องเป็นไปตามหลักความแน่นอน 3 ประการที่ท่านผู้พิพากษา Lord Landale MR ได้วางหลักไว้ในคดี *Knight v Knight*¹⁷ ดังนี้คือ

i.) หลักความแน่นอนในเจตนาก่อตั้งทรัสต์ (Certainty of intention) กล่าวคือ ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องแสดงเจตนาให้เข้าใจได้ชัดเจนว่าการโอนทรัพย์สินมาเป็นชื่อของทรัสต์นั้น เป็นการโอนเพื่อก่อตั้งทรัสต์ ไม่ใช่เป็นการให้เปล่าแก่ทรัสต์ หลักการนี้มีขึ้นเพื่อปกป้องผู้รับโอนทรัพย์สิน ไม่ให้รับมาด้วยความเข้าใจผิดว่าเป็นการให้เปล่า แต่เป็นการตั้งผู้รับเป็นทรัสต์ เพราะการรับเป็นทรัสต์นั้น มีหน้าที่ความรับผิดชอบมากมาย รวมทั้งมีความรับผิดชอบทางกฎหมายด้วย จึงเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องมีความแน่นอนในเจตนา ว่าเจ้าของทรัพย์สินนั้นต้องการก่อตั้งทรัสต์อย่างแน่แท้

ดังนั้น หากเจ้าของทรัพย์สินใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน ศาลอาจตัดสินว่าไม่มีการก่อตั้งทรัสต์ขึ้น เช่น ในคดี *Re Diggles*¹⁸ ผู้ตายได้ระบุไว้ในพินัยกรรมว่า บารณา (“desire”) ที่จะให้บุตรสาวซึ่งได้รับทรัพย์สินมรดกนั้น จ่ายเงินปีแก่ญาติคนหนึ่งทุกปี ซึ่งบุตรสาวได้ทำตามความปรารถนานั้นเป็นระยะเวลาหนึ่งแต่ได้หยุดจ่ายเงินปีไป ญาติผู้นั้นจึงนำคดีขึ้นสู่ศาล ฟ้องว่าพินัยกรรมนั้นได้ก่อตั้งทรัสต์ขึ้น โดยบุตรสาวเป็นทรัสต์ และตนเป็นผู้รับผลประโยชน์ แต่ศาลตัดสินว่า ไม่มีทรัสต์เกิดขึ้นเพราะคำว่า บารณา หรือ “desire” นั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นคำสั่ง แต่เป็นเพียงคำขอร้อง ซึ่งบุตรสาวจะตัดสินใจทำตามที่มาตราขอร้องหรือไม่ก็ได้ สุดแต่คุณธรรมในใจบุตรสาว ดังนั้น ถ้อยคำในพินัยกรรมนี้ขาดความแน่นอนในเจตนาก่อตั้งทรัสต์ จึงไม่มีทรัสต์เกิดขึ้น

นอกจากนี้ ถ้อยคำอื่นๆที่ศาลได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า ไม่ก่อให้เกิดทรัสต์เพราะขาดความแน่นอนในเจตนาก่อตั้งทรัสต์ ได้แก่ คำที่มีลักษณะเป็นคำขอร้องต่างๆ ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม เช่น “ข้าพเจ้ายกทรัพย์สินทั้งหมดให้แก่ภรรยา โดยเชื่อมั่นว่าเธอจะจัดการทรัพย์สินได้อย่างถูกต้องเหมาะสมระหว่างบุตรของข้าพเจ้า”¹⁹ ซึ่งมีลักษณะเป็นการขอร้องโดยอ้อมต่อภรรยาว่าให้จัดการแบ่งทรัพย์สินแก่บุตร หรือในอีกคดีหนึ่ง ถ้อยคำของ

¹⁷ (1804) 3 Beav 148.

¹⁸ (1888) 39 Ch D 253.

¹⁹ *Re Adams and the Kensington Vestry* (1884) 27 Ch D 394.

ผู้ตายที่ขอให้กรรยาจัดการทรัพย์สินในทางที่เธอเห็นว่าเหมาะสมเพื่อประโยชน์ของกรรยาและบุตร²⁰ ก็ขาดความแน่นอนเช่นกัน

ii.) หลักความแน่นอนในทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์ (Certainty of Subject Matter) หลักการทั่วไปนั้นคือ ทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์ ต้องเป็นทรัพย์สินที่สามารถบ่งชี้ได้ว่าเป็นทรัพย์สินสิ่งใดกันแน่ ซึ่งความแน่นอนในทรัพย์สินนี้ จะเป็นปัญหาในกรณีที่มีการตั้งทรัสต์โดยพินัยกรรมเพราะถ้าถ้อยคำในพินัยกรรมขาดความชัดเจนแล้ว ก็ไม่สามารถไปสอบถามผู้ก่อตั้งให้กระจ่างได้ ดังนั้น หากถ้อยคำในพินัยกรรมขาดความแน่นอนในทรัพย์สินที่จะตกมาเป็นกองทรัสต์ ศาลอาจตัดสินว่าไม่มีการก่อตั้งทรัสต์ขึ้น เพราะหากไม่สามารถระบุได้ว่าทรัพย์สินใดบ้างจะตกเป็นกองทรัสต์ การจะตั้งทรัสต์นั้นก็เป็นการพ้นวิสัยไม่อาจทำได้

ถ้อยคำที่ถือว่าขาดความแน่นอนของทรัพย์สิน เช่น “ทรัพย์สินส่วนใหญ่ของข้าพเจ้า”²¹ หรือ “รล 3 คันจากรถแข่งโบราณที่ข้าพเจ้าสะสม”²² อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในกรณีของเงินและหุ้น ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินที่มีคุณสมบัติเหมือนกัน (homogeneous mass) เพียงระบุจำนวนหรือเปอร์เซ็นต์ที่ต้องการให้เป็นกองทรัสต์ก็ถือว่ามีความแน่นอนแล้ว หากว่าสามารถคำนวณตัวเงินหรือจำนวนหุ้นออกมาเป็นตัวเลขที่แน่นอนได้ เช่น “หุ้น 5% ของหุ้นของข้าพเจ้าในบริษัท...”²³

iii.) หลักความแน่นอนในการมีผู้รับผลประโยชน์ (Certainty of Object) หลักการทั่วไปนั้น คือ การก่อตั้งทรัสต์จำเป็นจะต้องมีผู้รับผลประโยชน์ที่ระบุตัวได้ชัดเจน ซึ่งโดยทั่วไปนั้น หากเป็นการระบุชื่อก็จะถือว่ามีความแน่นอนและชัดเจนแล้ว หากแต่ปัญหาเรื่องความแน่นอนนั้นอาจเกิดได้เมื่อผู้ก่อตั้งทรัสต์ ระบุผู้รับผลประโยชน์เป็นกลุ่มบุคคล ซึ่งหากไม่สามารถระบุได้แน่นอนว่ามีใครบ้างก็อาจส่งผลกระทบต่อการแบ่งผลประโยชน์จากกองทรัสต์ และศาลอาจตัดสินว่าไม่มีทรัสต์เกิดขึ้นเพราะขาดความแน่นอนในการมีผู้รับผลประโยชน์ได้ ซึ่งจะต่างจากการตั้งทรัสต์แบบการกุศล (Charitable trusts) ที่สามารถระบุผู้รับผลประโยชน์เป็นกลุ่มบุคคลโดยรวมได้

ถ้อยคำที่ถือว่าขาดความแน่นอนในการมีผู้รับผลประโยชน์เช่น ผู้ตายเขียนในพินัยกรรมว่า ให้แบ่งผลประโยชน์จากกองทรัสต์แก่ “ลูกจ้างปัจจุบัน อดีตลูกจ้าง และญาติของบุคคลเหล่านี้ทั้งหมด เป็นส่วนเท่าๆกัน”²⁴ ซึ่งศาลตัดสินว่าไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นใครบ้าง จำนวนกี่คน จึงไม่สามารถแบ่งผลประโยชน์ออกเป็นส่วนเท่าๆกันได้ ทรัสต์จึงตกไปเพราะขาดความแน่นอนในการมีผู้รับผลประโยชน์

4.2 ความแตกต่างระหว่างการตั้งทรัสต์เมื่อผู้ก่อตั้งยังมีชีวิตอยู่ (Lifetime trusts หรือ Inter vivos trusts) และการตั้งทรัสต์โดยพินัยกรรม (Testamentary trusts)

การตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนตัวที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ตั้งใจจะให้ตกเป็นทรัพย์สินมรดกนั้นสามารถทำได้ในขณะที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ยังมีชีวิตอยู่ หรือโดยผลของพินัยกรรมก็ได้ ซึ่งมีหลักทั่วไปสรุปได้ดังนี้

²⁰ *Lambe v Eames* (1871) L R 6 Ch 597.

²¹ *Palmer v Simmonds* (1854) 2 Drew. 221.

²² *Re Goldcorp* [1995] 1 AC 74.

²³ *Hunter v Moss* (1994) 1 WLR 452.

²⁴ *McPhail v Doulton* [1971] AC 424.

i.) การตั้งทรัสต์เมื่อผู้ก่อตั้งยังมีชีวิตอยู่ (Lifetime trusts หรือ inter vivos trusts) นั้น ในการโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินที่เป็นกองทรัสต์ให้แก่ทรัสต์ จะต้องทำตามข้อบังคับต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินประเภทต่างๆ ซึ่งคำพิพากษาได้วางหลักไว้ หรือได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ที่สำคัญคือ The Law of Property Act 1925 และ The Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 ซึ่งหากการโอนกรรมสิทธิ์นั้นผิดวิธี ผิดแบบ หรือโอนไม่สำเร็จไม่มีผลทางกฎหมาย การก่อตั้งทรัสต์ก็ไม่สามารถเกิดขึ้นได้

ในกรณีของสังหาริมทรัพย์ เช่น ทรัพย์สินส่วนตัวของผู้ก่อตั้งทรัสต์นั้น มีหลักโดยทั่วไปว่าไม่มีข้อบังคับเรื่องแบบ (formality) เป็นพิเศษเหนือกว่าการโอนกรรมสิทธิ์ทั่วไป²⁵ เพียงแต่ว่ากรรมสิทธิ์ในทางกฎหมายต้องโอนไปสู่ทรัสต์อย่างสมบูรณ์และถูกต้อง ดังนั้น หากมีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ก็ต้องปฏิบัติตามด้วย เช่น ในการโอนหุ้นจะต้องมีการจดทะเบียนผู้ถือหุ้นคนใหม่ เป็นต้น

ในกรณีของสังหาริมทรัพย์นั้น มีความยุ่งยากซับซ้อนกว่ามาก เพราะในประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติหลายประการเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินอย่างถูกต้องสมบูรณ์ และหากการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ไม่สมบูรณ์แต่เริ่ม ผลที่จะตามมาก็ซับซ้อนเช่นกัน เพราะอาจมีข้อต่อสู้ว่า แม้ทรัสต์แบบชัดแจ้ง (Expressed trusts) จะไม่เกิดขึ้น แต่ทรัสต์แบบโดยนัย (Implied trusts) อาจเกิดขึ้นได้²⁶ ซึ่งในที่นี้ จะพิจารณาแต่หลักกฎหมายที่เป็นข้อใหญ่ใจความ กล่าวคือ การก่อตั้งทรัสต์ที่มีกองทรัสต์เป็นสังหาริมทรัพย์ จะต้องทำตามแบบในมาตรา 53(1)(b) ของ The Law of Property Act 1925 กล่าวคือจะต้องทำเป็นหนังสือลงชื่อผู้มีสิทธิก่อตั้งทรัสต์²⁷ แต่โดยทั่วไปนั้น ทัศนคติความมักแนะนำให้ทำเป็นลักษณะหนังสือตราสารที่เรียกว่า “Deed” เพื่อให้เป็นไปตามมาตรา 52(1) ด้วย ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่าการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินใดๆ ในสังหาริมทรัพย์นั้น อันมีวัตถุประสงค์เพื่อโอนสิทธิ์หรือก่อให้เกิดสิทธิทางกฎหมาย หากมีทำโดยหนังสือตราสารจะตกเป็นโมฆะ²⁸

นอกจากนี้ ยังมีหลักกฎหมายที่คำพิพากษาคิดต่างๆ ได้วางหลักไว้เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ เช่น ผู้ก่อตั้งทรัสต์จะต้องมีกรรมสิทธิ์สมบูรณ์ในสังหาริมทรัพย์ที่เป็นกองทรัสต์ในขณะโอนไปให้ทรัสต์ ซึ่งหากกรรมสิทธิ์นั้นยังไม่เกิดขึ้น (แม้ว่าจะมีความแน่นอนว่าจะเกิดขึ้นภายหลัง) ก็ไม่สามารถก่อตั้งทรัสต์ได้สำเร็จ²⁹ เป็นต้น นอกจากนี้แล้ว บทบัญญัติแห่งเอควิตี้ (Maxim of equity) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปก็อาจเกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเพื่อก่อตั้งทรัสต์ด้วย เช่น บทบัญญัติที่ว่า เอควิตี้จะไม่ยอมให้บุคคลใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของกลฉ้อฉล (Equity will not allow a statute to be used as an instrument of fraud) ส่งผลให้การโอนกรรมสิทธิ์ของสังหาริมทรัพย์ที่ถูกต้องตามแบบ แต่เป็นไปเพื่อกลฉ้อฉลนั้นตกไป

²⁵ *M’Fadden v Jenkyns* (1842) 12 LJ Ch 146.

²⁶ เช่นในคดี *Yaxley v Gotts* [2000] Ch 162.

²⁷ “A declaration of trust respecting any land or any interest therein must be manifested and proved by some writing signed by some person who is able to declare such trust or by his will.”

²⁸ “All conveyances of land or of any interest therein are void for the purpose of conveyancing or creating a legal estate unless made by deed.”

²⁹ *Re Brooks’ ST* [1939] 1 Ch 993.

ไม่สามารถก่อตั้งทรัสต์ได้³⁰

ii.) การก่อตั้งทรัสต์โดยพินัยกรรม (Testamentary trusts) หลักโดยทั่วไปหลักแรกที่ต้องพิจารณา คือ การทำพินัยกรรมนั้นต้องเป็นไปโดยถูกต้องตามบทบัญญัติของ The Wills Act 1837 และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง เพื่อที่ว่าพินัยกรรมนั้นจะมีผลตามกฎหมายสามารถบังคับได้

ข้อพิจารณาต่อไปคือ การตั้งทรัสต์โดยพินัยกรรมนั้น ต้องมีความชัดเจนตามหลักความแน่นอน 3 ประการที่พิจารณาไปข้างต้น ข้อนี้มีความสำคัญมาก เพราะเมื่อเจ้ามรดกเสียชีวิตไปแล้ว ศาลก็จำเป็นต้องพิจารณาตามถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในพินัยกรรมเท่านั้น หากถ้อยคำขาดความชัดเจนแม้เพียงเล็กน้อยก็อาจส่งผลต่อการก่อตั้งทรัสต์ได้

นอกจากนี้ การก่อตั้งทรัสต์โดยพินัยกรรมนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้ามรดกก่อนที่ตาย เจ้ามรดกจึงมีสิทธิเขียนพินัยกรรมให้ทรัพย์สินนั้นเป็นกองทรัสต์ได้ แต่หากทรัพย์สินนั้นเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นภายหลังตายและผู้มีสิทธิได้รับคือทายาทหรือผู้ที่ผู้ตายได้แต่งตั้งไว้ หรือที่เรียกว่า “death benefits” ก็ไม่สามารถตกเป็นกองทรัสต์ได้³¹ ความพยายามของเจ้ามรดกที่จะตั้งทรัสต์โดยพินัยกรรมโดยมีกองทรัสต์เป็นทรัพย์สินประเภทนี้ก็จะไม่เกิดผล

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการก่อตั้งทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนตัวอันเจ้ามรดกตั้งใจให้ตกเป็นทรัพย์สินมรดกนั้น มีข้อกฎหมายที่จะต้องพิจารณาหลายประการ อย่างไรก็ตาม ทรัสต์เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งในประเทศอังกฤษเพื่อจุดประสงค์ในการบริหารจัดการทรัพย์สินมรดกให้เป็นไปตามความประสงค์ของเจ้ามรดก ซึ่งอาจไม่ต้องการยกทรัพย์สินสมบัติให้เป็นสิทธิขาดแก่ทายาท แต่ต้องการให้ทายาทนั้นมีสิทธิได้รับผลประโยชน์หรือได้ใช้สอยทรัพย์สินได้เป็นเวลานาน โดยไม่ต้องกังวลว่าทรัพย์สินนั้นจะถูกใช้สอยอย่างสุรุ่ยสุร่ายหมดไปอย่างรวดเร็ว หรือในข้อที่ว่าทรัพย์สินนั้นจะถูกบังคับชำระหนี้โดยเจ้าหนี้ของทายาทได้ หรืออาจต้องการให้มีทรัสต์ซึ่งเป็นผู้บริหารจัดการทรัพย์สินมีอาชีพเข้ามาบริหารจัดการทรัพย์สินแทนทายาทที่อาจไม่มีความรู้ความชำนาญเพียงพอ เป็นต้น

4.3 พระราชบัญญัติ Trustee Act ค.ศ. 2000

กฎหมายพระราชบัญญัติ Trustee Act ค.ศ. 2000 นี้ โดยทั่วไปถือเป็นกฎหมายพระราชบัญญัติฉบับที่สำคัญที่สุดฉบับหนึ่งเกี่ยวกับทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคล³² ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของทรัสต์ พระราชบัญญัติฉบับนี้บังคับใช้นับแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2001

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีที่มาจากรายงานของ Law Commission ของประเทศอังกฤษ³³ ซึ่งศึกษาเรื่องการบริหารทรัพย์สินในกองทรัสต์ของทรัสต์ และได้เสนอข้อแนะนำต่อรัฐบาลอังกฤษกับการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลที่สำคัญคือ ควรมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ทรัสต์มีอำนาจที่กว้างขวางขึ้นในการนำทรัพย์สิน

³⁰ *Bannister v Bannister* [1948] 2 All ER 133, 136.

³¹ *Baird v Baird* [1990] 2 AC 548.

³² กฎหมายพระราชบัญญัติฉบับอื่นที่มีความเกี่ยวข้องในเรื่องนี้ เช่น Trustee Act 1925, Trustee Investment Act 1961 เป็นต้น

³³ The Law Commission and the Scottish Law Commission, *Trustees' Powers and Duties* (1999, Law Com No 260).

ในกองทรัสต์ออกมาลงทุนเพื่อประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์ แต่ในขณะเดียวกัน ก็ควรจะมีวิธีการป้องกันมิให้ ทรัสต์ใช้อำนาจไปในทางที่ไม่เหมาะสม จากที่มาดังนี้ พระราชบัญญัติ Trustee Act ค.ศ. 2000 จึงครอบคลุม ประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญ 5 ประการ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลในกองทรัสต์ ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยจะขอล่าวสรุปใจความสำคัญของกฎหมายฉบับนี้โดยย่อเพื่อความเข้าใจในภาพรวม ดังนี้

i.) หน้าที่ใช้ความระมัดระวังตามกฎหมาย (Statutory duty of care) ทรัสต์มีหน้าที่ตามมาตรา 1 ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังและทักษะที่เหมาะสม (reasonable care and skill) ในการปฏิบัติภารกิจหน้าที่ต่างๆ ของตน ซึ่งระดับของความระมัดระวังนี้ จะต้องพิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อม รวมทั้งความรู้หรือประสบการณ์ ของทรัสต์³⁴ และหากบุคคลรับหน้าที่เป็นทรัสต์ โดยหน้าที่นั้นเป็นส่วนหนึ่งของธุรกิจหรืออาชีพของตน ทรัสต์ ผู้นั้นจะต้องมีระดับของความระมัดระวังที่สูงขึ้นตามความเชี่ยวชาญพิเศษอันบุคคลในธุรกิจหรืออาชีพนั้นจะมี³⁵

ii.) อำนาจของทรัสต์ในการนำทรัพย์สินในกองทรัสต์ออกลงทุน (Trustees' power of investment) พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ขยายขอบเขตอำนาจของทรัสต์ในการบริหารจัดการทรัพย์สินให้กว้างขวางขึ้น โดยการใช้ ถ้อยคำที่ว่า ทรัสต์สามารถนำทรัพย์สินออกลงทุนโดยประการใดก็ได้ ถ้าหากว่าการลงทุนนั้นเป็นการลงทุนที่ผู้มี กรรมสิทธิ์เด็ดขาดในทรัพย์สินอาจสามารถทำได้³⁶ ซึ่งอำนาจดังนี้เรียกว่า อำนาจในการลงทุนโดยทั่วไป (The general power of investment)³⁷ ดังนั้น หากตราสารก่อตั้งทรัสต์ หรือพินัยกรรมอันก่อตั้งทรัสต์มิได้ระบุเป็นอย่างอื่น ทรัสต์ก็จะมีอำนาจในการลงทุนโดยกว้างขวางดังนี้ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม อำนาจของทรัสต์ประการนี้ถูกจำกัด โดยวิธีการป้องกันหลายประการ เช่น ในการใช้อำนาจลงทุนนั้น ทรัสต์ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ในการเลือกลงทุน³⁸ และจะต้องแสดงให้เห็นว่าทรัสต์ได้รับคำแนะนำจากผู้มีความเชี่ยวชาญในการลงทุนประการนั้นๆ ก่อนที่จะตัดสินใจ ลงทุน³⁹ เป็นต้น

iii.) อำนาจของทรัสต์ในการนำทรัพย์สินในกองทรัสต์ออกใช้เพื่อซื้ออสังหาริมทรัพย์ (Trustees' power to acquire land) ข้อใหญ่ใจความของอำนาจประการนี้ คือการให้อำนาจทรัสต์ในการใช้ทรัพย์สิน ในกองทรัสต์เพื่อซื้ออสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุน เพื่อประโยชน์ต่อผู้รับประโยชน์ หรือเพื่อจุดประสงค์อื่นใด⁴⁰ แต่ได้บัญญัติข้อจำกัดไว้ว่าจะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหราชอาณาจักรเท่านั้น⁴¹

iv.) อำนาจของทรัสต์ในการใช้และแต่งตั้งตัวแทน ผู้พิทักษ์ และผู้ได้รับแต่งตั้งเพื่อการต่างๆ (Trustees' power to use and appoint agents, custodians and nominees) เป็นบทบัญญัติซึ่งวางกรอบการใช้อำนาจ ของทรัสต์ในการมอบอำนาจแก่ตัวแทนเพื่อการต่างๆ รวมทั้งวิธีและแบบของเอกสารมอบอำนาจตามกฎหมาย

³⁴ มาตรา 1(1)(a)

³⁵ มาตรา 1(1)(b)

³⁶ มาตรา 3(1)

³⁷ มาตรา 3(2)

³⁸ มาตรา 4

³⁹ มาตรา 5

⁴⁰ มาตรา 8(1)

⁴¹ มาตรา 8(2)

โดยเป็นการบัญญัติเรื่องการมอบอำนาจแบบกลุ่มของทรัสต์ทุกคน (Collective delegation) เพราะในเรื่องเกี่ยวกับการมอบอำนาจของทรัสต์เป็นรายบุคคล (Individual delegation) นั้น มีกฎหมายรองรับอยู่แล้วคือ พระราชบัญญัติ Trustee Delegation Act ค.ศ.1999

v.) ค่าตอบแทนของทรัสต์และตัวแทน (Remuneration of trustees and agents) โดยข้อไขเหตุใจความคือ ทรัสต์อาจได้รับค่าตอบแทนในระดับที่สมเหตุสมผล (Reasonable remuneration) โดยจ่ายออกจากกองทรัสต์⁴²

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นในข้อ 4 นี้ ไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาของศาลก็ดี หลักเอควิตีก็ดี หรือกฎหมายพระราชบัญญัติก็ดี จะเห็นได้ว่า ทรัสต์เป็นเครื่องมือทางกฎหมายประการสำคัญและได้รับความนิยมน้อยแพร่หลาย ในการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลของประชาชนในประเทศอังกฤษ เพราะเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สามารถใช้ได้ง่าย ดังที่จะเห็นได้จากการที่บุคคลธรรมดาสามารถก่อตั้งทรัสต์ขึ้นได้โดยสมบูรณ์ด้วยเพียงถ้อยคำในพินัยกรรม อย่างไรก็ตาม ในการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลนั้น ก็ยังมีเครื่องมือทางกฎหมายและเครื่องมือทางการเงินอื่นๆ อีกหลายประการ ที่บุคคลอาจเลือกใช้เพื่อการจัดการทรัพย์สินของตนแทนการใช้ทรัสต์ โดยวิธีที่ได้รับความนิยมในประเทศอังกฤษนอกจากการใช้ทรัสต์ เช่น การโอนทรัพย์สินให้ผู้อื่นแบบให้เปล่า (gift) การจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยมีผู้ถือหุ้นคือตนเองหรือบุคคลในครอบครัวและแต่งตั้งผู้จัดการที่เป็นผู้บริหารทรัพย์สินมีอาชีพ หรือการนำทรัพย์สินไปลงทุนในตลาดหุ้น หรือกองทุนบำเหน็จบำนาญ (pension fund) เป็นต้น

5. บทบาทหน้าที่และความสำคัญของกฎหมายทรัสต์ในปัจจุบัน

ในปัจจุบันกฎหมายทรัสต์ได้ถูกนำไปใช้อย่างกว้างขวางในประเทศอังกฤษ ทั้งโดยประชาชนทั่วไป และโดยองค์กรทางธุรกิจต่างๆ รวมถึงเป็นเครื่องมือในการลงทุนที่สำคัญของตลาดทุนในประเทศอังกฤษ และในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ประเทศอื่นๆ โดยพิจารณาการใช้งานของกฎหมายทรัสต์ในปัจจุบันในบริบทต่างๆ ได้ดังนี้

i.) บริบทของการจัดการทรัพย์สินในครอบครัว ซึ่งได้พิจารณาไปแล้ว

ii.) บริบททางภาษี เป็นที่รู้กันทั่วไปในวงการนักกฎหมายทนายความในประเทศอังกฤษ และประเทศอื่นที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ว่า ทรัสต์เป็นเครื่องมืออันสำคัญที่สุดประการหนึ่งของทนายความผู้เชี่ยวชาญด้านภาษีอากร สำหรับประเด็นเรื่องความสำคัญของทรัสต์ในการบริหารจัดการภาษีประเภทต่างๆ และปัญหาทางกฎหมายประเด็นเรื่องการหลบเลี่ยงภาษีนั้น มีการเขียนตำราและบทความวิชาการต่างๆ เอาไว้กว้างขวางมากมายแล้วเพื่อให้ผู้ที่สนใจค้นคว้าเพิ่มเติมได้⁴³ ในที่นี้ จึงขอชี้ให้เห็นเพียงว่า กฎหมายทรัสต์นั้นสามารถนำไป

⁴² มาตรา 29

⁴³ ประเด็นบทบาทของทรัสต์ในการบริหารจัดการภาษี ดู Nigel Eastaway, Jacquelyn Kimber, Ian Richards, *Tax Advisers' Guide to Trusts* (London: Bloomsbury Professional, 2016), Grace Chow and Ian Pryor, *Taxation of Trusts and Estates: A Practitioner's Guide* 2018 (New York: Thompson Reuters, 2017) เป็นต้น ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับทรัสต์และการหลบเลี่ยงภาษี ดู Robert H Sitkoff and Max M Schanzbach, "Jurisdictional Competition for Trust Funds: An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes" 115(2) *The Yale Law Journal* (2005) 356-437 เป็นต้น

ปรับใช้ในการบริหารจัดการภาษีอย่างมีประสิทธิภาพ ได้ทั้งประเภทภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีมรดก และภาษีจากกำไรในการขายหลักทรัพย์ เป็นต้น

iii.) *บริบทการกุศล* ในประเทศอังกฤษ มีความนิยมในการตั้งองค์กรการกุศล (Charities) ในลักษณะของกองทุนทรัสต์ ที่เรียกกันว่า Charitable Trusts ซึ่งมีหลักการก่อตั้งคล้ายการตั้งทรัสต์ทั่วไป ต่างกันเป็นหลักตรงที่จุดประสงค์ของการก่อตั้ง มีใช้เพื่อประโยชน์ของผู้รับผลประโยชน์ที่เป็นบุคคลเฉพาะเจาะจง ดังเช่นในกรณีของทรัสต์ที่ตั้งขึ้นสำหรับการจัดการทรัพย์สินภายในครอบครัว แต่เพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่องค์กรการกุศลนั้น ต้องการเข้าไปช่วยเหลือ⁴⁴

iv.) *บริบททางการค้าและการลงทุน* ทรัสต์นั้นเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการค้าและการลงทุนในประเทศอังกฤษ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ประเทศอื่นๆ เช่น สหรัฐอเมริกา สิงคโปร์ เป็นต้น และเนื่องด้วยเหตุที่ว่า ลอนดอน นิวยอร์ก และสิงคโปร์นั้น เป็นตลาดการลงทุนชั้นนำของโลก โดยเรียงอันดับเป็น อันดับที่ 1, 2, และ 4 ของโลกตามลำดับ ในการสำรวจเมืองศูนย์กลางทางการเงินของโลก ในปี พ.ศ. 2561⁴⁵ จึงทำให้ความสำคัญของทรัสต์ในการลงทุนนั้น มีความสำคัญเพิ่มขึ้นไปด้วย

ทรัสต์เพื่อการลงทุนนั้น มีได้หลายรูปแบบ เช่น Unit Trusts หรือ Real Estate Investment Trusts (REITS) เป็นต้น ซึ่งผู้ระดมทุนสามารถเลือกใช้ได้ตามความเหมาะสมต่อจุดมุ่งหมายหรือลักษณะของการระดมทุน

บทสรุป

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์นั้น กฎหมายทรัสต์นับเป็นหนึ่งในกฎหมายสำคัญพื้นฐานที่นักกฎหมายทุกคนจะต้องศึกษา และถือเป็นกฎหมายที่มีความยากและซับซ้อนเป็นอย่างมาก เมื่อกฎหมายทรัสต์ได้พัฒนาไปสู่การใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในตลาดเงินตลาดทุน หรือเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการภาษี ก็ทำให้กฎหมายทรัสต์นั้นมีการแตกแขนงออกไปเป็นหลายสาขา และแต่ละสาขาก็มีรายละเอียดปลีกย่อยและมีความซับซ้อนมากเกินกว่าที่จะนำมาพิจารณาในบทความนี้ได้เหมาะสมและเพียงพอ อย่างไรก็ตาม พัฒนาการของทรัสต์ในแขนงต่างๆ นั้น ล้วนมีที่มาจากระบบเควิดและกฎหมายทรัสต์ของประเทศอังกฤษทั้งสิ้น ซึ่งต้นกำเนิดของกฎหมายทรัสต์นั้นมีที่มาจากปัญหาการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลและทรัพย์สินมรดก ซึ่งทรัสต์ประเภทนี้มีจุดประสงค์และลักษณะคล้ายกับทรัสต์ตามวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลของประเทศไทยมากที่สุด ดังนั้น ความรู้และความเข้าใจเรื่องเควิดและทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินมรดกดังที่ได้นำมาพิจารณาในบทความนี้ จึงมีความสำคัญต่อการศึกษาและพัฒนากฎหมายทรัสต์ในประเทศไทยต่อไปในอนาคต

⁴⁴ สำหรับคำอธิบายกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ Charitable Trusts โดยละเอียด ดู ใน Jill Martin, *Hanbury & Martin on Modern Equity* (19th edn, London: Sweet&Maxwell, 2012) บทที่ 15

⁴⁵ The Global Financial Centres Index 23 (2018) <<http://www.longfinance.net/Publications/GFCI23.pdf>> เข้าถึง 1/6/2561.

การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านในอุตสาหกรรม สายการบิน

Human Rights Due Diligence in the Airline Industry

ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์*

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

pawat.s@chula.ac.th

บทคัดย่อ

การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านในอุตสาหกรรมสายการบิน เริ่มทวีความสำคัญขึ้นมากในปัจจุบัน เพราะประชาคมโลกและองค์กรภาคธุรกิจในอุตสาหกรรมอื่นๆ เริ่มต้นตัวในการตระหนักถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนมากขึ้น หลังจากที่สหประชาชาติรับรอง United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPR) กรณีตัวอย่างของสายการบิน ANA แสดงให้เห็นว่าการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านโดยสายการบินนั้นไม่ใช่เรื่องที่กระทำได้ง่าย หากแต่อาศัยความมุ่งมั่นของสายการบินที่จะแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในทุกภาคส่วนของห่วงโซ่อุปทาน บทความนี้เสนอให้สายการบินต่างๆ โดยเฉพาะสายการบินที่จดทะเบียนในประเทศไทย เรียนรู้จากกรณีตัวอย่างของสายการบิน ANA เพื่อนำมาปรับปรุงและพัฒนาสถานการณ์ทางด้านสิทธิมนุษยชนให้มีมาตรฐานทัดเทียมสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดให้มีการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน แม้จะยังไม่มีรายงานอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยสายการบินที่จดทะเบียนในประเทศไทยก็ตาม

คำสำคัญ: การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน, สิทธิมนุษยชน, สายการบิน, ธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน, UNGPR

* อาจารย์ประจำ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, LL.M. University of Cambridge, LL.M. Harvard Law School, Doktor der Rechte (Dr.iur.) University of Zurich.

Abstract

Human Rights Due Diligence has increasingly become more relevant to the airline industry as the global community and business enterprises in other industries have started to acknowledge and embed the corporate responsibility to respect human rights into their respective business operations following the unanimous endorsement of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPR) by the United Nations. A case study by ANA illustrates an example of which an airline can carry out the Human Rights Due Diligence as part of its commitment to adhere to responsibility to respect human rights in all aspects of its supply chain. This article proposes that Thai-registered airlines should start to perform Human Rights Due Diligence to improve their human rights situation, despite the lack of existing official report on potential human rights violations.

Keywords: Human Rights Due Diligence, Human Rights, Airlines, Business and Human Rights, UNGP

ความเป็นมา

อุตสาหกรรมสายการบินนับได้ว่าเป็นอุตสาหกรรมที่เติบโตขึ้นอย่างต่อเนื่อง อันเป็นผลมาจากความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีอากาศยานที่ทำให้ผู้คนสามารถเดินทางได้ไกลขึ้นและเร็วขึ้น รวมไปถึงการเปิดเสรีทางการบินและการยกเลิกหรือผ่อนปรนกฎเกณฑ์ที่เคยเป็นอุปสรรคต่อการเดินทางอากาศอย่างเสรี รายงานจากสมาคมขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ (International Air Transport Association: IATA) ระบุว่าในปี ค.ศ.2017 สายการบินได้ทำการบินเชื่อมต่อระหว่างเมืองกว่า 20,000 เส้นทาง ซึ่งมากกว่าปี ค.ศ.1995 กว่าเท่าตัว¹ โดยที่ปัจจัยสำคัญมาจากการถือกำเนิดขึ้นของสายการบินต้นทุนต่ำที่ทำให้ค่าโดยสารมีอัตราลดลงส่งผลให้ประชากรโลกที่มีกำลังทรัพย์ไม่มากนักสามารถเข้าถึงการเดินทางทางอากาศได้มากขึ้น ทั้งนี้ สมาคมฯ ได้คาดการณ์ว่าในปี ค.ศ.2018 จะมีประชากรโลกถึง 4 ล้านล้านคน และจำนวนสินค้าที่ซื้อขายระหว่างประเทศกว่าร้อยละ 33 ของตลาดโลกอาศัยเครื่องบินเป็นพาหนะในการเดินทาง²

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประชากรโลกจะได้รับประโยชน์จากการเติบโตของอุตสาหกรรมสายการบิน แต่ยังคงพบว่าสายการบินบางสายมีการดำเนินการในลักษณะที่สุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนในหลายมิติ อาทิ การที่ผู้โดยสารถูกบังคับให้สละที่นั่งที่ตนเองมีสิทธิทุกประการเพื่อหลีกเลี่ยงให้พนักงานของสายการบินโดยสารแทน การที่สายการบินมีกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับพนักงานหญิงและชายอย่างไม่เท่าเทียมกัน การที่สายการบินออกกฎให้การลาป่วยหรือลาพักร้อนมีผลให้พนักงานเสียคะแนนการปฏิบัติงานทำให้พนักงานไม่กล้าที่จะใช้สิทธิลาป่วยหรือลาพักร้อนแม้ว่าสิทธิเหล่านี้จะเป็นสิทธิตามกฎหมายแรงงานก็ตาม หรือการที่บางสายการบินออกประกาศอย่างชัดเจนว่าไม่มีอุปกรณ์สำหรับอำนวยความสะดวกผู้โดยสารที่ทุพพลภาพแม้ว่าจะขัดต่อข้อกำหนดก็ตาม ตัวอย่างเหล่านี้แสดงให้เห็นถึงการดำเนินการของบางสายการบินที่สุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิแรงงาน สิทธิผู้โดยสาร หรือแม้กระทั่งสิทธิมนุษยชน ส่งผลให้เกิดคำถามในเบื้องต้นว่า เพื่อป้องกันหรือหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการดำเนินการของสายการบินนั้นละเมิดสิทธิมนุษยชน สายการบินควรจะมีมาตรการที่เคารพสิทธิมนุษยชนอย่างไร

หนทางหนึ่งที่จะให้คำตอบกับคำถามนี้ได้ คือ การนำกรอบธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (Business and Human Rights Framework) ภายใต้เอกสารหลักการแห่งสหประชาชาติด้านธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนว่าด้วยการปฏิบัติตามกรอบการคุ้มครอง เคารพ และเยียวยา (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the Protect, Respect and Remedy Framework) หรือที่เรียกอย่างย่อๆ เป็นการทั่วไปว่า UNGP³ เข้ามาปรับใช้ในบริบทของอุตสาหกรรมสายการบิน

¹ International Air Transport Association (IATA), *Annual Review 2018* (May 21, 2018, 11:50 AM), <https://www.iata.org/publications/Documents/iata-annual-review-2018.pdf>

² เรื่องเดียวกัน

³ U.N. (2011). *Guiding principles on business and human rights: implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" framework*.

UNGP เป็นผลผลิตจากการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางระหว่างฝ่ายองค์กรภาคธุรกิจ (business enterprises) และฝ่ายผู้สนับสนุนสิทธิมนุษยชนมาอย่างยาวนาน โดยฝ่ายองค์กรภาคธุรกิจได้ยกเหตุผลที่ว่ากรอบสิทธิมนุษยชนควรถูกบังคับใช้เฉพาะรัฐเท่านั้นขึ้นโต้แย้งอย่างสม่ำเสมอ อย่างไรก็ตาม หลังจากที่มีกระบวนการทำความเข้าใจและประนีประนอมโดยสหประชาชาติ ทำให้ในปี ค.ศ.2011 UNGP ได้รับการยอมรับและรับรองอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์⁴ และกลายเป็นเอกสารที่วางมาตรฐานระดับสากลเกี่ยวกับความรับผิดชอบขององค์กรภาคธุรกิจในการเคารพสิทธิมนุษยชนในการดำเนินการธุรกิจ⁵

หลักการสำคัญสามข้อของ UNGP ซึ่งได้ถูกเรียกกันเป็นการทั่วไปว่า “3 เสาหลัก” (3 pillars) ของ UNGP อันได้แก่ ค้ำครอง เคารพ และเยียวยา (Protect, Respect and Remedy) นั้น ประกอบด้วย 1) ยืนยันว่าทุกรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองบุคคลในเขตอำนาจของตนให้พ้นจากการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยผู้ประกอบการธุรกิจ 2) แนะนำว่าผู้ประกอบการต่างมีความรับผิดชอบที่จะต้องเคารพสิทธิมนุษยชน อาทิ หลีกเลี่ยงการละเมิดสิทธิของผู้อื่นโดยไม่คำนึงถึงสถานที่ ขนาด และประเภทของการประกอบธุรกิจ และแก้ไขทุกปัญหาที่ส่งผลมาจากการละเมิดสิทธิโดยผู้ประกอบการ และ 3) รับรองว่าเหยื่อที่ถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนจะต้องสามารถเข้าถึงกระบวนการเยียวยาทั้งที่ดำเนินการในศาล (judicial) และที่ดำเนินการนอกศาล (non-judicial) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁶

ภายใต้กรอบของ UNGP สายการบินหรือองค์กรที่ทำธุรกิจเกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมสายการบินจะถูกจัดให้อยู่ในฐานะองค์กรภาคธุรกิจที่ควรมีความรับผิดชอบที่จะเคารพสิทธิมนุษยชนภายใต้เสาหลักที่ 2 โดยที่การแสดงความรับผิดชอบต่อสังคมสามารถกระทำได้หลายวิธี อาทิ การที่สายการบินควรหลีกเลี่ยงการก่อให้เกิด (cause) หรือมีส่วนร่วมทำให้เกิด (contribute) ผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง (adverse human rights impacts)⁷ หรือป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบเช่นว่าที่อาจเกิดขึ้นมาจากการดำเนินงาน สินค้า หรือบริการของหน่วยอื่นที่สายการบินนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง (directly linked) แม้ว่าสายการบินนั้นจะไม่ได้มีส่วนร่วมที่ก่อให้เกิดผลกระทบเช่นว่านั้นก็ตาม⁸ หรือการที่สายการบินควรแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในเชิงนโยบาย (policy commitment) ที่จะเคารพสิทธิมนุษยชน⁹ อาทิ การออกประกาศสาธารณะ¹⁰ หรือการบรรจุไว้ในหลักการดำเนินงานในทุกภาคส่วนของสายการบินเองโดยไม่มีข้อยกเว้น¹¹

นอกจากนี้ การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน (Human Rights Due Diligence: HRDD) เป็นอีกวิธีหนึ่งที่สายการบินสามารถนำมาปรับใช้เพื่อแสดงความรับผิดชอบต่อสังคมที่จะเคารพสิทธิมนุษยชนได้ โดยสามารถ

⁴ U.N. Human Rights Council, 17/4 Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, A/HRC/RES/17/4, para. 1.

⁵ JOHN RUGGIE, JUST BUSINESS 120-121 (New York and London: W.W. Norton & Company Inc.) (2013).

⁶ U.N. OHCHR, FREQUENTLY ASKED QUESTIONS ABOUT THE GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS 7 (2014).

⁷ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 หลักการข้อ 13(a) หน้า 14-15.

⁸ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 หลักการข้อ 13(b) หน้า 14-15.

⁹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 หลักการข้อ 15(a) หน้า 15-16.

¹⁰ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 หลักการข้อ 16(a), 16(b) หน้า 16-17.

¹¹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 หลักการข้อ 16 หน้า 16.

กระทำได้ด้วยวิธีการชี้และแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินงานของสายการบินเอง หรือที่เกิดขึ้นมาจากการดำเนินงาน สินค้า หรือบริการของหน่วยงานอื่นที่สายการบินนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง โดยอาศัยความร่วมมือและการปรึกษาหารือกับผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทั้งหมด อาทิ กลุ่มผู้เชี่ยวชาญ (experts) และกลุ่มที่ได้รับผลกระทบ (affected groups)¹² และมีกลไกตรวจสอบเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณอย่างมีประสิทธิภาพ¹³ ทั้งนี้ UNGP ได้วางหลักการเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านนั้นไว้ในหลักการข้อ 17-22 ซึ่งจะกล่าวในหัวข้อถัดไป

2. หลักการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านภายใต้กรอบ UNGP

การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านตั้งอยู่บนแนวความคิดที่ไม่ใช่ฐานของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ (inter-state relations) หรือบนบรรทัดฐานระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมาย (international legal norm) หากแต่ตั้งอยู่บนบรรทัดฐานของสังคมที่มีลักษณะข้ามชาติ (transnational social norm)¹⁴ มีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคม มีลักษณะเหมือนหนึ่งการที่องค์กรภาคธุรกิจมี “ใบอนุญาตทางสังคม” ในการดำเนินการธุรกิจ¹⁵ และมีรากฐานมาจากความสนใจและการมีส่วนร่วมของหลายภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง อาทิ องค์กรภาคธุรกิจ องค์กรที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน ภาคประชาสังคม นอกเหนือไปจากรัฐ¹⁶ โดยที่ UNGP ได้วางหลักการเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านเพื่อเป็นแนวปฏิบัติสำหรับองค์กรภาคธุรกิจไว้ที่หลักการข้อ 17-22 และสามารถสรุปหลักการสำคัญของการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านว่าควรมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) ครอบคลุมผลกระทบที่องค์กรภาคธุรกิจก่อ/มีส่วนร่วม/มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง

UNGP แนะนำให้องค์กรภาคธุรกิจจัดให้มีการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ควรครอบคลุมผลกระทบทางด้านสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงในทุกมิติที่องค์กรภาคธุรกิจเป็นผู้ก่อให้เกิดหรือมีส่วนร่วมทำให้เกิด หรือผลกระทบเช่นว่าที่เกิดจากการดำเนินงาน สินค้า หรือบริการของหน่วยอื่นที่องค์กรภาคธุรกิจนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงโดยอาศัยความสัมพันธ์ทางธุรกิจ (business relationships)¹⁷ ทั้งนี้ ในการพิจารณาประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ทางธุรกิจนั้น UNGP แนะนำให้มุ่งเน้นไปที่ความเสี่ยงในการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่หน่วยอื่นเป็นผู้ก่อในเฉพาะกรณีที่ความเสี่ยงเช่นว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางธุรกิจขององค์กรภาคธุรกิจเท่านั้น ไม่รวมถึงความเสี่ยงโดยทั่วไปที่หน่วยอื่นนั้นอาจก่อให้เกิดการผลกระทบทางด้านสิทธิมนุษยชน¹⁸

¹² อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 หลักการข้อ 18 หน้า 19-20.

¹³ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 หลักการข้อ 20 หน้า 22-23.

¹⁴ John Ruggie, John F. Sherman, *The Concept of Due Diligence in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale*, Eur. J. Int'l L. Vol.29 No.3, 923-924 (2017).

¹⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 923.

¹⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 926.

¹⁷ U.N. OHCHR, *THE CORPORATE RESPONSIBILITY TO RESPECT HUMAN RIGHTS* 31 (2012).

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, Q27 หน้า 32.

2) ออกแบบให้รองรับกับปัจจัยต่างๆ ที่หลากหลาย

UNGP แนะนำว่าการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านนั้นควรถูกออกแบบให้รองรับกับปัจจัยต่างๆ ที่หลากหลาย อาทิ ขนาดขององค์กรภาคธุรกิจ ระดับความเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ร้ายแรงและสภาพธรรมชาติและบริบทของการดำเนินการขององค์กรธุรกิจ¹⁹ เพื่อให้การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านนั้นมีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ

3) ดำเนินการอย่างต่อเนื่อง

UNGP แนะนำว่าการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านนั้นควรดำเนินการอย่างต่อเนื่องและไม่ควรจัดทำขึ้นเพียงครั้งแรกและครั้งเดียว²⁰ เนื่องจาก UNGP ตระหนักดีว่าความเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นอาจเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและบริบทของการดำเนินการขององค์กรภาคธุรกิจ²¹

4) มีผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนช่วยตรวจสอบ

UNGP แนะนำว่าองค์กรภาคธุรกิจควรจัดให้มีผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนทั้งจากภายในองค์กรภาคธุรกิจเอง และ/หรือจากภายนอกองค์กรที่เป็นอิสระ เพื่อช่วยตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน²² ทั้งนี้การมีผู้เชี่ยวชาญภายนอกย่อมเป็นประโยชน์ต่อองค์กรภาคธุรกิจขนาดเล็กและขนาดกลางที่ไม่มีผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนภายในองค์กร หรือแม้แต่องค์กรภาคธุรกิจขนาดใหญ่ที่มักจะมีผู้เชี่ยวชาญภายในองค์กรอยู่แล้วก็ตาม เพราะการปรึกษาผู้เชี่ยวชาญภายนอกนั้นมักจะช่วยสะท้อนให้เห็นภาพรวมและสามารถให้คำแนะนำเกี่ยวกับทางปฏิบัติที่ดีที่สุด (best practice) แก่องค์กรภาคธุรกิจได้ โดยผู้เชี่ยวชาญภายนอกอาจมาจากหน่วยงานรัฐบาล นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน หรือภาคประชาสังคม เป็นต้น²³

5) มีการปรึกษากลุ่มที่มีแนวโน้มได้รับผลกระทบและกลุ่มผู้มีส่วนได้เสีย

UNGP แนะนำว่าองค์กรภาคธุรกิจควรจัดให้มีการหารืออย่างจริงจังกับกลุ่มที่มีแนวโน้มได้รับผลกระทบและกลุ่มผู้มีส่วนได้เสีย²⁴ เพราะข้อมูลที่ได้รับจากกลุ่มเหล่านี้มีความสำคัญและจะเป็นประโยชน์อย่างมากในการที่องค์กรภาคธุรกิจนั้นจะสามารถทำความเข้าใจสถานการณ์และความกังวลต่างๆ ได้อย่างถ่องแท้²⁵ นอกจากนี้มีรายงานว่าการศึกษาจากผู้มีส่วนได้เสียหรือการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านโดยที่กลุ่มผู้มีส่วนได้เสียเป็นผู้ริเริ่ม (Multi-stakeholder Initiatives – MSIs) เริ่มจะเป็นแนวปฏิบัติในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่องค์กรภาคธุรกิจดำเนินการธุรกิจในประเทศที่ไม่สามารถหรือไม่เต็มใจที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีทางด้านสิทธิมนุษยชนของตน²⁶

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หลักการข้อ 17 หน้า 31.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, Q29 หน้า 33.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หลักการข้อ 17 หน้า 31.

²² เรื่องเดียวกัน, หลักการข้อ 18 หน้า 36.

²³ เรื่องเดียวกัน, Q41 หน้า 43.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หลักการข้อ 18 หน้า 36.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, Q42 หน้า 43.

²⁶ Dorothee Baumann-Pauly, Justine Nolan, Sarah Labowitz and Aurret van Heerden, *Setting and Enforcing Industry-Specific Standards for Human Rights: the Role of Multi-Stakeholder Initiatives in Regulating Corporate Conduct*, in BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: FROM PRINCIPLES TO PRACTICE 108 (2016).

6) มีการบูรณาการข้อมูลที่ได้รับเข้ากับหน้าที่ของบุคลากรและกระบวนการของหน่วยงานภายใน และดำเนินการตามความเหมาะสม

UNGP แนะนำว่าองค์กรภาคธุรกิจควรบูรณาการข้อมูลที่ได้รับจากการตรวจสอบเข้ากับหน้าที่ของบุคลากรและกระบวนการของหน่วยงานภายใน และดำเนินการตามความเหมาะสม²⁷ เนื่องจาก UNGP ตระหนักดีว่าหน่วยงานภายในที่ทำหน้าที่ตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านนั้น มักไม่มีอำนาจในการตัดสินใจหรือไม่สามารถสั่งการใดๆ ได้มากนัก ดังนั้น หน่วยงานภายในอื่นๆ ที่มีอำนาจดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน่วยงานภายในระดับสูง จึงควรเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง ด้วยการรับข้อมูลที่ได้รับจากการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านแล้วบูรณาการให้เข้ากับหน้าที่และกระบวนการภายในของหน่วยงานภายในอื่นๆ ที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบ จากนั้นจึงตัดสินใจหรือสั่งการตามระดับความเหมาะสมต่อไป²⁸

7) มีการติดตามตรวจสอบประสิทธิผลของการแก้ปัญหา

UNGP แนะนำว่าหลังจากที่องค์กรภาคธุรกิจได้ดำเนินการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านที่ต่อเนื่องแล้ว องค์กรภาคธุรกิจควรจัดให้มีการติดตามตรวจสอบประสิทธิผลของการแก้ไขปัญหาที่ค้นพบจากการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านด้วย²⁹ โดยการติดตามตรวจสอบเช่นว่าควรมีตัวชี้วัดเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณที่เหมาะสม อาทิ มาตรฐานทางแรงงาน มาตรฐานทางเทคนิค หรือคำแนะนำ (guidelines) ที่องค์การระหว่างประเทศต่างๆ ได้จัดทำขึ้น³⁰ นอกจากนี้ การติดตามตรวจสอบเช่นว่าควรอาศัยข้อเสนอแนะจากแหล่งข้อมูลทั้งภายในและภายนอก รวมถึงจากกลุ่มที่มีแนวโน้มได้รับผลกระทบด้วย เพราะข้อมูลเหล่านี้คือหลักฐานสำคัญและมีคุณค่าอย่างมากในการที่องค์กรภาคธุรกิจจะนำมาใช้ปรับปรุงการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านในคราวต่อไป ทั้งนี้ องค์กรภาคธุรกิจต้องมีการมีกลไกที่จะสร้างความมั่นใจแก่ผู้ให้ข้อมูลว่าเขาจะไม่ได้รับผลกระทบทางลบใดๆ จากการให้ข้อมูลวิพากษ์เชิงลบ³¹ มิฉะนั้นแล้ว ผู้ให้ข้อมูลอาจไม่กล้าที่จะให้ข้อมูลตามความเป็นจริงทั้งหมด เพราะกลัวที่จะได้รับผลกระทบทางลบตามมาภายหลัง เช่น การถูกกลั่นแกล้งจากหัวหน้างาน หรือการถูกให้ออกอย่างไม่เป็นธรรม

8) มีความพร้อมที่จะสื่อสารเกี่ยวกับข้อมูลผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนกับภายนอกองค์กร

UNGP แนะนำว่า เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นถึงความรับผิดชอบต่อองค์กรภาคธุรกิจในการเคารพสิทธิมนุษยชน องค์กรภาคธุรกิจควรมีความพร้อมที่จะสื่อสารเกี่ยวกับข้อมูลผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนอันเกิดจากการดำเนินการทางธุรกิจของตน ตลอดจนสามารถแสดงวิธีการแก้ไขปัญหาและการเยียวยาผู้ที่ได้รับผลกระทบอีกด้วย³² โดยที่ข้อมูลดังกล่าวจะต้อง 1) อยู่ในรูปแบบและความถี่ที่สามารถเข้าถึงได้ อาทิ ได้รับการแปลเป็นภาษา

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หลักการข้อ 19 หน้า 46.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, Q43 หน้า 46.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หลักการข้อ 20 หน้า 52.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, Q51 หน้า 54.

³¹ เรื่องเดียวกัน, Q52 หน้า 55.

³² เรื่องเดียวกัน, หลักการข้อ 21 หน้า 57.

ที่ผู้ได้รับผลกระทบสามารถรับรู้ได้³³ 2) จะต้องมียุ่อย่างเพียงพอที่จะสามารถประเมินประสิทธิภาพในการแก้ไข ปัญหาขององค์กรภาคธุรกิจ โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องมีความโปร่งใสและประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงที่จำเป็นทั้งหมด³⁴ และ 3) จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อผู้มีส่วนได้เสียที่ได้รับผลกระทบ ต่อบุคลากรขององค์กร หรือต่อข้อกำหนด อันชอบธรรมที่เกี่ยวกับความลับเชิงพาณิชย์ เนื่องจากการเปิดเผยข้อมูลเช่นนี้ ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่อาจต้องมีการเปิดเผยตัวตนของผู้ให้ข้อมูลจนอาจทำให้ผู้ให้ข้อมูลตกเป็นเป้าโจมตีหรือแค้นได้ หรืออาจต้องมีการเปิดเผย ข้อมูลสำคัญที่เป็นความลับทางพาณิชย์อันอาจส่งผลกระทบเชิงลบต่อการเจรจาหรือการดำเนินการธุรกิจได้³⁵

9) จัดให้มีหรือร่วมมือในการเยียวยาความเสียหาย

UNGP แนะนำว่าองค์กรภาคธุรกิจควรจัดให้มีหรือร่วมมือในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยใช้ กระบวนการที่ชอบธรรม เมื่อองค์กรภาคธุรกิจนั้นพบว่าได้ก่อหรือมีส่วนร่วมทำให้เกิดความเสียหายเช่นว่า³⁶ ทั้งนี้ กระบวนการที่ชอบธรรม นอกจากจะหมายถึงกระบวนการทางศาล ผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือ National Contact Points (NCPs) แล้ว³⁷ ยังหมายความรวมถึงกระบวนการเยียวยาในระดับปฏิบัติการ (operational-level grievance mechanisms) ที่องค์กรภาคธุรกิจเองเป็นผู้จัดให้มีขึ้น โดยที่กระบวนการเยียวยาเช่นว่า ควรมีคุณลักษณะด้าน ประสิทธิภาพ (effectiveness criteria) ครบตามที่ UNGP กำหนดไว้ในหลักการข้อ ๓๓ อันประกอบด้วย มีความชอบธรรม เข้าถึงได้ สามารถคาดการณ์ได้ มีความเท่าเทียม มีความโปร่งใส สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน เป็นแหล่งการเรียนรู้อย่างต่อเนื่อง และผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วมในกระบวนการ³⁸

3. ความรับผิดชอบที่จะเคารพสิทธิมนุษยชนของสายการบิน

สายการบินถือเป็นองค์กรภาคธุรกิจ (business enterprises) หลักในอุตสาหกรรมสายการบินที่มีขนาดใหญ่ และเกี่ยวข้องกับผู้คนจำนวนมาก ด้วยขนาดดังกล่าวทำให้การดำเนินการธุรกิจของสายการบินนั้นสัมพันธ์ที่จะ ส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนได้มากและในหลายมิติ การที่ประชาคมโลกและองค์กรภาคธุรกิจ ในอุตสาหกรรมอื่นๆ เริ่มต้นตัวในการพัฒนาภายใต้กรอบเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development Goals – SDGs)³⁹ ภายใต้การดำเนินธุรกิจของตน ซึ่งรวมถึงการตระหนักถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนมากขึ้นกว่าในอดีต นับเป็นปรากฏการณ์ที่อาจเป็นการช่วยสร้างแรงกดดันทำให้สายการบินไม่ควรอยู่นิ่งเฉยและควรเริ่มนำแนวคิด ด้านสิทธิมนุษยชนเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการธุรกิจของตน ปัจจุบันพบว่า บางสายการบินได้เริ่มแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นที่จะเคารพสิทธิมนุษยชนในการดำเนินการธุรกิจของตนบ้างแล้ว

³³ เรื่องเดียวกัน, Q59 หน้า 61.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, Q59 หน้า 61.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, Q60 หน้า 61.

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หลักการข้อ 22 หน้า 63.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, Q66 หน้า 65.

³⁸ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 หลักการข้อ 31 น. 33-34.

³⁹ U.N.D.P., *Sustainable Development Goals* (Jun. 4, 2018, 9:15 AM), <http://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals.html>.

รูปแบบของการแสดงความมุ่งมั่นที่จะเคารพสิทธิมนุษยชนนั้นแตกต่างออกไปตามแต่ละสายการบิน ยกตัวอย่างเช่น สายการบินไชน่าแอร์ไลน์ส (China Airlines: CAL) ได้แสดงความมุ่งมั่นเช่นว่าในรูปแบบนโยบายด้านสิทธิมนุษยชน (Human Rights Policy) ที่อ้างอิง UNGP และมาตรฐานแรงงานตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยตรง ที่น่าสนใจคือ CAL ได้ระบุประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนที่ CAL เห็นว่าสำคัญและควรได้รับการตรวจสอบไว้อย่างชัดเจน อาทิ การรักษาเงื่อนไขการทำงานให้เป็นธรรมและมีค่าตอบแทนที่เหมาะสม การให้เสรีภาพแก่พนักงานในการสร้างหรือเข้าร่วมสหภาพและเจรจา การจัดให้มีสิ่งแวดล้อมการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขอนามัย การเคารพสิทธิในความเป็นส่วนตัว การต่อต้านการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ การต่อต้านการข่มเหงและการคุกคามทุกรูปแบบ การไม่ใช้แรงงานบังคับและแรงงานเด็ก⁴⁰ ในขณะที่สายการบินในสหรัฐอเมริกา เช่น สายการบินยูไนเต็ดแอร์ไลน์ส (United Airlines: UAL)⁴¹ และสายการบินอเมริกันแอร์ไลน์ส (American Airlines: AMR)⁴² ได้แสดงความมุ่งมั่นเช่นว่าในรูปแบบคำแถลงการณ์ (Statement) และ มาตรฐานการทำธุรกิจ (Standard Business Conduct) ตามลำดับ โดยที่สายการบินทั้งสองสายของสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญเป็นพิเศษกับการต่อต้านการค้ามนุษย์ (Anti-Human Trafficking) และการแสวงหาประโยชน์จากเด็กและแรงงานทางเพศ (Child and Sexual Exploitation) นอกจากนี้ สายการบินสิงคโปร์แอร์ไลน์ส (Singapore Airlines: SIA) ได้แสดงความมุ่งมั่นเช่นว่าในรูปแบบการออกจรรยาบรรณของผู้ผลิต (Suppliers' Code of Conduct) เพื่อกำหนดให้องค์กรภาคธุรกิจหรือหน่วยงานใดๆ ที่ทำธุรกิจกับ SIA จะต้องเคารพกฎระเบียบต่างๆ ซึ่งรวมถึง การคงไว้ซึ่งมาตรฐานแรงงานสากล การไม่เลือกปฏิบัติ และการไม่ใช้แรงงานบังคับและแรงงานเด็ก⁴³ และกลุ่มสายการบินในเครือลูฟท์ฮันซ่า (Lufthansa Group) ซึ่งประกอบด้วยสายการบินลูฟท์ฮันซ่า (Lufthansa) สายการบินสวิสอินเตอร์เนชันแนลแอร์ไลน์ส (SWISS International Air Lines) สายการบินออสเตรียนแอร์ไลน์ส (Austrian Airlines) สายการบินบรัสเซลส์แอร์ไลน์ส (Brussels Airlines) และสายการบินยูโรวิงส์ (Eurowings) ซึ่งเป็นกลุ่มสายการบินที่ใหญ่ที่สุดในภูมิภาคยุโรป ได้แถลงอย่างชัดเจนว่า การบริหารและการดำเนินการธุรกิจของกลุ่มฯ จะอยู่ภายใต้หลักปฏิบัติ (Code of Conduct) ที่ผูกพันบุคลากรของกลุ่มฯ ทุกคน โดยที่หลักปฏิบัติเช่นว่า มีเนื้อหาครอบคลุมถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนโดยการปฏิบัติตามกรอบมาตรฐานของ UN Global Compact องค์การ Transparency International และกลุ่ม German Network for Business Ethics เป็นต้น และรวมไปถึงการอ้างอิงถึงหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาหลักขององค์การแรงงานระหว่างประเทศอีกด้วย⁴⁴

⁴⁰ China Airlines, *Human Rights Policy* (Jun. 7, 2018, 8:30 AM), https://www.china-airlines.com/la/po/Images/CAL_Human_Rights_Policy_EN_tcm75-16880.pdf.

⁴¹ United Airlines, *Policy Statement* (Jun. 7, 2018, 9:15 AM), <http://crrreport.united.com/about-united/human-rights-policy-statement>.

⁴² American Airlines, *Standard Business Conduct* (Jun. 7, 2018, 9:35 AM), <https://www.aa.com/content/images/corporate-responsibility/standards-business-conduct.pdf.pdf>.

⁴³ Singapore Airlines, *Suppliers' Code of Conduct* (Jun. 7, 2018, 10:25 AM), <https://www.singaporeair.com/saar5/pdf/corporate-info/supplierscodeofconduct.pdf>.

⁴⁴ Lufthansa Group, *Ethics and Integrity* (Jun. 7, 2018, 2:30 PM), <https://www.lufthansagroup.com/en/responsibility/corporate-responsibility/ethics-and-integrity.html>.

อย่างไรก็ตาม การแสดงความมุ่งมั่นในเชิงนโยบายนั้นอาจไม่เพียงพอที่จะป้องกันและแก้ไขปัญหที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนอันเกิดจากการดำเนินการธุรกิจของสายการบิน เนื่องจากการแสดงความมุ่งมั่นในเชิงนโยบายยังคงมีความคลุมเครือและยังกินความกว้าง ทำให้ผู้ปฏิบัติงานอาจยังไม่เห็นภาพที่ชัดเจนในการที่จะนำนโยบายด้านสิทธิมนุษยชนนั้นเข้ามาบูรณาการกับหน้าที่และกระบวนการภายในที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตน การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านจึงมีบทบาทสำคัญที่จะช่วยแก้ไขความไม่ชัดเจนนี้

4. การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านโดยสายการบิน: กรณีศึกษาสายการบิน ANA

การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน เป็นการยกระดับความมุ่งมั่นและประสิทธิภาพในการเคารพสิทธิมนุษยชนให้เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น และเป็นการทำให้การแสดงความมุ่งมั่นในเชิงนโยบายดังที่สายการบินหลายสายกำลังใช้เป็นแนวทางอยู่นั้น ส่งผลในทางปฏิบัติอย่างชัดเจน ปัจจุบันพบว่ามีเพียงสายการบินออลนิปปอนแอร์เวย์ส (All Nippon Airways: ANA) ที่เป็นสายการบินแรกและสายการบินเดียวของโลก (ข้อมูล ณ มิถุนายน พ.ศ.2561) ที่ดำเนินการและนำเสนอรายงานเกี่ยวกับกระบวนการและผลการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านของสายการบินออกสู่สาธารณะ⁴⁵ โดย ANA แถลงว่า ตั้งแต่ ค.ศ.2015 ANA ได้เริ่มออกมาตรการเพื่อเคารพสิทธิมนุษยชนโดยได้รับข้อมูลที่เป็นประโยชน์จากผู้มีส่วนได้เสียซึ่งรวมถึงพนักงาน ลูกค้า ตลอดจนแรงงานของผู้ผลิตและผู้รับเหมาเพื่อให้สอดคล้องกับคำแนะนำของ UNGP ต่อมาในปี ค.ศ.2016 ก็ได้ออกนโยบายด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อใช้บังคับกับพนักงานของ ANA Group ทุกคน และริเริ่มโครงการประเมินผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชน (Human Rights Impact Assessment) เพื่อวิเคราะห์และประเมินระดับความเป็นไปได้ที่การดำเนินการธุรกิจของ ANA และหน่วยธุรกิจอื่นที่ ANA มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงจะกระทบสิทธิมนุษยชน⁴⁶ อันนำมาสู่การจัดให้มีการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน

ขั้นตอนการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านของ ANA นั้นแบ่งออกเป็น 4 ขั้นตอน ดังนี้

1) ขั้นตอนที่ 1 – การแสดงออกถึงความมุ่งมั่น

ANA ได้ดำเนินการทบทวน พัฒนา และบูรณาการนโยบายด้านสิทธิมนุษยชนของ ANA ให้เข้ากันกับนโยบายด้านการจัดซื้อจัดจ้างของ ANA (ANA Group Purchasing Policy) และสื่อสารนโยบายทั้งสองให้ทุกฝ่ายในห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) ของ ANA รับทราบและเข้าใจตรงกันผ่านโครงการฝึกอบรมและการให้ความรู้⁴⁷

2) ขั้นตอนที่ 2 – การประเมินความเสี่ยงในการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ANA ได้ดำเนินการประเมินความเสี่ยงในการละเมิดสิทธิมนุษยชนด้วยการกำหนดหัวข้อประเมิน (theme) และความเสี่ยงที่เป็นไปได้และที่มีอยู่แล้ว (potential and existing risks) ในการดำเนินการธุรกิจของ ANA จากนั้นก็นำผลการประเมินมาวิเคราะห์และประมวลผลกระทบเช่นว่าออกมาเป็นรายงาน โดย ANA ได้กำหนดหัวข้อประเมินออกเป็น 4 หัวข้อ ดังนี้

⁴⁵ ANA, *Human Rights Report 2018* (Jun. 8, 2018, 8:20 AM), https://www.ana.co.jp/group/en/csr/effort/pdf/Human_Rights_Report_2018_e.pdf.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน หน้า 2.

⁴⁷ ANA, *Group Policy on Human Rights* (Jun. 8, 2018, 10 AM), https://www.ana.co.jp/group/en/csr/effort/pdf/humanrights_e.pdf.

การเคารพสิทธิมนุษยชนของแรงงานต่างชาติในประเทศญี่ปุ่น—เนื่องจากธุรกิจสายการบินระหว่างประเทศเป็นธุรกิจที่ต้องอาศัยแรงงานที่มาจากหลากหลายประเทศ ANA จึงมุ่งมั่นที่จะจัดให้สภาพแวดล้อมในการทำงานที่ ANA ในประเทศญี่ปุ่นนั้นมีลักษณะที่เป็นมิตรและเป็นไปตามมาตรฐานสากล โดยในขั้นต้น ANA ได้ว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญภายนอกดำเนินการสัมภาษณ์แรงงานต่างชาติจาก 4 ประเทศ (ฟิลิปปินส์ เวียดนาม เนปาล และจีน) ในหน่วยธุรกิจที่เกี่ยวกับการจัดการภาคพื้นและการจัดหาอาหาร เพื่อให้ได้ข้อมูลที่แท้จริงเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมในการทำงาน นอกจากนี้ ANA วางแผนที่จะพัฒนาระบบที่ช่วยให้สามารถตรวจพบปัญหาหรือข้อกังวลของพนักงานได้อย่างรวดเร็ว โดยที่ระบบดังกล่าวจะต้องได้รับการแปลเป็นภาษาที่แรงงานต่างชาติเข้าใจอีกด้วย⁴⁸

การจัดหาอาหารบริการบนเครื่องบินอย่างมีจริยธรรม—ANA Group เป็นสายการบินแรกในประเทศญี่ปุ่นที่ร่วมมือกับ Bluenumber initiative⁴⁹ ในการตรวจสอบผู้ผลิตและแหล่งที่มาของอาหารที่ ANA ให้บริการบนเครื่องบิน โดยที่ ANA กำหนดว่าอาหารที่ ANA ให้บริการบนเครื่องบินนั้นจะต้องมาจากผู้ผลิตที่ไม่ละเมิดสิทธิมนุษยชน และผ่านการปฐมนิเทศด้วยวัตถุประสงค์ที่ได้มาตรฐาน ผลิตโดยกรรมวิธีที่โปร่งใสและยั่งยืน และมีมาตรฐานรับรอง⁵⁰

การป้องกันการค้ามนุษย์ที่อาศัยการโดยสารเครื่องบิน—ANA ตระหนักถึงปัญหาการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการค้ามนุษย์ที่อาศัยการโดยสารเครื่องบินเป็นวิธีขนส่ง⁵¹ จึงร่วมมือกับผู้เชี่ยวชาญจากต่างประเทศเพื่อวางแผนที่จะจัดการฝึกอบรมให้บุคลากร โดยเฉพาะอย่างยิ่งลูกเรือบนเที่ยวบิน ให้ตระหนักถึงปัญหาการค้ามนุษย์ และมีทักษะในการตรวจพบและรับมือกับปัญหาดังกล่าวได้⁵²

การจัดปัญหาคอร์รัปชัน—ANA ตระหนักดีว่าปัญหาคอร์รัปชันเป็นปัญหาที่มักส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน จึงได้พัฒนาคู่มือเพื่อช่วยป้องกันไม่ให้เกิดการทุจริตของ ANA เข้าไปเกี่ยวข้องกับปัญหานี้ และจัดให้มีการฝึกอบรมเพื่อสร้างความเข้าใจถึงความเสี่ยงในการเกิดปัญหาคอร์รัปชันให้แก่บุคลากร⁵³

3) ขั้นตอนที่ 3 – การลงมือทำ

ANA ได้พัฒนาโครงการต่างๆ ที่สอดคล้องกับหัวข้อที่ได้กำหนดไปในขั้นตอนที่ 2 เพื่อบรรเทาความเสี่ยงที่จะเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน และจัดให้มีการฝึกอบรมความรู้เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนแก่บุคลากรผ่านระบบ eLearning ในหัวข้อ Human Rights, Universal Declaration of Human Rights, UNGP และหัวข้อ What human rights means to ANA? โดยที่ ANA รายงานว่ามีพนักงานจำนวนกว่า 92.7% ได้ผ่านการฝึกอบรมนี้เรียบร้อยแล้ว นอกจากนี้ ANA กำลังอยู่ในระหว่างการพัฒนากระบวนการเยียวยาในระดับปฏิบัติการ

⁴⁸ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45 หน้า 8.

⁴⁹ Elizabeth Atkinson, *ANA joins Bluenumber Initiative* (Jun. 8, 2018, 10:20 AM), <http://www.businesstravelerusa.com/news/ana-joins-blue-number-initiative>.

⁵⁰ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45 หน้า 9.

⁵¹ Uniting Aviation, *Hidden in Plane Sight* (Jun. 8, 2018, 1:10 PM), <https://www.unitingaviation.com/strategic-objective/security-facilitation/hidden-in-plane-sight/>.

⁵² อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45 หน้า 9.

⁵³ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45 หน้า 9.

(operational-level grievance mechanism) ที่สอดคล้องกับคุณลักษณะด้านประสิทธิภาพ (effectiveness criteria) ตามที่ UNGP กำหนดไว้ในหลักการข้อ 31 อีกด้วย⁵⁴

4) ขั้นตอนที่ 4 – การรายงาน

ANA จัดให้มีการรายงานข้อมูลที่ได้จากการทำโครงการต่างๆ ผ่านช่องทางสาธารณะ อาทิ เว็บไซต์ และการจัดการประชุมสัมมนากับหน่วยงานและผู้มีส่วนได้เสียต่างๆ ทั้งนี้ ANA ได้เคยจัดให้มีโครงการความร่วมมือของผู้มีส่วนได้เสียในประเทศไทยและมาเลเซีย เพื่อรับฟังข้อมูลที่เป็นประโยชน์เพิ่มเติม⁵⁵

5. สายการบินในประเทศไทยกับการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน

ปัจจุบัน มีสายการบินที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายเดินอากาศที่ยังไม่หมดอายุ (ข้อมูล ณ 1 สิงหาคม พ.ศ.2561) อยู่ทั้งสิ้น 27 บริษัท⁵⁶ จากการค้นคว้าพบว่า ปัจจุบันยังไม่มีสายการบินที่จดทะเบียนในประเทศไทยสายใดดำเนินการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน แต่มีบางสายการบินได้ริเริ่มนำเอาแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการธุรกิจแล้ว อาทิ การบินไทย บางกอกแอร์เวย์ส และนกแอร์ ในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป

การบินไทย ได้ริเริ่มเผยแพร่คำประกาศและนโยบายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อสังคม (Corporate Social Responsibility – CSR)⁵⁷ โดยวางวิสัยทัศน์ไว้ว่าจะเป็น “สายการบินที่รับผิดชอบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม” โดยมีแนวทางเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อสังคม คือ ให้ความสำคัญกับการดำเนินการธุรกิจอย่างถูกต้องตามทำนองคลองธรรม มีสำนักงานภายในตรวจสอบและกำกับดูแล กำหนดแผนต่อต้านทุจริตคอร์รัปชัน การเสริมสร้างการเคารพสิทธิมนุษยชนในมิติต่างๆ เช่น การดูแลพนักงานให้ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ และการปฏิบัติต่อแรงงานอย่างเป็นธรรมและไม่เลือกปฏิบัติ ตลอดจนการตระหนักถึงคุณภาพการให้บริการและความปลอดภัยอันถือเป็นส่วนหนึ่งของความรับผิดชอบต่อผู้บริโภค⁵⁸ นอกจากนี้ การบินไทยได้ออกรายงานการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development Report) เป็นประจำทุกปี ซึ่งในปี พ.ศ.2560 พบว่า การบินไทยยังคงเน้นย้ำเกี่ยวกับกิจกรรมด้านสังคมและสิ่งแวดล้อม และคงแนวนโยบายเกี่ยวกับ CSR ต่างๆ ไว้ดังที่ได้ปฏิบัติมาทุกปี⁵⁹ สำหรับสายการบินอื่นพบว่า บางกอกแอร์เวย์ส และนกแอร์ ต่างก็เผยแพร่แนวนโยบายทางด้าน CSR ไว้เช่นเดียวกับการบินไทยและมีลักษณะการปฏิบัติการในรูปแบบที่ไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ มีการออกช่วยเหลือสังคมและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม

⁵⁴ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45 หน้า 10.

⁵⁵ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45 หน้า 11.

⁵⁶ สำนักงานการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย, รายชื่อผู้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการค้าขายในการเดินอากาศ (๑ ส.ค. ๒๕๖๑, ๘.๐๐ น.), <https://www.caat.or.th/th/archives/3338>.

⁵⁷ การบินไทย, ความรับผิดชอบต่อสังคม (26 ก.ค. 2561, 9:30 น.), http://capital.sec.or.th/webapp/corp_fin/datafile/dsf/0245130000-00-00TH504L01015.PDF.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 2.

⁵⁹ การบินไทย, รายงานการพัฒนาอย่างยั่งยืน พ.ศ. 2560 (31 ก.ค. 2561, 10:00 น.), <http://csr.thaiairways.com/th/home.html>.

โดยเฉพาะบริเวณชุมชนในพื้นที่ที่เป็นฐานปฏิบัติการบินหลักของบางกอกแอร์เวย์ส เช่น เกาะสมุย⁶⁰ และตราด⁶¹ และการแสดงความมุ่งมั่นในเชิงนโยบายของนกแอร์ที่จะเคารพสิทธิมนุษยชน และรวมถึงสิทธิตามกฎหมาย และสิทธิที่มีอยู่โดยไม่ขึ้นกับบทบัญญัติของกฎหมาย อาทิ การบริการผู้โดยสารที่ต้องการความช่วยเหลือพิเศษ และการชดเชยในกรณีที่บริษัทไม่สามารถให้บริการได้ตามความต้องการ⁶²

อย่างไรก็ตาม การแสดงถึงความมุ่งมั่นที่จะเคารพสิทธิมนุษยชนของสายการบินดังกล่าว อาจไม่เพียงพอที่จะวางใจได้ว่าการดำเนินการธุรกิจของสายการบินนั้นเป็นไปตามที่ระบุไว้ในแนวนโยบายที่มุ่งเคารพสิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง เพราะมีหลายเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและได้รับความสนใจจากสังคมอย่างกว้างขวาง อาทิ การที่บางสายการบินปฏิเสธไม่ให้ผู้โดยสารที่ต้องการความช่วยเหลือพิเศษขึ้นเครื่อง หรือการที่บางสายการบินนำระบบการให้คะแนนที่ส่งผลให้พนักงานที่ใช้สิทธิลาพักผ่อนหรือลาป่วยตามกฎหมายต้องสูญเสียคะแนนและส่งผลให้พนักงานไม่กล้าใช้สิทธิการลาตามกฎหมาย ซึ่งให้เห็นว่าแม้สายการบินจะมีคำประกาศหรือแนวนโยบายที่มุ่งเคารพสิทธิมนุษยชนในการดำเนินการธุรกิจและถูกเขียนขึ้นด้วยถ้อยคำที่สวยงามเพียงใด ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในระดับปฏิบัติการได้

นอกจากนี้ หลายสายการบินยังมีความเข้าใจว่าการทำ CSR ก็ถือว่าเป็นการแสดงความรักที่ต่อสังคมแล้ว ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ผิด โดยที่ CSR นั้นเป็นเพียงการแสดงความรักที่ต่อสังคมอันเกิดจากการตระหนักว่าการดำเนินการธุรกิจของสายการบินนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมได้ และโครงการภายใต้ CSR อาจรวมหรือไม่รวมประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนก็ได้⁶³ ซึ่งต่างกับความรักที่ต่อสังคมที่เคารพสิทธิมนุษยชนภายใต้ UNGP ที่หลักการในข้อ 11 ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “องค์กรภาคธุรกิจอาจดำเนินการกิจกรรมอื่นใดเพื่อสนับสนุนสิทธิมนุษยชน แต่จะไม่เป็นการทดแทนหรือชดเชยความผิดพลาดอันเกิดจากการไม่เคารพสิทธิมนุษยชนในระหว่างดำเนินการธุรกิจ”⁶⁴ นั้นหมายความว่า แม้สายการบินจะทำกิจกรรม CSR อย่างกว้างขวางและสม่ำเสมอ แต่สายการบินก็ยังคงไม่พ้นจากความรับผิดชอบที่จะเคารพสิทธิมนุษยชนในมิติอื่นๆ ที่สายการบินอาจเป็นผู้ก่อ มีส่วนร่วมทำให้เกิด หรือผลกระทบเช่นว่าที่เกิดจากการดำเนินงาน สินค้า หรือบริการของหน่วยอื่นที่สายการบินมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงโดยอาศัยความสัมพันธ์ทางธุรกิจ⁶⁵

ดังนั้น บทความนี้จึงขอเสนอว่า สายการบินที่จดทะเบียนในประเทศไทย ควรที่จะพิจารณาจัดให้มีการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคลากรภายในองค์กรและผู้มีส่วนได้เสียภายในห่วงโซ่อุปทานของแต่ละสายการบินให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะสามารถกระทำได้ โดยสามารถทำได้ตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

⁶⁰ บางกอกแอร์เวย์ส, บางกอกแอร์เวย์สจัดกิจกรรม CSR ภายใต้โครงการ “สมุยรักษ์น้ำ” (31 ก.ค. 2561, 11:00 น.), <http://www.bangkokair.com/tha/press-release/view>.

⁶¹ บางกอกแอร์เวย์ส, บางกอกแอร์เวย์สจัดกิจกรรม CSR ภายใต้โครงการ “รักษ์โลก ร่วมปลูกป่าชายเลน” (31 ก.ค. 2561, 11:10 น.), <http://www.bangkokair.com/tha/pressrelease/view/Bangkok%20Airways%20organizes%20CSR%20activity%20%E2%80%9CMangrove%20Conservation%20and%20Restoration%20with%20Bangkok%20Airways%E2%80%9D>.

⁶² นกแอร์, ความรับผิดชอบต่อสังคม (31 ก.ค. 2561, 13:00 น.), <http://nok-th.listedcompany.com/csr.html>.

⁶³ ICANN, *Corporate Responsibility to Respect Human Rights: Recommendation for Developing Human Rights Review Process and Reporting* (2015) at 9.

⁶⁴ อ้างแล้ว เจริญรตที่ 3 หลักการข้อ 11.

⁶⁵ อ้างแล้ว เจริญรตที่ 17.

1) สายการบินควรเริ่มแสดงออกถึงความมุ่งมั่นในการเคารพสิทธิมนุษยชน ด้วยการออกนโยบายด้านสิทธิมนุษยชนที่ผ่านการปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญทั้งภายในและภายนอก รวมถึงการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียเรียบร้อยแล้ว ซึ่งในขั้นตอนนี้ได้มีสายการบินบางสาย เช่น การบินไทย บางกอกแอร์เวย์ส และนกแอร์ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนนี้เรียบร้อยแล้ว ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

2) สายการบินควรสื่อสารนโยบายและความรู้ทางด้านสิทธิมนุษยชนให้แก่บุคลากร และทุกฝ่ายในห่วงโซ่อุปทานให้รับรู้และเข้าใจอย่างตรงกันโดยทั่วกัน โดยสามารถทำได้ด้วยการจัดการฝึกอบรมและให้ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชนแก่ทุกฝ่ายอย่างเป็นระบบ ดังเช่นระบบ eLearning ของสายการบิน ANA⁶⁶

3) สายการบินควรประเมินลักษณะการดำเนินการธุรกิจของสายการบินว่ามีความเสี่ยงที่สายการบินอาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นอยู่ในฐานะผู้ก่อให้เกิด ผู้มีส่วนร่วมทำให้เกิด หรือการที่หน่วยธุรกิจอื่นๆ ที่สายการบินมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงโดยอาศัยความสัมพันธ์ทางธุรกิจเป็นผู้ก่อให้เกิด

4) สายการบินควรกำหนดหัวข้อและความเสี่ยงที่เป็นไปได้และที่มีอยู่แล้วอันเกิดจากการดำเนินการธุรกิจของสายการบินเพื่อช่วยวางกรอบการประเมิน ทั้งนี้ หัวข้อสำคัญที่ตรงกับบริบทของประเทศไทย คือ การต่อต้านการค้ามนุษย์ การคุ้มครองและเคารพสิทธิของแรงงาน และการต่อต้านการคอร์รัปชัน โดยที่สายการบินอาจเพิ่มหัวข้ออื่นๆ เข้ามาอยู่ในกรอบการประเมินอีกได้ ทั้งนี้ มีตัวอย่างของกลุ่มสายการบินแอร์เอเชีย (AirAsia Group Berhad) ซึ่งมีสายการบินที่จดทะเบียนในประเทศไทยอยู่สองสายการบิน ได้แก่ ไทยแอร์เอเชีย และไทยแอร์เอเชียเอ็กซ์ ที่ตั้งประเด็นการต่อต้านการค้ามนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการธุรกิจ โดยที่กลุ่มแอร์เอเชีย ได้จัดทำให้มีการฝึกอบรมพนักงานแถวหน้า (frontline staff) โดยเฉพาะลูกเรือบนเที่ยวบินและพนักงานภาคพื้นของทุกฐานปฏิบัติการหลักของสายการบิน ซึ่งรวมถึง ท่าอากาศยานดอนเมือง (DMK) ให้มีทักษะในการตรวจพบความเสี่ยงที่ผู้โดยสารที่เดินทางกับสายการบินในกลุ่มอาจตกเป็นเหยื่อของขบวนการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้โดยสารหญิงและเด็กที่แสดงอาการหวาดกลัวหรือกังวลจนผิดปกติ⁶⁷

5) สายการบินควรจัดให้มีผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนทั้งที่มาจากภายในสายการบินเองหรือจากองค์กรภายนอกที่เป็นอิสระ กลุ่มที่มีแนวโน้มได้รับผลกระทบและผู้มีส่วนได้เสียมาช่วยออกแบบการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน โดยกรณีของกลุ่มแอร์เอเซียนั้น ทางกลุ่มฯ ได้ว่าจ้างองค์กร Airlines Ambassadors International มาช่วยฝึกอบรมพนักงานของสายการบินให้มีทักษะในการตรวจพบและรับมือกับขบวนการค้ามนุษย์⁶⁸ นอกจากนี้ สายการบินอาจสร้างความร่วมมือกับกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียผ่านองค์กรต่างๆ ที่มีอยู่แล้ว เช่น UN Global Compact หรือ Global Reporting Initiative⁶⁹ ได้อีกด้วย

6) สายการบินควรเมื่อตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านบนพื้นฐานของความโปร่งใสและตรวจสอบได้ตามกรอบการประเมินที่ได้วางไว้

⁶⁶ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 45 หน้า 9.

⁶⁷ Thompson Reuter Foundations, *Asia's biggest budget airline train crews to spot human traffickers* (Jul. 24, 2018, 10:15 AM), <http://www.eco-business.com/news/asias-biggest-budget-airline-trains-crew-to-spot-human-traffickers/>.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน

⁶⁹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 26 หน้า 109.

7) เมื่อได้รับรายงานการตรวจสอบ สายการบินควรดำเนินการแก้ไขโดยไม่ชักช้า โดยบูรณาการข้อมูลที่ได้รับเข้ากับหน้าที่และกระบวนการภายในสายการบิน โดยที่ผู้มีอำนาจสั่งการควรริบสั่งให้มีการแก้ไข ปัญหา และจัดให้มีการติดตามตรวจสอบประสิทธิผลของการแก้ปัญหาดังกล่าว

8) สายการบินควรมีความพร้อมที่จะสื่อสารข้อมูลผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนให้แก่บุคลากรและองค์กรภายนอกสายการบิน ในรูปแบบและวิธีการที่ผู้รับสารสามารถรับรู้และเข้าใจได้ตรงกัน โดยที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อผู้มีส่วนได้เสียที่ได้รับผลกระทบ ต่อบุคลากร หรือต่อข้อกำหนดอันชอบธรรมที่เกี่ยวกับความลับเชิงพาณิชย์

9) เมื่อทราบถึงผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชน สายการบินควรจัดให้มีหรือร่วมมือในการเยียวยาความเสียหาย โดยใช้กระบวนการที่ชอบธรรมโดยไม่ชักช้า ทั้งกระบวนการทางศาล และกระบวนการนอกศาล เช่น การร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือการจัดให้มีกระบวนการเยียวยาในระดับปฏิบัติการ (operational-level grievance mechanism) ที่เชื่อถือได้และสอดคล้องกับคุณลักษณะด้านประสิทธิภาพ (effectiveness criteria) ของ UNGP⁷⁰

10) สายการบินควรจัดให้มีการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านอย่างสม่ำเสมอ

6. บทสรุป

การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านในอุตสาหกรรมสายการบิน เริ่มทวีความสำคัญขึ้นมาในปัจจุบัน เพราะประชาคมโลกและองค์กรภาคธุรกิจอุตสาหกรรมอื่นๆ เริ่มต้นตัวในการตระหนักถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนมากขึ้น หลังจากที่สหประชาชาติรับรอง United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPR) และในอุตสาหกรรมสายการบินเอง ก็พบว่ามีหลายสายการบิน ซึ่งรวมถึงสายการบินบางสายในประเทศไทย ได้นำเอาแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชนเข้ามาปรับใช้ในการดำเนินการธุรกิจของตนแล้ว ด้วยการประกาศความมุ่งมั่นเชิงนโยบายในรูปแบบต่างๆ อย่างไรก็ตาม การแสดงออกถึงความมุ่งมั่นเชิงนโยบายอย่างเดียวนั้นยังไม่เพียงพอที่จะตรวจสอบและแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนให้บรรเทาเบาบางลงไปได้ เพราะลักษณะที่เป็นนามธรรมของนโยบายนั้นทำให้หน่วยงานหรือผู้ปฏิบัติงานไม่มีแนวทางหรือขั้นตอนการปฏิบัติงานในการนำนโยบายเช่นว่ามาปรับใช้ ดังนั้น การตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านจึงมีประโยชน์ในการประเมินความเสี่ยงในการที่ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนอาจเกิดขึ้น ตลอดจนสร้างความชัดเจนให้แก่หน่วยงานหรือผู้ปฏิบัติงานอีกด้วย

กรณีตัวอย่างของสายการบิน ANA แสดงให้เห็นว่าการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้านโดยสายการบินนั้นไม่ใช่เรื่องที่ทำได้ยาก หากแต่อาศัยความมุ่งมั่นของสายการบินที่จะแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในทุกภาคส่วนของห่วงโซ่อุปทาน บทความนี้เสนอให้สายการบินต่างๆ โดยเฉพาะสายการบินที่จดทะเบียนในประเทศไทย เรียนรู้จากกรณีตัวอย่างของสายการบิน ANA เพื่อนำมาปรับปรุงและพัฒนาสถานการณ์ทางด้าน

⁷⁰ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3 หลักการข้อ 31.

