



วารสารวิชาการ

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๖ ฉบับที่ ๒ มกราคม - มิถุนายน ๒๕๕๙

ISSN 2286 - 6965

Vol.6 No.2 (January - June 2016)

บทความวิจัย

การคุ้มครองแรงงานเด็ก : ศึกษากรณีการทำสัญญาจ้างแรงงานเด็ก

สันทิภัท เวชไพศาลศิลป์ และ ดร.ณัฏฐา ทาศุภบัณฑิต

ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมการรับผลการพนันออนไลน์

อรพิน ปานเกษม

การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว : ศึกษากรณีบริษัทจำกัด

ธานี มะลูลีน

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป

ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ระณีย์ อากาศสุข

เหตุฟ้องหย่า : ศึกษากรณีความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย

ปรัชญา ปัทมศิริรัตน์ และ ดร.สุพล ศรีวิทยา

บทความวิชาการ

ความรับผิดชอบของบุคคลภายนอกนอกเหนือจากพุทธเจ้าละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในสหรัฐอเมริกา

ตรีวิดา เพื่องฟู



วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๖ ฉบับที่ ๒ (มกราคม - มิถุนายน ๒๕๕๙) ISSN 2286-6965

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

18/18 ถนนบางนา - ตราด กิโลเมตร 18 ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540

โทรศัพท์ 0-2312-6300 ต่อ 1689 1690 โทรสาร 0-2312-6419

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฉ่วไถ่กุล

ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร

ประธานหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

คณบดีคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

หัวหน้าบรรณาธิการ

อาจารย์ภัทรพร เย็นบุตร

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.รัชชัย สุวรรณพานิช

รองศาสตราจารย์มาลี สุระเชษฐ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรษา สิงห์สงบ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวิธ กิจกุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรชัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชนินทร์ เพ็ชฌุไพศิษฎ์

อาจารย์ภัทรวดี ชัยน้อย

อาจารย์วุฒิชัย เต็งพงศธร

อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยนเรศวร

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการและเหรียญก

นางวารภรณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการ

นางอิสรา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

ปีการศึกษาละ 2 ฉบับ (มกราคม – มิถุนายน และ กรกฎาคม – ธันวาคม)

บทความหรือข้อคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารฉบับนี้เป็นวรรณกรรมของผู้เขียน โดยเฉพาะคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ และกองบรรณาธิการไม่มีส่วนรับผิดชอบหรือไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยกับข้อคิดเห็นนั้น แต่ประการใด

พิมพ์ที่ : บริษัท จามจุรีโปรดักส์ จำกัด 26 ถนนพระรามที่ 2 ซอย 83 แขวงสามเต้า เขตบางขุนเทียน กรุงเทพฯ 10150 โทร.02 415 8320-1



สารบัญ

บทความวิจัย

การคุ้มครองแรงงานเด็ก : ศึกษากรณีการทำสัญญาจ้างแรงงานเด็ก สหพันธ์ เวชไพศาลศิลป์ และดร.ญาดา กาศยปนนท์	๕
ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมการโฆษณาการพนันออนไลน์ อรพิน ปานเกษม	๑๕
การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว : ศึกษากรณีบริษัทจำกัด ธานี มะลูลีม	๒๗
ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ระณัชย์ อาทรรุระสุข	๔๕
เหตุฟ้องหย่า : ศึกษากรณีความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย ปรัชญา นำศรีรัตน์ และดร.สุรพล ศรีวิทยา	๗๑

บทความวิชาการ

ความรับผิดชอบของบุคคลภายนอกนอกเหนือจากผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ โดยตรงในสหรัฐอเมริกา ตริวิดา เฟื่องฟู	๘๕
---	----

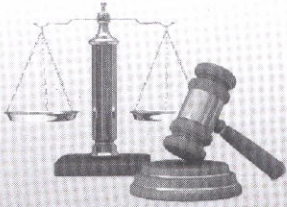


บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ก็ได้ดำเนินการมาถึงปีที่ 6 ฉบับที่ 2 แล้ว โดยได้อยู่ในกลุ่มที่ 2 ของฐานข้อมูล TCI (Thai-Journal Citation Index Centre) ซึ่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติได้รวบรวมบทความด้านกฎหมายที่มีคุณค่าของผู้ทรงคุณวุฒิหรือบุคคลภายนอกและคณาจารย์ประจำ อันประกอบไปด้วยบทความที่น่าสนใจยิ่ง เช่น บทความวิจัยเรื่อง การคุ้มครองแรงงานเด็ก : ศึกษากรณีการทำสัญญาจ้างแรงงานเด็ก ซึ่งนำเสนอให้เห็นถึงกลไกการคุ้มครองผู้อ่อนแอกว่าทางสังคมที่ยังจำเป็นต้องพัฒนาเพื่อลดความเหลื่อมล้ำทางสังคม บทความปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมการโฆษณาการพนันออนไลน์ ที่มีมุมมองทันสมัย เป็นต้น อีกทั้งยังมีบทความวิชาการ ได้แก่ ความรับผิดชอบของบุคคลภายนอก นอกเหนือจากผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในสหรัฐอเมริกา ที่ได้ให้ข้อความคิดเชิงเปรียบเทียบไว้อย่างแยบยลถึงผลกระทบต่อการใช้และการตีความกฎหมายในต่างประเทศ

กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิคณาจารย์ที่สนับสนุนบทความมาโดยตลอดและขอขอบคุณผู้ส่งบทความมาร่วมเผยแพร่ในครั้งนี้ อนึ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญชวนผู้สนใจส่งบทความตีพิมพ์ที่วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ในฉบับต่อไป เพื่อพัฒนางานวิชาการและเผยแพร่ความรู้นิติศาสตร์ อันเป็นประโยชน์ต่อนักศึกษา คณาจารย์ และประชาชนทั่วไป ซึ่งคณะจะจัดพิมพ์วารสารวิชาการเผยแพร่ปีการศึกษาละ 2 ฉบับ โดยสามารถติดต่อสอบถามได้ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ 0-2312-6300 ต่อ 1689 หรือ 1690

ภัทรพร เย็นบุตร
บรรณาธิการ



การคุ้มครองแรงงานเด็ก : ศึกษากรณีการทำสัญญาจ้างแรงงานเด็ก (Child Labour Protection : A Case Study on Contract of Employment)

สหนันท์ เวชไพศาลศิลป์ *

ดร. ญาดา กาศยปนนท์ **

บทคัดย่อ

ปัจจุบันประเทศไทยได้บัญญัติการคุ้มครองแรงงานเด็กไว้ในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ หมวด ๔ การใช้แรงงานเด็ก ตั้งแต่มาตรา ๔๔ ถึง มาตรา ๕๒ และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓ เอกเทศสัญญา ลักษณะ ๖ สัญญาจ้างแรงงาน ตั้งแต่มาตรา ๕๗๕ ถึง มาตรา ๕๘๖ เป็นต้น แต่เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวนี้ยังมีความบกพร่องของตัวบทกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานเด็กที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะความเป็นจริงตามสภาพการณ์ในปัจจุบัน

การคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ เปรียบเทียบกับมาตรฐานองค์การแรงงานระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศนั้นบางส่วนมีความสอดคล้องกับมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศแต่ก็ยังมีบางส่วนที่ยังไม่สอดคล้องกับมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อหามาตรฐานคุ้มครองแรงงานเด็กที่เหมาะสมและจะนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองแรงงานเด็กของประเทศไทย พร้อมเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการแก้ไขปัญหาของการใช้แรงงานเด็ก เพื่อหามาตรการแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายแรงงานเด็กให้มีประสิทธิภาพสำหรับประเทศไทยในอนาคต

คำสำคัญ : แรงงานเด็ก สัญญาจ้างแรงงาน

Abstract

At present, Thailand has provided the child labor protection in Section ๔: Child Labor Protection of Labor Protection Act B.E. ๒๕๔๑ and in Section ๔๔ to Section ๕๒ of Civil and Commercial Code, Book ๓, Specific Contract, Type ๖: Employment

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

**ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



Contract from Section ๕๗๕ to Section ๕๗๖. However, due to ineffective enforcement of the child labor protection which is not consistent with the status quo.

According to the result of the study, it has been found that, compared with the international labor standards of ILO, the enforcement of child labor protection according to Labor Protection Act B.E. ๒๕๔๑ is partly consistent to the international standards, while part of it is not consistent to the international standards and international laws. In order to find appropriate measures to protect child workers and to be a development approach for child labor protection law in Thailand and to suggest an appropriate approach for solving child labor problems and measures or additional provisions to be added in the child labor protection effectively in Thailand in the future

Keywords : child labor, Contract of Employment

๑. บทนำ

สำหรับประเทศไทยก็มีการใช้แรงงานเด็กมาเป็นเวลานานแล้วแต่ในอดีตยังไม่มีปัญหาการใช้แรงงานเด็กมากเหมือนในปัจจุบันเนื่องจากสมัยก่อนส่วนใหญ่เป็นการทำงานในภาคเกษตรกรรม ลักษณะงานเป็นไปตามความสามารถของเด็กโดยอยู่ในความดูแลของคนในครอบครัวเว้นแต่ในกรณีที่เด็กถูกขายไปเป็นทาสในสมัยที่ยังมีการใช้แรงงานทาส จนกระทั่งถึงยุคอุตสาหกรรมได้เข้ามามีอิทธิพลในประเทศไทย โดยเฉพาะความยากจนเป็นเหตุผลที่สำคัญในการผลักดันให้เด็กต้องเข้าสู่ตลาดแรงงานในภาคอุตสาหกรรม ก่อนวัยอันสมควรจนก่อให้เกิดปัญหาและผลกระทบจากการใช้แรงงานเด็กตามมามากมายหลายรูปแบบ เช่น ปัญหาการทำงานของแรงงานเด็กที่ถูกนายจ้างเอารัดเอาเปรียบอย่างไม่เป็นธรรมหลายประการ เป็นต้น

ปัจจุบันประเทศไทยได้บัญญัติการคุ้มครองแรงงานเด็กไว้ในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ หมวด ๔ การใช้แรงงานเด็ก ตั้งแต่มาตรา ๔๔ ถึง มาตรา ๕๒ และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓ เอกเทศสัญญา ลักษณะ ๖ สัญญาจ้างแรงงาน ตั้งแต่มาตรา ๕๗๕ ถึงมาตรา ๕๗๖ เป็นต้น แต่เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวนั้นยังมีความบกพร่องของตัวบทกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานเด็กที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะความเป็นจริงตามสภาพการณ์ในปัจจุบัน เพื่อให้การคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กเป็นไปอย่างเหมาะสมไม่ก่อให้เกิดปัญหาและผลกระทบตามมา จึงต้องมีมาตรการทางกฎหมายเข้ามาคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กที่มีลักษณะพิเศษขึ้น และมาตรการต่างๆ ที่ใช้ในการคุ้มครองแรงงานเด็กที่สำคัญนั้นมีหลายประการ เช่น

๑) การกำหนดเพื่อคุ้มครองเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานของลูกจ้างเด็ก กล่าวคือ ประเทศไทยยังไม่มีกำหนดในกฎหมายให้การทำสัญญาจ้างแรงงานเด็กต้องทำเป็นหนังสือ รวมทั้งไม่มีการกำหนดรายละเอียดในสัญญาสำหรับลูกจ้างเด็กเป็นการเฉพาะ ซึ่งอาจทำให้ลูกจ้างเด็กถูกนายจ้างเอารัดเอาเปรียบได้โดยง่ายเพราะเมื่อไม่มีการกำหนดให้มีหลักฐานการจ้างลูกจ้างที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือทำเป็นหนังสือ



๒) ประเภทของงานอันตรายที่ห้ามมิให้แรงงานเด็กทำงาน^{*} ยังมีความบกพร่องในการบังคับใช้ เนื่องจากยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กในงานที่มีลักษณะเป็นอันตรายได้ทุกกรณี

๓) การกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับการใช้แรงงานเด็กในงานอันตราย (Minimum Age and Hazardous Child Labour) กล่าวคือ ลูกจ้างที่มีอายุมากกว่า ๑๕ ปีขึ้นไป แต่ไม่เกิน ๑๘ ปีบริบูรณ์ ได้รับการพิจารณาว่าเป็นกลุ่มที่มีความเปราะบางและความเสี่ยง เป็นผลให้แรงงานเด็กไม่ควรเกี่ยวข้องกับงานอันตราย โดยการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization/ILO) และกฎหมายของต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็ก เป็นต้น เนื่องจากกฎหมายต่างประเทศเหล่านี้มีการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กที่ครอบคลุมรอบด้าน และทันสมัยกว่ากฎหมายของประเทศไทยในประเด็นปัญหามุ่งศึกษา

ดังนั้น โดยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษา วิเคราะห์ สังเคราะห์ ข้อดี-ข้อเสีย ตลอดจนผลกระทบในการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้แรงงานเด็กของไทยว่าเป็นไปตามมาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization/ ILO) หรือไม่ และวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองแรงงานเด็กของต่างประเทศ เพื่อหามาตรฐานคุ้มครองแรงงานเด็กที่เหมาะสมและจะนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองแรงงานเด็กของประเทศไทย พร้อมเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการแก้ไขปัญหาของการใช้แรงงานเด็ก เพื่อหามาตรการแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายแรงงานเด็กให้มีประสิทธิภาพสำหรับประเทศไทยในอนาคต

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

เพื่อศึกษาประวัติ ความหมาย แนวคิด ทฤษฎี วิวัฒนาการในการใช้แรงงานเด็กที่เกี่ยวข้องการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กตามกฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็กและมาตรฐานองค์การแรงงานระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อค้นหามาตรการที่เหมาะสมมาใช้เป็นแนวทางในการออกกฎหมายหรือปรับปรุง แก้ไขกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กของประเทศไทยต่อไปอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมตามมาตรฐานสากล

วิธีดำเนินการวิจัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ เป็นการศึกษา ค้นคว้าและวิเคราะห์ข้อมูลจากหนังสือ บทความ งานวิจัย เอกสารประกอบการสอน เอกสารประกอบการสัมมนา และเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง อนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.๒๕๔๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓ ลักษณะ ๖ สัญญาจ้างแรงงาน บทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศกระทรวงแรงงาน ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

^{*}กฎกระทรวงแรงงาน ฉบับที่ ๖ พ.ศ. ๒๕๔๑ ข้อ ๒.



ปัญหาของงานวิจัย

วิเคราะห์เปรียบเทียบปัญหาการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กตามกฎหมายไทยกับอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อหามาตรการและเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กและเพื่อรองรับการเปิดเขตเศรษฐกิจในกลุ่มประเทศอาเซียนในปี พ.ศ.๒๕๕๕ ซึ่งจะมีการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศต่อไปในอนาคต

๒. แนวคิดการให้ความคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กตามมาตรฐานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศมีดังต่อไปนี้

๒.๑) แนวคิดการคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กในลักษณะงานทั่วไป

๑) อนุสัญญาฉบับที่ ๑๓๘ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่ยอมให้จ้างแรงงานเด็กปี ค.ศ. ๑๙๗๓ (Convention Conceding Minimum Age for Admission to Employment) สำคัญคือกำหนดห้ามจ้างเด็กซึ่งอายุต่ำกว่า ๑๕ ปี หรือยังอยู่ในการศึกษาภาคบังคับทำงานทุกประเภท โดยมีเงื่อนไขยกเว้นสำหรับประเทศซึ่งมีเศรษฐกิจและการจัดระบบการศึกษายังพัฒนาไม่เพียงพอ ในขั้นแรกอาจกำหนดอายุขั้นต่ำเป็น ๑๔ ปี ได้ โดยต้องปรึกษารัฐมนตรีของนายจ้างกับลูกจ้างก่อน ทั้งนี้เพื่อพยายามยกระดับมาตรฐานอายุขั้นต่ำสำหรับงานทุกประเภทว่าต้องไม่ต่ำกว่า ๑๕ ปี โดยมีความมุ่งหมายสูงสุดให้มีการยกเลิกการใช้แรงงานเด็กทุกรูปแบบและเรียกร้องให้ประเทศสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศยกระดับอายุขั้นต่ำของแรงงานเด็กให้สูงขึ้น นอกจากนี้ในมาตรา ๓ ยังได้กำหนดห้ามจ้างเด็กและเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี ในงานชนิดใดชนิดหนึ่งซึ่งโดยลักษณะหรือสภาพแวดล้อมน่าจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ความปลอดภัย หรือศีลธรรม

๒) ข้อแนะนำฉบับที่ ๑๔๖ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่ยอมให้จ้างแรงงานเด็กปี ค.ศ. ๑๙๗๓ (Recommendation Conceding Minimum Age for Admission to Employment) สำคัญคือข้อแนะนำนี้ออกมาเพื่อเสริมและเป็นแนวทางในการยกมาตรฐานอายุขั้นต่ำของแรงงานเด็กให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นในทางปฏิบัติ โดยให้ความสำคัญต่อการวางแผน เพื่อสนองความต้องการของเด็กและเยาวชนในโครงการและนโยบายการพัฒนาประเทศ และให้ความสำคัญต่อการขยายมาตรการที่เกี่ยวข้องกับประเทศต่างๆ ให้กว้างขึ้น โดยมุ่งกำหนดอายุขั้นต่ำให้อยู่ในระดับเดียวกันสำหรับกิจการทางเศรษฐกิจทุกสาขา ประเทศสมาชิกต้องถือเป้าหมายสำคัญเพื่อยกระดับอายุขั้นต่ำให้ถึง ๑๖ ปี สำหรับงานทุกประเภท ประเทศใดที่ยังกำหนดไว้ต่ำกว่า ๑๕ ปี ก็ต้องมีการเร่งยกระดับอายุให้ถึง ๑๕ ปี โดยเร็ว และสำหรับงานประเภทที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ความปลอดภัย หรือศีลธรรมของเด็ก จะต้องเร่งยกระดับอายุขั้นต่ำให้ถึง ๑๘ ปี นอกจากนี้ยังได้เสนอแนวทางในการกำหนดเงื่อนไขการว่าจ้างเข้าทำงานและแนวทางในการบังคับใช้มาตรการต่างๆ ด้วย

๒.๒) การคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กในลักษณะงานอันตราย

๑) อนุสัญญาฉบับที่ ๑๓๖ ว่าด้วยการป้องกันอันตรายอันเกิดจากพิษของเบนซิน



ปี ค.ศ. ๑๙๗๑ (Convention Conceding Protection against Hazards of Poisoning Arising from Benzene) สารสำคัญคือ ห้ามจ้างเด็กและเยาวชนที่มีอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี ทำงานที่ใกล้ชิดกับสารเบนซิน เว้นแต่เป็นการฝึกหัดงานซึ่งมีผู้เชี่ยวชาญคอยให้คำแนะนำและภาชนะบรรจุเบนซินจะต้องระบุชื่อไว้พร้อมกับเครื่องหมายแสดงอันตรายไว้อย่างชัดเจน

๓. การให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ

๑) เรื่องการกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับงานทั่วไป ตามอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศนั้น อนุสัญญานับแต่ได้กำหนดอายุขั้นต่ำในการทำงานทั่วไปสำหรับเด็กไว้ที่ ๑๕ ปี ต่อมาจึงได้มีการแก้ไขกำหนดให้ลักษณะงานบางประเภทมีอายุขั้นต่ำ ๑๕ ปี โดยเฉพาะงานที่เป็นอันตรายสำหรับเด็กและเยาวชน อาทิเช่น อนุสัญญานับที่ ๕ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำในงานอุตสาหกรรม ค.ศ. ๑๙๑๙ ได้กำหนดอายุขั้นต่ำการใช้แรงงานเด็กไว้ ๑๔ ปี โดยมีข้อยกเว้นว่าหากเป็นสถานประกอบการของสมาชิกในครอบครัวเดียวกันกับเด็ก แต่ต่อมาได้มีอนุสัญญานับที่ ๕๙ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำในงานอุตสาหกรรม ค.ศ. ๑๙๓๗ ออกมาขจัดการฐานอายุขั้นต่ำในการใช้แรงงานเด็กในงานอุตสาหกรรมเป็น ๑๕ ปี และยังขยายคำจำกัดความของสถานประกอบการอุตสาหกรรมให้รวมถึงการระเบิดหิน อุตสาหกรรมการผลิต การก่อสร้างและการขนส่ง ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๗๓ ได้มีอนุสัญญานับใหม่คืออนุสัญญานับที่ ๑๓๘ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้จ้างงานได้ ค.ศ. ๑๙๘๗ ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของการใช้แรงงานเด็กในลักษณะงานทั่วไปทุกประเภทไว้ต้องมีอายุขั้นต่ำ ๑๕ ปี ถือเป็นการรวบรวมข้อกำหนดเกี่ยวกับอายุขั้นต่ำจากอนุสัญญาต่างๆ ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นสำหรับงานเบา (Work Light) ที่กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ ๑๓-๑๔ ปี แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขเพิ่มเติมที่กำหนดไว้

การกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับงานอันตราย ประเภทของงานอันตรายสำหรับแรงงานเด็กตามอนุสัญญานับที่ ๗ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำในการทำงานในกิจกรรมทางทะเล ค.ศ. ๑๙๒๐ และอนุสัญญานับที่ ๕๘ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำในการทำงานในงานทางทะเล ค.ศ. ๑๙๓๖ โดยห้ามมิให้จ้างเด็กอายุต่ำกว่า ๑๕ ปีทำงานทางทะเล อนุสัญญานับที่ ๑๓ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำในงานที่ใช้สารตะกั่วในงานทาสี ค.ศ. ๑๙๒๑ ห้ามมิให้จ้างเด็กอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี ทำงานเกี่ยวกับการใช้สารตะกั่วในงานทาสี อนุสัญญานับที่ ๑๒๓ ว่าด้วยอายุขั้นต่ำสำหรับการทำงานในเหมืองแร่ ค.ศ. ๑๙๖๕ ห้ามมิให้จ้างเด็กอายุต่ำกว่า ๑๖ ปี ทำงานในเหมืองใต้ดิน อนุสัญญานับที่ ๑๓๖ ว่าด้วยการป้องกันอันตรายอันเกิดจากพิษของเบนซิน ค.ศ. ๑๙๗๑ ห้ามมิให้จ้างสตรีและเด็กอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี ทำงานเกี่ยวโยงหรือใกล้ชิดกับผลิตภัณฑ์ซึ่งมีสารเบนซินผสมอยู่ และนับที่ ๑๘๒ ว่าด้วยการจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก ค.ศ. ๑๙๘๙

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดอายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้แรงงานเด็กทำงานที่มีลักษณะอันตรายตามอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศนั้นคือ ๑๕ ปี ข้อยกเว้นสำหรับงานเบา (Work Light) ที่กำหนดอายุขั้นต่ำไว้ที่ ๑๓-๑๔ ปี แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขเพิ่มเติมที่กำหนดไว้

๒) สำหรับประเภทงานอันตรายประเภทของงานอันตรายนี้้องค์การแรงงานระหว่างประเทศ อนุสัญญานับที่ ๑๓๖ ว่าด้วยการทำงานใกล้ชิดกับสารเบนซิน และห้ามมิให้นายจ้างจ้างเด็กทำงานใน



ลักษณะที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ เป็นอนุสัญญาที่มุ่งให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กเพื่อไม่ให้แรงงานเด็กต้องได้รับอันตรายจากสารเบนซินเนื่องจากสารเบนซินมีอันตรายโดยตรงต่อระบบทางเดินหายใจและสุขภาพของแรงงานเด็ก ตลอดจนงานในสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงซึ่งงานในลักษณะนี้จะต้องมีการสัมผัสหรือได้รับไอระเหยจากสารเบนซินหรือน้ำมันต่าง ๆ ตลอดระยะเวลาที่ทำงาน

๓) สำหรับการทำสัญญาจ้างแรงงานเด็กเป็นหนังสือนั้นองค์การแรงงานระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดไว้ในข้อแนะนำหรืออนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศฉบับใด เนื่องจากหลักการพื้นฐานของการเกิดสัญญาอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา ซึ่งถือเป็นหลักการสากลที่ทุกประเทศให้การยอมรับและปฏิบัติตาม แต่หากองค์การแรงงานระหว่างประเทศกำหนดกรณีการทำสัญญาจ้างแรงงานเด็กต้องทำเป็นหนังสือยังจะเป็นการเพิ่มความคุ้มครองให้กับแรงงานเด็ก ดังเจตนารมณ์ของการกำหนดข้อแนะนำหรืออนุสัญญาที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศกำหนดขึ้นเพื่อมุ่งให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กเป็นการเฉพาะยิ่ง

การให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กตามกฎหมายต่างประเทศ

๑) การกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับงานทั่วไปและงานอันตรายการกำหนดอายุขั้นต่ำในการคุ้มครองแรงงานเด็กของต่างประเทศยังถือว่าประเทศไทยมีพัฒนาการด้านการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กเรื่องเกณฑ์อายุขั้นต่ำที่ดีกว่า แต่การให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กเรื่องอายุขั้นต่ำนั้นของต่างประเทศ เช่น ประเทศมาเลเซียที่ได้กำหนดอายุขั้นต่ำของแรงงานเด็ก และแรงงานเยาว์ โดยเฉพาะ และยังมีบางประเทศที่กำหนดอายุขั้นต่ำของแรงงานเด็กต่ำกว่าที่ประเทศไทยกำหนดไว้ เช่น ประเทศสิงคโปร์ประเทศบรูไน ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศมาเลเซีย และประเทศอินเดีย สำหรับประเทศที่กำหนดอายุขั้นต่ำของแรงงานทั่วไปไว้ที่ ๑๕ ปี เช่น ประเทศเวียดนาม ประเทศลาว ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศกัมพูชา และประเทศญี่ปุ่น

๒) ประเภทของงานอันตรายสำหรับแรงงานเด็กตามกฎหมายต่างประเทศกำหนดนั้นไม่ได้กำหนดห้ามแรงงานเด็กที่ต้องทำงานใกล้ชิดกับสารเบนซินเป็นงานที่มีลักษณะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของแรงงานเด็ก โดยส่วนมากกำหนดห้ามทำงานที่ไม่ปลอดภัยอันอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัย เมื่อพิจารณาแล้วการที่อนุญาตให้แรงงานเด็กทำงานใกล้สารเบนซินนั้นย่อมเป็นงานที่อันตรายต่อสุขภาพของแรงงานเด็กตามที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ ๑๓๖ เพื่อมุ่งคุ้มครองคนที่ทำงานใกล้ชิดกับสารเบนซินหรือผลิตภัณฑ์ที่บรรจุสารเบนซิน โดยกำหนดห้ามมิให้นายจ้างจ้างเด็กที่มีอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี ทำงานใกล้ชิดกับสารเบนซินหรือผลิตภัณฑ์ที่บรรจุสารเบนซิน ซึ่งอนุสัญญาฉบับที่ ๑๓๖ นี้ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน ซึ่งการกำหนดประเภทของงานอันตรายสำหรับเด็กตามกฎหมายต่างประเทศพบว่า ลักษณะงานที่แต่ละประเทศกำหนดห้ามมิให้แรงงานเด็กทำจะเป็นงานที่มีลักษณะอันตราย ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน คือ ประเภทงานที่ต้องใช้ประสพการณ์ในการทำงาน เช่น งานที่เกี่ยวกับการสันสะเทือนเป็นประจำ งานในยานพาหนะ งานที่ต้องทำในเรือ เป็นต้น ประเภทงานที่ต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญอย่างยิ่ง เช่น งานที่เกี่ยวกับการประกอบผลิตภัณฑ์เคมี วัตถุระเบิด สารกัมมันตภาพรังสี วัตถุไวไฟ สารพิษต่างๆ เป็นต้น และประเภทงานที่ใช้กำลังแรงกายในการทำงาน เช่น การขุดดำแร่ทุกประเภท งานที่ต้องทำได้น้ำ



ได้ดิน ในอากาศ รวมถึงการทำงานเกี่ยวกับการทำความสะอาดหยอดน้ำมัน ตรวจสอบหรือซ่อมส่วนที่เป็นอันตรายของเครื่องจักร เครื่องยนต์ขณะที่เครื่องจักรหรือเครื่องยนต์กำลังทำงานติดตั้งหรือเคลื่อนย้ายอุปกรณ์ในเครื่องจักรหรือเครื่องยนต์ขณะที่เครื่องจักรหรือเครื่องยนต์นั้นกำลังทำงาน เดินเครื่องปั่นจั่น ด้วยกำลังตนเอง งานอันตรายอื่นๆ ที่กำหนดไว้ งานของหนักที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นต้น

๓) ชั่วโมงการทำงานสำหรับแรงงานเด็กสำหรับการคุ้มครองแรงงานเด็กตามกฎหมายต่างประเทศนั้นมีการกำหนดเวลาสำหรับแรงงานเด็กไว้โดยเฉพาะ เช่น สำหรับประเทศเวียดนามกำหนดให้ชั่วโมงทำงานของแรงงานเด็กไม่เกินวันละ ๗ ชั่วโมง ประเทศลาวกำหนดไว้ไม่เกิน ๖ ชั่วโมงต่อวัน สำหรับประเทศอินเดียห้ามไม่ให้แรงงานเด็กทำงานเกิน ๖ ชั่วโมงครึ่งใน ๑ วัน ประเทศอินโดนีเซียกำหนดให้ชั่วโมงทำงานของแรงงานเด็กไม่เกินวันละ ๗ ชั่วโมงต่อวัน ประเทศมาเลเซียกำหนดให้ชั่วโมงทำงานของแรงงานเด็กไม่เกินวันละสำหรับแรงงานเด็ก ๖ ชั่วโมงต่อวันและกำหนดให้ชั่วโมงทำงานของแรงงานเด็กไม่เกินวันละ สำหรับแรงงานผู้เยาว์ ๗ ชั่วโมงต่อวันประเทศญี่ปุ่นกำหนดให้ชั่วโมงทำงานของแรงงานเด็กไม่เกินวันละ ๗ ชั่วโมงต่อวัน เป็นต้น

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายต่างประเทศในเรื่องการกำหนดชั่วโมงการทำงานสำหรับแรงงานเด็กนั้นมีการบัญญัติให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งจะทำให้แรงงานเด็กเหล่านั้นได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายได้ทำงานที่มีความเหมาะสมตามวัย มีเวลาพักผ่อนที่ชัดเจน ทำให้แรงงานเด็กรู้สึกถึงคุณค่าในตัวเองจากการทำงานที่ไม่ต้องตรากตรำมากเกินไป เมื่อแรงงานเด็กเจริญเติบโตเป็นแรงงานผู้ใหญ่ก็จะกลายเป็นแรงงานที่มีคุณภาพมีความสามารถสูงในการทำงานอันเป็นกำลังสำคัญอย่างยิ่งและประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศต่อไป

๔) การทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นหนังสือกับแรงงานเด็กนั้นประเทศจีนได้การบัญญัติให้ต้องมีการจัดทำสัญญาจ้างลายลักษณ์อักษร(หนังสือ) โดยการจ้างแรงงานจะต้องทำเป็นหนังสือและการจัดทำหรือแก้ไขสัญญาจ้างแรงงานจะต้องเป็นไปตามหลักการของความเท่าเทียม ความสมัครใจ โดยมีการปรึกษาหารือและจะต้องไม่ขัดกับหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ ทั้งนี้ ส่วนรายละเอียดในสัญญาจ้างแรงงาน ต้องมีดังต่อไปนี้

- ๑) การจ่ายค่าจ้าง
- ๒) ชั่วโมงการทำงาน
- ๓) การพักผ่อน
- ๔) วันหยุด
- ๕) ความปลอดภัยในการทำงาน/สุขภาพ
- ๖) ประกันสังคมหรือสวัสดิการสังคม

โดยแบบของสัญญาจ้างแรงงานต้องได้รับการตรวจสอบจากสหภาพแรงงาน องค์การนายจ้าง เจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้อง จึงจะสามารถนำไปใช้บังคับได้ เพื่อป้องกันปัญหาการตีความหากเกิดข้อพิพาท



ด้านแรงงานในภายหลัง แต่กฎหมายของประเทศจีนกำหนดให้สัญญาจ้างแรงงานต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรนี้ใช้บังคับกับลูกจ้างทุกคนทั่วไปประเทศเพื่อลดปัญหาด้านแรงงานอย่างหนึ่งเนื่องจากประเทศจีนเป็นประเทศที่มีกำลังแรงงานเป็นจำนวนมาก

๔. การให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กตามกฎหมายไทย

๑) การกำหนดอายุขั้นต่ำสำหรับงานทั่วไป กรณีที่นายจ้างต้องการจ้างเด็กเข้าทำงานเป็นลูกจ้าง เด็กนั้นจะต้องอายุตั้งแต่ ๑๕ ปี บริบูรณ์ขึ้นไป ซึ่งลูกจ้างเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน ก็หมายถึงลูกจ้างซึ่งมีอายุตั้งแต่ ๑๕ ปีบริบูรณ์ขึ้นไป แต่ยังไม่ครบ ๑๕ ปี หรืออายุต่ำกว่า ๑๕ ปี กฎหมายไม่ต้องการให้นายจ้างเอาเปรียบกดขี่แรงงานโดยเฉพาะอย่างยิ่งลูกจ้างเด็ก จึงได้กำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่เป็นพิเศษเกี่ยวกับการจ้างลูกจ้างเด็ก เพื่อให้พนักงานตรวจแรงงานได้รับรู้เกี่ยวกับการจ้างแรงงานเด็ก สภาพการจ้างแรงงานเด็ก และเพื่อคุ้มครองเด็กเมื่อมีความสิ้นสุดของสัญญาจ้างแรงงาน กรณีจ้างเด็กเข้าทำงาน ซึ่งหน้าที่พิเศษดังกล่าวของนายจ้างมี ๓ ประการ ดังต่อไปนี้

(๑) การแจ้งการจ้างเด็กนายจ้างต้องแจ้งการจ้างลูกจ้างเด็กต่อพนักงานตรวจแรงงานภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่เด็กเข้าทำงาน

(๒) การจัดทำบันทึกสภาพการจ้างกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมนายจ้างต้องจัดทำบันทึกสภาพการจ้างกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเก็บไว้ ณ สถานที่ประกอบกิจการหรือสำนักงานของนายจ้าง เพื่อพร้อมที่จะให้พนักงานตรวจแรงงานตรวจได้ในเวลาทำการ

(๓) การแจ้งการสิ้นสุดการจ้างลูกจ้างเด็กนายจ้างต้องแจ้งการสิ้นสุดการจ้างลูกจ้างเด็กต่อพนักงานตรวจแรงงานภายใน ๗ วันนับแต่วันที่เด็กออกจากงาน

๒) ประเภทของงานอันตรายสำหรับแรงงานเด็กกฎหมายห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างเด็กทำงานที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือร่างกายของเด็กอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(๑) งานหลอม เป่า หล่อ หรือรีดโลหะ

(๒) งานปั๊มโลหะ

(๓) งานเกี่ยวกับความร้อน ความเย็น ความสั่นสะเทือน เสียง และแสงที่มีระดับแตกต่างจากปกติ อันอาจเป็นอันตราย ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๔) งานเกี่ยวกับสารเคมีที่เป็นอันตรายตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๕) งานเกี่ยวกับจุลชีวันเป็นพิษซึ่งอาจเป็นเชื้อไวรัส แบคทีเรีย รา หรือเชื้ออื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๖) งานเกี่ยวกับวัตถุมีพิษ วัตถุระเบิด หรือวัตถุไวไฟ เว้นแต่งานในสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๗) งานขับหรือบังคับรถยกหรือปั้นจั่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๘) งานใช้เลื่อยเดินด้วยพลังไฟฟ้าหรือเครื่องยนต์



- (๕) งานที่ต้องทำไต่ดิน ไตน้ำ ในถ้ำ อุโมงค์หรือปล่องในภูเขา
- (๑๐) งานเกี่ยวกับกัมมันตภาพรังสีตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (๑๑) งานทำความสะอาดเครื่องจักรหรือเครื่องยนต์ขณะที่เครื่องจักรหรือเครื่องยนต์กำลังทำงาน
- (๑๒) งานที่ต้องทำบนนั่งร้านที่สูงกว่าพื้นดินตั้งแต่ ๑๐ เมตรขึ้นไป
- (๑๓) งานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (ยังไม่มีข้อกำหนดงานอื่นเพิ่มเติม)

๓) ชั่วโมงการทำงานสำหรับแรงงานเด็กกฎหมายคุ้มครองแรงงานไทยไม่ได้บัญญัติให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กไว้เป็นกรณีพิเศษไว้แต่กำหนดให้นายจ้างต้องจัดให้ลูกจ้างเด็กมีเวลาพักระหว่างการทำงานไม่น้อยกว่าวันละ ๑ ชั่วโมงติดต่อกัน หลังจากที่ลูกจ้างเด็กทำงานมาแล้วไม่เกิน ๔ ชั่วโมง โดยเวลาพักที่นายจ้างกำหนดให้นั้นต้องอยู่ในระหว่าง ๔ ชั่วโมงนั้นด้วย

(๑) การทำงานยามวิกาล วัยเด็กเป็นวัยที่ร่างกายกำลังพัฒนาเจริญเติบโต ร่างกายของเด็กจึงมีความต้องการพักผ่อนนอนหลับให้มากเพียงพอโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงเวลากลางคืน กฎหมายจึงห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างเด็กทำงานในช่วงระหว่างเวลา ๒๒.๐๐ น. ถึง ๐๖.๐๐ น. เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากอธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย และการให้ลูกจ้างเด็กซึ่งเป็นผู้แสดงภาพยนตร์ ละคร หรือการแสดงอย่างอื่นที่คล้ายคลึงกันทำงานในช่วงระหว่างเวลาดังกล่าว นายจ้างก็ต้องจัดให้ลูกจ้างเด็กนั้นได้พักผ่อนตามสมควรด้วย (มาตรา ๔๗)^๒

(๒) การห้ามใช้แรงงานเด็กทำงานล่วงเวลาและทำงานในวันหยุด ด้วยเหตุผลเช่นเดียวกับกรณีที่กฎหมายกำหนดคุ้มครองเกี่ยวกับการทำงานยามวิกาล กฎหมายจึงได้กฎหมายห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างเด็กทำงานล่วงเวลา หรือทำงานในวันหยุดด้วย

๓) การทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นหนังสือกับแรงงานเด็กนั้นประเทศไทยไม่ได้บังคับให้การทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นหนังสือ ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องนำหลักการทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นหนังสือมาบังคับใช้กับลูกจ้างเด็ก เพื่อลูกจ้างเด็กจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากยิ่งขึ้นเพราะลูกจ้างเด็กเหล่านี้ถือกำลังสำคัญในการพัฒนาประเทศไทยในอนาคตและเนื่องจากลูกจ้างเด็กยังมีความอ่อนเยาว์ไม่มีประสบการณ์และอำนาจไปต่อรองกับนายจ้างมีโอกาสนายจ้างจะเอารัดเอาเปรียบลูกจ้างเด็กเพื่อประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจของนายจ้าง ซึ่งเป็นการพัฒนา รักษาคุณภาพของแรงงานประเทศไทยในอนาคต หากแรงงานเด็กได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสม เป็นธรรมตั้งแต่เริ่มต้นเข้าสู่ตลาดแรงงาน

๕. ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้นผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

๑) การกำหนดอายุขั้นต่ำของแรงงานเด็กสำหรับงานทั่วไปควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๔๔ ของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ โดยกำหนดให้แรงงานเด็กที่มีอายุตั้งแต่ ๑๓ ปี แต่ไม่ถึง

^๒กรณีนายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๔๗ มีระวางโทษเช่นเดียวกับการฝ่าฝืนมาตรา ๔๖ (มาตรา ๑๔๔ วรรค ๑)



๑๕ ปี สามารถทำงานที่มีความเหมาะสมและงานนั้นต้องไม่กระทบต่อการศึกษา โดยมีลักษณะเป็นงานเบาหรือเป็นงานที่เป็นประโยชน์กับตัวแรงงานเด็ก

๒) การกำหนดประเภทงานอันตรายสำหรับแรงงานเด็กควรกำหนดให้สถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงเป็นงานอันตรายที่ห้ามเด็กอายุต่ำกว่า ๑๘ ปี ทำงาน โดยควรศึกษารายละเอียดทางวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจนแล้วจึงไปกำหนดว่างานประเภทนั้นเป็นอันตรายต่อสุขภาพเด็ก และควรกำหนดปริมาณของสารเคมีที่จะก่อให้เกิดอันตรายแก่แรงงานเด็ก เพื่อให้เกิดความชัดเจนและไม่เป็นการปิดกั้นโอกาสในการทำงานของแรงงานเด็กเกินไป

๓) การกำหนดชั่วโมงทำงานสำหรับแรงงานเด็ก ควรกำหนดชั่วโมงทำงานของแรงงานเด็กเป็นพิเศษ

๔) การทำสัญญาจ้างแรงงานเด็กเป็นหนังสือ โดยกำหนดให้มีการทำสัญญาจ้างแรงงานสำหรับแรงงานเด็กต้องทำเป็นหนังสือ เมื่อมีการบังคับให้ทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นหนังสือนั้นจะต้องมีรายละเอียดที่ครอบคลุม ชัดเจน แน่นนอน

บรรณานุกรม

เกษมสันต์ วิลาวรรณ, *กฎหมายแรงงาน (รวมคำบรรยาย)*, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษา

กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พิมพ์ครั้งที่ ๕, ๒๕๔๑)

เกษมสันต์ วิลาวรรณ, *คำอธิบายกฎหมายแรงงาน* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๒๐, ๒๕๕๖)

นิคม จันทรวิฑูร, *ประเทศไทยกับประมวลกฎหมายแรงงานระหว่างประเทศ,*

(กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๑)

International Labour organization. (๑๙๘๗) .Labour Protective Law in Asean.

