

ปีที่ 43 ฉบับที่ 3 : กรกฎาคม-กันยายน 2568



# วารสารกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY LAW JOURNAL

## บทความวิชาการ

การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบ  
ด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในสหรัฐอเมริกา:  
ปัจจัยขับเคลื่อนและท่าทีของ FTC (ตอนที่ 1: ปัจจัยสภาพความเป็นจริง  
ของตลาดและปัจจัยภายนอกจากสหภาพยุโรป)

ปุลวิทย์ วาณิชยเศรษฐกุล

## บทความวิจัย

ความรับผิดชอบทางแพ่งของบริษัทแม่ต่อผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบ  
จากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูก

ภัทรานิษฐ์ พรหมอารักษ์

การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า  
พ.ศ. 2560

พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล

การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี  
กฎเกณฑ์ว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย

มุกกระจำจ จรณี  
อรรธมภา ไวยมุกข์

A Combined Imposition of Administrative and Criminal Sanctions  
for Negligence of Corporate Post-Mining Obligations: A Comparative  
Study of Indonesian, Thailand, and South African  
Mining Regulations

Fachrian Rizki

ปัญหาของการตีความข้อยกเว้นด้านความมั่นคงตามมาตรา XXI(b)  
ขององค์การการค้าโลก

นิรินันท์ ลีระนกุล

## ปกินกะกฎหมาย

รัฐสภากับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ณรงค์เดช สรุโซษิต

CHULALONGKORN UNIVERSITY LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีที่ 43 ฉบับที่ 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2568)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริศ เอกจริยกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชฌู เครื่องงาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มันทาภรณ์	รองศาสตราจารย์ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปารีณา ศรีวนิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
----------------------------------	---

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริกัญญา โฆวิไลกุล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตชัย	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.วรพงศ์ อัจฉรวงศ์ชัย	ศาลยุติธรรม
นางสนั่น ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติปัญญาณ ถัง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทระเสน	ธนาคารแห่งประเทศไทย

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส	วรลักษณ์ ทองใบ
วรินทร์ทิพย์ สายมงคลเพชร	

# Chulalongkorn University Law Journal

## Volume 43 Issue 3 (July-September 2025)

### 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 KOVILAIKOOL	Dean of Faculty of Law
Professor Dr.Jaturon THIRAWAT	(Assistant Professor Dr.Pareena SRIVANIT)

### Editor-in-Chief

---

Dr.Pramote SERMSILATHAM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
-------------------------	---

### Deputy Editor

---

Assistant Professor Dr.Sirikanya KOVILAIKOOL	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor Dr.Pawat SATAYANURUG	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Assistant Professor Dr.Voraphol MALSUKHUM	Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

### Editorial Board

---

Professor Dr.Pairojana KAMPUSIRI	Faculty of Law Thammasat University
Assistant Professor Dr.Surutchada REEKIE	Faculty of Law Chulalongkorn University
Associate Professor Dr.Boonyarat CHOKBANDANCHAI	Faculty of Law Naresuan University
Dr.Worrawong ATCHARAWONGCHAI	Court of Justice
Mrs.Santanee DITSAYABUT	Office of the Attorney General
Dr.Suphanvasa Chotikajan TANG	Department of Treaties and Legal Affairs Ministry of Foreign Affairs
Dr.Apichon CHANTARASEN	Bank of Thailand

### Management Team

---

Supicha CHINNAVASO	Vorraluk THONGBAI
Warintip SAIMONGKONPET	

## วัตถุประสงค์

“วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการ ด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม

## กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 4 ฉบับ ราย 3 เดือน ดังนี้

- ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม ถึงเดือนมีนาคม
- ฉบับที่ 2 เดือนเมษายน ถึงเดือนมิถุนายน
- ฉบับที่ 3 เดือนกรกฎาคม ถึงเดือนกันยายน
- ฉบับที่ 4 เดือนตุลาคม ถึงเดือนธันวาคม

## ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดง การวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขาวิชานิติศาสตร์และต่อสังคมใน วงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- บทความวิจัย** หมายถึง บทความที่มีฐานมาจากการวิจัยสาขานิติศาสตร์ และแสดง ข้อค้นพบจากการวิจัยนั้นอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ บทความวิจัยควรประกอบด้วย ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐานของงานวิจัย (ถ้ามี) ขอบเขตที่ครอบคลุม ในการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิธีดำเนินการวิจัย (เช่น ข้อมูลประชากร กลุ่มตัวอย่าง การสุ่มตัวอย่าง เครื่องมือการวิจัย การเก็บรวบรวมข้อมูล และการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น) ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ)

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวรรณกรรม และความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และ กองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

## ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับผิดชอบตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

## ลักษณะการประเมินบทความ

---

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)

## การเผยแพร่วารสาร

---

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทำการเผยแพร่บทความในรูปแบบออนไลน์

## แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

---

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Aim and Scope

---

“Chulalongkorn University 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 Frequency

---

Chulalongkorn University Law Journal is published every three months as follows:

- Issue 1 January-March
- Issue 2 April-June
- Issue 3 July-September
- Issue 4 October-December

## Categories of Accepted Manuscripts

---

Chulalongkorn University Law Journal welcomes submissions of manuscripts, which fall within the following categories:

- **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.
- **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.

Any opinions presented in Chulalongkorn University Law Journal solely belongs to and is under the responsibility of the respective authors, with which Faculty of Law, Chulalongkorn University, Editor-in-Chief and the Editorial Board do not have to agree.

## Language

---

Chulalongkorn University Law Journal welcomes submissions of manuscripts in Thai and/or English language.

## **Peer Review**

---

Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least three qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.

## **Methods of Publication**

---

Chulalongkorn University Law Journal is published in online version.

## **Source of Support**

---

Chulalongkorn University Law Journal is supported by Faculty of Law, Chulalongkorn University.

## บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับประจำปีที่ 43 ฉบับที่ 3 (กรกฎาคม-กันยายน 2568) ในส่วนเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงประกอบไปด้วยผลงานที่น่าสนใจและมีความหลากหลายทั้งบทความในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัย ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในสหรัฐอเมริกา: ปัจจัยขับเคลื่อนและท่าทีของ FTC (ตอนที่ 1: ปัจจัยสภาพความเป็นจริงของตลาดและปัจจัยภายนอกจากสหภาพยุโรป)” เขียนโดย คุณปุลวิทย์ วาณิชยเศรษฐกุล ผู้พิพากษา ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง

บทความที่สองเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ความรับผิดชอบทางแพ่งของบริษัทแม่ต่อผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูก” เขียนโดย คุณภัทรานิษฐ์ พรหมอารักษ์ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่สามเป็นบทความวิจัยเรื่อง “การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560” เขียนโดย อาจารย์ ดร.พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” เขียนโดย อาจารย์มุกกระจำจ จรณี และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรัมภา ไวยมุกข์ อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “A Combined Imposition of Administrative and Criminal Sanctions for Negligence of Corporate Post-Mining Obligations: A Comparative Study of Indonesian, Thailand, and South African Mining Regulations” และได้รับการแปลเป็นภาษาไทยโดยใช้ชื่อว่า “การกำหนดบทลงโทษทางปกครองและทางอาญาร่วมกันในกรณีความประมาทเลินเล่อของภาระผูกพันหลังการทำเหมืองขององค์กร: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎระเบียบการทำเหมืองแร่ของประเทศอินโดนีเซีย ไทย และแอฟริกาใต้” เขียนโดย คุณฟาเรียน ริสกี (Mister Fachrian Rizki) นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ ภาควิชาภาษาอังกฤษ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาของการตีความข้อยกเว้นด้านความมั่นคงตามมาตรา XXI(b) ขององค์การการค้าโลก” เขียนโดย คุณนิธินันท์ ลีธนะกุล นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่เจ็ดเป็นปกิณกะกฎหมายเรื่อง “รัฐสภากับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” เขียนโดย รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการหวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ กองบรรณาธิการขอขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและสนับสนุนวารสารกฎหมายมาโดยตลอด หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อ ๆ ไป พบกันใหม่ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

# วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 43 ฉบับที่ 3

(กรกฎาคม-กันยายน 2568)

## สารบัญ

- บทความวิชาการ**
  - 1-48 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูล และการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในสหรัฐอเมริกา: ปัจจัยขับเคลื่อนและท่าทีของ FTC (ตอนที่ 1: ปัจจัยสภาพความเป็นจริงของตลาดและปัจจัยภายนอกสหภาพยุโรป)  
ปูลวิทย์ วาณิชยเศรษฐกุล
- บทความวิจัย**
  - 49-72 ความรับผิดชอบทางแพ่งของบริษัทแม่ต่อผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูก  
ภัทรานิษฐ์ พรหมอารักษ์
  - 73-95 การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560  
พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล
  - 97-128 การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี กฎเกณฑ์ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย  
มุกกระจำจ จรณี  
อรรธมภา ไวยมุกข์
  - 129-150 การกำหนดบทลงโทษทางปกครองและทางอาญาร่วมกันในกรณีความประมาทเลินเล่อของภาระผูกพันหลังการทำเหมืองขององค์กร: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎระเบียบการทำเหมืองแร่ของประเทศอินโดนีเซีย ไทย และแอฟริกาใต้  
ฟาเรียน ริสกี
  - 151-167 ปัญหาของการตีความข้อยกเว้นด้านความมั่นคงตามมาตรา XXI(b) ขององค์การการค้าโลก  
นิธินันท์ ลีธนะกุล

• ปกติกะกฎหมาย

169-194

รัฐสภาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่  
ณรงค์เดช สรุโฆษิต

---

\* บทความและความคิดเห็นใด ๆ ใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

# Chulalongkorn University Law Journal

Vol. 43 No. 3

(July-September 2025)

## Contents

---

- *Academic articles*

- 1-48      **Data Abuse and Exploitation as Abuse of Dominance? The Driving Forces and the Position of FTC (Part I: Market Realities and European Influence as External Factor)**  
Pulawit Wanichsetakul

- *Research articles*

- 49-72      **Parent Company's Civil Liability to Victims Affected by a Subsidiary's Hazardous Substance Contaminated Site**  
Patthanith Promarak

- 73-95      **Regulation of Holding Companies under the Trade Competition Act B.E. 2560**  
Peerapong Jongpaisalsakul

- 97-128      **Constitutional Review: Study of Conflict of Laws Rules**  
Mookkrachang Charani  
Awnrumpa Waiyamuk

- 129-150      **A Combined Imposition of Administrative and Criminal Sanctions for Negligence of Corporate Post-Mining Obligations: A Comparative Study of Indonesian, Thailand, and South African Mining Regulations**  
Fachrian Rizki

- 151-167      **Issues with the Interpretation of Security Exceptions under Article XXI(b) of the World Trade Organization**  
Nitinun Leethanakul

- *Legal miscellaneous*

169-194 **Parliament and the Amendment of the Constitution for the Drafting  
of a New Constitution**  
Narongdech Srukhsit

---

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

การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครอง  
ข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในสหรัฐอเมริกา: ปัจจัยขับเคลื่อนและ  
ท่าทีของ FTC (ตอนที่ 1: ปัจจัยสภาพความเป็นจริงของตลาดและ  
ปัจจัยภายนอกจากสหภาพยุโรป)\*

Data Abuse and Exploitation as Abuse of Dominance?  
The Driving Forces and the Position of FTC (Part I: Market Realities  
and European Influence as External Factor)

ปุลวิทย์ วาณิชเศรษฐกุล  
Pulawit Wanichsetakul

ผู้พิพากษา

ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง  
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (อาคาร A) ชั้น 5-7  
120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร  
Judge

The Central Intellectual Property and International Trade Court  
Government Complex, Building A, 5-7 Fl.

120 Moo 3 Chaeng Watthana Rd. Thung Song Hong, Lak Si, Bangkok

Corresponding author Email: pulawit.w@gmail.com

(Received: January 24, 2025; Revised: April 21, 2025; Accepted: April 22, 2025)

## บทคัดย่อ

ปัจจัยเรื่องสภาพความเป็นจริงของตลาดดิจิทัลที่เป็นตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลซึ่งทำให้  
ตลาดดิจิทัลมีความเสี่ยงต่อการถูกผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่ และทำให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล  
เข้ามามีบทบาทสำคัญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และปัจจัยภายนอกจากอิทธิพลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขัน  
ทางการค้าในสหภาพยุโรป เป็นปัจจัยสองประการแรกๆ ที่ผลักดันให้คณะกรรมการการการค้าของ  
สหรัฐอเมริกา (FTC) มองความเกี่ยวพันระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลกับการป้องกันการผูกขาด  
ในแบบบูรณาการมากขึ้นและรับเอาแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบ

\* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) (จุฬาฯ), น.ม. (จุฬาฯ), น.บ.ท., LL.M. (with Merit) (London School of Economics and  
Political Science), LL.M. (Columbia University) (ทุนสำนักงานศาลยุติธรรม), ปัจจุบันเป็นผู้พิพากษาศาลทรัพย์สินทางปัญญาและ  
การค้าระหว่างประเทศกลาง

บทความฉบับนี้เรียบเรียงและปรับปรุงจากงานนิพนธ์ (LL.M. Writing Project Paper) ในชื่อ “Data Abuses and  
Exploitation as Abuse of Dominance? The Driving Forces and the Position of FTC” ของผู้เขียนที่มหาวิทยาลัยโคลัมเบีย  
สหรัฐอเมริกา (2565) ทั้งนี้ บทความฉบับนี้เขียนจากมุมมองส่วนตัวของผู้เขียนซึ่งอาจไม่จำเป็นต้องสะท้อนถึงมุมมองหรือความเห็นของ  
หน่วยงานที่ผู้เขียนเคยสังกัดและสังกัดอยู่ในปัจจุบันเสมอไป

ด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลมาเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของตน ซึ่งนำไปสู่การดำเนินคดีป้องกันการผูกขาดกับดิจิทัลแพลตฟอร์มรายใหญ่ในระลอกล่าสุดนับแต่ปี 2020 เป็นต้นมา รวมถึงการดำเนินคดีกับ Facebook ของ FTC

**คำสำคัญ:** การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล, การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ, การผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่, ดิจิทัลแพลตฟอร์ม, การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

## Abstract

The market realities of digital economy that is data-driven and prone to platform monopoly and the external influence of competition enforcement in the European Union are the first two factors that create the pressure on the Federal Trade Commission (FTC) to adopt the integrationist view regarding the interface between data protection and antitrust and adopt the exploitative abuse of dominance theory of harm associated with data privacy practices in its antitrust enforcement policy leading to the latest wave of monopolization claims against big tech companies in the United States since 2020 including *FTC v. Facebook, Inc.*

**Keywords:** Exploitative Abuse of Dominance Theory of Harm Associated with Data Privacy Practices, Abuse of Dominance, Platform Monopoly, Digital Platforms, Data Protection

## บทนำ

การดำเนินคดีกับ Facebook ในเยอรมนี โดย Bundeskartellamt หรือ Federal Cartel Office (FCO) หน่วยงานป้องกันการผูกขาดของเยอรมนี ในปี 2019 ซึ่งนำไปสู่คำวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้น (Preliminary Ruling) ของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (The Court of Justice of the European Union หรือ CJEU) เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2023 ได้จุดกระแสแห่งการศึกษาและการอภิปรายเกี่ยวกับกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในหลายแง่มุม รวมถึงกลไกและลักษณะของเศรษฐกิจดิจิทัลหรือตลาดดิจิทัล ปัญหาการผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่ (Platform Monopoly) และความสัมพันธ์ระหว่างการคุ้มครองข้อมูลและสิทธิส่วนบุคคลกับการป้องกันการผูกขาดในการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดการแข่งขัน ในจำนวนนี้ปัญหาที่เป็นที่ถกเถียงมากที่สุดคงจะหนีไม่พ้นการที่ Bundeskartellamt ของเยอรมนีดำเนินคดีกับ Facebook โดยอาศัยการละเมิดกฎหมายการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเป็นฐานของการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนี ในวงการกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ประเด็นดังกล่าวก็ถูกกล่าวถึงเช่นกันทั้งจากนักวิชาการ หน่วยงานที่กำหนดนโยบาย และหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย โดยในปี 2021 คณะกรรมาธิการการค้าของสหรัฐฯ (Federal Trade

Commission หรือ FTC) ดำเนินคดีกับ Facebook ในความผิดฐานผูกขาด (Monopolization) ในช่วงเวลาไล่เลี่ยกับคดีของ Bundeskartellamt ในเยอรมนี โดยอาศัยรูปแบบการดำเนินธุรกิจของ Facebook เป็นฐานของข้อกล่าวหาเช่นกัน นอกจากนี้ ยังมีการสอบสวนและการดำเนินคดีกับบริษัทยักษ์ใหญ่ด้านเทคโนโลยีหรือ Big Tech รายอื่นในสหรัฐฯ อีกด้วย จึงมีคำถามว่า FTC มีแนวทางการดำเนินคดีเหมือนกับ Bundeskartellamt หรือไม่ กล่าวคือ FTC ยอมรับแนวคิดเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล (Exploitative Abuse of Dominance Theory of Harm) หรือไม่ เพียงใด และอะไรคือปัจจัยที่ทำให้มีการดำเนินคดีกับดิจิทัลแพลตฟอร์มรายใหญ่ในระลอกล่าสุดนี้ สำหรับงานเขียนชิ้นนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงปัจจัยที่ผลักดันให้ FTC และหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอื่น ๆ ในสหรัฐฯ รับเอาแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลเป็นฐานของการกระทำที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (Anticompetitive Conduct) โดยจากการศึกษาผู้เขียนพบว่ามีปัจจัยสามประการที่ผลักดันให้ FTC รับเอาแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล กล่าวคือ ประการแรก ปัจจัยเรื่องสภาพความเป็นจริงในตลาดที่ตลาดดิจิทัลซึ่งขับเคลื่อนโดยข้อมูล (Data-driven) มีความเสี่ยงต่อการถูกผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่ (Platform Monopoly) และเกี่ยวพันกับปัญหาการคุ้มครองข้อมูลและสิทธิส่วนบุคคล ประการที่สอง อิทธิพลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นปัจจัยภายนอก และประการที่สาม การเปลี่ยนแปลงแนวคิดด้านนโยบายการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของนักกฎหมายสหรัฐฯ ซึ่งเป็นปัจจัยภายในที่ผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายโดย FTC โดยบทความตอนที่ 1 นี้ จะกล่าวถึงปัจจัยประการแรกและปัจจัยประการที่สอง ส่วนปัจจัยประการที่สามและท่าทีของ FTC ต่อแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจะถูกกล่าวถึงต่อไปในบทความตอนที่ 2

## 1. เศรษฐกิจดิจิทัล: สภาพความเป็นจริงของตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล

สำหรับปัจจัยประการแรกที่ผู้เขียนกล่าวว่าเกิดจากสภาพความเป็นจริงของตลาดนั้น สภาพความเป็นจริงของตลาด (Market Realities) ดังกล่าว หมายถึง สภาพของตลาดดิจิทัลที่เป็นตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล (Data-driven) ซึ่งทำให้ตลาดดิจิทัลมีความเสี่ยงต่อการถูกผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่ (Platform Monopoly) และทำให้การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเข้ามามีบทบาทสำคัญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

### 1.1 ตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล

#### 1.1.1 ข้อมูลผู้บริโภคและข้อมูลส่วนบุคคล

ในการประกอบธุรกิจเป็นที่เข้าใจตรงกันว่าไม่ว่าในตลาดแบบดั้งเดิมหรือตลาดแบบดิจิทัล ข้อมูลที่เกี่ยวกับผู้บริโภคเป็นข้อมูลสำคัญที่ผู้ประกอบการจะนำมาใช้ปรับปรุงสินค้าหรือบริการของตน

เพื่อให้ได้ส่วนแบ่งตลาด (Market Share) เพิ่มขึ้น<sup>1</sup> โดยข้อมูลผู้บริโภคนั้นมีหลากหลายประเภท<sup>2</sup> ได้แก่ เนื้อหาที่ผู้ใช้ (คือ ผู้บริโภค) สร้างขึ้น (User-generated Content) หรือ UGC เช่น บล็อก รูปภาพ วิดีโอ และข้อมูลพฤติกรรมออนไลน์ของผู้บริโภค (Behavioural Data) เช่น คำค้นหาบนอินเทอร์เน็ตและการทำธุรกรรมออนไลน์ เป็นต้น<sup>3</sup> และจะมีมูลค่า (value) เพียงใดนั้นก็ขึ้นอยู่กับว่าผู้เล่นในตลาดกลุ่มใดนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ด้วย<sup>4</sup>

ข้อมูลผู้บริโภคเหล่านี้อาจมีที่มาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ (1) ข้อมูลที่ถูกจัดเก็บโดยสมัครใจ (Volunteered Data) (2) ข้อมูลที่ถูกจัดเก็บโดยการสังเกตพฤติกรรมของผู้บริโภคและมีการบันทึกข้อมูลไว้บนอินเทอร์เน็ต (Observed Data) ซึ่งอาจเป็นการจัดเก็บข้อมูลแบบเชิงรับ (passive) ที่ผู้บริโภคอาจจะทราบหรืออาจไม่ทราบเลยว่ามีกรเก็บข้อมูลอยู่ก็ได้ เช่น location tracking หรือ browsing activities (3) ข้อมูลที่ถูกอนุมาน (Derived/Inferred Data) มาจากกระบวนการวิเคราะห์ข้อมูล (Data Analytics) เช่น ข้อมูลเครดิต หรือ (4) ข้อมูลที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้มาจากบุคคลที่สาม (Acquired Data) ไม่ว่าจะโดยอาศัยความสัมพันธ์เชิงพาณิชย์ เช่น โดยสัญญาการอนุญาตให้ใช้ข้อมูล หรือ ผ่านนายหน้าค้าข้อมูล (Data Broker) หรือ โดยอาศัยความสัมพันธ์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์ เช่น ข้อมูลที่ภาครัฐเปิดให้เอกชนเข้าถึงและใช้<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ข้อมูลผู้บริโภค (Consumer Data) นั้น Organisation for Economic Co-operation and Development หรือ OECD ให้นิยามว่า หมายถึง ข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริโภคที่ถูกเก็บ นำไปซื้อขายแลกเปลี่ยน หรือนำไปใช้ในทางการค้า (“data concerning consumers, where such data have been collected, traded, or used as part of a commercial relationship”) ดู Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD] Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition – Background Note,” p.7, OECD Doc. DAF/COMP(2020)1 (June 12, 2020) [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Consumer Data Rights and Competition Background Note*].

<sup>2</sup> Jacques Cremer et al., “Competition Policy for the Digital Era,” (2019) [online] Available from : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en> [14 August 2025]; ดูเพิ่มเติม Viktoria H.S.E. Robertson, “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, in **Common Market Law Review** 57 (2020), p.161; Katharine Kemp, “Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters”, in **European Competition Journal** 16, 2-3 (2020), p.1; OECD, “Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value,” DSTI/ICCP/IE/REG(2011)2/FINAL (April 2, 2013) (OECD Digital Economy Papers No. 220) [online] Available from : <https://doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en> [14 August 2025].

<sup>3</sup> ข้อมูลผู้บริโภคประเภทอื่น รวมถึง ข้อมูล Social Data เช่น ข้อมูลการติดต่อ (contacts) บนบัญชีผู้ใช้เครือข่ายสังคมออนไลน์ต่าง ๆ ข้อมูลฐานที่อยู่ (Locational Data) เช่น ที่อยู่ตามภูมิศาสตร์ ข้อมูล GPS ที่อยู่ไอพี (IP Address) และข้อมูล Geo-location จากโทรศัพท์เคลื่อนที่ ข้อมูลเชิงประชากร (Demographic Data) เช่น อายุ เพศ รายได้ เพศสภาพ ความคิดเห็นทางการเมือง ข้อมูลที่จัดเก็บโดยภาครัฐ เช่น ข้อมูลด้านสุขภาพและการเงินของภาครัฐ และข้อมูลชีวมิติ (Biometric Data) เช่น ลายพิมพ์นิ้วมือ ข้อมูลการจดจำม่านตา ข้อมูลการจดจำเสียง ดูเพิ่มเติม OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.7-8 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>4</sup> Alessandro Acquisti et al., “The Economics of Privacy”, in **Journal of Economic Literature** 54, 2 (2016), p.442.

<sup>5</sup> OECD, “Enhancing Access to and Sharing of Data: Reconciling Risks and Benefits for Data Re-use across Societies,” (Nov. 26, 2019) [online] Available from : <https://doi.org/10.1787/276aaca8-en> [14 August 2025]; OECD

ที่มาที่แตกต่างกันของข้อมูลเหล่านี้สื่อให้เห็นว่า ความตระหนักของผู้บริโภคถึงการมีอยู่ของข้อมูลนั้นขึ้นอยู่กับวิธีที่ผู้ประกอบการเก็บข้อมูลด้วย กล่าวคือ โดยธรรมชาติแล้ว ผู้บริโภคย่อมทราบว่าตนถูกเก็บข้อมูล หากเป็นข้อมูลที่ถูกจัดเก็บโดยสมัครใจ (Volunteered Data) และอาจพอทราบว่ากิจกรรมบนอินเทอร์เน็ตของตนอาจถูกผู้ประกอบการหรือผู้ให้บริการต่าง ๆ เก็บข้อมูลอยู่ในกรณีของ Observed Data แต่ผู้บริโภคอาจมีโอกาสน้อยกว่าหรืออาจไม่มีโอกาสทราบเลยหากข้อมูลของตนถูกเก็บโดยอาศัยการวิเคราะห์ข้อมูลในกรณีของ Derived Data หรือหากผู้ประกอบการได้รับข้อมูลของตนมาจากผู้ประกอบการรายอื่นในกรณีของ Acquired Data ดังนั้น ในกรณีของ Volunteered Data หรือ Observed Data จึงมีโอกาสเกิดปัญหาเรื่องการได้ข้อมูลมาโดยมิชอบน้อยกว่าและมีความเสี่ยงที่ข้อมูลดังกล่าวจะถูกเผยแพร่ต่อบุคคลที่สามโดยที่ผู้บริโภคไม่ทราบหรือไม่ยินยอมน้อยกว่าเช่นกัน หากเปรียบเทียบกับ Derived Data หรือ Acquired Data ซึ่งผู้บริโภคมักไม่ทราบว่ามีการมีอยู่<sup>6</sup>

ส่วนข้อมูลผู้บริโภคที่ถูกผู้ประกอบการเก็บไปนั้นจะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับว่าข้อมูลดังกล่าวสามารถระบุตัวตน (Identifiability) ของผู้บริโภครายนั้น ๆ ได้เพียงใดด้วยเช่นกัน<sup>7</sup> ซึ่งอาจจำแนกเป็น (1) ข้อมูลที่สามารถระบุตัวตนได้แน่นอน (Identified/Identifying Data) (2) ข้อมูลแฝง (Pseudonymised Data) ซึ่งข้อมูลส่วนที่ใช้ในการระบุตัวตนเจ้าของข้อมูล (Identifier) ถูกแทนที่ด้วยข้อมูลแฝง (Alias) ซึ่งสามารถย้อนกลับไปที่ระบุตัวตนเจ้าของข้อมูลได้โดยผู้ที่ป้อนข้อมูลแฝงดังกล่าว (3) ข้อมูลแฝงที่ไม่สามารถเชื่อมโยงกับเจ้าของข้อมูล (Unlinked Pseudonymised Data) ซึ่งข้อมูลการตั้งค่าข้อมูลแฝงถูกลบออกหรือใช้เทคนิคที่ทำให้ไม่สามารถย้อนกลับได้ ส่งผลให้ไม่สามารถเชื่อมโยงข้อมูลแฝงเข้ากับเจ้าของข้อมูลได้ (4) ข้อมูลนิรนาม (Anonymised Data) ซึ่งเป็นข้อมูลที่ถูกแก้ไขให้ไม่มีความเชื่อมโยงกับตัวเจ้าของข้อมูลไม่ว่าโดยวิธีการสุ่ม (Randomization) หรือการแทนที่ข้อมูลที่ใช้ในการระบุตัวตน (Identifier) ด้วยข้อมูลที่ไม่เฉพาะเจาะจง (Generalization) ซึ่งทำให้มั่นใจได้ในระดับหนึ่งว่าเจ้าของข้อมูลดังกล่าวจะไม่ถูกระบุตัวตน และ (5) ข้อมูลที่ถูกรวบรวมในฐานะข้อมูล (Aggregated Data) ซึ่งไม่ใช่ข้อมูลรายบุคคลแต่เกิดจากการนำข้อมูลของกลุ่มบุคคลในจำนวนที่มากพอที่จะทำให้ลักษณะรายบุคคลไม่สามารถนำมาใช้ระบุตัวตนเจ้าของข้อมูลได้<sup>8</sup> จากการจำแนกประเภทข้อมูลผู้บริโภคด้วยคุณสมบัติในการระบุตัวตนเจ้าของข้อมูลของข้อมูลนี้ แม้จะแสดงให้เห็นว่าไม่ใช่ข้อมูลผู้บริโภคทุกประเภทที่เสี่ยงต่อการถูกละเมิดสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล แต่ในทางปฏิบัติแล้วก็ยังนับว่าเป็นการยากที่จะรับรองได้ว่าข้อมูลที่ถูกทำให้เป็นนิรนามแล้วจะไม่สามารถถูกนำมาใช้ระบุตัวตนย้อนกลับ (Re-identification) ได้<sup>9</sup>

Secretariat, "Consumer Data Rights and Competition Background Note," p.9 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>6</sup> OECD Secretariat, "Consumer Data Rights and Competition Background Note," p.9-10 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>7</sup> Recommendation of the Council concerning Guidelines governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, OECD Doc. C(80)58/FINAL (amended by OECD Doc. C(2013)79) (July 11, 2013), annex reprinted in OECD, *The OECD Privacy Framework*, 13 (2013).

<sup>8</sup> ISO/IEC, *Privacy enhancing data de-identification terminology and classification of techniques*, ISO/IEC 20889:2018(E) (Nov. 2018).

<sup>9</sup> The President's Council of Advisors on Science and Technology [PCAST], Executive Office of the President, *Report to the President, Big Data and Privacy: A Technological Perspective* (n.p., 2014), p.39.

### 1.1.2 ฐานข้อมูลผู้บริโภคขนาดใหญ่ (Big Consumer Data)

ผลจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในปัจจุบันทำให้อินเทอร์เน็ตมีความเร็วสูงขึ้นมาก และข้อมูลการใช้สินค้าและบริการตลอดจนกิจกรรมต่าง ๆ ถูกเชื่อมต่อกันผ่านอินเทอร์เน็ตได้ (ซึ่งเราเรียกกันว่า Internet of Things) และขณะเดียวกันก็ทำให้ค่าใช้จ่ายในการเก็บรวบรวม เก็บรักษา ประมวลผล และวิเคราะห์ข้อมูลมีราคาถูกลงอย่างมาก ทำให้ปริมาณ (Volume) ของข้อมูลผู้บริโภคบนอินเทอร์เน็ตเพิ่มขึ้นอย่างมหาศาล<sup>10</sup> ขณะเดียวกัน ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีดังกล่าว ทำให้การสร้างเข้าถึง ประมวลผล และวิเคราะห์ข้อมูลมีความเร็วสูง (Velocity) หรือแม้กระทั่งกระทำได้ด้วยทันทีแบบ Real-time หรือ “now-casting” ซึ่งผลของการที่การเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลสามารถกระทำได้ในปริมาณมากโดยความเร็วสูงยังทำให้ข้อมูลผู้บริโภคที่ถูกเก็บรวบรวมและประมวลผลมีความหลากหลาย (Variety) มากขึ้น<sup>11</sup> ผลที่ตามมา คือ ข้อมูลผู้บริโภคหลากหลายประเภทจากหลากหลายแหล่งที่มาถูกนำมารวมเข้าด้วยกันเป็นฐานข้อมูลขนาดใหญ่ (Pool) ซึ่งผู้ประกอบการจําอาจนำข้อมูลแต่ละแหล่งมารวมเข้าด้วยกันสำหรับใช้ในการวิเคราะห์ข้อมูล<sup>12</sup> ซึ่งยิ่งข้อมูลผู้บริโภคมีความหลากหลายมากขึ้นเท่าใด ก็จะทำให้การสร้างเฉพาะตัวให้กับผู้บริโภคเป็นรายบุคคล (Personalization) ในการนำเสนอสินค้าและบริการก็มีความแม่นยำมากยิ่งขึ้นเท่านั้น<sup>13</sup> ซึ่งในทางกลับกันก็ช่วยเพิ่มมูลค่า (Value) ให้กับ

<sup>10</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.10 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era,” 6, DAF/COMP(2016)14 (Oct. 27, 2016) [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า *Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note*]; OECD, “Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being,” (2015) [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation\\_9789264229358-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html) [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า *Data-Driven Innovation Report*]; ดูเพิ่มเติม *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European Strategy for Data*, at 2, COM(2020) 66 final (Feb. 19, 2020).

<sup>11</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.11 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.6 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>12</sup> Federal Trade Commission [FTC], “Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion?: Understanding the Issues,” (2016) [online] Available from : <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf> [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า *FTC Big Data Report*].

<sup>13</sup> เดิมคุณลักษณะพิเศษของ Big Data ถูกเรียกเป็น 3Vs หมายถึง Volume, Velocity และ Variety ดู Doug Laney, “3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety,” (Meta Group, File No. 949, Feb. 6, 2001) [online] Available from : <https://diegonogare.net/wp-content/uploads/2020/08/3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf> [14 August 2025]; ภายหลังถูกเพิ่มเป็น 4Vs โดยเพิ่ม Value เข้ามาโดย Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, **Big Data and Competition Policy**, (Oxford University Press, 2016), Part 1; ดูเพิ่มเติม OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.5 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025].

ฐานข้อมูลผู้บริโภคนั้นด้วย<sup>14</sup> การสร้างมูลค่าให้กับฐานข้อมูลผู้บริโภคดังกล่าว ในด้านหนึ่งอาจมองว่าเป็นสาเหตุ (cause) ที่ทำให้เกิดการเพิ่มขึ้นของปริมาณของข้อมูล ความรวดเร็วในการเก็บและประมวลผลข้อมูล และความหลากหลายของข้อมูล ขณะเดียวกัน ในอีกด้านหนึ่งก็อาจมองได้ว่าเป็นผลลัพธ์ (consequence) ของการที่ข้อมูลมีปริมาณเพิ่มขึ้น มีความรวดเร็วในการเก็บและประมวลผลมากขึ้น และมีความหลากหลายมากขึ้นได้เช่นกัน<sup>15</sup> มูลค่าที่ถูกสร้างขึ้นดังกล่าวของฐานข้อมูลหรือที่เรียกกันว่า Big Data เป็นข้อพิจารณาสำคัญในการประเมินการแข่งขันทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจที่ขับเคลื่อนด้วยข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าการที่ผู้ประกอบการเข้าถึงฐานข้อมูลได้นั้นเป็นเพียงการสร้างรายได้เปรียบในการแข่งขันหรือเป็นการกีดกันไม่ให้ผู้เล่นรายใหม่เข้าสู่ตลาดหรือไม่<sup>16</sup>

### 1.1.3 นวัตกรรมที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล: ข้อพิจารณาด้านข้อมูลส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้า

ฐานข้อมูลผู้บริโภคขนาดใหญ่ (Big Consumer Data) นี้ ก่อให้เกิดนวัตกรรมที่ขับเคลื่อนด้วยข้อมูล (Data-driven Innovation)<sup>17</sup> กล่าวคือ ในระบบนิเวศน์ของ Big Data วงจรการสร้างมูลค่าของข้อมูล (Data Value Cycle) เริ่มต้นขึ้นเมื่อข้อมูลถูกเก็บรวบรวม รวมถึงโดยการเปลี่ยนข้อมูลพฤติกรรมของผู้บริโภคซึ่งเกิดขึ้นในโลกแห่งความเป็นจริงหรือโลกออฟไลน์ให้เป็นข้อมูลดิจิทัลผ่านอุปกรณ์รับข้อมูลต่าง ๆ เช่น เซนเซอร์<sup>18</sup> หรือที่เรียกว่า Datafication<sup>19, 20</sup>

---

<sup>14</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.11 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>15</sup> OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.6 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>16</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.11 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>17</sup> OECD ให้นิยาม นวัตกรรมที่ขับเคลื่อนด้วยข้อมูล (Data-driven Innovation) ว่าหมายถึง “การใช้ประโยชน์จากข้อมูลและการวิเคราะห์เพื่อปรับปรุงหรือสร้างผลิตภัณฑ์ กระบวนการ การจัดการองค์กร และตลาดแบบใหม่” (“the use of data and analytics to improve or foster new products, processes, organisational methods and market”) ดู OECD, “Data-Driven Innovation Report,” p.70 [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation\\_9789264229358-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html) [14 August 2025]

<sup>18</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.14 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>19</sup> J. Bertolucci, “IBM, Universities Team Up to Build Data Scientists,” INFORMATIONWEEK (Jan. 15, 2013) [online] Available from : <https://web.archive.org/web/20130122000212/http://www.informationweek.com/big-data/news/big-data-analytics/ibm-universities-team-up-to-build-data/240146290> [14 August 2025]; ดูเพิ่มเติม Viktor Mayer-Schönberger & Kenneth Cukier, **Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think**, (London: John Murray, 2013), Chapter 5.

<sup>20</sup> OECD, “Data-Driven Innovation Report,” p.133 [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation\\_9789264229358-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html) [14 August 2025]

การเก็บรวบรวมข้อมูล (Data Collection) นี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นกิจกรรมพื้นฐานของธุรกิจ เนื่องจากผู้ประกอบการมักจะเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริโภคไม่ว่าในทางใดทางหนึ่ง การเก็บข้อมูลผู้บริโภคจึงอาจเกิดขึ้นทั้งลักษณะเชิงรุก (active) และเชิงรับ (passive) และการเก็บรวบรวมข้อมูลอาจกระทำโดยบุคคลที่หนึ่ง (first party) หรือบุคคลที่สาม (third party) ก็ได้ ในขณะที่การเก็บรวบรวมข้อมูลโดยบุคคลที่หนึ่งนั้นกระทำโดยผู้ประกอบการที่เป็นผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการที่เก็บรวบรวมข้อมูลโดยตรงจากผู้บริโภค (ลูกค้าหรือผู้ใช้บริการ) ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการใช้สินค้าหรือบริการของผู้ประกอบการ การเก็บรวบรวมข้อมูลโดยบุคคลที่สามกระทำผ่านเทคโนโลยีที่ใช้ในการติดตามพฤติกรรมผู้บริโภค (Tracking) ซึ่งอาจเป็น Cookies การติดตามระหว่างอุปกรณ์ (Cross-device Tracking) หรือ Tracking Pixel<sup>21</sup> การ Track หรือติดตามพฤติกรรมผู้บริโภคโดยบุคคลที่สามนี้อาจเป็นส่วนหนึ่งของข้อตกลงทางการค้าเพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่บุคคลที่สามนั้นจะได้ให้บริการวิเคราะห์ข้อมูลเว็บไซต์ (website analytics) หรือบริการส่งหรือแสดงโฆษณาของตน หรือแลกเปลี่ยนการเข้าถึง Application Programming Interface (APIs) เพื่อเชื่อมต่อระบบของตนเข้ากับฐานข้อมูลของผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการที่เป็นบุคคลที่หนึ่ง<sup>22</sup>

วิธีที่ผู้บริโภคถูกเก็บข้อมูลและตัวตนของผู้เก็บรวบรวมข้อมูลนั้นส่งผลต่อข้อกังวลในเรื่องสิทธิส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้าที่แตกต่างกัน ในด้านสิทธิส่วนบุคคล ผู้บริโภคน่าจะรู้สึกสะดวกใจที่สุดในกรณีที่ถูกเก็บข้อมูลโดยผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการที่เป็นบุคคลที่หนึ่ง (first party) และด้วยความยินยอมของตน (volunteered data) และผู้บริโภคน่าจะยังรู้สึกสะดวกใจอยู่หากพฤติกรรมของตนถูกสังเกตและเก็บข้อมูล (observed data) โดยบุคคลที่หนึ่งนั้น แต่พวกเขาอาจไม่ตระหนักถึงการติดตามพฤติกรรมโดยบุคคลที่สาม (third party) แม้กระทั่งในกรณีที่พวกเขายินยอมถูกเก็บข้อมูลหรือตระหนักว่าข้อมูลของพวกเขาถูกติดตามและเก็บรวบรวมโดยผู้ผลิตหรือผู้ให้บริการที่เป็นบุคคลที่หนึ่ง (first party) อยู่ก็ตาม เนื่องจากข้อมูลของผู้บริโภคยินยอมถูกเก็บรวบรวมในบริบทหนึ่งอาจถูกนำไปใช้ในอีกบริบทหนึ่งซึ่งผู้บริโภคน่าจะไม่ยินยอมหากทราบตั้งแต่แรก<sup>23</sup> ดังนั้น ความยินยอมของผู้บริโภคในการเก็บข้อมูลจึงขึ้นอยู่กับบริบทเป็นสำคัญ (context specific)<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Vangie Beal, "Cookies," WEBOPEDIA (Sep. 4, 2008, updated on Apr. 16, 2024) [online] Available from : [https://www.webopedia.com/DidYouKnow/Internet/all\\_about\\_cookies.asp](https://www.webopedia.com/DidYouKnow/Internet/all_about_cookies.asp) [14 August 2025]; The Interactive Advertising Bureau [IAB], "Cookies on Mobile 101: Understanding the Limitations of Cookie-based Tracking for Mobile Advertising," (Nov. 2013) [online] Available from : <https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/07/CookiesOnMobile101Final.pdf> [14 August 2025]; FTC, "Cross-Device Tracking: AN FTC Staff Report," (Jan. 2017) [online] Available from : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/cross-device-tracking-federal-trade-commission-staff-report-january-2017/ftc\\_cross-device\\_tracking\\_report\\_1-23-17.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/cross-device-tracking-federal-trade-commission-staff-report-january-2017/ftc_cross-device_tracking_report_1-23-17.pdf) [14 August 2025]; Sophie C. Boerman et al., "Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda", in *Journal of Advertising* 46, 3 (2017), p.363; OECD, "Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers," OECD Digital Economy Papers No. 272 (2019) [online] Available from : <https://doi.org/10.1787/1f42c85d-en> [14 August 2025].

<sup>22</sup> OECD Secretariat, "Consumer Data Rights and Competition Background Note," p.16 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>23</sup> OECD Secretariat, "Consumer Data Rights and Competition Background Note," p.17-18 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>24</sup> Acquisti et al., "The Economics of Privacy", in *Journal of Economic Literature*, p.444.

สำหรับการประเมินการแข่งขันทางการค้าแล้ว การที่ผู้ประกอบการจะสามารถเข้าถึงฐานข้อมูลผู้บริโภคที่อยู่ในความครอบครองของคู่แข่งหรือสามารถสร้างฐานข้อมูลที่มีลักษณะคล้ายกันขึ้นมาใหม่ได้หรือไม่นั้น ย่อมเป็นข้อพิจารณาในการวินิจฉัยปัญหาว่าผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งรายดังกล่าวมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ และปัญหาว่าการเปิดให้มีการเข้าถึงฐานข้อมูลของคู่แข่งนั้น จะทำให้การแข่งขันมีประสิทธิภาพหรือไม่ด้วยเช่นกัน เนื่องจากถึงแม้ข้อมูลผู้บริโภคบางอย่างอาจถูกเก็บขึ้นมาได้อย่างง่ายดายโดยหลากหลายวิธีและอาจกระทำได้ผ่านบุคคลหลายกลุ่ม แต่การเข้าถึงการติดตามพฤติกรรมผู้บริโภคโดยบุคคลที่สามตลอดจนการเข้าถึงฐานข้อมูลผู้บริโภคที่มีขนาดใหญ่และมีความสามารถในการระบุตัวตนผู้บริโภคได้สูงก็ย่อมทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นได้ครอบครองฐานข้อมูลขนาดใหญ่ (pool of data) ซึ่งเป็นการยากที่คู่แข่งจะเลียนแบบหรือทำขึ้นมาใหม่ได้<sup>25</sup>

ข้อมูลผู้บริโภคที่ถูกเก็บรวบรวม ไม่ว่าจะในลักษณะ active หรือ passive และไม่ว่าโดยวิธีใด รวมถึงอาจเป็นข้อมูลที่ถูกผู้ประกอบการได้รับจากฐานข้อมูลเปิดของภาครัฐ หรือแม้กระทั่งซื้อมาจากนายหน้าค้าข้อมูล (data brokers) หรือผ่านตลาดซื้อขายข้อมูล ข้อมูลที่ถูกเก็บรวบรวมนี้จะถูกนำไปวิเคราะห์<sup>26</sup> โดยผู้ให้บริการวิเคราะห์ข้อมูล (data analytics providers) ซึ่งอาจเป็นผู้ให้บริการฮาร์ดแวร์ ผู้ให้บริการซอฟต์แวร์ หรือผู้ให้บริการที่ปรึกษาเกี่ยวกับการวิเคราะห์ข้อมูล<sup>27</sup> ซึ่งการพัฒนาของอัลกอริทึม และวิธีการแก้ปัญหาแบบฮิวริสติก (Heuristic Methods) ในการประมวลผลและวิเคราะห์ชุดข้อมูลขนาดใหญ่ การเกิดขึ้นของซอฟต์แวร์แบบโอเพ่นซอร์ส (open source software: OSS) ซึ่งครอบคลุมความต้องการที่หลากหลายในการเก็บรวบรวม เก็บรักษา ประมวลผล และวิเคราะห์ข้อมูล และบทบาทของ Cloud Computing ในการเพิ่มพื้นที่ในการเก็บรักษาและวิเคราะห์ข้อมูลได้ทำให้ค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาและประมวลผลข้อมูลถูกลงอย่างมาก ส่งผลให้เกิดการวิเคราะห์ข้อมูลที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น และมีราคาถูกลงเช่นกัน<sup>28</sup> ผลลัพธ์ คือ ผู้ประกอบการสามารถนำข้อมูลผู้บริโภคไปใช้ได้อย่างหลากหลาย ในการตัดสินใจทางธุรกิจซึ่งเป็นกระบวนการสุดท้ายในวงจรของข้อมูล และข้อมูลที่ถูกสร้างขึ้นจากการตัดสินใจทางธุรกิจนี้ก็จะถูกป้อนกลับเข้าสู่กระบวนการเก็บรวบรวมข้อมูลรอบใหม่ต่อไป<sup>29</sup>

<sup>25</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.18 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>26</sup> OECD ให้นิยามว่า การวิเคราะห์ข้อมูล (Data Analytics) หมายถึง ชุดเครื่องมือหรือเทคนิคที่ใช้เพื่อดึงเอาสารสนเทศ (information) ออกมาจากข้อมูล (data) (“a set of techniques and tools that are used to extract information from data”) ดู OECD, “Data-Driven Innovation Report,” p.143 [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation\\_9789264229358-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html) [14 August 2025]

<sup>27</sup> Ibid., p.71-72.

<sup>28</sup> Ibid., p.145-150.

<sup>29</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.14-15 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025]; OECD, “Data-Driven Innovation Report,” p.71-72 [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation\\_9789264229358-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/data-driven-innovation_9789264229358-en.html) [14 August 2025].

นวัตกรรมที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล (Data-driven Innovation) นี้ช่วยให้ผู้ประกอบการสามารถนำข้อมูลผู้บริโภคมาใช้ได้หลากหลายประการ รวมถึงการพัฒนาคุณภาพหรือการทำงาน (functionality) ของสินค้าหรือบริการหลักของตน การนำเสนอสินค้าหรือบริการที่มีความเฉพาะตัว (personalized) มากขึ้น การพัฒนาการเรียนรู้ของเครื่องหรือ Machine Learning และระบบการวิเคราะห์ข้อมูลแบบอื่นที่อาศัยปัญญาประดิษฐ์หรือ AI (Artificial Intelligence) การขายโฆษณาหรือบริการอื่นที่มุ่งเป้าไปยังกลุ่มผู้บริโภค ซึ่งมักเกิดในตลาดที่มีลูกค้าหรือผู้ใช้สองด้านหรือหลายด้านในเวลาเดียวกัน (Two-sided/Multi-sided Markets) หรือการขายข้อมูลผู้บริโภคให้แก่บุคคลที่สาม<sup>30</sup> ซึ่งก่อให้เกิดตลาดสำหรับแลกเปลี่ยนข้อมูลผู้บริโภคและรายงานเกี่ยวกับผู้บริโภค<sup>31</sup>

## 1.2 ตลาดดิจิทัลกับปัญหาการผูกขาดโดยแพลตฟอร์มรายใหญ่: ความเกี่ยวพันระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้า

### 1.2.1 ตลาดดิจิทัลและดิจิทัลแพลตฟอร์ม

การที่ผู้ประกอบการสามารถนำข้อมูลไปใช้ได้หลากหลายประการนี้เน้นให้เห็นถึงความสำคัญของ Big Consumer Data ทั้งในฐานะที่เป็นปัจจัยการผลิตและสินทรัพย์ที่สร้างความได้เปรียบในการแข่งขันในตลาด ดังนั้น ผู้ประกอบการจึงแข่งขันกันเพื่อข้อมูลผู้บริโภคเพื่อที่จะเสริมสร้างความสามารถในการแข่งขันในตลาดสินค้าหรือบริการของตน การแข่งขันเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลบริโภคนี้ยังก่อให้เกิดวงจรที่เรียกว่า Feedback Loop กล่าวคือ ผู้ประกอบการเพิ่มความสามารถในการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภค เพื่อเร่งให้เกิดการวิเคราะห์ข้อมูลและปรับปรุงอัลกอริทึมที่ใช้ จากนั้นนำข้อมูลที่ประมวลผลได้ไปพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการ เพื่อที่ท้ายที่สุดจะได้ดึงดูดผู้บริโภคมากขึ้นและสามารถที่จะเก็บรวบรวมข้อมูลบริโภคนั้นได้มากยิ่งขึ้นตามไปอีกเป็นวงจร<sup>32</sup> ซึ่งก่อให้เกิดตลาดแบบใหม่ที่ใช้ข้อมูลผู้บริโภคในการขับเคลื่อนธุรกิจ ประกอบด้วย ตลาดที่มีการเก็บรวบรวมข้อมูลจากผู้บริโภคโดยตรง ได้แก่ การเก็บข้อมูลในฐานะส่วนหนึ่งของการทำธุรกรรมกับผู้บริโภค หรือเป็นส่วนหนึ่งของการให้บริการแก่ผู้บริโภคอันเป็นรายได้หลักของธุรกิจ หรือทั้งสองรูปแบบผสมกัน และตลาดตัวกลางซึ่งผู้ประกอบการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลบริโภคนั้น ได้แก่ ธุรกิจการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคจากแหล่งต่าง ๆ ธุรกิจพื้นที่

<sup>30</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.19 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>31</sup> Competition and Markets Authority [CMA], “The Commercial Use of Consumer Data: Report on the CMA’s Call for Information,” (2015) [online] Available from : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/435817/The\\_commercial\\_use\\_of\\_consumer\\_data.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf) [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *CMA Consumer Data Report*].

<sup>32</sup> Michal Gal & Daniel L. Rubinfeld, “Data Standardization”, in *New York University Law Review* 94 (2019), p.737; John Pecman et al., “Essential Facilities Fallacy: Big Tech, Winter-Take-All Markets, and Anticompetitive Effects”, in *CPI Antitrust Chronicle* (Feb. 2020), p.21; Australian Competition and Consumer Commission [ACCC], “Digital Platforms Inquiry: Final Report,” p.10 (2019) [online] Available from : <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf> [14 August 2025].

เก็บรักษาข้อมูลและประมวลผลข้อมูลทั่วไป และธุรกิจเกี่ยวกับการวิเคราะห์ข้อมูล<sup>33</sup> และในตลาดที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลซึ่งอาจเรียกว่าเป็นตลาดดิจิทัลเหล่านี้ก็เกิดผู้เล่นแบบใหม่ที่เรียกว่าดิจิทัลแพลตฟอร์ม (Digital Platform) ซึ่งแบ่งได้เป็นสองประเภทหลัก คือ Attention Platform และ Matching Platform<sup>34</sup>

Attention Platform เป็นแพลตฟอร์มที่ให้บริการแก่ผู้บริโภคโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายและอาศัยรายได้จากการให้บริการพื้นที่โฆษณาซึ่งอาจคำนวณจากจำนวนครั้งที่ผู้บริโภค “คลิก” ดูโฆษณา ดังกล่าว ดังนั้น แทนที่ผู้บริโภคจะต้องเสียค่าตอบแทนการใช้บริการแพลตฟอร์ม สิ่งที่ผู้บริโภคจะต้องเสียเพื่อตอบแทนการใช้บริการ คือ การให้ความสนใจ (Attention) หมายถึง การดูโฆษณาก่อนที่จะสามารถใช้บริการหรือดูเนื้อหาที่ให้บริการนั้นได้ นอกจากนั้น สิ่งที่ผู้บริโภคต้องจ่าย คือ ข้อมูล ไม่ว่าจะทางตรง โดยการกรอกข้อมูลส่วนตัวบนแบบฟอร์มออนไลน์ หรือทางอ้อม โดยการเก็บข้อมูลการสืบค้นหรือการซื้อของออนไลน์ของผู้บริโภค จากนั้น Attention Platform จะนำข้อมูลผู้บริโภคที่เก็บรวบรวมมาปรับปรุงคุณภาพการให้บริการของตนเช่นเดียวกับการทำให้สามารถแสดงโฆษณาที่มีความเฉพาะตัวกับผู้บริโภคแต่ละรายมากขึ้น ซึ่งในทางกลับกันก็จะช่วยให้แพลตฟอร์มดังกล่าวดึงดูดผู้บริโภคหรือผู้ใช้มากขึ้นและสามารถเรียกเก็บค่าบริการพื้นที่โฆษณาจากผู้โฆษณาได้มากขึ้นตามจำนวนที่มีผู้ใช้ดูหรือคลิกดูโฆษณานั้นมากยิ่งขึ้น<sup>35</sup> ตัวอย่างที่ชัดเจนของ Attention Platforms ได้แก่ Search Engines และเครือข่ายสังคมออนไลน์ (Social Networks) ทั้งนี้ Attention Platforms อาจเรียกว่าเป็น Audience Providing Platforms หรือ Advertising Platforms ได้เช่นกัน<sup>36</sup>

สำหรับ Matching Platforms นั้น เป็นแพลตฟอร์มที่ให้บริการตลาดกลางสำหรับปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ได้แก่ ผู้ซื้อกับผู้ขาย นายจ้างกับลูกจ้าง หรือแม้แต่ว่างบุคคลทั่วไป เช่น แพลตฟอร์มหาคู่ออนไลน์ แพลตฟอร์มเหล่านี้มีรายรับจากค่าเข้าใช้บริการแพลตฟอร์มแบบคงที่ (fixed fees) และค่าธรรมเนียมการทำธุรกรรมที่ผันแปร (variable fees) ต่อหนึ่งธุรกรรม แต่ในกลุ่มผู้ใช้แพลตฟอร์มที่มีความยืดหยุ่นของอุปสงค์ (elasticity of demand) สูงกว่า ค่าใช้จ่ายการเข้าใช้แพลตฟอร์มของผู้ใช้กลุ่มนั้นมักจะถูกแบกรับโดยกลุ่มผู้ใช้อีกกลุ่มหนึ่งแทน เช่น ผู้บริโภคไม่ต้องจ่ายค่าใช้แพลตฟอร์มร้านค้าออนไลน์เพื่อซื้อของ เช่นเดียวกับผู้ที่ต้องการหางานไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการใช้แพลตฟอร์มหรือ

<sup>33</sup> CMA, “CMA Consumer Data Report,” p.76 [online] Available from : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/435817/The\\_commercial\\_use\\_of\\_consumer\\_data.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf) [14 August 2025].

<sup>34</sup> OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.12 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>35</sup> Ibid., p.12-13.

<sup>36</sup> ตัวอย่าง Federal Ministry for Economic Affairs and Energy [BMW], “A New Competition Framework for the Digital Economy: Report by the Commission ‘Competition Law 4.0,’” p.15 (2019) [online] Available from : <https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf> [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า Competition Law 4.0 Report]; OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms,” p.58 (2018) [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms\\_a013f740-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms_a013f740-en.html) [14 August 2025].

เว็บไซต์หางาน อย่างไรก็ตาม สิ่งที่เหมาะสมกันใน Matching Platform ทุกแพลตฟอร์ม คือ ข้อมูลส่วนตัวของผู้ใช้จะถูกเก็บและนำไปใช้เพื่อปรับปรุงคุณภาพแพลตฟอร์มและปรับปรุงอัลกอริทึมเพื่อที่จะ “จับคู่” (match) ผู้ใช้สองฝ่ายได้ดียิ่งขึ้น<sup>37</sup> Matching Platforms อาจเรียกอีกอย่างว่า Intermediation Platforms<sup>38</sup>

นอกจากนี้ แพลตฟอร์มยังอาจแบ่งออกได้จากประเภทของปฏิสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มผู้ใช้<sup>39</sup> ได้แก่<sup>40</sup> Transaction Platform และ Non-transaction Platforms<sup>41</sup> และมีข้อสังเกตว่า ในทางปฏิบัติเป็นเรื่องยากที่จะจำแนกประเภทแพลตฟอร์มได้ชัดเจนเนื่องจากแพลตฟอร์มหนึ่งอาจมีคุณลักษณะของแพลตฟอร์มมากกว่าหนึ่งประเภท เช่น Search Engines มีทั้งลักษณะของ Advertising (Attention) Platform และของ Intermediation (Matching) Platform ในเวลาเดียวกัน<sup>42</sup>

### 1.2.2 ลักษณะของตลาดดิจิทัล

แม้เราอาจจำแนกตลาดดิจิทัลแพลตฟอร์มได้เป็นหลายประเภท แต่เมื่อ Filippo Lancieri และ Patricia Morita Sakowski ทำการศึกษาและทบทวนรายงานรวม 22 ฉบับ ซึ่งจัดทำโดยหน่วยงานป้องกันการผูกขาด (antitrust authorities) และกลุ่มคณะทำงานผู้เชี่ยวชาญ (expert panels) จากหลากหลายประเทศ รวม 18 หน่วยงาน/คณะ กลับพบว่าไม่มีนิยามที่แน่ชัดหรือที่เป็นสากลของทั้งคำว่าตลาดดิจิทัล (Digital Markets) และคำว่าดิจิทัลแพลตฟอร์ม (Digital Platforms) อยู่เลย อย่างไรก็ตาม ดิจิทัลแพลตฟอร์มโดยทั่วไปแล้วเป็นที่เข้าใจว่าหมายถึงตัวกลางที่เชื่อมระหว่างกลุ่มผู้ใช้งาน (users) สองกลุ่ม

---

<sup>37</sup> OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.13 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>38</sup> OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms,” p.58 [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms\\_a013f740-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms_a013f740-en.html) [14 August 2025]

<sup>39</sup> Lapo Filistrucchi et al., “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, in *Journal of Competition Law & Economics* 10, 2 (2014), p.293; Giacomo Luchetta, “Is the Google Platform a Two-Sided Market?”, in *Journal of Competition Law & Economics* 10, 1 (2014), p.185.

<sup>40</sup> OECD, “Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms,” p.57 [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms\\_a013f740-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms_a013f740-en.html) [14 August 2025].

<sup>41</sup> ในขณะที่ Attention Platforms มักจะไม่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรม แต่ Matching Platforms อาจเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมด้วยหรือไม่ก็ได้ ดูเพิ่มเติม OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.31, footnote 22 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>42</sup> นอกจากนี้ แพลตฟอร์มอาจจำแนกได้จากกลุ่มเป้าหมาย กล่าวคือ แพลตฟอร์มที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภค (Business-to-consumer Platforms หรือ B2C) ที่มีแข่งขันกันเพื่อให้แพลตฟอร์มของตนมีผู้ใช้จำนวนมาก และที่เป็นตัวกลางระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน (Business-to-business Platforms หรือ B2B) ที่ให้ความสำคัญกับจำนวนธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันหรือผู้ประกอบการกับผู้ให้บริการแพลตฟอร์มเองที่เกิดบนแพลตฟอร์มเป็นหลัก ดูเพิ่มเติม BMWI, “Competition Law 4.0 Report,” p.15-16 [online] Available from : <https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf> [14 August 2025].

หรือมากกว่านั้นเข้าด้วยกันโดยได้รับประโยชน์จากการเกิดของเครือข่าย (network) ของกลุ่มผู้ใช้งานแพลตฟอร์มทั้งทางตรงและทางอ้อมหรือที่เรียกว่า direct network effects และ indirect network effects<sup>43</sup>

จากการศึกษาของ Lancieri และ Sakowski พบว่าผู้เชี่ยวชาญในแต่ละประเทศมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันเกี่ยวกับภาพรวมของโครงสร้างการแข่งขันในตลาดดิจิทัล กล่าวคือ ปัจจัยหรือลักษณะเฉพาะที่ทำให้ตลาดดิจิทัลมีความแตกต่างจากตลาดแบบดั้งเดิมไม่ได้มีแค่ประการเดียวแต่เกิดจากปัจจัยหรือลักษณะเฉพาะหลายประการรวมเข้าด้วยกันที่แสดงให้เห็นว่าตลาดดิจิทัลควรถูกประเมินการแข่งขันทางการค้าแตกต่างออกไปจากตลาดแบบดั้งเดิม<sup>44</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งลักษณะร่วมที่มักพบในตลาดที่มีดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาด ได้แก่<sup>45</sup> อิทธิพลของเครือข่าย (network effects) ที่มีความเข้มข้นสูง<sup>46</sup> การประหยัดต่อขนาด (economies of scale) การประหยัดต่อขอบเขต (economies of scope) ซึ่งเป็นผลมาจากบทบาทของข้อมูลในฐานะที่เป็นปัจจัยการผลิตที่นำไปใช้ประโยชน์ได้หลากหลายทาง ต้นทุนส่วนเพิ่มหรือต้นทุนหน่วยสุดท้าย (marginal costs) ที่ต่ำมาก และขอบเขตการให้

---

<sup>43</sup> Filippo Lancieri & Patricia Morita Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in *Stanford Journal of Law, Business & Finance* 26 (2021), p.65.

<sup>44</sup> Lancieri & Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, p.73; Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.34 (2019) [online] Available from : <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report> [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Unlocking Digital Competition: Report Of The Digital Competition Expert Panel,” p.37 (2019) [online] Available from : <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel> [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า *Furman Report*]; BMWI, “Competition Law 4.0 Report,” p.16-17 [online] Available from : <https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf> [14 August 2025].

<sup>45</sup> Lancieri & Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, p.74-75.

<sup>46</sup> Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.38 [online] Available from : <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report> [14 August 2025]; Bundeskartellamt [BKartA], “Market Power of Platforms and Networks,” Working Paper No. B6 113/15, 2016, p.3 [online] Available from : <https://perma.cc/8TBN-A2WK> [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า *BKartA Working Paper*]; Mexican Comision Federal de Competencia Economica, “Rethinking Competition In The Digital Economy,” 2018, p.23 [online] Available from : <https://perma.cc/ADX4-CFVA> [14 August 2025]; BMWI, “Competition Law 4.0 Report,” p.21 [online] Available from : <https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf> [14 August 2025]; Portuguese Autoridade da Concorrenca [Portuguese Competition Authority], “Ecosistemas Digitais, Big Data E Algoritmos [Digital Ecosystems, Big Data and Algorithms],” p.9, (2019) [online] Available from : <https://perma.cc/N7LF-P3WZ> [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า *Portuguese Competition Auth. 's Report*]; Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 116th Congress (2020), “Report on Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations,” p.40-41 [online] Available from : [https://democrats-judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/democrats-judiciary.house.gov/files/migrated/UploadedFiles/Competition\\_In\\_Digital\\_Markets.pdf](https://democrats-judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/democrats-judiciary.house.gov/files/migrated/UploadedFiles/Competition_In_Digital_Markets.pdf) [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า *House Majority Report*].

บริการของแพลตฟอร์มที่ครอบคลุมได้ทั่วทั้งโลก (global scope)<sup>47</sup> อย่างไรก็ตาม การประหยัดต่อขนาด (economies of scale) อาจไม่ใช่ปัจจัยที่เกี่ยวข้องมากนักในบางตลาดที่การประมวลผลข้อมูลกระทำโดยบุคคลที่สาม นอกจากนี้ แพลตฟอร์มอาจเติบโตจนถึงจุดที่ไม่ได้รับประโยชน์จาก network effects อีกต่อไป หรือเกิดการไม่ประหยัดต่อขนาด (diseconomies of scale) ขึ้น ซึ่งเป็นผลมาจากความหนาแน่นของแพลตฟอร์ม (congestion effects) นั้นเอง<sup>48</sup>

ลักษณะร่วมที่มักพบในตลาดดิจิทัลเหล่านี้เป็นปัจจัยที่นำไปสู่การผูกขาดโดยผู้ประกอบการธุรกิจหรือแพลตฟอร์มรายใหญ่รายเดียว (Platform Monopoly)<sup>49</sup> กล่าวคือ ตลาดดิจิทัลมักมีการแข่งขันสูงในช่วงแรกเพื่อที่จะเป็นผู้ให้บริการรายใหญ่ แต่เมื่อมีผู้ให้บริการรายใหญ่เกิดขึ้นแล้ว ตลาดเหล่านี้มักจะเข้าสู่ภาวะที่การแข่งขันต่ำเป็นเวลายาวนานซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจรายที่ชนะหรือสามารถผูกขาดตลาดได้จะสามารถอาศัยอำนาจเหนือตลาดของตนในการได้มาซึ่งผลตอบแทนส่วนเกิน (economic rents)<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.34-35 [online] Available from : <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report> [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.37 [online] Available from : <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel> [14 August 2025]; Competition Policy Research Center, Japan Fair Trade Commission, “Report Regarding Trade Practices On Digital Platforms: Business-To-Business Transactions On Online Retail Platform And App Store,” p.39-41 (2019) [online] Available from : <https://perma.cc/9JQE-WZSK> [14 August 2025]; BKartA, “BKartA Working Paper,” p.9-10 [online] Available from : <https://perma.cc/8TBN-A2WK> [14 August 2025].

<sup>48</sup> Lancieri & Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, p.75, footnote 33; Portuguese Competition Authority, “Portuguese Competition Auth.’s Report,” p.11, 19 [online] Available from : <https://perma.cc/N7LF-P3WZ> [14 August 2025].

<sup>49</sup> Heike Schweitzer et al., “Summary of The Report’s Recommendations, Modernising The Law On Abuse Of Market Power: Report For The Federal Ministry For Economic Affairs And Energy (Germany),” p.2 (2018) [online] Available from : <https://perma.cc/62HE-4VHC> [14 August 2025]; Jacques Cremer et al., “Competition Policy for the Digital Era,” p.3, 36 [online] Available from : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en> [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.38, 56, 88 [online] Available from : <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel> [14 August 2025]; BKartA, “BKartA Working Paper,” p.9 [online] Available from : <https://perma.cc/8TBN-A2WK> [14 August 2025]; Portuguese Competition Authority, “Portuguese Competition Auth.’s Report,” p.19-22 [online] Available from : <https://perma.cc/N7LF-P3WZ> [14 August 2025]; Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, 116th Congress (2020), “House Majority Report,” p.37 [online] Available from : [https://democrats-judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/democrats-judiciary.house.gov/files/migrated/UploadedFiles/Competition\\_In\\_Digital\\_Markets.pdf](https://democrats-judiciary.house.gov/sites/evo-subsites/democrats-judiciary.house.gov/files/migrated/UploadedFiles/Competition_In_Digital_Markets.pdf) [14 August 2025].

<sup>50</sup> Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.35 [online] Available from : <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report> [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.8 [online] Available from : <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel> [14 August 2025]; The Netherlands Authority for Consumers and Markets [ACM], “Market Study Into Mobile App Stores,” p.67, 103-04 (2019) [online] Available from : <https://perma.cc/E8R9-PC45> [14 August 2025].

ผลตอบแทนส่วนเกินนี้ได้รับการปกป้องโดยอุปสรรคการเข้าสู่ตลาด (entry barriers) ที่สูงอันเนื่องมาจาก network effects ของสินค้าหรือบริการ และการประหยัดต่อขนาดและขอบเขต (economies of scale and scope) อันเป็นผลมาจากการที่แพลตฟอร์มรายใหญ่นี้สามารถครอบครองและควบคุมฐานข้อมูลผู้บริโภค ซึ่งส่งผลให้แพลตฟอร์มรายใหญ่นี้มีศักยภาพในการเสนอขายสินค้าหรือบริการที่มีความเฉพาะตัว (personalized) แก่ผู้บริโภคได้ดียิ่งขึ้น และการแข่งขันในการสร้างระบบนิเวศน์ของข้อมูลที่เพิ่มมากขึ้น ซึ่งจะกีดขวางการพัฒนาของสินค้าหรือบริการที่เป็นคู่แข่งด้วย<sup>51</sup> และโดยผลของวงจรการสร้างมูลค่าของข้อมูลนั้น ข้อมูลที่ผู้ประกอบการรายใหญ่เก็บรวบรวมจากผู้บริโภคเนื่องจากการใช้สินค้าและบริการก็จะยิ่งเสริมสร้างความแข็งแกร่งให้กับสถานะในตลาดของผู้ประกอบการรายนั้นมากขึ้นไปอีก จึงเห็นได้ว่า ยิ่งผู้ประกอบการมีความศักยภาพในการเก็บข้อมูลผู้บริโภคมากขึ้นเท่าใด ก็จะยิ่งทำให้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายนั้นมีความแข็งแกร่งมากขึ้นไปด้วย<sup>52</sup>

Network effects ที่เกิดขึ้นในตลาดดิจิทัลนั้น อาจเกิดขึ้นทั้งทางตรง (direct network effects) และทางอ้อม (indirect network effects) และอาจส่งผลทั้งเชิงบวก (positive network effects) และเชิงลบ (negative network effects) กล่าวคือ ผลเชิงบวกเกิดขึ้นเมื่อมูลค่าหรือประโยชน์ของโครงข่ายหรือแพลตฟอร์มเพิ่มมากขึ้นตามจำนวนของผู้ใช้ในฝั่งใดฝั่งหนึ่งของแพลตฟอร์ม และผลเชิงบวกในทางอ้อมเกิดขึ้นเมื่อจำนวนผู้ใช้ในฝั่งดังกล่าวของแพลตฟอร์มส่งผลให้คุณค่าของการใช้แพลตฟอร์มของผู้ใช้ที่อยู่ในอีกฝั่งหนึ่งของแพลตฟอร์มเดียวกันเพิ่มมากขึ้นด้วย<sup>53</sup>

ในทางตรงกันข้าม network effects ในเชิงลบเกิดขึ้นเมื่อจำนวนผู้ใช้งานฝั่งหนึ่งของแพลตฟอร์มมีมากจนเกินไปจนทำให้แพลตฟอร์มมีมูลค่าหรือความน่าดึงดูดน้อยลงไม่ว่าสำหรับผู้ใช้ในฝั่งเดียวกัน (ผลทางตรง) และในอีกฝั่งหนึ่ง (ผลทางอ้อม)<sup>54</sup> network effects ทางอ้อมนี้มีความสำคัญกับรูปแบบการประกอบธุรกิจบนอินเทอร์เน็ต โดยเฉพาะอย่างยิ่งแพลตฟอร์มประเภท Attention หรือ Advertising Platforms ซึ่งใช้ประโยชน์จาก network effects ที่เกิดขึ้นบนสองฝั่งของแพลตฟอร์มระหว่างฝั่งของผู้ลงโฆษณา (Advertisers) ซึ่งเป็นแหล่งทุนสนับสนุนกิจกรรมบนแพลตฟอร์มและฝั่งของผู้บริโภค

---

<sup>51</sup> Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.35 [online] Available from : <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report> [14 August 2025]; Jacques Cremer et al., “Competition Policy for the Digital Era,” p.23 [online] Available from : <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en> [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.38-39 [online] Available from : <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel> [14 August 2025]; BKartA, “BKartA Working Paper,” p.12-15 [online] Available from : <https://perma.cc/8TBN-A2WK> [14 August 2025]; Portuguese Competition Authority, “Portuguese Competition Auth.’s Report,” p.21 [online] Available from : <https://perma.cc/N7LF-P3WZ> [14 August 2025].

<sup>52</sup> Lancieri & Sakowski, “Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports”, in **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, p.75-76.

<sup>53</sup> BMWI, “Competition Law 4.0 Report,” p.16 [online] Available from : <https://www.bmwk.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf> [14 August 2025].

<sup>54</sup> Ibid.

ที่เป็นผู้ใช้หรือผู้เข้าชมแพลตฟอร์มนั้น เช่นเดียวกับกรณีของแพลตฟอร์มที่มีลูกค้าหรือผู้ใช้หลายฝั่ง (Multi-sided Platforms) ที่การเข้าใช้แพลตฟอร์มของกลุ่มลูกค้ากลุ่มหนึ่งหรือมากกว่านั้นได้รับการสนับสนุนด้านการเงินจากลูกค้าในอีกฝั่งหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อดึงดูดลูกค้ากลุ่มที่จ่ายเงินซื้อสินค้าหรือบริการ เช่น แพลตฟอร์มร้านค้าออนไลน์ หรือแพลตฟอร์มชำระเงินออนไลน์ เป็นต้น<sup>55</sup>

ศักยภาพของแพลตฟอร์มที่ก่อให้เกิดรูปแบบหรือโมเดลธุรกิจซึ่งสามารถสร้างฐานลูกค้าได้หลายกลุ่มในคราวเดียวและ network effects ทั้งทางตรงและทางอ้อมที่เกิดขึ้นจากโมเดลธุรกิจดังกล่าวนี้ ก่อให้เกิดแนวโน้มที่ผู้ใช้จำนวนมากและข้อมูลของผู้ใช้ดังกล่าวจะตกอยู่ในมือของผู้เล่นในตลาดเพียงไม่กี่ราย ซึ่งส่งผลให้ดิจิทัลแพลตฟอร์มที่อาศัยโมเดลธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลและมีความสามารถในการทำกำไรที่สูงนี้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญ และในขณะเดียวกันก็อาจทำให้เกิดภัยคุกคามต่อการแข่งขันได้เช่นกันหากนวัตกรรมที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลนั้นถูกนำมาใช้ในการหาประโยชน์โดยมิชอบจาก Big Data เพื่อเลือกปฏิบัติหรือกีดกันคู่แข่งในตลาดบางราย, การสร้างต้นทุนในการเปลี่ยนไปใช้แพลตฟอร์มอื่นที่สูง (high switching costs) การบังคับใช้สิทธิเด็ดขาดตามสัญญา หรือการกระทำโดยมิชอบในรูปแบบอื่น<sup>56</sup>

### 1.2.3 ข้อกังวลด้านข้อมูลส่วนบุคคล: ภัยต่อผู้บริโภค

จากลักษณะของตลาดดิจิทัล เห็นได้ว่า นอกจากประโยชน์แล้ว โมเดลธุรกิจเหล่านี้มาพร้อมกับความเสี่ยง ซึ่งหากกล่าวถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว ความเสี่ยงที่ชัดเจนที่สุดก็คือ ข้อกังวลเรื่องสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งอาจเป็นเรื่องการถูกโจรกรรมข้อมูล (data theft) การสูญเสียข้อมูล การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเผยแพร่ข้อมูลโดยที่เจ้าของข้อมูลไม่ทราบหรือไม่อนุญาต หรือการติดต่อในลักษณะก่อกวน<sup>57</sup> ซึ่งยิ่งข้อมูลส่วนบุคคลถูกเก็บรวบรวมและเก็บรักษามีปริมาณมากขึ้นเท่าใด ข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวก็มีโอกาสที่จะถูกนำไปเปิดเผยเป็นวงกว้างมากขึ้นเท่านั้น และยิ่งข้อมูลดังกล่าวถูกเก็บรักษาเป็นเวลานานมากเท่าใด ความเสี่ยงที่ข้อมูลดังกล่าวจะถูกโจรกรรม ถูกเปิดเผยโดยไม่ได้ตั้งใจ หรือถูกนำไปใช้ในทางที่ผิดกฎหมายก็มีมากขึ้นตามไปด้วย<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Stigler Committee on Digital Platforms, “Final Report,” p.38-39 [online] Available from : <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report> [14 August 2025].

<sup>56</sup> OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.13 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>57</sup> CMA, “CMA Consumer Data Report,” p.116-128 [online] Available from : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/435817/The\\_commercial\\_use\\_of\\_consumer\\_data.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf) [14 August 2025].

<sup>58</sup> Kemp, “Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters”, in **European Competition Journal**, p.17-18 (“the more personal information is collected and stored, the more broadly it is disclosed, and the longer it is stored, the more likely it will be hacked, accidentally disclosed or used for an illegal purpose”).

นอกจากนี้ ข้อมูลผู้บริโภคอาจถูกผู้ประกอบการธุรกิจนำไปใช้ในการเลือกปฏิบัติต่อผู้บริโภคแต่ละรายเอง หรือใช้ชี้นำผู้บริโภค หรือใช้เพื่อกีดกันผู้บริโภคจากตลาดหรือสินค้าบางอย่างซึ่งเป็นคู่แข่งของผู้ประกอบการรายนั้น<sup>59</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการแบบเฉพาะบุคคล (personalized pricing) ซึ่งกำหนดโดยผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดอาจกลายเป็นภัยต่อผู้บริโภคเองได้ ถึงแม้ว่าจะถูกมองว่าเป็นวิธีที่มีประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์ก็ตาม<sup>60</sup>

#### 1.2.4 ภัยต่อการแข่งขันทางการค้า: การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ

ขณะที่ในด้านการแข่งขันทางการค้า โมเดลธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลนี้เกี่ยวข้องกับการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคจำนวนมากซึ่งอาจก่อให้เกิดความล้มเหลวของตลาด (market failure) กล่าวคือ กลไกตลาดไม่ทำงานอย่างที่ควรจะเป็น รวมถึงการเกิดสภาพที่ผู้บริโภคมิข้อมูลไม่เท่ากันในการตัดสินใจเลือกสินค้าหรือบริการหรือเกิดความไม่สมมาตรทางด้านข้อมูล (asymmetric information) การเกิด network effects การที่ข้อมูลผู้บริโภค (ซึ่งโดยสภาพเป็นสิ่งที่ใช้แล้วไม่หมดไป (non-rivalry)) ถูกนำไปใช้เพื่อการวิเคราะห์ข้อมูลของผู้บริโภครายอื่นต่ออย่างไม่สิ้นสุด และสภาพการเป็นตลาดแข่งขันไม่สมบูรณ์ (imperfect competition) ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ไม่มีการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เพียงพอในตลาด<sup>61</sup>

ในภาพรวม ภัยต่อผู้บริโภคอันเกิดจากโมเดลธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลหรือดิจิทัลแพลตฟอร์มจึงอาจเป็นภัยที่เกี่ยวข้องกับราคา คุณภาพ หรือนวัตกรรมก็ได้ และภัยที่เกิดจากความเสี่ยงในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับตัวผู้บริโภคโดยตรงนั้นก็อาจเป็นฐานที่ก่อให้เกิดภัยต่อการแข่งขันทางการค้าได้เช่นกัน โดยสืบเนื่องจากการที่ภาคธุรกิจมีการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคมากขึ้นเป็นทวีคูณในช่วงเวลาไม่กี่ปีที่ผ่านมา ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในความเป็นส่วนตัว การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และการแข่งขันทางการค้าก็กลายเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจจากหน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าตลอดจนผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากขึ้นเป็นเท่าตัวเช่นกัน<sup>62</sup> และทำให้มีการเรียกร้องให้นำประเด็นเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาเป็นข้อพิจารณาในการประเมินการ

<sup>59</sup> Ibid.; OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.21 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Personalised Pricing in the Digital Era: Background Note,” p.27, OECD Doc. DAF/COMP(2018)13 (Nov. 28, 2018) [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf) [14 August 2025] [ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า *Personalised Pricing in the Digital Era Background Note*].

<sup>60</sup> OECD Secretariat, “Personalised Pricing in the Digital Era Background Note,” p.17-26 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>61</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.23-24 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025]; ดูเพิ่มเติม เช่น Acquisti et al., “The Economics of Privacy”, in *Journal of Economic Literature*, p.449.

<sup>62</sup> Nicholas Economides & Ioannis Lianos, “Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective”, in *Journal of Competition Law & Economics* 17, 4 (2021), p.765.

แข่งขันทางการค้ามากขึ้นตามไปด้วย<sup>63</sup> ซึ่งถึงแม้ในปัจจุบันจะยังมีคดีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ไม่มากนัก แต่ก็มีการยอมรับถึงบทบาทที่เกี่ยวข้องเนื่องกันระหว่างการคุ้มครองข้อมูล (ของผู้บริโภค) กับการแข่งขันทางการค้ามากขึ้น<sup>64</sup>

### 1.3 มุมมองของ FTC ในเรื่องความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

โดยทั่วไปแล้ว มีสองทฤษฎีหลักที่พูดถึงความเกี่ยวพันหรือเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ได้แก่ ทฤษฎีแบ่งแยก (separatist theory) ซึ่งมองว่าควรแยกกฎหมายสองส่วนออกจากกัน และทฤษฎีบูรณาการ (integrationist theory) ซึ่งมองว่าสิทธิส่วนบุคคล (privacy) เป็นองค์ประกอบหนึ่งในเรื่องคุณภาพ (quality) ในการประเมินการผูกขาด (antitrust analysis)<sup>65</sup> ตามทฤษฎีแบบ separatist แล้ว การนำเรื่องสิทธิส่วนบุคคล (privacy) เข้ามาเป็นข้อพิจารณาหนึ่งในการประเมินการผูกขาดจะก่อให้เกิดความสับสนในการปรับใช้มาตรฐานเรื่องสวัสดิการของผู้บริโภค

<sup>63</sup> European Data Protection Supervisor [EDPS], “Preliminary Opinion on Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy,” p.30 (2014) [online] Available from : [https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en) [14 August 2025]; CMA, “CMA Consumer Data Report,” [online] Available from : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/435817/The\\_commercial\\_use\\_of\\_consumer\\_data.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf) [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.6 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025]; BKartA & Autorité de la Concurrence, “Competition Law and Data,” p.22-24 (2016) [online] Available from : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/Big%20Data%20Papier.pdf> [14 August 2025]; OECD, “Quality Considerations in the Zero-Price Economy,” [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/quality-considerations-in-the-zero-price-economy\\_8022ca46-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/quality-considerations-in-the-zero-price-economy_8022ca46-en.html) [14 August 2025]; Digital Competition Expert Panel, “Furman Report,” p.43 [online] Available from : <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel> [14 August 2025]; OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.24-25 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>64</sup> OECD Secretariat, “Bringing Competition Policy to the Digital Era Background Note,” p.6 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) [14 August 2025]; OECD, “Quality Considerations in the Zero-Price Economy,” [online] Available from : [https://www.oecd.org/en/publications/quality-considerations-in-the-zero-price-economy\\_8022ca46-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/quality-considerations-in-the-zero-price-economy_8022ca46-en.html) [14 August 2025]; OECD, “Non-price Effects of Mergers,” [online] Available from : <https://web.archive.oecd.org/2022-02-25/471820-non-price-effects-of-mergers.htm> [14 August 2025]; Robertson, “Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data”, in **Common Market Law Review**, p.161; Kemp, “Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters”, in **European Competition Journal**, p.1.

<sup>65</sup> Erika M. Douglas, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface”, in **Yale Law Journal Forum** 130 (2021), p.647, 653; ดูตัวอย่าง, James C. Cooper, “Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, the First Amendment, and Subjectivity”, in **George Mason Law Review** 20 (2013), p.1129, 1146; Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, “Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy”, in **Antitrust Law Journal** 80 (2015), p.121, 138-43.