สิทธิมนุษยชนให้มีมาตรฐานทัดเทียมสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดให้มีการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน แม้จะยังไม่มีรายงานอย่างเป็นทางการเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยสายการบินที่จดทะเบียนในประเทศไทยก็ตาม

ทั้งนี้ การที่สายการบินที่จดทะเบียนในประเทศไทยจัดให้มีการตรวจสอบสิทธิมนุษยชนอย่างรอบด้าน ทำให้สายการบินสามารถ “รู้ตัว” ว่าในการดำเนินการธุรกิจของตนนั้น มีมิติใดที่สุ่มเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน ทั้งของบุคลากรของตนหรือของผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มอื่น เช่น ผู้โดยสาร และสามารถหาทางป้องกันแก้ไขได้ก่อนที่จะเกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้น เมื่อสายการบินมีชื่อเสียงที่ดีในการเคารพสิทธิมนุษยชนและบุคลากรก็สามารถทำงานภายใต้สภาพแวดล้อมการทำงานที่ดี ก็ย่อมส่งผลที่ดีต่อภาพลักษณ์และประสิทธิภาพการดำเนินงานของสายการบิน อีกทั้งยังเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้โดยสารว่า หากเลือกเดินทางกับสายการบินนี้ สิทธิมนุษยชนของผู้โดยสารจะได้รับการเคารพอย่างแน่นอน อันจะส่งผลดีต่อค่านิยมในตัวเอง (good will) ซึ่งในทางธุรกิจนั้นมีคุณค่าและมักส่งผลดีต่อผลประกอบการของสายการบินอีกด้วย

การพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน

Developing a Home Worker Protection Law

ชนินาฏ ลีตส์*

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

chaninat@gmail.com

บทคัดย่อ

การวิจัย เรื่อง การพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน¹ มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1. วิเคราะห์กฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านของไทย 2. วิเคราะห์และเปรียบเทียบอนุสัญญาและข้อเสนอเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านขององค์การแรงงานระหว่างประเทศกับกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ 3. นำผลการวิเคราะห์มาสังเคราะห์เป็นข้อเสนอแนะในการพัฒนาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ให้เหมาะสมต่อไป การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการ 1. วิจัยเอกสารด้วยการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารต่างๆ รวมทั้งข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ 2. สัมภาษณ์เชิงลึกหน่วยงานที่รับผิดชอบ ผู้จ้างงาน และผู้รับงานไปทำที่บ้าน 3. สัมมนากลุ่มย่อยเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้เกี่ยวข้องโดยตรง

การศึกษพบว่า 1. กฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านของไทยมีบทบัญญัติบางเรื่องที่ยังขาดรายละเอียดในการบังคับใช้ 2. บทบัญญัติของกฎหมายยังมีข้อบกพร่องบางประการ ทั้งในส่วนการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน การให้ความเป็นธรรมแก่ผู้จ้างงาน และกระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้รับงานไปทำที่บ้านกับผู้จ้างงาน 3. การบังคับใช้กฎหมายยังมีข้อขัดข้องทางปฏิบัติ และ 4. กฎหมายประกันสังคมยังมีข้อจำกัดทำให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านบางคนไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ที่เหมาะสม จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้ 1. ควรเพิ่มบทบัญญัติในรายละเอียดที่ยังไม่สมบูรณ์ให้ครอบคลุมโดยการประกาศใช้กฎหมายลำดับรองตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ 2. ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้ครอบคลุมการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน ให้ผู้จ้างงานได้รับความเป็นธรรมตามสมควร และเพิ่มกลไกในการระงับข้อพิพาทโดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระดับท้องถิ่นรวมทั้งเพิ่มเขตอำนาจศาลแรงงานให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้รับงานไปทำที่บ้านกับผู้จ้างงานได้ 3. เพื่อแก้ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย ควรบัญญัติให้อาสาสมัครแรงงาน² (อสร.) มีบทบาทในการช่วยเหลือพนักงานตรวจแรงงานในบางเรื่องเพิ่มขึ้น และให้มีการวางระบบข้อมูลเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านของทุกหน่วยงานในกระทรวงแรงงานให้เชื่อมต่อกัน 4. ขยายหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกันตนในฐานะผู้ประกอบการอาชีพอิสระให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: ผู้รับงานไปทำที่บ้าน, กฎหมายแรงงาน, การคุ้มครอง

¹ บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของงานวิจัย เรื่อง “การพัฒนากฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากกองทุนรัตนโกสินทร์สมโภช 200 ปี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

* อาจารย์ประจำ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120

² อาสาสมัครแรงงาน คือ ผู้ที่สมัครใจทำงานให้กับกระทรวงแรงงานเพื่อประโยชน์ของผู้ใช้แรงงาน นายจ้าง และประชาชนทั่วไป ซึ่งต้องมีคุณสมบัติและอำนาจหน้าที่ตามระเบียบกระทรวงแรงงาน ว่าด้วยอาสาสมัครแรงงาน พ.ศ. 2548

Abstract

The objectives of this research on Developing a Home Worker Protection Law are: first to analyze the law of home worker protection, second to analyze and compare the ILO Conventions and Recommendations on Home Worker Protection with Thai and foreign Laws, and third to analyze and synthesize the results of the research in order to develop of the Act on Home Worker Protection, 2010 as would be appropriate. This research is a qualitative research which studies and researches relevant documents, including electronic documents both in Thai and English. This research also includes in-depth interviews with responsible governmental agencies, employers and home-based workers, as well as obtaining information and insights from seminars. Therefore this research includes both formal documents regarding relevant law and formal studies and informal feedback from the people involved.

The study found that; first, there are some provisions in the Thai Home Worker Protection Act that are still lacking in detail and specific provisions for enforcement of the Act; second, the provisions of the law also have some shortcomings in regard to the protection of home workers, fairness to hirer and weaknesses in the dispute resolution process between home workers and hirers; third, law enforcement currently has some practical problems; and finally, the restricted provisions of the Social Security law obstruct some home workers from receiving the benefits they should be lawfully entitled to. This research has resulted in several recommendations for improvement of the Thai Home Worker Protection as follows; first, provisions which are still incomplete should be corrected by the promulgation of secondary legislation as provided for by law; second, the Thai Home Worker Protection Act should be amended to increase the protection of home workers, to make the treatment of hirers more fair and reasonable, and to provide opportunities for local mediation in labour disputes; third, to solve the law enforcement problem, the Thai Home Worker Protection Act should be amended to allow the Labour Inspector to assist with labour volunteers, and a system of information about the protection of home workers in all departments of the Ministry of Labour should be implemented; and finally the criteria of being an insurer as an independent professional should be extended.

Keywords: Home Workers, Labour Law, Protection

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในอดีต การประกอบกิจการของนายจ้างจะจำกัดอยู่ภายในโรงงาน หรือสถานประกอบการ หรือสถานที่ใด ๆ ซึ่งนายจ้างมีอำนาจควบคุมและบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้างได้อย่างสมบูรณ์ แต่เนื่องจากนายจ้างบางคนใช้อำนาจบังคับบัญชาอย่างไม่เป็นธรรม เอาเปรียบลูกจ้างมากเกินไป ประกอบกับลูกจ้างขาดอำนาจต่อรอง จึงทำให้ลูกจ้างต้องยอมรับสภาพการจ้างที่ต่ำกว่ามาตรฐาน เช่น ค่าจ้างแรงงานต่ำ สภาพการทำงานที่ไม่ปลอดภัย ขาดความมั่นคงในการทำงาน รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยตรากฎหมายแรงงานขึ้นเป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่นายจ้างต้องจัดให้แก่ลูกจ้าง เช่น ค่าจ้าง วันเวลาทำงานปกติ เวลาพัก วันหยุด วันลา การใช้แรงงานหญิง การใช้แรงงานเด็ก รวมตลอดถึงการเลิกจ้างและค่าชดเชย นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายแรงงานที่สำคัญอีกหลายฉบับที่นายจ้างต้องปฏิบัติตาม เช่น กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ กฎหมายเงินทดแทน กฎหมายประกันสังคม และกฎหมายความปลอดภัยในการทำงาน กฎหมายแรงงานเหล่านี้เป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญา และเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย นายจ้างไม่อาจตกลงหรือทำข้อสัญญาใดให้ขัดหรือแย้งหรือมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งกับกฎหมายแรงงานข้างต้น มิฉะนั้น ข้อตกลงหรือข้อสัญญานั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

เนื่องจากการปฏิบัติตามกฎหมายแรงงานดังกล่าวทำให้ต้นทุนการผลิตสูงขึ้น ผู้ประกอบการบางคนจึงแสวงหากลยุทธ์ทางการแรงงานเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายแรงงาน โดยเปลี่ยนนิติสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างให้เป็นสัญญาอื่นที่มีใช้สัญญาจ้างแรงงาน ด้วยการนำกระบวนการผลิตวัตถุดิบบางชนิด หรือขั้นตอนการผลิตบางขั้นตอนซึ่งแต่เดิมเคยทำหรือเคยผลิตในสถานประกอบการออกมาจ้างคนงานนอกสถานประกอบการซึ่งมิใช่ลูกจ้างของตน เพื่อให้คนงานเหล่านั้นไปผลิตหรือประกอบ ณ สถานที่อื่นใดซึ่งมิใช่สถานประกอบการของนายจ้าง ทั้งนี้ เพื่อให้คนงานผู้รับงานไปทำดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นลูกจ้างของนายจ้าง และไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายแรงงาน คนงานกลุ่มนี้จึงถูกผลักออกจากระบบกลายเป็นแรงงานนอกระบบ³ ประเภทผู้รับงานไปทำที่บ้านซึ่งได้รับความคุ้มครองจากรัฐยังไม่เพียงพอ

หลังจากกระทรวงแรงงานมีการศึกษาวิจัยเรื่อง การรับงานไปทำที่บ้านอยู่หลายปี มีงานวิจัยหลายฉบับสนับสนุนให้รัฐตรากฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน โดยทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายของนานาประเทศ ในที่สุด รัฐก็ประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ซึ่งมีเจตนารมณ์ให้ความคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านให้ได้รับความเป็นธรรมและมีมาตรฐานด้านความปลอดภัยในการทำงาน แต่ยังมีบทบัญญัติบางเรื่องที่บัญญัติถึงหลักการของกฎหมายไว้ แต่ยังไม่มีการประกาศใช้กฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดในรายละเอียด เช่น งานอื่นที่เป็นงานที่รับไปทำที่บ้าน (มาตรา 3) หรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการเรียกหรือรับหลักประกันการทำงานหรือหลักประกันความเสียหายในการทำงาน (มาตรา 14) ประเภทงานอันตรายที่ห้ามผู้จ้างงานจ้างผู้รับงานไปทำที่บ้านทำงาน (มาตรา 21) หลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราค่าจ้างเงินซึ่งผู้จ้างงานต้องจ่ายให้ผู้รับงาน

³ แรงงานนอกระบบ (Informal Workers) คือ ผู้ใช้แรงงานที่ทำงานโดยไม่มีสัญญาจ้างงานที่เป็นทางการ หรือไม่มีนายจ้างตามความหมายของกฎหมายแรงงาน ไม่ได้ทำงานอยู่ในสถานประกอบการของนายจ้าง ไม่มีค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่แน่นอน หรือเป็นผู้ประกอบอาชีพอิสระ เป็นแรงงานที่ไม่ได้อยู่ในกรอบความคุ้มครองของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายประกันสังคม ทำให้ไม่มีหลักประกันความมั่นคงใดๆ ในการทำงาน (ศูนย์ประสานงานแรงงานนอกระบบ สืบค้นจาก http://isw-thai.blogspot.com/2012/10/blog-post_1.html)

ไปทำที่บ้านเมื่อประสบอันตราย เจ็บป่วย ทพพลภาพ หรือถึงแก่ความตาย (มาตรา 24) นอกจากนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ยังมีบทบัญญัติบางมาตราที่ยังไม่รัดกุม อาจเปิดโอกาสให้ผู้จ้างงานถือโอกาสเอาเปรียบผู้รับงานไปทำที่บ้านได้ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการจ่ายค่าตอบแทนในงานที่รับไปทำที่บ้าน (มาตรา 16 วรรคสอง และมาตรา 18) หรือหลักเกณฑ์การยกเว้นให้ผู้จ้างงานมีสิทธิหักค่าตอบแทนในงานที่รับไปทำที่บ้านเพื่อชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้จ้างงานหรือเพื่อชำระค่าเสียหายหรือค่าปรับในกรณีที่ส่งมอบงานที่ทำไม่ทันกำหนดได้ (มาตรา 19)

บทความวิจัยนี้ ซึ่งเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยวิธีการวิจัยเอกสารโดยการศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากเอกสารต่างๆ ทั้งหนังสือ ตำรา วารสารทางวิชาการ อนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ตลอดจนคำพิพากษาของศาล วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย และข้อมูลทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และศึกษาข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึก และการสัมภาษณ์กลุ่มย่อยเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรง มีวัตถุประสงค์เพื่อวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านของประเทศไทย เพื่อวิเคราะห์และเปรียบเทียบอนุสัญญาและข้อแนะเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านขององค์การแรงงานระหว่างประเทศกับกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ และเพื่อนำผลการวิเคราะห์มาสังเคราะห์เป็นข้อเสนอแนะในการพัฒนาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ.2553 ให้เหมาะสมต่อไป โดยมีขอบเขตการวิจัยคือ เป็นการศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 เปรียบเทียบกับอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ และกฎหมายของต่างประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน คือ ประเทศฟิลิปปินส์ ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา และเยอรมนี เพื่อวิเคราะห์ข้อแตกต่าง รวมทั้งข้อดีและข้อเสีย แล้วนำมาสังเคราะห์เป็นแนวทางและข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายต่อไป ทั้งนี้ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับคือ สามารถกำหนดประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านของประเทศไทย ได้ทราบข้อแตกต่างระหว่างบทบัญญัติของอนุสัญญาและข้อแนะเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านขององค์การแรงงานระหว่างประเทศกับกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ ได้ข้อเสนอแนะในการพัฒนาพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงแรงงาน สามารถนำผลงานวิจัยไปประกอบการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ได้

2. ผลการวิเคราะห์พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553

จากการวิเคราะห์พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 โดยเปรียบเทียบกับอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ และเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านของประเทศสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ญี่ปุ่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสหรัฐอเมริกา ประกอบกับสถานการณ์งานรับไปทำที่บ้านในประเทศไทยแล้ว เห็นควรสรุปสาระสำคัญดังนี้

2.1 บทนิยาม “งานที่รับไปทำที่บ้าน”

ตามบทนิยามที่ว่า “งานที่รับไปทำที่บ้าน หมายความว่า งานที่ผู้จ้างงานในกิจการอุตสาหกรรม⁴ มอบให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านเพื่อนำไปผลิตหรือประกอบนอกสถานประกอบการกิจการของผู้จ้างงานหรืองานอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง⁵” ยังมีข้อบกพร่อง 2 ประการ คือ

บทนิยามดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมทุกประเภทงานที่สามารถรับไปทำที่บ้านได้ กล่าวคือ ไม่มีบทบัญญัติถึง งานพาณิชยกรรม งานกสิกรรม และงานบริการ จึงสมควรบัญญัติบทนิยามให้ครอบคลุมถึงงานพาณิชยกรรม งานกสิกรรม และงานบริการด้วย

มาตรา 3 บัญญัติถึง “งานอื่น” ที่เป็นงานที่รับไปทำที่บ้าน ซึ่งในทางปฏิบัติกระทรวงแรงงานได้นำบทนิยาม “งานที่รับไปทำที่บ้าน” ตามกฎกระทรวง ว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานในงานที่รับไปทำที่บ้าน พ.ศ.2547 มาใช้บังคับ ทั้งที่กฎกระทรวงดังกล่าวออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ซึ่งมีเจตนารมณ์แตกต่างจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ.2553 จึงสมควรมีการประกาศใช้กฎกระทรวงตามมาตรา 3 นอกจากนี้ ในปัจจุบันมีการจ้างงานที่เป็นงานเกษตรกรรมและกสิกรรม โดยให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านต้องนำพืช หรือสัตว์ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอุตสาหกรรมการผลิตของผู้จ้างงานไปเลี้ยงหรือเพาะปลูกตามเงื่อนไขของผู้จ้างงาน เมื่อพืชหรือสัตว์นั้นเจริญเติบโตได้ตามเกณฑ์ที่ผู้จ้างงานกำหนดก็นำมาส่งคืนหรือนำมาขายคืนให้แก่ผู้จ้างงานหรือบุคคลที่ผู้จ้างงานจัดทำให้ งานดังกล่าวยังเป็นข้อสงสัยว่าเป็นงานที่รับไปทำที่บ้านหรือไม่ จึงสมควรกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวในกฎกระทรวงด้วย

2.2 บทนิยาม “ผู้จ้างงานหลัก

ข้อกำหนดในอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ว่าด้วยงานที่รับไปทำที่บ้าน กำหนดไว้ชัดเจนว่า “การรับงานไปทำที่บ้าน” ตามอนุสัญญาและข้อแนะดังกล่าว *ไม่รวมถึงบุคคลซึ่งไม่อยู่ใน การบังคับบัญชา และสามารถพึ่งพาตนเองได้ทางเศรษฐกิจทำนองเดียวกับผู้ประกอบการอาชีพอิสระตามกฎหมาย แห่งชาติหรือตามแนวคำพิพากษาของศาล*⁶ ประกอบกับสถานการณ์การรับงานไปทำที่บ้านในประเทศไทยก็สามารถแบ่งผู้รับงานไปทำที่บ้านได้เป็น 2 ประเภท คือ ผู้รับงานไปทำที่บ้านที่มีลักษณะเป็นการทำงานตามบัญชา⁷ ของผู้จ้างงาน และผู้รับงานไปทำที่บ้านซึ่งมีลักษณะการทำงานอย่างอิสระไม่ต้องทำงานตามบัญชาของผู้จ้างงาน ผู้รับงานไปทำที่บ้านประเภทแรกจะมีลักษณะการทำงานคล้ายลูกจ้างในสถานประกอบการมีลักษณะการจ้างงานใกล้เคียงกับการจ้างแรงงานมากกว่าการจ้างทำของและมีรายได้หลักจากค่าตอบแทนการทำงานให้แก่ผู้จ้างงานนี้

⁴ เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ.2553 ไม่ได้บัญญัติบทนิยามความหมายคำว่า “อุตสาหกรรม” ไว้ จึงต้องนำความหมายจากพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 (สืบค้นจาก www.royin.go.th/dictionary/index.php) อุตสาหกรรม หมายความว่า “กิจการที่ใช้ทุนและแรงงานเพื่อผลิตสิ่งของหรือจัดให้บริการ”

⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ.2553 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง

⁶ Convention concerning Home Work, 1996 (No.177). Article 1(a) และ Recommendation concerning Home Work, 1996 (No.184). I Definitions and scope of Application, 1(a).

⁷ เป็นการทำงานตามแนวทางที่ผู้จ้างงานกำหนด ทั้งการออกแบบและกระบวนการทำงาน รวมทั้งวัตถุดิบต้องเป็นของผู้จ้างงานหรือผู้จ้างงานเป็นผู้เลือก แต่ไม่มีการควบคุมการทำงานถึงขนาดเป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาโดยตรง

หากผู้จ้างงานไม่จ้างงานอีก ผู้รับงานไปทำที่บ้านจะได้รับความเดือดร้อนทางเศรษฐกิจ ผู้รับงานไปทำที่บ้านประเภทนี้จึงสมควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษ ส่วนผู้รับงานไปทำที่บ้านประเภทที่ 2 มีความเป็นอิสระในการทำงานมากกว่า หากบังคับให้ผู้จ้างงานต้องรับผิดชอบต่อผู้รับงานไปทำที่บ้านประเภทนี้ด้วย ก็เป็นการผลกระทบทางเศรษฐกิจให้แก่ผู้จ้างงานมากเกินไป จึงควรบัญญัติแยกผู้จ้างงานประเภทแรกเป็น “ผู้จ้างงานหลัก” โดยบัญญัติเพิ่มในมาตรา 3 ว่า “ผู้จ้างงานหลัก หมายความว่า ผู้จ้างงานที่มอบงานซึ่งโดยปกติงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดในกระบวนการผลิต หรือบริการ หรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้จ้างงานให้ผู้รับงานไปทำที่บ้าน”

2.3 บทนิยามความหมายคำว่า “ผู้รับเหมาช่วง”

ในทางปฏิบัติการมอบงานของผู้จ้างงานให้แก่ผู้รับงานไปทำที่บ้านมักเป็นการส่งมอบโดยผ่าน “คนกลาง” ซึ่งเป็นผู้ติดต่อ คนกลางในที่นี้อาจแยกได้ 2 ประเภท คือ คนกลางที่เป็นลูกจ้างของผู้จ้างงาน และคนกลางที่ประกอบอาชีพจากการนำงานจากผู้จ้างงานไปให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านทำด้วยวิธีการจ้างอีกทอดหนึ่ง โดยมีรายได้จากส่วนต่างของค่าตอบแทนที่ได้รับจากผู้จ้างงานกับค่าตอบแทนที่ต้องจ่ายให้แก่ผู้รับงานไปทำที่บ้าน คนกลางประเภทนี้เรียกว่า “ผู้รับเหมาช่วง” เนื่องจากหน้าที่หลักของผู้รับเหมาช่วงคือการส่งมอบงานให้ผู้รับงานไปทำที่บ้าน และรับค่าตอบแทนจากผู้จ้างงานเพื่อจ่ายให้แก่ผู้รับงานไปทำที่บ้าน ผู้รับเหมาช่วงจึงควรมีส่วนรับผิดชอบต่อผู้รับงานไปทำที่บ้านเช่นเดียวกับผู้จ้างงานด้วย โดยการบัญญัติกฎหมายใน 3 ส่วนดังนี้

2.3.1 ส่วนของบทนิยามความหมาย คือ “ผู้รับเหมาช่วง หมายความว่า บุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ลูกจ้างของผู้จ้างงาน หากแต่เป็นคนกลางระหว่างผู้จ้างงานกับผู้รับงานไปทำที่บ้าน โดยเป็นผู้นำงานจากผู้จ้างงานไปมอบให้ผู้รับงานไปทำที่บ้าน และนำงานที่เสร็จแล้วส่งมอบแก่ผู้จ้างงาน และเป็นผู้รับค่าตอบแทนจากผู้จ้างงานมาจ่ายให้แก่ผู้รับงานไปทำที่บ้าน โดยไม่ต้องคำนึงว่า บุคคลดังกล่าวจะได้รับประโยชน์ตอบแทนเป็นเงินหรือเป็นสิ่งอื่นใดก็ตาม การกระทำใดที่ผู้จ้างงานได้มอบหมายให้ผู้รับเหมาช่วงทำเกี่ยวกับงานรับไปทำที่บ้านให้ถือว่าเป็นการกระทำของผู้จ้างงานด้วย”

2.3.2 ส่วนของการจัดทำเอกสารเกี่ยวกับการรับงานไปทำที่บ้าน เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 มาตรา 9 บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้จ้างงานที่จะต้องจัดทำเอกสารเกี่ยวกับการรับงานไปทำที่บ้าน ซึ่งจะต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับผู้รับงานไปทำที่บ้านและผู้จ้างงาน แต่ปัญหาทางปฏิบัติ คือ ในบางกรณี ผู้จ้างงานไม่รู้จักรับกับผู้รับงานไปทำที่บ้าน เนื่องจากการมอบหมายงานผ่านคนกลางหรือผู้รับเหมาช่วง ดังนั้น ในกรณีที่มีการจ้างงานผ่านผู้รับเหมาช่วง ผู้รับเหมาช่วงจึงสมควรมีหน้าที่ “จัดทำเอกสารเกี่ยวกับการรับงานไปทำที่บ้าน” ด้วย โดยบัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 9 ว่า “มาตรา 9 ผู้จ้างงานและผู้รับเหมาช่วงต้องจัดทำเอกสารเกี่ยวกับการรับงานไปทำที่บ้าน...” และบัญญัติในส่วนของบทลงโทษด้วยว่า “มาตรา 41 ผู้จ้างงานและผู้รับเหมาช่วงผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 9 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

2.3.3 ส่วนของความรับผิดชอบในการจ่ายค่าตอบแทน เนื่องจากผู้รับเหมาช่วงเป็นผู้นำงานจากผู้รับงานไปทำที่บ้านไปส่งให้แก่ผู้จ้างงานและมีหน้าที่รับค่าตอบแทนจากผู้จ้างงานเพื่อนำมามอบให้แก่ผู้รับงานไปทำที่บ้าน ดังนั้น จึงควรบัญญัติให้เป็นความรับผิดชอบของผู้รับเหมาช่วงในการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้รับงานไปทำที่บ้านด้วยว่า “ให้ผู้รับเหมาช่วงร่วมรับผิดชอบกับผู้จ้างงานในการจ่ายค่าตอบแทนในงานที่รับไปทำที่บ้านหรือเงินอื่นใดที่ผู้จ้างงานมีหน้าที่ต้องจ่ายให้แก่ผู้รับงานไปทำที่บ้าน”

2.4 ข้อยกเว้นกรณีบอกเลิกการจ้าง

2.4.1 กรณีผู้จ้างงานบอกเลิกการจ้าง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ.2553 มาตรา 10 บัญญัติข้อยกเว้นให้ผู้จ้างงานอาจบอกเลิกการจ้างได้ “ในกรณีเป็นความผิดของผู้รับงานไปทำที่บ้าน” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่เปิดกว้างเกินไป จึงเห็นว่าควรจะจำกัดขอบเขตของคำว่า “ความผิดของผู้รับงานไปทำที่บ้าน” ให้เฉพาะเจาะจงว่า “ความผิดนั้นต้องเกี่ยวกับการทำงาน” และ “ความผิดจะต้องมีผลถึงการทำงานให้สำเร็จตามที่ตกลงจ้างกัน” ด้วย โดยบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 10 ดังนี้ “มาตรา 10 ในกรณีที่งานที่รับไปทำที่บ้านยังทำไม่แล้วเสร็จ...ผู้จ้างงานจะบอกเลิกการจ้างไม่ได้ เว้นแต่เป็นความผิดของผู้รับงานไปทำที่บ้าน ซึ่งเกี่ยวกับการทำงาน และความผิดนั้นมีผลถึงการทำงานให้สำเร็จตามที่ตกลงจ้างกันด้วย...”

2.4.2 กรณีผู้รับงานไปทำที่บ้านบอกเลิกการจ้าง เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 10 ไม่มีบทบัญญัติให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านบอกเลิกการจ้างในกรณีมีความจำเป็น เช่น ผู้รับงานไปทำที่บ้านไม่ต้องการทำงานดังกล่าวต่อไปอีกเนื่องจากมีความจำเป็นด้านความปลอดภัยในการทำงาน หรือ มีความจำเป็นเนื่องจากมีปัญหาด้านสุขภาพ เมื่อไม่มีกฎหมายเปิดช่องทางให้บอกเลิกการจ้างได้ หากผู้รับงานไปทำที่บ้านไม่ทำงานต่อไป จนเกิดความเสียหายแก่ผู้จ้างงาน ผู้จ้างงานย่อมมีสิทธิฟ้องผู้รับงานไปทำที่บ้านเป็นค่าเสียหายได้ ดังนั้น จึงควรบัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 10 วรรคสอง ดังนี้ “ในกรณีที่งานที่รับไปทำที่บ้านยังทำไม่แล้วเสร็จ หากผู้รับงานไปทำที่บ้านไม่อาจทำงานต่อไปได้เนื่องจากมีปัญหาด้านสุขภาพของตนเอง หรือเนื่องจากความปลอดภัย และสุขอนามัยในการทำงานซึ่งอาจมีผลต่อผู้รับงานไปทำที่บ้าน บุคคลในบ้าน ผู้มาติดต่อ รวมทั้งชุมชนหรือสิ่งแวดล้อม ให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านมีสิทธิบอกเลิกการจ้างได้ และการบอกเลิกการจ้างด้วยเหตุดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องใดๆ แก่ผู้จ้างงาน”

2.5 การเรียกหรือรับหลักประกันการทำงานหรือหลักประกันความเสียหายจากผู้รับงานไปทำที่บ้าน

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 มาตรา 14 บัญญัติห้ามผู้จ้างงานเรียกหรือรับหลักประกันการทำงานหรือหลักประกันความเสียหายในการทำงาน เว้นแต่ประเภท ปริมาณ หรือมูลค่าของงานที่ทำนั้นอาจก่อความเสียหายแก่ผู้จ้างงานได้ แต่การเรียกหรือรับหลักประกันดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีประกาศกำหนด จวบจนถึงปัจจุบันยังไม่มีประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการเรียกหรือรับหลักประกันการทำงานหรือหลักประกันความเสียหายจากการทำงาน จึงควรจัดทำประกาศกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการเรียกหรือรับหลักประกันการทำงานหรือหลักประกันความเสียหายจากการทำงาน โดยมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังนี้

- 1) ลักษณะหรือสภาพการทำงานเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งมีมูลค่าสูงหรือการทำงานอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงได้
- 2) ควรกำหนดประเภทของหลักประกันเพียง 3 ประเภท คือ เงินสด ทรัพย์สิน หรือการค้ำประกันด้วยบุคคล โดยจะต้องกำหนดรายละเอียดของหลักประกันแต่ละประเภทด้วยว่าจะใช้เป็นหลักประกันอย่างไร และ
- 3) มูลค่าของหลักประกันต้องไม่เกินร้อยละ 60 ของค่าตอบแทนที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านจะได้รับ

2.6 บทบัญญัติเกี่ยวกับค่าตอบแทนในงานที่รับไปทำที่บ้าน

2.6.1 อัตราค่าตอบแทนในงานที่รับไปทำที่บ้านในงานที่มีการจ้างกันในสถานประกอบกิจการ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 มาตรา 16 บัญญัติให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านต้องได้ค่าตอบแทนไม่น้อยกว่าอัตราค่าจ้างสำหรับลูกจ้างที่ทำงานลักษณะ และคุณภาพอย่างเดียวกันในสถานประกอบกิจการ ในเรื่องนี้มีปัญหาในการกำหนดอัตราค่าตอบแทนขั้นต่ำที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านควรจะได้รับ ซึ่งบุคคลที่จะกำหนดอัตราค่าตอบแทนสำหรับผู้รับงานไปทำที่บ้านที่เหมาะสมที่สุด ควรเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องหรือมีประสบการณ์การทำงานเกี่ยวกับการรับงานไปทำที่บ้านในแต่ละเรื่อง ดังนั้น จึงควรบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในหมวดที่ 5 คณะกรรมการคุ้มครองการรับงานไปทำที่บ้าน โดยเพิ่มข้อความใน มาตรา 28 วรรคสองว่า “การกำหนดอัตราค่าตอบแทนตาม (3) ให้คณะกรรมการตั้งอนุกรรมการผู้มีความรู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการรับงานไปทำที่บ้านในแต่ละประเภทของงานและประเภทละหนึ่งคน ได้แก่ งานผลิตเสื้อผ้าสำเร็จรูป งานผลิตเครื่องใช้ที่ทำด้วยหนังสัตว์หรือหนังสัตว์เทียม งานผลิตสินค้าเกี่ยวกับไม้และกระดาษ งานผลิตเครื่องแก้วและเซรามิก และงานบริการ หรืองานอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการและอนุกรรมการพิจารณากำหนดค่าตอบแทนไม่น้อยกว่าลูกจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานพึงได้รับ”

2.6.2 การบัญญัติให้ผู้จ้างงานอาจจ่ายค่าตอบแทนเป็นตัวแทนได้หากผู้รับงานไปทำที่บ้านยินยอมตามมาตรา 16 เรื่องนี้มีข้อน่าพิจารณา คือ การจ่ายค่าตอบแทนเป็นเช็คซึ่งเป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง มีความเสี่ยงสูงสำหรับผู้รับงานไปทำที่บ้านอาจไม่ได้รับค่าตอบแทน นอกจากนี้ การประกอบธุรกิจในปัจจุบันมีระบบการจ่ายเงินหลายระบบ เช่น การจ่ายโดยวิธีการโอนเงินเข้าบัญชี จ่ายโดยใช้เครดิตการ์ด เดบิตการ์ด ระบบพร้อมเพย์ (Prompt Pay) ระบบเพย์พาล (paypal) หรือ GSB pay ซึ่งเป็น application จ่ายเงินผ่านโทรศัพท์มือถือที่เป็น smart phone จึงควรดัดวิธีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นตัวแทน และเพิ่มทางเลือกในการจ่ายเงินด้วยวิธีอื่นที่มีความปลอดภัยขึ้นโดยแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 16 วรรคสอง ดังนี้ “ให้ผู้จ้างงานจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงินสดรายไทย เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากผู้รับงานไปทำที่บ้านให้จ่ายเป็นเงินสดต่างประเทศหรือจ่ายโดยวิธีอื่น”

2.6.3 ประเด็นเรื่องวิธีการให้ความยินยอมตามมาตรา 16 วรรคสอง และ มาตรา 18 ซึ่งกฎหมายบัญญัติแต่เพียงว่า “...เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากผู้รับงานไปทำที่บ้าน...” โดยไม่มีการบัญญัติในรายละเอียดว่า การให้ความยินยอมดังกล่าวจะต้องทำอย่างไร และมีหลักเกณฑ์อย่างไร จึงควรบัญญัติหลักเกณฑ์การให้ความยินยอมเพิ่มเป็นมาตรา 16 วรรคสาม และมาตรา 18 วรรคสอง ดังนี้ “การให้ความยินยอมข้างต้น ผู้รับงานไปทำที่บ้านจะต้องให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งเป็นหนังสือตั้งแต่แรกที่ตกลงจ้างให้ทำงานรับไปทำที่บ้าน

2.6.4 การให้ความยินยอมให้ผู้จ้างงานหักค่าตอบแทนในงานที่รับไปทำที่บ้าน ตามมาตรา 19 (3) และ (4) ซึ่งบัญญัติห้ามผู้จ้างงานหักค่าตอบแทนในการรับงานไปทำที่บ้าน เว้นแต่เป็นการหักเพื่อชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้จ้างงาน จากการที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามมาตรา 19 (3) หรือเป็นการหักเพื่อชำระค่าเสียหายหรือค่าปรับในกรณีที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านส่งมอบงานที่ทำไม่ทันกำหนดเวลาส่งมอบตามมาตรา 19 (4) ซึ่งการหักเงินทั้ง 2 กรณีนี้ผู้จ้างงานจะหักค่าตอบแทนได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้รับงานไปทำที่บ้าน แต่ไม่มีบทบัญญัติในรายละเอียดว่า การให้ความยินยอมดังกล่าวต้องกระทำ

อย่างไร จึงเป็นบทบัญญัติที่กว้างเกินไป และเปิดโอกาสให้ผู้จ้างงานกดดันให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านต้องลงชื่อยินยอมล่วงหน้าให้ผู้จ้างงานมีสิทธิหักเงินดังกล่าวได้ตั้งแต่แรกทำสัญญาจ้างงานไปทำที่บ้าน หากไม่ลงชื่อยินยอมไว้ก็อาจไม่มอบงานให้ทำ จึงควรกำหนดให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านต้องให้ความยินยอมหลังจากความเสียหายปรากฏแล้ว และต้องให้ความยินยอมเป็นคราว ๆ ไป โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 19 วรรคสอง ว่าดังนี้ “การให้ความยินยอมให้หักค่าตอบแทนในกรณีตาม (3) หรือ (4) ผู้รับงานไปทำที่บ้านจะต้องให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งเป็นหนังสือหลังจากความเสียหายปรากฏแล้ว แต่ผู้จ้างงานจะหักค่าตอบแทนได้ต่อเมื่อผู้จ้างงานได้แจ้งให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านทราบแต่แรกที่เกิดการจ้างงาน โดยผู้จ้างงานต้องระบุมูลค่าของวัตถุ อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงาน หรือ วิธีคำนวณค่าเสียหายหรือค่าปรับในกรณีที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านส่งมอบงานที่ไม่ทันกำหนดเวลาส่งมอบ และห้ามมิให้หักเกินร้อยละสิบของค่าตอบแทนที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านมีสิทธิได้รับในแต่ละงวดที่จ่ายค่าตอบแทน...”

2.7 ความปลอดภัยในการทำงาน

2.7.1 ประเภทยานอันตรายที่ห้ามผู้จ้างงานจ้างผู้รับงานไปทำที่บ้านทำตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 มาตรา 21 แบ่งเป็น 4 ประเภท ได้แก่ 1) งานเกี่ยวกับวัตถุอันตรายตามกฎหมายว่าด้วยวัตถุอันตราย 2) งานที่ต้องทำด้วยเครื่องมือหรือเครื่องจักร ซึ่งผู้ทำได้รับความอันตรายอันอาจเป็นอันตราย 3) งานเกี่ยวกับความร้อนจัดหรือเย็นจัด อันอาจเป็นอันตราย และ 4) งานอื่นที่อาจกระทบต่อสุขภาพ ความปลอดภัย หรือคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งงานอันตรายตามข้อ 2) ถึง 4) ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นไปตามกฎกระทรวงนั้น นับถึงปัจจุบันยังไม่มีกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 มาตรา 21 เลย จึงขาดความชัดเจนว่า งานใดเป็นงานอันตรายที่จะต้องห้ามจ้างผู้รับงานไปทำที่บ้านหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในเรื่องงานอันตรายมีหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญโดยตรงรับผิดชอบอยู่แล้ว จึงควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 21 วรรคสองจาก “ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” เป็น “ลักษณะหรือประเภทของงานตาม (2) (3) หรือ (4) ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสิ่งแวดล้อมในการทำงาน”

2.7.2 ความปลอดภัยเกี่ยวกับวัตถุ อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงานอาจเป็นอันตรายตามมาตรา 22 ซึ่งบัญญัติว่า “ห้ามผู้จ้างงานจัดหาหรือส่งมอบวัตถุ อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงานที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้รับงานไปทำที่บ้าน บุคคลในบ้าน ผู้มาติดต่อ รวมทั้งชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมใกล้เคียง” นั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจกระทรวงแรงงานที่จะออกกฎกระทรวงกำหนดลักษณะหรือประเภทของวัตถุ อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงานที่อาจเป็นอันตรายได้ ทั้งที่เรื่องนี้เป็นเรื่องสำคัญเพราะอาจเป็นอันตรายต่อบุคคลในบ้าน หรือผู้มาติดต่อ หรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมใกล้เคียงในเรื่องนี้มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอาชีวอนามัยและความปลอดภัยในการทำงานอีก 2 ฉบับ คือ กฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน และกฎหมายว่าด้วยอาชีวอนามัย ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมในการทำงานซึ่งน่าจะมีความละเอียดของกฎกระทรวงที่ใช้ร่วมกันได้ จึงควรเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 22 เป็นวรรคสอง ว่า “วัตถุ อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงานที่อาจเป็นอันตรายตามความในวรรคก่อนนั้น ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้นำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน และกฎหมายว่าด้วยอาชีวอนามัย ความปลอดภัยและสิ่งแวดล้อมในการทำงานมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

2.7.3 ความรับผิดชอบจ่ายค่ารักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพ และค่าทำศพ จากบทบัญญัติในมาตรา 24 มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา 3 ประเด็น คือ

1) ประเด็นเรื่องผู้จ้างงานที่ต้องรับผิดชอบ มาตรา 24 แบ่งความรับผิดชอบเป็น 3 สาเหตุ คือ สาเหตุที่ 1 ผู้รับงานไปทำที่บ้านประสบอันตราย เจ็บป่วย ทุพพลภาพ หรือถึงแก่ความตายเนื่องจากการใช้วัตถุอันตราย วัตถุอันตราย หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงานที่ผู้จ้างงานจัดหาหรือส่งมอบให้ สาเหตุที่ 2 ผู้รับงานไปทำที่บ้านประสบอันตราย เจ็บป่วย ทุพพลภาพ หรือถึงแก่ความตายเนื่องจากการที่ผู้จ้างงานไม่จัดให้มีอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยในการทำงาน หรืออุปกรณ์ที่จัดหาให้มีคุณภาพไม่ดีพอหรือไม่เหมาะสมกับการทำงาน หรือมีจำนวนไม่เพียงพอ สาเหตุที่ 3 กรณีเกิดอุบัติเหตุเนื่องจากการทำงาน ณ สถานที่ทำงานนั้น เมื่อพิจารณาสาเหตุที่ 1 และสาเหตุที่ 2 แล้วเห็นว่า เมื่อเกิดอันตราย เจ็บป่วย ทุพพลภาพ หรือถึงแก่ความตาย ผู้จ้างงานก็ควรรับผิดชอบเพราะสาเหตุทั้ง 2 ประการดังกล่าวเกิดจากความบกพร่องต่อหน้าที่ของผู้จ้างงาน สำหรับสาเหตุที่ 3 เป็นกรณีที่ผู้จ้างงานจัดหาวัตถุอันตราย วัตถุอันตราย หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงานซึ่งมีคุณภาพดี พร้อมทั้งมีการจัดหาอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยที่เหมาะสมอย่างเพียงพอแล้ว แต่ยังเกิดอุบัติเหตุเนื่องจากการทำงาน ณ สถานที่ทำงานนั้น ไม่ควรผลักภาระให้ผู้จ้างงานทุกคนต้องรับผิดชอบ ควรกำหนดให้เป็นความรับผิดชอบสำหรับผู้จ้างงานหลักเท่านั้น เพราะผู้จ้างงานหลักเปรียบได้กับนายจ้างและผู้รับงานไปทำที่บ้านเปรียบได้กับลูกจ้างในสถานประกอบการ เมื่อเกิดอันตราย เจ็บป่วย ทุพพลภาพ หรือถึงแก่ความตายเนื่องจากการทำงาน ผู้จ้างงานก็ต้องรับผิดชอบเคียงข้างกับบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน จึงควรแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 24 วรคหนึ่งและวรคสอง ดังนี้

“มาตรา 24 ให้ผู้จ้างงานเป็นผู้รับผิดชอบค่ารักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพและค่าทำศพในกรณีที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านประสบอันตราย เจ็บป่วย ทุพพลภาพหรือถึงแก่ความตายเนื่องจากการใช้วัตถุอันตราย วัตถุอันตราย หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงานที่ผู้จ้างงานจัดหาหรือส่งมอบให้ หรือเนื่องจากผู้จ้างงานไม่จัดให้มีอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยในการทำงาน

ให้ผู้จ้างงานหลักรับผิดชอบค่ารักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพและค่าทำศพในกรณีที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านประสบอุบัติเหตุเนื่องจากการทำงาน ณ สถานที่ทำงาน...”

2) ประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของผู้รับเหมาช่วง กล่าวคือ ทางปฏิบัติผู้ที่ทำหน้าที่นำงานจากผู้จ้างงานไปมอบให้แก่ผู้รับงานไปทำที่บ้าน คือผู้จ้างเหมาช่วง บางกรณีผู้จ้างงานและผู้รับงานไปทำที่บ้านไม่เคยรู้จักกัน อีกทั้ง บางกรณีผู้รับงานไปทำที่บ้านไม่เคยทราบว่าผู้รับเหมาช่วงตกลงรับงานจากผู้จ้างงานในอัตราเท่าไร จะทราบก็แต่เพียงอัตราค่าตอบแทนที่ตนได้รับเท่านั้น และมีความเป็นไปได้ว่า ผู้รับเหมาช่วงอาจเป็นผู้จัดหาวัตถุอันตราย วัตถุอันตราย หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงาน หรืออาจเป็นคนจัดหาอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยให้แก่ผู้รับงานไปทำที่บ้านด้วย ดังนั้น ผู้รับเหมาช่วงจึงควรมีความรับผิดชอบหากจัดหาวัตถุอันตราย วัตถุอันตราย หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงาน หรืออุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยซึ่งมีคุณภาพไม่ดี มีผลให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านประสบอันตราย เจ็บป่วย ทุพพลภาพหรือถึงแก่ความตาย แต่หากผู้รับเหมาช่วงสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่เกี่ยวข้องในการจัดหาดังกล่าว ผู้รับเหมาช่วงก็ไม่ต้องรับผิด ซึ่งในเรื่องนี้ ควรเพิ่มบทบัญญัติในมาตรา 24 เป็น มาตรา 24 วรคสาม ดังนี้

“ให้ผู้รับเหมาช่วงรับผิดชอบตามที่สมควรหนึ่งร่วมกับผู้จ้างงานด้วย เว้นแต่ผู้รับเหมาช่วงจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการกำหนด เลือก หรือจัดหาวัตถุดิบ อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงานนั้น”

3) ประเด็นเรื่องอัตราค่ารักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพการทำงาน และค่าทำศพ มาตรา 24 บัญญัติให้การจ่ายค่ารักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพและค่าทำศพให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งในเรื่องนี้สามารถเทียบเคียงได้กับกฎหมายเงินทดแทนที่ให้อำนาจคณะกรรมการการแพทย์เป็นผู้กำหนด ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีความเชี่ยวชาญและประสบการณ์โดยตรง จึงเห็นว่า ควรแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 24 วรรคสาม ดังนี้

“ทั้งนี้ การจ่ายค่ารักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพและค่าทำศพให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราที่กำหนดตามกฎหมายว่าด้วยเงินทดแทน”

2.7.4 ประเด็นเรื่องผู้ที่อาจได้รับผลจากวัตถุดิบ อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงาน เนื่องจากมาตรา 24 ให้ความคุ้มครองเฉพาะผู้รับงานไปทำที่บ้าน แต่ในความเป็นจริง การทำงานทั้งหมดต้องทำที่บ้านพักอาศัย มีสมาชิกในครอบครัวซึ่งมักจะเป็นเด็กและคนชรา บุคคลกลุ่มนี้อาจรับผลจากการทำงานที่บ้านได้โดยตรง แต่ไม่ได้รับความคุ้มครอง จึงควรแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 24 ว่า “มาตรา 24 ให้ผู้จ้างงานเป็นผู้รับผิดชอบค่ารักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพและค่าทำศพในกรณีที่ผู้รับงานไปทำที่บ้าน หรือสมาชิกคนใดคนหนึ่งใดในครอบครัวประสบอันตราย เจ็บป่วย ทุพพลภาพหรือถึงแก่ความตายเนื่องจากการใช้วัตถุดิบ อุปกรณ์ หรือสิ่งอื่นที่ใช้ในการทำงาน ที่ผู้จ้างงานจัดหาหรือส่งมอบให้ หรือเนื่องจากผู้จ้างงานไม่จัดให้มีอุปกรณ์คุ้มครองความปลอดภัยในการทำงาน”

2.7.5 องค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองการรับงานไปทำที่บ้านซึ่งเป็นผู้แทนจากหน่วยงานภาครัฐ

คณะกรรมการคุ้มครองการรับงานไปทำที่บ้านซึ่งเป็นผู้แทนจากหน่วยงานภาครัฐ ได้แก่ กรรมการโดยตำแหน่งที่จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองการรับงานไปทำที่บ้านโดยตรง คือ ปลัดกระทรวงแรงงาน เป็นประธานกรรมการ กรรมการโดยตำแหน่งจำนวน 5 คนจาก 5 หน่วยงาน ดังนี้ อธิบดีกรมการจัดหางาน ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม ผู้แทนกรมการปกครอง และผู้แทนกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งของพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 คือ คุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านเกี่ยวกับการทำงาน ฉะนั้น องค์ประกอบของคณะกรรมการคุ้มครองการรับงานไปทำที่บ้านจึงควรมีผู้แทนจากสถาบันส่งเสริมความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีพันธกิจด้านการส่งเสริมความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานด้วย โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 25 (2) ดังนี้

“มาตรา 25 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการคุ้มครองการรับงานไปทำที่บ้าน” ประกอบด้วย

(2) กรรมการโดยตำแหน่งจำนวนหกคน ได้แก่ อธิบดีกรมการจัดหางาน ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม ผู้แทนสถาบันส่งเสริมความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน ผู้แทนกรมการปกครอง และผู้แทนกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ...”

2.8 การยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน

ต้องเป็นกรณีผู้จ้างงานไม่จ่ายเงินตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 ซึ่งได้แก่ เงินค่าตอบแทน เงินหลักประกันการทำงาน ค่ารักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพการทำงาน ค่าทำศพ เงินอื่นๆ และผู้ที่มีสิทธิยื่นคำร้องได้ คือผู้รับงานไปทำที่บ้านหรือทายาทของผู้รับงานไปทำที่บ้านเท่านั้น ซึ่งในความเป็นจริง ข้อพิพาทระหว่างผู้รับงานไปทำที่บ้านกับผู้จ้างงานอาจมีมากกว่าการเรียกร้องให้จ่ายเงินและอาจเป็นการเรียกร้องจากฝ่ายผู้จ้างงานก็ได้ เช่น ผู้รับงานไปทำที่บ้านไม่ยอมคืนอุปกรณ์ที่ใช้ทำงานซึ่งมีราคาแพง หรือ กรณีผู้รับงานไปทำที่บ้านลงชื่อยินยอมให้หักเงินค่าเสียหายโดยเข้าใจผิดคิดว่าเป็นเอกสารการรับเงิน ดังนี้ จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 33 ว่า “มาตรา 33 ในกรณีมีข้อพิพาทระหว่างผู้จ้างงานกับผู้รับงานไปทำที่บ้านหรือทายาทของผู้รับงานไปทำที่บ้าน หรือเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้จ้างงาน หรือผู้รับงานไปทำที่บ้าน หรือทายาทของผู้รับงานไปทำที่บ้านอาจยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานแห่งท้องที่ที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านทำงานอยู่หรือที่ผู้จ้างงานมีภูมิลำเนาอยู่ตามแบบที่อธิบดีประกาศกำหนด หากผู้จ้างงานหรือผู้รับงานไปทำที่บ้านถึงแก่ความตายก่อนการยื่นคำร้องหรือระหว่างพิจารณาคำร้องให้ทายาทของผู้นั้นมีสิทธิยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานหรือดำเนินการต่อไปตามหมวดนี้”

2.9 การยุติข้อพิพาทระหว่างผู้จ้างงานกับผู้รับงานไปทำที่บ้าน

การยุติข้อพิพาทระหว่างผู้จ้างงานกับผู้รับงานไปทำที่บ้าน จากบทบัญญัติ มาตรา 33 ถึง มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 กำหนดวิธีระงับข้อพิพาทระหว่างผู้จ้างงานกับผู้รับงานไปทำที่บ้านเพียง 2 วิธี คือ ยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงาน และการนำคดีไปสู่ศาลแรงงาน แต่เนื่องจาก นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้จ้างงานกับผู้รับงานไปทำที่บ้านค่อนข้างบอบบาง กล่าวคือ เมื่อมีข้อพิพาทกันแล้วก็ไม่สามารถทำงานด้วยกันต่อไปอีก ไม่ว่าฝ่ายใดจะเป็นฝ่ายชนะคดี ซึ่งย่อมมีผลร้ายต่อผู้รับงานไปทำที่บ้านโดยตรง และด้วยเหตุนี้จึงมีผลให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านยังไม่กล้าเรียกร้องสิทธิใดๆ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 เพราะเกรงว่าจะไม่ได้รับมอบงานให้ทำอีก และต้องขาดรายได้ไป จึงเห็นว่าควรเพิ่มขั้นตอนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งการนี้จะเป็นผลดีแก่ทั้งสองฝ่ายและยังทำให้กลับมาคืนดีและทำงานร่วมกันได้อีก อย่างไรก็ตาม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้ควรให้บุคคลที่มีความเป็นกลางและผ่านการอบรมด้านการไกล่เกลี่ยประณอมข้อพิพาทมาแล้ว และควรเป็นผู้ไกล่เกลี่ยท้องถิ่นที่มีความเข้าใจสภาพสังคมในท้องถิ่นนั้นด้วย จึงเห็นควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวดที่ 6 “การยื่นคำร้องและการพิจารณาคำร้อง” เป็นมาตรา 33/1 ดังนี้

“เมื่อมีการยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานตามมาตรา 33 ให้พนักงานตรวจแรงงานส่งคำร้องนั้นให้แก่ผู้ไกล่เกลี่ยและประณอมข้อพิพาทตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน เรื่องการไกล่เกลี่ยและประณอมข้อพิพาททางแพ่ง

ในกรณีที่คู่พิพาทตกลงกันได้ทุกฝ่าย ให้ผู้ไกล่เกลี่ยและประณอมข้อพิพาททำสัญญาประนีประนอมยอมความตามข้อความที่ได้ตกลงกันนั้น และให้ถือว่าข้อพิพาทเป็นอันยุติลงทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา

ในกรณีที่ฝ่ายที่มีหนี้จะต้องปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามสัญญา ดังกล่าว จึงให้ฝ่ายที่ต้องเสียหายนั้น ยื่นคำร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานอีกครั้งเพื่อดำเนินการชี้ขาดตามกฎหมายต่อไป”

2.10 บทเพิ่มโทษสำหรับกรณีกระทำผิดซ้ำ

บทเพิ่มโทษสำหรับกรณีกระทำผิดซ้ำ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 หมวด 8 “บทกำหนดโทษ” ไม่มีบทบัญญัติเพิ่มโทษสำหรับการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้ แต่เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 20 ถึงมาตรา 24 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงาน ซึ่งอาจมีผลกระทบต่องานไปทำที่บ้าน ครอบครัว ผู้เกี่ยวข้อง ตลอดจนชุมชนหรือสิ่งแวดล้อม จึงควรมีบทเพิ่มโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว และกำหนดเป็นเงื่อนไขห้ามเจ้าพนักงานเปรียบเทียบด้วย โดยบัญญัติเพิ่มเป็นมาตรา 48/1 ว่า “ในกรณีที่มีการกระทำความผิดตามมาตรา 20 ถึงมาตรา 24 ซ้ำอีกภายใน 5 ปีนับแต่การลงโทษในการกระทำความผิดครั้งก่อน ให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจเพิ่มโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นอีกหนึ่งในสาม และในกรณีนี้ห้ามเจ้าพนักงานเปรียบเทียบ”

3. ผลการวิเคราะห์ข้อขัดข้องในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553

ข้อขัดข้องที่สำคัญในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 มี 2 ประการ คือ ข้อขัดข้องเกี่ยวกับการตรวจแรงงาน และข้อขัดข้องเกี่ยวกับการบริหารจัดการระบบเครือข่ายข้อมูลผู้รับงานไปทำที่บ้าน ดังนี้

3.1 ข้อขัดข้องเกี่ยวกับการตรวจแรงงาน

มีปัญหาในทางปฏิบัติ คือ ประชาชนไม่ว่าจะเป็นผู้จ้างงานหรือผู้รับงานไปทำที่บ้าน ต่างไม่ยินดีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเข้าตรวจสอบสถานที่ของตน ปัญหาหลักในการบังคับใช้กฎหมายคือการไม่ได้รับความร่วมมือ แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 มาตรา 31 และ มาตรา 37 จะบัญญัติให้คณะกรรมการคุ้มครองการรับงานไปทำที่บ้านหรือพนักงานตรวจแรงงานแล้วแต่กรณีมีอำนาจเข้าไปในสถานประกอบกิจการของผู้จ้างงานหรือสถานที่ทำงานของผู้รับงานไปทำที่บ้านก็ตาม ข้อมูลที่ได้รับมักไม่ครบถ้วน ฉะนั้น จึงมีข้อเสนอแนะ คือ

3.1.1 ให้อำนาจอาสาแรงงาน (อสร.) ในแต่ละพื้นที่ ทำหน้าที่ตรวจสอบสภาพการทำงาน รวมทั้งความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานและสภาพแวดล้อมแห่งท้องถิ่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการทำงานดังกล่าว โดย อสร.ทุกคนจะต้องผ่านการอบรมจากสถาบันความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน เป็นการช่วยงานพนักงานตรวจแรงงานจังหวัดซึ่งมีจำนวนจำกัดอย่างมาก นอกจากนี้ อสร.มักเป็นคนท้องถิ่นมีความคุ้นเคยกับผู้รับงานไปทำที่บ้านเป็นอย่างดี สามารถเข้าถึงสถานที่ทำงานและสามารถเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงานได้ อีกทั้งยังมีโอกาสให้คำแนะนำเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านพึงได้รับจากการจ้างงานแต่ละครั้ง

3.1.2 การออกตรวจสถานประกอบกิจการของผู้จ้างงานหรือสถานที่ทำงานของผู้รับไปทำที่บ้าน โดยใช้วิธีบูรณาการ กล่าวคือ เจ้าพนักงานด้านแรงงานในสังกัดกระทรวงแรงงานออกตรวจร่วมกัน และใช้วิธีการให้ผลประโยชน์แก่ผู้จ้างงานและผู้รับงานไปทำที่บ้าน เช่น กรณีออกตรวจสถานที่ทำงานของผู้รับงานไปทำที่บ้าน อาจมีการอบรมอาชีพ สอนงานที่ผู้รับงานไปทำที่บ้านสนใจ หรือ เป็นงานที่อยู่ในความต้องการของตลาด

หรือมีการนำเสนอให้สมัครเป็นผู้ประกันตนโดยสมัครใจ หรือเผยแพร่ความรู้ทางบริหารจัดการ หรือการตลาด การออกตรวจในลักษณะนี้จะได้รับความร่วมมืออย่างดี และให้ข้อมูลที่ครบถ้วนมากกว่าการตรวจโดยใช้อำนาจ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2553 มาตรา 31 และ มาตรา 33

3.2 ระบบเครือข่ายข้อมูลผู้รับงานไปทำที่บ้านและผู้จ้างงาน

เนื่องจากการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้รับงานไปทำที่บ้านและผู้จ้างงานของหน่วยงานต่าง ๆ ในกระทรวง แรงงานมีวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน จัดเก็บข้อมูล เกี่ยวกับผู้จ้างงานและผู้รับงานไปทำที่บ้านที่ขึ้นทะเบียนเพื่อใช้สิทธิเลือกผู้แทนเป็นกรรมการในคณะกรรมการ คุ้มครองการรับงานไปทำที่บ้าน ในทางปฏิบัติผู้มาขึ้นทะเบียนจำนวนไม่มาก ในขณะที่กรมการจัดหางาน เปิดให้ผู้รับงานไปทำที่บ้านจดทะเบียนเป็นผู้รับงานไปทำที่บ้านเพื่อประโยชน์ที่สำคัญ 2 ประการคือ เพื่อใช้สิทธิ กู้เงินกองทุนเพื่อผู้รับงานไปทำที่บ้านซึ่งอยู่ในความดูแลของกองส่งเสริมการมีงานทำ กรมการจัดหางาน ประโยชน์ อีกประการ คือ กองส่งเสริมการมีงานทำจะทำหน้าที่เป็นคนกลางระหว่างผู้จ้างงานกับผู้รับงานไปทำที่บ้านให้มา พบเจรจากันและเมื่อตกลงกันได้ก็จะมีการจ้างงานต่อไป ซึ่งในกลุ่มนี้ยังส่งเสริมให้มีการจ้างงานอย่างสม่ำเสมอด้วย ส่วนกองความปลอดภัยแรงงาน จะเก็บข้อมูลเกี่ยวกับการประสบอันตราย เจ็บป่วย อุพพลภาพ และถึงแก่ความตาย ในการทำงานทุกภาคส่วน และสำนักงานประกันสังคมมีการเก็บข้อมูลผู้ประกันตนโดยสมัครใจตามมาตรา 40 แต่ไม่มีการแยกประเภทเป็นผู้รับงานไปทำที่บ้านจำนวนเท่าไร ข้อมูลเหล่านี้ หากมีการรวบรวมบูรณาการการเก็บข้อมูล และสร้างระบบเชื่อมต่อข้อมูลภายในกระทรวงแรงงาน โดยกำหนดรหัสผ่าน ทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องย่อมได้ประโยชน์ จากข้อมูลนั้นและพร้อมจะนำข้อมูลไปใช้เพื่อการพัฒนาประสิทธิภาพการทำงานและการบังคับใช้กฎหมายได้ดีขึ้น

4. ผลการวิเคราะห์สิทธิของผู้ประกันตนโดยสมัครใจตามกฎหมายประกันสังคมของผู้รับงานไปทำที่บ้าน

4.1 ข้อกำหนดในอนุสัญญาและข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ว่าด้วยงานที่รับไปทำที่บ้าน

แม้ประเทศไทยจะยังไม่ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ว่าด้วยงานที่รับไปทำที่บ้าน (C177–Home Work Convention, 1996) ก็ตาม แต่แนวนโยบายของกระทรวงแรงงาน และรัฐบาลก็มีแนวทางที่สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับดังกล่าวอยู่หลายเรื่อง รวมทั้งเรื่องการประกันสังคม ซึ่งมาตรา 4 2.(e) กำหนดว่า “... 2. ผู้รับงานไปทำที่บ้านควรได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับคนทำงานในฐานะ ลูกจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องต่อไปนี้ ... (e) การคุ้มครองด้านประกันสังคมตามกฎหมาย” ประกอบกับข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ว่าด้วยงานที่รับไปทำที่บ้าน (R184–Home Work Convention, 1996) ข้อ 25 ก็มีข้อเสนอแนะว่า “25. ผู้รับงานไปทำที่บ้านควรได้รับประโยชน์จากการคุ้มครองทางประกันสังคม โดยวิธีต่อไปนี้

- (a) ขยายบทบัญญัติ ว่าด้วยการประกันสังคมให้ครอบคลุมผู้รับงานไปทำที่บ้าน
- (b) ปรับแผนงานต่างๆด้านประกันสังคมให้ครอบคลุมผู้รับงานไปทำที่บ้าน
- (c) พัฒนาแผนงานหรือเงินทุนพิเศษต่างๆสำหรับผู้รับงานไปทำที่บ้าน”

4.2 วิเคราะห์บทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

ปรากฏว่า ผู้รับงานไปทำที่บ้านมีสิทธิเข้าเป็นผู้ประกันตนได้เพียงกรณีเดียว คือ การเป็นผู้ประกันตนโดยสมัครใจ ตามพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ มาตรา 40 ซึ่งแบ่งผู้ประกันตนออกเป็น 3 ประเภทตามอัตราการจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคม คือ

4.2.1 การจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเดือนละ 70 บาท ตามมาตรา 6 มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยในรูปของเงินทดแทนการขาดรายได้ ประโยชน์ทดแทนกรณีทุพพลภาพ และประโยชน์ทดแทนกรณีตาย

4.2.2 การจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเดือนละ 100 บาท ตามมาตรา 7 มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยในรูปของเงินทดแทนการขาดรายได้ ประโยชน์ทดแทนกรณีทุพพลภาพ ประโยชน์ทดแทนกรณีตาย และประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ ซึ่งมีเงื่อนไขคือผู้สมัครต้องอายุไม่เกิน 60 ปี จึงจะมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ

4.2.3 การจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเดือนละ 300 บาท ตามมาตรา 8 มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยในรูปของเงินทดแทนการขาดรายได้ ประโยชน์ทดแทนกรณีทุพพลภาพ ประโยชน์ทดแทนกรณีตาย ประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ (ซึ่งมีเงื่อนไขคือผู้สมัครต้องอายุไม่เกิน 60 ปีจึงจะมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ) และประโยชน์ทดแทนกรณีสงเคราะห์บุตร

ผู้รับงานไปทำที่บ้านมีสิทธิเป็นผู้ประกันตนโดยสมัครใจได้ แต่เนื่องจากผู้รับงานไปทำที่บ้านจำนวนมากมีอายุกว่า 60 ปีขึ้นไป⁸ ทำให้ไม่สามารถเป็นผู้ประกันตนโดยสมัครใจตามพระราชกฤษฎีกา มาตรา 7 ได้ ส่วนการเป็นผู้ประกันตนตามมาตรา 8 ซึ่งมีประโยชน์ทดแทนกรณีสงเคราะห์บุตรก็ไม่มีควมจำเป็นสำหรับผู้รับงานไปทำที่บ้านซึ่งมีอายุเกิน 60 ปี แล้วจึงพ้นวัยที่จะมีบุตรได้ ผู้รับงานไปทำที่บ้านจึงไม่มีความจำเป็นต้องสมัครเป็นผู้ประกันตนตามมาตรา 8 ฉะนั้น บทบัญญัติที่มีผลกระทบต่อนิติสิทธิของผู้รับงานไปทำที่บ้านซึ่งมีอายุกว่า 60 ปีขึ้นไป คือบทบัญญัติในมาตรา 7 เท่านั้น จึงเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกา กำหนดหลักเกณฑ์และอัตราการจ่ายเงินสมทบ ประเภทของประโยชน์ทดแทน ตลอดจนหลักเกณฑ์และเงื่อนไขแห่งสิทธิในการรับประโยชน์ทดแทนของบุคคลซึ่งสมัครเป็นผู้ประกันตน พ.ศ. 2561 มาตรา 7 วรรคสอง ดังนี้

“มาตรา 19 ผู้ประกันตนตามมาตรา 7 มีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีชราภาพ เป็นเงินบำเหน็จชราภาพ โดยให้คิดจากอัตราเงินสมทบที่จ่ายเข้ากองทุนเดือนละห้าสิบบาทคูณด้วยจำนวนเดือนที่จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุน พร้อมด้วยผลประโยชน์ตอบแทนรายปีที่สำนักงานประกาศกำหนดในแต่ละปีเมื่อมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์และไม่ประสงค์จะเป็นผู้ประกันตนต่อไป

ในกรณีที่ผู้ประกันตนมีอายุกว่าหกสิบปีบริบูรณ์ในวันที่สมัครเข้าประกันตน ผู้ประกันตนจะมีสิทธิได้รับเงินบำเหน็จชราภาพตามวรรคก่อนเมื่อได้จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนไม่น้อยกว่าหนึ่งปีนับแต่วันสมัครเข้าประกันตน

ในกรณีที่ผู้ประกันตนตามวรรคหนึ่งประสงค์จะได้รับประโยชน์ทดแทนในกรณีชราภาพเพิ่มขึ้น ให้จ่ายเงินสมทบเพิ่มเติมจากอัตราที่กำหนดได้ แต่เงินสมทบที่จะจ่ายเพิ่มเติมนั้นต้องไม่เกินเดือนละหนึ่งพันบาท”

⁸ สำนักงานสถิติแห่งชาติ. การสำรวจการรับงานไปทำที่บ้าน สืบค้นเมื่อ 5 ตุลาคม 2560. จาก <http://service.nso.go.th/nso/web/survey/surpop2-2-3.html>.

*Conceptual Guidance on the Use of Arbitration in Administrative
Contracts in Thailand: In Search for Solutions*

p.lertdhamtewe@gmail.com

คำสำคัญ: อนุญาโตตุลาการ, สัญญาทางปกครอง, สัญญาสัมปทาน, การระงับข้อพิพาทในคดีลงทุน

¹ บทความนี้สรุปจากโครงการและระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์” สนับสนุนทุนวิจัยโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการ.

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจักษ์ณิศิยาสงษ์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ 119 ถนนพระราม 4 แขวงพระโขนง เขตคลองเตย กรุงเทพฯ 10110

Abstract

This paper considers the use of arbitration in administrative contracts and its enforcements by Thai local courts. Though arbitral award is definite and final, it may be cancelled or is required to be enforced by the courts of law. Major problems concerning the use of arbitration in administrative contracts in Thailand is the fact that Thai courts often overruled the judgements of arbitral tribunal, claiming that such an arbitral award violating *ordre public*. To promote investment, this paper argues that Thailand should adopt new arbitration rules and procedures, especially with regards to the use of arbitration in public contracts, while educating Thai local judges on supporting arbitration and enforcing the awards. The paper is then concluded with some recommendations for further developments of the new arbitration rules and practices in Thailand.

Keywords: Arbitration, Administrative Contracts, Concession Agreements, Investment Dispute Settlement

1. บทนำ

การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกสำคัญของระบบอนุญาโตตุลาการและส่งผลต่อประเด็นการบังคับให้เป็นไปตามสัญญาซึ่งเป็นตัวชี้วัดที่ธนาคารโลก (World Bank) ได้จัดทำขึ้น เพื่อเป็นข้อมูลแสดงความยากง่ายในการเข้าไปประกอบธุรกิจ และการลงทุนของประเทศต่างๆ ทั่วโลกภายใต้ผลการวิจัยโครงการ “Doing Business”² กล่าวได้ว่า การบังคับให้เป็นไปตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นกลไกและกระบวนการที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งและเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรก หากการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่มีผลบังคับในทางภาคปฏิบัติ กระบวนการและผลดำเนินการต่างๆ ของอนุญาโตตุลาการที่ได้กระทำไปแล้ว รวมถึงการประนีประนอมข้อพิพาทย่อมไม่มีผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมต้องอาศัยกลไกและกระบวนการทางศาล ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและการปกครองในระบอบประชาธิปไตย³ ปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นสำหรับประเทศไทย คือ การเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีการทำสัญญาไว้อย่างหนึ่ง แต่เมื่อมีข้อพิพาทถึงศาล ศาลอาจใช้ทฤษฎีกฎหมายมาทำลาย หรือหักล้างข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ทำไว้ หรือเพิกถอนคำตัดสินที่อนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดไว้ เช่น การอ้างหลักความสงบเรียบร้อย (Ordre Public)⁴

กล่าวได้ว่า รัฐบาลไทยยังต้องการให้ภาคเอกชนร่วมทำโครงการกับรัฐ กฎหมายและกระบวนการระงับข้อพิพาทต้องให้ความคุ้มครองคู่สัญญาทั้งฝ่ายรัฐและเอกชนอย่างเท่าเทียมตามหลักเรื่อง “Fair and Equitable Treatment” ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายการลงทุน⁵ สัญญาที่เอกชนทำกับรัฐ อาทิ สัญญาสัมปทาน ซึ่งนักกฎหมายไทยเรียกว่า “สัญญาทางปกครอง” จะหลีกเลี่ยงลักษณะเชิงพาณิชย์ไม่ได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะเอกชนย่อมต้องได้รับผลประโยชน์ตอบแทนให้คุ้มค่ากับความเสี่ยงในการลงทุนดังกล่าวที่ว่า “The Reward Must Match the Risk”

² โครงการ Doing Business ของธนาคารโลกเริ่มต้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 2003 – ปัจจุบัน.

³ ประเด็นดังกล่าวเคยมีการตีความและคำพิพากษาของศาลฎีกาไทยได้เคยวางหลักเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคิดว่าเป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการแต่เพียงผู้เดียวตามหลักการเรื่องการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 ซึ่งวินิจฉัยว่า “คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน (คตส.) เป็นคณะบุคคลที่มีศาล การที่ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) กำหนดให้ คตส. มีอำนาจวินิจฉัยว่าทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบตกเป็นของแผ่นดิน จึงเป็นการกำหนดให้ คตส. มีอำนาจพิจารณาคดีเช่นเดียวกับศาล จึงขัดต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย” สำหรับประเด็นเรื่องประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของไทยดู ปวีศร เลิศธรรมเทวี, **การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2560); และปวีศร เลิศธรรมเทวี, **ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561).

⁴ กรณีนี้เกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องความเท่าเทียมกันตามกฎหมายว่าด้วยการลงทุน ซึ่งมีความคาบเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะรัฐในฐานะที่ดูแลผลประโยชน์ของส่วนรวม รัฐย่อมมีอำนาจดำเนินการต่างๆ ได้ แต่หากเป็นกรณีสัญญาทางปกครอง อาทิ สัญญาสัมปทาน รัฐย่อมมีเอกสิทธิ์แต่อาจต้องปฏิบัติตามสัญญาเช่นกัน กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักในทางกฎหมายมหาชนรัฐมีเอกสิทธิ์ แต่รัฐยังต้องรับผิดชอบหากก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนและนักลงทุนใดๆ ดูบทวิเคราะห์ปัญหาและข้อจำกัดของระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของไทย ใน ปวีศร เลิศธรรมเทวี, ‘บทวิเคราะห์ประเด็นปัญหาและข้อจำกัดของระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองของไทย’ (2561) 36(1) **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**.

⁵ ดูเรื่อง “Fair and Equitable Treatment” ใน Roland Klager, **Fair and Equitable Treatment in International Investment Law** (New York: Cambridge University Press, 2011).

บทความนี้จะศึกษาวิเคราะห์แนวทางในการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของไทยโดยมีสมมติฐานที่ได้วางไว้สำหรับการวิจัย คือ การแยกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์ ทั้งนี้ การแยกระบบอนุญาโตตุลาการดังกล่าวยังมีข้อพิจารณาหลายประเด็นที่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาซึ่งจะได้ลำดับการวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

2. ประเด็นเกี่ยวกับการแยกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์

ดังได้กล่าวข้างต้นว่า ความแน่นอน (Predictability) ในการลงทุน รวมถึงความโปร่งใสของการดำเนินกิจการของภาครัฐ (Transparency) เป็นเรื่องสำคัญที่เอกชนต้องการในการสร้างความเชื่อมั่นของการลงทุน⁶ ฉะนั้น ระบบกฎหมายและกระบวนการระงับข้อพิพาทจึงเป็นกลไกสำคัญของภาคเอกชนที่จะบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเฉพาะรัฐให้ปฏิบัติตามสัญญา ปัญหาในปัจจุบันของระบบอนุญาโตตุลาการของไทย คือ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ศาลมีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยอาศัยเหตุอื่น อาทิ หลักความสงบเรียบร้อย โดยเฉพาะในคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครอง

ข้อสันนิษฐานที่ได้วางไว้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว คือ การแยกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์ และโดยที่ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองสามารถแบ่งออกได้เป็นสองกรณี กล่าวคือ

2.1 ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่ไม่เกี่ยวกับสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (Domestic Disputes) กับ

2.2 ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (Investment Treaties) ซึ่งแบ่งการวิเคราะห์ได้ดังนี้

2.1 ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่ไม่เกี่ยวกับสนธิสัญญาการลงทุน (Domestic Disputes)

ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่ไม่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน เป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครอง และเป็นข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาภายในรัฐ (Domestic Disputes) กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชนนักลงทุนภายในประเทศไทย และสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁷ ได้ให้นิยามคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า

⁶ ประเด็นเรื่องความโปร่งใสและความแน่นอนในการดำเนินกิจการของภาครัฐยังเป็นประเด็นสำคัญที่อยู่ภายใต้การรวมตัวกันด้านเศรษฐกิจของประชาคมอาเซียน ดู ปวีศร เลิศธรรมเทวี, ประชาคมอาเซียนกับการปรับปรุงกฎหมายเศรษฐกิจและการค้าของไทย (กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561).

⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

“สัญญาที่คู่สัญญาย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

จะเห็นได้ว่า สัญญาทางปกครองตามนิยามมาตรา 3 แห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวเกี่ยวข้องกับการค้า การลงทุน หรือการดำเนินการของภาคเอกชนที่เกี่ยวกับการบริการสาธารณะแทนรัฐ อาทิ การขุดเจาะแหล่งพลังงาน และก๊าซธรรมชาติซึ่งภาคเอกชนได้รับสัมปทานจากภาครัฐ หรือการที่บริษัทเอกชนได้รับสัมปทานจากรัฐในการทำเหมืองแร่ อาทิ กรณีเหมืองทองอัครา เป็นต้น และตามกฎหมายไทย สัญญาทางปกครองยังมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง โดยกรณีนี้มีมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 (ครั้งที่ 6/2544)⁹ วางหลักไว้ว่า

สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายกระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นบริการสาธารณะบรรลุลผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง¹⁰

ปัญหาและอุปสรรคสำคัญของระบบอนุญาโตตุลาการของไทย คือ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งต้องอาศัยกลไกและกระบวนการของศาล และปรากฏกรณีที่ศาลใช้ทฤษฎีว่าด้วยความนโยบายสาธารณะ หรือความสงบเรียบร้อยเป็นเหตุผลในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีสำคัญๆ ดังได้วิเคราะห์ข้างต้น ประเด็นดังกล่าวก่อให้เกิดคำถามที่จำเป็นต้องพิจารณาสองประการ กล่าวคือ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีความจำเป็นสำหรับข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองอยู่หรือไม่ และความจำเป็นในการแยกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์

การพัฒนาระดับทางเศรษฐกิจย่อมอาศัยหลายปัจจัย โดยภาคเอกชนมีบทบาทสำคัญในการกระตุ้นระดับการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติในภาพรวม ฉะนั้น จึงเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่รัฐย่อมต้องอาศัยการระดมทุนจากภาคเอกชน และจัดให้มีเอกชนเข้าร่วมลงทุนในโครงการต่างๆ กับรัฐ กล่าวได้ว่า หัวใจสำคัญของการลงทุน

⁸ Ibid, มาตรา 3 [emphasis in original].

⁹ มติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด (ครั้งที่ 6/2544) วันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544.

¹⁰ Ibid [emphasis in original].

สำหรับภาคเอกชน คือ การทำผลกำไร (Profit-Making) และเอกชนย่อมคำนึงถึงผลประโยชน์ตอบแทนที่จะได้รับจากการลงทุนและความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้น ภาคเอกชนย่อมต้องการความแน่นอน รวมตลอดทั้งความโปร่งใสในการลงทุน รวมถึงความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการสำคัญที่เรียกว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*Pacta Sunt Servanda*) ฉะนั้น ระบบกฎหมาย กระบวนการวินิจฉัยและระงับข้อพิพาทจึงมีบทบาทสำคัญในการสร้างความแน่นอนและความเชื่อมั่นให้แก่การลงทุนภาคเอกชน โดยระบบระงับข้อพิพาทต้องให้ความคุ้มครองคู่สัญญาอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งคู่สัญญาฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนจะมีลักษณะที่สามารถมองได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองรัฐมากกว่าเอกชน ย่อมไม่ส่งผลดีต่อการจูงใจและการประกอบกิจการของภาคเอกชนในการเข้าร่วมทำโครงการกับรัฐ ประเด็นดังกล่าวเกี่ยวข้องกับท่าที (Position) ของรัฐบาลเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องมติคณะรัฐมนตรีอันจะได้กล่าวต่อไป

ดังได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า ในสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้เลยที่สัญญาดังกล่าวจะมีลักษณะเชิงพาณิชย์ (Commercial Elements) ฉะนั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าควรจะแยกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์หรือไม่ ประเด็นดังกล่าวต้องพิจารณาว່าระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองมีความแตกต่างจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์อย่างไร อาจกล่าวได้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับความยินยอมและสมัครใจของคู่ความ ทั้งในเรื่องกระบวนการต่างๆ และกฎหมายที่ใช้บังคับและชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งสองระบบจึงมีลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ ตั้งอยู่บนพื้นฐานในเรื่องความยุติธรรมในกระบวนการ (Procedural Fairness) ความแตกต่างของทั้งสองระบบคงอยู่ที่กระบวนการในขั้นของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นเรื่องกระบวนการทางศาลระหว่างศาลยุติธรรม สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์ และศาลปกครอง สำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

จะเห็นได้ว่า สาเหตุของปัญหาจึงไม่เกี่ยวข้องกับระบบอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด แต่เป็นปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของศาล ซึ่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้ทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจ กรณีนี้เป็นปัญหาที่การบัญญัติกฎหมายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ปัญหาความไม่เหมาะสมอยู่ที่กฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) กรณีนี้จะได้กล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

นอกจากนี้ การแยกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์ยังมีประเด็นเรื่องวัตถุประสงค์ (Objectives) ของการแยกระบบว่าเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นพิเศษหรือไม่ โดยเฉพาะการคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นรัฐ หากกระทำในลักษณะที่พิจารณาหรือให้ความรู้สึกแก่สาธารณชนในวงกว้าง (Public Sentiment) ได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองรัฐมากกว่าเอกชน ย่อมไม่มีประโยชน์ที่จะแยกระบบดังกล่าวออกจากกัน เนื่องจากการคุ้มครองประโยชน์ควรเป็นไปในลักษณะที่เท่าเทียมและเป็นธรรมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

ระบบอนุญาโตตุลาการจึงเป็นระบบระงับข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถเลือกผู้ตัดสินและกระบวนการพิจารณาได้เอง โดยไม่ยึดติดกับกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลและศาลไม่อาจเข้ามาแทรกแซงดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ กล่าวโดยสรุปได้ว่า ประเด็นเรื่องการแยกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

ออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์มีได้อยู่ที่เรื่องของการแยกระบบออกจากกัน แต่เป็นเรื่องการออกแบบกฎหมาย และการบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการพิจารณา ฉะนั้น แนวทางในการแก้ไขอาจดำเนินการได้หลายทางสรุปได้ดังนี้

**สรุปข้อเสนอแนะสำหรับระบบอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาท
ตามสัญญาทางปกครองที่ไม่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาลงทุน (Domestic Disputes)**

- ไม่จำเป็นต้องแยกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์ เนื่องจากปัญหาไม้อยู่ที่เรื่องของการแยกระบบ
- อาจออกกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาทางปกครองไว้ล่วงหน้าในลักษณะที่ให้อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นพิเศษเพื่อรักษผลประโยชน์ของสาธารณชน อาทิ การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้ฝ่ายเดียวในบางกรณี โดยกำหนดให้ค่าทดแทนที่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน
- ออกกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะแก้ไขสัญญาในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดการณ์ได้หลังทำสัญญา (Imprevision) ทำให้ดุลทางการเงินของสัญญาเปลี่ยนแปลงไปถึงขนาดที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้หากมิได้รับการเยียวยา เช่น กรณีการให้เก็บค่าผ่านทางเพิ่ม เป็นต้น

2.2 ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาการลงทุน (Investment Treaties)

สำหรับข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (Investment Treaties) มีลักษณะแตกต่างจากข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่เป็นลักษณะ Domestic Disputes กล่าวคือ เป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศโดยแบ่งออกเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีสนธิสัญญาที่มีข้อบทให้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Investor-State Arbitration Clause) กับกรณีที่ไม่มีข้อบทให้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

กรณีสนธิสัญญาที่มีข้อบทให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ หรือที่เรียกว่า “Investor-State Arbitration Clause” กรณีนี้จะมีสนธิสัญญา เช่น Bilateral Investment Treaties (BITs) ที่มีข้อบทให้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (Investor-State Arbitration Clause) ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือ กรอบกติกาว่าด้วยการลงทุนของอาเซียนภายใต้ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)¹¹ เป็นต้น โดยมีข้อยกเว้นให้เอกชนนักลงทุนสามารถฟ้องรัฐได้ตามกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่บัญญัติไว้ในข้อบทหรือสนธิสัญญา โดยไม่ต้องใช้วิธีการเยียวยาตามกฎหมายภายในให้ถึงที่สุดเสียก่อน (Exhaustion of Local Remedies) และเมื่ออนุญาโตตุลาการได้ชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวแล้วสามารถนำไปบังคับได้เสมือนเป็นคำพิพากษาของศาลภายในประเทศที่ถึงที่สุดแล้ว และบังคับได้ในประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญา New York ดังกล่าวข้างต้น

¹¹ ASEAN Comprehensive Investment Agreement, signed in Manila, the Philippines (23 August 2007).

การระงับข้อพิพาทระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐ (ISDS) ก่อให้เกิดปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อประเด็นเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐ และกฎหมายภายในโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกระทบนโยบายสาธารณะของประเทศนั้นๆ ที่ให้สิทธิแก่นักลงทุนในการฟ้องรัฐ ปัจจุบันประเทศต่างๆ ที่รับการลงทุน โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งประเทศไทย พยายามหลีกเลี่ยงการทำสนธิสัญญาในลักษณะนี้ และปัจจุบันประเทศไทยก็ได้เป็นภาคีสมาชิกของ ICSID ซึ่งเป็นองค์กรกลางในระดับระหว่างประเทศที่ดูแลเรื่องการระงับข้อพิพาทในคดีการลงทุนระหว่างนักลงทุนและรัฐ

อนุญาโตตุลาการที่ใช้ในคดี ISDS ข้างต้น ยังให้สิทธิเด็ดขาดแก่นุญาโตตุลาการในการวินิจฉัยข้อพิพาท และโดยที่ประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีสมาชิก ICSID ย่อมส่งผลให้ไม่มีกลไกใดที่จะเข้าไปตรวจสอบกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว และการพิจารณาก็เป็นความลับ สาธารณชนไม่สามารถเข้าฟังการพิจารณาได้แม้จะเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเปรียบเสมือนคำพิพากษาของศาลสูงสุด กล่าวคือ ถึงที่สุดและผูกพันคู่กรณีในข้อพิพาท (Finality) และศาลที่อาจเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวจะต้องเป็นศาลในประเทศที่มีการทำคำชี้ขาด และกระทำได้ภายในกรอบที่จำกัด กรณีนี้ส่งผลให้ศาลภายในประเทศของคู่กรณีในข้อพิพาทไม่มีอำนาจพิจารณาซึ่งเป็นข้อดีในมุมมองของนักลงทุนต่างชาติ และสำหรับการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการดังกล่าว จะใช้วิธีขอให้ศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าว ศาลที่รับเรื่องจะใช้กฎหมายภายในของตนพิจารณาว่าจะบังคับให้ได้หรือไม่ เช่น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยในบริบทของประเทศตนเองหรือไม่ หรือหลักเรื่องการอำยัดทรัพย์สิน สามารถอำยัดทรัพย์สินของรัฐได้หรือไม่ ตัวอย่างที่เคยปรากฏ เช่น กรณีคดี *Thailand v. Walter Bau Ag* (2009)¹² ที่ผ่านมา

ประเด็นดังกล่าวสมควรที่จะต้องพิจารณาว่าประเทศไทยควรยอมลดอำนาจอธิปไตยของตนเองเพื่อแลกเปลี่ยนกับการลงทุนจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI) หรือไม่ ซึ่งจะก่อให้เกิดการสร้างสองมาตรฐานแก่การคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุน ซึ่งการคุ้มครองการลงทุนและนักลงทุนของคนชาติอาจมีลักษณะที่น้อยหรือด้อยกว่าอันเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ อย่างไรก็ตาม คงมีอาจปฏิเสธได้ว่าการลงทุนจากต่างประเทศเป็นเรื่องสำคัญที่รัฐต่างๆ ย่อมสละอธิปไตยบางประการเพื่อแลกมาซึ่งการลงทุน หากประเทศไทยต้องการที่จะกระตุ้นเศรษฐกิจในภาพรวมคงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าการลงทุนจากต่างชาติเป็นปัจจัยสำคัญของการขยายตัวทางเศรษฐกิจ ประเทศไทยอาจต้องยอมลดอธิปไตยของตนเองเพื่อแลกกับการส่งเสริมและเชื้อเชิญการลงทุนจากต่างชาติ และยอมถูกจำกัดภายใต้สัญญาคุ้มครองการลงทุนของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (Investment Treaties) ซึ่งมีทั้งในรูปแบบของทวิภาคี (Bilateral) หรือพหุภาคี (Multilateral)

ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ เรื่องของการเข้าเป็นภาคีสมาชิกของ ICSID ปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีสมาชิกของ ICSID เนื่องจากมีมุมมองและท่าทีในเรื่องนี้แบบอุดมคติ โดยประเทศไทยพยายามหลีกเลี่ยงการระงับข้อพิพาทในลักษณะนี้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาประเด็นดังกล่าวอย่างรอบด้านจะพบว่า ปัจจุบันประเทศไทยมีการทำสนธิสัญญาการลงทุนกับหลายประเทศมากมายหลายฉบับและคงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่สนธิสัญญาดังกล่าวจะมีการบัญญัติข้อบทให้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนำคดีเข้าสู่ ICSID เป็นต้น

¹² Thailand v Walter Bau Ag (2009).

ฉะนั้น ประเทศไทยควรเปลี่ยนท่าทีและพิจารณาเข้าเป็นภาคีสมาชิกของ ICSID กรณีนี้เปรียบเสมือนเหรียญสองด้าน (Two Sides of the Same Coin) ที่ส่งผลกระทบในเชิงบวกกับนักลงทุนสัญชาติไทยที่เข้าไปลงทุนในต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่กำลังพัฒนาให้ได้รับประโยชน์ในการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทแทนการไปขึ้นศาลภายในประเทศดังกล่าวเหล่านั้น

นอกเหนือจากกรณีข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่มีสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนให้วินิจฉัยข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ยังมีประเด็นเกี่ยวข้องกับกรณีที่สนธิสัญญาไม่มีข้อบทให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ กรณีนี้หากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนเป็นเรื่องที่รัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุนที่จะว่ากล่าวกับรัฐผู้รับการลงทุน (Receiving State or Host State) นักลงทุนฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิที่จะดำเนินคดีกับรัฐผู้รับการลงทุนโดยตรงได้ แต่ต้องร้องขอผ่านรัฐเจ้าของสัญชาติของตนซึ่งถือเป็นจารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศ (Customary International Law)¹³ ตัวอย่างเช่น นักลงทุนสัญชาติไทยได้รับสัมปทานในการขุดเจาะน้ำมันที่ประเทศกัมพูชา และทั้งสองประเทศมิได้มีการทำสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแต่อย่างใด เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนดังกล่าว นักลงทุนสัญชาติไทยต้องร้องขอผ่านรัฐบาลไทยให้ดำเนินการแทน

**สรุปข้อเสนอแนะสำหรับระบบอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับ
สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (Investment Treaties)**

- การระงับข้อพิพาทเป็นไปตามข้อบทในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน ซึ่งโดยปกติให้มีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะ ICSID
- ประเทศไทยควรเปลี่ยนท่าทีเกี่ยวกับการเป็นภาคีสถิติสัญญาและองค์การระหว่างประเทศ โดยสมควรเข้าเป็นภาคีสมาชิกของ ICSID
- กรณีไม่มีสัญญาคุ้มครองการลงทุน คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความคุ้มครองตามจารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศ โดยต้องร้องขอผ่านรัฐเจ้าของสัญชาติ กรณีนี้รัฐบาลไทยควรมีความเข้าใจ มุมมอง และองค์ความรู้ในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศ

¹³ Thailand v Walter Bau Ag (2009).

3. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการสร้างความชัดเจนเรื่องเขตอำนาจศาลตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

การพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของไทยยังมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาลตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545¹⁴ โดยมาตราดังกล่าวได้บัญญัติวางหลักไว้ว่า

ให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง หรือศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศภาค หรือศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณา พิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอต่ออนุญาโตตุลาการนั้น เป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้¹⁵

จะเห็นได้ว่า ศาลที่มีเขตอำนาจซึ่งคู่กรณีอาจร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ประกอบด้วย ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลที่มีการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการอยู่ในศาล ศาลที่ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้เสนอ ต่ออนุญาโตตุลาการ ฉะนั้น ศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคืออนุญาโตตุลาการอาจอยู่ในเขตอำนาจของ ศาลยุติธรรม อาทิ ศาลแพ่งหรือศาลทรัพย์สินทางปัญญากับศาลปกครอง ในกรณีที่ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ทางปกครอง

การแบ่งเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคืออนุญาโตตุลาการตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องความทับซ้อนของเขตอำนาจ (Overlapping Jurisdictions) และความซับซ้อน ในเชิงกระบวนการในชั้นของการบังคับตามคำชี้ขาด (Complication) และดังได้กล่าวในบทที่ 3 ว่าการบังคับ ตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลปกครองมีความถูกต้องและเหมาะสมมากน้อยเพียงใด จะเห็นได้จาก กรณีคำพิพากษาของศาลปกครองคดีหมายเลขดำที่ 476/2547 และคดีหมายเลขแดงที่ 584/2549 เป็นคดีเกี่ยวกับการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ¹⁶ โดยศาลปกครองได้ยกหลังเหตุแห่งความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม อันดีของประชาชนพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลปกครอง ดังกล่าวเป็นปัญหาเรื่องแนวคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างแนวคิดเรื่องกฎหมาย มหาชน โดยเฉพาะแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยสัญญาทางปกครอง กับแนวคิดทางกฎหมายในลักษณะเชิงพาณิชย์ และเป็นปัญหาเรื่องความชัดเจนเกี่ยวกับบรรทัดฐานของกฎหมายปกครองของไทย ซึ่งสรุปแนวทางในการแก้ไข ปัญหาดังกล่าว รวมทั้ง แนวทางในการสร้างความชัดเจนเรื่องเขตอำนาจศาลตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการได้ดังนี้

¹⁴ มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ ดูรายละเอียดคำพิพากษาศาลปกครองคดีหมายเลขดำที่ 476/2547 และคดีหมายเลขแดงที่ 584/2549.