James Adum. (๒๐๐๖). Children's Work in Cambodia. PP.II.

Unicef. (๒๐๑๒). Situation Analysis of Children in Myanmar.

Labour Law of Lao

Labour Code of Vietnam

Labour Standards Law of Japan

Labor Code of The Philippines

Labour Enactment of Brunei

Labour Standards Law of Japan

Labor Standards Act of Korea



ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุม การโฆษณาการพนันออนไลน์ Legal Problems Related to The Regulation of Online Gambling Advertising

อรพิน ปานเกษม*

บทคัดย่อ

บทความวิจัยฉบับนี้เป็นเนื้อหาส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ชั้นนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายในการควบคุมการโฆษณาการพนันออนไลน์” ซึ่งทำการศึกษาถึงนิยามความหมายตลอดจนรูปแบบและลักษณะต่างๆ ของโฆษณาการพนันออนไลน์ ในปัจจุบัน ควบคู่ไปกับการศึกษาหลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ตามพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. ๒๕๓๘ และบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องตลอดจนอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานต่างๆ ในการควบคุมการโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์ พร้อมทั้งทำการศึกษาร่วมเปรียบเทียบกับกรณีปัญหาที่เคยเกิดขึ้นและกฎหมายของต่างประเทศ

จากการศึกษาทำให้ทราบว่า การโฆษณาการพนันออนไลน์ในปัจจุบันนั้นมิใช่มีแต่เพียงการโฆษณาที่เป็นการเชิญชวนให้เข้าร่วมเล่นพนันหรือเป็นการโฆษณาซึ่งกิจกรรมการพนันต่างๆ ที่มีบริการในเว็บไซต์ อันเป็นความผิดอย่างชัดแจ้งตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการพนันฯ หากแต่การโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์นั้นยังมีการโฆษณาที่เป็นการโฆษณาประชาสัมพันธ์ในรูปแบบของการโฆษณาแฝงหรือการสื่อสารการตลาดในรูปแบบอื่นๆ เพื่อส่งเสริมให้ผู้บริโภคได้รับรู้รับทราบถึงความมีอยู่และมุ่งหวังให้เกิดความจดจำในชื่อของบริษัทหรือชื่อเว็บไซต์ของผู้ประกอบกิจการ โดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย เพราะในพระราชบัญญัติการพนันฯ นั้นมิได้มีการบัญญัติไว้ถึงนิยามของคำว่า “โฆษณา” ว่าต้องเป็นการกระทำแค่ไหนเพียงใด นอกจากนี้บทกำหนดโทษในความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาการพนันนั้นยังมีการกำหนดอัตราโทษไว้ค่อนข้างต่ำจึงทำให้ผู้กระทำความผิดไม่มีความเกรงกลัว ประกอบกับความผิด

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



นี้เป็นความผิดที่ไม่มีผู้เสียหายจึงทำให้เจ้าพนักงานปล่อยปละละเลยไม่สนใจตรวจจับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นเท่าใดนัก

เพื่อให้การควบคุม ป้องกัน และปราบปรามการโฆษณาการพนันออนไลน์เป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะต้องมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการพนันฯ โดยเพิ่มบทนิยามของคำว่า “โฆษณา” เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนและครอบคลุมตามบริบทของสังคมรวมทั้งควรมีการแยกฐานความผิดในการเล่นพนันออนไลน์และการโฆษณาการพนันออนไลน์ออกมาจากฐานความผิดเดิมในมาตรา ๑๒ ด้วย

คำสำคัญ : โฆษณา การพนันออนไลน์

Abstract

This research article based on part of my thesis in Master of Laws (LL.M.) in the National Institute of Development Administration, namely, Legal Problems Related to The Regulation of Online Gambling Advertising. The research was to study on the definition, meaning types and characteristics of online gambling advertising today, including the study on the present regulations and legal measurements in accordance with the Gambling Act (๒๕๓๘ B.E.) and the other related laws, including authorities of related units that control the advertising. In addition, the thesis compared cases relating to the problems which had occurred and foreign laws.

Regarding the study result, it can be demonstrated the online gambling advertising in this day is not only intended to persuade to join or to inform about the gambling activities on the website, which is regarded as offense in accordance with chapter ๑๒ of the Gambling Act, but also to present hidden advertisement the other forms of marketing communication for acknowledge the existence of the company or the website by using the gap of the laws, owing to the fact that the act does not define the limit of the word, “advertisement”. And regulate the penalty about online gambling advertising at a low level so those who commit this kind of act are not afraid. Furthermore, this sort of offense has no victim; consequently, the officers neglect to pursue the case.

To control, to prevent and to suppress online gambling advertising more efficiently the Gambling Act should be amended by adding the definition of the word “advertisement” to be more understandable and to cover social context, including separate between the offense of online gambling and of online gambling advertising from the existing offense in chapter ๑๒.

Keywords : advertising , online gambling



บทนำ

ในทัศนะคตินักวิชาการเกี่ยวกับอาชญาวิทยาได้จัดการพนันไว้เป็นอาชญากรรมพิเศษ (Technical Crime) หมายถึงว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแต่ไม่ได้มีความชั่วร้ายในตัวเอง ดังนั้นหากมีการขออนุญาตรัฐและรัฐได้ให้อนุญาตโดยมีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเป็นภาษีอากรไปก็สามารถที่จะจัดให้มีการเล่นได้ ซึ่งในหลายประเทศก็ได้ใช้ประโยชน์จากการพนันนี้เป็นการหารายได้เข้าประเทศไม่ว่าจะเป็นการเก็บภาษีอากรจากสถานคาสีโน หรือในส่วนของเงินหมุนเวียนจากนักท่องเที่ยวต่างชาติที่เข้าไปเล่นการพนัน แต่เนื่องจากในปัจจุบันนี้ความเจริญก้าวหน้าและวิวัฒนาการในเรื่องเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นไปอย่างรวดเร็วแบบก้าวกระโดด ดังนั้นวิวัฒนาการในส่วนของการพนันเองก็ได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบวิธีการให้แตกต่างไปจากแบบเดิมโดยอาศัยประโยชน์จากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีสารสนเทศในยุคของโลกไร้พรมแดนมาพัฒนาให้เกิดการเล่นพนันแบบใหม่ที่เรียกว่าการพนันออนไลน์ ซึ่งเป็นการใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยีสารสนเทศที่ทันสมัยมาใช้ในการเล่นพนันผ่านระบบอินเทอร์เน็ต^๑

ด้วยความสามารถที่การพนันออนไลน์นั้นเป็นการพนันที่ผู้เล่นสามารถเข้าถึงได้โดยง่ายจากทั่วทุกมุมโลก จึงทำให้ธุรกิจการพนันออนไลน์ได้กลายมาเป็นธุรกิจที่มีรายได้มูลค่าจำนวนมหาศาล จึงทำให้เกิดการแข่งขันเพื่อแย่งชิงฐานส่วนแบ่งของกลุ่มนักพนันซึ่งจะมาเป็นลูกค้าผู้ใช้บริการกันเป็นอย่างมาก และการโฆษณาประชาสัมพันธ์ก็ถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของกลยุทธ์ทางการตลาดที่ผู้ให้บริการในธุรกิจการพนันออนไลน์แต่ละแห่งจะต้องนำมาใช้เพื่อให้เข้าถึง สร้างความคุ้นเคย และเพิ่มความน่าเชื่อถือให้แก่เว็บไซต์ของตน โดยในการแข่งขันฟุตบอลอาชีพในลีกสูงสุดเฉพาะทวีปยุโรปในฤดูกาล ๒๐๐๕-๒๐๑๐ พบว่ากลุ่มธุรกิจที่เข้ามาเป็นสปอนเซอร์คาดหน้าอกเสื้อของสโมสรฟุตบอลต่างๆ นั้นกลุ่มบริษัทรับพนันเป็นกลุ่มธุรกิจที่เข้ามาลงทุนมากที่สุดด้วยมูลค่า ๖๗.๕ ล้านยูโร (ราว ๓,๐๓๗.๕ ล้านบาท) ซึ่งเพิ่มขึ้นจากฤดูกาล ๒๐๐๔-๒๐๐๕ ถึง ๓๖.๑%^๒ โดยเสื้อเหล่านี้ก็จะมีกรรมการนำออกจำหน่ายแก่ประชาชนทั่วไปในหลายประเทศทั่วโลกโดยไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่เพียงในทวีปยุโรปเท่านั้น ซึ่งการที่บริษัทรับพนันเหล่านี้เข้าทำการเป็นสปอนเซอร์คาดหน้าอกเสื้อสโมสรฟุตบอลก็ถือได้ว่าเป็นการโฆษณาแฝงอย่างแนบเนียนประเภทหนึ่งที่สามารถสร้างความน่าเชื่อถือตลอดจนสร้างความคุ้นเคยและสามารถเข้าถึงประชาชนผู้บริโภคให้จดจำชื่อเว็บไซต์ผู้ให้บริการรับพนันนั้นๆ ได้เป็นอย่างดี

สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันได้มีการเปิดลีกฟุตบอลอาชีพที่เรียกว่าไทยแลนด์พรีเมียร์ลีกขึ้นโดยสโมสรฟุตบอลต่างๆ ที่เข้าร่วมในลีกก็ล้วนแต่ต้องการหาสปอนเซอร์มาให้การสนับสนุนในการทำสโมสร รวมถึงการแข่งขันในระดับชิงแชมป์สโมสรนานาชาติในระดับเอเชีย จึงทำให้ผู้เขียนเกิดข้อสงสัยว่าหากมีบริษัทรับพนันออนไลน์ที่ถูกกฎหมายของต่างประเทศสนใจที่จะเข้ามาเป็นผู้สนับสนุนในการแข่งขัน

^๑ชุมพล โลหะชาละ, “คำบรรยายเรื่องการพนันต่าง ๆ ที่ขึ้นสู่ศาล” (๒๕๑๗) ๒๑: ๔ ตุลาคม, ๔, ๑๐.

^๒ สยามกีฬา, บุนเดสลีกาฟุตบอลเงินสปอนเซอร์คอดอกเสื้อมากที่สุด (๒๕ มิถุนายน ๒๕๕๕) สยามกีฬาออนไลน์ ๒๑ เมษายน ๒๕๕๓ <http://www.siamsport.co.th/Sport_Football/๑๐๐๔๒๑_๐๕_๒.html>



กีฬาประเภทต่าง ๆ ที่จัดขึ้นในประเทศไทย หรือกรณีของการที่จะเข้ามาเป็นสปอนเซอร์ไม่ว่าจะเป็นแบบ
ลงโลโก้ที่เสื้อ หรือการขึ้นป้ายโฆษณาข้างสนามแข่งขันของสโมสรฟุตบอลในไทยพรีเมียร์ลีกอย่างที่เคยมี
กรณีเกิดขึ้นมาแล้วจะสามารถทำได้หรือไม่อย่างไรเพราะการโฆษณานั้นเป็นการโฆษณาด้วยวิธีมิใช่
การโฆษณาถึงกิจกรรมการเล่นพนันแต่อย่างใดอีกทั้งการโฆษณาตามพระราชบัญญัติการพนันก็มีได้มีการ
ให้นิยามของคำว่า “โฆษณา” เอาไว้ จึงทำให้ในทางปฏิบัติ พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย
ได้ตีความไปในทำนองที่ว่ากรณีการประชาสัมพันธ์ชื่อเว็บไซต์หรือชื่อบริษัทผู้ให้บริการการพนันออนไลน์
ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้นไม่ถือว่าเป็นการโฆษณาที่เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการพนันฯ ดังที่
พ.ต.อ. ญาณพล ยั่งยืน รองอธิบดีกรมสอบสวนพิเศษ ณ ขณะนั้น ได้ให้ความเห็นไว้เมื่อวันที่ ๕ เมษายน
๒๕๕๔ จากการสัมภาษณ์พิเศษของ ดร. วิษณุ วงศ์สินศิริกุล ว่า “...มันไม่ผิดกฎหมายนะเพราะไม่ได้
บอกหรือพูดอะไรเลยว่าเป็น website รับแทงพนัน”^{๑๑}

ซึ่งหากกรณีการโฆษณาและโฆษณาแฝงต่างๆ เกี่ยวกับเว็บไซต์การพนันออนไลน์ที่ปรากฏขึ้น
ในสังคมไม่ถือเป็นความผิดทางกฎหมายเนื่องจากหลักกฎหมายตามพระราชบัญญัติการพนันฯ นั้นยังคง
พัฒนาไปไม่ถึงและกฎหมายในเรื่องของการโฆษณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคก็ยังคงไม่สามารถ
คุ้มครองประชาชนที่ถูกมอมเมาจากสื่อโฆษณาเหล่านี้ได้อย่างแท้จริง ก็ควรที่จะทำการศึกษาหาช่องทาง
เพื่อสร้างให้เกิดมาตรการทางกฎหมายอย่างใด ๆ อันจะนำมาใช้เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในสังคม
ที่ต้องรับสื่อโฆษณาการพนันออนไลน์เหล่านี้ต่อไป

สำหรับปัญหาอีกประการหนึ่งที่น่าสนใจในกรณีของการโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์ก็คือ
ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย ดังจะเห็นได้ว่าปัจจุบันมีการโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์ที่เป็นการ
โฆษณาชักชวนให้เข้าร่วมกิจกรรมการเล่นพนันอย่างชัดเจนปรากฏสู่ผู้บริโภคในสื่อต่างๆ อย่างหลากหลาย
แต่กลับไม่เคยปรากฏว่ามีกรณีการตรวจจับหรือการบังคับใช้กฎหมายเข้าปราบปรามการกระทำความผิด
ประเภทนี้อย่างจริงจัง ซึ่งในความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า การกระทำความผิดฐานโฆษณานี้สมควรที่จะ
กำหนดให้เป็นปัญหาทางสังคมที่ต้องเร่งดำเนินการปราบปรามยิ่งกว่ากรณีของการเล่นพนันโดยตรง
เนื่องจากการโฆษณานั้นเป็นการกระทำความผิดที่มีการเผยแพร่สู่ผู้บริโภคอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสังคม
ในวงกว้าง ทั้งยังเป็นการมอมเมาและปลูกฝังค่านิยมในการเล่นพนันแก่เด็กและเยาวชนได้โดยง่าย
ในขณะที่การกระทำความผิดในกรณีของการเป็นผู้จัดให้มีการเล่นหรือผู้เข้าเล่นพนันนั้นเป็นการกระทำ
ความผิดที่เกิดขึ้นในกลุ่มคนกลุ่มเล็กๆ เฉพาะเจ้ามือและผู้เล่นเท่านั้น

ในส่วน of ปัญหาประการสุดท้ายที่ผู้เขียนสนใจศึกษา ก็คือบทลงโทษสำหรับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง
กับการโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์ โดยเฉพาะในกรณีของการโฆษณาทางอินเทอร์เน็ตซึ่งมี
ผู้เกี่ยวข้องมากกว่าการโฆษณาผ่านสื่อสารมวลชนทั่วๆ ไปที่ผู้เกี่ยวข้องจะมีเพียงเจ้าของผลิตภัณฑ์

^{๑๑} วิษณุ วงศ์สินศิริกุล, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ “เกมพนันออนไลน์: หายนะเกมพนันที่ต้องควบคุม”

(๑๑ กรกฎาคม ๒๕๕๖) <www.thainhf.org/icgp/autopagev๔/files/dMVXFM๑Sun๓๕๐๓๕.pdf> ๔๘.



ที่ต้องการทำโฆษณาและสื่อผู้เผยแพร่โฆษณา ประกอบกับบทลงโทษตามพระราชบัญญัติการพนันฯ ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันนั้นต้องถือว่ามีโทษที่เล็กน้อยมากเมื่อเทียบกับมูลค่าจำนวนมหาศาลของเม็ดเงินที่หมุนเวียนอยู่ในธุรกิจการพนันออนไลน์นี้ ทำให้การโฆษณาในรูปแบบต่างๆ ยังคงปรากฏให้เห็นได้ทั่วไป เพราะมูลค่าของผลตอบแทนที่ได้รับนั้นคุ้มค่ากับการที่จะเสี่ยงในการกระทำความผิดกฎหมายที่ยังคงไม่มี ความชัดเจนนั่นเอง

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๑. เพื่อศึกษาถึงนิยามความหมายตลอดจนรูปแบบต่างๆ และวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการโฆษณาการพนันออนไลน์
๒. เพื่อศึกษาและค้นหาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบสำหรับการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับการโฆษณาการพนันออนไลน์
๓. เพื่อศึกษาและค้นหาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดบทลงโทษสำหรับการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับการโฆษณาการพนันออนไลน์

วิธีดำเนินงานวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้วิธีวิเคราะห์ข้อมูลที่ศึกษาได้จากตัวบทกฎหมาย หนังสือคำบรรยายกฎหมาย บทความทางวิชาการ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ และเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องตลอดจนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ในเว็บไซต์ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

ผลของการวิจัย

จากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาเว็บไซต์การพนันทั้งของไทยและต่างประเทศทำให้ทราบว่ากฎหมายสำหรับการควบคุมการโฆษณาการพนันออนไลน์นั้นมักจะมีการบัญญัติไว้ควบคู่กับการควบคุมการพนันออนไลน์เป็นส่วนใหญ่ แต่ปรากฏว่ากฎหมายหลักของประเทศไทยที่ใช้อยู่บังคับในกรณีของการโฆษณาเว็บไซต์การพนันนั้นคือพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. ๒๔๗๘ ซึ่งเป็นกฎหมายเก่าที่ตราขึ้นมาตั้งแต่ในสมัยที่ยังไม่มีการพนันออนไลน์เกิดขึ้น อีกทั้งการโฆษณาก็ยังไม่มีวิวัฒนาการและรูปแบบที่หลากหลายอย่างเช่นในปัจจุบัน ทำให้เนื้อหาในพระราชบัญญัติการพนันฯ นั้นไม่ครอบคลุมและขาดความชัดเจนที่จะนำมาบังคับใช้ ซึ่งประเด็นปัญหาต่างๆ นั้น ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ไว้เป็น ๔ ประเด็น ดังนี้

๑. ปัญหานิยามของคำว่า “โฆษณา” ตามพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. ๒๔๗๘

สำหรับในประเทศไทยนั้น กฎหมายหลักที่บังคับควบคุมในเรื่องของการพนันนั้นก็คือพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. ๒๔๗๘ แต่ปรากฏว่าการ “โฆษณา” ซึ่งเป็นหนึ่งในฐานความผิดตาม



มาตรา ๑๒ อันมีความผิดต้องได้รับโทษเช่นเดียวกับการเป็นเจ้ามือหรือเป็นผู้เข้าเล่นพนันนั้น ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัดว่าจะต้องเป็นการแสดงออกหรือการกระทำแค่ไหนเพียงใดจึงจะถือเป็นการประกาศโฆษณา ซึ่งสาเหตุส่วนหนึ่งก็เนื่องมาจากการที่ไม่มีการนิยามศัพท์คำว่า “โฆษณา” เอาไว้ และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติฉบับอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒, พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. ๒๕๕๑ พระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาและมีวัตถุประสงค์ในการควบคุม จำกัด หรือห้ามการโฆษณาด้วยนั้นล้วนแต่มีการกำหนดนิยามของคำว่า “โฆษณา” เอาไว้อย่างชัดเจนเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายโดยไม่ต้องทำการตีความหรือขยายความออกไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย อันจะเป็นการขัดกับหลักของกฎหมายที่มีโทษทางอาญาซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัด

ซึ่งความสำคัญในเรื่องความชัดเจนของกฎหมายสำหรับนิยามความหมายของคำว่า “โฆษณา” นั้น จะพบว่ามีความสำคัญค่อนข้างสูงในทางปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย ดังจะเห็นได้จากกรณีการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ผ่านสื่อโซเชียลมีเดียของบุคคลผู้มีชื่อเสียงที่เกิดขึ้นเมื่อช่วงปลายปี พ.ศ. ๒๕๕๙ ที่ผ่านมา ที่แม้ว่าโดยตัวพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ฯ นั้นจะได้มีการบัญญัติไว้ทั้งนิยามของการโฆษณา ตลอดจนมีการกำหนดข้อห้ามต่างๆ เอาไว้โดยละเอียด แต่ก็ยังคงมีปัญหาในการตีความและการบังคับใช้กฎหมายตามมากับกรณีของการโฆษณาแบบไวรัลมาร์เก็ตติ้ง หรือการตลาดที่ใช้สื่อโซเชียลมีเดียดังที่เป็นข่าวโด่งดังในช่วงหนึ่ง

เมื่อกลับมาพิจารณาที่พระราชบัญญัติการพนันฯ ที่มิได้มีการกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “โฆษณา” เอาไว้ให้ชัดเจนแต่อย่างใดว่าการกระทำแค่ไหนเพียงใดหรือต้องมีเจตนาพิเศษอย่างใดบ้าง จึงจะเป็นการโฆษณา คงมีเพียงการบัญญัติไว้ห้ามไว้ในมาตรา ๑๒ ว่า “ผู้ใดจัดให้มีการเล่นหรือการทำอุบายล่อช่วยประกาศโฆษณา หรือชักชวนโดยทางตรงหรือทางอ้อมให้ผู้อื่นเข้าเล่น หรือเข้าพนันในการเล่นซึ่งมิได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงาน หรือรับอนุญาตแล้วแต่เล่นพลิกแพลง หรือผู้ใดเข้าเล่น หรือเข้าพนันในการเล่นอันขัดต่อบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎ กระทรวงหรือข้อความในใบอนุญาต ผู้นั้นมีความผิด.....” ทั้งนี้ส่วนหนึ่งที่กฎหมายไม่ได้ให้นิยามของโฆษณาเอาไว้ก็คงเป็นเพราะบริบทของสังคมในอดีตที่การพนันนั้นเป็นการเล่นที่จำกัดอยู่ในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งซึ่งเจ้ามือหรือผู้โฆษณาตามความมุ่งหมายแห่งพระราชบัญญัติการพนันฯ ในขณะนั้นยังคงเป็นเพียงบุคคลธรรมดาที่ไม่จำเป็นต้องอาศัยการโฆษณาตามนโยบายของการโฆษณาในปัจจุบันมาทำการตลาดเพื่อแข่งขันกับเจ้ามือหรือผู้โฆษณารายอื่นๆ หรือใช้โฆษณาเป็นการช่วยส่งเสริมภาพลักษณ์และสร้างความน่าเชื่อถือให้กับองค์กรหรือเว็บไซต์ดังเช่นในปัจจุบัน

ดังนี้จึงเห็นได้ว่าการที่พระราชบัญญัติการพนันฯ มิได้กำหนดนิยามความหมายของคำว่า “โฆษณา” เอาไว้อย่างชัดเจน เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายถึงขอบเขตของการทำความผิดอีกด้วย ซึ่งการที่จะแก้ปัญหาดังกล่าวนี้จึงสมควรที่จะมีการให้นิยามของคำว่า “โฆษณา” เพิ่มไว้ในพระราชบัญญัติการพนันฯ



เพื่อให้เกิดความชัดเจนในกฎหมายมากขึ้น

๒. ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายกับการโฆษณาการพนันออนไลน์

แม้ว่าโดยหลักสิทธิและเสรีภาพตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง หรือ ICCPR ที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีด้วยนั้นจะกำหนดให้ทุกคนล้วนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะนำเสนอ เผยแพร่ ตลอดจนได้รับข้อมูลข่าวสารทุกประเภทอันรวมถึงการโฆษณาประชาสัมพันธ์ต่างๆ ของเว็บไซต์การพนัน แต่เพราะการพนันออนไลน์นั้นเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายในประเทศไทย ดังนั้น การที่ประเทศไทยจะทำการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเผยแพร่และรับข้อมูลข่าวสารของประชาชนจึงสามารถทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนแต่อย่างใด

โดยในส่วนของกฎหมายเว็บไซต์การพนันนั้นก็พบว่ามียุทธศาสตร์การโฆษณาที่หลากหลาย ทั้งการโฆษณาผ่านทางสื่อต่างๆ รวมไปถึงการประชาสัมพันธ์สื่อสารการตลาดอื่นๆ ซึ่งพอจะแบ่งได้เป็น ๒ ประเภทใหญ่ๆ คือประเภทการโฆษณาเชิญชวนให้เข้าเล่นพนันอย่างชัดเจนโดยระบุเว็บไซต์ของตนนั้นเป็นเว็บไซต์ผู้ให้บริการการเล่นพนันออนไลน์อย่างชัดเจนพร้อมทั้งให้รายละเอียดว่าในเว็บไซต์นั้นมีการให้บริการการเล่นพนันอะไรบ้าง ซึ่งแน่นอนว่าการโฆษณาประเภทนี้ย่อมเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติการพนันฯ มาตรา ๑๒ อย่างชัดเจน แต่ก็พบว่าโฆษณาเหล่านี้ยังคงเผยแพร่สู่ผู้บริโภคโดยที่ไม่ได้มีการกวดขันหรือบังคับใช้กฎหมายกับผู้กระทำความผิดอย่างจริงจังแต่อย่างใด

สำหรับการโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์อีกประเภทหนึ่งจะเป็นการโฆษณาประชาสัมพันธ์ที่มุ่งเน้นไปในการทำให้ผู้บริโภครับรู้และจดจำในชื่อเว็บไซต์ของตน ซึ่งการโฆษณาประเภทนี้จะไม่ได้ทำการประกาศโฆษณาว่าเว็บไซต์นั้นๆ เป็นเว็บไซต์เกี่ยวกับอะไรอย่างเฉพาะเจาะจง โดยโฆษณาประเภทนี้มักจะพบได้ในรูปแบบของโฆษณาแฝง หรือการสื่อสารการตลาดในรูปแบบของการเป็นผู้สนับสนุนต่างๆ เช่น การวางป้ายชื่อเว็บไซต์ในสนามกีฬา การเป็นผู้สนับสนุนข้อมูลในคอลัมน์หนังสือพิมพ์ หรือการสกรีนชื่อเว็บไซต์บนเครื่องแต่งกาย ซึ่งการโฆษณาแฝงและการสื่อสารการตลาดเหล่านี้ยังคงเป็นปัญหาที่ต้องตีความกันอีกกว่าจะถือว่าเป็นความผิดฐานการโฆษณาตามพระราชบัญญัติการพนันฯ แ่ไหนเพียงใด ทั้งนี้ก็สืบเนื่องมาจากการที่พระราชบัญญัติการพนันฯ ไม่ได้ให้นิยามของคำว่าโฆษณาเอาไว้ อีกทั้งในทางปฏิบัติยังปรากฏว่าทั้งในส่วนของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายเจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายต่างก็ตีความไปในทางเดียวกันว่ากรณีของการโฆษณาแฝง การประชาสัมพันธ์ และการสื่อสารการตลาดเหล่านี้ไม่สามารถเอาผิดตามพระราชบัญญัติการพนันฯ ได้

จากการศึกษาพบว่ากรณีปัญหาการโฆษณาการพนันออนไลน์เหล่านี้ก็เคยเกิดขึ้นแล้วในต่างประเทศเช่นกันอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ขณะนั้นก็มีได้มีกฎหมายที่บัญญัติถึงกรณีของการพนันออนไลน์ตลอดจนการกระทำความผิดในเรื่องการโฆษณาการพนันออนไลน์ไว้ แต่รัฐบาลสหรัฐฯ โดยกระทรวงยุติธรรมก็ได้ให้ความสำคัญกับปัญหาดังกล่าวโดยที่พยายามนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้



ซึ่งจากการที่กระทรวงยุติธรรมได้นำความผิดฐานช่วยเหลือและสนับสนุนการกระทำที่ผิดกฎหมายมาเทียบเคียงนี้เองจึงทำให้มีผู้ประกอบการที่ให้บริการค้นหาข้อมูลเว็บไซต์ของการเล่นพนันออนไลน์และทำการเผยแพร่โฆษณาเว็บไซต์เหล่านั้นในเว็บไซต์ของตนไม่เห็นและได้ทำการยื่นฟ้องกระทรวงยุติธรรมเพื่อเรียกร้องให้ศาลยื่นยันถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในการประกอบธุรกิจ แต่ศาลก็ได้พิพากษายกฟ้องโดยระบุว่าจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีเป็นเรื่องซึ่งสมควรแล้วที่หลักสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานจะไม่คุ้มครองซึ่งสิทธิในการโฆษณากิจกรรมซึ่งผิดกฎหมาย ดังปรากฏตามคำพิพากษาในคดี United States District Court Middle District of Louisiana, Civil Action Number ๐๔-๕๕๗-B-M๓, Casino City, Inc. Versus United States Department of Justice, ๑๕ February ๒๐๐๕

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายในไทยและต่างประเทศนั้นมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด ทั้งในเรื่องของความเข้มแข็งในการบังคับใช้กฎหมายประกอบกับการเอาจริงเอาจังของหน่วยงานที่รับผิดชอบดูแล ซึ่งทำให้สหรัฐฯ สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องรอให้มีการตรากฎหมายใหม่ขึ้นมาเพื่อบังคับใช้ ในขณะที่การบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่รับผิดชอบและกำกับดูแลในประเทศไทยนั้นยังไม่สามารถที่จะดำเนินการได้ถึงขนาดนั้น เพราะยังคงยึดติดกับการตีความกฎหมายที่อ้างว่ายังคงไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะสามารถนำไปบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในส่วนนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรที่จะต้องทำการแยกฐานความผิดในเรื่องการพนันออนไลน์และโฆษณาการพนันออนไลน์ออกมาจากฐานความผิดเดิมในมาตรา ๑๒ เพราะการพนันออนไลน์และการโฆษณาการพนันออนไลน์นั้นค่อนข้างที่จะมีความแตกต่างจากการเล่นพนันและการประกาศโฆษณาการพนันทั่วๆ ไปเป็นอย่างมากไม่ว่าจะเป็นในส่วนของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดที่อาจอยู่ในรูปของนิติบุคคล ทั้งในแง่ของการส่งผลกระทบต่อสังคมที่ประชาชนผู้บริโภคนั้นสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย ตลอดจนในเรื่องการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่ทำได้ยากและมีความซับซ้อนกว่าการพนันในรูปแบบทั่วๆ ไป

๓. ปัญหาการกำหนดความรับผิดชอบเกี่ยวกับการโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์

สำหรับการจัดให้มีการเล่นการพนันผ่านระบบออนไลน์ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันต่างๆ นอกเหนือจากเว็บไซต์ประเภทที่เปิดขึ้นเพื่อการเล่นพนันเพียงอย่างเดียวแล้วยังมีกรณีของเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันที่เปิดขึ้นในรูปแบบของการให้บริการการเล่นเกมประเภทคาสิโนต่างๆ ซึ่งไม่ได้เป็นการเล่นแบบมีเดิมพันอันเป็นการพนัน แต่หากผู้เล่นต้องการที่จะเข้าเล่นพนันก็สามารถคลิกเลือกเข้าไปเล่นในส่วนที่ให้บริการเล่นพนันได้ หรืออย่างในกรณีของเว็บไซต์การพนันที่มีการให้บริการข้อมูลข่าวสารต่างๆ แต่ก็มีห้องย่อยเพื่อเข้าเล่นการพนันแยกเอาไว้ในเว็บไซต์ ซึ่งกรณีของการโฆษณาเว็บไซต์ที่มีใช้เว็บไซต์การพนันเต็มรูปแบบนั้นยังคงเป็นปัญหายู่ว่าจะถือเป็นความผิดในการประกาศโฆษณา หรือชักชวนโดยตรงหรือทางอ้อมให้ผู้อื่นเข้าเล่นหรือเข้าพนันหรือไม่อย่างใด เพราะไม่ใช่ว่าผู้ที่เข้าชมเว็บไซต์ซึ่งมีห้องย่อยให้บริการเล่นพนันเหล่านั้นจะเข้าไปเล่นพนันเสียทั้งหมด แต่ผู้เข้าชม



เว็บไซต์บางส่วนก็เข้าไปในเว็บไซต์เพื่อเล่นเกมหรือติดตามค้นหาข้อมูลข่าวสารต่างๆ โดยที่มิได้เข้าใช้บริการในส่วนของการพนันออนไลน์ และการโฆษณาที่เกี่ยวกับการพนันออนไลน์เองนั้นก็มิใช่แต่การโฆษณาในรูปแบบของการชักชวนให้เข้าร่วมกิจกรรมการเล่นพนัน แต่ยังมีโฆษณาในรูปแบบของการเผยแพร่ชื่อหรือภาพโลโก้เว็บไซต์ หรือชื่อบริษัทของผู้ประกอบการบริการการพนันออนไลน์อันเป็นบริษัทมหาชนจดทะเบียนอย่างถูกต้องของต่างประเทศซึ่งเป็นกรณีของการประชาสัมพันธ์หรือการสื่อสารการตลาดเพื่อให้ประชาชนผู้บริโภครับรู้ถึงการมีอยู่ของเว็บไซต์ จึงทำให้เกิดกรณีปัญหาที่ว่าสื่อต่างๆ ซึ่งอนุญาตให้โฆษณาชื่อเว็บไซต์โดยชื่อเว็บไซต์นั้นๆ ก็ไม่มีคำที่เกี่ยวข้องหรือบ่งบอกได้ว่าเป็นเว็บไซต์การพนันและตัวเว็บไซต์เองก็ไม่ได้เป็นเว็บไซต์ที่ให้บริการการเล่นพนันออนไลน์แต่เพียงอย่างเดียว เหล่านี้จะถือว่าเป็นผู้ช่วยประกาศโฆษณาให้ผู้อื่นเข้าเล่นพนันหรือไม่อย่างไร

หรือในกรณีของการประกาศโฆษณาในลักษณะของการวางลิงค์เว็บไซต์การพนันลงในโพสต์ที่ไม่ได้มีเนื้อหาหลักที่เกี่ยวข้องกับการพนันออนไลน์แต่อย่างใด ซึ่งการโฆษณาประเภทนี้ก็จะสามารถเผยแพร่ไปสู่ประชาชนผู้บริโภคได้เรื่อยๆ จากการกดไลค์หรือกดแชร์โพสต์เพื่อส่งต่อข้อมูลผ่านทางอินเทอร์เน็ตต่อไป ซึ่งกรณีนี้ย่อมเกิดปัญหาว่าผู้ที่กดไลค์หรือกดแชร์โพสต์แล้วส่งต่อไปนั้นจะถือว่าเป็นผู้เผยแพร่โฆษณาซึ่งต้องรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการพนันฯ หรือไม่เพียงใด

โดยในส่วนของปัญหาการกำหนดความรับผิดนี้ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อได้มีการแยกฐานความผิดเรื่องการพนันออนไลน์ออกมาเป็นบทบัญญัติในมาตราใหม่แล้วก็ควรที่จะทำการบัญญัติถึงความรับผิดของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมดในการโฆษณาการพนันออนไลน์ให้มีความชัดเจนและครอบคลุมถึงกรณีของการโฆษณาที่ได้เป็นการชักชวนให้เข้าร่วมกิจกรรมการเล่นพนันแต่เป็นการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ในตัวบริษัทผู้ประกอบการเว็บไซต์การพนันออนไลน์ด้วยเพื่อให้กฎหมายนี้สามารถใช้บังคับและคุ้มครองประชาชนผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ

แต่อย่างไรก็ตามในกรณีของการส่งต่อโฆษณาโดยบังเอิญจากการกดไลค์หรือกดแชร์ข้อมูลที่ไม่ได้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการพนันโดยตรง หรือกรณีของสถานีโทรทัศน์ผู้ทำการเผยแพร่โฆษณาซึ่งติดมาจากการถ่ายทอดสดจากต่างประเทศที่ไม่สามารถควบคุมเนื้อหาการออกอากาศในขณะนั้นได้ ก็ควรต้องกำหนดไว้เป็นข้อยกเว้นความรับผิดด้วยเพื่อให้กฎหมายมีความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ไม่มีความเจตนาในการเผยแพร่โฆษณาเหล่านั้น

๔. ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการการลงโทษในความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติการพนันฯ นั้นได้กำหนดโทษปรับในฐานความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาเอาไว้เป็นจำนวนเงินที่ต่ำมากเนื่องจากเป็นกฎหมายเก่าที่มีการตราไว้ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๓๘ โดยกำหนดโทษให้จำคุกตั้งแต่ ๓ เดือนขึ้นไปจนถึง ๓ ปี และปรับตั้งแต่ ๕๐๐ บาท ขึ้นไปจนถึง ๕,๐๐๐ บาท สำหรับการโฆษณาการเล่นตามบัญชี ก. หมายเลข ๑ ถึงหมายเลข ๑๖ หรือ บัญชี ข. หมายเลข ๑๖ เฉพาะสลากกินรวบ ส่วนการโฆษณาการเล่นพนันอื่นๆ นั้นกำหนดโทษไว้ให้จำคุกไม่เกิน ๒ ปี หรือ



ปรับไม่เกิน ๒,๐๐๐ บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งเมื่อนำบทกำหนดโทษมาเปรียบเทียบกับผลประโยชน์จากค่าโฆษณาที่ผู้ประกอบการผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการเผยแพร่โฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์เช่น สื่อสิ่งพิมพ์ประเภทหนังสือพิมพ์กีฬาต่างๆ ได้รับเป็นค่าตอบแทนกับอัตราค่าปรับที่สูงสุดเพียงแค่ ๕,๐๐๐ บาทแล้ว ย่อมทำให้ผู้ประกอบการไม่รู้สึกเกรงกลัวเนื่องจากแม้จะถูกจับกุมดำเนินคดีแต่โทษปรับเพียง ๕,๐๐๐ บาทนั้นก็เงินจำนวนที่น้อยมากเมื่อเปรียบเทียบกับค่าลงโฆษณาที่ได้รับอีกทั้งในส่วนของผู้ประกอบการนั้นผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่ก็มีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งโทษจำคุกก็ไม่สามารถที่จะนำมาบังคับใช้ได้ หรือในส่วนของผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลทั่วไปศาลก็มักจะใช้ดุลยพินิจพิพากษาให้รอลงอาญาเป็นส่วนใหญ่อยู่แล้ว

นอกเหนือจากการที่ผู้กระทำความผิดไม่เกิดความเกรงกลัวเพราะความผิดฐานนี้มีอัตราโทษค่อนข้างต่ำแล้วยังมีผลทำให้เจ้าพนักงานผู้บังคับใช้กฎหมายไม่ให้ความสนใจตรวจจับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นเท่าที่ควรอีกด้วย แม้จะเป็นกรณีของการประกาศโฆษณาที่เป็นความผิดแบบชัดแจ้ง ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นเพราะการโฆษณามักจะเกิดขึ้นในสื่ออินเทอร์เน็ตอันมิใช่การกระทำความผิดซึ่งหน้าทั้งยังต้องมีการตรวจสอบเสาะหาผู้กระทำความผิดโดยต้องใช้ความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นการเฉพาะซึ่งมีความยุ่งยากในการหาตัวผู้กระทำความผิดเพื่อมารับโทษที่มีอัตราโทษไม่สูง จึงทำให้ความผิดฐานการโฆษณานี้ไม่ค่อยมีการนำมาบังคับใช้อย่างจริงจังทั้งที่ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำความผิดฐานการโฆษณานี้สามารถส่งผลกระทบต่อสังคมได้เป็นวงกว้างยิ่งกว่าการกระทำความผิดในการเป็นเจ้ามือหรือการเข้าเล่นพนันซึ่งเป็นความผิดหลักเสียอีก

ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าบทกำหนดโทษที่เหมาะสมกับการกระทำความผิดฐานโฆษณาการพนันออนไลน์ในประเทศไทยนั้นควรที่จะเพิ่มโทษปรับให้มากขึ้นและควรจะนำการคิดค่าปรับตลอดระยะเวลาที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายมาใช้ด้วย ส่วนโทษจำคุกนั้นอาจจะคงไว้หรือจะยกเลิกไปก็ได้

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ด้วยการที่โฆษณาเป็นเครื่องมือการสื่อสารที่มีบทบาทอย่างมากในสังคม^๔ เพราะดำเนินกิจวัตรประจำวันของผู้บริโภคในยุคปัจจุบันนั้นยากที่จะหลีกเลี่ยงการโฆษณาซึ่งปรากฏผ่านสื่อต่างๆ ตลอดจนโฆษณาแฝงในหลากหลายรูปแบบซึ่งถูกสอดแทรกแวดล้อมอยู่ในชีวิตประจำวันของผู้บริโภคทั้งที่รู้ตัวและไม่รู้ตัว สำหรับในส่วนของการโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์เมื่อผู้บริโภคได้พบเห็นหรือได้ยินการโฆษณาเว็บไซต์การพนันไม่ว่าจะโดยตั้งใจหรือไม่ก็ตามผู้บริโภคก็จะเกิดการรับรู้ในสิ่งที่ตนได้พบเห็นหรือได้ยินโดยในส่วนของผู้บริโภคเองเมื่อได้รับรู้ รู้จักถึงเว็บไซต์การพนันจากการพบเห็นโฆษณาก็ย่อมเกิดความสงสัยที่โฆษณาเหล่านั้นจะก่อให้เกิดแรงจูงใจในการอยากเริ่มทดลองเสี่ยงโชค โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับผู้บริโภค

^๔ กัลปียกร วรกุลสัญญาณี และพรทิพย์ สัมปัตตะวนิช, การโฆษณาเบื้องต้น (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓) ๒.



ในกลุ่มของผู้เสพสื่อทางด้านกีฬาไม่ว่าจะเป็นหนังสือพิมพ์กีฬา หรือการรับชมการถ่ายทอดการแข่งขัน กีฬาต่างๆ เพราะมีงานวิจัย^๕ พบว่าแรงจูงใจของการเริ่มเล่นพนันฟุตบอลส่วนใหญ่เกิดจากความชอบ กีฬาฟุตบอลซึ่งจากความชอบนี้จึงทำให้อยากจะติดตามรับรู้ในแวดวงกีฬาฟุตบอลอย่างใกล้ชิด และเมื่อ เริ่มเล่นพนันฟุตบอลก็จะรู้สึกว่าได้รับอารมณ์ที่แตกต่างออกไปจากการชมตามปกติที่ไม่ได้เล่นพนันเพราะ มีความรู้สึกลุ้นหรือตื่นเต้นมากขึ้นทั้งยังอาจได้รับผลประโยชน์จากการเล่นพนันอีกด้วย ซึ่งเมื่อผู้บริโภค ในกลุ่มนี้รู้จักกับเว็บไซต์การพนันออนไลน์แล้วก็ย่อมที่จะมีแนวโน้มในการเล่นพนันออนไลน์ ในรูปแบบอื่นๆ ที่เว็บไซต์ได้จัดให้มีการเล่นไว้ตามมา อันเป็นผลให้เปิดปัญหาการติดพนันซึ่งเป็น หนึ่งในปัญหาหลักของสังคมไทยในปัจจุบันที่จำเป็นต้องได้รับการแก้ไข

ในส่วนของภาครัฐจึงควรที่จะให้ความสำคัญในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด ในเรื่องการโฆษณาการพนันออนไลน์อย่างจริงจังซึ่งควรเริ่มต้นด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามและ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการพนันออนไลน์ดังนี้

๑. ควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการพนันฯ โดยเพิ่มบทนิยามของคำว่า “โฆษณา” , “การสื่อสารการตลาด” และ “ข้อความ” เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนและครอบคลุมกับการโฆษณา ที่เปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคมในยุคปัจจุบัน

๒. แยกฐานความผิดในการเล่นพนันออนไลน์และโฆษณาการพนันออนไลน์ตามพระราชบัญญัติ การพนันฯ ออกมาจากฐานความผิดเดิมในมาตรา ๑๒ พร้อมทั้งกำหนดข้อยกเว้นที่ผู้กระทำความผิดไม่ ต้องรับโทษเอาไว้ในบางกรณี

๓. กำหนดอัตราโทษในความผิดฐานการโฆษณาให้เป็นจำนวนค่าปรับที่สูงขึ้น และเพิ่มการปรับ รายวันตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนทำการโฆษณาหรือเผยแพร่โฆษณา

๔. จัดตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อตรวจตราและบังคับใช้กฎหมายในการกระทำความผิด เกี่ยวกับการพนันออนไลน์ตลอดจนความผิดอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องอันรวมถึงการโฆษณา

๕. ส่งเสริมให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจจับการกระทำความผิดด้วยการ ประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนทราบถึงระบบการให้สินบนนำจับ

๖. ขอความร่วมมือไปยังประเทศต้นกำเนิดโฆษณาให้มีการห้ามโฆษณาเว็บไซต์การพนันออนไลน์ ที่มีเนื้อหามุ่งมายังกลุ่มเป้าหมายเป็นผู้บริโภคชาวไทยโดยการใช้ภาษาไทยในการโฆษณาโดยตรงในการ ถ่ายทอดสดต่างๆ

^๕พินิต วงษ์ฤกษ์, “การพนันฟุตบอล” ใน ปิยธิดา คันธธร (บรรณาธิการ), เศรษฐกิจการพนัน : ทางเลือกเชิงนโยบาย, (กรุงเทพฯ : สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล, ๒๕๔๖) ๓๓๗, ๓๖๒.



บรรณานุกรม

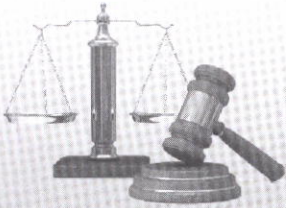
กัลปียกร วรกุลตั้งฐานีย์ และพรทิพย์ สัมปัตตะวนิช, การโฆษณาเบื้องต้น (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓).

ชุมพล โลหะชาละ, “คำบรรยายเรื่องการพนันต่างๆ ที่ขึ้นสู่ศาล” (๒๕๑๓) ๒๑: ๔
ดุลพาห, ๔.

พินิต วงษ์ยี่กุล, “การพนันฟุตบอล” ใน ปิยธิดา คันธสร (บรรณาธิการ), เศรษฐกิจการพนัน : ทางเลือกเชิงนโยบาย, (กรุงเทพฯ : สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล, ๒๕๔๖) ๓๓๗.

วิษณุ วงศ์สินศิริกุล, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ “เกมพนันออนไลน์: หายนะเกมพนันที่ต้องควบคุม” (๑๑ กรกฎาคม ๒๕๕๖) <www.thainhf.org/icgp/autopagev๔/files/dMVXFM๑Sun๓๔๐๓๘.pdf>

บุณเดสอู่ฟุ้งเงินสโปนเซอร์ร็อกเสือมากที่สุด (๒๕ มิถุนายน ๒๕๕๕) สยามกีฬาออนไลน์ ๒๑ เมษายน ๒๕๕๓ <http://www.siamsport.co.th/SportFootball/๑๐๐๔๒๑_๐๕๒.html>



การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว : ตึกษากรณับริษัทจำกััด Dormant Status for Business Operation : In the Case of Company Limited

ธานี มะลูลีม*

บทคัดย่อ

การศึษาเรื่งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึษาการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวของนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยศึษาเปรียบเทียบบกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทจำกัดกับกฎหมายบริษัทของต่างประเทศ เช่น กฎหมายอังกฤษ อินเดีย สิงคโปร์และฮ่องกง

จากการศึษาพบว่า แม้กฎหมายไทยบางส่วจะมีแนวคิดเรื่งการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวแต่กฎหมายหลัก ๆ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลการดำเนินการบริษัทของไทยยังไม่มีกำหนดให้บริษัทที่ไม่มีกรดำเนินกิจการเป็นบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวได้โดยชอบด้วยกฎหมาย จึงทำให้บริษัทที่แม้จะไม่ดำเนินกิจการใด ๆ ก็ยังคงมีภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมายเหมือนกับบริษัทที่ดำเนินกิจการค้าตามปกติ

ผู้เขียนจึงเสนอว่าควรให้มีการแก้ไขปรับปรุงตัวบทกฎหมายหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพที่เกี่ยวกับบริษัทจำกัด โดยให้กำหนดลักษณะของนิติบุคคลบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวและแก้ไขปรับปรุงตัวบทกฎหมายในกฎหมายฉบับอื่นที่สัมพันธ์กันกับเรื่งบริษัทจำกัด เช่น พระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับหุ้นส่วนจดทะเบียน หุ้นส่วนจำกัดบริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ พระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. ๒๕๔๓ และประมวลรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่งการประชุมสามัญประจำปี การจัดทํบัญชี การจัดให้มีผู้สอบบัญชี เพื่อที่บริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวจะสามารถพักการดำเนินธุรกิจได้อย่างแท้จริงโดยไม่โดนยึดชื่อทิ้งหรือโดนปรับดำเนินคดีในกรณีที่ไม่ดำเนินการตามกฎหมาย

*นักศึษาหลักรัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



คำสำคัญ : การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว, บริษัทจำกัด

Abstract

This study aimed to examine the temporary suspension of operations of a limited company—dormant company—established under the Thai Civil and Commercial Code. The study compares the Thai law with respect to company with those of other countries, i.e. the company laws of England, India, Singapore, and Hong Kong.

The study found that, although legal concept of dormant company does exist in part of Thai laws, main of Thai laws related to regulatory processes are still lacking of determination about lawful dormant company. As a result a dormant company is not recognized by Thai laws and still has obligation to comply with the laws as if it is a normal active company.

The author therefore suggests that the law in the Civil and Commercial Code with respect to the company should be amended. Such chapter should determine the nature of the dormant company therein. Besides, other laws in related to company matters such as annual general meeting, accounting preparation, and auditor, should be also amended accordingly, e.g. Act Prescribing Offences Related to Registered Partnership, Limited Partnership, Limited Companies, Associations and Foundations (No.๒) B.E. ๒๕๓๕, Accounting Act B.E. ๒๕๔๓, and the Revenue Code. Eventually, the dormant company can be free from such legal burdens without any risk to be struck off by registrar or fined by other relevant laws.

Keywords : Dormant Company, Company Limited

บทนำ

การดำเนินธุรกิจในปัจจุบันนั้นมีการเชื่อมโยงกับเศรษฐกิจโลกอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากรายได้หลักๆ ของประเทศไทยนั้นมาจากการส่งออกสินค้าและนำเข้านักท่องเที่ยวต่างประเทศมาท่องเที่ยวในประเทศไทย ดังนั้นเราจึงมักจะได้ยินเรื่องราวของการที่ยอดการเติบโตทางเศรษฐกิจของไทยลดลงอย่างมากในปีพ.ศ. ๒๕๕๗ เมื่อเปรียบเทียบกับปีก่อนหน้า ด้วยปัจจัยแวดล้อมต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นความไม่สงบความไม่มีเสถียรภาพทางการเมือง หรือแม้แต่ความไม่สงบในบางส่วนของประเทศไทย ซึ่งเป็นปัจจัยภายใน หรือภาวะเศรษฐกิจไม่ฟื้นตัวของประเทศคู่ค้ารายใหญ่ตลอดจนความกังวลในเรื่องความปลอดภัยของนักท่องเที่ยวที่นำมาซึ่งการยกเลิกการเดินทางมาเที่ยวประเทศไทยซึ่งเป็นปัจจัยภายนอก ทั้งนี้จากการที่เศรษฐกิจของไทยผูกโยงกับเศรษฐกิจโลกอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้จึงส่งผลให้ธุรกิจภายในประเทศได้รับผลกระทบไม่ทางใดก็ทางหนึ่งเมื่อเกิดแรงกระเพื่อมทางเศรษฐกิจ ผลตามมาสำหรับธุรกิจที่มี



สายป่านไม่ยาวพออาจทำให้ธุรกิจชะงักงัน รายได้ลดลง ปรับลดค่าใช้จ่ายและอาจถูกลามไปถึงการปรับลดพนักงานหรือเลิกกิจการในที่สุด

อย่างไรก็ตาม การดำเนินธุรกิจนั้นมีทั้งช่วงรุ่งโรจน์และช่วงเศรษฐกิจตกต่ำ แต่นั่นก็เป็นวัฏจักรของเศรษฐกิจ การที่จะปิดบริษัทหรือเลิกกิจการไปเสียทีเดียวอาจเป็นทางเลือกของผู้ประกอบการบางส่วน แต่ผู้ประกอบการอีกบางส่วน อาจมีความประสงค์ที่จะเก็บธุรกิจ หรือกิจการที่ตนได้ก่อตั้งและฝ่าฟันมานั้น เอาไว้ก่อน และเมื่อเศรษฐกิจมีแนวโน้มดีขึ้น หรือเมื่อมีความพร้อมมากขึ้นจึงค่อยกลับมาสู่สนามธุรกิจอีกครั้ง

การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวอาจเป็นเรื่องที่ไม่คุ้นเคยกับคนไทยเท่าใด เนื่องจากแนวคิดของการดำเนินธุรกิจในประเทศไทยมีเพียงดำเนินกิจการ หยุดดำเนินกิจการแต่ยังคงต้องจัดการไปตามภาระของกิจการ หรือเลิกดำเนินธุรกิจโดยสมัครใจหรือโดยคำสั่งศาล หรือปล่อยทิ้งร้างและถูกซิดซื้อบริษัททิ้งไปในที่สุด

ดูเหมือนมีช่องว่างเกิดขึ้น ณ จุดนี้ กล่าวคือการดำเนินธุรกิจนั้นมีเพียง (ก) ดำเนินธุรกิจไปตามปกติ (ข) หยุดดำเนินธุรกรรมทางธุรกิจแต่ไม่เลิกกิจการ ไม่มีรายได้และไม่มีพนักงาน (ค) เลิกกิจการและชำระบัญชี หรือ (ง) ทิ้งร้าง ทั้งนี้หากเลือกแนวทางตามข้อ (ข) แล้ว กิจการก็ยังจะต้องมีการะหน้าที่ๆ จะต้องรับผิดชอบในเชิงกระบวนการ กล่าวคือธุรกิจยังคงมีการต้องยื่นแบบฟอร์มภาษีมูลค่าเพิ่มรายเดือน (ภพ.๓๐) หรือต้องยื่นแบบฟอร์มภาษีครึ่งปี ปลายปี ตลอดจนต้องจัดทำบัญชี จัดทำงบการเงิน จัดประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อรับรองงบและต้องให้ผู้สอบบัญชีตรวจสอบและรับรองงบการเงินไม่ว่าธุรกิจนั้นจะมีรายได้หรือไม่ก็ตาม เป็นอาทิ

ถ้าเป็นเช่นที่กล่าวมาข้างต้น จะมีทางเลือกอื่นหรือไม่ หากผู้ประกอบการไม่ต้องการเลือกทางเลือกที่มีอยู่ในปัจจุบัน (ทั้งนี้ไม่รวมถึงการขายหรือควบรวมกิจการ เพราะเจ้าของธุรกิจไม่มีความประสงค์เปลี่ยนมือหรือร่วมทุน) กล่าวคือผู้ประกอบการไม่มีความประสงค์ที่จะดำเนินกิจการต่อ ไม่ต้องการเลิก ไม่ต้องการให้ถูกซิดซื้อทิ้ง ไม่ต้องการรับภาระค่าใช้จ่ายแบบเปเปอร์เวิร์คต่างๆ ดังที่กล่าวมาในข้อ (ข) ผู้ประกอบธุรกิจมีความประสงค์เพียงแต่ต้องการพักเพื่อรอเวลาที่กลับเข้าสู่สมรภูมิธุรกิจอีกครั้งในอนาคต

คำตอบสำหรับปัญหาดังกล่าวคือ ณ ปัจจุบัน ยังไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นสำหรับประเทศไทย แต่ในต่างประเทศมีทางเลือกสำหรับผู้ประกอบการที่ไม่ต้องการดำเนินการและไม่ต้องการเลิกกิจการเนื่องจากประสงค์จะกลับมาดำเนินธุรกิจอีกครั้งในอนาคตไม่ว่าจะเป็นอนาคตอันใกล้หรือไกล และวิธีการหรือแนวคิดที่ว่านี้เรียกว่า การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวหรือในภาษาอังกฤษเรียกว่า Dormant Company^๑ พจนานุกรมแบล็คคลอว์ให้ความหมายไว้ว่า บริษัทที่ไม่ดำเนินธุรกิจการแต่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งสามารถกลับมาดำเนินธุรกิจใหม่อีกได้ เพียงแต่ ณ ปัจจุบันไม่ได้ดำเนินกิจการ^๒ โดยที่กิจการที่อยู่ภายใต้สถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวไม่ต้องมีการะในการจัดทำงบการเงิน จัดประชุม

^๑ Black's Law Dictionary, Fifth Edition, West Publishing Co., ๑๕๗๕

^๒ Dormant corporation: An inactive but legal corporation which is capable of being activated, but is presently not operating.



รับรองงบการเงิน ตรวจสอบงบการเงินและให้ผู้สอบรับรอง ยื่นงบการเงินที่ผู้สอบรับรองแล้วต่อหน่วยงานราชการที่กำกับดูแล ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการที่ประสงค์จะพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวสามารถประหยัดเวลา ค่าใช้จ่าย โดยมีเงื่อนไขหลักๆ ว่าธุรกิจดังกล่าวต้องไม่มีรายได้และไม่มีธุรกรรมทางการเงินที่เป็นสาระสำคัญในช่วงระหว่างปีภาษีของกิจการ

วิธีการดังกล่าวที่มานี้ พอจะเปรียบเทียบให้เข้าใจได้ง่ายกับการจำศีลของสัตว์และพืชในฤดูหนาวของปี เช่น การจำศีลของหมีในฤดูหนาว การเข้าสู่ภาวะผลัดใบทิ้งของต้นไม้เมืองหนาวบางชนิดเมื่อหิมะตกหรือการที่ค้างคอบางประเภทสามารถฝังตัวอยู่พื้นดินได้เป็นปีเพื่อรอฤดูฝนของอีกปีถัดไปหรือแม้แต่การพักหน้าจอของคอมพิวเตอร์ที่จะดับหรือแสดงเพียงภาพเล็กๆ เพื่อประหยัดกระแสไฟฟ้าในยามที่หน้าจอไม่มีความเคลื่อนไหว และพร้อมกลับสู่สภาพใช้งานเมื่อยูสเซอร์สัมผัสแป้นพิมพ์อีกครั้ง

แนวคิดดังกล่าวสามารถเป็นทางเลือกที่เหมาะสมแก่ธุรกิจที่ได้รับผลกระทบในการประกอบกิจการได้ไม่ว่าจากปัญหาการดำเนินกิจการ เงินทุน หรือปัจจัยอื่นๆ ซึ่งจากการที่กฎหมายไทยไม่มีแนวคิดเรื่องการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว จึงทำให้ผู้ประกอบการหรือธุรกิจบางรายต้องเลิกกิจการไปในที่สุดหรือที่แย่ไปกว่านั้นก็อาจทิ้งร้างบริษัทโดยไม่ทำตามขั้นตอนการเลิกบริษัทตามกฎหมายเพราะเจ้าของกิจการอาจไม่ยอมรับภาระเรื่องการดำเนินการเลิกกิจการเนื่องจากยังคงต้องมีค่าใช้จ่ายในทางทะเบียนทางบัญชี ตลอดจนการชำระบัญชีและอื่นๆ ดังนั้นแนวคิดเรื่องการพักการดำเนินธุรกิจจึงเปรียบเสมือนที่พักพิงทางสำหรับผู้เดินทาง ที่พักเหนื่อยระหว่างเดินทาง เมื่อถึงเวลาหรือพร้อมก็สามารถเริ่มต้นกิจการได้ใหม่ทันที โดยไม่ต้องไปจดทะเบียนธุรกิจใหม่อีก

ทั้งนี้ ทางเลือกที่สามารถดำเนินการได้คือเพิ่มแนวคิดเรื่องการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องบริษัทของไทย นั่นคือในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่เกี่ยวกับบริษัทจำกัด ตลอดจนกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติความรับผิดชอบหุ้นส่วนบริษัท ตลอดจนในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องบัญชีและภาษี

โดยที่การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว (dormant company) เป็นเพียงการหยุดการดำเนินธุรกิจลงเพียงชั่วคราวเท่านั้น มิได้เป็นการเลิกกิจการ ดังนั้นกรรมการและผู้ถือหุ้นของบริษัทยังคงมีส่วนรับผิดชอบต่อการดำเนินการหรือการเข้าทำธุรกรรมใดๆ ของบริษัทเสมือนบริษัทที่อยู่ในสถานะปกติ (active company) นอกจากนี้การเข้าสู่สถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวในต่างประเทศนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับมติพิเศษจากผู้ถือหุ้นก่อนจึงจะสามารถยื่นขอเปลี่ยนแปลงสถานะบริษัทได้หรือในบางประเทศกฎหมายกำหนดว่า ต้องไม่เป็นบริษัทที่กำลังถูกดำเนินคดี ค้างชำระหนี้ ค้างชำระภาษีอากร หรือมีข้อขัดแย้งภายในระหว่างผู้บริหารและผู้ถือหุ้น เป็น อาทิ งานวิจัยนี้ศึกษาเฉพาะกรณีบริษัทเอกชนจำกัดเท่านั้น โดยศึกษาหลักการและวิธีการตามกฎหมายบริษัทของประเทศสหราชอาณาจักรเนื่องจากเชื่อกันว่าประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรกที่มีกฎหมายบริษัท^๓ และกฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัดของไทยนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัดของอังกฤษซึ่งได้เริ่มบัญญัติตั้งแต่ปี

^๓Ashok Sharma, *Company Law, Latest Edition* (New Delhi : V.K. (India) Enterprise, ๒๐๑๐-๒๐๑๑), ๓.