ในกฎหมายป้องกันการผูกขาด<sup>66</sup> ในทางตรงกันข้าม ทฤษฎีแบบ integrationist มองว่า มาตรฐานสวัสดิการของผู้บริโภคจะได้รับการปรับปรุงโดยการแข่งขันซึ่งอาจไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยเรื่องราคาเท่านั้น แต่อาจขึ้นอยู่กับปัจจัยที่ไม่ใช่ราคา (non-price factors) เช่น คุณภาพสินค้าและบริการ (quality) ด้วย ซึ่งในความหมายอย่างกว้างแล้ว คุณภาพดังกล่าวรวมถึงการแข่งขันกันในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย<sup>67</sup> ดังนั้น การประเมินการผูกขาดจะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อปัญหาดังกล่าวได้กลายมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการแข่งขันทางการค้าบนพื้นฐานของคุณภาพ<sup>68</sup>

จากการสังเกตการณ์ของ Erika M. Douglas พบว่า ทฤษฎีบูรณาการหรือ integrationist นี้ เป็นทฤษฎีที่ได้รับการพัฒนาและได้รับการยอมรับมากที่สุดเมื่อพูดถึงเรื่องความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล<sup>69</sup> เนื่องจากทฤษฎีดังกล่าวไม่เพียงถูกพูดถึงโดย FTC<sup>70</sup>, กระทรวงยุติธรรมสหรัฐฯ (DOJ)<sup>71</sup> และหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในยุโรป<sup>72</sup>

<sup>66</sup> Douglas, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface”, in *Yale Law Journal Forum*, p.653; Ohlhausen & Okuliar, “Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy”, in *Antitrust Law Journal*, p.138; ดูเพิ่มเติม *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979) (“Congress designed the Sherman Act as a ‘consumer welfare prescription.’”) (อ้างถึง Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, (New York: Basic Books, Inc., 1978) p.66.

<sup>67</sup> Douglas, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface”, in *Yale Law Journal Forum*, p.653; ดูเพิ่มเติม, *Nat’l Soc’y of Prof’l Eng’rs v. United States*, 435 U.S. 679, 695 (1978) (“[A]ll elements of a bargain—quality, service, safety, and durability—and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers.”).

<sup>68</sup> Erika M. Douglas, “Monopolization Remedies and Data Privacy”, in *Virginia Journal of Law and Technology* 24 (2020), p.2, 25-26.

<sup>69</sup> Douglas, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface”, in *Yale Law Journal Forum*, p.654; ดูเพิ่มเติม Geoffrey A. Manne & R. Ben Sperry, “The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework”, in *CPI Antitrust Chronicle* (May 2015), p.2-3.

<sup>70</sup> ดูตัวอย่าง, FTC, “Statement Concerning Google/DoubleClick,” p.2, FTC File No. 071-0170 (F.T.C. Dec. 20, 2007) [online] Available from : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf) [14 August 2025] (ซึ่งตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อจำกัดของเขตอำนาจของ FTC ในการปฏิเสธไม่พิจารณาประเด็นสิทธิความเป็นส่วนตัวส่วนตัวในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันในด้านคุณภาพ); Deborah Feinstejn, FTC Bureau of Competition, “The Not-So-Big News About Big Data,” *Competition Matters Blog* (June 16, 2015) [online] Available from : <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/06/not-so-big-news-about-big-data> [14 August 2025] (“[T]he FTC has explicitly recognized that privacy can be a non-price dimension of competition.”).

<sup>71</sup> ดูตัวอย่าง, Makan Delrahim, Assistant Attorney Gen., Dep’t of Justice, “. . . And Justice for All”: Antitrust Enforcement and Digital Gatekeepers,” *Remarks for the Antitrust New Frontiers Conference* (June 11, 2019) [online] Available from : <https://perma.cc/8UM9-FBGA> [14 August 2025] (“[D]iminished quality is also a type of harm to competition [P]rivacy can be an important dimension of quality.”).

<sup>72</sup> Margrethe Vestager, Comm’r for Competition, Eur. Comm’n, “Making the Data Revolution Work for Us,” *Mackenzie Stuart Lecture at Cambridge* (Feb. 4, 2019) [online] Available from : <https://perma.cc/5SJ7-ACBK> [14 August 2025] (“[I]f privacy is something that’s important to consumers, competition should drive companies to offer better protection.”); ดูตัวอย่าง, Eur. Comm’n, *Facebook/WhatsApp*, Case No. COMP/M.7217, Commission Decision C (2014) 7239 (Mar. 10, 2014), 174 (ซึ่งยอมรับสิทธิความเป็นส่วนตัวส่วนตัวในฐานะที่เป็นปัจจัยการแข่งขันที่ไม่ใช่ราคาอย่าง

รวมถึงในคดีควบรวมกิจการ เท่านั้น แต่ยังได้รับการสนับสนุนโดยนักวิชาการหลายคนเช่นกัน<sup>73</sup> ส่วนในปัญหาว่าการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลสัมพันธ์กับการป้องกันการผูกขาดอย่างไรนั้น งานเขียนในระยะหลังซึ่งกล่าวถึงลักษณะของตลาดดิจิทัลและการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบต่างก็ระบุคล้ายคลึงกันว่า การแข่งขันทางการค้าที่ลดลงนำไปสู่ระดับความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ลดลงเช่นกัน ซึ่งมุมมองดังกล่าวเป็นมุมมองของหน่วยงานรัฐในการดำเนินคดีกับ Facebook ทั้งในเยอรมนีและในสหรัฐฯ ด้วย นอกจากนี้ Douglas ยังพบว่า ผู้กำหนดนโยบายก็มีมุมมองแบบเดียวกัน<sup>74</sup> และบ่อยครั้งที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดแนะนำมาตรการการโอนย้ายข้อมูล (data portability) ว่าเป็นมาตรการที่จะส่งผลดีต่อการแข่งขัน<sup>75</sup>

ความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายป้องกันการผูกขาดกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและความเป็นส่วนตัวเริ่มถูกกล่าวถึงในการวิเคราะห์การผูกขาดของ FTC ในกรณีการเข้าซื้อกิจการ DoubleClick ของ Google ในปี 2007 ที่ก่อให้เกิดข้อกังวลว่า การควบรวมกิจการดังกล่าวจะทำให้ฐานข้อมูลผู้บริโภคของผู้ประกอบธุรกิจทั้งสองรายผนวกรวมเข้าด้วยกัน ซึ่งอาจถูกนำไปใช้โดยมิชอบในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภค กล่าวคือ ข้อมูลผู้บริโภคที่ Google ได้ไปจาก DoubleClick อาจถูกนำไปใช้เพื่อนำเสนอโฆษณาที่ถูกปรับแต่งตามพฤติกรรมผู้บริโภคแต่ละราย (behavioral advertising)

---

หนึ่ง); European Commission, “Commission Approves Acquisition of LinkedIn by Microsoft, Subject to Conditions,” Press Release IP/16/4284 (Dec. 6, 2016) [online] Available from : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_16\\_4284](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284) [14 August 2025].

<sup>73</sup> Douglas, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface”, in *Yale Law Journal Forum*, p.655; ดูตัวอย่าง, Pamela Jones Harbour & Tara Isa Koslov, “Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets”, in *Antitrust Law Journal* 76 (2010), p.769, 773 (“[P]rivacy is an increasingly important dimension of competition as well, which is exactly why modern antitrust analysis must take privacy into account.”); Robert H. Lande, *The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy Is an Antitrust Concern*, FTC: WATCH, no. 714 (n.p., 2008), p.1; Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, *Antitrust Source* (n.p., 2015), p.1, 4 (“Privacy has been recognized as a non-price dimension of competition in the sense that firms can compete to offer greater or lesser degrees of privacy protection.”).

<sup>74</sup> Douglas, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface”, in *Yale Law Journal Forum*, p.655; FTC, “FTC Announces September 22 Workshop on Data Portability,” Press Release (Mar. 31, 2020) [online] Available from : <https://perma.cc/77CS-AFDD> [14 August 2025] (“Data portability may also promote competition by allowing new entrants to access data they otherwise would not have, enabling the growth of competing platforms and services.”); Joaquín Almunia, Comm’r for Competition, European Comm’n, “Competition and Privacy in Markets of Data,” Remarks at the Privacy Platform Event (Nov. 26, 2012) [online] Available from : <https://perma.cc/F777-6NJH> [14 August 2025] (“[P]ortability of data is important for those markets where effective competition requires that customers can switch by taking their own data with them.”).

<sup>75</sup> Douglas, “The New Antitrust/Data Privacy Law Interface”, in *Yale Law Journal Forum*, p.656; ดูเพิ่มเติม FTC, “FTC Announces September 22 Workshop on Data Portability,” Press Release (Mar. 31, 2020) [online] Available from : <https://perma.cc/77CS-AFDD> [14 August 2025]; Joaquín Almunia, Comm’r for Competition, European Comm’n, “Competition and Privacy in Markets of Data,” Remarks at the Privacy Platform Event (Nov. 26, 2012) [online] Available from : <https://perma.cc/F777-6NJH> [14 August 2025].

ซึ่ง FTC ระบุว่ารวมถึงการติดตามพฤติกรรมหรือกิจกรรมของผู้บริโภคบนโลกออนไลน์ เช่น ข้อมูล การสืบค้น การเข้าชมเว็บไซต์ และเนื้อหาที่ผู้บริโภคเปิดดู เพื่อนำมาเสนอโฆษณาออนไลน์ที่มุ่งเป้าไปที่ ความสนใจของผู้บริโภคแต่ละคน<sup>76</sup>

FTC ทำการทบทวนการซื้อกิจการและมีมติไม่ได้แย้งการควบรวมกิจการตามมาตรา 7 ของ Clayton Act ซึ่งเป็นบทบัญญัติห้ามการควบรวมกิจการที่อาจมีผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ (“substantially lessen competition”) โดยให้เหตุผลหลักว่า Google เป็นผู้ให้บริการเครือข่ายพื้นที่ โฆษณา (ad network) (ผ่านบริการชื่อ AdSense) โดยเป็นคนกลางที่จำหน่ายพื้นที่โฆษณาที่รวบรวม หรือซื้อมาจากเว็บไซต์ต่าง ๆ (ad intermediation) ส่วน DoubleClick เป็นผู้ให้บริการลงโฆษณาบุคคล ที่สาม (third party ad serving) ให้กับผู้ลงโฆษณาที่ซื้อพื้นที่โฆษณาจากเว็บไซต์โดยตรง (ไม่ได้ผ่าน คนกลาง) ธุรกิจของทั้งสองฝ่ายจึงไม่ได้แข่งขันอยู่ในตลาดเดียวกัน<sup>77</sup>

ถึงแม้ FTC จะวินิจฉัยว่า ไม่ปรากฏพยานหลักฐานที่สนับสนุนว่า การควบรวมกิจการรายนี้จะ ส่งผลร้ายแรงต่อสิทธิในความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคในประเด็นของโฆษณาออนไลน์ที่มาจาก การติดตาม พฤติกรรมของผู้บริโภค ข้อพิจารณาเรื่องสิทธิในความเป็นส่วนตัวนี้จึงไม่อาจนำมาเป็นข้อโต้แย้งการ ควบรวมกิจการได้ ทั้งระบุว่าอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขการควบรวมกิจการของ FTC จำกัดอยู่เพียงเรื่อง ที่เกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด แต่ FTC ก็ยอมรับในค่าแกลงการณ์ว่า สิทธิในความเป็นส่วนตัวของ ผู้บริโภคนี้เป็นหนึ่งในปัจจัยสภาพการแข่งขันในด้านที่ไม่ใช่ราคาเช่นกัน และยอมรับว่ารูปแบบการประกอบ ธุรกิจที่มีการติดตามพฤติกรรมผู้บริโภคบนโลกออนไลน์เพื่อที่จะนำเสนอโฆษณาออนไลน์ที่สอดคล้องกับ ความสนใจของผู้บริโภคแต่ละคนซึ่งการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคอาจเป็นไปได้ในลักษณะที่เอาเปรียบ ผู้บริโภคนั้น เป็นประเด็นที่ไม่ได้ถูกหยิบยกขึ้นเฉพาะกรณีการควบรวมกิจการระหว่าง Google/ DoubleClick เท่านั้น แต่เกิดขึ้นทั่วทั้งตลาดโฆษณาออนไลน์ ซึ่ง FTC เน้นย้ำถึงบทบาทของตนในการ กำกับดูแลตลาดออนไลน์ในด้านการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคอย่างต่อเนื่อง และยืนยัน ความตั้งใจในการจับตาความเปลี่ยนแปลงของตลาดออนไลน์ที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและต่อเนื่อง ต่อไป<sup>78</sup> ซึ่งความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจกับสภาพความเป็นจริงในตลาดดิจิทัลที่ในเวลาดังกล่าว กำลังเติบโตอย่างก้าวกระโดดนั้นปรากฏอยู่ในความเห็นส่วนตัวของกรรมาธิการ FTC เองด้วย ทั้งความ เห็นพ้องและความเห็นแย้ง<sup>79</sup>

<sup>76</sup> FTC, “Statement Concerning Google/DoubleClick,” p.2 [online] Available from : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf) [14 August 2025].

<sup>77</sup> Ibid., p.6-12.

<sup>78</sup> Ibid., p.2, 13.

<sup>79</sup> ในส่วนของความเห็นพ้อง ดู FTC, “Concurring Statement of Commissioner Jon Leibowitz Concerning Google/DoubleClick,” p.2-3, FTC File No. 071-0170 (F.T.C. Dec. 20, 2007) [online] Available from : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/concurring-statement-commissioner-jon-leibowitz-google/doubleclick-matter/071220leib\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/concurring-statement-commissioner-jon-leibowitz-google/doubleclick-matter/071220leib_0.pdf) [14 August 2025]; ในส่วนของความเห็นแย้ง ดู FTC, “Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour Concerning Google/DoubleClick,” p.9-13, FTC File No. 071-0170 (F.T.C. Dec. 20, 2007) [online] Available from : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour\\_0.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf) [14 August 2025]; สำหรับงานเขียนทางวิชาการในช่วงเวลา เดียวกันก็จะพบความเห็นที่สนับสนุนแนวคิดแบบ integrationist ที่บูรณาการการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลหรือสิทธิในความเป็น ส่วนตัวของผู้บริโภคว่าเป็นส่วนหนึ่งกับการป้องกันการผูกขาดเช่นกัน ดูเพิ่มเติม Robert H. Lande, *The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy Is an Antitrust Concern*, p.1.

ต่อมาเมื่อเข้าสู่ทศวรรษที่ 2010 แล้ว ความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจกับสภาพความเป็นจริงในตลาดปรากฏให้เห็นในรายงานฉบับต่าง ๆ ของ FTC ที่ศึกษาและรวบรวมข้อกังวลต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคที่เกิดขึ้นจากรูปแบบหรือโมเดลธุรกิจของผู้เล่นในตลาดดิจิทัล

ในปี 2012 FTC ได้ทำการศึกษาและสำรวจความคิดเห็นในเรื่องการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคจากผู้เกี่ยวข้องรวมถึงภาคธุรกิจ หนึ่งในประเด็นที่เป็นข้อกังวลที่ถูกกล่าวถึง คือ การตั้งเงื่อนไขการใช้บริการที่ไม่ให้ทางเลือกกับผู้บริโภคหรือเงื่อนไขแบบ take-it-or-leave-it ซึ่ง FTC ระบุว่า ปัจจัยที่ความเห็นส่วนใหญ่นำมาพิจารณาว่าเงื่อนไขการใช้บริการแบบ take-it-or-leave-it นี้ เหมาะสมหรือไม่ ได้แก่ ประการแรก สินค้าหรือบริการนั้นมีการแข่งขันเพียงพอ กล่าวคือ ผู้บริโภคมีตัวเลือกในการใช้สินค้าหรือบริการอื่นหรือไม่ ประการที่สอง จะต้องไม่ตั้งเงื่อนไขลักษณะนี้กับสินค้าหรือบริการที่มีความจำเป็น (essential product or service) และประการที่สาม ผู้ประกอบธุรกิจที่เสนอเงื่อนไขการใช้บริการแบบ take-it-or-leave-it นี้ ต้องเปิดเผยข้อกำหนดและเงื่อนไขในการซื้อสินค้าหรือบริการอย่างชัดเจนเพื่อให้ผู้บริโภคทราบเงื่อนไข ซึ่งข้อพิจารณาเหล่านี้ได้กลายมาเป็นข้อกล่าวหาในการดำเนินคดีกับ Facebook ในเยอรมนี ในเวลาต่อมา<sup>80</sup>

ในขณะเดียวกัน FTC แสดงความกังวลเกี่ยวกับบทบาทของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มขนาดใหญ่ว่า แพลตฟอร์มเหล่านี้อยู่ในสถานะที่สามารถติดตามกิจกรรมที่อยู่บนโลกออนไลน์ของผู้บริโภคแทบจะทุกอย่างเพื่อสร้างโปรไฟล์ของผู้บริโภคเพื่อการโฆษณาหรือการตลาด ซึ่งผู้บริโภคอาจมีตัวเลือกน้อยในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ หรืออาจมีข้อจำกัดในเรื่องความสะดวกหรือค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ ซึ่งนอกจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISPs) แล้ว ผู้ให้บริการแพลตฟอร์มอื่น เช่น ระบบปฏิบัติการ (operating systems) และเว็บเบราว์เซอร์ก็อยู่ในสถานะที่สามารถเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคได้เช่นกัน รวมถึงการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคที่เกิดขึ้นในเว็บไซต์ต่าง ๆ ผ่านเครื่องมือเช่นคุกกี้และลิงก์เชื่อมต่อไปยังสื่อสังคมออนไลน์ (social widgets) เช่นกัน อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ในเวลาดังกล่าว FTC ยังคงประเมินผลกระทบในการเก็บรวบรวมข้อมูลพฤติกรรมของผู้บริโภคของ Google และ Facebook ว่า ยังคงไม่ได้มีผลกระทบในวงกว้างมากนัก แต่ก็ตระหนักว่าเป็นเรื่องที่ FTC ยังต้องศึกษาต่อไปถึงศักยภาพในทางเทคนิคของแพลตฟอร์มรายใหญ่ทั้งหลายในการเก็บรวบรวมและใช้ข้อมูลผู้บริโภค<sup>81</sup>

นอกจากนี้ FTC ระบุถึงข้อกังวลเกี่ยวกับฐานข้อมูลผู้บริโภคขนาดใหญ่ (Big Data) ว่า ผู้ประกอบธุรกิจสามารถนำข้อมูลที่เก็บรวบรวมจากผู้บริโภคโดยความยินยอมไปอนุมานถึงลักษณะของผู้บริโภคคนอื่นที่ไม่ได้ยินยอมให้เก็บข้อมูลแต่อยู่ในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกันได้ ทั้งยังอาจทำให้ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวของผู้บริโภคถูกเปิดเผยได้ โดยอ้างถึงงานวิจัยชิ้นหนึ่งที่น่าข้อมูลจากการกดปุ่ม likes บน Facebook ของผู้บริโภคมาประมวลผลร่วมกับข้อมูลที่เก็บรวบรวมจากแหล่งอื่น ซึ่งนักวิจัยพบว่าข้อมูลที่

<sup>80</sup> FTC, "Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations for Businesses and Policymakers," p.50-52, FTC Report (Mar. 2012) [online] Available from : <https://perma.cc/ZF4G-WBVL> [14 August 2025].

<sup>81</sup> Ibid., p.55-57.

ถูกนำมาประมวลผลร่วมกันนั้นสามารถคาดเดาถึงข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้ได้อย่างแม่นยำ<sup>82</sup> ในทำนองเดียวกัน FTC ระบุถึงข้อกังวลเกี่ยวกับสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคจากการติดตามระหว่างอุปกรณ์ (Cross-device Tracking) ว่า ผู้บริโภคที่รู้สึกไม่สะดวกใจต่อการเก็บข้อมูลจากการเก็บข้อมูลระหว่างอุปกรณ์มีทางเลือกอย่างจำกัดในการจำกัดการถูกเก็บรวบรวมข้อมูล<sup>83</sup>

ทั้งหมดนี้ แม้จะเป็นการศึกษาในแง่มุมมองของสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคมากกว่าด้านการแข่งขันทางการค้า แต่ก็ยังเป็นหลักฐานที่แสดงให้เห็นถึงการตระหนักถึงสภาพความเป็นจริงในตลาดดิจิทัลของ FTC ที่พัฒนามาจากกรณีการควบรวมกิจการของ Google/DoubleClick ที่จุดประกายการศึกษาและการปรับเปลี่ยนมุมมองที่เริ่มบูรณาการปัญหาทั้งสองด้านเข้าด้วยกันมากขึ้นในทศวรรษที่ 2010 ซึ่งในเวลาดังกล่าว FTC ยังคงยืนยันมุมมองในคดี Google/DoubleClick ว่าสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคเป็นปัจจัยการแข่งขันในด้านที่ไม่ใช่ราคาเช่นกัน และไม่ปฏิเสธว่า ถึงแม้ในช่วงเวลาดังกล่าว FTC จะยังไม่เคยหยิบยกประเด็นการแข่งขันในด้านที่ไม่ใช่ราคาในเรื่องสิทธิความเป็นส่วนตัวเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคขึ้นในการดำเนินคดีหรือการคัดค้านการควบรวมกิจการโดยตรง แต่ประสบการณ์ของ FTC ในคดีที่เกี่ยวข้องกับตลาดข้อมูลผู้บริโภคจะกลายเป็นรากฐานให้กับการดำเนินคดีของ FTC ที่อาจเกิดขึ้นต่อไป<sup>84</sup>

## 2. พัฒนาการและอิทธิพลของแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในสหภาพยุโรป

### 2.1 แนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ทฤษฎีเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (privacy-related theories of harm) ในปัจจุบัน มีทั้งทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำในลักษณะการเอาเปรียบหรือแสวงประโยชน์โดยมิชอบ (exploitative conduct) และการกระทำในลักษณะกีดกันทางการค้า (exclusionary conduct) และมีทั้งทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายก่อนเกิดเหตุ (*ex ante*) และหลังเกิดเหตุ (*ex post*) ซึ่งบทความนี้จะกล่าวถึงเฉพาะทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายหลังเกิดเหตุ (*ex post*) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการนำการใช้และหาประโยชน์จากข้อมูลส่วนบุคคลโดยมิชอบมาเป็นฐานของการกระทำที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน (anticompetitive conduct) โดยจะไม่กล่าวถึงเรื่องการควบรวมกิจการ

<sup>82</sup> FTC, “FTC Big Data Report,” p.10-11, footnote 52 [online] Available from : <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf> [14 August 2025].

<sup>83</sup> FTC, “FTC Cross-Device Tracking Report,” p.8 [online] Available from : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/cross-device-tracking-federal-trade-commission-staff-report-january-2017/ftc\\_cross-device\\_tracking\\_report\\_1-23-17.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/cross-device-tracking-federal-trade-commission-staff-report-january-2017/ftc_cross-device_tracking_report_1-23-17.pdf) [14 August 2025].

<sup>84</sup> Feinstein, “The Not-So-Big News About Big Data,” p.2 [online] Available from : <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/06/not-so-big-news-about-big-data> [14 August 2025].

### 2.1.1 แนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

ในส่วน of แนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (Exploitative Abuse of Dominance Theories of Harm) นั้น ในทางทฤษฎีแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจอาจใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบโดยการลดมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค<sup>85</sup> ซึ่งในบางประเทศถือว่าการกระทำในลักษณะนี้เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดในลักษณะการเอาเปรียบหรือการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ<sup>86</sup> โดย Maurice E. Stucke กล่าวถึงทฤษฎีนี้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายใหญ่ซึ่งครอบครองข้อมูลผู้บริโภคจำนวนมาก หรือที่ Stucke เรียกว่า Data-opolist ซึ่งมีโมเดลธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการใช้ประโยชน์จากข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค มีแรงจูงใจที่จะลดระดับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ต่ำกว่าคู่แข่งในระดับเดียวกัน และเก็บข้อมูลส่วนบุคคลจากผู้บริโภคมากกว่าคู่แข่งในระดับเดียวกัน<sup>87</sup> ส่วน Ariel Ezrachi และ Viktoria H.S.E. Robertson ตั้งข้อสังเกตว่า รัฐควรมีอำนาจดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเก็บข้อมูลผู้บริโภคอย่างไม่เป็นธรรม (unfair data collection) ในทำนองเดียวกับในบางประเทศที่รัฐสามารถดำเนินคดีกับผู้ประกอบธุรกิจที่ตั้งราคาสูงเกินควร (excessive pricing)<sup>88</sup> ในขณะที่ Nicholas Economides และ Ioannis Lianos ตั้งข้อสังเกตว่า แม้การตั้งราคาแบบเฉพาะบุคคล (personalized pricing) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair commercial practices) และการตั้งเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (unfair trading conditions) อาจเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบ (exploitative abuse of dominance) อย่างหนึ่งได้ แต่การตั้งราคาแบบเฉพาะบุคคล (personalized pricing หรือ price targeting) ก็อาจถูกมองเป็นเพียงการนำเทคโนโลยีมาใช้เพื่อตั้งราคาให้สอดคล้องกับความประสงค์ของผู้บริโภคแต่ละรายก็ได้เช่นกัน<sup>89</sup> และในขณะเดียวกันการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและการตั้งเงื่อนไข

<sup>85</sup> Kemp, “Concealed Data Practices and Competition Law: Why Privacy Matters”, in *European Competition Journal*, p.1; Ariel Ezrachi & Viktoria H.S.E. Robertson, “Competition, Market Power and Third-Party Tracking”, in *World Competition* 42, 1 (2019), p.5-20; ดูเพิ่มเติม Julie E. Cohen, “What Privacy is For”, in *Harvard Law Review* 126 (2013), p.1904; Maurice E. Stucke, “Should We Be Concerned About Data-opolies?”, in *Georgetown Law Technology Review* 2 (2018), p.275.

<sup>86</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.29 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>87</sup> Stucke, “Should We Be Concerned About Data-opolies?”, in *Georgetown Law Technology Review*, p.285-286 (“A data-opolist, to the extent its business model depends on harvesting and exploiting personal data, has the incentive to reduce its privacy protection below competitive levels and collect personal data above competitive levels.”).

<sup>88</sup> Ezrachi & Robertson, “Competition, Market Power and Third-Party Tracking”, in *World Competition*, p.5-20.

<sup>89</sup> Economides & Lianos, “Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective”, in *Journal of Competition Law & Economics*, p.813, อ้างอิง Case C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbank)*, ECLI:EU:C:2006:734, ¶ 70 (emphasis added): “[i]t is the beneficial nature of the effect on all consumers in the relevant markets that must be taken into consideration, not the effect on each member of that category of consumers.”

ทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมนั้นเป็นแนวคิดที่กว้างและเป็นปัญหาที่อาจแก้ไขโดยกฎหมายอื่นได้อยู่แล้ว เช่น การตีความว่าเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม (unfair competition) หรือใช้กฎหมายสัญญาทั่วไป<sup>90</sup>

### 2.1.2 แนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการกีดกันทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

สำหรับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการกีดกันทางการค้า (Exclusionary Abuse of Dominance Theories of Harm) ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น OECD ตั้งข้อสังเกตว่า การกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกีดกันการเข้าสู่ตลาด (foreclosure) อาจเกิดขึ้นเมื่อผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการในลักษณะที่กีดกันไม่ให้คู่แข่งเข้าถึงข้อมูลผู้บริโภคอีกกรณีหนึ่ง คือ การเพิ่มต้นทุนของคู่แข่งหรือการเพิ่มอุปสรรคในการเข้าตลาดโดยการขายพ่วง (tying) หรือขายสินค้าหรือให้บริการแบบรวมเป็นแพ็คเกจ (bundling)<sup>91</sup>

สำหรับคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะกีดกันทางการค้าในเรื่องข้อมูล (exclusionary conduct) นั้น มีตัวอย่างเช่น ในธุรกิจพลังงานในสหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส และอิตาลี หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในประเทศดังกล่าวมีคำสั่งให้ธุรกิจค้าปลีกพลังงานต้องเปิดให้คู่แข่งเข้าถึงข้อมูลการใช้พลังงานของผู้บริโภคเพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ดีขึ้น ขณะที่ในด้านของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ผู้บริโภคสามารถเลือกที่จะไม่ให้เผยแพร่ข้อมูลของตนได้ (opt out)<sup>92</sup>

แต่ในส่วนของคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (exploitative conduct) นั้น งานเขียนในด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจำนวนมากนับคดีที่ Bundeskartellamt ของเยอรมนีดำเนินคดีกับ Facebook เป็นคดีแรก ๆ ที่นำเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภคมาเป็นฐานในการดำเนินคดีป้องกันการผูกขาดโดยตรง<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Economides & Lianos, “Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective”, in *Journal of Competition Law & Economics*, p.816.

<sup>91</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.29 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025].

<sup>92</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.30 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025]; Autorité de la concurrence, “Décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l’électricité,” [online] Available from : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-10/14mc02.pdf> [14 August 2025]; CMA, “Energy Market Investigation,” (2016) [online] Available from : <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5773de34e5274a-0da3000113/final-report-energy-market-investigation.pdf> [14 August 2025]; Mariateresa Maggolino & Giulia Ferrari, “Can Digital Data be Replaced? Data Substitutability is the Key”, in *CPI Antitrust Chronicle* (Feb. 2020), p.37.

<sup>93</sup> OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.30 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025]; Economides & Lianos, “Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective”, in *Journal of Competition Law & Economics*, p.819-826.

## 2.2 การดำเนินคดีกับ Facebook ในประเทศเยอรมนีและการตอบสนองของสหภาพยุโรป

### 2.2.1 การดำเนินคดีกับ Facebook โดย Bundeskartellamt ในประเทศเยอรมนี

#### 2.2.1.1 การดำเนินคดีของ Bundeskartellamt

Facebook (ปัจจุบัน คือ Meta Platforms) เริ่มเปิดให้บริการ Facebook.com ในประเทศเยอรมนีผ่านเว็บไซต์ [www.facebook.com](http://www.facebook.com) หรือ [www.facebook.de](http://www.facebook.de) และทางแอปพลิเคชัน Facebook บนสมาร์ตโฟนตั้งแต่ปี ค.ศ. 2008 จากข้อมูลของ Bundeskartellamt ในปีดังกล่าว Facebook.com ในประเทศเยอรมนีมีผู้ใช้งานรายวัน วันละประมาณ 23 ล้านคน นอกจากนี้ผู้ใช้ทั่วไป (private user) แล้ว Facebook.com เปิดให้บริการสำหรับผู้ประกอบการธุรกิจ (ทั้งโดยการใช้บัญชีผู้ใช้ทั่วไปและบัญชี Business Manager) สามารถสร้างเพจ (page) เพื่อเผยแพร่เนื้อหาเกี่ยวกับกิจการของตนต่อผู้ใช้ทั่วไปผ่านการกดปุ่ม like หรือ subscribe เพจเช่นกัน โดย Facebook มีรายได้จากการให้บริการพื้นที่โฆษณาออนไลน์แก่ผู้ใช้ประเภทธุรกิจและผู้ประกอบการธุรกิจทั่วไป โฆษณาที่นำเสนอให้กับผู้ใช้ทั่วไปจะถูกปรับแต่งให้สอดคล้องกับข้อมูลการใช้งานของผู้ใช้แต่ละราย เช่น พฤติกรรมการใช้จ่ายออนไลน์ ความสนใจ และกำลังซื้อ หรือที่เรียกว่า “targeted advertising” นอกจากนี้ Facebook ยังให้บริการเครื่องมือ (tool) ที่เรียกว่า “Facebook Business Tools” ให้แก่ผู้ใช้บริการและผู้พัฒนาเว็บไซต์ (Developers) ผู้ลงโฆษณา (Advertisers) และผู้ประกอบการอื่นสามารถใส่ฟังก์ชันของ Facebook เข้าไปในเว็บไซต์ แอปพลิเคชัน หรือคำแนะนำออนไลน์ของตนผ่านอินเตอร์เฟซที่เรียกว่า Application Programming Interface หรือ API ที่ถูกตั้งค่าไว้ล่วงหน้าโดย Facebook เพื่อทำหน้าที่เชื่อมต่อข้อมูลระหว่าง Facebook กับผู้ประกอบการรายอื่น ได้แก่ ปลั๊กอิน (plugins) เช่น ปุ่ม like หรือปุ่ม share ช่องทางลัดอื่นเข้าสู่ Facebook.com และบริการวิเคราะห์ข้อมูลหรือที่เรียกว่า Facebook Analytics ซึ่งทำงานผ่านชุดคำสั่งหรือโค้ด (Code) ที่ชื่อว่า Facebook Pixel (สำหรับเว็บไซต์) หรือชุดเครื่องมือพัฒนาซอฟต์แวร์ (software development kits หรือ SDK) (สำหรับแอปพลิเคชัน) เพื่อเก็บข้อมูลของผู้ใช้งาน<sup>94</sup>

นอกจากนี้ บริการของ Facebook ยังรวมถึงแอปพลิเคชันอื่น ได้แก่ Instagram (Facebook ซื้อกิจการในปี ค.ศ. 2012) ซึ่งมีรายได้จากค่าโฆษณาเช่นเดียวกัน, WhatsApp (Facebook ซื้อกิจการในปี ค.ศ. 2014 ให้บริการในทวีปยุโรปโดยบริษัทลูกสัญชาติไอร์แลนด์ ชื่อว่า WhatsApp Ltd.) ซึ่งประกาศว่าจะเริ่มใส่โฆษณาเข้าไปในฟังก์ชันสถานะ (status) ของแอปพลิเคชันในปี ค.ศ. 2019, Masquerade (Facebook ซื้อกิจการในปี ค.ศ. 2016) ซึ่งใช้ตัดต่อและแชร์รูปภาพ และอุปกรณ์แว่นสำหรับเทคโนโลยีความเป็นจริงเสมือน (Virtual Reality หรือ VR) พร้อมซอฟต์แวร์ภายใต้ชื่อ Oculus<sup>95</sup>

<sup>94</sup> BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.7-25; BKartA, “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources,” press release [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html) [20 April 2025].

<sup>95</sup> BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.22-25; BKartA,

Bundeskartellamt ระบุว่า ในการให้บริการดังกล่าว Facebook สร้างเงื่อนไขการลงทะเบียนเข้าใช้งาน Facebook.com ว่าผู้ใช้บริการต้องตกลงตามข้อกำหนดการใช้บริการ (Terms of service) ซึ่งกำหนดให้ Facebook สามารถเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลตามนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลและนโยบายคุกกี้ (Cookies) ของ Facebook ได้แก่ ข้อมูลการใช้งานนอกเครือข่าย Facebook (Off-Facebook Data) ที่เก็บรวบรวมจากบัญชีผู้ใช้และอุปกรณ์การใช้งานของผู้ใช้นั้น (device-related) ผ่าน Facebook Business Tool ที่ผู้ให้บริการรายอื่นนำไปติดตั้งอยู่ในเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของตน และข้อมูลการใช้งานจากแอปพลิเคชันหรือผลิตภัณฑ์อื่นภายในกลุ่มบริษัทของ Facebook เอง ทั้งนี้ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ใช้งาน Facebook เพื่อนำไปประมวลผลร่วมกับข้อมูลการใช้งานภายใน Facebook.com (Facebook Data) และนำข้อมูลที่นำไปใช้<sup>96</sup>

Bundeskartellamt วินิจฉัยว่า นโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของ Facebook เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดเครือข่ายสังคมออนไลน์ในประเทศเยอรมนีของ Facebook โดยมีขอบ เนื่องจากนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวซึ่งผู้บริโภคไม่มีทางเลือก หรือที่เรียกว่าเงื่อนไขแบบ “take-it-or-leave-it” มีลักษณะเป็นข้อกำหนดทางธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบ (exploitative business terms) ตามมาตรา 19 (1) ของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนี หรือ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ทั้งยังขัดต่อ General Data Protection Regulation (GDPR) หรือกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป อันส่งผลกระทบต่อทั้งผู้ใช้งานและคู่แข่งของ Facebook ในตลาดเดียวกัน<sup>97</sup>

เมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2019 Bundeskartellamt จึงมีคำสั่งห้ามบริษัท Facebook Inc. (สหรัฐอเมริกา) บริษัท Facebook Ireland จำกัด (สาธารณรัฐไอร์แลนด์) และบริษัท Facebook Germany GmbH ซึ่งเป็นบริษัทลูกของ Facebook ในประเทศเยอรมนี โดยห้ามบริษัทเหล่านี้บังคับใช้นโยบายการประมวลผลข้อมูลตามข้อกำหนดการใช้บริการ (Terms of service) ตลอดจนนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลและนโยบายคุกกี้ และให้ Facebook ยุติการกระทำตามนโยบายดังกล่าวในส่วนที่เป็น

---

“Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources,” press release [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html) [20 April 2025].

<sup>96</sup> BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.41-244; BKartA, “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources,” press release [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html) [20 April 2025].

<sup>97</sup> BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.245-257; BKartA, “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources,” press release [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html) [20 April 2025]; OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.30 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025]; Anne C. Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in *Antitrust Bulletin* 66, 2 (2021), p.276–307.

เก็บรวบรวมข้อมูลบัญชีผู้ใช้และอุปกรณ์การใช้งานของผู้ใช้ (device-related) ทั้งข้อมูลที่ได้จากการใช้บริการต่าง ๆ ในเครือของ Facebook (corporate services) และข้อมูลจากบุคคลที่สาม (third-party mobile apps) ผ่าน Facebook Business Tool และห้ามการนำข้อมูลดังกล่าว (Off-Facebook Data) มาประมวลผลร่วมกับข้อมูลภายใน Facebook.com (Facebook Data) เพื่อให้บริการ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ใช้ โดยมีคำสั่งให้ Facebook ปฏิบัติตามและเปลี่ยนแปลงนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของตนภายในระยะเวลา 12 เดือน โดยต้องเสนอแผนการดำเนินการตามคำสั่งต่อ Bundeskartellamt ภายในระยะเวลา 4 เดือน<sup>98</sup>

มาตรา 19 (1) ของ GWB นั้น เป็นบทบัญญัติที่ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบของผู้ประกอบธุรกิจ (ไม่ว่ารายเดียวหรือหลายรายร่วมกัน) ซึ่งบัญญัติในลักษณะกว้าง ๆ และถูกขยายความในมาตรา 19 (2) ว่า การกระทำลักษณะใดบ้างที่เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งตามกฎหมายในขณะที่การดำเนินคดีนี้เกิดขึ้นนั้นไม่ได้บัญญัติถึงลักษณะการประกอบธุรกิจดังเช่นที่ Facebook ถูกกล่าวหาแต่อย่างใด ส่วนลักษณะการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเงื่อนไขการให้บริการของผู้ประกอบธุรกิจที่ถูกบัญญัติไว้ในขณะนั้นถูกบัญญัติในลักษณะกว้าง ๆ ในมาตรา 19 (2) 2. กล่าวคือ การกำหนดเงื่อนไขในทางธุรกิจที่ย่อมไม่เกิดขึ้นในสถานการณ์ที่การแข่งขันในตลาดเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพ แต่ที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกำหนดเงื่อนไขเช่นนั้นเป็นเพราะมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งจะต้องมีการเปรียบเทียบว่าผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดจะสามารถกำหนดเงื่อนไขแบบเดียวกันได้หรือไม่ในตลาดที่มีการแข่งขัน จึงมีปัญหาเกิดขึ้นว่า Bundeskartellamt กำลังกล่าวหาว่า Facebook กระทำการตามมาตรา 19 (2) 2. หรือไม่ และ Bundeskartellamt ได้วิเคราะห์การกระทำของ Facebook ตามเงื่อนไขของข้อดังกล่าวซึ่งต้องมีการเปรียบเทียบการกระทำของ Facebook ในสถานการณ์จริงกับสถานการณ์ที่การแข่งขันเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ ซึ่งปัญหานี้ได้กลายเป็นส่วนสำคัญในการอุทธรณ์ของ Facebook

### **2.2.1.2 การขอคุ้มครองชั่วคราวระหว่างอุทธรณ์คำสั่งของ Bundeskartellamt ต่อศาลเยอรมนี**

ภายหลังจากทราบคำสั่งแล้ว Facebook ยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ต่อศาลภูมิภาคประจำเมืองดิสเซิลดอร์ฟ (Higher Regional Court of Düsseldorf หรือ Oberlandesgericht Düsseldorf) โดยยกเหตุผลว่าคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย พร้อมกับยื่นคำร้องขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาลเพื่อให้ศาลระงับคำสั่งห้ามของ Bundeskartellamt เป็นการชั่วคราว เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 2019 ศาล Düsseldorf มีคำสั่งอนุญาตให้คุ้มครองชั่วคราว โดยให้ระงับผลของคำสั่งห้ามเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลของ

<sup>98</sup> BKartA Feb. 6, 2019, B6-22/16, Decision in the administrative proceedings (Ger.), p.258-271; BKartA, “Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources,” press release [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html) [20 April 2025].

Bundeskartellamt เป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งในเนื้อหาคดี ตามคำวินิจฉัยที่ VI-Kart 1/19 (V)<sup>99</sup> โดยสองเหตุผลหลักของศาล Düsseldorf คือ ข้อกำหนดการให้บริการของ Facebook นั้น เข้าลักษณะของเงื่อนไขทางธุรกิจตามความในมาตรา 19 (2) 2. ของ GWB ซึ่งศาลเห็นว่า Bundeskartellamt ไม่ได้ประเมินการแข่งขันตามเงื่อนไขของบทบัญญัติดังกล่าวที่ต้องนำการกระทำของ Facebook ไปเปรียบเทียบกับสถานการณ์ที่มีการแข่งขันในตลาดแต่อย่างใด และศาลเห็นว่า การกระทำของ Facebook ที่ถูกกล่าวหา นั้น ไม่ใช่การใช้อำนาจเหนือตลาดตามความในบทบัญญัติมาตรา 19 (1) ซึ่งเป็นบททั่วไปเช่นกัน

ศาล Düsseldorf ไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ว่า Facebook ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เพราะศาลเห็นว่า การที่ Facebook เก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลจากบริการอื่นของตนและจากบุคคลที่สามเพื่อนำข้อมูลดังกล่าวมาใช้ นั้น ไม่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบผู้ใช้ เนื่องจากผู้ใช้มีอิสระที่จะเปิดเผยข้อมูลเดียวกันกับที่ Facebook เก็บรวบรวมนั้นต่อผู้ให้บริการรายอื่นรวมถึงคู่แข่งของ Facebook ด้วย ซึ่ง Bundeskartellamt มิได้แสดงรายละเอียดว่าข้อมูลส่วนใดที่เกิดจากการเก็บรวบรวมและประมวลผลโดยเกินกว่าความจำเป็น ทั้งเป็นผู้ใช้เองที่ให้ความยินยอมกับข้อกำหนดการใช้บริการ รวมถึงนโยบายการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลและนโยบายคุกกี้ โดยสมัครใจเพื่อใช้บริการ Facebook.com โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ที่ว่าการละเมิดต่อกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมีผลเป็นการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในทันที ซึ่งศาลเห็นว่า Bundeskartellamt มิได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำของ Facebook ที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดอย่างร้ายแรงตามเงื่อนไขของมาตรา 19 (1) ของ GWB ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (causation) ว่าการเก็บและประมวลผลข้อมูลดังกล่าวกีดกันการแข่งขันทางการค้าอย่างไร<sup>100</sup>

### 2.2.1.3 คำวินิจฉัยของศาล Federal Court of Justice ประเทศเยอรมนี

Bundeskartellamt อุทธรณ์คำสั่งอนุญาตให้คุ้มครองชั่วคราวของศาล Higher Regional Court เมือง Düsseldorf ต่อศาลสูงหรือศาลสหพันธรัฐของประเทศเยอรมนี (Federal Court of Justice) เพื่อให้คำสั่งระงับการเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลกลับมาใช้บังคับใช้อีกครั้ง ซึ่งศาลสูงประเทศเยอรมนี แผนกคดีป้องกันการผูกขาด วินิจฉัยว่า กรณีไม่มีข้อสงสัยอย่างร้ายแรงว่า Facebook มีอำนาจเหนือตลาด Social Network ในประเทศเยอรมนี ทั้งไม่มีข้อสงสัยว่าการบังคับใช้ข้อกำหนดการให้บริการของ Facebook นั้นเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf [OLG] [Higher Regional Court of Düsseldorf] Aug. 26, 2019, Vi-Kart 1/19 (V), interim proceedings (Ger.).

<sup>100</sup> Higher Regional Court of Düsseldorf Aug. 26, 2019, Vi-Kart 1/19 (V), interim proceedings (Ger.); Competition Policy International [CPI], “Germany: Facebook succeeds in blocking German ban on data collection,” [online] Available from : <https://www.competitionpolicyinternational.com/germany-cartel-office-to-take-facebook-case-to-high-court/> [14 August 2025].

<sup>101</sup> Bundesgerichtshof [BGH] [Federal Court of Justice] Jun. 23, 2020, KVR 69/19, interim proceedings (Ger.);

อย่างไรก็ตาม ศาลสูงไม่เห็นด้วยกับการวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ส่วนที่ว่าการกระทำละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ Facebook เป็นผลมาจากการกระทำละเมิดต่อ GDPR เนื่องจากศาลสูงเห็นว่า กรณียังไม่แน่ชัดว่า การที่ Facebook นำข้อมูลพฤติกรรมของผู้ใช้มาจากนอก Facebook.com (Off-Facebook Data) มาประมวลผลและใช้ข้อมูลดังกล่าวไม่ว่าผู้จะใช้จะล็อกอินเข้าใช้ Facebook.com หรือไม่นั้นจะเป็นการละเมิดต่อ GDPR หรือไม่<sup>102</sup>

แต่ศาลสูงเยอรมนีพิเคราะห์ถึงรูปแบบการให้บริการของ Facebook ว่า Facebook ให้บริการบนตลาด 2 ตลาดด้วยกัน ตลาดแรก คือ ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์ประเภทส่วนบุคคล (private social network) บนแพลตฟอร์ม ส่วนในตลาดที่สองนั้น Facebook ให้บริการพื้นที่โฆษณาบนแพลตฟอร์มแก่บริษัทอื่น ๆ เพื่อนำรายได้จากค่าโฆษณาในตลาดที่สองมาสนับสนุนการให้บริการผู้ใช้ในตลาดแรกซึ่งไม่มีการเรียกเก็บค่าบริการเป็นตัวเงิน ซึ่งในฐานะที่ Facebook เป็นผู้ให้บริการ Private Social Network รายใหญ่ในประเทศเยอรมนี Facebook จึงมีความรับผิดชอบพิเศษที่จะต้องรักษาการแข่งขันที่ยังคงอยู่ในตลาด Private Social Network เอาไว้ ศาลสูงจึงเห็นว่า ความสำคัญอย่างยิ่งยวดในทางเศรษฐกิจของการเข้าถึงข้อมูลของ Facebook เป็นประเด็นที่ต้องนำมาวินิจฉัย ซึ่งจากรูปแบบการประกอบธุรกิจของ Facebook ดังกล่าว ศาลสูงเห็นว่า การที่ Facebook ไม่ให้ทางเลือกแก่ผู้ใช้ในเรื่องนโยบายการเก็บรวบรวมและประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้จากกิจกรรมนอกเครือข่าย Facebook.com (Off-Facebook Data) นั้น จึงไม่เพียงก่อผลกระทบต่ออำนาจการตัดสินใจของบุคคล (personal autonomy) แต่ยังกระทบต่อการใช้สิทธิในการกำหนดเกี่ยวกับข้อมูลส่วนตัวของตน (right to informational self-determination) ที่ได้รับความคุ้มครองโดย GDPR เงื่อนไขการใช้ Facebook ดังกล่าว จึงก่อให้เกิดอุปสรรคต่อผู้ใช้ในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ หรือที่เรียกว่า “lock-in effect” ซึ่งเป็นการหาประโยชน์โดยมิชอบต่อผู้ใช้ อันมีผลทำให้การแข่งขันทางการค้าไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเนื่องมาจากสถานะที่มีอำนาจเหนือตลาดของ Facebook โดยศาลสูงอ้างอิงข้อมูลจาก Bundeskartellamt ว่า มีผู้ใช้ Facebook จำนวนไม่น้อยที่ประสงค์จะเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลน้อยกว่าที่ถูกกำหนดไว้ในนโยบายการใช้ข้อมูล ซึ่งหากการแข่งขันทางการค้าในตลาด Private Social Network เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ผู้ใช้ย่อมมีสิทธิเลือกระดับการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้ และย่อมมีสิทธิที่จะเลือกเปลี่ยนไปใช้บริการของผู้ให้บริการรายอื่นได้เช่นกัน ศาล Federal Court ประเทศเยอรมนี

---

ดู Federal Court of Justice, “Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position,” [online] Available from : <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html> [14 August 2025]; BKartA, “Translation of Press Release No 080/2020 published by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 23/06/2020,” [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23\\_06\\_2020\\_BGH\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v) [20 April 2025] [ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า *Federal Court Facebook Decision Press Release Translation*].

<sup>102</sup> Federal Court of Justice Jun. 23, 2020, KVR 69/19, interim proceedings (Ger.); BKartA, “Federal Court Facebook Decision Press Release Translation,” [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23\\_06\\_2020\\_BGH\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v) [20 April 2025]

จึงเห็นว่า ข้อกำหนดการให้บริการของ Facebook ตามที่ Bundeskartellamt กล่าวหา นั้น มีลักษณะที่อาจกีดขวางการแข่งขันทางการค้า<sup>103</sup>

เมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2020 ศาล Federal Court ของประเทศเยอรมนีจึงพิพากษากลับคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวของศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf ทำให้ Bundeskartellamt สามารถบังคับใช้คำสั่งห้ามเก็บรวบรวมข้อมูลของตนกับ Facebook ได้ต่อไปจนกว่าศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf จะมีคำพิพากษาในคดีหลัก<sup>104</sup>

ต่อมาเมื่อวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 2021 ศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf ที่ยังไม่มีคำพิพากษาในคดีหลักเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt จึงตัดสินใจส่งประเด็นให้ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (The Court of Justice of the European Union หรือ CJEU) วินิจฉัยว่า Bundeskartellamt มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำของ Facebook ว่าละเมิดต่อ GDPR ซึ่งไม่ใช่อำนาจหน้าที่กำกับดูแลของตนหรือไม่ และศาลเยอรมนีจะตีความรูปแบบการประกอบธุรกิจของ Facebook ตามกรอบ GDPR อย่างไร<sup>105</sup> ซึ่งเมื่อวันที่ 20 กันยายน ค.ศ. 2022 Athanasios Rantos ซึ่งเป็น Advocate General ในคดีนี้ ได้ทำความเห็นส่วนตัวออกมา ก่อนที่ศาลยุติธรรมยุโรปโดย Grand Chamber (ประกอบด้วยองค์คณะผู้พิพากษา 15 คน) มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 2023<sup>106</sup>

## 2.2.2 คำวินิจฉัยเบื้องต้นของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปและความเห็นของ Advocate General

### 2.2.2.1 Bundeskartellamt มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำของ Facebook ว่าละเมิดต่อ GDPR ซึ่งไม่ใช่อำนาจหน้าที่กำกับดูแลของตนหรือไม่

ในปัญหาว่า Bundeskartellamt มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำของ Facebook ว่าเป็นไปตาม GDPR หรือไม่นั้น ศาล CJEU และ Advocate General มีความเห็นพ้องกันว่า หน่วยงานกำกับ

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> ดูเพิ่มเติม OECD Secretariat, “Consumer Data Rights and Competition Background Note,” p.30 [online] Available from : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) [14 August 2025]; Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in *Antitrust Bulletin*, p.281-295; Giuseppe Colangelo & Mariateresa Maggiolino, *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S.*, (Stan. L. Sch. & U. of Vienna Sch. of L. TTLF, Working Paper No. 31/2018); Pranvera Këllezi, “Data Protection and Competition Law: Non-Compliance as Abuse of Dominant Position”, in *Sui Generis* 343 (2019), p.344.

<sup>106</sup> Case C-252/21, *Meta Platforms Inc., formerly Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Ltd., formerly Facebook Ireland Ltd., Facebook Deutschland GmbH v. Bundeskartellamt*, intervener: Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (Request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Düsseldorf (Higher Regional Court, Düsseldorf, Germany)), Opinion of Advocate General Rantos, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-252/2> [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*]; Case C-252/21, *Meta Platforms Inc.*, Judgment, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *CJEU Meta Platforms Judgment*].

ดูแลการแข่งขันทางการค้าจะต้องวินิจฉัยประเด็นต่าง ๆ รวมถึงประเด็นว่า การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่พิพาทนั้นมีลักษณะจำกัดการแข่งขันทางการค้า (anticompetitive) หรือไม่ ปัญหาที่ว่า การกระทำของผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นไปตาม GDPR หรือไม่ ประกอบกับพฤติการณ์แวดล้อมอื่น ๆ จึง “อาจเป็นข้อพิจารณาสำคัญ” (“may be a vital clue”) ในการวินิจฉัยว่ามีการละเมิดกฎหมายการแข่งขันทางการค้าหรือไม่<sup>107</sup>

Rantos ระบุว่า ในหลักการแล้ว GDPR ไม่ได้ห้ามมิให้หน่วยงานตามกฎหมายอื่นวินิจฉัยการปฏิบัติตามบทบัญญัติของ GDPR โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อหน่วยงานตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้านั้น (ในกรณีนี้ คือ Bundeskartellamt) ใช้อำนาจที่มีตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปในเรื่องการห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามข้อ 102 ของ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) หรือตามกฎหมายภายในที่เทียบเท่า<sup>108</sup> ซึ่งรวมถึงมาตรา 19 ของ GWB ซึ่งเป็นฐานของคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt ในคดีนี้เช่นกัน<sup>109</sup> โดย Rantos ตั้งข้อสังเกตว่า ขอบเขตของข้อ 102 ของ TFEU นั้นมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปและไม่อาจถูกจำกัดโดยกรอบของ Regulation (GDPR) ซึ่งประกาศใช้โดยฝ่ายนิติบัญญัติของ EU ได้<sup>110</sup>

ตามความเห็นของ Rantos เนื้อหาคำวินิจฉัยของ Bundeskartellamt นั้น ไม่ได้ลงโทษ Facebook จากการกระทำที่ขัดต่อ GDPR แต่การประเมินและวินิจฉัยการปฏิบัติตามกฎหมายของ GDPR ของ Facebook นั้น เป็นเพียงประเด็นปัญหารองหรือปัญหาเบื้องต้นที่จะต้องวินิจฉัยก่อน (incidental question) ที่สืบเนื่องมาจากปัญหาหลักว่า Facebook ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบหรือไม่ อันอยู่ภายใต้อำนาจของ Bundeskartellamt เท่านั้น<sup>111</sup> ซึ่งศาล CJEU ก็วินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่า ในกรณีนี้ หน่วยงานตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ได้เข้าไปแทนที่โดยใช้อำนาจของหน่วยงานที่มีอำนาจภายใต้ GDPR และการที่หน่วยงานตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าดังกล่าววินิจฉัยว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของ GDPR นั้น ก็เป็นไปเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการวินิจฉัยปัญหาว่าผู้ประกอบธุรกิจรายดังกล่าวใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามความในมาตรา 102 ของ TFEU ซึ่งเป็นอำนาจภายใต้ข้อ 5 ของ Regulation (EC) ที่ 1/2003 (ว่าด้วยการอนุวัติการกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป) เท่านั้น มิใช่การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจภายใต้ GDPR แต่อย่างใด<sup>112</sup>

<sup>107</sup> Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.23; Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.47-48; Case C-152/19, *Deutsche Telekom v Commission*, Judgment, ECLI:EU:C:2021:238 (Mar. 25, 2021), para.41-42.

<sup>108</sup> Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.22.

<sup>109</sup> *Ibid.*, endnote 16.

<sup>110</sup> Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), endnote 17; Case C-295/12, *Telefónica and Telefónica de España v Commission*, Judgment, ECLI:EU:C:2014:2062 (Jul. 10, 2014).

<sup>111</sup> Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.18.

<sup>112</sup> Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.46, 49.

นอกจากนี้ CJEU ยังเน้นย้ำถึงสภาพความเป็นจริงในตลาดดิจิทัลเกี่ยวกับความสำคัญของการเข้าถึงและการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลในบริบทของเศรษฐกิจดิจิทัลว่า โมเดลธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูลของ Facebook นี้ ช่วยให้แพลตฟอร์มสามารถทำรายได้จากการนำเสนอโฆษณาที่ถูกรับแต่งให้มีความเฉพาะตัวของผู้ใช้โดยอาศัยข้อมูลผู้บริโภครวมกัน ดังนั้น การตัดอำนาจมิให้หน่วยงานที่กำกับดูแลการแข่งขันทางการค้านำเอากฎเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมาประกอบในการพิจารณาในการวินิจฉัยการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบนั้น ในความเห็นของศาลแล้ว ย่อมเป็นการเพิกเฉยต่อสภาพความเป็นจริงของการพัฒนาเศรษฐกิจดิจิทัลโดยรูปแบบหรือโมเดลธุรกิจในลักษณะนี้และย่อมทำให้การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรปเป็นไปโดยไม่มีประสิทธิภาพ<sup>113</sup>

ดังนั้น ศาล CJEU จึงวินิจฉัยว่า หน่วยงานกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าซึ่งกระทำการตามอำนาจในหน้าที่จึงอาจวินิจฉัยถึงปัญหาว่าการปฏิบัติของผู้ประกอบธุรกิจที่พิพาทนั้นเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของ GDPR หรือไม่ ในกรณีที่การพิจารณาดังกล่าวจะจำเป็นต่อการวินิจฉัยว่ามีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบเกิดขึ้นหรือไม่ หรือที่ Rantos ระบุว่า トラบเท่าที่ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาหรือปัญหาเบื้องต้นที่จะต้องวินิจฉัยเสียก่อน (incidental question) เท่านั้น<sup>114</sup>

### 2.2.2.2 แนวทางวินิจฉัยตีความรูปแบบการประกอบธุรกิจของดิจิทัลแพลตฟอร์มตามกรอบ GDPR

#### ปัญหาเรื่องการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวเป็นพิเศษ

สำหรับในส่วนเนื้อหาของคดีนั้นเกี่ยวข้องกับข้อ 9 (1) ของ GDPR ที่ห้ามการประมวลผล (หมายความรวมทั้งการเก็บรวบรวม ใช้ หรือประมวลผล) ข้อมูลส่วนบุคคลที่จัดอยู่ในประเภทพิเศษ (special categories of personal data) ได้แก่ ข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในศาสนาหรือปรัชญา สมาชิกภาพในสหภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพสำหรับการระบุตัวบุคคล ข้อมูลสุขภาพ หรือข้อมูลเกี่ยวกับชีวิตด้านเพศหรือรสนิยมทางเพศ ซึ่งคดีนี้มีปัญหาว่า การที่ Facebook เก็บรวบรวมข้อมูลนอกแพลตฟอร์มของผู้ใช้ (Off-Facebook Data) มาเชื่อมโยงกับข้อมูลผู้ใช้แพลตฟอร์ม (Facebook Data) แล้วนำข้อมูลที่ได้นั้นไปใช้ เป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลประเภทพิเศษตามข้อ 9 (1) นี้แล้วหรือไม่

ในปัญหาแรกนี้ ศาล CJEU วินิจฉัยว่า การประมวลผลข้อมูลตามความในข้อ 9 (1) ย่อมรวมถึงการนำข้อมูลนอกแพลตฟอร์มเครือข่ายสังคมออนไลน์มาเชื่อมโยงเข้ากับข้อมูลบัญชีผู้ใช้แพลตฟอร์มและนำข้อมูลที่ประมวลผลมานั้นมาใช้ และการประมวลผลนั้นย่อมต้องห้ามตามข้อดังกล่าว หากข้อมูลที่ถูกประมวลผลนั้นจะทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวในประเภทต่าง ๆ ตามที่ระบุในบทบัญญัติข้อ 9 (1) ของ GDPR ถูกเปิดเผยออกมา ไม่ว่าข้อมูลนั้นจะเป็นของผู้ใช้แพลตฟอร์มนั้นเองหรือเป็นของบุคคลอื่น ทั้งนี้ เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามข้อ 9 (2)<sup>115</sup>

<sup>113</sup> Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.50-51.

<sup>114</sup> Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.21-24, 78.1; Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.62.

<sup>115</sup> Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.71-73; Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.78.2.

ศาล CJEU เห็นพ้องกับแนวทางการวินิจฉัยของ Rantos ว่าปัจจัยสำคัญในการพิจารณา คือ ระดับความสามารถในการระบุตัวตน (identifiability) ของข้อมูล และถ้าพิจารณาถึงรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Personal Data) เกี่ยวกับการเข้าใช้เว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันอื่นของผู้ใช้ไม่ถือเป็นการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวตามความหมายของข้อ 9 (1) ของ GDPR เสมอไป แต่การนำข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวดังกล่าวไปเชื่อมโยงเข้ากับข้อมูลบัญชีผู้ใช้ Facebook ของผู้ใช้ที่เกี่ยวข้องแต่ละรายหรือการนำข้อมูลดังกล่าวไปใช้ย่อมถือเป็นการประมวลผลแล้ว หากข้อมูลที่ถูกประมวลผลนั้นช่วยให้ Facebook สามารถสร้างข้อมูลผู้ใช้ (user profiling) โดยอาศัยข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวประเภทต่าง ๆ ตามที่ระบุในบทบัญญัติข้อ 9 (1) ดังกล่าวที่ปรากฏขึ้น ซึ่งอาจจำเป็นต้องจำแนกระหว่างข้อมูลที่ปรากฏในเบื้องต้นว่าเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวกับข้อมูลที่ไม่ใช่ข้อมูลที่มีความอ่อนไหวในตัวเองแต่จำเป็นต้องอาศัยการรวมข้อมูล (aggregation) เพื่อที่จะได้มาซึ่งข้อสรุปเกี่ยวกับข้อมูลผู้ใช้ที่ใกล้เคียงความเป็นจริง<sup>116</sup> ดังนั้น ศาล Düsseldorf จะต้องวินิจฉัยว่า ข้อมูลที่ถูกเก็บรวบรวมจากนอกแพลตฟอร์มหรือ Off-Facebook Data นั้น จะสามารถทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหวตามข้อ 9 (1) ถูกเปิดเผยออกมาได้หรือไม่ ไม่ว่าโดยตัวข้อมูลนั้นเองหรือเมื่อนำมาเชื่อมโยงกับข้อมูลของผู้ใช้ที่ถูกเก็บรวบรวมบนแพลตฟอร์ม Facebook (Facebook Data)

### **ข้อยกเว้นในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่อ่อนไหวเป็นพิเศษ**

สำหรับข้อยกเว้นที่ทำให้ผู้ครอบครองข้อมูลสามารถประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลประเภทพิเศษตามข้อ 9 (1) ได้นั้น อยู่ในข้อ 9 (2) ซึ่งมีทั้งหมด 10 ประการ ด้วยกัน ตามข้อ 9 (2) (a) ถึง (j) ซึ่งข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องในคดีนี้ คือ ข้อ 9 (2) (e) ผู้ใช้ได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่จะทำให้ข้อมูลเป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะ

สำหรับในส่วนของข้อยกเว้นตามข้อ 9 (2) (e) นี้ ศาล CJEU เห็นพ้องกับความเห็นของ Advocate General ว่า ข้อมูลการเข้าชมเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันอื่นของผู้ใช้แพลตฟอร์ม Social Network (ในคดีนี้ คือ Off-Facebook Data) เป็นข้อมูลที่มีเพียงผู้ดูแล (administrator) ของเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันนั้น และแพลตฟอร์ม Social Network (ในคดีนี้ คือ Facebook) ที่ได้รับข้อมูลมาเท่านั้นที่จะมองเห็นข้อมูลดังกล่าวได้ ดังนั้น การที่ผู้ใช้ป้อนข้อมูลเข้าไปในเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันดังกล่าวจึงไม่อาจถือเป็นพยานหลักฐานว่าผู้ใช้ยินยอมให้ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะ ในทำนองเดียวกัน แม้การที่ผู้ใช้คลิกที่ปลั๊กอินของแพลตฟอร์ม Social Network ที่เชื่อมต่อเข้ากับเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันอื่น (เช่น ปุ่ม share ของ Facebook) จะเป็นการแสดงความประสงค์โดยชัดแจ้งให้มีการเผยแพร่ข้อมูลบางอย่างของผู้ใช้ต่อสาธารณะภายนอกเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันนั้น แต่ในกรณีดังกล่าว ผู้ใช้เพียงตระหนักว่าตนกำลังเผยแพร่หรือแชร์ข้อมูลกับกลุ่มคนเฉพาะกลุ่มเท่านั้นซึ่งมักจะกำหนดไว้โดย

---

<sup>116</sup> Case C-252/21, *AG Rantos's Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.38-39; ดูเพิ่มเติม European Data Protection Board [EDPB], "Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users," p.124 [online] Available from : [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb\\_guidelines\\_082020\\_on\\_the\\_targeting\\_of\\_social\\_media\\_users\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_en.pdf) [14 August 2025].

ผู้ใช้งานกล่าวเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายถึงการยินยอมให้ข้อมูลนั้นถูกเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นการทั่วไป<sup>117</sup> นอกจากนี้ Rantos ยังตั้งข้อสังเกตว่า แม้กระทั่งในกรณีที่ผู้ใช้ได้ตั้งค่าการมองเห็นเนื้อหาบน Facebook ของตนให้ผู้ใช้ทุกคนบนแพลตฟอร์มสามารถมองเห็นได้หรือตั้งค่าเป็นสาธารณะ แต่การตั้งค่าดังกล่าวก็ไม่เพียงพอหลักฐานในตัวเองว่าผู้ใช้นั้นแสดงเจตนาให้ข้อมูลส่วนบุคคลของตนเป็นข้อมูลสาธารณะโดยชัดแจ้ง<sup>118</sup>

ดังนั้น ตามความเห็นของศาล CJEU แล้ว ในกรณีที่ผู้ใช้มีทางเลือกในการตัดสินใจในความเป็นจริงว่าจะเปิดเผยข้อมูลของตนที่ถูกเก็บรวบรวมมาจากนอกแพลตฟอร์ม Social Network เพียงใด โดยที่ผู้รับทราบข้อเท็จจริงทั้งหมดเกี่ยวกับการประมวลผลข้อมูลของตน และผู้ใช้ได้ป้อนข้อมูลเข้าไปยังเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันบุคคลที่สามหรือคลิกที่ปลั๊กอินของแพลตฟอร์ม Social Network ที่เชื่อมต่อเข้ากับเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของบุคคลที่สามนั้นโดยสมัครใจแล้ว กรณีดังกล่าวย่อมถือได้ว่าผู้ใช้ได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งที่จะทำให้ข้อมูลนอกแพลตฟอร์มดังกล่าวเป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะ (“manifestly making public”) ตามความในข้อ 9 (2) (e) ของ GDPR แล้ว แต่หากไม่ปรากฏว่าผู้ใช้มีตัวเลือกในการตั้งค่าการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวแล้ว จะต้องได้ความว่าผู้ใช้ได้ให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง (“have explicitly consented”) ตามข้อ 9 (2) (a) ว่าให้ข้อมูลที่เกิดจากการเข้าชมหรือการคลิกที่ปลั๊กอินของแพลตฟอร์ม Social Network ที่เชื่อมต่อเข้ากับเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันของบุคคลที่สามนั้นเป็นข้อมูลที่อาจเข้าถึงได้โดยบุคคลทั่วไปทุกคนที่สามารถเข้าถึงเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันบุคคลที่สามนั้นได้ ซึ่งเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันบุคคลที่สามนั้นจะต้องขอความยินยอมโดยชัดแจ้งก่อนการเข้าชมหรือการคลิกที่ปลั๊กอินดังกล่าว<sup>119</sup>

ทั้งนี้ ตามความเห็นของทั้งศาล CJEU และ Rantos ลำพังการที่ผู้ให้บริการเครือข่ายสังคมออนไลน์มีอำนาจเหนือตลาดในตลาดภายในประเทศที่เกี่ยวข้องไม่ได้ทำให้การให้ความยินยอมของผู้ใช้ที่ยินยอมให้เครือข่ายสังคมออนไลน์นั้นประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้เสียไปเสมอ แต่สถานะอำนาจเหนือตลาดของผู้ให้บริการดังกล่าวเป็นปัจจัยที่เกี่ยวข้องในการวินิจฉัยว่าผู้ใช้ได้ให้ความยินยอมโดยอิสระหรือไม่ ที่ต้องนำไปพิจารณาร่วมกับปัจจัยอื่นด้วย<sup>120</sup>

ตามคำวินิจฉัยของศาล CJEU หากศาล Düsseldorf ของเยอรมนีรับฟังข้อเท็จจริงไม่ได้ว่าผู้ใช้ได้ให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือความยินยอมดังกล่าวไม่ใช่ความยินยอมตามความหมายของ GDPR ซึ่งระบุอยู่ในข้อ 4 (11) กล่าวคือ ผู้ใช้ไม่ได้ให้ความยินยอมโดยใจสมัคร หรือให้โดยไม่เจาะจงวัตถุประสงค์ ความยินยอม หรือให้โดยที่ผู้ใช้ไม่ได้รับทราบข้อมูลทั้งหมดจากผู้ให้บริการ หรือเป็นความยินยอมที่มีลักษณะกำกวมแล้ว ศาล Düsseldorf จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของ Facebook

<sup>117</sup> Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.44, 78.3; Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.74-80.

<sup>118</sup> Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), endnote 56.

<sup>119</sup> Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.81-85.

<sup>120</sup> Case C-252/21, *AG Rantos’s Meta Platforms Opinion*, ECLI:EU:C:2022:704 (Sep. 20, 2022), para.71-77, 78.4; Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.143-154.

เข้าเงื่อนไขข้อยกเว้นเรื่องเหตุจำเป็นตามข้อใดข้อหนึ่งของข้อ 6 (1) (b) ถึง (f) ของ GDPR หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อยกเว้นตามข้อ (b) ว่า การนำ Off-Facebook Data มาประมวลผลร่วมกับ Facebook Data มีความจำเป็นต่อการปฏิบัติตามสัญญาการให้บริการแก่ผู้ใช้ซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลหรือไม่ ซึ่งมีการยกข้อกล่าวอ้าง 2 เหตุผล คือ เพื่อการนำเสนอเนื้อหาออนไลน์ที่ปรับแต่งความเฉพาะตัวของผู้ใช้ (personalised content) และเพื่อการใช้บริการในกลุ่ม Meta ที่เสถียรและไร้รอยต่อ (seamless) และตามข้อ (f) ว่า การประมวลผลข้อมูลดังกล่าวมีความจำเป็นเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่เป็นผลประโยชน์อันชอบธรรม (legitimate interests) ของผู้ควบคุมข้อมูลหรือบุคคลที่สามที่เกี่ยวข้องหรือไม่ ซึ่งมีการยกข้อกล่าวอ้าง 4 ประการ คือ การนำเสนอโฆษณาที่ปรับแต่งความเฉพาะตัว (personalised advertising) ความมั่นคงปลอดภัยของเครือข่าย (network security) การพัฒนาผลิตภัณฑ์ (product improvement) และการแบ่งปันข้อมูลกับหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายของรัฐเพื่อป้องกันการกระทำความผิดอาญา<sup>121</sup>

### 2.3 ความพยายามในการกำกับดูแลดิจิทัลแพลตฟอร์มรายใหญ่ของเยอรมนีและสหภาพยุโรป

แนวทางคำวินิจฉัยเบื้องต้นของศาล CJEU และอิทธิพลความเห็นของ Advocate General นี้ ได้นำไปสู่การเจรจาที่ Facebook (หรือปัจจุบัน คือ Meta Platforms) ยินยอมปรับเปลี่ยนมาตรการจัดการข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้ตามที่ถูกล่ามไว้ในหลายส่วนและถอนอุทธรณ์ออกจากการพิจารณาของศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf ซึ่งท้ายที่สุด Bundeskartellamt ได้ประกาศยุติการดำเนินคดีไปเมื่อเดือนตุลาคม 2024 ที่ผ่านมา<sup>122</sup>

ทั้งนี้ นอกจากคำตัดสินของศาล CJEU ข้างต้นแล้ว ยังมีตัวชี้วัดอื่น ๆ ที่ชี้ให้เห็นถึงแนวโน้มของผลคดีอยู่ก่อนแล้วเช่นกัน ข้อที่น่าสนใจอย่างยิ่ง คือ ภายหลังจากศาลภูมิภาคประจำเมือง Düsseldorf มีคำสั่งให้ระงับผลของคำสั่งของ Bundeskartellamt เป็นการชั่วคราวแล้ว รัฐบาลสหพันธ์รัฐของเยอรมนีได้เสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนีหรือ GWB ซึ่งถึงแม้ข้อเสนอการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวจะไม่ได้เกิดจากคำวินิจฉัยของศาล Düsseldorf โดยตรงเนื่องจากมีรายงานว่ารัฐบาลเยอรมนีได้ทำการศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2018 แล้ว ภายหลังจากที่มีข้อเสนอเรียกร้องให้มีการปรับปรุงกฎหมายจากรายงานของผู้เชี่ยวชาญต่างเพื่อปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับแพลตฟอร์มออนไลน์ที่มีอำนาจเหนือตลาด แต่ร่างกฎหมายที่เสนอนั้นก็มีความเกี่ยวเนื่องกับคดี Facebook ในเยอรมนีอย่างยิ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งร่างกฎหมายใหม่ดังกล่าวนำความเห็นของ Bundeskartellamt ในคดีมาเป็นฐานของเหตุผลในการยกกร่างหลายมาตราด้วยกัน Anne C. Witt ตั้งข้อสังเกตว่า ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวแสดงความ

<sup>121</sup> Case C-252/21, *CJEU Meta Platforms Judgment*, ECLI:EU:C:2023:537 (Jul. 4, 2023), para.86-139.

<sup>122</sup> BKartA, “Press Release on 10/10/2024,” [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2024/10\\_10\\_2024\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2024/10_10_2024_Facebook.html) [20 April 2025]; ดูเพิ่มเติม BKartA, “Case Summary B6-22/16,” (Oct. 10, 2024) [online] Available from : <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2024/B6-22-16.html?nn=48888> [20 April 2025].

เห็นพ้องกับความเห็นของ Bundeskartellamt ในคดี Facebook อย่างชัดเจนและในขณะเดียวกัน ก็ต้องการที่จะหักล้างเหตุผลของศาล Düsseldorf ในคดีนี้ โดยมีการอ้างอิงถึงคำสั่งศาลว่าเป็นตัวอย่างของการทำให้เกิดความไม่แน่นอนของกฎหมาย (Legal Uncertainty) ในประเด็นนี้มาสนับสนุนหลักการ และเหตุผลในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนขึ้น ซึ่งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนี ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 10 นี้ มีผลบังคับใช้เมื่อเดือนมกราคม 2021<sup>123</sup>

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนี ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 10 นี้ ได้ใส่แนวคิดของ Bundeskartellamt ที่ว่า การกระทำในลักษณะการเอาเปรียบอันเป็นผลมาจากการใช้ข้อมูลที่ไม่เป็นธรรมอาจเป็นมูลฐานของการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบได้ เข้าไปในบทบัญญัติของกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติม<sup>124</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 19a (2) 4. ของ GWB ให้อำนาจแก่ Bundeskartellamt ที่จะมีการสั่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการแข่งขันในตลาด (“an undertaking of paramount significance for competition across markets”) กระทำการอันเป็นการสร้างหรือเพิ่มอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดหรือกีดขวางผู้ประกอบการรายอื่นโดยประการอื่น โดยการประมวลผลข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันซึ่งเก็บรวบรวมโดยผู้ประกอบการรายนั้น หรือการบังคับใช้ข้อกำหนดและเงื่อนไขใด ๆ ที่ระบุให้ยินยอมให้มีการประมวลผลข้อมูลดังกล่าว ซึ่งรวมถึงการห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจนำการใช้บริการมาเป็นเงื่อนไขให้ผู้ต้องใช้ยินยอมให้มีการนำข้อมูลที่ได้จากการใช้บริการอื่น ๆ ของผู้ประกอบการรายเดียวกัน หรือข้อมูลที่ได้จากจากใช้บริการของผู้ให้บริการบุคคลที่สาม โดยที่ผู้ใช้ไม่มีตัวเลือกที่เพียงพอในการตัดสินใจว่าจะยินยอมให้มีการประมวลผลข้อมูลดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร และเพื่อวัตถุประสงค์ใด ซึ่งรูปแบบการกระทำ (fact patterns) ตามที่บัญญัตินี้เป็นรูปแบบการกระทำเดียวกันกับตามข้อกล่าวหาของ Bundeskartellamt ในคดี Facebook<sup>125</sup>

<sup>123</sup> Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in *Antitrust Bulletin*, p.296; Wolfgang Kerber & Karsten K. Zolna, “The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law”, in *European Journal of Law and Economics* 54 (2022), p.24.

<sup>124</sup> Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in *Antitrust Bulletin*, p.296.

<sup>125</sup> BKartA, “English translation of the 10th Amendment to the German Competition Act, Act against Restraints of Competition (Competition Act – GWB),” [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2021/25\\_05\\_2021\\_GWB\\_EN.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2021/25_05_2021_GWB_EN.html) [20 April 2025], Section 19a:

“(1) The Bundeskartellamt may issue a decision declaring that an undertaking which is active to a significant extent on markets within the meaning of Section 18(3a) is of paramount significance for competition across markets...

(2) In case of a declaratory decision pursuant to subsection 1, the Bundeskartellamt may prohibit such undertakings from

...

4. by processing competitively sensitive data collected by the undertaking, to create or appreciably raise barriers to market entry or otherwise hinder other companies, or to require terms and conditions that permit such processing, in particular

ทั้งนี้ มาตรา 18 (3)a ของ GWB ซึ่งแก้ไขใหม่นั้น ได้วางหลักเกณฑ์การประเมินสถานะในตลาดของผู้ประกอบธุรกิจในกรณีของตลาดหรือเครือข่ายที่มีลูกค้าหรือผู้ใช้หลายด้าน (“multi-sided markets and networks”) ว่าต้องคำนึงปัจจัยต่าง ๆ รวมถึง ผลกระทบของ network effects ทั้งทางตรงและทางอ้อม ทางเลือกของผู้ใช้ในการใช้บริการของผู้ให้บริการหลายรายได้พร้อม ๆ กันและค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ (switching costs) การประหยัดต่อขนาดของผู้ประกอบธุรกิจอันเนื่องมาจาก network effects การเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจ และแรงกดดันจากการแข่งขัน (competitive pressure) ที่ขับเคลื่อนโดยนวัตกรรม<sup>126</sup>

ภายหลังจาก GWB ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 10 นี้ มีผลบังคับใช้แล้ว Bundeskartellamt ได้เปิดการดำเนินคดีกับบริษัท Tech Company รายใหญ่หลายราย ตามมาตรา 19a ที่แก้ไขใหม่นี้ รวมถึงการดำเนินการสอบสวน Amazon และ Google<sup>127</sup>

---

a) to make the use of services conditional on users consenting to the processing of data from other services of the undertaking or a third party provider without giving users an adequate choice as to the circumstance, purpose and manner of processing;

b) to process competitively sensitive data received from other companies for purposes other than those necessary for the provision of its own services to those companies, without giving those companies an adequate choice as to the circumstance, purpose and manner of processing;”

<sup>126</sup> BKartA, “English translation of the 10th Amendment to the German Competition Act, Act against Restraints of Competition (Competition Act – GWB),” [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2021/25\\_05\\_2021\\_GWB\\_EN.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/AktuelleMeldungen/2021/25_05_2021_GWB_EN.html) [20 April 2025], Section 18:

“(3a) In particular in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of:

1. direct and indirect network effects,
2. the parallel use of services from different providers and the switching costs for users,
3. the undertaking’s economies of scale arising in connection with network effects,
4. the undertaking’s access to data relevant for competition,
5. innovation-driven competitive pressure...”

<sup>127</sup> ดูตัวอย่าง BKartA, “Proceedings against Amazon based on new rules for large digital companies (Section 19a GWB),” Press Release (May 18, 2021), [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/18\\_05\\_2021\\_Amazon\\_19a.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_Amazon_19a.html) [20 April 2025]; BKartA, “Proceeding against Google based on new rules for large digital players (Section 19a GWB) – Bundeskartellamt examines Google’s significance for competition across markets and its data processing terms,” Press Release (May 25, 2021) [online] Available from : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/25\\_05\\_2021\\_Google\\_19a.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/25_05_2021_Google_19a.html) [20 April 2025]; Internationale Kartellkonferenz [IKK] [International Conference on Competition, “BKartA Case Summary B7 – 61/21,” [online] Available from : <https://www.internationale-kartellkonferenz.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B7-61-21.html> [20 April 2025]; IKK, “Bundeskartellamt determines Google’s paramount significance for competition across markets pursuant to the new Section 19a(1),” [online] Available from : [https://www.internationale-kartellkonferenz.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B7-61-21.pdf;jsessionid=81ABDCAC00D13D40DCA4A0CE9775EF85.1\\_cid362?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.internationale-kartellkonferenz.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B7-61-21.pdf;jsessionid=81ABDCAC00D13D40DCA4A0CE9775EF85.1_cid362?__blob=publicationFile&v=6) [20 April 2025].

คำวินิจฉัยของศาล Federal Court of Justice ของเยอรมนี ในคดี Facebook ในส่วนของวิธีการชั่วคราว และท่าทีของเยอรมนีในการประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 10 นับเป็นก้าวสำคัญในการบรรจุเอาข้อกังวลเรื่องสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลหรือ Privacy เข้าไปในกฎหมายการแข่งขันทางการค้า<sup>128</sup> ซึ่งคดี Facebook ในเยอรมนีนี้ไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดการอภิปรายในแวดวงวิชาการและเพิ่มน้ำหนักให้กับแนวคิดที่สนับสนุนการผนวกข้อพิจารณาเรื่องข้อมูลส่วนบุคคลในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเท่านั้น แต่ท่าทีของเยอรมนียังอาจเป็นจุดเริ่มต้นให้ประเทศอื่นบรรจุข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเข้าไปในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตนได้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเริ่มต้นที่สหภาพยุโรป ซึ่งแม้คดี Facebook ของ Bundeskartellamt ที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมยุโรปจะอาศัยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของเยอรมนีซึ่งเป็นกฎหมายภายในเป็นหลัก แต่คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปที่ตัดสินโดย Grand Chamber ก็สะท้อนถึงมุมมองของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปที่มีความชัดเจนมากขึ้นว่า มาตรา 102 ของสนธิสัญญา TFEU อาจมีผลเป็นการห้ามการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่มากเกินไป (excessive data collection) โดยแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ ดังที่เคยมีรายงานก่อนหน้านี้ว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะที่ 4 ของศาลยุติธรรมยุโรปเคยแสดงความเห็นในทำนองเดียวกันว่าลักษณะการกระทำในการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้ใช้ดังเช่นในคดี Facebook นี้ อาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้เช่นกัน<sup>129</sup> ประการสำคัญ คือ ข้อบ่งชี้ที่สหภาพยุโรปรวมถึงศาลยุติธรรมยุโรปเห็นพ้องด้วยกับแนวคิดของ Bundeskartellamt ในการดำเนินคดี Facebook นี้ ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนจากการที่ข้อกังวลเรื่องวิธีการทำธุรกิจของดิจิทัลแพลตฟอร์มต่อสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลและความเป็นส่วนตัวได้ถูกบัญญัติให้เป็นข้อห้ามของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มรายใหญ่ซึ่งถูกเรียกว่า Gatekeeper ตามกฎหมายใหม่ของสหภาพยุโรป คือ Digital Markets Act (DMA)<sup>130</sup> ซึ่งมีการประกาศใช้ตั้งแต่เดือนพฤศจิกายน 2022 และเริ่มมีผลบังคับใช้กับบรรดาแพลตฟอร์มแล้วในเดือนพฤษภาคม 2023 และครบกำหนดให้บรรดาแพลตฟอร์มที่เข้าข่ายเป็น “Gatekeeper” ต้องรายงานข้อมูลการให้บริการต่อคณะกรรมการยุโรปเพื่อ

<sup>128</sup> Kerber & Zolna, “The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law”, in *European Journal of Law and Economics*, p.22; Rupperecht Podszun, “The Consumer as a Market Player: Competition Law, Consumer Choice and Data Protection in the German Facebook Decision”, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (2020), p.1268-1276; Marija Stojanovic, “Can Competition Law Protect Consumers in Cases of A Dominant Company Breach of Data Protection Rules?”, in *European Competition Journal* 16, 2-3 (2020), p.531-569; Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in *Antitrust Bulletin*, p.276-307.

<sup>129</sup> Witt, “Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case”, in *Antitrust Bulletin*, p.302.