3.1 ปัญหาเรื่องความไม่แน่นอนของบรรทัดฐานกฎหมายปกครองของไทย

กฎหมายปกครองของไทยยังขาดความชัดเจน ความแน่นอนและบรรทัดฐานคำตัดสินของศาล ศาลปกครองของไทยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดเรื่องระบบศาลคู่ แนวคิดเรื่องการบริการสาธารณะ และสัญญาทางปกครองมาจากประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนีในช่วงระยะหลัง โดยเฉพาะภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยเป็นครั้งแรกตามมาตรา 276 เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2542 และมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าวิวัฒนาการของศาลปกครองไทยยังอยู่ในระยะแรกเริ่ม ฉะนั้น หลักกฎหมายต่างๆ และตัวอย่างคำตัดสินที่สามารถนำมาปรับใช้กับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นยังคงอยู่ในระดับที่น้อยเมื่อเทียบกับประเทศต้นแบบอย่างฝรั่งเศสและเยอรมนีที่แนวคิดเรื่องศาลปกครองมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนานมากกว่าหลายร้อยปี

กล่าวได้ว่า ศาลปกครองไทยยังอิงระบบคำพิพากษา (Case Law) ซึ่งเป็นอิทธิพลจากศาลยุติธรรม โดยได้รับมาตั้งแต่การวางโครงสร้างพื้นฐานของระบบศาลมาจากประเทศ Common Law โดยเฉพาะอังกฤษ และสาเหตุอีกประการหนึ่งที่เป็นปัจจัยให้ศาลปกครองของไทยอิงระบบคำพิพากษาเป็นหลัก คือ การที่ประเทศไทยยังไม่มีประมวลกฎหมายปกครอง (Administrative Code) หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะมาใช้กับสัญญาทางปกครอง การที่ศาลปกครองของไทยได้ถอดแบบมาจากระบบศาลปกครองฝรั่งเศสที่มี Conseil D'Etat ซึ่งตั้งมา 200 กว่าปี และมีคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐานที่เป็น Case Law หรือ “Precedent” ที่ค่อนข้างชัดเจนและแน่นอน แต่คำพิพากษาของศาลปกครองไทยที่เป็นบรรทัดฐานยังมีจำนวนน้อยมาก และน้อยเกินกว่าที่จะตกผลึกเป็นหลักการทางกฎหมาย (Jurisprudence) ในตัวเองได้

3.2 ความซ้ำซ้อนของเขตอำนาจศาล

อันที่จริงปัญหาคงมิได้จำกัดอยู่เฉพาะกรณีไม่มีประมวลกฎหมายปกครอง หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะมาใช้กับสัญญาทางปกครอง แต่ปัญหาเกิดจากความซ้ำซ้อนของเขตอำนาจศาลในการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการ ดังได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า ไม่ว่าอนุญาโตตุลาการจะเป็นระบบใด ระบบอนุญาโตตุลาการตั้งอยู่บนพื้นฐานเดียวกัน โดยเป็นระบบที่เปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถเลือกตัวผู้ตัดสินและกระบวนการพิจารณาได้เองโดยไม่ยึดติดกับกฎหมายวิธีพิจารณาของศาล และศาลเองไม่สามารถเข้าไปแทรกแซงดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ฉะนั้น การที่ศาลปกครองไทยหยิบยกหลักเรื่องความสงบเรียบร้อยเพื่อเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จะไม่สอดคล้องกับหลักการและแนวคิดพื้นฐานของระบบอนุญาโตตุลาการ และอาจเป็นการทำลายระบบอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าศาลปกครองจะใช้หลักการเรื่องสัญญาทางปกครอง แต่ในสัญญาที่เอกชนทำกับรัฐจะหลีกเลี่ยงลักษณะเชิงพาณิชย์ไม่ได้ เพราะเอกชนย่อมต้องได้รับประโยชน์ตอบแทนให้คุ้มกับความเสี่ยงในการลงทุนดังกล่าวข้างต้น

กรณีนี้เกิดประเด็นคำถามว่าการบัญญัติให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่เอกชนทำกับรัฐ ซึ่งมีการผสมผสานลักษณะทั้งเชิงพาณิชย์และทางปกครองมีความเหมาะสมแล้วหรือไม่

จากการศึกษาประเทศต้นแบบในเรื่องระบบอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ 4 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี พบว่าสหรัฐอเมริกาและอังกฤษมิได้แยกประเด็นเรื่องสัญญาทางแพ่ง (พาณิชย์)

กับสัญญาทางปกครอง และระบบศาลเป็นศาลเดียว การร้องขอต่อศาลจึงสามารถกระทำได้ง่ายโดยร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจ สำหรับประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี แม้จะมีการแยกประเภทของสัญญาระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง โดยอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมแล้วแต่กรณี แต่ในเรื่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในฝรั่งเศส และเยอรมนี กฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น กรณีนี้แสดงให้เห็นความแตกต่างในการนำแนวคิดและหลักการของกฎหมายมาปรับใช้ที่แตกต่างกันในประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่า ประเทศไทยควรทบทวนเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

3.3 แนวทางการสร้างความชัดเจนเรื่องเขตอำนาจศาลตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

จะเห็นได้ว่าปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีอนุญาโตตุลาการ เป็นปัญหาที่มาจากแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครอง และการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาในเชิงพาณิชย์ ส่งผลให้ข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะเชิงพาณิชย์ในตัวเองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และแตกต่างจากแนวปฏิบัติของฝรั่งเศสและเยอรมนีที่ประเทศไทยรับเอาแนวคิดมาปรับใช้ กรณีนี้จึงเป็นปัญหาความไม่เหมาะสมของกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) ที่ส่งผลต่อระบบอนุญาโตตุลาการในภาพรวม ฉะนั้น นอกเหนือจากการสร้างหลักกฎหมายด้วยการจัดทำประมวลกฎหมายปกครอง หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะมาใช้กับสัญญาทางปกครอง แนวทางแก้ไขอีกทางหนึ่ง คือ การบัญญัติกฎหมายกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอนุญาโตตุลาการ การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวย่อมส่งผลในเชิงบวกในทางปฏิบัติ กล่าวคือ เป็นการแก้ปัญหาเรื่องการฟ้องผิดศาลและความสับสนในการบังคับคู่สัญญาสามารถทราบล่วงหน้าว่าจะบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการควรจะร้องต่อศาลใด โดยไม่ต้องรอการพิจารณาตีความเรื่องเขตอำนาจของศาลเหมือนอย่างปัจจุบัน

ประเด็นต่อมาที่จำเป็นต้องพิจารณา คือ ศาลใดควรเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอนุญาโตตุลาการ ดังได้กล่าวข้างต้นว่า ศาลปกครองของไทยจัดตั้งมายังไม่ถึง 20 ปี (จัดตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2542) ความชำนาญและแนวปฏิบัติ ตลอดจนคำพิพากษาที่จะใช้เป็นบรรทัดฐานยังมีน้อยเมื่อเทียบกับศาลยุติธรรม อาจกล่าวได้ว่าเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมควรเป็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรม เหตุผลและความสำคัญ (Justifications) ดังกล่าว อาจเทียบเคียงได้กับกรณีของต่างประเทศทั้งสิ้นประเทศ โดยเฉพาะฝรั่งเศสและเยอรมนีที่เป็นต้นแบบเรื่องระบบศาลปกครองไทย แต่กฎหมายยังบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีอนุญาโตตุลาการ กรณีการกำหนดเขตอำนาจศาลให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมยังมีประเด็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับคดีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ กับคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ

คดีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ (Domestic Arbitration) ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทตามสัญญาทางแพ่งพาณิชย์ หรือข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองควรอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม อาทิ ศาลแพ่งและสำหรับคดีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration) เป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์กับกฎหมายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศซึ่งมีกรอบกติการะหว่างประเทศเป็นกฎเกณฑ์หลัก และบางกรณี

อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ การพิจารณาตัดสินคดีจึงจำเป็นต้องอาศัยผู้พิพากษาที่มีองค์ความรู้และโลกทัศน์ในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยมีศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง จัดตั้งขึ้นเพื่อตอบสนองการเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) อาจกล่าวได้ว่า การพิจารณาคดีอนุญาโตตุลาการในลักษณะนี้ควรอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง กรณีนี้ต้องมีการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ข้อเสนอแนะแนวทางดังกล่าวจะสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของต่างประเทศที่ได้นำมาศึกษาในบทที่ 4 และตอบสนองต่อการแก้ไขปัญหาเรื่องความชัดเจนในเขตอำนาจของศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

การบัญญัติเรื่องเขตอำนาจในลักษณะนี้ได้หมายความว่าศาลปกครองไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด คดีที่ยังมีลักษณะเป็นคดีปกครอง อาทิ การจ้างหรือการเลิกจ้างที่หน่วยงานภาครัฐ หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานภาครัฐ หรือคดีผู้บริโภค หรือคดีที่ไม่มีลักษณะเชิงพาณิชย์ ผสมผสานอยู่ยังคงควรที่จะเป็นเขตอำนาจของศาลปกครอง กรณีนี้ควรมีการจัดทำประมวลกฎหมายปกครองขึ้นดังข้อเสนอแนะที่ได้กล่าวมาข้างต้น

**สรุปข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการสร้างความชัดเจนเรื่องเขตอำนาจศาล
ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545**

- จัดทำประมวลกฎหมายปกครอง หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะมาใช้กับสัญญาทางปกครอง และในประเด็นอื่นๆ ครบถ้วน
- ปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยบัญญัติให้เป็นอำนาจเฉพาะศาลยุติธรรมในคดีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจแบ่งเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง และกรณีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ เป็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรมอื่น อาทิ ศาลแพ่ง
- สำหรับบางคดีที่มีลักษณะเป็นคดีปกครอง โดยไม่มีความเกี่ยวพันในเชิงพาณิชย์ เช่น คดีการเลิกจ้าง หรือการจ้างแรงงานของรัฐ หรือคดีผู้บริโภค เป็นต้น ควรให้เป็นอำนาจของศาลปกครองเช่นเดิม ซึ่งกรณีนี้ควรมีการจัดทำประมวลกฎหมายปกครองขึ้นเพื่อสร้างความชัดเจน

4. การทบทวนมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ

นอกเหนือจากประเด็นเรื่องการแยกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์ และประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลดังกล่าวข้างต้น แนวทางการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของไทยในรายงานวิจัยฉบับนี้ยังรวมไปถึงการสนับสนุนให้ใช้ระบบระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งกรณีนี้เกี่ยวข้องกับการทบทวนมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ

4.1 ท่าทีของรัฐบาลไทยที่มีต่อระบบอนุญาโตตุลาการ

กล่าวได้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไม่ค่อยได้รับความสนับสนุนจากรัฐ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะมติคณะรัฐมนตรีในปี พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเมื่อวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2544 คดี “ค่าโง่ทางด่วน” โดยมติคณะรัฐมนตรีในปี พ.ศ. 2547 ได้ออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าและปิดช่องไม่ให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเรื่อยมาจนปี พ.ศ. 2558 มีการปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการอีกหลายครั้ง โดยครั้งล่าสุด คือ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2558 ซึ่งใช้เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน มีข้อความว่า

ข้อ 1. เห็นชอบตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ โดยให้แก้ไขมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม พ.ศ. 2552 (เรื่องการทำสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน) ในส่วนของข้อ 1 จากเดิม “สัญญาทุกประเภทที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้พิจารณาอนุมัติเป็นรายๆ ไป” เป็น “สัญญาที่หน่วยงานของรัฐทำกับเอกชนในไทยหรือต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ถ้าเป็นกรณีดังต่อไปนี้

- (1) สัญญาที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556
- (2) สัญญาสัมปทานที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้สัมปทาน หน่วยงานของรัฐไม่ควรเขียนผูกมัดในสัญญาให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด แต่หากมีปัญหาหรือความจำเป็นหรือเป็นข้อเรียกร้องของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเป็นราย ๆ ไป”

ข้อ 2. สำหรับสัญญาใดที่ส่วนราชการต้องเสนอคณะรัฐมนตรีตามพระราชกฤษฎีกา ว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และสัญญามีข้อระบุให้ใช้อนุญาโตตุลาการโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ สัญญานั้นยังคงต้องเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบด้วย¹⁷

อาจกล่าวได้ว่า มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2558 เป็นการเปิดทางให้ใช้อนุญาโตตุลาการในสัญญาระหว่างหน่วยงานรัฐกับเอกชนได้มากยิ่งขึ้น แต่มติดังกล่าวมิได้มีลักษณะบังคับ

¹⁷ มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2558.

(Compulsory) หรือกำหนดให้ใช้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัญญาที่หน่วยงานรัฐทำกับเอกชน แต่เป็นความสมัครใจ (Voluntary) ของคู่สัญญา ซึ่งในความเป็นจริงการเข้าทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่มีสิทธิเพิกถอนหรืออำนาจในการต่อรองกับหน่วยงานของรัฐแต่อย่างใด และโดยที่ระบบเศรษฐกิจของโลกในยุคปัจจุบันที่สนับสนุนส่งเสริมให้เอกชนร่วมทำโครงการกับรัฐ และมีแนวโน้มที่เพิ่มสูงขึ้น ฉะนั้น トラบใดที่รัฐยังต้องการให้เอกชนเข้าร่วมทำโครงการกับรัฐ ระบบระงับข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้คู่พิพาทสามารถเลือกผู้ตัดสินและกระบวนการพิจารณาได้เอง โดยไม่ยึดติดกับกฎหมายต่างๆ และกระบวนการของศาล อย่างระบบอนุญาโตตุลาการที่สร้างความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาย่อมมีบทบาทสำคัญในการสร้างความเชื่อมั่นของนักลงทุน และความโปร่งใสในการดำเนินกิจการภาครัฐ ฉะนั้น รัฐบาลไทยควรปรับเปลี่ยนท่าทีในเรื่องการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในเรื่องดังกล่าว

4.2 แนวทางการทบทวนมติคณะรัฐมนตรีว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ

สำหรับแนวทางในการทบทวนมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ อาจปรับเปลี่ยนมติคณะรัฐมนตรีโดยมีการกำหนดให้การทำสัญญาของหน่วยงานราชการให้มีการกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญา และให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบสัญญาดังกล่าว โดยดำเนินการประสานงานกับหน่วยงานทางราชการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

นอกเหนือจากการกำหนดให้สถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบสัญญาที่รัฐทำขึ้นกับภาคเอกชน สถาบันอนุญาโตตุลาการ (THAC) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีความเป็นกลางและเหมาะสมสำหรับเป็นองค์กรกลางในการประสานงานเรื่องการระงับข้อพิพาท โดยเฉพาะระหว่างรัฐบาลไทยกับฝ่ายเอกชน ฉะนั้น เพื่อสร้างความโปร่งใสในการดำเนินงานของภาครัฐ และเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ภาคเอกชน รัฐบาลควรกำหนดให้ THAC เป็น Forum ในการระงับข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างรัฐกับฝ่ายเอกชนภายในประเทศ กรณีนี้เทียบเคียงได้กับการระงับข้อพิพาทในคดีการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับรัฐ ซึ่งมี ICSID เป็นตัวกลางในการไกล่เกลี่ยและระงับคดี กรณีนี้อาจกำหนดไว้ในมติคณะรัฐมนตรีให้ THAC เป็นตัวกลางในการไกล่เกลี่ยหรือระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

สรุปข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการทบทวนมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ

- ควรกำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทตามสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน
- กรณีนี้ดำเนินการได้โดยปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2558
- กำหนดให้ THAC เป็นผู้ตรวจสอบสัญญาที่หน่วยงานรัฐทำขึ้นกับฝ่ายเอกชน โดยประสานงานร่วมกับหน่วยงานอื่นๆ ของทางราชการที่เกี่ยวข้อง
- กำหนดให้ THAC เป็นหน่วยงานกลางในการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทตามสัญญาระหว่างรัฐกับฝ่ายเอกชนภายในประเทศ

5. ข้อสรุป

บทความนี้ได้กล่าวถึงแนวทางในการพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของไทยให้มีประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานสากลที่ส่งผลให้การปฏิบัติตามสัญญา (Enforcing Contracts) บังเกิดผลได้อย่างแท้จริง โดยได้นำปัญหาและอุปสรรคของระบบอนุญาโตตุลาการของไทยที่วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 3 ซึ่งสรุปประเด็นปัญหาได้สามประการกล่าวคือ

ประการแรก ปัญหาเรื่องระบบอนุญาโตตุลาการซึ่งมิได้แยกระบบระหว่างอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์ และจากการศึกษาพบว่าปัญหามีได้อยู่ที่ประเด็นเรื่องของการแยกระบบอนุญาโตตุลาการทั้งสองระบบออกจากกัน แต่ปัญหายู่ที่เรื่องของการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการโดยศาลภายในของไทย โดยเฉพาะกรณีข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองได้ใช้ทฤษฎีกฎหมายมาทำลายข้อตกลงที่คู่สัญญาได้ทำไว้ หรือคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้ตัดสินไว้ เช่น การอ้างหลักความสงบเรียบร้อย (Ordre Public) เป็นต้น ประเด็นดังกล่าวจึงมิใช่เรื่องของการแยกระบบหรือไม่ แต่เป็นปัญหาเรื่องความไม่เหมาะสมของกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจเข้ามาแทรกแซงคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ กรณีนี้อาจแก้ไขได้โดยออกกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาทางปกครองไว้ล่วงหน้าในลักษณะที่ให้อำนาจคู่สัญญาแก้ไขสัญญา โดยได้รับผลประโยชน์ตอบแทนได้ อันจะเป็นการทำให้เอกชนทราบล่วงหน้าว่าความเสี่ยงในการเข้าทำสัญญากับรัฐมีอยู่เพียงใด

ประการที่สอง เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาการลงทุน กรณีนี้เป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ และมีการนำคดีเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะภายใต้ ICSID ซึ่งประเทศไทยยังมิได้เป็นภาคีสมาชิก ICSID ข้อเสนอแนะที่ได้จากการวิจัยคือ ประเทศไทยควรเปลี่ยนท่าทีเกี่ยวกับการเข้าเป็นภาคีสมาชิกองค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะการเข้าเป็นภาคีสมาชิก ICSID ซึ่งเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของนักลงทุนสัญชาติไทยที่เข้าไปลงทุนในต่างประเทศ และเป็นการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งการลงทุนจากต่างประเทศ

ประการที่สาม ประเด็นเรื่องของเขตอำนาจศาล กรณีนี้เป็นปัญหาจากการบัญญัติกฎหมายมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งข้อเสนอแนะที่ได้จากการวิจัย คือ การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติในมาตราดังกล่าว โดยบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาคดีอนุญาโตตุลาการเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม

ประการสุดท้าย เกี่ยวข้องกับเรื่องการทบทวนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2558 เรื่องการใช้ระบบอนุญาโตตุลาการ แม้มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะมีได้ห้ามมิให้ใช้ระบบอนุญาโตตุลาการมาระงับข้อพิพาท แต่มติดังกล่าวมิได้บังคับให้สัญญาที่รัฐทำขึ้นจะระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น กรณีนี้ควรที่จะกำหนดเป็นมติคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร และผูกพันหน่วยงานภายใต้กำกับดูแลทั้งปวงให้มีการบรรจุข้อกำหนดเรื่องอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) ไว้ในสัญญา

ตารางสรุปข้อเสนอแนะการพัฒนากระบวนการอนุญาโตตุลาการของไทย

ประเด็นที่เกี่ยวข้อง		แนวทางการปรับปรุง		หมายเหตุ
ข้อเสนอแนะระบบอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่ไม่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาลงทุน (Domestic Disputes)				
1	การแยกกระบวนการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ออกจากอนุญาโตตุลาการในสัญญาเชิงพาณิชย์	ไม่ต้องแยกกระบวนการดังกล่าวออกจากกัน	ปัญหาอยู่กับการบังคับตามคำชี้ขาดของ อนุญาโตตุลาการโดยศาล มีอยู่ที่เรื่องของ การการแยกระบบ	
2	การกำหนดแบบสัญญาทางปกครองไว้ในกฎหมาย	ออกกฎหมายกำหนดแบบของสัญญาทางปกครองไว้ล่วงหน้าในลักษณะที่ให้ อำนาจคู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นพิเศษเพื่อรักษาผลประโยชน์ของสาธารณชน อาทิ การให้คู่สัญญาฝ่ายรัฐสามารถยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาได้ฝ่ายเดียว ในบางกรณี โดยกำหนดให้ค่าทดแทนที่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน	ควรศึกษาวิจัยเชิงลึก รวมถึงมีการศึกษา เปรียบเทียบในประเทศอื่น	
3	การให้สิทธิเอกชนในการแก้ไขสัญญา	ออกกฎหมายให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนที่จะแก้ไขสัญญาในกรณีที่เกิด พฤติการณ์ที่ไม่อาจคาดการณ์ได้หลังทำสัญญา ทำให้ดุลพินิจทางการเงินของ สัญญาเปลี่ยนแปลงไปถึงขนาดที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถปฏิบัติตาม สัญญาได้หากมิได้รับการเยียวยา เช่น กรณีการให้เก็บค่าผ่านทางเพิ่ม เป็นต้น		
ข้อเสนอแนะระบบอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (Investment Treaties)				
4	กรณีมีสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน	การดำเนินการต่างๆ อยู่ภายใต้กฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยจะกระทำการให้แตกต่างไปจากข้อผูกพันที่ทำไว้ฝ่ายเดียวมิได้	กรณีนี้อาศัยการเจรจากับประเทศภาคี เพื่อแสวงหาประโยชน์ร่วมกัน	
5	การเข้าเป็นภาคีสมาชิก ICSD	ประเทศไทยควรเปลี่ยนท่าทีเกี่ยวกับการเป็นภาคีสถิติสัญญาและองค์การ ระหว่างประเทศ โดยสมควรเข้าเป็นภาคีสมาชิกของ ICSD	ควรมีการศึกษาวิจัยในเชิงลึกเกี่ยวกับ ประเด็นเรื่อง ICSD ต่อไป	
6	กรณีไม่มีสัญญาคุ้มครองการลงทุน	คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับความคุ้มครองตามจารีตประเพณีกฎหมายระหว่าง ประเทศ โดยต้องร้องขอผ่านรัฐเจ้าของสัญญา กรณีนี้รัฐบาลไทยควรมี ความเข้าใจ มุมมอง และองค์ความรู้ในเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศ	ควรมีการศึกษาวิจัยในเชิงลึกเกี่ยวกับ จารีตประเพณีกฎหมายระหว่างประเทศ ที่เป็นกฎเกณฑ์การลงทุนเพิ่มเติมต่อไป	

ตารางสรุปข้อเสนอแนะการพัฒนากระบวนการของไทย (ต่อ)

ลำดับ		ประเด็นที่เกี่ยวข้อง	แนวทางการปรับปรุง	หมายเหตุ
ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการสร้างความชัดเจนเรื่องเขตอำนาจศาลตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545				
7	การจัดทำประมวลกฎหมายปกครอง	จัดทำประมวลกฎหมายปกครอง หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะมาใช้กับสัญญาทางปกครอง		ควรมีการศึกษาวิจัยในเชิงลึกต่อไป
8	ปรับปรุงเรื่องเขตอำนาจศาลตามมาตรา 9	ปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 โดยบัญญัติให้เป็นอำนาจเฉพาะศาลยุติธรรมในคดีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจแบ่งเป็นสองกรณี ได้แก่ กรณีอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศเป็นเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง และกรณีอนุญาโตตุลาการภายในประเทศเป็นเขตอำนาจของศาลยุติธรรมอื่น อาทิ ศาลแพ่ง		สำหรับบางคดีที่มีลักษณะเป็นคดีปกครอง โดยไม่มีความเกี่ยวพันในเชิงพาณิชย์ เช่น คดีการเลิกจ้าง หรือการจ้างแรงงานของรัฐ หรือคดีผู้บริโภค เป็นต้น ควรให้เป็นอำนาจของศาลปกครองเช่นเดิม ซึ่งกรณีนี้ควรมีการจัดทำประมวลกฎหมายปกครองขึ้นเพื่อสร้างความชัดเจน
ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการทบทวนมติของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ				
9	การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ	ควรกำหนดให้ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทตามสัญญาที่รัฐทำกับเอกชน		กรณีนี้ดำเนินการได้โดยปรับปรุงมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2558

ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา¹

Offences relating to Electronic Cards under the Criminal Code

สมศักดิ์ เจริญจรูญกุล*

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

thaibangthai@gmail.com

บทคัดย่อ

การศึกษาวិจัยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญานี้ เป็นการวิจัยเอกสาร โดยมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย เพื่อ 1. ศึกษาความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ตามหมวด 4 ลักษณะ 7 ภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญาและคำพิพากษาศาลฎีกา และสร้างกรณีศึกษาขึ้นใช้สำหรับการเรียนการสอนของสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ในระดับปริญญาตรีและปริญญาโท 2. วิเคราะห์ข้อบกพร่องต่างๆ ของบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ 3. วิเคราะห์สภาพการบังคับใช้กฎหมาย และ 4. เสนอแนะการปรับปรุงกฎหมายเพื่อผลการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น จากการศึกษาวิจัยพบว่า บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ครอบคลุมการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ และลักษณะการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์บางลักษณะไม่สามารถปรับบทความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ได้ ยังคงต้องอาศัยกฎหมายเก่าที่มีอยู่ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ปรับใช้แก่การกระทำลักษณะนั้นๆ และยังพบอีกว่ามีกฎหมายบางฉบับที่แม้ไม่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองบัตรอิเล็กทรอนิกส์โดยตรง แต่นำมาปรับใช้อาศัยการตีความกฎหมายหรือปรับบทบังคับใช้แก่กรณี หากแต่การกระทำบางกรณีไม่สามารถปรับบทกฎหมายแก่ผู้กระทำได้ ก่อให้เกิดปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายอาญา ผลจากการศึกษาวิจัยจึงมีข้อเสนอแนะ คือ ด้านบทบัญญัติของกฎหมาย ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามและฐานความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา

คำสำคัญ: บัตรอิเล็กทรอนิกส์, ประมวลกฎหมายอาญา, ความผิดอาญา

¹ บทความนี้เป็นบทความวิจัย เรื่อง ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา ทุนอุดหนุนการวิจัยจากกองทุนรัตนโกสินทร์สมโภช 200 ปี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ปี 2559 <http://ird.stou.ac.th/dbresearch/Detail.php?fid=156>

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120

Abstract

This research on offenses relating to Electronic cards under the Criminal Code is a documentary research with a purpose to (1) study the offenses as related to electronic card uses in accordance with Section 4 of Act 7 in the 2nd Part of the Criminal Code and with the sentences of the Supreme Court, as well as to make case studies to apply in classes for the Bachelor and Master Degree studies of the Faculty of Law, Sukhothai Thammathirat University; (2) to analyze any flaws in the law relating to electronic card; (3) to analyze the conditions of law enforcement; and (4) to propose the improvement of law in order to enhance the efficiency of law enforcement.

The study has found that the law on offenses relating to electronic card under the Criminal Code does not cover the acts that cause damages to the card itself. Also, some nature of offenses relating to electronic card cannot be defined as offensive and still has to refer to former laws that exist prior to the amendment of the Criminal Code on electronic card, to apply according to each of the certain offenses. The study also found some laws that, even though they have no objective to protect the electronic card directly, the laws can be interpreted or adjusted for enforcement in specific cases. However, there are some offenses that no law adjustment can be applied to and thus cause a loophole in the Criminal Code. The conclusion of this study, therefore, is to amend and include definition and offense bases relating to electronic card under the Criminal Code.

Keywords: Electronic Cards, The Criminal Code, Offences

1. บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหากฎหมายเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ด้วยบัตรอิเล็กทรอนิกส์เข้าไปมีบทบาทในชีวิตมนุษย์มากขึ้นทุกวัน ปัจจุบันจะเห็นได้ว่ามีพัฒนาการเทคโนโลยีใหม่ๆ เกิดขึ้นอย่างรวดเร็ว การทำธุรกรรมต่างๆ ด้วยบัตรอิเล็กทรอนิกส์เข้ามามีบทบาทอย่างมาก เช่น ใช้เป็นสื่อในการชำระค่าสินค้าและบริการแทนเงินสด ใช้ในการติดต่อสื่อสาร ใช้ในการป้องกันความปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพย์สิน ใช้ในการประกอบธุรกิจ รวมทั้งใช้เป็นช่องทางในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร จึงเกิดรูปแบบใหม่ของอาชญากรรม กล่าวคือ เป็นอาชญากรรมที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์อันเกี่ยวพันถึงอุปกรณ์หรือเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเกิดขึ้นหลากหลายรูปแบบและสลับซับซ้อน โดยที่ไม่มีกฎหมายบังคับใช้กับการกระทำความผิดดังกล่าวโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งอาชญากรรมเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ได้สร้างความเสียหายในทางเศรษฐกิจมูลค่ามหาศาล ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ

แต่เดิมก่อนวันที่ 23 ตุลาคม พ.ศ. 2547 การดำเนินการเอาผิดแก่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์จำต้องปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายเก่าที่มีอยู่ เช่น ลักทรัพย์ ฉ้อโกง เอาเอกสารของผู้อื่นไปเสีย และปลอมเอกสารสิทธิ เป็นต้น (คำพิพากษาฎีกาที่ 5598/2540 คำพิพากษาฎีกาที่ 9/2543 คำพิพากษาฎีกาที่ 2766/2546) แต่กฎหมายที่มีอยู่ก็ไม่เพียงพอต่อการป้องกันหรือปราบปรามอาชญากรรมที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์

ปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งไม่เพียงพอต่อการบังคับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์นี้ ได้รับการพิจารณาและแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเพื่อให้มีบทบัญญัติเพื่อใช้กับอาชญากรรมเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม พ.ศ. 2547 โดยบัญญัติบทนิยามของบัตรอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 1 (14) ขอบเขตการบังคับใช้ตามมาตรา 8 (2/1) และฐานความผิดในลักษณะ 7 หมวด 4 มาตรา 269/1 ถึงมาตรา 269/7 ของประมวลกฎหมายอาญา โดยมีที่มาของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา คือ กระทรวงการคลังได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจบัตรเครดิต พ.ศ.² แต่เมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบัตรเครดิตของต่างประเทศแล้วพบว่า ไม่มีการตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้กับกรณีของการประกอบธุรกิจบัตรเครดิตโดยเฉพาะเจาะจง เพียงได้มีการนำบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบัตรเครดิตเป็นกรณีไป ดังนั้น คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายอาญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้พิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องและวิเคราะห์โครงสร้างของประมวลกฎหมายอาญาระดับปัจจุบัน แล้วเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาด้วยการเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ประเภทต่างๆ ไม่เฉพาะแต่กรณีของบัตรเครดิตเท่านั้น

บทบัญญัติใหม่ของประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์เป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นบังคับใช้กับการกระทำความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะเจาะจง มีขอบเขตการบังคับใช้แก่การกระทำความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้นทั้งในราชอาณาจักรและนอกราชอาณาจักร โดยบทนิยาม

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจบัตรเครดิต พ.ศ.* , เรื่องเสร็จที่ 592/2543

มีความหมายเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ 4 ประเภท ทั้งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่อยู่ในรูปเอกสารและวัตถุอื่นใด หรือในรูปของข้อมูล รหัส หมายเลขบัญชี หมายเลขชุด โดยมีได้ออกเอกสารหรือวัตถุอื่นใด รวมทั้งสิ่งอื่นใดที่ใช้ประกอบกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อแสดงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และบัญญัติฐานความผิดต่างๆ

อย่างไรก็ตาม แม้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาโดยเพิ่มบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นใหม่แล้วเมื่อวันที่ 23 ตุลาคม พ.ศ. 2547 แต่บทบัญญัติของกฎหมายใหม่ดังกล่าวกลับไม่สามารถครอบคลุมการกระทำความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ แม้กระทั่งการกระทำความผิดเกี่ยวกับบัตรเครดิตที่เป็นจุดประสงค์เริ่มต้นประการหนึ่งอันเป็นที่มาของการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือ ลักษณะการกระทำความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์บางลักษณะไม่สามารถปรับบทความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ได้ ยังคงต้องอาศัยกฎหมายเก่าที่มีอยู่ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาปรับใช้แก่การกระทำลักษณะนั้นๆ เช่น ฉ้อโกง ตามมาตรา 341 กับมาตรา 342 หรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งเอกสารของผู้อื่น ตามมาตรา 188 หรือใช้เอกสารปลอม ตามมาตรา 268 เป็นต้น หรือบางกรณีต้องอาศัยกฎหมายตามพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องปรับใช้แก่การกระทำนั้นๆ ดังเช่นก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเพิ่มความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ และบางกรณีก็ไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นความผิดและมีโทษทางอาญามาปรับแก่กรณีได้ ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายอาญาขึ้น

ดังนั้น การศึกษาวิจัยบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์จึงมีความสำคัญ เพื่อให้ได้ทราบถึงข้อบกพร่องหรือปัญหา รวมทั้งเพื่อให้ได้แนวทางและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อผลในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น

2. วัตถุประสงค์ ขอบเขตการศึกษาวิจัย ประโยชน์ที่ได้รับ และวิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ 3 ประการ ดังนี้ 1. ศึกษาความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ตามหมวด 4 ลักษณะ 7 ภาค 2 ของประมวลกฎหมายอาญา และคำพิพากษาศาลฎีกา 2. วิเคราะห์ข้อบกพร่องต่างๆ ของบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ 3. เสนอแนะการปรับปรุงกฎหมาย เพื่อผลการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยมีขอบเขตการศึกษาวิจัย คือ ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ มีบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ แต่การศึกษาวิจัยนี้จะมุ่งศึกษาเฉพาะความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 269/1 ถึงมาตรา 269/7 และมาตรา 1 (14) ของประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ส่วนบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่นๆ อาจกล่าวอ้างถึงบางส่วนเพื่อเป็นการช่วยทำความเข้าใจและวิเคราะห์วิจัยเท่านั้น

ส่วนประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ มีดังนี้ ได้ทราบถึงข้อบกพร่องของบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์

ตามประมวลกฎหมายอาญา ทั้งในทางทฤษฎีและการบังคับใช้กฎหมาย และได้ข้อเสนอแนะปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติของกฎหมายความผิดเกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา

วิธีการศึกษาวิจัยจะดำเนินการศึกษาวิจัยทางเอกสาร โดยจะรวบรวมบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ของประมวลกฎหมายอาญา คำพิพากษาศาลฎีกา ตำราและบทความที่เกี่ยวข้องของไทยและต่างประเทศ เพื่อรวบรวมเสร็จจะทำการวิเคราะห์บทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ของประมวลกฎหมายอาญามีข้อบกพร่องอย่างไร ทั้งในทางทฤษฎี องค์ประกอบของกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าว

3. ลักษณะปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์

จากการศึกษาวิจัยพบว่า บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญาไม่ครอบคลุมการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายเกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ และลักษณะของการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์บางลักษณะไม่สามารถปรับบทความผิดเกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ที่มีอยู่ได้ ยังคงต้องอาศัยกฎหมายเก่าที่มีอยู่ก่อนมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ปรับใช้ หรือแม้จะมีความพยายามใช้เครื่องมือทางกฎหมายหรือนิติวิธีตีความกฎหมายแก่การกระทำลักษณะนั้นๆ เช่น มาตรา 334 ความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกง ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการอาศัยการตีความกฎหมายหรือปรับใช้กับบางข้อเท็จจริงก็เสี่ยงต่อการฝ่าฝืนหลักกฎหมายที่สำคัญ คือ “ไม่มีกฎหมายย่อมไม่มีความผิด และไม่มีโทษ” (nullum crimen, nulla poena sine lege) ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ดังกรณีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลักบัตร เอ.ที.เอ็ม พร้อมรหัส เอ.ที.เอ็ม ของผู้อื่นไปใช้โดยมิชอบด้วยการนำไปสอดเข้าเครื่องฝาก-ถอนเงินอัตโนมัติ แล้วได้เงินไปจากเครื่องฝาก-ถอนเงินอัตโนมัติ

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 613/2540 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9/2543 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 310/2546 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4165/2549 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2512/2550 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 464/2551 ซึ่งปรับหลักเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 โดยที่ข้อเท็จจริงเมื่อมีบัตร เอ.ที.เอ็ม พร้อมรหัส เอ.ที.เอ็ม ถูกต้องตรงกับข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีอยู่ในระบบเครื่องฝาก-ถอนเงินอัตโนมัติ ระบบก็จะปล่อยเงินออกมา เท่ากับไม่มีการแจ้งการครอบครอง

หากแต่มีหนึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยโดยปรับหลักเป็นฉ้อโกงตามมาตรา 341 คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 671/2539 เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของความผิดฐานฉ้อโกงก็มีประเด็นว่ามีการหลอกลวงผู้อื่นหรือไม่ ? ข้อเท็จจริงระบบเครื่องฝาก-ถอนเงินอัตโนมัติไม่ใช่ผู้อื่น ผู้อื่นต้องเป็นบุคคล

ในขณะที่มีการกระทำความผิดบางกรณีที่ไม่สามารถปรับบทกฎหมายแก่ผู้กระทำได้ ก่อให้มีปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายอาญา เช่น กรณีล้าพังข้อมูลบนบัตรเครดิตในรูปเอกสาร อาทิ บัตรเครดิต ซึ่งไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นบัตรเครดิต เมื่อมีการนำข้อมูลบนบัตรเครดิตไปใช้ซื้อสินค้าหรือบริการทางอินเทอร์เน็ตก็จะไม่เป็นความผิดฐานใช้บัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ตามมาตรา 269/5 หรือกรณีไม่ได้กำหนดฐานความผิด การ “มี” หรือ “จำหน่าย” อุปกรณ์หรือเครื่องมือเพื่อให้ได้บัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่น (ที่แท้จริง) ไปโดยมิชอบ

เป็นต้น จึงก่อให้เกิดปัญหาช่องว่างทางกฎหมายอาญาของบทบัญญัติเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

จากการศึกษาค้นคว้าการปรับใช้และการตีความกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้วิจัยพบว่า มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายหลายประการอันเกิดจากการใช้นิติวิธีแก้ข้อเท็จจริง ซึ่งมีทั้งกรณีการปรับใช้และการตีความบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญารูปแบบต่างๆ ทั้งการตีความความผิดฐานแปลงบัตรอิเล็กทรอนิกส์ โดยตีความไปว่าการแปลง คือ การปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์บางส่วนตามมาตรา 269/1 ซึ่งมาตรานี้คือการปลอม ไม่ใช่การแปลง และการปรับใช้และการตีความบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยมีประเด็นที่เป็นการใช้กฎหมายในเชิงเทคนิคและเป็นความผิดข้างเคียง ทำให้การใช้กฎหมายหรือการใช้นิติวิธีเช่นนั้นไม่สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายในการคุ้มครองบัตรอิเล็กทรอนิกส์ในฐานะวัตถุแห่งการกระทำ เช่น มาตรา 334 ความผิดฐานลักทรัพย์ มาตรา 341 ความผิดฐานฉ้อโกง ตามประมวลกฎหมายอาญา ดังกล่าวข้างต้น เป็นต้น ซึ่งไม่ใช่กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์เกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์โดยตรง

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายอาญา อันเกิดจากความเข้าใจคลาดเคลื่อนในข้อเท็จจริงเกี่ยวเทคโนโลยี ก่อให้เกิดความคลาดเคลื่อนในการปรับใช้หรือตีความกฎหมายว่า ข้อเท็จจริงนั้นๆ อยู่ในความหมายของบัตรอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่ เช่น การจูนโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นการปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีความเข้าใจคลาดเคลื่อนว่าการจูนโทรศัพท์เคลื่อนที่ไม่เป็นความผิดฐานปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากเข้าใจข้อเท็จจริงคลาดเคลื่อนว่าโทรศัพท์เคลื่อนที่และซิมการ์ดไม่ใช่บัตรอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น³ ซึ่งข้อเท็จจริงทั้งตัวโทรศัพท์เคลื่อนที่ และตัวซิมการ์ดเป็นบัตรอิเล็กทรอนิกส์ในรูปวัตถุอื่นใด ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (14) (ก)

ลักษณะปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ผู้วิจัยจะสรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะสำหรับบทความที่ 2 ประการ ดังนี้ สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะบทนิยามบัตรอิเล็กทรอนิกส์ กับสรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะฐานความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ เป็นหัวข้อที่ 4 และหัวข้อที่ 5 ตามลำดับ

4. สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะบทนิยามบัตรอิเล็กทรอนิกส์

ปัญหาของบทบัญญัตินิยามความหมายของบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 1 (14) แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁴ ให้ความหมายของบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ครอบคลุม กล่าวคือ จากลักษณะปัญหาโดยตัวบทนิยาม

³ สมศักดิ์ เจริญบุญกุล, “ความรับผิดทางอาญาของการลักลอบจูนโทรศัพท์เคลื่อนที่”, วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช ปีที่ 23 ฉบับที่ 1 มิถุนายน 2554, หน้า 135-134

⁴ มาตรา 1 (14) “บัตรอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า

(ก) เอกสารหรือวัตถุอื่นใดไม่ว่าจะมีลักษณะใดที่ผู้ออกได้ออกให้แก่ผู้มีสิทธิใช้ ซึ่งจะระบุชื่อหรือไมก็ตาม โดยบันทึกข้อมูลหรือรหัสไว้ด้วยการประยุกต์ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ไฟฟ้า คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้า หรือวิธีอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน ซึ่งรวมถึงการประยุกต์ใช้วิธีการทางแสงหรือวิธีการทางแม่เหล็กให้ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข รหัส หมายเลขบัตร หรือสัญลักษณ์อื่นใดทั้งที่สามารถมองเห็นและมองไม่เห็นด้วยตาเปล่า

(ข) ข้อมูล รหัส หมายเลขบัญชี หมายเลขชุดทางอิเล็กทรอนิกส์หรือเครื่องมือทางตัวเลขใดๆ ที่ผู้ออกได้ออกให้แก่ผู้มีสิทธิใช้ โดยมีได้มีการออกเอกสารหรือวัตถุอื่นใดให้ แต่มีวิธีการใช้ในการทำงานเดียวกับ (ก) หรือ

(ค) สิ่งอื่นใดที่ใช้ประกอบกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เพื่อแสดงความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระบุตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของ

เห็นได้จากกรณีของข้อมูลบนบัตรเครดิตซึ่งไม่ใช่บัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์⁵ ถ้าฟังข้อมูลซิมการ์ดโทรศัพท์เคลื่อนที่และถ้าฟังอิมี่ของตัวเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ นอกจากนี้ ถ้าฟังบรรดาชุดข้อมูลหรือชุดรหัสใดๆ ที่มาพร้อมกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ในรูปเอกสารหรือวัตถุอื่นใดต่างๆ ก็ไม่อยู่ในความหมายของบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ทั้งสิ้น เช่น ข้อมูลรหัสของบัตรเติมเงินโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีบาร์โค้ด ข้อมูลบนบัตร เอ.ที.เอ็ม ชุดหมายเลขประจำตัวประชาชนและข้อมูลรหัสต่างๆ บนบัตรประจำตัวประชาชนรุ่นใหม่ (Smart Card) ชุดข้อมูลรหัสของหนังสือเดินทางอิเล็กทรอนิกส์ ชุดข้อมูลของรีโมทคอนโทรลประตูบ้าน ล้วนมีปัญหาในลักษณะเดียวกันทั้งสิ้น

ข้อเสนอแนะบทนิยามมาตรา 1 (14) โดยปัญหาจากบทนิยามข้างต้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่า การแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามไม่ควรแยกความหมายออกเป็นสามลักษณะ คือ บัตรอิเล็กทรอนิกส์ บัตรอิเล็กทรอนิกส์ปลอม กับ บัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ได้รับอนุญาตในลักษณะเดียวกับรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984 (The Credit Card Fraud Act 1984) มาตรา 1029 อนุมาตรา (e) ที่ให้ความหมายแยกย่อยออกเป็น อนุมาตราย่อย (1) คำว่า “เครื่องมือสำหรับการเข้าถึง” (access devices) อนุมาตราย่อย (2) คำว่า “เครื่องมือสำหรับการเข้าถึงปลอม” (counterfeit access devices) อนุมาตราย่อย (3) คำว่า “เครื่องมือสำหรับการเข้าถึงที่ไม่ได้รับอนุญาต” (unauthorized access device) ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁶ เพราะบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ปลอมมีอยู่ตามมาตรา 269/1 กับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งคือลักษณะฐานความผิดด้วยการใช้บัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ซึ่งมีอยู่แล้วตามมาตรา 269/5 ในประมวลกฎหมายอาญา หากต้องแก้ไขเพิ่มเติมที่บทบัญญัตินิยามความหมายของบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ ดังนี้

ประการแรก กำหนดให้บทนิยามของบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์มีความหมายครอบคลุมถึงบรรดาข้อมูลบนบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ที่ออกในรูปเอกสารหรือวัตถุอื่นใด เช่น หมายเลขบัตรเครดิต ชื่อผู้ถือ วันเดือนปีหมดอายุของบัตร รหัส CVV ของบัตรเครดิต ข้อมูลรหัสของซิมการ์ดโทรศัพท์เคลื่อนที่ ข้อมูลรหัสของตัวเครื่องโทรศัพท์เคลื่อนที่ ข้อมูลรหัสของบัตรเติมเงินโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่มีบาร์โค้ด ข้อมูลรหัสบนบัตร เอ.ที.เอ็ม. ข้อมูลรหัสบนบัตรประจำตัวประชาชนรุ่นใหม่ (Smart Card) ข้อมูลรหัสบนหนังสือเดินทางอิเล็กทรอนิกส์ ข้อมูลของรีโมทคอนโทรลประตูบ้าน และบรรดาข้อมูลรหัสของบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ชนิดอื่นที่ออกในรูปเอกสารหรือวัตถุอื่นใดต่างๆ ให้อยู่ในความหมาย

⁵ เกียรติจิกร วัจนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: หจก.จิรัชการพิมพ์, 2551), หน้า 222

⁶ The credit card fraud act 1984, <https://codes.findlaw.com/us/title-18-crimes-and-criminal-procedure/-18usc-sect1029.html> and <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1029> and <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title18/USCODE-2011-title18-part1-chap47-sec1029> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561

section 1029 (e) As used in this section—

(1) the term “access device” means any card, plate, code, account number, electronic serial number, mobile identification number, personal identification number, or other telecommunications service, equipment, or instrument identifier, or other means of account access that can be used, alone or in conjunction with another access device, to obtain money, goods, services, or any other thing of value, or that can be used to initiate a transfer of funds (other than a transfer originated solely by paper instrument);

(2) the term “counterfeit access device” means any access device that is counterfeit, fictitious, altered, or forged, or an identifiable component of an access device or a counterfeit access device;

(3) the term “unauthorized access device” means any access device that is lost, stolen, expired, revoked, canceled, or obtained with intent to defraud;

ของบัตรอิเล็กทรอนิกส์ด้วย

ประการที่สอง บัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 1 (14) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้ความหมายครอบคลุมถึงบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ว่าจะเป็นบัตรอิเล็กทรอนิกส์ประเภทใดในสี่ประเภทตามมาตรา 1 (14) ของประมวลกฎหมายอาญา ทั้งที่สามารถใช้โดยลำพังของบัตรอิเล็กทรอนิกส์ชิ้นนั้นๆ หรือโดยใช้ร่วมกันกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์อื่นใด หรือใช้ร่วมกันกับสิ่งอื่น เช่น ใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ร่วมกับลูกกุญแจ เป็นต้น ให้เป็นบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 1 (14) ด้วย

ทำนองบทบัญญัติของมาตรา 1029 (e) ตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984 อนุมาตราย่อย (1) คำว่า “เครื่องมือสำหรับการเข้าถึง” (access devices) หมายความว่า บัตร แผ่นโลหะ รหัส หมายเลขบัญชี หมายเลขชุดทางอิเล็กทรอนิกส์ หมายเลขบ่งชี้เฉพาะโทรศัพท์เคลื่อนที่ หมายเลขบ่งชี้เฉพาะตัวบุคคล หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน หรือหมายเลขใบอนุญาตขับขี่⁷ หรือหมายเลขบัตรประกันสังคม⁸ หรือบัตรเงินสดสำหรับซื้อสินค้าตามห้างสรรพสินค้าของ Wal-Mart’s⁹ (ลักษณะอย่างเดียวกับบัตรเงินสดของ 7/11 หรือบัตรเงินสดตามศูนย์อาหารของเซ็นทรัล) หรือบัตรเติมเงินโทรศัพท์เคลื่อนที่¹⁰ หรือบริการโทรคมนาคมอื่นๆ วัตถุหรือเอกสารบ่งชี้เฉพาะ หรือสิ่งอื่นใดที่สามารถใช้ในการเข้าถึงบัญชี โดยลำพังของสิ่งเหล่านี้หรือโดยร่วมกันกับเครื่องมือสำหรับการเข้าถึงอื่นใด เพื่อให้ได้รับเงิน สินค้า บริการ หรือสิ่งอื่นใดอันมีมูลค่า หรือสามารถนำไปใช้ในการโอนเงิน

5. สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะฐานความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์

ฐานความผิดต่างๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 269/1 ถึงมาตรา 269/7 จากการศึกษาวิจัย พบว่ามีปัญหาโดยตัวบทบัญญัติของกฎหมายในบางมาตรา ซึ่งจากข้อเท็จจริงในทางคดีที่ผู้วิจัยศึกษาเปรียบเทียบทั้งจากคำพิพากษาฎีกาของไทย คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศบางประเทศ พบว่า บทบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญามีช่องว่างแห่งกฎหมายที่กล่าวได้ว่า เป็นช่องว่างที่ใหญ่มาก และหลายช่องว่าง โดยจะสรุปปัญหาและข้อเสนอแนะเป็นรายมาตราที่กำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อสามารถปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายได้ตรงต่อลักษณะแห่งการกระทำ และคุ้มครองบัตรอิเล็กทรอนิกส์ในฐานะวัตถุแห่งการกระทำให้สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย อีกทั้งเป็นการปรับปรุงวางมาตรการทางกฎหมายอาญาให้ทันสมัยต่อการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี โดยแยกออกเป็น 7 กรณี ดังนี้

⁷ United States v. Tarik I. Liwaru, Carlton P. Strother (08-2287, 08-2291, 08-2295 No. จำเลยอีกคน คือ Chandra Jenkins-Watts ไม่ได้อุทธรณ์) 2009 <http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1274502.html> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561

⁸ United States v. McCormick (94-10429, 94-10430. Nos.) 1995 <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1056211.html> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561

⁹ United States v. Truong (08-10446) 2009 <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1496253.html> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561

¹⁰ United States v. Isaacs (08-2876) 2010 <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1498102.html> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561

5.1 มาตรา 269/1¹¹ มีความเหมาะสมในการวางองค์ประกอบของความผิด ซึ่งครอบคลุมและตรงตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่มุ่งหมายคุ้มครองบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์จากการกระทำความผิดฐานทำปลอม มีความชัดเจนและถือได้ว่ามีความสมบูรณ์อยู่ในตัว หากจะมีปัญหา ก็เป็นปัญหาทางนิติวิธีบางประการในลักษณะของการตีความกฎหมายและการปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงกับกรณีปัญหา ซึ่งเป็นผลจากปัญหาบทนิยามของบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 1 (14) แห่งประมวลกฎหมายอาญา และความเข้าใจคลาดเคลื่อนเกี่ยวแก่เทคโนโลยีบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ ดังข้อเท็จจริงที่เข้าใจคลาดเคลื่อนว่าโทรศัพท์เคลื่อนที่และซิมการ์ดไม่ใช่บัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ ตามหัวข้อที่ 4 ดังกล่าวข้างต้น

5.2 มาตรา 269/2¹² องค์ประกอบความผิดของมาตรานี้ มีสภาพปัญหาไม่ครอบคลุมลักษณะแห่งการกระทำและมีปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายอาญา โดยมี 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก ข้อจำกัดกรณีองค์ประกอบของเครื่องมือหรือวัตถุต้องเป็นกรณีที่ทำขึ้นสำหรับการปลอมบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ หรือสำหรับให้ได้ข้อมูลในการปลอมบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น ไม่หมายความรวมถึง การทำเครื่องมือหรือวัตถุสำหรับให้ได้มาซึ่งบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริงด้วย

ประการที่สอง ไม่มีกำหนดให้การ “มี” อุปกรณ์หรือเครื่องมือเพื่อให้ได้บัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นไปโดยมิชอบ เป็นความผิด

ประการที่สาม ไม่มีองค์ประกอบว่าด้วยจำหน่ายอุปกรณ์หรือเครื่องมือเพื่อให้ได้บัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นไปโดยมิชอบ รวมทั้งในการปลอมด้วย ดังรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984 (The Credit Card Fraud Act 1984) มาตรา 1029 (a) (4) (8) (9)¹³

¹¹ มาตรา 269/1 ผู้ใดทำบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิมหรือดัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใดๆ ในบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริง โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริง หรือเพื่อใช้ประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

¹² มาตรา 269/2 ผู้ใดทำเครื่องมือหรือวัตถุสำหรับปลอมหรือแปลง หรือสำหรับให้ได้ข้อมูลในการปลอมหรือแปลงสิ่งใดๆ ซึ่งระบุไว้ในมาตรา 269/1 หรือมีเครื่องมือหรือวัตถุเช่นนั้น เพื่อใช้หรือให้ได้ข้อมูลในการปลอมหรือแปลง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท

¹³ The credit card fraud act 1984, <https://codes.findlaw.com/us/title-18-crimes-and-criminal-procedure/-18usc-sect1029-.html> and <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1029> and <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title18/USCODE-2011-title18-partI-chap47-sec1029> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561

Section 1029. Fraud and related activity in connection with access--devices

(a) Whoever

(4) knowingly, and with intent to defraud, produces, traffics in, has control or custody of, or possesses device-making equipment;

(8) knowingly and with intent to defraud uses, produces, traffics in, has control or custody of, or possesses a scanning receiver;

(9) knowingly uses, produces, traffics in, has control or custody of, or possesses hardware or software, knowing it has been configured to insert or modify telecommunication identifying information associated with or contained in a telecommunications instrument so that such instrument may be used to obtain telecommunications service without authorization; or

ข้อเสนอแนะมาตรา 269/2 มีดังนี้

ประการแรก ข้อจำกัดกรณีองค์ประกอบของเครื่องมือหรือวัตถุต้องเป็นกรณีที่ทำขึ้นสำหรับการปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ หรือสำหรับให้ได้ข้อมูลในการปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น ไม่หมายความว่ารวมถึง การทำเครื่องมือหรือวัตถุสำหรับให้ได้มาซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริง จึงควรกำหนดให้มีฐานความผิดนี้ด้วย

ประการที่สอง กำหนดให้การ “มี” อุปกรณ์หรือเครื่องมือเพื่อให้ได้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริงของผู้อื่นไปโดยมิชอบ เป็นความผิด

ประการที่สาม กำหนดให้การจำหน่ายอุปกรณ์หรือเครื่องมือเพื่อให้ได้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นไปโดยมิชอบ รวมทั้งจำหน่ายอุปกรณ์หรือเครื่องมือเพื่อให้ได้ข้อมูลในการปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์เป็นความผิดด้วย ดังกรณีรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984 (The Credit Card Fraud Act 1984) มาตรา 1029 (a) (4) (8) (9)¹⁴

5.3 มาตรา 269/3¹⁵ บทบัญญัติมาตรา 269/3 มีสภาพปัญหาที่พบบ่อยเกิดจากตัวองค์ประกอบของกฎหมาย คือ องค์ประกอบความผิดของมาตรานี้ มีสภาพปัญหาไม่ครอบคลุมลักษณะแห่งการกระทำ และมีปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายอาญา ทำนองคล้ายคลึงกับมาตรา 269/2 กล่าวคือ บทบัญญัติมาตรา 269/3 มีข้อจำกัดขององค์ประกอบการนำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ปลอมตามมาตรา 269/1 หรือนำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักร ซึ่งเครื่องมือหรือวัตถุสำหรับให้ได้ข้อมูลบัตรอิเล็กทรอนิกส์เพื่อทำปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ตามมาตรา 269/2 เท่านั้น ไม่หมายความว่ารวมถึง การนำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักรซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นที่แท้จริงซึ่งได้มาโดยมิชอบ และเครื่องมือหรือวัตถุสำหรับให้ได้มาซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นที่แท้จริงอันได้มาโดยมิชอบ โดยมีข้อพิจารณา 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ประเด็นมาตรา 269/3 ไม่ครอบคลุม “การนำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักรซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นที่แท้จริงซึ่งได้มาโดยมิชอบ” จึงจำเป็นต้องเพิ่มฐานความผิดใหม่ให้ครอบคลุมลักษณะแห่งการกระทำและวัตถุแห่งการกระทำ

ประการที่สอง ประเด็นมาตรา 269/3 ไม่ครอบคลุม “นำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักรเครื่องมือหรือวัตถุสำหรับให้ได้มาซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นที่แท้จริงอันได้มาโดยมิชอบ” จึงจำเป็นต้องเพิ่มฐานความผิดใหม่ให้ครอบคลุมลักษณะแห่งการกระทำและวัตถุแห่งการกระทำ

ข้อเสนอแนะมาตรา 269/3 ต้องเพิ่มฐานความผิดใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาและอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ด้วยการเพิ่มวรรคสองของมาตรา 269/3 “นำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักรซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นที่แท้จริงซึ่งได้มาโดยมิชอบ หรือเครื่องมือหรือวัตถุสำหรับให้ได้มาซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริงอันได้มาโดยมิชอบ” เป็นความผิดด้วย

¹⁴ The credit card fraud act 1984, <https://codes.findlaw.com/us/title-18-crimes-and-criminal-procedure/-18usc-sect1029-.html> and <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1029> and <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title18/USCODE-2011-title18-part1-chap47-sec1029> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561 (โปรดดูเชิงอรรถที่ 13)

¹⁵ มาตรา 269/3 ผู้ใดนำเข้าในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักรซึ่งสิ่งใดๆ ตามมาตรา 269/1 หรือมาตรา 269/2 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

5.4 มาตรา 269/4¹⁶ มีสภาพปัญหาอันเกิดจากเนื้อหาของประกอบของกฎหมาย โดยผู้วิจัยแยกพิจารณาออกเป็น 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก มาตรา 269/4 วรรคแรก มีปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายอาญาว่าด้วย “อันได้มาโดยรู้ว่าเป็นของปลอม” แต่หากตอนได้มาไม่รู้ ไปรู้ภายหลังก็ไม่เป็นความผิด

ประการที่สอง ตามมาตรา 269/4 วรรคแรก คำว่า “แปลง” ซึ่งเป็นปัญหาร่วมกับมาตรา 269/1 ถึงมาตรา 269/3 คือ ต้องแก้ไขปัญหบทบัญญัติที่เกินมา ด้วยการตัดคำว่า “แปลง” ออกไป

ประการที่สาม คือ ภาระการพิสูจน์เกี่ยวกับทั้งวรรคแรกกับวรรคสองของมาตรา 269/4 ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายประเทศอังกฤษ ตามอนุมาตรา (2) ของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลง ค.ศ. 1981 (Forgery and Counterfeiting Act 1981)¹⁷ มีสาระสำคัญกำหนดให้ผู้ที่ครอบครองเอกสารปลอม โดยรู้หรือควรจะรู้ว่าเป็นเอกสารปลอมโดยปราศจากข้ออ้างหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายก็มีความผิดแล้ว และควรบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนระหว่าง “เพื่อใช้” กับ “เพื่อจำหน่าย” ซึ่งมีมูลเหตุจูงใจต่างกัน และยากต่อการพิจารณาพิสูจน์ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีไว้ “เพื่อใช้” หรือ “เพื่อจำหน่าย” กันแน่

ข้อเสนอแนะมาตรา 269/4 จากสภาพปัญหาของมาตรานี้ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

จำต้องแก้ไขปัญหาคำอธิบายพร้อมประเด็นให้ครอบคลุม ด้วยการกำหนดว่า “ได้มาโดยรู้ว่าเป็นของปลอมหรือรู้ภายหลัง” ก็เป็นความผิด และตัดองค์ประกอบ “แปลง” ออก เพราะไม่มีฐานความผิดเกี่ยวกับการแปลงบัตรอิเล็กทรอนิกส์

ควรกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้ชัดเจนและเพื่อลดภาระการพิสูจน์ ระหว่าง “เพื่อใช้” กับ “เพื่อจำหน่าย” โดยอาจพิจารณาจากตัวอย่างบทบัญญัติของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ตามมาตรา 1029 (a) (3) ตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984 (The Credit Card Fraud Act 1984) คือ มีไว้ตั้งแต่ 15 ชิ้นขึ้นไป ถือว่ามีไว้เพื่อจำหน่าย¹⁸

¹⁶ มาตรา 269/4 ผู้ใดใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ซึ่งสิ่งใดๆ ตามมาตรา 269/1 อันได้มาโดยรู้ว่าเป็นของที่ทำปลอมหรือแปลงขึ้น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงเจ็ดปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดจำหน่ายหรือมีไว้เพื่อจำหน่ายซึ่งสิ่งใดๆ ที่ทำปลอมหรือแปลงขึ้นตามมาตรา 269/1 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคแรกหรือวรรคสองเป็นผู้ปลอมซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 269/1 ให้ลงโทษตามมาตรา 269/1 แต่กระหนาบเดียว

¹⁷ Forgery and Counterfeiting Act 1981 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/45> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561
Section 5 Offences relating to money orders, share certificates, passports, etc.

(2) It is an offence for a person to have in his custody or under his control, without lawful authority or excuse, an instrument to which this section applies which is, and which he knows or believes to be, false.

¹⁸ The credit card fraud act 1984, <https://codes.findlaw.com/us/title-18-crimes-and-criminal-procedure/-18usc-sect1029-.html> and <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1029> and <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title18/USCODE-2011-title18-part1-chap47-sec1029> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561

Section 1029 (a) (3) knowingly and with intent to defraud possesses fifteen or more devices which are counterfeit or unauthorized access-devices;

ส่วนการมีไว้เพื่อใช้ ควรกำหนดในบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อลดภาระการพิสูจน์ ดังพระราชบัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สินโดยการหลอกลวง ค.ศ. 1968 (Theft Act 1968) มาตรา 25 (3) ของประเทศอังกฤษ¹⁹ ที่กล่าวถึงภาระการพิสูจน์เกี่ยวกับการมีไว้เพื่อใช้ไว้ว่า “กรณีหากเป็นการได้ครอบครองบัตรเครดิตปลอมนอกเคหสถาน ผู้ครอบครองบัตรเครดิตปลอมต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้มีเจตนาที่จะนำบัตรเครดิตปลอมนั้นไปใช้”²⁰ หรือตามอนุมาตรา (2) ของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลง ค.ศ. 1981 (Forgery and Counterfeiting Act 1981)²¹ คือ “การมีบัตรอิเล็กทรอนิกส์ปลอม หรือบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นไว้โดยปราศจากข้ออ้างหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายก็เป็นความผิดแล้ว”

5.5 มาตรา 269/5²² มีประเด็นที่เกิดจากเนื้อหาของประกอบของกฎหมาย โดยมีลักษณะของปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายอาญา กล่าวคือ “การใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์โดยมิชอบ แม้เป็นผู้ทรงสิทธิ” ก็ตาม

การใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์โดยมิชอบ แม้เป็นผู้ทรงสิทธิ อาจเป็นการใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ตนเป็นผู้ทรงสิทธิในการใช้สำหรับในองค์กร แต่ใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัว หรือการใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ตนเป็นผู้ทรงสิทธิในการใช้ แต่ใช้เกินขอบอำนาจ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นหรือประชาชน ดังคดี DPP v Bignell [1998] จำเลยเป็นเจ้าของหน้าที่ตำรวจของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ถูกดำเนินคดีฟ้องร้องข้อหาเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยปราศจากอำนาจตามมาตรา 1 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ค.ศ. 1990 (Computer Misuse Act 1990) โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ จำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจของสำนักงานตำรวจแห่งชาติใช้คอมพิวเตอร์ขององค์กร เข้าถึงข้อมูลและระบบคอมพิวเตอร์ขององค์กร เพื่อให้ได้ข้อมูลสำหรับการทำงานหรือเพื่อประโยชน์ส่วนตัว อย่างไรก็ตาม องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายไม่สามารถดำเนินคดีต่อการกระทำของเขาเพราะเหตุว่าการกระทำนั้นไม่ได้อยู่ในความหมายของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ค.ศ. 1990 (Computer Misuse Act 1990) มาตรา 1 ฐานเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์โดยไม่ได้รับอนุญาต ความผิดฐานนี้มีเจตนารมณ์เพื่อใช้กับแฮกเกอร์ (hacker) จากภายนอก ดังนั้น ศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษจึงพิพากษายกฟ้อง ปลอยจำเลย²³ กรณีตามตัวอย่างคดีนี้ ชื่อผู้ใช้และรหัสผ่านเป็นบัตรอิเล็กทรอนิกส์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (14) (ข) นาย Bignell เป็นผู้ทรงสิทธิใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ บัตรอิเล็กทรอนิกส์จึงไม่ใช่ของผู้อื่น และเป็นการใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ตนเป็นผู้ทรงสิทธิโดยชอบ เมื่อปรับข้อเท็จจริงตามคดีตัวอย่างกับบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย นาย Bignell ย่อมไม่มีความผิดตามมาตรา 269/5

¹⁹ Theft Act 1968 http://www.policeoracle.com/acts_of_parliament/THEFT_ACT_1968.doc สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561
Section 25 (3) Where a person is charged with an offence under this section, proof that he had with him any article made or adapted for use in committing a burglary, theft or cheat shall be evidence that he had it with him for such use.

²⁰ Smith & Hogan Criminal law 6th ed., pp. 611-614

²¹ Forgery and Counterfeiting Act 1981 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/45> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561 (โปรดดูเชิงอรรถที่ 17)

²² มาตรา 269/5 ผู้ใดใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ในประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²³ DPP v Bignell [1998], <http://www.lawteacher.net/criminal-law/acts/computer-misuse-act-1990.php> and <http://www.computerevidence.co.uk/Cases/CMA.htm> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561

ข้อเสนอแนะมาตรา 269/5 ต้องแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 269/5 เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาดังคดี DPP v Bignell [1998] ดังกล่าวข้างต้น ที่บทบัญญัติของกฎหมายและคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษก้าวไปไม่ถึง ซึ่งการกระทำก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นหรือประชาชน และมาตรา 269/5 ไม่ครอบคลุมถึงเช่นเดียวกัน

ดังนั้น เพื่อให้มาตรา 269/5 ครอบคลุมการกระทำตามข้อเท็จจริงคดี DPP v Bignell [1998] จำต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยเพิ่มวรรคสองของมาตรา 269/5 กำหนดให้ **“การใช้บัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” (แม้เป็นผู้ทรงสิทธิ) ก็เป็นความผิดด้วย**

5.6 มาตรา 269/6²⁴ มีสภาพปัญหา 2 ประการ คือ

ประการแรก ปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ ไม่มีฐานความผิด “จำหน่ายหรือมีไว้เพื่อจำหน่ายบัตรเครดิตที่แท้จริง”

ประการที่สอง มีสภาพปัญหาล้ายคลึงกับมาตรา 269/4 วรรคแรก กล่าวคือ การ “มีไว้เพื่อนำออกใช้” จะต้องมิใช่ขึ้น หรือลักษณะของการมีไว้จริงจะต้องด้วยองค์ประกอบมีไว้เพื่อใช้ ซึ่งมีความไม่ชัดเจน โดยหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมจะทำให้บทบัญญัติมีความชัดเจนและส่งผลถึงประเด็นการพิสูจน์ด้วย

ข้อเสนอแนะมาตรา 269/6 ต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของมาตรา 269/6 ดังต่อไปนี้

ประการแรก เพิ่มฐานความผิดเป็นวรรคสองของมาตรา 269/6 กำหนดให้ **“การจำหน่ายหรือมีไว้เพื่อจำหน่ายบัตรเครดิตที่แท้จริง”** เป็นความผิด และกำหนดให้ชัดเจนว่า**ต้องมีไว้ที่นับจึงจะต้องด้วยความผิดฐานมีไว้เพื่อจำหน่ายบัตรเครดิตที่แท้จริง** ซึ่งเกี่ยวพันถึงประการที่สองต่อไปนี้

ประการที่สอง ควรกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายให้เพื่อชัดเจนและเพื่อลดภาระการพิสูจน์ ระหว่าง “เพื่อใช้” กับ “เพื่อจำหน่าย” โดยอาจพิจารณาจากตัวอย่างบทบัญญัติของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ตามมาตรา 1029 (a) (3) ตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984 (The Credit Card Fraud Act 1984) คือ มีไว้ตั้งแต่ 15 ขึ้นขึ้นไป ถือว่ามีไว้เพื่อจำหน่าย²⁵

ส่วนการมีไว้เพื่อใช้ ควรกำหนดในบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อลดภาระการพิสูจน์ ดังพระราชบัญญัติความรับผิดเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สินโดยการหลอกลวง ค.ศ. 1968 (Theft Act 1968) มาตรา 25 (3) ของประเทศอังกฤษ²⁶ ที่กล่าวถึงภาระการพิสูจน์เกี่ยวกับการมีไว้เพื่อใช้ไว้ว่า **“กรณีหากเป็นการได้ครอบครองบัตรเครดิตปลอมนอกเคสด้าน ผู้ครอบครองบัตรเครดิตปลอมต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้มีเจตนาที่จะนำบัตรเครดิตปลอมนั้นไปใช้”** หรือตามอนุมาตรา (2) ของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการปลอมแปลง ค.ศ. 1981

²⁴ มาตรา 269/6 ผู้ใดมีไว้เพื่อนำออกใช้ซึ่งบัตรเครดิตอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบตามมาตรา 269/5 ในประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

²⁵ The credit card fraud act 1984, <https://codes.findlaw.com/us/title-18-crimes-and-criminal-procedure/-18usc-sect1029.html> and <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1029> and <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title18/USCODE-2011-title18-part1-chap47-sect1029> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561 (โปรดดูเชิงอรรถที่ 18)

²⁶ Theft Act 1968 http://www.policeoracle.com/acts_of_parliament/THEFT_ACT_1968.doc สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561 (โปรดดูเชิงอรรถที่ 19)

(Forgery and Counterfeiting Act 1981)²⁷ คือ “การมีบัตรอิเล็กทรอนิกส์ปลอม หรือบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นไว้โดยปราศจากข้ออ้างหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายก็เป็นความผิดแล้ว”

การ “มีไว้เพื่อใช้” กับการ “มีไว้เพื่อจำหน่าย” ลักษณะแห่งการกระทำทำนองเดียวกับการครอบครอง แต่มีมูลเหตุจูงใจต่างกัน และความร้ายแรงแห่งเหตุก็ต่างกัน กล่าวคือ การมีไว้เพื่อใช้ อาจไม่ได้มีมูลเหตุจูงใจในการค้ากำไรหรือการพาณิชย์ เช่น การมีชื่อผู้ใช้และรหัสผ่านของผู้อื่นไว้เพื่อใช้เข้าดูจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ผู้อื่น หรือการมีชื่อผู้ใช้และรหัสผ่านของผู้อื่นไว้เพื่อใช้เข้ารับบริการอินเทอร์เน็ต เป็นต้น ซึ่งความร้ายแรงแห่งเหตุจะไม่มากเท่าการมีไว้เพื่อจำหน่ายที่มีมูลเหตุจูงใจในการค้ากำไรหรือการพาณิชย์ ซึ่งมีความร้ายแรงแห่งเหตุมากกว่า มีไว้เพื่อใช้ จึงไม่ควรต้องรับผิดและรับโทษอย่างเดียวกัน ประกอบกับภาระการพิสูจน์การมีไว้เพื่อใช้ แม้มีเพียงขึ้นเดียวก็เป็นความผิดได้ ส่วนการมีไว้เพื่อจำหน่าย หากมีไว้เพียงขึ้นเดียวย่อมยากที่จะสรุปได้ว่าเป็นการมีไว้ในการค้ากำไรหรือการพาณิชย์ และเพื่อให้เนื้อหาการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 269/6 สอดคล้องกับมาตรา 269/4 ซึ่งบัญญัติแยกการ “ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้” ออกจากการ “มีไว้เพื่อจำหน่าย” อยู่แล้ว

กรณีบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่แบ่งออกเป็น 4 ประเภท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (14) มีความหลากหลายชนิด หลากหลายรูปลักษณะ หลากหลายลักษณะการใช้ อันส่งผลกระทบต่อและส่งผลความร้ายแรงแห่งเหตุแตกต่างกัน จึงไม่อาจนำความผิดฐานใช้หรืออ้างเอกสารปลอม ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 268 เทียบเคียง อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 268 เป็นบทบัญญัติที่มานานแล้ว โดยลำพังมาตรา 268 เป็นอีกหนึ่งมาตราที่พึ่งแก้ไขต่อไป อย่างไรก็ตามมาตรา 268 อยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาจึงไม่ได้กล่าวถึงโดยละเอียด

ประการที่สาม จำต้องเพิ่มเติมฐานความผิดใหม่ขึ้นเป็นวรรคสามของมาตรา 269/6 กำหนดให้ “ผู้ได้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นมาโดยมิชอบ” เป็นฐานความผิดใหม่ โดยระบุให้ผู้เอาบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นที่ไม่มีรูปร่างไป กับผู้รับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นที่ไม่มีรูปร่างต่อจากผู้เอาไป เป็นความผิด เนื่องจากบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่อยู่ในรูปเอกสารหรือวัตถุอื่นใด ตามมาตรา 1 (14) (ข) กับ (ค) เป็นบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่มีรูปร่าง จะไม่สามารถปรับหลักความผิดฐานลักทรัพย์หรือรับของโจรได้

5.7 มาตรา 269/7²⁸ มีสภาพปัญหาของตัวบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความไม่ครอบคลุมถึงวัตถุประสงค์แห่งการกระทำที่เกี่ยวกับการเข้าถึงบัญชีการให้บริการหรือการใช้บริการการสื่อสารโทรคมนาคม ซึ่งเกี่ยวพันถึงความเสียหายที่เป็นทรัพย์สินอันเกิดต่อผู้อื่นเจ้าของบัญชีผู้ใช้บริการกับผู้ให้บริการการสื่อสารด้วย กล่าวคือ การไม่ครอบคลุมถึง “บัญชีการให้บริการหรือบัญชีการใช้บริการต่างๆ และได้ประโยชน์ในทางที่เป็นทรัพย์สินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นได้รับความเสียหาย หรือทำให้เกิดความเสียหายที่มีมูลค่า” ซึ่งหากจะใช้นิติวิธีการตีความเพื่อปรับบทก็ไม่สามารถทำได้ เนื่องจากเนื้อหาบทบัญญัติกำหนดไว้เฉพาะว่าต้อง “**เกี่ยวกับการชำระหนี้ หรือใช้เบิกถอนเงินสด**” อันชี้ให้เห็นว่า บทบัญญัติของมาตรา 269/7 นี้ มองเพียงบัตรอิเล็กทรอนิกส์ด้านที่เป็นบัตรเครดิต บัตรเดบิต หรือบัตร เอ.ที.เอ็ม เป็นด้านหลักเท่านั้น

²⁷ Forgery and Counterfeiting Act 1981 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/45> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561 (โปรดดูเชิงอรรถที่ 17)

²⁸ มาตรา 269/7 ถ้าการกระทำดังกล่าวในหมวดนี้ เป็นการกระทำเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่ผู้ออกได้ออกให้แก่ผู้มีสิทธิใช้ เพื่อใช้ประโยชน์ในการชำระค่าสินค้า ค่าบริการหรือหนี้อื่นแทนการชำระด้วยเงินสด หรือใช้เบิกถอนเงินสด ผู้กระทำต้องระวางโทษหนักกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรานั้นๆ กึ่งหนึ่ง

ข้อเสนอแนะมาตรา 269/7 ต้องแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 269/7 กำหนดให้เหตุการณ์ครอบคลุมถึง “**บัญชีการให้บริการหรือบัญชีการใช้บริการต่างๆ และได้ประโยชน์ในทางที่เป็นทรัพย์สินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือทำให้ทรัพย์สินของผู้อื่นได้รับความเสียหาย หรือทำให้เกิดความเสียหายที่มีมูลค่า**” อันจะครอบคลุมประเด็นปัญหาดังกล่าว โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นกรณี “**เกี่ยวกับการชำระหนี้ หรือ ใช้เบิกถอนเงินสด**” เท่านั้น แต่ยังมีบัญชีการให้บริการหรือให้บริการอื่นอีก และอาจมีลักษณะบัญชีการให้บริการหรือการใช้บริการเกิดขึ้นใหม่ๆ ในอนาคต เพราะเหตุว่าเทคโนโลยีมีการเปลี่ยนแปลงปรับตัวเร็วมาก จึงควรกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายในเชิงหลักการ และให้ผู้มีบทบาทหน้าที่ใช้วิธีปรับใช้กับข้อเท็จจริงไปตามกรณี ทำนองเดียวกับองค์ประกอบบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 1029 (e) (1) ตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยบัตรเครดิต ค.ศ. 1984 (The Credit Card Fraud Act 1984)²⁹ กับมาตรา 1030 (a) (4) ตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์และการทำละเมิด ค.ศ. 1986 (Computer Fraud and Abuse Act 1986) ของประเทศสหรัฐอเมริกา³⁰ เป็นต้น กับคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ประเทศสหรัฐอเมริกา และบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญา ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 263 a (2) ประกอบกับมาตรา 263 (3)³¹ ซึ่งระบุองค์ประกอบหรือเหตุการณ์ไม่จำกัดอยู่เพียง “**การชำระค่าสินค้า ค่าบริการหรือหนี้อื่นแทนการชำระด้วยเงินสด หรือใช้เบิกถอนเงินสด**” เท่านั้น

²⁹ The credit card fraud act 1984, The credit card fraud act 1984, <https://codes.findlaw.com/us/title-18-crimes-and-criminal-procedure/-18usc-sect1029-.html> and <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1029> and <https://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title18/USCODE-2011-title18-part1-chap47-sec1029> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561 (โปรดดูเชิงอรรถที่ 6)

³⁰ Computer Fraud and Abuse Act 1986, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1030> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561 Section 1030. Fraud and related activity in connection with computers

(a) Whoever

(4) knowingly and with intent to defraud, accesses a protected computer without authorization, or exceeds authorized access, and by means of such conduct furthers the intended fraud and obtains anything of value, unless the object of the fraud and the thing obtained consists only of the use of the computer and the value of such use is not more than \$5,000 in any 1-year period;

³¹ Michael Bohlander Prof. (German law translator to English) http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html สืบค้นเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2561

Section 263a Computer fraud

(2) Section 263 (2) to (7) shall apply mutatis mutandis.

Section 263 (3) In especially serious cases the penalty shall be imprisonment from six months to ten years. An especially serious case typically occurs if the offender

1. acts on a commercial basis or as a member of a gang whose purpose is the continued commission of forgery or fraud;
2. causes a major financial loss of or acts with the intent of placing a large number of persons in danger of financial loss by the continued commission of offences of fraud;
3. places another person in financial hardship;
4. abuses his powers or his position as a public official; or
5. pretends that an insured event has happened after he or another have for this purpose set fire to an object of significant value or destroyed it, in whole or in part, through setting fire to it or caused the sinking or beaching of a ship.

การจัดทำร่างพระราชบัญญัติการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย

พ.ศ.

Drafting of Thailand's Alcohol Act, B.E. ...

สุพัตรา แผนวิจิต*

สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

lawcuresearch@gmail.com

บทคัดย่อ

แอลกอฮอล์บริสุทธิ์ถือเป็นยุทธปัจจัยพื้นฐานที่มีความสำคัญในด้านการสาธารณสุข การแพทย์และอุตสาหกรรม ที่จำเป็นต่อการดำรงชีพและเป็นประโยชน์ด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ และโดยที่ปัจจุบันการดำเนินการขององค์การสุรา กรมสรรพสามิต ในฐานะเป็นหน่วยธุรกิจที่หารายได้ให้แก่วิสาหกิจมีความไม่คล่องตัว ไม่สอดคล้องกับสภาพการแข่งขันของธุรกิจในปัจจุบัน จึงเป็นการสมควรให้มีการตราพระราชบัญญัติการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย พ.ศ. โดยจัดตั้งการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทยให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล มีวัตถุประสงค์ในการผลิต จำหน่าย ให้บริการ แปลงสภาพ ปรับปรุงคุณภาพ บริหารจัดการ นำเข้า และส่งออกซึ่งแอลกอฮอล์ ผลิตภัณฑ์จากวัตถุดิบที่ได้ หรือผลิตภัณฑ์ต่อเนื่อง เพื่อหารายได้เข้ารัฐและดำเนินธุรกิจ และการบริการอื่นๆ ที่ต่อเนื่องกัน ตลอดจนกำหนดให้มีคณะกรรมการการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย ทำหน้าที่กำหนดนโยบายเพื่อให้การดำเนินการของการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทยมีความคล่องตัวในการบริหารงาน และเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันทางธุรกิจ

คำสำคัญ: แอลกอฮอล์, พระราชบัญญัติการแอลกอฮอล์, รัฐวิสาหกิจ

* อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120

บทความนี้เป็นบทความวิจัยของโครงการวิจัยเรื่อง โครงการศึกษาทบทวนแนวทางการเปลี่ยนสภาพองค์การสุราให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล (2561) โดยศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เสนอต่อองค์การสุรา กรมสรรพสามิต ซึ่งผู้เขียนเป็นนักวิจัยหลักของโครงการ

Abstract

Pure alcohol is considered to be an important military supply in terms of hygiene, medicine and industry, necessary for living and beneficial to the economy, society and national security, whereas, presently, operations of the Liquor Distillery Organization, Excise Department, as a business entity who earns incomes for the Government, are not flexible, not consistent with the current competition conditions; hence, it is suitable for legislating Thailand's Alcohol Act, B.E. ..., whereby the Alcohol Organization of Thailand shall be established as a State Enterprise, having the status of a juristic person, for the objectives to produce, distribute, provide with services, convert, improve, manage, import and export alcohol, alcoholic products, byproducts or continuing products, in order to earn incomes for the Government and operate other continuing businesses and services, as well as the Alcohol Organization of Thailand shall be prescribed to carry out the duty to formulate policies, in order that operations of the Alcohol Organization of Thailand shall be flexible with respect to management, as to increase potential in business competition.