ค.ศ. ๑๙๑๒ และแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่อยมาในปี ค.ศ. ๑๙๐๘, ๑๙๒๘-๑๙๒๙ จนได้ยกร่างประกาศใช้เป็นกฎหมายฉบับหลังสุดในปี ค.ศ. ๑๙๔๘ จึงอาจเรียกได้ว่ากฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัดของไทย มีรากฐานมาจากประเทศอังกฤษก็ได้^๔ เช่นเดียวกันกับกฎหมายบริษัทของประเทศอินเดียซึ่งอดีตเป็นประเทศอาณานิคมของอังกฤษ ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของอังกฤษอีกทั้งอินเดียมีกฎหมายที่เกี่ยวกับบริษัทไต่หลังอังกฤษเพียง ๖ ปี^๕ และกฎหมายบริษัทของเขตเศรษฐกิจฮ่องกงตลอดจนสิงคโปร์ เนื่องจากเป็นประเทศที่อยู่ในเขตอาเซียนเหมือนประเทศไทย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๑. เพื่อศึกษา ความหมาย ประวัติความเป็นมา หลักทั่วไปของบริษัทจำกัดและการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว

๒. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวไทยและของต่างประเทศ

๓. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวทั้งของไทยและของต่างประเทศ

๔. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายที่บังคับดูแลเรื่องนิติบุคคล บริษัทจำกัดให้มีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว

วิธีการดำเนินการวิจัย

ระเบียบวิธีวิจัยนี้ เป็นการศึกษาในเชิงคุณภาพ โดยการวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษที่อยู่ในรูปแบบของหนังสือ ตำรา อีบุ๊ก (E-book) ตลอดจนตัวบทกฎหมายและบทความที่เกี่ยวกับการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว (Dormant Company) ในเว็บไซต์ต่าง Website (www.)

ผลการวิจัย

จากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวทั้งของไทยและต่างประเทศพบว่ากฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของบริษัทที่อยู่ในสถานะพักการประกอบธุรกิจชั่วคราว (Dormant Company) แต่กฎหมายไทยจะมีเพียงบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับแนวคิดเรื่องการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวของบริษัทจำกัดเท่านั้น เช่น ใน พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน มาตรา ๗๕ กล่าวคือ นายจ้างสามารถหยุดกิจการทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นการชั่วคราว หรือในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ มาตรา ๔๔ กำหนดว่า ให้นายจ้าง ที่มีความประสงค์จะหยุดการประกอบกิจการชั่วคราว แจ้งเป็นหนังสือต่อสำนักงานประกันสังคมเมื่อมีการเปลี่ยนแปลง

^๔ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายกฎหมายหุ้นส่วน-บริษัท โดยพิศดาร, ๒๕๐๔, ๒๒๕. อ้างถึงใน ภาสกร ชุมเหตุไร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, ๒๕๕๓), ๑๗๕.

^๕Ashok Sharma, Company Law, Latest Edition (New Delhi: V.K. (India) Enterprise, ๒๐๑๐-๒๐๑๑), ๓.



รายละเอียดของนายจ้าง ด้วยการยื่นแบบฟอร์มสปส.๖-๑๕ ภายในวันที่ ๑๕ ของเดือนถัดไปต่อสำนักงานประกันสังคม^๖ ทำให้นายจ้างหรือผู้ประกอบการไม่มีภาระหน้าที่ต้องยื่นแบบฟอร์มและนำส่งเงินประกันสังคมรายเดือนอีกต่อไป^๗ ขณะที่ประมวลรัษฎากรในส่วนของภาษีมูลค่าเพิ่มบัญญัติว่า เมื่อผู้ประกอบการมีความประสงค์จะหยุดประกอบกิจการชั่วคราวเป็นระยะเวลาติดต่อกันเกิน ๓๐ วัน ให้ผู้ประกอบการแจ้งการหยุดประกอบกิจการชั่วคราว ณ ที่ว่าการอำเภอท้องที่ที่สถานประกอบการตั้งอยู่ ภายใน ๑๕ วัน นับจากวันที่หยุดประกอบกิจการชั่วคราว โดยยื่นคำขอแจ้งการเปลี่ยนแปลงทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม ภ.พ. ๐๙^๘ ณ สำนักงานสรรพากรที่สถานประกอบการตั้งอยู่ หรือข้อกำหนดของธนาคารพาณิชย์ ซึ่งแม้จะไม่ใช่ว่ากฎหมายแต่ก็เป็นข้อกำหนดที่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการทั่วไป นั่นคือ ธนาคารส่วนใหญ่จะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับบัญชีที่ไม่มีเคลื่อนไหว (Dormant Account) ว่า หากบัญชีเงินฝากใดไม่มีธุรกรรมใดๆ กับธนาคารเลยเป็นระยะเวลา ๑ ปีและมียอดเงินคงเหลืออยู่ในบัญชีบัญชีต่ำกว่าที่ธนาคารกำหนด ลูกค้านั้นจะต้องเสียค่าบริการรายเดือนเพื่อรักษาสัญชีที่ไม่มีเคลื่อนไหวนั้น จนกว่าบัญชีเงินฝากนั้นจะมีความเคลื่อนไหวหรือมียอดคงเหลือในบัญชีในจำนวนที่ธนาคารกำหนด ในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่เกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนบริษัทมาตรา ๑๒๗๓/๑ - ๑๒๗๓/๔ กำหนดให้นายทะเบียนสามารถจัดซื้อบริษัทร้างออกจากทะเบียนบริษัทได้ และบริษัทที่ถูกจัดซื้อดังกล่าวก็อาจกลับมาดำเนินธุรกิจได้อีกตามมาตรา ๑๒๗๓/๔ หากผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทร้องขอต่อศาลให้พิจารณาสั่งให้จัดซื้อกลับคืนเข้าสู่ทะเบียนได้ภายในระยะเวลา ๑๐ ปี นับแต่วันที่ถูกนายทะเบียนจัดซื้อออกจากทะเบียนบริษัท

ตัวบทกฎหมายไทยจึงไม่เพียงพอที่จะทำให้นิติบุคคลรูปแบบบริษัทจำกัดสามารถพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวอย่างสมบูรณ์ถูกต้องตามกฎหมายและเต็มรูปแบบเหมือนในต่างประเทศตามที่ผู้ประกอบการไทยประสงค์ได้ เนื่องจากกฎหมายไทยไม่ได้ตรากฎหมายให้นิติบุคคลสามารถพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวได้อีกทั้งยังกำหนดให้นิติบุคคลบริษัทจำกัดมีหน้าต้องดำเนินการต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดแบบเดียวกันกับบริษัทที่ดำเนินธุรกิจและมีรายได้ทั่วไปตามปกติ ผลก็คือไม่ว่าบริษัทที่ดำเนินธุรกิจการค้าตามปกติหรือบริษัทที่ไม่มีธุรกรรมหรือการค้าใดๆ ก็ต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดเหมือนกัน ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำบัญชี งบการเงินจัดให้มีผู้สอบบัญชี ฯลฯ ในขณะที่บริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว ในต่างประเทศส่วนใหญ่ได้รับการยกเว้นเรื่องการจัดทำบัญชี งบการเงิน และการสอบบัญชีโดยผู้สอบบัญชีรับอนุญาต ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายยังยกเว้นหน้าที่เกือบทั้งหมดแก่บริษัทที่อยู่ในสถานะพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว ซึ่งประเด็นปัญหาต่างๆ นั้น ผู้เขียนได้แยกปัญหาไว้สองส่วน กล่าวคือปัญหาในทางกฎหมายและปัญหาในทางปฏิบัติ

^๖คู่มือนายจ้าง, ศูนย์สารนิเทศ สำนักงานประกันสังคม กระทรวงแรงงาน, ๔.

^๗กระดานสนทนาสอบถามข้อมูล เว็บไซต์ สำนักงานประกันสังคม <http://www.sso.go.th/wpr/postAction.do?method=vi&topicId=๕๗๕๘&webId=๐>

^๘http://download.rd.go.th/publish/fileadmin/user_upload/vat/VAT๐๙.pdf



๑. ปัญหาในทางกฎหมาย

๑.๑ การประชุมใหญ่และการจัดทำบัญชี

นิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดเกิดขึ้นโดยอำนาจของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น บริษัทมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามได้กฎหมายฉบับนี้หลายประการ ดังต่อไปนี้

- (ก) จัดให้มีการประชุมใหญ่ครั้งหนึ่งเป็นอย่างน้อยทุกระยะเวลาสิบสองเดือน
- (ข) กำหนดการเรียกประชุมใหญ่และให้ลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่ อย่างน้อยหนึ่งคราวก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่า ๗ วัน และส่งทางไปรษณีย์ ตอบรับไปยังผู้ถือหุ้นทุกคนที่มีชื่อในทะเบียนของบริษัท ก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่า ๗ โดยให้ระบุสถานที่ วัน เวลา และสภาพแห่งกิจการที่จะได้ประชุมปรึกษากัน
- (ค) ทำบัญชีงบดุลนั้นอย่างน้อยครั้งหนึ่งทุกรอบสิบสองเดือน คือเมื่อเวลาสุตรอบ สิบสองเดือนอันจัดว่าเป็นขวปีในทางบัญชีเงินของบริษัท โดยต้องมีรายการย่อแสดง จำนวนสินทรัพย์และหนี้สินของบริษัทกับทั้งบัญชีกำไรและขาดทุน
- (ง) งบดุลนั้นต้องจัดให้มีผู้สอบบัญชีคนหนึ่งหรือหลายคนตรวจสอบแล้วนำเสนอ เพื่อบันทึกในที่ประชุมใหญ่ภายในสี่เดือนนับแต่วันที่ลงในงบดุลนั้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ข้อกำหนดในมาตราดังกล่าวทั้งหมดนั้นใช้บังคับกับบริษัททุกบริษัท ไม่ว่า จะเป็นบริษัทยังดำเนินธุรกิจหรือไม่ก็ตาม ซึ่งในความเป็นจริงบริษัทที่ยังดำเนินธุรกิจหรือกิจการหรือยัง ประกอบกิจการค้าอยู่ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการตามปกติ แต่สำหรับบริษัทหรือผู้ประกอบการ บางรายนั้นไม่ได้ดำเนินกิจการค้าเพราะสาเหตุบางประการอาจจะเนื่องจากปัญหาทางเศรษฐกิจหรือ ปัญหาทางสุขภาพของผู้ประกอบการหรือความไม่พร้อมหรือประการใดก็ได้แล้ว แต่ไม่ต้องการทิ้งร้าง บริษัทหรือเลิกกิจการชำระบัญชีบริษัทแต่ประการใด แต่ก็ต้องสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายในการที่จะต้อง ปฏิบัติตามกฎหมายไปไม่น้อย เนื่องจากหากไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดนอกจากอาจจะถูกยึดชื่อบริษัท ทิ้งแล้วยังอาจถูกปรับเนื่องจากเป็นความผิดที่เกิดจากการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดการประชุมใหญ่ประจำปี และการจัดทำงบดุล ตามพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วน จำกัดบริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อกำหนด บทลงโทษนิติบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีบทลงโทษ ที่เกี่ยวกับบริษัทจำกัดที่ละเลยหรือฝ่าฝืนดังนี้

- (ก) ไม่เรียกประชุมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๒๐,๐๐๐ บาท
- (ข) ไม่ลงพิมพ์โฆษณาคำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่ไม่ส่งคำบอกกล่าวไปยังผู้ถือหุ้น ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๒๐,๐๐๐ หminenบาท
- (ค) ไม่ทำบัญชีงบดุลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์



- (ง) ไม่จัดให้มีผู้สอบบัญชีตรวจสอบงบดุล ไม่นำบัญชีงบดุลเสนอเพื่ออนุมัติในที่ประชุมใหญ่ ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๒๐,๐๐๐ บาท

ปัญหาที่เกิดขึ้นก็เป็นเช่นเดียวกันกับข้อกำหนดบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากมาตรดังกล่าวของพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ นั้นใช้บังคับกับบริษัททุกบริษัท ไม่ว่าจะ เป็นบริษัทยังดำเนินธุรกิจหรือไม่ก็ตาม จากข้อกำหนดข้างต้นจึงเกิดงานเอกสารหรือ Paper Work ขึ้น นั่นคือบริษัทที่แม้ไม่ได้ประกอบกิจการใดก็ยังคงมีหน้าที่ต้องจัดให้มีการประชุมใหญ่สามัญประจำปีผู้ถือหุ้น เพื่อนำเสนองบการเงินของบริษัทต่อผู้ถือหุ้น ดำเนินการส่งหนังสือเชิญประชุม ลงโฆษณาในหนังสือพิมพ์ ท้องถิ่น ตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

๑.๒ การจัดทำบัญชี

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้นิติบุคคล บริษัทจำกัดต้องทำบัญชีงบดุลนั้น อย่างน้อยครั้งหนึ่งในรอบระยะเวลาสิบสองเดือน โดยต้องมีรายการย่อแสดงจำนวนสินทรัพย์และหนี้สินของบริษัทกับทั้งบัญชีกำไรและขาดทุน และงบดุลนั้นต้องจัดให้มีผู้สอบบัญชีคนหนึ่งหรือหลายคนตรวจสอบ แล้วนำเสนอเพื่ออนุมัติในที่ประชุมใหญ่ภายในสี่เดือนนับแต่วันที่ตั้งงบดุลนั้น อีกทั้งในส่วน ของพระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. ๒๕๕๓ ได้กำหนดรายละเอียดการจัดทำบัญชีดังกล่าวดังนี้

- (ก) บริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยเป็นผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชี และต้องจัดให้มีการทำบัญชีสำหรับการประกอบธุรกิจของตนโดยมีรายละเอียด หลักเกณฑ์ และวิธีการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการบัญชี
- (ข) ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชีต้องปิดบัญชีครั้งแรกภายในสิบสองเดือนนับแต่วันเริ่มทำบัญชี ที่กำหนดและปิดบัญชีในรอบสิบสองเดือนนับแต่วันปิดบัญชีครั้งก่อน
- (ค) ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชีซึ่งบริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยให้ยื่นภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่งบการเงินนั้นได้รับอนุมัติในที่ประชุมใหญ่
- (ง) งบการเงินต้องได้รับการตรวจสอบและแสดงความเห็นโดยผู้สอบบัญชีรับอนุญาต

หากนิติบุคคลไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น มีอัตราโทษปรับดังต่อไปนี้

- (ก) ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชีผู้ใดไม่จัดให้มีการทำบัญชีสำหรับการประกอบธุรกิจของตนโดยมีรายละเอียด หลักเกณฑ์ และวิธีการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๓๐,๐๐๐ บาท และปรับเป็นรายวันอีกไม่เกินวันละ ๑,๐๐๐ บาท จนกว่าจะปฏิบัติให้ถูกต้อง
- (ข) ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชีผู้ใดไม่จัดทำบัญชีครั้งแรกภายในสิบสองเดือนนับแต่วันเริ่มทำบัญชี และปิดบัญชีในรอบสิบสองเดือนนับแต่วันปิดบัญชีครั้งก่อน ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท



- (ก) ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชีผู้ใดไม่ยื่นภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่งบการเงินนั้นได้รับอนุมัติในที่ประชุมใหญ่ ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๕๐,๐๐๐ บาท
- (ง) ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชีผู้ใดไม่จัดให้งบการเงินได้รับการตรวจสอบและแสดงความเห็นโดยผู้สอบบัญชีรับอนุญาตต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๒๐,๐๐๐ บาท

พระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. ๒๕๔๓ เป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ หลักเกณฑ์มาตรฐานในการทำบัญชี งบการเงิน ระยะเวลา ตลอดจนผู้รับผิดชอบ โดยกำหนดให้ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชีของบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยให้ยื่นภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่งบการเงินนั้นได้รับอนุมัติในที่ประชุมใหญ่ กรณีฝ่าฝืนไม่ดำเนินการตามข้อบัญญัติของพระราชบัญญัติการบัญชี มีโทษปรับตามอัตราที่ได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตามเพื่อความสะดวกและชัดเจน ค่าปรับกรณียื่นงบการเงินเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือยื่นล่าช้านั้น ตามตารางแนบท้ายระเบียบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ว่าด้วยการเปรียบเทียบตามกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า พ.ศ. ๒๕๕๕ ระบุไว้ดังนี้

- (ก) อัตราค่าปรับกรณียื่นงบการเงินล่าช้าไม่เกิน ๒ เดือน ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชี ๑,๐๐๐ บาท กรรมการผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบ ๑,๐๐๐ บาท รวม ๒,๐๐๐ บาท
- (ข) อัตราค่าปรับกรณียื่นงบการเงินล่าช้าไม่เกิน ๒ เดือน แต่ไม่เกิน ๔ เดือน ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชี ๔,๐๐๐ บาท กรรมการผู้จัดการ/ผู้รับผิดชอบ ๔,๐๐๐ บาท รวม ๘,๐๐๐ บาท
- (ค) อัตราค่าปรับกรณียื่นงบการเงินล่าช้าเกินกว่า ๔ เดือนขึ้นไป ผู้มีหน้าที่จัดทำบัญชี ๖,๐๐๐ บาท กรรมการผู้จัดการ/ผู้รับผิดชอบ ๖,๐๐๐ บาท รวม ๑๒,๐๐๐ บาท

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ พระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. ๒๕๔๓ นั้นใช้บังคับกับบริษัททุกบริษัทไม่ว่าจะเป็นบริษัทยังดำเนินธุรกิจหรือไม่ก็ตาม นั่นคือบริษัทที่แม้ไม่ได้ประกอบกิจการใดก็ยังคงมีหน้าที่ต้องจัดทำบัญชี หลักเกณฑ์ และวิธีการตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ตลอดจนดำเนินการปิดบัญชีเสนองบการเงินให้ที่ประชุมใหญ่อนุมัติ และยื่นงบการเงินที่ได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่และได้รับการสอบบัญชีแล้วต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้าและกรมสรรพากรในเวลาที่กำหนด จากข้อกฎหมายข้างต้นจึงทำให้เกิดภาระงานเอกสาร (paper work) ขึ้นทั้งๆ ที่ทั้งนั้นเป็นที่รู้กันและเรียกกันว่างบเปล่าซึ่งหมายถึงงบการเงินที่ไม่มีรายได้จากการประกอบธุรกิจแต่อย่างใดเพียงแต่ก็จัดทำไปตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นเพราะหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามก็มีโทษปรับตามที่กฎหมายกำหนด

๑.๓ ภาษีอากรของนิติบุคคล

นิติบุคคลรูปแบบบริษัทจำกัดมีภาระหน้าที่ต้องเสียภาษีรายได้นิติบุคคลประจำปีตามอัตราส่วน หากมีผลกำไรจากการประกอบกิจการ ทั้งนี้ไม่ว่าบริษัทจะมีกำไรจากการประกอบกิจการหรือไม่ก็ตาม บริษัทจะต้องยื่นแบบ ภงด. ๕๐ ต่อสรรพากรภายใน ๑๕๐ วันนับแต่วันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชี พร้อมแนบงบการเงินที่ได้รับการสอบบัญชีโดยผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแล้ว ซึ่งคนทั่วไปมักเรียกกันว่างบเปล่าหรืองบที่ยังไม่ได้ดำเนินธุรกิจ หรือไม่มีกิจกรรมการดำเนินงาน โดยที่ส่วนใหญ่จะมีรายการบัญชีที่เกี่ยวกับการรักษาสภาพธุรกิจ



นอกจากการยื่นแบบฟอร์มการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลรายปีแล้ว เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีก่อนถึงกำหนดเวลาหนึ่งปี ยังกำหนดให้นิติบุคคลบริษัทให้จัดทำประมาณการกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิ ซึ่งได้จากกิจการหรือเนื่องจากกิจการที่ได้กระทำ หรือจะได้กระทำในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น แล้วให้คำนวณและชำระภาษีจากจำนวนกึ่งหนึ่งของประมาณการกำไรสุทธิในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น ภายใน ๒ เดือนนับแต่วันสุดท้ายของรอบระยะเวลา ๖ เดือนนับแต่วันแรกของรอบระยะเวลาบัญชีอีกด้วย