<sup>130</sup> Kerber & Zolna, “The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law”, in *European Journal of Law and Economics*, p.22-24; ดูเพิ่มเติม, Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of Sep. 14, 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), 2022 O.J. (L 265/1) [ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า *Digital Market Act*].

ทำการประเมินสถานะความเป็น “Gatekeeper” ไปเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2023<sup>131</sup> ก่อนที่ศาล CJEU จะมีคำพิพากษาในคดี *Meta Platforms* เสียอีก

ทั้งนี้ ข้อ 3 (1) ของ DMA ได้กำหนดนิยามของ “Gatekeeper” ไว้ หมายถึง ผู้ประกอบธุรกิจที่<sup>132</sup>

- (a) มีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อตลาดภายในของรัฐสมาชิก
- (b) ธุรกิจที่ให้บริการ คือ การเป็นแพลตฟอร์มหลัก (core platform service) คือ การให้บริการเชื่อมต่อสำคัญให้กลุ่มผู้ใช้ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ (business users) สามารถเข้าถึงกลุ่มผู้ใช้ที่เป็นผู้บริโภค (end users) และ
- (c) มีสถานะที่แข็งแกร่งในตลาดที่ให้บริการอย่างยาวนาน หรือคาดเห็นได้ว่าจะมีสถานะดังกล่าวในอนาคตอันใกล้

โดยในการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจหรือแพลตฟอร์มมีสถานะเป็น Gatekeeper หรือไม่นั้นมีหลักเกณฑ์ตามข้อ 3 (8) ของ DMA รวมถึง<sup>133</sup> ในข้อ 3 (8) (c) Network effects ของแพลตฟอร์มและประโยชน์ที่แพลตฟอร์มได้รับจากการทำธุรกิจที่ขับเคลื่อนโดยข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยคำนึงถึงความสามารถของกิจการในการเข้าถึงและเก็บรวบรวมข้อมูลทั้งที่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลและไม่เป็นข้อมูลส่วนบุคคล หรือศักยภาพในการวิเคราะห์ข้อมูล และ (e) การที่ผู้ใช้ทั้งที่เป็นกลุ่มธุรกิจและกลุ่มผู้บริโภคไม่สามารถเปลี่ยนไปใช้บริการของผู้ให้บริการรายอื่น (lock-in) รวมถึงอุปสรรคในเรื่องต้นทุนในการเปลี่ยนผู้ให้บริการ (switching costs) และการสร้างอคติในเชิงพฤติกรรมที่ชักนำผู้ใช้ทั้งกลุ่มธุรกิจและกลุ่มผู้บริโภคไม่ให้เปลี่ยนผู้ให้บริการหรือใช้บริการหลายแพลตฟอร์มในเวลาเดียวกัน (multi-home) ซึ่งล้วนแต่เป็นลักษณะเฉพาะของตลาดดิจิทัล

เมื่อพิจารณาว่าเป็น Gatekeeper แล้ว ข้อ 5 (2) ของ DMA ได้กำหนดข้อห้ามในการให้บริการ กล่าวคือ<sup>134</sup>

- (a) ห้ามประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลของผู้บริโภค (end users) ที่ใช้บริการของผู้ให้บริการบุคคลที่สามซึ่งต้องอาศัยบริการแพลตฟอร์มหลัก (core platform services) ของ Gatekeeper เพื่อวัตถุประสงค์ในการให้บริการโฆษณาออนไลน์
- (b) ห้ามนำข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากการให้บริการแพลตฟอร์มหลักที่เกี่ยวข้องมารวมเข้ากับข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากการให้บริการแพลตฟอร์มหลักอื่นหรือการให้บริการอื่นของ Gatekeeper นั้นเอง หรือนำมารวมเข้ากับข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากการให้บริการของบุคคลที่สาม

<sup>131</sup> ดู European Commission, “The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets,” [online] Available from : [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en) [14 August 2025].

<sup>132</sup> Art 3 (1) of Digital Market Act.

<sup>133</sup> Art 3 (8) of Digital Market Act.

<sup>134</sup> Art 5 (2) of Digital Market Act.

- (c) ห้ามนำข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้มาจากบริการแพลตฟอร์มหลักที่เกี่ยวข้องไปใช้ในการให้บริการอื่นที่ให้บริการแยกต่างหากจากกันโดย Gatekeeper นั้น รวมถึงบริการแพลตฟอร์มหลักอื่น
- (d) ห้ามทำการลงทะเบียนผู้ใช้ (end users) สำหรับบริการอื่น ๆ ของ Gatekeeper เพื่อที่จะนำข้อมูลส่วนบุคคลในการให้บริการเหล่านั้นมารวมกัน

ทั้งนี้ ข้อ 5 (2) ของ DMA กำหนดข้อยกเว้นไว้ว่า เว้นแต่ผู้ใช้จะได้รับทราบทางเลือกที่ตนมีและได้ให้ความยินยอมตามความในข้อ 4 (11) และข้อ 7 ของ Regulation (EU) 2016/679 หรือ GDPR

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาสถานะของ Gatekeeper ที่ให้บริการแพลตฟอร์มหลักและหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวเห็นได้ชัดเจนว่าได้รับอิทธิพลมาจากคดีของ Facebook ในเยอรมนี เนื่องจากเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางธุรกิจของแพลตฟอร์มที่เป็น Gatekeeper ที่มีรูปแบบของข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงและมีข้อพิจารณาเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในทำนองเดียวกับในคดีของ Bundeskartellamt

การมีผลบังคับใช้ของ Digital Markets Act นี้ และความเห็นของ CJEU กับ Advocate General ในคดี *Meta Platforms* สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับข้อพิจารณาเรื่องการคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และแนวโน้มที่คำวินิจฉัยของ CJEU ตลอดจนความเห็นของ Advocate General จะกลายเป็นแนวทางที่สหภาพยุโรปจะจัดการกับปัญหาเรื่องการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคเกินความจำเป็น (excessive data collection) ทั้งในบริบทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าและ GDPR และเป็นแนวทางว่ากฎหมายทั้งสองฉบับจะทำงานควบคู่กันไปอย่างไร

## 2.4 อิทธิพลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

พัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนี่เองที่เป็นปัจจัยที่สอง โดยเป็นปัจจัยจากภายนอกที่จะส่งผลต่อการยอมรับแนวคิดเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในสหรัฐอเมริกา ซึ่งอิทธิพลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปที่มีต่อประเทศอื่น รวมถึงสหรัฐฯ นั้น เป็นสิ่งที่มีการศึกษากันมานาน Anu Bradford (มหาวิทยาลัยโคลัมเบีย) ได้ศึกษาถึงปัจจัยหรือเงื่อนไขซึ่งเกี่ยวพันกันหลายประการที่ส่งผลให้กฎหมายของสหภาพยุโรปเป็นระบอบที่ทรงอิทธิพล<sup>135</sup> กล่าวคือ สถานะความเป็นหนึ่งในตลาดผู้บริโภคที่ใหญ่ที่สุดในโลกซึ่งมีสัดส่วนผู้บริโภคที่มีกำลังซื้อสูงจำนวนมากนี้เองที่ทำให้ตลาดภายในของสหภาพยุโรปมีความสำคัญมากเพียงพอที่จะจูงใจให้ผู้ผลิตสินค้าหรือผู้ให้บริการจากนอก EU ยอมที่จะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เรื่องมาตรฐานที่มีความเคร่งครัดของ EU เมื่อซึ่งนำหน้าระหว่างต้นทุนในการปรับเปลี่ยนสินค้าหรือบริการให้สอดคล้องกับมาตรฐานกับการได้เข้าสู่ตลาดของ EU ผลที่ตามมา คือ ผู้ผลิตจำนวนมากพึงพิงกับความสามารถในการป้อนสินค้าหรือบริการเข้าสู่ตลาด EU เป็นหลัก<sup>136</sup>

<sup>135</sup> Anu Bradford, “The Brussels Effect”, in *Northwestern University Law Review* 107, 1 (2012).

<sup>136</sup> Bradford, “The Brussels Effect”, in *Northwestern University Law Review*, p.11-12; ดูเพิ่มเติม Alasdair R. Young, “Political Transfer and “Trading Up”? Transatlantic Trade in Genetically Modified Food and U.S. Politics”, in *World Politics* 55 (2003), p.457, 459.

แต่ลำพังตลาดที่มีขนาดใหญ่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ส่งผลให้กฎเกณฑ์ของ EU มีอิทธิพลต่อประเทศต่าง ๆ แต่ในความจริงแล้ว ปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่ออิทธิพลของกฎหมายสหภาพยุโรป คือ สถานะความเป็นองค์การระหว่างประเทศเหนือรัฐ (supranational organization) และการเป็นตลาดเดียว (Single Market) ของสหภาพยุโรปที่ทำให้ EU สามารถออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ มาบังคับใช้กับทุกประเทศที่อยู่ในตลาดของ EU โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission หรือ EC) ถูกสร้างขึ้นให้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและมีอำนาจที่จะดำเนินคดีกับรัฐสมาชิกที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของ EU ต่อศาลของสหภาพยุโรปได้ ด้วยเหตุดังกล่าว สหภาพยุโรปจึงมีศักยภาพด้านกฎเกณฑ์ที่สามารถสร้างต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่อผู้ประกอบการธุรกิจได้โดยการตัดผู้ประกอบการธุรกิจหรือผู้เล่นที่ไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของ EU ออกไปจากตลาด<sup>137</sup>

นอกจากนี้ ผลของการที่สหภาพยุโรปประกอบด้วยรัฐสมาชิกที่มีประชากรที่มีรายได้สูงหลายประเทศ สหภาพยุโรปจึงกลายเป็นระบอบที่ให้น้ำหนักกับการบังคับใช้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานสินค้าบริการที่เคร่งครัดมากกว่า ซึ่งสะท้อนถึงข้อกังวลถึงความเสี่ยงของการไม่บังคับใช้กฎหมาย (false negatives) ดังนั้น หากมีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำใดอาจส่งผลร้ายที่ทำให้ผู้บริโภคไม่ได้รับความคุ้มครองเท่ากับระดับที่สหภาพยุโรปตั้งเป้าเอาไว้ EU จะเลือกการแทรกแซงตลาดและบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่มีความเคร่งครัดมากขึ้น ซึ่งตรงข้ามกับสหรัฐฯ ที่เลือกที่จะวัดปริมาณของความเสี่ยงนั้นก่อนและวินิจฉัยถึงเหตุที่เพียงพอที่จะแทรกแซงตลาด ซึ่งจะต้องประเมินก่อนว่าการแทรกแซงจะมีประโยชน์สูงกว่าต้นทุนที่จะเพิ่มขึ้นหรือไม่<sup>138</sup>

การเลือกที่จะเน้นเป้าหมายของการออกกฎเกณฑ์ควบคุมมาตรฐานไปที่ตลาดผู้บริโภคทำให้ EU สามารถป้องกันไม่ให้ผู้ผลิตเลือกประเทศที่จะนำสินค้าหรือบริการเข้าสู่ตลาดเพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ได้ และทำให้มาตรฐานด้านกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัดของตนกลายเป็นมาตรฐานสากลในที่สุด ดังนั้น หากผู้ประกอบการธุรกิจต้องการจะเข้าถึงผู้บริโภคจำนวน 500 ล้านคน ในสหภาพยุโรปแล้ว พวกเขาจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภคของสหภาพยุโรป<sup>139</sup> และเนื่องจากผู้ประกอบการธุรกิจมีแรงจูงใจที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขการคุ้มครองผู้บริโภคอันเคร่งครัดเพื่อเข้าสู่ตลาดผู้บริโภคขนาดใหญ่ของ EU แล้ว จึงเห็นได้ว่าปัจจัยประการสุดท้ายที่ทำให้มาตรฐานที่เข้มงวดของสหภาพยุโรปกลายเป็นมาตรฐานสากล คือ การแบ่งแยกไม่ได้ของกฎระเบียบ (Non-divisibility) กล่าวคือ ผู้ประกอบการธุรกิจย่อมมีแรงจูงใจที่จะปฏิบัติตามมาตรฐานที่เป็นสากลในการผลิตหรือการอื่นใดซึ่งแบ่งแยกไม่ได้ในหลากหลายตลาด หรือเมื่อประโยชน์

<sup>137</sup> Bradford, “The Brussels Effect”, in *Northwestern University Law Review*, p.12-14; David Bach & Abraham L. Newman, “The European Regulatory State and Global Public Policy: Micro-Institutions, Macro-Influence”, in *Journal of European Public Policy* 14 (2007), p.827, 831; Giandomenico Majone, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, in *West European Politics* (July 1994), p.77, 83–101; Margot Horspool & Matthew Humphreys, *European Union Law*, 6th ed. (Oxford University Press, 2010), p.39–70.

<sup>138</sup> Bradford, “The Brussels Effect”, in *Northwestern University Law Review*, p.14-16; J. Luis Guasch & Robert W. Hahn, “The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries”, in *World Bank Research Observer* 14 (1999), p.137, 138.

<sup>139</sup> Bradford, “The Brussels Effect”, in *Northwestern University Law Review*, p.16-17.

ที่จะได้รับจากการปฏิบัติตามมาตรฐานที่เป็นแบบเดียวกันเนื่องมาจากการประหยัดต่อขนาดมีมากกว่า ต้นทุนของการปรับแต่งการผลิตให้เป็นที่ไปตามเงื่อนไขของกฎระเบียบที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ<sup>140</sup>

หากมองจากในมุมของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้าแล้ว การที่สหภาพยุโรปบังคับให้บริษัท Big Tech ทั้งหลายต้องปรับปรุงแก้ไขวิธีปฏิบัติในการเก็บรักษาข้อมูลและการปฏิบัติอื่น ๆ เพื่อให้เป็นที่ไปตามมาตรฐานการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การแบ่งแยกไม่ได้ในเชิงเทคนิค (Technical Non-divisibility) หรือการที่บริษัทต่าง ๆ ไม่สามารถสร้างระบบเก็บรวบรวมข้อมูลแยกสำหรับสหภาพยุโรปที่ใช้กฎเกณฑ์ที่มีมาตรฐานสูงกว่าที่อื่นโดยเฉพาะเนื่องจากเหตุผลทางเทคนิคจึงเป็นตัวบังคับให้บริษัทต่าง ๆ เช่น Google ต้องปรับเปลี่ยนการให้บริการของตนทั่วโลกให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของ EU ที่มีมาตรฐานสูงที่สุดแทน<sup>141</sup> การแบ่งแยกไม่ได้ในทางเทคนิค (Technical Non-divisibility) นี้ ควบคู่ไปกับการแบ่งแยกไม่ได้ในทางกฎหมาย (Legal Non-divisibility) และการแบ่งแยกไม่ได้ในทางเศรษฐกิจ (Economic Non-divisibility) ช่วยให้สหภาพยุโรปสามารถใช้อำนาจฝ่ายเดียวในการกำกับดูแลตลาดทั่วทั้งโลกได้นั่นเอง หรือที่ Bradford ใช้คำว่าสร้างอิทธิพลของบรัสเซลส์ (ศูนย์กลางของสหภาพยุโรป) หรือ “Brussels Effect”<sup>142</sup>

ด้วยเหตุผลเหล่านี้ทำให้บ่อยครั้งที่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปกลายเป็นมาตรฐานการแข่งขันทางการค้าสากลโดยพฤตินัย ซึ่งหนึ่งในตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดของเรื่องนี้ คือ การที่สหภาพยุโรปขัดขวางการซื้อกิจการ Honeywell International ของ General Electric ซึ่งถึงแม้หน่วยงานต่อต้านการผูกขาดของสหรัฐฯ จะเห็นชอบกับธุรกรรมการซื้อกิจการนี้แล้ว แต่สุดท้ายการเข้าซื้อกิจการรายดังกล่าวก็ถูกห้ามไปทั่วโลกเนื่องจากในทางกฎหมายแล้วยอมเป็นไปไม่ได้ที่จะอนุญาตให้มีการควบรวมกิจการในตลาดของประเทศหนึ่ง ในขณะที่ธุรกรรมเดียวกันถูกห้ามในอีกประเทศหนึ่ง เหตุผลคือ คำวินิจฉัยในเรื่องการควบรวมกิจการนั้นไม่สามารถแบ่งแยกได้ในทางกฎหมาย (legally non-divisible)<sup>143</sup>

<sup>140</sup> Daniel W. Drezner, “Globalization, Harmonization, and Competition: The Different Pathways to Policy Convergence”, in *Journal of European Public Policy* 12 (2005), p.841, 841–59; David Lazer, “Regulatory Interdependence and International Governance”, in *Journal of European Public Policy* 8 (2001), p.474, 476–78.

<sup>141</sup> Ryan Singel, “EU Tells Search Engines to Stop Creating Tracking Databases,” WIRED (Apr. 8, 2008, 9:25 AM) [online] Available from : <https://www.wired.com/2008/04/eu-tells-search/> [14 August 2025].

<sup>142</sup> Bradford, “The Brussels Effect”, in *Northwestern University Law Review*, p.17-18.

<sup>143</sup> Bradford, “The Brussels Effect”, in *Northwestern University Law Review*, p.19-22; Anu Bradford, *Antitrust Law in Global Markets*, Research Handbook On The Economics Of Antitrust Law (Einer Elhauge ed.) (Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, Inc., 2012), p.309; ดูเพิ่มเติม Commission Decision of 3 July 2001 Declaring a Concentration to be Incompatible with the Common Market and the EEA Agreement, Case COMP/M.2220—General Electric/Honeywell, 2004 O.J. (L 48) 1. สำหรับมุมมองของสหรัฐฯ ดูเปรียบเทียบกับ U.S. Dep’t of Justice, “Justice Department Requires Divestitures in Merger Between General Electric and Honeywell,” Press Release (May 2, 2001) [online] Available from : [https://www.justice.gov/archive/atr/public/press\\_releases/2001/8140.htm](https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2001/8140.htm) [14 August 2025].

ในส่วนของอิทธิพลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้น Anu Bradford, Adam Chilton, Katerina Linos และ Alexander Weaver ได้ทำการศึกษาวิจัยข้อมูลจากประเทศต่าง ๆ ที่มีการประกาศใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า รวม 126 ประเทศ<sup>144</sup> และพบความคล้ายคลึงทั้งในด้านสารบัญญัติและในด้านภาษาระหว่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ซึ่งบ่งชี้ว่าปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของสหภาพยุโรปมากกว่าของกฎหมายของสหรัฐฯ โดยชุดข้อมูลแสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ ที่ลดลง และอิทธิพลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปที่เพิ่มมากขึ้นตามกาลเวลา โดยนอกจาก “อิทธิพลของบรัสเซลส์”<sup>145</sup> แล้ว รายงานวิจัยฉบับนี้ยังระบุว่ามียุทธศาสตร์ของปัจจัยผลักและปัจจัยดึงดูด (push and pull factors) ที่ส่งผลให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปมีอิทธิพลเหนือกว่า<sup>146</sup> กล่าวคือ สหภาพยุโรปมักใช้ประโยชน์จากการทำความตกลงให้สิทธิพิเศษทางการค้า (preferential trade agreements) ในการ “ผลักดัน” มาตรฐานด้านกฎเกณฑ์ของตนให้แพร่กระจายออกไปยังประเทศอื่น และในอีกด้านหนึ่งลักษณะของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปเองที่มีขอบเขตเนื้อหาที่กว้าง กล่าวคือ ในขณะที่มุ่งเน้นการคุ้มครองสวัสดิการของผู้บริโภค (consumer welfare) เป็นหลัก แต่กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปก็สอดแทรกข้อพิจารณาอื่น ๆ เข้าไปในกฎหมายด้วยเช่นกันซึ่งหนึ่งในนั้นก็คือการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัวซึ่งกล่าวถึงในบทความฉบับนี้นั้นเอง ลักษณะที่ประนีประนอมระหว่างการให้ความสำคัญกับตลาดที่แข่งขันเสรีและการแทรกแซงโดยรัฐเพื่อคุ้มครองคุณค่าที่มีความสำคัญในด้านต่าง ๆ นี้เองที่ทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปกลายเป็นแม่แบบหรือโมเดลที่ “ดึงดูด” หรือได้รับการยอมรับจากประเทศกำลังพัฒนาและตลาดเกิดใหม่ (emerging markets) ในการรับเอาไปใช้มากกว่า<sup>147</sup>

ในอีกด้านหนึ่ง Anu Bradford, Adam Chilton และ Filippo Maria Lancieri ได้ทำการวิจัยอีกชิ้นหนึ่ง ซึ่งศึกษากรอบกฎหมายป้องกันการผูกขาด/กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของแต่ละประเทศ

<sup>144</sup> Anu Bradford et al., “The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law”, in *Journal of Empirical Legal Studies* 16, 4 (2019), p.731, 739-754.

<sup>145</sup> Bradford, “The Brussels Effect”, in *Northwestern University Law Review*, p.1-16.

<sup>146</sup> Bradford et al., “The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law”, in *Journal of Empirical Legal Studies*, p.754-761; ดูเพิ่มเติม David Gerber, “Constructing Competition Law in China: The Potential Value of European and U.S. Experience”, in *Washington University Global Studies Law Review* 3 (2004), p.315; William E. Kovacic, “Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisition in Emerging Economies”, in *University of Cincinnati Law Review* 66 (1998), p.1071.

<sup>147</sup> นอกจากนี้ รูปแบบการบัญญัติกฎหมายที่มีรายละเอียดชัดเจนของสหภาพยุโรป ซึ่งมีการแปลออกเป็นหลายภาษาตามภาษาราชการที่ใช้ในแต่ละรัฐสมาชิก ก็สามารถเป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายให้กับประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ภาษาเดียวกันและมีประสบการณ์ด้านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าน้อยกว่า และเป็นเครื่องมือที่ช่วยให้ประเทศเหล่านั้นสร้างความแน่นอนและความสามารถคาดการณ์ได้ให้กับกฎหมาย (predictability and legal certainty) ของตน ดูเพิ่มเติม Katerina Linos & Tom Pegram, “The Language of Compromise in International Agreements”, in *International Organization* 70, 3 (2016), p.587; Daniel M. Klerman et al., “Legal Origin or Colonial History?”, in *Journal of Legal Analysis* 3, 2 (2011), p.379.

ทั่วโลกผ่านชุดข้อมูล 2 ชุด คือ ชุดข้อมูลกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเปรียบเทียบ (Comparative Competition Law Dataset) และชุดข้อมูลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเปรียบเทียบ (Comparative Competition Enforcement Dataset)<sup>148</sup> เพื่อศึกษาถึงอิทธิพลของ Chicago School of Antitrust Analysis ซึ่งเป็นสำนักความคิดด้านกฎหมายป้องกันการผูกขาดที่มีอิทธิพลอย่างมากในสหรัฐฯ ใน 3 แ่งมุม คือ (1) เป้าหมายและข้อยกเว้นที่แต่ละประเทศนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของตน (2) บทบัญญัติของกฎหมายที่ควบคุมการกระทำฝ่ายเดียวที่จำกัดการแข่งขัน (unilateral conduct) และ (3) นโยบายการตรวจสอบการควบรวมกิจการ (merger review) ทั่วโลก ซึ่งผลของงานวิจัยชิ้นนี้ชี้ว่ามุมมองต่าง ๆ ที่เคยถูกปฏิเสธอย่างชัดเจนโดย Chicago School of Antitrust Analysis ได้กลายมาเป็นลักษณะพิเศษร่วมที่พบได้ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของหลาย ๆ ประเทศในปัจจุบัน<sup>149</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งชุดข้อมูลระบุว่า นับตั้งแต่ทศวรรษที่ผ่านมา (งานวิจัยฉบับนี้เก็บข้อมูลถึงปี 2010) มีประเทศจำนวนมากขึ้นที่นำเอาวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของกฎหมายป้องกันการผูกขาด/กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มุ่งเน้นนโยบายด้านอุตสาหกรรมหรือนโยบายทางสังคมที่มีขอบเขตที่กว้างขึ้นหรือเป็นเป้าหมายที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งขัดแย้งกับแนวคิดของสำนักชิคาโกที่มุ่งเน้นประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์เป็นสำคัญ ขณะที่ในเรื่องการควบรวมกิจการชุดข้อมูลแสดงให้เห็นว่ามีจำนวนประเทศที่ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจยกข้อต่อสู้ที่ไม่เกี่ยวข้องกับประสิทธิภาพในทางเศรษฐศาสตร์เพิ่มมากขึ้น<sup>150</sup> ซึ่งแม้งานวิจัยฉบับนี้จะมีข้อจำกัดอยู่บางประการ<sup>151</sup> แต่เห็นได้ว่าปัจจุบันนักวิชาการที่มีอิทธิพลในสหรัฐฯ หลายคน ต่างก็เสนอให้มีการทบทวนแนวทางของนโยบายการป้องกันการผูกขาดของสหรัฐฯ<sup>152</sup>

ภายหลังจาก GDPR มีผลใช้บังคับในสหภาพยุโรปในปี 2018 แล้ว และมีการดำเนินคดีกับ Facebook โดย Bundeskartellamt ในเยอรมนี ซึ่งเริ่มขึ้นในปี 2019 เมื่อเข้าสู่ทศวรรษที่ 2020 มุมมองของ FTC เปลี่ยนแปลงมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ในปี 2021 ในรายงานที่ FTC เสนอต่อรัฐสภาสหรัฐฯ (คองเกรส) ระบุว่า เป้าหมายหลักของ FTC ในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัว คือ การบูรณาการข้อกังวลของสิทธิความเป็นส่วนตัวต่อการแข่งขันทางการค้า การเพิ่มมาตรการเยียวยาการละเมิด การให้

<sup>148</sup> ดู Anu Bradford & Adam S. Chilton, “Competition Law Around the World from 1889 to 2010: The Competition Law Index”, in *Journal of Competition Law & Economics* 14 (2018), p.393, 410; และ Anu Bradford et al., “Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets”, in *Journal of Empirical Legal Studies* 16, 2 (2019), p.411, 412–13.

<sup>149</sup> Anu Bradford et al., “The Chicago School’s Limited Influence on International Antitrust”, in *University of Chicago Law Review* 87, 2 (2019), p.297.

<sup>150</sup> Ibid., p.318-328, figures 3-8.

<sup>151</sup> สำหรับข้อจำกัดในการศึกษาอิทธิพลของสำนักชิคาโกในเชิงประจักษ์ ดูเพิ่มเติม Bradford et al., “The Chicago School’s Limited Influence on International Antitrust”, in *University of Chicago Law Review*, p.317-318, 328-329.

<sup>152</sup> ดูตัวอย่าง, Jonathan B. Baker, *The Antitrust Paradigm: Restoring A Competitive Economy*, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019), p.2-7; Eric A. Posner et al., “A Proposal to Limit the Anticompetitive Power of Institutional Investors”, in *Antitrust Law Journal* 81 (2017), p.669, 669–70; Suresh Naidu et al., “Antitrust Remedies for Labor Market Power”, in *Harvard Law Review* 132 (2018), p.536, 547–49.

ความสำคัญกับการกำกับดูแลดิจิทัลแพลตฟอร์ม และการขยายขอบเขตของแนวปฏิบัติและการทำความเข้าใจในเรื่องนี้หรือผลกระทบของอัลกอริทึมต่อการคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้า<sup>153</sup>

FTC ระบุถึงเป้าหมายที่จะให้ความสำคัญกับการศึกษาความเกี่ยวพันระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัวกับการแข่งขันทางการค้า โดยเน้นย้ำถึงสถานะของผู้เล่นรายใหญ่ในตลาดดิจิทัลที่มีอำนาจเหนือตลาดอันเนื่องมาจากความสามารถในการเข้าถึงและควบคุมข้อมูลผู้ใช้ โดยยกตัวอย่างว่า การกระทำที่ละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองผู้บริโภค (ซึ่งย่อหมายถึงความรวมถึงการคุ้มครองข้อมูลหรือสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคด้วย) นั้น อาจเกิดขึ้นได้เนื่องจากผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด และในอีกทางหนึ่ง การละเมิดกฎหมายที่คุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวก็อาจส่งผลกระทบต่อร้ายแรงต่อการแข่งขันในตลาดได้เช่นกัน และผู้ประกอบการอาจได้มาซึ่งส่วนแบ่งตลาดที่มากขึ้นโดยอาศัยเงื่อนไขการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวที่มีลักษณะหลอกลวง (deceptive) ก็ได้<sup>154</sup> ในขณะเดียวกัน FTC ก็ประกาศเจตจำนงที่จะกำกับดูแลการปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (data practices) ของดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดเพิ่มมากขึ้น<sup>155</sup> นอกจากนี้รายงานฉบับนี้แล้ว ในรายงานเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) ที่เผยแพร่ในปีเดียวกัน (2021) FTC ไม่เพียงมุ่งเป้าหมายในการสำรวจว่า ผู้ให้บริการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคอย่างไรและมีกานำข้อมูลนั้นไปประมวลผลร่วมกับข้อมูลจากแหล่งอื่นหรือไม่ อย่างไร ซึ่งเป็นรูปแบบการกระทำ (fact patterns) ในคดี Facebook ของ Bundeskartellamt ในประเทศเยอรมนีแล้ว FTC ยังอธิบายความเกี่ยวพันระหว่างการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัวกับการแข่งขันทางการค้าในแบบเดียวกัน โดยมี การอ้างอิงถึงคดี Facebook ของ Bundeskartellamt ว่าเป็นตัวอย่างกรณีการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบโดยการบังคับใช้ข้อตกลงการให้บริการที่ละเมิดกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย<sup>156</sup>

ในส่วนของการกำกับดูแลพฤติกรรมของดิจิทัลแพลตฟอร์มเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในความเป็นส่วนตัวนั้น FTC ระบุว่าเป้าหมายหลัก (priority) ในการตรวจสอบของ FTC รวมถึง ประเด็นผลกระทบในด้านการคุ้มครองผู้บริโภคและการแข่งขันทางการค้าของโมเดลธุรกิจที่อาศัยการเก็บรวบรวมข้อมูลผู้บริโภคที่มีขอบเขตกว้างขวางและมีแนวโน้มที่อาจผิดกฎหมายเพื่อนำข้อมูลที่ได้ไปใช้สนับสนุนการเผยแพร่โฆษณาแบบ targeted advertising ประเด็นการปฏิบัติในเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดอันเนื่องมาจากขอบเขตการให้บริการและขนาดของธุรกิจที่ใหญ่

<sup>153</sup> FTC, “FTC Report to Congress on Privacy and Security,” p.3 (Sep. 13, 2021) [online] Available from : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftc-report-congress-privacy-security/report\\_to\\_congress\\_on\\_privacy\\_and\\_data\\_security\\_2021.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftc-report-congress-privacy-security/report_to_congress_on_privacy_and_data_security_2021.pdf) [14 August 2025].

<sup>154</sup> Ibid., p.4.

<sup>155</sup> Ibid., p.6.

<sup>156</sup> FTC, “A Look at What ISPs Know About You: An FTC Staff Report,” p. 3-4, 33-44, footnote 19, Appendix A (Oct. 21, 2021) [online] Available from : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/look-what-isps-know-about-you-examining-privacy-practices-six-major-internet-service-providers/p195402\\_isp\\_6b\\_staff\\_report.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/look-what-isps-know-about-you-examining-privacy-practices-six-major-internet-service-providers/p195402_isp_6b_staff_report.pdf) [14 August 2025].

จนก่อให้เกิดข้อกังวลในด้านสิทธิความเป็นส่วนตัวและการแข่งขันทางการค้า ประเด็นการซื้อกิจการที่ทำให้ดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดสามารถเก็บรวบรวมและควบคุมข้อมูลผู้บริโภคที่เพิ่มขึ้นอย่างมาก หรือสามารถปิดกั้นการพัฒนา นโยบายการคุ้มครองข้อมูลที่เป็นคุณกับผู้บริโภคมากกว่า ตลอดจนประเด็นพฤติกรรมกีดกันหรือการจำกัดคู่แข่งของดิจิทัลแพลตฟอร์มที่มีอำนาจเหนือตลาดเพื่อปกป้องฐานข้อมูลสำคัญของตนซึ่งส่งผลให้ระดับของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัวลดลงและทำให้มีการเผยแพร่โฆษณาที่ล่วงล้ำความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคมากขึ้น<sup>157</sup>

รูปแบบพฤติกรรมของดิจิทัลแพลตฟอร์มรายใหญ่ที่ส่งผลต่อการคุ้มครองข้อมูลและความเป็นส่วนตัวของผู้บริโภคดังกล่าวไม่เพียงปรากฏอยู่ในนโยบายในฐานะที่เป็นเป้าหมายการบังคับใช้กฎหมายของ FTC แต่ยังปรากฏในคำฟ้องของ FTC ในการดำเนินคดีกับ Facebook ด้วย ซึ่งสะท้อนถึงมุมมองของ FTC ในเรื่องความเกี่ยวพันระหว่างการแข่งขันการผูกขาดและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่มีลักษณะบูรณาการมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัดเมื่อเปรียบเทียบกับในช่วงเวลาที่ผ่านมา<sup>158</sup>

ในคำฟ้องของ FTC ในคดี *FTC v. Facebook, Inc.* นั้น ถึงแม้ข้อกล่าวหาหลักของ FTC จะเป็นการที่ Facebook เข้าซื้อกิจการของผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นในลักษณะที่จำกัดการแข่งขัน (anticompetitive acquisition) เพื่อปกป้องอำนาจเหนือตลาดของตน รวมถึงการซื้อกิจการ Instagram และ WhatsApp และการกำหนดเงื่อนไขการใช้แพลตฟอร์มของ Facebook ที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขัน เพื่อปกป้องอำนาจเหนือตลาดของตนโดยลดโอกาสแข่งขันของผู้พัฒนาแอปพลิเคชันบุคคลที่สาม (app developers) อันเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 2 ของ Sherman Act และเป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 5 (a) ของ FTC Act<sup>159</sup> แต่ FTC ยังระบุในคำฟ้องด้วยว่า การแข่งขันทางการค้าจะทำให้ผู้บริโภคมีตัวเลือกในการใช้บริการ personal social network มากขึ้น รวมถึงตัวเลือกในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและสิทธิความเป็นส่วนตัว ตลอดจนทางเลือกว่าจะถูกรวบรวมข้อมูลเพื่อการโฆษณาอย่างน้อยเพียงใด ซึ่งการกระทำที่มีลักษณะจำกัดการแข่งขันของ Facebook ตามคำฟ้องได้ส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยการทำให้ในตลาดไม่มีการแข่งขันที่มากพอที่จะยับยั้งไม่ให้ Facebook ใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ ซึ่งการที่ไม่มีการแข่งขันในตลาดดังกล่าว ทำให้ Facebook สามารถให้บริการโดยลดระดับของคุณภาพการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลลงจากระดับที่จะต้องให้บริการหากในตลาด

<sup>157</sup> FTC, “FTC Report to Congress on Privacy and Security,” p.8 [online] Available from : [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftc-report-congress-privacy-security/report\\_to\\_congress\\_on\\_privacy\\_and\\_data\\_security\\_2021.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftc-report-congress-privacy-security/report_to_congress_on_privacy_and_data_security_2021.pdf) [14 August 2025].

<sup>158</sup> FTC ยื่นฟ้องเมื่อวันที่ 13 มกราคม 2021 ต่อมายื่นคำฟ้องฉบับแก้ไขเพิ่มเติม 2 ครั้ง ครั้งแรกวันที่ 19 สิงหาคม 2021 ครั้งที่สองวันที่ 8 กันยายน 2021 ดู Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, *FTC v. Facebook, Inc. (Facebook II)*, No. 1:20-cv-03590; First Amended Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB; Substitute Amended Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB.

<sup>159</sup> Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590, paras 68-160; ดูเปรียบเทียบกับ First Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 77-216; Substitute Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 77-217.

มีการแข่งขันที่มากพอได้ โดยยกตัวอย่างกรณีที่ Facebook เคยถูกดำเนินคดีจากการละเมิดข้อมูลและสิทธิความเป็นส่วนตัวของผู้ใช้งานในปี 2012 และปี 2019 และระบุว่ากรณีที่ Facebook สามารถกระทำเช่นนั้นโดยไม่ส่งผลกระทบต่อจำนวนผู้ใช้งานแพลตฟอร์มนั่นเองที่บ่งชี้ว่า Facebook มีอำนาจเหนือตลาด<sup>160</sup> นอกจากนี้ ในคำฟ้องฉบับแก้ไขครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 FTC อ้างอิงถึงคดี Facebook ในประเทศเยอรมนี ว่า Bundeskartellamt นำข้อมูล ได้แก่ ปริมาณผู้ใช้งานรายวัน ปริมาณผู้ใช้งานรายเดือน ตลอดจนเวลาที่ผู้ใช้งานใช้บนแพลตฟอร์ม มาเป็นตัวชี้วัดถึงอำนาจเหนือตลาดของ Facebook<sup>161</sup>

ถึงแม้ในเบื้องต้นอาจจะพอเห็นได้ว่า ข้อกล่าวหาของ Bundeskartellamt กับของ FTC ไม่เหมือนกันเสียทีเดียว แต่ก็มีที่มาจากมุมมองที่บูรณาการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและการแข่งขันทางการค้าที่อยู่บนพื้นฐานของสภาพความเป็นจริงในตลาดดิจิทัล ทั้งอาศัยรูปแบบการดำเนินธุรกิจของ Facebook เป็นฐานของข้อกล่าวหาเช่นเดียวกัน<sup>162</sup> ทั้งยังสะท้อนให้เห็นการที่ FTC นำการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรปรวมถึงเยอรมนีมาเทียบเคียงในการดำเนินคดีกับ Facebook ในสหรัฐฯ ด้วย ซึ่งนอกจากปัจจัยเรื่องสภาพความเป็นจริงในตลาดและปัจจัยภายนอกในเรื่องอิทธิพลการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหภาพยุโรปแล้ว ในบทความตอนที่ 2 ผู้เขียนจะนำเสนอ มุมมองด้านนโยบายการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของนักกฎหมายสหรัฐฯ ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล และข้อเสนอในการปรับเปลี่ยนแนวทางการบังคับใช้กฎหมายของนักกฎหมายสหรัฐฯ ซึ่งเป็นปัจจัยที่สาม อันเป็นปัจจัยภายในที่ผลักดันให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวทางการบังคับใช้กฎหมายโดย FTC ก่อนที่จะกล่าวถึงบทบาทของ FTC ในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และทำที่ของ FTC ต่อแนวคิดการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบในลักษณะการเอาเปรียบด้านการคุ้มครองข้อมูลและการคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคลในการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดในตลาดดิจิทัลเป็นลำดับสุดท้าย

---

<sup>160</sup> Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590, para 163; ดูเปรียบเทียบกับ First Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 206, 220-221; Substitute Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 207, 221-222.

<sup>161</sup> First Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, para 202 b.; ดูเปรียบเทียบกับ Substitute Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, para 203 b.

<sup>162</sup> Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590, paras 38-67; ดูเปรียบเทียบกับ First Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 20-76; Substitute Amended Complaint, *Facebook II*, No. 1:20-cv-03590-JEB, paras 20-76.

ความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ต่อผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจาก  
พื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูก\*  
Parent Company's Civil Liability to Victims Affected by a Subsidiary's  
Hazardous Substance Contaminated Site

ภัทรานิษฐ์ พรหมอารักษ์  
Patthanith Promarak

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330  
LL.M. Candidate  
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330  
Corresponding author E-mail: Patthanith.npp@gmail.com  
(Received: November 2, 2023; Revised: July 18, 2025; Accepted: July 18, 2025)

### บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ต่อผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูก โดยเป็นการศึกษาวิจัยเอกสารจากบทบัญญัติกฎหมาย คำพิพากษาศาล หนังสือตำรา และบทความเชิงวิชาการที่เกี่ยวข้อง ทั้งในประเทศและต่างประเทศ

ผลการศึกษาพบว่า ปัจจุบันพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ยังไม่มีบทบัญญัติให้บริษัทแม่เข้ามารับผิดชอบต่อความเสียหายจากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูก หากบริษัทแม่มีส่วนร่วมในแหล่งกำเนิดมลพิษหรือกำกับดูแลบริษัทลูก แต่ขาดการยึดถือแหล่งกำเนิดมลพิษทางกายภาพหรือเจตนาเพื่อตนเองโดยหนึ่งไป อันไม่ครบองค์ประกอบของการเป็นผู้ครอบครองที่ต้องรับผิดตามมาตรา 96 หากบริษัทแม่มีการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูกที่ไม่ใช่การกระทำละเมิด หากแต่เป็นการใช้โครงสร้างความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูกในทางมิชอบ อันได้แก่ การใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือเพื่อหลบเลี่ยงหรือรับหน้าที่หรือความรับผิด และการมีทรัพย์สินปะปนกัน ดังนั้น จึงสมควรกำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความรับผิดของบริษัทแม่ภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้ผู้เสียหายในคดีมลพิษจะได้รับความเป็นธรรมในการเยียวยา

**คำสำคัญ:** ความรับผิดของบริษัทแม่, การกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล, คดีสิ่งแวดล้อมด้านมลพิษ, คดีละเมิดที่มีผู้เสียหายจำนวนมาก, พื้นที่ปนเปื้อนสารอันตราย

\* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “ความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ต่อผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูก” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Abstract

The main purpose of this study is to examine the civil liability of parent company to victims affected by a subsidiary's hazardous substance contaminated site. In this regard, this research adopts a qualitative methodology through an analysis of comprehensive legal materials, including legal provisions, court judgments, legal textbooks, and academic papers.

The study found that the Enhancement and Conservation of National Environmental Quality Act, B.E. 2535 does not currently provide adequate provisions for imposing civil liability on the parent company in cases where environmental damage arises from a subsidiary's contaminated site. In cases where the parent company oversees or is involved in managing operations related to the pollution source but does not physically possess or hold the site for its own benefit, it may not be regarded as a "possessor" under Section 96. As a result, liability may not be imposed under the current legal framework. In addition, where the parent company's conduct does not constitute a tort but involves the misuse of the subsidiary's separate legal personality—such as using the corporate structure to avoid responsibilities or commingling assets— In the absence of a tortious act, the parent company cannot be held accountable under existing law. Therefore, it is necessary to introduce specific provisions on parent company liability under the Act in order to ensure that victims of environmental harm receive fair and adequate redress.

**Keywords:** Parental Liability, Act of Disregard of Corporate Entity, Pollution Environmental Case, Mass Tort, Contaminated Site

### 1. บทนำ

การประกอบธุรกิจมีความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะการดำเนินธุรกิจบางประเภทที่มีผลกระทบโดยตรงต่อสิ่งแวดล้อมและสังคมอย่างเห็นได้ชัด เช่น อุตสาหกรรมปิโตรเคมี อุตสาหกรรมซีเมนต์ อุตสาหกรรมเหมืองแร่ อุตสาหกรรมกำจัดขยะหรือเคมีภัณฑ์ เป็นต้น กระบวนการผลิตของธุรกิจเหล่านี้ล้วนก่อให้เกิดความร้อน กากอุตสาหกรรม และของเสียจำนวนมาก หากไม่มีการกำจัดอย่างถูกต้องแล้ว ย่อมก่อให้เกิดการปนเปื้อนของสารอันตรายในพื้นที่ (Contaminated Site) และอาจเป็นอันตรายต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและคุณภาพชีวิตผู้คนที่อยู่ใกล้เคียงได้ ไม่ว่าจะการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษนั้น จะเกิดขณะประกอบกิจการหรือภายหลังประกอบกิจการก็ตาม

พื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายดังกล่าวมีทั้งการปนเปื้อนของมลพิษในดินและน้ำใต้ดิน (Soil and Groundwater Contamination) ซึ่งนับเป็นปัญหาเรื้อรังที่มองไม่เห็นและควบคุมได้ยาก เมื่อสารอันตรายตกลงไปในดินแล้ว จะเกิดการระเหยออก หรืออ้อมตัวอยู่ในดินหรือเกาะกับอนุภาคของดิน หรือซึมลงจนถึง

ชั้นน้ำใต้ดินแล้วละลายไปสู่บ่อน้ำใต้ดินที่ใกล้ที่สุด ซึ่งอาจเป็นบ่อน้ำใต้ดินที่ใช้น้ำเพื่อการอุปโภคบริโภค ในกรณีเช่นนี้ สารอันตรายอาทิสารในกลุ่มสารอินทรีย์ระเหยมีโอกาสก่อกันอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์ได้ ดังเห็นได้จากหลายพื้นที่ของประเทศไทย เช่น การปนเปื้อนสารอันตรายในน้ำใต้ดินจากการลักลอบทิ้งขยะที่อำเภอปากช่อง จังหวัดนครราชสีมา การปนเปื้อนสารอินทรีย์ระเหยในดินและน้ำใต้ดินในและรอบนิคมอุตสาหกรรมจังหวัดลำพูน การปนเปื้อนโลหะหนักและสารอินทรีย์ระเหยในดินและน้ำใต้ดินในพื้นที่โดยรอบนิคมอุตสาหกรรมมาบตาพุด จังหวัดระยอง ซึ่งภายหลังถูกประกาศให้เป็นเขตควบคุมมลพิษ เป็นต้น<sup>1</sup> ผลกระทบจากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตราย นอกจากจะทำให้คุณภาพของสิ่งแวดล้อมเสื่อมเสียหรือโทรมลงแล้ว ยังเป็นเหตุให้เกิดอันตรายสร้างความเสียหายให้กับประชาชนจำนวนมาก (Mass Tort) ทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐ ตลอดจนปัญหาฟื้นฟูสิ่งแวดล้อมให้กลับมาใช้ประโยชน์ได้ดังเดิมนั้นต้องใช้ระยะเวลาและใช้งบประมาณในการจัดการอีกมหาศาล ทำให้สูญเสียการใช้ประโยชน์ในพื้นที่อีกด้วย<sup>2</sup>

อนึ่ง หลายบริษัทดำเนินกิจกรรมที่มีความเสี่ยงเหล่านี้โดยบริษัทลูก การก่อตั้งบริษัทลูกออกเป็นอีกบริษัทหนึ่งมีผลให้ทั้งสองบริษัทเป็นคนละนิติบุคคลกันตามหลักการแบ่งแยกความเป็นนิติบุคคล (Principle of Separate Legal Personality) และมีความรับผิดชอบต่างหากจากกันตามหลักการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น (Principle of Limited Liability of Shareholders) กล่าวคือ หากบริษัทแม่มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทลูก บริษัทแม่ก็รับผิดชอบอย่างจำกัดเพียงเท่าที่รับว่าจะลงทุนไว้เท่านั้น จึงความเป็นไปได้ว่า จะมีการโอนกิจกรรมที่มีความเสี่ยงเหล่านี้ไปสู่บริษัทลูกที่มีทุนต่ำกว่า เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดทางกฎหมาย (Legal Liability Risk) ตลอดจนป้องกันการล้มละลายของบริษัทแม่ เช่นนี้ การดำเนินกิจกรรมที่มีความเสี่ยงโดยบริษัทลูกจึงเป็นวิธีการที่ง่ายและถูกต้องตามกฎหมาย เสมือนเกราะป้องกันความรับผิดในความเสียหายจำนวนมากแทนที่ความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นกับบริษัทแม่ (Separating Risks)<sup>3</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในธุรกิจสัมปทานทรัพยากรธรรมชาติในประเทศไทย บริษัทแม่มักจะตั้งบริษัทลูก หรือบริษัทร่วมทุนขึ้นมาทำโครงการเพียงชั่วคราว เมื่อเสร็จสิ้นโครงการก็เลิกบริษัทไป<sup>4</sup>

โดยปกติแล้ว ผู้เสียหายที่ได้รับอันตรายจากพื้นที่ปนเปื้อนของบริษัทลูก อาจฟ้องให้บริษัทลูกรับผิดชอบได้ตามมาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติฯ ในฐานะที่บริษัทลูกเป็นเจ้าของแหล่งกำเนิดมลพิษ โดยไม่ต้องพิสูจน์ในเรื่องความจงใจหรือความประมาทเลินเล่อของบริษัทลูกแต่อย่างใด เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะของความรับผิดโดยเคร่งครัด แต่ไม่ใช่ทุกกรณีที่ผู้เสียหายจะได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากบริษัทลูก เนื่องจากคดีสิ่งแวดล้อมด้านมลพิษมีลักษณะ

<sup>1</sup> แพรดาซ์ มาเหลี่ยม, “ทำไม! ต้องให้ความสำคัญกับปัญหาการปนเปื้อนของสารอันตรายในดินและน้ำใต้ดิน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://datacenter.dcce.go.th/knowledge/ค-นและการใช้-ท-ค-น/ทำไม-ค-อง-ใ-ความ-สาค-ถูก-บ-ป-ญ-ห-การ-ปน-เป-อน-ของ-สาร-อน-ตราย-ใน-ด-น-และ-น-้ำ-ใ-ด-น/> [1 มกราคม 2566]

<sup>2</sup> สำนักจัดการกากของเสียและสารอันตราย กรมควบคุมมลพิษ, คู่มือแนวทางการจัดการพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตราย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (นนทบุรี: สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563), หน้า 3-5.

<sup>3</sup> Mark J. Roe, “Corporate Strategic Reaction to Mass Tort”, in *Virginia Law Review* 72, 1 (1986), p.39-51.

<sup>4</sup> สิริฉันทน์ พรหมมณี. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการหาผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำบัดฟื้นฟูพื้นที่เหมืองร้างที่ปนเปื้อนสารอันตรายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะวิทยาศาสตร์ สาขาวิชาการจัดการสิ่งแวดล้อม มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2558 ; หน้า 210.

ร่วมกัน คือ (1) เป็นคดีละเมิดระหว่างเอกชนด้วยกันเอง โดยกลุ่มทุนเป็นผู้ดำเนินกิจกรรมทางการผลิตซึ่งก่อให้เกิดมลพิษ (2) ผู้เสียหายเป็นเจ้าของหนี้โดยไม่ได้สมัครใจ (Involuntary Creditor)<sup>5</sup> (3) ความเสียหายมูลค่าสูงและมักมีผู้ได้รับผลกระทบจำนวนมาก และ (4) ความเสียหายอาจเกิดผลล่าช้า<sup>6</sup> เช่นนี้ หากผู้เสียหายเรียกร้องกับบริษัทลูกไม่เป็นผล เป็นไปได้ว่าจะมีการขอให้บริษัทแม่ออกมารับผิดชอบ เพราะจากสายตาของบุคคลภายนอกมองกลุ่มบริษัทเหมือนเป็นองค์กรเดียวกัน

ดังนั้น งานวิจัยนี้จึงต้องการศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ กรณีที่บริษัทลูกถูกจัดตั้งเพื่อดำเนินกิจกรรมที่มีความเสี่ยงจนเกิดความเสียหาย และผู้เสียหายได้รับอันตรายจากพื้นที่ปนเปื้อนของบริษัทลูก เพื่อให้มีเครื่องมือทางกฎหมายในการเรียกร้องกับบริษัทแม่ที่เหมาะสมกับบริบทของบริษัทแม่-บริษัทลูก อันจะทำให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมในการเยียวยา

## 2. ทฤษฎี หลักการ หรือแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดของบริษัทแม่

### 2.1 ทฤษฎี หลักการ หรือแนวคิดในกฎหมายบริษัท

#### 2.1.1 หลักการแบ่งแยกความเป็นนิติบุคคล (Principle of Separate Legal Personality)

หลักการแบ่งแยกความเป็นนิติบุคคลเป็นรากฐานสำคัญให้กับกฎหมายบริษัท หลักการนี้มองว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลที่มีความเป็นบุคคลแยกต่างหากจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหนี้ พนักงาน<sup>7</sup> หรือแม้แต่บริษัทแต่ละบริษัทในกลุ่มเดียวกัน ก็ถูกมองว่าเป็นคนละนิติบุคคลและแยกต่างหากจากกัน (Separate Legal Entity) แนวคิดทางกฎหมายที่ไม่ได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงระหว่างบริษัทกับบริษัทในเครือเช่นนี้เรียกว่า “Entity Law” ซึ่งแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคล สิทธิหน้าที่และความรับผิดเป็นของตนเอง เช่น ความสามารถในการถือครองหรือโอนทรัพย์สิน ความสามารถในการเข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก ความสามารถในการฟ้องคดีหรือถูกฟ้องคดี เป็นต้น รวมทั้งความสามารถที่จะดำรงอยู่ได้ตลอดไป (Perpetual Succession) กล่าวคือ การมีอยู่ของบริษัทไม่ได้ยึดติดกับบุคคลอื่นอย่างผู้ถือหุ้นที่อาจเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา<sup>8</sup> ถึงกระนั้น การกระทำต่าง ๆ ของบริษัทจำเป็นต้องแสดงออกผ่านผู้แทนนิติบุคคล นั่นคือ กรรมการบริษัท<sup>9</sup> เพราะบริษัทเป็นบุคคลสมมติที่กฎหมายก่อตั้งขึ้นที่ไม่สามารถแสดงออกได้อย่างบุคคลธรรมดา

<sup>5</sup> Peter Muchlinski, “Limited Liability and Multinational Enterprises: A Case for Reform?”, in *Cambridge Journal of Economics* 34, 5 (2010), p.918.

<sup>6</sup> แบ็งจ๋าม อรุณโชติ, *ความยุติธรรม-คำพิพากษา-ปัญหาสิ่งแวดล้อม*, (กรุงเทพฯ: เชนไทย, 2556), หน้า 131-134.

<sup>7</sup> Paul Davies, *Introduction to Company Law*, (New York: Oxford University Press, 2002), p.9-10.

<sup>8</sup> Phillip Blumberg, “The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations”, in *Delaware Journal of Corporate Law* 15 (1990), p.285-286.

<sup>9</sup> นิบลล เลิศนุวัฒน์, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564), หน้า 64-68.

### 2.1.2 หลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น (Principle of Limited Liability of Shareholders)

หลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นเป็นหลักการสำคัญที่ฝังแน่นในกฎหมายบริษัท หลักการนี้ช่วยสนับสนุนหลักการแบ่งแยกความเป็นนิติบุคคลของบริษัทที่มีมาก่อนให้แข็งแกร่งมากขึ้น ในระยะเริ่มแรก หลักการนี้ถูกใช้เพื่อปกป้องนักลงทุนอิสระ (Independent/Individual Investors) จากความรับผิดของบริษัทในฐานะที่ตนเป็นผู้ถือหุ้น ทำให้ผู้ลงทุนสามารถรับรู้ความเสี่ยงรวมถึงกระจายการลงทุนและมั่นใจได้ว่าตนไม่ต้องรับภาระหากเกิดหนี้สินของบริษัทในส่วนที่เกินกว่าเงินลงทุน ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ประจวบกับตลาดหุ้นกำลังได้รับความนิยม หลักการนี้จึงมีส่วนทำให้จำนวนบริษัทเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว และเป็นประโยชน์ต่อการระดมทุนเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ เพราะหากมีการฟ้องร้องในกิจการเหล่านี้แล้วไม่มีหลักการจำกัดความรับผิด ผู้ถือหุ้นมีภาระในการตรวจสอบพฤติกรรมของบริษัทเป็นอย่างมาก (Excessive Monitoring of Corporate Behavior) และจะต้องแบกรับความเสี่ยงทางการเงินที่ตนอาจต้องนำเงินส่วนตัวมาชำระหนี้ให้แก่บริษัท ต่อมาภายหลังตั้งแต่ปี ค.ศ. 1889 มีการแก้ไขกฎหมายบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาไปสู่การจัดตั้งกลุ่มบริษัทและบริษัทโฮลดิ้ง New Jersey เป็นรัฐแรกที่อนุญาตให้มีการถือหุ้นระหว่างบริษัทได้ ส่วนแนวทางคำพิพากษาประเทศอังกฤษระบุว่า เมื่อไม่ได้มีการห้ามตามคำพิพากษาก่อนหน้า (Common Law) และกฎหมายบริษัท (The Company Acts) บริษัทจะเขียนในข้อบังคับว่าอนุญาตให้มีการถือหุ้นระหว่างบริษัทก็ได้ ดังนี้ หลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นก็นำไปปรับใช้กับบริษัทในกลุ่มบริษัทด้วย<sup>10</sup>

### 2.1.3 หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล (Corporate Veil Piercing Doctrine)

หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลมีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความเคร่งครัดเกินไปของหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทและหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น กล่าวคือ โดยหลักแล้ว ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเปรียบเสมือนม่านที่แยกบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลออกจากผู้ถือหุ้น ทำให้ผู้ถือหุ้นที่อยู่หลังม่านไม่ต้องรับผิดด้วย แต่ถ้ามีการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท หรือหากการจำกัดความรับผิดนั้นจะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรม ศาลจะยอมให้มีการเจาะม่านหรือเลิกม่านนิติบุคคลนั้นขึ้น และทำให้ผู้ถือหุ้นต้องร่วมรับผิดในหนี้ของบริษัทด้วย โดยผู้ถือหุ้นไม่สามารถยกเอาความเป็นนิติบุคคลของบริษัทมาปฏิเสธความรับผิดดังกล่าวได้<sup>11</sup> ไม่ว่าผู้ถือหุ้นนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม ดังนี้ หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในกฎหมายบริษัทที่ช่วยป้องกันไม่ให้ผู้ถือหุ้นใช้ประโยชน์จากความเป็นนิติบุคคลของบริษัทในทางที่จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อเจ้าหนี้ โดยพิจารณาถึงการดำเนินกิจการตามความเป็นจริงมากกว่ารูปแบบองค์กรธุรกิจตามที่ปรากฏในกฎหมาย แต่ก็ได้เข้ามาแทนที่หรือทำให้หลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทอันเป็นหลักการพื้นฐานเสียไป เป็นเพียงข้อยกเว้นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมเสมือนกับวาล์วนิรภัย (Safety Valve) ในสถานการณ์ที่จำกัดเท่านั้น<sup>12</sup> โดยแต่ละประเทศมีขอบเขตสถานการณ์ที่เจาะม่านคลุมนิติบุคคลแตกต่างกันซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

<sup>10</sup> Peter Muchlinski, "Limited Liability and Multinational Enterprises: A Case for Reform?", in *Cambridge Journal of Economics*, p.916-918.

<sup>11</sup> นิลุบล เลิศนุวัฒน์, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด*, หน้า 68-70.

<sup>12</sup> Phillip Blumberg, "The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations", in *Delaware Journal of Corporate Law*, p.290.

## 2.2 ทฤษฎี หลักการ หรือแนวคิดในกฎหมายละเมิด

### 2.2.1 ทฤษฎีความผิด (Fault Theory)

ทฤษฎีความผิดถูกพัฒนามาจากทฤษฎีรับภัย (Theory of Risk) เดิมช่วงก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 19 กฎหมายมีแนวคิดมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหาย ทฤษฎีรับภัยถือว่าการกระทำของมนุษย์เป็นการเสี่ยงภัยในตัวเองซึ่งจะเกิดผลดีหรือร้ายก็ได้ ผู้กระทำจึงต้องรับผลแห่งความเสียหายที่เกิดจากการเสี่ยงภัยของตน โดยถือว่าเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นและทราบตัวผู้กระทำ ก็เพียงพอที่จะให้ผู้กระทำผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแล้ว โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำมีเจตนาหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ เพราะเป็นเรื่องยากและมีความไม่แน่นอนจนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีความผิดได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนขึ้น เพราะช่วยลดความกังวลเกี่ยวกับความรับผิดในความเสียหายของภาคอุตสาหกรรมลง สอดรับกับการพัฒนาระบบการค้าเสรีและการปฏิวัติอุตสาหกรรมในยุโรป สาระสำคัญของทฤษฎีความผิดมีอยู่ว่า บุคคลจะต้องรับผิดในความเสียหายต่อเมื่อต่อเมื่อมีความผิดเท่านั้น ความรับผิดตามทฤษฎีนี้จึงตั้งอยู่บนฐานความผิด (Liability Based on Fault) เมื่อมีการกระทำโดยจงใจหรือประมาทขาดความระมัดระวังเท่านั้น หรือกล่าวได้ว่า ไม่มีความรับผิดโดยปราศจากความผิด (No Liability without Fault) อันเป็นการสนับสนุนหลักการคุ้มครองเสรีภาพของผู้กระทำ<sup>13</sup> เพราะการพิจารณาเฉพาะผลของการกระทำในอดีตโดยปราศจากองค์ประกอบภายใน อาจไม่ยุติธรรมและเป็นอุปสรรคต่อการลงมือสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ๆ ในอนาคต

### 2.2.2 ทฤษฎีความรับผิดที่ไม่ต้องการความผิด (No Fault Liability Theory)

ทฤษฎีความรับผิดที่ไม่ต้องการความผิดพัฒนาขึ้นในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมในปลายศตวรรษที่ 19 อันหมายถึง การที่ผู้กระทำมีความรับผิดโดยไม่ต้องพิจารณาความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ อันเป็นความผิดของผู้กระทำ เพื่อให้ผู้กระทำต้องรับผิดเพราะความเสี่ยงจากการกระทำหรือการดำเนินกิจกรรมของตนตามหลักความเสี่ยง (The Risk Principle) ซึ่งบางตำราอาจกล่าวถึง “ความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability)” หรือ “ความรับผิดโดยสมบูรณ์ (Absolute Liability)” หรือ “ความรับผิดบนข้อสันนิษฐานของกฎหมาย”<sup>14</sup> สำหรับความรับผิดที่ไม่ต้องการความผิดนี้ ผู้เสียหายพิสูจน์เพียงความสัมพันธ์ระหว่างต้นเหตุนั้น ๆ กับความเสียหายถือว่าก็เพียงพอแล้ว ส่วนสาเหตุที่ทฤษฎีความรับผิดที่ไม่ต้องการความผิดมีความจำเป็น เนื่องมาจากความเสียหายเปรียบของผู้เสียหายในการต่อสู้คดีที่โดยปกติต้องนำสืบถึงเจตนาภายในของผู้กระทำ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับข้อมูลภายในของผู้ประกอบการ รวมถึงความผิดพลาดในกระบวนการผลิตสินค้าซึ่งมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นในปัจจุบัน<sup>15</sup> และบางครั้งเกินกว่าวิสัยที่ผู้เสียหายจะพิสูจน์ได้

<sup>13</sup> สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2555), หน้า 7-10.

<sup>14</sup> ศันนักรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561), หน้า 63-64.

<sup>15</sup> สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด, หน้า 7-10.

### 2.2.3 หลักการละเมิดร่วม (Doctrine of Joint Tortfeasance)

หลักการละเมิดร่วมว่าด้วยบุคคลหลายคนต้องร่วมรับผิดชอบ (Jointly Liable) ในละเมิดอย่างเดียวกัน (The Same Tort) โดยบุคคลเหล่านี้ถูกเชื่อมโยงกันเพื่อรับผิดชอบในความเสียหายที่ผู้เสียหายกล่าวอ้าง ด้วยเหตุที่การกำหนดให้บุคคลหลายคนร่วมรับผิดชอบจะทำให้ผู้เสียหายมีโอกาสได้รับชำระหนี้เพิ่มขึ้น โดยเฉพาะจากบุคคลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่า (Deeper Pocket) และไม่ใช้กรณีต่างคนต่างทำละเมิดพร้อมกัน (Several Concurrent Tortfeasors) ทั้งนี้ การร่วมรับผิดชอบในการกระทำผิดอย่างเดียวกัน (The Same Wrongful Action) สามารถเกิดขึ้นได้ 2 ทาง ได้แก่ เกิดจากความสัมพันธ์ (Relationship Link Test) ระหว่างผู้ทำละเมิดลำดับแรก (Primary Tortfeasor) กับผู้กระทำละเมิดลำดับที่สอง (Secondary or Additional Tortfeasor) และเกิดจากการมีส่วนร่วม (Participation Link Test) ระหว่างผู้กระทำละเมิดด้วยตนเอง กล่าวคือ ต้องเป็นการมีส่วนร่วมอย่างมีนัยสำคัญ (Significant Participation) ศาลจึงจะสามารถขยายความรับผิดชอบเพื่อละเมิดไปยังบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ ในกรณีนี้ แนวคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แบ่งออกเป็น 3 วิธี ได้แก่ โดยการก่อ (Procurement) โดยการอนุญาต (Authorization) และโดยการรวมตัวกัน (Combination)<sup>16</sup>

## 3. ความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ในกฎหมายไทย

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ในความเสียหายจากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูกมีหลายฉบับ อันได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า “พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ”) เป็นกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่มีบทบัญญัติความรับผิดทางแพ่งเป็นการเฉพาะในมาตรา 96 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและละเมิด เนื่องจากบริษัทแม่มีแนวโน้มว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทลูก และบ่อเกิดแห่งหนี้ในคดีดังกล่าวมาจากนิติเหตุ นั่นคือ ฐานละเมิด ความรับผิดของบริษัทแม่จึงอยู่ภายใต้หลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นตามกฎหมายบริษัท และหากพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติฯ ไม่มีบทบัญญัติความรับผิดทางแพ่งเฉพาะที่ปรับใช้ได้ก็จำเป็นต้องกลับมาพิจารณากฎหมายละเมิด โดยรายละเอียดมีดังนี้

### 3.1 ความรับผิดของบริษัทแม่ตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม

ความรับผิดทางแพ่งในความเสียหายจากมลพิษ ปรากฏในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติฯ มาตรา 96 โดยมีใจความว่า “ในกรณีที่มีการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพอนามัย หรือเป็นเหตุให้ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือของรัฐเสียหาย เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษนั้นมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำบัดหรือค่าเสียหาย ไม่ว่าจะการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่ในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่ามลพิษเช่นนั้นเกิดจาก...”

<sup>16</sup> H. Catty, “Joint Tortfeasance and Assistance Liability”, in *Legal Studies* 19, 4 (1999), p.490-491.

บทบัญญัติดังกล่าว กล่าวถึงความรับผิดชอบทางแพ่งต่อบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษ ซึ่งพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายเป็นหนึ่งในแหล่งกำเนิดมลพิษตามความหมายในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ<sup>17</sup> ผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบจากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูก จึงเป็นผู้เสียหายที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย สุขภาพอนามัย หรือทรัพย์สินเสียหายก็ตาม โดยบทบัญญัตินี้มีลักษณะเป็นความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) หรือที่เรียกว่า ความรับผิดที่ไม่ต้องการความผิด (Liability without Fault) ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษต้องต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทน ไม่ว่าจะการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษนั้น จะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษหรือไม่ก็ตาม แต่เป็นข้อสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาดที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษสามารถพิสูจน์หักล้างได้ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ไม่ได้นิยามความหมายของคำว่า “เจ้าของ” และ “ผู้ครอบครอง” แหล่งกำเนิดมลพิษไว้ว่าหมายรวมถึงบริษัทแม่ได้หรือไม่

### 3.2 ความรับผิดของบริษัทแม่ตามกฎหมายบริษัท

สำหรับการพิจารณาความรับผิดของบริษัทแม่ในฐานะผู้ถือหุ้นของบริษัทลูก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 มีหลักเรื่องความรับผิดของผู้ถือหุ้นว่า “ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ” ตรงตามหลักการจำกัดความรับผิด ซึ่งใช้กับทั้งผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล โดยปกติผู้เสียหายจึงเรียกให้บริษัทแม่ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทลูกรับผิดได้เพียงไม่เกินจำนวนที่บริษัทแม่ยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หากมีการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล ก็มีโอกาสที่ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว อันเป็นข้อยกเว้นจากสถานการณ์ปกติในกฎหมายบริษัท แม้ในทางกฎหมายหลักการแบ่งแยกความเป็นนิติบุคคลของบริษัทและหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นได้รับการเคารพอย่างมาก แต่ถ้าปรากฏการกระทำที่ขาดการแบ่งแยกความเป็นองค์กรธุรกิจระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูกในทางความเป็นจริง แล้วเป็นผลให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยา ความเป็นได้ว่า ศาลไทยอาจหยิบยกหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มาให้เกิดผลประกอบการตัดสินเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาคดีก่อน ๆ อย่างไรก็ตาม ไม่เป็นที่แน่ชัดว่าศาลไทยจะเจาะมนิติบุคคลให้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลในกฎหมายบริษัทของประเทศไทยโดยตรง ศาลไทยจึงจำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายอื่น ๆ ที่มีอยู่เป็นลายลักษณ์อักษร อาทิ หลักสุจริต หลักตัวการตัวแทน หรือหลักกฎหมายละเมิดในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>18</sup> เพื่อให้บุคคลที่ใช้อำนาจควบคุมบริษัทต้องร่วมรับผิดในหนี้ของบริษัท ทว่า ผู้เสียหายมีภาระในการพิสูจน์ถึงเจตนาภายในของผู้ใช้อำนาจควบคุมด้วย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 6 มีบทสันนิษฐานการกระทำโดยสุจริต<sup>19</sup>

<sup>17</sup> สำนักจัดการกากของเสียและสารอันตราย กรมควบคุมมลพิษ, คู่มือแนวทางการจัดการพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตราย, หน้า 21-22.

<sup>18</sup> มาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักไว้ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

<sup>19</sup> มาตรา 6 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักไว้ว่า “ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต”

### 3.3 ความรับผิดของบริษัทแม่ตามกฎหมายละเมิด

ความเสียหายจากมลพิษโดยแท่งก็เป็นคดีละเมิด ซึ่งกฎหมายละเมิดไม่ได้จำกัดว่าผู้กระทำละเมิดจะเป็นผู้ถือหุ้นหรือไม่ใช่ผู้ถือหุ้น เพียงแค่เป็นบุคคลตามตามกฎหมายกระทำละเมิดแล้วทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายก็เพียงพอที่ผู้เสียหายจะฟ้องเป็นคดีละเมิดได้แล้ว ซึ่งเดิมที่พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางแพ่ง การฟ้องร้องก็เป็นไปตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>20</sup>

สำหรับความรับผิดเพื่อละเมิดของบริษัทแม่เช่นเดียวกัน มีความเป็นไปได้ในการนำกฎหมายละเมิดที่มีอยู่ในกฎหมายไทยมาใช้กำหนดความรับผิดของบริษัทแม่ โดยสามารถแจกแจงประเภทความรับผิดทางละเมิดที่เกี่ยวข้องในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ดังนี้

1) ความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง ซึ่งใช้ในกรณีที่บริษัทแม่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อผู้เสียหายโดยตรง ปรากฏในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งวางหลักไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” อันบทบัญญัติพื้นฐานที่ผู้เสียหายสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเอาจากผู้กระทำละเมิดได้ตามหลักที่ว่า “ผู้ใดกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับผิด” ทั้งนี้ การฟ้องตามมาตรา 420 ผู้เสียหายมีหน้าที่พิสูจน์ตามองค์ประกอบ อันได้แก่ (1) มีการกระทำของบุคคลหนึ่งต่อบุคคลอื่น (2) กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (3) กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (4) ก่อความเสียหาย และ (5) มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล<sup>21</sup>

2) ความรับผิดเพื่อละเมิดร่วมกัน กรณีที่บุคคลหลายคนร่วมกันทำละเมิดปรากฏในมาตรา 432 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักไว้ว่า “ถ้าบุคคลหลายคนก่อให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยร่วมกันทำละเมิดท่านว่าบุคคลเหล่านั้นจะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงกรณีที่ไม่สามารถสืบรู้ตัวได้แม้ว่าในจำพวกที่ทำละเมิดร่วมกันนั้นคนไหนเป็นผู้ก่อให้เกิดเสียหายนั้นด้วย...” โดยมีองค์ประกอบดังนี้ (1) มีการกระทำร่วมกัน (2) การกระทำละเมิดดังกล่าวต้องมีการร่วมใจกัน (3) เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (4) ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น และ (5) มีความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งหลายกับผลแห่งความเสียหายเกิดขึ้น<sup>22</sup>

3) ความรับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่น กรณีตัวการต้องร่วมรับผิดในการทำละเมิดของตัวแทน ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 427 ประกอบมาตรา 425 อันเป็นข้อยกเว้นของหลัก “ผู้ใดกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับผิด” และเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นอัตโนมัติ โดยที่ตัวการไม่สามารถพิสูจน์หักล้างได้ ดังนี้ การที่จะให้บุคคลที่ไม่ได้กระทำความผิดมาร่วมรับผิดด้วย จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ อย่างชัดเจน ส่วนหลักเกณฑ์ความรับผิดในกรณีนี้ ได้แก่ (1) มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาตั้งตัวแทนตามมาตรา 797 (2) ตัวแทนทำละเมิดครบองค์ประกอบของมาตรา 420 และ (3) ละเมิดเกิดขึ้นขณะทำงานที่ตัวแทน

<sup>20</sup> สุณีย์ มัลลิกะมาลย์, การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2542), หน้า 293-297.

<sup>21</sup> ศันสน์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้, หน้า 64-119.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 134-140.

ทำงานได้รับมอบหมายและอยู่ภายในขอบอำนาจ<sup>23</sup> ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่-บริษัทลูกอาจเกิดความสัมพันธ์ตัวแทนได้ (อ้างอิงจากคำพิพากษาฎีกาที่ 1435/2563 บริษัทลูกเป็นตัวแทนโดยปริยายของบริษัทแม่)

อนึ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ตอนต้น กำหนดให้เป็นหน้าที่ของโจทก์ คือ ผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์ให้เห็นว่าจำเลยเป็นฝ่ายต้องรับผิด เพราะเป็นฝ่ายกล่าวอ้างข้อเท็จจริงตามหลักที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ” ผู้เสียหายจึงต้องนำสืบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ แห่งคดี เช่น จำเลยได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ การกระทำของจำเลยเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์หรือไม่ ความเสียหายที่โจทก์ได้รับมีมากเพียงใด โจทก์ควรได้รับค่าเสียหายเพียงใด เป็นต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ประการแรก พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติฯ มาตรา 96 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเฉพาะ ไม่มีนิยามความหมายของคำว่าเจ้าของและผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษไว้ จึงมีปัญหาว่าสามารถตีความขยายความรับผิดไปยังบริษัทแม่ได้หรือไม่และเพียงใด ประการที่สอง โดยหลักการของกฎหมายบริษัท บริษัทแม่ในฐานะผู้ถือหุ้นของบริษัทลูกต้องรับผิดอย่างจำกัด อย่างไรก็ดี หากมีการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเกิดขึ้น เป็นไปได้ว่าศาลไทยอาจใช้หลักกฎหมายอื่น ๆ ที่มีอยู่ เพื่อให้ได้ผลลัพธ์เสมือนกับการเปิดมานิติบุคคล ประการที่สาม กฎหมายละเมิดในประมวลแพ่งและพาณิชย์ยังคงเป็นเครื่องมือที่ใช้กำหนดความรับผิดได้ โดยไม่ต้องพึ่งหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล เนื่องจากการที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายของบริษัทลูกโดยพื้นฐานเป็นคดีละเมิด แต่ก็ตามมาด้วยภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหายเช่นกัน

## 4. ความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ในกฎหมายต่างประเทศ

### 4.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

กรณีพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายจากการดำเนินกิจกรรมของบริษัทลูก ศาลหลายแห่งวางหลักให้บริษัทแม่ต้องรับผิดภายใต้ The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980 (CERCLA) ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อให้มั่นใจว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกส่วนมีหน้าที่ต้องรับผิดในต่อความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นรวมถึงค่าใช้จ่ายในการทำมาความสะอาดด้วย โดยมีคำพิพากษาแบ่งเป็น 2 แนว ได้แก่ แนวแรกกำหนดให้บริษัทแม่รับผิดในฐานะที่เป็นเจ้าของหรือ “Owner” โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ของบริษัทแม่กับบริษัทลูก และแนวทางที่สองให้บริษัทแม่รับผิดในฐานะผู้ดำเนินการหรือ “Operator” ซึ่งพิจารณาเพียงแค่ว่าบริษัทแม่เข้าไปมีส่วนร่วมในแหล่งกำเนิดมลพิษนั้นหรือไม่

1) กรณีที่บริษัทแม่ต้องรับผิดในฐานะเจ้าของ (Owner) แหล่งกำเนิดมลพิษตาม 42 U.S.C. § 9607 (a)(1) ร่วมกับบริษัทลูกโดยอาศัยหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล โดยทั่วไปแล้ว เนื่องจากไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรของสภาคองเกรสบัญญัตินิยามของคำว่า “Owner” หรือ “Operator”

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 203-212.

ไว้เป็นพิเศษ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่อาจตีความขยายความรับผิดชอบไปยังบริษัทแม่ได้ และจำเป็นต้องใช้หลักการพื้นฐานในกฎหมายบริษัทอย่างหลักการจำกัดความรับผิดชอบในการพิจารณา<sup>24</sup> เช่นนี้ บริษัทแม่ในฐานะผู้ถือหุ้นจึงไม่มีความรับผิดชอบในการกระทำของบริษัทลูก เพียงเพราะว่าบริษัทลูกเป็นเจ้าของหรือดำเนินการในแหล่งกำเนิดมลพิษ<sup>25</sup> แต่หากมีพฤติการณ์บางอย่างที่เรียกร้องให้นำเอาหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลมาใช้ ความรับผิดชอบของบริษัทแม่ย่อมเกิดขึ้นได้เช่นกัน<sup>26</sup> ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ระดับมลรัฐในการเจาะม่านนิติบุคคลอาศัยหลักสำคัญร่วมกัน 3 ประการ<sup>27</sup> คือ (1) เมื่อไม่มีการแบ่งแยกความเป็นนิติบุคคลออกจากผู้ถือหุ้น<sup>28</sup> (2) เมื่อการคงไว้ซึ่งหลักการจำกัดความรับผิดชอบจะก่อให้เกิดความอยุติธรรม<sup>29</sup>

<sup>24</sup> *Joslyn Mfg. Co. v. T.L. James & Co.*, 893 F.2d 80, 83 (5th Cir. 1990) (“Without an express Congressional directive to the contrary, common-law principles of corporation law, such as limited liability, govern our court’s analysis...If Congress wanted to extend liability to parent corporations it could have done so, and it remains free to do so.”)

<sup>25</sup> *U.S. v. Bestfoods*, 118 S.Ct. 1876, 1880, 524 U.S. 51, 52 (U.S.Mich., 1998) (“It is a general principle of corporate law that a parent corporation (so-called because of control through ownership of another corporation’s stock) is not liable for the acts of its subsidiaries. CERCLA does not purport to reject this bedrock principle, and the Government has indeed made no claim that a corporate parent is liable as an owner or an operator under § 107(a)(2) simply because its subsidiary owns or operates a polluting facility.”) See also *Acushnet River v. New Bedford Harbor*.

<sup>26</sup> C. Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, 1<sup>st</sup> edn. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), p.254-267.

<sup>27</sup> Strasser, K. A., “Symposium: Piercing the Veil in Corporate Groups”, in *Connecticut Law Review* 37, 3 (2005), p.639-641.

<sup>28</sup> ความมีตัวตนแยกต่างหากกัน (Separateness) ระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้น โดยศาลจะพิจารณาว่า มีการใช้บริษัทเพื่อวัตถุประสงค์ที่ควรจะเป็นหรือไม่ สำหรับกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นบริษัทแม่นี้ ศาลจะพิจารณาว่าบริษัทลูกมีตัวตนเป็นของตนเองแยกต่างหากจากบริษัทแม่หรือไม่ หรือบริษัทลูกเป็นเพียงเครื่องมือที่บริษัทแม่ใช้อำนาจควบคุมจนขาดความเป็นอิสระในตนเอง (No Independent Existence) โดยพิเคราะห์จากปัจจัยต่าง ๆ ซึ่งอาจอ้างอิงจาก A Laundry-list ของ Professor Frederick J. Powell ดังต่อไปนี้

- (1) กรณีบริษัทแม่เป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ในบริษัทลูก อย่างไรก็ตาม ต้องพิจารณาปัจจัยอื่น ๆ ประกอบ เพื่อแสดงให้เห็นการครอบงำที่สมบูรณ์ (Complete Domination) เหนือบริษัทลูกและการตัดสินใจของบริษัทลูกด้วย
- (2) กรณีมีการใช้กรรมการและเจ้าหน้าที่ร่วมกัน
- (3) กรณีบริษัทแม่ให้การช่วยเหลือด้านการเงินแก่บริษัทลูก
- (4) กรณีบริษัทแม่จองซื้อหุ้นทั้งหมดของบริษัทลูกหรือด้วยเหตุอื่นในการจัดตั้งบริษัทลูก
- (5) กรณีทุนจดทะเบียนของบริษัทลูกไม่เพียงพออย่างร้ายแรง
- (6) กรณีบริษัทแม่เป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย ค่าจ้างพนักงาน หรือค่าเสียหายให้แก่บริษัทลูก
- (7) กรณีบริษัทลูกไม่มีการดำเนินธุรกิจกับบุคคลภายนอกนอกเหนือจากบริษัทแม่ หรือบริษัทลูกไม่มีทรัพย์สินเป็นของตนเอง เว้นแต่จะได้รับโอนทรัพย์สินจากบริษัทแม่
- (8) กรณีที่มีหลักฐานบ่งชี้ว่าบริษัทลูกเป็นเพียงฝ่ายหรือส่วนงานหนึ่งของบริษัทแม่ หรือหลักฐานแสดงว่าหน้าที่ความรับผิดชอบทางธุรกิจหรือทางการเงินของบริษัทลูกเป็นของบริษัทแม่เสียเอง
- (9) กรณีบริษัทแม่ใช้ทรัพย์สินของบริษัทลูกราวกับเป็นของตนเอง
- (10) กรณีที่กรรมการหรือผู้บริหารของบริษัทลูกไม่ได้กระทำการอย่างเป็นอิสระ เพื่อประโยชน์ของบริษัทลูกเอง แต่ได้รับคำสั่งจากบริษัทแม่และกระทำการเพื่อประโยชน์ของบริษัทแม่
- (11) เมื่อการดำรงอยู่ของบริษัทลูกไม่เป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด

<sup>29</sup> การกระทำที่เป็นความผิด (Wrongful Conduct) โดยพิจารณาว่า บริษัทแม่มีการใช้อำนาจควบคุมเพื่อให้บริษัทลูกกระทำ

และ (3) ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐบาลกลางอาจใช้หลักเกณฑ์ของ รัฐบาลกลาง (Federal Common Law Test) ซึ่งมีความยืดหยุ่นกว่า โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ประโยชน์สาธารณะ (The Interests of Public Convenience) ความเป็นธรรม (Fairness) และความ เสมอภาค (Equity) เป็นสำคัญ<sup>30</sup>

2) กรณีที่บริษัทแม่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ดำเนินการ (Operator) ในแหล่งกำเนิดมลพิษตาม 42 U.S.C. § 9607 (a)(1) เมื่อบริษัทแม่มีส่วนร่วมในการจัดการ (Active Involvement) และใช้อำนาจควบคุมเหนือการดำเนินงานที่เกี่ยวกับมลพิษของบริษัทลูก โดยอาศัยเกณฑ์ Participation and Control Test ซึ่งความรับผิดชอบของบริษัทแม่ขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่กับตัวโรงงาน ไม่ใช่ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทลูกแต่อย่างใด และเป็นความรับผิดชอบจากการกระทำของบริษัทแม่เอง โดยไม่ต้อง อาศัยหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลมาใช้บังคับ เช่น บริษัทแม่ดูแลการรั่วไหลหรือการกำจัดของ เสียอันตรายของบริษัทลูก บริษัทแม่สามารถตัดสินใจเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อม ของบริษัทลูก บริษัทแม่ร่วมทุนกับบริษัทลูก การควบคุมการดำเนินงานของโรงงานโดยพนักงานของ บริษัทแม่ เป็นต้น และการดำเนินการเหล่านี้ต้องอยู่ในรูปของการกระทำ มิใช่เพียงมีอำนาจที่จะกระทำได้ (The Power to Act)<sup>31</sup> นอกจากนี้ ศาลฎีกาแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่า หลักไว้ว่า ผู้ดำเนินการ หมายถึง บุคคลที่สั่งงาน จัดการ หรือดำเนินกิจการของโรงงานที่เกี่ยวกับมลพิษนั้น<sup>32</sup>

ส่วนการกำกับดูแลบริษัทลูกตามปกติย่อมไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของบริษัทแม่ อันได้แก่ การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ กรรมการหรือผู้อำนวยการของบริษัทลูก แม้บุคคลเหล่านี้จะมีตำแหน่งในบริษัทแม่ ด้วยก็ตาม การติดตามผลการปฏิบัติงานของบริษัทลูก การควบคุมดูแลการเงินของบริษัทย่อย การอนุมัติ งบประมาณและรายจ่ายของบริษัทลูก และการกำหนดเป้าหมาย นโยบาย และขั้นตอนทั่วไปสำหรับ บริษัทลูก<sup>33</sup>

---

ความผิด หรือบริษัทลูกผู้ถือหุ้นใช้ในทางที่ผิดหรือไม่ โดยการใช้นั้นมีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฉ้อฉล (Fraudulent) หรือ อาจเป็นกรณีที่หากยึดถือความเป็นนิติบุคคลของบริษัทแล้วจะเป็นการไม่ยุติธรรม (Inequitable)

<sup>30</sup> *Town of Brookline v. Gorsuch*, 667 F.2d 215, 221 (1st Cir. 1981) (“A corporate entity may be disregarded in the interests of public convenience, fairness and equity...In applying this rule, federal courts will look closely at the purpose of the federal statute to determine whether the statute places importance on the corporate form.”)