Keywords: Pure Alcohol, Alcohol Act, State Enterprise

ความนำ

องค์การสุรา กรมสรรพสามิต เป็นรัฐวิสาหกิจสาขาพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม จัดตั้งโดยคำสั่งกระทรวงการคลังที่ 24367/2506 เมื่อวันที่ 25 กันยายน 2506 ปัจจุบันมีการกีดตามนโยบายของรัฐ คือ การผลิตสุราและผลิตภัณฑ์จากวัตถุดิบที่ได้จากการผลิตสุรา หรือผลิตภัณฑ์อันเป็นอุปกรณ์แก่การผลิตสุรา เพื่อหารายได้ให้แก่รัฐ การประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับหรือต่อเนื่องกับการผลิตสุราหรือผลิตภัณฑ์ การทำการค้าเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ของโรงงาน การตั้งและรับเป็นสาขา ตัวแทนการค้าต่างๆ อันเกี่ยวกับกิจการตามวัตถุประสงค์ และการประกอบกิจการและบริการอื่นๆ เกี่ยวกับการผลิตสุรา โดยประกาศกระทรวงการคลังให้โรงงานสุรา องค์การสุรา กรมสรรพสามิต เป็นผู้ทำและขายสุราสามทับ (แอลกอฮอล์) ตลอดจนกำหนดราคาขายส่งและราคาขายปลีก โดยการอนุมัติของประธานคณะกรรมการบริหารกิจการองค์การสุรา กรมสรรพสามิตและไม่ให้โรงงานสุรากลั่นแห่งอื่นทำสุราสามทับ (แอลกอฮอล์) ออกจำหน่ายภายในประเทศ แต่เนื่องจากองค์การสุราไม่มีสภาพเป็นเพียงรัฐวิสาหกิจที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล และจัดตั้งขึ้นในส่วนราชการในสังกัดของกรมสรรพสามิต กระทรวงการคลัง โดยใช้เงินทุนหมุนเวียนตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลังเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน จึงทำให้การดำเนินงานในฐานะเป็นหน่วยธุรกิจที่หารายได้ให้แก่รัฐมีความไม่คล่องตัว ไม่สอดคล้องกับสภาพการแข่งขันของธุรกิจที่มีภาคเอกชนเข้ามาประกอบการโดยได้รับสัมปทานจากรัฐ จึงได้มีการจัดจ้างจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยจัดทำโครงการศึกษาและจัดทำร่างพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสุรา พ.ศ. เพื่อให้เปลี่ยนสภาพให้องค์การสุรามีความคล่องตัวในการบริหารงานและการประกอบธุรกิจในภาคเอกชน โดยได้ดำเนินโครงการแล้วเสร็จเมื่อ พ.ศ. 2553 แต่เนื่องจากผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวมีบางประเด็นที่ไม่สอดคล้องสถานการณ์และบริบทของกฎหมายในปัจจุบัน เนื่องจากอาจมีการแก้ไขปรับปรุงหรือตรากฎหมายใหม่ รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการขององค์การสุราและมีผลต่อการเปลี่ยนสภาพสถานะขององค์การสุรา ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงมีความจำเป็นต้องดำเนินการศึกษาวิจัยเพื่อทบทวนผลการศึกษาของโครงการศึกษาและจัดทำร่างพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสุรา พ.ศ. ซึ่งจัดทำโดยจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2553 ให้มีความสอดคล้องกับกฎหมายปัจจุบัน และดำเนินการศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับประเด็นปัญหาด้านกฎหมายในการเปลี่ยนสภาพองค์การสุราให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ศึกษาวิเคราะห์รูปแบบการจัดตั้งนิติบุคคลที่เหมาะสมกับองค์การสุรา และการจัดทำร่างกฎหมายเพื่อเปลี่ยนสภาพองค์การสุราให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลที่มีความเหมาะสม สอดคล้องกับสภาพการแข่งขันของธุรกิจและการดำเนินงานขององค์การสุรา

ข้อพิจารณารูปแบบการตรากฎหมายเพื่อจัดตั้งองค์การสุราเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล

การเปลี่ยนสภาพองค์การสุราให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคลมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากสถานภาพขององค์การสุรา ในปัจจุบันเป็นเพียงหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นด้วยมติคณะรัฐมนตรีและมีเพียงระเบียบที่กำหนดขึ้นตามนโยบายของภาครัฐเท่านั้น ไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจน ส่งผลให้สถานภาพความเป็นรัฐวิสาหกิจมีความไม่แน่นอน และการดำเนินงานที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกรมสรรพสามิต ซึ่งโครงสร้างเป็นระบบราชการ ทำให้ขาดความคล่องตัวในการบริหารงานในเชิงธุรกิจ ส่งผลให้ไม่สามารถแข่งขันกับเอกชนได้อย่างเต็มที่ การปรับ

สถานะเป็นนิติบุคคลจะทำให้การบริหารงานขององค์การสุรา สามารถกำหนดแนวทางและนโยบายต่างๆ เพื่อแก้ไข ปัญหาในองค์กร และวางนโยบายเพื่อดำเนินธุรกิจและบริหารงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ รัฐวิสาหกิจที่มี สถานะเป็นนิติบุคคลจะเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติหรือมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ส่วนใหญ่จะ จัดตั้งตามกฎหมายเฉพาะอันเป็นกฎหมายมหาชน หากเป็นรัฐวิสาหกิจที่ต้องใช้อำนาจรัฐก็จะตั้งขึ้นโดยกฎหมาย ในระดับพระราชบัญญัติ ส่วนรัฐวิสาหกิจที่ไม่มีความจำเป็นต้องใช้อำนาจรัฐก็ตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออก ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 และรัฐวิสาหกิจประเภทหารายได้ให้แก่รัฐ อาจตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ในรูปของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด เพื่อให้ สามารถระดมทุนจากภาคเอกชนและแข่งขันกับภาคธุรกิจอย่างเอกชน โดยไม่ใช้อำนาจรัฐแทรกแซงกลไกตลาด หลักการดังกล่าวเป็นไปตามมติที่ประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 3 เมษายน 2550

จากผลการศึกษาตามโครงการศึกษาและจัดทำร่างพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสุรา พ.ศ. ซึ่งคณะผู้วิจัย ได้ทำการศึกษาให้สอดคล้องกับมติของคณะกรรมการบริหารกิจการองค์การสุรา เมื่อวันที่ 28 พฤศจิกายน 2551 ที่เห็นชอบตามแนวทางที่องค์การสุราเสนอให้ปรับสถานะเป็นนิติบุคคล โดยการตราพระราชกฤษฎีกาออกตาม ความในพระราชบัญญัติว่าด้วยองค์การของสุรา พบว่า แม้ว่าการจัดตั้งองค์การสุราให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะ เป็นนิติบุคคลโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 จะเป็นวิธีการที่สามารถทำได้อย่างรวดเร็ว มีกระบวนการตรากฎหมายที่รวดเร็วกว่าการตราพระราชบัญญัติ ไม่ต้องเสนอร่างพระราชกฤษฎีกาต่อรัฐสภา เช่น กรณีร่างพระราชบัญญัติซึ่งต้องมีการใช้เวลาค่อนข้างมาก อีกทั้งการออกพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่ยุ่งยากซับซ้อน โดยสามารถกระทำได้เมื่อรัฐบาลเห็นว่าสมควรจะจัดตั้ง องค์การที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล เพื่อดำเนินการอันเป็นสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ หรือช่วยเหลือ ในการครองชีพ หรืออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนใช้เงินลงทุนจากงบประมาณแผ่นดินนั้น ทำให้องค์กรสามารถดำเนิน กิจการต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง เพียงแต่ปรับโครงสร้างภายในและรูปแบบการบริหารจัดการให้เหมาะสมยิ่งขึ้น และสิทธิประโยชน์ของพนักงานยังคงอยู่เช่นเดิมไม่ถูกกระทบกระเทือนและสามารถกำหนดสิทธิประโยชน์และ สวัสดิการของพนักงานเพิ่มเติมได้ง่ายและสะดวกกว่า แต่อย่างไรก็ดี ในด้านการบริหารงานและการปฏิบัติงาน ที่จำต้องอยู่ภายใต้ระเบียบ กฎเกณฑ์ ข้อบังคับต่างๆ ที่ใช้กับรัฐวิสาหกิจอื่น เป็นอุปสรรคและไม่เอื้ออำนวยต่อ การปฏิบัติงาน ทำให้ขาดความยืดหยุ่นและความคล่องตัวในการบริหารงาน นอกจากนั้น การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด เป็นรัฐวิสาหกิจที่ไม่ได้ใช้อำนาจ ตามกฎหมายกระหนาบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเป็นพิเศษ เพราะการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยวิธีนี้มีวัตถุประสงค์ เพียงเพื่อดำเนินกิจการทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยอำนาจกฎหมาย ระดับพระราชบัญญัติแต่อย่างใด นอกจากนั้น มีข้อสังเกตว่า หากกำหนดให้กิจการขององค์การสุราเป็นกิจการ ที่รัฐจำเป็นต้องเป็นผู้ดำเนินการแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบกิจการหรืออาชีพและหลัก การแข่งขันเสรี จำเป็นต้องทำด้วยเหตุผล เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคง หรือผลประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น การแปรรูปเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด จะทำให้มีผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลอื่นใดนอกจากรัฐ ทำให้

ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการดำเนินงานขององค์การสุราที่ต้องการให้เป็นกิจการผูกขาดของภาครัฐ¹

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงข้อดีและข้อจำกัดของรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า เช่น ประกาศคณะปฏิวัติหรือพระราชกำหนด พบว่า ส่วนใหญ่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการที่มีความสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะหรือสิ่งสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานในหลายๆ ด้านที่กระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนโดยตรง ได้แก่ การคมนาคม การจัดการพลังงานไฟฟ้า การจัดการทรัพยากรน้ำ ตลอดจนระบบเศรษฐกิจและการเงิน รัฐจึงมีความจำเป็นที่ต้องเข้าแทรกแซงกลไกตลาดหรือเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือสิ่งสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานดังกล่าว เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน ซึ่งการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวมีความจำเป็นอย่างยิ่งให้อำนาจและสิทธิพิเศษต่างๆ สำหรับการดำเนินการของรัฐวิสาหกิจนั้นๆ ตัวอย่างของกิจการประเภทนี้ เช่น

ธนาคารแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 โดยมีบทบาทหน้าที่หลักในการบริหารจัดการให้ระบบเศรษฐกิจและการเงินของประเทศดำเนินไปด้วยความเรียบร้อย

การรถไฟแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 มีบทบาทสำคัญในการดำเนินการด้านการรถไฟซึ่งเป็นสาธารณูปการที่สำคัญของประเทศ

การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ซึ่งดำเนินธุรกิจหลักในการผลิต จัดให้ได้มา และจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าให้แก่การไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) ผู้ใช้ไฟฟ้าตามกฎหมายกำหนดและประเทศใกล้เคียง พร้อมทั้งธุรกิจอื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกิจการไฟฟ้าภายใต้กรอบพระราชบัญญัติดังกล่าว²

การไฟฟ้านครหลวง จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 มีหน้าที่ในการปรับปรุงและขยายระบบจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพ ความเชื่อถือได้ และความมั่นคงของระบบไฟฟ้าในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร นนทบุรี และสมุทรปราการ³

การทำเรือแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ดำเนินการในกิจการทำเรือเพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน ปัจจุบันการทำเรือแห่งประเทศไทยรับผิดชอบบริหารทำเรือ

¹ ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 786/2546 เรื่อง การดำเนินการตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เพื่อแปลงสภาพโรงงานยาสูบเป็นบริษัทจำกัด สรุปความได้ว่า ปัจจุบันโรงงานยาสูบเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 แต่ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล ผู้อำนวยการยาสูบเป็นผู้รับมอบอำนาจจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังในการทำนิติกรรมต่างๆ ต่อมากระทรวงการคลังกำหนดนโยบายให้แปลงสภาพโรงงานยาสูบเป็นบริษัทจำกัด โดยดำเนินการตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารงาน จึงขอหารือว่า หลังจากการจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด การยุบเลิกโรงงานยาสูบเดิมจำเป็นต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ หรือไม่ หรือต้องดำเนินการประกาศใดเพื่อให้การยุบเลิกถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 บัญญัติให้การประกอบอุตสาหกรรมบุหรี่ยาสูบเป็นการผูกขาดของรัฐ เมื่อโรงงานยาสูบเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีหน้าที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการผลิตบุหรี่ยาสูบและการแปลงสภาพโรงงานยาสูบตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ เป็นบริษัทจำกัด อันอาจทำให้บริษัทจำกัดดังกล่าวมีผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลอื่นได้นอกจากรัฐแล้ว ควรต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวด้วย

² การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย. เกี่ยวกับ กฟผ. แหล่งที่มา: https://www.egat.co.th/index.php?option=com_content&view=article&id=140&Itemid=178 (2560) วันที่สืบค้น 11 กุมภาพันธ์ 2560

³ การไฟฟ้านครหลวง. ผลการดำเนินงานของการไฟฟ้านครหลวงตามนโยบายรัฐบาล. แหล่งที่มา: <http://www.mea.or.th/profile/91/100> (2560) วันที่สืบค้น 11 กุมภาพันธ์ 2560

ที่สำคัญ ได้แก่ ท่าเรือกรุงเทพ ท่าเรือแหลมฉบัง ท่าเรือเชียงแสน ท่าเรือเชียงของ และท่าเรือระนอง⁴

การรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 มีบทบาทสำคัญในการจัดการและให้บริการขนส่งมวลชนด้วยระบบรถไฟฟ้า รวมทั้งการดูแลรักษาความปลอดภัยสาธารณะ

การประปาส่วนภูมิภาค จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 ดำเนินการด้านการประปาในส่วนภูมิภาคทั่วประเทศ

การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติ จะใช้กับการดำเนินการของรัฐที่มีความสำคัญ มีการกำหนดให้รัฐวิสาหกิจมีฐานะเป็นนิติบุคคล มีการกำหนดวัตถุประสงค์ตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการดำเนินงาน มีทุนในการดำเนินงานเป็นของรัฐและมีการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ได้รับการยกเว้นภาษีและอาจมีบทกำหนดโทษไว้ในกฎหมายด้วย

ข้อดี

หากแปลงสภาพองค์การสุรา กรมสรรพสามิต ให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายเฉพาะเป็นของตนเองในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่าจะมีข้อดี ดังนี้

1. มีสถานะเป็นนิติบุคคล

หากองค์การสุรา มีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า จะทำให้เกิดอำนาจในการบริหารงานภายในองค์กรด้วยตนเอง มีความอิสระในการจัดการทรัพย์สิน หนี้สินและรายได้ ทำให้เกิดความคล่องตัวในการบริหารจัดการองค์กรใน 2 มิติหลักๆ คือ ในเชิงนโยบาย องค์การสุราสามารถกำหนดนโยบายขององค์กรได้ด้วยตนเอง ไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของกรมสรรพสามิต กระทรวงการคลัง ดังเช่นเดิม และในเชิงกฎหมาย องค์การสุราสามารถจัดทำระเบียบของตนเอง เพื่อการบริหารงานขององค์กรภายใต้กรอบของกฎหมายจัดตั้ง ทำให้เกิดความคล่องตัวในด้านการจัดการทรัพยากรบุคคล ทรัพย์สินและรายได้

2. มีแหล่งเงินทุนเพิ่มขึ้น

เนื่องจากหากองค์การสุรา มีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า จะสามารถกำหนดแหล่งเงินได้ให้มีความเหมาะสมกับภารกิจขององค์การ ต่างจากการเป็นรัฐวิสาหกิจที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งจะได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากงบประมาณแผ่นดินและตามความเห็นชอบของรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงเท่านั้น ดังตัวอย่างของรัฐวิสาหกิจอื่นๆ ที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า เช่น

⁴ การท่าเรือแห่งประเทศไทย. ประวัติความเป็นมา. แหล่งที่มา: <http://www.port.co.th/> (2560) วันที่สืบค้น 11 กุมภาพันธ์ 2560

กรณีของการรถไฟแห่งประเทศไทย⁵ และทุนประเดิมของการรถไฟแห่งประเทศไทย ประกอบด้วย

(1) สินทรัพย์ที่รับโอนมาจากการรถไฟเมื่อได้หักหนี้สินออกแล้ว

(2) เงินจำนวน 30,000,000 บาท จากงบประมาณรายจ่ายสามัญของการรถไฟประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2494 กับเงินทั้งหมดในงบประมาณรายจ่ายวิสามัญลงทุนที่เกี่ยวกับการรถไฟในงบเงินกองทุนพัฒนาเศรษฐกิจและงบการรถไฟประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2494

กรณีของการประปานครหลวง ทุนของการประปานครหลวง⁶ ประกอบด้วย

(1) ทุนประเดิมจากเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2510 เงินทุนการประปา และเงินทุนหมุนเวียนจำหน่ายเครื่องอุปกรณ์ประปาของกองประปากรุงเทพ เว้นแต่จำนวนที่ได้รับในลักษณะเงินกู้ซึ่งเหลืออยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

(2) ทรัพย์สิน และสิทธิที่ได้รับโอนจากกิจการการประปาของกองประปากรุงเทพ กรมโยธาเทศบาล การประปานครหลวงของกองประปาภูมิภาค กรมโยธาเทศบาล การประปาเทศบาลนครธนบุรีของเทศบาลนครธนบุรี และหมวดการประปาเทศบาลเมืองสมุทรปราการของเทศบาลเมืองสมุทรปราการ จังหวัดสมุทรปราการ เมื่อหักหนี้สินออกแล้ว

(3) เงินที่ได้รับจากงบประมาณแผ่นดินที่จ่ายให้ภายหลังเพื่อดำเนินงาน หรือขยายกิจการ

(4) เงินช่วยเหลือที่อาจได้รับจากต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ

3. มีอำนาจทางปกครองชัดเจน

เนื่องจากรัฐวิสาหกิจบางกิจการจำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนหรือเอกสิทธิ์ในการบังคับฝ่ายเดียวต่อเอกชน เช่น การห้ามมิให้ผู้ใดสร้างโรงเรือนหรือสิ่งอื่นในเขตเดินสายไฟฟ้า เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย⁷ ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 หรืออำนาจในการเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมาย โดยผู้ที่ดำเนินการใช้อำนาจมหาชนดังกล่าวต้องมีอำนาจพิเศษให้สามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิพิเศษนั้นได้ เช่น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการรถไฟฯ ฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มีหน้าที่รักษาความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยในเขตระบบไฟฟ้า⁸

4. สิทธิประโยชน์และสวัสดิการพนักงาน

รัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายเฉพาะเป็นของตนเองสามารถกำหนดสิทธิประโยชน์และสวัสดิการพนักงานในกฎหมายได้เอง เช่น พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 บัญญัติให้ กฟผ. จัดให้มีบำเหน็จบำนาญหรือกองทุนสงเคราะห์หรือการสงเคราะห์อื่น เพื่อสวัสดิการของผู้ปฏิบัติงานใน กฟผ.⁹

⁵ มาตรา 11 และ 12 แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494

⁶ มาตรา 10-12 แห่งพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510

⁷ มาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511

⁸ มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟฯ ฯขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543

⁹ มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511

ข้อจำกัด

อย่างไรก็ดี การแปลงสภาพองค์การสุรา กรมสรรพสามิตเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีโดยการตราพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า มีข้อจำกัดบางประการ ดังนี้

1. ไม่มีความจำเป็นเพียงพอ

วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์การสุรา นั้น อาจมีข้อโต้แย้งถึงความจำเป็นในการตราเป็นพระราชบัญญัติ โดยเฉพาะ เนื่องจากสามารถอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การรัฐบาล พ.ศ. 2496 โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสุรา ได้อยู่แล้วและใช้เวลาในการยกร่างและตราเป็นกฎหมายรวดเร็วกว่า ประกอบกับองค์การสุรา มิได้มีขึ้นเพื่อดำเนินกิจการสำคัญที่รัฐมีความจำเป็นต้องเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือสิ่งสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน หรือเพื่อใช้อำนาจและสิทธิพิเศษต่างๆ สำหรับการดำเนินการของรัฐวิสาหกิจนั้น ซึ่งในประเด็นนี้ในขั้นตอนของการร่างกฎหมายจะต้องแสดงผลและความจำเป็นของภาครัฐเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ การรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม ที่ต้องการจำกัดและควบคุมการผลิตและการบริโภคสินค้าที่เป็นอันตรายแก่สังคม โดยรัฐก็จะเป็นผู้ดำเนินธุรกิจการผลิตสินค้าและจำหน่ายสินค้านั้นโดยตรง เนื่องจากเป็นสินค้าที่สามารถทำรายได้ให้แก่รัฐเป็นจำนวนมาก อันเป็นการช่วยลดภาระภาษีของประชาชนลงได้

2. กระบวนการตราพระราชบัญญัติใช้ระยะเวลานาน

การตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติใช้ระยะเวลานาน เนื่องจากต้องผ่านความเห็นชอบจากหลายส่วน ทั้งความเห็นชอบของรัฐมนตรีเจ้ากระทรวง คณะรัฐมนตรี และผ่านการพิจารณาของรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่แบ่งออกเป็น 3 วาระ ซึ่งมีความซับซ้อนและใช้ระยะเวลานาน

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเห็นว่า รูปแบบของรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลที่เหมาะสมกับองค์การสุรา ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจสาขาอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือ การตราเป็นพระราชบัญญัติจัดตั้ง เนื่องจากจำเป็นต้องใช้อำนาจรัฐบังคับฝ่ายเดียวต่อประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการคงสิทธิในการเป็นผู้ผลิตสุราสามทับแต่เพียงรายเดียวในประเทศไทย ดังนั้น การตราพระราชบัญญัติจัดตั้งการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย จะทำให้การดำเนินงานขององค์การสุราในปัจจุบันมีความเป็นอิสระและมีความคล่องตัว มีเสถียรภาพในการทำงาน เนื่องจากมีอำนาจในการกำหนดนโยบาย การออกกฎหมายลำดับรอง และวางระเบียบ ข้อบังคับเกี่ยวกับการบริหารงานทั่วไป การเงิน การคลัง การใช้จ่ายเงินงบประมาณ การพัสดุ การบริหารงานบุคคล ค่าจ้าง ค่าตอบแทน การจัดสวัสดิการและสิทธิประโยชน์อื่นและการอื่นที่จำเป็นในการบริหารกิจการของหน่วยงานได้ จึงได้เสนอให้มีการตราพระราชบัญญัติการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย พ.ศ. เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลและกำหนดให้มีสิทธิผลิตแอลกอฮอล์บริสุทธิ์และกำหนดราคาขายส่งแต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย ทั้งนี้ กฎหมาย ประกาศ และระเบียบที่นำมาพิจารณาประกอบการยกร่าง ได้แก่ ระเบียบจัดตั้งองค์การสุรา กรมสรรพสามิต พ.ศ. 2506 พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ประกาศกระทรวงการคลังเรื่อง วิธีการบริหารงานสุรา พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับแนวปฏิบัติในการร่างกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่อง

และการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

การจัดทำร่างพระราชบัญญัติการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย พ.ศ.

1. เหตุผลในการเสนอร่างกฎหมาย

ตรากฎหมายเพื่อจัดตั้งการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทยมีวัตถุประสงค์เพื่อเปลี่ยนสภาพองค์การสุรา กรมสรรพสามิต ในปัจจุบันให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล และกำหนดให้แอลกอฮอล์บริสุทธิ์เป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐโดยให้สิทธิการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทยเป็นผู้ผลิต ขายเป็น และกำหนดราคาขายส่ง แต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย ภายใต้เหตุผลและความจำเป็นทางด้านเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ ที่รัฐจำเป็นต้องเป็นผู้ดำเนินการบางประเภทเพื่อรักษาความมั่นคงและประโยชน์ต่อสังคมโดยรวม เนื่องจาก แอลกอฮอล์บริสุทธิ์ถือเป็นเรื่องยุทธปัจจัยที่มีความสำคัญในด้านการสาธารณสุข การแพทย์และอุตสาหกรรม ที่จำเป็นต่อการดำรงชีพและเป็นประโยชน์ด้านเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยามที่ประเทศเกิดความไม่ปกติสุข ในบ้านเมือง มีภัยธรรมชาติ เศรษฐกิจตกต่ำ หรือในสภาวะสงคราม กฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นการควบคุม “แอลกอฮอล์” ที่เป็นแอลกอฮอล์บริสุทธิ์เพื่อใช้ในอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม ทางทางการแพทย์ เกษตรกรรม วิทยาศาสตร์ หรือ กิจการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงในภาวะที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง และการจัดตั้งให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลก็เพื่อให้การดำเนินงานมีความเป็นอิสระ มีความคล่องตัวในการบริหารงาน เพื่อนำรายได้เข้าสู่รัฐ และเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันทางธุรกิจกับภาคเอกชนที่จะขยายตัวตามภาวะเศรษฐกิจโลกและการเปิด ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

2. ความจำเป็น

เนื่องจากปัจจุบันองค์การสุรา กรมสรรพสามิต เป็นเพียงหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นด้วยมติคณะรัฐมนตรีและมีเพียงระเบียบที่กำหนดขึ้นตามนโยบายของภาครัฐเท่านั้น ไม่มีกฎหมายรองรับอย่างชัดเจน ส่งผลให้สถานภาพ ความเป็นรัฐวิสาหกิจมีความไม่แน่นอน และโครงสร้างการดำเนินการในปัจจุบันขาดความคล่องตัวในการบริหารงาน ในเชิงธุรกิจ ส่งผลให้ไม่สามารถแข่งขันกับเอกชนได้อย่างเต็มที่ จึงมีความจำเป็นในการเปลี่ยนสภาพองค์การสุรา ให้เป็นรัฐวิสาหกิจที่เป็นนิติบุคคล โดยการตราเป็นพระราชบัญญัติเพื่อจัดตั้งการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย มีวัตถุประสงค์ในการผลิต แปรรูปสภาพ นำเข้า ส่งออกและจำหน่ายแอลกอฮอล์ รวมทั้งผลิตภัณฑ์จากวัตถุดิบที่ได้จากการผลิตแอลกอฮอล์ หรือผลิตภัณฑ์ต่อเนื่อง และดำเนินธุรกิจและการบริการอื่นๆ ที่ต่อเนื่องกัน เพื่อหา รายได้เข้ารัฐ และกำหนดให้แอลกอฮอล์บริสุทธิ์เป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ เนื่องจากเป็นยุทธปัจจัยที่มีความสำคัญ ในด้านการสาธารณสุข การแพทย์และอุตสาหกรรม ที่จำเป็นต่อการดำรงชีพและเป็นประโยชน์ด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ และกำหนดให้สิทธิในการผลิต ขายเป็น และการกำหนดราคาขายส่ง แอลกอฮอล์บริสุทธิ์แก่การแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทยแต่เพียงผู้เดียวในประเทศไทย ตลอดจนกำหนดให้มี คณะกรรมการการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย ทำหน้าที่กำหนดนโยบายเพื่อให้การดำเนินการของการแอลกอฮอล์ แห่งประเทศไทยมีความคล่องตัวในการบริหารงานและเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันทางธุรกิจ จึงจำเป็นต้องตรา พระราชบัญญัตินี้

3. โครงสร้างของกฎหมาย

มาตรา 1 ชื่อพระราชบัญญัติ

มาตรา 2 วันใช้บังคับพระราชบัญญัติ

มาตรา 3 บทนิยาม

มาตรา 4 รัฐมนตรีรักษาการและอำนาจหน้าที่

หมวด 1 การจัดตั้ง ทุน รายได้ และเงินสำรอง

มาตรา 5 จัดตั้งการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย มีชื่อย่อ “กอท.”

มาตรา 6 กำหนดให้เป็นนิติบุคคลและที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่และสำนักงานสาขา

มาตรา 7 วัตถุประสงค์ของ กอท.

มาตรา 8 อำนาจในการดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์และอำนาจอื่นๆ

มาตรา 9 สิทธิในการผลิตสุราสามทับแต่เพียงรายเดียวในประเทศ

มาตรา 10 ทุน

มาตรา 11 รายได้หรือทรัพย์สิน

มาตรา 12 การจัดสรรรายได้

มาตรา 13 เงินสำรอง

มาตรา 14 ข้อยกเว้นความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีและอายุความ

หมวด 2 คณะกรรมการและผู้ว่าการ

มาตรา 15 องค์ประกอบของคณะกรรมการการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย

มาตรา 16 ความรู้ความเชี่ยวชาญของประธานกรรมการและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

มาตรา 17 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของประธานกรรมการและกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

มาตรา 18 วาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการ

มาตรา 19 การพ้นจากตำแหน่งของกรรมการ

มาตรา 20 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

มาตรา 21 การแต่งตั้งคณะอนุกรรมการ

มาตรา 22 คำตอบแทนกรรมการและอนุกรรมการ

มาตรา 23 การแต่งตั้งผู้ว่าการ

มาตรา 24 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ว่าการ

มาตรา 25 วาระการดำรงตำแหน่งของผู้ว่าการ

มาตรา 26 การพ้นจากตำแหน่งของผู้ว่าการ

มาตรา 27 การบริหารงานของผู้ว่าการ

มาตรา 28 อำนาจหน้าที่ของผู้ว่าการ

มาตรา 29 การดำเนินกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกของผู้ว่าการ

มาตรา 30 ความรับผิดชอบของผู้ว่าการ

มาตรา 31 การแต่งตั้งผู้รักษาการแทนผู้ว่าการ

มาตรา 32 สิทธิที่จะได้รับโบนัส

หมวด 3 การเงิน การบัญชี และการตรวจสอบ

มาตรา 33 การจัดทำงบประมาณประจำปี

มาตรา 34 การเปิดบัญชี

มาตรา 35 การวางและถือระบบการบัญชีที่เหมาะสมและเป็นสากล

มาตรา 36 จัดทำงบดุล บัญชีทำการ และบัญชีกำไรขาดทุน

มาตรา 37 ผู้สอบบัญชี

มาตรา 38 อำนาจของผู้สอบบัญชี

มาตรา 39 หน้าที่ของผู้สอบบัญชี

หมวด 4 การกำกับและควบคุม

มาตรา 40 อำนาจรัฐมนตรีในการกำกับกิจการ

มาตรา 41 การทำรายงานเสนอต่อรัฐมนตรี

มาตรา 42 กิจการที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

หมวด 5 การร้องทุกข์และการสงเคราะห์

มาตรา 43 สิทธิร้องทุกข์ของพนักงานและลูกจ้าง

มาตรา 44 กองทุนและสวัสดิการของพนักงานและลูกจ้าง

บทเฉพาะกาล

มาตรา 45 การโอนเงินทุน ทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบขององค์การสุราที่มีอยู่ก่อนพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

มาตรา 46 การใช้ประโยชน์จากสถานที่ตั้งที่ใช้อยู่เดิม

มาตรา 47 กำหนดให้ประธานกรรมการและกรรมการองค์การสุรา เป็นประธานกรรมการหรือกรรมการจนกว่าจะครบตามวาระที่เหลืออยู่

มาตรา 48 กำหนดให้ผู้อำนวยความสะดวกองค์การสุรา กรมสรรพสามิต เป็นผู้ว่าการจนกว่าจะครบตามวาระที่เหลืออยู่

มาตรา 49 กำหนดให้พนักงานและลูกจ้างขององค์การสุรา กรมสรรพสามิต เป็นพนักงานและลูกจ้างของ กอท. โดยให้ได้รับเงินเดือน ค่าจ้าง รวมทั้งสิทธิประโยชน์ต่างๆ เท่าที่เคยได้รับอยู่เดิม และให้นับเวลาการทำงานต่อเนื่องกัน

มาตรา 50 กำหนดให้บรรดาข้อบังคับ ระเบียบ คำสั่ง หรือประกาศขององค์การสุรา กรมสรรพสามิต ซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ให้มีผลต่อไปได้เท่าที่ไม่ขัดแย้งหรือจนกว่าจะมีระเบียบข้อบังคับ หรือคำสั่งได้ออกมาใช้บังคับใหม่

4. สารสำคัญประกอบร่างพระราชบัญญัติการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย พ.ศ.

1. กำหนดบทนิยามคำว่า “แอลกอฮอล์” “กิจการแอลกอฮอล์” “คณะกรรมการ” “กรรมการ” “ผู้ว่าการ” “พนักงาน” “ลูกจ้าง” และ “รัฐมนตรี” (ร่างมาตรา 3)

2. กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามพระราชบัญญัติกับมีอำนาจออกกฎกระทรวง (ร่างมาตรา 4)

3. หมวด 1 การจัดตั้ง ทุน รายได้ และเงินสำรอง

3.1 กำหนดให้จัดตั้ง “การแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย” ขึ้น เรียกชื่อโดยย่อว่า “กอท.” และให้ใช้ชื่อเป็นภาษาอังกฤษว่า “Alcohol Authority of Thailand” เรียกโดยย่อว่า “AAT” และกำหนดให้เป็นนิติบุคคล (ร่างมาตรา 5 และร่างมาตรา 6)

3.2 กำหนดให้ กอท. มีวัตถุประสงค์ในการผลิต แปรสภาพ นำเข้า ส่งออกและจำหน่ายแอลกอฮอล์ รวมทั้งผลิตภัณฑ์จากวัตถุดิบที่ได้จากการผลิตแอลกอฮอล์ หรือผลิตภัณฑ์ต่อเนื่อง ส่งเสริม สนับสนุน และจัดให้มีการศึกษา วิจัย พัฒนาเกี่ยวกับระบบการผลิต แปรสภาพและการควบคุมคุณภาพแอลกอฮอล์ พัฒนาศักยภาพด้านเทคโนโลยีและปรับปรุงคุณภาพของการผลิตและแปรสภาพแอลกอฮอล์ให้มีมาตรฐานสากล ส่งเสริมและพัฒนาระบบการจัดจำหน่ายและการให้บริการ สนับสนุนและให้ความร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการปราบปรามการผลิต แปรสภาพ นำเข้า ส่งออกและจำหน่ายแอลกอฮอล์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และดำเนินการอื่นใดที่จำเป็นหรือต่อเนื่องกันภายใต้วัตถุประสงค์และเพื่อประโยชน์ของ กอท. รวมทั้งกำหนดอำนาจกระทำการกิจการต่างๆ ภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ของ กอท. (ร่างมาตรา 7 และร่างมาตรา 8)

3.3 ให้ กอท. เป็นผู้ได้รับอนุญาตในการผลิตสุราสามทับแต่เพียงรายเดียวในประเทศไทย (ร่างมาตรา 9)

3.4 กำหนดแหล่งที่มาของทุนของ กอท. และแหล่งที่มาของรายได้หรือทรัพย์สินของ กอท. และกำหนดให้รายได้และทรัพย์สินของ กอท. ตกเป็นของ กอท. เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน และเมื่อได้หักรายจ่ายสำหรับการดำเนินงาน เช่น ค่าบำรุงรักษา ค่าเสื่อมราคา เงินสมทบกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ กองทุนสงเคราะห์ และการสงเคราะห์อื่นเพื่อสวัสดิการของพนักงาน ลูกจ้าง และครอบครัว ตลอดจนค่าภาระต่างๆ ที่เหมาะสมเหลือจ่ายเกินจำเป็นให้นำส่งเป็นรายได้รัฐ และถ้ารายได้ไม่เพียงพอสำหรับกรณียกจ่ายดังกล่าวและ กอท. ไม่สามารถหาเงินจากแหล่งอื่นได้ รัฐพึงจ่ายเงินให้แก่ กอท. เท่าจำนวนที่จำเป็น (ร่างมาตรา 10 ร่างมาตรา 11 และร่างมาตรา 12)

3.5 กำหนดให้ลักษณะเงินสำรองของ กอท. และให้นำเงินสำรองธรรมาออกใช้ได้แต่โดยมติของคณะกรรมการ (ร่างมาตรา 13)

3.6 กำหนดให้ทรัพย์สินของ กอท. ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีและบุคคลจะยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้มิได้ (ร่างมาตรา 14)

4. หมวด 2 คณะกรรมการและผู้ว่าการ

4.1 กำหนดให้มีคณะกรรมการการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทย กำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการ กำหนดคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้ามและวาระการดำรงตำแหน่งของประธานกรรมการและกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิ กำหนดเรื่องการพ้นจากตำแหน่ง กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่วางนโยบายและควบคุมดูแลโดยทั่วไปซึ่งกิจการของ กอท. กำหนดอำนาจในการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการ (ร่างมาตรา 15 ถึงร่างมาตรา 21)

4.2 กำหนดให้ประธานกรรมการ กรรมการ และอนุกรรมการได้รับเบี้ยประชุมและประโยชน์ตอบแทนอื่นตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด (ร่างมาตรา 22)

4.3 กำหนดให้คณะกรรมการเป็นผู้แต่งตั้งและกำหนดค่าจ้างหรือผลประโยชน์อื่น รวมทั้งเงื่อนไขการจ้างของผู้ว่าการ โดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลัง และกำหนดรายละเอียดในสัญญาจ้าง (ร่างมาตรา 23)

4.4 กำหนดคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม วาระการดำรงตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งของผู้ว่าการและกำหนดอำนาจหน้าที่การบริหารกิจการของ กอท. ของผู้ว่าการ (ร่างมาตรา 24 ถึงร่างมาตรา 28)

4.5 กำหนดให้ในการบริหารกิจการของ กอท. ผู้ว่าการต้องรับผิดชอบต่อคณะกรรมการและให้ผู้ว่าการเป็นผู้บังคับบัญชาของพนักงานและลูกจ้างของ กอท. และรับผิดชอบในการดำเนินกิจการทั้งปวงของ กอท. รวมทั้งกิจการที่เกี่ยวกับบุคคลภายนอก (ร่างมาตรา 29 และร่างมาตรา 30)

4.6 กำหนดให้ในกรณีที่ผู้ว่าการไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งหรือตำแหน่งผู้ว่าการว่างลงและยังมิได้มีการแต่งตั้งผู้ว่าการ ให้คณะกรรมการแต่งตั้งกรรมการหรือพนักงานคนหนึ่งเป็นผู้รักษาราชการแทน และให้มีอำนาจและหน้าที่อย่างเดียวกับผู้ว่าการ (ร่างมาตรา 31)

4.7 กำหนดให้ประธานกรรมการ กรรมการ พนักงาน และลูกจ้าง อาจได้รับโบนัสตามระเบียบที่คณะรัฐมนตรีกำหนด (ร่างมาตรา 32)

5. หมวด 3 การเงิน การบัญชี และการตรวจสอบ

5.1 กำหนดให้ กอท. จัดทำงบประมาณประจำปี โดยแยกเป็นงบลงทุนและงบทำการ สำหรับงบลงทุนให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาและให้ความเห็นชอบ ส่วนงบทำการให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบ และให้ กอท. เปิดบัญชีเงินฝากไว้กับธนาคารที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด (ร่างมาตรา 33 และมาตรา 34)

5.2 กำหนดให้ กอท. วางและถือไว้ซึ่งระบบการบัญชีที่เหมาะสมแก่กิจการและเป็นไปตามหลักสากล และสอดคล้องกับระบบการบัญชีที่กระทรวงการคลังได้วางไว้ และให้ กอท. จัดทำงบดุล บัญชีทำการ และบัญชีกำไรขาดทุนของผู้สอบบัญชีภายในเก้าสิบวันนับแต่วันสิ้นปีบัญชี (ร่างมาตรา 35 และมาตรา 36)

5.3 กำหนดให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้สอบบัญชีและทำการตรวจสอบรับรองบัญชีและการเงินทุกประเภทของ กอท. รวมทั้งกำหนดอำนาจและหน้าที่ในการดำเนินงานของผู้สอบบัญชี (ร่างมาตรา 37 ถึงร่างมาตรา 39)

6. หมวด 4 การกำกับและควบคุม

6.1 กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่กำกับโดยทั่วไปซึ่งกิจการของ กอท. และกำหนดให้ กอท. ทำรายงานปีละครั้งเสนอรัฐมนตรี (ร่างมาตรา 40 และร่างมาตรา 41)

6.2 กำหนดกิจการที่ กอท. ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน (ร่างมาตรา 42)

7. หมวด 5 การร้องทุกข์และการสงเคราะห์

7.1 กำหนดให้พนักงานและลูกจ้างมีสิทธิร้องทุกข์ได้ตามข้อบังคับที่คณะกรรมการกำหนด (ร่างมาตรา 43)

7.2 กำหนดให้ กอท. จัดให้มีกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ กองทุนสงเคราะห์หรือการสงเคราะห์อื่น เพื่อสวัสดิการของพนักงาน ลูกจ้าง และครอบครัว ในกรณีพ้นจากตำแหน่ง ประสบอุบัติเหตุ เจ็บป่วย ตาย หรือกรณีอื่นอันควรแก่การสงเคราะห์ ทั้งนี้ ตามข้อบังคับที่คณะกรรมการกำหนด (ร่างมาตรา 44)

8. บทเฉพาะกาล

8.1 กำหนดให้กระทรวงการคลังโอนเงินทุน ทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบขององค์การสุรา กรมสรรพสามิต ที่มีอยู่ก่อนพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ หรือที่ถือครองไว้เพื่อองค์การสุราดังกล่าวมาเป็นของ กอท. ตามพระราชบัญญัตินี้ (ร่างมาตรา 45)

8.2 กำหนดให้ กอท. ใช้ประโยชน์จากสถานที่ตั้งที่ใช้อยู่เดิม เลขที่ 67 หมู่ 4 ตำบลปากน้ำ อำเภอบางคล้า จังหวัดฉะเชิงเทรา เพื่อเป็นที่ทำการของ กอท. โดย กอท. จะต้องเป็นผู้เสียค่าบำรุงรักษาดังกล่าว ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับที่ได้กำหนดในการขอใช้ที่ดินและอาคารของกรมธนารักษ์ (ร่างมาตรา 46)

8.3 กำหนดให้ประธานกรรมการและกรรมการองค์การสุรา ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เป็นประธานกรรมการหรือกรรมการการแอลกอฮอล์แห่งประเทศไทยแล้วแต่กรณีตามพระราชบัญญัตินี้ต่อไปตามวาระที่เหลืออยู่ และให้ถือว่าวาระดังกล่าวเป็นวาระการดำรงตำแหน่งวาระแรกตามพระราชบัญญัตินี้ (ร่างมาตรา 47)

8.4 กำหนดให้ผู้อำนวยการองค์การสุรา กรมสรรพสามิต ที่ได้รับการแต่งตั้งก่อนที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เป็นผู้ว่า กอท. ตามพระราชบัญญัตินี้ต่อไปตามวาระที่เหลืออยู่ และให้ถือว่าวาระดังกล่าวเป็นวาระการดำรงตำแหน่งวาระแรกตามพระราชบัญญัตินี้ (ร่างมาตรา 48)

8.5 กำหนดให้พนักงานและลูกจ้างขององค์การสุรา กรมสรรพสามิต ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เป็นพนักงานและลูกจ้างของ กอท. แล้วแต่กรณีตามพระราชบัญญัตินี้ โดยให้ได้รับเงินเดือน ค่าจ้าง รวมทั้งสิทธิประโยชน์ต่างๆ เท่าที่เคยได้รับอยู่เดิม และให้นับเวลาการทำงานของบุคคลดังกล่าวในองค์การสุราต่อเนื่องกันด้วย (ร่างมาตรา 49)

8.6 กำหนดให้บรรดาข้อบังคับ ระเบียบ คำสั่ง หรือประกาศขององค์การสุรา กรมสรรพสามิต ซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ คงใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ จนกว่าจะได้มีข้อบังคับ ระเบียบ คำสั่ง หรือประกาศของ กอท. ที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ (ร่างมาตรา 50)

การรับรองและข้อจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวภายใต้ กฎหมายไทย

Verification and Limitations to the Right to Privacy under Thai Regulations

กิตสุธรณ สังขสุวรรณ*

นักศึกษาปริญญาเอก Indiana University Robert H. McKinney School of Law – Indianapolis, USA

kitsangsuvan@gmail.com

บทคัดย่อ

ความเป็นส่วนตัวของบุคคลถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยหลายๆ ประเทศได้ยอมรับและกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวในการดำรงชีวิตอยู่ในสังคม สำหรับประเทศไทยนั้น สิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันมากในอดีต ทั้งนี้ เพราะสิทธิในความเป็นส่วนตัวยังไม่เป็นที่รู้จักหรือเป็นที่ยอมรับแต่อย่างใด ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในหลายๆ ฉบับก็ได้บัญญัติและรับรองสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลขึ้น แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ก็ยังคงกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวอยู่เช่นเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิในความเป็นส่วนตัวได้เป็นที่รู้จักและถูกอ้างอิงอย่างมากในปัจจุบัน แต่ความเข้าใจในลักษณะสิทธิในความเป็นส่วนตัวและรูปแบบการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวยังคงคลุมเครือและขาดความชัดเจน บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการสร้างความเข้าใจและกำหนดขอบเขตของสิทธิในความเป็นส่วนตัวในประเทศไทยให้เกิดความชัดเจน ทั้งยังมุ่งวิเคราะห์รูปแบบของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอาศัยรูปแบบของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นพื้นฐานสำคัญ บทความนี้ยังได้พิจารณาถึงข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในความเป็นส่วนตัวกับเสรีภาพของประชาชนและสื่อมวลชนในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสาร

คำสำคัญ: สิทธิในความเป็นส่วนตัว, สิทธิมนุษยชน, รัฐธรรมนูญ

* นักศึกษาปริญญาเอก Indiana University Robert H. McKinney School of Law – Indianapolis, USA

Abstract

Privacy is a fundamental human right. Many countries recognize and establish the right to privacy in their constitution. In Thailand, the right to privacy was not recognized by people and practitioners in the past. Thereafter, Thai constitutions have recognized and established the right to privacy. More importantly, the current Thai constitution has still provided the right to privacy for Thai people. Although the right to privacy has been recognized and mentioned by many Thai people, the concept and scope of the right to privacy remain unclear. This article will mainly create an understanding of the right to privacy in Thailand. This article will establish and develop the concept and scope of the right to privacy. This article will examine types of privacy torts under the Civil and Commercial Code of Thailand. An analysis will rely on types of privacy torts in the United States. This article will also address exceptions to the right to privacy and the relationship between the right to privacy and the freedom of the press.

Keywords: Right to Privacy, Human Rights, Constitution

1. บทนำ

มนุษย์เป็นสัตว์สังคมที่จะต้องมีชีวิตอยู่ร่วมกับบุคคลอื่น กล่าวคือ มนุษย์จำต้องอยู่อาศัยร่วมกับผู้อื่น ติดต่อกันสัมพันธ์กัน และช่วยเหลือเกื้อกูลกัน เพราะมนุษย์ไม่สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้เองโดยลำพัง แต่การที่มนุษย์ต้องมีชีวิตอยู่ร่วมกับผู้อื่น ย่อมส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ส่วนตัวเช่นกัน ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว มนุษย์ยังต้องการความเป็นส่วนตัวหรือมีพื้นที่ส่วนตัวเพื่อแยกตนเองออกจากสังคม¹ และป้องกันมิให้ผู้อื่นเข้ามาล่วงล้ำหรือเกี่ยวข้อง โดยความเป็นส่วนตัวหรือพื้นที่ส่วนตัวเป็นสิ่งที่ช่วยสร้างความรู้สึกปลอดภัย ความมั่นใจ และความเป็นตัวของตัวเอง เมื่อมนุษย์สามารถกำหนดความเป็นส่วนตัวหรือมีพื้นที่ส่วนตัวที่ผู้อื่นไม่อาจล่วงล้ำ² มนุษย์ย่อมอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุข ต่อมาความเป็นส่วนตัวหรือพื้นที่ส่วนตัวได้ถูกพัฒนาจนมีสถานะเป็น “สิทธิ” ตามกฎหมายที่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ และกลายเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่สำคัญ ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญในหลาย ๆ ประเทศก็ได้กำหนดให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แม้แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ก็ได้กำหนดให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปวงชนชาวไทย แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิในความเป็นส่วนตัวยังคงมีความคลุมเครือและขาดความชัดเจน การกำหนดนิยามความหมายและขอบเขตของสิทธิในความเป็นส่วนตัวยังคงเป็นเรื่องที่ยากลำบาก³ ทั้งนี้เพราะความแตกต่างในทางความคิดและวัฒนธรรมของบุคคลในสังคม ตัวอย่างเช่น เรื่องๆ หนึ่งอาจถือเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลหนึ่ง หรือวัฒนธรรมหนึ่ง แต่ไม่ถือเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลอื่นหรือวัฒนธรรมอื่น เป็นต้น

บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการสร้างความเข้าใจและกำหนดขอบเขตของสิทธิในความเป็นส่วนตัวภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 รวมถึงวิเคราะห์รูปแบบของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว และข้อยกเว้น ดังนั้น บทความนี้จึงเริ่มต้นการพิจารณาสหสิทธิในความเป็นส่วนตัวภายใต้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และลักษณะสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อสร้างความเข้าใจขั้นพื้นฐาน จากนั้นบทความนี้มุ่งพิจารณาและวิเคราะห์ถึงลักษณะสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศไทย รวมทั้งพิจารณาและวิเคราะห์รูปแบบของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศไทยโดยอาศัยรูปแบบของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นพื้นฐาน บทความนี้ยังได้พิจารณาถึงข้อยกเว้นของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในความเป็นส่วนตัวกับเสรีภาพของประชาชนและสื่อมวลชน ในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสาร

2. สิทธิในความเป็นส่วนตัวภายใต้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ

สิทธิในความเป็นส่วนตัวถือเป็นสิทธิมนุษยชนซึ่งมีพื้นฐานมาจากสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย⁴ และได้รับการปกป้องคุ้มครองตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

¹ Karl Mannheim, *Systematic Sociology: An Introduction to the Study of Society* (New York: Routledge, 2013), p. 61.

² Charles Spielberger, *Encyclopedia of Applied Psychology* (San Diego: Elsevier Academic Press, 2004), p. 805.

³ Daniel J. Solove, “A Taxonomy of Privacy,” *University of Pennsylvania Law Review* 3 (2006): 477

⁴ Caroline Wamala-Larsson, Christelle Scharff and Johan Hellstrom, *Mobile Participation: Access, Interaction and Practices* (United Kingdom: Cambridge Scholars Publishing, 2015), p. 151.

(The Universal Declaration of Human Rights) โดยมาตรา 12 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดแทรกแซงหรือรบกวนความเป็นส่วนตัว ครอบครัว ที่อยู่อาศัย หรือการติดต่อสื่อสาร หรือทำลายเกียรติยศและชื่อเสียง โดยบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิตามกฎหมายในการป้องกันการแทรกแซงหรือทำลายดังกล่าว” นอกจากนี้ สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedom) ได้มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้เช่นกัน โดยมาตรา 8 (1) แห่งสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ได้บัญญัติว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความเคารพในชีวิตส่วนตัว ชีวิตครอบครัว ที่พักอาศัย และการติดต่อสื่อสาร” ถึงแม้ว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้รับการปกป้องคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศมิได้กำหนดความหมายและขอบเขตของการปกป้องคุ้มครองไว้ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่แต่ละประเทศจะต้องกำหนดความหมายและขอบเขตของการปกป้องคุ้มครองด้วยตนเอง

แม้สิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิมนุษยชนที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่กำเนิด แต่สิทธิในความเป็นส่วนตัวมิใช่สิทธิเด็ดขาดแต่อย่างใด⁵ ซึ่งก็หมายความว่า รัฐสามารถกำหนดข้อยกเว้นอันจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐสามารถควบคุมหรือแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้ในบางกรณี ตัวอย่างเช่น มาตรา 8 (2) แห่งสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ได้บัญญัติว่า “รัฐไม่อาจแทรกแซงการใช้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล เว้นแต่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของประเทศ เพื่อความปลอดภัยต่อสาธารณะ เพื่อความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ เพื่อป้องกันอาชญากรรม เพื่อปกป้องคุ้มครองสุขภาพและสามัญสำนึกของประชาชน หรือเพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ” ตัวอย่างเช่น ในคดี *Klass v. Germany* รัฐบาลเยอรมันได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัย (G-10 Act)⁶ โดยรัฐบาลเยอรมันได้อ้างถึงสิทธิในการรักษาความปลอดภัยและป้องกันอาชญากรรมภายในประเทศหลังจกมีภัยคุกคามจากกลุ่มผู้ก่อการร้ายในช่วงคริสต์ทศวรรษที่ 1970⁷ กฎหมายฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับกับจดหมายไปรษณีย์บัตร หรือโทรศัพท์ เพื่อตรวจสอบผู้ต้องสงสัยในการกระทำความผิด ซึ่งต่อมานักกฎหมาย ทนายความ อัยการ ผู้พิพากษา และประชาชนผู้เกี่ยวข้องได้ฟ้องร้องต่อศาลแห่งสหภาพยุโรปว่า กฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัย (G-10 Act) ได้ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบการติดต่อสื่อสารโดยปราศจากการแจ้งเตือนต่อผู้ต้องสงสัยหรือบุคคลผู้ถูกตรวจสอบ ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 8 (1)⁸ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลแห่งสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่าพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการตรวจสอบการติดต่อสื่อสารของผู้ต้องสงสัยในการกระทำความผิด โดยถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประเทศตามมาตรา 8 (2)⁹

⁵ Russell A. Miller, *Privacy and Power: A Transatlantic Dialogue in the Shadow of the NSA-Affair* (New York: Cambridge University Press, 2017), p. 156.

⁶ *Klass v Germany* [1978] 2 EHRR 214

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

3. สิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศต้นแบบแห่งการปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยที่มุ่งส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ที่สำคัญแนวคิดเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัวถือกำเนิดมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีจุดเริ่มต้นจากบทความเรื่อง “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” หรือ “The Right to Privacy” ซึ่งเขียนขึ้นโดย Samuel Warren และ Louis Brandeis¹⁰ บทความดังกล่าวนี้ได้ถูกตีพิมพ์ที่วารสารกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดในเดือนธันวาคม ปี ค.ศ. 1890 โดย Samuel Warren และ Louis Brandeis ได้เริ่มต้นอธิบายว่า การพัฒนาเทคโนโลยีส่งผลกระทบต่อความเป็นส่วนตัวของบุคคล จึงควรมีการพัฒนากฎหมายเพื่อปกป้องคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของบุคคล Samuel Warren และ Louis Brandeis ยังได้กำหนดนิยามความหมายของ “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” ไว้หมายถึง “สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง”¹¹ โดย “สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง” ดังกล่าวนั้นมีแนวคิดมาจาก Judge Thomas Cooley ซึ่งปรากฏในคำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิดในปี ค.ศ. 1880¹² หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” หรือ “สิทธิที่จะอยู่ตามลำพัง” คือ “สิทธิของบุคคลที่จะให้หรือไม่ให้ข้อมูลอันเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัว พฤติกรรมส่วนตัว นิสัยส่วนตัว และความสัมพันธ์ส่วนตัวกับบุคคลอื่น” ทั้งนี้สิทธิในความเป็นส่วนตัวมีความสำคัญต่อบุคคลเพราะหากข้อมูลอันเกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวได้ถูกนำไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่น ความเป็นส่วนตัวของบุคคลนั้นย่อมต้องถูกกระทบกระเทือนไปด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ Samuel Warren และ Louis Brandeis ได้อธิบายอีกว่า ความเป็นส่วนตัวก่อให้เกิดความสงบในทางจิตใจ¹³ การล่วงล้ำความเป็นส่วนตัวของบุคคล ก่อให้เกิดความเจ็บปวดในทางจิตใจหรือความทุกข์กังวล ซึ่งเกี่ยวข้องกับความรู้สึก¹⁴ Samuel Warren และ Louis Brandeis ยังได้แยก “สิทธิในความเป็นส่วนตัว” ออกจาก “สิทธิในเสรีภาพ” (The Right to Liberty) และ “สิทธิในทรัพย์สิน” (The Right to Property) ทั้งนี้เพราะสิทธิในเสรีภาพนั้นมุ่งรักษาความเป็นอิสระของบุคคลในวงกว้าง¹⁵ แต่สิทธิในความเป็นส่วนตัวไม่ได้มีความมุ่งหมายดังกล่าว ในขณะที่สิทธิในทรัพย์สินมุ่งรักษาสีทธิหรือประโยชน์ในความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจำเป็นต้องสัมผัสได้หรือจำเป็นต้องสัมผัสไม่ได้¹⁶ แต่สิทธิในความเป็นส่วนตัวมุ่งเน้นถึงสภาพภายในหรือจิตใจของบุคคลเป็นสำคัญ

ต่อมาในปี ค.ศ.1965 ศาลฎีกาในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล แม้ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญได้กำหนดสิทธิดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนก็ตาม โดยในคดี Griswold v. Connecticut¹⁷ ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาว่ากฎหมายในมลรัฐที่ห้ามมิให้ใช้หรือจำหน่ายยาคุมกำเนิด ถือว่าฝ่าฝืนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ¹⁸ ทั้งนี้สืบเนื่องจากกฎหมายในมลรัฐ Connecticut ได้บัญญัติว่า “บุคคลใดที่ขายหรือเครื่องมือใดๆ

¹⁰ Irwin P. Kramer, “The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis,” *The Catholic University Law Review* 10 (1990): 704.

¹¹ Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy,” *The Harvard Law Review* 5 (December 15, 1890): 193-195.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, p. 200.

¹⁴ *Ibid.*, p.196.

¹⁵ *Ibid.*, p.197.

¹⁶ *Ibid.*, p.198.

¹⁷ 381 U.S. 479 (1965)

¹⁸ *Ibid* 485.

เพื่อการคุมกำเนิดต้องถูกปรับไม่น้อยกว่า 15 ดอลลาร์ หรือจำคุกไม่น้อยกว่า 60 วัน.....”¹⁹ และศาลฎีกาก็ยังมีคำวินิจฉัยอีกว่า “สิทธิในความเป็นส่วนตัวถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน” โดยบทบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ 1, 3, 4, และ 5 (The First, Third, Fourth, and Fifth Amendment) ได้กล่าวเป็นนัยถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลไว้เช่นกัน²⁰ ดังนั้นจึงถือว่ากฎหมายในมลรัฐ Connecticut ได้ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในการห้ามคู่สามีภรรยาคุมกำเนิด นอกจากนี้ ศาลฎีกาในประเทศสหรัฐอเมริกายังได้ขยายความสิทธิในความเป็นส่วนตัวโดยรวมถึง สิทธิในการแต่งงาน สิทธิในการให้กำเนิด สิทธิในการปกครองบุตร สิทธิในการรักษาครอบครัวให้อยู่ร่วมกัน สิทธิในการควบคุมการเลี้ยงดูบุตร สิทธิในการเกี่ยวข้องเรื่องกร่วมเพศ และสิทธิในการปฏิเสธรับการรักษาพยาบาล²¹

ศาสตราจารย์ William Prosser ได้เขียนบทความเรื่อง “Privacy” หรือ “ความเป็นส่วนตัว” โดยได้รวบรวมและพิจารณาจากคดีละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่เกิดขึ้นมากกว่า 300 คดีนับแต่บทความของ Samuel Warren และ Louis Brandeis ได้ถูกตีพิมพ์ ที่สำคัญศาสตราจารย์ William Prosser ได้สรุปว่าการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลสามารถเกิดขึ้นได้ 4 รูปแบบคือ (1) การล่วงล้ำความเป็นส่วนตัวของบุคคล (2) การเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวต่อสาธารณชน (3) การใส่ร้ายป้ายสีให้เสียชื่อเสียง และ (4) การแอบอ้างหรือหาประโยชน์จากชื่อของบุคคลอื่น²² ซึ่งในเวลาต่อมาแนวทางการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวทั้ง 4 รูปแบบของศาสตราจารย์ William Prosser ได้กลายเป็นแนวทางในการพิจารณาคดีละเมิด หรือ “The Restatement of Torts” โดยแนวทางการพิจารณาคดีละเมิด 652 A หรือ “The Restatement of Torts (652A)” ได้กำหนดว่า “การล่วงละเมิดความเป็นส่วนตัวของบุคคลรวมถึง (1) การรุกรานความเป็นส่วนตัวของบุคคล (2) การแอบอ้างหรือหาประโยชน์จากชื่อหรือเอกลักษณ์ของบุคคล (3) การนำข้อมูลหรือชีวิตส่วนตัวของบุคคลไปเปิดเผย และ (4) การทำให้บุคคลเสียชื่อเสียง”²³

4. สิทธิในความเป็นส่วนตัวในประเทศไทย

4.1 ความหมายและขอบเขตของสิทธิในความเป็นส่วนตัว

ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกามีได้บัญญัติถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้อย่างชัดเจน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้อย่างชัดเจน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 32 ได้บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัว” แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มิได้อธิบายความหมายของสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้ ซึ่งหากพิจารณาความหมายของสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามหมายเหตุท้ายคำพิพากษา

¹⁹ *Ibid* 480.

²⁰ *Ibid* 484.

²¹ Erwin Chemerinsky, “Rediscovering Brandeis’ s Right To Privacy,” *The Brandeis Law Journal* 45 (2007): 651.

²² William L. Prosser, “Privacy,” *The California Law Review* 48 (August, 1960): 389.

²³ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 652A cmt. a (1977). Invasion of privacy encompasses the distinct torts of “unreasonable intrusion upon the seclusion of another,” “appropriation of the other’s name or likeness,” “unreasonable publicity given to the other’s private life,” and “publicity that unreasonably places the other in a false light before the public.”

ฎีกาที่ 723/2525 ที่ได้อธิบายว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวคือ สิทธิของบุคคลที่จะไม่ถูกรบกวนในเรื่องส่วนตัว และมีสิทธิในอันที่จะไม่ถูกเปิดเผยข้อเท็จจริงอันเป็นเรื่องส่วนตัวในชีวิตต่อสาธารณะโดยปราศจากความยินยอม²⁴ ซึ่งจากความหมายดังกล่าว อาจพอสรุปได้ว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองความเป็นส่วนตัวหรือเรื่องส่วนตัวของบุคคล โดยบุคคลอื่นไม่สามารถเข้ามารบกวนหรือนำไปเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้ และยิ่งอาจกล่าวได้อีกว่าบทนิยามของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาบ่งชี้บทบาทในการกำหนดความหมายและแนวคิดเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศไทยอีกเช่นกัน

หากพิจารณาคำว่า “ส่วนตัว” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานที่ได้นิยามความหมายไว้ว่า “เฉพาะตัว” หรือ “เฉพาะบุคคล” ประกอบกับสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ที่ได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 อาจพอสรุปได้ว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัว หมายถึง สิทธิของบุคคลที่จะดำเนินการใดๆ อันเป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคลนั้นๆ รวมถึงการมีชีวิตอย่างปกติสุขโดยปราศจากการรบกวน เกี่ยวข้องหรือแทรกแซงจากบุคคลอื่น แต่การดำเนินการใดๆ หรือการมีชีวิตอย่างปกติสุขจะต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายและความสงบเรียบร้อยของสังคม นอกจากนี้ สิทธิในความเป็นส่วนตัวยังอาจอยู่ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุมีรูปร่าง เช่น เสรีภาพในเคหสถาน หรือสิทธิในทรัพย์สิน หรืออาจอยู่ในรูปของวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนา เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร เสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ หรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

นอกจากนี้ สิทธิในความเป็นส่วนตัวยังมีความหมายรวมถึงข้อมูลส่วนตัวหรือข้อมูลเฉพาะตัวของบุคคลเช่นกัน ซึ่งในการพิจารณาความหมายและขอบเขตของข้อมูลส่วนตัวนั้น จำเป็นต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า ข้อมูลที่จะถือว่าเป็นข้อมูลส่วนตัวนั้น จะต้องมีความเชื่อมโยงกันระหว่างข้อมูลกับตัวบุคคล หากข้อมูลกับตัวบุคคลไม่มีความเชื่อมโยงกันหรือเกี่ยวข้องกัน ข้อมูลนั้นก็ไมอาจถือว่าเป็นข้อมูลส่วนตัว จากนั้นข้อมูลส่วนตัวต้องมีลักษณะเป็นข้อมูลที่บ่งชี้หรือแสดงถึงความเป็นตัวตนของบุคคล หรือเป็นข้อมูลที่สามารถจำแนกหรือแยกบุคคลหนึ่งออกจากบุคคลอื่นๆ ที่สำคัญข้อมูลส่วนตัวจะต้องเป็นข้อมูลที่บุคคลอื่นไม่อาจเข้ามารับรู้หรือเกี่ยวข้องโดยไม่ได้รับอนุญาต ตัวอย่างของข้อมูลส่วนตัวอาจได้แก่ ชื่อและนามสกุล ที่อยู่อาศัย เบอร์โทรศัพท์ วันเดือนปีเกิด เลขที่บัญชีธนาคาร เลขบัตรเครดิต เลขที่บัตรประชาชน เชื้อชาติ ศาสนา ประวัติอาชญากรรม ประวัติการเข้ารับการรักษาพยาบาล ประวัติการทำงาน ประวัติการศึกษา เงินเดือนที่ได้รับ ข้อความในจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ รสนิยม ผลการศึกษา ความคิดเห็นบางประการ ภาพถ่าย หรือข้อมูลในทะเบียนราษฎร เป็นต้น

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล” ซึ่งอาจนำมาใช้เป็นแนวทางการพิจารณาความหมายและขอบเขตของข้อมูลส่วนตัวหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลเช่นกัน โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติว่า “ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล หมายความว่า ข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของบุคคล เช่น การศึกษา ฐานะการเงิน ประวัติสุขภาพ ประวัติอาชญากรรม หรือประวัติการทำงาน บรรดาที่มีชื่อของผู้นั้น หรือมีหมายเลข รหัส หรือสิ่งบอกลักษณะอื่นที่ทำให้รู้ตัวผู้นั้นได้ เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ แผ่นบันทึกลักษณะเสียงของคนหรือรูปถ่าย และให้

²⁴ เจิมชัย ชูติวงศ์ และอัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 723/2525 (เนติ.) หน้า 686.

หมายความว่ารวมถึงข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวของผู้ถึงแก่กรรมแล้วด้วย”

สิทธิในความเป็นส่วนตัวยังอาจมีความหมายหรือขอบเขตนอกเหนือจากสิทธิและเสรีภาพที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 คือ การมุ่ง “คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยให้ชัดเจนและครอบคลุมอย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น โดยถือว่าการมีสิทธิเสรีภาพเป็นหลัก การจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น และการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองส่วนรวม” หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 25 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่ได้บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มิได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำเช่นนั้นได้ และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น” ดังนั้น สิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงควรมีความหมายหรือขอบเขตอย่างกว้าง เพื่อครอบคลุมและปกป้องคุ้มครองความเป็นส่วนตัวหรือข้อมูลส่วนตัวของบุคคล ตัวอย่างเช่น สิทธิส่วนตัวอาจมีความหมายครอบคลุมถึงสิทธิในการแต่งงานของผู้บรรลุนิติภาวะ สิทธิในการเลือกคู่ครอง สิทธิในการคุมกำเนิด สิทธิในการปฏิเสธการรักษาพยาบาล หรือสิทธิที่จะไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนตัวของตน แม้ว่าสิทธิเหล่านี้จะมีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่สิทธิเหล่านี้มิได้ถูกต้องห้ามหรือถูกจำกัดตามกฎหมายอื่น และด้วยผลแห่งมาตรา 25 สิทธิเหล่านี้จึงควรได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญในฐานะสิทธิในความเป็นส่วนตัว

4.2 ข้อจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัว

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้บุคคลมีสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่ก็ได้หมายความว่าบุคคลสามารถใช้สิทธิในความเป็นส่วนตัวของตนโดยไม่มีข้อจำกัด ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว สิทธิในความเป็นส่วนตัวอาจถูกจำกัดโดยผลแห่งสัญญา เช่น ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ชื่อของบุคคลผู้มีชื่อเสียงรับรองมาตรฐานสินค้า นอกจากนี้ การใช้สิทธิในความเป็นส่วนตัวอาจมีข้อจำกัดหรือข้อห้ามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตัวอย่างเช่น สิทธิในการทำแท้ง แม้ว่าการตัดสินใจทำแท้งจะเป็นเรื่องส่วนตัวของฝ่ายหญิงก็ตาม แต่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกต้องระวางโทษ...” และประมวลกฎหมายอาญามาตรา 302 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมต้องระวางโทษ.....” เมื่อเป็นเช่นนั้น ฝ่ายหญิงไม่อาจอ้างได้ว่าการทำแท้งเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัว เพราะการทำแท้งเป็นเรื่องต้องห้ามและมีความผิดตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติบทยกเว้นการกระทำความผิดฐานกระทำการแท้งลูกไว้ในมาตรา 301 และมาตรา 302 โดยประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 ได้บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 นั้น เป็นการกระทำของแพทย์ และ (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหญิงนั้น หรือ (2) หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 283 หรือมาตรา 284 ผู้กระทำไม่มีความผิด” องค์ประกอบที่สำคัญของมาตรา 305 คือ หญิงนั้นยินยอมโดยสมัครใจให้กระทำแท้งลูก ความยินยอมดังกล่าวนี้ถือเป็นเรื่องเฉพาะตัวหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของฝ่ายหญิง บุคคลอื่นไม่มีสิทธิก้าวล่วงหรือตัดสินใจแทนหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นได้

สิทธิในความเป็นส่วนตัวบางเรื่องก็ไม่อาจได้รับการปกป้องคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หากการใช้สิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้นส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชน ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือขัดแย้งกับหน้าที่ของประชาชน ตัวอย่างเช่น สิทธิในการเลือกเพศสภาพไม่ควรถือเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองภายใต้กฎหมายไทย ทั้งนี้ เนื่องจากเพศสภาพเป็นเครื่องกำหนดความเป็นหญิงและชายอันมีสถานภาพทางกฎหมายรับรอง หากบุคคลมีสิทธิในการเลือกเพศสภาพในฐานะสิทธิในความเป็นส่วนตัว ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคม สถานภาพทางกฎหมาย และการดำเนินการภาครัฐ ที่สำคัญ การเลือกเพศสภาพยังอาจส่งผลกระทบต่อการรับราชการทหารตามพระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 โดยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวได้บัญญัติว่า “ชายที่มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย มีหน้าที่รับราชการทหารด้วยตนเองทุกคน” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กฎหมายได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของชายไทยทุกคนที่จะต้องรับราชการทหาร หากชายไทยใช้สิทธิในการเลือกเพศสภาพในฐานะสิทธิในความเป็นส่วนตัวเพื่อให้ตนกลายเป็นเพศหญิงตามกฎหมาย การเปลี่ยนเพศสภาพดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อหน้าที่ในการเข้ารับราชการทหารตามมาตรา 7 หรือก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงหน้าที่รับราชการทหาร ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศ

5. การละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว

การละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวคือ การกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนหรือล่วงล้ำการดำเนินชีวิตอย่างปกติสุขของบุคคล หรือล่วงล้ำการดำเนินการใดๆ อันเป็นเรื่องเฉพาะตัวของบุคคล รวมถึงการนำเรื่องส่วนตัวหรือข้อมูลส่วนตัวไปเปิดเผยต่อบุคคลอื่นหรือหาประโยชน์โดยที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือปราศจากอำนาจตามกฎหมาย ถึงแม้ว่าประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลไว้โดยตรง แต่หากพิจารณาหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจพบว่า บทบัญญัติดังกล่าว โดยเฉพาะมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินคดีละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล โดยมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ก็ได้ ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ การทำความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพหรือทรัพย์สิน ถือว่าเป็นการละเมิดอย่างชัดเจน แต่ในกรณีของความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ควรมีความหมายเพียงใดนั้น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487 ได้วินิจฉัยว่า “คำว่า สิทธิ หมายถึง ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่และบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ หรือได้รับการรับรองและคุ้มครองของกฎหมาย” ดังนั้น สิทธิตามมาตรา 420 นี้ต้องเป็นสิทธิที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองเท่านั้น²⁵ หากเป็นสิทธิที่ไม่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง ความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิทธิดังกล่าวไม่ถือเป็นละเมิดตามมาตรา 420 ตัวอย่างเช่น

²⁵ สุขุม ศุภนิธย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ:นิติบรรณการ, 2537), หน้า 31.

คำพิพากษาฎีกาที่ 837/2507 สิทธิในวิธีการประดิษฐ์ หรือ สิทธิเบ็ดเตล็ด ในขณะนี้ยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายไทยก่อตั้งคุ้มครอง จึงไม่ได้ชื่อว่าเป็น สิทธิตามกฎหมาย จึงไม่อาจก่อให้เกิดเป็นมูลละเมิดที่จะเรียกร้องให้บังคับบัญชาทางศาลได้

สำหรับกรณีสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้น เป็นที่ถกเถียงกันในอดีตว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัวหรือไม่ ซึ่งในที่สุดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัวขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 32 วรรค 1 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว.....” และมาตรา 32 วรรค 2 ยังได้กำหนดว่า “การกระทำความผิดเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่ง หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำได้....” ดังนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดมีความหมายรวมถึงสิทธิในความเป็นส่วนตัว ทั้งมาตรา 32 วรรค 2 ยังได้เน้นย้ำถึงการห้ามกระทำการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้อื่นอีกเช่นกัน

ปัญหามีอยู่ว่ารูปแบบการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวควรเป็นเช่นไร และมีความเหมาะสมหรือไม่ที่จะนำรูปแบบการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกาไปปรับใช้เป็นรูปแบบการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศไทย เพราะรูปแบบการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศไทยอยู่บนพื้นฐานของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่รวบรวมหลักกฎหมายจากคำพิพากษาที่เกิดขึ้นในอดีต อีกทั้งระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ของประเทศไทย แต่ในความเป็นจริงแล้วบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยสามารถนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว อีกทั้งหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของประเทศสหรัฐอเมริกา หากเพียงแต่การปรับใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในอดีตมิได้กล่าวไปถึงการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวเท่านั้น

เมื่อเป็นเช่นนี้ การละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงอาจมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ (1) การล่วงละเมิดหรือล่วงล้ำความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล (2) การแอบอ้างหรือหาประโยชน์จากชื่อหรือรูปภาพของบุคคล (3) การเปิดเผยเรื่องราวหรือข้อมูลส่วนตัวของบุคคลต่อสาธารณชน และ (4) การทำให้บุคคลเสียชื่อเสียงด้วยข้อความอันเป็นเท็จ

5.1 การล่วงละเมิดความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล

5.1.1 การล่วงละเมิดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล

สิทธิในความเป็นส่วนตัวมีขอบเขตและความหมายรวมถึงสิทธิความเป็นส่วนตัวในทรัพย์สินหรือสถาน ซึ่งบุคคลอื่นไม่สามารถเข้าไปเกี่ยวข้องหรือล่วงล้ำในทรัพย์สินหรือสถานของเจ้าของหรือผู้มีสิทธิครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ตัวอย่างเช่น การบุกรุกเข้าไปในห้องนอนของผู้อื่น หรือการแอบเปิดดูกระเป๋าเงินของผู้อื่น ที่สำคัญสิทธิในความเป็นส่วนตัวในทรัพย์สินควรอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336 ในฐานะผู้มีการมสิทธิในทรัพย์สินนั้น ทั้งนี้เพราะผู้มีการมสิทธิในทรัพย์สิน

ไม่ว่าจะเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ย่อมมีสิทธิในตัวทรัพย์สิน โดยมาตรา 1336 ได้บัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ อาจถือได้ว่า กรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 ได้กำหนดขอบเขตความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลที่มีต่อทรัพย์สินนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สิทธิที่จะใช้และขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หากมีผู้เข้ามาเกี่ยวข้องกับหรือสอดแทรกทรัพย์สินโดยไม่ได้รับอนุญาต อาจถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของเจ้าของทรัพย์สินนั้น ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 455/2479 ผู้ซื้อโฉนดจำนองขังไล่ผู้บุกรุกเข้ามาอยู่ในที่ดินที่ซื้อก่อนตนรับซื้อได้โดยไม่ต้องเรียกผู้ขายเข้าเป็นโจทก์ร่วม

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2560/2536 การอยู่ในที่ดินและตึกแถวพิพาทโดยเจ้าของไม่ยินยอมถือเป็นการอยู่โดยไม่มีสิทธิ เป็นการละเมิดต่อพระภิกษุซึ่งเป็นเจ้าของ และการรบกวนภาพของพระภิกษุ ไม่เป็นเหตุให้การละเมิดสิ้นสุดลง เมื่อต่อมาที่ดินและตึกแถวตกเป็นสมบัติของโจทก์ จำเลยยังคงอยู่ในที่ดินและตึกแถวพิพาทต่อไป ย่อมเป็นการละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6055/2557 เมื่อ ห. จดทะเบียนให้ที่ดินพิพาทแก่โจทก์ โจทก์จึงได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยชอบกับมีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยให้ออกไปจากที่ดินและห้ามมิให้จำเลยเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับที่ดินพิพาทได้ตามมาตรา 1336 เมื่อจำเลยไม่ยอมออกจึงเป็นการละเมิดต่อโจทก์และต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่โจทก์ตามมาตรา 420

สำหรับกรณีสิทธิครอบครองนั้น ผู้มีสิทธิครอบครองในทรัพย์สินย่อมมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวในทรัพย์สินนั้นเช่นเดียวกับเจ้าของกรรมสิทธิ์ ทั้งนี้เพราะสิทธิครอบครองเป็นส่วนหนึ่งของกรรมสิทธิ์ และมีความยิ่งใหญ่รองจากกรรมสิทธิ์ เจ้าของสิทธิครอบครองจึงมีอำนาจใช้สอยทรัพย์สิน ให้ปลดเปลื้องการรบกวน การครอบครองเรียกเอาคืนซึ่งการครอบครอง ได้ดอกผล และโอนสิทธิครอบครองได้²⁶ ดังนั้น จึงถือว่าสิทธิครอบครองได้กำหนดขอบเขตความเป็นส่วนตัวหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวในทรัพย์สินของบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อผู้ครอบครองมีสิทธิขอให้ปลดเปลื้องการรบกวนการครอบครองได้ ก็อาจถือได้ว่าผู้ครอบครองมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวในทรัพย์สินนั้น และหากมีผู้ใดเข้ามารบกวนหรือเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็อาจถือว่าผู้นั้นกระทำความละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้มีสิทธิครอบครองเช่นกัน ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1490/2535 ที่พิพาทเป็นท้องที่ริมตลิ่งของที่ดินโฉนดเลขที่ 1586 และโจทก์ครอบครองที่พิพาทแทนเจ้าของที่ดินตามเอกสารหมาย จ.1 จำเลยทั้งสามซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินโฉนดเลขที่ 1586 จึงเป็นเจ้าของที่ดินพิพาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1308 และมีอำนาจฟ้องแย้งให้ขับไล่โจทก์และบริวารออกจากที่ดินพิพาทได้

²⁶ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ:ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตยสภา, 2542), หน้า 278.

คำพิพากษาฎีกาที่ 8486/2553 ที่ดินพิพาทซึ่งบริษัท ช. ได้รับประทานบัตรทำเหมืองแร่ เป็นที่ดินของรัฐที่รกร้างว่างเปล่าซึ่งไม่เคยมีผู้ใดได้รับสิทธิในที่ดินตามกฎหมายมาก่อนตามพระราชบัญญัติแร่ มาตรา 73 (3) ที่กำหนดมิให้ถือว่าการใช้ที่ดินของผู้ถือประทานบัตรในเขตเหมืองแร่เป็นการได้มาซึ่งสิทธิครอบครอง คงมีผลให้บริษัท ช. ไม่อาจอ้างสิทธิครอบครองที่ดินพิพาทยันต่อรัฐได้เท่านั้น แต่สำหรับราษฎรด้วยกัน บริษัท ช. ย่อมมีสิทธิเปลี่ยนแปลงการครอบครองการครอบครองจากผู้สอดเข้าเกี่ยวข้องโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้จนกว่าจะสละ เจตนาครอบครองหรือไม่ยึดถือครอบครองที่ดินพิพาทโดยรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างออกไป การครอบครองที่ดินพิพาท จึงสิ้นสุดลง

5.1.2 การล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่น

สิทธิในความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร คือ สิทธิหรือเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกับ บุคคลอื่น โดยปราศจากการรบกวนหรือการรับรู้จากบุคคลภายนอก ในประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำใดๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่ได้ติดต่อสื่อสารกัน ถือเป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคล²⁷ สำหรับประเทศไทยนั้น มาตรา 36 วรรค 1 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้บุคคลมีเสรีภาพในการติดต่อ สื่อสารกันไม่ว่าในทางใดๆ มาตรา 36 วรรค 2 ยังได้กำหนดอีกว่า “การตรวจ กัก หรือเปิดเผยข้อมูลที่คุณล สื่อสารกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่คุณลอื่นได้สื่อสารกันจะกระทำ มิได้...” ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า บุคคลมีสิทธิหรือเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่นภายใต้บัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หากมีผู้กระทำการใดๆ เพื่อขัดขวางการสื่อสาร เพื่อเปิดเผยข้อมูลที่คุณลได้ สื่อสารกัน หรือเพื่อล่วงรู้ข้อมูลที่ได้สื่อสารกัน ถือว่าผู้นั้นล่วงละเมิดเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารและล่วงล้ำสิทธิ ในความเป็นส่วนตัวของบุคคลตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร อาจได้แก่ การแอบเปิดผนึกจดหมาย ของผู้อื่นเพื่อรู้ข้อความในนั้น ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ มาตรา 322 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติว่า “ผู้ใด เปิดผนึกหรือเอาจดหมาย โทรเลขหรือเอกสารใดๆ ซึ่งปิดผนึกของผู้อื่นไป เพื่อล่วงรู้ข้อความก็ดี เพื่อนำข้อความ ในจดหมาย โทรเลข หรือเอกสารเช่นว่านั้นออกเปิดเผยก็ดี ถ้าการกระทำนั้นน่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษ....” เมื่อการเปิดผนึกจดหมายหรือเอกสารซึ่งปิดผนึกเพื่อล่วงรู้ข้อความ หรือเพื่อนำข้อความ ในนั้นออกเปิดเผย ย่อมมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา การกระทำความดังกล่าวยังอาจถือเป็นการละเมิดตาม มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกเช่นกัน ทั้งนี้เพราะจดหมายหรือเอกสารที่ปิดผนึกไว้ถือเป็น ทรัพย์สินที่ได้มีการกำหนดขอบเขตความเป็นส่วนตัวของบุคคล การแอบเปิดผนึกจดหมายหรือเอกสารดังกล่าว เพื่อล่วงรู้ข้อความหรือนำข้อความในนั้นออกเปิดเผยโดยไม่ได้รับอนุญาตจึงถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็น ส่วนตัว

การลักลอบดักฟังโทรศัพท์หรือแอบบันทึกเสียงของการสนทนาทางโทรศัพท์ ก็อาจถือเป็นการ ละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลเช่นกัน ทั้งนี้ เพราะความเป็นส่วนตัวได้สูญสิ้นไปเมื่อเนื้อหาหรือเรื่องราว ของการสนทนาถูกได้ยินหรือรับรู้โดยบุคคลอื่นนอกเหนือจากคู่สนทนา แต่หากเป็นการได้ยินโดยบังเอิญหรือโดยไม่ได้

²⁷ Jefferson L. Ingram, *Criminal Evidence*, Twelfth Edition (New York: Elsevier, 2014), p. 721.

ตั้งใจก็ไม่อาจถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยกรณีดังกล่าวนี้ไว้โดยตรง²⁸ แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวกับการแอบบันทึกเสียงแล้วนำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดี ซึ่งต้องห้ามมิให้ใช้เป็นพยานหลักฐานในคดี ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2414/2551 จำเลยไปที่บ้านของ ว. พร้อมกับทนายความและเจ้าพนักงานตำรวจอีกคนหนึ่งเพื่อพูดคุยเกี่ยวกับเรื่องการเบิกเงินของ บ. และการใช้กระแสไฟฟ้าจากโรงงานจำเลย โดยเจ้าพนักงานตำรวจผู้นั้นได้แอบบันทึกเหตุการณ์ทั้งภาพและเสียงไว้ด้วยพฤติการณ์ในการบันทึกเหตุการณ์ดังกล่าวเป็นการลักลอบกระทำก่อนวันที่จำเลยอ้างตนเองเข้าเบิกความเป็นพยานเพียง 1 วัน เพราะต้องการจะได้ข้อมูลที่แอบบันทึกไว้เนื่องจากจำเลยฉีกเอกสารหลักฐานที่ว่าจ้าง บ. ก่อสร้างโรงงานทิ้งไปแล้ว จึงพยายามหาหลักฐานใหม่ ดังนั้นข้อมูลดังกล่าวจึงเป็นพยานหลักฐานที่จำเลยทำขึ้นใหม่ด้วยการทำเป็นตึกกับ ว. แล้วลักลอบบันทึกเหตุการณ์นั้นไว้ถือได้ว่า เป็นพยานหลักฐานที่เกิดขึ้นจากการหลอกลวงและด้วยวิธีการที่มีชอบ ต้องห้ามมิให้อ้างเป็นพยานหลักฐานตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ มาตรา 26 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนี้ ปัญหาอยู่ที่ว่า เนื้อหาหรือข้อมูลที่แอบบันทึกไว้จะต้องเป็นเนื้อหาหรือข้อมูลส่วนตัวหรือไม่ จึงจะถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีนี้เห็นว่าเนื้อหาหรือข้อมูลที่แอบบันทึกไว้ไม่จำเป็นต้องเป็นข้อมูลส่วนตัวหรือเรื่องราวส่วนตัวของบุคคล ทั้งนี้ เพราะเนื้อหาหรือข้อมูลใดๆ ก็ตามที่มาจากการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลไม่ควรให้ผู้อื่นเข้ามารับรู้หรือถูกแอบบันทึกไว้โดยไม่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 36 วรรค 2 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และหากจำกัดเพียงว่าเนื้อหาหรือข้อมูลที่บุคคลสื่อสารกันต้องเป็นข้อมูลส่วนตัวหรือเรื่องราวส่วนตัวเท่านั้น สิทธิในความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารย่อมถูกจำกัดลง ซึ่งมีผลขัดแย้งต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ชัดเจนและครอบคลุมกว้างขวางมากยิ่งขึ้น

5.1.3 การล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

สิทธิในความเป็นส่วนตัวในชีวิตและร่างกาย คือ สิทธิในการดำเนินชีวิตอย่างปกติสุขและเป็นอิสระโดยปราศจากการรบกวนจากบุคคลภายนอก ทั้งนี้ มาตรา 28 วรรค 1 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” สำหรับการรบกวนหรือล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในชีวิตและร่างกายของบุคคลอาจกระทำโดยปราศจากการจับต้องสัมผัสร่างกาย เช่น พวกถ่มมูม ตั้งกล้องแอบถ่าย หรือแอบมองคนในห้องน้ำ หรือกระทำโดยการจับต้องสัมผัสร่างกาย เช่น การลวนลาม การแตะอวัยวะ หรือการกักขังหน่วงเหนี่ยว ซึ่งการล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในชีวิตและร่างกายดังกล่าวถือเป็นการละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน นอกจากนี้ การล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในร่างกายอาจมีความหมายกว้างกว่าการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา

²⁸ ประสิทธิ์ จงวิจิตต์, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามกมิควรได้*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552), หน้า 146.

โดยการกระทำอนาจารตามประมวลกฎหมายอาญา หมายถึง การกระทำในลักษณะทางความใคร่หรือประเวณี และรวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศ²⁹ ในขณะที่การล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในร่างกาย หมายความว่า การกระทำใดๆ ที่ก่อให้เกิดความรู้สึกไม่ปลอดภัย ไม่สบายใจ กังวลใจ อึดอัดใจ รำคาญใจ หรืออับอายขายหน้าแก่ผู้ถูกระทำ การกระทำดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกระทำในลักษณะทางเพศหรือทางประเวณี เท่านั้น และไม่จำเป็นต้องทำต่อเนื่องต่อร่างกาย ดังนั้น การกระทำอนาจารจึงถือเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในร่างกายเช่นกัน และถือเป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 4836/2547 คำว่า “อนาจาร” มีความหมายว่าเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวบุคคลที่ไม่สมควรทางเพศซึ่งมิได้หมายความว่าเฉพาะการประเวณีหรือความใคร่เท่านั้น แต่รวมถึงการกระทำให้อับอายขายหน้าในทางเพศด้วย การที่จำเลยกอดเอวโจทก์ร่วม จับมือและดึงแขนโจทก์ร่วมเช่นนั้นจึงเป็นการกระทำอนาจารแก่โจทก์ร่วมโดยใช้กำลังประทุษร้าย เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 แม้บางตอนจำเลยจะได้กระทำขณะอยู่ในรถยนต์กระบะแต่การที่จำเลยจับมือและดึงแขนโจทก์ร่วมให้เข้าไปในห้องพักของโรงแรมขณะอยู่ต่อหน้าพนักงานโรงแรมเช่นนั้นเป็นการกระทำโดยเปิดเผยในที่ซึ่งอาจมีคนเห็นได้ แม้ไม่มีผู้ใดเห็นในขณะกระทำนั้นก็ป็นธารกำนัลแล้ว เพราะการกระทำต่อหน้าธารกำนัลมิได้หมายความว่าเฉพาะกระทำโดยประการที่让别人คนอื่นได้เห็นโดยแท้จริงเท่านั้น เพียงแต่กระทำในลักษณะที่เปิดเผยให้บุคคลอื่นสามารถเห็นได้ ก็ป็นต่อหน้าธารกำนัลแล้ว ดังนั้น เมื่อจำเลยกระทำอนาจารแก่โจทก์ร่วมโดยใช้กำลังประทุษร้ายต่อหน้าธารกำนัลจึงเป็นความผิดที่มีใช้ความผิดอันยอมความได้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1612/2552 การที่จำเลยเข้ามาทางด้านหลังแล้วจูบศีรษะโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมไม่ยินยอมถือได้ว่าโจทก์ร่วมถูกจำเลยกระทำอนาจารโดยโจทก์ร่วมอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

คำพิพากษาฎีกาที่ 12983/2558 การที่จำเลยแอบติดตั้งกล้องบันทึกภาพไว้ที่โต๊ะทำงานของโจทก์ร่วม และบันทึกภาพสรีระร่างกายของโจทก์ร่วมตั้งแต่ช่วงล้นปีจนถึงอวัยวะช่วงขามองเห็นกระโปรงที่โจทก์ร่วมสวมใส่ ขาท่อนล่างและขาหนีบนของโจทก์ร่วม โดยที่กล้องบันทึกภาพมีแสงไฟสำหรับเพิ่มความสว่างเพื่อให้มองเห็นภาพบริเวณใต้กระโปรงของโจทก์ร่วมให้ชัดเจนยิ่งขึ้น การกระทำของจำเลยสื่อแสดงให้เห็นถึงความใคร่และกามารมณ์ โดยที่โจทก์ร่วมมิได้รู้เห็นหรือยินยอม อันเป็นการกระทำที่ไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยโจทก์ร่วมตกอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ แม้จำเลยจะได้สัมผัสต่อเนื้อตัวร่างกายของโจทก์ร่วมโดยตรง แต่การที่จำเลยใช้กล้องบันทึกภาพใต้กระโปรงโจทก์ร่วมในระยะใกล้ชิด โดยโจทก์ร่วมไม่รู้ตัวยอมรับฟังได้ว่าจำเลยได้กระทำโดยประสงค์ต่อผลอันไม่สมควรในทางเพศต่อโจทก์ร่วม โดยใช้กำลังประทุษร้ายตามมาตรา 1 (6) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งการใช้กำลังประทุษร้ายอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278 นอกจากหมายความว่า ทำการประทุษร้ายแก่กายแล้ว ยังหมายความว่าทำการประทุษร้ายแก่จิตใจด้วย

²⁹ จิตติ ดิงศรีทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ:ศูนย์หนังสือเนติบัณฑิตยสภา, 2531), หน้า 1976-1977.

ไม่ว่าจะทำให้ด้วยใช้ร่างกายภาพหรือด้วยวิธีอื่นใด และให้หมายความรวมถึงการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ การกระทำของจำเลยดังกล่าว ทำให้โจทก์ร่วมต้องรู้สึกสะเทือนใจ อับอายขายหน้า จึงถือว่าเป็นการประทุษร้ายแก่จิตใจของโจทก์ร่วมแล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำอนาจารโจทก์ร่วม ครบองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 278

5.2 การแอบอ้างหรือหาประโยชน์จากชื่อหรือรูปภาพของบุคคล

การแอบอ้างหรือหาประโยชน์จากชื่อหรือรูปภาพของบุคคล ถือเป็นการรบกวนการดำเนินชีวิตอย่างปกติสุขของบุคคล และถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวอีกเช่นกัน ทั้งนี้ เพราะชื่อหรือรูปภาพเป็นสิ่งที่บ่งชี้หรือแสดงถึงความเป็นตัวตนของบุคคล และถือเป็นข้อมูลส่วนตัวที่บุคคลอื่นไม่สามารถนำไปใช้แอบอ้างหรือหาประโยชน์โดยที่ไม่ได้รับอนุญาต ทั้งนี้ เจ้าของชื่อหรือบุคคลในรูปภาพอาจรู้สึกถึงความไม่ปลอดภัยหรือไม่สบายใจ รวมถึงสูญเสียคุณค่าหรือประโยชน์ในทางทำมาหาได้ ตัวอย่างเช่น การใช้รูปภาพของดารานักแสดงเพื่อชักจูงลูกค้าหรือเพื่อโฆษณาขายสินค้าโดยไม่ได้รับอนุญาต ถึงแม้ว่าดารานักแสดงได้นำรูปภาพของตนออกแสดงต่อสาธารณชนก็ตาม แต่ก็ได้หมายความว่าดารานักแสดงผู้นั้นยินยอมให้บุคคลอื่นใช้รูปภาพของตนเพื่อชักจูงลูกค้าหรือเพื่อโฆษณาขายสินค้า การกระทำดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่อย่างไรก็ตาม การใช้รูปภาพอวัยวะบางส่วน เช่น มือหรือเท้าของดารานักแสดง หรือรูปภาพสัตว์เลี้ยงหรือรถยนต์ของดารานักแสดง ก็ไม่อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว เพราะรูปภาพดังกล่าวไม่อาจบ่งชี้แสดงความเป็นตัวตนและไม่อาจถือเป็นข้อมูลส่วนตัว

การใช้ชื่อหรือแอบอ้างชื่อของบุคคลอื่น อาจถือเป็นการละเมิดเจ้าของชื่อหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลเช่นกัน โดยมาตรา 18 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในการที่จะใช้นามอันชอบที่จะใช้ได้นั้นถ้ามีบุคคลอื่นโต้แย้งก็ดี หรือบุคคลอื่นผู้เป็นเจ้าของนามนั้นต้องเสื่อมเสียประโยชน์เพราะการที่มีผู้อื่นมาใช้นามเดียวกันโดยมิได้รับอำนาจให้ใช้ก็ดี บุคคลผู้เป็นเจ้าของนามจะเรียกให้บุคคลนั้นระงับความเสียหายก็ได้ ถ้าและเป็นที่ยังวิงวาทว่าจะเสียหายอยู่สืบไป จะต้องขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กฎหมายให้สิทธิแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของชื่อในอันที่จะปกป้องคุ้มครองชื่อของตนมิให้เสื่อมเสียประโยชน์ หากมีบุคคลอื่นมาใช้ชื่อเดียวกันโดยไม่ได้รับอนุญาตจนเกิดความเสียหาย ซึ่งถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้ สิทธิของบุคคลตามมาตรา 18 ยังอาจถือเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวอีกเช่นกัน ทั้งนี้เพราะชื่อของบุคคลนั้นถือเป็นข้อมูลส่วนตัวที่สำคัญ หากมีการใช้ชื่อของบุคคลอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 11315/2553 การที่จำเลยนำคำว่า “โตะกัง” ซึ่งเป็นชื่อนิติบุคคลห้างโจทก์มาใช้เป็นส่วนหนึ่งของชื่อบริษัทจำเลยโดยมิได้รับอำนาจให้ใช้ได้จนเป็นเหตุให้เสื่อมประโยชน์ของโจทก์ ย่อมเป็นการละเมิดต่อโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 18

คำพิพากษาฎีกาที่ 1740/2554 การที่จำเลยทั้งสองร่วมกันผลิตและจัดจำหน่ายแผ่นซีดีเพลงและวีซีดีคาราโอเกะโดยใช้นามแฝงของโจทก์ว่า “หนู มิเตอร์” และนำภาพถ่ายโจทก์มาพิมพ์ลงบนปกซีดีและวีซีดีโดยไม่ได้รับอนุญาต โจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชดเชยค่าเสียหายเนื่องจากการที่จำเลยทั้งสองใช้นามแฝงของโจทก์โดยมิได้รับอำนาจให้ใช้ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 18 และ 420

คำพิพากษาฎีกาที่ 1191/2560 โจทก์ไม่ได้รับเป็นสถาปนิกผู้ออกแบบแต่จำเลยกลับนำชื่อโจทก์มาลงไว้ในป้ายประกาศบริเวณที่ก่อสร้างว่าโจทก์เป็นสถาปนิก การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์

นอกจากนี้ หากมีการนำชีวประวัติหรือเรื่องราวส่วนตัวของบุคคลไปหาประโยชน์ด้วยการเผยแพร่ต่อสาธารณชน เช่น นำชีวประวัติของบุคคลไปเขียนเป็นหนังสือและตีพิมพ์ออกจำหน่าย โดยที่มีได้รับอนุญาตจากเจ้าของชีวประวัติ กรณีดังกล่าวอาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลเช่นกัน โดยถือว่าผู้เป็นเจ้าของชีวประวัติหรือเรื่องราวส่วนตัวอาจสูญเสียคุณค่าหรือประโยชน์ในทางทำมาหาได้ของตน

5.3 การเปิดเผยเรื่องส่วนตัวหรือข้อมูลส่วนตัวต่อสาธารณชน

การละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในกรณีดังกล่าว อาจเกิดขึ้นเมื่อมีผู้นำเรื่องส่วนตัวหรือข้อมูลส่วนตัวของบุคคลไปเปิดเผยหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชน จนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย ในประเทศสหรัฐอเมริกา องค์ประกอบของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในกรณีนี้อาจแบ่งออกเป็น (1) มีการเปิดเผยหรือเผยแพร่เรื่องส่วนตัวต่อสาธารณชน³⁰ เช่น เปิดเผยหรือเผยแพร่เรื่องราวของบุคคลในหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ หรือผ่านทางโซเชียลมีเดียที่ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงได้ เช่น เฟซบุ๊ก เป็นต้น ทั้งนี้ การเปิดเผยหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนย่อมมีผลให้ประชาชนจำนวนมากได้รับทราบเรื่องราวหรือข้อมูลของบุคคลนั้น ความเป็นอยู่โดยปกติสุขของบุคคลย่อมสูญหายไป แต่หากเป็นการเปิดเผยหรือเผยแพร่เรื่องราวหรือข้อมูลต่อบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มคนจำนวนหนึ่งก็ไม่อาจเข้าองค์ประกอบในข้อนี้ (2) เรื่องราวหรือข้อมูลที่น่าไปเปิดเผยหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนต้องเป็นเรื่องส่วนตัวหรือความลับที่มีใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ³¹ เช่น นำรูปถ่ายของบุคคลประจานลงในเฟซบุ๊ก หรือนำความลับหรือพฤติกรรมที่ไม่สมควรในทางเพศ เรื่องทำนองชั่วร้าย หรือโรคร้ายไข้เจ็บเผยแพร่ต่อสาธารณชน และ (3) เป็นเรื่องราวหรือข้อมูลส่วนตัวที่ก่อให้เกิดความน่ารังเกียจต่อสังคม³² เช่น เป็นโรคติดต่อร้ายแรง หรือมีพฤติกรรมผิดปกติดังรุนแรง แต่หากเป็นการเปิดเผยเรื่องราวส่วนตัวที่ไม่ก่อให้เกิดความน่ารังเกียจต่อสังคม เรื่องทั่วไป หรือเรื่องที่ไม่ก่อให้เกิดการยกย่องสรรเสริญ เคารพนับถือ หรือเป็นตัวอยางที่ดีแก่สังคม ก็ไม่อาจเข้าองค์ประกอบในข้อนี้

แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาอยู่ว่าการเปิดเผยเรื่องส่วนตัวที่เป็นความจริงจะถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากต้นร่างภาษาอังกฤษที่ได้บัญญัติว่า “A person who, willfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, liberty, property or any right of another person, is said to commit a wrongful act and is bound to make compensation therefore.” อาจพบว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ถูกบัญญัติขึ้นไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อครอบคลุมถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหรือการกระทำอันเป็นละเมิด คำว่า “Injure” หรือ ทำให้เกิดความเสียหายตามบทบัญญัติ

³⁰ William L. Prosser, *Privacy*, p. 393.