กล่าวโดยสรุปคือ นิติบุคคลบริษัทจำกัดมีหน้าที่ต้องยื่นแบบฟอร์มภาษีเงินได้นิติบุคคลรายครั้งปี งบด.๕๑ ภายใน ๒ เดือนนับแต่วันสุดท้ายของรอบระยะเวลา ๖ เดือนของรอบระยะเวลาบัญชี และยื่นแบบฟอร์มภาษีเงินได้นิติบุคคลรายปี หรือแบบฟอร์ม งบด. ๕๐ ต่อสรรพากรภายใน ๑๕๐ วันนับแต่วันสุดท้ายของรอบระยะเวลาบัญชี ไม่ว่าบริษัทนั้นจะมีการประกอบกิจการทางการค้าหรือไม่อย่างไรก็ตาม

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ ในส่วนของประมวลรัษฎากรนั้นจะเชื่อมโยงกันกับปัญหาในส่วนของพระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. ๒๕๔๓ เนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. ๒๕๔๓ กำหนดให้นิติบุคคลบริษัททุกบริษัทที่ยังประกอบกิจการอยู่ มีหน้าที่ต้องจัดทำบัญชีตามหลักเกณฑ์ฯ จากนั้นประมวลรัษฎากรก็กำหนดให้ นิติบุคคลบริษัทจำกัดมีหน้าที่ต้องยื่นแบบฟอร์มภาษีเงินได้นิติบุคคลรายครั้งปี งบด. ๕๑ ภายใน ๒ เดือนนับแต่วันสุดท้ายของรอบระยะเวลา ๖ เดือนของรอบระยะเวลาบัญชี และยื่นแบบฟอร์มภาษีเงินได้นิติบุคคลรายปี หรือแบบฟอร์ม งบด. ๕๐ ไม่ว่าบริษัทนั้นจะมีการประกอบกิจการทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

๒. ปัญหาในทางปฏิบัติ

ปัญหาในทางปฏิบัตินี้เป็นผลพวงสืบเนื่องมาจากการที่กฎหมายไทย ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่เกี่ยวกับบริษัทจำกัด ตลอดจนกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลและการประกอบกิจการ การจัดทำบัญชีของบริษัท ยังไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องหรือว่าด้วยการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว ผู้วิจัยจึงขอวิเคราะห์ปัญหาในทางปฏิบัติดังต่อไปนี้

๒.๑ สถานะทางกฎหมายของบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว

จากการที่บริษัทที่มีความประสงค์จะอยู่ในสถานะหรือสภาวะพักการดำเนินกิจการชั่วคราวนั้น ไม่มีสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวหรือ Dormant Company ที่ถูกต้องตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายรองรับเรื่องนี้ จึงทำให้ผู้ประกอบการส่วนหนึ่งต้องดำเนินการไปตามข้อบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยไม่มีทางเลือก กล่าวคือต้องจัดทำงานการเงินแม้จะไม่มีธุรกรรมทางบัญชีจากการประกอบกิจการหรือที่เรียกกันว่างเปล่า จัดให้มีการประชุมใหญ่ประจำปี แต่งตั้งผู้สอบบัญชี จัดให้มีการสอบบัญชีงบการเงินของบริษัทและยื่นงบการเงินที่ได้รับการสอบบัญชีแล้วต่อกรมสรรพากรและกรมพัฒนาธุรกิจการค้า แม้ว่าในปัจจุบันกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะอำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการโดยการพัฒนาระบบให้ผู้ประกอบการสามารถนำส่งหรือยื่นงบการเงินออนไลน์ทางอินเทอร์เน็ตได้ก็ตาม แต่นั่นก็ไม่ได้ทำให้หน้าที่หรือภาระทางกฎหมายที่ผู้ประกอบการแบกรับภาระอยู่น้อยลงเพราะเมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วดูเหมือนการกำหนดให้ผู้ประกอบการยื่นงบการเงินทาง



อินเตอร์เน็ตได้จะเป็นการลดภาระงานเอกสารที่เกี่ยวกับการสแกนเอกสารของทางกรมเสียมากกว่า เพราะอย่างไรเสียผู้ประกอบการบริษัทที่ใช้บริการของสำนักงานบัญชีในการยื่นงบการเงินอยู่แล้ว

ผลการศึกษากฎหมายและข้อบังคับของประเทศอังกฤษ อินเดีย ฮองกง และสิงคโปร์ ผู้เขียนพบว่า กฎหมายของอังกฤษนั้นแม้จะเป็นประเทศต้นแบบในเรื่องกฎหมายบริษัท แต่กลับให้สิทธิประโยชน์และข้อยกเว้นแก่บริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวน้อยมาก นั่นคือบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวตามกฎหมายของอังกฤษได้รับการยกเว้นในเรื่องของการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีเท่านั้น ส่วนข้อกำหนดอื่นก็ยังคงมีภาระต้องดำเนินการต่อไปไม่ว่าจะเป็นจัดทำและยื่นรายงานประจำปี (Annual Return) หรืองบการเงินอย่างย่อ ซึ่งเอกสารที่กล่าวมาทั้งหมดสามารถยื่นทางอินเตอร์เน็ตได้ ทั้งนี้กฎหมายไม่กำหนดระยะเวลาในการอยู่ในสถานะพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว บริษัทจึงสามารถอยู่ในสถานะนี้ได้ราบเท่าที่ ต้องการและชำระค่าธรรมเนียมรายงานประจำปี

ส่วนกฎหมายอินเดียให้สิทธิประโยชน์แก่บริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว คล้ายๆ กับกฎหมายอังกฤษ กล่าวคือบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวได้รับการยกเว้นในเรื่องของการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีเท่านั้น ส่วนข้อกำหนดอื่นก็ยังคงมีภาระต้องดำเนินการต่อไปไม่ว่าจะเป็นจัดทำและยื่นรายงานประจำปี จัดทำงบแสดงสถานะทางการเงิน (Duly audited statement of financial position) ตลอดจนจนถึงการจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นปีละสองครั้ง แต่ที่แตกต่างกันคือกฎหมายอินเดียมีการกำหนดขึ้นตอนไว้อย่างชัดเจนมากพร้อมทั้งมีการเก็บค่าธรรมเนียมจากบริษัทในทุกขั้นตอน ตั้งแต่ขั้นตอนการยื่นแบบฟอร์มขอเข้าสู่สถานะพักการดำเนินธุรกิจ ยื่นรายงานประจำปีสำหรับบริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินกิจการชั่วคราว (Return of Dormant Companies) ตลอดจนถึงการยื่นแบบฟอร์มขอเลิกจากการอยู่ในสถานะ เพื่อกลับเข้าสู่สถานะประกอบกิจการ (active company) โดยกฎหมายอินเดียอนุญาตให้อยู่ในสถานะการพักการดำเนินกิจการชั่วคราวนี้ได้เพียงห้าปีติดต่อกันเท่านั้น หากฝ่าฝืนจะถูกยึดชื่อบริษัททิ้ง และเอกสารทั้งหมดสามารถยื่นทางอินเตอร์เน็ตได้

ในขณะที่กฎหมายฮ่องกงนั้นให้สิทธิและข้อยกเว้นแก่บริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวอย่างเต็มที่ นั่นคือบริษัทที่อยู่ในสถานะนี้แทบไม่ต้องดำเนินการใดๆ เลย นอกจากเสียค่าธรรมเนียมรายปีตามอัตราที่กำหนดและแจ้งให้หน่วยงานที่ดูแลทางทะเบียนทราบกรณีมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนเท่านั้น ภาระต่างๆนอกจากนี้ได้รับการยกเว้นหมด ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำและยื่นรายงานประจำปี (Annual Return) การจัดทำงบการเงิน การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี การจัดประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นประจำปี กล่าวได้ว่าแนวทางของกฎหมายฮ่องกงให้ความสะดวกแก่บริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินกิจการชั่วคราวมากที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศทั้งหมดที่ได้ทำการศึกษา นอกจากนี้กฎหมายฮ่องกงยังอนุญาตให้บริษัทที่พักการดำเนินกิจการชั่วคราวสามารถอยู่ในสถานะนี้ได้โดยไม่มีระยะเวลายกเว้นซึ่งข้อนี้เหมือนกันกับกฎหมายอังกฤษ

ส่วนกฎหมายสิงคโปร์นั้น ให้สิทธิประโยชน์และข้อยกเว้นคล้ายกับกฎหมายอังกฤษและอินเดีย กล่าวคือบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวได้รับการยกเว้นในเรื่องการแต่งตั้งผู้สอบบัญชี แต่ยังคงมีหน้า



ที่ต้องจัดทำและยื่นรายงานประจำปี (Annual Return) พร้อมชำระค่าธรรมเนียม จัดทำและยื่นบัญชีที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์มาตรฐานการบัญชีของสิงคโปร์ SFRS/IFRS (prescribed Singapore accounting standards) ซึ่งสามารถยื่นทางอินเตอร์เน็ตได้ ตลอดจนจัดให้มีการประชุมสามัญประจำปี ผู้ถือหุ้น นอกจากนี้ กฎหมายสิงคโปร์อนุญาตให้บริษัทที่ทำการดำเนินกิจการชั่วคราวสามารถอยู่ในสถานะนี้ได้โดยไม่มีระยะเวลากำหนดซึ่งข้อนี้เหมือนกันกับกฎหมายอังกฤษและฮ่องกง

ทั้งนี้ กฎหมายอังกฤษ อินเดีย และสิงคโปร์ มีหลักเกณฑ์แตกต่างกันแต่สิทธิประโยชน์และข้อยกเว้นคล้ายคลึงกัน กล่าวคือบริษัทที่ทำการดำเนินธุรกิจชั่วคราวได้รับการยกเว้นในเรื่องการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีแต่ภาระหน้าที่อื่นๆ ก็ยังคงต้องปฏิบัติต่อไป เพียงแต่ลดระดับความเข้มข้นลง เช่น ลดระดับการจัดทำงบการเงินเต็มรูปแบบเป็นเพียงงบย่อในส่วนของกฎหมายอังกฤษ งบแสดงสถานะทางการเงินตามกฎหมายอินเดียและยื่นบัญชีที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์มาตรฐานการบัญชีของสิงคโปร์ตามกฎหมายสิงคโปร์ ในขณะที่กฎหมายฮ่องกงยกเว้นภาระที่กล่าวมาทั้งหมด ดังนั้นจึงสรุปได้ว่ากฎหมายฮ่องกงเป็นกฎหมายที่ยืดหยุ่นและมีข้อยกเว้นมากที่สุด หากนำแนวทางของกฎหมายฮ่องกงมาประยุกต์ใช้ในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไทย จะส่งผลต่ออย่างยิ่งต่อผู้ประกอบการไทยที่มีความประสงค์จะทำการดำเนินธุรกิจเป็นอย่างยิ่ง

จากข้อสรุปดังกล่าวของกฎหมายทั้งสี่ประเทศที่ได้นำมาศึกษา พอจะสรุปแนวทางที่คล้ายๆ กันได้ดังต่อไปนี้

- ก. ต้องมีตัวแทนกฎหมายรองรับสถานะการทำการดำเนินธุรกิจชั่วคราว
- ข. บริษัทที่จะทำการดำเนินธุรกิจชั่วคราวต้องไม่มีธุรกรรมทางบัญชีอันมีนัยสำคัญในช่วงรอบปีบัญชีที่ผ่านมา และอาจมีเงื่อนไขอื่นๆ อีก เช่น ต้องได้รับการเห็นชอบจากสมาชิกบริษัทหรือผู้ถือหุ้นในอัตราส่วนที่กฎหมายกำหนด
- ค. นิติบุคคลที่ประกอบกิจการบางประเภท อาจไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าสู่สถานะทำการดำเนินธุรกิจชั่วคราว
- ง. อาจต้องยื่นคำร้องเพื่อเข้าสู่และออกจากสถานะการทำการดำเนินธุรกิจชั่วคราว
- จ. อาจต้องชำระค่าธรรมเนียมเข้า รายปี และขาออก
- ฉ. ได้รับการยกเว้นในเรื่องการแต่งตั้งผู้สอบบัญชี แต่ยังคงต้องจัดทำบัญชีและยื่นต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

๒.๒ ปัญหาการประวิงเวลาในการจดทะเบียนบริษัท

ในทางปฏิบัติพบว่าผู้ประกอบการที่มีความประสงค์จะยื่นจดทะเบียนบริษัทราวๆ ปลายเดือนพฤศจิกายนถึงเดือนธันวาคมของแต่ละปีมักจะประวิงเวลาการจดทะเบียนบริษัทไปก่อน จนถึงปีรุ่งขึ้นเนื่องจากผู้ประกอบการไม่ต้องการมีภาระต้องดำเนินการต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติการบัญชี ตลอดจนบทบัญญัติของประมวลรัษฎากร และไม่



อย่างเสี่ยงกับบทลงโทษของพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัดบริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕

ทั้งนี้ก็อปกับข้อมูลทางสถิติของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่มีแนวโน้มสนับสนุนประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้นั่นคือ ข้อมูลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าแสดงว่าในเดือนธันวาคมปี ๒๕๕๗ มีผู้ประกอบการธุรกิจยื่นขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทจัดตั้งใหม่ทั่วประเทศ จำนวน ๓,๓๒๑ ราย เดือนธันวาคม ๒๕๕๖ มีจำนวน ๒,๕๐๖^๖ ขณะที่ในเดือนมกราคม ๒๕๕๗ มีจำนวน ๕,๓๑๗ รายและในเดือนมกราคมของปี ๒๕๕๘ มีผู้ประกอบการธุรกิจยื่นขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทจัดตั้งใหม่ทั่วประเทศจำนวนสูงถึง ๕,๕๘๐ ราย^๗ แสดงให้เห็นถึงยอดผู้ประกอบการที่ยื่นขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทจัดตั้งใหม่ทั่วประเทศของเดือนธันวาคมและมกราคมปีรุ่งขึ้นที่ต่างกันมากอย่างมีนัยสำคัญ

ดังนั้น จากปัญหาที่กล่าวมาในประเด็นข้างต้น หากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติให้กฎหมายหรือมาตรการที่เกี่ยวกับการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับนิติบุคคลบริษัทจำกัด ก็จะสามารถปลดล็อกข้อติดขัดทางกฎหมายและในทางปฏิบัติลงได้ ดังกรณีของบริษัทที่มีความประสงค์ที่จะพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวในต่างประเทศ

๒.๓ ปัญหาการกำกับดูแลบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว

บริษัทที่อยู่ในสถานะพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวนั้นยังคงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติตามอยู่ หากได้สิ้นหน้าที่ไปเสียเลยแต่อย่างใดไม่ กล่าวคือตามกฎหมายอังกฤษ อินเดีย สิงคโปร์ ผู้รับผิดชอบหรือกรรมการของบริษัทยังคงมีหน้าที่ต้องจัดทำและยื่นรายงานประจำปีที่มีข้อมูลของบริษัทต่อหน่วยงานที่กำกับดูแลตามระยะเวลาที่กำหนด และยังมีหน้าที่ต้องแจ้งต่อหน่วยงานกำกับดูแลหากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อมูลทางทะเบียน เช่นเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัท เป็นต้น นอกจากนี้กฎหมายอังกฤษมีการลงโทษปรับ กรณีไม่ยื่นแบบรายงานประจำปี ตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดในอัตราที่สูงมาก คือ ล่าช้าไม่เกินหนึ่งเดือนปรับ ๑๕๐ ปอนด์สเตอร์ลิง (หรือประมาณ ๗,๖๒๐ บาท) เกินหนึ่งเดือนแต่ไม่เกินสามเดือนปรับ ๓๗๕ ปอนด์สเตอร์ลิง (หรือประมาณ ๑๕,๐๕๐ บาท) เกินสามเดือนแต่ไม่เกินหกเดือนปรับ ๗๕๐ ปอนด์สเตอร์ลิง (หรือประมาณ ๓๑,๐๐๐ บาท) และเกินหกเดือนขึ้นไป ปรับ ๑,๕๐๐ ปอนด์สเตอร์ลิง^๘ (หรือประมาณ ๖๖,๒๐๐ บาท^๙) ในขณะที่อัตราค่าปรับขึ้นงบการเงินล่าช้าเกินสี่เดือนของไทยอยู่ที่อัตรา ๑๒,๐๐๐ บาท (ผู้มีหน้าที่จัดทำ ๖,๐๐๐ บาท กรรมการผู้จัดการ ๖,๐๐๐ บาท)

^๖การจดทะเบียนธุรกิจเดือนธันวาคม ๒๕๕๖ และปี ๒๕๕๗ http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=๑๐๖๐๑&filename=index เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕.

^๗การจดทะเบียนธุรกิจเดือนมกราคม ๒๕๕๘ http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=๑๐๕๖๑&filename=index เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕.

^๘Late Filing Penalties, Company House April ๒๐๑๕. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/๔๒๕๑๘/GP๕_Late_filing_penalties_v๒๕.pdf เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕.

^๙อัตราแลกเปลี่ยนเงินบาทต่อเงินดอลลาร์สหรัฐของธนาคารพาณิชย์ใช้ซื้อขายกับลูกค้า ธนาคารแห่งประเทศไทย https://www.bot.or.th/thai/statistics/financialmarkets/exchangerate/_layouts/application/exchangerate/exchangerate.aspx เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ ๑๔ มีนาคม ๒๕๕๕.



นอกจากนี้กฎหมายของอังกฤษ อินเดียและฮ่องกง ยังมีข้อจำกัดการเข้าสู่สถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว กล่าวคือมีการกำหนดว่า บริษัทที่ดำเนินกิจการบางประเภทไม่สามารถเข้าสู่สถานะ Dormant Company ได้ นั้นหมายถึงสถานะ Dormant Company นั้นไม่ใช่สถานะเสรีที่บริษัทประเภทใดคิดจะเข้ามาอยู่ภายใต้สถานะนี้ก็จะสามารถเข้ามาได้ อีกทั้งหากบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวฝ่าฝืนข้อกำหนดด้วยการก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่เป็น เช่น ค่าเช่า ค่าธรรมเนียมธนาคารหรือมีรายได้ไม่ว่าทางใดเกิดขึ้น บริษัทนั้นก็จะขาดคุณสมบัติทันที และต้องกลับไปอยู่ในสถานะประกอบกิจการ (Active Company) มีหน้าที่ตามกฎหมายเหมือนบริษัทที่ยังประกอบธุรกิจอยู่ ทุกประการ

อย่างไรก็ดีในส่วนของตัวบทกฎหมายนั้น กฎหมายของทุกประเทศที่ศึกษาจะไม่กำหนดนิยามความหมายของคำว่า Dormant Company หรือบริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินกิจการชั่วคราวไว้ในบทนิยามศัพท์ของตัวบทกฎหมายแต่อย่างใด แต่จะกำหนดไปในตัวบทกฎหมายเลยว่า บริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินกิจการชั่วคราว (Dormant Company) ได้รับการยกเว้นในเรื่องใด ๆ บ้างเท่านั้น

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทความวิจัยฉบับนี้มิได้ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนให้บริษัทที่ดำเนินกิจการค้าตามปกติยื่นเรื่องขอเข้าสู่สถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวแต่อย่างใดไม่ ตรงกันข้ามบทความวิจัยฉบับนี้ต้องการนำเสนอทางเลือกใหม่ที่น่าสนใจให้แก่ผู้ที่มีความประสงค์จะหยุดพักการดำเนินธุรกิจไว้ชั่วคราวและไม่มี ความประสงค์ที่จะเลิกกิจการ เนื่องจากในปัจจุบันไม่มีกฎหมายให้สามารถกระทำได้ สิ่งที่ผู้ประกอบการสามารถทำได้มีเพียงหยุดดำเนินกิจการค้าแต่ยังต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อไป เช่น หน้าที่ในการจัดให้มีการประชุมใหญ่ประจำปีของผู้ถือหุ้นของบริษัท การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี การจัดทำบัญชี การจัดให้มีการสอบบัญชีงบการเงินของบริษัท ฯลฯ ซึ่งหน้าที่ต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นน่าจะสามารถยกเว้นให้แก่บริษัทที่มีความประสงค์จะพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวได้ หากประเทศไทยมีหลักเกณฑ์การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวเหมือนในต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษามาแล้วเมื่อใดที่บริษัทพร้อมก็สามารถกลับมาดำเนินธุรกิจต่อได้อีกทันทีโดยไม่ต้องเสียโอกาสในการดำเนินธุรกิจ ไม่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนบริษัทใหม่อีกครั้ง ยิ่งไปกว่านั้นผู้ประกอบการสามารถเก็บรักษาบริษัทที่ก่อตั้งไว้แต่เดิมซึ่งเป็นที่รู้จักในตลาดมีความนิยม (Good will) ไว้ได้อีกด้วย