<sup>31</sup> C. Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, p.254-267.

<sup>32</sup> *U.S. v. Bestfoods*, 118 S.Ct. 1876, 1887, 524 U.S. 51, 66-67 (U.S.Mich., 1998) (“Under CERCLA, an “operator” is simply someone who directs the workings of, manages, or conducts the affairs of a facility; more specifically, operator must manage, direct, or conduct operations specifically related to pollution, that is, operations having to do with the leakage or disposal of hazardous waste, or decisions about compliance with environmental regulations.”)

<sup>33</sup> Pat Akey and Ian Appel, *The Limits of Limited Liability : Evidence from Industrial Pollution : Finance Working Paper No. 611/2019, 13th Annual Mid-Atlantic Research Conference in Finance (MARC) Paper*, (European Corporate Governance Institute, 2021), p.1-33.

## 4.2 ประเทศอังกฤษ

แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ต่อผู้เสียหายในคดีมลพิษเป็นไปตามกฎหมายละเมิด แม้ประเทศอังกฤษจะไม่มีบทบัญญัติที่เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดในเรื่องนี้ แต่เดิมที่ศาลมีแนวคำพิพากษาใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) กับการคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินที่บุคคลไม่ควรถูกละเมิด<sup>34</sup> โดยกำหนดองค์ประกอบความรับผิดโดยเคร่งครัด 3 ประการ ได้แก่ 1) บุคคลได้นำสิ่งที่เป็นอันตราย (Dangerous Thing) เข้ามาในที่ดินของตน 2) บุคคลนั้นใช้ที่ดินผิดไปจากสภาพปกติ (Non-natural Use of Land) อันนำมาซึ่งความเป็นอันตรายแก่ผู้อื่น และ 3) สิ่งที่เป็นอันตรายนั้นหลุดพ้น (To Escape) ออกจากสถานที่ไม่อยู่ในการควบคุมของเขา<sup>35</sup> เช่นนี้ บุคคลที่สะสมสิ่งที่เป็นอันตรายในที่ดินของตนมีหน้าที่โดยเคร่งครัดอย่างรอบคอบในการป้องกัน และระมัดระวังไม่ให้เกิดการรั่วไหลของสิ่งที่เป็นอันตรายออกไปยังสิ่งแวดล้อมภายนอก อันจะสร้างความเสียหายต่อบุคคลภายนอก

ปัจจุบันแนวพิพากษาไม่ได้ใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัดอีกต่อไป แต่ใช้ความรับผิดโดยตรงในการกระทำของตนเอง (Direct Liability) สำหรับการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ หรือที่เรียกว่า “ประมาทในทางละเมิด” (Tort of Negligence) ถึงกระนั้นก็ไม่ใช่การเปลี่ยนแปลงที่มีนัยสำคัญแต่อย่างใด เพราะศาลอังกฤษยอมรับหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care) จำนวนมาก อันเป็นองค์ประกอบความรับผิดโดยประมาทเลินเล่อในการกระทำของตนเอง<sup>36</sup> อันประกอบประกอบสำคัญ 3 ประการของความรับผิดจากการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อประกอบไปด้วย 1) บุคคลนั้นต้องเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวัง 2) บุคคลที่มีหน้าที่นั้นไม่ปฏิบัติตามหน้าที่หรือฝ่าฝืนหน้าที่ (Breach of Duty) ด้วยความประมาทเลินเล่อ และ 3) การผิดหน้าที่ต้องระมัดระวังของจำเลยเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยตรง<sup>37</sup>

ในมุมมองศาลอังกฤษ บริษัทแม่ต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของตนเองในบางสถานการณ์ ด้วยเหตุที่บริษัทแม่มีหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวัง (Duty of Care) ป้องกันไม่ให้เกิดอันตรายต่อผู้เสียหายจากกิจกรรมของบริษัทลูก ซึ่งไม่ใช่การสร้างประเภทความรับผิดละเมิดของบริษัทแม่ในการกระทำของบริษัทลูกพิเศษขึ้นมาใหม่ และไม่ใช่ข้อสันนิษฐานความรับผิดของบริษัทแม่<sup>38</sup> ตัวอย่าง

<sup>34</sup> *John Rylands and Jehu Horrocks v. Thomas Fletcher* [1868] UKHL 1, (1868) LR 3 HL 330

<sup>35</sup> สุนีย์ มัลลิกะมาลย์, *การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม*, หน้า 293-297.

<sup>36</sup> Ewoud Hondius, *Modern Trends in Tort Law, Dutch and Japanese Law Compared*, 1<sup>st</sup> edn. (The Hague: Kluwer Law International, 1999), p.156-182.

<sup>37</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, *หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 981/2531(ประชุมใหญ่)*. คำพิพากษาศาลฎีกา พ.ศ. 2531, (กรุงเทพฯ: บริการส่งเสริมงานตุลาการ 2531), หน้า 161-162.

<sup>38</sup> *AAA and Others v Unilever PLC and Another* [2018] EWCA Civ 1532, para 36 (“There is no special doctrine in the law of tort of legal responsibility on the part of a parent company in relation to the activities of its subsidiary, vis-à-vis persons affected by those activities. Parent and subsidiary are separate legal persons, each with responsibility for their own separate activities. A parent company will only be found to be subject to a duty of care in relation to an activity of its subsidiary if ordinary, general principles of the law of tort regarding the imposition of a duty of care on the part of the parent in favour of a claimant are satisfied in the particular case...”)

สถานการณ์ที่เป็นไปได้ว่าจะเกิดหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังกับบริษัทแม่มีอย่างน้อย 3 กรณีดังต่อไปนี้<sup>39</sup>

1) เมื่อมีการกระทำของบริษัทแม่เอง (The Parent's Own Behavior) การที่บริษัทแม่ถือหุ้นทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ในบริษัทลูกย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้ตนได้ใช้อำนาจควบคุมเหนือการดำเนินกิจกรรมของบริษัทลูก อย่างไรก็ตาม การควบคุมเหนือบริษัทลูกไม่ทำให้บริษัทแม่มีหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังขึ้นมาโดยตรง ภายใต้หลักการของ *Donoghue v. Stevenson* ต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ประกอบด้วย อันได้แก่ ก) บริษัทแม่เข้าไปจัดการการดำเนินกิจกรรมของบริษัทลูกทั้งหมดหรือร่วมกันกับบริษัทลูก<sup>40</sup> ข) บริษัทแม่ให้คำแนะนำ<sup>41</sup> หรือประกาศใช้นโยบายเกี่ยวกับความปลอดภัยและ/หรือสิ่งแวดล้อมที่บกพร่องทั่วทั้งกลุ่มบริษัท<sup>42</sup> ซึ่งเป็นผลต่อมาให้บริษัทลูกนำไปปรับใช้ หรือ ค) บริษัทแม่ประกาศใช้นโยบายเกี่ยวกับความปลอดภัยและ/หรือสิ่งแวดล้อมของกลุ่มบริษัท และดำเนินการอย่างแข็งขันเพื่อให้มั่นใจว่าจะมีการนำไปใช้

2) เมื่อมีข้อเท็จจริงสันนิษฐานความรับผิดชอบของบริษัทแม่ (Assumption of Responsibility) ตาม *Hedley Byrne Principle* ถ้าบริษัทแม่มีการโฆษณาเผยแพร่รายงานประจำปีหรือรายงานความยั่งยืนซึ่งอาจสันนิษฐานได้ว่า บริษัทแม่มีความรับผิดชอบในการรักษามาตรฐานทางสิ่งแวดล้อมเหนือกิจกรรมของบริษัทลูก และนำมาตรฐานเหล่านั้นไปปฏิบัติโดยการจัดฝึกอบรม ตรวจสอบ และบังคับใช้ จึงจะเพียงพอที่จะถือว่าบริษัทแม่แทรกแซงการดำเนินงานของบริษัทลูก<sup>43</sup> นอกจากนั้น ข้อสันนิษฐานอาจเกิดจากความสัมพันธ์ต่าง ๆ อาทิ ความสัมพันธ์ตามสัญญา ความสัมพันธ์ที่ได้รับความไว้วางใจ (Fiduciary Relationships) และความสัมพันธ์ในฐานะลูกจ้างและนายจ้าง<sup>44</sup>

3) เมื่อบริษัทแม่ใช้อำนาจควบคุมเหนือบริษัทลูก แต่ล้มเหลวในการป้องกันมิให้บริษัทลูกก่ออันตรายตาม *Dorset Yacht Principle* ในสถานการณ์นี้ บริษัทแม่อยู่ในสถานะที่ตนใช้อำนาจควบคุมเหนือบริษัทลูก และควรจะป้องกันมิให้บริษัทลูกก่อความเสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินต่อบุคคลอื่น แต่บริษัทแม่ล้มเหลวละเลยโดยประมาทเลินเล่อในการควบคุมหรือกำกับดูแลที่เหมาะสมซึ่งตนควรจะคาดเห็นได้ จึงถือว่าบริษัทแม่มีหน้าที่ซึ่งต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวังต่อผู้เสียหายจากเหตุการณ์ที่มีอยู่ก่อน (Prima Facie)<sup>45</sup>

<sup>39</sup> Cees Van Dam, "Breakthrough in Parent Company Liability", in *European Company and Financial Law Review* 18, 5 (2021), p.735-736.

<sup>40</sup> *AAA and Others v Unilever PLC and Another* [2018] EWCA Civ 1532

<sup>41</sup> *AAA and Others v Unilever PLC and Another* [2018] EWCA Civ 1532 ; where the parent has given relevant advice to the subsidiary about how it should manage a particular risk.

<sup>42</sup> *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd* [2021] UKSC 3 ; by enforcing group-wide policies and guidelines.

<sup>43</sup> *Lungowe v. Vedanta Resources Plc* [2019] UKSC 20

<sup>44</sup> *Michael and Another v Chief Constable of South Wales Police* [2015] UKSC 2, para 100. ("The second general exception applies where D assumes a positive responsibility to safeguard C under the Hedley Byrne principle, as explained by Lord Goff in *Spring v Guardian Assurance Plc*. It is not a new principle. It embraces the relationships in which a duty to take positive action typically arises: contract, fiduciary relationships, employer and employee, school and pupil, health professional and patient. The list is not exhaustive...")

<sup>45</sup> *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office* [1970] AC 1004, [1970] UKHL 2

ส่วนการเจาะผ่านคลุมนิติบุคคลของประเทศอังกฤษเป็นไปอย่างจำกัด องค์กรประกอบที่สำคัญของการบังคับใช้หลักการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของประเทศอังกฤษมี 2 ประการ อันได้แก่ ประการแรก การควบคุม (Control) ด้วยเหตุที่บริษัทแม่เป็นผู้ถือหุ้นที่มีบทบาทต่างจากผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป (Ordinary Shareholder) กล่าวคือมีบทบาทในการจัดการ ควบคุมธุรกิจ กำหนดนโยบายหรืองบประมาณของบริษัทลูก หรือมีส่วนสำคัญในการกระบวนกรการตัดสินใจต่าง ๆ<sup>46</sup> ประการที่สอง การใช้รูปแบบองค์กรธุรกิจในทางที่ผิด (The Misuse of the Corporate Form) ซึ่งในปัจจุบันยอมรับเพียงการจงใจหลบเลี่ยงหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่มีอยู่ (Evasion) โดยต้องมิวัตถุประสงค์ที่จะกีดกันผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้พึงจะได้รับ ด้วยอาศัยความเป็นนิติบุคคลที่แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น<sup>47</sup>

### 4.3 สหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปมีกฎหมายภายใต้กรอบการทำงานของสมัชชายุโรป (The Council of European Framework) นั่นคือ Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment ในปี ค.ศ. 1993 ซึ่งเป็นอนุสัญญาพหุภาคีที่มีเป้าหมายเพื่อสร้างความมั่นใจว่าผู้เสียหายจะได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างเพียงพอจากกิจกรรมที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งครอบคลุมถึงความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน รวมถึงความสูญเสียทางเศรษฐกิจ และมีการจำแนกสถานการณ์ที่ผู้ดำเนินการต้องรับผิดชอบอย่างละเอียด

อนุสัญญานี้กำหนดบุคคลที่ต้องรับผิดชอบด้วยการนิยามคำว่า “Operator” หรือผู้ดำเนินการ ว่าหมายถึง บุคคลที่ใช้อำนาจควบคุมกิจกรรมที่มีความอันตราย และความรับผิดของผู้ดำเนินการปรากฏใน 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 6 ว่าด้วยความรับผิดเกี่ยวกับสารอันตราย สิ่งมีชีวิต และพื้นที่ทิ้งของเสียบางส่วน (Liability in Respect of Substances, Organisms and Certain Waste Installations or Sites) และ มาตรา 7 ว่าด้วยความรับผิดสำหรับพื้นที่ทิ้งของเสียถาวร (Liability in Respect of Sites for the Permanent Deposit of Waste) ซึ่งพื้นที่ปนเปื้อนสารอันตรายอยู่ภายใต้ नियามของพื้นที่ทิ้งของเสีย จึงอาจเกิดความรับผิดได้ทั้งสองมาตรา โดยสาระสำคัญมีอยู่ว่า บริษัทแม่ต้องรับผิดชอบในฐานะผู้ดำเนินการ ต่อเมื่อใช้อำนาจควบคุมเหนือกิจกรรมที่อันตรายของแหล่งกำเนิดมลพิษ ซึ่งความเสียหายนั้นเป็นผลจากเหตุการณ์ที่ในขณะนั้นหรือเวลานั้นตนได้ใช้อำนาจควบคุมกิจกรรมดังกล่าว โดยความรับผิดตามอนุสัญญานี้มีลักษณะเป็นความรับผิดที่ไม่ต้องการความผิด (Strict Liability) ที่อาจพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานของกฎหมายได้ตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาดังกล่าว

<sup>46</sup> C. Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, p.324-327.

<sup>47</sup> *Prest v Petrodel Resources Ltd and others* [2013] UKSC 34, para 35 (“there is a limited principle of English law which applies when a person is under an existing legal obligation or liability or subject to an existing legal restriction which he deliberately evades or whose enforcement he deliberately frustrates by interposing a company under his control. The court may then pierce the corporate veil for the purpose, and only for the purpose, of depriving the company or its controller of the advantage that they would otherwise have obtained by the company’s separate legal personality...”)

นอกเหนือจากอนุสัญญาข้างต้นแล้ว ปัจจุบันยังมีร่างกฎหมายอีกหนึ่งฉบับที่เกี่ยวข้องโดยอ้อมกับกลุ่มบริษัทในเรื่องสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม เนื่องมาจากการตระหนักถึงการพัฒนายั่งยืนของบริษัท ปัจจุบันคณะกรรมการการยุโรปจึงได้รับรองร่างกฎหมาย The Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2022 เพื่อส่งเสริมให้บริษัททั้งในและนอกสหภาพยุโรป มีพฤติกรรมที่ดี มีความรับผิดชอบต่อสังคม และมีการกำกับดูแลกิจการอย่างยั่งยืน โดยคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมในการดำเนินงาน อันเป็นมุมมองมองเชิงป้องกันก่อนความเสียหายจะเกิดขึ้น ซึ่งปัญหาด้านมลพิษก็เป็นหนึ่งในตัวอย่างประเด็นทางสิ่งแวดล้อมที่ก่อผลกระทบซึ่งถูกระบุไว้ บริษัทมีหน้าที่ตรวจสอบสถานะความเสี่ยงของธุรกิจตน (Mandatory Due Diligence Practices) ทั้งห่วงโซ่อุปทาน (Supply Chain) โดยมีทั้งหมด 6 ขั้นตอนดังนี้

- 1) บริษัทต้องจัดให้มีการตรวจสอบสถานะของธุรกิจ (Due Diligence) เข้าไปในนโยบายบริษัท และจัดให้มีการทบทวนนโยบายทุกปี
- 2) บริษัทต้องระบุถึงผลกระทบตามปกติและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้ในด้านสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม ทั้งที่เกิดจากการดำเนินงานของบริษัทเอง รวมถึงบริษัทลูกและหุ้นส่วนทางธุรกิจด้วย
- 3) บริษัทต้องใช้มาตรการต่าง ๆ ที่เหมาะสมเพื่อป้องกัน ลด หรือหยุดผลกระทบเหล่านั้น
- 4) บริษัทต้องจัดให้มีและคงไว้ซึ่งกระบวนการร้องเรียนที่เพียงพอ
- 5) บริษัทต้องติดตามความมีประสิทธิภาพของนโยบายและมาตรการต่าง ๆ อย่างน้อย 1 ครั้ง ในทุก ๆ 12 เดือน
- 6) บริษัทต้องมีการสื่อสารเกี่ยวกับการตรวจสอบสถานะของธุรกิจต่อสาธารณะ อาทิ การจัดทำรายงานประจำปีเผยแพร่

กฎหมายฉบับนี้ไม่ใช่การกำหนดมาตรฐานของบริษัท แต่เป็นการกำหนดหน้าที่ซึ่งหากบริษัทไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการตรวจสอบสถานะของธุรกิจ บริษัทจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นใน 3 สถานการณ์ คือ (1) สถานการณ์ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานของบริษัทเอง (2) สถานการณ์ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานของบริษัทลูก และ (3) สถานการณ์ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานของหุ้นส่วนทางธุรกิจในห่วงโซ่อุปทาน<sup>48</sup> อนึ่ง แม้ขอบเขตของกฎหมายจะมีความกว้างขวางใช้บังคับกับทั้งบริษัทในสหภาพยุโรปและนอกสหภาพยุโรปที่มีการเคลื่อนไหวในสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตาม กฎหมายบังคับใช้อย่างจำกัดเฉพาะบริษัทจำกัดที่มีขนาดใหญ่เท่านั้น ความรับผิดชอบของบริษัทแม้จะเกิดขึ้นภายใต้สถานการณ์นี้ได้ ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขผลประกอบการสุทธิและ/หรือจำนวนพนักงานตามที่กำหนดเท่านั้น

<sup>48</sup> Alessio M. Paccès, *Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal: A Law & Economics Analysis* : Law Working Paper No. 691/2023, Amsterdam Law School Research Paper No. 2023-14, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2023-02, (European Corporate Governance Institute, 2023), p.1-15.

ส่วนความรับผิดของบริษัทแม่ภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของสหภาพยุโรปพบว่า โดยหลักกฎหมายองค์กรธุรกิจของสหภาพยุโรป (European Company Law) ยอมรับหลักความเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นและหลักการจำกัดความรับผิด ฉะนั้น บริษัทจึงเป็นนิติบุคคลที่แยกจากผู้ถือหุ้น รวมถึงสิทธิและความรับผิดชอบ ซึ่งไม่เพียงแต่ใช้กับผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดาเท่านั้น แต่ยังใช้กับผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลหรือบริษัทด้วย และมีเพียงกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป (European Competition Law) ที่มองกลุ่มบริษัทเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกันตามแนวคิดหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน (Single Economic Unit: SEU) อย่างไรก็ตาม สหภาพยุโรปไม่ได้ปฏิเสธการมีอยู่ของหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล โดยการบังคับใช้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศสมาชิก ซึ่งศาลของประเทศเยอรมันได้พัฒนาให้เจาะม่านนิติบุคคล (Durchgriffshaftung) หลายกรณี อาทิ กรณีหลบเลี่ยงหน้าที่หรือความรับผิดที่มีอยู่<sup>49</sup> กรณีทำให้ทรัพย์สินของบริษัทกับทรัพย์สินส่วนตัวปะปนกันจนไม่สามารถแยกกันได้ (Vermögensvermischung)<sup>50</sup> และกรณีผลกระทบหนี้หรือความรับผิดในอนาคตที่คาดหมายได้ให้กับนิติบุคคลที่อ่อนแอ โดยใช้เรื่องการชำระหนี้โดยสุจริต (Treu und Glauben) ในมาตรา 242<sup>51</sup> ซึ่งเป็นการวางมาตรฐานความสุจริตในทางการค้า แต่ไม่พบข้อสันนิษฐานความสุจริตของบุคคลในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน

กล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดความรับผิดของบริษัทแม่ไว้แตกต่างกัน ในกรณีที่บริษัทแม่มีส่วนร่วมกับการดำเนินงานในแหล่งกำเนิดมลพิษของบริษัทลูกแล้วเกิดความเสียหายขึ้น ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปใช้ความรับผิดโดยเคร่งครัดในกฎหมายเฉพาะในการกำหนดความรับผิดของบริษัทแม่ ขณะที่ประเทศอังกฤษใช้กฎหมายเรื่องประมาทในทางละเมิด นอกจากนี้ต่างประเทศมีการพัฒนาการเจาะม่านนิติบุคคลซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักการจำกัดความรับผิดในบางกรณี เพื่อให้เจ้าหนี้หรือผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมจากการใช้ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูกในทางที่มีชอบ อีกทั้ง ปัจจุบันสหภาพยุโรปมีการกำหนดหน้าที่ตรวจสอบสถานะความเสี่ยงของธุรกิจตนในห่วงโซ่อุปทาน เพื่อให้บริษัทขนาดใหญ่มีแนวทางรับมือกับผลกระทบจากการประกอบธุรกิจที่มีความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อมอีกด้วย

## 5. อภิปรายผล

### 5.1 วิเคราะห์ความรับผิดของบริษัทแม่กับการมีส่วนร่วมในแหล่งกำเนิดมลพิษ

บริษัทแม่อาจมีส่วนร่วมในแหล่งกำเนิดมลพิษได้ในหลายกิจกรรม จากการศึกษาพบว่าประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปกำหนดความรับผิดเพื่อละเมิดโดยใช้หลักความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ซึ่งความรับผิดเกิดขึ้นจากฐานะของบุคคล อาทิ เจ้าของ ผู้ครอบครอง หรือผู้ดำเนินการแหล่งกำเนิดมลพิษ อย่างไรก็ตาม มีการให้ความหมายฐานะของบุคคลเหล่านี้แตกต่างกันออกไป ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปให้บริษัทแม่รับผิดในฐานะผู้ดำเนินการเมื่อมีส่วนร่วมในแหล่งกำเนิด

<sup>49</sup> BGHZ 31, 258 (Münchener-Kindl-Fall, 1960)

<sup>50</sup> BGHZ 83, 10 (12) (Vermögensvermischung-Fall, 1982)

<sup>51</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 242 states that “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.”

มลพิษโดยการสั่งการ บริหารจัดการ ดำเนินการ อาทิ ดูแลการรั่วไหลหรือการกำจัดของเสียอันตราย และตัดสินใจการปฏิบัติตามกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นการใช้อำนาจควบคุมเหนือแหล่งกำเนิดมลพิษโดยตรง ส่วนความรับผิดของผู้ดำเนินการของประเทศอังกฤษจำกัดเฉพาะผู้ดำเนินการที่ถือใบอนุญาตของสถานประกอบการนั้น ๆ ไม่รวมถึงบริษัทแม่ และกรณีที่บริษัทแม่จัดอบรม ให้คำแนะนำหรือประกาศใช้นโยบายทางสิ่งแวดล้อมทั่วทั้งกลุ่มบริษัท โดยทั่วไปยังไม่ถือว่า บริษัทแม่เป็นผู้ดำเนินการหรือมีหน้าที่ต้องพึงระมัดระวังในการดูแลบริษัทลูก เนื่องด้วยไม่ใช่พฤติกรรมที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับแหล่งกำเนิดมลพิษ

เมื่อเทียบกับประเทศไทยที่กำหนดความรับผิดของบริษัทแม่โดยขึ้นกับการครอบครอง ผู้วิจัยวิเคราะห์แล้วเห็นว่า การสั่งการ บริหารจัดการหรือดำเนินการต่าง ๆ ลำพังยังไม่ถือเป็นการครอบครอง เนื่องจากการครอบครองต้องการการยึดถือแหล่งกำเนิดมลพิษทางกายภาพโดยตนเองหรือผู้แทน (Corpus Possessionis) และเจตนาเพื่อตน (Animus Possidendi) หากขาดองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งไป ย่อมไม่ถือว่าเป็นผู้ครอบครองตามหลักกฎหมายแพ่ง ฉะนั้น ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า บริษัทแม่ยึดถือแหล่งกำเนิดมลพิษทางกายภาพ และมีเจตนาเป็นเจ้าของหรือควบคุมดูแลแหล่งกำเนิดมลพิษของบริษัทลูกด้วยตนเอง อันแสดงให้เห็นว่า ยากที่จะกำหนดความรับผิดของบริษัทแม่ ยิ่งไปกว่านั้น ยังส่อเสี่ยงต่อการตีความที่กว้างขวางให้บริษัทแม่ต้องรับผิดจากความรู้เห็นในการดำเนินงาน ซึ่งวิทยานิพนธ์นี้เห็นว่าเพียงการรู้เห็นในการดำเนินการยังไม่เพียงพอที่จะเป็นการครอบครอง เพราะอาจจะไม่มีแม้แต่การยึดถือทางกายภาพ

ดังนั้น งานวิจัยนี้เห็นควรเพิ่มนิยามของผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติฯ ให้ให้รวมถึงการสั่งการ บริหารจัดการหรือดำเนินการที่เกี่ยวกับแหล่งมลพิษมลพิษ โดยอ้างอิงจากแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา

## 5.2 วิเคราะห์ความรับผิดของบริษัทแม่กับการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล

เมื่อมีการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูกเกิดขึ้น ต่างประเทศมีการใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลหรือ Piercing the Corporate Veil เป็นเครื่องมือเจาะผ่านนิติบุคคลซึ่งมุ่งพิจารณาการใช้อำนาจควบคุมของบริษัทแม่เหนือบริษัทลูก โดยไม่คำนึงว่า บริษัทแม่จะมีส่วนร่วมโดยตรงกับแหล่งกำเนิดมลพิษหรือไม่ โดยศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์สามารถสร้างกฎหมายได้ (Judge-made Law) เพื่ออำนวยให้เกิดความเป็นธรรมในคดี และศาลในคดีหลังตัดสินตามบรรทัดฐานคำพิพากษาของคดีก่อนหน้าตามหลัก Stare Decisis เช่นเดียวกัน หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลได้รับการยอมรับเป็นหลักกฎหมายยุติธรรม (Equity Law) ที่มีพัฒนาการจากคำพิพากษาของศาล ต่างจากประเทศไทยที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งศาลไทยต้องอาศัยบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรในการตัดสินคดี

ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้บริษัทแม่ที่เข้าหลักเกณฑ์ในการเจาะม่านนิติบุคคล (Veil-piercing Test) รับผิดชอบในฐานะเจ้าของ (Owner) แหล่งกำเนิดมลพิษ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด อย่างไรก็ตาม ขอบเขตสถานการณ์ที่เจาะม่านคลุมนิติบุคคลของสหรัฐอเมริกาเป็นไปอย่างกว้างขวางและไม่มีปัจจัยที่แน่นอน ขณะที่ประเทศอังกฤษบังคับใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลอย่างจำกัด เฉพาะกรณีจงใจหลบเลี่ยงหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่มีอยู่ (Evasion) เพื่อกีดกันผลประโยชน์ที่เจ้าหนี้พึงจะได้รับ ส่วนสหภาพยุโรป (ประเทศเยอรมัน) มีขอบเขตการใช้ที่กว้างขวางกว่าประเทศอังกฤษ รวมถึงกรณีทำให้ทรัพย์สินของบริษัทกับทรัพย์สินส่วนตัวปะปนกันจนไม่สามารถแยกกันได้ (Vermögensvermischung) กรณีทำลายความสามารถในการชำระหนี้ (Existenzvernichtender Eingriff) และไม่จำกัดเฉพาะหลบเลี่ยงหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่มีอยู่ แต่ขยายไปถึงการผลักระหนี้หรือความรับผิดชอบในอนาคตที่คาดหมายได้ให้กับนิติบุคคลที่อ่อนแอด้วย โดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) ในเรื่องการชำระหนี้โดยสุจริต มาตรา 242 และ/หรือการละเมิดต่อศีลธรรมอันดีของสังคม มาตรา 826

งานวิจัยนี้เห็นว่า หากการกระทำไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเป็นการกระทำละเมิด ศาลไทยอาจบังคับใช้กฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ซึ่งการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นบุคคลส่วนใหญ่มาจากการกระทำร่วมกัน (A Joint Wrongful Act) ของบริษัทแม่และบริษัทลูก จึงเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดจากการทำละเมิดร่วมกันตามมาตรา 432 ซึ่งเทียบเคียงได้กับความรับผิดเสริมบนพื้นฐานของความมุ่งหมายเดียวกัน (Accessory Liability on the Basis of Common Design) ของประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยที่ผู้เสียหายอาจเลือกฟ้องเพียงบริษัทแม่ให้รับผิดโดยสิ้นเชิงก็ได้ แต่มีภาระการพิสูจน์ให้เห็นถึงเจตนาภายในว่า ทั้งสองบริษัทมีการร่วมใจกันหรือมีจุดมุ่งหมายเดียวกันซึ่งอาศัยข้อมูลภายในของกลุ่มบริษัท

ส่วนความรับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่น กรณีตัวการต้องร่วมรับผิดเพื่อละเมิดของตัวแทนตามมาตรา 427 ประกอบมาตรา 425 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะเคยมีคำพิพากษาชี้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่-บริษัทลูกอาจเกิดความสัมพันธ์ตัวการตัวแทนได้ในกรณีความรับผิดตามสัญญา (อ้างอิงจากคำพิพากษาฎีกาที่ 1435/2563 บริษัทลูกเป็นตัวแทนโดยปริยายของบริษัทแม่) แต่ในกรณีความรับผิดเพื่อละเมิดหาควรเป็นเช่นนั้นไม่ เนื่องจากความรับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่นหรือ Vicarious Liability เป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นอัตโนมัติ โดยผู้ที่ต้องร่วมรับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่นไปด้วย ไม่สามารถพิสูจน์หักล้างเป็นอย่างอื่นได้ เช่นนี้ งานวิจัยนี้เห็นว่า ความรับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่นควรใช้อย่างจำกัดเมื่อมีสัญญาตั้งตัวแทนอย่างชัดแจ้ง และหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจตีความสัญญาตั้งแทนโดยปริยาย มิฉะนั้น บริษัทแม่จะต้องร่วมรับผิดในการกระทำของบริษัทลูกทุกกรณีเสมอไป แม้บริษัทแม่จะเป็นผู้บริสุทธิ์ (Innocence) ไม่ได้กระทำความผิดใด ๆ เลยก็ตาม จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมและเป็นอุปสรรคต่อภาคธุรกิจ อีกทั้ง ในต่างประเทศยอมรับการเป็นตัวการตัวแทนของบริษัทแม่-บริษัทลูกว่าเกิดขึ้นได้ในสถานการณ์ที่ค่อนข้างจำกัดต่อเมื่อมีหลักฐานสัญญาตั้งตัวแทนระหว่างกัน และหากมีการแปลความหมายของตัวการตัวแทนกว้างเกินไปจะเกินกว่าความมุ่งหมายของกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลที่มีได้ทำละเมิดต้องมารับผิดเพื่อละเมิดของบุคคลอื่น

อย่างไรก็ตาม หากการกระทำไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลไม่ใช่การกระทำละเมิด แต่เป็นการใช้โครงสร้างความเป็นนิติบุคคลในทางที่ผิด อันได้แก่ การหลบเลี่ยงหน้าที่หรือความรับผิดชอบที่อยู่ การผลักภาระหนี้หรือความรับผิดชอบในอนาคตที่คาดหมายได้ให้กับบริษัทลูก และกรณีทำให้ทรัพย์สินปะปนกัน งานวิจัยนี้เห็นว่า แม้ประเทศไทยจะมีบทบัญญัติในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการใช้สิทธิและการชำระหนี้ คล้ายคลึงกับมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และศาลไทยอาจใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะมานคลุมนิติบุคคลในกรณีที่ว่ามานี้ได้ แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 6 มีบทสันนิษฐานการกระทำโดยสุจริต ทำให้ผู้เสียหายต้องพิสูจน์ถึงการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูก และเจตนากระทำการโดยไม่สุจริตของบริษัทแม่เพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว ซึ่งเจตนาภายในเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ ขึ้นกับดุลพินิจของศาล และเป็นอุปสรรคในการบังคับใช้หลักสุจริต ซึ่งผู้เสียหายอาจจะไม่สามารถเรียกให้บริษัทแม่เข้ามารับผิดชอบต่อภาระหนี้ที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเหล่านี้ได้เลย บทบัญญัติที่มีอยู่จึงมีความไม่เหมาะสมในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งกับบริษัทแม่ อีกทั้ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีหลักการแบ่งแยกความเป็นนิติบุคคลของบริษัทและหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น ส่งผลให้ความรับผิดของบริษัทแม่กับบริษัทลูกยังคงแยกจากกัน แม้จะเป็นนิติบุคคลในเครือหรือกลุ่มเดียวกัน<sup>52</sup>

ดังนั้น งานวิจัยนี้เห็นควรเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของบุคคลที่ใช้อำนาจควบคุมนิติบุคคลอื่นในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มาตรา 97/1 สำหรับการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูก โดยอาศัยหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลอ้างอิงจากประเทศเยอรมัน ซึ่งเป็นประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป และกำหนดเป็นข้อสันนิษฐานความรับผิดเพื่อลดปัญหาเรื่องภาระการพิสูจน์ของผู้เสียหาย

### 5.3 วิเคราะห์ความรับผิดของบริษัทแม่กับการกำกับดูแลบริษัทลูก

การกำกับดูแลบริษัทลูกแตกต่างจากการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ที่ผ่านมา เพราะไม่ใช่ความสัมพันธ์ในเชิงกายภาพกับแหล่งกำเนิดมลพิษโดยตรง และไม่ใช่การกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูก การที่บริษัทแม่กำหนดนโยบายเกี่ยวกับความปลอดภัยและ/หรือสิ่งแวดล้อมเพื่อกำกับดูแลกลุ่มบริษัทโดยทั่วไปเป็นสิ่งที่ยอมรับว่ากระทำได้และไม่ก่อให้เกิดความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ อาทิ การมีเจ้าหน้าที่หรือผู้บริหารร่วมกัน และการออกมติโดยอาศัยว่าการถือหุ้นทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ในบริษัทลูก อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า การกำกับดูแลของบริษัทแม่มีลักษณะเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้เสียหายภายใต้กฎหมายละเมิดของประเทศนั้น ๆ บริษัทแม่ย่อมควรต้องรับผิดเพื่อละเมิดของตนเอง (Direct Liability) เช่นว่า ในธุรกิจที่มีความอันตรายโดยสภาพ (An Industry with Inherent Dangers) ย่อมคาดหมายได้ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นจากการกำกับดูแลหรือจัดการงบประมาณที่ไม่ถูกต้องนั้น (Budgetary Mismanagement) ซึ่งกฎหมายละเมิดของประเทศไทยยังมีความเหมาะสมใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

<sup>52</sup> โปรดดูคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขแดงที่ 11713-11714/2551

อย่างไรก็ดี บริษัทแม่อาจไม่ใช่ผู้ครอบครองตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพราะการกำกับดูแลของบริษัทแม่เกิดได้หลายทาง เช่นว่า จำกัดเงินลงทุนด้านมลพิษ หรือไม่อนุมัติแผนการซ่อมบำรุงด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจไม่มีการยึดถือแหล่งกำเนิดมลพิษในความเป็นจริง (Actual Control) อันไม่เข้านิยามความเป็นผู้ครอบครอง อย่างไรก็ดี กฎหมายละเมิดของประเทศไทยสามารถแก้ไขปัญหากับการกำหนดนโยบายหรือการกำกับดูแลของบริษัทแม่ได้ โดยบริษัทแม่อาจมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของตนเอง หากความเสียหายเป็นผลมาจากการกำกับดูแลบริษัทลูกอย่างไม่เหมาะสม ซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการกระทำของบริษัทแม่เอง โดยใช้มุมมองเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ใช้ประมาทในทางละเมิด (Tort of Negligence) ว่า เป็นกรณีที่บริษัทแม่อาจไม่ได้ตั้งใจ แต่เป็นการละเลยผลลัพธ์ จึงควรกำหนดความรับผิดชอบของบริษัทแม่ นอกจากนี้ วิทยานิพนธ์นี้เห็นว่า แนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความคล้ายคลึงกับ Dorset Yacht Principle ของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ เป็นกรณีที่บริษัทแม่ใช้อำนาจควบคุมเหนือบริษัทลูกก่อนหน้า และควรจะป้องกันมิให้บริษัทลูกประมาทเลินเล่อก่อความเสียหายต่อร่างกายหรือทรัพย์สินต่อบุคคลอื่น แต่ล้มเหลวในการควบคุมหรือกำกับดูแลที่เหมาะสมมิให้บริษัทลูกก่ออันตรายซึ่งตนควรจะคาดเห็นได้ จึงถือว่าบริษัทแม่มีหน้าที่อันพึงต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เสียหายจากเหตุการณ์ที่มีอยู่ก่อน ส่วนเรื่องการติดตามผลการปฏิบัติงานของบริษัทลูก วิทยานิพนธ์นี้เห็นว่า การติดตามผลการปฏิบัติงานในที่ประชุมผู้ถือหุ้น หรือการติดตามในเชิงภาพรวม เพื่อนำข้อมูลไปจัดทำรายงานความยั่งยืนของกลุ่มบริษัท โดยไม่มีลักษณะสั่งการหรือติดตามอย่างใกล้ชิดรายวัน บริษัทแม่ไม่ควรต้องรับผิดชอบ อีกทั้ง การติดตามผลการปฏิบัติงานของบริษัทลูกไม่สัมพันธ์โดยตรงกับความเสียหาย เว้นแต่การกำกับดูแลดังกล่าวจะมีลักษณะติดตามอย่างใกล้ชิดหรือมีลักษณะสั่งการโดยไม่มีแบบแผน เช่นนี้ บริษัทแม่ควรต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดของบริษัทแม่เอง และไม่ใช้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดของผู้อื่น เพราะการกำกับดูแลเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทลูกเอง และบริษัทแม่จะไม่สามารถพิสูจน์หักล้างความรับผิดชอบได้

ส่วนการกำหนดความรับผิดทางแพ่งจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบสถานะความเสี่ยงของธุรกิจตนเป็นข้อเสนอที่น่าสนใจ แต่ควรต้องพิจารณาอย่างระมัดระวัง เพราะมีความใหม่ เป็นบทลงโทษที่ถูกเรียกร้องได้ง่าย และไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการคำนวณค่าเสียหายจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ แต่มีข้อดีที่ยกระดับมาตรฐานการกำกับดูแลของบริษัทแม่ให้คุ้มครองสังคมและสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้น ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยอาจศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับใช้ ผลกระทบต่อบริษัทและการลงทุน รวมถึงการทำให้หน้าที่ดังกล่าวมีสภาพบังคับไป อย่างไรก็ดี วิทยานิพนธ์นี้เห็นว่า ควรปรับปรุงหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีปี 2560 (Corporate Governance Code : CG Code) ให้สอดคล้องกับหน้าที่ตรวจสอบสถานะความเสี่ยงของธุรกิจตนตาม The Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) ของสหภาพยุโรป เพื่อสร้างมาตรฐานที่ดีในการกำกับดูแลกิจการก่อนความเสียหายเกิดขึ้น

ดังนั้น งานวิจัยนี้เห็นควรปรับปรุงหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีปี 2560 (Corporate Governance Code : CG Code) ให้สอดคล้องกับหน้าที่ตรวจสอบสถานะความเสี่ยงของธุรกิจตนของสหภาพยุโรป เพื่อสร้างมาตรฐานที่ดีในการกำกับดูแลกิจการก่อนความเสียหายเกิดขึ้น และอาจมีการทบทวนถึงความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งจากการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตรวจสอบสถานะความเสี่ยงของธุรกิจตนในอนาคต

## 6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 6.1 บทสรุป

ความรับผิดชอบของบริษัทแม่กับบริษัทลูกโดยทั่วไปแยกต่างหากจากกันตามแนวคิดที่ว่าแต่ละบริษัทเป็นคนละนิติบุคคลแยกจากกัน (Separate Entity Approach) อย่างไรก็ตาม มีความเป็นไปได้ที่จะจัดตั้งบริษัทลูกเพื่อประกอบกิจการที่มีความเสี่ยง และเกิดเสียหายต่อสังคมและสิ่งแวดล้อมในวงกว้าง (Moral Hazard) ซึ่งโดยหลักผู้เสียหายจะเรียกร้องให้ชำระหนี้ได้ก็แต่บริษัทลูกเท่านั้น แต่บางครั้งการเรียกร้องดังกล่าวไม่เป็นผล หรือมีบางสถานการณ์ที่บริษัทแม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของบริษัทลูก ทำให้ผู้เสียหายมีความพยายามเรียกร้องให้บริษัทแม่ชดใช้เยียวยาความเสียหาย ซึ่งแต่ละประเทศเล็งเห็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของบริษัทแม่ และมีแนวทางใช้เครื่องมือทางกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกเป็นธรรมเช่นกัน แม้นิติวิธีทางกฎหมายที่ใช้จะมีความแตกต่างกันไปตามระบบของกฎหมายแต่ละประเทศ

สำหรับบทความวิจัยนี้ได้วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางแพ่งของบริษัทแม่ออกเป็น 3 สถานการณ์อันได้แก่

ประการแรก สถานการณ์ที่บริษัทแม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับแหล่งกำเนิดมลพิษโดยตรง งานวิจัยนี้เห็นว่า การสั่งการ บริหารจัดการหรือดำเนินการแหล่งกำเนิดมลพิษของบริษัทลูกไม่เพียงพอที่จะถือว่าบริษัทแม่เป็นผู้ครอบครองได้ตามหลักกฎหมายแพ่ง เนื่องจากการเป็นผู้ครอบครองต้องอาศัยทั้งการควบคุมแหล่งกำเนิดมลพิษในทางกายภาพ (Corpus Possessionis) และเจตนาครอบครองเพื่อตนเอง (Animus Possidendi) อย่างชัดเจน ซึ่งในหลายกรณี บริษัทแม่มักโต้แย้งว่าการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของบริษัทลูก ไม่ใช่ของตนเอง จึงทำให้ขาดองค์ประกอบของเจตนาเพื่อตน และไม่สามารถเรียกให้บริษัทแม่รับผิดชอบภายใต้มาตรา 96 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้

ประการที่สอง สถานการณ์ที่มีการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูก ศาลไทยอาจใช้กฎหมายละเมิดเพื่อเรียกความเสียหายกับบริษัทแม่ได้เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ความรับผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ผู้เสียหายอาจมีอุปสรรคในการพิสูจน์ อาทิ การพิสูจน์เจตนาภายในของบริษัทแม่-บริษัทลูก และการพิสูจน์ถึงการมีอยู่ของสัญญาตั้งตัวแทนที่ส่วนใหญ่ยังไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนถึงสัญญาตั้งตัวแทนก็ตาม อย่างไรก็ตาม หากการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลดังกล่าวไม่เข้าข่ายการกระทำละเมิด แต่เป็นการใช้โครงสร้างความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูกในทางมิชอบอันได้แก่ การใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือเพื่อหลบเลี่ยงหรือรับภาระหน้าที่หรือความรับผิด และการมีทรัพย์สินปะปนกัน ศาลไทยไม่อาจใช้กฎหมายละเมิด แต่อาจใช้หลักสุจริตตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิจารณา ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อย่างไรก็ตาม ในประเทศไทย ผู้เสียหายต้องหักล้างข้อสันนิษฐานเรื่องความสุจริตในมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย ซึ่งเป็นอุปสรรคในการบังคับใช้หลักสุจริต และการบังคับใช้ขึ้นกับดุลพินิจของศาล และจากแนวคำพิพากษาศาลไทยมีการใช้หลักสุจริตอย่างจำกัด ทำให้ผู้เสียหายอาจไม่สามารถเรียกให้บริษัทแม่เข้ามารับผิดชอบต่อการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลเหล่านี้ได้

ประการที่สาม สถานการณ์เกี่ยวกับการกำหนดนโยบายหรือการกำกับดูแลของบริษัทแม่ การกำกับดูแลเป็นเรื่องปกติของการบริหารจัดการของกลุ่มบริษัทสมัยใหม่ และเป็นที่ยอมรับว่าการกำกับดูแลทั่วไปไม่ก่อให้เกิดความรับผิดของบริษัทแม่ นอกจากนี้ ศาลในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่ยอมรับว่า บริษัทแม่อาจมีความรับผิดเพื่อละเมิดของตนเอง หากความเสียหายเป็นผลมาจากการกำกับดูแลบริษัทลูกอย่างไม่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยมีความผ่อนคลายกว่า เพราะไม่ถือว่าการติดตามผลปฏิบัติงานในบริษัทลูกเป็นความผิด ซึ่งงานวิจัยนี้เห็นว่า ความรับผิดทางแพ่งของผู้ครอบครองในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ต้องมีการยึดถือแห่งกำเนิดมลพิษในความเป็นจริง (Actual Control) แต่การกำกับดูแลของบริษัทแม่อาจไม่มีการยึดถือเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ และแม้ปัจจุบันประเทศไทยมีการกำหนดให้บริษัทจดทะเบียนเปิดเผยข้อมูลการปฏิบัติตามหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี (Corporate Governance Code : CG Code) ในรายงานประจำปี (แบบ 56-1 One Report) แต่หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีไม่ครอบคลุมถึงการเปิดเผยข้อมูลผลกระทบจากการดำเนินงานทั่วทั้งกลุ่มบริษัท และการป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น โดยอาจอ้างอิงแนวทางของสหภาพยุโรป

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

ในการจัดการกับปัญหาความรับผิดทางแพ่งของบริษัทแม่ในคดีสิ่งแวดล้อมด้านมลพิษ ควรกำหนดบทบัญญัติที่เหมาะสมในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมในการเยียวยา รวมถึงมาตรการอื่น ๆ เพื่อรองรับผลกระทบจากการดำเนินธุรกิจที่มีความเสี่ยงโดยบริษัทลูก ซึ่งผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

- 1) แก้ไขเพิ่มเติมนิยามของผู้ครอบครองแห่งกำเนิดมลพิษในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการตีความโดยเฉพาะในบริบทกลุ่มบริษัท อ้างอิงตามประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีใจความว่า “ผู้ครอบครองหมายความว่า ผู้ยึดถือแห่งกำเนิดมลพิษโดยมีเจตนาจะยึดถือเพื่อตนหรือมีบุคคลอื่นยึดถือไว้แทน รวมถึงผู้มีส่วนร่วมโดยตรงในสถานประกอบการ ไม่ว่าจะเกิดจากการสั่งการ บริหารจัดการ หรือดำเนินการเกี่ยวกับแห่งกำเนิดมลพิษนั้น”
- 2) เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งโดยอาศัยหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มาตรา 97/1 เพื่อให้กฎหมายไทยครอบคลุมการกระทำที่ไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัทลูกที่ไม่ใช่ละเมิดด้วย เป็นว่า

“ในกรณีที่คู่ความร้องขอหรือศาลเห็นว่ามิเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อันควรเชื่อได้ว่า

(1) มีทรัพย์สินปะปนกัน

(2) มีการใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือเพื่อหลบเลี่ยงหรือรับภาระหน้าที่หรือความรับผิด

ให้ศาลมีอำนาจเรียกบุคคลที่ใช้อำนาจควบคุมนิติบุคคลในช่วงระยะเวลาที่มีเหตุดังกล่าวเข้ามาเป็นจำเลยร่วม และให้มีอำนาจพิพากษาให้บุคคลเช่นว่านั้นร่วมรับผิดชอบในหนี้ของนิติบุคคลได้ด้วย เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะสามารถพิสูจน์หักล้างได้ว่า ทรัพย์สินสามารถแบ่งแยกจากกันได้ หรือในกรณีที่ถูกกล่าวหาว่าใช้อำนาจควบคุมใช้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือ ผู้ใช้อำนาจควบคุมอาจพิสูจน์ได้ว่า ตนไม่รู้หรือควรรู้ถึงภาระหน้าที่หรือความรับผิดชอบในเวลานั้น”

3) ปรับปรุงหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีปี 2560 (Corporate Governance Code : CG Code) ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ สำหรับบริษัทจดทะเบียน (Listed companies) โดยเฉพาะกิจการที่อาจสร้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ให้สอดคล้องกับหน้าที่ตรวจสอบสถานะความเสี่ยงของธุรกิจต้นของสหภาพยุโรป เพื่อสร้างมาตรฐานที่ดีในการกำกับดูแลกิจการก่อนความเสียหายเกิดขึ้น ดังนี้

- (1) ปรับปรุงหลักปฏิบัติ 2 ให้บริษัทต้องจัดให้มีการตรวจสอบสถานะความเสี่ยงของธุรกิจ (Due Diligence) เข้าไปในนโยบายบริษัท และจัดให้มีการทบทวนนโยบายทุกปี
- (2) ปรับปรุงหลักปฏิบัติ 6.1 แนวปฏิบัติ 6.1.3 และ 6.1.8 โดยเน้นย้ำเรื่องการแจกแจงผลกระทบต่อปกติและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้ในด้านสิทธิมนุษยชนและสิ่งแวดล้อม และขยายขอบเขตการประเมินความเสี่ยงนอกเหนือจากการดำเนินงานของบริษัทเอง ให้รวมถึงบริษัทลูกและหุ้นส่วนทางธุรกิจด้วย ส่วนการกำกับดูแลนโยบายและการดำเนินงานของบริษัทลูกให้เป็นไปตามหลักปฏิบัติ 3.6
- (3) ปรับปรุงหลักปฏิบัติ 6.1 แนวปฏิบัติ 6.1.6 โดยกำหนดระยะเวลาที่ต้องติดตามความมีประสิทธิภาพของนโยบายและมาตรการต่าง ๆ อย่างน้อย 1 ครั้งในทุก ๆ 12 เดือน
- (4) ปรับปรุงหลักปฏิบัติ 7.4 ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการบริษัทพิจารณาในการเปิดเผยข้อมูลตามความเหมาะสม รวมถึงเรื่องความรับผิดชอบต่อสังคม สิทธิมนุษยชน และสิ่งแวดล้อม ให้มีผลบังคับใช้ชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ ต้องดำเนินการจัดให้มีการสื่อสารเกี่ยวกับการตรวจสอบสถานะของธุรกิจต่อสาธารณะ เช่นว่าเผยแพร่ผ่านรายงานประจำปีหรือรายงานความยั่งยืน

การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า  
พ.ศ. 2560\*  
Regulation of Holding Companies under the Trade Competition  
Act B.E. 2560

พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล  
Peerapong Jongpaisalsakul

อาจารย์ประจำ  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240  
Full-time Lecturer  
Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, Huamak, Bangkok 10240  
Corresponding author Email: peerapong.j@ru.ac.th  
(Received: February 6, 2025; Revised: April 10, 2025; Accepted: April 22, 2025)

## บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวทางการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวปฏิบัติของต่างประเทศ เพื่อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย การวิจัยใช้วิธีการศึกษาเชิงเอกสาร โดยวิเคราะห์เปรียบเทียบบทบัญญัติของกฎหมาย แนวปฏิบัติ และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และสาธารณรัฐเกาหลี

ผลการศึกษาพบว่า กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยมีข้อจำกัดสำคัญในการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้ง เนื่องจากนิยาม “ผู้ประกอบการธุรกิจ” มีขอบเขตจำกัดเฉพาะผู้ที่ประกอบธุรกิจโดยตรง ทำให้ไม่ครอบคลุมถึงบริษัทโฮลดิ้งที่แม้จะมีอำนาจควบคุมบริษัทในเครือแต่ไม่ได้ประกอบธุรกิจด้วยตนเอง ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศมีการตีความอย่างกว้างให้ครอบคลุมถึงบริษัทที่มีอิทธิพลต่อการดำเนินธุรกิจของบริษัทอื่น หรือมีบทบัญญัติเฉพาะในการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้ง การวิจัยนี้จึงเสนอให้แก้ไขนิยาม “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ให้ครอบคลุมถึงบริษัทที่มีอำนาจควบคุมหรือมีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อผู้ประกอบการธุรกิจอื่น ปรับปรุงประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณาความสัมพันธ์ทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ และออกแนวปฏิบัติที่ชัดเจนในการพิจารณาอำนาจควบคุมและความรับผิดชอบของบริษัทโฮลดิ้ง เพื่อให้การกำกับดูแลมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับมาตรฐานสากล

**คำสำคัญ:** บริษัทโฮลดิ้ง, การแข่งขันทางการค้า, อำนาจควบคุม

\* บทความวิจัยนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัยเรื่อง “การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560” โดยได้รับเงินอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี 2567; อาจารย์ ดร.พีรพงศ์ จงไพศาลสกุล เป็นอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายเอกชนและธุรกิจ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## Abstract

This research aims to examine the regulation of holding companies under the Trade Competition Act B.E. 2560 (2017) through a comparative analysis with foreign laws and practices to propose appropriate legislative reforms for Thailand. The research employs a documentary research methodology, conducting comparative analyses of statutory provisions, regulatory practices, and judicial decisions concerning holding company regulation under the competition laws of the United States, the European Union, and the Republic of Korea.

The findings reveal significant limitations in Thailand's competition law regarding holding company regulation, as the definition of "business operator" is restricted to direct business operators, thus failing to encompass holding companies that, despite controlling subsidiaries, do not directly engage in business operations. In contrast, foreign jurisdictions either broadly interpret their laws to include companies exert influence over other businesses' operations or maintain specific provisions for holding company regulation. This research proposes amendments to the definition of "business operator" to include companies that exercise control or significant influence over other business operators. Additionally, it recommends improvements to the notification concerning criteria for determining policy relationships or controlling power and the establishment of clear guidelines for assessing the control and liability of holding companies. These recommendations aim to enhance regulatory effectiveness and align with international standards.

**Keywords:** Holding Company, Trade Competition, Controlling Power

## 1. บทนำ

### 1.1 ที่มาและความสำคัญ

บทความวิจัยนี้มุ่งศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งถือเป็นประเด็นสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย เนื่องจากบริษัทโฮลดิ้งเป็นรูปแบบการประกอบธุรกิจที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลายและมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้น โดยเฉพาะในกลุ่มผู้ประกอบการรายใหญ่และผู้ประกอบการที่มีบริษัทในเครือจำนวนมาก ทั้งนี้ เพราะการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้งช่วยจำกัดความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจและเพิ่มความสามารถในการจัดหาเงินทุน<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ชินภัทร วิสุทธิแพทย์, "Holding Company บริษัทโฮลดิ้ง "โอกาส" หรือ "ภาระ" [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.live-platforms.com/th/education/article/240-holding-company-opportunity-or-burden>. [25 พฤศจิกายน 2567]

อย่างไรก็ตาม ด้วยลักษณะเฉพาะของบริษัทโฮลดิ้งที่มีได้มีการประกอบธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญเป็นของตนเอง หากแต่ดำเนินการโดยการลงทุนถือหุ้นในบริษัทอื่นเป็นหลัก<sup>2</sup> จึงส่งผลให้บริษัทโฮลดิ้งที่มีได้มีการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการใด ๆ อาจไม่ถือเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดนิยามของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยจำกัดขอบเขตไว้เฉพาะเพียงผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้า ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจเท่านั้น ส่งผลให้แม้บริษัทโฮลดิ้งจะมีพฤติกรรมที่อาจเข้าข่ายการฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น การรวมธุรกิจที่กระทบต่อการแข่งขันในตลาด หรือการเข้าร่วมในข้อตกลงที่จำกัดการแข่งขัน แต่ก็ไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายมาบังคับใช้ได้

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติบริษัทโฮลดิ้งมักถือหุ้นในสัดส่วนที่มีอำนาจควบคุมบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือได้ ดังนั้น การดำเนินการต่าง ๆ รวมถึงการกระทำที่อาจเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย อาจมีที่มาจากการควบคุมหรือสั่งการของบริษัทโฮลดิ้ง ซึ่งแม้ว่าคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะสามารถลงโทษบริษัทลูกได้ แต่กลับไม่สามารถดำเนินการใด ๆ กับบริษัทโฮลดิ้งที่เป็นผู้ควบคุมได้

สภาพปัญหาดังกล่าวก่อให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมาย โดยผู้ประกอบการอาจหลีกเลี่ยงการกำกับดูแลด้วยการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้ง ส่งผลให้ไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมที่กระทบต่อการแข่งขันได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งยังไม่สามารถประเมินอำนาจตลาดที่แท้จริงได้ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาวิเคราะห์แนวทางการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศต่าง ๆ เพื่อนำมาสู่ข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมายให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับเจตนารมณ์อย่างแท้จริง

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาหลักการ และทฤษฎีเกี่ยวกับการก่อตั้งนิติบุคคลในรูปแบบของบริษัทโฮลดิ้ง
- 2) เพื่อรวบรวมรูปแบบ และแนวทางการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ
- 3) เพื่อวิเคราะห์และเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ และแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย
- 4) เพื่อนำเสนอแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่เหมาะสม

<sup>2</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “การเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ - บริษัทที่มีการประกอบธุรกิจหลักโดยการลงทุน (Holding Company)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.set.or.th/th/listing/equities/common-stocks/thai-company/holding-company>. [25 พฤศจิกายน 2567]

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

บทบัญญัติภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ในปัจจุบัน ยังไม่สามารถถูกนำมาปรับใช้เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้งที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจได้ตามเจตนารมณ์ จึงควรมีการปรับปรุงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้องค์การบังคับใช้กฎหมายสามารถบังคับใช้กฎหมายกับองค์การที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันได้อย่างครอบคลุม

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยนี้จะศึกษาถึงปัญหาของการนำบทบัญญัติต่าง ๆ ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาปรับใช้เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้ง โดยศึกษาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว รวมถึงคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และสาธารณรัฐเกาหลี ตั้งแต่อดีตจนถึงปี พ.ศ. 2566 เพื่อนำมาวิเคราะห์และนำเสนอเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

### 1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ทำให้ทราบหลักการ และทฤษฎีเกี่ยวกับการก่อตั้งนิติบุคคลในรูปแบบของบริษัทโฮลดิ้ง
- 2) ทำให้ทราบรูปแบบ และแนวทางการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ
- 3) ทำให้ทราบหลักเกณฑ์ และแนวปฏิบัติในการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย
- 4) ทำให้ทราบแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่เหมาะสม

### 1.6 วิธีดำเนินงานวิจัย

ใช้วิธีการศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติของกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้า แนวปฏิบัติตามกฎหมาย รวมถึงการบังคับใช้กฎหมายเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศ เช่น โดยการวิจัยเอกสาร ด้วยการค้นคว้าจากหนังสือ บทบัญญัติของกฎหมาย ประกาศ แนวปฏิบัติ บทความ วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

## 2. แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้ง

### 2.1 ความหมายและความเป็นมาของบริษัทโฮลดิ้ง

บริษัทโฮลดิ้งหรือบริษัทที่มีการประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้น<sup>3</sup> ถือเป็นรูปแบบองค์กรธุรกิจที่มีลักษณะพิเศษ โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการถือหุ้นในบริษัทอื่นเพื่อควบคุมการดำเนินงานของบริษัทเหล่านั้น ทั้งนี้ นักวิชาการหลายท่านได้ให้คำนิยามของบริษัทโฮลดิ้งไว้ในแนวทางที่สอดคล้องกัน กล่าวคือ บริษัทโฮลดิ้งเป็นบริษัทที่สามารถควบคุมหรือมีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อการบริหารจัดการหรือมีอำนาจในการเลือกผู้บริหารของบริษัทอื่นโดยอาศัยการเป็นเจ้าของหลักทรัพย์ในบริษัทนั้น<sup>4</sup>

ทั้งนี้ ในบริบทของประเทศไทย ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยได้กำหนดนิยามของบริษัทโฮลดิ้งว่าหมายถึงบริษัทที่มีรายได้จากการถือหุ้นในบริษัทอื่นเป็นหลัก โดยไม่มีการประกอบธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญเป็นของตนเอง และต้องถือหุ้นในบริษัทอื่นมากกว่าร้อยละ 50 หรือไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 ในกรณีที่มีข้อจำกัดตามกฎหมาย<sup>5</sup>

ในแง่ประวัติความเป็นมา บริษัทโฮลดิ้งได้ปรากฏขึ้นครั้งแรกในอุตสาหกรรมโทรคมนาคม ในปี ค.ศ. 1832 และในอุตสาหกรรมระบบรางรถไฟของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1853<sup>6</sup> โดยได้รับความนิยมน้อยกว่าหลายภายหลังจากที่ John D. Rockefeller ได้ริเริ่มการดำเนินธุรกิจในรูปแบบทรัสต์ อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1911 ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาในคดี *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* ว่าบริษัทของ Rockefeller ดำเนินธุรกิจในลักษณะที่เป็นการผูกขาด จึงต้องยุติการดำเนินการในรูปแบบบริษัทโฮลดิ้ง<sup>7</sup> อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการควบคุมการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้งมากขึ้น แต่รูปแบบธุรกิจดังกล่าวก็ยังคงได้รับความนิยมมาจนถึงปัจจุบัน<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “ภาพรวม - บริษัทที่มีการประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้น (Holding Company)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.set.or.th/th/listing/equities/common-stocks/thai-company/holding-company>. [25 พฤศจิกายน 2567]

<sup>4</sup> James C. Bonbright and Gardiner C. Means, *The Holding Company: Its Public Significance and Its Regulation*, (New York: McGraw-Hill Book Company, 1932), p.4-7.

<sup>5</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “การเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ - บริษัทที่มีการประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้น (Holding Company)” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.set.or.th/th/listing/equities/common-stocks/thai-company/holding-company>. [25 พฤศจิกายน 2567]

<sup>6</sup> Paul Smith, “Holding Company,” [online] Available from : <https://www.encyclopedia.com/social-sciences-and-law/economics-business-and-labor/economics-terms-and-concepts/bank-holding-companies>. [25 November 2023]

<sup>7</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

<sup>8</sup> James C. Bonbright and Gardiner C. Means, *The Holding Company: Its Public Significance and Its Regulation*, p.89.

## 2.2 ข้อดี ข้อเสียของการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้ง

การจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้งมีข้อดีหลายประการ ประการแรก คือการลดความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ เนื่องจากบริษัทโฮลดิ้งมักถือหุ้นในบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือหลายแห่งที่แยกการดำเนินงานออกจากกัน ประการที่สอง คือการคุ้มครองความรับผิดในส่วนของบริษัทโฮลดิ้ง โดยเจ้าหนี้ของบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอาทรัพย์สินของบริษัทโฮลดิ้งได้ ประการที่สาม คือการลดต้นทุนในการจัดหาเงินทุน เนื่องจากบริษัทโฮลดิ้งที่มีความแข็งแกร่งทางการเงินสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนในอัตราดอกเบี้ยที่ต่ำกว่า และประการสุดท้าย คือการลดภาระในการบริหารจัดการ เนื่องจากเจ้าของหรือผู้บริหารของบริษัทโฮลดิ้งไม่จำเป็นต้องมีความเชี่ยวชาญในธุรกิจของบริษัทลูกทุกแห่ง<sup>9</sup>

อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้งก็มีข้อเสียที่สำคัญ กล่าวคือ มีต้นทุนในการจัดตั้งที่สูง เนื่องจากต้องจดทะเบียนทั้งบริษัทโฮลดิ้งและบริษัทลูกหลายแห่ง นอกจากนี้ ยังมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่สูง เนื่องจากต้องมีโครงสร้างการบริหารจัดการที่แยกกันในแต่ละบริษัท รวมถึงมีความซับซ้อนในการจัดการ โดยเฉพาะในกรณีที่มีความเห็นที่ขัดแย้งกันระหว่างผู้ถือหุ้นของบริษัทลูกแต่ละแห่ง<sup>10</sup>

## 2.3 รูปแบบของบริษัทโฮลดิ้ง

บริษัทโฮลดิ้งสามารถจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบหลัก ได้แก่ บริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริง (Pure Holding Companies) และบริษัทโฮลดิ้งแบบผสม (Mixed Holding Companies) โดยบริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริงจะดำเนินธุรกิจหลักโดยการถือหุ้นของบริษัทอื่นเพื่อหากำไรเพียงอย่างเดียว โดยไม่มีส่วนร่วมในการดำเนินธุรกิจของบริษัทอื่นแต่อย่างใด ในขณะที่บริษัทโฮลดิ้งแบบผสมนอกจากจะถือหุ้นในบริษัทอื่นแล้ว ยังมีการเข้าบริหารจัดการการดำเนินธุรกิจของบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือด้วย<sup>11</sup>

บริษัทโฮลดิ้งทั้งสองรูปแบบต่างมีข้อดีและข้อเสียที่แตกต่างกัน กล่าวคือ บริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริงมีข้อดีในแง่การปกป้องความรับผิด สิทธิประโยชน์ทางภาษี และความสะดวกในการบริหารจัดการ แต่มีข้อเสียในเรื่องความซับซ้อน การควบคุมที่จำกัด และการเข้าถึงแหล่งเงินทุนที่จำกัด ส่วนบริษัทโฮลดิ้งแบบผสมมีข้อดีในแง่ความหลากหลายของรายได้ การประสานการดำเนินงาน และการกลยุทธ์ในการเติบโตที่หลากหลาย แต่มีข้อเสียในเรื่องความซับซ้อนในการบริหารจัดการ ต้นทุนการดำเนินงานที่สูง และความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้น<sup>12</sup>

<sup>9</sup> ปภาสกร แก้วกอบสิน, “Holding Company สำคัญอย่างไร ทำไมเจ้าของธุรกิจต้องศึกษา? 5 เหตุผลสำคัญที่ธุรกิจครอบครัวควรจัดตั้ง” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.idolplanner.com/post/holding-company>. [25 พฤศจิกายน 2567]

<sup>10</sup> เจษฎา เจริญสันติพงศ์, “ทำความเข้าใจธุรกิจ โฮลดิ้ง คอมพานี” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.setinvestnow.com/th/knowledge/article/340-getting-to-know-holding-company>. [30 พฤศจิกายน 2567]

<sup>11</sup> Adam Hayes, “Holding Company: What It Is, Advantages and Disadvantages,” [online] Available from : <https://www.investopedia.com/terms/h/holdingcompany.asp>. [30 November 2023]

<sup>12</sup> Wolters Kluwer, “What Is a Holding Company Structure and Why is it so Popular?,” [online] Available from : <https://www.nass.org/sites/default/files/2023-07/issue-paper-CT-Corp-NASS-summer23.pdf>. [30 November 2023]

## 2.4 การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีความจำเป็นเนื่องจากอำนาจในการควบคุมบริษัทลูกหรือบริษัทในเครืออาจก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการมีพฤติกรรมต่อต้านหรือจำกัดการแข่งขันในตลาด<sup>13</sup> โดยแนวทางในการกำกับดูแลที่สำคัญมี 2 รูปแบบ คือ การกำหนดให้บริษัทโฮลดิ้งถือเป็นผู้ประกอบการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า และการกำหนดบทบัญญัติเพื่อกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งเป็นการเฉพาะ

รูปแบบแรก องค์การบังคับใช้กฎหมายหรือศาลอาจตีความคำว่า “ผู้ประกอบการ” ให้ครอบคลุมถึงบริษัทโฮลดิ้งตามหลักการพิจารณาเชิงหน้าที่ (Functional Approach)<sup>14</sup> โดยถือว่าการใช้อำนาจควบคุมและมีอิทธิพลเด็ดขาดเหนือบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างหนึ่ง<sup>15</sup> ส่วนรูปแบบที่สอง กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอาจมีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้ง เช่น กฎหมายป้องกันการผูกขาดของประเทศญี่ปุ่นที่ห้ามการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้ง<sup>16</sup> หรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลีที่กำกับดูแลมิให้บริษัทโฮลดิ้งส่งผลเป็นการขยายอำนาจตลาดของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง<sup>17</sup>

## 3. การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย

### 3.1 การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา

#### 3.1.1 ผู้ประกอบการภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

การพิจารณาขอบเขตของผู้ประกอบการที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้น พิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กฎหมาย Sherman Act ซึ่งกำกับดูแลพฤติกรรมที่ตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน รวมถึงการผูกขาดและการพยายามผูกขาด และกฎหมาย Clayton Act ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจ รวมถึงกฎหมาย Federal Trade Commission Act ซึ่งกำกับดูแลพฤติกรรมการค้าที่ไม่เป็นธรรม

<sup>13</sup> Adam Hayes, “Barriers to Entry: Understanding What Limits Competition,” [online] Available from : <https://www.investopedia.com/terms/b/barriertoentry.asp>. [30 November 2023]

<sup>14</sup> Bendik T. Eckbo. **Concept of Undertakings**. Master’s Thesis, King’s College, University of London, 2012 ; p.8.

<sup>15</sup> Case T-168/05, *Arkema v Commission*.

<sup>16</sup> Article 9 of The Antimonopoly Act (AMA)

“(1) No company may be established that would cause an excessive concentration of economic power due to shareholding (including equity interest; the same applies hereinafter) in other companies in Japan.

...”

<sup>17</sup> ทองพิทักษ์ เชิดชู. **ปัญหาการรวมธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2559 ; หน้า 161-162.

แม้ว่าบทบัญญัติมาตราสำคัญ 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 1 ว่าด้วยการกำกับดูแลการตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน และมาตรา 2 ว่าด้วยการผูกขาดหรือการพยายามผูกขาด ภายใต้ Sherman Act จะบัญญัติเป็นไปในทำนองเดียวกันว่าให้ใช้บังคับแก่ “บุคคล” (Person) แต่ Sherman Act กลับไม่ได้ให้คำนิยามของคำว่า “บุคคล” ไว้อย่างชัดเจน จนกระทั่งในที่สุดเมื่อ Clayton Act ซึ่งเป็นกฎหมายป้องกันการผูกขาดฉบับถัดมาได้ถูกตราขึ้นในปี ค.ศ. 1914 ก็ได้มีการให้คำนิยามของคำว่า “บุคคล” ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายป้องกันการผูกขาดไว้ในมาตรา 1 ว่าให้หมายความรวมถึงบริษัทและสมาคมที่ดำรงอยู่ภายใต้หรือได้รับอนุญาตตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา กฎหมายของดินแดนใด ๆ กฎหมายของรัฐใด ๆ หรือกฎหมายของประเทศต่างชาติใด ๆ

คำนิยามดังกล่าวสะท้อนว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกานั้นมีเจตนารมณ์ที่จะบังคับใช้ครอบคลุมทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลประเภทต่าง ๆ ไม่ว่าจะจัดตั้งขึ้นในประเทศหรือต่างประเทศ นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติได้มีการตีความขยายความหมายของคำว่า “บุคคล” ให้กว้างขวางยิ่งขึ้นผ่านคำพิพากษาของศาลในคดีต่าง ๆ อีกด้วย ซึ่งการตีความดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายที่สภาคองเกรสของสหรัฐอเมริกานั้นมีเจตนาที่จะให้กฎหมายมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้างขวาง ครอบคลุมทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลทุกประเภทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างมลรัฐ เพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม ป้องกันการผูกขาด และคุ้มครองผู้บริโภค<sup>18</sup>

### 3.1.2 พฤติกรรมต้องห้ามของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด

พฤติกรรมที่กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาห้ามกระทำ แบ่งออกได้ 4 ประเภท ได้แก่

ประการแรก การผูกขาดและการพยายามที่จะผูกขาด ซึ่งถูกกำกับดูแลภายใต้บทบัญญัติมาตรา 2 ของ Sherman Act<sup>19</sup> โดยในคำพิพากษาคดี *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการรวมกิจการและการดำเนินงานของบริษัท Standard Oil ซึ่งเป็นบริษัทโฮลดิ้งที่ถือหุ้นในบริษัทย่อยจำนวนมากในอุตสาหกรรมน้ำมันปิโตรเลียม เป็นการละเมิดกฎหมายป้องกันการผูกขาดมาตรา 1 และ 2 เนื่องจากการรวมหุ้นของบริษัทต่าง ๆ ไว้ที่บริษัทโฮลดิ้งเดียวมีเจตนาที่จะกีดกันคู่แข่งและรวมศูนย์อำนาจควบคุมการค้าน้ำมันในระหว่างมลรัฐ<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Jannet L. Gurian., “Pfizer, Inc. v. Government of India: The Ability of Foreign Governments to Sue under Section 4 of the Clayton Act”, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 5, 2 (1978), p.299-316.

<sup>19</sup> 15 U.S. Code § 2 - Monopolizing trade a felony; penalty

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, ...”

<sup>20</sup> *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

ประการที่สอง การร่วมกันจำกัดการแข่งขัน และการร่วมกันจำกัดการแข่งขันในการประกวดราคา ซึ่งถูกกำกับดูแลภายใต้บทบัญญัติมาตรา 1 ของ Sherman Act โดยบทบัญญัติดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้แก่บริษัทโฮลดิ้งที่มีพฤติกรรมร่วมกันจำกัดการแข่งขันได้เช่นเดียวกัน<sup>21</sup>

ประการที่สาม การรวมธุรกิจ ซึ่งถูกกำกับดูแลภายใต้บทบัญญัติมาตรา 7 ของ Clayton Act<sup>22</sup> โดยในคำพิพากษาคดี *E.I. Du Pont De Nemours & Co.* ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าแม้บริษัท Du Pont จะเป็นบริษัทโฮลดิ้ง แต่ก็อยู่ภายใต้บังคับของ Clayton Act เนื่องจากกฎหมายมุ่งหมายที่จะป้องกันผลกระทบต่อการแข่งขัน ไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำของบริษัทประเภทใด<sup>23</sup>

ประการที่สี่ การใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งถูกกำกับดูแลภายใต้บทบัญญัติมาตรา 5 ของ Federal Trade Commission Act<sup>24</sup> โดยคณะกรรมการการค้าแห่งสหพันธรัฐสามารถบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมการใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมที่ถูกกระทำลงโดยบริษัทโฮลดิ้งได้<sup>25</sup>

<sup>21</sup> 15 U.S. Code § 1 - Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal ...”

<sup>22</sup> 15 U.S. Code § 18 - Acquisition by one corporation of stock of another

“No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

...”

<sup>23</sup> *United States v. E. I. Du Pont De Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).

<sup>24</sup> 15 U.S. Code § 45 - Unfair methods of competition unlawful; prevention by Commission

“(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

...”

<sup>25</sup> *Federal Trade Commission v. Seven & i Holdings Co., Ltd.*, No. 23-cv-03600 (D.D.C. filed Dec. 4, 2023).

### 3.1.3 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดแก่พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของบริษัทโฮลดิ้ง

คำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นโดยชัดเจนว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกา นั้นสามารถปรับใช้แก่พฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้งได้ แม้ว่าบริษัทโฮลดิ้งนั้นจะเป็นประเภทบริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริง (Pure Holding Companies) ซึ่งมีได้มีการประกอบธุรกิจของตนเอง คือ คำพิพากษาคดี *In re Lithium Ion Batteries Antitrust Litigation*

คดีนี้เป็นการฟ้องร้องแบบกลุ่มโดยผู้ซื้อโดยตรงและผู้ซื้อโดยอ้อมต่อผู้ผลิตแบตเตอรี่ลิเทียมไอออนรายใหญ่หลายราย โดยกล่าวหาว่าจำเลยร่วมกันกำหนดราคาเซลล์แบตเตอรี่ลิเทียมไอออน ซึ่งเป็นส่วนประกอบหลักของแบตเตอรี่ลิเทียมไอออนสำเร็จรูปที่ใช้ในอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบริษัทโฮลดิ้งในคดีนี้ คือ กรณีของบริษัท GS Yuasa ซึ่งเป็นหนึ่งในจำเลยของคดีที่อ้างว่าตนเป็นบริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริงที่ไม่ได้ผลิตหรือขายแบตเตอรี่ลิเทียมไอออนขนาดเล็ก แต่ศาลในคดีดังกล่าวได้ปฏิเสธข้ออ้างนี้ของบริษัท GS Yuasa อันเป็นการวางหลักการสำคัญว่าการเป็นบริษัทโฮลดิ้งที่ไม่ได้ประกอบธุรกิจด้วยตนเองไม่ใช่ข้อยกเว้นความรับผิดชอบตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด หากมีพยานหลักฐานเพียงพอที่แสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมในการสมคบคิดกำหนดราคาหรือจำกัดการแข่งขัน<sup>26</sup>

คำวินิจฉัยนี้ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับการควบคุมอำนาจตลาดที่แท้จริง (Actual Market Control) กล่าวคือ แม้ว่าบริษัทโฮลดิ้งจะไม่ได้มีการดำเนินธุรกิจโดยตรง แต่หากมีอิทธิพลที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันก็อาจเข้าข่ายละเมิดกฎหมายได้ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวนี้ยังเชื่อมโยงกับการทดสอบความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Economic Reality Test) ซึ่งศาลใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบริษัทโฮลดิ้งมีอำนาจควบคุมบริษัทในเครือหรือไม่ โดยมิได้พิจารณาเพียงแต่โครงสร้างของนิติบุคคลตามกฎหมายเท่านั้น

## 3.2 การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

### 3.2.1 ผู้ประกอบธุรกิจภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

บทบัญญัติมาตรา 101 และ 102 ของสนธิสัญญาว่าด้วยวิธีบริหารงานของสหภาพยุโรป (Treaty on the Functioning of the European Union: TFEU) นั้น บัญญัติไว้ให้บทบัญญัติดังกล่าวบังคับใช้กับ “ผู้ประกอบการ” (Undertaking) โดยที่สนธิสัญญาดังกล่าวมิได้มีการให้นิยามของคำว่า “ผู้ประกอบการ” เอาไว้ ซึ่งในทางทฤษฎีนั้นผู้ประกอบการที่จะตกอยู่ในบังคับของ TFEU นั้น อาจประกอบไปด้วย บริษัทหนึ่งหรือหลายบริษัท และยังสามารถรวมถึงทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลด้วย<sup>27</sup>

<sup>26</sup> *In re Lithium Ion Batteries Antitrust Litigation*, No. 13-MD-2420 YGR, 2014 WL 4955377 (N.D. Cal. Oct. 2, 2014).

<sup>27</sup> Alison Jones, “The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law”, in *European Competition Journal* 8, 2 (2012), p.305.

ศาลของสหภาพยุโรปได้ให้นิยามของคำว่า “ผู้ประกอบการ” ภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าวเอาไว้ในคำพิพากษาคดีต่าง ๆ โดยได้วินิจฉัยว่า “ผู้ประกอบการ หมายถึง องค์กรซึ่งประกอบได้ด้วยบุคคลหลาย ๆ คน และสินทรัพย์ที่จับต้องได้และจับต้องไม่ได้ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นเอกเทศ และมีการดำเนินการเพื่อให้บรรลุผลในทางเศรษฐกิจเป็นการเฉพาะ”<sup>28</sup>

ภายใต้แนวคำพิพากษาของศาลสหภาพยุโรปที่ปรากฏเรื่อยมานั้น จึงสรุปได้ว่า “ผู้ประกอบการ” ในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปนั้น ครอบคลุมถึงองคภาพพ (Entity) หรือองค์กรใด ๆ ที่มีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Activities) โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงสถานะทางกฎหมายขององคภาพพ หรือวิธีการจัดหาแหล่งรายได้ขององคภาพพนั้น

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่องคภาพพนั้นมีความสัมพันธ์ในลักษณะของบริษัทแม่และบริษัทลูก ศาลของสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยไว้ว่าบริษัทลูกจะไม่อยู่ในฐานะของผู้ประกอบการ หากว่าบริษัทลูกนั้นไม่ได้มีความเป็นอิสระทางเศรษฐกิจ (No Economic Independence) หรือในกรณีที่บริษัทลูกนั้นเป็นเพียงหน่วยทางเศรษฐกิจภายในบริษัทแม่ซึ่งไม่มีอิสรภาพในการตัดสินใจนอกจากจะต้องดำเนินการตามที่ได้รับคำสั่งมาจากบริษัทแม่เท่านั้น<sup>29</sup>

### 3.2.2 พฤติกรรมต้องห้ามของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

พฤติกรรมที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปอาจจำแนกได้ออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่

ประการแรก การใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งถูกกำกับดูแลภายใต้บทบัญญัติมาตรา 102 ของ TFEU โดยในคดี Bulgarian Energy Holding Ead and Others v Commission<sup>30</sup> ศาลของสหภาพยุโรปได้ยืนยันว่าบทบัญญัติมาตรา 102 ของ TFEU สามารถใช้กับบริษัทโฮลดิ้งและบริษัทย่อยที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ หากพบว่ามีการใช้อำนาจนั้นในทางมิชอบ<sup>31</sup>

ประการที่สอง การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน ซึ่งถูกกำกับดูแลภายใต้บทบัญญัติมาตรา 101 ของ TFEU โดยศาลของสหภาพยุโรปได้ปรับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวแก่ “ผู้ประกอบการ” ที่มีการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจทุกรูปแบบ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมายหรือวิธีการจัดหาเงินทุน<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Case 19/61 Mannersmann AG v High Authority, 13 July 1962 [1962] ECR 675; Case C3/2019/2401 Network Rail Infrastructure Ltd v Achilles Information Ltd [2020] EWCA Civ 323, para 44.

<sup>29</sup> Alison Jones, “The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law”, in *European Competition Journal*, p.305.

<sup>30</sup> Case T-136/19 Bulgarian Energy Holding Ead and Others v Commission [2023] ECLI:EU:T:2023:669

<sup>31</sup> Joris Gruyters, “On Access Refusal, Potential Competition and State Action as a Remedy Against EU Competition Law (Case T-136/19),” [online] Available from : [https://kuleuven.limo.libis.be/discovery/fulldisplay?docid=lirias4124471&context=SearchWebhook&vid=32KUL\\_KUL:Lirias&lang=en&search\\_scope=lirias\\_profile&adaptor=SearchWebhook&tab=LIRIAS&query=any,contains,LIRIAS4124471&offset=0](https://kuleuven.limo.libis.be/discovery/fulldisplay?docid=lirias4124471&context=SearchWebhook&vid=32KUL_KUL:Lirias&lang=en&search_scope=lirias_profile&adaptor=SearchWebhook&tab=LIRIAS&query=any,contains,LIRIAS4124471&offset=0). [15 December 2023]

<sup>32</sup> Richard Whish and David Bailey, *Competition Law*, 10<sup>th</sup> ed. (Oxford: Oxford University Press, 2021), p.84-85, 122.