³¹ *Ibid.*, p. 394.

³² *Ibid.*, p. 396.

ดังกล่าวนี้มีได้จำกัดหรือระบุวิธีการกระทำแต่อย่างใด เพียงแต่กำหนดว่าการกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่จริงใจหรือประมาทเลินเล่อเท่านั้น ดังนั้น การกระทำใด ๆ ที่เป็นการเปิดเผยความจริงก็อาจถือเป็นการละเมิดเช่นกัน หากการกระทำหรือการเปิดเผยความจริงนั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคล เพราะความจริงบางประการของมนุษย์ควรถูกเก็บไว้เป็นความลับและถือเป็นเรื่องส่วนตัวที่บุคคลอื่นไม่ควรเข้ามาเกี่ยวข้อง อีกทั้งความจริงบางประการอาจเป็นเรื่องที่น่าอับอาย เป็นที่น่ารังเกียจ และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น เมื่อความจริงไม่ได้รับการคุ้มครองหรือยกเว้นตามบทบัญญัติดังกล่าว การเปิดเผยความจริงจึงถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หากเรื่องดังกล่าวมิใช่ความจริงก็อาจเป็นการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันเป็นเท็จตามมาตรา 423 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 4893/2558 การที่จำเลยทั้งสองนำข่าวการมีเพศสัมพันธ์ของชายหญิงคู่หนึ่งซึ่งหนังสือพิมพ์ฉบับอื่น ๆ เคยนำเสนอภาพและข่าวไปก่อนหน้านี้ แต่ยังไม่ได้ระบุว่าชายหญิงในภาพเป็นใครมาเผยแพร่ซ้ำโดยระบุในเนื้อข่าวว่า ชายในภาพที่กำลังมีเพศสัมพันธ์กับหญิงคนรักคือโจทก์ ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นการก้าวล่วงหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์ จึงเป็นการละเมิดต่อโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แต่มิใช่เป็นการกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริงตามมาตรา 423

ปัญหาต่อไปมีอยู่ว่า การเปิดเผยเรื่องส่วนตัวหรือข้อมูลส่วนตัวอันจะเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จำเป็นต้องเผยแพร่ต่อสาธารณชนหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาจพบว่าบทบัญญัติดังกล่าวมุ่งคำนึงถึงการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด โดยมีได้กำหนดเงื่อนไขพิเศษอื่นใดในการก่อให้เกิดความเสียหาย และมีได้คำนึงถึงจำนวนหรือปริมาณแห่งความเสียหาย ดังนั้น การเผยแพร่ข้อความจริงหรือความลับต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลโดยเฉพาะ ก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้โดยที่ไม่จำเป็นต้องเผยแพร่ต่อสาธารณชน ตัวอย่างเช่น นาคลิปที่ชายคนหนึ่งกำลังมีเพศสัมพันธ์กับหญิงสาวให้เพื่อนร่วมงานบางคนดู แม้จะไม่ได้เผยแพร่ต่อสาธารณชนก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าการเผยแพร่ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชายและหญิงในคลิปนั้น ซึ่งถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ การเปิดเผยความลับหรือเรื่องส่วนตัวต่อบุคคลอื่นซึ่งแม้ไม่ได้เปิดเผยต่อสาธารณชน ก็อาจเป็นละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลบางสาขาอาชีพที่ต้องเกี่ยวพันหรือล่วงรู้ความลับหรือเรื่องส่วนตัวของผู้อื่น หากบุคคลเหล่านั้นนำความลับหรือเรื่องส่วนตัวของผู้อื่นไปเผยแพร่ ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของความลับหรือเรื่องส่วนตัวนั้น ซึ่งในกรณีเช่นนี้ มาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติว่า “ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เภสัชกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดต้องระวางโทษ.....” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้ ความลับของบุคคลถือเป็นเรื่องส่วนตัวหรือข้อมูลส่วนตัวที่บุคคลอื่นไม่อาจเข้ามารับรู้หรือข้องเกี่ยว หากบุคคลผู้มีอาชีพดังกล่าว

ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับนั้น ก็เป็นหน้าที่ๆ บุคคลผู้มีอาชีพดังกล่าวที่จะต้องเก็บรักษาความลับนั้นไว้ หากบุคคลผู้มีอาชีพดังกล่าวเปิดเผยหรือทำให้ผู้อื่นล่วงรู้ความลับไม่ว่าด้วยวิธีการใด ๆ ในลักษณะที่น่าจะเกิดความเสียหาย การกระทำของบุคคลผู้มีอาชีพดังกล่าวนี้ถือเป็นความผิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกเช่นกัน ตัวอย่างเช่น แพทย์รู้ว่าคนไข้ของตนเคยทำแท้งมาก่อนแต่งงาน และแพทย์ได้บอกกับสามีของคนไข้ว่าภรรยาเคยตั้งครรภ์และได้ทำแท้งมาแล้ว สามีจึงบอกเลิกกับภรรยาในเวลาต่อมา กรณีดังกล่าวนี้ ถือว่าแพทย์มีความผิดตามมาตรา 323 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และกระทำการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

5.4 การทำให้บุคคลเสียชื่อเสียงด้วยข้อความอันเป็นเท็จ

การทำให้บุคคลเสียชื่อเสียงด้วยข้อความอันเป็นเท็จ อาจถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลเช่นกัน โดยในกรณีดังกล่าวนี้ มาตรา 423 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ผู้ใดกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายซึ่งข้อความฝ่าฝืนต่อความเป็นจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อตนมิได้รู้ข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะได้” องค์ประกอบของการละเมิดตามมาตรา 423 มีดังต่อไปนี้ คือ (1) มีการกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลาย (2) ข้อความฝ่าฝืนต่อความเป็นจริง และ (3) เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณหรือทางทำมาหาได้หรือทางเจริญของบุคคล การกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลายตามมาตรา 423 นั้น คือ การสื่อสารหรือบอกเล่าเรื่องราวของบุคคลหนึ่งไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งหรือบุคคลที่สาม ซึ่งการสื่อสารหรือบอกเล่าเรื่องราวของบุคคลไม่จำเป็นต้องกระทำต่อสาธารณชน นอกจากนี้ ความหมายของข้อความฝ่าฝืนต่อความเป็นจริง คือข้อความอันเป็นเท็จ ซึ่งไม่ตรงต่อความเป็นจริง แต่หากว่าข้อความนั้นเป็นความจริงในอันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ กรณีดังกล่าวนี้ควรอยู่ในบังคับของมาตรา 420 สำหรับข้อความที่เกี่ยวกับสิทธิในความเป็นส่วนตัวอันฝ่าฝืนต่อความเป็นจริงอาจได้แก่ ข้อความที่เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคล ความประพฤติอันเสื่อมเสียในทางเพศ หรือทางประเพณี หรือความเสื่อมเสียในทางการเงิน ซึ่งข้อความดังกล่าวนี้ ต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชื่อเสียงเกียรติคุณและก่อให้เกิดความอับอายขายหน้า ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 380/2503 นางโยอาของโจทก์เล่าให้จำเลยฟังว่า โจทก์ (เป็นนางสาว) กับนายอนันต์ ซึ่งเป็นญาติของโจทก์ รักใคร่กันทางผู้สาวนอนกอดจูบกันและได้เสียกัน ต่อมานางสงวนมาถามจำเลยว่านางโยมาเล่าอะไรให้จำเลยฟังจำเลยก็เล่าข้อความตามที่นางโยเล่าแก่จำเลยให้นางสงวนฟัง นางสงวนได้เอาข้อความนั้นไปเล่าให้โจทก์ฟังอีกชั้นหนึ่งเช่นนี้ ถ้อยคำที่จำเลยกล่าว เป็นข้อความหมิ่นประมาทโจทก์อย่างเห็นได้ชัด เมื่อจำเลยกล่าวออกไป แม้จะโดยถูกถามที่ก็ดี จำเลยควรต้องสำนึกในการกระทำและเล็งเห็นผลการกระทำของจำเลย ถือได้ว่าจำเลยจงใจกล่าวข้อความยั่วยุข้อเท็จจริงโดยเจตนาใส่ความโจทก์

คำพิพากษาฎีกาที่ 242/2515 การที่จำเลยด่าบุตรโจทก์อันมีความหมายทำนองว่า โจทก์และบุพการีเป็นคนสำส่อน มีบุตรกับชายอื่นซึ่งมิใช่สามีของตนนั้น เป็นความเสียหายเกี่ยวกับชื่อเสียงและตัวบุคคล ไม่เกี่ยวกับการค้าขายของโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 723/2525 จำเลยทั้งหกร่วมกันนำเรื่องราวชีวิตจริงของโจทก์ที่ 1 มาแสดงละครจีนหรือจ๊ว โดยบิดเบือนให้เห็นว่าโจทก์ที่ 1 ซึ่งเป็นภริยาน้อยมีนิสัยไม่ดี ขอบอฉ้อฉลและก่อเรื่องวุ่นวายขึ้นในครอบครัวจนเป็นเหตุให้สามีถูกบุตรสาวใช้ปิ่นยิงถึงแก่ความตาย ทำให้โจทก์ที่ 1 เสียชื่อเสียงอาจถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชังได้ การกระทำของจำเลยทั้งหกจึงเป็นการร่วมกันทำละเมิดต่อโจทก์ที่ 1

6. ข้อยกเว้นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว

สิทธิในความเป็นส่วนตัวไม่อาจถือว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดแต่อย่างใด สิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงอาจถูกจำกัดหรือยกเว้นในบางกรณี และอาจถูกควบคุมหรือถ่วงดุลด้วยประโยชน์สาธารณะอีกเช่นกัน แต่การควบคุมหรือจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวจะต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย กระทำอย่างมีเหตุผล กระทำด้วยความจำเป็น และกระทำอย่างเป็นสัดส่วนในระหว่างสิทธิในความเป็นส่วนตัวกับประโยชน์สาธารณะ³³ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดข้อยกเว้นอันจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวไว้เช่นกัน โดยมาตรา 32 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า “การกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคลตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ อาจพอสรุปได้ว่า การล่วงล้ำหรือจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวอาจเกิดขึ้นได้เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ให้อำนาจไว้ และต้องกระทำด้วยความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ยังได้บัญญัติข้อยกเว้นสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวข้องสิทธิอื่นๆ อีกเช่นกัน โดยในกรณีสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในเคหสถาน มาตรา 33 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า “การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการค้นเคหสถานหรือที่รโหฐานจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นที่กฎหมายบัญญัติ” ในกรณีสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ มาตรา 38 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน” ในกรณีสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ มาตรา 40 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกัน หรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น”

สำหรับการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวอาจแบ่งออกได้ 2 กรณีคือ (1) กฎหมายให้สิทธิหรืออำนาจแก่ผู้กระทำ และ (2) ผู้เสียหายให้ความยินยอม

³³ Els J. Kindt, *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis* (New York: Springer, 2013), p. 904.

6.1 กฎหมายให้สิทธิหรืออำนาจแก่ผู้กระทำ

ความรับผิดชอบในการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้น องค์ประกอบที่สำคัญคือการกระทำต่อผู้อื่น โดยผิดกฎหมาย ซึ่งคำว่า ผิดกฎหมาย ในที่นี้ไม่ได้เพียงหมายความว่า ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น แต่คำว่า ผิดกฎหมาย ที่จะเป็นละเมิดนั้นหมายความว่า การกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของผู้อื่นที่มีอยู่ตามกฎหมาย และทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น³⁴ แต่หากมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่บุคคลใดๆ ไว้ และบุคคลนั้นกระทำไปตามอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย การกระทำนั้นย่อมไม่ผิดกฎหมาย เมื่อการกระทำนั้นไม่ผิดกฎหมายก็ไม่ว่าจะเป็นการละเมิด³⁵ ตัวอย่างของการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวอาจได้แก่

(1) การจับและการคุมขังบุคคลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดข้อยกเว้นสิทธิในความเป็นส่วนตัวอันเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย โดยมาตรา 28 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า “การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” ทั้งนี้ เพราะการจับและการคุมขังถือเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล แต่หากการจับและการคุมขังได้ดำเนินการโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ไม่อาจถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว ตัวอย่างเช่น มาตรา 78 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดการจับบุคคลไว้ 2 กรณี คือ (1) พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับบุคคลโดยมีหมายจับ และ (2) พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับบุคคลโดยไม่มีหมายจับ แต่มีเหตุให้จับได้ เช่น มีการกระทำความผิดซึ่งหน้า หรือมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น โดยมีเครื่องมืออาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด ดังนั้น การที่พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับบุคคลตามมาตรา 78 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ถือว่าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และไม่อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่หากพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับบุคคลโดยไม่มีอำนาจหรือจับโดยมิชอบ ก็อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว

(2) การเข้าไปในเคหสถานหรือการค้นในที่สาธารณะตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดข้อยกเว้นสิทธิในความเป็นส่วนตัวอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไว้เช่นกัน โดยมาตรา 33 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า “การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครอง หรือการค้นเคหสถาน หรือที่สาธารณะจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นที่กฎหมายบัญญัติ” ทั้งนี้ เพราะการเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมหรือการค้นในเคหสถานหรือที่สาธารณะ ถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในทรัพย์สินของบุคคล แต่หากการเข้าไปในเคหสถานหรือการค้นในที่สาธารณะตามหมายศาลหรือโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

³⁴ วารีนาสกุล, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), หน้า 58.

³⁵ ประสิทธิ์ จงวิจิต, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้, หน้า 144.

การกระทำดังกล่าวไม่อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของคุณบุคคล ตัวอย่างเช่น มาตรา 92 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดการค้นในที่รโหฐานไว้ 2 กรณี คือ (1) การค้นในที่รโหฐานจะต้องมีหมายค้น และ (2) พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเข้าค้นในที่รโหฐานได้โดยไม่ต้องมีหมายค้นในกรณีดังต่อไปนี้คือ เมื่อมีเสียงร้องให้ช่วยมาจากข้างในที่รโหฐาน เมื่อปรากฏความผิดซึ่งหน้ากำลังกระทำการในที่รโหฐาน หรือ เมื่อบุคคลที่ได้กระทำความผิดซึ่งหน้าขณะที่ถูกไล่จับหนีเข้าไป ดังนั้น หากพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจดำเนินการค้นในที่รโหฐานตามมาตรา 92 ถือว่าพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายและไม่อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่หากพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจค้นโดยไม่มียอำนาจหรือค้นโดยมิชอบ ก็อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว

(3) การบันทึกข้อมูลทางโทรศัพท์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดข้อยกเว้นสิทธิในความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารกับบุคคลอื่น โดยมาตรา 36 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า “การตรวจ กัก หรือเปิดเผยข้อมูลที่คุณบุคคลสื่อสารกัน รวมทั้งการกระทำด้วยประการใดๆ เพื่อให้ล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลที่คุณบุคคลอื่นได้สื่อสารกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” ตัวอย่างเช่น หากมีกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการแอบบันทึกข้อมูลทางโทรศัพท์หรือเข้าถึงข้อมูลของคุณบุคคลอื่น เช่น พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2519 หรือพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 การกระทำของเจ้าพนักงานถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่เป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสารแต่อย่างใด

6.2 ผู้เสียหายให้ความยินยอม

ความยินยอมหมายถึง การที่คุณบุคคลหนึ่งอนุญาตหรือยินยอมให้คุณบุคคลอีกคนหนึ่ง กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน³⁶ โดยบุคคลผู้ให้ความยินยอมนั้นยอมรับผลหรือภัยที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ³⁷ เมื่อเป็นเช่นนี้ การกระทำได้รับความยินยอมจากผู้ถูกระทำจึงไม่ถือเป็นละเมิด สำหรับในกรณีของการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวก็เช่นเดียวกัน หากผู้เป็นเจ้าของสิทธิในความเป็นส่วนตัวยินยอมให้คุณบุคคลใดบุคคลหนึ่งเข้ามารบกวนหรือเกี่ยวข้องในการดำเนินชีวิตอย่างปกติสุข หรือยินยอมให้นำข้อมูลส่วนตัวหรือเรื่องส่วนตัวของตนออกเผยแพร่สู่สาธารณชน การกระทำดังกล่าวนั้นก็ไม่สามารถถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว เช่น การยินยอมให้ตั้งกล้องวงจรปิดเพื่อบันทึกชีวิตความเป็นอยู่หรือพฤติกรรมส่วนตัว การยินยอมให้นำรูปภาพของคุณบุคคลไปใช้ในการโฆษณา หรือการยินยอมให้นำเรื่องราวส่วนตัวของคุณบุคคลไปตีพิมพ์เผยแพร่ในหนังสือ

แต่อย่างไรก็ตาม การให้ความยินยอมนั้นมิได้มีความหมายถึง การโอนสิทธิในความเป็นส่วนตัวแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะสิทธิในความเป็นส่วนตัวมีลักษณะเป็นสิทธิที่ไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ การให้ความยินยอมในเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงมีลักษณะเป็นการอนุญาตให้มีการรบกวนหรือแทรกแซงการดำเนินชีวิตอย่าง

³⁶ วาริ นาสกุล,ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิครได้, หน้า 78.

³⁷ เรื่องเดียวกัน

ปกติสุขของบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิเท่านั้น นอกจากนี้ การให้ความยินยอมที่จะทำการกระทำไม่ผิดกฎหมาย ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในความเป็นส่วนตัวต้องให้ความยินยอมก่อนที่จะมีการกระทำเกิดขึ้น โดยต้องเข้าใจและรู้ถึงผลของการยินยอมนั้น ผู้เป็นเจ้าของสิทธิในความเป็นส่วนตัวยังต้องให้ความยินยอมโดยสมัครใจ ปราศจากกลล่อลวง หลอกลวง ช่มชู้ หรือสำคัญผิดอีกเช่นกัน³⁸

7. ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในความเป็นส่วนตัวกับเสรีภาพของประชาชนและสื่อมวลชน ในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสาร

โดยทั่วไป เมื่อกฎหมายกำหนดสิทธิของบุคคลขึ้น บุคคลนั้นย่อมสามารถดำเนินการใดๆ ตามสิทธิที่กฎหมายได้ให้การรับรองและคุ้มครอง แต่บางครั้งการใช้สิทธิของบุคคลนั้นอาจส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิหรือเสรีภาพอื่นๆ ของบุคคลอื่นอีกเช่นกัน กรณีดังกล่าวนี้อาจก่อให้เกิดการขัดแย้งกันระหว่างสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล ในเรื่องของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลก็เช่นเดียวกัน แม้มาตรา 32 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้ให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวแก่ประชาชนไว้ก็ตาม แต่การใช้สิทธิในความเป็นส่วนตัวอาจขัดหรือแย้งกับสิทธิหรือเสรีภาพอื่น ๆ ของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพของประชาชนและสื่อมวลชนในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสาร ทั้งนี้ เพราะมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันสุขภาพของประชาชน” มาตรา 35 แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ยังได้บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งประกอบวิชาชีพสื่อมวลชนย่อมมีเสรีภาพในการเสนอข่าวสารหรือการแสดงความคิดเห็นตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ”

หากพิจารณาลักษณะของสิทธิในความเป็นส่วนตัวและลักษณะของเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสาร อาจพบว่าสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจก่อให้เกิดการขัดแย้งระหว่างกัน³⁹ โดยสิทธิในความเป็นส่วนตัวมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิตส่วนตัวหรือข้อมูลส่วนตัวของบุคคลออกจากการรบกวนหรือแทรกแซงจากสังคม ในขณะที่เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสาร ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้สังคมได้รับรู้และช่วยค้นหาความจริงที่เกิดขึ้น ช่วยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นและตัดสินใจ รวมถึงส่งเสริมให้เกิดการเปลี่ยนแปลงขึ้นในสังคม⁴⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาอาจเกิดขึ้นเมื่อมีการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสารจนถึงขนาดก้าวล่วงหรือรบกวนสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลอื่น ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าใครมีสิทธิหรือเสรีภาพเหนือกว่าใคร ซึ่งหากสิทธิในความเป็นส่วนตัวมีสถานะเหนือกว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสาร การใช้เสรีภาพดังกล่าว

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 180

³⁹ Andrew T. Kenyon and Megan Richardson, *New Dimensions in Privacy Law: International and Comparative Perspectives* (New York: Cambridge University Press, 2006), p. 11.

⁴⁰ C. Edwid Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech* (New York: Oxford University Press, 1989), p. 47

อาจถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่หากเสรีภาพดังกล่าวมีสถานะเหนือกว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัว การใช้เสรีภาพนั้นถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว ซึ่งทั้งนี้ก็ยอมแล้วแต่สถานการณ์หรือข้อเท็จจริงแล้วแต่กรณีไป สำหรับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาและเปรียบเทียบนั้นอาจมีดังต่อไปนี้

7.1 ประโยชน์สาธารณะ

โดยทั่วไป ประโยชน์สาธารณะถือเป็นนโยบายแห่งรัฐอันเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของประชาชนในสังคม ประชาชนมีสิทธิที่จะรับรู้ถึงนโยบายแห่งรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ นอกจากนี้ ประชาชนยังมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข้อวิจารณ์ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนใหญ่ในสังคม ดังนั้น การใช้เสรีภาพดังกล่าวจึงมีสถานะเหนือกว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวและถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่ถือว่าการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวแต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น สื่อมวลชนเปิดเผยชื่อและรูปภาพของบุคคลตามหมายจับที่กำลังอยู่ในระหว่างการหลบหนี การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวมีผลอันเกี่ยวกับการดูแลสุขภาพความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน หรือการโฆษณาสถานะของลูกหนี้ว่าเป็นบุคคลล้มละลายในหนังสือพิมพ์ การเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวอาจช่วยให้ประชาชนทั่วไปปราบปรามและระมัดระวังในการทำผิดกรรมกับบุคคลดังกล่าวแต่อย่างใดก็ตาม การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข้อวิจารณ์เพื่อเปิดเผยข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับประโยชน์สาธารณะ เช่น ความสัมพันธ์ในทางเพศ ก็อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว ตัวอย่างเช่น ดังที่ได้ยกตัวอย่างไปแล้ว

จากคำพิพากษานี้ หากจำเลยในฐานะสื่อมวลชนนำเสนอข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ เช่น พฤติกรรมที่ส่อไปในทางทุจริตหรือประพฤติมิชอบของโจทก์ในฐานะนักการเมือง กรณีดังกล่าวอาจถือเป็นเรื่องที่ประชาชนควรจะได้รับรู้และอาจถือเป็นประโยชน์ร่วมกันของประชาชนในการสร้างความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ เมื่อเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องอันเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ การที่จำเลยเผยแพร่พฤติกรรมของโจทก์จึงไม่ควรถือเป็นการก้าวล่วงหรือกระทบกระเทือนสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์แต่อย่างใด จำเลยจึงควรมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข้อวิจารณ์

7.2 การพิจารณาคดีในศาล

การดำเนินคดีในศาลยุติธรรมนั้น คู่ความมีหน้าที่เสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่อศาล แม้ข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอาจเกี่ยวข้องกับเรื่องส่วนตัวหรือล่วงล้ำสิทธิในความเป็นส่วนตัวของอีกฝ่ายหนึ่ง การกระทำดังกล่าวไม่อาจถือว่าการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวแต่อย่างใด นอกจากนี้ ศาลมีหน้าที่พิจารณาคดีโดยเปิดเผยไม่ว่าเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา เนื่องจากการพิจารณาคดีในศาลนั้น สมควรที่จะเปิดเผยให้ประชาชนหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องรับทราบข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งคดี เพราะการกระทำของศาลถือเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นกลาง ซึ่งจำเป็นต้องให้ผู้รู้เห็นเพื่อช่วยกันอำนวยความยุติธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่ความและสังคม⁴¹ ประชาชนทั่วไปจึงสามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีของศาลได้ นอกจากประชาชนหรือบุคคลทั่วไปแล้ว

⁴¹ สุข หงสไกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง 1 (กรุงเทพมหานคร:มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2524), หน้า 156-157.

สื่อสารมวลชนก็สามารถเข้าร่วมฟังการพิจารณาคดีและนำมาเผยแพร่ต่อสาธารณชนได้เช่นกัน ดังนั้น เมื่อศาลพิจารณาคดีโดยเปิดเผย ประชาชนหรือสื่อมวลชนย่อมสามารถรับรู้ข้อความหรือพฤติการณ์แห่งคดีอันเกี่ยวข้องกับเรื่องส่วนตัวของบุคคลโดยชอบ และการที่ประชาชนหรือสื่อมวลชนเปิดเผยข้อความหรือพฤติการณ์แห่งคดีดังกล่าวต่อสาธารณชน ก็ไม่อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวแต่อย่างใด ทั้งนี้เพราะหลักการพิจารณาคดีในศาลโดยเปิดเผยดังกล่าวส่งผลให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสารมีสถานะเหนือกว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัว

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลอาจนั่งพิจารณาคดีโดยไม่เปิดเผยได้ในบางกรณี เมื่อเป็นเช่นนั้น บุคคลทั่วไปจึงไม่สามารถที่จะเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ คงมีแต่เฉพาะบุคคลที่กฎหมายกำหนดหรือศาลอนุญาตที่จะเข้าฟังการพิจารณาได้เท่านั้น สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับชื่อเสียงหรือความเป็นอยู่โดยส่วนตัวของคู่ความ เช่น คดีเกี่ยวกับเพศ ศาลอาจมีคำสั่งห้ามประชาชนเข้าฟังการพิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน หรือศาลอาจมีคำสั่งห้ามผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องเข้าฟังในเวลาที่มีผู้เสียหายหรือหญิงผู้ถูกกระทำเบิกความเป็นพยานในเรื่องนั้น⁴² เมื่อศาลมีคำสั่งพิจารณาคดีลับข้อความหรือพฤติการณ์แห่งคดีที่ศาลพิจารณาลับก็ย่อมถูกห้ามมิให้นำไปเปิดเผยเช่นกัน⁴³ หากมีผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องแอบเข้าฟังการพิจารณาคดีลับและนำข้อความหรือพฤติการณ์แห่งคดีออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน อาจถือว่าผู้นั้นกระทำการล่วงละเมิดอำนาจศาลและล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคล

ศาลยังมีอำนาจสั่งห้ามเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งคดี โดยเพ่งเล็งถึงความเหมาะสมหรือเพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์เป็นสำคัญ⁴⁴ โดยเฉพาะคดีฟ้องขอยุ่ คดีฟ้องขายชู้ และคดีฟ้องให้รับรองบุตร เป็นคดีที่ศาลอาจมีคำสั่งห้ามมิให้เปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งคดี หากการเปิดเผยนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สมควรหรือทำให้เกิดความเสียหายอันไม่เป็นธรรมแก่คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง⁴⁵ นอกจากนี้ ประชาชนหรือสื่อมวลชนก็ไม่สามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งคดีที่ศาลสั่งพิจารณาลับหรือที่ศาลมีคำสั่งโดยชัดแจ้งว่าห้ามโฆษณาเช่นกัน ดังนั้น หากประชาชนหรือสื่อมวลชนฝ่าฝืนคำสั่งศาลโดยเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งคดีต่อสาธารณชน อาจถือว่าผู้นั้นกระทำการล่วงละเมิดอำนาจศาลและล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของคู่ความในคดี

คำพิพากษาของศาลนั้นจะต้องอ่านโดยเปิดเผยเสมอ ดังนั้น ประชาชนหรือสื่อมวลชนย่อมสามารถเข้าฟังคำพิพากษาของศาลได้ และยังสามารถโฆษณาข้อความในคำพิพากษาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนหรือโฆษณาย่อเรื่องแห่งคำพิพากษาโดยเป็นกลางและถูกต้อง⁴⁶ ซึ่งการโฆษณาหรือเปิดเผยคำพิพากษาของศาลนั้นไม่ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาล และไม่อาจถือว่าเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของคู่ความในคดีแต่อย่างใด

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 158.

⁴³ เรื่องเดียวกัน

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 159.

7.3 บุคคลสาธารณะ

บุคคลสาธารณะ คือ บุคคลซึ่งเป็นที่รู้จักในสังคมไม่ว่าโดยการประกอบอาชีพหรือโดยการกระทำให้เป็นที่น่าสนใจของประชาชน ตัวอย่างเช่น นักการเมือง นักกีฬา หรือดารานักแสดง เนื่องจากบุคคลสาธารณะเป็นที่สนใจของประชาชนหรือสื่อมวลชน บุคคลสาธารณะจึงมักถูกวิพากษ์วิจารณ์และนำเสนอข่าวสารอยู่เสมอ ดังนั้น จึงถือได้ว่าบุคคลเหล่านี้ได้ละสิทธิในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวบางประการ⁴⁷ และอาจถือว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสารมีสถานะเหนือกว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ เช่น นักฟุตบอลได้รับบาดเจ็บจากการแข่งขัน สื่อมวลชนได้ติดตามอาการบาดเจ็บและรายงานข่าวให้ประชาชนได้รับทราบ หรือ ดารานักแสดงชายคบหาอยู่กับดารานักแสดงหญิง สื่อมวลชนได้ติดตามความสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสองและรายงานข่าวให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบ ซึ่งเรื่องดังกล่าวนี้ อาจถือเป็นเรื่องส่วนตัวของบุคคลทั่วไป แต่ด้วยความเป็นบุคคลสาธารณะ ประชาชนทั่วไปมีสิทธิที่จะรับรู้ และสื่อมวลชนมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสารนั้น ซึ่งถือเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

แต่อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสารมิได้อยู่เหนือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะในทุกสถานการณ์ ทั้งนี้เพราะสิทธิในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขหรือสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะยังคงดำรงอยู่ หากแต่สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะอาจน้อยกว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลธรรมดาทั่วไปเท่านั้น หากสื่อมวลชนนำเสนอข่าวอันเป็นเท็จจนเป็นเหตุให้บุคคลสาธารณะเสียหาย หรือนำเสนอข้อเท็จจริงส่วนตัวที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ก็อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะเช่นกัน ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 4893/2558 แม้โจทก์จะเป็นนักการเมือง เป็นบุคคลสาธารณะ แต่ก็ย่อมมีสิทธิของความเป็นส่วนตัว มิใช่ว่าเมื่อเป็นนักการเมืองหรือบุคคลสาธารณะแล้วจะทำให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวต้องสูญสิ้นไปทั้งหมด การกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของโจทก์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

ปัญหาจึงมีอยู่ว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะควรได้รับการปกป้องคุ้มครองเพียงใด ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ สิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะควรได้รับการปกป้องคุ้มครองในกิจกรรมหรือการดำเนินชีวิตโดยปกติที่ไม่เกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์ หรือปกป้องคุ้มครองข้อเท็จจริงหรือเรื่องส่วนตัวที่อาจก่อให้เกิดความอับอาย ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง เสียชื่อเสียงหรือประโยชน์ทางทำมาหาได้ เช่น สื่อมวลชนเผยแพร่ภาพของนักการเมืองในขณะกำลังมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งกรณีดังกล่าวถือเป็นการล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลสาธารณะ (คำพิพากษาฎีกาที่ 4893/2558) หรือดารานักแสดงหญิงใส่ชุดว่ายน้ำและออกกำลังกายในสระว่ายน้ำ สื่อมวลชนไม่อาจถ่ายรูปรดารานักแสดงหญิงในชุดว่ายน้ำและนำออกเผยแพร่ต่อสาธารณชน เพราะการกระทำดังกล่าวของดารานักแสดงหญิงถือเป็นการใช้ชีวิตส่วนตัวโดยปกติที่ไม่เกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์ และเป็นเรื่องส่วนตัวที่อาจก่อให้เกิดความรู้สึกไม่สบายใจหรืออึดอัดใจแก่ดารานักแสดงหญิง หากมีการนำภาพดังกล่าวออกเผยแพร่

⁴⁷ Thomas I. Emerson, "The Right of Privacy and Freedom of the Press," *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 14 (Summer: 1979): 343.

8. บทสรุป

สิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่มีความสำคัญ ในปัจจุบันนี้ประเทศต่างๆ ล้วนยอมรับและกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิในความเป็นส่วนตัวในการดำรงชีวิต สำหรับประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติให้สิทธิในความเป็นส่วนตัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้กำหนดความหมายหรือขอบเขตของสิทธิในความเป็นส่วนตัวของบุคคลไว้ ซึ่งหากพิจารณาจากลักษณะของการปกป้องคุ้มครอง อาจพอสรุปได้ว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวหมายถึง สิทธิเฉพาะตัวของบุคคลที่จะดำเนินการใดๆ ในชีวิต หรือใช้ชีวิตอย่างปกติสุขโดยปราศจากการรบกวนหรือแทรกแซงจากบุคคลภายนอก สิทธิในความเป็นส่วนตัวยังรวมถึงข้อมูลส่วนตัวของบุคคลอีกประการหนึ่ง ดังนั้น การละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวคือ การรบกวนหรือล่วงล้ำการดำเนินชีวิตโดยปกติสุขของผู้อื่น ซึ่งรูปแบบการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจเกิดขึ้นได้ 4 รูปแบบดังนี้ คือ (1) การล่วงล้ำความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคล (2) การแอบอ้างหรือหาประโยชน์จากชื่อหรือรูปภาพของบุคคล (3) การเปิดเผยเรื่องราวหรือข้อมูลส่วนตัวของบุคคลต่อสาธารณชน และ (4) การทำให้บุคคลเสียชื่อเสียงด้วยข้อความอันเป็นเท็จ

เนื่องจากสิทธิในความเป็นส่วนตัวมีใช้สิทธิเด็ดขาด สิทธิในความเป็นส่วนตัวจึงอาจถูกจำกัดหรือถูกยกเว้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือโดยความยินยอมของผู้เสียหาย เมื่อเป็นเช่นนี้ การกระทำตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือโดยได้รับความยินยอมจากผู้เสียหายจึงไม่อาจถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว นอกจากนี้ เสรีภาพของประชาชนและสื่อมวลชนในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสารอาจมีสถานะเหนือกว่าสิทธิในความเป็นส่วนตัวได้ในบางสถานการณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอข่าวสารอันเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ การพิจารณาคดีในศาล หรือเรื่องราวของบุคคลสาธารณะ ซึ่งการใช้เสรีภาพในกรณีดังกล่าวนี้อาจไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัว แต่อย่างไรก็ตาม แม้สิทธิในความเป็นส่วนตัวได้ถูกกำหนดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ตาม แต่ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาและศึกษาการปกป้องคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้เพราะเทคโนโลยีได้ถูกพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็วและเป็นช่องทางสำคัญที่ทำให้บุคคลเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ได้มากขึ้น หรือติดต่อสัมพันธ์ระหว่างกันได้มากขึ้น ซึ่งอาจส่งผลให้มีการกระทำความผิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวมากยิ่งขึ้น รวมถึงการล่วงละเมิดสิทธิในความเป็นส่วนตัวในรูปแบบใหม่ๆ ที่อาจเกิดขึ้น

กาแฟแฟร์เทรด: การเพิ่มมูลค่าด้วยความเป็นธรรม

Fair Trade Coffee: Increasing the value via fairness

ภัทร ลิ้มปรีดิ์*

สุธินี รัตนวราห์**

ศิริพร มณีพันธ์***

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

patthara@ru.ac.th

บทคัดย่อ

อุตสาหกรรมกาแฟเป็นตลาดที่ผู้บริโภคเป็นฝ่ายขับเคลื่อน ในขณะที่ระบบการค้าระหว่างประเทศตามปกติไม่สามารถยับยั้งความตกต่ำอย่างต่อเนื่องของราคากาแฟ ซึ่งนำไปสู่วัฏจักรแห่งการไม่สมดุลของกำไรระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภคอย่างยาวนาน ดังนั้น กระบวนทัศน์ใหม่ทางการค้าระหว่างประเทศที่เป็นธรรมจึงเป็นที่ต้องการ ในบทความนี้ ผู้เขียนจึงต้องการอธิบายถึงกลไกอื่นนอกจากกฎหมาย คือ การใช้ป้ายฉลาก แฟร์เทรด ในการเพิ่มมูลค่ากาแฟ แม้ว่าระบบแฟร์เทรดจะไม่สามารถแก้ไขทุกปัญหาของกาแฟได้ แต่แฟร์เทรดก็เป็นอีกหนทางหนึ่งซึ่งเป็นธรรมแก่ผู้ผลิตกาแฟไทยในการนำระบบแฟร์เทรดมาใช้ในการเพิ่มมูลค่ากาแฟของตนเอง

คำสำคัญ: กาแฟแฟร์เทรด, ป้ายฉลาก, กาแฟ

ผู้เขียนขอขอบคุณนางสาวพรรณวรา เพิ่มพูล สำหรับการช่วยพิมพ์ต้นฉบับ และคำแนะนำที่เป็นประโยชน์จากผู้ทรงคุณวุฒิประเมินคุณภาพบทความ

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2086 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

** รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2086 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

*** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2086 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Abstract

The coffee industry is the consumer driven market, while the conventional international trade systems could not restrain the inherent volatility of the coffee's price which leads to the long cycle of imbalance profit between producers and consumers. Therefore, the new paradigm of fair international trade system is needed. In this article, the author would like to focus on explanation of alternative method beside legal mechanism, which is fair trade label, to improve the value of coffee. Although fair trade system could not resolve every coffee problems, fair trade is still being one of the fairness solutions that Thai coffee producers can apply in order to increase the value of their coffee with fairness.

Keywords: Fair Trade Coffee, Label, Coffee

“...แล้วการกระทำนี้จะไ้มนุษยธรรมยิ่งไปกว่าการปล่อยให้เกษตรกรในโลกที่กำลังพัฒนาทุกขั้รมาณกับการผลิตสิ่งที้สนองความหลงระเริงเล็กๆ น้อยๆ ของเรา ความรู้สึกผิดที้เป็นผลติดต้ามมาของกาแฟแต่ละถ้วยในแต่ละวันเป็นชนวนให้เกิดปัยฉลากสำหรับปลอดขั้วญิจิตสำนึก ซึ่งมีผู้บริโภคเพียงไม่กี่คนเท่านั้นที้เข้าใจ ... ผู้บริโภคที้รู้สึกผิดจึงพากันสงสัยว่าจะมีทางใดบ้างไหม ที้จะผลิตเพลีนกับกาแฟลั้กถ้วยโดยไม่ทำให้โลกเ่ยไปกว่านี้”

เทย์เลอร์ คลาร์ก¹

1. บทนำ

ปัญหาของกาแฟที้เกิดขึ้นในปัจจุบันเป็นการเผชิญหน้ากันระหว่างผู้ขายที้ต้องการจำหน่ายกาแฟให้ไ้ราคาสูงที้สุด ในขณะที่ผู้ซื้อต้องการซื้อกาแฟในราคาต่ำที้สุด ซึ่งสภาวะการณั้เช่นนี้ล้วนแล้วแต่เกิดขึ้นกับสินค้าทุกๆ ชนิดเช่นเดียวกัน แต่ด้วยความสำคัญของกาแฟในฐานะที้เป็นสินค้าโภคภัณฑ์ (Commodity) ที้มีมูลค่าการค้าระหว่างประเทศสูงที้สุดรองจากน้ำมัน จึงทำให้อุตสาหกรรมกาแฟในยุคใหม่ถูกใช้เป็นตัวแทนสำหรับเครือข่ายอุตสาหกรรมอาหาร (Agro-Food Network) เนื่องจากกาแฟเป็นห่วงโซ่สินค้าโภคภัณฑ์ที้มีแรงผลักดันมาจากผู้ซื้อ (Buyer-driven commodity chain) ที้อำนาจของการต่อรองขึ้นอยู่กับบรรดาบริษัทคั่วกาแฟต่างๆ (Roasters) ที้ต่างมีเทคโนโลยีและระบบการขนส่งที้ทรงอิทธิพลทำการควบคุมตลาด² ส่งเสริมให้บริโภคกาแฟผสมจากหลากหลายที้ (Blended brand coffee) แทนการบริโภคกาแฟจากแหล่งกำเนิดเดียว (Single origin) และยังไม่รวมถึงที่มาของกาแฟอีกด้วย แต่นำเสนอกาแฟเป็นยี่ห้อของตนเอง

อีกทั้งกาแฟกระทบต่อวิถีชีวิตของเกษตรกรผู้ผลิตกาแฟ ซึ่งปัญหาของกาแฟ คือ กาแฟเป็นสินค้าเกษตรที้ออกผลผลิตตามฤดูกาล จึงมีราคาที้ไม่แน่นอน ส่งผลให้เกษตรกรขาดความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ³ เกษตรกรรายย่อยส่วนใหญ่ไม่มีสถานที่เก็บสินค้าหรือเงินทุนหมุนเวียนได้ บรรดาพ่อค้าคนกลางที้ส่งออกกาแฟจึงมักใช้วัฏจักรนี้แสวงหาประโยชน์และบีบบังคับให้ผู้ผลิตจำใจต้องจำหน่ายกาแฟของตนตามราคาที้ผู้รับซื้อกำหนด⁴ ซึ่งถ้าราคากาแฟตกก็ต้อจ่ายอมนำในราคาที้ขาดทุน⁵ ทั้งๆ ที้บรรดาประเทศผู้ส่งออกกาแฟส่วนใหญ่ก็จะมีหน่วยงานกลางของตนทำหน้าที้บริหารจัดการรับซื้อและจำหน่ายกาแฟ แต่กั้ล้มเหลวในการบริหารจัดการ⁶ ผลกำไรมหาศาลในวงจรกาแฟจึงมาไม่ถึงมือเกษตรกรผู้เพาะปลูกกาแฟจริงๆ การถูกกดราคาอยู่เสมอซึ่งมีขะตากรรม

¹ Clark, T. (2007). *Starbucked: A Double Tall Tale of Caffeine, Commerce, and Culture*. (New York: Little, Brown and Company), pp. 172-173.

² Taylor, P. L. (2005). In the Market but Not of It: Fair Trade Coffee and Forest Stewardship Council Certification as Market-Based Social Change. *World Development*, 33 (1), 129-147 at 133; Gressler, C. & Tickell, S. (2002). *Mugged: Poverty in Your Coffee Cup*. (Washington, DC: Oxfam America), pp. 25-27.

³ Caswell, M. & Méndez, V. E. (2012). Food Security and Smallholder Coffee Production: Current issues and future directions. ARLG Policy Brief#1. Retrieved 4 April 2018. From <https://scholarcommons.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=ess>.

⁴ Levi, M & Linton, A. (2003). Fair Trade: A Cup at a Time?. *Politics & Society*, 31 (3), 407-432 at 412.

⁵ E.g., Sick, D. (2008). Coffee, Farming Families and Fair Trade in Costa Rica. *Latin American Research Review*, 43 (3), 193-205 at 194.

⁶ Talbot, J. (2002) Information, Finance, and the New International Inequality: The case of coffee. *Journal of World-Systems Research*, 8 (2), 214-250.

ไม่ต่างกับผลผลิตทางการเกษตรชนิดอื่น เป็นปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและยาวนาน⁷ อำนาจต่อรองที่มากกว่าของฝ่ายผู้ซื้อภายใต้ข้อตกลงกาแฟระหว่างประเทศ ทำให้จนในที่สุดแล้ว กลไกกฎหมายระหว่างประเทศก็ล้มเหลวจนไม่อาจใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมการค้ากาแฟระหว่างประเทศให้เกิดเสถียรภาพและสามารถสะท้อนราคาที่แท้จริงของกาแฟที่มีคุณภาพได้⁸ การแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศจึงไม่สามารถอาศัยแต่เพียงกลไกทางกฎหมายในการสร้างความเป็นธรรมได้อีกต่อไป

2. วัจนปัญหาในการเพิ่มมูลค่าของกาแฟ

เมื่อข้อตกลงกาแฟระหว่างประเทศไม่สามารถตอบสนองได้ถึงความต้องการของบรรดาเกษตรกรผู้ผลิตที่ไม่สามารถหาช่องทางจำหน่ายสินค้าได้ เนื่องจากตลาดหลักแล้วแต่ถูกควบคุมโดยบริษัทขนาดใหญ่ข้ามชาติอย่างเนสเตอร์ ฟู้ด (General Foods) หรือเนสท์เล่ (Nestle) ประเทศผู้ผลิตจึงได้แต่เพียงส่งออกเมล็ดกาแฟดิบไม่ต่างจากวิถีชีวิตครั้งเมื่อบรรดาประเทศเหล่านั้นยังตกเป็นอาณานิคม อีกทั้งเมื่อพิจารณาในประเทศผู้ส่งออกกาแฟแล้วกลับพบว่า เจ้าของที่ดินและผู้ประกอบการส่วนมากก็ล้วนแต่เป็นผู้อพยพมาจากยุโรปภูมิอากาศการส่งออกกาแฟ⁹ ทำให้เป็นประชาชนพื้นเมืองในท้องถิ่นนั้น

ทำให้บรรดากลุ่มผู้ผลิตต่างแสวงหาช่องทางอื่นในการที่จะพัฒนาตลาดกาแฟและเพิ่มมูลค่าให้กับกาแฟของตนโดยการขับเคลื่อนด้วยตนเองหรือเกิดมาจากแรงหนุนจากภาครัฐ เช่น การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications: GI)¹⁰ ในการสร้างมูลค่ากาแฟสายพันธุ์ที่เป็นเอกลักษณ์ (Single Origin)¹¹ หรือการนำเสนอให้อยู่ในรูปแบบเครื่องหมายการค้า (Trademark)¹² โดยมีประเทศโคลัมเบียเป็นต้นแบบทั้งในด้านของคุณภาพ¹³

⁷ มีนักวิชาการได้วิพากษ์วิจารณ์ความท้าทายของตลาดกาแฟในทางเศรษฐศาสตร์ตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่ 2 พร้อมทั้งเสนอหนทางแก้ไขอยู่หลากหลายวิธี. See, Shannon, S. W. (2009). Economic Stimulation: The History and Hope of Coffee in Development. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 18 (1), 169-196.

⁸ ภัทร ลิ้มศิริ. (2560). การค้ากาแฟระหว่างประเทศ: จากหลักเกณฑ์สู่ความร่วมมือ. *บทบัญญัติ*, 73 (4), 1-62.

⁹ See, Paige, J. M. (1997). *Coffee and Power*. Cambridge, MA: Harvard University Press; Wilkinson, D. (2002). *Silence on the Mountain: Stories of Terror, Betrayal, and Forgetting in Guatemala*. Boston and New York: Houghton Mifflin.

¹⁰ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือ การใช้ชื่อสถานที่ในท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งของประเทศสมาชิกประกอบกับสินค้า เพื่อแสดงให้เห็นว่าสินค้ามีแหล่งที่มาของสินค้าว่ามีส่วนสำคัญ (Essentially attributable) มาจากแหล่งกำเนิดทางภูมิศาสตร์ของสินค้านั้น. See, articles 22-24 of Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299; 33 ILM 1197 (1994). See also, UNCTAD – ICTSD. (2005). *Resource Book on TRIPS and Development*. (Cambridge: Cambridge University Press), pp. 290-291; Gervais, D. (2003). *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*. 2nd ed. (London: Sweet and Maxwell), pp. 188-189.

¹¹ Teuber, R. (2010). Geographical Indications of Origin as a Tool of Product Differentiation: The Case of Coffee. *Journal of International Food and Agribusiness Marketing*, 22 (3-4), 277-298.

¹² เมื่อขอรับความคุ้มครองสินค้าบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ สามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นรูปแบบของ เครื่องหมายร่วม (Collective Marks) หรือเครื่องหมายรับรอง (Certificate Marks).

¹³ ประเทศโคลัมเบียใช้ตรา Café de Colombia รับรองคุณภาพของกาแฟในตลาดโลก. See, Quiñones-Ruiz, X. F. (2015). Can Origin Labels Re-shape Relationships along International Supply Chains? – The case of Café de Colombia. *International Journal of the Commons*, 9 (1), 416-439. โคลัมเบียยังมีการทำกาแฟจากแหล่งกำเนิดเดียวที่มีชื่อเสียง เช่น Narino ซึ่งเป็นแหล่งผลิตกาแฟที่ใช้กรรมวิธีดั้งเดิมจึงเกิดเป็นรสชาติที่เป็นเอกลักษณ์และมีมูลค่าสูง. See, Giovannucci, D. & Samper, L. S. (2009). The Case of Café Nariño, Colombia. In D. Giovannucci et al. (Eds). *Guide to Geographical Indications: Linking Products and Their Origins* (pp. 197-202). (Geneva: International Trade Centre), p. 199.

และกลยุทธ์ทางการตลาด¹⁴ เนื่องจากต้องทำการแข่งขันในภูมิภาคและตลาดโลกกับกาแฟจากประเทศบราซิล¹⁵ และกาแฟจากประเทศโคลัมเบียจึงเป็นสินค้าเกษตรนอกชาติสมาชิกสหภาพยุโรปรายแรกที่ทำให้การจดทะเบียนคุ้มครองสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในสหภาพยุโรป¹⁶ ในส่วนของประเทศไทยมีกาแฟดอยตุงกับกาแฟดอยช้างที่ทำการขึ้นทะเบียนเป็นสินค้าสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ของสหภาพยุโรปด้วยเช่นกัน¹⁷

ตัวอย่างของความสำเร็จรูปแบบนี้ที่ประเทศอื่นนำมาปรับใช้นั้นมีหลากหลาย เช่น กาแฟบลูเมาท์เทน (Blue Mountain Coffee) จากประเทศจาเมกา¹⁸ หรือกาแฟซิดาโม (Sidamo) จากประเทศเอธิโอเปีย¹⁹ ในอาเซียน มีอินโดนีเซียที่ประสบความสำเร็จการใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในการเพิ่มมูลค่าให้กับกาแฟอาราบิก้าคินตามานิบาลี (Kintamani Bali Arabica Coffee)²⁰ ปัจจุบันประเทศที่มีกาแฟสายพันธุ์ที่เป็นเอกลักษณ์และมีความต้องการ

¹⁴ ประเทศโคลัมเบียมี Federacion Nacional de Cafeteros (FNC) เป็นองค์กรเอกชนที่ไม่แสวงผลกำไร ก่อตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1927 เพื่อปกป้องผู้ผลิตกาแฟ คัดกลยุทธ์กาแฟโคลัมเบียผ่านตัวละครชื่อ นายฮวน วาเดซ (Juan Valdez) ให้เป็นสัญลักษณ์ของกาแฟโคลัมเบีย ที่สามารถพบได้บนฉลากกาแฟและในโฆษณาต่างๆ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1958 โดยนายฮวน วาเดซ กลายเป็นที่รู้จักกันอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะในตลาดของประเทศสหรัฐอเมริกา และช่วยเพิ่มมูลค่าให้แก่กาแฟโคลัมเบีย ตัวละครนี้ต่อยอดความสำเร็จของกลยุทธ์ทางการตลาดที่ประสบความสำเร็จ เช่น กาแฟจากขุนเขา (Mountain Grown Coffee) และกาแฟโคลัมเบีย 100% (100% Colombian Coffee) ทำให้กาแฟโคลัมเบียสามารถสร้างความแตกต่างทางการตลาดให้กับตัวเองได้ในสายตาของผู้บริโภคทั่วโลกได้ See, Molleda J. C. & Roberts, M. (2008). The Value of "Authenticity" in "Glocal" Strategic Communication: The New Juan Valdez Campaign, *International Journal of Strategic Communication*, 2(3), 154-174; อีกทั้งกาแฟโคลัมเบียได้นำแหล่งกำเนิดสินค้ามาใช้เป็นเครื่องหมายการค้าอีกด้วย. See, Kotler, P. & Gertner, D. (2004). Country as Brand, Product and Beyond: A place marketing and brand management perspective. In N. Morgan et. al. (Ed.) *Destination Branding: Creating the Unique Destination Proposition* (pp. 40-56). 2nd ed. Oxford: Elsevier Butterworth-Heinemann.

¹⁵ Marescotti, A. & Belletti, G. (2016). Differentiation Strategies in Coffee Global Value Chains through Reference to Territorial Origin in Latin American Countries. *Culture and History Digital Journal*, 5(1), e007.

¹⁶ Council Regulation (EC) 510/2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs in the Official Journal of the European Union. See, Application for registration according to Article 5 and Article 17 (2) 'CAFÉ DE COLOMBIA' EC No: CO/PGI/0467/08.06.2005. Official Journal of the European Union C 320/17 (28.12.2006).

¹⁷ Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1134 of 9 July 2015 entering a name in the register of protected designations of origin and protected geographical indications (กาแฟดอยตุง (Kafae Doi Tung) (PGI)), Official Journal of the European Union L 185/4 (14.7.2015); Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1135 of 9 July 2015 entering a name in the register of protected designations of origin and protected geographical indications (กาแฟดอยช้าง (Kafae Doi Chaang) (PGI)), Official Journal of the European Union L 185/5 (14.7.2015).

¹⁸ Hoy, H. E. (1938). Blue Mountain Coffee of Jamaica. *Economic Geography*, 14(4), 409-412; Schroeder, K. (2009). The Case of Blue Mountain Coffee, Jamaica, In D. Giovannucci et al. (Eds). *Guide to Geographical Indications: Linking products and their origins* (pp. 170-176). Geneva: International Trade Centre.

¹⁹ มีคดีฟ้องร้องกับสตาร์บัคส์ (Starbucks) ในประเด็นเรื่องชื่อนี้ ซึ่งคดีนี้มักจะถูกอ้างอิงเป็นกรณีศึกษา เนื่องจากประเทศเอธิโอเปียต้องการคุ้มครองตลาดกาแฟของตนในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงขอจดเครื่องหมายการค้าสำหรับกาแฟซิดาโมกับกาแฟฮาร์รา (Harrar) เพราะมูลค่าของราคากาแฟเหล่านั้นสามารถจำหน่ายได้สูงถึง 3 เท่า เมื่อเทียบกับราคากาแฟปกติชนิดอื่นของเอธิโอเปีย. See, World Intellectual Property Organization. (3 September 2010). The Coffee War: Ethiopia and the Starbucks Story. Retrieved 4 April 2018. From <http://www.wipo.int/ipadvantage/en/details.jsp?id=2621>; Brownell, M. (2009). Coffee Trademark Licensing for Farmers: Brewing a Farmer-Owned Brand. *Drake Journal of Agricultural Law*, 14(291), 291-326 at 296. แม้ท้ายที่สุดแล้ว สตาร์บัคส์จะยอมถอนการคัดค้าน และหน่วยงานของประเทศเอธิโอเปียสามารถจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าสำเร็จก็ตาม แต่ก็สะท้อนให้เห็นถึงการใช้เครื่องหมายทางการค้าตามกฎหมายภายในประเทศเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองกาแฟที่ค่อนข้างจะยากและไม่มีประสิทธิภาพ. See, Gullman, B. (2014). Rescuing the Future of the International Coffee Trade with a Voluntary Certification and Labeling Scheme. *The George Washington International Law Review*, 46 (3), 647-675 at 657.

²⁰ Mawardi, S. (11 June 2009). Establishment of Geographical Indication Protection System in Indonesia, Case in Coffee. Retrieved 4 April 2018. From http://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo_geo_sof_09/wipo_geo_sof_09_www_124275.pdf, pp. 9-13. เมล็ดกาแฟอาราบิก้าสี่ชนิดที่ไม่ผ่านการคั่วจากราคาเฉลี่ยโลกร้อยละ 0.7 เหรียญสหรัฐ สามารถเพิ่มสูงมาเป็น 3.3 เหรียญสหรัฐ ในปี ค.ศ. 2008

ของตลาดก็ใช้วิธีการดังกล่าว และบริษัทผู้ขายปลีกรายใหญ่ก็เริ่มนำกาแฟที่มีเอกลักษณ์ดังกล่าวมาจำหน่ายในร้านของตน เช่น Starbucks Reserve™ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม การใช้สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ให้อยู่ในรูปแบบเครื่องหมายการค้าก็ได้เป็นสิ่งยืนยันอย่างแน่นนอนว่า ราคากาแฟสายพันธุ์ที่เป็นเอกลักษณ์ต่างๆ ที่สูงกว่าราคาปกติ นั้น เกษตรกรผู้ปลูกกาแฟจะได้รับประโยชน์โดยตรง โดยที่ส่วนต่างของกำไรกลับไปอยู่กับพ่อค้าคนกลางหรือนายทุนผู้อยู่ในห่วงโซ่กาแฟ (Coffee chain) กลุ่มเกษตรกรจึงต้องรวมตัวกันเพื่อเจรจาต่อรองราคา เพื่อให้ได้รับส่วนแบ่งกำไรมาสู่กลุ่มของตนมากขึ้น²¹

ดังนั้น หนทางการแก้ไขปัญหาก็กล่าวมาข้างต้น คือ การนำเสนอว่ากาแฟของตนมีป้ายฉลาก (Label) แสดงระบบตรวจสอบโดยสมัครใจ (Voluntary Certification Systems)²² ในการเพิ่มมูลค่าให้กับผลิตภัณฑ์²³ วิธีการนี้จึงนำมาใช้สร้างความเชื่อถือให้กับผลิตภัณฑ์ว่า ได้ผ่านกระบวนการหรือคุณสมบัติตามที่ป้ายฉลากนั้นรับรอง เพื่อให้ผลิตภัณฑ์นั้นแตกต่างไปจากสินค้าอื่นในท้องตลาด ซึ่งจะทำให้สินค้าเข้าถึงตลาดใหม่ที่มีราคาสูงกว่าปกติ ในการค้าระหว่างประเทศที่ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ได้ติดต่อกันโดยตรง วิธีการใช้ป้ายฉลากจึงสามารถสร้างความเชื่อมั่นถึงประสิทธิภาพของผู้ผลิตว่าได้ปฏิบัติตามมาตรฐานของป้ายฉลากนั้นๆ²⁴

นับตั้งแต่กฎเกณฑ์การค้าสินค้าโภคภัณฑ์ระหว่างประเทศ (International Commodity Agreements) ล่มสลายลงตั้งแต่คริสต์ทศวรรษที่ 1990 เป็นต้นมา ส่งผลกระทบถึงการยกเลิกระบบโควตาในข้อตกลงกาแฟระหว่างประเทศ (International Coffee Agreement) ทำให้บทบาทขององค์กรกาแฟระหว่างประเทศ (International Coffee Organisation) ไม่มีอำนาจในการกำกับราคการค้ากาแฟระหว่างประเทศอีกต่อไป หลงเหลือแต่เพียงขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลและสถิติต่างๆ เท่านั้น

เมื่อเทียบกับราคากลางสำหรับารากาแฟทั่วไปอยู่ที่ 2.6 เหรียญสหรัฐที่ตลาดซื้อขายล่วงหน้าที่นิวยอร์กในขณะนั้น. See, Mawardi, S. (25 May 2009). Advantages, Constraints and Key Success Factors in Establishing Origin- and Tradition-linked Quality Signs: The case of Kintamani Bali Arabica coffee geographical indication, Indonesia. Retrieved 4 April 2018. From <http://www.fao.org/fileadmin/templates/olq/documents/documents/Kintamani.pdf>, p. 18.

²¹ Schüßler, L. (2009). Protecting 'Single-Origin Coffee' within the Global Coffee Market: The role of geographical indications and trademarks. *The Estey Journal of International Law and Trade Policy*, 10(1), 149-185.

²² โดยทั่วไปแล้วระบบรับรองจะมีคุณลักษณะอยู่ 4 ประการ ดังนี้ 1) ตีพิมพ์เผยแพร่มาตรฐานหรือหลักเกณฑ์คุณภาพของการรับรอง 2) กระบวนการตรวจสอบที่ใช้บุคคลภายนอกเป็นผู้ตรวจสอบ เพื่อที่จะพิจารณาว่าการปฏิบัติของผู้ประกอบการตรวจสอบสอดคล้องกับมาตรฐานที่เผยแพร่หรือไม่ 3) มีป้ายฉลากแสดงว่าสินค้านั้นได้รับการรับรองเพื่อให้ผู้บริโภคทราบ และ 4) มีเครือข่ายระดับสถาบันที่มีใจเป็นหน่วยงานของรัฐ แต่อาจจะมีภาคีรัฐมาเกี่ยวข้องด้วยก็ได้ และดำเนินการทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศในการกำกับดูแลป้ายฉลากและตรวจสอบพร้อมกับกำหนดมาตรฐานสำหรับการดำเนินการที่ได้รับการรับรอง. See, Mutersbaugh, T. et al. (2005). Certifying Rural Spaces: Quality-certified products and rural governance. *Journal of Rural Studies*, 21 (4), 381-388.

²³ นอกจากจะได้รับการตอบรับจากกลุ่มผู้บริโภคแล้ว ยังรวมถึงภาคเอกชน ภาครัฐ และองค์การระหว่างประเทศ อาทิ ธนาคารโลก ที่ต่างสนับสนุนแนวทางนี้. See, Dudley, N. et al. (1997). A Framework for Environmental Labeling. *Environment*, 39 (6), 16-45.

²⁴ Cuffaro, N. and Giacinto, M. D. (2015). Credence goods, consumers' trust in regulation and high quality exports. *Bio-based and Applied Economics* 4(2), 179-197.

องค์กรทั้งภาครัฐและเอกชนต่างสร้างป้ายฉลากต่างๆ ออกมาเพื่อช่วยเหลือสิ่งแวดล้อม²⁵ และสังคมอย่างหลากหลาย²⁶ โดยมีตลาดที่เปิดรับกาแฟที่มีป้ายเหล่านี้เติบโตอย่างรวดเร็ว²⁷ เป็นตลาดระบบบนที่มีกำลังซื้อ (Niche marketing) ช่วยยกระดับฐานะและเพิ่มมูลค่าให้กับกาแฟ²⁸ ต้องมีการลงทุนที่คุ้มค่าให้กับผู้ประกอบการและเกษตรกรผู้ผลิต รวมถึงบรรดาบริษัทผู้ค้ากาแฟขนาดใหญ่ ผู้ค้าปลีก และผู้ให้บริการด้านอาหารต่างก็ยอมซื้อกาแฟเหล่านี้เพิ่มมากขึ้น เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคที่เพิ่มมากขึ้นตามลำดับด้วย²⁹ เช่น เนสเพรสโซ (Nespresso) ได้รับซื้อกาแฟจากเกษตรกรภายใต้โครงการ AAA Sustainable Quality™ Program ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2546³⁰ และปี พ.ศ. 2550 แมคโดนัลด์ (McDonald) ในอังกฤษและไอร์แลนด์ประกาศว่า กาแฟที่ขายในร้านจะเป็นกาแฟที่ได้รับการรับรองพันธมิตรแห่งป่าสายฝน (Rainforest Alliance Certified) ทั้งหมด³¹ ซึ่งเป็นกลยุทธ์การตลาดที่เชื่อมโยงความห่วงใยต่อสังคมกับสินค้าของตนให้ผู้บริโภคได้รับโอกาส³² แต่บางยี่ห้อที่มีฐานลูกค้าอย่างเหนียวแน่นใช้กลยุทธ์ในการเพิ่มชนิดของสินค้า³³ เช่น สตาร์บัคส์พัฒนาโครงการ C.A.F.E. Practices (Coffee and Farmer Equity Practices)³⁴ เป็นต้น แต่ก็ได้ปรับเปลี่ยนนโยบายการซื้อสินค้าของตน เนื่องจากภาพลักษณ์ของบริษัทต้องการให้ลูกค้าเข้าใจว่ากาแฟทั้งหมดของสตาร์บัคส์ล้วนห่วงใยต่อสังคม ส่วนฝ่ายผู้บริโภค

²⁵ เป็นกระแสการกำกับดูแลสิ่งแวดล้อมโดยเอกชน (Privatization of Environmental Governance). See. Cashore, B. (2002). Legitimacy and Privatization of Environmental Governance: How Non-State Market Driven Governance Systems Gain Rule-Making Authority, *Governance. International Journal of Policy, Administration and Institutions*, 15 (4): 503-529.

²⁶ Food and Agriculture Organization of the United Nations. (2007). *Private standards in the United States and European Union Markets for Fruit and Vegetables: Implications for developing countries*. Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations.

²⁷ Giovannucci, D. & Liu, A. (2008). Byers Adding Value: Certified coffee trade in North America. In P. Liu. (Ed). *Value-added standards in the North American food market* (pp. 33-49). Rome: Food and Agricultural Organization.

²⁸ Millard, E. (2011). Incorporating Agroforestry Approaches into Commodity Value Chain. *Environmental Management*, 48 (2), 365-377.

²⁹ Millard, E. (2010). Restructuring the Supply Chain. In S. Scherr & J. McNeely. (Eds). *Farming with Nature: The science and practice of eco-agriculture* (pp. 358-377). Washington, DC: Island Press; Neilson, J. et al. (2010). Challenges of Global Environment Governance by Non-State Actors in the Coffee Industry: Insights from India, Indonesia and Vietnam. In S. Lockie & D. Carpenter. (Eds). *Agriculture, Biodiversity and Markets: Livelihoods and agroecology in comparative perspective* (pp. 175-200). Washington, D.C.: Earthscan.

³⁰ Nestlé Nespresso. Nespresso AAA Sustainable Quality™ Program: a triple-win collaboration between Nespresso and the Rainforest Alliance. Retrieved 4 April 2018. From <https://www.nestle-nespresso.com/newsandfeatures/nespresso-aaa-sustainable-quality-tm-program-a-triple-win-collaboration-between-nespresso-and-the-rainforest-alliance>.

³¹ Smithers, R. (5 October 2007). McCoffees help fuel ethical trade boom. Retrieved 4 April 2018. From <https://www.theguardian.com/business/2007/oct/05/ethicalbusiness.money>. ซึ่งการที่แมคโดนัลด์ดำเนินนโยบายนี้ทำให้เพิ่มยอดขายกาแฟเพิ่มขึ้นอีก 15%.

³² See, Schreiber, A. L. & Lenson, B. (1994). *Lifestyle and Event Marketing: Building the New Customer Partnership*. (New York: McGraw-Hill).

³³ David, S. M. (2000). *Brand Asset Management: Driving profitable growth through your brands*. (San Francisco, CA: Jossey-Bass), p. 132.

³⁴ เป็นโครงการที่ร่วมกับ Conservation International and Scientific Certification Systems เพื่อเป็นสิ่งกระตุ้นสำหรับการเก็บเกี่ยวและการแปรรูปผลผลิตกาแฟด้วยวิธีที่ยั่งยืน ซึ่งเป็นโครงการที่คล้ายคลึงกับแฟร์เทรดมาก. See, SCS Global Services. Starbucks C.A.F.E. Practices. Retrieved 4 April 2018. From <https://www.scsglobalservices.com/starbucks-cafe-practices?scscertified=1>.

มองว่าการมีป้ายฉลากเป็นสิ่งที่ดีเพื่อแสดงว่าผู้ผลิตมีความจริงใจ³⁵ และเชื่อถือได้และมั่นใจในคุณภาพของสินค้าไปด้วย³⁶

การที่เอกชนเข้ามามีส่วนรับผิดชอบต่อสังคมในรูปแบบการให้ความช่วยเหลือแก่เกษตรกรเป็นไปตามทิศทางของเอกชนที่เป็นฝ่ายกำหนดนโยบาย เอกชนบางส่วนก็ใช้เป็นเครื่องมือของกลยุทธ์ทางธุรกิจที่สลับซับซ้อนในการเจาะการตลาด³⁷ เพื่อปรับปรุงภาพลักษณ์ของตนที่คำนึงถึงสังคมและสิ่งแวดล้อม แต่มีใช้เป็นความต้องการที่จะต้องการสร้างมาตรฐานเปลี่ยนแปลงโลกให้ดีขึ้น

โดยในบทความนี้ ผู้เขียนขอเสนอทางเลือกหนึ่งในการแก้ไขปัญหาการค้ากาแฟระหว่างประเทศท่ามกลางตลาดสินค้าที่ถูกบริษัทยักษ์ใหญ่ที่ชวนให้ผู้บริโภคให้หลงเชื่อผ่านการโฆษณาด้วยงบประมาณมหาศาล³⁸ คือ ระบบแฟร์เทรด

เนื่องจากระบบแฟร์เทรดเป็นระบบที่มุ่งพัฒนาและส่งเสริมผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กที่ผลักดันให้เกิดความยุติธรรมโดยภาคเอกชน³⁹ อันเป็นกลไกการสร้างมูลค่ากาแฟที่เหมาะสมกับผู้ผลิตในประเทศกำลังพัฒนา⁴⁰ ที่ผู้บริโภคมักจะเลือกซื้อมากกว่ากาแฟออร์แกนิก⁴¹ และยังเป็นแนวทางที่สอดคล้องตามหลักเป้าหมาย

³⁵ แต่สินค้าอาจจะมีหลายป้ายฉลากก็ได้ เช่น กาแฟที่เป็นทั้งแฟร์เทรดและออแกนิกซึ่งจะได้รับราคาสูงขึ้นไปอีก โดยเงื่อนไขการได้ป้ายฉลากทั้งสองใกล้เคียงกัน. See, Blowfield, M. et al. (1999). *Ethical trade and sustainable rural livelihoods*. (Chatham: Natural Resources Institute), p. 10.

³⁶ Siegel, D. & Vitaliano, D. (2007). An Empirical Analysis of the Strategic Use of Corporate Social Responsibility. *Journal of Economics and Management Strategy*, 16(3), 773-792. ซึ่งจริงแล้วแฟร์เทรดทั้งจะมาใส่ใจกับการพัฒนาคุณภาพภายหลัง เพราะในระยะแรกมุ่งไปที่การพัฒนาคุณภาพชีวิตของเกษตรกรมากกว่า. See, Giovannucci, D. & Freek, J. K. (2003). *The State of Sustainable Coffee: A Study of Twelve Major Markets*. (Cali-Colombia: International Institute for Sustainable Development), pp. 39-40.

³⁷ Humphrey, L. (2001). *Which Way to Market? Exploring opportunities for marginalized producers in developing countries to supply mainstream commercial companies in the UK*. (London: Traidcraft Policy Unit Report Series), pp. 5-6; Fridell, G. (2009). *Fair Trade Coffee: The Prospects and Pitfalls of Market-Driven Social Justice*. (Toronto: University of Toronto Press), pp. 73-74 and 260; Stenzel, P. L. (2013). Mainstreaming Fair Trade and Resulting Turmoil: Where should the movement go from here?. *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, 37 (2), 617-673, at 653-655.

³⁸ See, Dawson, M. (2003). *The Consumer Trap: Big Business Marketing in American Life*. Urbana: University of Illinois Press.

³⁹ Reynolds, L. & Keahey, J. (2014). Fair Trade: Social Justice and Production Alternatives. (pp. 165-181). In M. Parker et al. (Eds.). *The Routledge Companion to Alternative Organization*. New York: Taylor and Francis Group; Lyon, S. & Moberg, M. (Eds.). (2010). *Fair Trade and Social Justice: Global ethnographies*. New York: New York University Press; Linton, A. (2015). *Fair Trade from the Ground Up: New markets for social justice*. Seattle, W.A.: University of Washington Press; Linton, A. et al. (2015). A taste of trade justice: marketing global social responsibility via Fair Trade coffee. *Globalizations*, 1 (2), 223-246.

⁴⁰ โดยราคาที่จะได้เพิ่มจากราคามาตรฐาน คือ กาแฟแฟร์เทรดพันธุ์อาราบิก้าสูงถึง 1.4 เหรียญสหรัฐต่อปอนด์ และพันธุ์โรบัสต้า 1.05 เหรียญสหรัฐต่อปอนด์. See, Fairtrade Labelling Organizations International. (14 February 2018) Fairtrade Minimum Price and Fairtrade Premium Table. Retrieved 4 April 2018. From https://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2009/standards/documents/Fairtrade_Minimum_Price_and_Premium_Table_EN_PUBLIC.pdf.

⁴¹ Didier, T. & Lucie, S. (2008). Measuring Consumer's Willingness to Pay for Organic and Fair Trade Products. *International Journal of Consumer Studies*, 32 (5), 479-490. *Contra*, Giovannucci, D. (2001). Sustainable Coffee Survey of the North American Specialty Coffee Industry. Retrieved 4 April 2018. From <http://www3.ccc.org/islandora/en/item/1700-sustainable-coffee-survey-north-american-specialty-coffee-industry-en.pdf>.

การพัฒนาแห่งสหัสวรรษ (Millennium Development Goals: MDGs) อีกด้วย⁴²

ความหมายของแฟร์เทรดที่ได้รับการยอมรับมากที่สุด⁴³ เกิดจากผลสรุปจากที่ประชุมประจำปีของสหพันธ์การค้าทางเลือกระหว่างประเทศ (International Federation Alternative Trade) ในปี ค.ศ. 2001 ณ เมืองอูรูซา ประเทศแทนซาเนีย⁴⁴ คือ

“หุ้นส่วนการค้าที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการสนทนา ความโปร่งใส และความเคารพซึ่งแสวงหาความเท่าเทียมกันที่มากขึ้นในทางการค้าระหว่างประเทศ ระบบนี้จะมีส่วนร่วมในการพัฒนาอย่างยั่งยืนด้วยการนำเสนอเงื่อนไขในการค้าที่ดีขึ้นและรับประกันสิทธิให้กับสินค้าและคนงานขายขอบ โดยเฉพาะกลุ่มประเทศทั่วโลกได้ องค์กรแฟร์เทรดระหว่างประเทศ (ที่ได้รับ การสนับสนุนโดยผู้บริโภค) ได้มีส่วนในการสนับสนุนบรรดาผู้ผลิต สร้างความตระหนัก และรณรงค์ สำหรับการเปลี่ยนแปลงในกฎเกณฑ์และการปฏิบัติของการค้าโดยทั่วไป”⁴⁵

จากคำนิยามข้างต้น แฟร์เทรดจึงเป็นระบบการค้าที่สร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย ในห่วงโซ่อุปทาน และผู้บริโภคสามารถซื้อสินค้าที่มีคุณภาพในราคาที่เหมาะสมและเป็นธรรม สร้างความพึงพอใจให้แก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย อีกทั้งยังเป็นที่ยอมรับจากผู้ผลิตและผู้บริโภคทั่วโลก

3. พัฒนาการของแฟร์เทรด

ท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงของโลกทำให้ข้อมูลข่าวสารต่างๆ เชื่อมโยงกันรวดเร็วมากขึ้น ระยะทางระหว่างประชาชนลดลง และการเคลื่อนไหวของสินค้ารวดเร็วมากขึ้น สภาวะการเปลี่ยนแปลง (Disruption) เช่นนี้จึงส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงพันธกรณีด้านความยุติธรรม (Obligations of Justice) ที่กำกับดูแลความสัมพันธ์ในสังคมด้วยเช่นกัน⁴⁶ การสร้างสังคมให้มีความยั่งยืนเพิ่มมากขึ้น⁴⁷ จากเดิมที่การแก้ไขปัญหาความยุติธรรมในตลาดโลก (Global market justice) มีแต่เพียงวิธีการในระดับธรรมาภิบาลระดับโลก (Global Governance)

⁴² Bacon, C. M. (2008). Are Sustainable Coffee Certifications Enough to Secure Farmer Livelihoods? The Millennium Development Goals and Nicaragua's Fair Trade Cooperatives. *Globalizations*, 5 (2), 259-274.

⁴³ สำหรับขอบเขตคำว่า แฟร์เทรด มีอยู่หลากหลายความหมายและคำอธิบาย. See, Walton, A. (2010). What is Fair Trade?. *Third World Quarterly*, 31(3), 431-447; see also, Sylla, N. S. (2014). *The Fair Trade Scandal: Marketing Poverty to Benefit the Rich*. Ohio: Ohio University Press.

⁴⁴ “[T]rading partnership, based on dialogue, transparency and respect, that seeks greater equity in international trade. It contributes to sustainable development by offering better trading conditions to, and securing the rights of, marginalized producers and workers – especially in the South. Fair Trade Organizations (backed by consumers) are engaged actively in supporting producers, awareness raising and in campaigning for changes in the rules and practice of conventional international trade.”

See, World Fair Trade Organization. (2018). Retrieved 18 July 2018. From <https://wfto.com/fair-trade/definition-fair-trade>.

⁴⁵ Jones, P.; Comfort, D. & Hillier, D. (2007). Marketing and Corporate Social Responsibility within food stores. *British Food Journal*, 109, 582-593.

⁴⁶ See, Hassoun, N. (2012). *Globalization and Global Justice: Shrinking Distance, Expanding Obligations*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁴⁷ Benabou, R. & Tirole, J. (2006). Incentives and Prosocial Behavior. *American Economic Review*, 96 (5), 1652-1678.

เท่านั้น⁴⁸ แต่การเข้ามาของแฟร์เทรดสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า การแก้ไขปัญหาในระดับโลกมีใช้จะต้องดำเนินการได้แต่เพียงเฉพาะภาครัฐโดยลำพังเท่านั้น ภาคประชาสังคมก็สามารถมีส่วนร่วมในการช่วยผลักดัน⁴⁹ จนถึงขั้นริเริ่มเป็นผู้นำการเปลี่ยนแปลงได้

หลักการของแฟร์เทรดนั้นจะมีใช้เป็นกฎระเบียบทางกฎหมายผูกพันให้บรรดารัฐต่างๆ มีพันธกรณีต้องปฏิบัติตาม แต่ทว่าบทบาทของแฟร์เทรดมีส่วนร่วมในการเติมเต็มช่องว่างด้วยความสมัครใจและเชื่อมโยงระหว่างพัฒนาทางการค้าในยุคโลกาภิวัตน์⁵⁰ กับการส่งเสริมความเป็นธรรมในสังคมยุคใหม่ที่บทบาทและความรับผิดชอบอยู่ที่ประชาชนทุกคนด้วย⁵¹

แนวคิดเรื่องแฟร์เทรด กำเนิดมาจากความเชื่อว่า ระบบการค้าโดยปกติมีการพัฒนา แต่ไม่ได้แพร่กระจายความร่ำรวยที่เป็นธรรมแก่บรรดาประเทศต่างๆ จึงต้องมีการพัฒนาระบบการค้าขึ้นมาใหม่⁵² ประกอบกับมีแรงผลักดันมาจากการซื้อสินค้าจากประเทศโลกที่สามหรือประเทศกำลังพัฒนาในราคาที่ต่ำเกินไปจนทำให้เกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนาขาดทุน การควบคุมสินค้าโภคภัณฑ์ในอดีตช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ราคาสินค้าตกต่ำ⁵³ พร้อมกับเกิดการขยายตัวของอุตสาหกรรม จึงเกิดแนวคิดที่ต้องการได้ตอบแนวคิดการค้าเสรี (Free Trade) ที่ไม่คำนึงถึงผลกระทบอื่นๆ และประโยชน์ที่ผู้ผลิตจะได้รับ นำไปสู่ความต้องการให้เกิดหนทางใหม่ในระบบการค้าระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพในการส่งเสริมให้มีการพัฒนาอย่างยั่งยืนแทนการให้ความช่วยเหลือผู้ผลิต ในส่วนของผู้บริโภคเองก็มีการพัฒนาไปตามกระแสโลกาภิวัตน์ที่เคลื่อนไหวไปตามกลไกของตลาด ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับหลากหลายฝ่าย⁵⁴ เพราะการค้าโดยเสรีที่ไร้ความเป็นธรรมย่อมเป็นการค้าที่ขาดความชอบธรรม⁵⁵ จนนำมาสู่ปรากฏการณ์ที่ทำให้คนบางกลุ่มในสังคมให้ความสนใจต่อสิ่งต่างๆ และห่วงใยเกษตรกรผู้ทำการเพาะปลูกสินค้าและการดำเนินงานของบรรดาบริษัทต่างๆ ที่ดำเนินกิจการรับซื้อผลผลิตทั้งในและนอกประเทศ

หลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ประเทศในยุโรปพัฒนารูปแบบแนวคิดการให้ความช่วยเหลือใหม่แก่ประเทศที่กำลังพัฒนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มประเทศที่เคยอยู่ภายใต้อาณานิคมของตน ด้วยวิธีการการค้า

⁴⁸ Howse, R. & Trebilcock, M. J. (1996). The Fair Trade-Free Trade Debate: Trade, labor, and the environment. *International Review of Law and Economics*, 16 (1), 61-79 at 76-79; Valor, C. (2006). What If All Trade was Fair Trade?. The potential of a social clause to achieve the goals of fair trade. *Journal of Strategic Marketing*, 14 (3), 263-275 at 272.

⁴⁹ Davies, I. A. & Ryals, L. J. (2010). The Role of Social Capital in the Success of Fair Trade. *Journal of Business Ethics*, 96 (2), 317-338; Tickell, A. & Peck, J. (1995). Social Regulation after Fordism: Regulation theory, neo-liberalism and the global-local nexus. *Economy and Society*, 24 (3): 357-386. Cf., มีนักวิชาการบางส่วนกลับมองว่า การที่ภาคประชาสังคมมาร่วมแก้ปัญหาจะช่วยให้ภาครัฐไม่ได้มุ่งมั่นในการแก้ปัญหาเท่าที่ควร. See, Lyon, S. (2006). Evaluating Fair Trade Consumption: Politics, defetishization and producer participation. *International Journal of Consumer Studies*, 30 (5), 452-464, at 461.

⁵⁰ See, Stiglitz, J. E. & Charlton, A. (2007). *Fair Trade for All: How Trade Can Promote Development*. Oxford: Oxford University Press.

⁵¹ Goff, S. C. (2016). Fair Trade: Global problems and individual responsibilities. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, DOI: 10.1080/13698230.2016.1252993; Lyon, S. & Moberg, M. (2010). *Fair Trade and Social Justice Global Ethnographies*. New York: New York University Press.

⁵² See, Brown, M. B. (1993). *Fair Trade*. London: Zed Press.

⁵³ Furtado, C. (1976). *Economic Development of Latin America*. 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press), pp. 50-57.

⁵⁴ Renard, M-C. (1999). The Interstices of Globalisation: The example of fair coffee. *Sociologia Ruralis*, 39 (4), 484-500.

⁵⁵ Garcia, F. J. (2006). Why Trade Law Needs a Theory of Justice. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 100, 376-380.

แทนการให้ความช่วยเหลือ (Trade not aid)⁵⁶ บรรดาองค์กรการกุศลต่างๆ เช่น องค์กรอ็อกแฟม (Oxfam) เริ่มที่จะนำเข้าสินค้าหัตถกรรม (Handicrafts) จากยุโรปตะวันออกเข้ามาจำหน่าย เพื่อเป็นการช่วยเหลือให้เศรษฐกิจพื้นฟูขึ้นมาได้⁵⁷

ในขณะที่อีกฝั่งหนึ่งของมหาสมุทรแอตแลนติกที่อเมริกา องค์กรชื่อ Ten Thousand Villages ได้ริเริ่มตั้งร้านขายของทางเลือกคู่ขนานกับร้านขายสินค้าตามปกติ⁵⁸ ซึ่งมีบทบาทอย่างมากในการก่อสร้างฐานให้กับแนวคิดแฟร์เทรด⁵⁹

จนกระทั่งในยุค ค.ศ. 1970 ช่วงเริ่มต้นของยุคโลกาภิวัตน์⁶⁰ องค์กรการค้าทางเลือก (Alternative Trade Organizations: ATO) ถูกจัดตั้งขึ้นมา โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะให้ผู้ผลิตในกลุ่มประเทศซีกโลกใต้ (Global South) ได้มีโอกาสในการส่งออกสินค้าของตนมาค้าขายในประเทศพัฒนาแล้ว แต่ลดทอนห่วงโซ่อุปทาน (Supply Chain) โดยตัดพ่อค้าคนกลางออกไป ผู้ซื้อจะได้รับสินค้าโดยตรงจากผู้ผลิตในประเทศกำลังพัฒนา ผ่านทางร้านค้าเครือข่ายหรือจากร้านประเทศโลกที่สาม (Third World Shops) ที่มีอยู่ในยุโรปและอเมริกาเหนือ และอีก 10 ปีต่อมา ธุรกิจก็ขยายไปสู่สินค้าเกษตร และอาศัยกลุ่มธุรกิจค้าปลีกภาคสังคม (Socially-oriented retail) เช่น กลุ่มสหกรณ์ (Co-operative Group) ในอังกฤษ เพื่อส่งเสริมการค้าแฟร์เทรดและขยายฐานลูกค้า

ผลลัพธ์อย่างเป็นรูปธรรมของหลักการแฟร์เทรดเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1988 ภายใต้สินค้ายี่ห้อแม็กซ์ ฮาฟเฟอลาร์ (Max Havelaar)⁶¹ ของบริษัทโซลิตาริแดด (Solidaridad) ในประเทศเนเธอร์แลนด์⁶² อีกฝั่งหนึ่งของมหาสมุทร บริษัทผู้นำเข้าจากเมืองบอสตันอาศัยช่องว่างในมาตรการคว่ำบาตรสินค้าจากประเทศนิการากัวนำเข้ากาแฟที่มี

⁵⁶ See, Goldin, I. & Reinert, K. A. (2012). *Globalization for Development: Trade, Finance, Aid, Migration, and Policy*. Oxford: Oxford University Press

⁵⁷ Nicholls, A. & Opal, C. (2005). *Fair Trade: Market-Driven Ethical Consumption*. (London: SAGE Publications Ltd), pp. 19-20.

⁵⁸ กำเนิดขึ้นในปี ค.ศ. 1940 โดยนางเอ็ดนา รูท บายเลอร์ (Edna Ruth Byler) นำคณะกรรมการกลางเมนโนไนท์ (Mennonite Central Committee) ริเริ่มทำการนำเข้างานเย็บปักถักร้อยและงานฝีมืออื่นๆ จากประเทศเปอร์โตริโก (Puerto Rico) เพื่อให้คุณภาพชีวิตของประชากรในประเทศเปอร์โตริโกดีขึ้น และจัดตั้งหน่วยงาน SELPHELP Crafts of World Organization และกลายมาเป็น Ten Thousand Villages ในเวลาต่อมา. See, Ten Thousand Villages. Our History. Retrieved 4 April 2018. From <http://www.tenthousandvillages.com/about-history/>; Dato-on, M. C. et al. (2006). Creating Effective Customer Relationships in Not-for-profit Retailing: The Ten Thousand Villages. *International Journal of Nonprofit and Voluntary Sector Marketing*, 11 (4), 319-333. กำไรจากการจำหน่ายสินค้าของร้านค้าภายใต้เครือข่ายสูงถึงกว่า 8 ล้านเหรียญ ในช่วงปี ค.ศ. 2016/2017. See, Ten Thousand Villages. Annual Report 2016/2017. Retrieved 4 April 2018. From https://www.tenthousandvillages.ca/res/pub/Annual_Reports/AnnualReport2016.pdf.

⁵⁹ Amster, R. et al. (2015). *Peace Studies between Tradition and Innovation*. (Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing), pp. 250-262; Sylla, N. S. op. cit., p. 35.

⁶⁰ Littrell, M. A. & Dickson, M. A. (1999). *Social Responsibility in the Global Market: Fair Trade of Cultural Products*. (Thousand Oaks, CA: Sage), pp. 16-17.

⁶¹ แม็กซ์ ฮาฟเฟอลาร์ หรือในอีกชื่อ คือ การประมูลกาแฟของบริษัทการค้าของดัตช์ (the Coffee Auctions of the Dutch Trading Company) เป็นนวนิยายซึ่งประพันธ์โดยชาวดัตช์ ชื่อ เอดูอาร์ด ดูเวส เดกเกอร์ (Eduard Douwes Dekker) ตีพิมพ์ออกมาในปี ค.ศ. 1859 ภายใต้นามปากกาว่า มุลตาตุลี (Multatuli) ในภาษาละตินแปลว่า ฉันทนทุกข์มาอย่างใหญ่หลวง หนังสือเล่มนี้เล่าถึงประสบการณ์ต่างๆ ของชายชื่อ แม็กซ์ ฮาฟเฟอลาร์ เจ้าหน้าที่อาณานิคมชาวดัตช์ในเกาะชาวผู้เปี่ยมด้วยอุดมคติ ในนวนิยายเรื่องนี้ ฮาฟเฟอลาร์ได้รู้เห็นและต่อมาก็ขัดต่อระบบเกณฑ์แรงงานเกษตรกรรม และส่วยพืชผลที่รัฐบาลดัตช์ริดนาทาเร้นจากเกษตรกรชาวอินโดนีเซีย. See, Multatuli. Edwards, R. (Ed and Tran). (1995). *Max Havelaar or The Coffee Auctions of the Dutch Trading Company*. London: Penguin Classics.