ประการที่สาม การรวมธุรกิจ ซึ่งถูกกำกับดูแลภายใต้ระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการรวมตัวกันของผู้ประกอบธุรกิจ (Council Regulation (EC) No.139/2004) ซึ่งกำหนดให้การรวมธุรกิจจะได้รับอนุญาตให้กระทำต่อเมื่อการรวมธุรกิจนั้นไม่ส่งผลเป็นการขัดขวางการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพในตลาดร่วมอย่างมีนัยสำคัญ<sup>33</sup>

### 3.2.3 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของบริษัทโฮลดิ้ง

คำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นโดยชัดเจนว่ากฎหมายการแข่งขันการค้าของสหภาพยุโรปนั้นสามารถปรับใช้แก่พฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้งได้ แม้ว่าบริษัทโฮลดิ้งนั้นจะเป็นประเภทบริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริงซึ่งมิได้มีการประกอบธุรกิจของตนเอง คือ คำพิพากษาคดี The Goldman Sachs Group, Inc. v European Commission<sup>34</sup>

คำวินิจฉัยนี้เกี่ยวข้องกับการอุทธรณ์ของ The Goldman Sachs Group Inc. ต่อคำตัดสินของศาลยุติธรรมยุโรปที่ยืนยันคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิการของสหภาพยุโรป ในการลงโทษปรับบริษัท Goldman Sachs ในฐานะบริษัทแม่ของบริษัท Prysmian เนื่องจากมีส่วนร่วมในการฮั้วประมูลในตลาดสายเคเบิลไฟฟ้าแรงสูงและแรงสูงพิเศษ

ศาลได้วางหลักการสำคัญว่า การที่บริษัทแม่จะถูกพิจารณาว่ามีความรับผิดชอบร่วมกับบริษัทในเครือนั้น ไม่จำเป็นต้องถือหุ้ทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมดในบริษัทลูก หากแต่พิจารณาจากการมีอิทธิพลอย่างเด็ดขาด (Decisive Influence) ต่อการดำเนินงานของบริษัทลูก คำวินิจฉัยนี้มีนัยสำคัญอย่างยิ่งต่อการตีความบทบัญญัติมาตรา 101 ของ TFEU ในบริบทของบริษัทโฮลดิ้ง โดยแสดงให้เห็นว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปสามารถปรับใช้กับบริษัทโฮลดิ้งได้ แม้บริษัทโฮลดิ้งนั้นจะไม่ได้เป็นผู้กระทำผิดโดยตรง แต่หากพิสูจน์ได้ว่ามีอิทธิพลอย่างเด็ดขาดต่อบริษัทในเครือที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย<sup>35</sup>

## 3.3 การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลี

### 3.3.1 ผู้ประกอบธุรกิจภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลีมีขอบเขตการใช้บังคับกับองค์การอย่างน้อย 2 ประเภทหลัก ได้แก่ ผู้ประกอบการ และองค์กรของผู้ประกอบการ โดยที่ภายใต้

<sup>33</sup> Alberto Heimler, “Was the Change of the Test for Merger Control in Europe Justified? An Assessment (Four Years after the Introduction of SIEC)”, in *European Competition Journal* 4, 1 (2008), p.85.

<sup>34</sup> Case C-595/18P, *The Goldman Sachs Group, Inc. v European Commission* [2021] ECLI:EU:C:2021:73

<sup>35</sup> การปรับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวยังสอดคล้องกับหลักการเจาะม่านนิติบุคคล (Piercing the Corporate Veil) ซึ่งอนุญาตให้หน่วยงานกำกับดูแลกฎหมายสามารถเจาะผ่านโครงสร้างทางกฎหมายของนิติบุคคล และถือว่าบริษัทโฮลดิ้งต้องรับผิดชอบต่อพฤติกรรมการแข่งขันของบริษัทลูก แม้ว่าจะมีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากกันก็ตาม แนวคิดดังกล่าวนี้ จึงช่วยป้องกันบริษัทโฮลดิ้งจากการใช้บริษัทลูกเป็นเครื่องมือดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ขัดต่อกฎหมายการแข่งขันทางการค้าได้

บทบัญญัติมาตรา 2 ของกฎหมายป้องกันการผูกขาด ผู้ประกอบการ (Enterpriser) หมายถึง บุคคลที่ประกอบธุรกิจการผลิต การให้บริการ หรือธุรกิจอื่นใด ทั้งนี้ ผู้บริหาร พนักงาน ตัวแทน หรือบุคคลอื่นใดที่กระทำการเพื่อผลประโยชน์ของผู้ประกอบการให้ถือเป็นผู้ประกอบการด้วย<sup>36</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลียังได้บัญญัตินิยามของบริษัทโฮลดิ้งไว้โดยเฉพาะ ซึ่งบัญญัติให้บริษัทโฮลดิ้ง หมายถึง บริษัทที่ประกอบธุรกิจตามปกติโดยการควบคุมบริษัทอื่นใดภายในสาธารณรัฐเกาหลีผ่านการเป็นผู้ถือหุ้น และมีมูลค่าสินทรัพย์เกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ในกฎชุกฎีกา

บริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลีในปัจจุบันจะต้องมีคุณสมบัติคือ (1) มีสินทรัพย์อย่างน้อยหนึ่งแสนล้านวอน และ (2) มีมูลค่าของหุ้นที่ถือในบริษัทในเครือโดยมีสัดส่วนอย่างน้อยร้อยละ 50 ของมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดของบริษัทนั้น ๆ<sup>37</sup>

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลีไม่มีการแบ่งแยกการบังคับใช้กฎหมายระหว่างบริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริงที่ไม่มีการประกอบธุรกิจอื่นนอกเหนือไปจากการควบคุมบริษัทในเครือผ่านการถือหุ้น กับบริษัทโฮลดิ้งแบบผสมที่ยังมีการดำเนินธุรกิจด้วย เพียงแต่การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งอาจแตกต่างกันไปโดยขึ้นอยู่กับประเภทธุรกิจของบริษัทในเครือว่าเป็นการประกอบธุรกิจการเงินหรือไม่ เนื่องจากบริษัทโฮลดิ้งที่มีบริษัทในเครือประกอบธุรกิจการเงินจะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายว่าด้วยบริษัทโฮลดิ้งทางการเงินด้วย (Financial Holding Companies Act)<sup>38</sup>

### 3.3.2 พฤติกรรมต้องห้ามของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายป้องกันการผูกขาด

กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น มีบทบัญญัติที่กำกับดูแลประเด็นเกี่ยวกับบริษัทโฮลดิ้ง หรือการกระทำของบริษัทโฮลดิ้งเอาไว้เป็นการเฉพาะ ตามที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 8 และมาตรา 8-2 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว

ประการแรก การควบคุมการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้ง โดยที่บทบัญญัติมาตรา 8 กำหนดให้บริษัทที่จัดตั้งหรือแปรสภาพเป็นบริษัทโฮลดิ้งนั้นต้องรายงานต่อคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรมแห่ง

<sup>36</sup> Article 2 (Definitions) of Monopoly Regulation and Fair Trade Act

“1. The term “enterpriser” means a person who conducts manufacturing business, service business, or any other business. Any executive, employee, agent or any other person who acts in the interest of the enterpriser shall be deemed an enterpriser in application of the provisions pertaining to enterprisers’ organizations; ...”

<sup>37</sup> Article 2 (Definitions) of Monopoly Regulation and Fair Trade Act

“1-2. The term “holding company” means a company which makes controlling any domestic company’s business through the ownership of stocks (including equities; hereinafter the same shall apply) as its main business and whose total assets are above the amount determined by Presidential Decree. In such cases, the standards for main business shall be determined by Presidential Decree; ...”

<sup>38</sup> Daewoo Securities, “Holding Companies,” [online] Available from : <https://securities.miraeasset.com/bbs/download/77621.pdf?attachmentId=77621>. [22 January 2024]

เกาหลี (The Korea Fair Trade Commission: KFTC) เพื่อให้สามารถตรวจสอบและควบคุมได้<sup>39</sup> อันเนื่องมาจากบริบทของการเติบโตทางเศรษฐกิจและการขยายตัวของบริษัทขนาดใหญ่ในสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดและการกระจุกตัวของอำนาจทางเศรษฐกิจในมือของบริษัทไม่กี่แห่งที่เรียกว่าแช็บบอล (Chaebol) การจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้งนั้นเป็นกลยุทธ์ที่บริษัทขนาดใหญ่ในสาธารณรัฐเกาหลีใช้ในการควบคุมบริษัทในเครือหลายแห่งผ่านการถือครองหุ้น ซึ่งอาจนำไปสู่การลดการแข่งขันในตลาดและการใช้ประโยชน์จากสถานะที่เหนือกว่าในทางที่ไม่เป็นธรรม<sup>40</sup>

ประการที่สอง การจำกัดและควบคุมกิจกรรมของบริษัทโฮลดิ้ง โดยบริษัทโฮลดิ้งนั้นถูกจำกัดการดำเนินกิจกรรมภายใต้มาตรา 8-2 โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัตินี้มีการจำกัดการถือหุ้นของบริษัทในเครือไว้โดยเคร่งครัด กล่าวคือ ห้ามมิให้บริษัทโฮลดิ้งมีหุ้นเกินกว่า 2 เท่าของทุน เพื่อป้องกันความเสี่ยงทางการเงิน และยังมีข้อกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นขั้นต่ำในบริษัทในเครือ โดยบริษัทโฮลดิ้งจะต้องถือหุ้นไม่น้อยกว่า 40% หรือ 20% สำหรับบริษัทจดทะเบียน เพื่อให้มั่นใจว่าบริษัทโฮลดิ้งมีอำนาจควบคุมที่แท้จริง อีกทั้งยังกำหนดให้บริษัทโฮลดิ้งต้องรายงานรายละเอียดธุรกิจของบริษัทในเครือทั้งหมดต่อคณะกรรมการการค้าที่เป็นธรรม เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและสามารถตรวจสอบได้<sup>41</sup>

ประการที่สาม ข้อจำกัดในการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้งโดยกลุ่มบริษัทที่มีข้อจำกัดในการค้าประกันหนี้ โดยบทบัญญัติมาตรา 8-3 กำหนดว่าก่อนที่จะจัดตั้งหรือเปลี่ยนแปลงเป็นบริษัทโฮลดิ้ง กลุ่มบริษัทจะต้องยกเลิกการค้าประกันหนี้ที่มีอยู่ระหว่างบริษัทในเครือก่อน ซึ่งจะช่วยให้แต่ละบริษัทในเครือมีความเป็นอิสระทางการเงินมากขึ้น และลดโอกาสที่ปัญหาทางการเงินจะลุกลามไปทั้งกลุ่มบริษัท<sup>42</sup>

### 3.3.3 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดแก่พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของบริษัทโฮลดิ้ง

หนึ่งในคำวินิจฉัยที่โดดเด่นที่ KFTC บังคับใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลีกับบริษัทโฮลดิ้งคือคดีของบริษัท SK Group ซึ่งมีสถานะเป็นบริษัทโฮลดิ้งขนาดใหญ่ในสาธารณรัฐเกาหลี โดยในคดีนี้ KFTC ได้กล่าวหาว่าบริษัท SK Group มีการกระทำที่เป็นการขัดขวางโอกาสที่จะมีธุรกิจใหม่ ๆ เข้ามาแข่งขันในตลาด โดยการเข้าซื้อหุ้นในลักษณะที่อาจทำให้เกิดการผูกขาดหรือขัดขวางการแข่งขันในตลาด จนมีคำสั่งปรับบริษัท SK Group เป็นเงินจำนวน 1,600 ล้านบาท

<sup>39</sup> Sung-keun Oh, "A Study on Share Exchange under the Companies Act and the Monopoly Regulation and Fair Trade Act of Korea", in *Korean Journal of International Economic Law* 18, 2 (2019), p.5-6.

<sup>40</sup> Daewoo Securities, "Holding Companies," [online] Available from : <https://securities.miraeasset.com/bbs/download/77621.pdf?attachmentId=77621>. [22 January 2024]

<sup>41</sup> Article 8-2 of Monopoly Regulation and Fair Trade Act (Restrictions, etc. on Activities by Holding Companies, etc.)

<sup>42</sup> Article 8-3 of Monopoly Regulation and Fair Trade Act (Restrictions on Establishment of Holding Company by Enterprise Group subject to Limitations on Debt Guarantees)

อย่างไรก็ดี ในเดือนมกราคม ค.ศ. 2024 ศาลสูงกรุงโซลก็ได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนค่าปรับที่ KFTC กำหนดแก่ SK Group เนื่องจากศาลเห็นว่าการตัดสินของ KFTC นั้นยังขาดความชัดเจนและไม่สามารถ พิสูจน์ได้ว่าการกระทำผิดตามที่กล่าวหา แต่คำวินิจฉัยของ KFTC รวมถึงคำพิพากษาของศาลสูงกรุงโซล ดังกล่าวก็ได้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น สามารถนำมาปรับใช้ เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมต่าง ๆ ของบริษัทโฮลดิ้งได้ หากปรากฏว่าบริษัทในเครือนั้นมีการประกอบธุรกิจ ด้วย และแม้ว่าบริษัทโฮลดิ้งดังกล่าวจะเป็นบริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริงที่มีเพียงการถือหุ้นบริษัทในเครือ เท่านั้นก็ตาม<sup>43</sup>

### 3.4 การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

#### 3.4.1 ผู้ประกอบธุรกิจภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ให้นิยามของผู้ประกอบธุรกิจ ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายฉบับดังกล่าวไว้โดยเฉพาะในมาตรา 5 ว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” หมายความว่า ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อ ผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าองค์ประกอบหรือหน่วยทางเศรษฐกิจที่จะ ตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 อันจะมีสถานะเป็น “ผู้ประกอบ ธุรกิจ” นั้น จะต้องมีการดำเนินธุรกรรมประการใดประการหนึ่ง ได้แก่ การจำหน่ายสินค้า การส่งหรือ นำเข้าสินค้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อสินค้าเพื่อผลิต ผู้ซื้อสินค้าเพื่อจำหน่ายต่อ หรือผู้ให้ บริการในธุรกิจ หากหน่วยทางเศรษฐกิจใดได้มีการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจอันเกี่ยวข้องกับการจำหน่าย สินค้าหรือบริการในทางกายภาพอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าวข้างต้นแล้ว ย่อมไม่ตกอยู่ในฐานะที่เป็น ผู้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้อาศัยประกาศ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กัน ทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561 เพื่อควบคุมพฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้ง ในกรณีที่ปรากฏว่า บริษัทโฮลดิ้งนั้นมีอำนาจควบคุมผู้ประกอบธุรกิจรายอื่นที่มีการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจในทางกายภาพ<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Competition Policy International, “South Korea’s KFTC Faces Backlash as Court Nullifies Punitive Measures,” [online] Available from : <https://www.pymnts.com/cpi-posts/south-koreas-kftc-faces-backlash-as-court-nullifies-punitive-measures/>. [15 February 2024]

<sup>44</sup> สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, “คำวินิจฉัยคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณีการแจ้งผลการรวม ธุรกิจระหว่างบริษัท ต. และบริษัท ท.” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : [https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/Merger\\_TorThor.pdf](https://www.tcct.or.th/assets/portals/1/files/Merger_TorThor.pdf) [30 มีนาคม 2567]; สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, “ผลคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรณี การขออนุญาตรวมธุรกิจ ระหว่างบริษัท ซี.พี. รีเทล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด และบริษัท เทสโก้ สโตร์ส (ประเทศไทย) จำกัด” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : [https://www.prachachat.net/wp-content/uploads/2020/12/ผลคำวินิจฉัย\\_CP-Tesco\\_18122563-final.pdf](https://www.prachachat.net/wp-content/uploads/2020/12/ผลคำวินิจฉัย_CP-Tesco_18122563-final.pdf). [30 มีนาคม 2567]

### 3.4.2 พฤติกรรมต้องห้ามของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มีบทบัญญัติที่กำกับดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจ 5 ประเภทหลัก ได้แก่ (1) การใช้สถานะของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 50 (2) การรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญ หรือก่อให้เกิดการผูกขาด หรือการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ตามมาตรา 51 (3) การตกลงร่วมกันกระทำการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขัน ตามมาตรา 54 และมาตรา 55 (4) การกระทำอันเป็นผลเสียหายแก่ผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น หรือการใช้วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 57 และ (5) การทำนิติกรรมหรือสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจในต่างประเทศอย่างไม่มีเหตุผลอันสมควร อันก่อให้เกิดการผูกขาดหรือการจำกัดการค้าอย่างไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 58

ทั้งนี้ ในกรณีของบริษัทโฮลดิ้ง หากเป็นบริษัทโฮลดิ้งแบบผสมที่มีการประกอบธุรกิจในลักษณะการจำหน่ายสินค้าหรือการให้บริการด้วย ย่อมสามารถนำบทบัญญัติต่าง ๆ ข้างต้นมาใช้เพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมได้ แต่หากบริษัทโฮลดิ้งดังกล่าวมีลักษณะเป็นบริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริงที่ไม่มีการจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการใด ๆ แต่ประกอบธุรกิจประเภทถือหุ้นในบริษัทอื่นเท่านั้น ย่อมเป็นปัญหาว่าบริษัทดังกล่าวย่อมไม่อยู่ภายใต้นิยามของ “ผู้ประกอบธุรกิจ” ที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติดังกล่าว

### 3.4.3 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าแก่พฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันของบริษัทโฮลดิ้ง

การศึกษาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าพบว่าในบางกรณี คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีการพิจารณาปรับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แก่องค์การที่มีการประกอบธุรกิจประเภทถือหุ้นในบริษัทอื่น (บริษัทโฮลดิ้ง) ด้วยเช่นกัน แต่คำวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวมักจะปรากฏว่าบริษัทนั้นมีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการกับบริษัทในเครือที่มีการประกอบธุรกิจจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการจริงในตลาด จึงพิจารณาไปว่าบริษัทโฮลดิ้งดังกล่าวนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามนัยของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ด้วย<sup>45</sup>

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยตั้งข้อสังเกตว่าในการพิจารณาความสัมพันธ์ทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการนั้น ก็จะต้องปรากฏว่าองค์การทั้งหลายที่เกี่ยวข้องมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกัน แต่ในคำวินิจฉัยดังกล่าว กลับไม่มีการกล่าวถึงการตีความว่าบริษัทโฮลดิ้งนั้นมีการกระทำการใดที่เป็น การจำหน่ายสินค้าหรือการให้บริการ อันจะทำให้บริษัทโฮลดิ้งมีสถานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจ และอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

<sup>45</sup> เรื่องเดียวกัน.

## 4. บทวิเคราะห์

### 4.1 การวิเคราะห์เปรียบเทียบการพิจารณาสถานะผู้ประกอบการธุรกิจของบริษัทโฮลดิ้ง

#### 4.1.1 เปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาสถานะการเป็นผู้ประกอบการธุรกิจของบริษัทโฮลดิ้ง

การศึกษาแนวทางการพิจารณาสถานะของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศ แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่สำคัญในด้านขอบเขตของการตีความและหลักเกณฑ์ในการพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดนิยามและการพิจารณาความเป็นผู้ประกอบการ ดังจะเห็นได้จากตารางเปรียบเทียบต่อไปนี้

**ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบแนวทางการพิจารณาสถานะผู้ประกอบการธุรกิจของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า**

	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	สาธารณรัฐเกาหลี	ประเทศไทย
<b>นิยามผู้ประกอบการธุรกิจ</b>	ครอบคลุมทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลทุกประเภท รวมถึงบริษัทโฮลดิ้ง	ครอบคลุมองค์การที่มี การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมาย	ครอบคลุมบุคคลที่ประกอบธุรกิจ การผลิต การให้บริการ หรือธุรกิจอื่นใด รวมถึงบริษัทโฮลดิ้ง	จำกัดเฉพาะผู้จำหน่าย ผู้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อ หรือผู้ให้บริการ
<b>การพิจารณาบริษัทโฮลดิ้ง</b>	ถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ แม้จะไม่มี การดำเนินธุรกิจโดยตรง	ถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ หากมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจทางธุรกิจของบริษัทในเครือ	มีนิยามเฉพาะสำหรับบริษัทโฮลดิ้ง และถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ	ไม่มีการระบุชัดเจน อาจไม่ถือเป็นผู้ประกอบการธุรกิจหากไม่มีการดำเนินธุรกิจโดยตรง
<b>เกณฑ์การพิจารณา</b>	พิจารณาจากการมีอิทธิพลต่อการดำเนินงานของบริษัทในเครือ	พิจารณาจากการมีอิทธิพลอย่างเด็ดขาด (Decisive Influence) ต่อบริษัทในเครือ	พิจารณาจากการควบคุมบริษัทอื่นผ่านการถือหุ้น และมูลค่าสินทรัพย์	พิจารณาจากการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจโดยตรง

	สหรัฐอเมริกา	สหภาพยุโรป	สาธารณรัฐเกาหลี	ประเทศไทย
<b>การบังคับใช้กฎหมาย</b>	สามารถบังคับใช้กับบริษัทโฮลดิ้งได้อย่างกว้างขวาง	สามารถบังคับใช้กับบริษัทโฮลดิ้งได้ โดยเฉพาะเมื่อมีอิทธิพลต่อบริษัทในเครือ	มีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้ง	อาจมีข้อจำกัดในการบังคับใช้กับบริษัทโฮลดิ้งที่ไม่มีการดำเนินธุรกิจโดยตรง
<b>แนวโน้มการตีความ</b>	ตีความอย่างกว้างเพื่อครอบคลุมบริษัทโฮลดิ้ง	ตีความอย่างกว้างโดยพิจารณาจากอิทธิพลทางเศรษฐกิจ	มีความชัดเจนในการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้ง	ตีความอย่างแคบ อาจไม่ครอบคลุมบริษัทโฮลดิ้งที่ไม่มีการดำเนินธุรกิจโดยตรง

#### 4.2.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนในการพิจารณาสถานะผู้ประกอบการธุรกิจ

การวิเคราะห์เปรียบเทียบแสดงให้เห็นถึงปัญหาสำคัญในการพิจารณาสถานะของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 3 ประการหลัก ดังนี้

ประการแรก การให้นิยาม “ผู้ประกอบการธุรกิจ” อย่างจำกัดในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ส่งผลให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะในกรณีของบริษัทโฮลดิ้งที่ไม่ได้ประกอบธุรกิจโดยตรง แต่อาจเป็นผู้อยู่เบื้องหลังพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาด ซึ่งแตกต่างจากแนวทางของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปที่สามารถตีความครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวได้

ประการที่สอง ความไม่ชัดเจนในการพิจารณาสถานะของบริษัทโฮลดิ้งส่งผลให้เกิดข้อจำกัดในการกำหนดความรับผิด โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่สามารถพิสูจน์การประกอบธุรกิจโดยตรงของบริษัทโฮลดิ้ง ซึ่งแตกต่างจากแนวทางของสหภาพยุโรปที่ใช้หลัก “อิทธิพลอย่างเด็ดขาด” ในการพิจารณาความรับผิดของบริษัทโฮลดิ้ง

ประการที่สาม การขาดบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งอาจส่งผลให้เกิดช่องว่างในการป้องกันการผูกขาดและการกระจุกตัวทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะในกรณีที่มีการใช้โครงสร้างบริษัทโฮลดิ้งเพื่อหลีกเลี่ยงการกำกับดูแล

#### 4.2.3 อุปสรรคและความท้าทายในการใช้การตีความกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อพิจารณาสถานะการเป็นผู้ประกอบการธุรกิจของบริษัทโฮลดิ้ง

การตีความกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อพิจารณาสถานะของบริษัทโฮลดิ้งในฐานะผู้ประกอบการธุรกิจนั้น ประสบกับความท้าทายหลายประการ โดยเฉพาะในกรณีของประเทศไทยที่กฎหมายยังขาดความชัดเจนในการกำหนดสถานะของบริษัทโฮลดิ้ง

ประการแรก การจำแนกประเภทของบริษัทโฮลดิ้งเพื่อการพิจารณาสถานะทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ซับซ้อน เนื่องจากต้องแยกแยะระหว่างบริษัทโฮลดิ้งแบบแท้จริงที่ดำเนินการเฉพาะการถือหุ้นในบริษัทอื่น กับบริษัทโฮลดิ้งแบบผสมที่นอกจากจะถือหุ้นในบริษัทอื่นแล้วยังมีการประกอบธุรกิจบางประเภทด้วยตนเอง ความแตกต่างนี้ส่งผลโดยตรงต่อการพิจารณาสถานะผู้ประกอบการตามกฎหมาย

ประการที่สอง การพิจารณาระดับของอิทธิพลและการควบคุมที่บริษัทโฮลดิ้งมีต่อบริษัทในเครือเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยการวิเคราะห์อย่างละเอียด เนื่องจากไม่สามารถพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นเพียงอย่างเดียว แต่ต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ ประกอบด้วย เช่น อำนาจในการตัดสินใจเชิงกลยุทธ์ การควบคุมการดำเนินงาน และความสัมพันธ์ในการบริหารจัดการ ซึ่งบางครั้งอาจไม่ปรากฏในเอกสารอย่างชัดเจน

ประการที่สาม การตีความกฎหมายต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับมาตรฐานสากล และผลกระทบต่อการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในยุคที่การลงทุนข้ามพรมแดนมีความสำคัญ การตีความที่เข้มงวดเกินไปอาจเป็นอุปสรรคต่อการลงทุน ในขณะที่การตีความที่หย่อนยานเกินไปอาจส่งผลเสียต่อการแข่งขันในตลาด

ท้ายที่สุด ความท้าทายที่สำคัญที่สุดในปัจจุบันคือความซับซ้อนของโครงสร้างองค์กรธุรกิจสมัยใหม่ โดยเฉพาะในกรณีของบริษัทโฮลดิ้งที่อาจมีการถือหุ้นไขว้ (Cross-shareholding) การถือหุ้นแบบพีระมิด (Pyramid Structure) หรือการใช้โครงสร้างการถือหุ้นที่ซับซ้อนอื่น ๆ ซึ่งทำให้การระบุตัวผู้มีอำนาจตัดสินใจที่แท้จริงและการกำหนดความรับผิดชอบตามกฎหมายเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก และเป็นความท้าทายอย่างยิ่งสำหรับองค์กรที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย ซึ่งความท้าทายเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นในการพัฒนาแนวทางการตีความกฎหมายที่ชัดเจนและเป็นระบบ เพื่อให้การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงทางธุรกิจในปัจจุบัน

## 4.2 วิเคราะห์เปรียบเทียบการกำกับดูแลพฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

### 4.2.1 เปรียบเทียบแนวทางการกำกับดูแลพฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

จากการศึกษาพบว่าแนวทางการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งสามารถจำแนกได้เป็น 2 รูปแบบหลัก ได้แก่ การกำกับดูแลตั้งแต่การจัดตั้ง (Ex-ante Regulation) อันเป็นแนวทางที่ปรากฏในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลี โดยมีการควบคุมอย่างเข้มงวดตั้งแต่ขั้นตอนการจัดตั้ง ซึ่งแนวทางนี้มีข้อดีคือช่วยป้องกันการใช้โครงสร้างบริษัทโฮลดิ้งเพื่อหลีกเลี่ยงการกำกับดูแลหรือสร้างอำนาจเหนือตลาดตั้งแต่ต้น แต่อย่างไรก็ตาม แนวทางดังกล่าวนี้ก็อาจเป็นการสร้างภาระและต้นทุนให้กับผู้ประกอบการ และอาจขัดขวางการจัดโครงสร้างองค์กรที่มีประสิทธิภาพเช่นกัน

การกำกับดูแลอีกรูปแบบหนึ่ง ได้แก่ การกำกับดูแลภายหลังการจัดตั้ง (Ex-post Regulation) อันเป็นแนวทางที่ปรากฏเป็นการทั่วไปในกฎหมายป้องกันการผูกขาดหรือกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของนานาประเทศ รวมถึงในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป ซึ่งแนวทางนี้มุ่งเน้นการตรวจสอบและควบคุมพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน โดยการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันแก่บริษัทโฮลดิ้ง ได้แก่ การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ การตกลงร่วมกันจำกัดการแข่งขัน และการรวมธุรกิจ

#### 4.2.2 ปัญหาในการกำหนดแนวทางการกำกับดูแลพฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

การปรับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กับพฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้งในปัจจุบันยังคงประสบกับปัญหาความคลุมเครือในหลายประการ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากปัญหาความไม่ชัดเจนในการพิจารณาสถานะความเป็นผู้ประกอบการธุรกิจของบริษัทโฮลดิ้ง แม้ว่าในทางปฏิบัติคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้พยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการออกประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561 เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาความสัมพันธ์ทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการระหว่างบริษัทโฮลดิ้งกับบริษัทในเครือ โดยนำหลักการหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกัน (Single Economic Entity) อันถือว่ามีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากกัน แต่หากนิติบุคคลดังกล่าวอยู่ภายใต้กลุ่มธุรกิจเดียวกัน โดยเฉพาะมีนิติบุคคลหนึ่งมีอิทธิพลเด็ดขาดในการตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจของนิติบุคคลอื่นนั้นย่อมนับเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจหนึ่งเดียวกัน ซึ่งเป็นหลักการที่พัฒนามาจากคำพิพากษาของศาลสหภาพยุโรปในคดี *Akzo Nobel*<sup>46</sup> อันจะส่งผลให้นิติบุคคลเหล่านั้นมีสถานะเสมือนเป็นหน่วยธุรกิจเดียวกันที่ไม่มีการแข่งขันระหว่างกัน

อย่างไรก็ตาม แนวทางดังกล่าวยังคงมีข้อจำกัดที่สำคัญหลายประการ กล่าวคือ ประการแรก ประกาศฉบับดังกล่าวมุ่งเน้นเพียงการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ โดยมิได้กำหนดกลไกในการกำกับดูแลพฤติกรรมของบริษัทโฮลดิ้งโดยตรง ประการที่สอง การปรับใช้ประกาศดังกล่าวยังคงต้องอาศัยการตีความว่าบริษัทโฮลดิ้งมีสถานะเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ก่อน และประการที่สาม แม้จะสามารถพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทโฮลดิ้งกับบริษัทในเครือได้ แต่การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของบริษัทโฮลดิ้งต่อการกระทำของบริษัทในเครือก็ยังคงเป็นประเด็นที่ท้าทายในทางปฏิบัติ

นอกจากนี้ การนำหลักการหน่วยทางเศรษฐกิจเดียวกันตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับดังกล่าวมาใช้เพื่อกำกับดูแลการรวมธุรกิจของบริษัทโฮลดิ้งยังมีข้อจำกัดสำคัญอีกหลายประการ ได้แก่ ประการแรก หลักการดังกล่าวถูกพัฒนาขึ้นเพื่อพิจารณาว่านิติบุคคลหลายรายสามารถถือเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวกันได้หรือไม่ แต่ไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อกำกับดูแลพฤติกรรมการรวมธุรกิจโดยตรง ประการที่สอง การปรับใช้หลักการนี้ยังคงต้องพึ่งพาการตีความว่าบริษัทโฮลดิ้งเป็น “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เสียก่อน ซึ่งเป็นปัญหาพื้นฐาน

<sup>46</sup> C-97/08 P - Akzo Nobel and Others v Commission

ที่ยังไม่ได้รับการแก้ไข ประการที่สาม หลักการนี้มุ่งเน้นการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ภายในกลุ่มบริษัทเดียวกัน แต่ในการกำกับดูแลการรวมธุรกิจ จำเป็นต้องวิเคราะห์ผลกระทบต่อโครงสร้างตลาดและการแข่งขันในวงกว้าง ซึ่งเกินขอบเขตของหลักการดังกล่าว ประการสุดท้าย บริษัทโฮลดิ้งอาจมีโครงสร้างการถือหุ้นที่ซับซ้อน เช่น การถือหุ้นไขว้หรือโครงสร้างพีระมิด ซึ่งทำให้การปรับใช้หลักการหน่วยงานเศรษฐกิจเดียวกันเพื่อระบุขอบเขตของหน่วยเศรษฐกิจที่แท้จริงเป็นไปได้ยาก

ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับดังกล่าวจะเป็นความพยายามในการสร้างกลไกเพื่อกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้ง แต่ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการไม่มีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้อย่างครบถ้วน การพิจารณาปรับปรุงกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดกลไกการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งที่ชัดเจนจึงยังคงเป็นประเด็นที่สมควรได้รับการพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการรักษาประสิทธิภาพในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าและการไม่สร้างภาระแก่ผู้ประกอบการธุรกิจจนเกินสมควร

## 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

การศึกษาวิจัยเรื่อง “การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560” มุ่งวิเคราะห์และเปรียบเทียบแนวทางการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของต่างประเทศและประเทศไทย เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้กฎหมายไทย

ผลการศึกษาพบว่า แม้บริษัทโฮลดิ้งจะมีบทบาทสำคัญในระบบเศรษฐกิจสมัยใหม่และมีข้อดีหลายประการ เช่น การลดความเสี่ยง การคุ้มครองความลับ และ การลดต้นทุนในการจัดหาเงินทุน แต่การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน โดยสามารถแบ่งแนวทางการกำกับดูแลออกเป็น 2 รูปแบบหลัก

รูปแบบแรก คือ การกำกับดูแลการก่อตั้งบริษัทโฮลดิ้ง ซึ่งปรากฏในกฎหมายป้องกันการผูกขาดของสาธารณรัฐเกาหลี โดยมีการควบคุมตั้งแต่การจัดตั้ง กำหนดให้ต้องรายงานการจัดตั้งต่อ KFTC และมีข้อจำกัดเกี่ยวกับโครงสร้างการถือหุ้นและการดำเนินกิจการ

รูปแบบที่สอง คือ การกำกับดูแลพฤติกรรมภายหลังก่อตั้งบริษัทโฮลดิ้ง ซึ่งใช้ในสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป โดยมุ่งเน้นการตรวจสอบและควบคุมพฤติกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการแข่งขัน แม้กฎหมายจะไม่ได้กล่าวถึงการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งโดยตรง แต่ศาลได้ตีความให้ครอบคลุมถึงบริษัทโฮลดิ้งด้วย

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ยังมีข้อจำกัดในการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้ง เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติเฉพาะและนิยามของ “ผู้ประกอบการ” ไม่ครอบคลุมถึงบริษัทโฮลดิ้งอย่างชัดเจน การศึกษานี้จึงเสนอว่าแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยควรเน้นการกำกับดูแลพฤติกรรมมากกว่าการควบคุมโครงสร้าง เพื่อให้มีความยืดหยุ่นและไม่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ผลการศึกษากำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศเปรียบเทียบกับประเทศไทยแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายและกลไกการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้ง ดังนี้

### 5.2.1 การแก้ไขนิยามคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

ปัญหาสำคัญประการแรกของการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งภายใต้กฎหมายไทยคือนิยาม “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ในมาตรา 5 ที่จำกัดขอบเขตเฉพาะผู้จำหน่าย ผู้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อ หรือผู้ให้บริการเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปที่มีการตีความคำว่า “บุคคล” (Person) หรือ “ผู้ประกอบการ” (Undertaking) อย่างกว้างให้ครอบคลุมถึงหน่วยธุรกิจที่มีอิทธิพลต่อการดำเนินธุรกิจในตลาด ผู้วิจัยจึงเสนอให้แก้ไขนิยามของคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจ” ในมาตรา 5 ดังนี้

“ผู้ประกอบการธุรกิจ” หมายความว่า

- (1) ผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้าในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย ผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการในธุรกิจ
- (2) บริษัทโฮลดิ้งที่มีอำนาจควบคุมหรือมีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อนโยบายหรือการดำเนินงานของผู้ประกอบการธุรกิจตาม (1) ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม
- (3) ผู้ประกอบกิจกรรมอื่นใดตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

การเพิ่มข้อความในอนุมาตรา (2) มีความจำเป็นเนื่องจากบริษัทโฮลดิ้งอย่างแท้จริง (Pure Holding Companies) ที่ไม่มีการประกอบธุรกิจโดยตรงแต่มีอำนาจควบคุมบริษัทในเครือ จะไม่เข้าข่ายเป็นผู้ประกอบการธุรกิจตามนิยามปัจจุบัน ทำให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้กฎหมาย แม้บริษัทเหล่านี้จะเป็นผู้กำหนดนโยบายหรือสั่งการให้บริษัทในเครือมีพฤติกรรมต่อต้านการแข่งขันก็ตาม การแก้ไขนี้สอดคล้องกับแนวคิดของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปในคดี *The Goldman Sachs Group, Inc.* ที่พิจารณาความรับผิดชอบของบริษัทโฮลดิ้งจากอิทธิพลอย่างเด็ดขาด (Decisive Influence) ที่มีต่อบริษัทลูก อีกทั้งการแก้ไขนี้จะทำให้การวิเคราะห์อำนาจตลาด (Market Power) มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เนื่องจากสามารถพิจารณาส่วนแบ่งตลาดรวมของทุกบริษัทในเครือที่อยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัทโฮลดิ้งเดียวกัน ซึ่งสะท้อนอำนาจตลาดที่แท้จริงมากกว่าการพิจารณาแยกกันเป็นรายบริษัท นอกจากนี้ การเพิ่มอนุมาตรา (3) จะเพิ่มความยืดหยุ่นให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถปรับตัวต่อรูปแบบธุรกิจใหม่ ๆ ในอนาคต โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติทุกครั้ง

## 5.2.2 การปรับปรุงประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาผู้ประกอบการที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการ พ.ศ. 2561

เพื่อให้การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ควรปรับปรุงประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าดังกล่าวโดยเพิ่มเติมเงื่อนไขประการที่ 5 ในการพิจารณาอำนาจสั่งการ ดังนี้

“(5) การมีอำนาจควบคุมหรือมีอิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญต่อการกำหนดนโยบายการบริหารงาน หรือการดำเนินงานของผู้ประกอบการรายอื่น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

ทั้งนี้ เนื่องจากประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับปัจจุบันมุ่งเน้นการพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นและอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการเป็นหลัก ซึ่งอาจไม่ครอบคลุมรูปแบบการควบคุมที่ซับซ้อนในปัจจุบัน ดังที่ปรากฏในคดี *The Goldman Sachs Group, Inc.* ที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปวินิจฉัยว่า แม้สัดส่วนการถือหุ้นจะไม่ถึงร้อยละ 50 แต่ก็อาจพิสูจน์ได้ว่ามีอิทธิพลอย่างเด็ดขาดต่อบริษัทลูกจากปัจจัยอื่น ๆ โดยการเพิ่มเงื่อนไขนี้จะช่วยปิดช่องว่างในกรณีที่บริษัทโฮลดิ้งใช้โครงสร้างการถือหุ้นแบบซับซ้อน เช่น การถือหุ้นไขว้ (Cross-shareholding) หรือโครงสร้างพีระมิด (Pyramid Structure) เพื่อหลีกเลี่ยงการเข้าข่ายตามเงื่อนไข (1) ถึง (4) ในปัจจุบัน อีกทั้งการกำหนดให้มีประกาศเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณา “อำนาจควบคุมหรืออิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญ” จะทำให้การบังคับใช้มีความยืดหยุ่นและสามารถปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ทางธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปได้ด้วย

## 5.2.3 การออกแนวปฏิบัติเพิ่มเติม

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าควรออกแนวปฏิบัติเพิ่มเติมเพื่อสร้างความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณา “อำนาจควบคุมหรืออิทธิพลอย่างมีนัยสำคัญ” รวมถึงแนวทางการพิจารณาความรับผิดชอบของบริษัทโฮลดิ้งต่อการกระทำของบริษัทในเครือ และหลักเกณฑ์การพิจารณาการรวมธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับบริษัทโฮลดิ้ง โดยอาจนำหลักการ “อิทธิพลอย่างเด็ดขาด” (Decisive Influence) ของสหภาพยุโรปมาใช้ ซึ่งแนวปฏิบัตินี้จะช่วยให้การพิจารณาอนุญาตการรวมธุรกิจเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดอย่างแท้จริง

ข้อเสนอแนะทั้งหมดนี้ เป็นการนำแนวทางจากต่างประเทศมาปรับใช้โดยมุ่งเน้นการปรับปรุงกฎหมายและกลไกการกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งให้มีความชัดเจนและมีประสิทธิภาพมากขึ้น ในขณะเดียวกันก็คำนึงถึงความยืดหยุ่น การส่งเสริมการพัฒนาเศรษฐกิจ และบริบทของประเทศไทยที่มีโครงสร้างทางธุรกิจเป็นกลุ่มธุรกิจครอบครัวมากกว่าประเทศในแถบตะวันตก โดยไม่สร้างภาระที่เกินสมควรให้แก่ผู้ประกอบการ เพื่อให้การกำกับดูแลบริษัทโฮลดิ้งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างแท้จริง



การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกัน  
แห่งกฎหมาย\*

Constitutional Review: Study of Conflict of Laws Rules

มุกกระจำจ จรณี

Mookkrachang Charani

อาจารย์ประจำ

คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

169 ถนนลงหาดบางแสน ต.แสนสุข อ.เมือง จ.ชลบุรี

Full-time Lecturer

Faculty of Political Science and Law, Burapha University

Long-Haad Bangsaen Road, Saensuk, Muang, Chonburi

First author Email: mookcharani@gmail.com

อรรัมภา ไวยมุกข์

Awnrumpa Waiyamuk

ผู้ช่วยศาสตราจารย์

คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

169 ถนนลงหาดบางแสน ต.แสนสุข อ.เมือง จ.ชลบุรี

Assistant Professor

Faculty of Political Science and Law, Burapha University

Long-Haad Bangsaen Road, Saensuk, Muang, Chonburi 20130

Corresponding author Email: awnrumpa@gmail.com

(Received: February 17, 2025; Revised: April 11, 2025; Accepted: May 22, 2025)

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้เป็นงานวิจัยเอกสารซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาประเด็นหลักดังต่อไปนี้

1) บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทยได้หรือไม่

2) บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้ใช้สัญชาติของสามีเป็นจุดเกาะเกี่ยวในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและให้ใช้สัญชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่

\* บทความนี้เรียบเรียงจาก รายงานการวิจัย เรื่อง การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งได้รับงบประมาณสนับสนุนการวิจัยจากทุนอุดหนุนการวิจัยเงินรายได้ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่ควรอยู่นอกขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละลักษณะข้อกฎหมายล้วนได้รับอิทธิพลจากข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่งและระบบคุณค่าของสังคมในขณะที่ยตรากฎหมาย นอกจากนี้ ยังไม่เคยปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศว่า ศาลอาศัยเหตุผลที่ว่าระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติของกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อหลักการดังกล่าว แต่จะต้องเป็นกรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติแตกต่างกันและส่งผลให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิบางประการอย่างเป็นรูปธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ

ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ควรนำระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายมาพิจารณาประกอบด้วย นอกจากนี้ ควรแก้ไขจุดเกาะเกี่ยวในกฎหมายขัดกันของไทยให้เป็นกลางทางเพศโดยให้สามารถรองรับการก่อตั้งครอบครัวในบริบทของความหลากหลายทางเพศ

**คำสำคัญ:** การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ, กฎหมายขัดกัน, ความเสมอภาคระหว่างเพศ, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, จุดเกาะเกี่ยว

## Abstract

This documentary research investigates two principal issues:

1) Whether the provisions of conflict of laws rules may be subject to constitutional review under Thai law; and

2) Whether the provisions that designate the nationality of the husband as the connecting factor in marital relationships and the nationality of the father in parent-child relationships contravene the constitutional principles of gender equality under Thai law.

The study finds that the Conflict of Laws Act B.E. 2481 (1938) ought not to be exempt from constitutional review. This is because the selection of connecting factors for each legal category is influenced by the legal concepts embedded in civil law and the societal value system at the time of enactment. Furthermore, an examination of the Constitutional Court's jurisprudence in Thailand reveals no precedents in which the Court has held that the value system underlying a legal provision contravenes the constitutional principle of gender equality. The Court has instead required a legal provision to prescribe differential treatment resulting in a concrete deprivation of rights on the basis of sex to be deemed unconstitutional.

In light of these findings, the research posits that constitutional review of conflict of laws provisions should encompass an evaluation of the underlying values. It further recommends amending the connecting factors in Thailand's conflict of laws to be gender-neutral, enabling them to accommodate family formation in the context of gender diversity.

**Keywords:** Constitutional Review, Conflict of Law, Gender Equality, Private International Law, Connecting Factor

## 1. ความนำ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution) เป็นหลักพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญซึ่งมักได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน จากผลของหลักการดังกล่าว ทำให้องค์กรทางการเมืองรวมถึงสถาบันหรือองค์กรต่าง ๆ ต้องผูกพันและใช้อำนาจหน้าที่ได้เฉพาะภายในกรอบขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น เมื่อการออกกฎหมายเป็นการใช้อำนาจรัฐประเภทหนึ่ง หากกฎหมายขัดหรือแย้งกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายเช่นนั้นจะต้องไม่มีผลบังคับใช้ การจะทำให้หลักการดังกล่าวเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมได้ก็จะต้องมีการออกแบบกลไกการควบคุมตรวจสอบขึ้น เพื่อเป็นหลักประกันสถานะของรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศ มิให้หลักการซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญถูกแก้ไขได้โดยกฎหมายธรรมดา กลไกดังกล่าวจึงเป็นหนึ่งในหลักประกันของการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นเป้าหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตย

กลไกการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญที่มีใช้อยู่ในปัจจุบันนี้สามารถทำได้ทั้งกรณีที่ยังเป็นร่างกฎหมาย ที่เรียกว่า ระบบการควบคุมก่อน (*a priori control*) คือ การตรวจสอบร่างกฎหมายที่กำลังอยู่ในกระบวนการนิติบัญญัติว่ามีเนื้อหาสาระขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า “การควบคุมด้านเนื้อหา” และตรวจสอบกระบวนการตราว่าเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า “การควบคุมด้านกระบวนการ” ส่วนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากการประกาศใช้ (*a posteriori control*) อาจกระทำได้ทั้งกรณีที่ไม่ได้มีคดีความเกิดขึ้นโดยตรง หรือที่เรียกว่า “การควบคุมในเชิงนามธรรม” (Abstract review) และในกรณีที่มีคดีพิพาทเกิดขึ้น และมีประเด็นว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับคดีนั้นน่าจะมีปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกเรียกว่า “การควบคุมในเชิงรูปธรรม” (Concrete review) โดยในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ก็จะกำหนดช่องทาง ขั้นตอน กระบวนการริเริ่ม องค์กร ผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ และผลของการตรวจสอบไว้ ซึ่งอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ สำหรับประเทศไทย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution) ได้รับการยืนยันเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (มาตรา 61) และยังคงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทุกฉบับจนถึงฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 วรรคแรก<sup>1</sup>) ส่วนขั้นตอนกระบวนการต่าง ๆ นั้น ก็อาจมีรายละเอียดแตกต่างกันไปในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ

<sup>1</sup> มาตรา 5 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

หลักการหนึ่งซึ่งมักได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบัน คือ หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ สำหรับประเทศไทย หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 28 วรรคสอง สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันในขณะที่เรียบเรียงงานวิจัยนี้ หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 27

นอกจากการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว หลักการดังกล่าวยังปรากฏในตราสารระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women หรือ CEDAW) ซึ่งประเทศไทยลงนามรับรองเมื่อพ.ศ. 2528 ดังนั้นหนึ่งในพันธกรณีที่ประเทศไทยจะต้องดำเนินการจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวคือการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในเรื่องที่เกี่ยวกับการสมรสและความสัมพันธ์ในครอบครัว ได้แก่ สิทธิในการสมรส การเลือกคู่ครอง การขาดจากการสมรส ความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา สิทธิและความรับผิดชอบต่อบุตร การเลือกใช้นามสกุล การประกอบอาชีพ การจัดการทรัพย์สินของครอบครัว โดยการปรับปรุงกฎหมายภายในเพื่อขจัดความไม่เท่าเทียม และส่งเสริมความเสมอภาคระหว่างเพศ ผลจากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวทำให้ประเทศไทยมีการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับที่ขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ

ผลจากการรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ทำให้หลักการดังกล่าวถูกใช้ในการอ้างอิงเพื่อขับเคลื่อนการแก้ไขกฎหมายภายในประเทศในช่องทางต่าง ๆ ให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างเพศได้เป็นลำดับ เช่น การปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เมื่อพ.ศ. 2519 โดยกฎหมายใหม่นี้ ได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ใช้มาตั้งแต่พ.ศ. 2478 ที่ให้อำนาจแก่สามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวในด้านต่าง ๆ เช่น จากเดิมที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้ว เปลี่ยนเป็นกำหนดให้สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสร่วมกันอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องภูมิลำเนาสามีภริยานั้น จากเดิมที่บัญญัติให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่เพียงฝ่ายเดียวนั้น ก็ให้ปรึกษาหารือกัน หรือจะมีภูมิลำเนาแยกกันก็ย่อมได้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้น แต่เดิมอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อยู่กับบิดาฝ่ายเดียว ก็เปลี่ยนให้ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังส่งผลให้เกิดการแก้ไขพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 โดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ให้บุตรสามารถได้สัญชาติไทยโดยหลักสายโลหิตจากทั้งทางบิดาและมารดาโดยเท่าเทียมกัน การแก้ไขพระราชบัญญัติชื่อบุคคล โดยพระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 ยกเลิกการบังคับให้หญิงที่สมรสแล้วต้องใช้ชื่อสกุลของสามี เป็นการกำหนดให้หญิงที่สมรสแล้วสามารถเลือกใช้ชื่อสกุลของตนเอง และชายที่สมรสแล้วสามารถเลือกใช้ชื่อสกุลของภริยาได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน การประกาศใช้พระราชบัญญัติค่านำนามหญิง พ.ศ. 2551 โดยมีสาระสำคัญคือให้หญิงที่สมรสแล้วเลือกใช้ค่านำนามได้โดยอิสระโดยไม่ต้องถูกบังคับให้ใช้คำว่า “นาง” เป็นค่านำนามอีกต่อไป ตลอดจนการบัญญัติให้การข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสและการกระทำความรุนแรงในครอบครัวเป็นความผิดอาญา เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและการสมรสให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศที่ผ่านมานั้นยังคงจำกัดอยู่เฉพาะกฎหมายสารบัญญัติในแง่มุมต่าง ๆ มิได้รวมถึงบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งเป็นกฎหมายที่อาจจะนำมาใช้บังคับในกรณีศาลไทยต้องวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางครอบครัวที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ กล่าวคือ ในกรณีที่คู่สมรสไม่มีสัญชาติร่วมกันและภริยาไม่ได้มาซึ่งสัญชาติแห่งสามีโดยการสมรส มาตรา 21 วรรคสอง และมาตรา 22 วรรคสองของพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี<sup>2</sup> นอกจากนี้ ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 30 วรรคแรก กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดา ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนโครงสร้างของกฎหมายครอบครัวของไทยในขณะที่มีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยยังไม่ได้รับการแก้ไขให้สอดคล้องกับโครงสร้างกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่เคยปรากฏอยู่ในขอบเขตของการเรียกร้องให้มีการแก้ไขกฎหมายที่ยังไม่สอดคล้องกับหลักดังกล่าวผ่านกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในส่วนอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี ก็ยังมิได้มีการเรียกร้องอย่างชัดเจนให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการแก้ไขในส่วนกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายด้วยแต่อย่างใดและศาลรัฐธรรมนูญของไทยยังไม่เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ทั้งนี้อาจเนื่องจากเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าว มิได้บัญญัติถึงสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสโดยตรงดังเช่นกฎหมายสารบัญญัติ แต่จะทำหน้าที่เป็นเพียง “ป้ายบอกทาง” เพื่อกำหนดให้นำกฎหมายสารบัญญัติภายในของรัฐหนึ่ง ๆ เพียงรัฐเดียว ท่ามกลางระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์นั้น ๆ มาบังคับใช้ ในท้ายที่สุดแล้วประเด็นว่าสิทธิหน้าที่ของสามีและภริยาตามกฎหมายระหว่างกันมีความเท่าเทียมเสมอภาคหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวชี้ให้ใช้กล่าวคือ กฎหมายสารบัญญัติภายในว่าด้วยครอบครัวของประเทศที่สามีหรือบิดาถือสัญชาติ ถึงแม้ว่าจากพัฒนาการในกฎหมายต่างประเทศ ความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายลักษณะดังกล่าวกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจะเป็นที่ประจักษ์ในมุมมองของนักกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ<sup>3</sup> แต่จากการสำรวจสารสนเทศในมุมมองของกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ยังไม่พบว่ามีการศึกษาประเด็นดังกล่าวอย่างเป็นระบบ จึงนำมาสู่ประเด็นคำถามงานวิจัยนี้จำนวนสองประเด็นหลักที่เชื่อมโยงกันได้แก่

<sup>2</sup> เว้นแต่ความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สินที่เกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่สังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ตามมาตรา 22 วรรคสาม

<sup>3</sup> Prasit Pivavatanpanich, *Some Legislative Proposals for Reforming the Thai Conflict of Law B.E. 2481 : A Comparative and International Perspective*, (Bangkok: The Research Promotion Committee Faculty of Law, Thammasat University, 2021), p.45.

1) ระบบและกลไกของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของไทยรองรับหรือมีอุปสรรคทางใดหรือไม่ต่อกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย หรือ “กฎหมายขัดกัน” นั้น เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่อยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะเหตุใด

2) หากบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญมีขอบเขตของเนื้อหาและข้อเรียกร้องครอบคลุมการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในลักษณะดังกล่าวในระบบกฎหมายไทยหรือไม่ บทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

## 2. ขอบเขตการวิจัย

งานวิจัยนี้ศึกษาการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายโดยเน้นศึกษาความสอดคล้องของบทบัญญัติที่กำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติสามมีหรือสัญชาติบิดาในการวินิจฉัยประเด็นความสัมพันธ์ทางครอบครัวกับหลักความเสมอภาคและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญ

## 3. วิธีการวิจัย

ศึกษาโดยวิธีการวิจัยกฎหมาย โดยใช้การวิจัยเอกสารในการศึกษาและเก็บรวบรวมข้อมูล จากเอกสารชั้นต้น ได้แก่ ตำบทยกกฎหมาย คำพิพากษา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และเอกสารชั้นรอง ได้แก่ หนังสือ ตำราทางวิชาการ งานวิจัย บทความวิชาการ และ เอกสารต่าง ๆ นำข้อมูลที่รวบรวมมาวิเคราะห์ตีความ หลักการ ทฤษฎี และการให้เหตุผลทางกฎหมาย (Doctrinal analysis) และวิเคราะห์เปรียบเทียบ (Comparative analysis) ตลอดจนสังเคราะห์เพื่อตอบคำถามงานวิจัย

## 4. กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกับการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

### 4.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายและข้อพิจารณาทางสารบัญญัติที่ปรากฏในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

เมื่อต้องวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมายเอกชนที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ ตัวอย่างเช่น กรณีมีประเด็นพิพาทเรื่องสิทธิในทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่ต่างฝ่ายต่างมีสัญชาติแตกต่างกัน และอาจมีทรัพย์สินตั้งอยู่ในหลายประเทศ โดยหลักการแล้วทำให้มีกฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยครอบครัวของหลายประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง กรณีดังกล่าวจึงถือว่ามี “การขัดกันแห่งกฎหมาย” เกิดขึ้น ในการวินิจฉัยคดีพิพาทดังกล่าว เราจำเป็นต้องทราบให้ได้ก่อนว่าจะใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดที่อาจมีความเกี่ยวข้อง

กับข้อพิพาทมากบ้างน้อยบ้างมาปรับกับคดีที่ดังกล่าว กล่าวคือ ในการแก้ปัญหา “การขัดกันแห่งกฎหมาย” ดังกล่าว จึงจำเป็นต้องมีวิธีการหรือเครื่องมือช่วยในการตัดสินใจที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” (Conflict of laws rules)

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 20 มีนาคม พุทธศักราช 2481 จนถึงปัจจุบันโดยยังไม่เคยมีการแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติทั้งหมด 42 มาตรา แบ่งออกเป็น 6 ภาค ซึ่งมีการวางโครงสร้างให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบไปด้วย ภาค 1 บททั่วไป ภาค 2 สถานะและความสามารถของบุคคล ภาค 3 หนี้ ภาค 4 ทรัพย์สิน ภาค 5 ครอบครัว ภาค 6 มรดก โดย ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัยได้อธิบายว่า “การจัดแบ่งหมวดหมู่เช่นนี้ มิใช่เป็นแต่เพียงรูปร่างภายนอกเท่านั้น แม้ข้อความที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ในบรรพใด ๆ ก็ได้พยายามบัญญัติลงไว้ในภาคต่าง ๆ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายขัดกันนี้เพื่อให้ตรงกันด้วย”<sup>4</sup>

โดยรูปแบบของบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วจะอยู่ในรูปแบบบทบัญญัติ “สองด้าน” (Bilateral rules) หรือบทบัญญัติ “พร้อมบูรณ” (All sided rules)<sup>5</sup> ตามแนวคิดของ Friedrich Carl von Savigny (1779 - 1861) ซึ่งให้ความสำคัญกับการค้นหาจุดที่ตั้ง (Sitz) ของนิติสัมพันธ์ โดยในแนวคิดแบบดั้งเดิม (Traditional approach) ซึ่งเป็นพื้นฐานของพระราชบัญญัติดังกล่าว<sup>6</sup> จะตั้งอยู่บนฐานคิดว่ากฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ (Lex causae) มีฐานะเทียบเท่ากฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) จากลักษณะที่เป็นนามธรรม (Abstract) ของบทบัญญัติทำให้มีสถานะเสมือนเป็นป้ายบอกทางสำหรับผู้ปรับใช้กฎหมายว่า จะต้องนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศใดมาใช้บังคับซึ่งอาจเป็นกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ (Lex causae) หรือกฎหมายของประเทศของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) ก็ได้ โดยในขั้นตอนการปรับใช้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะไม่มี การนำข้อพิจารณาถึงผลในสารบัญญัติมาประกอบการปรับใช้ แต่ขั้นตอนดังกล่าวเป็นเพียงกระบวนการทางเทคนิคเพื่อค้นหาจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์นั้น ๆ ผ่านจุดเกาะเกี่ยว (Connecting factor) เท่านั้นโดยไม่มีการให้ความสนใจต่อผลของคดี ซึ่งจะเป็นหน้าที่ในลำดับถัดไปของกระบวนการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติซึ่งกฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ โดยหลักการในมุมมองแบบดั้งเดิมนั้น ผู้ใช้กฎหมายจะไม่นำผลของคดีในขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติมาประกอบการวินิจฉัยในขั้นตอนการปรับใช้กฎหมายขัดกันเพื่อค้นหาว่าจะต้องนำกฎหมายภายในของประเทศใดมาใช้บังคับ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าในทางทฤษฎีนั้น ความยุติธรรมของกฎหมายขัดกัน

<sup>4</sup> สายหยุต แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย : หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา, (โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ, 2482), หน้า 21.

<sup>5</sup> ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 141.

<sup>6</sup> กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 : การขัดกันแห่งกฎหมาย, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2564), หน้า 221.

(Conflict justice) และ ความยุติธรรมในทางสารบัญญัติ (Substantive or material justice) ปรากฏอยู่คนละชั้นตอนของการวินิจฉัยและแยกออกจากกันอย่างชัดเจน<sup>7</sup>

อย่างไรก็ตาม การตราบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายแม้ในรูปแบบของบทบัญญัติพร้อมบูรณในมุมมองแบบดั้งเดิมก็ได้ปราศจากอิทธิพลของคุณค่าทางสังคมที่อยู่เบื้องหลัง โดยเฉพาะการเลือกใช้ “จุดเกาะเกี่ยว” ในบทบัญญัติกฎหมายขัดกันอาจสะท้อนแนวคิดในกฎหมายสารบัญญัติหรือลักษณะของโครงสร้างทางสังคมหรือสถาบันทางสังคมในประเทศและยุคสมัยหนึ่ง ๆ เช่น การกำหนดจุดที่ตั้งสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสองคนให้อยู่ที่สามี การกำหนดให้จุดที่ตั้งสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสามคนให้ เป็นไปตามกฎหมายของบิดา การกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัว (Personal connecting factor) ของสามีหรือบิดาไม่ว่าจะเป็นสัญชาติหรือภูมิลำเนาที่มีผลมาจากแนวคิดโครงสร้างของสถาบันครอบครัว ที่เป็นลำดับขั้นและสามีถูกจัดวางให้เป็นศูนย์กลางของสถาบันครอบครัว<sup>8</sup> จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายหรือ “กฎหมายขัดกัน” มิได้ปราศจากข้อพิจารณาในทางสารบัญญัติที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดรูปแบบของบทบัญญัติและการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยว นอกจากนี้ ยังปฏิเสธไม่ได้ว่า กฎเกณฑ์ที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายล้วนได้รับอิทธิพลจากคุณค่าทางสังคมซึ่งกฎหมายภายในพยายามปกป้อง<sup>9</sup> การตระหนักถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวได้นำมาสู่การยอมรับให้กฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

#### 4.2 การยอมรับให้กฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในกฎหมายต่างประเทศ

หลักการตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถมีความสัมพันธ์กันได้ในหลากหลายมิติ สำหรับประเด็นการยอมรับให้กฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยหลักการตามรัฐธรรมนูญที่สามารถนำมาเป็นกรณีศึกษาสำหรับระบบกฎหมายไทยนั้น<sup>10</sup> สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศที่เกิดพัฒนาการทางความคิดที่น่าสนใจ

<sup>7</sup> Gerhard Kegel, “The Crisis of Conflict of Laws (Volume 112),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law (Brill | Nijhoff, 1964), p.184-185; Symeon C. Symeonides, “Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law,” in *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, eds. Patrick Borchers and Joachim Zekoll (Leiden: Brill | Nijhoff, 2021), p.126-127; Bernard Audit and Louis d’Avout, *Droit International Privé*, (Paris: LGDJ, 2022), p.162.

<sup>8</sup> Julio D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé (Volume 287),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 2000), p.227; Jacques Foyer, “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation (Volume 193),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 1985), p.18-20.

<sup>9</sup> Yvon Loussouarn, “La règle de conflit est-elle une règle neutre ?”, in *Travaux du Comité français de droit international privé* 3, 2 (1981), p.49.

<sup>10</sup> เนื่องจากประเทศไทยเป็นรัฐเดี่ยวและมีกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายเพียงระบบเดียวในประเทศ ในงานวิจัยนี้

ผ่านคำวินิจฉัยของศาล โดยประเด็นข้อโต้แย้งเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงของกฎหมายว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ที่เคยบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้มีโอกาสถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (Bundesgerichtshof หรือ BGH)<sup>11</sup> ตั้งแต่ช่วงกลางศตวรรษที่ 20 อย่างไรก็ตาม ในขณะนั้น ศาลยังคงไม่รับฟังข้อต่อสู้ในประเด็นเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมายโดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมายมีลักษณะเฉพาะและการปรับใช้กฎหมายสัญญาติของฝ่ายชายก็ไม่ได้ทำให้ฝ่ายหญิงเป็นฝ่ายเสียเปรียบเสมอไป และอาจเป็นคุณแก่ฝ่ายหญิงมากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญญาติของฝ่ายหญิงเองก็เป็นได้<sup>12</sup>

จึงเลือกกรณีศึกษาจากต่างประเทศในประเด็นการควบคุมมิให้กฎหมายที่ระบบกฎหมายชดเชยมีความเป็นเอกภาพ (Unified legal systems) กล่าวคือ ในกรณีของรัฐเดี่ยว หรือสหพันธ์รัฐที่อำนาจการตรวจกฎหมายชดเชยไม่ได้อยู่ที่มลรัฐหรือมณฑล สำหรับการควบคุมมิให้กฎหมายที่ระบบกฎหมายชดเชยของรัฐธรรมนูญนั้น มีประเด็นที่เกิดขึ้นเฉพาะสำหรับรัฐที่ระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้เป็นเอกภาพทั้งหมด (Non-unified legal systems) กล่าวคือ กรณีสหพันธ์รัฐที่อำนาจในส่วนการบัญญัติกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่ที่มลรัฐหรือมณฑล หากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่เกิดขึ้นมีความเกี่ยวข้องกับสองมลรัฐหรือสองมณฑลขึ้นไปก็จะทำให้เกิดการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างมลรัฐหรือระหว่างมณฑล (Interstate or interprovincial conflict of laws) นอกจากนี้ ในระบบดังกล่าวอำนาจในการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมายก็มักจะมีที่มลรัฐหรือมณฑลอีกด้วย สถานการณ์ดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายชดเชยที่ตราขึ้นโดยมลรัฐหรือมณฑล รวมถึงการตัดสินใจที่เกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบเกี่ยวข้องกับสองมลรัฐหรือสองมณฑลขึ้นไป โดยศาลของมลรัฐหรือศาลของมณฑล โดยหลักการต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เช่น Due Process และ Full Faith and Credit มักถูกทำให้เป็นเครื่องมือสำหรับการจำกัดอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐหรือมณฑลในการตรวจกฎหมายว่าด้วยการชดเชยแห่งกฎหมายรวมถึงอำนาจของศาลของมลรัฐหรือศาลมณฑลในการตัดสินคดีลักษณะดังกล่าวว่าจะใช้กฎหมายสารบัญญัติของมลรัฐหรือของมณฑลใด โดยเฉพาะกรณีที่น่าไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของมลรัฐหรือมณฑลตนเองโดยไม่สมควร โปรดดู Peter E. Herzog, “Constitutional Limits on Choice of Law (Volume 234),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 1992), Chapter I-II สำหรับสหรัฐอเมริกา โปรดดู Robert A. Leflar, “Constitutional Limits on Free Choice of Law”, in *Law and Contemporary Problems* 28, 4 (1963), p.706-731; James A. Martin, “Constitutional Limitations on Choice of Law”, in *Cornell Law Review* 61, 2 (1976), p.185-230; Robert A. Leflar, “Choice of Law: State’s Rights”, in *Hofstra Law Review* 10, 1 (1981), p.203-211; J. Cary Ross, “Conflicts-Choice of Law: A New Constitutional Standard”, in *Florida Law Review* 33, 4 (1981), p.628-641; Robert A. Sedler, “Constitutional Limitations on Choice of Law; the Perspective of Constitutional Generalism”, in *Hofstra Law Review* 10, 1 (1981), p.59-101. สำหรับแคนาดาและเครือรัฐออสเตรเลีย โปรดดู J.-G. Castel, “Constitutional Aspects of Private International Law in Australia and in Canada,” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law (Brill | Nijhoff, 1969); John Swan, “The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws”, in *The Canadian Bar Review* 63, 2 (1985), p.271-321.; Jeremy Kick, “Conflict and Choice of Law within the Australian Constitutional Context”, in *Federal Law Review* 31, 2 (2003), p.247-298.

<sup>11</sup> เนื่องจากกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche หรือ EGBGB) เป็นกฎหมายที่มีมาก่อนรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland หรือ GG) ดังนั้น ศาลสูงแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof หรือ BGH) จึงมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเป็นรูปธรรมได้

<sup>12</sup> แนวคำพิพากษาดังกล่าวปรากฏอย่างต่อเนื่องในคำพิพากษาของศาลสูงแห่งสหพันธ์รัฐ (BGH) ตัวอย่างเช่น BGH 18 มกราคม 1954, NJW, 1954, 837 ; BGH 29 เมษายน 1964, BGHZ 42, 7 ; BGH, 22 มีนาคม 1967, BGHZ, 47, 324 ; BGH 17 กันยายน 1968, BGHZ, 50, 370, 373 ; BGH 18 มิถุนายน 1970, BGHZ, 54, 132, 136.

ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht หรือ BVerfG) คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 636/68 ลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1971<sup>13</sup> ในคดีที่รู้จักกันในชื่อ “Spanier-Beschluss” ถือเป็นคำวินิจฉัยแรกที่รับรองว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของรัฐดังเช่นบทบัญญัติประเภทอื่น ๆ โดยนำเสนอแนวทางใหม่ในการให้เหตุผลต่อประเด็นดังกล่าว ซึ่งก็ได้มีอิทธิพลต่อการเขียนคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวสำหรับศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลีและราชอาณาจักรสเปนในเวลาต่อมา

มีข้อสังเกตว่าในคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 636/68 ค.ศ. 1971 ดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มิได้วินิจฉัยว่า มาตรา 13(1) กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งกำหนดจุดเกาะเกี่ยว (Connecting factor) ในกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of laws rules) ให้เรื่องความสามารถและเงื่อนไขของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่ายนั้นขัดรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) แต่ได้วินิจฉัยว่าการปรับใช้กฎหมายสเปนซึ่งเป็นกฎหมายต่างประเทศมีผลทำให้หญิงชาวเยอรมันไม่สามารถสมรสกับคู่หมั้นของเธอได้ ซึ่งถือเป็นการละเมิดเสรีภาพในการสมรสของหญิงสัญชาติเยอรมัน ซึ่งได้รับการรับรองตามมาตรา 6(1) แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ทำการวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ภายในครอบครัวเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีหรือสัญชาติของบิดาขัดกับรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในค.ศ. 1983 ตามมาด้วยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลีและสเปนตามลำดับ<sup>14</sup>

อย่างไรก็ตาม ความสำคัญของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ 1 BvR 636/68 ค.ศ. 1971 คือการที่ศาลเน้นย้ำหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยรับรองเป็นครั้งแรกว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศเยอรมัน รวมถึงกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ต้องใช้บังคับอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ มีข้อสังเกตว่าในคำวินิจฉัยนี้ ศาลอาวินิจฉัยเฉพาะผลของการปรับใช้กฎหมายสเปนว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเรื่องเสรีภาพในการสมรสเพียงอย่างเดียวก็สามารถกระทำได้ แต่การที่ศาลพยายามให้เหตุผลในคำวินิจฉัยนี้ในประเด็นเกี่ยวกับมาตรา 13 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ด้วย น่าจะเป็นผลจากความต้องการทำให้เกิดความชัดเจนว่าบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ดังเช่นบทบัญญัติอื่น ๆ<sup>15</sup> ซึ่งในขณะนั้นถือเป็นการเปิดมุมมองใหม่ให้กับกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ โดยที่ในปัจจุบันประเด็นดังกล่าวไม่ถูกตั้งข้อสงสัยแล้วในปัจจุบัน<sup>16</sup> โดยศาลปฏิเสธเหตุผลเรื่องลักษณะเฉพาะของกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ และเหตุผลเรื่องความเป็นกลาง ไม่สนใจต่อผลของคดีของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุผลที่ศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์

<sup>13</sup> BVerfGE 31, 58

<sup>14</sup> โปรดดู หัวข้อที่ 5

<sup>15</sup> Peter E. Herzog, “Constitutional Limits on Choice of Law (Volume 234),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law, p.314.

<sup>16</sup> Johan Meeusen, “Le droit international privé et le principe de non-discrimination (Volume 353),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 2012), p.50-52.

(BGH) มักนำมาใช้เพื่อไม่รับฟังข้อโต้แย้งเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) คำวินิจฉัยดังกล่าวถือเป็นการเปิดประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญกับการปรับใช้กฎหมายเอกชนระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกซึ่งถือเป็นก้าวที่สำคัญของวงการกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ<sup>17</sup>

### 4.3 บทวิเคราะห์เรื่องการยอมรับให้กฎหมายที่ขัดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในขอบเขตของการควบคุมให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในกฎหมายไทย

ในบริบทของกฎหมายไทยบทบัญญัติกฎหมายที่ขัดกันแห่งกฎหมาย สามารถเป็น “วัตถุแห่งคดี” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบได้หรือไม่ โดยมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปนี้

1) บทบัญญัติกฎหมายที่ขัดกันแห่งกฎหมาย ถือเป็น “กฎหมาย” ที่เป็นวัตถุแห่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่

ปัญหาว่า “กฎหมาย” คืออะไร ถือเป็นปัญหาพื้นฐานในทางนิติปรัชญาและทางวิชาการซึ่งยากที่จะให้คำตอบอันเป็นที่ยุติเด็ดขาดได้ สำหรับการวิจัยนี้จะกำหนดขอบเขตของการศึกษาถึงนิยามของ “กฎหมาย” ในฐานะที่เป็นวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความหมายของ “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเอาไว้ว่า จะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วย่อมหมายถึงพระราชบัญญัติโดยนอกรวมถึงพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องแล้วจึงรวมไปถึงประมวลกฎหมายด้วย<sup>18</sup> โดยหลังจากที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ได้มีพระราชบัญญัติเพิ่มขึ้นอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งยังคงปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาด้วยจนถึงปัจจุบัน นอกจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติแล้ว “กฎหมาย” ในความหมายดังกล่าว ยังประกอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยให้กฎหมายนั้นมีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติด้วย อันได้แก่ พระราชกำหนด<sup>19</sup> และพระราชกฤษฎีกาในบางกรณี<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Rainer Hofmann, “Human rights and the ordre public clause of German private international law”, in *Tel Aviv University Studies in Law* 12 (1994), p.148-149; Patrick Kinsch, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé (Volume 318),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 2005), p.140.

<sup>18</sup> ตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2541 ได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-53/2543 ได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายอาญา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายแพ่ง เป็นต้น

<sup>19</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ยืนยันว่า “พระราชกำหนด” มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9-10/2544 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 57/2545 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 29-30/2547 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2552 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2553 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5-7/2562 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2566 เป็นต้น

<sup>20</sup> ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เคยมีคำวินิจฉัยที่ 5/2557 ว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 บางมาตรา มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วย

จากการศึกษาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย ในประเด็นขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” นั้น ไม่พบว่ามีการอุปสรรค ในการที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งถูกรับรองไว้ในกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 และหากในอนาคต มีการปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายฉบับดังกล่าว และมีการตรากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขึ้นมาใหม่ ไม่ว่าจะโดยพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือ บรรจุอยู่ในประมวลกฎหมายก็ตาม ก็ยังคงอยู่ในขอบเขตอำนาจของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ เนื่องจากมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ตามความหมายของการวัดแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ

2) สำหรับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังการประกาศใช้กฎหมายทั้งแบบนามธรรม (Abstract review) ซึ่งเป็นการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไปและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบเป็นรูปธรรม (Concrete review) ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คู่ความมีสิทธิโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีของตนนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลที่พิจารณาคดีส่งคำโต้แย้งดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย รวมถึงกรณีศาลที่พิจารณาคดีใช้สิทธิเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตนจะใช้บังคับแก่คดีนั้น มีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเข้านิยาม “กฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป” หรือ “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ด้วยหรือไม่ จากการสำรวจคำอธิบายของการหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของนักกฎหมายในประเทศไทย มักอธิบายว่า ได้แก่ กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติเท่านั้นโดยไม่ได้กล่าวถึง “กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย”<sup>21</sup> อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายอยู่ในนิยาม “กฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป” และ “กฎหมายที่ศาลสามารถนำมาปรับกับคดี” ด้วยเช่นกัน เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากสภา ประกาศใช้แล้วและยังไม่สิ้นผลบังคับจึงเข้านิยาม “กฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป” และหากเมื่อข้อพิพาทมีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign elements) อันตกอยู่ภายใต้ขอบเขตสภาพบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 คู่ความย่อมสามารถกล่าวอ้างบทบัญญัติดังกล่าว โดยการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายขัดกันดังกล่าวอาจนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายต่างประเทศ หรือกฎหมายไทยก็ได้ หากในการพิจารณาคดีคู่ความมีการกล่าวอ้างบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 หรือเป็นกรณีที่ศาลหยิบยกบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นมาวินิจฉัยเอง<sup>22</sup> ก็จะเข้านิยาม “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ซึ่งหมายถึง “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่

รัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชกำหนด สำหรับข้อวิพากษ์ต่อคำวินิจฉัยดังกล่าว โปรดดู อธิระ สุธีวรารังกูร, รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ, (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 22-28.

<sup>21</sup> อธิระ สุธีวรารังกูร, รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ, หน้า 38.

<sup>22</sup> ถึงแม้ว่าระบบกฎหมายขัดกันไทยจะถูกจัดอยู่ในกลุ่มระบบ “ทางเลือก” เหมือนอย่างกฎหมายขัดกันอังกฤษ โปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 140. และ กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 : การขัดกันแห่งกฎหมาย, หน้า 263. ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่ากรณีที่คดีพิพาท “มีลักษณะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศอันตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

ศาลจะต้องนำมาใช้เป็นฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ตนต้องพิจารณาพิพากษา”<sup>23</sup> ด้วยเช่นกันไม่ว่าการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวในท้ายที่สุดจะนำไปสู่การใช้กฎหมายไทย (Lex fori) หรือกฎหมายต่างประเทศ (Lex causae) รวมถึงกรณีที่มีการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ถูกล่าช้าหรือหยาบคายขึ้นมาจะนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศแต่คู่ความมิได้พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ หรือไม่สามารถพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ซึ่งในท้ายที่สุดจะต้องนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายไทยแทนตามมาตรา 8 ก็ตาม<sup>24</sup> เนื่องจากผู้วิจัยเห็นว่าเป็นกรณีที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้อยู่ในสถานะของฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้วเพียงแต่ผลของมาตรา 8 พระราชบัญญัติเดียวกันนี้ได้กำหนดให้ศาลจำต้องกลับมาใช้กฎหมายไทยแทนที่จะเป็นกฎหมายต่างประเทศที่บทบัญญัติกฎหมายขัดกันชี้ให้ใช้ ในทางตรงกันข้ามหากแม้คดีมีลักษณะระหว่างประเทศหรือมีองค์ประกอบต่างประเทศแต่ไม่มีความฝ่ายใดกล่าวอ้างและศาลก็ได้หยาบคายบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวขึ้นวินิจฉัย ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีเสมือนอย่างคดีแพ่งธรรมดา ๆ<sup>25</sup> โดยไม่ได้ใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กรณีย่อมไม่เข้านิยาม “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ที่จะสามารถโต้แย้งหรือเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติพระราชบัญญัติดังกล่าวแบบเป็นรูปธรรมได้

นอกจากนี้ การที่บทบัญญัติกฎหมายขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้เป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง แต่เป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับ ไม่ควรเป็นเหตุที่จะทำให้บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตรากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายทั้งการเลือกรูปแบบของบทบัญญัติ รวมถึงการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละลักษณะข้อกฎหมาย ไม่ได้เกิดขึ้นโดยปราศจากอิทธิพลของข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่ง แนวคิดหรือคุณค่าของสังคมที่ได้รับการยอมรับในขณะที่มีการตรากฎหมายหรือแม้แต่ความพยายามให้การปรับใช้กฎหมายเกิดผลบางประการ

3) สำหรับประเด็นเรื่องช่องทางการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็ต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นกำหนด สำหรับ

---

พ.ศ. 2481” ศาลสามารถหยาบคายบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยได้เองแม้ไม่มีความฝ่ายใดยกขึ้นกล่าวอ้าง แต่หน้าที่การนำสืบกฎหมายต่างประเทศยังคงอยู่ที่คู่ความ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11311/2555 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557 เป็นต้น

<sup>23</sup> ธีระ สุธีวรานุกร, รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ, หน้า 38.

<sup>24</sup> มีกรณีที่ศาลใช้วิธียกฟ้อง กล่าวคือ กรณีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11311/2555 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9681/2557 ซึ่งเป็นคดีฟ้องหย่าโดยที่คู่สมรสอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย โดยคู่ความไม่ได้นำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ากฎหมายสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายที่ไม่ได้มีสัญชาติไทยยอมให้หย่าได้ ตามมาตรา 27 วรรคหนึ่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ที่บัญญัติว่า “ศาลไทยจะไม่พิพากษาให้หย่ากัน เว้นแต่กฎหมายสัญชาติแห่งสามีและภริยาทั้งสองฝ่ายยอมให้หย่าได้” มีข้อสังเกตว่ารูปแบบการเขียนบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้เป็นการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการวินิจฉัยคดีเรื่องการหย่าซึ่งปรากฏในวรรคสองที่บัญญัติว่า “เหตุหย่าให้เป็นไปตามกฎหมายไทย” แต่เป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจของศาลไทยในการพิจารณาพิพากษาคดีฟ้องหย่าในกรณีที่ข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศอันเข้าขอบเขตสภาพบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

<sup>25</sup> ประสิทธิ์ ธีราวัฒน์พานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 140.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในกรณีการตรวจสอบกฎหมายที่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภาที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันแบบ “นามธรรม” กล่าวคือ เป็นกรณีที่ยังไม่ได้อยู่ระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยกฎหมายดังกล่าว จะต้องดำเนินการผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 231(1) โดยเมื่อได้รับข้อร้องเรียนจากประชาชนผู้ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมาย และผู้ตรวจการแผ่นดินใช้ดุลพินิจพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ก็สามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ได้ สำหรับช่องทางการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายแบบ “รูปธรรม” อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่ข้อพิพาทที่เป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign elements) อันตกอยู่ภายใต้ขอบเขตสภาพบังคับของพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยอาจเป็นคู่ความที่ใช้สิทธิโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีว่าบทบัญญัติหนึ่ง ๆ หรือหลายบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีของตนนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลที่พิจารณาคดีส่งคำโต้แย้งดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย หรือศาลที่พิจารณาคดีก็สามารถใช้สิทธิเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตนจะใช้บังคับแก่คดีโดยที่คู่ความไม่จำเป็นต้องร้องขอ ตามมาตรา 121 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เช่นกัน สำหรับประเด็นว่าคู่ความในคดีที่อยู่ในขอบเขตสภาพบังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจเป็นชาวต่างชาติจะเป็นข้อจำกัดของการยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต่อประเด็นดังกล่าว เนื่องจากสิทธิในการยื่นคำร้องดังกล่าวปรากฏอยู่ในหมวด 11 ว่าด้วย “ศาลรัฐธรรมนูญ” โดยไม่ได้มีการบัญญัติเฉพาะเจาะจงไว้ว่าเป็นสิทธิที่สงวนไว้สำหรับคู่ความที่เป็นบุคคลสัญชาติไทยเท่านั้น การตีความว่าให้ “คู่ความ” หมายถึงคนต่างด้าวได้ด้วยนั้นไม่ถูกจำกัดโดยชื่อหมวดของบทบัญญัติดังกล่าว ดังเช่นที่อาจเกิดขึ้นได้สำหรับกรณีบทบัญญัติในหมวด 3 “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” นอกจากนี้ เคยมีกรณีบุคคลสัญชาติต่างด้าว (ญี่ปุ่น) ยื่นคำร้องผ่านศาลจังหวัดชลบุรีขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมาย (พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2475) ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และศาลได้รับคำร้องไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2544 กรณีดังกล่าวเป็นการยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบเป็น “รูปธรรม” โดยใช้กระบวนการตามมาตรา 264 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นกระบวนการลักษณะเดียวกันกับกระบวนการตามมาตรา 121 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังนั้น สถานะความเป็นบุคคลต่างด้าวจึงไม่ใช่ข้อจำกัดในเรื่องสิทธิการยื่นคำร้องขอให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่ประการใด

## 5. การควบคุมมิให้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดกับหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเด็นหลักประเด็นที่สองของงานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อตอบคำถามว่าบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งมีการกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสในกรณีที่คู่สมรสไม่มีสัญชาติเดียวกัน ได้แก่

มาตรา 21 วรรคสอง และมาตรา 22 วรรคสอง รวมถึงสัญญาชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดา และบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 30 วรรคแรก ขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากการศึกษาพบว่า การกำหนดจุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในหลายประเทศทั้งในแถบยุโรปและเอเชียในอดีต และเคยถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลในบางประเทศ ซึ่งได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าว นำมาซึ่งคำถามว่าในบริบทของประเทศไทยนั้น กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นเรื่องหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศได้ด้วยหรือไม่

### 5.1 การควบคุมมิให้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในกฎหมายต่างประเทศ

ประเด็นว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายสามารถขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ เคยได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญของบางประเทศ ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติกฎหมายขัดกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ในบางมาตราที่เคยมีการกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและสัญชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นบทบัญญัติที่เคยถูกยื่นคำร้องให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาหลายต่อหลายครั้ง และถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfG) ในค.ศ. 1971 จะรับรองให้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ในช่วงแรกยังคงไม่เปลี่ยนแนวคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ลงวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ. 1979<sup>26</sup> ยังคงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่บัญญัติให้กฎหมายสัญชาติบิดามีความสำคัญเหนือกว่ากฎหมายสัญชาติมารดาไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเนื่องจากเป็นบทบัญญัติในทางเทคนิคซึ่งในท้ายที่สุดการปรับใช้กฎหมายสัญชาติบิดาอาจเป็นคุณแก่มารดามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของมารดาก็เป็นได้

การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมสูงสุดของสหพันธ์ (BGH) ในประเด็นดังกล่าวเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาลงวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 1982 โดยได้วินิจฉัยว่า มาตรา 17(1) กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งบัญญัติให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในกระบวนการหย่าเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามมาตรา 3(2) ของรัฐธรรมนูญ โดยศาลให้ความเห็นประกอบคำวินิจฉัยว่า จุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) เลือกใช้นั้นแสดงให้เห็นว่าสัญชาติของสามีถูกทำให้เหนือกว่าสัญชาติของภรรยา ความสำคัญของภรรยาถูกลดทอนความสำคัญให้ต่ำกว่าในมุมมองของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งอธิบายได้จาก แนวคิดเรื่องชายเป็นใหญ่ในสถาบันการการสมรส ซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของยุคสมัยที่ได้มีการตรากฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งเหตุผลดังกล่าวเป็นการเพียงพอที่จะ

<sup>26</sup> BGHZ 75, 32

ถือได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญเยอรมัน นอกจากนี้ การที่จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีมีผลทำให้สามีได้เปรียบภรรยาในทางอ้อม เนื่องจากสามีจะรู้กฎหมายของประเทศที่ตนเองมีสัญชาติมากกว่า ภรรยา รวมถึงการที่กฎหมายที่ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เปิดโอกาสให้สามีสามารถแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของการสมรสโดยการเปลี่ยนแปลงสัญชาติได้โดยลำพัง

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) คำวินิจฉัยแรกที่ได้อธิบายว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามมาตราดังกล่าว ได้แก่ คำวินิจฉัยที่ 1 BvL 17/81 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1983<sup>27</sup> โดยได้อ้างถึงคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่ 1 BvR 636/68 ค.ศ. 1971 ข้างต้น เพื่อย้ำว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของเยอรมันต้องถูกตรวจสอบกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (den Grundrechten) และได้วินิจฉัยว่าต่อมาว่ามาตรา 15 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ซึ่งบัญญัติให้ความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามีขณะทำการสมรสขัดต่อมาตรา 3(2) โดยไม่ยอมรับข้อกล่าวอ้างที่ว่า การปรับใช้กฎหมายสัญชาติสามีอาจเป็นคุณกับฝ่ายภรรยามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของภรรยา ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ส่งผลให้ภรรยาเป็นฝ่ายเสียเปรียบโดยอัตโนมัติ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) ในคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 830/83 ลงวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 1985<sup>28</sup> ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 17(1) กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ที่บัญญัติให้การจัดการทรัพย์สินของคู่สมรสในกระบวนการหย่าของคู่สมรสที่มีสัญชาติแตกต่างกันเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามียังคงวินิจฉัยในลักษณะเดียวกันกับคำวินิจฉัยที่ 1 BvL 17/81 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1983 โดยในคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 830/83 ศาลวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 3(2) ของรัฐธรรมนูญ (GG) โดยกรณีนี้ ไม่ใช่เรื่องความแตกต่างในทางกายภาพและความแตกต่างในทางหน้าที่ที่มีผลมาจากเพศ ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ยอมรับให้ปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ ทั้งนี้บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยไม่จำเป็นต้องผ่านการพิจารณาผลของการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวในข้อเท็จจริงแต่ละกรณีอย่างเป็นรูปธรรม<sup>29</sup> โดยแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfG) ทั้งสองฉบับ กล่าวคือ คำวินิจฉัยที่ 1 BvL 17/81 และคำวินิจฉัยที่ 1 BvR 830/83 เมื่อ ค.ศ. 1983 และ ค.ศ. 1985 ตามลำดับ ได้นำไปสู่การแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของเยอรมันด้วยรัฐบัญญัติลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1986 เพื่อแก้ไขกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (EGBGB) ให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) รวมถึงมีอิทธิพลต่อศาลรัฐธรรมนูญประเทศอื่น ๆ ในเวลาต่อมา ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิตาลีซึ่งได้มีโอกาสตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวเช่นกัน โดยคำวินิจฉัยแรกที่วินิจฉัยว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเรื่องความสัมพันธ์ในส่วนตัวระหว่างคู่สมรสในกรณีที่คู่สมรสมีสัญชาติแตกต่างกัน ที่กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีขณะทำการสมรสขัดกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและของคู่สมรสตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยหมายเลข 71 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 ในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีให้เหตุผลเพื่อหักล้างข้อกล่าวอ้างที่มีกฎหมายขึ้นเพื่อคัดค้านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>27</sup> BVerfGE 63, 181-196

<sup>28</sup> BVerfGE 68, 384

<sup>29</sup> Peter E. Herzog, "Constitutional Limits on Choice of Law (Volume 234)," in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law, p.316.