⁶² เกิดขึ้นจากความร่วมมือกันระหว่างองค์กรชื่อว่า Union of Indigenous Communities of the Isthmus Region (UCIRI) ซึ่งเป็นองค์กรพัฒนาภาคเอกชนที่จะช่วยเหลือผู้ผลิตกาแฟในรัฐวากา (Oaxaca) ประเทศเม็กซิโก ให้สามารถเข้าถึงตลาดในยุโรปได้.

ลักษณะเป็นแฟร์เทรดเป็นรายแรกของสหรัฐอเมริกา ภายใต้ชื่อ Equal Exchange⁶³ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการขาดแคลนโอกาสและข้อจำกัดของตลาดต่อสินค้าของประเทศโลกที่สาม (Third World Products)⁶⁴ ความพยายามนี้เองไม่เพียงแต่ทำให้เกิดมีร้านขายของทางเลือกเท่านั้น แต่มีจุดประสงค์ให้สินค้าเหล่านี้สามารถเข้าไปขายในร้านค้าปกติได้ด้วย⁶⁵

ปรากฏการณ์รูปแบบนี้จึงเป็นความพยายามให้ผู้ผลิตสามารถจำหน่ายกาแฟราคาที่สูงขึ้น⁶⁵ ในราคาที่เป็นธรรม⁶⁶ โดยผู้ผลิตได้รับผลกำไรที่เป็นธรรม⁶⁷ ส่วนผู้นำเข้าสินค้าก็จะได้จัดหาสินค้าที่มีคุณค่าเพิ่มเข้ามาในตลาด⁶⁸

ดังนั้น การที่จะทำให้ผู้บริโภครับรู้ถึงความหมายและความสำคัญของแฟร์เทรด องค์กรต่างๆ จึงพัฒนาตราสัญลักษณ์รับรองมาตรฐานแฟร์เทรดขึ้นมา เพื่อให้แนวคิดแฟร์เทรดได้รับการยอมรับมากขึ้น พร้อมๆ ไปด้วยการเข้าถึงตลาดแนวทางหลักมากขึ้น⁶⁹ สินค้าแฟร์เทรดสามารถไปถึงผู้บริโภคมากขึ้นและลดคนกลางที่จะแสวงหาประโยชน์ด้วยเช่นกัน⁷⁰

เมื่อผลิตภัณฑ์กาแฟแฟร์เทรดได้รับความนิยมเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมากในตลาดกระแสหลัก เพราะด้วยการที่ผู้ค้าปลีกรายใหญ่อย่าง คอสต้า คอฟฟี่ (Costa Coffee) สตาร์บัคส์ (Starbucks) และแซนส์บูรี (Sainsbury's) เข้ามามีส่วนร่วมในแฟร์เทรดด้วย อีกทั้งบรรดาเครือข่ายร้านซูเปอร์มาร์เก็ตในยุโรปและอเมริกาได้รับเอาสินค้าแฟร์เทรดชนิดอื่นเข้ามาจำหน่ายในร้านของตน รวมไปถึงการออกผลิตภัณฑ์สินค้าแฟร์เทรดในนามของตนเองอีกด้วย⁷¹ ด้วยสาเหตุต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาทำให้สถานการณ์ปัจจุบัน ปริมาณการค้าสินค้าแฟร์เทรดเริ่มจะเพิ่มขึ้นอย่างคงที่ตามช่องทางที่หลากหลาย⁷²

⁶³ Simpson, C. R. & Rapone, A. (2000). Community Development from The Ground Up: Social-Justice Coffee. *Human Ecology Review*, 7(1), 46-57.

⁶⁴ Ireland, R. D. et al. (2005). *Understanding Business Strategy: Concepts and Cases (with InfoTrac)*. 3rd ed. (Mason, OH: South-Western College Pub), pp. 121-122.

⁶⁵ Fridell, G. (2009). op. cit. at 53-54.

⁶⁶ Jaffee, D. (2012). Weak Coffee: Certification and co-operation in the fair trade movement. *Social Problems*, 59 (1), 94-116 at 103.

⁶⁷ Jaffee, D. (2007). *Brewing Justice: Fair Trade coffee, sustainability, and survival*. (California: University of California Press), p. 13.

⁶⁸ Fridell, G. (2009). op. cit. at 53-54.

⁶⁹ แม้ว่าการเข้าสู่ตลาดหลักของสินค้าแฟร์เทรดจะไม่ได้โรยอยู่บนกลีบกุหลาบก็ตาม เพราะต้องเผชิญกับปัญหาต่างๆ มากมาย. See, Hira, A. & Ferrie, J. (2006). Fair Trade: Three Key Challenges for Reaching the Mainstream. *Journal of Business Ethics*, 63 (2), 107-118.

⁷⁰ Young, W. & Utting, K. (2005). Fair Trade, Business and Sustainable Development. *Sustainable Development*, 13 (3), 139-142 at 140.

⁷¹ See, Redfern, A. & Snedker, P. (2002). *SEED Working Paper No. 30, 2002: Creating Market Opportunities for Small Enterprises: Experiences of the Fair Trade Movement*. Geneva: International Labour Office.

⁷² Jones, P., Comfort, D., & Hillier, D. (2004). Developing customer relationships through fair trade: a case study from the Retail Market in the UK. *Management Research News* 27 (3), 77-87.

การที่ผู้จัดจำหน่ายแสดงเครื่องหมายแฟร์เทรดส่งผลให้ตนได้รับประโยชน์ในการขยายการตลาด แฟร์เทรดจึงเริ่มได้รับความสำคัญและทำให้มีการศึกษาเกี่ยวกับแฟร์เทรดเพิ่มขึ้นและแพร่ขยาย ธุรกิจอื่นๆ ที่มีสินค้าแฟร์เทรด อาทิ ทรานส์แฟร์ (Trans Fair) และมูลนิธิแฟร์เทรด (Fairtrade Foundation) ต่างก็หันมาใช้แนวทางการแสดงป้ายฉลากบนสินค้าของตนว่าเป็นแฟร์เทรดด้วย ทำให้เกิดแฟร์เทรดในเครือจักรภพอังกฤษ และองค์การการค้าทางเลือกแห่งสมาคมการค้าเสรียุโรป (European Free Trade Association: EFTA)⁷³

การแพร่หลายของแฟร์เทรดนำไปสู่การก่อตั้งสมาคมแฟร์เทรดนานาชาติ (International Fair Trade Association: IFAT) ขึ้นในปี ค.ศ. 1990 และต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นองค์กรแฟร์เทรดโลก (World Fair Trade Organization: WFTO) ในปี ค.ศ. 2009 ซึ่งมีภารกิจหลักในการสนับสนุนให้ผู้ผลิตได้ยกระดับชีวิตความเป็นอยู่ของตนเองและชุมชนผ่านระบบการค้าที่เป็นธรรม⁷⁴

ในระยะแรกเริ่ม แต่ละหน่วยงานทำหน้าที่แสดงฉลากแฟร์เทรดของตนแตกต่างกันไป จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1995 องค์กรในแต่ละประเทศ 7 องค์กร ได้กลับมารวมมือกันภายใต้องค์กรป้ายฉลากแฟร์เทรดระหว่างประเทศ (Fair Trade Labeling Organization International)⁷⁵ เพื่อให้เกิดเอกภาพในการใช้ป้ายฉลากแสดงสินค้าแฟร์เทรดเป็นรูปสัญลักษณ์หยิน-หยาง⁷⁶ เพื่อที่จะใช้ตราสัญลักษณ์แบบเดียวกัน โดยมีหนึ่งในวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความชัดเจนสำหรับผู้บริโภค และอำนวยความสะดวกในการค้าข้ามพรมแดนอีกด้วย ในระยะแรกของการเปลี่ยนแปลงมีอุปสรรคอยู่ 2 ประการ คือ ค่าใช้จ่ายและความเชื่อมั่น⁷⁷ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงฉลากจำเป็นจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงบรรจุภัณฑ์ที่มีอยู่เดิม ซึ่งเป็นต้นทุนที่ผู้ประกอบการต้องแบกรับ ส่วนการจะทำเครื่องหมายใดมาเป็นฉลากแทนเครื่องหมายที่มีอยู่เดิม ต้องเป็นที่ยอมรับในทุกประเทศ และผู้ประกอบการที่สร้างความเชื่อมั่นในสินค้าแฟร์เทรดของตนก็ได้ทำให้ผู้บริโภคจดจำตราสัญลักษณ์เดิม การเปลี่ยนแปลงจึงก่อให้เกิดความกังวลว่า ผู้บริโภคจะสูญเสียความเชื่อมั่น และการลงทุนสร้างความตระหนักในแฟร์เทรดก็จะสูญเปล่า

เมื่อย้อนไปพิจารณาถึงจุดกำเนิดของแฟร์เทรดมีที่มาจากปัจจัย 2 ประการ คือ การตกต่ำของราคาสินค้าและการขาดแคลนการเข้าถึงตลาดของผู้ผลิตรายย่อย แฟร์เทรดพัฒนาเป็นความร่วมมือขององค์กรพัฒนาภาคเอกชนต่างๆ (Non-Government Organizations) ทั้งระดับระหว่างประเทศและระดับภายในประเทศ โดยการออกใบรับรองเพื่อให้เกิดเป็นมาตรฐานเดียวกัน เพื่อเป็นการรับรองว่าผู้ผลิตและผู้บริโภคจะปฏิบัติตามมาตรฐานที่

⁷³ Renard, M. C. (2005). Quality Certification, Regulation and Power in Fair Trade. *Journal of Rural Studies*, 21 (4), 419-431, at 421.

⁷⁴ องค์กรแฟร์เทรดโลก (World Fair Trade Organization) เป็นเครือข่ายนานาชาติขององค์กรสมาชิกที่เป็นองค์กรที่ทำธุรกิจการค้าแฟร์เทรด และองค์กรที่ทำงานสนับสนุนด้านแฟร์เทรด ในปัจจุบันองค์กรแฟร์เทรดโลกมีสมาชิกกว่า 500 องค์กรใน 76 ประเทศ. See, World Fair Trade Organization. (2018). Retrieved 18 July 2018. From <https://wfto.com/about-us/history-wfto>.

⁷⁵ Oxfam International. (2002). Mugged, Poverty in your Coffee Cup. Retrieved 4 April 2018. From <http://www.oxfamamerica.org/campaigncoffee/art3395.html>, pp. 7-9.

⁷⁶ Fairtrade Labelling Organizations International. The FAIRTRADE Mark. Retrieved 4 April 2018. From <https://www.fairtrade.net/about-fairtrade/the-fairtrade-marks/fairtrade-mark.html>. ยกเว้นเพียงประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยังคงใช้ตราสัญลักษณ์เดิมของตน.

⁷⁷ Johnson, D. Z. (2012). International Intellectual Property Scholars Series: Using Intellectual Property Rights to Create Value in the Coffee Industry. *Marquette Intellectual Property Law Review*, 12 (2), 284-327, at 321.

ระบบแฟร์เทรดวางเอาไว้ โดยมีหลักการ 10 ประการ⁷⁸ และเป้าหมายที่จะเป็นหุ้นส่วนการค้า โดยอยู่บนพื้นฐานของการสื่อสาร ความโปร่งใส และการเคารพซึ่งกันและกัน ในการแสวงหาความเท่าเทียมกันเพิ่มขึ้นในการค้าระหว่างประเทศ แฟร์เทรดจึงมีส่วนร่วมในการพัฒนาอย่างยั่งยืน ด้วยการเสนอเงื่อนไขในการค้า และยืนยันสิทธิของผู้ผลิต และเกษตรกรที่ขาดโอกาส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มประเทศโลกใต้ (Global South)

องค์กรแฟร์เทรดจึงมีส่วนร่วมอย่างแข็งขันในการสนับสนุนผู้ผลิตให้เพิ่มความตระหนักถึงหน้าที่ความรับผิดชอบต่อสังคม และการรณรงค์สำหรับการเปลี่ยนแปลงในกฎเกณฑ์และการปฏิบัติของการค้าระหว่างประเทศแบบเดิม⁷⁹ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของกลไกความร่วมมือของภาคประชาคม (Civil Coordination)⁸⁰ ทำให้ผลประโยชน์ที่ได้จากแฟร์เทรดไม่เพียงแต่เป็นประโยชน์ทางการเงินในระยะสั้นเพียงอย่างเดียว หากแต่เป็นความร่วมมือระหว่างภาคส่วนต่างๆ ทั้งจากหน่วยงานทางด้านการค้า ผู้ผลิต ผู้ส่งออก และชุมชน ที่ก่อให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนได้อีกด้วย⁸¹ โครงการเหล่านี้เองก็เป็นกลยุทธ์ทางการตลาดของสินค้าแฟร์เทรด ทำให้สามารถแข่งขันในกระแสโลกาภิวัตน์เช่นนี้ได้⁸²

เบื้องหลังความสำเร็จของแฟร์เทรดมาจากแรงผลักดัน (Nudge) ในจิตสำนึกของผู้บริโภคที่คิดว่าตนเองมีหน้าที่เชิงบวก (Positive duty) ในการช่วยเหลือผู้อื่นที่ยากจน⁸³ ด้วยความสมัครใจ (Voluntarily)⁸⁴ โดยผู้บริโภคกลุ่มนี้ เรียกว่า “ผู้บริโภคที่เปี่ยมคุณธรรม (Ethical consumers)” ซึ่งเป็นแรงผลักดันให้กับตลาดของสินค้า

⁷⁸ องค์กรแฟร์เทรดโลกเสนอหลักการของการเป็นสินค้าแฟร์เทรดไว้ 10 ประการ คือ 1) การสร้างโอกาสสำหรับผู้ผลิตที่เสียเปรียบทางเศรษฐกิจ (Creating Opportunities for Economically Disadvantaged Producers) 2) ความโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้ (Transparency and Accountability) 3) ปฏิบัติการค้าที่เป็นธรรม (Fair Trading Practices) 4) การชำระด้วยราคาที่เป็นธรรม (Payment of a Fair Price) 5) การสร้างความมั่นใจว่าไม่มีแรงงานเด็กและการบังคับใช้แรงงาน (Ensuring no child Labor and Forced Labor) 6) มุ่งมั่นที่จะไม่เลือกปฏิบัติ ความเท่าเทียมกันทางเพศ และเพิ่มขีดความสามารถทางเศรษฐกิจของสตรีและเสรีภาพในการรวมกลุ่ม (Commitment to Non Discrimination, Gender Equity and Women's Economic Empowerment and Freedom of Association) 7) การสร้างความมั่นใจว่ามีสภาพการทำงานที่ดี (Ensuring Good Working Conditions) 8) การให้การพัฒนาศักยภาพ (Providing Capacity Building) 9) การส่งเสริมแฟร์เทรด (Promoting Fair Trade) และ 10) การเคารพต่อสิ่งแวดล้อม (Respect for the Environment). See, World Fair Trade Organization. (November 2017). 10 Principles of Fair Trade. Retrieved 4 April 2018. From <http://wfto.com/fair-trade/10-principles-fair-trade>.

⁷⁹ Fairtrade Labelling Organizations International. What is Fair Trade? Retrieved 4 April 2018. From <https://www.fairtrade.net/about-fairtrade/what-is-fairtrade.html>.

⁸⁰ Renard, M. C. (2003). Fair Trade: Quality, market and conventions. *Journal of Rural Studies*, 19 (1), 87-96.

⁸¹ Reynolds, L. T.; Murray, D. & Taylor, P. L. (2004). Fair Trade Coffee: Building producer capacity via global networks. *Journal of International Development*, 16 (8), 1109-1121.

⁸² Wempe, J. (2005). Ethical Entrepreneurship and Fair Trade. *Journal of Business Ethics*, 60 (3), 211-220 at 213; Littrell, M. A. & Dickson, M. A. (1999) op. cit., p 14.

⁸³ See, Singer, P. (1972). Famine, Affluence, and Morality. *Philosophy and Public Affairs*, 1 (3). 229-243; see also, Singer, P. (2015). *Famine, Affluence, and Morality*. Oxford: Oxford University Press; Sonderholm, J. (2013). World Poverty, Positive Duties and the Over-Demandingness Objection. *Politics, Philosophy and Economics*, 12 (3), 308-327. *Contra.*, มีแนวความคิดอีกฝ่าย คือ หน้าที่ทางลบ (Negative Duty) ซึ่งมองว่าหน้าที่การให้ความช่วยเหลือผู้ที่ยากจน ต้องเป็นภาระของสถาบัน (Institutions) การที่ปัจเจกชนกระทำการยอมเป็นการลดทอนการสนับสนุนให้สถาบันในระดับสากลทำหน้าที่ของตนเอง. See, Pogge, T. W. (2007). *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press; Daskal, S. (2013). Confining Pogge's Analysis of Global Poverty to Genuinely Negative Duties. *Ethical Theory and Moral Practice*, 16 (2), 369-391; Brooks, T. (2007). Punishing States that Cause Global Poverty. *William Mitchell Law Review*, 33 (2), 519-532.

⁸⁴ See, Thaler, R. & Sunstein, C. (2009). *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin Books.

ที่ห่วงใยต่อสิ่งแวดล้อมและสังคม สามารถประสบความสำเร็จในตลาดระดับบนที่ผู้บริโภคไม่เกี่ยงในเรื่องราคาที่ต้องจ่ายเพิ่มขึ้น⁸⁵ ควบคู่ไปกับการผลักดันและรณรงค์ของบรรดาองค์กรพัฒนาต่างๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้นในการส่งเสริมความเข้าใจให้กับผู้บริโภคให้มากขึ้น⁸⁶

ระบบแฟร์เทรดอยู่ภายใต้การรับรองขององค์กรค้าแฟร์เทรดระหว่างประเทศ มีหน่วยงานจำนวน 20 องค์กรใน 21 ประเทศเป็นตัวแทนองค์กรรับรองผู้ผลิตแฟร์เทรด (Fairtrade Certified Producer Organizations) ในละตินอเมริกา แอฟริกา และเอเชีย ซึ่งหน้าที่ขององค์กรค้าแฟร์เทรด คือ การตั้งมาตรฐานแฟร์เทรด ตรวจสอบผู้ผลิตตามคำร้องเรียน และตอบรับหรือปฏิเสธผู้ผลิตจากบัญชีผู้ผลิตที่ได้รับการรับรองให้ขายในราคาแฟร์เทรด (Fairtrade Price) เมื่อพบเหตุการณ์รับรองต่างๆ เป็นของหน่วยงานแฟร์เทรดในระดับสากลแล้ว บทบาทของหน่วยงานแฟร์เทรดระดับภายในประเทศ จึงเป็นการสร้างอุปสงค์ให้กับสินค้าแฟร์เทรด (Fairtrade Product) ด้วยการให้ข้อมูลเกี่ยวกับประโยชน์ของแฟร์เทรดแก่ผู้บริโภคว่า ย่อมส่งผลอย่างไรบ้างกับผู้ผลิตและทำการตลาดให้กับผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการรับรอง โดยสรุป คือ หน่วยงานระหว่างประเทศทำการรับรองว่าสินค้าได้มาตรฐานแฟร์เทรด หน่วยงานภายในประเทศทำให้สินค้าแฟร์เทรดเหล่านี้มีราคาสูงกว่าสินค้าที่ไม่มีการรับรองและสามารถจำหน่ายได้มากขึ้น

กระบวนการออกฉลากแฟร์เทรดเป็นระบบการรับรองผ่านทางหน่วยงานอิสระที่ทำให้ผู้บริโภคเชื่อมั่นได้ว่ากระบวนการผลิตจากต้นน้ำสู่ปลายน้ำ จากวัตถุดิบมาสู่สินค้าถึงผู้บริโภคนั้น ล้วนแล้วแต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของแฟร์เทรดทั้งสิ้น

ขั้นตอนสำคัญที่ทำให้กระบวนการแฟร์เทรดพัฒนามาเป็นป้ายฉลากแฟร์เทรดได้นั้น อยู่ที่ระบบการตรวจสอบและยืนยันความถูกต้องของผู้ประกอบการว่า สินค้าของตนดำเนินการสอดคล้องตามหลักมาตรฐานแฟร์เทรด โดยจะมีหน่วยงานภายนอก ทำหน้าที่รับรองและยืนยันเพื่อให้ผู้บริโภคมั่นใจในสินค้านั้นว่า มีคุณสมบัติและเงื่อนไขเป็นแฟร์เทรดจริง

กลไกการรับรองจะกระทำโดยองค์กรฟลอเซอร์ (FLO-Cert) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งแยกออกมาจากแฟร์เทรดสากล ทำหน้าที่รับรองแฟร์เทรดและตรวจสอบกลไกการผลิตว่าถูกต้องและสอดคล้องตามมาตรฐานแฟร์เทรดสากล (International Fairtrade Standards) โดยผู้ผลิตใดที่ต้องการให้สินค้าของตนได้ฉลาก แฟร์เทรด ต้องติดต่อกับแฟร์เทรดสากลเพื่อดำเนินการตามขั้นตอนต่างๆ⁸⁷ ซึ่งมีค่าใช้จ่ายค่อนข้างมากอันเป็นต้นทุนที่สูงให้กับบรรดา

⁸⁵ Arnot, C. et al. Do Ethical Consumers Care About Price? A Revealed Preference Analysis of Fair Trade Coffee Purchases. *Canadian Journal of Agricultural Economics / Revue canadienne d'agroeconomie*, 54 (4), 555-565, at 561-563; Fridell, G. (2006). Fair Trade and The International Moral Economy: Within and against the market. In T. Shallcross & J. Robinson. (Eds). *Global Citizenship and Environmental Justice* (pp. 81-94). Amsterdam: Rodopi.

⁸⁶ LeClair, M. S. (2002). Fighting the Tide: Alternative trade organisations in the era of global free trade. *World Development*, 30 (6), 949-958, at 950.

⁸⁷ วิธีการได้มาของตราแฟร์เทรดเริ่มต้นจากการออกแบบสอบถาม หลังจากที่ยื่นตอนการตรวจสอบเสร็จสิ้นแล้ว ก็จะมีผู้ตรวจสอบในเครือข่ายของผู้ตรวจสอบอิสระที่ผ่านการอบรมมาจากแฟร์เทรดสากลแล้ว เข้าสำรวจสถานประกอบการเป็นระยะเวลา 1-2 สัปดาห์ ขึ้นอยู่กับขนาดและประเภทของผู้ผลิต หลังจากนั้น ผู้ตรวจสอบก็จะรายงานประเมินความสอดคล้องกับมาตรฐานของแฟร์เทรดสากลในแต่ละผลิตภัณฑ์ รายงานฉบับดังกล่าวจะถูกอภิปรายในคณะกรรมการรับรองอิสระ (Independent Certification Committee) เพื่อพิจารณาว่าสินค้านั้นจะได้รับการรับรองว่าเป็นสินค้าแฟร์เทรดหรือไม่ และเมื่อได้รับการรับรองจะต้องมาทำสัญญาตกลงระหว่างผู้ผลิตกับแฟร์เทรดสากลต่อไป นอกจากนี้ ผู้ผลิตใดที่อยู่ในระบบแฟร์เทรดแล้วก็จะถูกตรวจสอบซ้ำทุก ปี ด้วยการสุ่มตรวจโดยไม่แจ้งล่วงหน้า.

เกษตรกร⁸⁸

อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาก็เป็นเครื่องพิสูจน์ว่า แนวทางการรวมเอาป้ายฉลากแฟร์เทรดให้เป็นรูปแบบเดียวกันนั้น เป็นการตัดสินใจที่ถูกต้อง เพราะการตื่นตัวของสินค้าแฟร์เทรดได้เพิ่มสูงขึ้น ส่งผลให้เกิดความสะดวกในการค้าข้ามพรมแดนระหว่างเอกชนด้วยกันเอง แม้ว่าการยอมรับในฉลากรูปแบบเดียวกันนี้ แต่ละประเทศจะใช้ระยะเวลาแตกต่างกันก็ตาม แต่ในที่สุดการใช้ฉลากแฟร์เทรดที่ใช้ร่วมกันก็ประสบความสำเร็จ

ทางแยกที่สำคัญของแฟร์เทรด เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2012 จากการที่แฟร์เทรดอเมริกา (Fair Trade USA) แยกตัวออกจากแฟร์เทรดสากล⁸⁹ เนื่องจากแฟร์เทรดอเมริกาต้องการกำหนดกฎเกณฑ์ในการให้ป้ายฉลากแฟร์เทรดของตนที่แตกต่างออกไป⁹⁰ ไม่ว่าจะเป็นการคงรูปแบบป้ายฉลากแฟร์เทรดของตนโดยไม่เปลี่ยนแปลงตามแฟร์เทรดสากล การไม่จำกัดขนาดของพื้นที่เพาะปลูกกาแฟ จนถึงสัดส่วนกาแฟที่สามารถใช้ป้ายฉลากแฟร์เทรดได้ เพียงมีสัดส่วนกาแฟแฟร์เทรด 10 เปอร์เซ็นต์ จากหลักเกณฑ์แฟร์เทรดสากลที่มีขั้นต่ำ 20 เปอร์เซ็นต์ เป็นต้น⁹¹ ซึ่งแฟร์เทรดอเมริกามองว่าด้วยเงื่อนไขเพียงแค่นั้นก็เพียงพอที่จะตอบสนองต่อความพึงพอใจของตลาดผู้บริโภคในตลาดประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว⁹²

แม้ว่าจะเกิดการแบ่งแยกกันของแฟร์เทรดระหว่างแฟร์เทรดสากลกับแฟร์เทรดอเมริกาก็ตาม แต่ทว่าแฟร์เทรดก็ยังคงถือได้ว่าเป็นกลไกการเปลี่ยนแปลง (Process of Change)⁹³ จากการเชื่อมโยงเครือข่ายภาคประชาสังคมระหว่างประเทศ (International civil society networks)⁹⁴ กับตลาดกาแฟพิเศษ (Specialty market)⁹⁵ ก่อให้เกิดรูปแบบใหม่ในการค้าทางเลือกที่ผนวกเรื่องสังคมและสิ่งแวดล้อมเอาไว้ในตัวสินค้าด้วย⁹⁶ และได้เข้ามาเติมเต็มช่องว่างของระบบการค้าระหว่างประเทศ เพราะอย่างน้อยผลปรากฏ คือ การยกระดับ

⁸⁸ See, Elliott, K. (2012). *Is My Fair Trade Coffee Really Fair? Trends and Challenges in Fair Trade Certification: CGD policy paper 017*. Washington DC: Center for Global Development.

⁸⁹ Stenzel, P. L. (2013). Mainstreaming Fair Trade and Resulting Turmoil: Where Should the Movement Go from Here?. *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, 37 (3), 617-673, at 645.

⁹⁰ Fairtradeusa. Label & Language Use Guide: General Use of the Fair Trade Certified™ Label. Retrieved 4 April 2018. From http://fairtradeusa.org/sites/default/files/wysiwyg/filemanager/PDFs/FTUSA_STD_LabelLanguageUseGuide_EN_1.0.0.pdf.

⁹¹ Stenzel, P. L. (2013). op. cit. at 646.

⁹² ดังจะเห็นได้จากผลการสำรวจในปี ค.ศ. 2015 ในร้านค้าปลีกของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็พบว่ากาแฟที่มีป้ายฉลากแฟร์เทรดยังสามารถเพิ่มยอดขายได้ถึงราว 10%. See, Hainmueller, J. et al. (2015). Consumer Demand for Fair Trade: Evidence from a multistore field experiment. *Review of Economics and Statistics*, 97 (2), 242-256.

⁹³ See, Reynolds, L. et al. (2007). *Fair Trade: The challenges of transforming globalization*. London: Routledge.

⁹⁴ ระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภคที่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลกันในด้านต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่และกระบวนการผลิต. See, Reynolds, L. T. (2002). Consumer/Producer Links in Fair Trade Coffee Networks. *Sociologia Ruralis*, 42 (4), 404-424 at 416; Reynolds, L. T. (2003). Forging New Local/Global Links Through Fair Trade Agro-food Networks. In R. Almas & G. Lawrence. (Eds). *Globalization, Localization and Sustainable Livelihoods* (pp. 57-68). (Aldershot: Ashgate), pp. 58-59; Reynolds, L. T. (2000). Re-embedding Global Agriculture: The international organic and fair trade movements. *Agriculture and Human Values*, 17(3): 297-309.

⁹⁵ Parrish, B. D. et al. (2005). What Tanzania's Coffee Farmers can Teach the World: A performance based look at the Fair Trade-free trade debate. *Sustainable Development*, 13 (3), 177-189 at 187.

⁹⁶ Reynolds, L. T. (2000). Re-embedding Global Agriculture: The international organic and Fair Trade movements. *Agriculture and Human Values*, 17 (3), 297-309 at 306.

ความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นของผู้ผลิต ซึ่งเกิดขึ้นได้เพราะจิตสำนึกของผู้บริโภคนั่นเอง⁹⁷ ที่แม้ว่าบางส่วนจะไม่รู้หรือเข้าใจในแฟร์เทรดอย่างถ่องแท้ก็ตาม⁹⁸

ถึงกระนั้น ผู้บริโภคเองก็ต้องตระหนักด้วยว่า แฟร์เทรดมิใช่เป็นโครงการการกุศล (Charity)⁹⁹ รูปแบบและวิธีการจึงไม่เหมือนกับโครงการอื่นที่ตั้งอยู่บนการให้ความช่วยเหลือ (Aid-based projects) หากแต่เป็นรูปแบบการค้าแนวใหม่ที่ส่งเสริมความเป็นธรรม และผลกำไรกลับไปยังผู้ผลิตมากยิ่งขึ้น¹⁰⁰

แม้แฟร์เทรดไม่ได้เป็นโครงการที่รับรองความสำเร็จให้กับผู้ผลิตก็ตาม¹⁰¹ แต่ด้วยข้อจำกัดของผู้ผลิตรายย่อยที่ไม่ค่อยจะมีทางเลือก แฟร์เทรดจึงเป็นเพียงไม่กี่ช่องทางให้ผู้ผลิตรายย่อยต้องเลือกที่จะนำมาใช้เพิ่มมูลค่าเพื่อเพิ่มผลกำไรในสินค้า และพัฒนาคุณภาพชีวิตของตนเองและชุมชน¹⁰² โดยแฟร์เทรดมิได้เป็นจุดสิ้นสุด หากแต่สามารถใช้เป็นจุดเริ่มต้นที่ผู้ผลิตที่มีความเข้มแข็งสามารถเจรจากับบริษัทข้ามชาติได้โดยตรงซึ่งทำให้ตนเองได้รับผลตอบแทนโดยตรง¹⁰³

4. กาแฟแฟร์เทรด

ด้วยการผลักดันของบรรดาองค์กรต่างๆ ที่ต้องการให้เกิดความรับผิดชอบต่อสังคมโลก (Global social responsibility)¹⁰⁴ การเติบโตของสินค้าแฟร์เทรดจึงเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ด้วยมูลค่าการค้าสินค้าแฟร์เทรดในช่วงปี ค.ศ. 2013-2014 มีมูลค่ามากกว่า 951 ล้านยูโร¹⁰⁵ (ราว 1,038 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ) แต่ทว่าเมื่อเทียบกับปริมาณการค้าในโลกที่มีมูลค่า 18,494 พันล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ¹⁰⁶ แล้ว ยังถือได้ว่าสินค้าแฟร์เทรดเป็นเพียงเศษเสี้ยวหนึ่งของตลาดการค้าเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ผลที่เป็นรูปธรรมอันไม่อาจปฏิเสธได้ของแฟร์เทรด

⁹⁷ LeClair, M. S. (2002). Fighting the Tide: Alternative Trade Organizations in the Era of Global Free Trade. *World Development*, 30 (6), 949-958.

⁹⁸ Wright, C. (2004). Consuming Lives, Consuming Landscapes: Interpreting advertisements for Cafedirect coffees. *Journal of International Development*, 16 (5), 665-680 at 678.

⁹⁹ ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนนี้รวมไปถึงบรรดาเหล่าอาสาสมัครที่เข้ามาช่วยเหลือในบรรดาองค์กรพัฒนาภาคเอกชนที่เคลื่อนไหวและผลักดันเรื่องแฟร์เทรด. Davies, I. A. & Crane, A. (2003). Ethical Decision Making in Fair Trade Companies. *Journal of Business Ethics*, 45 (1-2), 79-92, at 84.

¹⁰⁰ Stenzel, P. L. (2013). Mainstreaming Fair Trade and Resulting Turmoil: Where should the movement go from here?. *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, 37 (2), 617-673, at 626.

¹⁰¹ Getz, C & Shreck, A. (2005). What Organic and Fair Trade Labels Do Not Tell Us: Towards a place-based understanding of certification. *International Journal of Consumer Studies*, 30 (5), 490-501, at 498-499.

¹⁰² E.g., Tallontire, A. (2002). Challenges Facing Fair Trade: Which way now?. *Small Enterprise Development*, 13 (3), 12-24 at 15; Udomkit, N. & Winnett, A. (2002). Fair Trade in Organic Rice: A case study from Thailand. *Small Enterprise Development*, 13 (3), 45-53 at 48-51,

¹⁰³ Taylor, P. L. (2005). In the Market But Not of It: Fair Trade Coffee and Forest Stewardship Council Certification as Market-Based Social Change. *World Development*, 33 (1), 129-147, at 134; Paul, E. (2005). Evaluating Fair Trade as a development project: methodological considerations. *Development in Practice*, 15 (2), 134-150, at 148.

¹⁰⁴ Elkington, J. (1998). *Cannibals with Forks*. Gabriola Island, BC: New Society Publishers.

¹⁰⁵ Fairtrade International. (2016). Monitoring the Scope and Benefits of Fairtrade. Retrieved 4 April 2018. From https://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2009/resources/2015-Monitoring_and_Impact_Report_web.pdf, p. 52.

¹⁰⁶ World Trade Organization. (2016). *International Trade Statistics 2015: Special focus: World Trade and the WTO: 1995-2014*. (Geneva: World Trade Organization), p. 24

คือ ประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคมที่ก่อให้เกิดการจ้างงานอย่างเป็นธรรมมากขึ้น และการหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจ สินค้าที่โดดเด่นและประสบผลสำเร็จของแฟร์เทรด คือ กาแฟ ซึ่งมีผู้ผลิต 1,126 องค์กร สร้างมูลค่าสูงถึง 49,424,500 ยูโร (ราว 54 ล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ)¹⁰⁷ ท่ามกลางมูลค่าการส่งออกกาแฟในตลาดโลกที่มีอยู่ถึง 23.4 พันล้านเหรียญดอลลาร์สหรัฐ¹⁰⁸

ในขณะเดียวกัน ความล้มเหลวขององค์กรกาแฟระหว่างประเทศและหน่วยงานทางการระหว่างประเทศอื่นๆ นั้น ไม่สามารถแก้ไขปัญหาวฏจักรกาแฟได้ แม้ว่ากาแฟที่มีคุณภาพสูงจะไม่ได้รับผลกระทบ เนื่องจากบรรดาบริษัทต่างๆ แข่งขันกันสรรหากาแฟดังกล่าว จนทำให้เมล็ดกาแฟดิบมีมูลค่าสูง¹⁰⁹ จนไม่ทำให้เมล็ดกาแฟเหล่านั้นล้นตลาด แต่เส้นทางการค้าเมล็ดกาแฟส่วนใหญ่มีได้เป็นเช่นนั้น กาแฟจึงเป็นสินค้าชนิดแรกที่ใช้ระบบแฟร์เทรด¹¹⁰ โดยมีเหตุผลอย่างน้อย 4 ประการ¹¹¹ ที่สนับสนุนให้เกิดกาแฟแฟร์เทรด ดังนี้

- (1.) กาแฟเป็นสินค้าโภคภัณฑ์ที่ไม่แน่นอนเสีย และส่วนใหญ่จะผลิตโดยเกษตรกรรายย่อยบนที่ดินของตนเอง¹¹²
- (2.) กาแฟส่วนใหญ่ผลิตในประเทศกำลังพัฒนาและยากจน และผู้บริโภคหลักอยู่ในประเทศพัฒนาแล้ว และร่ำรวย ทำให้เงินจำนวนเล็กน้อยจากมุมมองของผู้บริโภค สามารถสร้างประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญให้เกิดขึ้นในประเทศของผู้ผลิต¹¹³
- (3.) แม้ว่าจะเกิดความผันผวนของราคากาแฟในตลาดโลก แต่ระบบแฟร์เทรดก็ช่วยทำให้ราคากาแฟมีเสถียรภาพ¹¹⁴
- (4.) ระบบแฟร์เทรดช่วยบรรเทาปัญหาสิทธิแรงงานขั้นพื้นฐาน การบังคับใช้แรงงานเด็ก และสตรีในอุตสาหกรรมกาแฟ¹¹⁵

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น กาแฟจึงกลายเป็นสินค้าแฟร์เทรดที่สำคัญและได้รับการยอมรับแพร่หลายมากที่สุด¹¹⁶ จนเรียกว่า กระบวนการย้อนกลับ (Revised sequence) ที่สินค้าสามารถกำหนดตลาดมิใช่ตลาด

¹⁰⁷ Fairtrade International. (2016). op. cit. at 37.

¹⁰⁸ ปกติแล้วประเทศผู้ส่งออกกาแฟที่สำคัญมักจะตั้งหน่วยงานของตนในการบริหารจัดการรับซื้อและส่งออกกาแฟ. See, Talbot, J. (2002) Information, Finance, and The New International Inequality: The case of coffee. *Journal of World Systems Research*, 8 (2), 214-250.

¹⁰⁹ มีเมล็ดกาแฟที่ผลิตในแต่ละปีเพียงประมาณ 8 % เท่านั้น ที่สามารถจำหน่ายในตลาดกาแฟพิเศษ (Specialty market) ได้. See, Schrage, E. (2004). *Promoting International Worker Rights through Private Voluntary Initiatives: Public relations or public policy?* (Iowa: University of Iowa Center for Human Rights), pp. 66 and 94.

¹¹⁰ Fridell, G. (2009). *Fair Trade Coffee: The Prospects and Pitfalls of Market-Driven Social Justice*. (Toronto: University of Toronto Press), pp. 53-54.

¹¹¹ Thompson, C. (2014). Ethical Consumerism as a Human Rights Enforcement Mechanism: The coffee cultivation model. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 24 (1), 161-192, at 177-178.

¹¹² Jaffee, D. (2007). *Brewing Justice: Fair Trade Coffee, Sustainability, and Survival*. (California: University of California Press), p. 14; James, D. (2002) Justice and Java. *NACLA Report on the Americas*, 34 (2), 11-14.

¹¹³ Haight, C. (2011). The Problem with Fair Trade Coffee. *Stanford Social Innovation Review*, 9 (3), 74-79.

¹¹⁴ Jaffee, D. (2007). op. cit. at 2; Bilder, R. (1963). The International Coffee Agreement: A Case History in Negotiation. *Law and Contemporary Problems*, 28 (2), 328-391 at 328.

¹¹⁵ Stenzel, P. L. (2013). Mainstreaming Fair Trade and Resulting Turmoil: Where should the movement go from here?. *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, 37 (2), 617-673, at 639.

¹¹⁶ Jaffee, D. (2012). Weak Coffee: Certification and co-operation in the fair trade movement. *Social Problems*, 59 (1), 94-116 at 105.

กำหนดสินค้า¹¹⁷ ทำให้กาแฟได้กลายเป็นสินค้าต้นแบบให้กับสินค้าอื่นๆ ให้เข้ามาอยู่ภายใต้ระบบแฟร์เทรดในเวลาต่อมา

นอกจากนี้ ราคาขั้นต่ำแฟร์เทรด (Fairtrade Minimum Price) จะเป็นกลไกที่สร้างความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ ด้วยการกำหนดราคาของเมล็ดกาแฟขั้นต่ำไว้ล่วงหน้า เพื่อรับรองราคารับซื้อจากเกษตรกรว่าผู้รับซื้อกาแฟจะจ่ายในราคาขั้นต่ำดังกล่าว หากราคาในตลาดโลกต่ำกว่าราคาที่กำหนดไว้ ทำให้กาแฟแฟร์เทรดมีราคาที่แน่นอน ก่อให้เกิดรายได้ที่มั่นคง จึงช่วยให้ผู้ผลิตเกิดความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจและใช้ประโยชน์ในการพัฒนาผ่านทางกระบวนการในรูปแบบของการร่วมมือกันในชุมชนของตน¹¹⁸ ผ่านทางการลงทุนด้านต่างๆ เช่น การศึกษา สุขภาพ และการปรับปรุงสิ่งอำนวยความสะดวกในชุมชน ควบคู่ไปกับการส่งเสริมความเคารพและเท่าเทียมกันทางเพศ¹¹⁹ ปัจจัยที่ส่งเสริมให้การเปลี่ยนแปลงประสบความสำเร็จอย่างยั่งยืน จึงมาจากการปรับเปลี่ยนที่ทัศนคติของภาคเอกชนเอง มิใช่เกิดจากมาตรการบีบบังคับด้วยการปรับแก้กฎหมายจากภาครัฐ¹²⁰

สำหรับแนวทางการใช้ราคาขั้นต่ำแฟร์เทรดกับกาแฟ เป็นเครื่องพิสูจน์ประสิทธิภาพในการทำให้ผู้ผลิตสามารถผลิตกาแฟได้อย่างยั่งยืน¹²¹ โดยในช่วงที่เกิดวิกฤติกาแฟในช่วงปลายยุค ค.ศ. 1990 แต่ราคาของกาแฟแฟร์เทรดไม่ได้ตกต่ำลงไปด้วย หรือวิกฤติในปี ค.ศ. 2001¹²² ที่แม้ว่าราคากาแฟจะตกต่ำที่สุดในรอบ 20 ปี จนราคากาแฟปกติหรือแฟร์เทรดตกต่ำทั้งหมด หากแต่กลไกแฟร์เทรดยังคงเป็นหลักประกันที่จูงใจให้เกษตรกรล้มเลิกการปลูกกาแฟ¹²³

ปัจจุบันราคาของกาแฟแฟร์เทรดกับกาแฟปกตินั้นค่อนข้างใกล้เคียงกัน แต่จุดต่าง คือ การอยู่ภายใต้ระบบแฟร์เทรดให้ความมั่นใจแก่ผู้ผลิตว่ากาแฟของตนจะถูกรับซื้อในราคาที่เหมาะสมตามราคาที่กำหนดเอาไว้ล่วงหน้า ส่งผลให้ผู้ผลิตเกิดความมั่นใจในรายได้ของตน¹²⁴ แม้ว่าจะต้องเผชิญกับสถานการณ์ของตลาดสินค้าโภคภัณฑ์ที่มีความอ่อนไหวสูง¹²⁵

¹¹⁷ Galbraith, J. K. (1974 [1967]). *The New Industrial State*. (Harmondsworth: Penguin), pp. 216-217

¹¹⁸ Taylor, L. et. al. (2005). Keeping Trade Fair: Governance challenges in the Fair Trade coffee initiative. *Sustainable Development*, 13 (3), 109-208 at 202-203; Udomkit, N. & Winnett, A. (2002). Fair Trade in Organic Rice: A case study from Thailand. *Small Enterprise Development*, 13 (3), 45-53 at 51.

¹¹⁹ Doherty, B & Tranchell, S. (2005). New thinking in international trade? A case study of The Day Chocolate Company. *Sustainable Development*, 13 (3), 166-176, at 173.

¹²⁰ Okin, S. M. (1991). Gender, The Public and The Private. In D. Held. (Ed). *Political Theory Today* (pp. 67-90). (Oxford: Blackwell), pp. 75-76.

¹²¹ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบราคากาแฟแฟร์เทรดกับราคากาแฟอาราบิก้าที่นิวยอร์ก ระหว่างปี ค.ศ. 1989-2012. See, Fairtrade Foundation. (May 2012). Fairtrade and Coffee: Commodity Briefing. Retrieved 4 April 2018. From https://www.fairtrade.net/fileadmin/user_upload/content/2009/resources/2012_Fairtrade_and_coffee_Briefing.pdf, p. 14.

¹²² Gressler, C. & Tickell, S. (2002). *Mugged: Poverty in Your Coffee Cup*. (Washington, DC: Oxfam America), p.6.

¹²³ โดยสาเหตุนั้นมาจากราคากาแฟที่ยังสูงกว่าราคาปกติ ได้เงินล่วงหน้า เงินกู้ยืมที่ปราศจากดอกเบี้ย และคุณภาพกาแฟที่สูงกว่า. See, Jaffee, D. (2007). op. cit. at 101-124.

¹²⁴ Moore, G. (2004). The Fair Trade Movement: Parameters, issues and future research. *Journal of Business Ethics*, 53(1-2), 73-86, at 78.

¹²⁵ Pay, E. (2009). *The Market for Organic and Fair-Trade Coffee: Study prepared in the framework of FAO project GCP/RAF/404/GER*. (Rome: Food and Agriculture Organization of the United Nations), p. 11.

แม้แฟร์เทรดจะช่วยเหลือแก้ไขปัญหาก็ให้กับเกษตรกรผู้ปลูกกาแฟ แต่แฟร์เทรดไม่ได้แก้ไขรากเหง้าของปัญหาการผลิตกาแฟที่เกินความต้องการของตลาด จนกระทั่งมีนักวิชาการบางส่วนวิพากษ์วิจารณ์ว่า กาแฟแฟร์เทรดได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอันไม่ตรงต่อสภาพปกติของตลาด (False market) และขัดขวางกลไกของตลาดไม่ให้งานอย่างมีประสิทธิภาพ¹²⁶ เนื่องจากปัญหาหลักที่ทำให้ราคากาแฟตกต่ำเป็นผลมาจากการผลิตกาแฟที่เกินความต้องการของตลาด และผลผลิตที่เพิ่มขึ้นจากการปรับปรุงเทคโนโลยีที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น แทนที่ผู้ผลิตรายใดที่ไม่สามารถปรับตัวให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงได้ต้องออกไปจากตลาด หรือเปลี่ยนไปผลิตสินค้าชนิดอื่นแทนตามระบบแนวคิดตลาดเสรี¹²⁷ การที่แฟร์เทรดเข้ามาแทรกแซงจึงไม่ได้เป็นการแก้ปัญหาของกาแฟ หากแต่เป็นการถ่วงเวลาไม่ให้เกิดกลไกของตลาดดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพอย่างที่ควรจะเป็น¹²⁸

ในอีกด้านหนึ่ง นักวิชาการแนวทางเสรีนิยมใหม่ (Neoliberal) กลับมองว่า แฟร์เทรดได้สร้างความเป็นธรรมให้กับราคาสินค้า การแลกเปลี่ยนสินค้าในตลาด และการสานสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มประเทศเหนือ-กลุ่มประเทศใต้ (Global North-Global South)¹²⁹

การที่กาแฟแฟร์เทรดส่งผลกระทบต่อเกษตรกรผู้ผลิต ครอบครัวของพวกเขาเหล่านั้น และชุมชน ในการที่จะเข้าสู่โครงการแฟร์เทรดด้วยความหวังที่จะเพิ่มพูนคุณภาพชีวิตและชุมชน แต่ทว่าสิ่งต่างๆ เหล่านั้นล้วนแล้วแต่มีต้นทุน เนื่องจากเกษตรกรส่วนใหญ่ก็ยังคงยากจนอยู่ และต้องเผชิญกับกลไกของตลาดโลกที่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อพวกเขา เพราะอุปสรรคของการเข้าร่วมกับโครงการแฟร์เทรด คือ การบรรลุตามเงื่อนไขต่างๆ ที่จะต้องดำเนินการให้สอดคล้องตามมาตรฐานต่างๆ ที่กำหนด ซึ่งล้วนแล้วแต่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากในการตรวจสอบ จนกลายเป็นต้นทุนที่เพิ่มขึ้น แต่เกษตรกรรายย่อยจำใจต้องปฏิบัติตาม¹³⁰ ซึ่งค่าใช้จ่ายจำนวนมากเหล่านั้นเป็นค่าตรวจสอบในพื้นที่ผลิต และค่าใช้จ่ายในการเดินทางของผู้ตรวจสอบ

อีกทั้งผลผลิตกาแฟแฟร์เทรดก็ยากที่จะหาช่องทางในการจำหน่ายตามท้องตลาดทั่วไป ทั้งประสบการณ์ในการจำหน่ายกาแฟแฟร์เทรดของเกษตรกรแต่ละรายที่แตกต่างกัน มีทั้งสามารถจำหน่ายได้ทั้งหมด¹³¹ ครั้งหนึ่งหรืออาจจะมียางรายที่จำหน่ายไม่ได้เลย จนในที่สุดด้วยความจำเป็นต่างๆ จึงบีบบังคับให้เกษตรกรที่ต้องจำหน่าย

¹²⁶ See, Lindsay, B. (2003). *Grounds for Complaint? Understanding the coffee crisis*. Cato Institute's Centre for Trade Policy Studies Paper 16. Washington D.C., USA: Cato Institute's Center for Trade Policy Studies.

¹²⁷ อันเป็นแนวคิดตามหลักความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบ (Comparative Advantage) ของเดวิด ริคาโด (David Ricardo) เสนอว่าประเทศใดที่ผลิตสินค้าชนิดหนึ่งด้วยต้นทุนเชิงเปรียบเทียบที่ต่ำกว่าประเทศอื่น ประเทศนั้นควรเป็นผู้ส่งออกสินค้านี้ดังกล่าว เพื่อแลกกับสินค้าที่ประเทศตนผลิตแล้วต้นทุนเชิงเปรียบเทียบสูงกว่าประเทศอื่น ดังนั้น ผู้ที่ผลิตกาแฟแล้วต้นทุนสูงควรไปผลิตอย่างอื่นที่ต้นทุนถูกกว่าผู้อื่น. See, Pirotte, G. et. al. (2006). Fair-trade coffee in Nicaragua and Tanzania: A comparison. *Development in Practice*, 16 (5), 441-451; Pearson, S. R. & Meyer, R. K. (1974). Comparative Advantage among African Coffee Producers. *American Journal of Agricultural Economics*, 56 (2), 310-313.

¹²⁸ Maseland, R. & Vaal, A. D. (2002). How fair is Fair Trade?. *De Economist*, 150 (3), 251-272, at 259.

¹²⁹ Reynolds, L.T. (2002). Consumer/Producer Links in Fair Trade Coffee Networks. *Sociologia Ruralis*, 42 (4), 404-424, at 410.

¹³⁰ Moberg, M. (2005). Fair Trade and Eastern Caribbean Banana Farmers: Rhetoric and reality in the anti-globalization movement. *Human Organization*, 64 (1), 4-15.

¹³¹ ซึ่งตัวอย่างนี้ถือว่าเป็นข้อยกเว้นที่สามารถจำหน่ายกาแฟในราคาแฟร์เทรดได้ทั้งหมดในการซื้อเพียงครั้งเดียว. See, Lyon, S. (2003). Evaluation of the Actual and Potential Benefits for the Alleviation of Poverty through the Participation in Fair Trade Networks: Guatemalan Case Study, Fair Trade Research Group, Retrieved 4 April 2018. From <http://www.colostate.edu/Depts/Sociology/FairTradeResearchGroup/doc/guatemala.pdf>.

กาแฟที่เหลือของตนในราคาตลาด ซึ่งเท่ากับว่าการลงทุนไปกับแฟร์เทรดแทบไม่ทำให้ได้รับผลกำไรเท่าที่คาดหวังเอาไว้กลับคืนสู่เกษตรกร แล้วเหตุใดจะต้องมาอยู่ภายใต้ระบบแฟร์เทรดอีกด้วย ซึ่งวัฏจักรนี้ไม่ได้เลือกปฏิบัติเกิดขึ้นกับกาแฟอย่างเดียว เพราะสินค้าแฟร์เทรดชนิดอื่นต่างก็ประสบกับวัฏจักรเช่นนี้ด้วยกัน¹³²

นอกจากนี้ กลไกของแฟร์เทรดตั้งอยู่บนความหวังว่าผู้บริโภคจะเข้าใจถึงผลประโยชน์ของแฟร์เทรดที่ผู้บริโภคที่จะซื้อสินค้าด้วยราคาที่แพงขึ้น เพื่อให้มีกำไรเพิ่มมากขึ้นกลับไปสู่ผู้ผลิตและชุมชนของพวกเขา โดยที่ไม่ได้มีหลักประกันอะไรเลยว่าผู้บริโภคเหล่านี้จะเป็นลูกค้าประจำของสินค้าแฟร์เทรดแต่ประการใด ผู้บริโภคก็อาจจะหันกลับไปเลือกซื้อสินค้าชนิดอื่นก็ได้¹³³ การสร้างความเข้าใจให้กับผู้บริโภคจึงเป็นหัวใจสำคัญซึ่งกลยุทธ์ในการเจาะตลาดในแต่ละประเทศจึงมีความแตกต่างกัน¹³⁴ ถึงกระนั้นการที่ผู้บริโภคทราบถึงความสำคัญก็ไม่ได้จะนำไปสู่การซื้อสินค้าแฟร์เทรดเสมอไป¹³⁵

นอกจากนี้ เมื่อประเมินผลประโยชน์สุทธิที่ผู้ผลิตได้รับแล้ว นักวิชาการบางท่านเสนอให้บริจาคเงินช่วยเหลือผ่านทางสถาบันแทนที่จะซื้อกาแฟแฟร์เทรด¹³⁶ ในขณะที่อีกด้านหนึ่งก็มีนักวิชาการเห็นแย้งว่า การให้เงินโดยตรงแก่ผู้ผลิตแทนกลไกตลาดจะเป็นการลดแรงจูงใจและสร้างพฤติกรรมแสวงหาผลตอบแทนส่วนเกิน (Rent seeking) จนนำไปสู่ปัญหาการคอร์รัปชัน¹³⁷

อีกแนวทางหนึ่ง คือ การให้ผู้ผลิตระบุไปในสินค้าเลยว่าเงินจำนวนเท่าไรที่จำหน่ายในราคาขายปลีกจะตกไปสู่เกษตรกรผู้ผลิต¹³⁸ ซึ่งแม้ว่าจะโปร่งใสที่สุดก็ตาม แต่ทว่าในทางปฏิบัติแล้วไม่ได้สร้างแรงจูงใจที่จะให้ผู้จำหน่ายกาแฟดำเนินการดังกล่าว เพราะท้ายที่สุดแล้ว จากมุมมองของภาคเอกชนการมีแฟร์เทรด คือ กลไกการตลาดรูปแบบหนึ่งซึ่งเป็นธุรกิจมิใช่การกุศล

เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาแฟร์เทรด แทนที่จะมุ่งไปในสิ่งที่แฟร์เทรดยังไม่สามารถแก้ไขได้ ควรจะพิจารณาว่าการมีระบบแฟร์เทรดส่งผลกระทบต่อผู้ผลิตอย่างไร มีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น কিন่าจะเพียงพอและไม่จำเป็น

¹³² E.g., Bacon, C. (2005). Confronting the Coffee Crisis: Can fair trade, organic, and specialty coffees reduce small-scale farmer vulnerability in northern Nicaragua?. *World Development*, 33 (3), 497-511; Hudson, M. et al. (2013). *Fair Trade, Sustainability and Social Change*. New York: Palgrave Macmillan; Lyon, S. & Moberg, M. (2010). *Fair Trade and Social Justice: Global Ethnographies*. New York: New York University Press; Raynolds, L. et al. (2007). *Fair Trade: The Challenges of Transforming Globalization*. London: Routledge.

¹³³ See, Lyon, S. (2006). Evaluating Fair Trade Consumption: Politics, defetishization and producer participation. *International Journal of Consumer Studies*, 30(5), 452-464; Fridell, G. (2007). *Fair Trade Coffee: The prospects and pitfalls of market-driven social justice*. (Toronto: University of Toronto Press), pp. 263-271; West, P. (2012). *From Modern Production to Imagined Primitive: The Social World of Coffee from Papua New Guinea*. Durham, NC: Duke University Press.

¹³⁴ Linton, A. A Taste of Trade Justice: Marketing global social responsibility via Fair Trade coffee. *Globalizations*, 1 (2), 223-246, at 231 and 233-234.

¹³⁵ *Ibid.*, at 236.

¹³⁶ Janvry, A. D. et al. (2015). Fairtrade and Free Entry: Can a disequilibrium market serve as a development tool?. *The Review of Economics and Statistics*, 97 (3), 567-573; Claar, V. V. & Haight, C. E. (2015). Fair Trade Coffee: Correspondence. *Journal of Economic Perspectives*, 29 (1), 215-216.

¹³⁷ Dragusanu, R. (2014). The Economics of Fairtrade. *Journal of Economic Perspectives*, 28 (3), 217-236.

¹³⁸ Griffiths, P. (2010). Lack of Rigor in Defending Fairtrade. *Economic Affairs*, 30 (2), 45-49.

ต้องพิจารณาหรือคาดคะเนว่าหนทางข้างหน้าจะล้มเหลวเช่นไร จนกลายมาเป็นอุปสรรคสำหรับการเปลี่ยนแปลงใดๆ ไม่เช่นนั้นชุมชนก็จะไม่สามารถพัฒนาไปได้เลย หากยังคงติดอยู่กับวังวนหนทางที่จะนำมาแก้ไขทุกๆ ปัญหาเพียงอย่างเดียว¹³⁹ จริงอยู่ที่แฟร์เทรดย่อมไม่ใช่คำตอบสำหรับทุกปัญหาในสังคม และแม้ว่ากาแฟแฟร์เทรดไม่ได้ขจัดปัญหาของการค้ากาแฟระหว่างประเทศให้หมดสิ้นไปได้ก็ตาม แต่ก็ปฏิเสธหลักฐานที่ปรากฏเป็นรูปธรรมของแฟร์เทรดว่าได้เข้ามามีส่วนร่วมในการบรรเทาปัญหาบางส่วนด้วยเช่นกัน

ดังนั้น แม้ว่ากาแฟแฟร์เทรดจะมีข้อจำกัดหลายด้าน แต่ก็เห็นพัฒนาการของสังคมระหว่างประเทศที่แม้จะไม่ได้สมบูรณ์แบบก็ตาม¹⁴⁰ แต่จากข้อมูลทางสถิติพบว่า เกษตรกรในระบบแฟร์เทรดส่วนใหญ่จะได้รับคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น¹⁴¹ เนื่องจากเงื่อนไขในมาตรฐานการจ้างแรงงานที่ส่งเสริมสิทธิแรงงานขั้นพื้นฐาน อีกทั้ง ประโยชน์ที่ระบบแฟร์เทรดยังส่งผลดีในระยะยาว เนื่องจากเป็นแนวทางสนับสนุนให้ผู้ผลิตมีความเข้มแข็งในระยะยาว จัดตั้งองค์กรด้วยตนเอง อันนำไปสู่การรวมกลุ่มกันเจรจาต่อรองได้ดีขึ้น มีเงินทุนมากขึ้น เพิ่มขีดความสามารถในการเข้าสู่ตลาดระหว่างประเทศ เรียนรู้การส่งออก ควบคู่ไปกับการพัฒนาคุณภาพกาแฟ

5. แฟร์เทรดกับองค์กรแรงงานระหว่างประเทศ

องค์กรแรงงานระหว่างประเทศ (International Labor Organization: ILO) เป็นองค์กรระหว่างประเทศที่มีอายุเก่าแก่ เพราะจัดตั้งมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1919 พร้อมกับการก่อตั้งสันนิบาตชาติ (The League of Nations) เกิดขึ้นมาจากแนวคิดที่ว่าสิทธิแรงงานเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน¹⁴² ซึ่งที่มาขององค์กรแรงงานระหว่างประเทศมาจากความกังวลของสังคมระหว่างประเทศว่าจะเกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างรัฐที่มีกฎหมายด้านแรงงานกับรัฐที่ไม่มีกฎหมาย จึงต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการกำกับดูแลการแข่งขันที่เป็นธรรม¹⁴³

¹³⁹ Singer, P. & Mason, J. (2006). *Eating: What we eat and why it matters*. (London: Arrow Books), pp. 161-163 and 165.

¹⁴⁰ แม้ว่าระบบแฟร์เทรดจะไม่ใช้สำหรับทุกคน หากแต่สถานการณ์ที่เป็นอยู่ จึงไม่ควรที่จะยึดติดเพียงการแก้ปัญหาและเปลี่ยนแปลงที่ต้องสมบูรณ์แบบเท่านั้น

ตั้งที่วอลแตร์ (Voltaire) กล่าวเอาไว้ว่า “ในงานเขียนระบุว่า ชายอิตาลีผู้ชาญฉลาดกล่าวว่า ดีที่สุดเป็นศัตรูของตัวเอง (Dans ses écrits, un sage Italien Dit que le mieux est l'ennemi du bien).” See, Voltaire. (1772). *La Begueule, Conte Moral*.

¹⁴¹ E.g., Rijsbergen, B. V. et al. (2016). The Ambivalent Impact of Coffee Certification on Farmers' Welfare: A matched panel approach for cooperatives in central Kenya. *World Development*, 77 (January), 277-292; Barham, B. & Weber, J. G. (2012). The Economic Sustainability of Certified Coffee: Recent evidence from Mexico and Peru. *World Development*, 40 (6), 1269-1279; Valkila, J. (2009). Fair Trade Organic Coffee Production in Nicaragua—Sustainable development or a poverty trap?. *Ecological Economics*, 68 (12), 3018-3025.

¹⁴² วัตถุประสงค์ในการก่อตั้งองค์กรแรงงานระหว่างประเทศ คือ ส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคม และส่งเสริมให้สิทธิมนุษยชนและสิทธิแรงงานได้รับการยอมรับอย่างเป็นสากล แม้ว่าสันนิบาตชาติได้ล้มเลิกไปและจัดตั้งสหประชาชาติ (United Nations) ขึ้นแทนที่ แต่องค์กรแรงงานระหว่างประเทศก็มิได้ล้มเลิกไปตามสันนิบาตชาติแต่ประการใด และกลายเป็นองค์การชำนาญพิเศษ (Specialized agency) ของสหประชาชาติในเวลาต่อมา. See, Rodgers, G. et. al. (2009). *The International Labour Organization and The Quest For Social Justice, 1919–2009*. (Geneva: International Labour Office), pp. 37-91.

¹⁴³ Macklem, P. (2005). The Right to Bargain Collectively in International Law: Workers' Right, Human Right, International Right?. In P. Alston. (Ed). *Labour Rights as Human Rights* (pp. 61-84). (Oxford: Oxford University Press), p. 64.

หนึ่งในหน้าที่หลักองค์กรแรงงานระหว่างประเทศ คือ การกำหนดมาตรฐาน (Standard) แรงงานระหว่างประเทศ¹⁴⁴ โดยมีตราสาร (Instruments) ขององค์กรแรงงานระหว่างประเทศเกิน 100 ฉบับ ซึ่งมีอนุสัญญาหลักจำนวน 8 ฉบับ¹⁴⁵ ที่นโยบายส่งเสริมและติดตามผลให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติให้สอดคล้องกับอนุสัญญาทั้ง 8 ฉบับนี้ แม้จะไม่ได้ให้สัตยาบันก็ตาม เนื่องจากเป็นอนุสัญญาที่กำหนดมาตรฐานแรงงานเกี่ยวกับประเด็นหลัก 4 ประการ ภายใต้ปฏิญญาองค์กรแรงงานระหว่างประเทศ เรื่อง หลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work) คือ ก) เสรีภาพในการสมาคม และการยอมรับสิทธิในการร่วมเจรจาต่อรอง ข) การจัดแรงงานบังคับและการเกณฑ์แรงงานในทุกรูปแบบ ค) การยกเลิกการใช้แรงงานเด็กให้เป็นผล และ ง) การจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ

ตามปกติแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างจะเป็นระบบสายบังคับบัญชาและมีความไม่เสมอภาคกันอย่างมากและขาดความไว้วางใจกัน¹⁴⁶ เพราะแม้ว่านายจ้างจะนำเสนอเงื่อนไขและข้อตกลงที่ดีกว่าก็ตาม¹⁴⁷ ในภาคการเกษตรนั้น มักจะพบกับกับปัญหาการละเมิดสิทธิแรงงาน กฎหมายแรงงานที่มีอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐบาลถูกเพิกเฉย จึงส่งผลทำให้มีการลักลอบใช้แรงงานเด็ก ทำงานเกินเวลาขั้นต่ำ เลือปฏิบัติล่วงละเมิดทางเพศ ละเลยข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับสุขอนามัยและความปลอดภัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในการรวมกลุ่มสมาคมและการร่วมเจรจาต่อรองที่ปรากฏใน อนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว ค.ศ. 1948 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรอง ค.ศ. 1949 อีกทั้ง การจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ยังสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) ค.ศ. 1958

แฟรเทรดจึงเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาและจัดการความเหลื่อมล้ำ ด้วยการยกระดับคุณภาพชีวิตให้กับผู้ผลิตและชุมชน¹⁴⁸ ด้วยการยกระดับมาตรฐานแรงงานของรัฐสมาชิกให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลในการจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพรวมถึงการห้ามใช้แรงงานเด็กผ่านทางระบบการจัดทำรายงานภาคบังคับ¹⁴⁹

¹⁴⁴ ผ่านกลไกการบังคับ (Enforce) ด้วยการเจรจาทางสังคม (Social Dialogue) กับหลักการควบคุม (Supersory Scheme). See, Wet, E. D. (2008). Governance through Promotion and Persuasion: The 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. *German Law Journal*, 9 (11), 1429-1452 at 1430.

¹⁴⁵ ได้แก่ อนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว ค.ศ. 1948 (Freedom of Association and Protection of the Right to Organise) อนุสัญญาฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรอง ค.ศ. 1949 (Right to Organise and Collective Bargaining) อนุสัญญาฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 (Forced Labour) อนุสัญญาฉบับที่ 105 ว่าด้วยการยกเลิกแรงงานบังคับ ค.ศ. 1957 (Abolition of Forced Labour) อนุสัญญาฉบับที่ 138 ว่าด้วยอายุขั้นต่ำ ค.ศ. 1973 (Minimum Age) อนุสัญญาฉบับที่ 182 ว่าด้วยรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก ค.ศ. 1999 (Worst Forms of Child Labour) อนุสัญญาฉบับที่ 100 ว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน (Equal Remuneration) ค.ศ. 1951 และอนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) (Discrimination (Employment and Occupation)) ค.ศ. 1958.

¹⁴⁶ John, J. (2001). Fair Trade and Standard Setting: A labour rights perspective. *Working USA*, 5 (1), 64-69 at 67-68.

¹⁴⁷ Shreck, A. (2005). Resistance, Redistribution, and Power in the Fair Trade Banana Initiative. *Agriculture and Human Values*, 22 (1), 17-29 at 26.

¹⁴⁸ แต่แฟรเทรดไม่เข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าวของผู้ผลิตที่เกิดขึ้นในพื้นที่ต่างๆ เพราะคุณภาพชีวิตของแรงงานแต่ละที่ย่อมมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเปรียบเทียบระหว่างประเทศยากจนกับประเทศร่ำรวย. See, Hudson, I. & Hudson, M. (2003). Removing the Veil? Commodity Fetishism, Fair Trade and the Environment. *Organization and Environment*, 16 (4), 413-430 at 424.

¹⁴⁹ Baradaran, S. & Barclay, S. (2014). Fair Trade and Child Labor. *Columbia Human Rights Law Review*, 43 (1), 161-192.

อันเป็นหลักการพื้นฐานด้านสิทธิมนุษยชน จนนำไปสู่การจ่ายค่าตอบแทนที่เหมาะสมในที่สุด

นอกเหนือจากป้องกันการเลือกปฏิบัติแล้ว พันธกรณีของการเข้าสู่ระบบแฟร์เทรด คือ เมื่อมีจำนวนลูกจ้างในระดับหนึ่ง (Significant number)¹⁵⁰ จะต้องส่งเสริมให้ลูกจ้างรวมตัวกัน (Collective Bargaining Agreement) เป็นสหภาพ (Union)¹⁵¹ ซึ่งสอดคล้องกับพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว ค.ศ. 1948 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรอง ค.ศ. 1949 ซึ่งแม้ว่าประเทศไทยยังไม่ได้เป็นภาคีในสองอนุสัญญาดังกล่าว จึงไม่มีพันธกรณีทางกฎหมายผูกพันให้ต้องปฏิบัติตาม แต่การที่เอกชนเข้าร่วมภายใต้หลักการแฟร์เทรดและมีเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติตามทั้งสองอนุสัญญาดังกล่าวทำให้นักงานได้รับประโยชน์ด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้น การที่เข้าร่วมอยู่ภายใต้หลักการแฟร์เทรดจึงเป็นการปฏิบัติที่จะส่งเสริมให้เกิดการปฏิบัติที่สอดคล้องกับพันธกรณีต่างๆ ขององค์กรแรงงานระหว่างประเทศ เนื่องจากหัวใจของแฟร์เทรดเกิดมาเพื่อแก้ไขปัญหาความเหลื่อมล้ำในการจ้างงาน กลุ่มครองสิทธิมนุษยชน¹⁵² และยกระดับคุณภาพการจ้างงานในชุมชน¹⁵³ ซึ่งกลไกการเคารพสิทธิแรงงานในภาคเอกชนจากแฟร์เทรดนี้ จึงเข้ามาแก้ไขปัญหาแรงงานในส่วนที่สหประชาชาติหรือองค์กรแรงงานระหว่างประเทศไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งไม่ใช่เป็นการทำหน้าที่แทนภาครัฐ แต่เป็นการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนในบริบทของตนเอง¹⁵⁴

6. ป้ายฉลากกับกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก

แนวทางการค้าภายใต้ระบบขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ปกติแล้วจะถูกต่อต้านจากกลุ่มต่างๆ เนื่องจากนักวิชาการบางส่วนก็มองว่าองค์การการค้าโลกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อขจัดอุปสรรคทางการค้า มากกว่าที่จะกำกับดูแลผลประโยชน์สาธารณะ ขาดความโปร่งใส ไม่เป็นไปตามระบบประชาธิปไตย อีกทั้งยังคงถูกครอบงำโดยชาติมหาอำนาจที่สร้างกฎเกณฑ์ตามที่ต้องการ¹⁵⁵ โดยเฉพาะกลุ่มตัวแทนสิ่งแวดล้อมหรือกลุ่มผู้ใช้แรงงาน

¹⁵⁰ ซึ่งไม่ได้มีการให้คำนิยามเอาไว้ว่าจะต้องมีจำนวนเท่าไร. Standard, at 23, c.4.2)

¹⁵¹ Stenzel, P. L. (2013). op. cit. at 627.

¹⁵² Thompson, C. (2014). Ethical Consumerism as a Human Rights Enforcement Mechanism: The coffee cultivation model. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 24 (1), 161-192.

¹⁵³ See, Doherty, B. & Tranchell, S. (2005). New Thinking in International Trade? A case study of the Day Chocolate Company. *Sustainable Development*, 13 (3), 166-176 at 173-174; Bacon, C. (2005). Confronting the Coffee Crisis: Can Fair Trade, organic, and specialty coffees reduce small-scale farmer vulnerability in northern Nicaragua?. *World Development*, 33 (3), 497-511 at 506.

¹⁵⁴ Bennett, J. (2002). Multinational Corporations, Social Responsibility and Conflict. *Journal of International Affairs*, 55 (2), 393-410 at 397.

¹⁵⁵ E.g., Rosset, P. (2006). *Food is Different*. (Nova Scotia: Fernwood), p. 77. *Contra.*, ซึ่งโครงสร้างอำนาจขององค์การการค้าโลกก็มีการเปลี่ยนแปลงไปแล้ว เนื่องจากแต่เดิมที่กลุ่มประเทศใหญ่ คือ อเมริกา สหภาพยุโรป แคนาดา และญี่ปุ่น ถูกเรียกรวมกันว่าเป็น Quad of negotiators ซึ่งเป็นผู้เจรจาหลักตลอดช่วง ค.ศ. 1980s-1990s กลายมาเป็น อเมริกา สหภาพยุโรป บราซิล อินเดีย และจีน แสดงให้เห็นว่าอำนาจการต่อรองไม่ได้กระจุกอยู่ที่ประเทศพัฒนาแล้วเพียงชั่วคราวเดียว. See, Hopewell, K. (2013). New Protagonists in Global Economic Governance: Brazilian Agribusiness at the WTO. *New Political Economy*, 18 (4): 602-623.

เมื่อเกิดการตื่นตัวของผู้บริโภคในการต้องการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของผลิตภัณฑ์ที่ตนจะซื้อ ในส่วนของผู้ผลิตเองก็ต้องการให้ข้อมูลเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ของตนเช่นกัน เพื่อแสดงความโปร่งใส รวมไปถึงความโดดเด่นของผลิตภัณฑ์ของตนในด้านต่างๆ อันสอดคล้องกับแนวโน้มของสังคมระหว่างประเทศในการมุ่งสร้างความตระหนักให้กับผู้บริโภคได้เข้าถึงข้อมูล¹⁵⁶ ล้วนแต่เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน¹⁵⁷ จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะพิจารณาจากกฎเกณฑ์ที่ควบคุมระบบการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งประเด็นของฉลากในกฎเกณฑ์ด้านการค้าระหว่างประเทศ ต้องพิจารณาจากกฎเกณฑ์ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT Agreement) อันเป็นความตกลงภายใต้องค์การการค้าระหว่างประเทศ

จากเดิมที่อุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าปรากฏอยู่ในมาตรา 3, 11 และ 20 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า ค.ศ. 1947 (The General Agreement on Tariffs and Trade 1947: GATT)¹⁵⁸ กล่าวถึงประเด็นเกี่ยวกับกฎระเบียบ (Regulation) และมาตรฐาน (Standards) ซึ่งต่อมาในการเจรจาการค้าของ GATT รอบโตเกียว ได้มีการเจรจาเรื่องกฎระเบียบทางเทคนิคและมาตรฐานที่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ ผลของการเจรจาทำให้เกิดประมวลว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (The Code on the Technical Barriers to Trade: Standards Code) การเจรจาดังนี้ได้มีประเทศสมาชิก GATT ลงนามในประมวลว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าเพียง 32 ชาติเท่านั้น¹⁵⁹ แต่ก็เป็นพื้นฐานให้เกิดมาเป็นความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าในเวลาต่อมา¹⁶⁰

ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้ามีวัตถุประสงค์หลัก 2 ข้อ ที่สำคัญคือ¹⁶¹

1. เพื่อให้ประเทศสมาชิกมั่นใจว่ากฎระเบียบทางเทคนิค (Technical Regulations) มาตรฐาน (Standards) และกระบวนการประเมินความสอดคล้อง (Conformity Assessment Procedures) ที่ออกมานั้นจะไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้า (Create unnecessary obstacles to international trade)¹⁶² และ
2. ห้ามมิให้เลือกปฏิบัติต่อสินค้าจากแหล่งกำเนิดต่างกัน (Discriminate between products of different national origins)¹⁶³

¹⁵⁶ E.g., ทางด้านสิ่งแวดล้อมตามที่ปรากฏในหลักการที่ 10 ของปฏิญญาว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา ค.ศ. 1992 (Principle 10 of Rio Declaration on Environment and Development 1992). See, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I); 31 ILM 874 (1992).

¹⁵⁷ Vidar, M. (2010). International Legal Frameworks for Food Labelling and Consumer Rights. In J. Albert (Ed). **Innovations in Food Labelling**. (pp. 15-36). (Oxford: Woodhead Publishing Limited), pp. 18-23.

¹⁵⁸ 55 U.N.T.S. 194; 61 Stat. pt. 5; TIAS 1700.

¹⁵⁹ World Trade Organization. Technical Information on Technical Barriers to Trade. Retrieved 4 April 2018. From https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_info_e.htm; 1868 U.N.T.S. 120.

¹⁶⁰ World Trade Organization. (2014). **The WTO Agreements Series: Technical Barriers to Trade**. (Geneva: World Trade Organization), pp. 11-15; Koebele, M. (2007). Preamble TBT. In R. Wolfrum et al. (Eds). **WTO – Technical Barriers and SPS Measures** (pp. 167-177). (Lieden: Koninklijke Brill NV), p. 170.

¹⁶¹ ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade Agreement: TBT) Retrieved 4 April 2018. From <http://is.pcd.go.th/envecodb/download/WTO/TBT.pdf>.

¹⁶² TBT Agreement, art. 2.2. See, DS290: European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs.

¹⁶³ TBT Agreement, art. 2.3.

โดย TBT Agreement ให้สิทธิแก่สมาชิกในการกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อปกป้องชีวิตหรือสุขภาพของ คน สัตว์ พืช และสิ่งแวดล้อมที่สอดคล้องตามมาตรฐานสากล (International standard)¹⁶⁴

โครงสร้างของความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้ามี 5 ส่วนดังนี้¹⁶⁵

1) กฎระเบียบทางเทคนิค (Technical Regulations) หมายถึง เอกสารที่กำหนดคุณลักษณะของ ผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการและกรรมวิธีการผลิตที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์รวมถึงข้อกำหนดทางการบริหารด้วย ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม โดยอาจจะรวมหรือระบุเฉพาะถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับการเรียกชื่อ และการใช้สัญลักษณ์ การบรรจุหีบห่อ การทำเครื่องหมายหรือข้อกำหนดเกี่ยวกับการติดฉลากที่ใช้กับผลิตภัณฑ์กระบวนการหรือกรรมวิธีการผลิตด้วยจะปรากฏรายละเอียดในมาตรา 2 และมาตรา 3 ของ TBT Agreement

2) มาตรฐาน (Standards) หมายถึง เอกสารที่ได้รับความเห็นชอบโดยองค์กรที่เป็นที่ยอมรับ ซึ่งระบุ กฎแนวทางหรือลักษณะของผลิตภัณฑ์หรือกระบวนการและกรรมวิธีการผลิตที่เกี่ยวข้อง ซึ่งใช้กันโดยทั่วไปและ ใช้อยู่เป็นประจำ ไม่ได้เป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม โดยอาจจะรวมหรือระบุถึงข้อกำหนดเฉพาะเกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำ สัญลักษณ์ การบรรจุหีบห่อ การทำเครื่องหมาย หรือการติดฉลากที่ใช้กับผลิตภัณฑ์ กระบวนการ หรือกรรมวิธีการผลิตด้วย ถูกระบุไว้ในมาตรา 4 และได้อ้างอิงไปถึงรายละเอียดเรื่อง The Code of Good Practice ในภาคผนวก 3 ของ TBT Agreement ซึ่งข้อตกลงเรื่องแนวทางในการปฏิบัติที่ดีสำหรับการเตรียม การยอมรับ และการใช้ประโยชน์โดยตรงจากมาตรฐาน (The Code of Good Practice for the Preparation, Adoption and Application of Standards) มีความสำคัญมากเนื่องจากได้ระบุข้อปฏิบัติและองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการ กำหนดมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับตาม TBT Agreement เอาไว้

3) กระบวนการประเมินความสอดคล้อง (Conformity Assessment Procedures) หมายถึง การใช้ กระบวนการใดๆ ทั้งทางตรงและทางอ้อม เพื่อตรวจสอบหรือพิสูจน์ได้ว่าการปฏิบัติตามข้อกำหนดที่เกี่ยวข้อง ของกฎระเบียบทางเทคนิคหรือมาตรฐาน โดยการประเมินความสอดคล้องดังกล่าวจะยึดหลักการปฏิบัติเยี่ยง คนชาติ (National Treatment: NT) หลักการปรับให้สอดคล้องกันของกระบวนการประเมินและหลักความโปร่งใส ตลอดจนเปิดโอกาสให้ประเทศอื่นเข้าร่วมแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับกระบวนการประเมินความสอดคล้องของตน ระบุไว้ในมาตรา 5-9 ของ TBT Agreement

4) หลักการทั่วไปและบทบัญญัติต่างๆ เป็นพื้นฐานที่ประเทศสมาชิกจะต้องยึดถือและปฏิบัติตามแบ่งได้ เป็น 7 หลักการ¹⁶⁶ มีรายละเอียดในมาตรา 10-15 ของ TBT Agreement

¹⁶⁴ Article 2.4. See also, European Communities-Trade Description of Sardines WT/DS231/AB/R adopted on 26 September 2002.

¹⁶⁵ ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade Agreement: TBT) Retrieved 4 April 2018. From <http://is.pcd.go.th/envecodb/download/WTO/TBT.pdf>.

¹⁶⁶ หลักการทั่วไป 7 หลักการ คือ 1. หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination Principle) 2. หลักการหลีกเลี่ยงอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้า (The Prevention of Unnecessary Obstacles to International Trade) 3. หลักการปรับให้สอดคล้อง (Harmonization) 4. การใช้มาตรฐานระหว่าง ประเทศ (Use of International Standards) 5. หลักการยอมรับความเท่าเทียมกันและการยอมรับซึ่งกันและกัน (Equivalence and Mutual Recognition) 6. หลักความโปร่งใส (Transparency) และ 7. การปฏิบัติที่พิเศษและแตกต่าง (Special and Differential Treatment).

5) นิยามความหมาย และ Code of Good Practice สามารถรายละเอียดได้ในภาคผนวก 1 และ ภาคผนวก 3 ของ TBT Agreement

ดังนั้น จากนิยามความหมายกฎระเบียบทางเทคนิคจึงครอบคลุม 1) คุณลักษณะเฉพาะและคุณภาพของผลิตภัณฑ์ (Characteristics of the Products) 2) กระบวนการและกรรมวิธีการผลิต ซึ่งมีผลต่อคุณลักษณะของผลิตภัณฑ์ 3) การเรียกชื่อและการใช้สัญลักษณ์ (Terminology and Symbol) และ 4) การบรรจุหีบห่อและการติดฉลากกับผลิตภัณฑ์ (Packaging and Labeling Requirements) ทำปายผลากจึงเกี่ยวข้องกับ TBT Agreement ในประเด็นการบรรจุหีบห่อและการติดฉลากกับผลิตภัณฑ์ เมื่อพิจารณากฎระเบียบทางเทคนิคแล้วนำมาปรับใช้กับปายผลากแฟรเทรดนั้น ถือได้ว่าเป็นมาตรฐานตามความสมัครใจ (Voluntary Standard) จึงมิได้เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ในการเลือกปฏิบัติทางการค้า (Trade Discrimination) หรือการทำลายตลาดการค้าเสรี (Free Market Distortion) เพราะการแสดงปายผลากว่าคือผลิตภัณฑ์ กระบวนการหรือวิธีการผลิตเป็นอย่างไร มิใช่เป็นสิ่งที่บังคับให้ปฏิบัติ¹⁶⁷ ขึ้นอยู่กับความสมัครใจของผู้ผลิตสินค้าในการใช้ปายผลากเพิ่มคุณค่าและมูลค่าให้กับสินค้าของตน

นอกจากนี้ TBT Agreement ยังกำหนดรายละเอียดของข้อบัญญัติการปฏิบัติที่ดี (Code of Good Practice)¹⁶⁸ เอาไว้ให้เป็นแนวทางการดำเนินการ ซึ่งปายผลากจะสอดคล้องกับพันธกรณีขององค์การการค้าระหว่างประเทศด้วยเหตุดังต่อไปนี้

1. ข้อบัญญัติการปฏิบัติที่ดีรองรับกับหลักการ (The Most Favored Nation) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ
2. ปายผลากถือได้ว่าเป็นอุปสรรคที่ไม่จำเป็น (Unnecessary Obstacles) ต่อการค้าระหว่างประเทศ และไม่ถือว่าเป็นข้อจำกัดทางการค้า (Trade Restrictive) ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นเงื่อนไขที่ต้องบรรลุในการที่จะถือได้ว่าเป็นมาตรฐานตามความสมัครใจ ซึ่งตามข้อบัญญัติการปฏิบัติที่ดีนั้น มีเงื่อนไขที่เข้มงวดน้อยกว่า
3. ข้อบัญญัติการปฏิบัติที่ดี กำหนดให้สมาชิกดำเนินการให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล ซึ่งจะยกเว้นไม่ปฏิบัติตามเมื่อมาตรฐานเหล่านั้น ไม่เหมาะที่จะปรับใช้หรือไร้ประสิทธิภาพ
4. สมาชิกต้องแสดงความโปร่งใอย่างสูงด้วยการแจ้งเตือนล่วงหน้า เปิดโอกาสให้แสดงความคิดเห็นและปรึกษาหารือ

¹⁶⁷ ซึ่งแตกต่างไปจากกรณีของสหภาพยุโรปที่คณะกรรมการอาหารยุโรป (European Commission) จะต้องอนุญาตให้มีการเพาะปลูก นำเข้าหรือวางจำหน่ายสินค้า หรือที่มีส่วนประกอบมาจากสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม (Genetically Modified Organisms: GMOs) แล้วเท่านั้น โดยหน่วยงานความปลอดภัยทางอาหารแห่งสหภาพยุโรป (European Food Safety Agency: EFSA) จะทำหน้าที่ประเมินความเสี่ยง และเสนอผลการประเมินตามหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนว่าสินค้า GMOs ดังกล่าว ไม่เป็นภัยต่อสุขภาพมนุษย์ สัตว์ และสิ่งแวดล้อม และที่สำคัญมีความปลอดภัยเทียบเท่าพืชปกติ เพื่อให้คณะกรรมการยุโรปพิจารณาอนุญาตต่อไป ซึ่งเมื่อได้รับอนุญาตแล้ว ต้องมีการแสดงฉลากของผลิตภัณฑ์ที่มี หรือประกอบด้วย หรือได้มาจาก GMOs ด้วยด้วยเงื่อนไขนี้เองจึงนำไปสู่การฟ้องร้องคดีใน WTO. See, World Trade Organization. European Communities–Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products. Retrieved 4 April 2018. From https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds291_e.htm; Morgan, D. & Goh, G. (2004). Genetically Modified Food Labelling and the WTO Agreements. *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 13 (3), 306-319.

¹⁶⁸ Annex 3: Code of Good Practice for the Preparation, Adoption and Application of Standards of TBT Agreement.

ขอบเขตการบังคับใช้ TBT Agreement ยังครอบคลุมไปถึง กิจกรรมของหน่วยงานที่มีใช้รัฐอีกด้วย¹⁶⁹ เนื่องจากพันธกรณีตามแนวทางการปฏิบัติที่สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ คือ ระดับหน่วยงานของรัฐที่จะต้องผูกพันปฏิบัติตาม เพื่อดำเนินการให้สอดคล้องกับแนวทางการปฏิบัติที่ดี ด้วยการกำกับดูแลโครงการป้ายฉลากต่างๆ ที่ดำเนินการโดยภาคเอกชน ว่าได้ปฏิบัติตามแนวทางการปฏิบัติที่ดี¹⁷⁰ ถ้าหากเอกชนมิได้ปฏิบัติตามหรือกระทำการบกพร่อง รัฐบาลจะต้องออกมาตรการและดำเนินการเพื่อแก้ไขสถานการณ์เช่นนั้น

แม้ว่าป้ายฉลากที่กำหนดโดยเอกชนจะอยู่นอกเหนือการควบคุมของ TBT Agreement เนื่องจาก TBT Agreement เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่บังคับใช้กับภาครัฐ แต่อย่างไรก็ตาม ป้ายฉลากที่มาจากภาคเอกชนนี้เอง อาจมีส่วนที่เกิดจากการร่วมมือจากรัฐกลาง¹⁷¹ หรือรัฐบาลท้องถิ่น¹⁷² จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องนำกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกมาพิจารณาเกี่ยวกับป้ายฉลากด้วย¹⁷³

พันธกรณีอีกระดับ สำหรับหน่วยงานท้องถิ่นและภาคเอกชน ที่จะต้องยอมรับและดำเนินการตามซึ่งมีเงื่อนไขเข้มงวดน้อยกว่าระดับแรก คือ มีจุดมุ่งหมายที่ระบุแต่เพียงว่าให้ดำเนินการด้วยความพยายามที่ดีที่สุด (Best effort) หรือความมุ่งมาดปรารถนา (Aspirational) มากกว่าที่จะระบุว่าเป็นพันธกรณี (Obligations)¹⁷⁴

ตามกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกแล้ว สินค้าที่เหมือนกันต้องปฏิบัติอย่างเดียวกัน (Like products must treated alike)¹⁷⁵ หากแต่ด้วยป้ายฉลากที่นำมาใช้กับกาแฟนั้น หากเป็นการแสดงความแตกต่างสินค้า

¹⁶⁹ Mavroidis, P. C. & Zdouc, W. (1998). Legal Means to Protect Private Parties' Interests in the WTO – The Case of EC New Trade Barriers Regulation. *Journal of International Economic Law*, 1 (3), 407-432.

¹⁷⁰ Code of Good Practice, art. 4.

¹⁷¹ E.g., ป้ายฉลาก Nordic Swan Ecolable ที่ได้รับเงินทุนสนับสนุนจากรัฐบาลของกลุ่มสแกนดิเนเวีย รวมไปถึงการจัดซื้อในภาครัฐที่ระบุถึงการมีป้ายฉลากในผลิตภัณฑ์ซึ่งอาจทำให้ป้ายฉลากโดยสมัครใจ. See, Chang, W. S. (1997). GATTing a Green Trade Barrier: Eco-Labeling and the WTO Agreement on Technical Barriers to Trade. *Journal of World Trade*, 31 (1), 137-159; Charnowitz, S. (1992). GATT and the Environment: Examining the Issues. *International Environmental Affairs*, 4 (3), 203-233, at 203-223; Charnowitz, S. (1997). A Critical Guide to the WTO's Report on Trade and the Environment. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 14 (2), 341-379; Appleton, A. E. (1997). *Environmental Labelling Programmes: International Trade Law Implications*. London: Kluwer Law International.

¹⁷² ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีป้ายฉลากของท้องถิ่นมากมาย e.g., Salmon-Safe ในมลรัฐวอชิงตัน Predator Friendly Wool ในมลรัฐมอนแทนา และ Tall Grass Beef ในมลรัฐแคนซัส. See, Vitalis, V. (2002). *Private Voluntary Eco-Labels: Trade Distorting, Discriminatory and Environmentally Disappointing*, Roundtable on Sustainable Development. (Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development), p. 5.

¹⁷³ See, Sampson, G. (2000). *Trade, Environment and the WTO: The Post-Seattle Agenda*. Washington DC.: John Hopkins University Press; Stein, J. (2009). The Legal Status of Eco-Labels and Product and Process Methods in the World Trade Organization. *American Journal of Economics and Business Administration*, 1(4), 285-295.

¹⁷⁴ Villalpando, S. M. (2002). Attribution of Conduct To The State: How The Rules Of State Responsibility May Be Applied Within The WTO Dispute Settlement System. *Journal of International Economic Law*, 5 (2), 393-420; Bernstein, S. & Hannah, E. (2008). Non-State Global Standard Setting and the WTO: Legitimacy and the Need for Regulatory Space. *Journal of International Economic Law*, 11(3), 575-608.

¹⁷⁵ See, GATT Articles I and III ซึ่งสอดคล้องตามหลักไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of non-discrimination); ส่วนประเด็นเรื่องสินค้าเหมือนกัน (like products). See, Regan, D. H. (2002) Regulatory Purpose and “Like Products” in Article II: 4 of the GATT (With Additional Remarks on Article III:2). *Journal of World Trade*, 36(3), 443-478.

ที่วงจรชีวิตของสินค้า (Product Life Cycle Approach)¹⁷⁶ ต้องนำหลักกระบวนการผลิตและกรรมวิธีการผลิต (Processes and Production Methods: PPMs) มาพิจารณา ซึ่งไม่ว่าสินค้าที่นำเข้าจะมีกระบวนการผลิตอย่างไรก็ตาม หากเป็นสินค้าชนิดเดียวกันกับสินค้าในประเทศก็ต้องปฏิบัติอย่างเดียวกัน¹⁷⁷

กระบวนการผลิตและกรรมวิธีการผลิต คือ กระบวนการขั้นตอนใดๆ อันจำเป็นต่อการนำสินค้าเข้าสู่ตลาด¹⁷⁸ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงกระบวนการของการผลิตสินค้าที่แตกต่างกัน¹⁷⁹ เพื่อวัตถุประสงค์ในการจำแนกสินค้าชนิดเดียวกันที่มีกระบวนการผลิตหรือการได้มาซึ่งสินค้าที่แตกต่างกัน ซึ่งการแบ่งกระบวนการและขั้นตอนการผลิตสินค้าจึงต้องพิจารณาถึงหลักการที่ยอมรับว่าสินค้าชนิดเดียวกันนั้น สามารถกลายเป็นสินค้าที่แตกต่างกันได้ทางด้านกายภาพ หากมีกระบวนการและขั้นตอนการผลิตสินค้าที่แตกต่างกัน โดยแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

1. กระบวนการและขั้นตอนการผลิตสินค้าที่เกี่ยวข้องกับตัวสินค้า (Product related PPMs: PR-PPMs) ซึ่งปรากฏให้เห็นได้จากคุณสมบัติทางกายภาพของสินค้าที่ผลิตเสร็จแล้ว (End-product) โดยสามารถพิจารณาได้จากลักษณะทางกายภาพของสินค้า (Product characteristic) นั้น
2. กระบวนการและขั้นตอนการผลิตสินค้าที่ไม่ได้เกี่ยวกับตัวสินค้า (Non-Product related PPMs: NPR-PPMs) ที่กำหนดขึ้นจากเงื่อนไขอื่นไม่เกี่ยวกับคุณลักษณะเฉพาะตัวของสินค้าทางกายภาพแต่อย่างใด

โดยกระบวนการและขั้นตอนการผลิตสินค้าที่ไม่ได้เกี่ยวกับตัวสินค้าที่นิยมนำมาใช้แยกสินค้าซึ่งเป็นข้อยกเว้นในการเลือกปฏิบัติต่อสินค้าของสมาชิกองค์การการค้าโลกนั้น แบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

1. กระบวนการและขั้นตอนการผลิตสินค้าที่ไม่ได้เกี่ยวกับตัวสินค้าที่กำหนดขึ้นเป็นเงื่อนไขเฉพาะสำหรับมาตรการที่กำหนดให้ผู้นำเข้าจะต้องผ่านกระบวนการต่างๆ กับหน่วยงานของรัฐก่อนที่จะนำสินค้าเข้าสู่ตลาดได้ เช่น การได้รับใบอนุญาตเฉพาะด้านในสินค้าประเภทเคมีภัณฑ์ หรือการรับรองเกี่ยวกับการใช้สารอันตรายในของเล่นเด็กตามมาตรการป้องกันด้านสุขอนามัย เป็นต้น หรือสำหรับสินค้าที่จะได้รับอนุญาตให้นำเข้าสู่ตลาด เช่น การกำหนดห้ามผลิตหรือห้ามจำหน่ายสินค้าที่ผลิตจากหนัสดั้วที่มีได้มาจากการล่าโดยชนเผ่าพื้นเมืองหรือด้วยวิธีการล่าตามประเพณีดั้งเดิม
2. กระบวนการและขั้นตอนการผลิตสินค้าที่ไม่ได้เกี่ยวกับตัวสินค้าที่เป็นมาตรการติดฉลาก (Labellings) ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขในการให้ข้อมูลเพิ่มเติมแก่ผู้บริโภค โดยเฉพาะอย่างยิ่งสินค้าประเภทบริโภคและส่วนผสมของอาหาร เช่น การกำหนดเงื่อนไขการติดฉลากที่แสดงถึงความเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมและสิ่งมีชีวิต หรือการรับรอง

¹⁷⁶ ในการพิจารณาวงจรชีวิต (Life-cycle) นั้น ไม่ได้มีมาตรฐานกำหนดประเด็นนี้เอาไว้ จึงขึ้นอยู่กับกฎเกณฑ์ภายในของแต่ละประเทศ และขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของฝ่ายฉลากแต่ละประเทศด้วยเช่นกัน ซึ่งยังพิจารณาละเอียด ค่าใช้จ่ายที่ย่อมสูงขึ้นตาม. See, Mullett, G. (1997). ISO 14000: Harmonizing Environmental Standards and Certification Procedures Worldwide. *Minnesota Journal of Global Trade*, 6 (1), 379-400 at 383.

¹⁷⁷ Cf., สมาชิกองค์การการค้าโลกสามารถกำหนดเงื่อนไขที่แตกต่างกับสินค้าชนิดเดียวกันเนื่องจากมี PPMs ที่แตกต่างกันได้ ซึ่ง Appellate Body ได้เคยพิจารณาว่าการห้ามนำเข้าสัตว์คุ้มครองเป็นมาตรการที่ขัดแย้งกฎหมายถ้าหากประเทศผู้ผลิตกำหนดว่าเป็นสัตว์ป่าสงวนหรือสัตว์คุ้มครอง. See, WTO–Appellate Body. (1998). United States–Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products; Report of the Appellate Body AB-1998-4 (WT/DS58/AB/R).

¹⁷⁸ Conrad, C. R. (2011). *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. (New York: Cambridge University Press), p. 28.

¹⁷⁹ กระบวนการผลิตและกรรมวิธีการผลิตจึงมักจะถูกกำหนดขึ้นด้วยเงื่อนไขทางด้านการเมืองและเศรษฐกิจ. See, Potts, J. (2008). *The Legality of PPMs under the GATT: Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy*. Winnipeg, International Institute for Development.

กรรมวิธีการผลิต เป็นต้น

เมื่อพิจารณาประเด็นเรื่องป้ายฉลากที่นำมาใช้กับกาแฟแล้ว รัฐบาลจึงจะต้องตรวจสอบป้ายฉลากต่างๆ นั้น โดยไม่ให้กลายเป็นการปฏิบัติที่สร้างอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ และจะต้องดำเนินการแก้ไข หากมาตรการดังกล่าวเกิดเป็นอุปสรรคในภายหลัง

ดังนั้น ป้ายฉลากในบทความนี้ คือ ป้ายฉลากแฟร์เทรดซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐาน (Standard) โดยเอกชน จึงเป็นกระบวนการและขั้นตอนการผลิตสินค้าที่ไม่ได้เกี่ยวกับตัวสินค้า ประกอบกับสอดคล้องตามหลักของ TBT Agreement กับข้อบัญญัติการปฏิบัติที่ดีย่อมเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าระหว่างประเทศ¹⁸⁰ อีกทั้งภาครัฐเองก็สนับสนุนการติดฉลากที่แสดงคุณลักษณะต่างๆ ของสินค้าเป็นแรงจูงใจให้กับบรรดาผู้ผลิตดำเนินการต่างๆ เพื่อให้ได้รับฉลากเหล่านั้นมา อันเป็นผลดีต่อสังคมโดยที่รัฐไม่ต้องออกกฎหมายภายในรัฐใดๆ มาบังคับเลย ซึ่งอาจกระทบต่อกฎเกณฑ์ในการเลือกปฏิบัติภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกเลย¹⁸¹

7. ป้ายฉลากระบบตรวจสอบโดยสมัครใจรูปแบบอื่น

ปัจจุบันป้ายฉลากระบบตรวจสอบโดยสมัครใจที่มีอยู่หลากหลาย ได้รวมตัวกันอยู่ภายใต้สมาคมการรับรองคุณภาพ และป้ายฉลากทางด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ (The International Social and Environmental Accreditation and Labelling (ISEAL) Alliance)¹⁸² โดยระบบตรวจสอบหลักที่ใช้กับกาแฟ นอกเหนือไปจากแฟร์เทรดมี 3 ระบบ¹⁸³ ดังนี้

1) ระบบอินทรีย์ (Organic) ในปัจจุบันมีความเสี่ยงต่อการได้รับสารเคมีต่างๆ ที่มาจากอาหาร น้ำดื่ม อากาศ และสิ่งแวดล้อม ด้วยพิษภัยของสารพิษที่ปนเปื้อนอยู่ในอาหารและสิ่งแวดล้อมรอบตัว ทำให้ร่างกายสะสมสารพิษ และส่งผลให้เกิดภาวะเสี่ยงต่อโรคร้ายไข้เจ็บต่างๆ อาหารอินทรีย์จึงกลายมาเป็นจุดเริ่มต้นของกระแสคนรักสุขภาพ เพราะเป็นอาหารที่ผ่านการผลิตทางการเกษตร ตั้งแต่ก่อนการปลูกจะต้องเตรียมหน้าดินก่อนด้วยวิธีธรรมชาติ เมล็ดพันธุ์ที่ไม่ตัดต่อทางพันธุกรรม เพาะปลูกโดยไม่ใช้สารเคมี ปุ๋ยเคมี หรือวัตถุสังเคราะห์ใดๆ ทั้งสิ้น เพื่อให้ทุกขั้นตอนการผลิตจะไร้สารปนเปื้อนที่เกิดจากโรงงานอุตสาหกรรมหรือมนุษย์

¹⁸⁰ Brown, G. H. (2004). Making Coffee Good to the Last Drop: Laying the foundation for sustainability in the international coffee trade. *Georgetown International Environmental Law Review*, 16 (2), 247-280, at 259-262.

¹⁸¹ Okubo, A. (1999). Environmental Labeling Programs and the GATT/WTO Regime. *Georgetown International Environmental Law Review*, 11 (3), 599-646. Cf., United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body, adopted 6 Nov. 1998, WT/DS58/AB/R.

¹⁸² เป็นการร่วมมือขององค์กรภาคเอกชนระหว่างประเทศที่ต่างทำหน้าที่กำกับดูแลสร้างมาตรฐานที่ยั่งยืน (Sustainability standards) และระบบการตรวจสอบ (Certification) โดยใช้มาตรการปฏิบัติที่ดีสำหรับการตั้งมาตรฐานทางด้านสังคมและสิ่งแวดล้อม (Code of Good Practice for Setting Social and Environmental Standards). See, ISEAL Alliance. (2015). *An Introduction to ISEAL*. (London: ISEAL Alliance). ปัจจุบันมีสมาชิกเต็ม (Full members) จำนวน 21 องค์กร และสมาชิกสมทบ (Associate Members) จำนวน 2 องค์กร. See, ISEAL Alliance. ISEAL members. Retrieved 4 April 2018. From <https://www.isealliance.org/about-iseal/iseal-members>.

¹⁸³ See, Reinecke, J. et al. (2012). The Emergence of a Standards Market: Multiplicity of Sustainability Standards in the Global Coffee Industry. *Organization Studies*, 33 (5-6), 791-814; see also, Levy, D. et al. (2015). The Political Dynamics of Sustainable Coffee: Contested Value Regimes and the Transformation of Sustainability. *Managing for Political Corporate Social Responsibility*, 53 (3), 364-401.

สหพันธ์เกษตรอินทรีย์นานาชาติ (International Federation of Organic Agriculture Movement) ซึ่งเป็นเครือข่ายขององค์กรด้านเกษตรอินทรีย์ระหว่างประเทศ ที่มีสมาชิกมากกว่า 750 องค์กร ในกว่า 100 ประเทศทั่วโลก ได้กำหนดค่านิยมของเกษตรอินทรีย์เอาไว้ซึ่งเป็นค่านิยมที่ได้รับความนิยมมากที่สุด ไว้ดังนี้

“ระบบการผลิตที่ให้ความสำคัญกับความยั่งยืนของสุขภาพดิน ระบบนิเวศ และประชาชน เกษตรอินทรีย์พึ่งพาอาศัยกระบวนการทางนิเวศวิทยา ความหลากหลายทางชีวภาพ และวงจรธรรมชาติ ที่มีลักษณะเฉพาะของแต่ละพื้นที่ แทนที่จะใช้ปัจจัยการผลิตที่มีผลกระทบทางลบ เกษตรอินทรีย์ผสมผสานองค์ความรู้พื้นบ้าน นวัตกรรม และความรู้ทางวิทยาศาสตร์ในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม และส่งเสริมความสัมพันธ์ที่เป็นธรรม และคุณภาพชีวิตที่ดีของทุกๆ อย่างที่เกี่ยวข้อง”¹⁸⁴

นอกจากนี้ สหพันธ์เกษตรอินทรีย์นานาชาติยังกำหนดหลักการสำคัญของเกษตรอินทรีย์เอาไว้จำนวน 4 ข้อ¹⁸⁵ คือ

(ก) มิติด้านสุขภาพ (Health) เกษตรอินทรีย์จะต้องส่งเสริมและสร้างความยั่งยืนให้กับสุขภาพอย่างเป็นองค์รวมของดิน พืช สัตว์ มนุษย์ และโลก

(ข) มิติด้านนิเวศวิทยา (Ecology) เกษตรอินทรีย์จะต้องตั้งอยู่บนรากฐานของระบบนิเวศวิทยา และวัฏจักรแห่งธรรมชาติ การผลิตการเกษตรจะต้องสอดคล้องกับวิถีแห่งธรรมชาติ และช่วยทำให้ระบบและวัฏจักรธรรมชาติเพิ่มพูนและยั่งยืนมากขึ้น

(ค) มิติด้านความเป็นธรรม (Fairness) เกษตรอินทรีย์จะต้องอยู่บนความสัมพันธ์ที่มีความเป็นธรรมระหว่างสิ่งแวดล้อมโดยรวมและสิ่งมีชีวิต และ

(ง) มิติด้านการดูแลใส่ใจ (Care) การบริหารจัดการเกษตรอินทรีย์จะต้องดำเนินการอย่างระมัดระวัง และรับผิดชอบ เพื่อปกป้องสุขภาพและความเป็นอยู่ของทุกคนทั้งในปัจจุบันและอนาคต รวมทั้งพิทักษ์ปกป้องสภาพแวดล้อมโดยรวมด้วย

สำหรับหลักการสำคัญของเกษตรอินทรีย์นั้น เป็นระบบการรับรองการบริหารจัดการการผลิต ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการส่งเสริมและเสริมสร้างแร่ธาตุในดิน และห้ามใช้สารเคมีสังเคราะห์ เพื่อให้เกิดความสมดุลในระบบนิเวศวิทยาแต่ก็มีได้มีสภาพบังคับตามกฎหมาย จึงจำเป็นจะต้องอาศัยกฎหมายภายในเป็นเครื่องมือกำกับรับรองดังที่ปรากฏในสหภาพยุโรป¹⁸⁶ และประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁸⁷ ซึ่งในบางประเทศเกษตรอินทรีย์อาจเป็นเพียง

¹⁸⁴ See, International Federation of Organic Agriculture Movement. Definitions for Organic Agriculture. Retrieved 4 April 2018. From <http://www.ifoam.bio/en/organic-landmarks/definition-organic-agriculture>.

¹⁸⁵ See, Principles of Organic Agriculture. Retrieved 4 April 2018. From <http://www.ifoam.bio/en/organic-landmarks/principles-organic-agriculture>. แต่ก็มีหลักการที่กำหนดโดยองค์กรอื่นด้วย เช่น คณะกรรมาธิการโครงการมาตรฐานอาหาร FAO/WHO (Codex Alimentarius Commission: CAC) ภายใต้โครงการมาตรฐานอาหารระหว่างประเทศ (Joint FAO/WHO Food standards Programme) ของสหประชาชาติ เป็นต้น. See, Codex Alimentarius Commission. (2007). **Organically Produced Foods**. 3rd. ed. Rome: Codex Alimentarius Commission.

¹⁸⁶ See, Council Regulation (EC) No. 834/2007 on organic production and labelling of organic products and repealing Regulation (EEC) No 2092/91, 2007 O.J. (L 189) 1; Council Regulation (EC) No. 889/2008 on organic production and labelling of organic products with regard to organic production, labelling and control, 2008 O.J. (L 250) 1.

¹⁸⁷ The Organic Foods Production Act 1990. Pub. L. No. 101-624; 104 Stat. 3359, 3935-3951 (1990), 7 U.S.C. §§ 6501-6522 (Supp. 1991).

ความสมัครใจของผู้ผลิตที่จะใช้ป้ายฉลากตามกฎหมายหรือไม่ก็ได้ เช่น ประเทศไทย¹⁸⁸ เป็นต้น

กาแฟอินทรีย์จึงถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการดึงดูดผู้บริโภคพร้อมๆ กับการตื่นตัวด้านเกษตรอินทรีย์ที่เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยผลกำไรที่กลับไปสู่เกษตรกรผู้ผลิตจึงมีความหลากหลายขึ้นอยู่กับคุณภาพและแหล่งกำเนิดของกาแฟ รวมถึงมูลค่าเพิ่มที่มาพร้อมกับป้ายฉลากอื่นๆ ด้วย¹⁸⁹

2) ระบบกาแฟสิ่งแวดล้อม กาแฟก็เหมือนพืชเศรษฐกิจชนิดอื่นที่เมื่อมีความต้องการปริมาณมากๆ จึงมีการนำสายพันธุ์ดั้งเดิมมาปรับปรุง และปรับเปลี่ยนวิธีการปลูกเพื่อให้ได้ผลผลิตสูงสุด¹⁹⁰ ในกรณีของกาแฟนั้นคือการปรับปรุงพันธุ์ให้เติบโตได้ดีในที่สูง ทนแสงแดดจัด เพื่อให้ต้นกาแฟออกผลผลิตในปริมาณมาก การปลูกกาแฟในช่วง 40-50 ปีหลังจึงกลายเป็นการปลูกแบบพืชเชิงเดี่ยวเพื่อให้ง่ายต่อการเก็บเกี่ยว ซึ่งนำไปสู่การบุกรุกพื้นที่ป่าเขตร้อนเพื่อขยายพื้นที่เพาะปลูก¹⁹¹ ในช่วงกลางของยุคทศวรรษที่ 90 นักชีววิทยาค้นพบว่า นกอพยพเขตร้อน (Tropical migratory songbird) ลดจำนวนลงอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการปลูกกาแฟโดยใช้วิธีการสมัยใหม่¹⁹² ที่โค่นต้นไม้ใหญ่ในบริเวณเดิมที่เคยให้ร่มเงาและใช้สารเคมีช่วยในการเพาะปลูก¹⁹³ รวมไปถึงนโยบายของรัฐบาลที่ถูกนำมาใช้พัฒนาพื้นที่ทางไกลที่ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจ¹⁹⁴ แต่ทว่าการกระทำดังกล่าวกลับส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เนื่องจากการปรับปรุงพื้นที่เพื่อการเพาะปลูกจึงทำให้ไม่มีต้นไม้ในพื้นที่ และคุณภาพของดินเสื่อมสภาพ จนคุณภาพของระบบนิเวศวิทยาลดลงอันนำไปสู่ปัญหาในการผลิตในระยะยาวต่อไป¹⁹⁵ จึงทำให้ยังทำการเพาะปลูกด้วยวิธีการสมัยใหม่ ยิ่งทำให้เกษตรกรต้องเผชิญกับการเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อมและกลายเป็นปัญหาต่อไปในอนาคต¹⁹⁶ จึงเกิดแนวคิดที่จะให้เกษตรกรหวนคืนกลับมาเพาะปลูกตามแนวทางดั้งเดิมที่เป็นมิตรกับสภาพแวดล้อมมากขึ้น ซึ่งป้ายฉลากกาแฟที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการยอมรับมี 2 ระบบหลัก คือ กาแฟเพื่อนนก (Bird Friendly) ของศูนย์นกอพยพแห่งสมิธโซเนียน (The Smithsonian Migratory Bird Center) กับพันธมิตรแห่งป่าสายฝน (Rainforest Alliance)

¹⁸⁸ รายละเอียด โปรดดู, กองรับรองมาตรฐาน สำนักงานมาตรฐานสินค้าเกษตรและอาหารแห่งชาติ, กระทรวงเกษตรและสหกรณ์. หลักเกณฑ์/เงื่อนไข การตรวจประเมินเพื่อการยอมรับความสามารถของหน่วยรับรองสินค้าเกษตรและอาหาร สาขาเกษตรอินทรีย์. (15 มกราคม 2559). เข้าถึงได้ 20 พ.ค. 2560. จาก http://www.acfs.go.th/cssa/data/ACFS-CSSA-R-SD-09_08_150116.pdf.

¹⁸⁹ Pay, E. (2009). op. cit. p. 9.

¹⁹⁰ จนทำให้สภาพนิเวศวิทยาเสื่อมโทรม และขาดความยั่งยืนลงในที่สุด. See, Rice, R. & Ward, J. (1996). *Coffee, Conservation, and Commerce in the Western Hemisphere*. Washington, D.C.: Smithsonian Migratory Bird Center.

¹⁹¹ Perfecto, I. et al. (1996). Shade Coffee: A disappearing refuge for biodiversity. *BioScience*, 46 (8), 598-608.

¹⁹² Tangle, L. (1996). The Case of the Missing Migrants. *Science*, 274 (5291), 1299-1300.

¹⁹³ Luttinger, N. & Dicum, G. (2006). *The Coffee Book Anatomy of an Industry from Crop to the Last Drop*. (New York: The New Press), pp. 54-55.

¹⁹⁴ Guillerme, S. et al. (2011) Impacts of Public Policies and Farmer Preferences on Agroforestry Practices in Kerala, India. *Environmental Management*, 48 (2), 351-364.

¹⁹⁵ Leakey, R. RB. (2010). Agroforestry: A delivery mechanism for multi-functional agriculture. In Kellimore, L. R. Ed. *Handbook on Agroforestry: Management Practices and Environmental Impact* (pp. 461-471). New York: Nova Science Publishers.

¹⁹⁶ Hagger, J. et al. (2009). Shade-productivity Interactions in Coffee Agroforestry Trials in Costa Rica and Nicaragua. Universidad Nacional Agraria, Managua. Retrieved 4 April 2018. From [https://www.catie.ac.cr/ attachments/ article/638/2009-HAGGAR%20ET%20AI-Shade-coffee%20productivity\(Tech%20Serie-%20TecMeet14-CATIE\).pdf](https://www.catie.ac.cr/ attachments/ article/638/2009-HAGGAR%20ET%20AI-Shade-coffee%20productivity(Tech%20Serie-%20TecMeet14-CATIE).pdf).

กาแฟเพื่อนนก (Bird Friendly) กำเนิดจากการบุกเบิกและส่งเสริมของศูนย์วิจัยนกอพยพของสถาบันสมิธโซเนียน ที่นำเสนอแนวคิดการปลูกกาแฟใต้ร่มไม้ (Shade-grown coffee) ด้วยการนำของสถาบันสมิธโซเนียน นักสิ่งแวดล้อม เกษตรกรผู้ปลูกกาแฟ และบริษัทยักษ์ใหญ่ด้านกาแฟ ทำให้มีการจัดประชุมกาแฟยั่งยืน (Sustainable Coffee Congress) ขึ้นในปี ค.ศ. 1996 เพื่อกระตุ้นให้มีการแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมอันเกิดจากการปลูกกาแฟ และหันกลับมาส่งเสริมวิธีการปลูกกาแฟใต้ร่มไม้เชิงอนุรักษ์¹⁹⁷

ข้อกำหนดที่สำคัญสำหรับกาแฟที่จะได้รับเครื่องหมายกาแฟเพื่อนนก¹⁹⁸ คือ 1. ต้องได้รับการรับรองมาตรฐานการผลิตแบบอินทรีย์แล้ว ตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อินทรีย์ของกระทรวงเกษตรสหรัฐอเมริกา (U.S. Department of Agriculture)¹⁹⁹ และ 2. ต้องปลูกในที่ที่มีต้นไม้ใหญ่พันธุ์พื้นเมืองอย่างน้อย 10 ชนิด ปกคลุมไม่ต่ำกว่า 40 เปอร์เซ็นต์ของพื้นที่ (Shadegrow coffee plantations) ในช่วงเวลาที่ยั่งยืน²⁰⁰

ส่วนองค์กรพันธมิตรแห่งป่าสายฝน (Rainforest Alliance) นั้น ก่อตั้งในปี ค.ศ.1987 โดยนายแดเนียลคาทส์ (Daniel Katz) มีจุดมุ่งหมายเพื่อลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม รวมถึงอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และความยั่งยืนของท้องถิ่นนั้นๆ ด้วยการกำหนดพื้นที่สำหรับการเพาะปลูกอย่างเป็นสัดส่วน ทำให้ลดการทำลายป่าไม้และให้สัตว์ป่าได้มีที่อยู่ เป็นองค์การไม่แสวงหากำไรที่ตั้งอยู่ในสหรัฐอเมริกาและคออสตาริกา มีตราสัญลักษณ์เป็นกบน้อยตัวเขียว

พันธมิตรแห่งป่าสายฝนนั้นจึงทำงานร่วมกับชาวไร่กาแฟ เจ้าของที่ป่าไม้ และบริษัทเอกชนต่างๆ เพื่อที่จะร่วมกันปกป้องสัตว์ป่าและระบบนิเวศวิทยาในทีนั้นๆ ให้เจริญเติบโตอย่างมั่นคง หน่วยงานที่ทำการรับรองคือ เครือข่ายเกษตรยั่งยืน (Sustainable Agriculture Network: SAN)²⁰¹ การได้รับรองจากพันธมิตรแห่งป่าสายฝนนั้น ช่วยกระตุ้นความร่วมมือและความรับผิดชอบต่อการผลิตสินค้าและบริการ ระหว่างผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องภาคส่วนต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น บริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ นักอนุรักษ์นิยม ชาวไร่ชาวนา จนถึงผู้ประกอบการขนาดเล็กในตลาดโลก ซึ่งพันธมิตรแห่งป่าสายฝนจะมีความเข้มงวดในเงื่อนไขการได้รับการรับรองน้อยกว่าของกาแฟเพื่อนนก

3) ระบบรับรองอุทซ (UTZ Certified) เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1997 ด้วยความร่วมมือกันระหว่างเจ้าของไร่กาแฟชื่อนายนิค บัคแลนด์ (Nick Bocklandt) และพ่อค้าเมล็ดกาแฟชาวดัตช์ (Ward de Groot) เพื่อให้เกิดการค้าขายเมล็ดกาแฟที่ได้จากการทำการเกษตรที่เป็นธรรม ไม่เอารัดเอาเปรียบเกษตรกรหรือคนงานในไร่

¹⁹⁷ Rice, R. A. (1997). *Proceedings Memorias-1st Sustainable Coffee Congress September 1996*. Washington, D.C.: Smithsonian Migratory Bird Center.

¹⁹⁸ Smithsonian's National Zoo & Conservation Biology Institute. Bird Friendly Coffee. Retrieved 4 April 2018. From <https://nationalzoo.si.edu/migratory-birds/bird-friendly-coffee>.

¹⁹⁹ See, U.S. Department of Agriculture. Organic Regulations. Retrieved 4 April 2018. From <https://www.ams.usda.gov/rules-regulations/organic>.

²⁰⁰ ระบบการวัดความหนาแน่นจะใช้เครื่องวัดความเข้มแสงแดด (Solar densitometer).

²⁰¹ เครือข่ายเกษตรยั่งยืนได้กำหนดมาตรฐาน 10 ด้าน คือ 1) ระบบการจัดการสังคมและสิ่งแวดล้อม 2) การอนุรักษ์ระบบนิเวศวิทยา 3) การคุ้มครองสัตว์ป่า 4) การอนุรักษ์น้ำ 5) การปฏิบัติที่ยุติธรรมและสร้างสภาพแวดล้อมการทำงานที่ดีให้แก่ผู้ปฏิบัติงาน 6) อาชีวอนามัยและความปลอดภัย 7) ความสัมพันธ์กับชุมชน 8) การบริหารจัดการพืชแบบผสมผสาน 9) การบริหารจัดการและอนุรักษ์ดิน 10) การบริหารจัดการของเสียแบบผสมผสาน. See, Sustainable Agriculture Network. Our sustainability principles. Retrieved 4 April 2018. From <http://san.ag/web/our-standard/our-sustainability-principles/>.

และเป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม โดยเน้นแนวทางการทำการเกษตรแบบยั่งยืนเป็นบรรทัดฐาน โครงการความร่วมมือนี้ เกิดเป็นรูปธรรมในปี ค.ศ. 2001 โดยใช้ชื่อว่า อุทซ กาแป (UTZ Kapeh) หมายความว่า กาแฟที่ดี²⁰² และมีการใช้ป้ายฉลากนี้กับเมล็ดกาแฟในปี ค.ศ. 2002 ความสำเร็จของ UTZ Kapeh เริ่มแพร่หลายจึงมีการขยาย การให้การรับรองกับเมล็ดโกโก้ (Cocoa) ขึ้น ทำให้ต้องมีการเปลี่ยนแปลงชื่อเพื่อให้การรองรับสามารถขยาย ขอบเขตและกลายเป็นระบบรับรองอุทซตั้งแต่ปี ค.ศ. 2007 เป็นต้นมา และเริ่มให้การรับรองชาในปี ค.ศ. 2010 จนล่าสุดให้การรับรองเฮเซลนัทในปี ค.ศ. 2014

ปัจจุบัน บริษัท อโฮคอฟฟี่ จำกัด (Ahold Coffee Company) ดำเนินการรับรองอุทซ โดยอาศัย แนวปฏิบัติ (Code of Conduct) ของตนเองในการเพาะปลูกกาแฟที่ยั่งยืน อันอยู่บนพื้นฐานของแนวปฏิบัติ ด้านเกษตรที่ดีของกลุ่มค้าปลีกแห่งสหภาพยุโรป (Good Agricultural Practices of the European Retailer Group: EUREP-GAP) และแนวปฏิบัติทางสังคมตามมาตรฐานความรับผิดชอบต่อสังคม SA 8000 (Social Accountability 8000)²⁰³ โดยมีเป้าหมายในการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในด้านต่างๆ²⁰⁴ เป็นระบบที่มีความเข้มงวด น้อยที่สุดในบรรดาระบบรับรองกาแฟหลัก²⁰⁵ และมีจำนวนสมาชิกเครือข่ายมากที่สุด²⁰⁶ เพราะบริษัทคว่ำกาแฟ ไม่ต้องจ่ายเงินเพิ่ม และสามารถใช้กับโรงกาแฟขนาดกลางและใหญ่ได้ด้วย ถึงกระนั้น ผู้บริโภคก็สามารถมั่นใจ ได้ว่าสินค้าดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการต่างๆ ตั้งแต่การเพาะปลูกจนถึงขึ้นวางขายโดยเกษตรกรและคนงานได้รับ เงินค่าจ้างที่ยุติธรรมและได้รับการส่งเสริมสุขภาพ สวัสดิภาพในการทำงาน ไม่มีการใช้แรงงานเด็ก ไม่มีการเลือก ปฏิบัติในความแตกต่างทางเพศ สีผิวและความเชื่อ และส่งเสริมการทำการเกษตรที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม²⁰⁷

8. ปัญหาของป้ายฉลากกาแฟแฟร์เทรด

ด้วยความหลากหลายของป้ายฉลากที่นอกเหนือไปจากป้ายฉลากแฟร์เทรดแล้ว ยังมีป้ายฉลากจากองค์กร เอกชนอื่นๆ ด้วย ดังนั้น ผู้บริโภคจึงมีเหตุผลต่างกันในการเลือกกาแฟที่มีฉลากใดฉลากหนึ่งด้วยเหตุผลและ ความพอใจที่แตกต่างกันไป ผู้บริโภคบางส่วนทราบว่าฉลากแสดงบนผลิตภัณฑ์กาแฟนั้นแสดงความหมายว่า อย่างไรก็ดี และเกิดเป็นแรงจูงใจให้เลือกซื้อกาแฟที่มีป้ายฉลากอย่างใดอย่างหนึ่ง²⁰⁸ ตามที่ตนพึงพอใจ²⁰⁹ ด้วยสาเหตุ

²⁰² อุทซ (Utz) แปลว่าดี กาแป (Kapeh) แปลว่ากาแฟ เป็นคำที่มาจากภาษายันของชาว Quiché ในประเทศกัวเตมาลา.

²⁰³ Social Accountability International. SA8000® Standard. Retrieved 4 April 2018. From <http://www.sa-intl.org/index.cfm?fuseaction=page.viewpage&pageid=1689>.

²⁰⁴ Stichting UTZ Certified. Coffee. Retrieved 4 April 2018. From <https://utz.org/what-we-offer/certification/products-we-certify/coffee/>.

²⁰⁵ Conroy, M. E. (2007). *Branded!: How the 'certification revolution' is transforming global corporations*. (British Columbia: New Society Publisher), p. 252.

²⁰⁶ See, Potts, J. et al. (2014). *The State of Sustainability Initiatives [SSI] Review, 2014: Standards and the Green Economy*. Winnipeg, Manitoba, Canada: International Institute for Sustainable Development.

²⁰⁷ Potts, J. et al. (2014). *The State of Sustainability Initiatives [SSI] Review, 2014: Standards and the Green Economy*. (Winnipeg, Manitoba, Canada: International Institute for Sustainable Development), p. 162.

²⁰⁸ Loureiro, M. L. & Lotade, J. (2005). Do Fair Trade and Eco-Labels in Coffee Wake Up the Consumer Conscience?. *Ecological Economics*, 53 (1), 129-138.

²⁰⁹ Zadek, S. et al. (1998). *Social labels: Tools for ethical trade – Executive Summary*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.

แตกต่างกันไป เช่น ต้องการลดความไม่เท่าเทียมกันในโลก²¹⁰ รู้สึกดีที่ได้ให้ความช่วยเหลือผู้อื่น²¹¹ ต้องการแสดงให้เห็นสถานภาพทางสังคม²¹² สะท้อนภาพลักษณ์ของตนเอง²¹³ หรือชื่อเสียงของตน²¹⁴ เป็นต้น

แม้ว่าไม่ได้มีปัยฉลากรูปแบบใดที่จะสามารถครอบครองใจของผู้บริโภคส่วนใหญ่ได้²¹⁵ อีกทั้งองค์กรต่างๆ ก็สร้างกฎเกณฑ์ของตนเองออกมาทั้งทับซ้อนและแตกต่างกัน จนกลายเป็นการแข่งขันกันระหว่างหน่วยงานต่างๆ เพื่อให้ตนเองเป็นมาตรฐานของตลาด²¹⁶ ความแตกต่างนี้นำมาสู่ค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบที่ต่างกันอีกด้วย ผู้ผลิตที่ต้องการให้ผลิตภัณฑ์ของตนมีปัยฉลากที่หลากหลาย จำเป็นต้องแบกรับค่าใช้จ่ายและเวลาในการตรวจสอบที่เพิ่มมากขึ้นตามประเภทของแต่ละปัยฉลากเป็นการดึงดูดผู้ซื้อได้มากขึ้นก็ตาม ผู้ผลิตจึงต้องชั่งน้ำหนักในการที่จะลงทุนปรับปรุงระบบให้สอดคล้องตามมาตรฐานต่างๆ ของแต่ละปัยฉลากเหล่านั้น²¹⁷ ซึ่งบริษัทขนาดใหญ่ ค่าใช้จ่ายเหล่านี้ไม่เป็นประเด็นปัญหา แต่ผู้ผลิตขนาดเล็กและขนาดกลางมักจะไม่มีเงินทุนเพียงพอที่จะดำเนินการขอใช้ปัยฉลากได้²¹⁸

²¹⁰ Ernst, F. & Schmidt, K. (1999). A Theory of Fairness, Competition and Cooperation. *Quarterly Journal of Economics*, 114 (3): 817-868; Becchetti, L. & Rosati, F. (2005). **The Demand for Socially Responsible Products**. ECINEQ Working Paper 2005-04. Milan: European Center for the Study of Income Inequality.

²¹¹ Andreoni, J. (1989). Giving with Impure Altruism: Applications to Charity and Ricardian Equivalence. *Journal of Political Economy*, 97(6), 1447-1458; Andreoni, J. (1990). Impure Altruism and Donations to Public Goods: A Theory of Warm-Glow Giving. *Economic Journal*, 100 (401), 464-477; Baron, D. P. (2009). Clubs, Credence Standards, and Social Pressure. In M. Potoski & A. Prakash. (Eds). **Voluntary Programs: A Club Theory Perspective** (pp. 41-86). Cambridge MA: MIT Press.

²¹² Hollaender, H. (1990). A Social Exchange Approach to Voluntary Cooperation. *American Economic Review*, 80(5), 1157-1167; Freeman, R. B. (1997). Working for Nothing: The Supply of Volunteer Labor. *Journal of Labor Economics*, 15 (1), 140-166; Cialdini, R. (2003). Crafting Normative Messages to Protect the Environment. *Current Directions in Psychological Science*, 12 (4), 105-109; Goldstein, N. J. & Cialdini, R. B. (2008). Normative Influences on Consumption and Conservation Behaviors. In M. Wanke. (Ed). **Social Psychology of Consumer Behavior** (pp. 273-296). New York: Psychology Press; Willer, R. (2009). Groups Reward Individual Sacrifice: The Status Solution to the Collective Action Problem. *American Sociological Review*, 74 (1), 23-43.

²¹³ Batson, C. D. (1998). Altruism and Prosocial Behavior. In D. Gilbert et al. (Eds). **Handbook of Social Psychology**, vol. II (pp. 282-316). New York: McGraw Hill; Benabou, R. & Tirole, J. (2006). Incentives and Prosocial Behavior. *American Economic Review*, 96 (5), 1652-1678.

²¹⁴ Glazer, A. & Konrad, K. (1996). A Signaling Explanation of Charity. *American Economic Review*, 86 (4), 1019-1028; Harbaugh, W. (1998). The Prestige Motive for Making Charitable Transfers. *American Economic Review*, 88 (2), 277-282; Fehr, E. & Fischbacher, U. (2003). The Nature of Altruism. *Nature*, 425 (October), 785-791.

²¹⁵ E.g., Ingenbleek, P. T. M. & Reinders, M. J. (2013). The Development of a Market for Sustainable Coffee in The Netherlands: Rethinking the Contribution of Fair Trade. *Journal of Business Ethics*, 113 (3), 461-474.

²¹⁶ Reinecke, J. et al. (2012). The Emergence of a Standards Market: Multiplicity of Sustainability Standards in the Global Coffee Industry. *Organization Studies*, 33 (5/6), 789-812.

²¹⁷ ในส่วนของภาครัฐเองก็ควรที่จะสนับสนุนให้ผู้ผลิตมีความเข้มแข็งสามารถพัฒนาผลิตภัณฑ์ของตนเองได้. See, Liu, P. (2010). Voluntary Environmental and Social Labels in the Food Sector. In Albert, J (Ed). **Innovations in Food Labelling**. (pp. 117-136). (Oxford: Woodhead Publishing Limited), 136.

²¹⁸ Da Motta Veiga, P. (2000). Environment-related Voluntary Market Upgrading Initiatives and International Trade: Eco-labelling Schemes and the ISO 14000 Series. (pp. 53-91). In D. Tussie (Ed.). **The Environment and International Trade Negotiation: Developing country stakes**. Basingstoke, Hampshire: Macmillan.

ความแตกต่างของป้ายฉลากกาแฟยังสร้างความสับสนให้ผู้บริโภคส่วนใหญ่ที่ยังไม่เข้าใจถึงความแตกต่างเหล่านั้น²¹⁹ เพราะแม้ว่าป้ายฉลากสินค้าจะเป็นที่รู้จักเป็นอย่างดี สำหรับผู้บริโภคเปี่ยมคุณธรรม (Ethical consumer) หรือผู้ที่เข้าไปซื้อสินค้าในร้านทางเลือก แต่ทว่าผู้บริโภคโดยทั่วไปที่ซื้อของตามร้านย่อมขาดความเข้าใจ²²⁰ เมื่อบรรดาสินค้าที่มีป้ายฉลากต่างๆ วางจำหน่ายควบคู่ไปกับสินค้าปกติ หรือแม้แต่คิดว่าเป็นยี่ห้อใหม่²²¹ เพราะสำหรับผู้บริโภคส่วนใหญ่ใช้เวลาตัดสินใจในการซื้อสินค้าเพียงชั่วอึดใจ ก็ยากที่จะเปลี่ยนใจจากสินค้าที่ตนเองซื้อตามปกติ

นอกเหนือจากนั้น กฎเกณฑ์มาตรฐานของป้ายฉลากที่มีความหลากหลายยังส่งผลต่อการบริโภค เพราะการที่แต่ละองค์กรมีความแตกต่างกัน จึงขาดความร่วมมือกันตกลงให้ฉลากกาแฟมีความเป็นเอกภาพ และสามารถใช้เป็นฐานให้ผู้ประกอบการร่วมมือกันสร้างพลังในการต่อรอง จากสถิติพบว่า มีเกษตรกรเพียงราว 1.6 ล้านคน ที่เข้าร่วมกับองค์กรใดองค์กรหนึ่ง จากจำนวนผู้ผลิตกาแฟทั้งหมดกว่า 25 ล้านคนทั่วโลก²²² ซึ่งกาแฟแฟร์เทรดเองที่แม้ว่าจะมีพัฒนาการมาหลายปีแล้วก็ตาม หากทว่ามีแต่เพียงผู้ผลิตรายย่อยเท่านั้นที่รวมพลังกันสร้างแรงจูงใจให้มีความมั่นคงทางด้านการเงินอย่างยั่งยืน

ผลจากการสำรวจก็พบว่าผู้บริโภคเองก็ต้องการให้มีป้ายฉลากที่เป็นครอบคลุมทั้งด้านสังคมและสิ่งแวดล้อม แต่ไม่ว่าจะเป็นป้ายฉลากประเภทใดก็เข้าถึงแต่เพียงผู้บริโภคระดับบน อันมีจำนวนน้อย จนทำให้กาแฟที่มีป้ายฉลากไม่ว่าประเภทใดก็ไม่อาจส่งผลต่อส่วนแบ่งการตลาดได้ การที่จะรวมป้ายฉลากให้เป็นรูปแบบเดียวกันนั้น มีผู้นำเสนอวิธีการที่หลากหลายไม่ว่าจะเป็นกลไกการออกกฎหมายภายในประเทศ²²³ หรือการตั้งองค์กรระหว่างประเทศเป็นผู้กำกับดูแล²²⁴ เช่นเดียวกับผลิตภัณฑ์อื่นๆ เช่น ในอุตสาหกรรมเสื้อผ้าแสดงการถนอมผ้า²²⁵ การไม่บังคับใช้แรงงานในการผลิต²²⁶ หรือการแปรรูปไม้²²⁷ ที่ต่างประสบความสำเร็จในการทำป้ายฉลากให้เป็นสากลอยู่ในรูปแบบเดียวกัน

²¹⁹ Giovannucci, D. (2001). **Sustainable Coffee Survey of the North American**. Long Beach, CA: Specialty Coffee Industry. Specialty Coffee Association of America; Giovannucci, D. (2003). Emerging Issues in the Marketing and Trade of Organic Products. In D. Giovannucci & K. J. Koekoek. (Eds). **Organic Agriculture: Sustainability, markets, and policies** (pp. 187-198). Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development; Consumers International. (2004). **Green Food Claims**. London: Consumers International; Teisl, M. F. et al. (1999). Eco-certification: why it may not be a "field of dreams". **American Journal of Agricultural Economics**, 81 (5), 1066-1071.

²²⁰ Lyon, S. (2006). Evaluating Fair Trade Consumption: Politics, defetishization and producer participation. **International Journal of Consumer Studies**, 30 (5), 452-464 at 457-459.

²²¹ Giovannucci, D. & Ponte, S. (2005). Standards as a New Form of Social Contract?: Sustainability initiatives in the coffee industry. **Food Policy**, 30 (3), 284-301, at 289.

²²² Fairtrade Labelling Organizations International. Coffee. Retrieved 4 April 2018. From <https://www.fairtrade.net/products/coffee.html>.

²²³ Brown, G. H. (2004). op. cit. pp. 267-278.

²²⁴ Gullman, B. (2014). Rescuing the Future of the International Coffee Trade with a Voluntary Certification and Labeling Scheme. **The George Washington International Law Review**, 46 (3), 647-675.

²²⁵ Nayak, R. & Padhye, R. (2015). Care Labelling of Clothing. In R. Nayak & R. Padhye. (Eds). **Garment Manufacturing Technology** (pp. 427-446). Kidlington: Woodhead Publishing.

²²⁶ Dickson, M. A. (2001). Utility of No Sweat Labels for Apparel Consumers: Profiling label users and predicting their purchases. **Journal of Consumer Affairs**, 34 (1), 96-119.

²²⁷ Hock, T. (2001). The Role of Eco-Labels in International Trade: Can timber certification be implemented as a means to slowing deforestation. **Colorado Journal of International Environmental Law and Policy**, 12 (2), 347-365.

ดังนั้น ปัญหาที่กาแฟแฟรเทอร์ต้องเผชิญสำหรับผู้บริโภคที่ยินดีจะจ่ายเพิ่มให้กับสินค้าที่มีการรับรอง คือ ความไม่เข้าใจของสำคัญของป้ายฉลากแฟรเทอร์ ซึ่งผู้บริโภคที่ขาดข้อมูลจนสำคัญผิดว่าเป็นป้ายยี่ห้อใหม่ หรือความสับสนระหว่างป้ายฉลากแฟรเทอร์กับป้ายฉลากอื่นๆ ทั้งนี้ ไม่ว่ารูปแบบใดย่อมดีกว่าที่ปล่อยให้แต่ละฝ่าย สร้างป้ายฉลากมาแสดงอยู่บนกาแฟ และก่อให้เกิดความสับสนต่อผู้บริโภค และยังทำให้ความสำคัญของป้ายฉลาก ต่างๆ ที่ควรสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับกาแฟ กลับทำให้ความสำคัญของป้ายฉลากลดความสำคัญน้อยกว่าที่ควร จะเป็น อย่างไรก็ตาม การแพร่ขยายของป้ายฉลากต่างๆ ก็อาจจะเป็นผลดี เพราะผู้บริโภคต่างก็มีความต้องการ ที่หลากหลาย ดังนั้น การที่มีป้ายฉลากหลากหลายย่อมสามารถตอบสนองความต้องการที่หลากหลายด้วยเช่นกัน

9. บทสรุป

เมื่อการใช้กฎหมายระหว่างประเทศกำกับดูแลการค้ากาแฟระหว่างประเทศ เพื่อสร้างความเป็นธรรม ให้กับการค้ากาแฟประสบกับความล้มเหลว ทำให้สถานการณ์การค้ากาแฟ เกิดความไม่สมดุล ในการกระจาย ความเป็นธรรม ผลประโยชน์ของห่วงโซ่อุปทานกาแฟ และความทุกข์ของเกษตรกรผู้ผลิตกาแฟที่ถูกซ้ำเติมด้วยคลื่น ของโลกาภิวัตน์ ทำให้การพัฒนาขาดความยั่งยืนและผลประโยชน์ทั้งองคัมของบรรดาผู้ผลิตก็เป็นเพียงต้นบอนไซ แม้ทางออกจะไม่ได้สมบูรณ์แบบและเหมาะสมสำหรับทุกคน อย่างไรก็ตาม หนทางของกาแฟนั้นยังคงต้องอาศัย ระยะเวลาเดินทางอีกยาวนาน และมีอยู่หลากหลายหนทางสู่ความสำเร็จ

ระบบแฟรเทอร์ถือเป็นหนึ่งในแนวทางที่เกิดมาจากการผลักดันให้หลังจากภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม ในการแก้ไขปัญหาในระดับโลก ซึ่งเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในดินแดนอื่น ด้วยการทำให้ผู้บริโภคยินดีที่จะซื้อสินค้าในราคา ที่เพิ่มมากขึ้นและนำเงินรายได้ส่วนต่างนั้นกลับคืนสู่ผู้ผลิตให้มากขึ้นตาม แม้ว่าการที่ผู้บริโภคยินดีจะจ่ายสินค้า ในราคาที่เพิ่มมากขึ้น เพราะด้วยความรู้สึกรับผิดชอบต่อสังคมหรือด้วยสาเหตุประการอื่นใดก็ตาม ผลกระทบที่ได้ แน่นนอน คือ ผู้ผลิตได้รับกำไรมากขึ้น และชีวิตความเป็นอยู่ของครอบครัวและชุมชนพัฒนาขึ้น ความเป็นอยู่ มีความยั่งยืนมากขึ้น และผู้ผลิตสมัครใจปรับปรุงสภาพการทำงานให้สอดคล้องกับมาตรฐานที่องค์กรแรงงาน ระหว่างประเทศกำหนดแม้ว่ารัฐของตนจะไม่ได้เข้าร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาเหล่านั้นก็ตาม

แฟรเทอร์จึงเป็นอีกเครื่องมือหนึ่งในการค้ากาแฟระหว่างประเทศ ที่สามารถกระจายความยุติธรรม (Distributive justice)²²⁸ และสร้างความเป็นธรรม²²⁹ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ภาคเอกชนกำหนดขึ้นมาและได้รับการ ยอมทั้งจากผู้ผลิตและผู้บริโภคโดยสมัครใจ แฟรเทอร์จึงมีส่วนร่วมสร้างความเป็นธรรมในสังคมโดยสมัครใจ มากเพิ่มขึ้น

การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ เป็นแนวทางอื่นนอกจากการออกเป็นกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็สามารถ ทำให้สังคมนั้นยอมปฏิบัติตามพันธกรณีสากลต่างๆ ที่รัฐของตนไม่พร้อมที่จะผูกพันก็ตาม ในสหภาพยุโรปซึ่งเป็น ตลาดขนาดใหญ่สำหรับสินค้าแฟรเทอร์ ยังไม่มีการออกกฎหมายสหภาพยุโรป (European legislation) ที่เกี่ยวข้อง

²²⁸ See, Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard, MA: Harvard University Press; cf., Nozick, R. (2001). *Anarchy, State, and Utopia*. Oxford: Blackwell.

²²⁹ Franck, T. M. (1998). *Fairness in International Law and Institutions*. (New York: Oxford University Press), pp. 8-9.

กับแฟร์เทรดโดยตรง²³⁰ มีแต่เพียงนโยบายที่ส่งเสริมการใช้แฟร์เทรดเป็นเครื่องมือให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน²³¹ ส่วนสหรัฐอเมริกา มีแฟร์เทรดอเมริกาซึ่งเป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรเป็นผู้ออกมาตราฐานซึ่งรัฐบาลกลางไม่ได้เข้าไปควบคุมในการกำหนดกฎเกณฑ์ด้วย²³² และให้หน่วยงานอิสระภายนอกเป็นผู้ตรวจสอบ²³³

แม้ว่าเงื่อนไขในการที่รับป้ายฉลากแฟร์เทรดจะไม่ได้มาโดยง่าย และต้องใช้ต้นทุนจำนวนหนึ่ง เนื่องจากต้องผ่านขั้นตอนการตรวจสอบที่หลากหลาย ซึ่งเกษตรกรรายย่อยถือว่าเป็นต้นทุนที่เพิ่มขึ้น เป็นภาระจำนวนมาก จึงเป็นข้อจำกัดของแฟร์เทรดที่ไม่สามารถทำให้แพร่หลาย ตลาดของแฟร์เทรดที่ดูแม้ว่าจะมีสัดส่วนไม่มากก็ตาม แต่ป้ายฉลากแฟร์เทรดก็ยังคงเติบโตแบบกระจุกตัวเฉพาะอยู่กับผู้บริโภคในยุโรปและอเมริกาเท่านั้น ยังไม่แพร่หลายไปทั่วโลก อีกทั้งผู้บริโภคส่วนใหญ่ก็ไม่ทราบถึงความแตกต่างของป้ายฉลากต่างๆ

ในส่วนของผู้ผลิตกาแฟในประเทศไทย แฟร์เทรดเป็นหนทางที่ผู้ผลิตกาแฟในประเทศควรพิจารณานำมาใช้ปรับปรุงกระบวนการผลิตเพื่อให้ได้คุณภาพตามมาตรฐานสากล เป็นการเพิ่มมูลค่า และสามารถส่งออกไปแข่งขันในตลาดโลกได้²³⁴ เพราะลำพังเพียงตลาดในประเทศยุโรป และประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกำลังซื้อ (Purchasing power) มากเพียงพอสำหรับปริมาณผลผลิตของกาแฟไทย แนวทางของกาแฟไทยจึงควรแข่งขันที่คุณภาพไม่ใช่ที่ปริมาณ ดังนั้น การกระจายผลประโยชน์ระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภคจึงเป็นสถานการณ์ที่ทั้งสองฝ่ายต่างก็ได้ประโยชน์ (Win-Win situation) ถึงแม้ว่าป้ายฉลากกาแฟจะเป็นความสมัครใจของผู้ผลิตก็ตาม หากแต่ว่าในตลาดระดับบนแล้ว การใช้ป้ายฉลากกาแฟรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งก็เป็น *de facto* มาตรฐานขั้นต่ำที่ผู้บริโภคใช้เป็นทางเลือกในการบริโภคกาแฟ

²³⁰ Fair Trade Advocacy Office. EU Policies on Fair Trade. Retrieved 18 July 2018. From <http://www.fairtrade-advocacy.org/fair-trade-and-the-eu/eu-policy-on-fair-trade>.

²³¹ E.g., European Commission communication. A Global Partnership for Poverty Eradication and Sustainable Development after 2015. Brussels, 5.2.2015 COM (2015) 44 final; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Stronger Role of the Private Sector in Achieving Inclusive and Sustainable Growth in Developing Countries, COM (2014) 263 final, 13/05/2014; Piebalgs, A. European Commissioner for Development, on the Fair Trade Beyond 2015 Declaration, Fair Trade Advocacy Office press release, 23/09/2013.

²³² Fair Trade USA. Fair Trade Standards. Retrieved 18 July 2018. From <https://www.fairtradecertified.org/business/standards>.

²³³ E.g., see. SCS Global Services. Fair Trade Certification: Recognizing Sustainability and Equitable Trade. Retrieved 18 July 2018. From <https://www.scsglobalservices.com/services/fair-trade-certification>.

²³⁴ สินค้าไทยที่ดำเนินธุรกิจในระบบแฟร์เทรดและจำหน่ายในตลาดโลก ได้แก่ ข้าวหอมมะลิ ข้าวฉาว ข้าวกล้อง สับปะรดกระป๋อง และสินค้าเชรามิก เป็นต้น. โปรดดู, แฟร์เทรด (FAIRTRADE) ยกระดับสินค้าส่งออกไทย สู่ตลาดโลก. (2557). เข้าถึงเมื่อ 18 กรกฎาคม 2561 จาก http://www.ditp.go.th/contents_attach/87465/87465.pdf, หน้า 5.

ปัญหาผลทางกฎหมายบางประการของมาตรา 227 เกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สิน

Legal Problems of Section 227 About the Debtor Subrogating to the Creditor in Property

ศรัณย์ พิมพ์งาม*

และ ปณณธร เชื้อนแก้ว*

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Ba2llawboy@gmail.com

บทคัดย่อ

มาตรา 227 บัญญัติว่า “เมื่อเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มตามราคาทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว ท่านว่าลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธินั้นๆ ด้วยอำนาจกฎหมาย” ซึ่งถ้อยคำที่ว่า “สิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธินั้นๆ” แนวความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่า เมื่อลูกหนี้ได้ชำระค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน สิทธิที่จะถูกรับช่วงไปตามมาตรา 227 หมายความว่ารวมถึงสิทธิในทางทรัพย์สินและกรรมสิทธิ์ด้วย ทำให้ตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ซึ่งลูกหนี้ได้ทำการชำระหนี้จะถูกรับช่วงไปโดยผลของกฎหมาย พร้อมกันกับสิทธิเรียกร้องซึ่งเจ้าหนี้นี้มีต่อบุคคลอื่นในตัวทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางการตีความกฎหมายที่ว่า วัตถุแห่งการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 นั้นหมายความว่าถึงสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องในทางหนี้หรือบุคคลสิทธิเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดการรับช่วงสิทธิในทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด

คำสำคัญ: มาตรา 227, รับช่วงสิทธิ

* นิติศาสตรบัณฑิตและนิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เนติบัณฑิตไทย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน 10330

** นิสิตชั้นปีที่ 3 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Abstract

The Civil and Commercial Code section 227 prescribes that “when a creditor has received as compensation for damage the full value of the thing or right which is the subject of the obligation, the debtor is, by operation of law, subrogated into the position of the creditor with regard to such thing or right.” There are some academic views which are in line with the legal opinion that the debtor, who paid compensation for damage the full value of the thing or right which is the subject of the obligation, is subrogated into the position of the creditor about personal rights and real rights of such thing or right. However, there is an academic view which argues that the debtor is subrogated into the position of the creditor with only the personal rights. The authors agree with the latter scholarly view for a variety of reasons that, under the Section 227, only personal rights are subrogated.

Keywords: Section 227, Subrogation

1. บทนำ

การรับช่วงสิทธิ คือ การที่สิทธิเรียกร้องเปลี่ยนมือจากเจ้าหนี้คนเดิมไปยังเจ้าหนี้คนใหม่โดยผลของกฎหมาย ซึ่งอาจเกิดจากการที่บุคคลซึ่งเป็นเจ้าหนี้และมีสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเป็นลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตน หากแต่มีบุคคลอื่นตามที่กฎหมายกำหนดเข้ามาชำระหนี้แทน ทำให้บุคคลดังกล่าวเข้ารับช่วงสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่ได้ตนได้ชำระให้ไป และชอบที่จะใช้สิทธิทั้งปวงบรรดาที่เจ้าหนี้นั้นมีอยู่ได้อันรวมถึงประกันทั้งหลายแห่งหนี้ด้วย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 226 วรรคหนึ่ง¹ และด้วยผลของมาตรา 227 บุคคลดังกล่าวย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ²

โดยบทความนี้จะได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์รับช่วงสิทธิในระบบกฎหมายไทยและจะมุ่งพิจารณาที่มาตรา 227 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “เมื่อเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มตามราคาทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว ท่านว่าลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ ด้วยอำนาจกฎหมาย” โดยจะศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิว่า วัตถุประสงค์ของการช่วงสิทธิซึ่งลูกหนี้ได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งในมาตรา 227 ใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติว่า **สิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ** จะมีลักษณะเป็นสิทธิในทางหนี้หรือสิทธิในทางทรัพย์สิน และจะหมายความรวมถึงกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินเสียหายซึ่งลูกหนี้ผู้รับช่วงสิทธิได้ชำระหนี้ชดเชยค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้แล้วด้วยหรือไม่

2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิ

2.1 แนวคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิ

การรับช่วงสิทธิ คือ การที่สิทธิเรียกร้องเปลี่ยนมือจากเจ้าหนี้คนเดิมไปยังเจ้าหนี้คนใหม่โดยมิใช่ผลของเจตนาหรือนิติกรรมแต่โดยผลของกฎหมาย³ การรับช่วงสิทธิอาจเกิดจากการที่บุคคลซึ่งเป็นเจ้าหนี้และมีสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเป็นลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่ตน แต่มีบุคคลอื่นซึ่งอาจเป็นลูกหนี้ของตน หรือเป็นเจ้าหนี้ด้วยกันแต่อยู่ในลำดับหลัง หรืออาจเป็นผู้ซื้อสังหาริมทรัพย์ หรืออาจเป็นลูกหนี้ร่วม หรืออาจเป็นผู้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้ผู้อื่น หรืออาจเป็นบุคคลภายนอกมาชำระหนี้ให้เจ้าหนี้แทน และกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่เข้ามาชำระหนี้แทนเหล่านี้เข้ารับช่วงสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ด้วยอำนาจแห่งกฎหมาย⁴ โดยมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้พร้อมทั้งมีสิทธิในประกันหนี้ทุกอย่างเสมือนกับเจ้าหนี้เดิมด้วย⁵ หากเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องอยู่อย่างไร

¹ มาตรา 226 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ ชอบที่จะใช้สิทธิทั้งหลายบรรดาที่เจ้าหนี้นั้นมีอยู่โดยมูลหนี้ รวมทั้งประกันแห่งหนี้ที่ตนได้ไต่ถามของตนเอง”

² มาตรา 227 บัญญัติว่า “เมื่อเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มตามราคาทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว ท่านว่าลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ ด้วยอำนาจกฎหมาย”

³ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2556), หน้า 254.

⁴ ศันสน์กรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 382.

⁵ เรื่องเดียวกัน.

ผู้รับช่วงสิทธิก็เข้าสวมตำแหน่งของเจ้าหนี้ในการใช้สิทธิเรียกร้องเป็นเช่นนั้น⁶ ซึ่งวัตถุประสงค์ของการช่วงสิทธิอันจะได้ไปแก่บุคคลผู้ทำการช่วงสิทธินั้น ย่อมได้แก่สิทธิที่จะได้แก่เจ้าหนี้เดิมเรียกว่าสิทธิเรียกร้องและสิทธิอุปกรรมที่เกี่ยวข้อง โดยสิทธิอุปกรรมก็คือสิทธิในการประกันทั้งหลายไม่ว่าประกันด้วยบุคคลหรือทรัพย์สิน แต่ต้องเป็นสิทธิอุปกรรมของสิทธิเรียกร้องดังกล่าวเท่านั้น⁷

อย่างไรก็ดี การรับช่วงสิทธิต้องจำกัดเคร่งครัดตามตัวบทกฎหมาย เนื่องจากโดยทั่วไปความผูกพันทางหนี้เป็นเรื่องผูกพันกันส่วนตัวระหว่างเจ้าหนี้ลูกหนี้ ใครจะเข้าไปเอาสิทธิของเจ้าหนี้เป็นของตนโดยเจ้าหนี้ไม่ยินยอมด้วยมิได้ ทางฝ่ายลูกหนี้ก็ไม่มีใครจะมาเป็นเจ้าของหนี้เขาโดยเขาไม่ได้รับเห็นยินยอมด้วยเช่นกัน หากแต่การรับช่วงสิทธิเกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายจึงเป็นการยกเว้นหลักทั่วไปที่กล่าวข้างต้นนี้ ฉะนั้น เมื่อเป็นการกระทำที่อาจฝ่าฝืนขัดใจกันได้ กฎหมายจึงต้องกำหนดให้มีได้แต่ในเฉพาะกรณีที่พึงได้ประโยชน์สมควรอย่างยิ่ง ดังนั้น หลักสำคัญเบื้องต้นจึงมีว่า กฎหมายจะยอมให้บุคคลเข้าใช้หนี้รับช่วงสิทธิได้ก็แต่เฉพาะผู้มีส่วนได้เสียตามที่กฎหมายระบุไว้⁸

โดยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรับช่วงสิทธิกำหนดไว้ในมาตรา 226, 227, 229 และ 230 ซึ่งสถานการณ์ที่จะเกิดมีการรับช่วงสิทธิขึ้นได้ตามกฎหมายไทยนั้น ได้แก่ การที่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียอย่างหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้ เข้ามาใช้หนี้แก่เจ้าหนี้อันมิใช่เพราะเป็นตัวแทนของลูกหนี้ซึ่งมิได้เข้าลักษณะเป็นการจัดการงานนอกสั่ง และมีใช้ลักษณะการทำให้โดยเสนหา โดยปกติจึงเป็นเรื่องที่ใช้หนี้โดยมุ่งหมายจะสว่นสิทธิส่วนได้เสียของผู้ใช้เองไว้ เพื่อที่จะได้เรียกร้องบังคับเอาแก่ลูกหนี้ต่อไป ผลในกฎหมายตามมาตรา 226 วรรคหนึ่งนั้น บุคคลผู้รับช่วงสิทธิชอบที่จะใช้สิทธิทั้งปวงบรรดาที่เจ้าหนี้มีอยู่ได้ รวมทั้งประกันทั้งหลายแห่งหนี้ด้วย⁹ รับช่วงสิทธิจึงเป็นการที่สิทธิเรียกร้องในมูลหนี้เปลี่ยนมือจากเจ้าหนี้เดิมมาเป็นของเจ้าหนี้ใหม่¹⁰ โดยผลของกฎหมาย ซึ่งการใช้สิทธิทั้งหลายในฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิจึงต้องเป็นสิทธิทั้งหลายซึ่งเจ้าหนี้มีอยู่ในมูลหนี้¹¹ หรือก็คือบรรดาสิทธิเรียกร้องหรือสิทธิทางหนี้ของเจ้าหนี้นั้นเอง¹² อันอาจเป็นได้ทั้งสิทธิในหนี้อันเป็นประธานและสิทธิอันเป็นอุปกรรมแห่งหนี้¹³

⁶ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้ (พระนคร: โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), หน้า 182.

⁷ ศันสน์กรณ โสถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 382.

⁸ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคบริบูรณ์) ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 742.

⁹ เรื่องเดียวกัน.

¹⁰ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา, 2559), หน้า 256; โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 253.

¹¹ ดารารพร ถิระวัฒน์, กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 149.

¹² เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 182

¹³ พะยาเทพพิฑูร และ ยล ธีรกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353 ปรับปรุงโดย ดารารพร ถิระวัฒน์ และ ชวิน อุณัฏฐ์ (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงค์พิทย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 99; ศันสน์กรณ โสถิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 383.

นอกจากนี้ หลักเกณฑ์เรื่องรับช่วงสิทธิยังได้ถูกกำหนดในมาตราถัดไป คือ มาตรา 227 ซึ่งวางหลักเกณฑ์กรณีเมื่อเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มตามราคาทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว ลูกหนี้ยอมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ ด้วยอำนาจกฎหมาย กรณีรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 นี้ จึงเป็นเรื่องที่ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ฝ่ายเจ้าหนี้ และเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายนั้นแล้ว อันเป็นการแตกต่างกับการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 229 ซึ่งเป็นเหตุเพียงเจ้าหนี้ยังมิได้รับชำระหนี้ จึงไม่มีการเสียหายเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิอันเป็นวัตถุแห่งหนี้แต่อย่างใด¹⁴

2.2 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิในมาตรา 227

กรณีการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 เป็นเรื่องที่ลูกหนี้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้เพื่อความเสียหายที่บุคคลอื่นก่อขึ้นแก่เจ้าหนี้ซึ่งมักจะเป็นมูลหนี้ละเมิด แต่ลูกหนี้มีความรับผิดชอบตามสัญญาที่จะต้องชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นด้วย อันแสดงว่าความเสียหายเกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ ของเจ้าหนี้ โดยความเสียหายนั้นเป็นมูลที่ทำให้เกิดหนี้ที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนขึ้น ซึ่งต่อมอลูกหนี้ได้เข้ามาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ และกฎหมายให้สิทธิลูกหนี้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ไปเรียกร้องต่อผู้ก่อให้เกิดความเสียหายได้ต่อไป¹⁵ หรือเป็นการเข้ารับช่วงสิทธิแทนที่ในหนี้¹⁶ ซึ่งการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องทำการชดใช้แก่ผู้เสียหายซึ่งเป็นเจ้าหนี้ไปเท่าที่เสียหายจริง เพราะผู้เสียหายไม่ควรที่จะได้รับชดใช้ค่าสินไหมเกินความเสียหายที่ได้รับ¹⁷

บทกฎหมายต่างประเทศในหลักแห่งมาตรา 227 ได้ยกร่างมาจาก¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น¹⁹ มาตรา 422²⁰ ซึ่งบัญญัติว่า²¹ “ถ้าเจ้าหนี้ได้รับชดใช้ค่าเสียหายเต็มตามมูลค่าแห่งทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ ลูกหนี้ยอมเข้ารับช่วงสิทธิอยู่ในฐานะของเจ้าหนี้ อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ โดยผลของกฎหมาย” ซึ่งนักกฎหมายญี่ปุ่น (J.E. de Becker) ได้อธิบายหลักเกณฑ์ตามมาตรา 422 ไว้ว่า²² “เมื่อเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนตามความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว เขาก็ได้รับความพึงพอใจจากตัวเงินนั้น จึงไม่มีความจำเป็นใดที่เขาจะมาใช้สิทธิของเขาเหนือทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นอีก จึงเป็น

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 743.

¹⁵ ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป, หน้า 143.

¹⁶ จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, แก้ไขเพิ่มเติมโดยดารารพร ธีระวัฒน์, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 149.

¹⁷ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 256.

¹⁸ พระยาเทพวิฑูร และ ยล ธีรกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353, หน้า 103.

¹⁹ บทบัญญัติภาษาอังกฤษ อ้างอิงจาก Japanese Law Translation, “Civil Code (Part I, Part II, and Part III)” [Online] Accessed: July 12, 2018. Available from: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2057&vm=04&re=02>

²⁰ Civil Code of Japan Article 422. “If an obligee receives the full value of any Thing or right which is the subject of the claim as the compensation for damages, the obligor shall be subrogated to the creditor in relation to such property or right by operation of law.”

²¹ คำแปลภาษาไทยโดย จุฑา กลบุญชัย, คำแปลประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บรรพ 2 หนี้ (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 5.

²² J.E. De Becker, The principle and practice of the civil code of japan (London: Butterworth & Co., Bell Yard, Temple Bar, 1921), pp. 272-273.

การสมเหตุสมผลที่ลูกหนี้ซึ่งได้ชำระค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนนั้นไปจะสามารถใช้สิทธิเหนือทรัพย์สินหรือสิทธิ เช่นว่านั้นได้ในฐานะเจ้าหนี้ ในกรณีนี้เจ้าหนี้เดิมถือว่าได้สละทรัพย์สินและสิทธิให้แก่ลูกหนี้ที่มาชำระหนี้โดยผล ของกฎหมาย”²³

ทั้งนี้ มาตรา 227 มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์แห่งการชั่งสิทธิ กล่าวคือ สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือสิทธิในมาตรา 227 ซึ่งตัวบทใช้ถ้อยคำว่า ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ด้วยอำนาจกฎหมาย คำว่า “สิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ” จะรวมไปถึง สิทธิในทางทรัพย์สินหรือหมายความรวมถึงกรรมสิทธิในตัวทรัพย์สินอันเสียหายซึ่งบุคคลซึ่งได้ชำระหนี้ชดใช้ค่าสินไหม ทดแทนให้แก่เจ้าหนี้แล้วด้วยหรือไม่

หากดูถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 227 จะพบว่า มาตรา 227 มิได้มีการกำหนดไว้โดยตรง หรือโดยชัดเจนว่า การชั่งสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ ด้วยอำนาจของกฎหมายจะรวมไปถึง สิทธิในทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิในตัวทรัพย์สินอันเสียหายหรือไม่ โดยดำริและความเห็นของนักกฎหมายเกี่ยวกับ มาตรา 227 มักจะอธิบายและยกตัวอย่างไว้คล้ายกันว่า กรณีของมาตรา 227 จะมีหนึ่งเกิดขึ้นเป็นสองส่วน คือ หนึ่งในมูลสัญญาส่วนหนึ่ง กับหนึ่งในมูลละเมิดอีกส่วนหนึ่ง ได้เข้ามาผูกพันกัน โดยหนึ่งส่วนแรก เช่น หนึ่งในมูล สัญญาที่ยืมลูกหนี้ซึ่งจะต้องรับผิดชอบในทรัพย์สินที่ติดตามบทบัญญัติในมาตรา 643 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะ²⁴ ในขณะที่เดียวกันก็เข้าหลักเกณฑ์เรื่องผิดนัดในมาตรา 217 ด้วย²⁵ คือ เป็นกรณีที่มีการผิดนัดแล้วทรัพย์สินเกิดความเสียหาย หรือสูญหายโดยการกระทำของบุคคลอื่น²⁶ เมื่อผู้ยืมได้ใช้ราคาทรัพย์สินให้เจ้าของทรัพย์สินเต็มราคาแล้ว อย่างกรณีนี้ทรัพย์สินนั้นเป็นรถยนต์ เจ้าของรถยนต์ก็มีหน้าที่ต้องโอนทะเบียนรถให้แก่ผู้ยืมต่อไป²⁷

โดยทั่วไป ความเห็นของนักกฎหมายจึงมีว่า หากลูกหนี้ได้มีการชำระหนี้ “เต็มจำนวน” หรือเจ้าหนี้ ได้รับการชดใช้หนี้ หรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือชดใช้ความเสียหายเต็มจำนวนแล้ว กรรมสิทธิในทรัพย์สิน จะถูกช่วงสิทธิไปยังลูกหนี้ผู้ที่ได้ชำระหนี้หรือชำระค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนนั้น ยกตัวอย่างเช่น คำอธิบายของ

²³ กฎหมายเยอรมันที่ใกล้เคียงกัน คือ มาตรา 255 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ซึ่งมีหลักเกณฑ์ว่า “บุคคลซึ่งต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในความเสียหายของทรัพย์สินหรือสิทธิย่อมผูกพันในการต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนเพื่อที่จะได้มาซึ่งสิทธิเรียกร้องของบุคคลผู้เสียหายซึ่งมีอยู่ต่อบุคคลที่สาม บนฐานของกรรมสิทธิในทรัพย์สินนั้นหรือบนฐานของสิทธิอันเอง” (German Civil Code Section 255. “A person who must pay damages for the loss of a thing or a right is only obliged to compensate in return for the assignment of the claims which the person entitled to damages holds against third parties on the basis of ownership of the thing or on the basis of the right.” อนึ่ง มาตรา 255 ก่อนมี การแก้ไขนั้น มีถ้อยความดังนี้ “A person who is obligated to make compensation for the loss of a thing or of a right is bound to make compensation only upon assignment to him of the claims which belong to the person entitled to compensation by virtue his ownership of the thing or by virtue of his right as against third party.” โปรดดู Ian S. Forrester, Simon L. Goren and Hans-Michael Ilgen, *The German Civil Code* (Oxford: North-Holland, 1975), p. 43.

²⁴ มาตรา 643 บัญญัติว่า “ทรัพย์สินซึ่งยืมนั้น ถ้าผู้ยืมเอาไปใช้การอย่างอื่นนอกจากการอันเป็นปกติแก่ทรัพย์สินนั้น หรือนอกจากการอันปรากฏ ในสัญญา ก็เอาไปให้บุคคลภายนอกใช้สอยก็ได้ เอาไปไว้นานกว่าที่ควรจะเอาไว้ก็ได้ ท่านว่าผู้ยืมจะต้องรับผิดชอบในเหตุทรัพย์สินนั้นสูญหายหรือบุบสลายไป อย่างหนึ่งอย่างใด แม้ถึงจะเป็นเพราะเหตุสุดวิสัย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าถึงอย่างไร ทรัพย์สินนั้นก็จะต้องสูญหายหรือบุบสลายอยู่นั่นเอง”

²⁵ มาตรา 217 บัญญัติว่า “ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายบรรดาที่เกิดขึ้นแต่ความประมาทเลินเล่อในระหว่างเวลาที่ตนผิดนัด ทั้งจะต้อง รับผิดชอบในการที่การชำระหนี้กลายเป็นหนี้วิสัยเพราะอุบัติเหตุอันเกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ตนผิดนัดด้วย เว้นแต่ความเสียหายนั้นถึงแม้ว่าตนจะได้ชำระหนี้ ทันเวลากำหนดก็จะต้องเกิดมีอยู่นั่นเอง”

²⁶ ศรีณย์ พรหมสุรินทร์, “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 95.

²⁷ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 280.

ศาสตราจารย์โสภณ รัตนกร ที่เห็นว่าหากทรัพย์หรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ของเจ้าหนี้เสียหาย แล้วมีการชำระค่าเสียหายเต็มตามราคาทรัพย์หรือสิทธินั้น ย่อมเป็นผลให้ผู้ชำระค่าเสียหายได้รับทรัพย์หรือสิทธิของเจ้าหนี้โดยอำนาจของกฎหมาย²⁸ หรือคำอธิบายของอาจารย์วิชัย วิทเสวี²⁹ หรือ ของศาสตราจารย์เสริม วินิจฉัยกุล³⁰ หรือของ หลวงประดิษฐมนูธรรม³¹ หรือตัวอย่างคำอธิบายของ พระยาเทพวิฑูร และ อาจารย์ยล ธีรกุล³² ที่ว่าการได้รับสิทธิถือว่าได้กรรมสิทธิ์เป็นเจ้าของและมีสิทธิว่ากล่าวเรียกร้องเอาของคืนจากบุคคลที่ได้ของนั้นไว้³³ เหตุผลสำคัญที่ลูกหนี้ได้รับช่วงสิทธิทางทรัพย์ก็เพราะการที่เจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจนเต็มราคาแล้ว ย่อมไม่ควรคงความเป็นเจ้าของทรัพย์นั้นไว้ หรือยึดสิทธิไว้เรียกค่าเสียหายอีกต่อหนึ่ง อันจะทำให้เกิดประโยชน์ถึงสองต่อไม่เป็นธรรมเข้าลักษณะเป็นลามกมั่วได้³⁴ และอุทธรณ์ของกรมร่างกฎหมายได้ยกตัวอย่างที่แสดงผลทางกฎหมายสอดคล้องเช่นเดียวกันกับความเห็นของนักกฎหมายข้างต้นว่า ถ้าได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มตามราคาทรัพย์ ย่อมจะได้ไปซึ่งกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์นั้น³⁵ รวมไปถึงสอดคล้องกับความเห็นของที่ประชุมกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ซึ่งระบุว่า เมื่อลูกหนี้ได้กระทำการขอใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับเจ้าหนี้เต็มราคาทรัพย์ สิทธิในทรัพย์ก็โอนมายังลูกหนี้โดยข้อบังคับของกฎหมายด้วย³⁶

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 254.

²⁹ “ตัวอย่าง ก. ผাগอกไว้กับ ข. ก. มารับคืน ข. ไม่ยอมส่งให้และกลับเอาไปใช้ส่วนตัว ในระหว่างที่ ข. ใช้รถนี้ เกิดไปชนกับรถของ ค. โดย ค. เป็นฝ่ายผิด รถของ ก. เสียหายหมด ข. ต้องใช้ราคารถให้ ก. เป็นค่าสินไหมทดแทน ดังนี้ ข. จะได้รับช่วงสิทธิของ ก. ในรถนั้น กล่าวคือ ข. ได้เป็นเจ้าของรถ และมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจาก ค. โดยเต็มบริบูรณ์,” โปรดดู วิชัย วิทเสวี, คู่มือสำหรับนักศึกษากฎหมายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: อักษรสัมพันธ์, 2516), หน้า 58.

³⁰ “ก. เอามาไปฝาก ข. ไว้ 1 ตัว ต่อมาได้มีขโมยมาลักมันไป เพราะ ข. เลินเล่อไม่ระมัดระวัง เมื่อ ข. ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายคือราคาม้าตัวนั้นแล้ว ข. ก็ได้ช่วงสิทธิของ ก. คือ ข. เข้าเป็นเจ้าของมีกรรมสิทธิ์เหนือมันนั้น หรือตัวอย่างเช่น ก. รับผูกขาดจาก ข. เป็นผู้เก็บค่าเช่าห้องแถวของ ข. แต่ปรากฏว่าเก็บค่าเช่าไม่ได้ครบ ก. จึงออกเงินค่าเสียหาย คือ ค่าเช่าที่เก็บไม่ได้มัน ดังนี้ ก. จะได้รับช่วงสิทธิในอันที่เก็บค่าเช่าที่ค้างเก็บได้นั้นมาเป็นของตน,” โปรดดู เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 185.

³¹ “นายแดงได้รับฝากแหวนเพชรของนายดำไว้ 1 วง ต่อมาแหวนเพชรนั้นหาย เพราะความประมาทเลินเล่อของนายแดง ถ้านายแดงได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้นายดำเต็มตามราคาทรัพย์นั้นแล้ว ภายหลังจับผู้ร้ายได้และได้แหวนเพชรคืน ดังนั้นนายแดงย่อมรับช่วงสิทธิของนายดำในการที่จะได้รับแหวนนั้น,” โปรดดู หลวงประดิษฐมนูธรรม, บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 (ตอนที่ 1) (กรุงเทพมหานคร: นิติสาส์น, 2472), หน้า 102-103.

³² ตัวอย่างในตำรา คือ “ก. ผาถยนต์ไว้กับ ข. ก. มารับคืน ข. ไม่ยอมส่งให้และกลับเอาไปใช้ส่วนตัวในระหว่างที่ ข. ใช้รถนี้เกิดไปชนกับรถของ ค. โดย ค. เป็นฝ่ายผิด รถของ ก. เสียหายหมด ข. ต้องใช้ราคารถให้ ก. เป็นค่าสินไหมทดแทน ดังนี้ ข. ได้รับช่วงสิทธิของ ก. ในรถนั้น กล่าวคือ ข. ได้เป็นเจ้าของรถ และมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจาก ค. โดยเต็มบริบูรณ์,” โปรดดู พระยาเทพวิฑูร และ ยล ธีรกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353, หน้า 101.

³³ “ก. ยืมของของ ข. มาใช้ ก. เลินเล่อเก็บของไม่ดี เป็นเหตุให้ของถูกขโมยไป ก. ต้องใช้ราคาของเป็นค่าสินไหมทดแทนให้แก่ ข. ดังนี้ ก. ได้รับช่วงสิทธิของ ข. ในของนั้น กล่าวคือ ก. ได้กรรมสิทธิ์เป็นเจ้าของและมีสิทธิว่ากล่าวเรียกร้องเอาของคืนจากบุคคลที่ได้ของนั้นไว้ อย่างเจ้าของทรัพย์ที่ถูกผู้ร้ายลักไป,” โปรดดู พระยาเทพวิฑูร และ ยล ธีรกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353, หน้า 101.

³⁴ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 186.

³⁵ “สมมติว่า ก. ผู้ได้รับฝากทรัพย์ของ ข. ไว้ ทำให้ของนั้นหาย หรือถูกโจรลักไป เพราะความผิดหรือประมาทเลินเล่อของตน ถ้า ก. ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ ข. เต็มตามราคาทรัพย์นั้นแล้วแต่นั้นไป ก. ได้ไว้ซึ่งกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์นั้น ในฐานะเช่นนี้ จึงมีสิทธิจะรับทรัพย์นั้นไว้หากได้คืนมาจากพวกโจร,” โปรดดู กรมร่างกฎหมาย, อุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 ฉบับกรมร่างกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยกรุงเทพ), หน้า 78.

³⁶ คณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมาย วันที่ 28 สิงหาคม 2468 เอกสารเย็บเล่ม (กรุงเทพมหานคร: ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2468), อ้างถึงใน พรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้ : บทเบ็ดเสร็จทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559) หน้า 171.

ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติมาตรา 227 ซึ่งกำหนดไว้ว่า เมื่อลูกหนี้ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนหรือเต็มราคา ทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้้นั้นแล้ว³⁷ ลูกหนี้ย่อมเข้าสวณสิทธิของเจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินหรือสิทธิอันเป็นวัตถุแห่งหนี้้นั้น³⁸ ได้มีคำอธิบายของนักกฎหมายส่วนใหญ่แสดงความเห็นเพิ่มเติมในลักษณะที่ว่า สิทธิของเจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินหรือสิทธิอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ที่ลูกหนี้ชำระค่าสินไหมทดแทนเต็มราคาได้รับช่วงมา ย่อมรวมไปถึงสิทธิเหนือตัวทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ จึงอาจถือได้ว่า หากได้ชำระหนี้แล้วเต็มจำนวน บทบัญญัติมาตรา 227 ให้ช่วงสิทธิในทางทรัพย์สินด้วย ลูกหนี้จะได้รับสิทธิในทางทรัพย์สินอย่างกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สิน³⁹ หรือได้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน⁴⁰ หรือในกรณีที่ได้รับคืนทรัพย์สิน ลูกหนี้ผู้ได้รับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 มีสิทธิจะรับทรัพย์สินนั้น⁴¹ หรือมีสิทธิจะเรียกคืนซึ่งทรัพย์สิน⁴²

ทั้งนี้ มีนักกฎหมายบางท่านได้ให้ความเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 227 อาจมีกรณีที่ลูกหนี้ชำระค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้เจ้าหนี้เพียงบางส่วนก็ได้ ซึ่งลูกหนี้ควรจะมียสิทธิได้รับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 โดยชำระหนี้ไปเท่าใดก็ได้ให้ได้รับช่วงสิทธิไปเพียงเท่านั้น⁴³

ในทางปฏิบัติพบว่า เมื่อเจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้หรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายจากลูกหนี้ครบถ้วนแล้ว ลูกหนี้ที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นย่อมเปลี่ยนฐานะช่วงสิทธิเข้าเป็นเจ้าหนี้และได้รับไปซึ่งสิทธิเรียกร้องจากเจ้าหนี้เดิมที่มีต่อบุคคลที่ก่อให้เกิดความเสียหาย⁴⁴ หากแต่การชำระค่าสินไหมทดแทน เช่น กรณีของบริษัทประกันภัยได้ชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกันภัย บริษัทประกันภัยจะได้รับช่วงสิทธิเพียงสัดส่วนเท่ากับความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เอาประกันภัยได้รับ (คำพิพากษาฎีกาที่ 9023/2543)⁴⁵ และหากผู้รับประกันภัยได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่ทรัพย์สินที่หายแก่ผู้เอาประกันภัยแล้วย่อมได้รับช่วงสิทธิในค่าสินไหมทดแทนแต่ผู้รับประกันภัยไม่อาจเรียกร้องให้มีการส่งคืนทรัพย์สินแก่ตนได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 8010/2548)⁴⁶

³⁷ วรภูมิ เทพทอง, *ตัวบทย่อ : ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ พร้อมความขยายและคำพิพากษาฎีกาที่สำคัญ* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 78.

³⁸ กัธร พันธุลาภ, *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 60-61.

³⁹ พระยาเทพวิฑูร และ ยล ธีรกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353*, หน้า 101; เสริม วินิจฉัยกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้*, หน้า 185.

⁴⁰ วิชัย วิฑูร, *คู่มือสำหรับนักศึกษากฎหมายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้*, หน้า 58; พระยาเทพวิฑูร และ ยล ธีรกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353*, หน้า 101.

⁴¹ กรมร่างกฎหมาย, *อุทธรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 ฉบับกรร่างกฎหมาย*, หน้า 78; หลวงประดิษฐ์มนูธรรม, *บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 (ตอนที่ 1)*, หน้า 102-103.

⁴² พระยาเทพวิฑูร และ ยล ธีรกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353*, หน้า 101.

⁴³ จรัญ กักติธนากุล, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยผลและความรับแห่งหนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: กรุงสยามพับลิชชิ่ง, 2558), หน้า 106; โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป*, หน้า 266.

⁴⁴ ภัทรศักดิ์ วรรณแสง, *หลักกฎหมายหนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), หน้า 94.

⁴⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 9023/2543 “...เมื่อสินค้าได้รับความเสียหายเพียง 38 เปอร์เซ็นต์ แต่โจทก์ซึ่งเป็นผู้รับประกันภัยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้บริษัท ค. ซึ่งเป็นผู้ส่งของไป 50 เปอร์เซ็นต์ ถือว่าโจทก์ใช้ค่าสินไหมทดแทนเกินกว่าความเสียหายที่แท้จริงที่ผู้เอาประกันภัยได้รับ โจทก์จึงรับช่วงสิทธิมาเป็นจำนวน 38 เปอร์เซ็นต์ตามความเสียหายที่ผู้เอาประกันภัยได้รับอย่างแท้จริงเท่านั้น”

⁴⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 8010/2548 “โจทก์ในฐานะผู้รับประกันภัยได้จ่ายค่าสินไหมทดแทนรถยนต์คันเกิดเหตุที่หายไปให้แก่ผู้เอาประกันภัยไปแล้ว ย่อมรับช่วงสิทธิในค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวเท่านั้น ไม่อาจเรียกร้องให้จำเลยส่งคืนรถยนต์คันเกิดเหตุแก่โจทก์ได้”

อย่างไรก็ดี มีความเห็นของนักกฎหมายบางท่านเห็นว่า สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินในมาตรา 227 นั้น เป็นสิทธิเรียกร้องอันเป็นสิทธิในทางหนี้ไม่รวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์ โดยศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทัย ได้เขียนหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1913/2520⁴⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่า โจทก์ทำสัญญาเช่าซื้อรถยนต์กับ นาย ส. ผู้เช่าซื้อ หลังจากนั้น รถยนต์คันดังกล่าวถูกชนเสียหายโดยรถยนต์ของจำเลย ในสัญญาเช่าซื้อระหว่าง โจทก์กับนาย ส. ได้มีข้อตกลงกำหนดให้นาย ส. ผู้เช่าซื้อทำประกันภัยในวงเงินไม่น้อยกว่า 55,000 บาท แสดงว่า โจทก์กำหนดค่าเสียหายอย่างสูงไว้เพียง 55,000 บาท โจทก์มีซากรถอยู่ เมื่อตีราคาซากรถแล้วหักออกจาก ค่าเสียหายทั้งหมด คงเหลือค่าเสียหายของโจทก์ 45,000 บาท ซากรถก็ตกเป็นของโจทก์ เมื่อจำเลยใช้ค่าเสียหาย ดังกล่าวโดยหักราคาค่าซากรถของโจทก์ออกไป กล่าวคือ จำเลยชำระไปเพียง 45,000 บาท โจทก์ไม่จำเป็นต้องคืน ซากรถให้จำเลย

หากพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1913/2520 ศาลได้วินิจฉัยว่า เมื่อจำเลยชำระ ค่าเสียหายแก่โจทก์โดยหักราคาค่าซากรถไปแล้ว โจทก์ก็ต้องคืนซากรถให้กับจำเลยผู้ชำระค่าเสียหายนั้น ซึ่งศาล มิได้พิจารณาวินิจฉัยโดยตรงในประเด็นว่า การรับช่วงสิทธิไม่รวมถึงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่เสียหาย หากแต่ในหมายเหตุ ท้ายคำพิพากษานี้ ศาลได้แสดงความเห็นทางกฎหมายไว้ว่า⁴⁸ “การรับช่วงสิทธิ ตามมาตรา 227 ไม่ได้หมายความว่ารับช่วงกรรมสิทธิ์ในซากรถไปด้วย เพราะตามมาตรา 226 นั้น สิทธิที่เจ้าหนี้ มีอยู่ในมูลหนี้เท่านั้นที่รับช่วงสิทธิไปได้ สิทธิที่มีอยู่โดยมูลหนี้ก็คือสิทธิเรียกร้องอันเป็นบุคคลสิทธิ ไม่ใช่ทรัพย์สิทธิ วิธีการที่ให้ผู้ทำละเมิดใช้ราคาศรัพยากรเต็มจำนวนเสมือนซื้อใหม่ แล้วรับซากทรัพย์ไปนั้น เป็นวิธีการใช้ค่าเสียหาย วิธีหนึ่งตามมาตรา 438 ซึ่งศาลบังคับให้ใช้โดยสถานใดเพียงใดได้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่ง ละเมิด...”