ในกรณีดังกล่าวคือ เรื่องความเป็นกลางหรือความไม่สนใจต่อผลของคดีของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กล่าวคือ การที่กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้วางระเบียบนิติสัมพันธ์ที่พิพาทโดยตรงและโดยสภาพไม่ได้กระทบต่อผลประโยชน์ได้เสียในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวส่งผลให้ไม่อยู่ในขอบเขตสภาพบังคับของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น รวมถึงข้อกล่าวอ้างที่ว่า การปรับใช้กฎหมายสัญชาติสามีอาจเป็นคุณแก่ภรรยามากกว่าก็เป็นได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้หักล้างข้อกล่าวอ้างดังกล่าวว่า การให้ความสำคัญแก่กฎหมายสัญชาติของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเนื่องจากมีความเป็นไปได้น้อยกว่าที่ภรรยาจะมีความรู้กฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมายของตนและนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในคำวินิจฉัยดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 18 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งของอิตาลี ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกรณีคู่สมรสไม่มีสัญชาติร่วมกันซึ่งให้บังคับใช้กฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ทำการสมรสนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญอิตาลี ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี โดยคำวินิจฉัยหมายเลข 477 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1987 ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับคำพิพากษาก่อนหน้านี้โดยวินิจฉัยว่า มาตรา 20 กฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีในส่วนบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดาขัดต่อมาตรา 3 และ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี จากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นจึงเป็นที่มาของแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของอิตาลีโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1995 แก้ไขบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอิตาลีเพื่อยกเลิกบทบัญญัติที่สะท้อนการมีอำนาจเหนือกว่าของฝ่ายชายและความไม่เสมอภาคระหว่างชายและหญิง

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน โดยคำวินิจฉัยที่ 39/2002 ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002 ได้มีโอกาสนิพนธ์ประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา 9-2 ประมวลกฎหมายแพ่งฉบับ ค.ศ. 1974<sup>30</sup> ซึ่งยังคงใช้บังคับกับคดีพิพาทว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามมาตรา 14 และหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสมาตรา 32 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 โดยให้เหตุผลว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นผลมาจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ซึ่งให้ความสำคัญกับเพศชายอันเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคระหว่างเพศจึงไม่สามารถใช้บังคับได้

## 5.2 การเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศในกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศ ถึงแม้ว่าจะไม่ได้ผ่านการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญว่าขัดต่อความเสมอภาคระหว่างเพศ ก็ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายขัดกันหรือแนวคำพิพากษาของศาลในเรื่องดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ศาลฎีกา (Cour de Cassation) ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและของราชอาณาจักรเบลเยียม

<sup>30</sup> มาตรา 9-2 ประมวลกฎหมายแพ่งสเปนฉบับ ค.ศ. 1974 สามารถเข้าถึงได้จาก Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, “Código Civil,” [online] Available from : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763&b=17&tn=1&p=19740709#art9> [14 July 2023]

คำพิพากษาศาลฎีกาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในคดี “Rivière” ลงวันที่ 17 เมษายน ค.ศ. 1953 และคดี “Lewandowsky” วันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1955 ได้วางแนวคำพิพากษาสำหรับกรณีคู่สมรสมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศ ให้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับการหย่าไว้ที่ “ภูมิลำเนาพร้อมของคู่สมรส” คำพิพากษาศาลฎีกาคดี “Tarwid” ลงวันที่ 15 พฤษภาคม ค.ศ. 1961 ศาลได้วางหลักเกณฑ์ให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดี (Lex fori) และคำพิพากษาในคดี “Chemouni” ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1963 ได้กำหนดให้จุดเกาะเกี่ยวสำหรับผลของการสมรสในกรณีคู่สมรสมีสัญชาติแตกต่างกันไว้ที่ “ภูมิลำเนาแรกหลังสมรส”<sup>31</sup>

ศาลฎีการาชอาณาจักรเบลเยียม ลงวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 1992 ได้เปลี่ยนแนวคำพิพากษาเรื่องจุดเกาะเกี่ยวของผลของการสมรสกรณีคู่สมรสมีสัญชาติต่างกัน จากเดิมที่วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติสามี เปลี่ยนไปใช้กฎหมายของประเทศที่เป็นภูมิลำเนาแรกหลังสมรส ต่อมาประเทศเบลเยียม ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ (Code de droit international privé) เมื่อ ค.ศ. 2004 โดยในมาตรา 48 วรรคแรกได้บัญญัติให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำ (Habitual residence) ของคู่สมรสในขณะที่ผลของการสมรสถูกยกขึ้นกล่าวอ้างหรือในขณะที่ทำนิติกรรมหากผลของการสมรสเกี่ยวข้องกับนิติกรรม หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในประเทศเดียวกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกัน หากไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายเบลเยียม<sup>32</sup> สำหรับกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส มาตรา 49 บัญญัติให้เป็นไปตามกฎหมายที่คู่สมรสแสดงเจตนาเลือก โดยกำหนดให้เลือกใช้ได้ระหว่างกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ประจำแรกหลังสมรส กฎหมายของประเทศที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีถิ่นที่อยู่ประจำในขณะที่เลือก หรือกฎหมายที่คู่สมรสอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติในขณะที่เลือก ในกรณีที่คู่สมรสไม่ได้เลือกกฎหมายใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สิน มาตรา 51 กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ร่วมประจำกันเป็นครั้งแรกหลังสมรส หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีสัญชาติร่วมกันในขณะที่ทำการสมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันในขณะที่ทำการสมรส ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ได้ทำการสมรส

สำหรับประเทศในทวีปเอเชียซึ่งเดิมเคยได้รับอิทธิพลจากการบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (EGBGB) ตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ได้ยกเลิกการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาสำหรับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ภายในครอบครัว เพื่อจัดข้อวิจารณ์เรื่องความไม่เสมอภาคระหว่างเพศ ถึงแม้ว่าจะยังไม่เคยมีการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายดังกล่าวก็ตาม

<sup>31</sup> Andreas Bucher, “La famille en droit international privé (Volume 283),” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law (Brill, 2000), p.42.

<sup>32</sup> Service Public Fédéral Justice, “Loi portant le Code de droit international privé,” [online] Available from : <https://www.ejustice.just.fgov.be> [14 July 2023]

ประเทศญี่ปุ่น ได้มีกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นครั้งแรกเมื่อค.ศ. 1898 ซึ่งร่างขึ้นตามแนวทางกฎหมายขัดกันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>33</sup> ในกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาไว้ที่สัญชาติสามีทั้งส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและทางทรัพย์สิน ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้ที่สัญชาติของบิดา<sup>34</sup> การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายครั้งสำคัญของญี่ปุ่นเกิดขึ้นเมื่อค.ศ. 1989<sup>35</sup> โดยส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับประเด็นการสมรส การหย่า และความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร โดยหนึ่งในเหตุผลความจำเป็นของการแก้ไขคือการจัดการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 14 เรื่องหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและมาตรา 24 เรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 ในลักษณะเดียวกันกับการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายของประเทศเยอรมันในค.ศ. 1986<sup>36</sup> โดยการขยายขอบเขตของหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเข้าไปในบริบทของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย<sup>37</sup> ถึงแม้ว่าข้อโต้แย้งเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าวเคยเกิดขึ้นแต่ศาลญี่ปุ่นโดยคำพิพากษาศาล Osaka High Court เมื่อค.ศ. 1981 ไม่รับฟังข้อโต้แย้งดังกล่าว<sup>38</sup> ทำให้ศาลญี่ปุ่นไม่เคยมีโอกาสวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>39</sup> ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศของญี่ปุ่นเมื่อค.ศ. 1990 ผู้ร่างได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวเรื่องผลของการสมรสในทางส่วนตัวให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมของคู่สมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับคู่สมรสมากที่สุด (มาตรา 14) นอกจากนี้ ยังกำหนดให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับผลของการสมรสในทางส่วนตัวตามมาตราดังกล่าวใช้บังคับกับการหย่าด้วย เว้นแต่กรณีคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติญี่ปุ่นและมีถิ่นที่อยู่ประจำอยู่ในประเทศญี่ปุ่นก็ให้การหย่าเป็นไปตามกฎหมายญี่ปุ่น (มาตรา 16) สำหรับระบอบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมของคู่สมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็น

<sup>33</sup> ผลประการหนึ่งคือ กฎหมายฉบับดังกล่าว จึงมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยมีบัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลและการบังคับคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายขัดกันของทั้งสองประเทศยังคงมีความแตกต่างกันตรงที่กฎหมายขัดกันของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้นำบทบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายไปบัญญัติไว้ในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งแต่ได้ตรากฎหมายใหม่ขึ้นมาเป็นการเฉพาะ โปรดดู Chin Kim, “New Japanese Private International Law: The 1990 Horei”, in *The American Journal of Comparative Law* 40, 1 (1992), p.2-3.

<sup>34</sup> Ibid., p. 8-9; Shunichiro Nakano, “Zur Reform des japanischen internationalen Familienrechts”, in *Kobe University Law Review* 63, 24 (1990), p.63-78, p.63.

<sup>35</sup> มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม 1990

<sup>36</sup> Chin Kim, “New Japanese Private International Law: The 1990 Horei”, in *The American Journal of Comparative Law*, p.16-17.

<sup>37</sup> Ibid., p. 32.

<sup>38</sup> Masato Dogauchi, “Historical Development of Japanese Private International Law,” in *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, eds. Jürgen Basedow, Harald Baum, and Yuko Nishitani (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008), p.39-42. Cited in Prasit Pivavatanpanich, *Some Legislative Proposals for Reforming the Thai Conflict of Law B.E. 2481 : A Comparative and International Perspective*, p.44.

<sup>39</sup> Chin Kim, “New Japanese Private International Law: The 1990 Horei”, in *The American Journal of Comparative Law*, p.16.

ไปตามกฎหมายที่มีความใกล้ชิดกับคู่สมรสมากที่สุด นอกจากนี้ ยังกำหนดให้คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสได้อีกด้วย โดยเปิดโอกาสให้เลือกได้ระหว่าง 1) กฎหมายของประเทศที่สามีหรือภริยามีสัญชาติ 2) กฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ประจำของสามีหรือภริยา หรือ 3) กฎหมายของประเทศที่อสังหาริมทรัพย์ตั้งอยู่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ (มาตรา 15) สำหรับบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นในปัจจุบันตามที่มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวอีกครั้งเมื่อค.ศ. 2006 โดยพระราชบัญญัติ หมายเลข 78 ลงวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 2006 ยังคงจุดเกาะเกี่ยวในลักษณะข้อกฎหมายดังกล่าวไว้ตามเดิม<sup>40</sup>

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร กฎหมายขัดกันเดิมของญี่ปุ่นกำหนดให้สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา หากไม่มีบิดาให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดานั้น (มาตรา 20) กฎหมายขัดกันญี่ปุ่นฉบับแก้ไข ค.ศ. 1990 ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าว โดยหนึ่งในเหตุผลคือการหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ<sup>41</sup> โดยกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรไว้เป็นขั้น ๆ ลำดับแรกให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติที่มีร่วมกัน หากไม่มีให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่มีความใกล้ชิดที่สุด<sup>42</sup> สำหรับกฎหมายขัดกัน ค.ศ. 2006 ของญี่ปุ่นยังคงไว้ซึ่งการหลีกเลี่ยงการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ แต่ได้มีการปรับจุดเกาะเกี่ยวเล็กน้อย โดยลำดับแรกให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุตรที่เป็นสัญชาติเดียวกันสัญชาติของบิดาหรือมารดา หากบุตรไม่มีสัญชาติร่วมกันกับบิดาหรือมารดาฝ่ายใดเลยก็ให้เป็นไปตามถิ่นที่อยู่ประจำของบุตรนั้น

แนวทางการแก้ไขกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1990 ซึ่งปรับปรุงการเลือกบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง ได้มีอิทธิพลต่อประเทศอื่น ๆ ในเอเชียตะวันออก ดังเช่น สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ในเวลาต่อมา

สำหรับสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) บทบัญญัติมาตรา 12-15 ของรัฐบัญญัติกฎหมายขัดกันทั้งฉบับ ค.ศ. 1918 และค.ศ. 1953 ได้เคยกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีทั้งในเรื่องผลของการสมรสทั้งในส่วนความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวของคู่สมรส และระบอบทรัพย์สินของสามีภริยา แต่ในกฎหมายฉบับแก้ไขค.ศ. 2010 มาตรา 47 ได้บัญญัติให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สมรส หากคู่สมรสไม่มีสัญชาติร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีภูมิลำเนาาร่วมกัน หากไม่มีภูมิลำเนาาร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีความใกล้ชิดที่สุด สำหรับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร มาตรา 55 ได้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวไว้ที่สัญชาติของบุตร

<sup>40</sup> Japanese Law Translation, "Act on General Rules for Application of Laws (Act No. 78 of 2006)," [online] Available from : <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3783> [14 July 2023]

<sup>41</sup> Chin Kim, "New Japanese Private International Law: The 1990 Horei", in *The American Journal of Comparative Law*, p.31.

<sup>42</sup> Ibid., p. 32.

ในส่วนสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) รัฐบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี ลงวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1962 ถูกสร้างขึ้นตามแนวทางของกฎหมายขัดกันเยอรมัน และญี่ปุ่นซึ่งเป็นกฎหมายที่ถูกร่างขึ้นในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19<sup>43</sup> กฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติให้ผลของการสมรส (มาตรา 16) ระบอบทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา (มาตรา 17) และการหย่า (มาตรา 18) เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามี และให้ใช้กฎหมายสัญชาติของบิดาสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร (มาตรา 22) สำหรับสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการแก้ไขกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายครั้งสำคัญโดยกฎหมายลงวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 2001 โดยหนึ่งในเหตุผลความจำเป็นคือเพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญ<sup>44</sup> โดยมาตรา 37 กำหนดให้ผลของการสมรสเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติร่วมกันของคู่สมรส หากไม่มีสัญชาติร่วมกันให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันของคู่สมรส หากไม่มีถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีความใกล้ชิดมากที่สุด และมาตรา 45 กำหนดจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรไว้เป็นลำดับขั้นเช่นกัน โดยลำดับแรกให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุตรที่เป็นสัญชาติเดียวกันสัญชาติของบิดาหรือมารดา หากบุตรไม่มีสัญชาติร่วมกันกับบิดาหรือมารดาเลยก็ให้เป็นไปตามถิ่นที่อยู่ประจำของบุตรนั้น

แนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลักษณะดังกล่าวสอดคล้องกับมติของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (Resolution de l'Institut de droit international) ค.ศ. 1987 ซึ่งได้นำเสนอแนวทางให้เปลี่ยนจากการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีซึ่งสถาบันดังกล่าวเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เป็นการใช้อกฎหมายของประเทศที่เป็นภูมิลำเนาของคู่สมรสแทน<sup>45</sup> รวมถึงอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส ค.ศ. 1978<sup>46</sup> ซึ่งได้ปรับเปลี่ยนแนวทางการกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายไว้แตกต่างอย่างสิ้นเชิงจากอนุสัญญากรุงเฮกเรื่องกฎหมายขัดกันว่าด้วยผลของการสมรสเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่สมรสทั้งความสัมพันธ์ในทางส่วนตัวและทรัพย์สิน ค.ศ. 1905 มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีไม่มีสัญชาติก่อนสมรส ผลของการสมรสเกี่ยวกับทรัพย์สินของคู่สมรสทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะทำการสมรส และบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการเปลี่ยนแปลงสัญชาติคู่สมรสในภายหลังไม่กระทบต่อระบอบทรัพย์สินของคู่สมรส โดยในอนุสัญญากรุงเฮก (Hague Convention) เรื่องเดียวกันฉบับ ค.ศ. 1978 ได้บัญญัติให้คู่สมรสสามารถเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับระบอบทรัพย์สินของคู่สมรสได้ (มาตรา 3) และหากไม่ได้มีการเลือกกฎหมายใช้บังคับ โดยหลักการก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่คู่สมรสมีถิ่นที่อยู่ประจำแรกหลังสมรส โดยให้มีข้อยกเว้นให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่สมรสได้ในบางกรณี (มาตรา 4)

<sup>43</sup> Kwang-Hyun Suk, "New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea", in *Journal of Korean Law* 1, 2 (2001), p.197.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 198-199.

<sup>45</sup> โปรดดูมติข้อ 7 เข้าถึงได้จาก Institut de droit international, "The Duality of the Nationality Principle and the Domicile Principle in Private International Law," [online] Available from : [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1987\\_caire\\_01\\_en.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1987_caire_01_en.pdf) [1 December 2023]

<sup>46</sup> Hague Conference on Private International Law, "Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes," [online] Available from <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=87> [1 December 2023]

สำหรับในส่วนของประเทศไทย บทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เป็นบทบัญญัติที่ใช้แนวทางเดียวกันกับบทบัญญัติกฎหมายขัดกันที่ปรากฏในกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่ง (EGBGB) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศญี่ปุ่นในอดีต กล่าวคือ ในกรณีที่คู่สามีภริยาไม่ได้มีสัญชาติเดียวกัน หรือภริยาไม่ได้มาซึ่งสัญชาติของสามีโดยการสมรส การระบุให้สัญชาติขณะสมรสของสามีเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาทั้งในทางส่วนตัว (มาตรา 21 วรรคสอง) และในทางทรัพย์สินที่ไม่เกี่ยวข้องกับการสมรส (มาตรา 22 วรรคสอง) และสัญชาติบิดาเป็นจุดเกาะเกี่ยวสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ขอด้วยกฎหมาย (มาตรา 30 วรรคแรก) สำหรับงานวิจัยนี้จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวนี้ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่

### 5.3 หลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

การยืนยันหลักความเสมอภาคปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทยเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรก (พ.ศ. 2475) ของประเทศสยาม ดังที่ได้รับการบัญญัติในมาตรา 21 ว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย ฐานันดรศักดิ์โดยกำเนิดก็ดี การแต่งตั้งก็ดี หรือโดยประการอื่นใดก็ดี ไม่กระทำให้เกิดเอกสิทธิ์แต่อย่างใดเลย” ข้อความในรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นการเปลี่ยนระบบความสัมพันธ์ระหว่างคนกับรัฐ จากเดิมที่สิทธิหรืออำนาจอันชอบธรรมได้มาและมีอยู่อย่างไม่เท่าเทียมและเปลี่ยนแปลงไปตามฐานะและยศถาบรรดาศักดิ์ การอ้างและใช้สิทธิดำเนินไปในกรอบของความสัมพันธเชิงอุปถัมภ์ มาสู่ “ความเท่าเทียม” ของบุคคลทุกคนในฐานะพลเมืองต่อหน้ากฎหมาย เป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสิทธิในฐานะ “อภิสิทธิ์” ของชนชั้นนำมาสู่สิทธิในฐานะที่เป็นความชอบธรรมโดยเฉพาะของปัจเจกบุคคลที่เขาเป็นเจ้าของตามธรรมชาติ อันเป็นแนวคิดซึ่งเป็นผลิตผลของสังคมและประวัติศาสตร์ตะวันตกในยุคสมัยใหม่<sup>47</sup> ทำให้สิทธิได้เคลื่อนย้ายจากผู้ปกครองคนเดียวหรือกลุ่มนิดเดียว มาถึงความชอบธรรมของคนที่เป็นปัจเจกชนหลากหลายมากมายขึ้น แม้จะเริ่มที่คนมีฐานะและความได้เปรียบก่อนก็ตาม<sup>48</sup> โดยพลเมืองเพศชายก็ถือเป็นกลุ่มหนึ่งซึ่งมีความได้เปรียบจากโครงสร้างทางสังคมเมื่อเทียบกับพลเมืองเพศหญิง แม้จะมีการรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างบุคคลในรัฐธรรมนูญของประเทศแล้ว แต่ก็ยังมีบทบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ หรือบทบัญญัติห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศเป็นการเฉพาะไว้<sup>49</sup>

<sup>47</sup> ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *กำเนิดและความเป็นมาของสิทธิมนุษยชน*, (กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คืบไป, 2549), หน้า 19.

<sup>48</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

<sup>49</sup> อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดฉบับแรกของประเทศนับตั้งแต่ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ได้บัญญัติรับรองสิทธิที่เสมอภาคระหว่างหญิงและชายในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้แทนหมู่บ้านไว้ตามมาตรา 14 “ราษฎรไม่ว่าเพศใดมีสิทธิ์ออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้” แต่ก็เป็สิทธิที่เท่าเทียมกันเพียงประการเดียวซึ่งไม่ครอบคลุมไปถึงสิทธิอื่น กล่าวคือ ไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและความเสมอภาคระหว่างเพศไว้เป็นการเฉพาะ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อ ๆ มา ก็ได้บัญญัติหลักความเสมอภาคมาโดยตลอด โดยเลือกใช้ถ้อยคำตามแนวทางของรัฐธรรมนูญฉบับแรก จนมาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงได้บัญญัติถ้อยคำแตกต่างออกไป โดยในมาตรา 27 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และ มาตรา 28 วรรคแรกบัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” และในรัฐธรรมนูญฉบับนี้เองได้ปรากฏบทบัญญัติรับรองความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงเป็นการเฉพาะอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในมาตรา 28 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 23 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 25 ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ แต่ได้ตัดข้อความในส่วนที่เกี่ยวกับความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงออก โดยบัญญัติไว้เพียงว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกครั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 30 โดยวรรคหนึ่งเป็นการบัญญัติหลักความเสมอภาคทั่วไป วรรคสองเป็นการบัญญัติหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง และวรรคสามเป็นการบัญญัติหลักข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติ และวรรคสี่เป็นบทบัญญัติหลักการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม<sup>50</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลใช้บังคับในขณะเรียบเรียงงานวิจัยนี้ก็มีบทบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในแนวทางเดียวกันนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 30 และมาตรา 27 ตามลำดับ ทั้งนี้หลักความเสมอภาคมีสาระสำคัญว่า “บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกัน ย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน”<sup>51</sup> หากปรับใช้หลักการดังกล่าวต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ<sup>52</sup> ผู้หญิงจะต้องพิสูจน์ว่า “ผู้ชาย” ซึ่งเป็น “ผู้เปรียบเทียบ” ได้รับ “เอกสิทธิ์” (Privilege) ใด ๆ อย่างไม่สมเหตุสมผล<sup>53</sup>

สำหรับประเด็นว่าบุคคลที่ไม่ได้มีสัญชาติไทยซึ่งอาจอยู่ในสถานะคู่ความในคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศอันอยู่ภายใต้ขอบเขตสภาพบังคับของพระราชบัญญัติกฏเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 จะอยู่ในสถานะของผู้ทรงสิทธิของหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศได้ ซึ่งปรากฏอยู่ในหมวด 3 “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” ด้วยหรือไม่ ต่อประเด็นดังกล่าว มีผู้ให้ความเห็นภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่า “ถึงแม้บทบัญญัติ

<sup>50</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 164.

<sup>51</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาคตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”, **วารสารสถาบันพระปกเกล้า** 1, 1 (2546), หน้า 71-103; บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 161.

<sup>52</sup> โดยแนวคิดเรื่องความเสมอภาคในมิตินี้ดังกล่าวคือ แนวคิดความเสมอภาคในทางสาระหรือเนื้อหา (Substantive equality) ซึ่งต่างจากความเสมอภาคในเชิงรูปแบบ (Formal equality) ซึ่งหมายถึงการปฏิบัติต่อชายและหญิงเหมือนกันโดยไม่ได้นำถึงถึงความแตกต่างระหว่างชายและหญิง

<sup>53</sup> Ibarrola, Jimena Suarez, and Gautam Bhatia, “Gender Discrimination,” in **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law**, eds. Rainer Grote, Frauke Lachenmann, Rüdiger Wolfrum and Martina Mantovani (Oxford University Press, 2016), n°7.

ของรัฐธรรมนูญในหมวด 3 จะมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยก็ตาม แต่ในขณะเดียวกัน บุคคลต่างด้าวก็อาจทรงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญบางประการได้โดยอาศัยเงื่อนไขประการสำคัญ คือ การที่รัฐสภาออกกฎหมายมาให้สิทธิแก่คนต่างด้าว ดังนั้น ตราบใดที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลต่างด้าว บุคคลต่างด้าวจึงอาจใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่มีลักษณะของสิทธิมนุษยชนได้<sup>54</sup> ถึงแม้ประเด็นว่าคนต่างด้าวจะทรงสิทธิใดบ้างในหมวด 3 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะยังไม่เป็นที่แน่ชัดเนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยมิได้มีการบัญญัติแบ่งแยก “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งผู้ทรงสิทธิจะต้องหมายถึงมนุษย์ทุกคนว่าจะมีสัญชาติใด กับ “สิทธิพลเมือง” ซึ่งมักถูกสงวนไว้ให้กับคนชาติของรัฐเท่านั้นออกจากกันอย่างเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคระหว่างเพศมักถูกจำแนกให้อยู่ในหมวด “สิทธิมนุษยชน” ซึ่งบุคคลต่างด้าวสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิได้เช่นเดียวกับบุคคลสัญชาติไทย<sup>55</sup> นอกจากนี้ สัญชาติของบุคคลมิใช่สาระสำคัญที่จะทำให้ต้องปฏิบัติแตกต่างกัน การปฏิเสธการปรับใช้หลักความเสมอภาคระหว่างเพศ ด้วยเหตุว่าผู้ร้องเป็นหญิงต่างด้าว มิใช่หญิงไทย จึงไม่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคที่ว่า “บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน”

#### 5.4 บทวิเคราะห์เรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติบางมาตราของพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศและหลักการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

บทวิเคราะห์นี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้รับการยอมรับให้อยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังเช่น บทบัญญัติ สารบัญญัติ หรือวิธีสบัญญัติอื่น ๆ ในระบบกฎหมาย โดยมีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายบางมาตราไว้ที่กฎหมายสัญชาติของสามีสำหรับความสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สมรสรวมถึงกฎหมายสัญชาติของบิดาสำหรับความสัมพันธ์หรือสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญของไทยหรือไม่

สำหรับประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เคยมีโอกาสวินิจฉัยในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายทั้งแบบ “รูปธรรม” และ “นามธรรม” เนื่องจากคดีที่มีการใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจมีไม่มากนัก อีกทั้งพระราชบัญญัติดังกล่าวอาจไม่ใช่กฎหมายที่มีผู้ให้ความสำคัญมากนัก และอาจเกิดจากความเข้าใจว่าไม่ได้ก่อผลในทางสารบัญญัติอันจะกระทบต่อความเสมอภาคระหว่างเพศดังเช่นความเห็นของนักกฎหมายและ

<sup>54</sup> นวรัตน์ ประสิทธิ์พรกุล, “การทรงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540”, วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา 2, 2 (2547), หน้า 52.

<sup>55</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 54; ปิ่นธเนศ แก้วรุ่งฟ้า, การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 : ศึกษากรณีสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ; หน้า 230-232.

ศาลของประเทศอื่น ๆ ในอดีต ดังนั้น ในบริบทของกฎหมายไทยจึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าหลักความเสมอภาคระหว่างเพศสามารถเข้าไปมีผลใช้บังคับในปริมนผลของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยได้หรือไม่

ถึงแม้ว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างสามีภริยาหรือบิดามารดาให้มีความแตกต่างกันโดยตรงแต่มีผลเป็นเพียงการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับ ส่วนสิทธิหน้าที่ของคู่กรณีจะเป็นประการใดก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่บพบัญญัติกฎหมายขัดกันกำหนดให้ใช้บังคับ ซึ่งในท้ายที่สุดแล้วการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของกฎหมายสัญชาติของสามีอาจเป็นคุณแก่ฝ่ายภริยามากกว่าการปรับใช้กฎหมายสัญชาติของภริยาหรือกฎหมายอื่นใดก็ได้ ซึ่งเหตุผลดังกล่าวมักถูกใช้โดยศาลหรือคู่ความเมื่อเกิดข้อพิพาทประเด็นดังกล่าวในต่างประเทศในอดีตเพื่อปฏิเสธไม่ให้บพบัญญัติกฎหมายขัดกันอยู่ในขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือเพื่อปฏิเสธว่าบพบัญญัติลักษณะดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง อย่างไรก็ตาม ลำพังการบัญญัติกฎหมายขัดกันในลักษณะดังกล่าวส่งผลโดยตรงอย่างเป็นรูปธรรมให้หญิงเสียเปรียบชายในทางปฏิบัติ กล่าวคือ การกำหนดให้ใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาเปิดโอกาสให้ผู้ชายสามารถใช้กฎหมายซึ่งเป็นที่รู้จักคุ้นเคย ในขณะที่ผู้หญิงไม่สามารถใช้กฎหมายสัญชาติของตนเองที่รู้จักคุ้นเคยได้ นอกจากนี้ ในการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคลของสามีหรือบิดายังเปิดโอกาสให้ฝ่ายชายสามารถเปลี่ยนแปลงจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็น สัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่เพื่อเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสได้ ในขณะที่ภริยาหรือมารดาไม่มีโอกาสที่จะทำเช่นนั้นได้<sup>56</sup> ในบริบทของกฎหมายขัดกันไทยนั้นเหตุผลสนับสนุนเรื่องการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์โดยสามีเพียงฝ่ายเดียวไม่สามารถใช้ได้บริบทของบพบัญญัติ มาตรา 21 และมาตรา 22 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เนื่องจากการปรับใช้สองมาตราดังกล่าวจะต้องใช้มาตรา 23 ประกอบ ซึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมายสัญชาติเดิมในขณะที่ทำการสมรส แม้ในภายหลังคู่สมรสจะได้เปลี่ยนแปลงสัญชาติภายหลังการสมรสไปแล้วก็ตาม แต่เหตุผลสนับสนุนดังกล่าวยังสามารถเกิดขึ้นได้ในกรณีการปรับใช้มาตรา 30 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติให้สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดา ซึ่งถูกตีความว่าถึงแม้บิดาจะเสียชีวิตแล้วแต่จุดเกาะเกี่ยวในความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรที่ยังมีชีวิตอยู่ยังคงต้องเป็นไปตามสัญชาติบิดาก่อนเสียชีวิต หรือในกรณีที่การสมรสระหว่างบิดาและมารดาสิ้นสุดลงแล้วด้วยการหย่าหรือเพิกถอนการสมรส ก็ยังคงต้องเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติบิดาอยู่เช่นเดิม<sup>57</sup> ไม่ว่าบุตรจะอาศัยอยู่กับบิดาหรือมารดาก็ตาม จะเห็นได้ว่าการบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเนื่องจากมีผลทำให้ผู้ชายอยู่ในสถานะที่สามารถใช้ประโยชน์จากโอกาสต่าง ๆ ได้ดีกว่าผู้หญิง

<sup>56</sup> Wolfram Müller-Freienfels, “Conflicts of Law and Constitutional Law”, in *University of Chicago Law Review* 45, 3 (1978), p.604.

<sup>57</sup> สายหยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย : หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา, หน้า 334-335.

จากสาระสำคัญของหลักความเสมอภาคที่ว่า “บุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญเหมือนกันย่อมต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน ขณะเดียวกันบุคคลที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันย่อมได้รับการปฏิบัติแตกต่างกัน” ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติข้างต้น จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยากล่าวคือคู่สมรสซึ่งมีความแตกต่างอยู่ที่เพศของบุคคลนั้น ถือเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญที่แตกต่างกันจนต้องได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันหรือไม่ บทบัญญัติกฎหมายที่ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับสถานการณ์หรือคดีพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ผู้วิจัยเห็นว่า พฤติการณ์ของความเป็นสามีหรือความเป็นภริยา เป็นสิ่งที่มีสาระสำคัญต่อการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวซึ่งถือว่าเป็น “จุดที่ตั้ง” ของนิติสัมพันธ์ เพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับเหมือนกันจึงไม่มีเหตุผลที่จะปฏิบัติให้แตกต่างกันระหว่างสามีและภริยา สำหรับการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวในบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาหรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภริยา ในการที่จะต้องให้ความสำคัญกับกฎหมายของสามีไม่ว่าจะเป็นสัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม แม้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภริยา แต่ก็มีประเด็นให้ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีเหตุผลอันสมควรหรือความจำเป็นใดหรือไม่ที่ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน โดยข้อพิจารณาที่มักได้รับการยกเว้นคือ การปฏิบัติต่อบุคคลซึ่งมีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดความเหลื่อมล้ำหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>58</sup> สำหรับงานวิจัยนี้ จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า มีเหตุผลใดหรือไม่ซึ่งสามารถอธิบายการเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยว หรือการเลือกกระบวนวิธีที่ตั้งของความสัมพันธ์ในครอบครัวที่สามีหรือบิดา

สำหรับหลักความเสมอภาคระหว่างสามีและภริยา ข้อยกเว้นที่มักถูกนำมาอ้างเพื่ออธิบายความชอบธรรมของการปฏิบัติที่แตกต่างระหว่างสามีภริยา คือ เหตุผลเรื่องเอกภาพของครอบครัว ในระบบกฎหมายไทยข้อกล่าวอ้างดังกล่าวเคยปรากฏในแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติชื้อบุคคลซึ่งในอดีตบังคับให้หญิงที่สมรสแล้วต้องใช้นามสกุลสามีเท่านั้น โดยในคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับฟังข้ออ้างที่ว่า การเลือกปฏิบัติดังกล่าวมีเหตุผลทางสังคมที่ว่า “เพื่อความเป็นเอกภาพและความสงบสุขของครอบครัว”

หากพิจารณาข้อกล่าวอ้างดังกล่าวในบริบทของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายนั้น มีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factor) ของสามี เนื่องจากหากในนิติสัมพันธ์หนึ่ง ๆ มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศก็ทำให้มีกฎหมายสารบัญญัติที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก จึงมีความจำเป็นที่ต้องระบุมกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับเพียงกฎหมายเดียวนั้น การเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีจึงเกิดจากความจำเป็นในทางปฏิบัติทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ในครอบครัวมีความเอกภาพ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาหรือบิดามารดาและบุตรนั้นมีความจำเป็นต้องเลือกระหว่างกฎหมายของสมาชิกคนใดคนหนึ่งเพียงคนเดียวเพราะไม่สามารถใช้กฎหมายของสมาชิกทั้งหมด

<sup>58</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค”, วารสารนิติศาสตร์ 30, 2 (2543), หน้า 167-169.

ร่วมกันได้ ศาลรัฐธรรมนูญคดีในคำวินิจฉัยหมายเลข 477 ค.ศ. 1987 ได้เคยให้เหตุผลหลักข้างข้อกล่าวอ้างดังกล่าวว่า การศึกษาเปรียบเทียบพบว่าบางประเทศในยุโรปที่ให้ความสำคัญกับหลักสัญชาติและเอกภาพของครอบครัวได้เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่น เช่น ภูมิลำเนา หรือ ถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันของคู่สมรส ในขณะที่ในบางประเทศ การรับรองหลักความเสมอภาคระหว่างคู่สมรสได้นำไปสู่การแก้ไขกฎหมายเพื่อยกเลิกกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (ในเรื่องการหย่า) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากการให้ความสำคัญต่อกฎหมายสัญชาติสามี

การสำรวจบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในปัจจุบันพบว่า การใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีหรือบิดาไม่ใช่สิ่งที่เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งวดอันจะเลือกบัญญัติกฎหมายเป็นอื่นไม่ได้ ในปัจจุบันกฎหมายขัดกันของประเทศส่วนใหญ่เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวอื่นสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัว<sup>59</sup> ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสหรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ได้มีความจำเป็น ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน จริงอยู่ที่ว่าหากประเทศส่วนใหญ่ในโลกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีเหมือน ๆ กัน การที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีจะมีประโยชน์ในแง่ที่ว่าคำพิพากษาของศาลไทยน่าจะมีโอกาสได้รับการรับรองในต่างประเทศได้ง่ายกว่า และทำให้การจัดการทรัพย์สินระหว่างสามีและภริยาที่อาจตั้งอยู่ในหลายประเทศในโลกมีความเป็นเอกภาพ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันกลับมีแนวโน้มเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศ เช่น ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกัน ทำให้เหตุผลดังกล่าวไม่สามารถรับฟังได้

เป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันว่ากฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นมากกว่ากฎเกณฑ์เชิงเทคนิคที่ปราศจากข้อพิจารณาในทางสารบัญญัติเข้ามาเจือปน แต่ประกอบขึ้นจากแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการกำหนดจุดที่ตั้งของนิติสัมพันธ์ โดยในส่วนของกฎหมายขัดกันที่เกี่ยวกับครอบครัวก็ปฏิเสธไม่ได้ว่ามีผลจากรูปแบบโครงสร้างของสถาบันทางสังคมที่ได้รับการยอมรับในประเทศหนึ่ง ๆ ในช่วงเวลาหนึ่ง ตัวอย่างเช่น การกำหนดจุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสองคนให้อยู่ที่สามี การกำหนดให้จุดที่ตั้งระหว่างความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีคู่กรณีอย่างน้อยสามคนเป็นไปตามกฎหมายของบิดา การกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวเฉพาะตัว (Personal connecting factor) ของสามีหรือบิดาไม่ว่าจะเป็นสัญชาติหรือภูมิลำเนา ก็มีผลมาจากแนวคิดโครงสร้างของสถาบันครอบครัวที่เป็นลำดับขั้นและสามีถูกจัดวางให้เป็นศูนย์กลางของสถาบันครอบครัว<sup>60</sup> การเลือกใช้กฎหมายของสามีหรือบิดาตามแนวคิดที่ว่าฝ่ายชายเป็นหัวหน้าครอบครัวและมีบทบาทภาระหน้าที่ในครอบครัวแตกต่างไปจากฝ่ายหญิง ย่อมแสดงให้เห็นถึงการเลือกให้ความสำคัญของสามีหรือบิดาเหนือภริยาหรือมารดา การเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวลักษณะดังกล่าวในอดีตเป็นผลมาจากแนวคิดแบบการรวมศูนย์อยู่ที่ผู้ชาย

<sup>59</sup> Rhona Schuz, "Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st century", in *Journal of Private International Law* 15, 1 (2019), p.1-49.

<sup>60</sup> Julio D. González Campos, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé (Volume 287)," in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law, p.227; Jacques Foyer, "Problèmes de conflits de lois en matière de filiation (Volume 193)," in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, ed. Hague Academy of International Law, p.18-20.

(Andro-centricity) กล่าวคือ “เป็นการสร้างความคิดอยู่รอบ ๆ ผู้ชายมากกว่าการคำนึงทั้งผู้หญิงและผู้ชาย ตัวอย่างเช่น คำว่า หัวหน้าครอบครัว ก็มักจะนึกถึงผู้ชายทันทีหรือบันทึกว่าเป็นผู้ชายไว้ก่อน”<sup>61</sup> ซึ่งเป็นแนวคิดหรือระบบคุณค่าที่ฝังรากอยู่ในระบบคิดของสังคมและสะท้อนออกมาในกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวโดยสะท้อนออกมาในบทบัญญัติบรรพ 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวอย่างเช่น มาตรา 1454 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งใช้บังคับระหว่างพ.ศ. 2478 - 2519 บัญญัติอย่างชัดเจนว่าให้สามีเป็นหัวหน้าครอบครัว<sup>62</sup> และสำหรับบทบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายก็แสดงออกในจุดเกาะเกี่ยวที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 21 วรรคสอง มาตรา 22 วรรคสองและมาตรา 30 วรรคแรกของพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายชดกันชดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศโดยอาศัยเหตุผลเรื่องแนวคิด ระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวที่ชดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเป็นแนวทางการให้เหตุผลที่ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญของทั้งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสาธารณรัฐอิตาลี สำหรับศาลรัฐธรรมนูญของไทยจากการสำรวจคำวินิจฉัยของที่เกี่ยวข้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเท่าที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เคยปรากฏว่ามีกรณีวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดชดต่อหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเหตุผลที่ว่าระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติกฎหมายชดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ แต่จะต้องเป็นกรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติแตกต่างกันและส่งผลให้บุคคลเสียไปซึ่งสิทธิบางประการอย่างเป็นรูปธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ ตัวอย่างเช่น กรณีคำวินิจฉัยที่ 37/2546 วันที่ 9 ตุลาคม 2546 เรื่อง กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของคู่สมรสชาวต่างชาติ ที่กฎหมายพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 บัญญัติไว้แตกต่างกันระหว่างชายและหญิง โดยมาตรา 9 ให้สิทธิแก่หญิงต่างด้าวซึ่งสมรสกับชายไทยซึ่งประสงค์จะได้สัญชาติไทย สามารถยื่นคำขอสัญชาติจากรัฐมนตรีได้ แต่มิได้บัญญัติให้ชายต่างด้าวที่สมรสกับหญิงไทยมีสิทธิในลักษณะเดียวกัน ชายต่างด้าวที่ประสงค์จะได้สัญชาติไทยจะต้องขอแปลงชาติ โดยผู้ขอแปลงชาติจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 10 และมาตรา 11 โดยกระบวนการขอแปลงสัญชาติจะซับซ้อนกว่าการขอมีสัญชาติไทยของหญิงต่างด้าว จึงอาจเรียกได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 9 เป็นการให้ “สิทธิด้านสัญชาติแก่คู่สมรส”<sup>63</sup> โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากเป็น “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นให้เหมาะสมกับสภาพสังคมและความมั่นคงของประเทศ” โดยไม่ได้นำเหตุผลเรื่องอคติต่อหญิงที่แฝงอยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการพิจารณา แต่คงพิจารณาเพียงแค่ว่า คู่สมรสชาวต่างชาติที่เป็นชาย ยังคงมีช่องทางที่จะได้มาซึ่งสัญชาติไทยหรือไม่เท่านั้น ถึงแม้กระบวนการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของคู่สมรสที่เป็นชายจะมีเงื่อนไขที่มากกว่าคู่สมรสชาวต่างชาติที่เป็นหญิงก็ตาม ต่อประเด็นดังกล่าว อารีวรรณ จตุทอง และสุภา พงศ์หลอพิศิษฐ์ เห็นว่าประเด็นเรื่องการขอแปลงสัญชาติของคู่สมรสที่เป็นคนต่างด้าวของหญิงหรือชายสัญชาติไทยพบว่ามีทางเลือกปฏิบัติโดย

<sup>61</sup> วิชาดา สมสวัสดิ์, *นิติศาสตร์แนวสตรีนิยม*, (เชียงใหม่: ศูนย์สตรีศึกษา คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549), หน้า 18.

<sup>62</sup> มาตรา 1454 “สามีเป็นหัวหน้าในครอบครัว เป็นผู้เลือกที่อยู่ และเป็นผู้อำนวยการในเรื่องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดู”

<sup>63</sup> มาลี พุทธิพงษ์สวัสดิ์, *สิทธิความเป็นคนของผู้หญิง : พันธกรณีระหว่างประเทศ กฎหมาย และข้อถกเถียง*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและโครงการสตรีและเยาวชนศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 42.

อาศัยเหตุแห่งเพศ ด้วยความเห็นว่าเป็นผู้หญิงไทยจะเป็นผู้ชักนำชายผู้คิดร้ายต่อแผ่นดินเข้ามาในประเทศ ทำให้เป็นอันตรายต่อประเทศไทย ซึ่งเป็นการชี้ให้เห็นอคติต่อการใช้วิจารณ์ญาณการเลือกคู่สมรสของหญิงไทยและอคติทางเพศชายเป็นใหญ่ที่ทำให้ชายไทยสามารถควบคุมหญิงต่างด้าวไม่ให้เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐได้ซึ่งเป็นความไม่เสมอภาคระหว่างเพศที่เกิดจากกฎหมายต่อหญิงสัญชาติไทย”<sup>64</sup>

แนวทางการให้เหตุผลแบบดั้งเดิมซึ่งไม่ได้นำแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการพิจารณาอาจไม่สามารถปรับใช้ได้กับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวโดยสภาพแล้วไม่ได้บัญญัติสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง การปรับแนวทางการให้เหตุผลจึงมีความจำเป็นในบริบทของกฎหมายชดกัน ทั้งนี้ผู้วิจัยเห็นว่าการนำแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการตรากฎหมายมาประกอบการให้เหตุผลจะเป็นอีกก้าวหนึ่งที่สำคัญของการผลักดันแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคระหว่างเพศผ่านการยอมรับและตีแผ่อคติทางเพศที่ยังคงแฝงอยู่ในกฎหมาย

ทั้งนี้หากพิจารณาในบริบทของการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องความเสมอภาคระหว่างเพศในอดีตที่ผ่านมากลับมีการให้ความสำคัญกับวิถีคิดหรืออคติที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายมากกว่า โดยการแก้ไขกฎหมายไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะกรณีที่ส่งผลเป็นการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สิทธิเพิ่มเติมแก่หญิงเสมอไป ตัวอย่างเช่น การแก้ไขกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติ โดยพระราชบัญญัติสัญชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535<sup>65</sup> โดยการให้บุตรที่เกิดมาสามารถได้สัญชาติไทยตามหลักสืบสายโลหิตตามมารดาได้ในลักษณะเดียวกันกับบิดานั้น ก็ไม่ได้ทำให้หญิงที่มีบุตรได้สิทธิหรือได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเพิ่มเติมแต่อย่างใด<sup>66</sup> แต่เหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวกลับอ้างอิงถึง “หลักการเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย” อย่างชัดเจน<sup>67</sup> นอกจากนี้ การแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับ

<sup>64</sup> อารีวรรณ จตุทอง และสุภา พงศ์หลอพิศิษฐ์, *กฎหมายที่ทำให้ผู้หญิงไม่ได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียม*, (กรุงเทพฯ: โครงการสขภาวะผู้หญิง มูลนิธิผู้หญิง, 2555), หน้า 157.

<sup>65</sup> ในอดีตกฎหมายสัญชาติไทยทุกฉบับตั้งแต่พระราชบัญญัติสัญชาติ พระพุทธศักราช 2456 พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2495 และพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 การสืบทอดสัญชาติไทยให้กับบุตรของหญิงไทยนั้นมีการสร้างเงื่อนไขการสืบทอดสัญชาติไทยให้ได้สัญชาติไทยตามหลักสายโลหิตตามมารดาเพียงบางกรณีเท่านั้น กล่าวคือ สำหรับพระราชบัญญัติสัญชาติ พระพุทธศักราช 2456 มาตรา 3 บัญญัติให้บุตรได้สัญชาติไทยตามมารดาเฉพาะกรณีไม่ปรากฏบิดา พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2495 มาตรา 7 บัญญัติให้บุตรได้สัญชาติไทยตามมารดาเฉพาะกรณีไม่ปรากฏบิดาที่ชดด้วยกฎหมาย หรือ บิดาที่ชดด้วยกฎหมายเป็นบุคคลไร้สัญชาติ และสำหรับพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 7(2) กำหนดให้บุตรได้สัญชาติไทยตามมารดาเฉพาะกรณีที่เกิดนอกราชอาณาจักรโดยไม่ปรากฏว่ามีบิดาชดด้วยกฎหมาย หรือมีบิดาแต่บิดาเป็นคนไร้สัญชาติเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายสัญชาติทุกฉบับบัญญัติให้บุตรที่เกิดจากชายไทยไม่ว่ากับหญิงไทยหรือหญิงต่างด้าวจะได้รับสัญชาติไทยตามหลักสายโลหิตตามบิดาโดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ เพิ่มเติม และไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตาม จนกระทั่งมีการแก้ไขพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ในปีพ.ศ. 2535 กำหนดให้บุตรของหญิงหรือชายไทยได้รับสัญชาติไทยไม่ว่าบุตรของหญิงหรือชายไทยนั้นจะเกิดในหรือนอกราชอาณาจักรก็ตามทำให้การสืบทอดสัญชาติไทยแก่บุตรของหญิงและชายที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวมีความเสมอภาคกัน

<sup>66</sup> การสืบสัญชาติทางฝ่ายบิดาและมารดาอย่างเท่าเทียมเป็นไปโดยสอดคล้องกับ

ข้อ 9 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1979 ซึ่งกำหนดว่า “States shall grant women equal rights with men to acquire, change or retain their nationality and also equal rights in respect of their children’s nationality.”

<sup>67</sup> เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่สมควรให้บุตรของหญิงไทยสามารถมีสัญชาติไทยได้โดยหลักสายโลหิตด้วยตามหลักการเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย (...) จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

เพศโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 หนึ่งในสาระสำคัญของการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวคือ จากเดิมที่หญิงอยู่ฐานะผู้เสียหายโดยมิใช่เป็นผู้กระทำความผิดต่อหญิงได้เท่านั้น<sup>68</sup> เป็นการกำหนดให้ทั้งชายและหญิงสามารถอยู่ในฐานะผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายได้อย่างเสมอหน้ากัน จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเป็นการสร้างฐานความผิดเพิ่มเติมจากที่ไม่เคยมีมาก่อนให้แก่หญิง แต่ในเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวระบุอย่างชัดเจนว่าเพื่อให้เป็นการ “สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ”<sup>69</sup> ปฏิเสธไม่ได้ว่าการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเกิดจากความต้องการขจัดอคติทางเพศซึ่งแฝงอยู่ในบทบัญญัติกฎหมาย

นอกจากนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในโดยเฉพาะกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศในประเทศหนึ่ง ๆ ในลักษณะเดียวกันกับการแก้ไขกฎหมายภายในโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 พ.ศ. 2519 ซึ่งได้ยกเลิกบทบัญญัติที่ใช้อยู่มาตั้งแต่ พ.ศ. 2478 ที่ให้อำนาจแก่สามีในฐานะหัวหน้าครอบครัวในด้านต่าง ๆ เช่น จากเดิมที่จำกัดอำนาจในการทำนิติกรรมของหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้ว เปลี่ยนเป็นกำหนดให้สามีและภริยามีอำนาจจัดการสินสมรสร่วมกันอย่างเท่าเทียมกัน ในเรื่องภูมิลำเนาสามีภริยานั้น จากเดิมที่บัญญัติให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่เพียงฝ่ายเดียวนั้น ก็ให้ปรึกษาหารือกัน หรือจะมีภูมิลำเนาแยกกันก็ย่อมได้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรนั้น แต่เดิมอำนาจปกครองบุตรผู้เยาว์อยู่กับบิดาฝ่ายเดียวก็เปลี่ยนให้ทั้งบิดาและมารดาต่างมีอำนาจปกครองบุตรโดยเท่าเทียมกัน เป็นต้น โดยการแก้ไขกฎหมายลักษณะดังกล่าวประกอบกับการเข้าเป็นภาคีสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (CEDAW) แสดงถึงความเข้มข้นของการให้คุณค่าและความสำคัญแก่หลักความเสมอภาคระหว่างเพศที่มากขึ้นแล้วในปัจจุบัน จนทำให้ในหลายประเทศยอมรับให้นำกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายเข้ามาอยู่ในปริมณฑลของการตรวจความสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญได้ โดยเหตุผลดังกล่าวปรากฏในการให้เหตุผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี หมายเลข 71 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987 นอกจากนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวที่เปลี่ยนแปลงไปและหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเป็นปกติในหลายประเทศ สำหรับประเทศในทวีปเอเชียตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลีและสาธารณรัฐจีน โดย Kim Chin<sup>70</sup> เห็นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายว่าด้วยการชดกันของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1990 น่าจะเป็นแรงผลักดัน

<sup>68</sup> ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), หน้า 113.

<sup>69</sup> เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 286 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ ที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

<sup>70</sup> Chin Kim, “New Japanese Private International Law: The 1990 Horei”, in *The American Journal of Comparative Law*, p.34.

ให้กับการแก้ไขกฎหมายในประเทศไทยด้วย เนื่องจากประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ยังคงใช้บทบัญญัติกฎหมายที่ว่าการขัดกันแห่งกฎหมายตามแนวทางกฎหมายขัดกันเยอรมันในอดีต

มาตรา 21 มาตรา 22 และมาตรา 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นั้นได้ถูกร่างขึ้นในขณะที่หลักความเสมอภาคระหว่างเพศยังไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและได้มีผลใช้บังคับโดยไม่เคยถูกปรับแก้ให้สอดคล้องกับค่านิยมหลักแห่งยุคสมัยที่ได้รับการบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า ในกรณีที่คู่สมรสไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันก็สมควรยกเลิกการใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัว โดยปรับเปลี่ยนไปใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศ กล่าวคือ ไม่ใช่จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคล (Personal connecting factor) ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ด้วยเหตุผลว่าบุคคลฝ่ายนั้นมีความสำคัญกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง หรือถูกจัดวางให้เป็นศูนย์กลางหรือ “หัวหน้า” ของสถาบันครอบครัว บนพื้นฐานของเพศของบุคคลนั้นเพียงอย่างเดียว โดยสำหรับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสอาจเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลที่มีร่วมกันของคู่สมรส โดยหากไม่ได้มีสัญชาติร่วมกันก็สามารถกำหนดให้ใช้ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ประจำที่มีหรือเคยมีร่วมกันเป็นจุดเกาะเกี่ยว หากไม่มีก็อาจกำหนดให้ใช้หลักความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุด (Closest connection) สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรก็อาจเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคล (สัญชาติ ภูมิลำเนา หรือถิ่นที่อยู่ประจำ) ของบุตรแทน หรือจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลของบุตรที่มีร่วมกันกับบิดาหรือมารดา เพื่อหลีกเลี่ยงข้อวิจารณ์เรื่องหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศ ทั้งนี้นอกเหนือจากการให้คุณค่ากับความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงซึ่งเป็นประเด็นหลักของงานวิจัยนี้ การรับรองความเสมอภาคและการก่อตั้งครอบครัวในบริบทความหลากหลายทางเพศก็เป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่กฎหมายขัดกันแห่งกฎหมายของไทยควรจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้อง เนื่องจากข้อกำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติสามีหรือสัญชาติบิดานั้น หากมีเหตุต้องปรับใช้ในกรณีการสมรสระหว่างชายสองคนก็จะไม่สามารถระบุได้ว่าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติของใคร ส่วนในกรณีการสมรสระหว่างหญิงสองคนก็จะไม่สามารถระบุกฎหมายที่ใช้บังคับได้ สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร การบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวหากยังคงเลือกเชื่อมโยงกับจุดเกาะเกี่ยวเกี่ยวกับบุคคลของบิดามารดา เช่น กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติหรือถิ่นที่อยู่ประจำร่วมกันระหว่างบุตรและบิดามารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ก็ควรต้องคำนึงถึงการปรับใช้กับการก่อตั้งครอบครัวในบริบทความหลากหลายทางเพศ ซึ่งบุตรอาจมีบิดาสองคนโดยไม่มีมารดา หรือมีมารดาสองคนโดยไม่มีบิดาได้ด้วย ทั้งนี้การเลือกใช้คำศัพท์ที่ใช้บัญญัติจุดเกาะเกี่ยวควรเลือกคำที่เป็นกลางทางเพศเทียบเคียงคำว่า “parents” ในภาษาอังกฤษ กล่าวคือ ทดแทนคำว่า “บิดามารดา” โดยไม่ต้องระบุอัตลักษณ์ทางเพศ เช่นคำว่า “บุพการี” โดยกำหนดนิยามเฉพาะว่าให้หมายความเฉพาะบุพการีชั้นบิดามารดาเท่านั้นไม่รวมชั้นปู่ย่าตายาย ทวด ฯลฯ หรือเลือกบัญญัติศัพท์คำอื่นที่มีความหมายเทียบเคียงเพื่อให้สามารถนำจุดเกาะเกี่ยวที่บัญญัติขึ้นใหม่นั้นไปปรับใช้ในบริบทของการที่บุคคลอาจเลือกบ่งบอกถึงอัตลักษณ์ทางเพศที่ไม่อยู่ในระบบเพศชั่วคราวข้ามชาย-หญิง (Non-binary) ได้อีกด้วย

## 6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

งานวิจัยนี้ต้องการตอบคำถามซึ่งเป็นประเด็นหลักสองประเด็นที่เชื่อมโยงกัน ได้แก่

ประเด็นที่หนึ่ง บทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งไม่ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรงแต่เป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับกับสถานการณ์หรือคดีพิพาทที่มีความเกี่ยวข้องกับหลายประเทศ สามารถเป็นวัตถุประสงค์แห่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในบริบทของระบบกฎหมายไทยได้หรือไม่ จากผลการศึกษาไม่ปรากฏว่ามีอุปสรรคในการที่กฎหมายที่ขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งถูกบรรจุไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 จะถูกควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งการควบคุมแบบ “นามธรรม” และแบบ “รูปธรรม” การที่บทบัญญัติเป็นเพียงเครื่องมือในการค้นหากฎหมายที่จะต้องนำมาใช้บังคับไม่ควรเป็นเหตุที่จะทำให้บทบัญญัติลักษณะดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการเลือกกำหนดจุดเกาะเกี่ยวของแต่ละลักษณะข้อกฎหมาย ไม่ได้เกิดขึ้นโดยปราศจากอิทธิพลของข้อความคิดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแพ่งและระบบคุณค่าของสังคมในขณะที่มีการตรากฎหมาย

ประเด็นที่สอง กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีในความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสและสัญชาติของบิดาในความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาคและการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างเพศตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวเคยถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลในบางประเทศแต่ยังไม่เคยมีปรากฏคำวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวในกฎหมายไทย หากพิจารณาตามหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ การระบุ “จุดที่ตั้ง” ของความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยารวมถึงระหว่างบิดามารดาและบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์อันเป็นสาระสำคัญแตกต่างกันระหว่างสามีและภริยาหรือระหว่างบิดาและมารดาในการที่จะต้องให้ความสำคัญกับกฎหมายสัญชาติของสามีหรือบิดา ส่วนเหตุผลเรื่องเอกภาพของกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ภายในครอบครัวก็ไม่สามารถรับฟังได้ในฐานะคำอธิบายที่ชอบธรรมต่อการปฏิบัติแตกต่างกันเนื่องจากกฎหมายขัดกันของประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบันไม่ได้เลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวที่สัญชาติของสามีหรือบิดาสำหรับความสัมพันธ์ในครอบครัวอีกต่อไป อย่างไรก็ตาม จากการสำรวจคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาคระหว่างเพศเท่าที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ยังไม่เคยปรากฏว่ามีกรณีวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อหลักการดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญโดยอาศัยเหตุผลที่ว่าระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคระหว่างเพศ แต่จะต้องเป็นกรณีซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ปฏิบัติแตกต่างกันและส่งผลกระทบต่อสิทธิบางประการอย่างเป็นรูปธรรมด้วยเหตุแห่งเพศ ซึ่งแนวทางดังกล่าวอาจไม่สามารถปรับใช้ได้กับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวโดยสภาพแล้วไม่ได้บัญญัติสิทธิหน้าที่ของบุคคลโดยตรง

งานวิจัยนี้มีข้อเสนอแนะว่า ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายควรนำระบบคุณค่าที่อยู่เบื้องหลังการบัญญัติกฎหมายมาประกอบการพิจารณานอกจากนี้ มาตรา 21 มาตรา 22 และ มาตรา 30 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยเปลี่ยนไปใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เป็นกลางทางเพศและโดยคำนึงถึงความสามารถที่จะรองรับการปรับใช้กับการก่อตั้งครอบครัวในบริบทของความหลากหลายทางเพศ

A Combined Imposition of Administrative and Criminal Sanctions  
for Negligence of Corporate Post-Mining Obligations:  
A Comparative Study of Indonesian, Thailand, and South African  
Mining Regulations\*

การกำหนดบทลงโทษทางปกครองและทางอาญาร่วมกันในกรณีความประมาท  
เลินเล่อของภาระผูกพันหลังการทำเหมืองขององค์กร: กรณีศึกษาเปรียบเทียบ  
กฎระเบียบการทำเหมืองแร่ของประเทศอินโดนีเซีย ไทย และแอฟริกาใต้

*Fachrian Rizki*

*ฟาเรียน ริสกี*

LL.M Candidate in Business Laws (International Programme)

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ ภาควิชาภาษาอังกฤษ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330

Corresponding author E-mail: fachrianrizki98@gmail.com

(Received: June 20, 2023; Revised: August 4, 2023; Accepted: October 27, 2023)

---

## Abstract

The legal formulation for a proper and sufficient provision in punishing corporate post-mining obligations is unfortunately not being noticed by the legislature of mineral producer countries around the globe. Whereas, negligence of corporate post-mining obligations has brought direct and indirect damages, not only against the environment and the local community but also against the corporation itself. It is argued that the imposition of administrative sanctions against the negligence of corporate post-mining obligations has considerably met the due deter. Nevertheless, by referring to the Indonesian, Thailand, and South African mining regulations, negligence of corporate post-mining obligations is punishable by a combined imposition of administrative and criminal sanctions both to the corporation and its responsible officers. Thus, it is questioned whether or not such combined imposition of administrative and criminal

---

\* This research article is a part and compiles from Thesis “The Corporate Criminal Misconducts against the Environment: the Comparative Study of Indonesia, Thailand, and South Africa (ความรับผิดทางอาญาขององค์กรธุรกิจเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม: กรณีการศึกษาเปรียบเทียบของประเทศอินโดนีเซีย ประเทศไทย และประเทศแอฟริกาใต้)”, LL.M in Business Laws (International Program), Faculty of Law, Chulalongkorn University; With Assistant Professor Dr. Natchapol Jittirat, a lecturer at the Faculty of Law, Chulalongkorn University, serving as an advisor.

sanctions for the negligence of corporate post-mining obligations is disproportional and over-deterrent to the side of the corporation. Therefore, this article will elaborate and discuss the application of the combined imposition of administrative and criminal sanctions for the negligence of corporate post-mining obligations to acknowledge whether or not such combined imposition is disproportional and over-deterrent.

**Keywords:** Minerals Mining Law, Corporate Criminal Misconduct, Corporate Negligence, Corporate Post-Mining Obligations, Administrative Sanction, Criminal Sanction, Combined Imposition of Sanctions

## บทคัดย่อ

วิธีการทางกฎหมายอันเหมาะสมและบทบัญญัติของกฎหมายที่เพียงพอต่อการลงโทษนิติบุคคล ซึ่งละเลยหน้าที่อันต้องกระทำการหลังการขุดเหมืองแร่ นั้นถือเป็นประเด็นในทางกฎหมายที่หลายประเทศทั่วโลกไม่ได้ให้ความสนใจเท่าไรนัก นอกจากการละเว้นหน้าที่ดังกล่าวโดยประมาทจะส่งผลร้ายทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อสิ่งแวดล้อมและชุมชน บริเวณรอบพื้นที่แล้ว การกระทำดังกล่าวยังส่งผลเสียต่อด้านนิติบุคคลด้วย ในอินโดนีเซียมีผู้เห็นว่าการบังคับใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงอย่างเดียวก็สามารถป้องปรามการกระทำดังกล่าวได้อย่างเพียงพอ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของอินโดนีเซียกับประเทศไทยและแอฟริกาใต้แล้ว พบว่ามีการใช้มาตรการทางอาญาควบคู่ไปกับมาตรการบังคับทางปกครอง ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงนำมาสู่ปัญหาของงานวิจัยฉบับนี้ว่า การบังคับใช้มาตรการทางอาญาควบคู่ไปกับมาตรการบังคับทางปกครองต่อความผิดฐานละเลยหน้าที่ที่พึงต้องกระทำหลังการขุดเหมืองแร่โดยประมาทจะมีผลสัมฤทธิ์มากกว่าการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพียงอย่างเดียวหรือไม่ และการใช้โทษทางอาญาในความผิดฐานดังกล่าวนี้ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนและหลักการกำหนดความผิดในทางอาญาหรือไม่

บทความวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษาปัญหาดังกล่าวโดยเน้นการวิเคราะห์หลักเกณฑ์ทางทฤษฎีที่เกี่ยวข้องและเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศไทยและแอฟริกาใต้

**คำสำคัญ:** กฎหมายเหมืองแร่, การประพฤตินิยมชอบทางอาญาขององค์กร, ความประมาทเลินเล่อขององค์กร, ภาระหน้าที่หลังการทำเหมืองแร่ขององค์กร, การลงโทษทางปกครอง, การลงโทษทางอาญา, การกำหนดบทลงโทษแบบผสมผสาน

## INTRODUCTION

During the development of corporate criminal misconduct against the environment in the global context, violations of environmental regulations were often classified as regulatory offences, whereby the moral blameworthiness of such regulatory offences is

absent.<sup>1</sup> However, that notion is developed since the element of negligence and blameworthiness are applied for the importance to held violators of environmental regulations criminally liable.<sup>2</sup> The negligence ‘*does not involve the inquiry into the state of mind of the accused*’,<sup>3</sup> making the determinant of the negligence to environmental regulations will be depending on the corporate’s failure to comply with the standards of the environmental regulations.

Corporate negligence in its post-mining obligations against the environment has been contributing to direct and indirect damages, not only against the environment and the local community but also against the corporation itself. This is because the mining activities are inseparable from the livelihood of the people surrounding the mining areas. This implies that the impacts of the mining activities are not only limited to the environment but also to the socio-economic of the local residents.<sup>4</sup> Moreover, the continuing presence of negligence of corporate post-mining obligations against the environment will also affect the integrity of the mining industry. Nevertheless, proper and deterrent punishments for the negligence of corporate post-mining obligations are likely to be left disregarded.

In Indonesia, by referring to Article 96 Subsection (c) of Act Number 4 of 2009 on Mineral and Coal Mining Act (hereinafter referred to as the 2009 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia), the mining corporation was obliged to carry out management and monitoring, including reclamation and post-mining activity (hereinafter referred to as corporate post-mining obligations),<sup>5</sup> against the environment surrounding the mining areas. However, if the mining corporation tends to neglect its legal obligations, it might only be subjected to administrative sanctions as set in Article 151 Subsection (2) of the 2009 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia, meaning that such negligence would not be prosecuted before the criminal court. Nevertheless, since the enactment of Act Number 3 of 2020 on the Amendment of Act Number 4 of 2009 on the Mineral and Coal Mining Act (hereinafter referred to as the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia), as an

---

<sup>1</sup> Julie Adshead, “Doing Justice to the Environment”, in *The Journal of Criminal Law* 77, 3 (2013), p.218.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> David Kerem, “Change We Can Believe in: Comparative Perspectives on the Criminalization of Corporate Negligence”, in *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law* 14, 1 (2012), p.109.

<sup>4</sup> Afidah Nur Rizki and Amrie Firmansyah, “Kewajiban Lingkungan atas Reklamasi dan Pasca Tambang Pada Perusahaan Sektor Pertambangan di Indonesia [Environmental Obligations for Reclamation and Post-Mining in Mining Sector Companies in Indonesia]”, in *EKOMBIS Sains* 6, 1 (2021), p.38.

<sup>5</sup> People’s Representative Council, *Act Number 4 of 2009 on Mineral and Coal Mining*, (Jakarta: Ministry of the State Secretariat, 2009), a 96 (c) (ID).

amendment to the 2009 Mineral and Coal Mining Act, the negligence of corporate post-mining obligations is eventually punishable by criminal sanctions.<sup>6</sup>

In this regard, this research will further discuss the punishment for the negligence of corporate post-mining obligations to acknowledge whether or not the punishment of such negligence has been proportional and sufficient in deterring and preventing the negligence of corporate post-mining obligations against the environment. It is interesting since, on the one hand, the imposition of both administrative and criminal sanctions is deemed over-deterrent, believing that the deterrence effect of administrative sanctions alone is considerably high.<sup>7</sup> However, on the other hand, the imposition of administrative sanctions alone, such as fines even with relatively high amounts, is deemed disproportional to the overwhelming profits resulting from the corporate business activities, considering that fines and other administrative sanctions in the perspective of corporation are considerably as '*cost of doing businesses*'.<sup>8</sup>

Therefore, to acknowledge whether or not the punishment for the negligence of corporate post-mining obligations is proportional and sufficient, it is necessary to conduct a comparative legal study. It is beneficial to conduct a comparative legal study to understand different approaches applied by different countries. The primary objective is to find a better reach of laws in punishing negligence of corporate post-mining obligations against the environment. The comparative legal analysis will be conducted by comparing the rules within the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia to the rules of some other jurisdictions which punish negligence of corporate post-mining obligations. The selected foreign jurisdictions are Indonesia, Thailand, and South Africa. These countries are selected because the countries have a similarity in their legal tradition, since both Indonesia and Thailand adopt the civil law system,<sup>9</sup> and South Africa adopts a hybrid legal tradition one of which is the civil law system.<sup>10</sup> Moreover, there are economic and developmental similarities between the countries. This implies that through this

---

<sup>6</sup> People's Representative Council, **Act Number 3 of 2020 on the Amendment of the Act Number 4 of 2009 on Mineral and Coal Mining**, (Jakarta: Ministry of the State Secretariat, 2020), a 161B (1) (ID).

<sup>7</sup> Anonymous, "Developments in the Law: Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour through Criminal Sanctions", in **Harvard Law Review** 92, 6 (1979), p.1373.

<sup>8</sup> Nicholas T. Schnell, "Beyond All Bounds of Civility: An Analysis of Administrative Sanctions against Responsible Corporate Officers", in **Journal of Corporation Law** 42, 3 (2017), p.715.

<sup>9</sup> Margaret Fordham, "Comparative Legal Traditions: Introducing the Common Law to Civil Lawyers in Asia", in **Asian Journal of Comparative Law** 1, 1 (2006), p.1.

<sup>10</sup> The University of Melbourne, "The South African Legal System," [online] Available from : <https://unimelb.libguides.com/c.php?g=929734&p=6718215#:~:text=The%20Republic%20of%20South%20Africa%20is%20a%20constitutional,common%20law%2C%20customary%20law%20and%20religious%20personal%20law.> [17 July 2023]

comparative legal study, it is expected that there will be found foreign laws which are considered to have a preferable reach in the punishment of negligence of corporate post-mining obligations and may contribute more directly to protecting the environment and avoiding damages. Finally, it is hoped that Indonesia may transplant the deemed preferable provisions in the punishment of the negligence of corporate post-mining obligations so that the future mining regulation of Indonesia can be a just, firm, and environmentally-friendly regulation that brings about justice and order to all of the mining stakeholders.

## RESEARCH METHODOLOGY

The type of this research will be a comparative research which is intended to compare the applicable laws of different countries. This documentary research will be done by researching library materials with the objective to study the legislation by examining all relevant laws and regulations to the research. This research uses secondary data sources, which are comprised of but not limited to the legislations, law reference books, journals, and websites. The collected data are analysed and interpreted qualitatively to answer the research questions.

## RESULTS AND DISCUSSIONS

### 1. Damages Resulting from Corporate Activities

Corporate business activity, in particular the business linked with the exploitation of natural resources, is closely related to the damages either environmental or socio-economic. One of the most distinguished business sectors linked to the exploitation of natural resources is the mining industry. The process of mining exploration and exploitation, when operated unorderly, has always injured the environmental landscape of the mining area,<sup>11</sup> which is an instance of the predicted impact of the unregulated mining industry. Sadly, it is often overlooked that the unregulated mining industry will always be linked with the presence of unanticipated impacts, not only on the environment but also on the socio-economic of the people who reside in the mining areas and the corporation itself. In reality, the damages are most likely to manifest later as an indirect result of corporate criminal misconduct, implying that the direct consequences are less likely.

---

<sup>11</sup> Prafful Saini, "Impact of Coal Mining on the Environment and the Climate", in *Law Essentials Journal* 1, 1 (2020), p.15.

Corporate mining activities may result in a sequent of environmental damages, one of the most prominent damages is the physical environment of the mining areas. These environmental damages include water, land, and air pollution; destruction of environmental landscapes and habitats; deforestation and also erosion.<sup>12</sup> Furthermore, in the sector of the coal mining industry, the damages will be related to the loss of biodiversity and degradation of natural resources as well as global warming.<sup>13</sup> These damages arise from the strong impact of mining activities on the environment of the mining areas, thus the deforestation of the environment surrounding the mining areas is unavoidable. Even though deforestation is considerably the unavoidable harm of mining activities, however, the effects of this harm may be prevented through proper management and monitoring during and subsequent to the closure of the mining operation. This implies that when the effect of deforestation cannot be prevented through proper management and monitoring, the corporation will be administratively or criminally liable.

Corporate criminal misconduct against the environment in the mining sector is also, directly and indirectly, damaging the socio-economic of the people living surrounding the mining areas. The most prominent socio-economic damage is the loss of residents' livelihood against their environment, due to the destruction of their environmental landscape. This environmental landscape destruction, directly, will also result in economic losses suffered by the affected community.<sup>14</sup> However, it is often forgotten that the indirect impact may create larger and greater effects to the community, due to the circumstance that the indirect impact is difficult to predict and assess.<sup>15</sup> The indirect consequences of corporate criminal misconduct provide broader effects on the socio-economic of the people living surrounding the mining areas because the indirect damages resulting from the corporate activities will be experienced far away after the closure of the mining areas.

This might be argued that the presence of the mining industry may improve the economic condition of the people by presenting alternative employment to the impacted community. Nonetheless, the mining industry will only last temporarily, meaning that the exploited natural resources will be completely exhausted making the

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid., p. 23.

<sup>14</sup> Gabrio Forti and Arianna Visconti, "From Economic Crime to Corporate Violence: The Multifaceted Harms of Corporate Crime," in **The Handbook of White-Collar Crime**, ed. Melissa L. Rorie (John Wiley & Sons, Inc, 2020), p.68.

<sup>15</sup> Ibid., p. 68-69.

corporation will stop its business activities. As a result, the people will have no choice other than to withdraw from their employment offered by the corporation and return to their basic occupation. When the land is damaged, the local resident cannot enjoy their land for cultivation purposes any longer. Even if the presence of a corporation may contribute to the economy of the local resident, however, its presence is temporary, meaning that when the mines closed, the local resident will not enjoy any further occupational privileges, and what is left for the people is the damaged and uncultivable environment.

Corporate criminal misconduct may also create damages that may be indicated through corporate victimisation, notwithstanding that corporate victimisation is considerably hard enough to be detected at the early stage of corporate criminal misconduct. It takes years to finally realise that corporate criminal misconduct is producing victims through its indirect impacts. This is due to the notion that corporations deemed not intending to produce victims, but their orientation for profit-maximisation frequently results in numbers of victims, thus making the blameworthiness of the corporation hard to prove.<sup>16</sup> When connecting to the mining industry, this corporate victimisation could be in the form of late-detected disease derived from water, air, and land pollution which results in casualties.

Moreover, the expansion of the mining industry, either from a national or multinational corporation, has a direct correlation to the presence of indigenous movements opposing the appearance of large-scale mining corporations impacting their land and culture.<sup>17</sup> These indigenous people are certainly vulnerable to the direct or indirect environmental damages resulting from corporate activities, due to their strong dependency on the environmental resources which is essential for their lives.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> John Navarro, "Corporate Crime," in **The Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice**, ed. Jay S. Albanese (John Wiley & Sons, Inc, 2014), p.4-5.

<sup>17</sup> Al Gedicks, "Transnational Mining Corporations, the Environment, and Indigenous Communities", in **Brown Journal of World Affairs** 22, 1 (2015), p.130-131.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 131.

In relation to this, Hatton argues that the view believing that an environmental offence is not a serious offence is derived from the indirect effect of the environmental offence which harms the people or threatens social stability.<sup>19</sup> Hatton further explains that the presence of environmental law is not only ensuring justice for the people but also for the environment, of the present and the future generation.<sup>20</sup>

Corporate criminal misconduct against the environment may, directly and indirectly, damage the environment and the socio-economic of the affected community. However, these are not the only damages resulting from corporate criminal misconduct against the environment, whereby the corporation itself may also experience direct and indirect damages. One of the most serious damages that may be experienced by the concerned corporation is reputational damages. According to Adshead, the present environmental offences involving corporate activities are somehow greater compared with the past, making the environmental offences attract a serious stigma to the corporation.<sup>21</sup> The stigma may severely damage the corporate reputation by attracting public attention which results in significant monetary consequences against the deviant corporation.<sup>22</sup>

Corporations, particularly the large scale, are concerned about their good reputation in doing business. Thus, corporations are highly aware of the lawsuits brought by victims of environmental and human rights abuses.<sup>23</sup> These circumstances might cause damages directly or indirectly to the reputation of the corporation itself, as the result of its misconduct. The reputation, in certain, is directly proportional to the corporate profitability, meaning that damages to corporate reputation will result in the loss of market preference; fall of the corporation's share prices as well as the cessation of business activities.

## 2. Negligence of Corporate Post-Mining Obligations

Often classified, violation of environmental regulation is considered a form of regulatory offence, implying that there is no moral blameworthiness for regulatory offences.<sup>24</sup> However, in its development, the element of negligence and blameworthiness

---

<sup>19</sup> Julie Adshead, "Doing Justice to the Environment", in *The Journal of Criminal Law*, p.230.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Ibid., p. 229.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Al Gedicks, "Transnational Mining Corporations, the Environment, and Indigenous Communities", in *Brown Journal of World Affairs*, p.136.

<sup>24</sup> Julie Adshead, "Doing Justice to the Environment", in *The Journal of Criminal Law*, p.218.

are applied to be able to criminally prosecute the violator of environmental regulations.<sup>25</sup> According to West's Encyclopaedia of American Law, criminal negligence is defined as '*the failure to use reasonable care to avoid consequences that threatened or harm the safety of the public and that are the foreseeable outcome of acting in a particular manner*'.<sup>26</sup> This definition expresses that negligence is considered a criminal act that poses a threat and endangers public safety which results from careless behaviour in avoiding possible damages. Therefore, the failure to comply with environmental regulations, particularly the corporate post-mining obligations, can be considered criminal negligence under this definition.

Further, Noyon and Langemeijer explain that the word 'action' within the word 'criminal action' has a positive and negative meaning, this means that an action has a positive meaning if the action has been carried out, otherwise, an action has a negative meaning if the action has not been carried out.<sup>27</sup> In consequence, negligence can be defined as an action that has not been carried out as it is supposed to be carried out, hence corporation may certainly be held criminally liable for its negligence. Negligence, which is different from the intention in doing criminal misconduct, '*does not involve the inquiry into the state of mind of the accused*',<sup>28</sup> meaning that the criminal culpability of the deviant corporation will be based on its failure to comply with the applied standards. In this regard, the corporate post-mining obligations against the environment.

The punishment of negligence of corporate post-mining obligations needs to be taken into greater attention, considering the direct and indirect damages that may be experienced by the physical environment; the local community; and the corporation itself as the result of such negligence. Arguably, the effects of the negligence of corporate post-mining obligations are not visual, due to the effects most likely appearing after a period of time. For instance, corporate victimisation which considerably hard enough to be detected at the early stage of corporate misconduct, in this regard the negligence of corporate post-mining obligations. This circumstance will eventually result in casualties since the indirect impact of the negligence of corporate post-mining obligations will not be detected at that very moment, in particular in the case of the abandonment of a

---

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> West's Encyclopedia of American Law, "Criminal Negligence," [online] Available from : <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/negligence>. [9 March 2023]

<sup>27</sup> Paul W. Yudoprakoso, **Pertanggungjawaban Pidana Korporasi dan Pemidanaan Korporasi [Corporate Criminal Liability and Corporate Punishment]**, (Yogyakarta: Kanisius, 2016), p.34.

<sup>28</sup> David Kerem, "Change We Can Believe in: Comparative Perspectives on the Criminalization of Corporate Negligence", in **Transactions: The Tennessee Journal of Business Law**, p.109.

closed mining area. Therefore, the formulation of a proper provision in the punishment of the negligence of corporate post-mining obligations will be directly proportional to the efficacy in deterring and preventing the negligence.

### 3. Proportionality and Sufficiency of A Combined Imposition of Administrative and Criminal Sanctions

Fundamentally, criminal action is considered to be proportionally punished according to the types of crime committed. It embodied a notion believing that the fairness of punishment imposition should be depended on the proportionality in punishing an offence based on its wickedness or seriousness. The principle of proportionality which is then developed, requires that punishments should be proportional to the seriousness of a crime.<sup>29</sup> Hart explained that *‘at the sentence stage, the punishment must bear some sort of relationship to the act: it must in some sense “fit” it or be “proportionate” to it’*.<sup>30</sup> Montesquieu noted that *‘it is a great abuse amongst us to subject to the same punishment a person that only robs on the highway, and another that robs and murder. Obvious it is that for the public security some difference should be made in the punishment’*.<sup>31</sup> Further, Montesquieu explained that *‘it is essential that there should be a certain proportion in punishments, because it is essential that a great crime should be avoided rather than a lesser one, and that which is more pernicious to society rather than that which is less’*.<sup>32</sup> Likewise, Beccaria discussed that *‘if an equal punishment is meted out to two crimes that offend society equally, the men find no stronger obstacle standing in the way of committing the more serious crime if it holds a greater advantage’*.<sup>33</sup> These refer to the same idea that the proportionality of punishment is not merely ended up with the proportional punishment against criminal actors only, but it is also applicable as an instrumental, which is deemed to reduce the rate of similar crimes in the future. These indicate that the fitness and proportionality of the punishments will be directly proportional to the prevention of crime in the future.

---

<sup>29</sup> Andrew von Hirsch, “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, in **Crime and Justice** 16 (1992), p.56.

<sup>30</sup> Thomas J. Miceli, “On Proportionality of Punishments and the Economic Theory of Crime”, in **European Journal of Law and Economics** 46 (2016), p.304.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 304-305.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>33</sup> *Ibid.*

Concerning the proportionality of punishment, Miceli in his account noted four conceptions of proportionality norm in punishing criminal perpetrators, *id est*: (i) the first concept of proportionality: punishments should equal harms; (ii) the second concept of proportionality: punishments should increase with harms, and (iii) the third and fourth concept of proportionality: expected punishments should equal (increase with) harms.<sup>34</sup> Based on the first conception, it is interpreted that the imposed punishments should be equal to the harmfulness of the committed crimes. Miceli connected this conception to economic theory, which overcoming the measurement problem to the equity of the punishments and harms through dollar-equivalent terms, noting that the amount of monetary punishments should be equated to the dollar value of the harm that is imposed by the perpetrator on society.<sup>35</sup> Based on the second conception, it is argued that the imposition of punishments should be proportional to the wickedness or seriousness of the crimes which is indicated by the scale of imposed punishments.<sup>36</sup> While the third and fourth conceptions rely on criminal deterrence, which is not the imposition of the actual punishments but the expected or can be said the effective punishment.<sup>37</sup>

In connection with the application of sanctions against corporations, Rich, in her article, provides several interesting arguments. Rich describes the three parts of why she argues that corporations cannot be punished. In essence, Rich tries to explain that if suffering is the goal of punishing a corporation, then the corporation cannot be punished because a corporation cannot suffer.<sup>38</sup> Nonetheless, Rich believes that although punishment cannot make a corporation suffer, punishment can make a corporation financially suffer by imposing penalties in the form of confiscation of the corporation's assets.<sup>39</sup> This is in line with my point of view<sup>37</sup> that the corporation itself, other than its responsible officer, should be punished by administrative sanctions, in this regard in the form of financial penalties. Even so, punishments that cause suffering physically and mentally, must still be given to corporate officers, who are responsible for corporate activities, which are considered to be against the applicable law. Since in practise, criminal prosecution is applied as an additional sanction to administrative and civil sanctions, particularly in the matter of corporate criminal misconduct against the

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 306-307.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 306.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 306-307.

<sup>38</sup> Sylvia Rich, "Corporate Criminals and Punishment Theory", in **Canadian Journal of Law and Jurisprudence** 29 (2016), p.110.

<sup>39</sup> *Ibid.*

environment, which applies to both corporation and its responsible officer as the result of their collective misconduct.<sup>40</sup> Through the combined imposition of administrative and criminal sanctions, it is believed that such a combined imposition may shape the corporate behaviour to finally comply with its post-mining obligations against the environment.

Even if the status of a corporation as a subject of criminal law is still debated by legal scholars, however, the argument that I stand on is that corporation, as well as its responsible officers, are subject to criminal law as long as the criminal law recognises so.<sup>41</sup> Indonesia, Thailand, and South Africa altogether recognise that corporation is also considered a subject of criminal law under their respective mining regulations. Similarly, the status of the corporate mental state is also questioned, nonetheless criminalising negligence is different from criminalising conventional crime whereby there is no need to prove the intention of the corporation against the negligence.<sup>42</sup> Therefore, according to this view, the liability of the corporation will be flown from the fact that the corporation has failed to fulfil its post-mining obligations against the environment.

On the contrary, there is a notion that the imposition of criminal sanctions against individuals involved in corporate criminal misconduct is somehow over-deterrence, believing that the deterrent effect of the administrative sanctions alone is considerably high.<sup>43</sup> However, it is sometimes forgotten that the damages, either directly or indirectly, resulting from corporate criminal misconduct against the environment are extremely high. Nonetheless, the corporate officers, as corporate actors, play an important role in the negligence of the corporation. Further, since the individuals who involve in corporate misconduct have a close relation to corporate interests, not merely for the interests of the individuals themselves,<sup>44</sup> thus, the individuals will also be liable for corporate negligence. Therefore, the application of criminal penalties against the individual, as the additional sanction to the administrative sanctions against the corporation, has met the due deter while not over-detering the concerned individual.

---

<sup>40</sup> Sally S. Simpson et al., “An Empirical Assessment of Corporate Environmental Crime-Control Strategies”, in *Journal of Criminal Law and Criminology* 103, 1 (2013), p.232.

<sup>41</sup> Paul W. Yudoprakoso, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi dan Pemidanaan Korporasi [Corporate Criminal Liability and Corporate Punishment]*, p.68.

<sup>42</sup> David Kerem, “Change We Can Believe in: Comparative Perspectives on the Criminalization of Corporate Negligence”, in *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, p.109.

<sup>43</sup> Anonymous, “Developments in the Law: Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour through Criminal Sanctions”, in *Harvard Law Review*, p.1373.

<sup>44</sup> David Kerem, “Change We Can Believe in: Comparative Perspectives on the Criminalization of Corporate Negligence”, in *Transactions: The Tennessee Journal of Business Law*, p.96.

#### 4. Regulation on Corporate Post-Mining Obligations of Indonesia, Thailand, and South Africa

Indonesia, Thailand, and South Africa have been aware that the establishment of proper and sufficient mining regulations is important for ensuring the equilibrium in the economic and social development of the mining industries by paying more attention to environmental protections to ensure the continuity of the environment for the present and future generations of the countries. In this regard, it is necessary to compare the applied mining regulations of Indonesia, Thailand, and South Africa to have a closer view of how they regulate and punish negligence of corporate post-mining obligations against the environment. Finally, from the legal comparison, there will be compiled the deemed proper and sufficient mining regulations of the countries to establish a legal model for punishing negligence of corporate post-mining obligations.

In Indonesia, under Article 96 Subsection (b) of the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia, the corporation is obliged to *'carry out management and monitoring, including reclamation and/or post-mining activity, surrounding the mining area.'* This provision has clearly emphasised that the corporation is obliged to carry out one of the two post-mining obligations against the environment, implying that the non-fulfilment of the other post-mining obligations cannot be considered as negligence to corporate post-mining obligations against the environment in Indonesia. This provision, I argue, is a setback to the previous mining regulation of Indonesia which obliged corporations to carry out both the post-mining obligations against the environment.<sup>45</sup>

In Thailand, under Section 68 Subsection (8) of the Thai Minerals Act B.E. 2560 (2017) (hereinafter referred to as the 2017 Thai Minerals Act), it is the obligation of the corporation to *'rehabilitate the mined area, during the mining and subsequent to the closure of the mine ...'*. Moreover, the corporation must conduct surveillance of the impacts on the environmental quality and public health during and subsequent to the closure of the exploited mining areas.<sup>46</sup> This clearly indicates that the 2017 Thai Minerals Act also obliges corporations to carry out post-mining obligations to carry out management and monitoring of the exploited mining areas.

---

<sup>45</sup> Cf People's Representative Council, Short Act Number 4 of 2009 on Mineral and Coal Mining, a 96 (c) (ID); and Act Number 3 of 2020 on the Amendment of the Act Number 4 of 2009 on Mineral and Coal Mining, s 96 (b) (ID).

<sup>46</sup> National Assembly of Thailand, **Thai Minerals Act B.E. 2560 (2017)**, (Bangkok: The Secretariat of the Cabinet, 2017), s 68 (8) (TH).

While in South Africa, by referring to Section 25 of Act Number 49 of 2008 on Mineral and Petroleum Resources Development Amendment Act (hereinafter referred to as the 2008 Mineral and Petroleum Resources Development Act of South Africa), the corporation must '*comply with the conditions of the environmental authorisation.*', for the importance to manage and monitor the mining impacts after the mining operation has been carried out by the corporation.<sup>47</sup> Under the law of South Africa, environmental authorisation is defined as a type of measure applied to prevent future impacts on the environment and socio-economic of the people resulting from corporate mining activities.<sup>48</sup> In connection with this, if there is occurred environmental damages against the mining areas as a result of corporate mining operations, the government of South Africa may provide supervision against the concerned corporation through the Ministry of Environmental Affairs and Tourism.<sup>49</sup> This supervision aimed to take necessary measures to prevent and rehabilitate the concurrence impacts.<sup>50</sup> Even though the corporate post-mining obligations against the environment have not been clearly specified under the 2008 Mineral and Petroleum Resources Development Act of South Africa, nevertheless, by connecting the related Acts of South Africa, it can be concluded that corporations must carry out management and monitoring the environmental and socio-economic impacts of the mining activities which specified under the environmental authorisation.

According to these three regulations of the compared jurisdictions, it can be considered that the corporate post-mining obligation against the environment to rehabilitate the mining areas is a mandatory obligation of a mining corporation. Regardless of the difference in the applied terms of the countries, it is clear that all of the countries are aware that corporate post-mining obligations against the environment are necessary for the importance of environmental continuity.

It is also prominent that by referring to the aforementioned provisions of the countries, there are also differences, in particular regarding the conception of the corporate post-mining obligations, within the mining regulation of the compared jurisdictions. Firstly, the mining regulation of Indonesia, which is different from Thailand

---

<sup>47</sup> National Assembly of South Africa, **Act Number 8 of 2004 on the National Environmental Management Amendment Act**, (Cape Town: National Assembly of South Africa, 2004), s 24 (4) (f) (ZA).

<sup>48</sup> National Assembly of South Africa, **Act Number 107 of 1998 on the National Environmental Management Act**, (Cape Town: National Assembly of South Africa, 1998), s 23 (2) (b)(c) (ZA).

<sup>49</sup> National Assembly of South Africa, **Act Number 49 of 2008 on Mineral and Petroleum Resources Development Amendment Act**, (Cape Town: National Assembly of South Africa, 2009), s 45 (1) (ZA).

<sup>50</sup> National Assembly of South Africa, Short Act Number 49 of 2008 on Mineral and Petroleum Resources Development Amendment Act, s 46 (1) (ZA).

and South Africa, directly mentions that the corporation is obliged to carry out reclamation or post-mining activity against the exploited mining areas as a form of corporate post-mining obligations against the environment. In relation to this, in Indonesia, under Article 1 Subsection (26) and Subsection (27) of the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia, it is clearly defined definitions of reclamation and post-mining activity which cannot be found in Thailand and South Africa. These definitions are applied to differentiate the type and process of each of the corporate post-mining obligations so that these corporate post-mining obligations can be easily distinguished.

The mining regulation of Thailand straightforwardly mentions that the corporation must carry out management and monitoring of the exploited mining areas, without further explaining the threshold of the management and monitoring as the mining regulation of Indonesia does. Whereas, the 2017 Thai Minerals Act may define the corporate post-mining obligations under Section 4 of the Act, since several used terms are defined under that Section.

The mining regulation of South Africa, different from Indonesia and Thailand, does not mention that management and monitoring of the exploited mining areas is obligatory for the corporation. Instead, the mining regulation of South Africa mentions that the corporation must comply with the conditions of the environmental authorisation, regardless that the definition and conditions of the environmental authorisation are regulated under separate regulations.<sup>51</sup> This circumstance leads to confusion in acknowledging the mandatory obligations of the corporation against its exploited mining areas.

Even though Indonesia, Thailand, and South Africa have similarities in their provisions in the regulation of corporate post-mining obligations against the environment, nevertheless, the provisions of these countries have their distinctive and unique measures to regulate the corporate post-mining obligations against the environment. These unique and distinctive measures, I believe, derived from the practical issues experienced by each of the countries that are expected to be more directly sufficient in preventing the negligence of corporate post-mining obligations against the environment. This is due to the mining regulations of the countries explicitly mentioning that their previous mining regulations are no longer relevant to deal with the current development in the mining sector. In this regard, it will be very beneficial to acknowledge the applicable measures that can be translated into the legal model to regulate; punish; and further prevent the negligence of corporate post-mining obligations against the environment in the future.

---

<sup>51</sup> Cf National Assembly of South Africa, Short Act Number 107 of 1998 on the National Environmental Management Act, s 23 (2) (b)(c) (ZA); and Act Number 8 of 2004 on the National Environmental Management Amendment Act, s 24 (4) (f) (ZA).

## 5. Application of Administrative and Criminal Sanctions to Negligence of Corporate Post-Mining Obligations

In accordance with the applicable punishment to the negligence of corporate post-mining obligations against the environment, it is found that the compared jurisdictions commonly recognise two types of punishments imposable to the negligence of corporate post-mining obligations against the environment, *id est* administrative sanctions and criminal sanctions. It is also prominent that the compared jurisdictions recognise a combined imposition of administrative and criminal sanctions on the deviant corporation as well as its responsible officers.

In Indonesia, under the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia, the imposition of sanctions against the negligence of corporate post-mining obligations will be depending on the timeline of the negligence. The 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia divides the negligence into: (i) the negligence before the closure of mining activity; and (ii) the negligence after the closure of mining activity. This indicates that, if the negligence occurs before the closure of mining activity, thus, the corporation will be punishable by administrative sanctions. On the contrary, if negligence occurs after the closure of mining activity, thus, the corporation will be punishable by criminal sanctions. In relation to this, there are several administrative sanctions imposable upon a deviant corporation for neglecting its post-mining obligations before the closure of mining activity. By referring to Article 151 Subsection (2) of the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia, it is stated that '*Administrative sanctions as referred to in Subsection (1) are: (a) written reprimand; (b) fines; (c) cessation; and (d) revocation of mining licenses.*'

Similarly, in Thailand, if a corporation fails to comply with its post-mining obligations, the corporation will be imposed by administrative sanction in the form of revocation of mining license, which may only be imposed if the corporation is yet unable to comply with its post-mining obligations even after the corporation is given time to behave correctly and appropriately.<sup>52</sup> This implies that the 2017 Thai Minerals Act will not directly revoke the mining license of the corporation, yet, the corporation will initially be given a specified time to behave accordingly.

While in South Africa, by referring to Section 93 Subsection (1) of the Act Number 28 of 2002 on Mineral and Petroleum Resources Development Act (hereinafter referred to as the 2002 Mineral and Petroleum Resources Development Act of South Africa), which is still in force, the imposable administrative sanctions against the corporation are in form

---

<sup>52</sup> National Assembly of Thailand, Short Thai Minerals Act B.E. 2560 (2017), s 70 para (4) (TH).

of a suspension or termination to the mining operations. Moreover, subject to Section 47 Subsection (1) of the 2008 Mineral and Petroleum Resources Development Act of South Africa, the imposable administrative sanction against the corporation is in the form of cancellation of its mining licenses.<sup>53</sup> These Acts indicate that South Africa recognises three forms of administrative sanctions imposable upon the deviant corporation, *inter alia*: (i) suspension of mining operations; (ii) termination of mining operations; and (iii) cancellation of mining licenses.

These manifested that there are similarities between the compared jurisdictions in imposing administrative sanctions to the negligence of corporate post-mining obligations against the environment, particularly the types of administrative punishments recognised by the Indonesian and South African mining regulations. Notwithstanding, both Indonesia and South Africa use different terms to refer to the types of punishments which are actually the same, whereby Indonesia uses the terms cessation and revocation while South Africa uses the terms suspension or termination and cancellation.

In connection with the aforementioned provisions of the countries, it is prominent that there are several differences in the punishment of negligence of corporate post-mining obligations against the environment of the compared jurisdictions. Indonesia, different from Thailand and South Africa, recognises more complex types of administrative sanctions against the negligence of corporate post-mining obligations, including monetary penalties upon the deviant corporation. Moreover, Thailand only recognises a revocation of a mining license as a type of applicable administrative sanction upon the corporation, while South Africa recognises three types of administrative sanctions in the form of suspension or termination of the mining operations and cancellation of mining licenses upon the deviant corporation. These also indicated that the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia applies a gradual imposition of administrative sanctions to the negligence of corporate post-mining obligations against the environment. This implies that the failure to comply with the corporate post-mining obligations will not directly result in the revocation of mining licenses, but the deviant corporation will be initially imposed by lower types of administrative sanctions, *inter alia* written reprimand and cessation.

Moving to the imposable criminal sanctions against the negligence of corporate post-mining obligations. In Indonesia, the deviant corporation will be imposable by criminal sanctions in the form of imprisonment not exceeding five years and fines not

---

<sup>53</sup> National Assembly of South Africa, Short Act Number 49 of 2008 on Mineral and Petroleum Resources Development Amendment Act, s 47 (1) (ZA).

exceeding IDR 100 billion,<sup>54</sup> which is approximately equal to USD 6.7 million. In addition, by referring to Article 161B Subsection (2) of the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia, the corporation may also be imposed an additional penalty in the form of payment of funds to fulfil the neglected post-mining obligations.<sup>55</sup> Since the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia has divided the types of negligence into two types, thus such criminal sanctions may only be imposed upon the negligence occurring after the closure of mining activity.

Similarly, in Thailand, the negligence of corporate post-mining obligations will be subjected to imprisonment not exceeding one year and/or a fine not exceeding THB 300.000,<sup>56</sup> which is approximately equal to USD 8.9 thousand. These show that both Indonesia and Thailand have quite similar measures in punishing negligence of corporate post-mining obligations against the environment, notwithstanding, the amount of the applicable criminal sanctions are very much different.

The applicable criminal sanctions in South Africa are clearly different from the other two countries since the 2008 Mineral and Petroleum Resources Development Act of South Africa leaves a legal vacuum in the punishment of negligence of corporate post-mining obligations against the environment. As it could be seen that the Act leaves a space for negligence to be punished by a flexible provision, which may also be applied to the other types of corporate misconduct that are not clearly punished within the mining regulations of South Africa. It is stated under Section 98 Subsection (1) of the 2002 Mineral and Petroleum Resources Development Act of South Africa that a corporation is guilty of an offence if it contravenes or fails to comply with any other provisions of this Act. The penalty for such an offence is governed in Section 99 Subsection (1) (g) of the 2002 Mineral and Petroleum Resources Development Act which imposes the corporation with imprisonment not exceeding six months and/or fines whose amounts do not explicitly stipulate. Therefore, it is implied that the mining regulations of South Africa, yet, do not specifically regulate that negligence of corporate post-mining obligation will be imposable by criminal sanction.

In these regards, there is a prominent similarity between both Indonesia and Thailand. Both countries directly ruled that neglecting corporate post-mining obligations will be punishable by criminal sanctions within their respective mining regulations. While

---

<sup>54</sup> People's Representative Council, Short Act Number 3 of 2020 on the Amendment of the Act Number 4 of 2009 on Mineral and Coal Mining, 161B (1) (ID).

<sup>55</sup> People's Representative Council, Short Act Number 3 of 2020 on the Amendment of the Act Number 4 of 2009 on Mineral and Coal Mining, 161B (2) (ID).

<sup>56</sup> National Assembly of Thailand, Short Thai Minerals Act B.E. 2560 (2017), 160 (1) (TH).

on the contrary, South Africa in its mining regulation does not even stipulate a specific provision intended to criminally punish the negligence of corporate post-mining obligations against the environment. Nevertheless, it can be concluded that Indonesia, Thailand, and South Africa share a similarity in the application of a combined imposition of administrative and criminal sanctions to the negligence of corporate post-mining obligations, regardless of the applicable criminal provision of South Africa is not exclusively intending to punish such a thing.

The emergence of administrative sanctions somehow, according to Adshead, is closely related to the rise of perception that the environmental offences are not as serious as conventional crime, leading to the decriminalisation of environmental offences.<sup>57</sup> Nonetheless, it is sometimes forgotten that the damages, either directly or indirectly, resulting from the negligence of corporate post-mining obligations against the environment are extremely high which affects the environment, the community as well as the corporation itself. Moreover, the responsible corporate officers are most likely involved in the negligence corporate of post-mining obligations, not because of the importance of the corporate officers themselves. Therefore, I strongly believe that the application of criminal sanction upon the individual as well as administrative sanction upon the corporation will meet the due deterrent while not over-detering the concerned individual as well as the corporation.

Therefore, to deter the deviant corporation, the sanctioning should be severely imposed upon the corporation as well as its responsible officers, because the fact that a corporation itself cannot be imprisoned, thus, the imprisonment should be attached to the responsible corporate officers, while the corporation itself should be bound by administrative sanctions, in particular the monetary penalties.<sup>58</sup> Moreover, the imposition of monetary penalties should be high enough to make the corporation, on the one hand, deters and on the other hand, perforce to discharge all of the profit obtained from the illegal activities.<sup>59</sup> What criminal regulation should regulate is the measure to discharge all of the profits obtained by the corporation from its deviant behaviour and at the same time to impose a monetary penalty in the form of monetary fines. Certainly, responsible corporate officers should also be imposed with proportional imprisonment.

---

<sup>57</sup> Julie Adshead, "Doing Justice to the Environment", in **The Journal of Criminal Law**, p.225-227.

<sup>58</sup> Anonymous, "Developments in the Law: Corporate Crime: Regulating Corporate Behaviour through Criminal Sanctions", in **Harvard Law Review**, p.1365.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 1365-1366.

Indonesia can be a good example in the combined imposition of both administrative and criminal sanctions against the negligence of corporate post-mining obligations, due to Indonesia has clearly and explicitly threatened the negligence with considerably strong sanctioning. Under the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia, the imposition of sanctions against the negligence of corporate post-mining obligations will be depending on the timeline of the negligence. This is due to the 2020 Mineral and Coal Mining Act dividing the negligence into: (i) the negligence before the closure of mining activity; and (ii) the negligence after the closure of mining activity. This means that when a corporation is neglecting its post-mining obligations before the mining activity is ceased and completed, the deviant corporation is punishable by administrative sanctions in the form of written reprimand; cessation; revocation of mining licenses, and fines. While the contrary, when a corporation is neglecting its post-mining obligations after the mining activity is finally ceased and completed, the deviant corporation is punishable by criminal sanctions in the form of imprisonment for a maximum of five years and fines for a maximum of IDR 100 billion,<sup>60</sup> which is approximately equal to USD 6.7 million. Moreover, the corporation may also be subject to an additional penalty in the form of payment of funds to fulfil the neglected post-mining obligations.

Accordingly, it can be said that the imposition of both of these punishments will not be given at the same time, due to the timelines of the negligence being different. In this regard, it is suggested to transplant the regulation of both the 2017 Thai Minerals Act and the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia, because the two Acts have their respective advantages. From the side of the 2017 Thai Minerals Act, the measure which directly applies both administrative and criminal sanctions against a corporation can be transplanted as a model in the legal formulation. While from the side of the 2020 Mineral and Coal Mining Act of Indonesia, the amount of sanctioning is significantly higher compared to Thailand and South Africa, indicating that such measure can also be transplanted as a model in the legal formulation. This will result in strong sanctioning, which is considerably proportional and not over-deterrent to the side of the corporation. Therefore, the application of this measure is expected to contribute more directly to the protection of the environment and avoid damages resulting from the direct and indirect impacts of the negligence of corporate post-mining obligations against the environment.

---

<sup>60</sup> People's Representative Council, Short Act Number 3 of 2020 on the Amendment of the Act Number 4 of 2009 on Mineral and Coal Mining, 161B (1) (ID).

## CONCLUSION

It could be said that the continuity of corporate negligence of its post-mining obligations is resulting from the considerably low standards in the punishment of the negligence of corporate post-mining obligations against the environment. It is argued that the imposition of an administrative sanction in the form of monetary penalty alone has considerably met the due deter for the deviant corporation. Nevertheless, the direct and indirect impacts of the negligence of corporate post-mining obligations are not only damaging the environment and the surrounding community but also damaging the corporation itself, meaning that the impacts are considerably massive. Therefore, I strongly believe that a combined imposition of administrative sanction against the corporation and a criminal sanction against the responsible corporate officers will be proportional and not over-deterrent to both of corporation and its responsible officers. In relation to the application of a combined imposition against the negligence of corporate post-mining obligations, I argue that such imposition will not over-deter the corporation as well as its responsible corporate officers, meaning that the combined imposition of administrative and criminal sanctions will meet the due deterrent. I suggest that this combined imposition can be transplanted by countries that face issues relating to the negligence of corporate post-mining obligations against the environment so that the countries may present a deterrent effect to the corporation and its responsible officers.

Indonesia, Thailand, and South Africa have similar and also different applicable measures, which are unique and distinctive in punishing negligence of corporate post-mining obligations against the environment. These compared jurisdictions recognise that the mining operations should be carried out in an environmentally-friendly perspective without leaving the importance to create an equilibrium in the economic and social development of the countries, which leads to the formulation of a legal provision that obligates the corporation to carry out post-mining obligations against the environment during and subsequent to the closure of the mining activity. Moreover, the compared jurisdictions apply a combined imposition of administrative and criminal sanctions against negligence of corporate post-mining obligations, by means to proportionally and sufficiently punish negligence of corporate post-mining obligations against the environment. Notwithstanding that, there are different measures applied by the countries in punishing such negligence. Through proportionately and sufficiently punishing negligence of corporate post-mining obligations, I strongly believe that a combined imposition of administrative sanctions and criminal sanctions will be proportional and not over-deterrent

to the negligence of corporate post-mining obligations against the environment. I recommend that, at least to the future mining regulations of Indonesia, the legal formulation for the punishment of the negligence of corporate post-mining obligations should be carried out proportionally and sufficiently so that the future mining regulation may contribute more directly to the protection of the environment and avoiding damages.

ปัญหาของการตีความข้อยกเว้นด้านความมั่นคงตามมาตรา XXI(b)  
ขององค์การการค้าโลก\*

Issues with the Interpretation of Security Exceptions under  
Article XXI(b) of the World Trade Organization

นิตินันท์ ลีธนะกุล

*Nitinun Leethanakul*

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M. Candidate

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: upleethana@gmail.com

(Received: August 28, 2024; Revised; November 18, 2024; Accepted: April 9, 2025)

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้ศึกษาพัฒนาการของการตีความมาตรา XXI(b) ขององค์การการค้าโลก (WTO) เกี่ยวกับข้อยกเว้นด้านความมั่นคง ตั้งแต่ยุค GATT จนถึงปัจจุบัน โดยวิเคราะห์แนวปฏิบัติและคำวินิจฉัยในการยกอ้างข้อยกเว้นนี้ ผลการศึกษาพบว่า ในยุค GATT และ WTO ตอนต้น การตีความมาตรา XXI ยังขาดความชัดเจน โดยมีการอ้างอิงข้อยกเว้นนี้น้อยมาก และในกรณีที่มีการอ้างอิง ส่วนใหญ่มักยุติด้วยการเจรจาตกลงกันโดยไม่ผ่านกระบวนการวินิจฉัยที่จะก่อให้เกิดบรรทัดฐานหรือแนวปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ยุคสงครามการค้า การอ้างอิงข้อยกเว้นนี้ตามมาตรา XXI(b) ได้แพร่หลายมากขึ้น และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแห่ง WTO ได้แสดงแนวโน้มที่ชัดเจนยิ่งขึ้นในหลายประเด็น เช่น การให้รัฐใช้ดุลพินิจในส่วนของบทนำและเป็นอำนาจพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในบทเฉพาะ การแบ่งองค์ประกอบของบทบัญญัติและการตีความ “ผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคง” แต่ยังคงมีประเด็นที่ไม่ชัดเจน โดยเฉพาะในเรื่องการตีความ “สถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” และขอบเขตการใช้ดุลพินิจของรัฐที่จะถูกตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

**คำสำคัญ:** ข้อยกเว้นด้านความมั่นคง, องค์การการค้าโลก, มาตรา XXI(b)

\* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “การตีความข้อยกเว้นด้านความมั่นคงมาตรา XXI(b) ขององค์การการค้าโลก” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้ประเมินบทความที่ไม่เปิดเผยชื่อทั้งสามท่านที่กรุณาให้ข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์ในการปรับปรุงเนื้อหาของบทความ

## Abstract

This research article examines the evolution of the interpretation of Article XXI(b) of the World Trade Organization (WTO) concerning security exceptions, from the GATT era to the present. It analyzes practices and rulings related to invoking these exceptions. The study finds that during the GATT and early WTO periods, the interpretation of Article XXI lacked clarity, with very few references to these exceptions. In cases where they were invoked, disputes were often resolved through negotiations without going through adjudication processes that would establish norms or practices. However, since the trade war era, invoking these exceptions, Article XXI(b), has become more widespread, and the WTO Dispute Settlement Body has shown clearer trends on several issues. These include allowing states discretion in the chapeau while reserving interpretative authority for the Dispute Settlement Body in specific provisions, dividing the elements of the provision, and interpreting “essential security interests.” Nevertheless, some issues remain unclear, particularly regarding the interpretation of “emergency in international relations” and how state discretion is reviewed by the Dispute Settlement Body.

**Keywords:** Security Exceptions, World Trade Organization, Article XXI(b)

### 1. ที่มาและความสำคัญ

การค้าระหว่างประเทศมุ่งที่จะเปิดเสรีและกำจัดการปกป้องสินค้าของประเทศตนเองผ่านการลดอุปสรรคทางการค้าสินค้าและการค้าบริการระหว่างประเทศ ในความตกลงระหว่างประเทศล้วนแต่ต้องการหาสมดุลของจุดมุ่งหมายนี้ไปพร้อม ๆ กับการรักษาประโยชน์ของประเทศของตนซึ่งมักจะขัดแย้งกัน อย่างไรก็ตาม ในความตกลงต่าง ๆ เหล่านี้จึงจำเป็นต้องมีข้อยกเว้นเฉพาะในการทำให้ได้มาซึ่งความสมดุลนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นพื้นที่สำหรับใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ<sup>1</sup> แต่บ้างกลับมองว่าเป็นช่องว่างให้รัฐต่าง ๆ คว้าโอกาสโดยที่ปราศจากความรับผิดชอบในกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>2</sup> ภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก มาตรา XX ของ GATT ได้วางหลักเกณฑ์ของข้อยกเว้นทั่วไป (General Exceptions) ที่อนุญาตประเทศสมาชิก WTO ให้สามารถใช้มาตรการที่ขัดต่อพันธกรณีของ WTO ได้ โดยมีเงื่อนไขว่า มาตรการเหล่านั้นจะต้องเป็นไปเพื่อปกป้องหรือคุ้มครองประโยชน์เฉพาะอย่าง อาทิ ศีลธรรมอันดี (Public Morals) สุขภาพของมนุษย์ (Human Health) ในขณะเดียวกันมาตรการเหล่านี้ยังต้องผ่านเงื่อนไขของบทนำ (Chapeau) ของมาตรา XX อีกด้วย นอกเหนือจากข้อยกเว้นทั่วไป มาตรา XXI ของความตกลงเดียวกันได้อนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการสำหรับการคุ้มครองความมั่นคง (National Security) ของประเทศตนได้ โดยมีบทบัญญัติดังนี้

<sup>1</sup> Michael J. Hahn, “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, in *Michigan Journal of International Law* 12 (1991), p.558-620.

<sup>2</sup> Simon Lester and Huan Zhu, “Closing Pandora’s Box: The Growing Abuse of the National Security Rationale for Restricting Trade,” [online] Available from : <https://www.cato.org/publications/policy-analysis/closing-pandoras-box-growing-abuse-national-security-rationale>. [15 June 2024]

มาตรา XXI ของ GATT บัญญัติว่า “ไม่มีส่วนใดในข้อตกลงนี้ที่

- (a) เรียกร้องให้ประเทศสมาชิกให้เปิดเผยข้อมูลที่ขัดกับผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคง หรือ
- (b) ห้ามประเทศสมาชิกใช้มาตรการที่ตนพิจารณาว่าจำเป็นในป้องกันผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคงของตน
- (i) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับวัสดุที่แตกตัวทางอะตอมหรือวัสดุที่เกิดขึ้นจากสิ่งนั้น;
- (ii) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งอาวุธ กระสุน และเครื่องมือทางสงคราม และการขนส่งสินค้าและวัสดุอื่นที่กระทำไป ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยมีเป้าหมายเพื่อจัดหาสินค้าให้ฐานทัพทางทหาร;
- (iii) ในระหว่างเวลาสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ; หรือ
- (c) ห้ามประเทศสมาชิกดำเนินการใด ๆ ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติเพื่อคงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงในทางระหว่างประเทศ”<sup>3</sup>

มาตรา XXI มักถูกเรียกว่าเป็นตัวเลือกสุดท้าย (Nuclear Option) หรือ ช่องทางพิเศษ (Third Rail) โดยนักกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ<sup>4</sup> เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของตั้งต้นของมาตรานี้ พบว่า GATT ต้องการหาสมดุลระหว่างการเปิดเสรีทางการค้าและการอนุญาตให้มีความยืดหยุ่นในการคุ้มครองประโยชน์สำคัญทางด้านความมั่นคงเมื่อมีความจำเป็น (Necessary)<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Article XXI of GATT: Security Exceptions

Nothing in this Agreement shall be construed

(a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or

(b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests

(i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;

(ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;

(iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or

(c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

<sup>4</sup> Matthew Kahn, “Pretextual Protectionism? The Perils of Invoking the WTO National Security Exception,” [online] Available from : <https://www.lawfaremedia.org/article/pretextual-protectionism-perils-invoking-wto-national-security-exception>. [15 June 2024]

<sup>5</sup> James Bacchus, “The Black Hole of National Security: Striking the Right Balance for the National Security Exception in International Trade,” [online] Available from : <https://www.cato.org/policy-analysis/black-hole-national-security>. [15 June 2024]

ดังเห็นได้จากบันทึกการประชุมของสหรัฐอเมริกาในการเตรียมการ GATT ในปี 1947 (GATT Preparatory Committee) โดยมีใจความว่า “...มันเป็นประเด็นของการหาจุดสมดุล...พวกเราไม่ควรเขียนให้เข้มงวดเกินไป เพราะจะห้ามมาตรการที่จำเป็นสำหรับความมั่นคงโดยแท้จริงไม่ได้ อย่างไรก็ตาม จะเขียนให้กว้างไปก็ไม่ได้ เนื่องจากจะเป็นการใช้ความมั่นคงเป็นข้ออ้างเพื่อใช้มาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า...”<sup>6</sup> จะเห็นได้ว่า ในมุมมองของสหรัฐอเมริกาในปี 1947 นั้นยังไม่มีคามหมายหรือนิยามของข้อยกเว้นด้านความมั่นคงที่ชัดเจน อาจมีแต่เพียงตัวอย่างที่สามารถนำข้อยกเว้นด้านความมั่นคงขึ้นอ้างได้เท่านั้น กล่าวอีกอย่างก็คือ เป็นที่ชัดเจนว่า มีความตั้งใจให้การยกอ้างข้อยกเว้นนั้นเป็นไปเพื่อเหตุผลด้านความมั่นคงที่แท้จริงไม่ใช่เป็นการหลบเลี่ยงพันธกรณี

ดังนั้น คำถามที่สำคัญที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเมื่อพบปัญหาผู้ตีมีการบังคับใช้ก็คือ ใครจะเป็นผู้ที่เหมาะสมที่จะตัดสินว่าสามารถใช้ข้อยกเว้นด้านความมั่นคงนี้ได้ ปัญหานี้โดยทั่วไปแล้วจะมี 2 แนวทาง ได้แก่ รัฐผู้ใช้มาตรการเป็นผู้ตัดสินเอง (Self-judging) และให้มีกลุ่มหรือคณะผู้ตัดสินขององค์การระหว่างประเทศเป็นผู้ตัดสิน สำหรับแนวทางแรกหากให้รัฐเป็นผู้ตัดสินเองนั้น สิ่งใดหรืออะไรจะป้องกันไม่ให้รัฐยกข้อยกเว้นด้านความมั่นคงอ้างได้ตามอำเภอใจ หากเป็นแนวทางที่สอง การให้มีองค์คณะเช่นนี้จะก้าวล่วงอธิปไตยและอำนาจของรัฐในพิจารณาประโยชน์ด้านความมั่นคงของรัฐเองหรือไม่ จะเห็นได้ว่าการตีความข้อยกเว้นด้านความมั่นคงนี้เป็นประเด็นปัญหาของคุณค่าที่ขัดแย้งกันระหว่างอำนาจอธิปไตยของรัฐสมาชิกและความมุ่งหมายของการค้าเสรีในทางระหว่างประเทศ จากแนวทางที่เกิดขึ้นตั้งแต่ปี 1947 เป็นต้นมาจนถึงปี 2018 พบว่า ภายใต้อาณัติความไม่ชัดเจนของการตีความและปรับใช้ข้อยกเว้นด้านความมั่นคงนี้ ประเทศสมาชิกต่าง ๆ พยายามหลีกเลี่ยงการยกข้อยกเว้นด้านความมั่นคงขึ้นอ้าง โดยส่วนใหญ่จะใช้การปรึกษาหารือ หรือใช้ข้อยกเว้นทั่วไปอื่น ๆ แทนที่จะใช้ข้อยกเว้นด้านความมั่นคงในการตั้งประเด็นพิพาทกับองค์กรระดับข้อพิพาทของ WTO

ในบทความวิจัยนี้มีสมมติฐานว่า แนวทางการตีความมาตรา XXI ของ WTO แม้มีความชัดเจนขึ้นตั้งแต่ช่วงหลังสงครามการค้า แต่ก็ยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณา เพื่อจะสามารถมีแนวทางที่ชัดเจนขึ้นในการยกอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงในการไม่ให้ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี โดยมีวัตถุประสงค์ของบทความวิจัยว่า ต้องการระบุปัญหาของการตีความข้อยกเว้นด้านความมั่นคงตามมาตรา XXI ในปัจจุบัน ต่อไปจะเริ่มโดยสำรวจแนวปฏิบัติและแนววินิจฉัยในการยกอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงขึ้นโดยจะแบ่งเป็นในยุค GATT ยุค WTO ตอนต้น และยุคสงครามการค้าเป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน และวิเคราะห์ถึงสิ่งที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) กล่าวชัดเจน กล่าวไม่ชัดเจน และบทสรุป

---

<sup>6</sup> U.N. Economic and Social Council, “Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, Verbatim Report: Thirty-Third Meeting of Commission A,” at 21, U.N. Doc. E/PC/T/A/PV/33 (July 24, 1947) [online] Available from : <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-33.PDF>. [15 June 2024]

## 2. การตีความในยุค GATT (1947-1994)

มาตรา XXI ของ GATT แทบไม่เคยถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติ และไม่มีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทของ GATT หรือ WTO ใดที่ได้พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรานี้ ก่อนการก่อตั้ง WTO ในปี 1994 มีข้อพิพาทอย่างน้อย 9 กรณีที่เกี่ยวข้องกับการอ้างเหตุผลทางการป้องกันตามมาตรา XXI ของ GATT แนวปฏิบัติของ GATT ไม่เคยมีแนวทางที่ละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหาและขอบเขตของข้อยกเว้นด้านความมั่นคง อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ข้อยกเว้นนี้ถูกนำเสนอและตีความในลักษณะที่ใกล้เคียงกับการตีความว่าเป็นข้อยกเว้นที่ให้อำนาจรัฐผู้ใช้มาตรการเป็นผู้ตัดสินเอง<sup>7</sup>

ในปี 1975 สวีเดนได้นำระบบโควตานำเข้าทั่วโลกมาใช้สำหรับผลิตภัณฑ์รองเท้าบางประเภท และอ้างมาตรา XXI เป็นเหตุผลในการทำเช่นนั้น รัฐบาลสวีเดนโต้แย้งว่า “การลดลงอย่างต่อเนื่องของการผลิตภายในประเทศได้กลายเป็นภัยคุกคามรุนแรงต่อการวางแผนฉุกเฉินด้านการป้องกันวิกฤตทางเศรษฐกิจของสวีเดน ซึ่งเป็นส่วนสำคัญของนโยบายความมั่นคงของประเทศ นโยบายมีขึ้นเพราะจำเป็นต้องรักษากำลังการผลิตภายในประเทศขั้นต่ำในอุตสาหกรรมที่สำคัญของประเทศ ซึ่งมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการรับประกันการจัดหาผลิตภัณฑ์ที่จำเป็นเพื่อตอบสนองความต้องการขั้นพื้นฐานในกรณีที่เกิดสงครามหรือภาวะฉุกเฉินอื่น ๆ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ”<sup>8</sup> มาตรการที่เป็นประเด็นนี้มีเป้าหมายเพื่อปกป้องอุตสาหกรรมรองเท้าของสวีเดนนี้ถูกใช้ทดสอบขอบเขตของข้อยกเว้นด้านความมั่นคง ตั้งคำถามใหญ่ว่า มาตรการที่ตอบสนองนโยบายอุตสาหกรรมจะอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นด้านความมั่นคงหรือไม่ ดังนั้น “ผู้แทนหลายคน...ได้แสดงความกังวลในการอ้างเหตุผลสำหรับมาตรการนี้ภายใต้ GATT” และ “คณะผู้แทนหลายคนได้สงวนสิทธิ์ของตนภายใต้ GATT”<sup>9</sup> แต่ท้ายที่สุดมาตรการนี้ก็ไม่ได้ถูกวินิจฉัยภายใต้ GATT

ในยุคของ GATT ภาควิชาบางส่วนมีมุมมองว่าความมั่นคงแห่งชาติเป็นเรื่องที่ให้อำนาจรัฐตัดสินใจด้วยตนเอง เช่น ในระหว่างการอภิปรายปี 1982 เกี่ยวกับข้อจำกัดทางการค้าที่ใช้โดยประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (EEC) ประเทศสมาชิก แคนาดา และออสเตรเลีย ต่อการนำเข้าจากอาร์เจนตินาด้วยเหตุผลที่ไม่ใช่เหตุผลทางเศรษฐกิจ ผู้แทนของ EEC ได้กล่าวว่ามาตรการที่ใช้ภายใต้มาตรา XXI “ไม่จำเป็นต้องมีการแจ้ง การให้เหตุผล หรือการอนุมัติ”<sup>10</sup> Self-judging หรือ การให้อำนาจรัฐตัดสินด้วยตนเอง ตามบริบทที่กล่าวถึงนี้หมายถึงการที่แต่ละประเทศมีอำนาจเด็ดขาดในการตัดสินใจว่าอะไรคือภัยคุกคามต่อความมั่นคงแห่งชาติของตน โดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับ การตรวจสอบหรือการอนุมัติจากองค์กรระหว่างประเทศหรือประเทศอื่น ผู้แทนของสหรัฐอเมริกา กล่าวว่า “ความตกลงทั่วไป GATT ได้ปล่อยให้เป็นผู้พิพากษาของ

<sup>7</sup> Sebastián Mantilla Blanco and Alexander Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review*, 1<sup>st</sup> edn. (Springer Nature, 2020), p.10.

<sup>8</sup> GATT Council, “Sweden Import Restrictions on Certain Footwear,” at 3, L/4250 (Nov. 17, 1975) [online] Available from : <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L4399/4250.PDF>. [15 June 2024]

<sup>9</sup> GATT Council, “Minutes of Meeting Held in the Palais des Nations, Geneva, on 31 October 1975,” at 8-9, GATT Doc. CIM/109 (Nov. 10, 1975) [online] Available from : <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M109.PDF>. [15 June 2024]

<sup>10</sup> GATT Council, “Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 7 May 1982,” at 10, GATT Doc. CIM/157 (June 22, 1982) [online] Available from : <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M157.PDF>. [15 June 2024]

แต่ละภาคีสมาชิกในการตัดสินว่าอะไรที่ตนพิจารณาว่าจำเป็นต่อการปกป้องผลประโยชน์ด้านความมั่นคงของตน ภาคีสมาชิก (Contracting Parties) ไม่มีอำนาจที่จะตั้งคำถามต่อดุลพินิจนั้น”<sup>11</sup> สะท้อนว่าสหรัฐอเมริกามีจุดยืนที่ชัดเจนในการสนับสนุนแนวคิดที่ว่า การตัดสินใจในเรื่องความมั่นคงแห่งชาติเป็นสิทธิเด็ดขาดของแต่ละประเทศ

ความเห็นเกี่ยวกับว่ามาตรา XXI เป็นการอำนาจรัฐตัดสินใจด้วยตนเองหรือไม่นั้นไม่มีข้อสรุปจากประเทศภาคี GATT<sup>12</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทของ GATT/WTO เพียงคณะเดียวที่ได้อภิปรายเกี่ยวกับมาตรา XXI ของ GATT คือกรณีการคว่ำบาตรทางการค้าของสหรัฐอเมริกาต่อนิการากัวในปี 1985 มีคำถามว่าภาคีสมาชิกสามารถตรวจสอบเหตุผลด้านความมั่นคงแห่งชาติสำหรับมาตรการที่ใช้ภายใต้มาตรา XXI ได้หรือไม่และในขอบเขตเพียงใด ได้ถูกอภิปราย<sup>13</sup> นิการากัวโต้แย้งว่าข้อความในมาตรา XXI แสดงให้เห็นชัดเจนว่าภาคีสมาชิกมีอำนาจในการตัดสินว่ามีสถานการณ์ “สงครามหรือภาวะฉุกเฉินอื่น ๆ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” เกิดขึ้นหรือไม่<sup>14</sup> ในทางตรงกันข้าม สหรัฐอเมริกากล่าวว่ามาตรา XXI(b)(iii) ของ GATT ได้ปล่อยให้ดุลพินิจของแต่ละภาคีสมาชิกในการตัดสินว่าการกระทำใดที่ตนเห็นว่าจำเป็นสำหรับการปกป้องผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่สำคัญยิ่งของตน (Essential Security Interest)<sup>15</sup> ภายหลังได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้น โดยมีขอบเขตอำนาจพิเศษระบุว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนี้ไม่สามารถตรวจสอบหรือตัดสินความถูกต้องหรือแรงจูงใจในการอ้างใช้มาตรา XX(b)(iii) โดยสหรัฐอเมริกา”<sup>16</sup> ซึ่งท้ายที่สุดก็ทำให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่อาจวินิจฉัยประเด็นความถูกต้องของการอ้างใช้มาตรา XXI โดยสหรัฐอเมริกาได้<sup>17</sup> ในรายงานที่ไม่ได้ถูกรับรอง (Non-adopted Report) คณะพิจารณาได้แสดงความกังวลว่าการอ้างใช้ข้อยกเว้นด้านความมั่นคงแห่งชาติอาจบั่นทอนวัตถุประสงค์พื้นฐานของ GATT ซึ่งรวมถึงการส่งเสริมนโยบายการค้าที่ไม่เลือกปฏิบัติและเปิดกว้าง และการลดความไม่แน่นอนในความสัมพันธ์ทางการค้า รวมทั้งยังได้กล่าวว่า

---

<sup>11</sup> GATT Council, “Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 29-30 June 1982,” at 19, GATT Doc. CIM/159 (Aug. 10, 1982) [online] Available from : <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M159.PDF>. [15 June 2024]

<sup>12</sup> Michael J. Hahn, “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, in *Michigan Journal of International Law*, p.595.

<sup>13</sup> GATT Council, “Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 29 May 1985,” at 2-16, GATT Doc. C/M/188 (June 28, 1985) [online] Available from : <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M188.PDF>. [15 June 2024]

<sup>14</sup> *Ibid.*, at 2.

<sup>15</sup> GATT Council, “Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 17-19 July 1985,” at 41-46, GATT Doc. C/M/191 (Sept. 11, 1985) [online] Available from : [https://www.wto.org/gatt\\_docs/English/SULPDF/91160043.pdf](https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/91160043.pdf). [15 June 2024]

<sup>16</sup> GATT Council, “Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 12 March 1986,” at 7, GATT Doc. CIM/196 (Apr. 2, 1986) [online] Available from : <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/C/M196.PDF>. [15 June 2024]

<sup>17</sup> GATT Council, “Report of the Panel: United States – Trade Measures Affecting Nicaragua,” at 5.3, L/6053 (Oct. 13, 1986) [online] Available from : [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/85embarg.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/85embarg.pdf). [15 June 2024]

“GATT ไม่สามารถบรรลุเป้าหมายพื้นฐานได้ เว้นแต่ว่าแต่ละภาคีสมาชิก เมื่อใช้สิทธิของตนภายใต้มาตรา XXI จะต้องชั่งน้ำหนักความต้องการด้านความมั่นคงของตนกับความจำเป็นในการรักษาความสัมพันธ์ทางการค้าที่มั่นคงอย่างระมัดระวัง”<sup>18</sup>

สำหรับประเด็นที่ว่าข้อยกเว้นความมั่นคงจะถูกตัดสินได้หรือไม่ (Justiciable) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้สงวนสิทธิ์ (Reservation)<sup>19</sup> และแสดงความขัดข้องใจ (Frustration)<sup>20</sup> โดยระบุว่า “หากยอมรับว่าการตีความมาตรา XXI ถูกสงวนไว้ทั้งหมดให้กับรัฐที่อ้างถึงเท่านั้น จะสามารถรับประกันได้อย่างไรว่าข้อยกเว้นทั่วไปสำหรับพันธกรณีทั้งหมดภายใต้ข้อตกลงทั่วไปจะไม่ถูกใช้โดยไม่ชอบ หรือใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในบทบัญญัตินี้ หากประเทศภาคีมอบหมายให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีที่เกี่ยวข้องกับการยกอ้างมาตรา XXI โดยไม่อนุญาตให้ตรวจสอบเหตุผลของการอ้างอิงนั้น พวกเขาจะจำกัดสิทธิของรัฐภาคีสัญญาที่ได้รับผลกระทบในทางลบได้หรือไม่”<sup>21</sup> ในคดีนี้ขอบเขตอำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในสมัยนั้นไม่ได้กว้างถึงประเด็นข้างต้น อย่างไรก็ตามในปัจจุบันจะไม่มีปัญหานี้อีกต่อไปเนื่องจากมาตรา 7 ของ DSU (The Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes) ให้อำนาจกับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในการพิจารณาการยกอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงแล้ว<sup>22</sup>

กล่าวโดยสรุปในยุคของ GATT มีหลายกรณีที่มาตรการต่าง ๆ ถูกอ้างเหตุผลภายใต้ข้อยกเว้นด้านความมั่นคง แต่ไม่เคยมีการอภิปรายจริง ๆ เกี่ยวกับความหมายและขอบเขตของมาตรา XXI คำถามสำคัญอีกหลายอย่างยังคงไม่มีคำตอบ เช่น GATT สามารถถือเป็นเวทีที่เหมาะสมสำหรับประเด็นความมั่นคงแห่งชาติได้จริงหรือไม่<sup>23</sup> ในบริบทของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศในยุค GATT นี้คำว่า “Self-judging” อาจทำให้เข้าใจผิดได้ ควรใช้กรอบการวิเคราะห์ที่มีมาตรฐานการตรวจสอบ (Standard of Review) เพื่อตัดสินการอ้างอิงข้อยกเว้น จะเห็นว่าภายใต้ความตกลงในยุคนี้ ประเทศภาคีที่ยกอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา XXI(b)(iii) ได้รับการเคารพสิทธิ์ในการยกอ้างอย่างมากแต่ไม่ใช้การเคารพอย่างเด็ดขาดในทุกกรณี การต้องพิจารณาความจำเป็นในการยกอ้างข้อยกเว้นของรัฐยังขึ้นกับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททั้งในเชิงรูปแบบและเชิงเนื้อหา จะเห็นว่ายังคงมีความจำเป็นสำหรับ WTO ในการพัฒนาขอบเขตของดุลพินิจเกี่ยวกับข้อยกเว้นด้านความมั่นคงแห่งชาติต่อไป<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Ibid., at 5.16.

<sup>19</sup> Petros C. Mavroidis and Mark Wu, *The Law of the World Trade Organization (WTO): Documents, Cases and Analysis*, 1<sup>st</sup> edn. (West Academic Publishing, 2013), p.738.

<sup>20</sup> Wesley A. Cann Jr., “Creating Standards and Accountability for the Use of the WTO Security Exception: Reducing the Role of Power-Based Relations and Establishing a New Balance Between Sovereignty and Multilateralism”, in *Yale Journal of International Law* 26, 2 (2011), p.429.

<sup>21</sup> GATT Council, “Report of the Panel: United States – Trade Measures Affecting Nicaragua,” at 5.17 [online] Available from : [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/85embarg.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/85embarg.pdf). [15 June 2024]

<sup>22</sup> Dapo Akande and Sope Williams, “International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?”, in *Virginia Journal of International Law* 43 (2002), p.379-380.

<sup>23</sup> Sebastián Mantilla Blanco and Alexander Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review*, p.12.

<sup>24</sup> Tsai-fang Chen, “To Judge the ‘Self-Judging’ Security Exception under the GATT 1994: A Systematic Approach”, in *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 12, 2 (2017), p.311-356.

### 3. การตีความในยุค WTO ตอนต้น (1995-2016)

หนึ่งในคดีที่สำคัญเกี่ยวกับข้อยกเว้นด้านความมั่นคงในยุค WTO ตอนต้นคือ คดี United States - The Cuban Liberty and Solidarity Act ซึ่งเป็นคดีแรกที่มีข้อพิพาทเกี่ยวข้องกับข้อยกเว้นด้านความมั่นคงในยุค WTO โดยสหภาพยุโรปได้ยื่นคำร้องต่อต้านการใช้มาตรการคว่ำบาตรคว่ำบาตรนอกอาณาเขตของสหรัฐฯ<sup>25</sup> อย่างไรก็ตาม คดีนี้ก็เช่นเดียวกับคดีอื่น ๆ ในยุค GATT ที่ไม่ได้สิ้นสุดโดยการตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทของ WTO แต่ได้รับการแก้ไขโดยข้อตกลงอย่างไม่เป็นทางการระหว่างสหรัฐฯ และสหภาพยุโรป โดยปราศจากการอธิบาย ขยายความและตอบคำถามที่เกี่ยวข้องกับมาตรา XXI สิ่งที่ยกเว้นและดำเนินต่อมาคือการที่ประเทศสมาชิก WTO ต่างรับรู้ได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทของ WTO ในตอนต้นนี้ก็ไม่มีความแตกต่างจาก GATT มากนักในความสามารถที่จะจัดการกับประเด็นข้อยกเว้นด้านความมั่นคง

นับตั้งแต่จีนและรัสเซียเข้าเป็นสมาชิก WTO ประเด็นข้อยกเว้นด้านความมั่นคงได้กลับมามีความสำคัญอีกครั้ง ข้อจำกัดของสหรัฐฯ ต่อจีนในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของหน่วยงานรัฐบาลกลางบางแห่งจากจีนและข้อจำกัดของออสเตรเลียต่อโครงสร้างพื้นฐานแห่งชาติของจีน<sup>26</sup> รวมถึงการคว่ำบาตรโดยสหรัฐฯ สหภาพยุโรป และยูเครนต่อรัสเซียในส่วนของที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งในไครเมีย ได้นำมาสู่การฟื้นฟูบทสนทนาและการถกเถียงเรื่องข้อยกเว้นด้านความมั่นคงที่เข้มข้นขึ้น<sup>27</sup> แม้ว่าจีนยังไม่ได้กล่าวหาสหรัฐฯ หรือออสเตรเลียอย่างเป็นทางการในเวที WTO เกี่ยวกับมาตรการดังกล่าว แต่ในกรณีของมาตรการที่สหรัฐฯ ใช้ หากจีนตัดสินใจยื่นข้อกล่าวหาว่า สหรัฐฯ อาจไม่สามารถยกข้อต่อสู้ตามมาตรา XXI ได้ เนื่องจากมีเหตุผลไม่เพียงพอที่จะแสดงว่าข้อจำกัดของสหรัฐฯ มีความจำเป็นต่อการปกป้องผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่สำคัญภายใต้มุมมองของหลักสุจริต<sup>28</sup> สำหรับความขัดแย้งในยูเครนกรณีไครเมีย ความตึงเครียดที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการคว่ำบาตรที่บังคับใช้ต่อและโดยรัสเซียตั้งแต่ปี 2013 แต่ยังไม่มีการพัฒนาไปถึงขั้นที่ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งและการยกอ้างข้อยกเว้นตามมาตรา XXI

กล่าวอีกอย่างได้ว่า ในยุคตอนต้นของ WTO การที่ประเทศค้าขายคอมมิวนิสต์เข้าร่วม WTO และการขยายตัวของการค้าระหว่างประเทศสมาชิกที่หลากหลายมากขึ้นส่งผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและความมั่นคงในยุคหลังสงครามเย็นมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น แม้ว่าผลประโยชน์ทางการค้าและความมั่นคงจะมีความเชื่อมโยงกันโดยตรง แต่ปัจจุบันเป้าหมายด้านความมั่นคงไม่ได้มีความสำคัญเหนือกว่าประเด็นทางการค้าโดยอัตโนมัติดังเช่นในอดีตอีกต่อไป และการพิจารณามาตรา XXI ก็ยังมีความไม่ชัดเจน

<sup>25</sup> WTO, “Request for Consultations by the European Communities: United States - The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act,” WT/DS38/1 (dated 13 May 1996) [online] Available from : <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/G/L/71.pdf>. [15 June 2024]

<sup>26</sup> Shin-yi Peng, “Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions”, in *Journal of International Economic Law* 18, 2 (2015), p.451-453.

<sup>27</sup> Rostam J. Neuwirth and Alexandr Svetlicinii, “The Economic Sanctions over the Ukraine Conflict and the WTO: ‘Catch-XXI’ and the Revival of the Debate on Security Exceptions”, in *Journal of World Trade* 49, 5 (2015), p.891-914.

<sup>28</sup> Shin-yi Peng, “Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions”, in *Journal of International Economic Law*, p.455-456.

ผูกพันเดียวกับในยุค GATT ทั้งในแง่ของจำนวนคดี ความเกรงใจหรือการไม่ยกขึ้นอ้างเหตุผลนี้ของประเทศสมาชิก รวมถึงแนวโน้มที่จะหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยในประเด็นข้อยกเว้นด้านความมั่นคงนี้

#### 4. การตีความในยุคสงครามการค้า (2016-ปัจจุบัน)

การใช้การยกอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงเป็นที่แพร่หลายมากขึ้นในยุคสงครามการค้าของทรัมป์ โดยในบทความนี้จะชวนพิจารณาในคดีที่เกี่ยวข้องล่าสุดทั้งหมด 4 คดี ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทของ WTO มีแนวโน้มที่ชัดเจนขึ้นเมื่อเทียบกับยุค GATT และ WTO ตอนต้น ดังนี้

##### 4.1 Russia – Measures Concerning Traffic in Transit

###### 4.1.1 ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดี

ยูเครนฟ้องรัสเซียว่ารัสเซียละเมิดข้อตกลงว่าด้วยการค้าสินค้าขององค์การการค้าโลก (GATT) โดยห้ามและจำกัดการขนส่งสินค้าผ่านแดนโดยทางถนนและทางรถไฟจากยูเครนผ่านรัสเซียไปยังคาซัคสถานและคีร์กีซสถาน รัสเซียโต้แย้งว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคงของตน โดยรัสเซียอ้างว่ามาตรการดังกล่าวเป็นการตอบสนองต่อวิกฤตการณ์ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในปี 2014 และที่ก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคงของรัสเซีย ผลตัดสินในคดีนี้คือรัสเซียสามารถอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงได้

###### 4.1.2 ประเด็นการตีความ

ในคดีนี้ Panel เริ่มต้นจากการตีความว่าคำว่า “พิจารณาว่า” นั้นมีความหมายครอบคลุมเพียงใด สิ่งที่ประเทศสมาชิกพิจารณาว่าจำเป็นหมายถึงความถึงผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคงเพียงอย่างเดียว หรือรวมถึงความจำเป็นของมาตรการที่ใช้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ดังกล่าวด้วย<sup>29</sup> และพิจารณาว่าการพิจารณาว่าจำเป็นนั้นรวมถึงทั้งบทนำ (Chapeau) และ บทเฉพาะใน (i) – (iii) หรือเพียงเฉพาะในบทนำเท่านั้น

Panel วางหลักว่าคำว่า “พิจารณาว่า” นั้นแยกระหว่างบทนำกับ บทเฉพาะใน (i) – (iii)<sup>30</sup> และการพิจารณาว่าจำเป็นของประเทศสมาชิกนั้นครอบคลุมแต่เพียงส่วนของบทนำ กล่าวอีกอย่างได้ว่าเงื่อนไขตาม (i) – (iii) เป็นอำนาจของ Panel ที่จะตัดสิน และการ “พิจารณาว่า” รวมถึงความจำเป็นของการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ดังกล่าวที่ประเทศสมาชิกพิจารณาว่าจำเป็นด้วย

<sup>29</sup> WTO, “Report of the Panel: Russia – Measures Concerning Traffic in Transit,” WT/DS512/R, para 7.128 [online] Available from : <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/512R.pdf>. [15 June 2024]

<sup>30</sup> Ibid., para 7.82, 7.101.

โดยความจำเป็นของมาตรการที่ใช้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ดังกล่าว Panel ได้พิจารณาเพียงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการกับการคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงนั้นว่าเกิดจากสถานการณ์ฉุกเฉินหรือไม่ โดยพิจารณาว่ามาตรการนั้นห่างไกลหรือมีความไม่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ฉุกเฉินในทางระหว่างประเทศหรือไม่<sup>31</sup>

ประเด็นที่สาม Panel ได้ให้ขอบเขตของผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคง (Essential Security Interests) ที่อยู่ในบทนำ โดยชี้ว่า ผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคงแคบกว่าผลประโยชน์ด้านความมั่นคง (Security Interests) และมีความหมายถึงผลประโยชน์หลักที่เกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐ เช่น การคุ้มครองดินแดนและประชากรจากภัยอันตราย หรือการดำรงไว้ซึ่งกฎหมายและความสงบเรียบร้อยภายใน<sup>32</sup> อย่างไรก็ตาม การให้ประเทศสมาชิกใช้ดุลพินิจในการพิจารณาผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคงนั้นไม่ได้หมายความว่าไม่มีขอบเขตหรือใช้ได้โดยอิสระอย่างไม่มีเงื่อนไข ประเทศสมาชิกจะต้องตีความและปรับใช้โดยหลักสุจริต<sup>33</sup> (Good Faith) ที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังที่บัญญัติในมาตรา 31(1) และ 26 ของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอย่างน้อยต้องแสดงให้เห็นว่ามีผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคงอยู่จริง (Veracity)

สามประเด็นแรกเป็นการตีความในส่วนของการพิจารณาบทนำของ (b) โดยชัดเจนว่า Panel มองต่างกับรัสเซียที่อ้างว่าทั้งมาตราจะขึ้นกับการใช้ดุลพินิจของรัฐพิจารณาเองทั้งหมด (Self-judging)

สำหรับในบทเฉพาะในคดีนี้รัสเซียอ้าง (iii) ซึ่งสถานการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นสอดคล้องกับความหมายที่ Panel ตีความคำว่า สถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ว่า สถานการณ์ขัดการทางอาวุธหรือสถานการณ์ที่น่าจะมีการขัดกันทางอาวุธแฝงอยู่ หรือวิกฤต ความตึงเครียด ความไม่มั่นคงทั่วไปที่ครอบคลุมหรืออยู่โดยรอบรัฐ<sup>34</sup>

ในคดีนี้ยังเป็นการวางหลักในการพิจารณาการใช้ข้อยกเว้นด้านความมั่นคงตามมาตรา XXI(b)(iii) ว่ามี 4 ขั้นตอนอีกด้วย กล่าวคือ ขั้นตอนแรกจะต้องพิจารณาว่ามีสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือไม่ ขั้นตอนที่สองพิจารณาว่าการใช้มาตรการนั้นใช้ระหว่างเวลาที่เกิดสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือไม่ ถัดมาในขั้นตอนที่สามพิจารณาว่าประเทศสมาชิกได้แสดงให้เห็นว่ามีผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคง และขั้นตอนที่สี่พิจารณาว่ามาตรการที่ใช้นั้นห่างไกลหรือไม่สัมพันธ์กับสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จนทำให้ไม่มีเหตุผลอันจะเชื่อได้ว่าสมาชิกใช้มาตรการนั้นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคงที่เกิดจากสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

<sup>31</sup> Ibid., para 7.139.

<sup>32</sup> Ibid., para 7.130.

<sup>33</sup> Ibid., para 7.132-7.133.

<sup>34</sup> Ibid., para 7.76, 7.111.

## 4.2 Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights

### 4.2.1 ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดี

กาตาร์ฟ้องซาอุดีอาระเบียว่าซาอุดีอาระเบียละเมิดข้อตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (TRIPS) โดยกำหนดมาตรการที่ขัดขวางการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของกาตาร์ มาตรการที่ซาอุดีอาระเบียกำหนด ได้แก่ ห้ามการนำเข้าสินค้าที่มีลิขสิทธิ์จากกาตาร์ อนุญาตให้สถานีโทรทัศน์ beoutQ ละเมิดลิขสิทธิ์สัญญาณถ่ายทอดสดการแข่งขันฟุตบอลของกาตาร์ ไม่ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ต่อสถานีโทรทัศน์ beoutQ โดยซาอุดีอาระเบียอ้างว่า มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อปกป้องผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคงของตน ในคดีนี้ Panel ตัดสินว่าซาอุดีอาระเบียชอบที่จะอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงเนื่องจากการสถานการณ์ที่มีการตัดความสัมพันธ์ทางการทูตและกงสุลถือได้ว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

### 4.2.2 ประเด็นการตีความ

ในคดีนี้เป็นการอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงตามมาตรา 73(b)(iii) ตามความตกลง TRIPS ซึ่งมีบทบัญญัติเดียวกันกับมาตรา XXI(b)(iii) ของความตกลง GATT และ Panel จะใช้หลักการตีความตามคดีภายใต้ GATT<sup>35</sup> และเช่นเดียวกันกับคดี Russia – Measures Concerning Traffic in Transit. WT/DS512/R Panel ยืนยันว่า การพิจารณาว่าสถานการณ์ฉุกเฉินระหว่างประเทศมีอยู่หรือไม่นั้นไม่อยู่ในขอบเขตดุลพินิจของประเทศสมาชิกที่ยกข้อยกเว้นด้านความมั่นคงขึ้นอ้าง และใช้ 4 ขั้นตอนการพิจารณาว่าสามารถยกข้ออ้างด้านความมั่นคงขึ้นอ้างตามที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

Panel ยังได้ตีความสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเพิ่มเติมว่า สถานการณ์ฉุกเฉินนั้นจะต้องทำให้เกิดผลกระทบต่อผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคง เช่น ผลประโยชน์ในทางทหาร หรือผลประโยชน์ในการรักษากฎหมายและความสงบเรียบร้อย ในมุมมองของ Panel ความขัดแย้งทางการเมืองและเศรษฐกิจอาจถูกมองได้ว่าเร่งด่วน (Urgent) และรุนแรง (Serious) ในความหมายของการเมืองระหว่างประเทศ แต่ไม่อาจถือได้ว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินในทางระหว่างประเทศตามความหมายของ (iii) เว้นแต่ความขัดแย้งทางการเมืองหรือเศรษฐกิจนั้นกระทบต่อหรือทำให้เกิดผลที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ในทางทหาร หรือผลประโยชน์ในการรักษากฎหมายและความสงบเรียบร้อย<sup>36</sup> สถานการณ์ที่พิพาทนั้นเป็นการใช้มาตรการในสถานการณ์ฉุกเฉินตามเงื่อนไข และยืนยันว่าการพิจารณาผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคงนั้นอยู่ในดุลพินิจของประเทศสมาชิก<sup>37</sup> และอ้างหลักสุจริตในการตีความผลประโยชน์ดังกล่าว รวมถึงในการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์นั้นด้วย<sup>38</sup>

<sup>35</sup> WTO, “Report of the Panel: Saudi Arabia – Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights,” WT/DS567/R, para 7.243 [online] Available from : <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:WT/DS/567R.pdf>. [15 June 2024]

<sup>36</sup> Ibid., para 7.245.

<sup>37</sup> Ibid., para 7.249.

<sup>38</sup> Ibid., para 7.252.

โดยหน้าที่ของ Panel ในการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับดุลพินิจจะถูกจำกัดอยู่เพียงการพิจารณาว่า มาตรการนั้นสมเหตุสมผลกับการคุ้มครองผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่เกิดจากสถานการณ์ฉุกเฉินใน ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

อีกประเด็นสำคัญที่คดีนี้ตีความคือการย่ำว่า บทนำของมาตรา 73(b) ให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจ แก่ประเทศสมาชิก จากคำว่า “พิจารณาว่า” แต่การใช้ดุลพินิจนั้นไม่อาจใช้ได้โดยปราศจากกฎเกณฑ์<sup>39</sup>

### 4.3 United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products

#### 4.3.1 ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดี

สหภาพยุโรป แคนาดา เม็กซิโก นอร์เวย์ รัสเซีย ตุรกี และจีน ฟ้องสหรัฐอเมริกาว่าสหรัฐอเมริกา ละเมิดข้อตกลงว่าด้วยการค้าสินค้าขององค์การการค้าโลก (GATT) โดยกำหนดมาตรการจำกัดการนำเข้า เหล็กและอะลูมิเนียมจากสหภาพยุโรป แคนาดา เม็กซิโก นอร์เวย์ รัสเซีย ตุรกี และจีน มาตรการที่ สหรัฐอเมริกาคำหนด ได้แก่ การกำหนดภาษีนำเข้า 25% สำหรับเหล็กกล้าทุกประเภท การกำหนดภาษี นำเข้า 10% สำหรับอะลูมิเนียมทุกประเภท สหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็น เพื่อปกป้องความมั่นคงด้านเศรษฐกิจและความมั่นคงแห่งชาติของตน โดยสหรัฐอเมริกาอ้างว่ามาตรการ ดังกล่าวเป็นการตอบสนองต่อภาวะอุปทานเหล็กและอะลูมิเนียมที่มากเกินไปในตลาดโลก ซึ่งอาจส่งผล กระทบต่อความมั่นคงด้านเศรษฐกิจและความมั่นคงแห่งชาติของสหรัฐอเมริกา ในคดีนี้ Panel ตัดสินว่า มาตรการของสหรัฐฯ ไม่ได้เป็นมาตรการที่จำเป็นอย่างแท้จริง และไม่ได้จำกัดเฉพาะสินค้าหรือบุคคลที่ เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคง และภาวะอุปทานที่มากเกินไปนั้นไม่ใช่สถานการณ์ ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สหรัฐฯ ไม่สามารถนำข้อยกเว้นด้านความมั่นคงขึ้นอ้างได้

#### 4.3.2 ประเด็นการตีความ

Panel ได้วางหลักว่า (i) – (iii) เป็นเงื่อนไขเพียง 3 ข้อที่สามารถใช้อ้างตามมาตรา XXI(b) ได้ เป็นรายการที่จำกัด (Exhaustive List) ไม่ได้เป็นตัวอย่างของเงื่อนไขที่อาจทำให้สามารถยกข้อยกเว้นขึ้น อ้างได้<sup>40</sup>

นอกจากนี้ Panel ยังยืนยันว่ามาตรา XXI(b) นี้ไม่ได้เป็นมาตราจะขึ้นกับการใช้ดุลพินิจของรัฐ พิจารณาเองทั้งหมด (Self-judging) และตัวบทบัญญัติที่ใช้คำว่า “พิจารณาว่า” ไม่ได้หมายความว่า Panel ไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาซึ่งเป็นการยืนยันตามการตีความก่อนหน้าทั้งหมด

รวมถึงยังปฏิเสธการตีความที่สหรัฐฯ อ้างตามหลักไวยากรณ์ภาษาอังกฤษว่า บทนำและบทเฉพาะ ของมาตรา XXI(b) นั้นเป็น “single relative clause” ที่ทำให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้ดุลพินิจ ในการเลือกใช้เงื่อนไขตาม (i) – (iii) ด้วย<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Ibid., para 7.254.

<sup>40</sup> WTO, “Report of the Panel: United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products,” WT/DS544/R, para 7.113 [online] Available from : <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q/WT/DS/544R.pdf>. [15 June 2024]

<sup>41</sup> Ibid., para 7.128.

ส่วนคำว่า สถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในคดีนี้ Panel ได้ตีความขยายกว่าคดีที่ผ่านมาก่อนหน้านี้ โดยในความหมายของ (iii) นี้สถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ต้องมีผลกระทบที่มีความรุนแรงหรือร้ายแรงเทียบเท่ากับสงคราม<sup>42</sup>

## 4.4 United States – Origin Marking Requirement

### 4.4.1 ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดี

ฮ่องกงฟ้องสหรัฐอเมริกาว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดข้อตกลงว่าด้วยการค้าสินค้าขององค์การการค้าโลก (GATT) โดยกำหนดข้อกำหนดการติดฉลากแหล่งกำเนิดสินค้า (Origin Marking Requirement) ว่าสินค้าจากฮ่องกง (Hong Kong) จะต้องติดฉลากว่า “จีน (China)” โดยอ้างว่าเป็นไปเพื่อผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคง โดยมาตรการนี้ทำในเนื่องมาจากความกังวลต่อสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนในฮ่องกง ในคดีนี้ Panel ตัดสินว่า ความกังวลต่อสถานการณ์ด้านสิทธิมนุษยชนในฮ่องกงนั้นไม่ได้มีความรุนแรงเพียงพอที่จะเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ผลคือสหรัฐฯ ไม่สามารถอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงได้

### 4.4.2 ประเด็นการตีความ

ความน่าสนใจของคดีนี้คือในคำตัดสินของ Panel กล่าวถึงหลักการไวยากรณ์ภาษาอังกฤษในรายละเอียดเป็นไปในทำนองเดียวกันกับ United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products WT/DS544/R ว่าการอ่านมาตรา XXI(b) นั้นต้องอ่านบทนำและบทเฉพาะแยกกัน ไม่ใช่ Single Relative Clause และมาตรานี้ไม่ใช้การดุลพินิจของประเทศสมาชิกทั้งหมดในการยกข้อยกเว้นด้านความมั่นคงขึ้นอ้าง<sup>43</sup> โดยที่การยกอ้างข้อยกเว้นเมื่อเกิดกรณีพิพาทจะต้องระบุด้วยว่ายกอ้างตามบทเฉพาะ (i), (ii) หรือ (iii)<sup>44</sup> เนื่องจากในคดีนี้ในตอนเริ่มต้นสหรัฐฯ ไม่ได้ยกอ้างตามบทเฉพาะใดแต่ในบริบทที่ไปยัง (iii) Panel จึงสามารถพิจารณาต่อไปได้

เป็นที่ชัดเจนและย้ำอีกครั้งโดย Panel ของคดีนี้ว่า การอ่านมาตรา XXI(b) จะต้องแบ่งออกเป็น 2 ส่วนกล่าวคือบทนำซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจของประเทศสมาชิกที่ยกข้อยกเว้นด้านความมั่นคงขึ้นอ้างในการพิจารณาว่าอะไรคือผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคง และพิจารณาความจำเป็นในการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์นั้น สำหรับบทเฉพาะนั้นเป็นการพิจารณาโดยภววิสัย (Objective Determination) โดย Panel<sup>45</sup> สำหรับลำดับการพิจารณา Panel จะพิจารณาเงื่อนไขในบทเฉพาะ (i) – (iii) ก่อนแล้วจึงพิจารณาบทนำในลำดับถัดไป<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Ibid., para 7.139.

<sup>43</sup> WTO, “Report of the Panel: United States – Origin Marking Requirement,” WT/DS597/R, para 7.66-7.69, 7.77 [online] Available from : <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/DS/597R.pdf>. [15 June 2024]

<sup>44</sup> Ibid., para 7.259.

<sup>45</sup> Ibid., para 7.89, 7.256.

<sup>46</sup> Ibid., para 7.263.

ปัญหาของสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในกรณีนี้ตามที่สหรัฐฯ อ้างคือเรื่องสิทธิมนุษยชน เสรีภาพและประชาธิปไตยในฮ่องกง ซึ่งไม่ต้องตามความหมายของสถานการณ์ฉุกเฉินในทางระหว่างประเทศตามความหมายที่ว่า จะต้องเป็นสถานการณ์ที่มีความรุนแรงหรือความร้ายแรงเทียบเท่าหรือใกล้เคียงกับสงคราม หรือมีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่รุนแรง<sup>47</sup> กล่าวคือ Panel จะพิจารณาเพียงว่ามีสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกิดขึ้นในระหว่างการใช้มาตรการหรือไม่เท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาว่าสาเหตุของสถานการณ์นั้นมาจากอะไร<sup>48</sup> และการพิจารณาสถานการณ์ฉุกเฉินนี้เป็นการพิจารณาเป็นรายกรณี ๆ ไป (Case-by-case Basis)<sup>49</sup>

จากการศึกษาข้างต้นสามารถตั้งข้อสังเกตได้ว่า ปรากฏการณ์นี้เกิดขึ้นมาจากการสิ้นสุดของการยับยั้งชั่งใจ ความเกรงใจของประเทศสมาชิก WTO ที่จะไม่ยกอ้างมาตรา XXI อีกต่อไป ประกอบกับสถานการณ์การหยุดชะงักกันขององค์กรอุทธรณ์ขององค์กรระงับข้อพิพาทของ WTO (Appellate Body) ส่งผลให้ WTO อยู่ในสถานะที่เปราะบางขึ้น สำหรับความเสี่ยงต่อการทำให้การยกอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงในกิจการทางการค้ากลายเป็นเรื่องธรรมดาสามัญ และการที่ WTO ไม่สามารถจำกัดการใช้การยกอ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงในทางที่ผิดเพื่อเป็นข้ออ้างในความชอบธรรมสำหรับอุปสรรคทางการค้า และยังมีความเสี่ยงที่จะเกิดจากการมีคำตัดสินระหว่างประเทศที่มีผลผูกพัน ซึ่งจำกัดความสามารถของสมาชิกในการดำเนินนโยบายที่พวกเขาเห็นว่าจำเป็นสำหรับผลประโยชน์ด้านความมั่นคงแห่งชาติที่แท้จริง<sup>50</sup>

## 5. ผลการวิจัย

### 5.1 ประเด็นที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทวางหลักชัดเจน

#### 5.1.1 ประเด็นการแบ่งองค์ประกอบของบทบัญญัติ

เช่นเดียวกับกับข้อยกเว้นทั่วไปในมาตรา XX สำหรับข้อยกเว้นด้านความมั่นคงในมาตรา XXI(b) ก็ต้องแบ่งองค์ประกอบในการอ่านเป็นบทนำกับบทเฉพาะ โดยบทนำซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจของประเทศสมาชิกที่ยกข้อยกเว้นด้านความมั่นคงขึ้นอ้างในการพิจารณาว่าอะไรคือผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคง และพิจารณาความจำเป็นในการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์นั้น สำหรับบทเฉพาะนั้นเป็นการพิจารณาโดยภววิสัย (Objective Determination) โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและบทเฉพาะ (i) – (iii) เป็นเงื่อนไขเพียง 3 ข้อที่สามารถใช้อ้างตามมาตรา XXI(b) ได้ เป็นรายการที่จำกัดไม่ใช่ตัวอย่างของเงื่อนไขที่อาจยกอ้างข้อยกเว้นในกรณีอื่น ๆ อีกได้

<sup>47</sup> Ibid., para 7.297.

<sup>48</sup> Ibid., para 7.308.

<sup>49</sup> Ibid., para 7.312.

<sup>50</sup> Tatiana Lacerda Prazeres, “Trade and National Security: Rising Risks for the WTO”, in *World Trade Review* 19, 1 (2020), p.137-148.