ด้วยเหตุนี้ แนวความคิดเห็นที่ว่า สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินในมาตรา 227 นั้น เป็นสิทธิเรียกร้อง อันเป็นสิทธิในทางหนี้ไม่รวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์ จึงมีเพียงแค่ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทัย ที่ได้ให้ความเห็น ทางกฎหมายอย่างชัดเจนไว้เพียงท่านเดียวว่า การรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 หมายถึงสิทธิในทางหนี้ ไม่ได้ หมายความว่ารวมถึงไปถึงสิทธิในทางทรัพย์ จึงไม่มีการรับช่วงกรรมสิทธิ์ในซากทรัพย์ เพราะตามมาตรา 226 นั้น สิทธิที่เจ้าหนี้มีอยู่ในมูลหนี้เท่านั้นที่รับช่วงสิทธิไปได้ สิทธิที่มีอยู่โดยมูลหนี้ก็คือสิทธิเรียกร้องอันเป็นบุคคลสิทธิ เท่านั้น และไม่รวมไปถึงทรัพย์สิทธิแต่อย่างใด เว้นแต่จะอาศัยฐานทางกฎหมายแห่งบทบัญญัติมาตรา 438 ในเรื่อง ละเมิด⁴⁹ ที่ศาลสามารถใช้มาตรานี้กำหนดวิธีการเยียวยา เช่น ให้ผู้ทำละเมิดชดเชยค่าสินไหมทดแทน และอาจ จะกำหนดให้ผู้รับช่วงสิทธิได้รับซากทรัพย์ไป หรือให้ซากทรัพย์คงอยู่กับผู้ที่ถูกทำละเมิด

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกา 1913/2520 “จำเลยใช้ค่าเสียหายที่ทำให้รถยนต์ของโจทก์เสียหาย โจทก์ไม่ต้องคืนซากรถแก่จำเลย เอกสารราชการในคดีคือสำเนารายงานเบ็ดเสร็จประจำวันกับสำเนารายงานการสอบสวน โจทก์ไม่ต้องส่งสำเนาแก่จำเลย สำเนา ใบมอบอำนาจติดมากับฟ้อง แล้ว โจทก์ส่งต้นฉบับต่อศาลในวันพิจารณาได้โดยไม่ต้องส่งสำเนาแก่จำเลยอีก โจทก์เสียค่าอ้างเอกสารเมื่อศาลพิพากษาแล้วก็ได้ชี้ถือว่าเสีย ค่าธรรมเนียมตาม ป.วิ.พ. ม. 149 แล้ว

ภาพถ่ายรถยนต์ที่ชนกันเป็นภาพจำลองวัตถุ ไม่ใช่ยานเอกสาร ไม่ต้องส่งสำเนาก่อนวันสืบพยาน ศาลฟังข้อเท็จจริงจากเอกสารและภาพถ่ายแสดงที่เกิดเหตุ สภาพรถ ตัวหนังสือข้างรถได้โดยไม่ต้องมีประจักษ์พยาน จำเลยขาดนัดยื่นคำให้การ จำเลยยื่นคำร้องขอยื่นคำให้การเมื่อเสร็จการพิจารณาของศาลชั้นต้นแล้ว เป็นการล่วงเลยเวลา ตามมาตรา 199”

⁴⁸ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1913/2520

⁴⁹ มาตรา 438 บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด อนึ่ง ค่าสินไหมทดแทนนั้นได้แก่การคืนทรัพย์อันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาศรัพยากรสินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อ ความเสียหายอย่างใดๆ อันได้เกิดขึ้นนั้นด้วย”

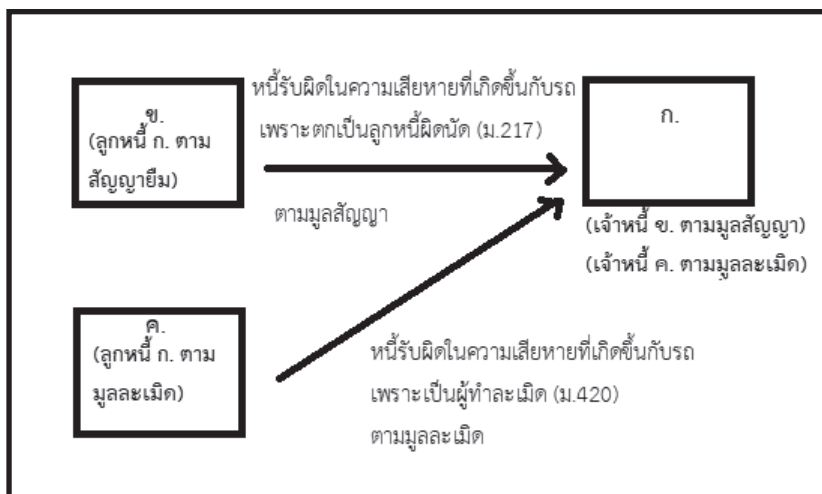
3. บทวิเคราะห์

บทบัญญัติมาตรา 227 บัญญัติว่า “เมื่อเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนความเสียหายเต็มตามราคาทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว ท่านว่าลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้นั้นเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ ด้วยอำนาจกฎหมาย” ประเด็นทางกฎหมายที่น่าสนใจ คือ ข้อความที่ว่า “ลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้นั้นเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ” วัตถุแห่งการช่วงสิทธิจะรวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์สินและหมายความรวมถึงกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากความคิดเห็นของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่และความคิดเห็นของนักกฎหมายญี่ปุ่น จะเห็นได้ว่า โดยลักษณะแล้วสิทธิของเจ้าหนี้นั้นเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ ตามมาตรา 227 นี้ ได้รวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์สินหรือรวมไปถึงกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินด้วย หากแต่การที่จะได้สิทธิในทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินที่เสียหายนั้นมา จะต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้มีการชำระหนี้อย่างเต็มจำนวน หรือเจ้าหนี้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนความเสียหายต่อทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว⁵⁰ ซึ่งเมื่อได้ชำระหนี้เต็มจำนวนดังกล่าว ลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้นั้นเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งรวมไปถึงกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินที่เสียหาย โดยลูกหนี้จะได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น หรือในกรณีที่ได้รับคืนทรัพย์สิน ลูกหนี้ผู้ได้รับการช่วงสิทธิตามมาตรา 227 มีสิทธิจะรับทรัพย์สินนั้นไว้ หรือลูกหนี้มีสิทธิจะเรียกคืนซึ่งทรัพย์สินนั้น

ยกตัวอย่างเช่น ข. ยืมรถของ ก. ไปขับ โดย ข. เป็นลูกหนี้ซึ่งมีหน้าที่จะต้องส่งคืนรถ เมื่อถึงเวลาส่งคืนรถตามที่ตกลงกัน ข. ไม่ยอมคืนรถ ทำให้ ข. ตกเป็นลูกหนี้ผู้ผิดนัด ผลทางกฎหมาย คือ ข. ต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ตนผิดนัดอยู่ แต่ทว่าในช่วงเวลาที่ ข. ผิดนัด ค. ขับรถมาชนรถของ ก. ที่ ข. ยืมมา เช่นนี้เป็นกรณีที่ ค. ทำละเมิดต่อทรัพย์สินของ ก. ทำให้เกิดสายสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างบุคคลทั้ง 3 ดังรูปในภาพต่อไป

⁵⁰ J.E. De Becker, The principle and practice of the civil code of japan, pp. 272-273; โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, หน้า 254; พระยาเทพวิฑูร และ ยล จีรกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราว่าด้วยหนี้ บรรพ 2 มาตรา 194-353, หน้า 101; วิชัย วิวิธเสรี, คู่มือสำหรับนักศึกษากฎหมายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, หน้า 58; เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, หน้า 185; กรมร่างกฎหมาย, อุทาหรณ์สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1-2 ฉบับกรรมาร่างกฎหมาย, หน้า 78; หลวงประดิษฐมนูธรรม, บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทาหรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 (ตอนที่ 1), หน้า 102-103.



(รูปอธิบายที่ 1)

โดยทั้ง ข. และ ค. จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดแก่รถนั้นให้กับ ก. โดย ก. จะมีสิทธิเรียกร้องให้ทั้ง ข. และ ค. ชำระหนี้ให้แก่ตน ดังนั้น หาก ข. ลูกหนี้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในตัวเองให้แก่ ก. อย่างเต็มจำนวนราคารถแล้ว หรือ ก. เจ้าหนี้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนความเสียหายต่อทรัพย์หรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้จาก ข. ลูกหนี้แล้ว โดยผลของกฎหมาย ข. ลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์หรือสิทธิอื่นๆ เช่น ความเสียหายเกิดขึ้น 1 ล้านบาท หาก ข. ชำระเต็มตามความเสียหาย 1 ล้านบาท ข. ลูกหนี้ย่อมได้รับช่วงสิทธิตามจำนวน 1 ล้านบาทที่ตนชำระหนี้แทนไปนั้น ซึ่งความเห็นทางกฎหมายของนักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า เมื่อชำระหนี้เต็มจำนวน ลูกหนี้ย่อมเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งจะต้องรวมไปถึงสิทธิทางทรัพย์หรือกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์ที่เสียหายด้วย หาก ข. ลูกหนี้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในตัวเองให้แก่ ก. อย่างเต็มจำนวนราคารถแล้ว ข. ลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งรวมไปถึงการได้กรรมสิทธิ์หรือการเป็นเจ้าของซากรถ

การถือว่ากรณีนี้ลูกหนี้จ่ายค่าสินไหมทดแทนไปเต็มราคาทรัพย์หรือสิทธิอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ แล้วจะเกิดผลตามกฎหมายของวิธีการช่วงสิทธิที่บัญญัติไว้ในมาตรา 227 ซึ่งจะส่งผลให้ (1) สิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในตัวรถนั้น และ (2) สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ เช่น การเรียกให้ผู้ทำความเสียหายแก่รถยนต์จ่ายค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิดให้แก่ตน ถูกช่วงสิทธิไปโดยลูกหนี้ผู้ได้ชำระหนี้ทั้งหมด อันจะทำให้ลูกหนี้ได้รับทั้งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์หรือซากรถยนต์ และสิทธิเรียกร้องที่จะเรียกให้ผู้ทำความเสียหายจ่ายค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย เสมือนสวมตำแหน่งของเจ้าหนี้มาใช้สิทธิเรียกร้องนั้น แนวคิดนี้มีฐานของเหตุผลรองรับในแง่ความเป็นธรรม เพราะถ้ายังคงให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนความเสียหายและยังคงความเป็นเจ้าของทรัพย์ และสามารถยึดสิทธิไว้เรียกช่วงทรัพย์หรือค่าเสียหายเป็น 2 ต่อ เจ้าหนี้ย่อมจะได้รับประโยชน์หลายต่อซึ่งไม่เป็นธรรมเข้าในหลักลามาภิไธยได้

ด้วยเหตุนี้ การที่ลูกหนี้ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มราคาแล้วลูกหนี้เข้าสวมสิทธิของเจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินหรือสิทธิอันเป็นวัตถุแห่งหนี้จึงมีความเหมาะสม เพราะเมื่อเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนอันได้รับราคาทรัพย์สินหรือสิทธิอันโดยเต็มแล้ว ก็ไม่ควรคงไว้ซึ่งสิทธิทั้งทางทรัพย์สินหรือสิทธิในทางหนี้กันอีกต่อไป ทั้งทรัพย์สินและบุคคลสิทธิทั้งหมดควรช่วงสิทธิตกไปยังลูกหนี้ผู้ที่ได้ชำระเต็มจำนวนดังกล่าว

อย่างไรก็ดี หากพิจารณามาตรา 227 บนความเห็นที่ว่า “การรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 ไม่ได้หมายความว่ารับช่วงกรรมสิทธิ์ในซากรถไปด้วย เพราะตามมาตรา 226 นั้น สิทธิที่เจ้าหนี้มีอยู่ในมูลหนี้เท่านั้นที่รับช่วงสิทธิไปได้ สิทธิที่มีอยู่โดยมูลหนี้ก็คือสิทธิเรียกร้องอันเป็นบุคคลสิทธิ ไม่ใช่ทรัพย์สิน...” นั่นคือ สิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินตามมาตรา 227 นี้ ไม่รวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์สินหรือไม่รวมถึงกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน

แนวคิดที่ว่า การรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 เป็นสิทธิเรียกร้องหรือสิทธิในทางหนี้ มีฐานของเหตุผลรองรับแนวคิดนี้อยู่เช่นกัน โดยเหตุที่การรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 เป็นการรับช่วงสิทธิไปได้เพียงสิทธิเรียกร้องในทางหนี้ นั่นก็เพราะเหตุผลสำคัญเกี่ยวกับกลุ่มบทบัญญัติมาตราเรื่องการรับช่วงสิทธิ เพราะโดยเหตุที่ว่า การรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 ย่อมจะต้องอยู่ในความหมายของมาตรา 226 วรรคหนึ่ง⁵¹ ซึ่งกำหนดผลทั่วไปของผลการรับช่วงสิทธิด้วย เนื่องจากมาตรา 226 วรรคหนึ่งนั้นวางหลักกฎหมายให้บุคคลผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ชอบที่จะใช้สิทธิทั้งหลายบรรดาที่เจ้าหนี้มีอยู่โดยมูลหนี้ รวมทั้งประกันแห่งหนี้ได้ในนามของตนเอง ซึ่งคำว่า “สิทธิที่เจ้าหนี้มีอยู่โดยมูลหนี้” คือ สิทธิเรียกร้องอันเป็นบุคคลสิทธิ ดังนั้น มาตรา 227 อันเป็นมาตราต่อมาซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การรับช่วงสิทธิอย่างหนึ่งย่อมควรจะต้องถือว่าสิทธิที่ลูกหนี้ได้รับช่วงสิทธิไปนั้นหมายถึงการรับช่วงสิทธิเรียกร้องหรือสิทธิในทางหนี้หรือบุคคลสิทธิเท่านั้น เนื่องจากรับช่วงสิทธิเกิดจากการชำระหนี้เป็นกรณีที่หนี้หรือสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่ก่อนของเจ้าหนี้เกิดการรับช่วงกันต่อไป หรือสิทธิเรียกร้องที่เจ้าหนี้มีนั้นได้ตกมาเป็นสิทธิเรียกร้องของผู้ที่ได้ชำระหนี้โดยผลของกฎหมาย

ส่วนเหตุผลที่กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ช่วงมาจะโอนไปแก่ลูกหนี้ผู้รับช่วงสิทธิหรือไม่นั้น เนื่องจากโดยปกติเรื่องการรับช่วงสิทธิมักจะเกี่ยวพันกับมูลหนี้ละเมิด การที่ซากของทรัพย์สินจะถูกโอนไปให้แก่ผู้รับช่วงสิทธิสามารถอาศัยอำนาจของศาลในการวินิจฉัยเพื่อประโยชน์แห่งการเยียวยาตามบทบัญญัติเรื่องค่าเสียหายละเมิดมาตรา 438 ไม่ใช่ผลอันเกิดแต่การรับช่วงสิทธิโดยตรง โดยเป็นกรณีที่ศาลอาจใช้มาตรา 438 ในการกำหนดให้ เจ้าหนี้เดิมมอบซากทรัพย์สินให้กับลูกหนี้ที่ได้เข้ามาชำระหนี้แทนเต็มจำนวนนั้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ว่า สิทธิที่จะรับช่วงตามมาตรา 227 คือ สิทธิที่เจ้าหนี้มีอยู่ในมูลหนี้เท่านั้นที่รับช่วงสิทธิไปได้ สิทธิที่มีอยู่โดยมูลหนี้ก็คือสิทธิเรียกร้องอันเป็นบุคคลสิทธิ ไม่ใช่สิทธิทางทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) มาตรา 226 บัญญัติแยกการรับช่วงสิทธิและการรับช่วงทรัพย์สินออกจากกันไว้ในแต่ละวรรค แสดงให้เห็นความแตกต่างชัดเจนว่า วรรคหนึ่งกำหนดผลของการรับช่วงสิทธิอันเป็นบุคคลสิทธิ ส่วนวรรคสองกำหนดผลของการรับช่วงสิทธิทางทรัพย์สินโดยตรง หรือที่เรียกว่าการรับช่วงทรัพย์สิน ดังนั้น เมื่อมาตรา 227 เป็นลักษณะหนึ่ง

⁵¹ มาตรา 226 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ชอบที่จะใช้สิทธิทั้งหลายบรรดาที่เจ้าหนี้มีอยู่โดยมูลหนี้ รวมทั้งประกันแห่งหนี้ได้ในนามของตนเอง”

ของการรับช่วงสิทธิก็ต้องตีความให้ผลนั้นเป็นไปตามผลทั่วไปที่บัญญัติไว้ในมาตรา 226 วรรคหนึ่ง นั่นคือลูกหนี้รับช่วงสิทธิเรียกร้องในทางหนี้หรือบุคคลสิทธิมา เมื่อมาตรา 226 วรรคหนึ่ง เป็นกรอบขนาดใหญ่ของการรับช่วงสิทธิเรียกร้อง มาตรา 227 ซึ่งเป็นลักษณะย่อยของการรับช่วงสิทธิก็ต้องตีความให้อยู่ในกรอบนี้ด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุนี้จึงไม่ควรตีความให้ไปถึงผลของการรับช่วงสิทธิในทางทรัพย์สินหรือรับช่วงทรัพย์สิน

การที่มาตรา 227 เรื่องการรับช่วงสิทธิ หมายถึง สิทธิที่เจ้าหนี้อยู่โดยมูลหนี้เท่านั้นที่รับช่วงสิทธิไปได้ ซึ่งสิทธิที่มีอยู่โดยมูลหนี้ก็คือสิทธิเรียกร้องอันเป็นบุคคลสิทธิ ไม่ใช่ทรัพย์สิน โดยอ้างถึงมาตรา 226 วรรคหนึ่ง เป็นการตีความที่มุ่งหมายจากความมุ่งหมายจากการพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายในเรื่องเดียวกัน⁵² ซึ่งกรณีนี้คือการพิจารณาบทบัญญัติเรื่องรับช่วงสิทธิประกอบกัน เพราะโดยปกติของระบบนิติวิธี บทบัญญัติที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปจะถูกนำมาบัญญัติไว้ข้างหน้าบทมาตรานอื่นๆ ในเรื่องเดียวกัน

(2) การตีความว่าสิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินในมาตรา 227 นั้น เป็นสิทธิเรียกร้องอันเป็นสิทธิในทางหนี้ ไม่รวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์สินยังส่งผลต่อเนื่องในการปรับใช้กฎหมาย สำหรับกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้โดยไม่เต็มจำนวนตามราคาทรัพย์สินหรือตามสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้

เนื่องด้วยมาตรา 227 มิได้มีการจำกัดเคร่งครัดว่าลูกหนี้ไม่สามารถชำระค่าสินไหมทดแทนความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้เพียงบางส่วน เพราะจะเห็นได้ว่าถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 227 วางเงื่อนไขกรณีของการรับช่วงสิทธิที่ลูกหนี้ได้ชำระค่าสินไหมทดแทน “เต็มตามราคา” ทรัพย์สินหรือเต็มตามราคาสินทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ จึงอาจจะตีความกฎหมายให้ลูกหนี้ที่ชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้เพียงบางส่วนได้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ตามสัดส่วนที่ตนได้ชำระหนี้ให้ไปได้ ซึ่งส่วนของค่าสินไหมทดแทนที่เหลือที่ลูกหนี้มิได้ชำระ เจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิที่จะเรียกร้องจากบุคคลที่สร้างความเสียหายแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ได้อยู่

พิจารณาจากตัวอย่างเดิมที่ ข. ยืมรถของ ก. ไปขับ โดย ข. เป็นลูกหนี้ซึ่งมีหน้าที่จะต้องส่งคืนรถเมื่อถึงเวลาส่งคืนตามที่ตกลง ข. ไม่ยอมคืนรถ ทำให้ ข. ตกเป็นลูกหนี้ผู้ผิดนัด ผลทางกฎหมาย คือ ข. ต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ตนผิดนัดอยู่ ในช่วงเวลาที่ ข. ผิดนัด หาก ค. ขับรถมาชนรถของ ก. ที่ ข. ยืมมา โดยเป็นความผิดของ ค. เอง เช่นนี้เป็นกรณีที่ ค. ทำละเมิดต่อทรัพย์สินของ ก. ทำให้เกิดสายสัมพันธ์ทางหนี้ที่ ข. ต้องชำระค่าสินไหมทดแทน “เต็มตามราคาทรัพย์สิน” ตามความหมายในมาตรา 227 คือ เต็มตามราคาทรัพย์สินในส่วนของการทรัพย์สินที่เสียหายในส่วนที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ

ดังนั้น หาก ข. ลูกหนี้มาชำระค่าสินไหมทดแทนเพียงบางส่วนก็ยังคงช่วงสิทธิทั้งหมดไปไม่ได้ เพราะเป็นกฎหมายต้องคุ้มครองให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ครบก่อน คล้ายกันกับมาตรา 230 วรรคสอง⁵³ ซึ่งตรงนี้จะเห็นได้ว่าเหตุใดการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 จึงไม่ควรรวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน เพราะมิฉะนั้นจะกลายเป็นว่า ค. ผู้ทำความเสียหายแก่ทรัพย์สินมีเจ้าหนี้สองคน คือ ก. เจ้าหนี้เดิม และ ข. ลูกหนี้ของ ก. ผู้ที่

⁵² หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, แกไขและปรับปรุงโดยสมยศ เชื้อไทย, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 127; ปรีดี เกษมทรัพย์, **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการบริหารทางวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 61-62.

⁵³ มาตรา 230 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลภายนอกผู้ใดมาใช้หนี้แทนจนเป็นที่พอใจของเจ้าหนี้แล้ว บุคคลผู้นั้นย่อมเข้ารับช่วงสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ แต่สิทธิเรียกร้องอันจะบังคับให้เสื่อมเสียแก่เจ้าหนี้หาได้ไม่”

เข้ามาชำระหนี้ค่าสินไหมทดแทนบางส่วนให้แก่ ก. เจ้าหนี้ และต่างคนต่างเป็นเจ้าของสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายต่อกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ถูกละเมิดนั้นโดยผลของกฎหมายหรือต่างมีสิทธิในทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งคู่

ด้วยเหตุนี้ การถือว่าสิทธิที่จะรับช่วงตามมาตรา 227 คือ สิทธิที่เจ้าหนี้อยู่ในมูลหนี้เท่านั้นที่รับช่วงสิทธิไปได้ สิทธิที่มีอยู่โดยมูลหนี้ก็คือสิทธิเรียกร้องอันเป็นบุคคลสิทธิ ไม่ใช่ทรัพย์สินสิทธิ จึงเข้ามาอธิบายอย่างมีเหตุผลและรับรองกรณีที่ลูกหนี้เข้ามาชำระค่าสินไหมทดแทนบางส่วน เพราะเมื่อมาตรา 227 ไม่ส่งผลในการรับช่วงสิทธิในทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ ลูกหนี้จึงอาจชำระค่าสินไหมทดแทนไม่เต็มจำนวนได้ และการกระทำดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวเกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ เพราะถือว่ามาตรา 227 รับช่วงสิทธิได้แต่เฉพาะสิทธิทางหนี้หรือสิทธิเรียกร้องเท่านั้น ลูกหนี้ที่ชำระหนี้ค่าสินไหมทดแทนบางส่วนก็จะได้รับช่วงสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ไปบางส่วนเท่าที่ได้ชำระแก่เจ้าหนี้ เป็นการอุดช่องว่างกรณีลูกหนี้ชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้แม้บางส่วน ซึ่งนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าการตีความให้เกิดการรับช่วงสิทธิบางส่วนได้จะสมกับความมุ่งหมายของกฎหมายและก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะ⁵⁴ ผู้เขียนจึงเห็นว่า การตีความว่าสิทธิเรียกร้องเท่านั้นที่รับช่วงสิทธิได้ตามมาตรา 227 สอดคล้องกับแนวคิดนี้ และสอดคล้องกับบทบัญญัติในเรื่องการชำระหนี้บางส่วนเพื่อรับช่วงสิทธิและการรับช่วงสิทธิบางส่วนมีมาตรา 230 กำหนดหลักเกณฑ์รองรับไว้แล้วว่า ถ้าลูกหนี้มาใช้หนี้แทนจนเป็นที่พอใจของเจ้าหนี้แล้ว ย่อมเข้ารับช่วงสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้บางส่วน แต่สิทธิเรียกร้องอันนี้จะบังคับให้เสื่อมเสียแก่เจ้าหนี้ไม่ได้

ดังนั้น เมื่อมาตรา 227 ส่งผลเฉพาะในการรับช่วงสิทธิในทางหนี้หรือสิทธิเรียกร้อง และรับรองแนวทางการชำระค่าสินไหมทดแทนไม่เต็มราคาของทรัพย์สินหรือสิทธิที่สามารถกระทำได้ และการชำระค่าสินไหมทดแทนไม่เต็มราคาดังกล่าวนั้นมีผลเพียงสิทธิของเจ้าหนี้ไม่ตกไปยังลูกหนี้ทั้งหมด และลูกหนี้ได้รับช่วงสิทธิในทางหนี้เท่าจำนวนที่ตนชำระค่าสินไหมทดแทน และถ้าหากลูกหนี้ต้องการได้กรรมสิทธิ์หรือสิทธิทางทรัพย์สินของทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ ลูกหนี้ก็ต้องเลือกที่จะชำระค่าสินไหมทดแทนให้เต็มตามจำนวน ซึ่งอาจอ้างหลักเกณฑ์ที่นักกฎหมายส่วนใหญ่ยอมรับกันเรื่องความเป็นธรรมว่า การที่ลูกหนี้ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนเต็มราคาแล้ว ลูกหนี้ย่อมเข้าสวมสิทธิของเจ้าหนี้เหนือทรัพย์สินหรือสิทธิอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ อันรวมถึงกรรมสิทธิ์เพราะเหตุว่า เมื่อเจ้าหนี้ได้รับค่าสินไหมทดแทนอันได้รับราคาทรัพย์สินหรือสิทธินั้นโดยเต็มแล้ว เจ้าหนี้ก็ไม่ควรคงไว้ซึ่งทั้งทรัพย์สินหรือสิทธินั้นอีกต่อไป ควรช่วงสิทธิตกไปยังลูกหนี้ผู้ที่ได้ชำระเต็มจำนวนนั้น

นอกจากนี้ โดยคำอธิบายของแนวคิดเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 ไม่ได้หมายความว่ารวมถึงการรับช่วงสิทธิทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ไปด้วย การที่ได้รับกรรมสิทธิ์ เช่น ชากทรัพย์สินไป อาจเป็นไปได้โดยการปรับใช้มาตรา 438 ในเรื่องละเมิดซึ่งศาลบังคับให้ใช้โดยสถานใดเพียงใดได้ตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด วิธีการที่ให้ผู้ทำละเมิดใช้ราคาทรัพย์สินเต็มจำนวนเสมือนซื้อใหม่ หรือเมื่อลูกหนี้ได้ชำระค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนแล้วลูกหนี้จะได้รับชากทรัพย์สินหรือได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไป ก็อาจอาศัยมาตรา 438 ในการกำหนดวิธีการเช่นนั้นได้

⁵⁴ จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้, หน้า 106.

(3) การวินิจฉัยผลทางกฎหมายตามมาตรา 227 ว่าสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้นมิได้หมายถึงสิทธิในทางทรัพย์สินสามารถสร้างความเป็นธรรม สำหรับบางกรณีที่มีการรับช่วงสิทธิในทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้

ยกตัวอย่างเช่น ข. ยืมแหวนบิดาที่เสียชีวิตของ ก. ไปสวมในงานแต่งงานของ ข. เอง โดย ข. เป็นลูกหนี้ ซึ่งมีหน้าที่จะต้องส่งคืนแหวน เมื่อถึงเวลาส่งคืนตามที่ตกลง ข. ไม่ยอมคืนแหวน ทำให้ ข. ตกเป็นลูกหนี้ผู้ผิดนัด ผลทางกฎหมาย คือ ข. ต้องรับผิดชอบในความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ตนผิดนัดอยู่ และในช่วงเวลาที่ ข. ผิดนัด หาก ค. มาขอซื้อแหวนของ ก. ที่ ข. ยืมมา เช่นนี้เป็นการที่ ค. ทำละเมิดต่อทรัพย์สินของ ก. หากแหวนวงนั้นตีมูลค่าได้ 1 ล้านบาท การที่ ข. รับผิดชอบชำระหนี้เต็มราคาทรัพย์สินจำนวน 1 ล้านบาทให้แก่ ก. ก็จะทำให้ ข. ได้ทั้งสิทธิทางหนี้และสิทธิทางทรัพย์สิน หรือได้ทั้งสิทธิเรียกร้องและกรรมสิทธิ์ในแหวนวงนั้นมา โดย ข. เอาสิทธิเรียกร้องที่ ก. มีต่อ ค. ในมูลละเมิดนั้นช่วงสิทธิไปเรียกร้องจาก ค. ได้ อันรวมไปถึงการที่ ข. ลูกหนี้ได้รับกรรมสิทธิ์ของแหวนด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่าแหวนวงนั้นมีคุณค่าทางจิตใจกับ ก. อย่างมาก แต่ว่ากรรมสิทธิ์ของแหวนได้โอนไปสู่ ข. แล้วโดยผลของการรับช่วงสิทธิที่ตั่งบนฐานของแนวคิดว่าการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 เมื่อชำระค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวนแล้วจะได้รับการช่วงสิทธิทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ไปด้วย ท้ายที่สุด ก. ก็ต้องยอมรับเงินจำนวนนั้นที่ ข. ชำระหนี้เพื่อช่วงสิทธิและเสียกรรมสิทธิ์ในแหวนวงนั้นให้แก่ ข. แม้ตนจะไม่เต็มใจก็ตาม

กรณีนี้จะเห็นได้ว่า หลักการช่วงสิทธิซึ่งมีผลทำให้กรรมสิทธิ์โอนนั้น บางครั้งก็เป็นการฝ่าฝืนความยุติธรรมตามธรรมชาติที่เจ้าหนี้เดิมอาจมีความต้องการที่จะได้ทรัพย์สินนั้นคืนมากกว่าค่าสินไหมทดแทนใดๆ ในเมื่อสิ่งของบางอย่างแม้มีตัวเงินมากมายเพียงใดก็ไม่อาจที่จะสามารถมาทดแทนซึ่งตัวทรัพย์สินนั้นได้ เหตุใดจึงไม่ให้ในสิ่งที่ควรให้แก่ผู้ที่ควรได้ ในเมื่อไม่เป็นที่เดือดร้อนแก่สังคมหรือผู้ใดเลย ในทางตรงกันข้าม หากตีความกฎหมายโดยถือว่าการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 เป็นการรับช่วงสิทธิที่เจ้าหนี้มีอยู่ในมูลหนี้หรือสิทธิเรียกร้องอันเป็นบุคคลสิทธิเท่านั้น มิใช่ทรัพย์สินหรือสิทธิทางทรัพย์สิน ทางฝ่าย ข. ก็จะได้รับช่วงไปเฉพาะสิทธิเรียกร้องในมูลละเมิดที่ ก. มีต่อ ค. ไปไล่เบี้ยกับ ค. ได้ แต่ ข. จะไม่ได้รับกรรมสิทธิ์ในแหวนวงนั้นไป และ ก. ยังคงสามารถเรียกแหวนวงนั้นมีคุณค่าทางจิตใจของตนคืนจาก ค. ได้

4. บทสรุป

การรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 ในกรณีที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้เต็มตามราคาทรัพย์สินหรือสิทธิซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้แล้ว ลูกหนี้ย่อมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธินั้นๆ ด้วยอำนาจกฎหมาย ซึ่ง “สิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธินั้นๆ” ความเห็นทางกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า สิทธิดังกล่าวหมายรวมไปถึงสิทธิในทางทรัพย์สินและกรรมสิทธิ์ เมื่อลูกหนี้รับช่วงสิทธิด้วยวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 227 แล้ว ตัวทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งหนี้ซึ่งลูกหนี้ได้ทำการชำระหนี้เต็มจำนวนก็จะถูกรับช่วงไปโดยผลของกฎหมายพร้อมกับสิทธิเรียกร้องซึ่งเจ้าหนี้มีต่อบุคคลอื่นในตัวทรัพย์สินนั้น

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าวัตถุแห่งการรับช่วงสิทธิตามมาตรา 227 นั้น หมายความว่าสิทธิเรียกร้องซึ่งเป็นสิทธิในทางหนี้เท่านั้น เพราะว่าการตีความตามผลโดยทั่วไปของมาตรา 226 บรรทัดแรก ว่าด้วยการรับช่วง

สิทธินั้น สิทธิที่พึงรับช่วงไปมีได้แค่เพียงสิทธิทางหนี้ซึ่งเป็นบุคคลสิทธิ และหลักเกณฑ์เรื่องนี้ควรจะยึดไว้เป็นกรอบในการตีความผลของการรับช่วงสิทธิทั้งหลายอันรวมถึงมาตรา 227 ด้วย ทำให้วัตถุประสงค์แห่งการช่วงสิทธิซึ่งลูกหนี้ได้ชำระหนี้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เจ้าหนี้ นั้น ที่ว่าลูกหนี้ยอมเข้าสู่ฐานะเป็นผู้รับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้อันเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือสิทธินั้นๆ การรับช่วงสิทธิดังกล่าวเป็นการรับช่วงเพียงบุคคลสิทธิหรือสิทธิในทางหนี้ ซึ่งไม่ก่อให้เกิดการรับช่วงสิทธิในทางทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์แต่อย่างใด

บทวิจารณ์หนังสือ

“The Core Human Rights Treaties and Thailand”

อนุสัญญาหลักเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและประเทศไทย

ผู้แต่ง ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตารณณ์*

บรรณาธิการ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

journal@law.chula.ac.th

หนังสือ The Core Human Rights Treaties and Thailand: a study in honour of the Faculty of Law, Chulalongkorn University, Bangkok เล่มนี้เขียนเป็นภาษาอังกฤษ โดย ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตารณณ์ ศาสตราจารย์พิเศษประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเคยดำรงตำแหน่งเป็นศาสตราจารย์ระดับ 11 ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มาเป็นเวลานาน พิมพ์ครั้งที่ 1 เมื่อปี ค.ศ.2016 เป็นฉบับที่ 117 (Volume 117) ของ International Studies in Human Rights Series แห่งสำนักพิมพ์ Brill/Nijhoff (Leiden/Boston) เพื่อเป็นเกียรติและเป็นลิขสิทธิ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หนังสือเล่มนี้ มีจุดมุ่งหมายเพื่ออธิบายภาพรวมและวิวัฒนาการของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยและพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาหลักเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน 9 ฉบับ นับตั้งแต่ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองจนถึงปี ค.ศ.2015 โดยที่ผู้เขียนได้วางโครงสร้างการอธิบายเป็นรายอนุสัญญา เรียงลำดับตามเวลาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีต่ออนุสัญญา (โดยการให้สัตยาบันหรือการภาคยานุวัติ) และตามกระบวนการรายงานต่อคณะกรรมการนานาชาติที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ผู้เขียนยังได้สอดแทรกเนื้อหาที่ปรากฏในอนุสัญญาหรือเอกสารอื่นๆ อาทิ พิธีสารที่มีผลเป็นการเพิ่มเติมหรือแก้ไขเนื้อหาของพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาหลักทั้ง 9 ฉบับ ไว้ในบทวิเคราะห์รายอนุสัญญา

* ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตารณณ์ ปัจจุบันดำรงตำแหน่งเป็นศาสตราจารย์พิเศษประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเคยดำรงตำแหน่งในสหประชาชาติอยู่หลายตำแหน่ง อาทิ ผู้รายงานพิเศษประจำสหประชาชาติว่าด้วยการขาย การค้าประเวณี และสื่ออนาจารที่เกี่ยวกับเด็ก ผู้รายงานพิเศษว่าด้วยสถานการณ์สิทธิมนุษยชนในเกาหลีเหนือ ประธานคณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนในไอวอรีโคสต์ กรรมการในคณะกรรมการแสวงหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนในประเทศซีเรีย และผู้เชี่ยวชาญอิสระว่าด้วยการคุ้มครองจากความรุนแรงและการเลือกปฏิบัติเนื่องด้วยเหตุแห่งเพศวิถีและอัตลักษณ์ทางเพศ นอกจากนี้ ในฐานะนักวิชาการและนักวิจัย ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตารณณ์ เคยได้รับรางวัลนักวิจัยดีเด่นแห่งชาติ สาขานิติศาสตร์ รางวัลผลงานวิจัยกองทุนรณรงค์เพื่อสิทธิมนุษยชน รางวัลด้านการศึกษาและส่งเสริมความรู้ด้านสิทธิมนุษยชน จากองค์การยูเนสโก และอื่นๆ อีกมากมาย, M.A. (Oxon) B.C.L. (Oxon), Barrister-at-Law, of the Middle Temple, Licence Spécial en Droit Européen (Brussels).

หนังสือเล่มนี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับกระบวนการที่ประเทศไทยได้เผชิญกับการแก้ไขสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชน ภายใต้กรอบของพันธกรณีตามที่ปรากฏในอนุสัญญาหลักแต่ละฉบับ ซึ่งรวมถึง พันธกรณีที่จะต้องส่งรายงานแห่งชาติ เกี่ยวกับสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนไปยังคณะกรรมการกำกับดูแลที่ตั้งขึ้นโดยอนุสัญญาแต่ละฉบับอีกด้วย นอกจากนี้ ผู้เขียนยังได้สอดแทรกข้อกังวลที่เกิดขึ้นระหว่างการเจรจาและการมีปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้แทนประเทศไทย และคณะกรรมการฯ และจากคำแนะนำของคณะกรรมการฯ ตลอดจนแสดงทรรศนะที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นข้อท้าทายหลักๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามพันธกรณีของแต่ละอนุสัญญา และการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียและระบบที่เกี่ยวข้องโดยคำนึงถึงมาตรฐานสากลและภูมิปัญญาท้องถิ่น

ผู้เขียนได้แบ่งการดำเนินเรื่องออกเป็น 11 บท ดังต่อไปนี้

บทที่ 1 อนุสัญญาหลักเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนและประเทศไทย-ผู้เขียนเริ่มอธิบายด้วยการวางโครงสร้างพันธกรณีของประเทศไทยภายใต้อนุสัญญาหลักและพิธีสารที่เกี่ยวข้อง จากนั้นจึงอธิบายกระบวนการทำหนังสือสัญญาภายใต้รัฐธรรมนูญทุกฉบับ และแสดงทรรศนะเกี่ยวกับสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนต่างๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เช่น กระบวนการประชาธิปไตย ความไม่สงบในภาคใต้ของประเทศไทย นโยบายประชานิยม ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม สิทธิชุมชนกับข้อท้าทายด้านสิ่งแวดล้อม และสถานการณ์ของกลุ่มเปราะบางต่างๆ

บทที่ 2-10 อนุสัญญาหลักเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน 9 ฉบับที่ประเทศไทยเป็นภาคี-ในอนุสัญญาแต่ละฉบับ ผู้เขียนเริ่มอธิบายตั้งแต่กระบวนการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาของประเทศไทย กระบวนการบังคับใช้กฎหมายภายในให้เป็นไปตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญา การรายงานต่อคณะกรรมการกำกับดูแลภายใต้แต่ละอนุสัญญา ตลอดจนการเจรจาระหว่างผู้แทนประเทศไทยและคณะกรรมการฯ คำแนะนำจากคณะกรรมการฯ และข้อท้าทายหลักๆ โดยอนุสัญญาหลักเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนทั้ง 9 ฉบับนั้น เรียงตามลำดับสารบัญของหนังสือ ประกอบด้วย

- 1) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – CEDAW)
- 2) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The Convention of the Rights of the Child – CRC)
- 3) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR)
- 4) อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (The Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – CERD)
- 5) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – CAT)

- 6) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR)
- 7) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (The Convention on the Rights of Persons with Disabilities – CRPD)
- 8) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance – CED)
- 9) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานอพยพและสมาชิกครอบครัว (The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families – CMW)

บทที่ 11 การปรับตัวของประเทศไทยให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ผู้เขียนแสดงทรรศนะถึงมูลค่าเพิ่มที่ประเทศไทยได้รับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาหลักทั้ง 9 ฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการผลักดันให้มีการปฏิรูปในหลายมิติ ผู้เขียนให้ความเห็นว่า แม้ว่าความรับผิดชอบในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นโดยหลักแล้วเป็นของรัฐ แต่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นควรจะต้องขยายไปถึงกลุ่มภูมิภาค เช่น อาเซียน อีกด้วย สุดท้ายผู้เขียนให้ข้อเสนอแนะเพื่อการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยในอนาคตต่อไป

หนังสือเล่มนี้ เป็นหนังสือเล่มแรกที่รวบรวมมิติของพันธกรณีของประเทศไทยทางด้านสิทธิมนุษยชนภายใต้อนุสัญญาหลัก 9 ฉบับไว้อย่างครบถ้วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เป็นจุดเด่นคือ การรวบรวมข้อมูลและชี้ให้เห็นถึงกระบวนการเจรจาและรายงานต่อคณะกรรมการฯ ทำให้ผู้อ่านสามารถเห็นภาพและเข้าใจถึงที่มาที่ไปของการปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆ ได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ด้วยประสบการณ์การทำงานด้านสิทธิมนุษยชนของผู้เขียนมากกว่า 40 ปี ทำให้การแสดงทรรศนะเกี่ยวกับข้อเสนอแนะ ข้อกังวล และข้อท้าทายของประเทศไทยในการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นไปอย่างบูรณาการและตลกทักทางความคิดอย่างรอบด้าน และถือเป็นทรัพยากรทางวิชาการที่สำคัญและเป็นประโยชน์ต่อผู้สนใจทั่วไปและต่อการศึกษาวิจัยทางด้านสิทธิมนุษยชนและประเทศไทยในอนาคต

บทวิเคราะห์คำพิพากษากฎีกาที่ 11058/2559

สิทธิในสัญญาเช่า “ควร” ตกทอดเป็นมรดกหรือไม่?:

คำตอบจากศาลและคำถามจากสังคม

อภินพ อติพิบูลย์สิน*

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

apinop.a@hotmail.com

ข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาล

โจทก์ทั้งสองในคดีนี้มีชื่อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินอำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ เนื้อที่ 8 ไร่ 2 งาน ต่อมาเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2530 นายผ่องซึ่งเป็นสามีของจำเลยที่หนึ่งและบิดาของจำเลยที่สอง ได้จดทะเบียนการเช่าที่ดินแปลงดังกล่าวจากโจทก์ทั้งสองมีกำหนดระยะเวลา 30 ปี ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนด ตกลงค่าเช่าเป็นเงิน 7,186,200 บาท อัตราค่าเช่าสิบปีแรก ค่าเช่าเดือนละ 17,110 บาท สิบปีที่สอง ค่าเช่าเดือนละ 20,532 บาท และสิบปีสุดท้าย ค่าเช่าเดือนละ 23,954 บาท การเช่าในปีแรกปลอดค่าเช่า ตกลงจ่ายค่าเช่ากันทุกวันที่ 17 ของเดือน และผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าเอาที่ดินที่เช่าไปให้เช่าช่วงได้ ตามสำเนาโฉนดที่ดินและหนังสือสัญญาเช่าที่ดิน นับตั้งแต่เดือนมกราคม 2539 จนถึงเดือนธันวาคม 2549 นายผ่องได้ชำระค่าเช่าให้แก่โจทก์ทั้งสองเป็นเช็คลงวันที่ส่งจ่ายล่วงหน้าของบริษัท แอร์คอนเอ็มเอฟจี จำกัด โดยบริษัทดังกล่าวเป็นผู้ส่งจ่าย และโจทก์ทั้งสองได้รับค่าเช่าของเดือนมกราคม 2550 จนถึงเดือนพฤษภาคม 2550 ในอัตราเดือนละ 20,532 บาท ไปแล้ว ส่วนค่าเช่าในเดือนมิถุนายน 2550 จนถึงเดือนธันวาคม 2550 โจทก์ทั้งสองได้รับเช็คลงวันที่ส่งจ่ายล่วงหน้าไว้แล้วรวม 8 ฉบับ

เมื่อวันที่ 4 พฤษภาคม 2550 นายผ่องถึงแก่ความตาย โดยมีจำเลยที่หนึ่งและสองเป็นทายาท โจทก์ทั้งสองจึงฟ้องขอให้บังคับจำเลยทั้งสองพร้อมบริวารออกไปจากที่ดินของโจทก์ทั้งสอง และให้ขนย้ายทรัพย์สินออกไป รวมทั้งส่งมอบที่ดินคืนแก่โจทก์ทั้งสองในสภาพเรียบร้อย กับให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชดเชยค่าเสียหายเป็นเงิน 600,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี และค่าเสียหายอีกเดือนละ 200,000 บาท นับแต่วันถัดจากวันฟ้องเป็นต้นไปจนกว่าจำเลยทั้งสองและบริวารจะออกจากที่ดิน

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ในคำพิพากษาซึ่งตัดสินในที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ศาลพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลล่างโดยให้ยกฟ้องโจทก์ทั้งสอง ทั้งนี้ ศาลเห็นว่าคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญเฉพาะเวลาที่เช่าทำสัญญากันเท่านั้น โดยทั่วไปเมื่อทำสัญญาเช่าแล้ว สัญญาก็ต้องเป็นสัญญา คือ มีผลไปจนกว่าจะสิ้นสุดตามที่กำหนดในสัญญา หากจะถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสำคัญต้องกำหนดระยะเวลาสัญญาเช่าไว้มีกำหนดตลอดอายุของผู้เช่านั่นเอง ถ้ามิได้กำหนดระยะเวลาในสัญญาเช่าตลอดอายุผู้เช่า สัญญาเช่าย่อมไม่สิ้นสุดลงเมื่อผู้เช่าตาย แต่ย่อมสิ้นสุดลงตามระยะเวลาสามสิบปีตามที่ได้จดทะเบียนการเช่าเอาไว้ อีกทั้งคู่สัญญาได้ตกลงกัน ยกเว้นมาตรา 544 ย่อมให้มีการเช่าช่วงได้ด้วย จึงยิ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ให้เช่ามิได้ถือเอาคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญของสัญญาเช่า สิทธิการเช่าจึงไม่สิ้นสุดลงและย่อมไม่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวโดยสภาพ ทายาทของผู้เช่ารับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่า โจทก์ทั้งสองจึงไม่มีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยออกจากที่ดินอีก

วิเคราะห์คำพิพากษา

ประเด็นแห่งคดีมีเพียงว่า สิทธิในสัญญาเช่านี้เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทผู้เป็นจำเลยทั้งสองหรือไม่ โดยถ้าสิทธิในสัญญาเช่าเป็นมรดกตกทอด โจทก์ทั้งสองย่อมไม่มีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยออกจากทรัพย์สินที่เช่าอยู่

เรื่องนี้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทรัพย์สินสิทธิที่จะตกทอดไว้ในมาตรา 1600 ว่า “กองมรดกของผู้ตายได้แก่ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้ว เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้”

ตามมาตรา 1 กองมรดกมิได้มีเพียงแต่ทรัพย์สินตามที่บุคคลทั่วไปเข้าใจเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงสิทธิอันเป็นเรื่องของบุคคลสิทธิได้ด้วย เช่น สิทธิของผู้ให้กู้ยืมเงินซึ่งหากผู้ให้กู้เสียชีวิต ทายาทของผู้ให้กู้ก็อาจได้รับมรดกเข้ามาเรียกร้องเงินจากผู้กู้ยืมได้ แต่กฎหมายได้วางข้อยกเว้นที่บุคคลสิทธิจะไม่ตกทอดเป็นกองมรดกด้วยถ้าตามกฎหมายหรือโดยสภาพแล้วสิทธินั้นเป็นการเฉพาะตัว

กรณีเป็นการเฉพาะตัวตามกฎหมายนั้นไม่ยุ่งยากเพราะเพียงพิจารณาบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องก็จะพบว่าเป็นการเฉพาะตัวไม่ตกทอดเป็นมรดกตามกฎหมายหรือไม่ เช่น ตามพระราชบัญญัติกองทุนให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้หนี้ตามสัญญาจะรับเมื่อผู้ยืมเสียชีวิต¹ สิทธิหน้าที่ตามสัญญาผู้ยืมเงินย่อมสิ้นสุดไปพร้อมความตาย เมื่อสัญญาเช่ามิได้มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นการเฉพาะตัวของผู้เช่า จึงต้องมาพิจารณาว่าสัญญาเช่ามีลักษณะเฉพาะตัวโดยสภาพหรือไม่ ซึ่งเป็นกรณีที่มีปัญหาเพราะกฎหมายมิได้มีนิยามแต่อย่างใดว่า “เป็นการเฉพาะตัวโดยสภาพ” นั้นมีความหมายเฉพาะเจาะจงอย่างไร อาจอธิบายได้เพียงว่าเป็น “สิทธิหน้าที่ซึ่งโดยสภาพผู้ตายจะเป็นผู้ใช้หรือกระทำได้ด้วยตนเอง จะโอนไปให้ผู้อื่นไม่ได้ ส่วนใหญ่ได้แก่สิทธิหรือหน้าที่เกี่ยวกับเนื้อตัวร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือคุณสมบัติเฉพาะตัวบุคคลไม่เกี่ยวกับประโยชน์ทางทรัพย์สิน”² ตัวอย่างที่ชัดเจนคือกรณีสิทธิในการมีและใช้อาวุธปืนตามใบอนุญาตที่ได้รับ ซึ่งการพิจารณาใบอนุญาต

¹ มาตรา 49 วรรคแรก “ในกรณีที่ผู้กู้ยืมเงินถึงแก่ความตาย ให้สัญญาผู้กู้ยืมเงิน หน้าที่ และความรับผิดชอบที่ผู้กู้ยืมเงินมีต่อกองทุนเป็นอันระงับไป...”

² เปรียบ พุดางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน, 2558), หน้า 32.

ย่อมขึ้นอยู่กับคุณสมบัติเฉพาะตัวของเจ้ามรดกว่าต้องตามเกณฑ์หรือไม่ เมื่อเจ้ามรดกเสียชีวิตมีแต่อาภุขะปิ่นที่ตกทอดเป็นมรดกในฐานะทรัพย์สิน แต่สิทธิในการมีและใช้ย่อมสิ้นสุดไปพร้อมตัวเจ้ามรดก ทายาทจะต้องไปดำเนินการขอใบอนุญาตสำหรับตนเองเป็นการเฉพาะต่อไป

เรื่องนี้ทางศาลฎีกาได้ชี้ไปยังคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับในอดีตที่เห็นพ้องกันว่าสิทธิหน้าที่ตามสัญญาเช่ามีลักษณะที่คำนึงถึงคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสำคัญ คุณสมบัติของผู้เช่าจึงผูกติดกับสัญญาเช่า เมื่อผู้เช่าเสียชีวิตไปสิทธิตามสัญญาเช่าก็ต้องสิ้นสุดตามตัวผู้เช่าไปด้วย เหตุผลสำคัญคือผู้ให้เช่าย่อมไว้วางใจแต่ตัวผู้เช่าเท่านั้นว่าจะจ่ายเงินค่าเช่าและดูแลรักษาทรัพย์สินที่เช่าได้ตามความคาดหมาย ดังจะเห็นได้จากมาตรา 544 ที่ห้ามมิให้มีการเช่าช่วงให้แก่บุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า หรือจากมาตรา 553 ที่ให้ผู้เช่ามีหน้าที่สงวนทรัพย์สินที่เช่าไว้เสมือนวิญญูชนพึงสงวนทรัพย์สินของตนเอง โดยมีคำพิพากษาที่ตัดสินไว้ในแนวทางนี้มาโดยตลอด เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 925/2501 “สัญญาเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่า เมื่อผู้เช่าตาย สิทธิการเช่าก็ย่อมสิ้นสุดลง จะรับมรดกกันไม่ได้”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 119/2509 “สัญญาเช่าเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่าเมื่อผู้เช่าตาย สิทธิการเช่าย่อมสิ้นสุดลง จำเลยอยู่ในตึกพิพาทในฐานะเป็นบริวารของมารดาจำเลย แม้จำเลยจะเคยขอเช่าตึกพิพาทแทนมารดา แต่โจทก์ก็มิได้ยินยอม การที่จำเลยชำระค่าเช่าก็เป็นการชำระในนามของมารดาจำเลย จึงไม่ก่อให้เกิดสัญญาเช่าระหว่างโจทก์และจำเลย เมื่อโจทก์แจ้งให้จำเลยออกไปแล้ว จำเลยก็ไม่มีสิทธิที่จะอยู่ต่อไปได้”

หรือในคำพิพากษาที่ 383/2540 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “การเช่าทรัพย์สินนั้น ปกติฝ่ายผู้ให้เช่าย่อมพึงเล็งถึงคุณสมบัติผู้เช่าว่าจะสมควรได้รับความไว้วางใจในการใช้ทรัพย์สินที่เช่าและในการดูแลทรัพย์สินที่เช่าหรือไม่ ฉะนั้น สิทธิของผู้เช่าจึงมีสภาพเป็นการเฉพาะตัว เมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าเป็นอันระงับไปไม่ตกทอดไปถึงทายาทที่สัญญาเช่าตามเอกสารหมาย จ. ข้อ 4 ระบุว่าในระหว่างสัญญาเช่ายังไม่ครบกำหนดอายุสัญญา ผู้เช่ามีสิทธิที่จะโอนการเช่าให้แก่ผู้อื่นได้แต่ต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ให้เช่าเป็นเงินจำนวน 2,000 บาทนั้น เป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการโอนการเช่าในระหว่างที่ผู้ให้เช่าและผู้เช่ายังมีชีวิตอยู่ ซึ่งอาจทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 และเป็นเพียงบุคคลสิทธิผูกพันเฉพาะคู่สัญญาหาได้ตกทอดมายังจำเลยแต่อย่างใดไม่ โจทก์ทั้งสองจึงมีอำนาจฟ้องขับไล่จำเลยได้ ศาลอุทธรณ์พิพากษาชอบแล้ว ฎีกาจำเลยฟังไม่ขึ้น”

เมื่อแนวทางของศาลฎีกาเป็นเช่นนี้ ฝ่ายจำเลยในคดีนี้จึงให้การว่าผู้เช่าได้เช่าที่ดินนี้พร้อมชำระค่าหน้าดินเป็นเงิน 1,000,000 บาท ให้แก่โจทก์ทั้งสองจนทำให้ที่ดินมีราคาสูงขึ้น เป็นการอ้างว่าการลงทุนด้วยเงินจำนวนมากเช่นนี้ ทำให้สัญญาเช่ามีลักษณะเป็นสัญญาเช่าต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดา กล่าวคือเป็นสัญญาเช่าที่มีข้อกำหนดให้ผู้เช่าเสียค่าตอบแทนแก่ผู้ให้เช่าเป็นพิเศษนอกเหนือจากค่าเช่าตามปกติ อย่างเช่นการที่ผู้เช่าช่วยออกเงินค่าก่อสร้างขณะทำการก่อสร้างบนที่ดินที่เช่า โดยการอ้างเช่นนี้อาจทำให้จำเลยชนะคดีได้ เนื่องจากเคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ตัดสินว่าสัญญาเช่าต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดา สิทธิของผู้เช่าสามารถตกทอด

เป็นมรดกได้³ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษานี้ไม่ได้พิจารณาไปถึงประเด็นนี้เนื่องจากศาลได้ตัดสินไปก่อนแล้วว่า สัญญาเช่าธรรมดาในคดีสามารถตกทอดเป็นมรดกได้ ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์เรื่องสัญญาเช่าต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาอีก และเป็นไปได้ว่าหากพิจารณาไปแล้วการชำระค่าหน้าดินน่าจะเป็นสัญญาเช่าธรรมดาเพราะไม่ใช่ค่าตอบแทนพิเศษแต่เป็นส่วนหนึ่งของค่าเช่าเช่นเดียวกับเงินกินเปล่าตามแนวทางของศาลฎีกาที่เคยมีมาก่อนหน้านี้แล้ว⁴

เหตุผลที่อาจอยู่เบื้องหลังการเปลี่ยนแนวทางการตัดสินของศาลฎีกาอาจสันนิษฐานได้ว่าเป็นการคำนึงถึง ความยากลำบากของทายาทผู้เช่าและบุคคลที่เกี่ยวข้องพึงพาผู้เช่า เช่น ลูกจ้างบริวาร ซึ่งอาจไม่ได้คาดหมายว่า เจ้ามรดกจะเสียชีวิตปัจจุบันทันด่วนและส่งผลร้ายแรงต่อธุรกิจและชีวิตความเป็นอยู่ ดังเช่นในฎีกาที่ซึ่งที่ดินที่เช่าเป็นโรงงาน ถ้าหากไม่สามารถเช่าที่ดินต่อไปก็ย่อมกระทบต่อกำลังการผลิตของบริษัทและพนักงานที่ทำงานอยู่ ดังนั้น สัญญาเช่าจึงต้องเป็นไปตามสัญญาที่ได้กำหนดระยะเวลาเช่าเป็นวัน เดือน ปี ตามปฏิทินแล้ว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาหมายเหตุท้ายฎีกา⁵ จะพบว่าอาจมีอีกหลายสาเหตุที่นำไปสู่การเปลี่ยนแนวทางการตัดสินคดี ไม่ว่าจะเป็นการเปรียบเทียบว่าสัญญาเช่าต่างตอบแทนยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดามีผลเพียงเพื่อให้สัญญาเช่าที่ไม่ได้จดทะเบียนสามารถบังคับใช้ได้ ไม่ควรมีผลพิเศษเรื่องการตกทอดเป็นมรดกแตกต่างจากกรณีสัญญาเช่าธรรมดา หรือการพิจารณาว่าสัญญาเช่าเมื่อมีข้อกำหนดให้ยกเว้นมาตรา 544 เรื่องการห้ามเช่าช่วง ทำให้สิทธิในสัญญาเช่ากลายเป็นสิทธิในทรัพย์สิน มิใช่สิทธิเฉพาะตัว เพราะเท่ากับยอมให้มีการโอนสิทธิการเช่าได้เหมือนทรัพย์สินอย่างหนึ่ง

ด้วยความเคารพในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ให้เหตุผลอย่างรอบด้านแล้ว ประเด็นที่ปรากฏเบื้องต้นเมื่อพิจารณา คำพิพากษาลงบันทึกคือความคลุมเครือว่า ลำพังเพียงการกำหนดให้สัญญาเช่ามีกำหนดระยะเวลาเช่าเป็นวัน เดือน ปี ตามปฏิทิน เพียงพอหรือไม่ที่สัญญาเช่าจะเป็นไปตามหลัก “สัญญาต้องเป็นสัญญา” และไม่ได้คำนึงถึงคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสำคัญเหมือนกรณีกำหนดระยะเวลาเช่าตลอดอายุของผู้เช่า หรือจำเป็นที่สัญญานั้นจะต้องมีข้อกำหนดให้ผู้เช่าสามารถให้เช่าช่วงได้จึงจะเพียงพอให้ถือว่าสัญญาเช่านี้มีได้มีความเฉพาะตัวโดยสภาพอีกต่อไป เพราะคำพิพากษาของศาลเขียนในลักษณะโน้มน้าวใจว่ามีหลายเหตุผลที่สัญญาเช่าต้องตกทอดเป็นมรดก แต่มีได้บอกขอบเขตที่แน่นอนว่าหมายถึงสัญญาเช่าประเภทใดลักษณะใดบ้าง

อีกทั้งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 383/2540 ที่ยกมาข้างต้นแล้ว จะพบว่าข้อเท็จจริงแห่งคดีของทั้งสองคดีมิได้ต่างกันสาระสำคัญ ต่างก็เป็นกรณีที่ผู้เช่าเสียชีวิตขณะที่ระยะเวลาตามสัญญาเช่าที่กำหนดไว้เป็น วัน เดือน ปี ตามปฏิทิน ยังคงเหลืออยู่ และสัญญาเช่ามีข้อกำหนดให้โอนสิทธิการเช่าหรือปล่อยเช่าช่วงได้ จึงน่าคิดว่าเหตุใดคำพิพากษาในคดีก่อนหน้านี้ทั้งหลายในช่วงเวลาหลายทศวรรษจึงไม่เคยพิจารณาเหตุผลตามที่ฎีกาที่ 11058/2559 กล่าวถึงมาก่อน เหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษาลงบันทึกก่อนหน้านี้เช่นในฎีกาปี 2540 ก็คือนอกจากคุณสมบัติของผู้เช่าจะเป็นสาระสำคัญเพราะผู้ให้เช่ายอมพิจารณาถึงฐานะทางการเงินตลอดจน ความประพฤติของผู้เช่าว่าจะดูแลทรัพย์สินได้ดีหรือไม่ เมื่อกฎหมายรับรู้ความสำคัญดังกล่าวจึงกำหนดมิให้มี

³ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 172/2488

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1364/2523

⁵ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาโดย สุรทิน สาเรือง

การเช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่าต่อไปได้โดยปราศจากความยินยอมของผู้ให้เช่า ดังนั้น ขนาดเมื่อเวลาที่มีชีวิตอยู่ ผู้เช่าก็ไม่อาจโอนสิทธิการเช่าให้บุตรหลานของตนได้ ก็ย่อมชัดเจนว่าสัญญาเช่านี้มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัว โดยสภาพแล้ว ไม่ต้องพิจารณาอีกว่าจะตกทอดเป็นมรดกได้หรือไม่ ในแง่นี้ เหตุผลเรื่องคุณสมบัติของผู้เช่าและการคุ้มครองผู้ให้เช่าน่าจะทำให้เกิดเหตุผลทางกฎหมายมาสนับสนุน ไม่ว่าจะเป็นการอ้างมาตรา 544 หรือ มาตรา 553 ตามที่กล่าวไปแล้ว การที่ศาลฎีกากลับแนวทางการตัดสินเสียใหม่ ผู้ให้เช่าที่เคยมั่นใจว่าเลือกผู้เช่าไว้ด้วยดีแล้ว จากการพิจารณาคุณสมบัติโดยถี่ถ้วนก่อนทำสัญญา ต่อไปนี้กลับต้องตรวจสอบบุตรหลานและทายาททั้งหลายของผู้เช่าว่าได้แก่ผู้ใดบ้าง เพื่อจะได้พิจารณาความเสี่ยงในการปล่อยให้เช่าทรัพย์สินมีค่าของตนต่อไป

แน่นอนว่าทั้งสองแนวทางของศาลฎีกามีเหตุผลรองรับที่น่าฟัง ทางหนึ่งคุ้มครองผู้ให้เช่าจากความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงตัวผู้เช่าเดิมเป็นทายาทของผู้เช่าที่ผู้ให้เช่าอาจไม่รู้จักร เป็นมุมมองที่ไม่เคยพิจารณากันมาก่อน ในกฎหมายลักษณะมรดก ทางหนึ่งคุ้มครองผู้เช่ามิให้สูญเสียสิทธิจากความตายของตน มิฉะนั้น สัญญาเช่าที่อุตสาหกรรมกำหนดระยะเวลาสั้นก็ไม่ได้มีความหมายสำหรับทายาทหรือบริหารของผู้เช่า ในแง่นี้ มีเหตุผลทางเศรษฐกิจที่ลึกซึ้งและส่งผลกระทบอย่างกว้างได้ หากพิจารณาว่าผู้ซึ่งฐานะร่ำรวยมีมรดกตกทอดเป็นบ้านและที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ได้ แต่ผู้ยากไร้ที่ต้องเช่าบ้าน แม้แต่สิทธิจะให้เช่าบ้านต่อตามสัญญาที่ไม่มี เช่นนี้ก็เป็นมุมมองใหม่ที่กระทบกฎหมายแพ่งเองก็มิได้กล่าวถึงนัก จึงไม่แปลกที่ผู้สังเกตการณ์พัฒนาการของคำพิพากษาในเรื่องนี้จะมีความเห็นที่ไม่อาจลงรอยได้โดยง่าย ทั้งสองแนวทางต่างก็มีเหตุผล แต่เป็นเหตุผลหลักที่มาจากเรื่องของสังคมเศรษฐกิจ โดยมีเหตุผลทางกฎหมายมาเป็นข้อสนับสนุน เมื่อต่างฝ่ายต่างต่อสู้กันด้วยเหตุผลทางกฎหมายได้โดยไม่มีฝ่ายผิดหรือถูกที่ชัดเจน ก็มาคิดว่าคำถามนี้นั้นนิติศาสตร์จะให้คำตอบเพียงหนึ่งเดียวได้หรือไม่ หรือในอีกนัยหนึ่ง ศาลควรเป็นผู้ผูกขาดคำตอบเรื่องนี้แต่เพียงผู้เดียวหรือไม่

ทั้งนี้ นักกฎหมายต้องยอมรับว่าปัญหาข้อกฎหมายบางประการมีอาจตอบคำถามด้วยหลักวิชาการนิติศาสตร์โดยแท้ได้ เมื่อพ้นจากขอบเขตของวิชาการตีความและบังคับใช้กฎหมาย ผู้พิพากษาย่อมไม่มีทางเลือกอื่นใด นอกจากจะต้องอย่างกรายเข้าไปในอาณาเขตของการพิจารณาเรื่องที่นโยบายทางกฎหมายซึ่งควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะผู้แทนของประชาชนที่จะต้องชั่งน้ำหนักข้อดีและข้อด้อยของทางเลือกในนโยบายที่แตกต่างกัน ปัญหาเรื่องสัญญาเช่าในฎีกาวิเคราะห์นี้ที่ตัดสินแตกต่างโดยสิ้นเชิงจากคดีก่อนที่มีข้อเท็จจริงในคดีเหมือนกันก็เป็นตัวอย่างหนึ่งของปัญหาประเภทนี้ ผลของคดีจะเป็นอย่างไรย่อมสะท้อน “ความเห็น” ของศาลในช่วงขณะหนึ่งต่อปัญหานั้น มิใช่ “ความเห็น” ที่มาจากประชาชนผู้ควรมีสิทธิมีเสียงในกฎหมายที่จะปกครองพวกเขาเอง

ทว่าศาลไทยไม่เคยกล่าวอ้างถึงความชอบธรรมในการออกแบบเลือกนโยบายทางกฎหมายเช่นนี้ และนักวิชาการนิติศาสตร์ไทยก็แทบไม่เคยกล่าวถึงความชอบธรรมของศาลในแง่นี้มาก่อน อย่างน้อยที่สุด ในระบบที่ผู้พิพากษาคิดความกฎหมายได้กว้างไกลไปจนถึงเรื่องนิตินโยบายเป็นปกตินั้น จำเป็นที่เหตุผลและการอธิบายคำพิพากษาจะต้องมีความละเอียดและเป็นระบบที่อธิบายเป็นตรรกะทางกฎหมายได้ชัดเจน เพื่อให้ประชาชนพอใจได้ว่าผู้พิพากษามีได้ใช้อุดมคติหรือประสบการณ์ส่วนตัวไปบัญญัติแก้ไขผลของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเสียเอง และเป็นธรรมดาอยู่เองที่ผู้พิพากษาในคดีต่อ ๆ มาจะสามารถตัดสินคดีได้ด้วยความคิดทางตรรกวิทยา ยิ่งขึ้น หากคำพิพากษาที่มีอยู่ก่อนหน้านั้นละเอียดชัดเจนเพียงพอ มิได้เป็นอย่างฎีกาที่ผู้พิพากษาและผู้ประกอบ

วิชาชีพกฎหมายทั้งหลายยังไม่อาจแน่ใจได้ว่าข้อสัญญาอนุญาตให้เข้าช่วงได้นั้นเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลให้การเข้ามีลักษณะเฉพาะโดยสภาพหรือไม่ หลักการที่ผู้พิพากษาในระบบคอมมอนลอว์ต้องคำนึงนี้ก็คือ การเขียน “*ratio decidendi*”⁶ หรือกฎเกณฑ์และหลักการซึ่งมีป้อนเกิดเป็นคำพิพากษานั้นให้เห็นเด่นชัดต่างหากจากถ้อยคำอื่นใดซึ่งมิได้เป็นกฎเกณฑ์หลักการที่นำไปสู่ข้อสรุปในการตัดสินคดีนั้น การให้เหตุผลในคำพิพากษาเป็นเรื่องที่ดีและควรส่งเสริม แต่วิธีการเขียนตลอดจนรายละเอียดของการให้เหตุผลอาจยังมีความแตกต่างกันอยู่ในแต่ละคดีแต่ละศาลซึ่งย่อมกลายเป็นภาระของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายอื่น ๆ ที่จะต้องตีความถอดรหัสหาเหตุผลตรรกะที่อยู่เบื้องหลังให้ชัดเจนเป็นระบบ

ท้ายที่สุดการเปลี่ยนแนวทางการตัดสินคดีของศาลฎีกาในคดีนี้ใกล้เคียงกับนิติวิธีของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างมาก ทั้งการเปลี่ยนแนวคิดพิพากษาจากแนวทางการตีความที่เคยถือกันแล้วว่าเป็นที่สุดโดยมีการสร้างหลักเกณฑ์ใหม่เพิ่มเติมขึ้นจากกฎหมาย และความเป็นไปได้ที่ผู้พิพากษาคิดคำนึงถึงนิตินโยบายเรื่องผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมจากคำพิพากษาที่ออกมาทั้งหลายนี้ หากพิจารณาให้ถึงที่สุด ในระบบกฎหมายของประเทศไทยมีหลายครั้งที่ตัวบทกฎหมายมีปัญหาแต่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้แก้ไขให้ถูกต้องตามสมควรจนกลายเป็นหน้าที่ของศาลต้องกำหนดแนวทางการตีความเป็นการชั่วคราว แทนที่ผู้แทนของประชาชนจะได้สะท้อนความเห็นความต้องการของประชาชนและถกเถียงกันด้วยเหตุผลทางวิชาการและความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิในด้านอื่นที่นอกเหนือจากนิติศาสตร์ แต่ปัจจุบันการตีความแก้ไขโดยคำพิพากษาที่ควรเป็นเรื่องเฉพาะหน้าก็กลายเป็นหลักกฎหมายที่สภาพมั่นคงกว่าบทบัญญัติของกฎหมาย เพราะไม่อาจแก้ไขได้ง่าย คำพิพากษาศฎีกาในเรื่องที่ใกล้เคียงอย่างสัญญาเช่านี้นับเป็นโอกาสอันดีที่ภาควิชาการและภาควิชาวิชาชีพกฎหมายจะอภิปรายและมีปฏิสัมพันธ์สืบเนื่องไปสู่ศาลยุติธรรมอีกทีหนึ่งเพื่อพัฒนาแนวคิดและหลักการในการปรับใช้กฎหมายต่อไปโดยไม่จำกัดเพียงประเด็นเรื่องสัญญาเช่าเท่านั้น

⁶ Neil MacCormick, ‘Why Cases have Rationes and what these are’ in *Precedent in Law*, ed. Laurence Goldstein, (Oxford: Clarendon Press, 1987), p.156.

บทแนะนำวิทยานิพนธ์

Recommended Thesis

ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

pramote.s@chula.ac.th

ผมขอแนะนำวิทยานิพนธ์หนึ่งเล่มจากหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งเป็นวิทยานิพนธ์ที่มีคุณภาพสูงที่ได้รับการประเมินในระดับ “ดีมาก” ในปีการศึกษา 2560 หัวข้อ “การยอมรับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลอื่นในระบบศาลไทย” ของ นายไกรพล อรัญรัตน์

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ มุ่งศึกษาถึงปัญหาพื้นฐานที่ว่าศาลในคดีหนึ่งจะยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลในคดีอื่นได้หรือไม่อย่างไร โดยปัญหาดังกล่าวมีสาเหตุมาจากการดำเนินคดีในปัจจุบันนั้นถูกแบ่งแยกคดีออกเป็นหลายประเภท ส่งผลให้ในเหตุการณ์เดียวกันอาจถูกแยกดำเนินคดีได้ออกเป็นหลายคดี ดังนั้นแล้ว จึงเกิดคำถามที่ว่าหากศาลคดีหนึ่งมีคำพิพากษาถึงที่สุดวินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้อย่างไรแล้ว ศาลที่พิจารณาคดีภายหลังจะต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่ศาลในคดีแรกได้วินิจฉัยเอาไว้ หรือสามารถวินิจฉัยข้อเท็จจริงได้โดยอิสระโดยไม่ต้องคำนึงถึงคำพิพากษาของศาลในคดีแรก

คำตอบในเรื่องดังกล่าวอาจมีความชัดเจนหากเป็นเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติถึงแนวทางในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้ เช่น คดีแพ่งเกี่ยวกับคดีอาญาและคดีผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีคดีเกี่ยวเนื่องประเภทอื่น เช่น คดีแพ่งที่เกี่ยวกับคดีปกครอง คดีอาญาที่เกี่ยวกับคดีปกครอง คดีอาญาที่เกี่ยวเนื่องกับคดีรัฐธรรมนูญ คดีแรงงานที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา คดีทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา จะเห็นได้ว่าคดีเกี่ยวเนื่องเหล่านี้ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติถึงแนวทางในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงไว้ ส่งผลให้ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลในคดีอื่น นอกจากนั้น การขาดแนวคำพิพากษาที่แน่นอนและเป็นเอกภาพ ความไม่ชัดเจนของระบบพยานหลักฐานอันเกิดจากอิทธิพลของระบบไต่สวนและระบบกล่าวหา ความแตกต่างของระบบพยานหลักฐานในศาลแต่ละระบบ ล้วนแล้วแต่เป็นเหตุผลที่สำคัญที่นำมาซึ่งสภาวะความไม่แน่นอนอันก่อให้เกิดความสับสนในการดำเนินคดีของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายเป็นอย่างยิ่ง

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงเสนอแนะให้ระบบกฎหมายไทยมีมุมมองในเชิงปฏิเสธต่อการยอมรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลคดีอื่น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้การกระทำเช่นนั้นได้ แต่ทั้งนี้ ไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นไร ศาลยังคงรับฟังคำพิพากษาของศาลคดีอื่นเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่งในสำนวนคดีประกอบพยานหลักฐานชั้นอื่นๆ ได้เสมอ ด้วยแนวทางดังที่กล่าวมานี้จะช่วยสร้างความชัดเจนให้กับประเด็นเรื่องการยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลคดีอื่นในประเทศไทยได้มากยิ่งขึ้น

เห็นได้ว่า วิทยานิพนธ์เล่มนี้มีการตั้งประเด็นปัญหาวิเคราะห์ที่ครบถ้วนชัดเจน มีการวางโครงสร้างที่ดี มีการเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศทั้งในกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์อย่างประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ และกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายซีวิลลอว์อย่างประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี มีการใช้ภาษาที่ชัดเจนเข้าใจง่าย ไม่คลุมเครือ และมีข้อเสนอแนะที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม สมควรอย่างยิ่งที่จะได้รับการประเมินในระดับดีมาก ดังนั้น ผมจึงเลือกแนะนำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ให้เป็นหนึ่งในวิทยานิพนธ์ที่ควรค่าแก่การนำมาศึกษาต่อไป

เกี่ยวกับวารสารกฎหมาย

วัตถุประสงค์

วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นวารสารวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์ มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อตีพิมพ์บทความวิชาการและบทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้

ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม

ฉบับที่ 2 เดือนกันยายน

ลักษณะผลงานที่ตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- 1) **บทความวิจัย** หมายถึง บทความที่มีฐานมาจากการวิจัยสาขาวิชานิติศาสตร์ และแสดงข้อค้นพบจากงานวิจัยนั้นอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ บทความวิจัยควรประกอบด้วย ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐานของงานวิจัย (ถ้ามี) ขอบเขตที่ครอบคลุมในการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิธีดำเนินการวิจัย (เช่น ข้อมูลประชากร กลุ่มตัวอย่าง การสุ่มตัวอย่าง เครื่องมือการวิจัย การเก็บรวบรวมข้อมูล และการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น) ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ)
 - 2) **บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ๆ ในสาขาวิชานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
 - 3) **บทวิจารณ์คำพิพากษาฎีกา** หมายถึง งานเขียนวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล
 - 4) **บทแนะนำวิทยานิพนธ์** หมายถึง งานเขียนแนะนำวิทยานิพนธ์ที่กองบรรณาธิการเห็นว่ามีความน่าสนใจและเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่าน
 - 5) **บทแนะนำหนังสือ** หมายถึง งานเขียนแนะนำหนังสือหรือตำราที่กองบรรณาธิการเห็นว่ามีความน่าสนใจและเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่าน
 - 6) **บทความอื่นๆ** หมายถึง งานลักษณะอื่น นอกจาก 1) ถึง 5) ที่มีคุณค่าทางวิชาการซึ่งเกี่ยวข้องกับสาขาวิชานิติศาสตร์ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ
-

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเสนอผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ให้ระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ผู้เขียนต้องระบุข้อมูลดังต่อไปนี้
 - 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาของผลงานอย่างชัดเจน
 - 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
 - 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 6) บทคัดย่อ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 800 คำ
 - 7) คำสำคัญ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
2. ผู้เขียนต้องจัดรูปแบบผลงานให้มีลักษณะดังต่อไปนี้
 - 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
 - 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
 - 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1.1 นิ้ว (2.8 เซนติเมตร)
 - 4) ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ สำหรับเนื้อหา และขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์ สำหรับเชิงอรรถ
 - 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)
3. ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบเชิงอรรถของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่ <http://www.grad.chula.ac.th/thesis/download/exam.pdf>
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

ขั้นตอนการส่งผลงานพิจารณาตีพิมพ์

การรับและพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. ผู้เขียนตกลง ยอมรับ และรับประกันว่า
 - 1) ผลงานที่จะได้รับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ เป็นผลงานใหม่ และต้องไม่ได้รับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่จากที่ไหนมาก่อน

- 2) การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นสิทธิของกองบรรณาธิการ โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน
- 3) ความเห็นใดๆ ที่ปรากฏในผลงานของผู้เขียนเป็นของผู้เขียนโดยเฉพาะ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย
2. ผู้เขียนสามารถส่ง “แบบฟอร์มส่งบทความ” และบทความมาได้ทั้ง
 - 1) ระบบการส่งบทความออนไลน์ของวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ <http://www.law.chula.ac.th/home/page.aspx?id=63>
 - 2) อีเมล journal@law.chula.ac.th
 - 3) กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ซอยจุฬาฯ 42 ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
โทร 02-218-2017 ต่อ 302
3. เมื่อผู้เขียนส่งบทความมายังกองบรรณาธิการเพื่อรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาผลงานของผู้เขียนในขั้นต้น และแจ้งผลการพิจารณาในขั้นต้นให้ผู้เขียนทราบโดยไม่ชักช้า
 - 1) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าไม่ควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
4. เมื่อกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา กองบรรณาธิการจะพิจารณาสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิที่ตรงตามสาขาวิชา และส่งผลงานให้ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อประเมินผลงาน
5. เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิประเมินผลงานของผู้เขียนเสร็จ ผู้ทรงคุณวุฒิจะระบุความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของผลงาน อาทิ ข้อผิดพลาดทางวิชาการ การใช้ภาษา ความครอบคลุมของเนื้อหา คุณภาพทางวิชาการ ความชัดเจนในการนำเสนอ ความสำคัญในสาขาวิชา และแจ้งผลการประเมินโดยแบ่งเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
 - 1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข
 - 2) เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง
 - 3) เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์
6. กองบรรณาธิการจะแจ้งผลการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิให้ทราบโดยไม่ชักช้า ตามแต่กรณีดังนี้
 - 1) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข” ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป

- 2) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง” เมื่อผู้เขียนได้แก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ และบรรณาธิการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ (แล้วแต่กรณี) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ได้ ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
- 3) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์” ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
7. หลังจากได้รับผลการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิ กองบรรณาธิการพิจารณาตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนอีกครั้ง โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจ แก้ไข ขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้ แล้วแต่กรณี
8. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้ว โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

About the Journal

Aim and Scope

Chulalongkorn Law Journal is an academic journal of Faculty of Law, Chulalongkorn University which publishes scholarly works within the scope of or relating to law. The aim is to disseminate academic articles and research articles that fall within the scope of the journal whose contents are, in the view of the editorial board, interesting, timely, creative, as well as containing recommendations which are useful for legal academia and the general public.

Publication Period

Chulalongkorn Law Journal is published twice a year.

Issue 1 March

Issue 2 September

Submission Categories

Chulalongkorn Law Journal welcomes submissions of manuscripts which fall within the following categories:

- 1) **Research articles** must be based on legal research and illustrate one or more of the findings from such research in a systematic manner. Research articles should contain introduction, illustration of the importance of the issue, research objective, hypothesis (if applicable), research scope, expected contributions, related research or literatures, research methodology (such as population, sample, data collection, data analysis), research findings, conclusion and recommendations.
- 2) **Academic articles** must illustrate new information in the scope of or relating to law and provide analysis or critique of such information from theoretical, policy-oriented or practical perspectives, as well as providing recommendations that are useful for legal academia and the general public. Academic articles should contain introduction and contents, which are divided into main issues, subordinate issues and conclusion.
- 3) **Case comment** is a commentary piece that analyzes or criticizes a certain court decision.
- 4) **Recommended thesis** is a commentary piece that recommends a master or doctoral thesis, which are, in the view of the editorial board, interesting and useful for readers.

- 5) **Book review** is a commentary piece that recommends a book or a textbook, which are, in the view of the editorial board, interesting and useful for readers.
- 6) **Other articles**, are other scholarly works in addition to 1) to 5), which, in the view of the editorial board, illustrate useful contribution to the legal academia.

Submission Guidelines

Manuscripts submitted for consideration to be published by Chulalongkorn Law Journal must comply with the following requirements:

Authors must provide the following information:

1. Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
 - 1) Author's name, both in Thai and in English.
 - 2) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
 - 3) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
 - 5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
 - 6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 800 words each.
 - 7) Keywords, both in Thai and in English.
2. Authors must format the manuscript in the following requirements:
 - 1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
 - 2) Typewritten on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
 - 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1.1 inch (2.8 centimeters).
 - 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content and 12.5 points for footnote.
 - 5) Use single spacing.
3. Authors must use citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University. For more information, please visit
4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

Submission and Review Process

The Editorial Board of Chulalongkorn Law Journal will utilize the following procedure in receiving and reviewing the submitted manuscripts:

1. Authors agree, accept, and warrant that:
 - 1) The submitted manuscript is original and neither has it been published nor made available in any form elsewhere before.
 - 2) The Editorial Board reserves the right to evaluate the submitted manuscript and is not responsible for its contents nor accuracy.
 - 3) Any opinions included in manuscripts belong exclusively to authors, and the Editorial Board does not have to agree.
2. Authors can submit “submission form” and manuscripts to:
 - 1) Online Submission System of Chulalongkorn Law Journal at
<http://www.law.chula.ac.th/home/page.aspx?id=63>
 - 2) Email: journal@law.chula.ac.th
 - 3) The Editorial Board of Chulalongkorn Law Journal
Faculty of Law Chulalongkorn University
Soi Chula 42 Wangmai Pathumwan Bangkok 10330
Tel: 02-218-2017 ext. 302
3. After the authors have submitted the manuscripts through the prescribed channels, the Editorial Board will process the manuscripts for initial screening and inform the authors of the decision without delay.
 - 1) The manuscripts that pass the initial screening will proceed to the following stage.
 - 2) The manuscripts that are rejected in the initial screening will not be considered for publication.
4. The Editorial Board will assign referees who are experts in the relevant field identified in the manuscripts and send the manuscripts to the referees to review.
5. Having reviewed the manuscripts, the referees will provide expert opinions on the quality of the manuscripts, such as academic errors, use of language, content comprehensiveness, academic quality, clarity, importance to the relevant academic field, and classify the decision into one of the followings:
 - 1) Accepted for publication without any revision.

- 2) Revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the referees for further review.
 - 3) Not accepted for publication.
6. The Editorial Board will, without delay, inform the authors of one of the following decisions.
- 1) If the manuscripts are “accepted for publication without any revision”, they will be eligible to proceed to the following stage.
 - 2) If the manuscripts are noted as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the referees for further review”, they will only be eligible to proceed to the following stage after the authors have revised them, and the Editor-in-Chief or the referees (as the case may be) have so agreed.
 - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
7. After receiving the evaluation from the referees, the Editorial Board will perform a final check of the manuscripts before proceeding to printing. The Editorial Board reserves the right to check, revise, request for additional information, and perform formatting in accordance with the prescribed style. The Editorial Board may request the author to perform additional revision if necessary.
8. The Editorial Board will publish the manuscripts that have been evaluated as “accepted for publication without any revision” or that, in the case of having been evaluated as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the referees for further review”, have been revised satisfactorily, and have been formatted in accordance with the prescribed style. The Editorial Board reserves the right to determine the order of publication in the appropriate occasion.



แบบเสนอบทความ

เพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เรียน บรรณาธิการ

ข้าพเจ้า (ชื่อ-สกุล ภาษาไทย)

(ชื่อ-สกุล ภาษาอังกฤษ)

หน่วยงาน (สังกัด)

ตำแหน่งทางวิชาการ และวุฒิการศึกษา (ถ้ามี)

ตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)

ขอส่งผลงานประเภท ☐ บทความวิจัย ☐ บทความวิชาการ ☐ บทความคำพิพากษา

☐ บทความวิทยานิพนธ์ ☐ บทความหนังสือ ☐ บทความอื่นๆ

ชื่อเรื่อง (ภาษาไทย)

(ภาษาอังกฤษ)

คำสำคัญ (ภาษาไทย)

(ภาษาอังกฤษ)

ซึ่งเขียนร่วมกับ (ชื่อ-สกุล ภาษาไทย)

(ชื่อ-สกุล ภาษาอังกฤษ)

ที่อยู่ปัจจุบันที่สามารถติดต่อได้สะดวก

โทรศัพท์ โทรสาร

อีเมล

ข้าพเจ้าขอรับรองว่า ผลงานดังกล่าวเป็นของข้าพเจ้าแต่เพียงผู้เดียวจริง หรือเป็นผลงานของข้าพเจ้าและผู้ร่วมงานตามที่ระบุไว้จริง โดยมีได้คัดลอกหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น รวมทั้งไม่เคยตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 60 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ ข้าพเจ้ายินยอม ให้กองบรรณาธิการแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษาค้นคว้า และอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต

ลงชื่อ

วันที่



Submission Form
For Consideration for Publication by Chulalongkorn Law Journal

To Editor-in-Chief

I (Name-Last Name)

Affiliation (if applicable)

Academic Title and/or Academic Degree (if applicable)

Administrative Title (if applicable)

Hereby submit a: ☐ Research article ☐ Academic article ☐ Case comment
 ☐ Recommended thesis ☐ Book review ☐ Other

Title (Thai)

.....

(English)

.....

Keywords (Thai)

(English)

Co-authored by (Name-Last Name in Thai)

.....

(Name-Last Name in English)

.....

Current address where I can be conveniently reached

.....

Tel: Fax:

Email:

I certify and confirm that this manuscript is written exclusively by myself or along with my co-authors as submitted, is original and has never been published in any form before, does not infringe any copyrights, and is not under review for publication in any other journals within 60 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.

I agree, grant and assign to the Editorial Board the right to perform additional revision and/or formatting into the prescribed style, to convert this manuscript into an electronic form (PDF) for publication in the website of Faculty of Law, Chulalongkorn University online library, and to publish this manuscript from the date hereof onwards.

Signature

Date

ใบสมัคร/ต่ออายุสมาชิกวารสารกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ชื่อ-สกุล (ส่วนตัว).....
(บริษัท/หน่วยงาน).....
ที่อยู่.....

โทรศัพท์..... โทรสาร

มีความประสงค์จะสมัคร/ต่ออายุสมาชิกวารสารกฎหมายปีที่ เป็นเวลา

☐ 1 ปี จำนวนชุด

☐ ปี จำนวนชุด

ทั้งนี้ ได้ชำระค่าสมาชิกโดย

☐ เงินสด

☐ ไปรษณีย์ธนาณัติ สั่งจ่าย “**ปณ. จุฬาลงกรณ์ฯ 10332**” ในนาม “**ผู้จัดการวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**”

☐ ตัวแลกเงิน (ตราฟต์) สั่งจ่าย “**คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**”

จำนวนเงิน.....บาท (.....)

(กำหนดออกปีละ 2 ฉบับ (ตั้งแต่ปีที่ 30 เป็นต้นไป) อัตราค่าสมาชิกปีละ 500 บาท รวมค่าจัดส่งทางไปรษณีย์)

ลงชื่อ.....

(.....)

...../...../.....

จำหน้าถึง

ผู้จัดการวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท
เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330



หากท่านมีข้อสงสัยประการใด โปรดติดต่อสอบถามได้ที่
วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
โทร. 02-2182017 ต่อ 302 (คุณกันนิกา รสรีน)
โทรสาร. 02-2182018



LAW CHULA FESTIVAL 2018

นิทรรศการ Unlock the Law
การแข่งขันตอบปัญหากฎหมาย
การแข่งขันโต้วาที
เสวนาวิชาการ
ห้องเรียนกฎหมายจำลอง
ศาลจำลอง

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมหรือสมัครแข่งขัน

Facebook - Law Chula Fest 2018: Unlock the Law

3 NOVEMBER 2018

**FACULTY OF LAW,
CHULALONGKORN UNIVERSITY**

เปิดรับสมัครผู้สนใจเข้าศึกษา
ในระดับปริญญาบัณฑิต และบัณฑิตศึกษา

LawChula

ปริญญาตรี

หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ภาคบัณฑิต (นอกเวลาราชการ)
สำหรับผู้จบปริญญาตรีสาขาใดๆ ก็ได้

ปริญญาโท

หลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ
สำหรับผู้จบปริญญาตรีสาขาใดๆ ก็ได้ เหมาะสำหรับผู้ประกอบอาชีพ หรือ
ประสงค์จะประกอบกิจการด้านเศรษฐกิจและการพาณิชย์

หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์

สำหรับนิสิตระดับบัณฑิตเพื่อศึกษาต่อยอดตามหมวดวิชาที่สนใจ ได้แก่
กฎหมายเอกชนและธุรกิจ กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
กฎหมายมหาชน กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร

สำหรับนิสิตระดับบัณฑิตที่ต้องการความเชี่ยวชาญเฉพาะทางการเงินหรือภาษีอากร

Master of Law (Business Law) International Program

สำหรับนิสิตระดับบัณฑิตที่สนใจการศึกษาในรูปแบบ LL.M ใช้เวลาศึกษา
ตลอดหลักสูตรเพียง 9 เดือน

ปริญญาเอก

หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

สำหรับนิสิตดุษฎีบัณฑิตที่สนใจศึกษาในลักษณะการวิจัยเชิงวิชาการนิติศาสตร์ขั้นสูง
กำหนดการเปิดรับสมัครเข้าศึกษา สำหรับภาคปลาย ปีการศึกษา 2561

รับสมัครตั้งแต่วันที่ 17 กันยายน-31 ตุลาคม 2561

สมัคร Online ได้ที่

www.Law.chula.ac.th

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่
Facebook.com/LawChula

0-2218-2017