### 5.1.2 การตีความคำว่า “พิจารณาว่า”

คำว่า “พิจารณาว่า” นั้นแยกแยะระหว่างบทนำกับบทเฉพาะใน (i) – (iii) โดยการอธิบายเหตุผลในทางไวยากรณ์ภาษาอังกฤษ และการใช้ดุลพินิจ “พิจารณาว่า” จำเป็นของประเทศสมาชิกรวมกันครอบคลุมแต่เพียงส่วนของบทนำ ซึ่งรวมถึงความจำเป็นของการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ดังกล่าวที่ประเทศสมาชิกพิจารณาว่าจำเป็นด้วย โดยการพิจารณาว่ากรณีพิพาทเข้าเงื่อนไขตามบทเฉพาะ (i) – (iii) หรือไม่นั้นเป็นอำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

### 5.1.3 การตีความคำว่า “ผลประโยชน์สำคัญในด้านความมั่นคง”

ผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคง (Essential Security Interests) แคบกว่าผลประโยชน์ด้านความมั่นคง (Security Interests) และมีความหมายถึงผลประโยชน์หลักที่เกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐ และยืนยันว่าการพิจารณาว่าอะไรคือผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคงนั้นเป็นดุลพินิจของแต่ละรัฐ

## 5.2 ประเด็นที่ยังมีความไม่ชัดเจน

### 5.2.1 การตีความคำว่า “สถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ”

คำในบทบัญญัติที่ใช้คือคำว่า “other emergency in international relations” คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้กล่าวไว้ในคดี Saudi Arabia - Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights ว่า ความขัดแย้งทางการเมืองและเศรษฐกิจอาจถูกมองได้ว่าเร่งด่วนและรุนแรงในความหมายของการเมืองระหว่างประเทศ แต่ไม่อาจถือได้ว่าเป็นสถานการณ์ฉุกเฉินในทางระหว่างประเทศตามความหมายของ (iii) เว้นแต่ความขัดแย้งทางการเมืองหรือเศรษฐกิจนั้นกระทบต่อหรือทำให้เกิดผลที่เกี่ยวเนื่องกับผลประโยชน์ในทางทหาร หรือ ผลประโยชน์ในการรักษากฎหมายและความสงบเรียบร้อย ซึ่งได้ขยายขอบเขตอีกว่า ผลกระทบนั้นต้องมีความรุนแรงหรือเทียบเท่ากับสงคราม และการพิจารณาจะพิจารณาเพียงว่ามีสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกิดขึ้นในระหว่างการใช้มาตรการหรือไม่เท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาว่าสาเหตุของสถานการณ์นั้นมาจากอะไร จะการพิจารณาเป็นรายกรณี ๆ ไป

ประเด็นควรพิจารณาที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทไม่ได้กล่าวถึงในมิติเวลา กล่าวคือ คณะพิจารณาไม่ได้ตรวจสอบความเชื่อมโยงที่แท้จริงระหว่างระยะเวลาของมาตรการที่เป็นประเด็นกับการคงอยู่อย่างต่อเนื่องของสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่ได้ชี้แจงว่าจำเป็นต้องมีการคาดการณ์ว่าสงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินอื่น ๆ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจะสิ้นสุดลงหรือไม่ นอกจากนี้ ยังไม่ได้อภิปรายถึงความสำคัญขององค์ประกอบทางภูมิศาสตร์ เช่น ความใกล้ชิดกับความขัดแย้งที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น มิเช่นนั้นการอ้างสถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็จะอ้างได้อย่างกว้างขวาง ทั้ง ๆ ที่เป็นการตรวจสอบโดยทวิภาคีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

การสร้าง ความชัดเจนในการตีความ “สถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” ควรยึดหลักการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (VCLT) เป็นกรอบหลัก สามารถเริ่มจากการตีความตามความหมายธรรมดา (Ordinary Meaning) พิจารณาความหมายของคำว่า “emergency” ในบริบทของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งต้องมีลักษณะของ

ความเร่งด่วนและความรุนแรงที่กระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ องค์ประกอบสำคัญที่ควรพิจารณาเพิ่มเติมคือมิติด้านเวลา (Temporal Element) ซึ่งประกอบด้วย การพิจารณาระยะเวลาของสถานการณ์ฉุกเฉิน ความสัมพันธ์ระหว่างระยะเวลาของมาตรการกับ สถานการณ์ฉุกเฉิน และการประเมินความต่อเนื่องของสถานการณ์ และมิติด้านภูมิศาสตร์ (Geographic Element) เป็นอีกองค์ประกอบที่สำคัญ โดยต้องพิจารณาถึงความใกล้ชิดทางภูมิศาสตร์กับความขัดแย้ง ขอบเขตผลกระทบทางภูมิศาสตร์ และความเชื่อมโยงทางภูมิรัฐศาสตร์ การพิจารณาในมิติดังกล่าวจะช่วยป้องกันการอ้างข้อยกเว้นอย่างกว้างขวางเกินไปจากประเทศที่ไม่ได้รับผลกระทบโดยตรง

### 5.2.2 ขอบเขตหรือเกณฑ์ในการพิจารณาการใช้ดุลพินิจของรัฐ

แม้จะมีความชัดเจนว่า การพิจารณาผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคงนั้นอยู่ในดุลพินิจของรัฐ ที่จะยกอ้างข้อยกเว้น อย่างไรก็ดี ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะสามารถใช้ดุลพินิจโดยไม่มีขอบเขตหรือใช้ได้ โดยอิสระอย่างไม่มีเงื่อนไข คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้กล่าวเป็นนัยว่า คณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทยังมีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจนั้น ในเบื้องต้นกล่าวเพียงว่า ประเทศสมาชิกจะต้องใช้ดุลพินิจ โดยสุจริต และอย่างน้อยต้องแสดงให้เห็นว่ามีผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคงอยู่จริง แต่ไม่ได้มีการกล่าวถึงเกณฑ์หรือมาตรฐานที่ใช้ในการพิจารณาที่เป็นรูปธรรมแต่อย่างใด

สำหรับการสร้างความชัดเจนในการตรวจสอบโดยใช้หลักสุจริตของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ของ WTO สามารถมุ่งเน้นไปที่การตรวจสอบเชิงอัตวิสัยของรัฐที่อ้างข้อยกเว้นด้านความมั่นคงเป็นหลัก และเน้นย้ำถึงความเชื่อมโยงกับวัตถุประสงค์และจุดมุ่งหมายของข้อตกลงในการป้องกันการกีดกันทางการค้า อาจพิจารณาถึงการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ขณะพิจารณาว่ามีรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐที่ก่อให้เกิดภัยคุกคามที่คล้ายคลึงกัน อย่างมีนัยสำคัญต่อผลประโยชน์ด้านความมั่นคงที่สำคัญยิ่งของอีกรัฐหนึ่งหรือไม่ และหากเป็นเช่นนั้น รัฐที่กล่าวอ้างได้มีการใช้มาตรการที่คล้ายคลึงกันต่อรัฐเหล่านั้นทั้งหมดหรือไม่

## 6. บทสรุป

บทความวิจัยนี้มุ่งศึกษาพัฒนาการของแนวทางการตีความมาตรา XXI แห่งความตกลงองค์การ การค้าโลก (WTO) ว่าด้วยข้อยกเว้นด้านความมั่นคง โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ช่วงเวลาสำคัญ ได้แก่ ยุค GATT (1947-1994) ยุค WTO ในระยะแรก (1995-2016) และยุคสงครามการค้า (2016-ปัจจุบัน)

ในยุค GATT มาตรา XXI ไม่ได้ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติอย่างมีนัยสำคัญ และยังขาดแนวทางการตีความที่ชัดเจน ประเด็นถกเถียงสำคัญคือการพิจารณาว่าข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจให้รัฐ ตัดสินใจโดยลำพังหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัด

ในยุค WTO ระยะแรก สถานการณ์ไม่ได้เปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญจากยุค GATT ในแง่ ความสามารถในการจัดการกับประเด็นข้อยกเว้นด้านความมั่นคง กระนั้น การเข้าร่วมเป็นสมาชิก WTO ของสาธารณรัฐประชาชนจีนและสหพันธรัฐรัสเซียได้ส่งผลให้ประเด็นนี้กลับมามีความสำคัญอีกครั้ง

ในยุคสงครามการค้า การอ้างอิงข้อยกเว้นด้านความมั่นคงได้แพร่หลายมากขึ้น โดยมีคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องล่าสุดจำนวน 4 คดี ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแห่ง WTO ได้แสดงแนวโน้มที่ชัดเจนยิ่งขึ้นในการตีความมาตรา XXI(b) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นการให้อำนาจรัฐใช้ดุลพินิจในส่วนบทนำ และการมอบอำนาจพิจารณาแก่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในบทเฉพาะ รวมถึงการจำแนกองค์ประกอบของบทบัญญัติและการตีความคำว่า “ผลประโยชน์สำคัญด้านความมั่นคง” อย่างไรก็ตาม ยังคงมีประเด็นที่ยังไม่มีความชัดเจน อาทิ การตีความคำว่า “สถานการณ์ฉุกเฉินในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” และขอบเขตการใช้ดุลพินิจของรัฐที่อาจถูกตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท



# รัฐสภากับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ Parliament and the Amendment of the Constitution for the Drafting of a New Constitution

ณรงค์เดช สรุโฆษิต  
Narongdech Srukhosit

รองศาสตราจารย์ ดร.  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330  
Associate Professor Dr.  
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330  
Corresponding author's E-mail: narongdech.s@chula.ac.th

ศาลรัฐธรรมนูญมีหนังสือที่ (16) 53/2568 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม 2568 เรื่องพิจารณาที่ 9/2568 เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (2) ขอให้ข้าพเจ้าจัดทำความเห็นเป็นหนังสือในประเด็นต่อไปนี้

“จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ท่านมีความเห็นอย่างไร

1. รัฐสภามีอำนาจริเริ่มหรือแสดงความต้องการเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยการพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้หรือไม่ อย่างไร
2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องมีการจัดให้มีการออกเสียงประชามติทุกครั้ง แต่ละครั้งต้องดำเนินการเมื่อใด และมีเนื้อหาอย่างไร
3. จัดทำความเห็นหรือจัดส่งเอกสารหลักฐานอื่นที่เกี่ยวข้อง (ถ้ามี)”

ข้าพเจ้าขอเสนอข้อมูลและความเห็นทางวิชาการ ดังนี้

## 1. การแก้ไขเพิ่มเติมและการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่: ประสบการณ์จากต่างประเทศ

รัฐธรรมนูญบางประเทศได้จำแนกแยกแยะกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (amendment หรือ partial revision) ให้แตกต่างไปจากกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (total revision) หรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (replacement) ประเทศเหล่านี้ไม่มีปัญหาว่า รัฐสภามีอำนาจริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ได้หรือไม่ แต่ก็มีปัญหาในอีกแง่มุมหนึ่งคือ กรณีใดบ้างถือเป็นการแก้ไขบางส่วน กรณีใดบ้างถือเป็นการแก้ไขทั้งฉบับหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในกรณีนี้ องค์การตุลาการของประเทศดังกล่าวได้พัฒนาแนวบรรทัดฐานขึ้นว่า แม้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพียงบางมาตรา แต่หากเนื้อหาที่แก้ไขมีความสำคัญยิ่งยวด กระทบต่อหลักการพื้นฐานของ

รัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมบางมาตราดังกล่าวก็จำเป็นต้องดำเนินการตามกระบวนการการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับหรือการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ด้วย ตัวอย่างเช่น

### 1.1 ออสเตเรีย

รัฐธรรมนูญออสเตรีย 1920 (ปรับปรุง 1945 แก้ไขเพิ่มเติม 2013) มาตรา 44 กำหนดให้สภาผู้แทนแห่งสหพันธ์ (National Council) มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางส่วน (partial revision) โดยต้องมืองค์ประชุมกึ่งหนึ่ง และได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบ 2 ใน 3 และการแก้ไขใดที่กระทบต่อมลรัฐ ยังต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาสหพันธ์-ผู้แทนมลรัฐ (Federal Council) โดยมีองค์ประชุมกึ่งหนึ่ง และได้รับคะแนนเห็นชอบ 2 ใน 3 ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (total revision) นั้น มีขั้นตอนเพิ่มเติมคือ ต้องผ่านการออกเสียงประชามติด้วย ในการนี้ 1 ใน 3 ของสภาผู้แทนหรือสภาสหพันธ์อาจขอให้จัดประชามติสำหรับการแก้ไขรัฐธรรมนูญบางส่วนก็ได้

เดิม คำว่า “การแก้ไขทั้งฉบับ” ถูกตีความว่าหมายถึง การยกเลิกรัฐธรรมนูญ 1920 และแทนที่ด้วยรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ (replacement) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม หลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา แนวคิดที่ว่า การแก้ไขบางมาตราที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานสำคัญก็ย่อมเท่ากับเป็นการแก้ไขทั้งฉบับด้วย เริ่มเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลาย<sup>1</sup>

ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียวางหลักไว้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งใด จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ หลักการต่าง ๆ ของการเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตย (democratic republic) ความเป็นสหพันธ์รัฐ และหลักนิติรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หรือหลักการข้อหนึ่งข้อใดดังกล่าวจะได้รับผลกระทบอย่างรุนแรง เช่นนี้ ย่อมไม่อาจแก้ไขได้ หากปราศจากความยินยอมขององค์อธิปัตย์ คือ ประชาชน<sup>2</sup> ผ่านการออกเสียงประชามติ ซึ่งเป็นเงื่อนไขของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ

ตัวอย่างเช่น ในปี 2001 รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 1 มาตราความว่า “กฎหมายของมลรัฐว่าด้วยองค์กรและอำนาจหน้าที่ขององค์กรซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อตรวจสอบการทำสัญญาภาครัฐ (public contracts) ย่อมไม่อาจถือว่า ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”<sup>3</sup> ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวทำให้กฎหมายของมลรัฐได้รับการยกเว้นไม่ตกอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ทำให้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สิ้นอำนาจบังคับแห่งกฎหมาย (normative power) เป็นการละเมิดหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ จึงเท่ากับเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ เมื่อบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ จึงใช้บังคับไม่ได้<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ewald Wiedering, “The Evolution and Gestalt of the Austrian Constitution,” in *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume 2: Constitutional Foundation*, eds. Armin von Bogdandy and others (Oxford University Press, 2023), p.14.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Decision of March 10, 2001 Cited in Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, (Bursa: Ekin Press, 2008), p.38.

<sup>4</sup> Ibid. นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพิ่มบทมาตราดังกล่าวเกิดขึ้น เพื่อกลับ (overrule) หลักการในคำวินิจฉัย

## 1.2 ฟิลิปปีนส์

รัฐธรรมนูญฟิลิปปินส์ 1987 หมวด 17 การแก้ไขเพิ่มเติม (amendment) หรือการปรับปรุงทั้งฉบับ (revision) มาตรา 1-4 กำหนดว่า รัฐสภา (the Congress) ด้วยมติ 3 ใน 4 หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญ (a constitutional convention) อาจเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือปรับปรุงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ แต่ประชาชน (the people) ตามจำนวนที่กำหนดสามารถเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น ประชาชนไม่สามารถเสนอปรับปรุงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้ ต่อมา ร่างบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมหรือร่างรัฐธรรมนูญใหม่ดังกล่าว ต้องผ่านการออกเสียงประชามติด้วยเสียงข้างมากของผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่มาใช้สิทธิ

เมื่อปี 2006 ศาลฎีกาฟิลิปปินส์ได้สั่งระงับการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม 2 มาตรา ซึ่งหากผ่านการออกเสียงประชามติ จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระบบรัฐบาล (government system) จากระบบประธานาธิบดี (Presidential system) เป็นระบบรัฐสภา (Parliamentary system) จึงถือเป็นการปรับปรุงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ แต่เนื่องจากร่างนี้เสนอโดยประชาชน จึงเป็นการเสนอที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>5</sup>

## 1.3 นิคารากัว

รัฐธรรมนูญนิคารากัว 1987 (แก้ไขเพิ่มเติม 2014) มาตรา 191-194 กำหนดให้รัฐสภา (the National Assembly) มีอำนาจในการปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญบางส่วน (partial reform) และมีอำนาจพิจารณาริเริ่มกระบวนการปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (total reform) ทั้งนี้ การปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญบางส่วนจะจบที่รัฐสภา (เห็นชอบโดยเสียงข้างมากร้อยละ 60 ในการพิจารณาทั้งสองวาระ) ส่วนการปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ จะเสนอโดยรัฐสภา (คะแนนเสียงเห็นชอบ 2 ใน 3) และเสนอต่อไปยังสภาร่างรัฐธรรมนูญ (the Constituent National Assembly) ที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเพื่อการนี้โดยเฉพาะ

ในปี 2005 รัฐสภาได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญบางมาตราเพื่อจำกัดอำนาจของประธานาธิบดี ศาลยุติธรรมอเมริกากลาง (Central American Court of Justice) เห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวลิดรอนความเป็นอิสระของฝ่ายบริหาร และจะมีผลเป็นการเปลี่ยนระบอบรัฐบาลของนิคารากัวจากระบบประธานาธิบดี (Presidential System) ให้เป็นระบบรัฐสภา (Parliamentary system) แม้เป็นการแก้ไขบางมาตราแต่ผลของการแก้ไข คือ การเปลี่ยนระบอบรัฐบาล จึงต้องดำเนินการแก้ไขผ่านกระบวนการปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญทั้งฉบับเท่านั้น<sup>6</sup>

---

ของศาลรัฐธรรมนูญที่เคยตัดสินให้บทกฎหมายลักษณะดังกล่าวในรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดู Konrad Lachmayer, “The Austrian Constitutional Court,” in *Comparative Constitutional Reasoning*, eds. András Jakab and others (Cambridge University Press, 2017), p.78.

<sup>5</sup> *Lambino v. Commission on Election*, G.R. No. 174153 (25 October 2006). [online] Available from : <https://jur.ph/jurisprudence/digest/lambino-v-commission-on-elections> [1 June 2025].

<sup>6</sup> The Central American Court of Justice, record 69-01-03-01-2005 (decision of 29 March 2005) Cited in Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitution Amendments*, (Oxford University Press, 2019), p.210.

## 1.4 โคลอมเบีย

รัฐธรรมนูญโคลอมเบีย 1991 (แก้ไขเพิ่มเติมถึง 2015) มาตรา 374-379 กำหนดว่า รัฐธรรมนูญอาจถูกปฏิรูปได้ ผ่าน 3 ช่องทาง ได้แก่ (ก) รัฐสภา (ข) สภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือ (ค) การออกเสียงประชามติของประชาชน

- การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา (Congress) (มาตรา 375) ให้กระทำใน 2 สมัยประชุมสามัญต่อเนื่องกัน สมัยแรก การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องอาศัยเสียงข้างมากของสมาชิกสภาที่มาประชุม จากนั้น ให้รัฐบาลพิมพ์ร่างเผยแพร่ต่อสาธารณะ ต่อมาในสมัยที่สอง ร่างรัฐธรรมนูญต้องผ่านความเห็นชอบโดยเสียงข้างมากของ ส.ส. ทั้งหมด และเสียงข้างมากของ ส.ว. ทั้งหมด

- ถ้าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกรณีต่อไปนี้ (มาตรา 377) ได้แก่ การรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชน กระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชน หรือเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับรัฐสภา เมื่อรัฐสภาเห็นชอบแล้ว ยังต้องจัดทำประชามติอีกด้วย หากประชาชนร้อยละ 5 ร้องขอ ภายใน 6 เดือน นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่แก้ไขใหม่ ทั้งนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมสิ้นผลลง หากประชาชนออกมาใช้สิทธิไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนผู้มีสิทธิทั้งหมด และโดยเสียงข้างมาก มีมติไม่เห็นชอบ

- การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (a Constitutional Assembly) (มาตรา 376) เริ่มต้นจากการที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาผ่านกฎหมายให้ประชาชนออกเสียงประชามติว่า สมควรจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากประชาชนเห็นชอบถึงหนึ่งในสามของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ให้ถือว่า ประชาชนเห็นชอบให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ จากนั้น ให้จัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน นับแต่มีการเลือกตั้งดังกล่าว และตลอดเวลาที่อยู่ระหว่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ ให้ระงับการใช้อำนาจปกติของรัฐสภาด้วย

ในปี 2010 ศาลรัฐธรรมนูญโคลัมเบีย วินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปิดทางให้ประธานาธิบดีดำรงตำแหน่งวาระที่สาม อันเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญ 1991 ที่บัญญัติให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงสองวาระนั้น มิได้เป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากแต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเสมือนหนึ่งเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ (a constitutional replacement) เพราะย่อมกระทบต่อการจัดสรรอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญออกแบบไว้ หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว จะต้องใช้กระบวนการตามรัฐธรรมนูญมาตรา 376 กล่าวคือ ต้องมีการออกเสียงประชามติเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว<sup>7</sup>

## 1.5 ข้อสังเกต

จากการศึกษาเปรียบเทียบข้างต้น ข้าพเจ้ามีข้อสังเกต 4 ประการ อันได้แก่

<sup>7</sup> Constitutional Court, Judgment C-1200/2003 Cited in Carlos Bernal, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Columbia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, in *International Journal of Constitutional Law* 11, 2 (April 2013), p.345-346.

**ประการแรก** คำว่า “การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่” หรือ “การแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ” มีความหมายในเชิงรูปแบบ (formal approach) คือ การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นใช้แทนที่รัฐธรรมนูญเดิม (replacement) โดยยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิมทั้งฉบับ และมี “รัฐธรรมนูญใหม่” และมีความหมายในเชิงเนื้อหา (material approach) แบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ ได้แก่ (ก) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเดิมทั้งฉบับ มีการเปลี่ยนแปลงเค้าโครงและเนื้อหาทุกมาตรา แต่รัฐธรรมนูญฉบับดั้งเดิมยังคงอยู่ (ข) การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจำนวนมาก และ (ค) การแก้ไขเพิ่มเติมไม่กี่มาตราแต่กระทบต่อหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ<sup>8</sup>

**ประการที่สอง** “การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่” “การแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ” หรือ “การแก้ไขเพิ่มเติมมาตราที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานสำคัญ” ควรกำหนดให้มีองค์กรพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่นี้โดยเฉพาะ คือ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน

**ประการที่สาม** “การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่” “การแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ” หรือ “การแก้ไขเพิ่มเติมมาตราที่กระทบต่อหลักการพื้นฐานสำคัญ” ควรกำหนดให้ผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชน

**ประการที่สี่** การที่รัฐธรรมนูญหลายประเทศ จำแนกกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ออกเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วน (partial revision) และกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ (total revision/ replacement) โดยมีระดับความยากแตกต่างกัน และกำหนดให้การแก้ไขทั้งฉบับต้องกลับไปประชาชน ไม่ว่าจะโดยการให้ประชาชนเลือกตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และ/หรือโดยการออกเสียงประชามตินั้น สะท้อนว่า การกำหนดให้มีกระบวนการแก้ไข/จัดทำรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power)<sup>9</sup>

## 2. ข้อมูลกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

### 2.1 รัฐธรรมนูญ 2560 หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

**มาตรา 255** การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะกระทำมิได้

**มาตรา 256** ภายใต้บังคับมาตรา 255 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ตัดข้อแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

<sup>8</sup> โปรดเปรียบเทียบคำอธิบายในอีกมุมหนึ่งของศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ใน สำนักข่าวอิศรา, “บวรศักดิ์ อุวรรณโณ: การจัดตั้ง ส.ส.ร. สอดคล้องกับประเพณีการปกครองฯ” – (บันทึกความเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ) [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.isranews.org/article/isranews-article/96835-open00-25.html> [2 มิถุนายน 2568].

<sup>9</sup> Tamara El Khoury, “Pouvoir Constituant,” in *The Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, eds. Rainer Grote, and others (Oxford University Press, 2015), para. 8. [online] Available from : <https://oxcon.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e709> [2 June 2025].

จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาหรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภาและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งซึ่งรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ซึ่งในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(4) การพิจารณาในวาระที่สองซึ่งพิจารณาเรียงลำดับมาตรา โดยการออกเสียงในวาระที่สองนี้ ให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ แต่ในกรณีที่เป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ประชาชนเป็นผู้เสนอต้องเปิดโอกาสให้ผู้แทนของประชาชนที่เข้าชื่อกันได้แสดงความคิดเห็นด้วย

(5) เมื่อการพิจารณาในวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา โดยในจำนวนนี้ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจากพรรคการเมืองที่สมาชิกมิได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือรองประธานสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบของทุกพรรคการเมืองดังกล่าวรวมกัน และมีสมาชิกวุฒิสภาเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

(7) เมื่อมีการลงมติเห็นชอบตาม (6) แล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน แล้วจึงนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำความในมาตรา 81 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(8) ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด 1 บททั่วไป หมวด 2 พระมหากษัตริย์ หรือหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่หรืออำนาจของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามหน้าที่หรืออำนาจได้ ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (7) ต่อไป

(9) ก่อนนายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตาม (7) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา หรือของทั้งสองสภารวมกัน แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี ว่าร่างรัฐธรรมนูญตาม

(7) ขัดต่อมาตรา 255 หรือมีลักษณะตาม (8) และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับเรื่องดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมิได้

## 2.2 เจตนารมณ์ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560

### 2.2.1 การศึกษารายงานการประชุมและบันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ<sup>10</sup>

ร่างรัฐธรรมนูญมาตรา 262 ว่าด้วยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (ชุดนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธาน) ในการประชุมครั้งที่ 47 เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2558 นั้น ไม่ปรากฏขั้นตอนการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (8) และขั้นตอนการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 256 (9)<sup>11</sup>

ในระหว่างการประชุม ได้มีข้อเสนอหนึ่งว่า เพื่อคุ้มครองหลักการพื้นฐานที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ (eternity clause) ที่อยู่ในร่างมาตรา 261 เดิม (ปัจจุบัน คือ มาตรา 255) จึงเห็นสมควร “ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่”<sup>12</sup> แต่กรรมการร่างหลายท่านอภิปรายปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าว<sup>13</sup>

<sup>10</sup> คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้ประชุมเพื่อพิจารณาจัดทำร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 9 ครั้ง อันได้แก่ ครั้งที่ 47 เมื่อวันศุกร์ที่ 18 ธันวาคม 2558; ครั้งที่ 51 เมื่อวันพฤหัสบดีที่ 24 ธันวาคม 2558; ครั้งที่ 65 วันเสาร์ที่ 16 มกราคม 2559; ครั้งที่ 66 วันอาทิตย์ที่ 17 มกราคม 2559; ครั้งที่ 72 วันอังคารที่ 26 มกราคม 2559; ครั้งที่ 102 วันพฤหัสบดีที่ 10 มีนาคม 2559; ครั้งที่ 103 วันศุกร์ที่ 11 มีนาคม 2559; ครั้งที่ 113 วันศุกร์ที่ 25 มีนาคม 2559; ครั้งที่ 115 วันจันทร์ที่ 28 มีนาคม 2559.

อนึ่ง รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการจดบันทึกแบบถอดเทป คำต่อคำ ตามลำดับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงและมีการบันทึกเสียงในห้องประชุมไว้ ส่วนบันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการจดบันทึกแบบสรุปย่อความ และเรียบเรียงเนื้อหาใหม่ ซึ่งได้บรรจุข้อมูลอื่น ๆ ที่อาจไม่ได้พูดที่ประชุม แต่มีการนำเสนอขึ้นหน้าจอโปรเจคเตอร์ในห้องประชุมด้วย ดังนั้น ควรศึกษาเอกสารสองประเภทนี้ประกอบกัน จึงจะเข้าใจบริบทและรับทราบเนื้อหาสาระในการประชุมได้อย่างครบถ้วน

<sup>11</sup> โปรดดู บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 47 วันศุกร์ที่ 18 ธันวาคม 2558, หน้า 5.

<sup>12</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 47 วันศุกร์ที่ 18 ธันวาคม 2558, หน้า 11 (วีรพร 2/2): ดู คำอภิปรายของนายอุดม รัฐอมฤต อย่างไรก็ดี ในการประชุมครั้งที่ 58 นายอุดม รัฐอมฤต ขยายความต่อว่า “...ผมไม่ได้ถึงขนาดว่าทำไม่ได้ แต่ว่าควรจะต้องมีการอภิปรายในการทำ...” โปรดดู รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 51 วันพฤหัสบดีที่ 24 ธันวาคม 2558, หน้า 54 (ธัญธรา 7/1).

<sup>13</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 47, หน้า 11-13 (วีรพร 2/2 – 2/4): ดู คำอภิปรายของประธาน นายวุฒิสาร ตันไชย และนายประพันธ์ นัยโกวิท

นอกจากนี้ ยังมีการตั้งคำถามโดยเลขานุการว่า เมื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ (รัฐธรรมนูญฉบับ 2560) จะผ่านการออกเสียงประชามติ สมควรหรือไม่ที่จะกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องผ่านการออกเสียงประชามติด้วย แต่กรรมการท่านอื่น ๆ เห็นว่า ไม่ควรต้องจัดทำประชามติทุกเรื่อง เพราะกลับจะกลายเป็นอุปสรรคในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ การแก้ไขเรื่องปลีกย่อยไม่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ เฉพาะแต่การแก้ไขในหลักการสำคัญ ๆ เท่านั้นที่จะต้องจัดทำประชามติ เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ<sup>14</sup>

ต่อมา ในการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 51 เมื่อวันที่ 24 ธันวาคม 2558 ที่ประชุมได้หารือเกี่ยวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกครั้ง สำหรับประเด็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่นั้น ที่ประชุมได้อภิปรายถึงปัญหาการตีความคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2555 ว่า การที่รัฐสภาต้องทำประชามติก่อนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ หมายความว่า (ก) ต้องไปทำประชามติก่อนเริ่มกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในรัฐสภา หรือ (ข) แก้ไขเพิ่มเติมโดยกระบวนการในรัฐสภาเสร็จแล้ว จึงนำร่างฯ ไปออกเสียงประชามติ<sup>15</sup>

ในเรื่องนี้ ที่ประชุมอภิปรายว่า มีข้อจำกัด 2 ประการที่ทำให้ไม่อาจหาข้อสรุปที่ชัดเจนได้<sup>16</sup> อันได้แก่ *ประการแรก* กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญ 2550 นั้น มิได้ระบุเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติไว้<sup>17</sup> และ *ประการที่สอง* ความเห็นส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคนในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2555 นั้น “มันมีหลาย version เหลือเกินครับ แต่ละคนก็ให้ความเห็นต่างกัน บางคนก็บอกว่าจะต้องแก้ไขเป็นรายมาตรา บางคนก็บอกว่าต้องทำประชามติ บางคนบอกว่าแก้ทั้งฉบับไม่ได้”<sup>18</sup> จึงเป็นการยากที่จะใช้ความเห็นส่วนตัวดังกล่าวเป็นเครื่องมือช่วยกำหนดแนวทางปฏิบัติที่สอดคล้องกับผลการวินิจฉัยในคำวินิจฉัยกลางได้

อนึ่ง จากบริบทในคำอภิปรายของกรรมการร่างรัฐธรรมนูญหลายท่าน อนุมานได้ว่าการจัดทำประชามติเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่จะนำไปสู่การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้น ควรจัดทำขึ้นภายหลังจากที่รัฐสภาลงมติเห็นชอบในวาระที่สามแล้ว และก่อนนำร่างฯ ขึ้นทูลเกล้าฯ ทั้งนี้ ข้ออนุมานดังกล่าวสอดคล้องกับคำอภิปรายของนายอุดม รัฐอมฤต กรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ที่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า

<sup>14</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 47, หน้า 12-13 (วโรกาส 2/3 – 2/4): ดู คำอภิปรายของเลขานุการ ประธาน และนายประพันธ์ นัยโกวิท.

<sup>15</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 51 วันพฤหัสบดีที่ 24 ธันวาคม 2558, หน้า 50-51 (กนกรรม 6/7 – 6/8): ดู คำอภิปรายของประธาน.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน: ดู คำอภิปรายของนายอัชพร จารุจินดา

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน: ดู คำอภิปรายของเลขานุการ

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน: ดู คำอภิปรายของนายสุพจน์ ไข่มุกด์

“ประการที่ ๒ คือแทนที่จะแก้แบบนี้ก็คือไปเพิ่มเพียงมาตราเดียวเพื่อขอให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ ซึ่งกรณีอย่างนี้การแก้เพียงมาตราเดียวกำหนดให้มี สสร. เพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญอย่างที่เราเคยปฏิบัติมาเราจะยอมให้ทำหรือไม่ และถ้า ยอมให้ทำจะต้องมีกระบวนการที่ยากเหมือนเช่นที่เราบอกว่าแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกขึ้น ไปถึงขั้นให้มีการลงประชามติด้วยหรือไม่ซึ่งผมคิดว่าถ้ามองในแง่ที่ว่าที่มาของ รัฐธรรมนูญมันมาจากการลงประชามติ การที่จะทำรัฐธรรมนูญใหม่มันก็ควรจะต้องลง ประชามติเช่นเดียวกัน อันนี้คือผมยังมีความเห็นว่ากรณีนี้มันคงจะต้องเขียนเอาไว้ อย่างน้อยก็ด้วยตรรกะหรือ logic อย่างเดียวกันว่าถ้ามันได้มาจากประชาชนเสียงข้างมาก การที่จะทำฉบับใหม่มันก็ควรจะต้องให้ประชาชนเป็นคนเห็นชอบด้วยเช่นกัน...

...อันนี้คือผมไม่ได้ถึงขนาดว่าทำไม่ได้ แต่ว่าควรจะต้องมีกรอบกติกาในการ ทำ คือผมยังคิดว่าในขั้นตอนแรกเลยในเรื่องของการที่บอกว่าจะขอทำ คือแน่นอน ผมยังมีความรู้สึกที่จริง ๆ เขาเสนอให้มีการทำ สสร. ใหม่ คือหมายถึงให้มี สสร. มาร่างรัฐธรรมนูญกันใหม่ ถ้าสภายอมรับ ผมยังคิดว่าตรงนี้ต้องให้ประชาชนไปลง ประชามติ อันนี้คือ หมายถึงว่าเขาเห็นชอบกันหมดแล้ว ผมยังคิดว่าต้องให้ประชาชน ลงประชามติด้วย ถ้าเกิดเขาจะทำรัฐธรรมนูญใหม่”<sup>19</sup>

นอกจากนี้ ระหว่างการประชุม ประธานได้พิมพ์หัวเรื่องสำคัญ ๆ ที่ควรกำหนดให้มี การออกเสียงประชามติก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นบนหน้าจอโปรเจกเตอร์ในที่ประชุม อันได้แก่

“๑. บทบัญญัติในหมวด ๑ และหมวด ๒

๒. เรื่องที่เกี่ยวกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตาม รัฐธรรมนูญ

๓. เรื่องที่เป็นารลดอำนาจหน้าที่ของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือทำให้องค์กร อิสระปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ไม่ได้

๔. เรื่องที่จะแก้ไขวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ”<sup>20</sup>

กรรมการร่างท่านหนึ่ง คือ นายประพันธ์ นัยโกวิท ได้สอบถามว่า “ข้อที่ ๕ หมายความว่า แก้รัฐธรรมนูญทั้งฉบับใช่ไหมครับ”<sup>21</sup> และประธานได้ตอบว่า “ไม่ แก้วิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ แก้ไขหมวด ๑๓ ตัวนี้คือกฎแฉ ถ้าแก้ตรงนี้ได้ที่เราเขียนไว้ทั้งหมดเลย เราไม่ได้ห้ามก็แก้แต่ก็ต้องไปประชามติเพราะของ เราก็ผ่านประชามติ”<sup>22</sup>

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 54 (ฉัฎรดา 7/1).

<sup>20</sup> โปรดดู บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 51 วันพฤหัสบดีที่ 24 ธันวาคม 2558, หน้า 15.

<sup>21</sup> รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 51 วันพฤหัสบดีที่ 24 ธันวาคม 2558, หน้า 64 (กนกวรณ 8/4).

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

แม้การประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 51 ดังกล่าว จะไม่ได้สรุปหรือมีการลงมติอย่างชัดเจนว่า จะให้จัดทำประชามติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในขั้นตอนใด แต่ก็ดูเหมือนว่า ที่ประชุมได้มีฉันทามติยอมรับหลักการที่จะให้ไปยกร่างเพิ่มเติมในร่างมาตรา 262 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยให้เพิ่มขั้นตอนการออกเสียงประชามติสำหรับการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องสำคัญ ๆ และหนึ่งในนั้น คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ หลังจากที่มีรัฐสภาผ่านร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สามแล้ว

การอนุมานความข้างต้นได้รับการยืนยันโดยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในการประชุมครั้งต่อมา ๆ กล่าวคือ มีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญที่มีร่างมาตรา 261 (8) ต่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในการประชุมครั้งที่ 65 ความว่า “(๘) ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหมวด ๑ หมวด ๒ หรือหมวด ๑๓ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหรือหน้าที่ของศาลหรือองค์กรอิสระ หรือเรื่องที่ทำให้ศาลหรือองค์กรอิสระไม่อาจปฏิบัติตามอำนาจหรือได้ ก่อนดำเนินการตาม (๗) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก่อน ถ้าเสียงข้างมากของผู้มาออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม จึงให้ดำเนินการตาม (๗) ต่อไป”<sup>23</sup> และร่างมาตราดังกล่าวซึ่งเสนอต่อคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญในที่ประชุมครั้งอื่น ๆ หลังจากนั้น ก็มีเนื้อหาใจความหลักที่เหมือนกัน

อนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญ 2560 มิได้บัญญัติชัดเจนว่า การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ต้องนำไปออกเสียงประชามติก่อน แต่คำอธิบายในที่ประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่ยกมาพรรณนาไว้ข้างต้น ได้ช่วยยืนยันข้อเท็จจริงที่ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่เป็นหนึ่งในปฐมเหตุแห่งการกำหนดกลไกการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (8)

ดังนั้น ย่อมตีความบทบัญญัติมาตรา 256 (8) ดังกล่าวได้ว่า การเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตราใหม่หรือหมวดหมู่ใหม่ด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้น เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในลักษณะหนึ่ง ซึ่งต้องนำไปออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ด้วย

## 2.2.2 ข้อสรุปเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษารายงานและบันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญข้างต้น ทำให้ประมวลสรุปความได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ดังนี้

- (ก) รัฐสภาใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ โดยต้องผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชน

<sup>23</sup> โปรดดู บันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 65 วันเสาร์ที่ 16 มกราคม 2559, หน้า 29-30.

(ข) บทบัญญัติมาตรา 256 (8) “ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม... หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ...” ย่อมหมายความรวมถึง การเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เช่น เพิ่มหมวด 15/1 การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ เพิ่มมาตรา 256/1 ฯลฯ แม้ได้มีการแก้ไขเนื้อหาของมาตรา 255 หรือ 256 เลยกก็ตาม

(ค) การออกเสียงประชามติสำหรับกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ให้จัดทำขึ้นภายหลังจากที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว

### 2.3 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทย

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 256 ประกอบกับข้อบังคับการประชุมรัฐสภา พ.ศ. 2563 แล้ว สามารถจำแนกกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทยออกได้เป็น 6 ขั้นตอนดังนี้<sup>24</sup>

ขั้นตอนที่ 1 การเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 256 (1)

ขั้นตอนที่ 2 การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม แบ่งออกเป็น 3 วาระ ได้แก่ วาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ วาระที่สอง ขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา วาระที่สาม ขึ้นสุดท้าย ตามมาตรา 256 (2) ถึง (6)

ขั้นตอนที่ 3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 255 หรือการวินิจฉัยว่าต้องทำประชามติหรือไม่ (ถ้ามี) ตามมาตรา 256 (9)

ขั้นตอนที่ 4 การออกเสียงประชามติ (ถ้ามี) ตามมาตรา 256 (8)

ขั้นตอนที่ 5 การตรา-การลงพระปรมาภิไธย ตามมาตรา 256 (7) ประกอบมาตรา 81

ขั้นตอนที่ 6 การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ตามมาตรา 256 (7) ประกอบมาตรา 81

### 2.4 ความเห็นส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564

ความเห็นส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่คัดลอกมาแสดงไว้ในตารางนี้ เป็นประโยชน์ในการตอบคำถามประเด็นต่าง ๆ ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งไว้

<sup>24</sup> โปรตคุ ณรงค์เดช สรุโฆษิต และณัฐดนัย นาจันทร์, รายงานวิจัย เรื่อง การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256, เสนอต่อ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (ธันวาคม 2564), หน้า 255-268.

รายชื่อตุลาการ	ความเห็นส่วนตัว
นายวรวิทย์ กังศศิเทียม	<p>หน้า 5: “...หากรัฐสภามีความประสงค์ที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในหมวด 15/1 เพื่อให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ... ให้มีการออกเสียงประชามติสอบถามประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเสียก่อนว่าต้องการให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ซึ่งเมื่อประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจเห็นชอบแล้ว จึงดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญใหม่ต่อไป...</p> <p>...รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 156 (15) ประกอบมาตรา 256 ในกรณีที่ประสงค์จะแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้น สามารถกระทำต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยการออกเสียงประชามติ<b>ก่อนและหลังจากจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่</b>”</p>
นายทวีเกียรติ มินะกนิษฐ	<p>หน้า 5: “...ส่วนมาตรา 256 (8) ที่บัญญัติว่า “...ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติ...” มิได้มีเจตนารมณ์ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติ<b>ก่อน</b>จะเสนอญัตติแต่ประการใด ดังนั้น การจัดให้มีการออกเสียงประชามติจึงสามารถทำได้ในช่วงเวลาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง”</p>
นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์	<p>หน้า 7-8: “...หากรัฐสภาประสงค์จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องมีการขออำนาจจากพระมหากษัตริย์ และประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยการ<b>จัดทำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม</b>เพื่อให้ประชาชนลงประชามติ และนำร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบจากประชามติขึ้นทูลเกล้าฯ...”</p>

รายชื่อตุลาการ	ความเห็นส่วนตัว
นายปัญญา อุดชาชน	<p>หน้า 4-5: “...การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือทั้งฉบับต้องให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือทั้งฉบับหรือไม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 166</p> <p>...หากรัฐสภาประสงค์จะจัดให้มีการทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ... ต้องมีการขออาณัติ (mandate) จาก...ประชาชนเพื่อความเห็นชอบทั้งให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และร่างรัฐธรรมนูญที่เสร็จแล้วโดยการออกเสียงประชามติ</p> <p>...รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 256 ประกอบมาตรา 156 (15) เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่หากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยการออกเสียงประชามติเสียก่อน”</p>
นายอุดม สิทธิวิรัชธรรม	<p>หน้า 4: “...รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีบทบัญญัติให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้... ให้จัดทำเป็นหมวดจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และต้องมีบทบัญญัติให้มีการออกเสียงประชามติว่าเห็นชอบให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่เสียก่อน ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วย จึงให้ดำเนินการตามบทบัญญัติในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มาตราอื่น ๆ ต่อไป แล้วต้องให้มีการออกเสียงประชามติว่าเห็นชอบด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ด้วย...”</p>
นายวิรุฬห์ แสงเทียน	<p>หน้า 5: “...รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 256 ประกอบมาตรา 156 (15) เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่หากเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนโดยการออกเสียงประชามติเสียก่อน และเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้ว ต้องให้ประชาชนลงประชามติเห็นชอบหรือไม่อีกครั้งด้วย”</p>
นายจิรนิติ หะวานนท์	<p>หน้า 3-4: “...รัฐสภาเท่านั้นเป็นองค์กรที่ได้รับมอบหน้าที่และอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้พิจารณาลงมติ รัฐสภาอาจมอบหมายให้บุคคลหรือคณะบุคคลช่วยดำเนินการร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ทั้งอาจกำหนดวิธีการได้มาซึ่งบุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าว แต่ในขั้นที่สุด รัฐสภาเท่านั้นมีหน้าที่และอำนาจเห็นชอบหรือแก้ไขปรับปรุงใด ๆ ก็ได้ ก่อนดำเนินการขั้นตอนต่อไปตามที่มาตรา 256 บัญญัติ”</p>

รายชื่อตุลาการ	ความเห็นส่วนตัว
นายเนตล เทพพิทักษ์	หน้า 4: “...รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ ทั้งนี้ ในการทำการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องอันจะนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จักต้องมีการดำเนินการให้ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติ เห็นชอบเสียก่อนว่า สมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ และหากผู้มีอำนาจสถาปนาเห็นชอบให้จัดทำใหม่ เมื่อได้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เสร็จแล้วจะต้องให้ผู้มีอำนาจสถาปนาลงประชามติและเห็นชอบด้วยอีกครั้งหนึ่ง”
นายบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชูญ์	หน้า 6-7: “...รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ตามที่รัฐธรรมนูญ บัญญัติไว้ในมาตรา 156 (16) ประกอบกับมาตรา 255 และมาตรา 256 หาก รัฐสภาประสงค์จะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการจัดตั้งสภาร่าง รัฐธรรมนูญเพื่อให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อันมีผลเป็นการยกเลิก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะต้องเริ่มต้นด้วย การขอฉันทามติจากประชาชนชาวไทยผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยการจัดให้มีการลงประชามติในเรื่องดังกล่าวเสียก่อน หากประชาชน ชาวไทยผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้มีฉันทามติให้ดำเนินการได้แล้ว รัฐสภาจึงจะมีอำนาจที่จะดำเนินการต่อไปได้”

### 3. บทวิเคราะห์เบื้องต้นเกี่ยวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นคณะอำนาจกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงไม่อาจใช้องค์กรและกระบวนการซึ่งเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมา กลับไปยกเลิกอำนาจที่มอบลงมาได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐสภาจะใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญ ฉบับนี้และจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่มิได้ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และยืนยันอีกครั้งในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ดังความว่า

“แม้รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นอำนาจที่ได้รับ มอบมาซึ่งถูกจำกัดทั้งรูปแบบ กระบวนการ และเนื้อหา รัฐสภาจึงต้องทำหน้าที่ตามที่ได้รับมอบอย่างเคร่งครัด โดยไม่อาจกระทำนอกขอบของหน้าที่และอำนาจที่ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ในเงื่อนไขที่มี ความผูกพันกับรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ยึดโยงกับหลักการพื้นฐานและให้เหมาะสมและ สอดคล้องกับมติมหาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 15 เพียงบัญญัติให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติ ให้จัดทำขึ้นใหม่ทั้งฉบับ”<sup>25</sup>

<sup>25</sup> คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 วันที่ 11 มีนาคม 2564, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 18ก วันที่ 15 มีนาคม 2564, หน้า 37.

นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญมาตรา 156 (15) และมาตรา 256 กำหนดให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ รัฐสภาจึงไม่อาจโอนอำนาจนี้ไปให้บุคคลหรือองค์กรอื่นใช้อำนาจแทนได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และหลักการห้ามมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) เว้นแต่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญระบุให้มอบอำนาจต่อได้

ดังนั้น หากรัฐสภาประสงค์ที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ทั้งกรณีที่รัฐสภาเป็นผู้จัดทำขึ้นเองหรือกรณีที่จะจัดตั้งองค์กรขึ้นใหม่ เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้องค์กรดังกล่าวมีอำนาจจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เช่นนี้ ก็จำเป็นต้องกลับไปขอให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญให้ความเห็นชอบในการออกเสียงประชามติว่า สมควรจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จึงจะดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายไว้ในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ว่า

“...หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วย จึงดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป เมื่อเสร็จแล้วต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งเป็นการให้ประชาชนพิจารณาเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่”<sup>26</sup>

แม้ในอดีต ประเทศไทยเคยมีการใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับมาแล้ว 2 ครั้ง โดยมีได้ผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติ อันได้แก่ครั้งแรก รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2490 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2491 สำเร็จผลเป็นรัฐธรรมนูญ 2492 และครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 สำเร็จผลเป็นรัฐธรรมนูญ 2540 โดยทั้งสองครั้ง รัฐสภาได้กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเพื่อเสนอให้รัฐสภาพิจารณา<sup>27</sup> ก็ตาม

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงที่มาของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นฐานอำนาจให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” และจัดทำ “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” ซึ่งได้แก่ รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2490 และรัฐธรรมนูญ 2534 และรัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 แล้ว พบว่ารัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับดังกล่าวประกาศใช้โดยมิได้ผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชน แตกต่างจากรัฐธรรมนูญ 2560 ซึ่งผ่านการออกเสียงประชามติโดยประชาชนเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2559 และรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับดังกล่าวมิได้กำหนดให้มี “ขั้นตอนการออกเสียงประชามติ” ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ<sup>28</sup> แตกต่างจากรัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (8) ซึ่งกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในเรื่องสำคัญต้องผ่านออกเสียงประชามติด้วย อีกทั้งยังมิได้กำหนดให้มี

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2490 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2491 มาตรา 95 ทวิ มาตรา 95 เบื้อง และมาตรา 95 ฉ; และรัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 มาตรา 211 ทวิ มาตรา 211 เตรส มาตรา 211 ปีมรส

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2490 มาตรา 93; และรัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 มาตรา 211.

“องค์กรและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”<sup>29</sup> ดังเช่นที่รัฐธรรมนูญ 2560 มาตรา 256 (9) มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบกรณีดังกล่าวเป็นการเฉพาะ

ด้วยเหตุนี้ ข้าพเจ้าจึงเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญให้ทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญแทนรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2490 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2491 และรัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 6 พ.ศ. 2539 ย่อมไม่อาจถือเป็น “ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ที่มีผล (valid) และเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญและจัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญ 2560 ได้ เนื่องจากบริบทข้อเท็จจริงของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ และบริบทข้อกฎหมายของรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ดังกล่าว มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ

นอกจากนั้น แม้การเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มบทบัญญัติการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี 2555 และปี 2564 มีบทบัญญัติในร่างประมวลสิทธิกว่ามาตรา แต่ก็มีเนื้อหาเกี่ยวกับองค์กรและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งกระทบต่อหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ 2550 และ 2560 ที่เกี่ยวกับการกระบวนกรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้วเสร็จ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็อาจเปลี่ยนแปลงหลักการพื้นฐานบางอย่างที่รัฐธรรมนูญ 2550 หรือ 2560 บัญญัติรับรองไว้ในประการอื่น ๆ อีก ก็ได้ ด้วยเหตุนี้ สาระสำคัญของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ดังกล่าว จึงสอดคล้องกับแนวการวินิจฉัยคดีขององค์กรตุลาการในต่างประเทศ ซึ่งรัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวได้การจำแนกระหว่าง “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” (amendment/ partial revision) กับ “การแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ” (total revision) หรือ “การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” (replacement) ไว้ ดังได้อธิบายและยกตัวอย่างในหัวข้อที่ 1 การแก้ไขเพิ่มเติมและการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่: ประสบการณ์จากต่างประเทศ ข้างต้น

#### 4. ความเห็นข้าพเจ้าเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ข้าพเจ้าเห็นว่า รัฐสภาที่มีอำนาจริเริ่มหรือแสดงความต้องการเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยการพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ได้ โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังนี้

<sup>29</sup> รัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2490 มาตรา 95 รัฐสภาที่มีอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ; และรัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 มาตรา 200 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีอำนาจตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

#### 4.1 สอดคล้องกับเจตนารมณ์ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560

เมื่อศึกษารายงานและบันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแล้ว พบว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ หยิบยกประเด็นปัญหาข้อพิพาทในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ขึ้นมาอภิปรายประกอบการร่างมาตรา 262 เดิม หรือมาตรา 256 ปัจจุบัน ข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยดังกล่าว คือ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 เพิ่มหมวด 16 การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ มาตรา 291/1 ถึง 291/16 จัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ และเมื่อจัดทำร่างแล้วเสร็จ ก็ต้องนำไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ แต่ทั้งนี้ เมื่อมาตรา 291 แห่งรัฐธรรมนูญ 2550 ไม่มีขั้นตอนการออกเสียงประชามติก่อนประกาศ ใช้รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อน ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560 ตระหนักถึงปัญหาข้อนี้ จึงได้บัญญัติเพิ่มกลไกการออกเสียงประชามติลงไปในร่างมาตรา 262 เดิม ซึ่งก็คือ มาตรา 256 (8) ปัจจุบัน โดยกำหนดว่า การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติหมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ต้องนำไปออกเสียงประชามติหลังจากที่รัฐสภาเห็นชอบแล้วและก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ<sup>30</sup>

ข้อเท็จจริงดังกล่าวสะท้อนว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยองค์กรและกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญใหม่ อยู่ในความหมายของบทบัญญัติมาตรา 256 (8) และกำหนดให้การออกเสียงประชามติร่างแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ต้องจัดทำขึ้นภายหลังการพิจารณาของรัฐสภาตามมาตรา 256 (1) ถึง (6) เสร็จสิ้นแล้ว

ดังนั้น ตามเจตนารมณ์ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560 รัฐสภาจึงมีอำนาจพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งมีบทบัญญัติที่จะนำไปสู่การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้

#### 4.2 สอดคล้องกับการตีความบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร

บทบัญญัติมาตรา 256 (8) ที่ว่า “ในกรณีร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม... หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ... ก่อนดำเนินการตาม (7) ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติ...” นั้น หากตีความตามหลัก “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (a fortiori logic) กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 255 หรือมาตรา 256 แม้เป็นเพียงบางคำหรือบางวลี ก็ต้องนำไปออกเสียงประชามติ ฉะนั้นแล้วเหตุใด การเพิ่มเติมหมวดหมู่ใหม่ คือ หมวด 15/1 การจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ ซึ่งจะส่งผลในทางกฎหมายรุนแรงมากยิ่งขึ้นกว่า จะไม่อยู่ในความหมายของมาตรา 256 (8) และไม่ต้องนำไปออกเสียงประชามติ ดังนั้น กรณีเช่นนี้ ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจแห่งบทบัญญัติมาตรา 256 (8) ด้วย<sup>31</sup>

<sup>30</sup> โปรดดู หัวข้อ 2.2 เจตนารมณ์ผู้ร่างรัฐธรรมนูญ 2560 ข้างต้น

<sup>31</sup> โปรดเทียบ วรรกษะในการตอบของประธานกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ต่อคำถามของนายประพันธ์ นัยโกวิท โดยใน รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 51 วันพฤหัสบดีที่ 24 ธันวาคม 2558, หน้า 64 (กนกวรณ 8/4).

ด้วยเหตุนี้ ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ จึงอยู่ในความหมายของบทบัญญัติ มาตรา 256 (8) และกลุ่มบุคคลต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ก็สามารถเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทำนองนี้ต่อรัฐสภาตามมาตรา 256 (1) ได้ รวมทั้งสมาชิกรัฐสภาที่ย่อมสามารถพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวในวาระต่าง ๆ ตามมาตรา 256 (2) ถึง (6) ได้

### 4.3 สอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

การให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติ “เห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ” ให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยอาศัยขั้นตอนการออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) หลังจากที่รัฐสภาได้ดำเนินการตามมาตรา 256 (2) ถึง (6) แล้วนั้น เป็นแนวทางดำเนินการที่สอดคล้องกับทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อันเป็นรากฐานของหลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยใช้ในการวินิจฉัยประเด็นพิพาทในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ดังที่ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เคยให้ทรรศนะไว้อย่างแจ่มชัดในบันทึกความเห็นเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญระหว่างการพิจารณาคดีคำวินิจฉัยที่ 4/2564<sup>32</sup>

สาระสำคัญของทฤษฎีดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยประเด็นนี้ได้แก่ อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็น “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่รับมอบมา” หรือ “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง” (derived constituent power) จริงอยู่ที่ว่า “ไม่มีอำนาจใดที่รับมอบมา (*pouvoir délégué*) จะสามารถเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขแห่งการมอบอำนาจมาให้ตนได้”<sup>33</sup> แต่เมื่อรัฐสภาเริ่มดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แม้ในขั้นต้นอาจมีข้อสงสัยว่า เป็นการกระทำที่เกินอำนาจหรือไม่ แต่เมื่อในขั้นต่อไป คือ การสอบถามประชาชน ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม (original constituent power)<sup>34</sup> ผ่านการออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) ว่า เห็นชอบให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ ก็ย่อมเท่ากับว่า การใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาซึ่งเป็นอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรองนั้น เคารพต่อผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิมแล้ว ดังเช่นที่ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ วิเคราะห์ไว้ว่า

<sup>32</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดิม.

<sup>33</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>34</sup> อย่างไรก็ตาม ประเด็นนี้ มีข้อโต้แย้งว่า การลงประชามติของประชาชนในการเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ใช่การดำเนินการในฐานะ “ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญดั้งเดิม” แต่เป็น “ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่รับมอบมา” เนื่องจากต้องผูกพันและปฏิบัติหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญฉบับนั้นกำหนด โปรดดู Joel Colón-Ríos, *Constituent Power and the Law*, (Oxford University Press, 2020), p.206, 274-280; แต่ทั้งนี้ Ernst-Wolfgang Böckenförde แย้งว่า ในทางนิติศาสตร์ ก็คงวิเคราะห์ได้เช่นนั้น แต่ในความเป็นจริง ประชาชนก็ประชาชนเดียวกันนั้นแหละ (the same people) ดู Ernst-Wolfgang Böckenförde, and others, *Constitutional and Political Theory: Selected Writing Volume I*, (Oxford University Press, 2016), p.179.

“...หากรัฐสภาประสงค์จะจัดให้มีการทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ... ก็ต้องมีการขออาณัติ (mandate) จากพระมหากษัตริย์ และประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนาคั้งเดิมของรัฐธรรมนูญฯ 2560 โดยจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อให้ประชาชนลงประชามติ และนำร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบจากประชามติขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย หากทรงเห็นชอบและลงพระปรมาภิไธยแล้ว ก็ย่อมถือได้ว่า ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคั้งเดิมของรัฐธรรมนูญ 2560 อันได้แก่ พระมหากษัตริย์และประชาชนได้เห็นชอบแล้ว ดังคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 18 - 22/2555 การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงย่อมกระทำได้โดยชอบด้วยทฤษฎีนิติศาสตร์...”<sup>35</sup>

นอกจากนี้ ข้อวิเคราะห์ดังกล่าวยังได้รับการส่าทับโดยศาสตราจารย์ ดร. นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ ในความเห็นส่วนตนในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ความว่า

“...หากรัฐสภาประสงค์จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องมีการขออาณัติจากพระมหากษัตริย์ และประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคั้งเดิมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้ประชาชนลงประชามติ และนำร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบจากประชามติขึ้นทูลเกล้าฯ...”<sup>36</sup>

ยิ่งไปกว่านั้น การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภาตามมาตรา 256 (1) ถึง (6) ซึ่งต้องนำไปออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) นั้น ยังอาจมองได้อีกมุมหนึ่งว่า การดำเนินการดังกล่าวของรัฐสภาเป็นเพียงการใช้ “อำนาจยกร่างรัฐธรรมนูญ” (pouvoir de rédaction) ก่อนที่ประชาชนจะใช้ “อำนาจให้ความเห็นชอบรัฐธรรมนูญ” (pouvoir d’ approbation) ก็ได้ ซึ่งอำนาจทั้งสองประการนี้ “ต่างก็เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”<sup>37</sup> ข้อวิเคราะห์นี้อาจเปรียบเทียบกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (total revision) ของประเทศออสเตรเลียที่ยกเป็นตัวอย่างไว้ก่อนหน้านี้ ในแง่ที่ว่า ขั้นแรก รัฐสภาริเริ่มใช้อำนาจพิจารณายกร่างรัฐธรรมนูญ เสนอต่อประชาชน ผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญในการออกเสียงประชามติ ในขั้นสุดท้าย<sup>38</sup>

<sup>35</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดิม.

<sup>36</sup> ความเห็นส่วนตนของนายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์, หน้า 7-8.

<sup>37</sup> โปรตดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดิม.

<sup>38</sup> โปรตดู Markus Böckenförde, *Constitutional Amendment Procedure*, (International Idea, 2017), p.12; และ Tamara El Khoury, “Pouvoir Constituant,” in *The Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, eds. Rainer Grote, and others, para 8; และปิยบุตร แสงกนกกุล, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*, (โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 147-152.

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติในลำดับถัดไป รัฐสภาย่อมมีอำนาจพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้

#### 4.4 สอดคล้องกับหลักการอื่นตามหลักประชาธิปไตย

ศาลรัฐธรรมนูญได้ระบุไว้ในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ว่า “...หากรัฐสภาต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญออกเสียงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ถ้าผลการออกเสียงประชามติเห็นชอบด้วย จึงดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต่อไป”

รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรกลุ่ม (collegial body) ประกอบด้วยสมาชิกที่เป็น ส.ส. จำนวน 500 คน และ ส.ว. จำนวน 200 คน รวม 700 คน การที่รัฐสภาจะสามารถแสดงออกซึ่งความต้องการของรัฐสภาได้นั้น จำเป็นต้องอาศัยการประชุมและลงมติของสมาชิกรัฐสภา

แม้การพิจารณาและลงมติของสมาชิกรัฐสภาตามมาตรา 256 (3) (4) (5) และ (6) เกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ อาจมีปัญหาให้ถกเถียงได้ว่า ณ ขณะเวลานั้น รัฐสภามีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวหรือไม่ แต่หากลองพิจารณาวิเคราะห์เปรียบเทียบเหตุการณ์สมมติ 2 กรณีต่อไปนี้ ย่อมเห็นได้ชัดว่า กรณีใดเป็นการดำเนินการที่สมเหตุสมผลและสอดคล้องกับหลักการต่าง ๆ ทางรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น

##### กรณีที่หนึ่ง จัดให้มีการออกเสียงประชามติ ก่อนการพิจารณาของรัฐสภา

กล่าวคือ จัดให้มีการออกเสียงประชามติว่าเห็นชอบให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ เมื่อประชาชนเห็นชอบให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้ว ค่อยเสนอญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่เข้าสู่ที่ประชุมรัฐสภาตามมาตรา 256 (1)

กรณีนี้มีความเป็นไปได้ว่า ในการพิจารณาของรัฐสภา โดยเฉพาะวาระที่หนึ่ง ซึ่งรับหลักการ และวาระที่สามขั้นสุดท้าย ร่างดังกล่าวอาจไม่ได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบครบถ้วนตามจำนวนและหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเป็นอันตกไป เช่นนี้ **ในด้านหนึ่ง** ย่อมเท่ากับว่า สมาชิกรัฐสภาซึ่งลงมติไม่เห็นชอบ ไม่เคารพต่อเจตจำนงของประชาชนที่ต้องการให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ **แต่ในอีกด้านหนึ่ง** สมาชิกรัฐสภาท่านเหล่านั้นแต่ละคนก็มีเอกสิทธิ์โดยเด็ดขาดในการลงคะแนนตามมาตรา 124 และไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายตามมาตรา 114 อีกทั้งยังมีเหตุผลอันชอบธรรมนานัปการอันอาจจะกล่าวอ้างได้ เป็นต้นว่า เจตจำนงของประชาชนเกี่ยวกับองค์กรและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ยังไม่ชัดเจนเพียงพอ หรือตนไม่เห็นด้วยกับเนื้อความหรือถ้อยคำในร่างที่เสนอมานี้ จึงไม่อาจลงมติเห็นชอบได้ นอกจากนั้น แม้แต่ในกรณีที่มีการทำประชามติพร้อม ๆ กับการตั้งคำถามลงไปในรายละเอียดเกี่ยวกับองค์กรและกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ และแม้มีผลการออกเสียงประชามติในประเด็น

ปลีกย่อยต่าง ๆ ออกมาอย่างชัดเจนแล้ว และต่อมา ได้มีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งมีเนื้อหาถูกต้องครบถ้วนตามที่ได้สอบถามไปนั้น หรือยิ่งไปกว่านั้น แม้แต่การเอาร่างรัฐธรรมนูญที่จะเสนอตามมาตรา 256 (1) หรือที่ได้เสนอไว้แล้ว นำไปออกเสียงประชามติ ก่อน เมื่อผลประชามติ “เห็นชอบ” จากนั้น ที่ประชุมรัฐสภา ก็พิจารณาในวาระที่หนึ่ง ที่สอง ที่สาม ไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตาม ล้วนแล้วแต่ก็ไม่มีหลักประกันใด ๆ เลยว่า สมาชิกรัฐสภาแต่ละคนจะลงมติเห็นชอบร่างดังกล่าวตามผลการออกเสียงประชามติ

เห็นได้ชัดว่า การกำหนดให้จัดการออกเสียงประชามติ “ก่อนเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา” หรือ “ก่อนที่รัฐสภาจะเริ่มพิจารณาในวาระที่หนึ่ง” นั้น ในความเป็นจริงแล้ว ย่อมเป็นกระบวนการที่ไม่อาจบังคับให้ “เจตจำนงของประชาชน” ที่แสดงออกผ่านการประชามติ มีผลบังคับในทางกฎหมายได้ อีกทั้งยังสุ่มเสี่ยงที่จะขัดต่อหลักความไม่ผูกมัดตามอาณัติมอบหมาย (free mandate) ของผู้แทนประชาชน ตามที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 114 อีกด้วย

### **กรณีที่สอง รัฐสภาพิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมแล้วเสร็จ จึงจัดให้มีการออกเสียงประชามติ**

กล่าวคือ ให้รัฐสภาแสดงความต้องการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ผ่านกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 256 (1) ถึง (6) ไว้เป็นเบื้องต้นก่อน จากนั้น ให้ประชาชนออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8) หากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ออกเสียงประชามติ “เห็นชอบ” ให้ดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ ก็เท่ากับว่า ประชาชนได้ให้สัตยาบันแก่การดำเนินการต่าง ๆ ที่ผ่านมารองรับรัฐสภาแล้ว

ในทางตรงกันข้าม หากสมาชิกรัฐสภาลงคะแนนเสียงเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ถึงจำนวนและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 256 (3) (4) หรือ (6) ก็ย่อมหมายความว่า รัฐสภาไม่ต้องการให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ จึงไม่ต้องจัดการออกเสียงประชามติตามมาตรา 256 (8)

กรณีที่สองนี้ย่อมไม่เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างผลของการออกเสียงประชามติ กับหลักเอกสิทธิ์ในการลงคะแนนและหลักความไม่ผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายของสมาชิกรัฐสภา อีกทั้งยังสอดคล้องกับกลไกประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (participatory democracy) ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้ผสมผสานกลไกประชาธิปไตยแบบผู้แทน (representative democracy) คือ รัฐสภา เข้ากับกลไกประชาธิปไตยทางตรง (direct democracy) คือ การออกเสียงประชามติ กล่าวคือ ให้ผู้แทนกลั่นกรองและเสนอเรื่อง (initiate) เพื่อให้ประชาชนตัดสินใจในขั้นสุดท้าย (final say) สมดังขั้นตอนต่าง ๆ ที่มาตรา 256 ได้บัญญัติเรียงเป็นลำดับไว้อย่างชัดเจนแล้ว

ด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นการเคารพต่อหลักการต่าง ๆ เกี่ยวกับการทำหน้าที่ของผู้แทนปวงชน อันเป็นพื้นฐานสำคัญของระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน และกลไกประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม ซึ่งสะท้อนผ่านบทบัญญัติหลายมาตราในรัฐธรรมนูญ 2560 อันเป็นหลักการที่มีคุณค่าทางรัฐธรรมนูญ (constitutional value) สำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ เช่นนี้ ย่อมสังเคราะห์ได้ว่า การวินิจฉัยให้รัฐสภาใช้อำนาจพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งมีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ได้นั้น เป็นการประสานประโยชน์ที่สร้างความสมดุลของหลักการทางรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ซึ่งอาจดูประหนึ่งว่าจะขัดหรือแย้งกันดังกล่าว ได้อย่างเหมาะสมลงตัวแล้ว

#### 4.5 สอดคล้องกับหลักตรรกะและความเป็นจริง

การพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยรัฐสภายังมีใช้การเริ่มต้นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่เสียทีเดียว เนื่องจาก แท้จริงแล้ว กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่นั้น จะเริ่มจากการได้มาซึ่งบุคลากรที่จะทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ การพิจารณาจัดทำยกร่างรัฐธรรมนูญ การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน การปรับปรุงแก้ไขร่างตามผลการรับฟังความคิดเห็น จนนำไปสู่การออกเสียงประชามติ เห็นชอบ/ไม่เห็นชอบ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นั้น

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากประชาชนในการออกเสียงประชามติ พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และนำลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตามมาตรา 256 (8) แล้ว ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 2.3 กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทย ข้างต้น ตราบใดที่ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวยังไม่มีผลเป็นกฎหมาย กระบวนการจัดทำยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาฯ รัฐธรรมนูญก็ยังมีอาจเริ่มต้นนับหนึ่งได้

เพราะฉะนั้นแล้ว การพิจารณาและลงมติของสมาชิกรัฐสภาตามมาตรา 256 (2) ถึง (6) เกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว จึงเป็นเพียงการดำเนินการในขั้นตอนแรก ๆ ของกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากใช้การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยตรง แต่ประการใดไม่

#### 4.6 สอดคล้องกับข้อวินิจฉัยที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 4 ท่านเคยอธิบายไว้อย่างแจ่มชัด

การให้รัฐสภาพิจารณาและลงมติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่มีบทบัญญัติว่าด้วยการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้วจึงจัดให้มีการออกเสียงประชามติเป็นลำดับถัดไปนั้น สอดคล้องกับความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 4 ท่าน ซึ่งได้อธิบายไว้อย่างชัดแจ้งในความเห็นส่วนตัวในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ดังข้อมูลที่แสดงไว้ในตารางด้านล่างนี้<sup>39</sup>

<sup>39</sup> โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.4 ความเห็นส่วนตัวของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ข้างต้น

รายชื่อตุลาการ	ความเห็นส่วนตัว
นายวรวิทย์ กังศศิเทียม	ให้จัดการออกเสียงประชามติ “ก่อนและหลังจากจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่”
นายทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ	การจัดให้มีการออกเสียงประชามติสามารถทำได้ในช่วงเวลาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพราะมาตรา 256 “มิได้มีเจตนารมณ์ให้จัดให้มีการออกเสียงประชามติก่อนจะเสนอญัตติแต่ประการใด”
นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์	หากรัฐสภาประสงค์จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องมีการขออาณัติจากประชาชน “โดยการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้ประชาชนลงประชามติ”
นายปัญญา อุดชาชน	หากรัฐสภาประสงค์จะจัดให้มีการทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องมีการขออาณัติจากประชาชน “เพื่อให้ความเห็นชอบทั้งให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และร่างรัฐธรรมนูญที่เสร็จแล้วโดยการออกเสียงประชามติ”

#### 4.7 เป็นแนวทางปฏิบัติที่สมเหตุสมผล

เมื่อย้อนพิจารณาเกี่ยวกับสถานการณ์สมมุติในกรณีทีหนึ่ง และกรณีที่สอง ตามข้อ 4.4 ข้างต้น พบว่า กรณีทีหนึ่ง สรุปพร้อมแล้วต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ 3 ครั้ง คือ (a) ครั้งแรก ก่อนการพิจารณาของรัฐสภา ซึ่งอาจเกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนการเสนอญัตติของแก้ไขเพิ่มเติมต่อรัฐสภาตามมาตรา 256 (1) หรือภายหลังการเสนอญัตติดังกล่าวแล้ว แต่ที่ประชุมรัฐสภายังมิได้นำเข้าสู่การพิจารณาในวาระทีหนึ่ง ตามมาตรา 256 (3) (b) ครั้งที่สอง เมื่อรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมแล้วเสร็จ ก่อนนำขึ้นทูลเกล้า ตามมาตรา 256 (8) และ (c) ครั้งที่สาม หลังจากสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้วเสร็จ แต่สำหรับกรณีที่สอง จะมีการจัดการออกเสียงประชามติเพียง 2 ครั้ง คือ (b) และ (c)

เช่นนี้ วิญญูชนย่อมเห็นได้เองว่า การจัดการออกเสียงประชามติมากถึง 3 ครั้ง ทั้ง ๆ ที่จะได้ผลลัพธ์ไม่แตกต่างจากการจัด 2 ครั้ง ย่อมเป็นการสิ้นเปลืองงบประมาณแผ่นดินเพื่อใช้จ่ายในการจัดการออกเสียงประชามติ<sup>40</sup> สิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายของประชาชนที่ออกไปใช้สิทธิ และล่วงล้ำเสรีภาพของประชาชนซึ่งมีหน้าที่ต้องมาใช้สิทธิลงประชามติตามมาตรา 50 (7) มากเกินความจำเป็น

<sup>40</sup> การจัดการออกเสียงประชามติแต่ละครั้งใช้งบประมาณ ประมาณ 3,000 ล้านบาท; โปรตตุ รายงานคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษาปัญหา หลักเกณฑ์ และแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สภาผู้แทนราษฎร, (สิงหาคม 2563), หน้า 122.

## 5. ความเห็นข้าพเจ้าเกี่ยวกับการออกเสียงประชามติ

### 5.1 ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ 2 ครั้ง

สำหรับคำถามที่ว่า กรณีที่รัฐสภาจะดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติกี่ครั้ง คำตอบของคำถามนี้ปรากฏชัดเจนในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 แล้วว่า 2 ครั้ง ดังความว่า

“...จึงวินิจฉัยว่า รัฐสภามีหน้าที่และอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ โดยต้องให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลง**ประชามติเสียก่อนว่าประชาชนประสงค์จะให้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่** และเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้ว ต้องให้ประชาชนลง**ประชามติเห็นชอบหรือไม่กับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่อีกครั้งหนึ่ง**”

อนึ่ง การพิเคราะห์ความเห็นส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคนในการวินิจฉัยคดีนี้ ช่วยให้ได้รับความกระจ่างมากขึ้นว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมาก 6 ท่าน เห็นว่า ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ 2 ครั้ง ดังรายละเอียดปรากฏในตารางต่อไปนี้

รายชื่อตุลาการ	ความเห็น
นายวรวิทย์ กังศศิเทียม	2 ครั้ง
นายทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ	อนุমানได้ว่า 2 ครั้ง
นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์	อนุমানได้ว่า 2 ครั้ง
นายปัญญา อุดชาชน	อนุমানได้ว่า 2 ครั้ง
นายอุดม สิทธิวิรัชธรรม	อนุমানได้ว่า 3 ครั้ง
นายวิรุฬห์ แสงเทียน	2 ครั้ง
นายจิรนิติ หะวานนท์	ไม่ระบุครั้ง เพราะรัฐสภาทำไม่ได้
นายนภดล เทพพิทักษ์	2 ครั้ง
นายบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์	อนุমানได้ว่า 3 ครั้ง

## 5.2 ช่วงเวลาที่ต้องจัดให้มีการออกเสียงประชามติ 2 ครั้ง

เบื้องต้น การออกเสียงประชามติครั้งที่สอง ต้องจัดให้มีขึ้นเพื่อให้ประชาชนพิจารณาให้ความเห็นชอบ “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” ซึ่งจัดทำร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงต้องดำเนินการหลังจากสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างแล้วเสร็จ และก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ ขอสรุปนี้ว่าจะได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายแล้ว เหลือแต่เพียง ปัญหาว่า การออกเสียงประชามติครั้งที่หนึ่ง เพื่อให้ประชาชนแสดงความประสงค์ว่าจะให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ จะจัดให้มีขึ้นเมื่อใด ในเรื่องนี้ มีความเป็นไปได้อยู่ 3 ช่วงเวลา ได้แก่<sup>41</sup>

- ก. ก่อนการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา (ก่อนมาตรา 256 (1))
- ข. ภายหลังจากการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา แต่ก่อนที่รัฐสภาจะพิจารณาและลงมติในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ (ก่อนมาตรา 256 (3))
- ค. ภายหลังจากรัฐสภามีมติเห็นชอบในวาระที่สามขั้นสุดท้าย แต่ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ (ตามมาตรา 256 (8))

ข้าพเจ้าเห็นว่า การออกเสียงประชามติเพื่อให้ประชาชนแสดงความประสงค์ให้มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ ควรดำเนินการภายหลังจากที่รัฐสภามีมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่สามขั้นสุดท้ายแล้ว พร้อมกับ กับการออกเสียงประชามติ “ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม” ตามมาตรา 256 (8) ด้วยเหตุผลต่าง ๆ ดังได้สาธยายไว้โดยละเอียดแล้ว ในหัวข้อ 4 ข้างต้น

## 5.3 เนื้อหาของคำถามในการออกเสียงประชามติครั้งที่หนึ่ง

ในประเด็นนี้ ข้าพเจ้าเห็นด้วยกับข้อเสนอมติของศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ที่ให้ตั้งคำถามเป็น 2 ข้อตามลำดับ ดังนี้<sup>42</sup>

“ข้อ 1 ท่านเห็นชอบให้จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญฯ 2560 หรือไม่ หากตอบไม่เห็นชอบ ไม่ต้องตอบข้อ 2

ข้อ 2 หากท่านเห็นชอบให้ทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญฯ 2560 ท่านเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่แนบมาพร้อมนี้หรือไม่”

<sup>41</sup> อนึ่ง ตามความเห็นของท่านอุดม สิทธิวิรัชธรรม ต้องจัดการออกเสียงประชามติ 3 ครั้ง คือ ครั้งแรกตามมาตรา 256 (8) ครั้งที่สองตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมให้ถามความเห็นของประชาชน และครั้งที่สาม หลังจากสภาร่างรัฐธรรมนูญจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เสร็จแล้ว

<sup>42</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดิม.

## 6. ความเห็นอื่นและเอกสารประกอบ

6.1 แม้ข้าพเจ้าเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564 แต่ก็ขอตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า หากศาลรัฐธรรมนูญมิได้สมทวนทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างเคร่งครัด หากแต่เลือกถือตามทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (popular sovereignty) เช่นนี้แล้ว คงมิได้เกิดปัญหาให้ต้องตีความเรื่องหน้าที่และอำนาจของรัฐสภา เพราะลำพังเพียงการจัดให้มีการออกเสียงประชามติ “เห็นชอบ” หรือ “ไม่เห็นชอบ” ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายหลังสภาร่างรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนได้จัดทำร่างแล้วเสร็จ ก็เป็นการเคารพต่อประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแล้ว

6.2 ข้าพเจ้าขอจัดส่งไฟล์ PDF รายงานและบันทึกการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญเฉพาะในครั้งที่พิจารณามาตรา 255 และ 256 และรายงานวิจัย เรื่อง การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256 ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนจากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (ธันวาคม 2564) มาพร้อมกับบันทึกความเห็นฉบับนี้ เพื่อว่าอาจเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

## คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

### การเตรียมต้นฉบับ

---

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบुरายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ
  - 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
  - 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
  - 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
  - 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ
2. รูปแบบผลงาน
  - 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 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
  - 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
  - 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)
3. การอ้างอิง
  - 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงบรรณ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
  - 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7<sup>th</sup> ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
  1. (ภาษาไทย)  
<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqpcULRQC33dewPdVjDpCu>
  2. (ภาษาอังกฤษ)  
[https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html)
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

## การส่งต้นฉบับผลงาน

---

1. วารสารกฎหมาย เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่  
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
  - 1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็บไซต์)
  - 2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้
  - 3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด
  - 4) ส่งบทความมายังวารสาร
  - 5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่  
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

## กระบวนการพิจารณาผลงาน

---

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณา ผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้วผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

2. กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาผลงานของผู้เขียนในขั้นต้น และแจ้งผลการพิจารณาในขั้นต้นให้ผู้เขียนทราบโดยไม่ชักช้า
  - 1) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
  - 2) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าไม่ควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
3. เมื่อกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา กองบรรณาธิการดำเนินการดังต่อไปนี้
  - 1) บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)
  - 2) ผลงานอื่น ๆ กองบรรณาธิการจะเป็นผู้ร่วมกันพิจารณา
4. เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการประเมินผลงานของผู้เขียนแล้วเสร็จ ผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการจะระบุความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของผลงาน อาทิ ข้อผิดพลาดทางวิชาการ การใช้ภาษา ความครอบคลุมของเนื้อหา คุณภาพทางวิชาการ ความชัดเจนในการนำเสนอ ความสำคัญในสาขาวิชา และแจ้งผลการประเมินโดยแบ่งเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
  - 1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข
  - 2) เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง
  - 3) เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์
5. กองบรรณาธิการจะแจ้งผลการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการให้ทราบโดยไม่ชักช้า ตามแต่กรณีดังนี้
  - 1) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข” ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
  - 2) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง” เมื่อผู้เขียนได้แก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ และบรรณาธิการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ (แล้วแต่กรณี) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ได้ ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
  - 3) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์” ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
6. หลังจากได้รับผลการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิหรือบรรณาธิการครั้งที่สอง กองบรรณาธิการพิจารณาตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนอีกครั้ง โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจแก้ไขข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้ แล้วแต่กรณี

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิ์ในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

## ข้อกำหนดอื่น

---

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วัน นับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมาไม่ได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษา ค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน

## Author's Guidelines

### Preparing Manuscript

---

Manuscripts submitted for consideration to be published by Chulalongkorn University Law Journal must comply with the following requirements:

1. Required information:
  - 1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
  - 2) Author's name, both in Thai and in English.
  - 3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
  - 4) 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 300 words each.
  - 7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.
2. Required Format:
  - 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 inch (2.54 centimeters).
  - 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
  - 5) Use single spacing.
3. Citation Style:
  - 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
  - 2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

โสภณ รัตนากร, *คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7<sup>th</sup> ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9IcI4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCu>

2. (English)

[https://www.chicagomanualofstyle.org/tools\\_citationguide/citation-guide-1.html](https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html)

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.

## Submitting Manuscript

---

1. Chulalongkorn University Law Journal only accepts manuscripts which are submitted through online channel, in accordance with the requirement prescribed by the Thai Citation Index (TCI). Authors can submit their manuscript through the website of the journal using the Thai Journals Online (ThaiJO) system at:  
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. Online submission process
  - 1) Visit the journal website at (readable in both Thai and English, but clicking change-language button at the top right of the website)
  - 2) Registration as members of the ThaiJO System is required before submission.
  - 3) Study the “Author’s Guidelines” carefully and perform preliminary formatting as prescribed by the journal.
  - 4) Submit the manuscript
  - 5) For more information, please visit:  
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

## Review Process

---

The Editorial Board of Chulalongkorn University Law Journal will utilize the following procedure in receiving and reviewing the submitted manuscripts:

1. After the authors have submitted the manuscripts through the online channel, the authors will be informed of the acknowledgment of submission.

2. 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.
3. If the manuscript passes the initial screening, it will undergo reviewing process.
  - 1) Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least three qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.
  - 2) Other manuscripts shall be reviewed by the Editorial Board.
4. Having reviewed the manuscripts, the reviewers or the Editorial Board 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 reviewers for further review.
  - 3) Not accepted for publication.
5. 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 reviewers 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 reviewers (as the case may be) have so agreed.
  - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
6. After receiving the follow-up evaluation from the reviewers, 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.

7. 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 reviewers 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.

## Other Requirements

---

When submitting the manuscripts to be considered for publication, the authors agree, accept, and warrant that:

1. The manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
2. The manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted.
3. The manuscript is original, does not contain plagiarism, and does not infringe any copyright.
4. The Editorial Board reserves 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.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

## จริยธรรมการตีพิมพ์

### หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

---

ผู้เขียนจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ และมีการอ้างอิงอย่างถูกต้อง
2. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ใดมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วัน นับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่ส่อไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
7. แสดงแหล่งสนับสนุนการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ
8. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี)
9. แจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

### หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

---

บรรณาธิการจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารกฎหมาย
2. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นมีคุณภาพ และยินดีที่จะตีพิมพ์การแก้ไขหรือคำอธิบายเพิ่มเติมหากจำเป็น
3. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ และมีมาตรการจัดการการคัดลอก (plagiarism) อย่างเข้มงวด
4. ไม่ตีพิมพ์ผลงานที่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่อื่นมาแล้ว
5. ดำเนินการในลักษณะที่เป็นธรรม เป็นกลาง ไม่ชักช้า ไม่เลือกปฏิบัติบนฐานของสถาบันที่สังกัด เพศ เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน
6. รับรองว่าจะไม่มีการขัดผลประโยชน์ (conflicts of interest)
7. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้เขียนเกี่ยวกับการส่งผลงาน
8. แจ้งผู้เขียนเกี่ยวกับความคืบหน้าการพิจารณาอย่างต่อเนื่อง

9. รักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของผู้เขียนและผู้ประเมินในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาประเมินแบบลับ (double-blinded peer review)
10. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้ประเมินเกี่ยวกับการประเมินผลงาน
11. ตัดสินใจตีพิมพ์ผลงานในวารสารกฎหมาย บนฐานของคุณภาพผลงานและความเหมาะสม โดยไม่มีเหตุแทรกแซงจากภายนอก
12. จัดให้มีคำอธิบายกระบวนการพิจารณาผลงาน และสามารถให้เหตุผลได้หากมีการดำเนินงานขั้นตอนใดที่ไม่ตรงตามคำอธิบาย

## หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

---

### ผู้ประเมินจะต้อง

1. มุ่งมั่นที่จะพัฒนาคุณภาพของผลงานด้วยความระมัดระวัง อดวิสัย และรวดเร็ว
2. หลีกเลี่ยงการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสม ไม่สุภาพ หรือไม่ให้เกียรติ ในการประเมินผลงาน
3. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี) และปฏิเสธไม่ประเมินผลงานนั้น ๆ
4. ไม่เผยแพร่ข้อมูลใด ๆ ในผลงานที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาประเมิน
5. แจ้งบรรณาธิการหากสงสัยว่าผลงานที่ตนประเมินนั้นมีการคัดลอก (plagiarism)

## Publication Ethics

### Responsibilities of Authors

---

Authors must:

1. Certify that their submitted manuscript is original with proper citation to avoid plagiarism.
2. Certify that their submitted manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
3. Certify that their submitted manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted and the listing of authors should be jointly determined and accurately reflect who carried out the research and wrote the article.
4. Present only true fact.
5. Submit the manuscript in accordance with the prescribed format.
6. Ensure that the manuscript does not contain any libelous matter or infringe any copyright or other intellectual property rights or any other rights of any third party.
7. Declare the source of funding or support in the completion of the manuscript.
8. Declare any potential conflicts of interest, if any.
9. Inform the Editor-in-Chief or publisher of any significant error in their published manuscript.

### Responsibilities of the Editor-in-Chief

---

The Editor-in-Chief must:

1. Ensure that the published manuscripts are in line with the aim and scope of Chulalongkorn University Law Journal.
2. Ensure the quality of the published manuscripts with willingness to publish corrections and clarifications when required.
3. Ensure that no published manuscripts infringe copyrights and measures against plagiarism be taken seriously.
4. Not publish manuscripts that have already been published elsewhere.

5. Act in a fair, balanced manner when carrying out his/her duties, without discrimination based on institutional affiliation, gender, ethnicity, sexual orientation, religious, political beliefs and other comparable grounds.
6. Ensure no conflicts of interests, if any.
7. Provide guidelines for authors regarding the submission of manuscripts.
8. Keep authors informed of the consideration progress.
9. Maintain confidentiality regarding the identify of both authors and reviewers throughout the entire double-blinded consideration period.
10. Provide reviewers with revision guidelines.
11. Make decisions based on quality and suitability for Chulalongkorn University Law Journal without any external interference.
12. Publish the description of peer review process and be able to justify any significant deviation from the described process.

## Responsibilities of Reviewers

---

Reviewers must:

1. Undertake to improve the quality of the manuscript under review with care consideration, objectivity, and in a timely manner.
2. Avoid using improper, inappropriate or disrespectful language for providing review feedback.
3. Declare any potential conflicts of interest, if any, and refuse to review any manuscripts if there are grounds for conflicts of interest.
4. Respect the confidentiality of any information or material contained in the manuscript during the review process.
5. Inform the Editor-in-Chief of any suspected plagiarism.