ทั้งนี้ ต่อกรณีความเห็นว่าการให้บริษัทเข้าสู่สถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวอาจเป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการฉวยโอกาสจัดตั้งกิจการเพื่อถือครองทรัพย์สินโดยเฉพาะอสังหาริมทรัพย์ ความเห็นดังกล่าวอาจมีมูลความจริงอยู่บ้างเพราะหนึ่งในวัตถุประสงค์ของบริษัทที่อยู่ในสถานะ Dormant Company ในต่างประเทศหลาย ๆ ประเทศก็คือเพื่อถือครองทรัพย์สิน อสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินทางปัญญา และต่อประเด็นที่ว่าชาวต่างชาติจะให้คนไทยถือหุ้นในบริษัทแทน (นอมินี) ในอัตราส่วนที่ทำให้บริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทสัญชาติไทยแล้วนำบริษัทนั้นไปถือครองอสังหาริมทรัพย์ เรื่องนี้ก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นอยู่แล้วไม่ว่านิติบุคคลนั้น ๆ จะอยู่ในสถานะ active หรือสถานะ Dormant Company ซึ่งต่อประเด็น



ปัญหานี้ ประเทศไทยได้ตรากฎหมายเฉพาะซึ่งก็คือพระราชบัญญัติการดำเนินธุรกิจของคนต่างด้าวไว้กำกับดูแลอยู่แล้ว

นอกจากนี้ การที่มีกฎหมายกำหนดให้บริษัทสามารถอยู่ในสถานะพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวนั้นยังเป็นผลดีต่อหน่วยงานของรัฐเอง เพราะรัฐอาจกำหนดและจัดเก็บค่าธรรมเนียมในการเข้าสู่สถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว ค่าธรรมเนียมรายปี ตลอดจนค่าธรรมเนียมยื่นเรื่องขอกลับคืนสู่สถานะปกติได้ ในปัจจุบันผู้ประกอบการที่ไม่มีธุรกรรมทางธุรกิจจำต้องจ่ายค่าบริการให้แก่สำนักงานกฎหมายในเรื่องการประชุมประจำปีเพื่ออนุมัติงบการเงิน จ่ายค่าบริการให้แก่สำนักงานบัญชีในการจัดทำงบการเงิน (งบแปล) ค่าผู้สอบบัญชีและยื่นงบการเงินที่ได้รับการสอบบัญชีแล้วแก่หน่วยงานของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าและกรมสรรพากร ทั้งๆ ที่หน่วยงานของรัฐทั้งสองแห่งไม่ได้ค่าธรรมเนียมหรือภาษีแต่อย่างใดเพราะเป็นงบแปลที่ไม่มีรายได้ ตรงกันข้ามผู้ที่ได้รับประโยชน์เต็มๆ กลับเป็นสำนักงานกฎหมาย สำนักงานบัญชีและผู้สอบบัญชีตลอดจนที่ทำการไปรษณีย์และสำนักพิมพ์ในส่วนของการส่งจดหมายเชิญประชุมประจำปี ที่กฎหมายกำหนดให้ส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับและตีพิมพ์ในหนังสือพิมพ์ ค่าบริการทั้งหมดที่กล่าวมาเมื่อรวมแล้วทั้งสิ้นอาจสูงกว่าหนึ่งหมื่นบาท ซึ่งหน่วยงานของรัฐไม่ได้รับประโยชน์จากรายได้จำนวนดังกล่าวนี้แต่อย่างใด (อาจได้รับทางอ้อมในรูปภาษีรายได้นิติบุคคลของผู้ให้บริการ)

ปัจจุบันมีบริษัทจำนวนไม่น้อยที่ต้องการพักการดำเนินธุรกิจลงชั่วคราวสืบเนื่องจากปัญหาในการประกอบกิจการ หรือมีความประสงค์จะรอดูสถานการณ์ทางเศรษฐกิจก่อนที่จะมีแนวโน้มอย่างไร แต่ประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว (Dormant) นิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดจึงมีเพียงสองทางเลือกคือ ดำเนินธุรกิจต่อไปหรือยุติการดำเนินการด้วยการเลิกบริษัทและชำระบัญชี หรืออาจปล่อยทิ้งให้เป็นบริษัทร้าง ดังนั้นหากประเทศไทยมีกฎหมาย หลักเกณฑ์การพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวเหมือนในต่างประเทศ ก็จะทำให้นิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดสามารถพักการดำเนินธุรกิจไว้ชั่วคราว และกลับมาดำเนินธุรกิจใหม่อีกครั้งได้เมื่อพร้อมโดยไม่ต้องเสียโอกาสในการดำเนินธุรกิจ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยมีข้อเสนอแนะตามกฎหมายและในทางปฏิบัติดังต่อไปนี้

ข้อเสนอแนะตามกฎหมาย

๑. การประชุมใหญ่ประจำปีและการจัดทำบัญชีงบดุล

ผู้เขียนขอเสนอแนะให้เพิ่มบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังนี้

มาตรา ๑๑๕๕/๑ ให้บริษัทที่ไม่ดำเนินการและไม่มีธุรกรรมทางบัญชีอันมีสาระสำคัญเป็นบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว หากมีคุณสมบัติดังนี้

- (๑) ไม่ดำเนินการและไม่มีธุรกรรมทางบัญชี ตั้งแต่วันจดทะเบียนบริษัท หรือ
- (๒) ไม่ดำเนินการและไม่มีธุรกรรมทางบัญชี ในช่วงรอบปีบัญชีที่ผ่านมา



การเข้าสู่สถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวนั้น การคงอยู่ในสถานะการพักการดำเนินธุรกิจ และการกลับสู่สถานะการดำเนินธุรกิจปกติ นั้น ให้ยื่นคำร้องและเสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนด

มาตรา ๑๑๕๕/๒ บทบัญญัติแห่งมาตรา ๑๑๗๑ มาตรา ๑๑๗๕ มาตรา ๑๑๘๖ และมาตรา ๑๑๘๗ เหล่านี้ มิให้ใช้บังคับต่อบริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๑๕๕/๑ และให้บริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว สามารถพักการดำเนินธุรกิจได้ไม่เกินเวลา ๑๐ ปีต่อเนื่องกัน หากเกินเวลาที่กำหนด ให้นำมาตรา ๑๒๗๓/๑ (ถอนทะเบียนบริษัทร้าง) มาบังคับใช้โดยอนุโลม

ในส่วนของบริษัทไทยสำหรับการไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า ให้เพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัดบริษัทจำกัด สมาคมและมูลนิธิ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ กำหนดยกเว้นข้อบังคับดังกล่าวแก่บริษัทพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว ดังนี้

มาตรา.....บทบัญญัติแห่งมาตรา ๑๖, ๑๗, ๑๘ เหล่านี้ มิให้ใช้บังคับต่อบริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๑๕๕/๑.

๒. การจัดทำบัญชี

ผู้เขียนขอเสนอแนะให้เพิ่มบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. ๒๕๔๓ ดังนี้

มาตรา... บทบัญญัติแห่งมาตรา ๘ มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ ตลอดจนมาตรา ๒๘ ถึงมาตรา ๓๐ เหล่านี้ มิให้ใช้บังคับต่อบริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๑๕๕/๑

๓. ภาษีอากรของนิติบุคคล

ผู้เขียนขอเสนอแนะให้เพิ่มบทบัญญัติในประมวลรัษฎากร ดังนี้

มาตรา...บทบัญญัติแห่งมาตรา ๖๗ ทวิ มาตรา ๖๘ และ มาตรา ๖๙ เหล่านี้ มิให้ใช้บังคับต่อบริษัทที่อยู่ในสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๑๕๕/๑

ข้อเสนอแนะในทางปฏิบัติ

๑. ไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว

๑.๑ กำหนดหรือระบุสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวของบริษัทไว้ในหนังสือรับรองบริษัทที่กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ออกให้แก่ผู้ขอคัดหนังสือรับรองบริษัทหรือระบุไว้ในเว็บไซต์ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าสำหรับให้สามารถตรวจสอบได้อย่างเสรี เนื่องจากในปัจจุบันทางกรมได้มีการให้บริการข้อมูลบริษัทแก่สาธารณชนโดยไม่คิดค่าบริการอยู่แล้ว โดยที่สถานะที่แจ้งในหนังสือรับรองบริษัทในปัจจุบันที่ใช้อยู่คือ ยังประกอบธุรกิจอยู่ บริษัทร้าง หรือชำระบัญชี



๑.๒ กำหนดแบบฟอร์มต่างๆ สำหรับไว้ใช้ในการยื่นในแต่ละช่วงเวลา เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อย โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลักซึ่งก็คือ กระทรวงพาณิชย์อาจกำหนดแบบฟอร์ม การยื่นก่อนเข้าสู่สถานะ Dormant Company การยื่นรายงานประจำปี และการยื่นแบบฟอร์มเมื่อต้องการกลับเข้าสู่สถานะการดำเนินธุรกิจตามปกติ (Active Company)

๒. การประวิงเวลาในการจดทะเบียนบริษัท

ผู้ประกอบการที่มีความประสงค์จะยื่นจดทะเบียนบริษัทราวๆ ปลายเดือนพฤศจิกายนถึงเดือนธันวาคมของแต่ละปีมักจะประวิงเวลาการจดทะเบียนบริษัทไปก่อน จนถึงปีรุ่งขึ้น เนื่องจากไม่ต้องการมีภาระดำเนินการต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติตลอดจนพระราชบัญญัติการบัญชี กอปรกับข้อมูลทางสถิติของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าก็มีแนวโน้มสนับสนุนประเด็นปัญหาดังกล่าว ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติให้มีกฎหมายหรือมาตรการที่เกี่ยวกับการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับนิติบุคคลบริษัทจำกัด ก็จะสามารถปลดล็อกข้อติดขัดทางกฎหมายและในทางปฏิบัติได้ ดังกรณีของบริษัทที่มีความประสงค์ที่จะพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวในต่างประเทศ

๓. การกำกับดูแลบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว

จัดทำคู่มือรายละเอียดหลักเกณฑ์และหน้าที่ของบริษัทที่พักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว หรือระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางว่าด้วยการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวบริษัท ซึ่งเป็นไปในทางเดียวกันกับระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท พ.ศ. ๒๕๓๘ ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เพื่อให้เป็นไปในทางเดียวกันกับกฎหมายหลักในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพที่เกี่ยวข้อง เพราะแม้จะได้มีตัวบทกฎหมายแล้ว แต่เป็นไปเพื่อความชัดเจนและง่ายต่อการประชาสัมพันธ์ นอกจากนี้ ระเบียบสำนักงานทะเบียนยังสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่ายกว่าการที่จะออกเป็นกฎกระทรวง โดยที่ข้อมูลสำคัญที่ควรบรรจุไว้ในมีดังต่อไปนี้

- ก. ลักษณะของบริษัทที่ไม่มีธุรกรรมทางบัญชีที่มีสาระสำคัญซึ่งสามารถเข้าสู่สถานภาพการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวได้และความแตกต่างกันกับบริษัทที่ไม่ดำเนินกิจการซึ่งอาจยังคงมีธุรกรรมทางบัญชีที่มีสาระสำคัญ ตลอดจนให้นิยามหรือข้อกำหนดธุรกรรมที่ไม่ถือเป็นธุรกรรมทางบัญชีที่มีสาระสำคัญ
- ข. หน้าที่ของบริษัท เช่นหน้าที่ในการยื่นรายงานประจำปี และแจ้งการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนภายในระยะเวลาที่กำหนด อาจจะเป็น ๑๕ วัน หรือ ๓๐ วัน แล้วแต่กรณี
- ค. ค่าธรรมเนียมและค่าปรับล่าช้า ในการยื่นรายงานประจำปี และการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน
- ง. ค่าธรรมเนียมการเข้าสู่สถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว โดยคำนวณจากทุนจดทะเบียนของบริษัทเหมือนดอนรับจดทะเบียนบริษัท หรืออาจกำหนดค่าธรรมเนียมตายตัว
- จ. ค่าธรรมเนียมรายปีในการคงอยู่ในสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราว



- ฉ. ค่าธรรมเนียมเมื่อต้องการออกจากสถานะการพักการดำเนินธุรกิจชั่วคราวเพื่อกลับเข้าสู่สถานะปกติ
- ช. กำหนดประเภทของบริษัทที่ไม่อาจเข้าสู่สถานภาพการพักการดำเนินธุรกิจได้ โดยอาจกำหนดเป็นข้อบังคับกว้างๆ ในเรื่องประเภทของบริษัทหรืออาจกำหนดรายละเอียดประเภทธุรกิจต้องห้ามไปเลย

บรรณานุกรม

- กระดานสนทนาสอบถามข้อมูล เว็บไซต์ สำนักงานประกันสังคม <http://www.sso.go.th/wpr/postAction.do?method=view&topicId=๕๗๕๘&webId=๐> เข้าถึงเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕.
- การจดทะเบียนธุรกิจเดือนธันวาคม ๒๕๕๗ และปี ๒๕๕๗ http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=๑๐๖๐๑&filename=index เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕.
- การจดทะเบียนธุรกิจเดือนมกราคม ๒๕๕๘ http://www.dbd.go.th/ewt_news.php?nid=๑๐๕๖๑&filename=index เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ ๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๘.
- คู่มือนายจ้าง, ศูนย์สารนิเทศ สำนักงานประกันสังคม กระทรวงแรงงาน
- ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายกฎหมายหุ้นส่วน-บริษัท โดยพิศดาร, ๒๕๐๔, ๒๒๕. อ้างถึงใน ภาสกร ชุนธุไร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องมาตรา ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลาคม ๒๕๕๓.)
- อัตราแลกเปลี่ยนถัวเฉลี่ยที่ธนาคารพาณิชย์ใช้ซื้อขายกับลูกค้า ธนาคารแห่งประเทศไทย https://www.bot.or.th/thai/statistics/financialmarkets/exchangerate/_layouts/application/exchangerate/exchangerate.aspx เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ ๑๙ มีนาคม ๒๕๕๕.
- เอกสารที่ไชยีนแจ่งแก้ไขเปลี่ยนแปลงทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม http://download.rd.go.th/publish/fileadmin/user_upload/vat/VAT๐๕.pdf เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๘.
- Ashok Sharma, *Company Law*, Latest Edition (New Delhi : V.K. (India) Enterprise, ๒๐๑๐-๒๐๑๑)
- Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, West Publishing Co., ๑๙๗๕.
- Late Filing Penalties, Company House April ๒๐๑๕ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/๔๒๒๕๑๘/GP๕_Late_filing_penalties_v๒_๕.pdf เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕.



ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในสัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบ กฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ระณีย์ อาทรธนะสุข*

บทคัดย่อ

บทความวิจัยฉบับนี้มีที่มาจากวิทยานิพนธ์ในชั้นนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูป : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของสหภาพยุโรป” แต่เพื่อไม่ให้บทความฉบับนี้ยาวเกินไป จึงได้ตัดทอนลงมาเหลือเพียงการเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ผลการวิจัยพบว่าถึงแม้ ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐’ มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ แต่ก็ยังขาดแนวความคิดและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนทั้งในเรื่องของการคุ้มครองผู้บริโภค และการวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญา เห็นได้จากกรณี ชาวไร่ ชาวนา ที่ทำสัญญาขาย ผลผลิตทางการเกษตรของตนให้แก่พ่อค้าคนกลาง ซึ่งควรได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายฉบับนี้กลับไม่ได้รับการคุ้มครอง และในส่วนของหลักเกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญานั้น ก็ได้บัญญัติในลักษณะที่มีผลชัดเจนว่าข้อสัญญาใดที่จะถือว่าไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องไม่เป็นธรรมทั้งใน กระบวนการทำสัญญาและในเนื้อหาของข้อสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มิได้บัญญัติรายการตัวอย่างความ ไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาให้เพียงพอสำหรับศาลไทยได้ใช้ในการวินิจฉัยได้อย่างชัดเจน หลังจาก ศึกษาจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยเสนอให้แยกบทบัญญัติออกเป็นสองภาค โดยแยก ‘สัญญาผู้บริโภค’ และ ‘สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก’ ออกจากสัญญาอื่นๆ และจัดให้อยู่ในภาคหนึ่ง ส่วนสัญญาอื่นๆ รวมทั้งข้อตกลง ประกาศหรือคำแจ้งความ ความตกลงหรือความยินยอมนั้นให้อยู่ใน อีกภาคหนึ่งของพระราชบัญญัติฯ ซึ่งอยู่นอกเหนือขอบเขตของการศึกษาค้นคว้านี้ เนื่องจาก ‘The Unfair

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช



Terms in Consumer Contracts Regulations ๑๙๙๙' ของประเทศอังกฤษเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับ 'สัญญาผู้บริโภค' โดยตรง จึงควรใช้บทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ ประกอบกับข้อเสนอในรายงานของ คณะกรรมการฝ่ายกฎหมายของอังกฤษและคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายของสกอตแลนด์ เป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติม 'พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐' เพื่อให้เกิดความชัดเจนในส่วนของ 'สัญญาผู้บริโภค' และ 'สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก' และเพียงพอต่อศาลไทยที่จะได้ใช้ในการวินิจฉัยคดีได้อย่างเป็นธรรม

คำสำคัญ : ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม สัญญาผู้บริโภค สัญญาสำเร็จรูป

Abstract

This research article was derived from my thesis in Master of Laws (LL.M.) for Sukhothai Thammathirat Open University, titled 'Legal Problems Relating to Unfair Contract Terms in Adhesion Contracts; a Study on Thai Law in Comparison to European Union Law'. But in this case only the English Law has been brought up for comparison, lest the article would be too long.

The study revealed that, although the Thai Act aimed mainly at protecting consumers, but it lacked in both clear concepts in consumer protection and also rules for contract term unfairness determination. A distinct example was in the case of farmers, who should be protected when selling farm produces to the middlemen, were not protected at all. And also in the case of unfairness determination, the Act did not set out a statutorily provided clear definition that a contract term regarded to be unfair must be both procedurally and substantively unfair. Especially, its provisions did not contain sufficient examples of substantive unfairness for the Thai Court to enable the determination. Based on the findings, this thesis made the following recommendations. For the amendment of this Act, it was necessary to separate the provisions into two sections. The 'Consumer Contract' and the 'Small Business Contract' should be in one section; the other types of contracts, and also agreements, notices, etc. should be in the other and were outside the scope of this study. Since the English Law 'The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations ๑๙๙๙' contained provisions setting out solely for consumer protection, it should be used, together with the proposals from the reports of the Law Commission and Scotland Law Commission, as a guidance for the amendment of the 'Unfair Contract Terms Act, B.E.๒๕๕๐' in the part of 'Consumer Contract' and 'Small Business Contract' section, so as to be able to provide clear and sufficient guideline for the Thai Court to enable the determination fairly.

Keywords: Unfair Contract Term, Consumer Contract, Adhesion Contract



บทนำ

หลังสงครามโลกครั้งที่สอง สภาพทางเศรษฐกิจและสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นอันมาก การประกอบธุรกิจได้พัฒนาก้าวหน้าทำให้เกิดสัญญาธุรกิจประเภทใหม่ๆ ในธุรกิจทุกประเภท สัญญาที่ผู้ประกอบการทำในปัจจุบันจะอยู่ในรูปแบบของ ‘สัญญามาตรฐาน’ (Standard Form Contract) หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ (Adhesion Contract) กันทั้งสิ้น สัญญาดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาที่มีอำนาจต่อรองกันอย่างแท้จริง แต่เป็นสัญญาที่คู่สัญญาที่มีความไม่เท่าเทียมกันทั้งในแง่ของอำนาจการต่อรองในทางเศรษฐกิจ และความรู้ความสามารถด้านเทคโนโลยี เนื่องจากคู่สัญญาที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจมีความรู้ความสามารถด้านเทคโนโลยีที่เหนือกว่าซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพในธุรกิจหนึ่งๆ เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากที่สุด โดยการกำหนดข้อยกเว้น หรือข้อจำกัดความรับผิดของตนตามสัญญาให้มีหน้าที่ความรับผิดชอบน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือกำหนดให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องมีความรับผิดมากกว่าที่ควรจะมีตามปกติที่กฎหมายกำหนด หรือกำหนดสิทธิคู่สัญญาที่อีกฝ่ายควรจะมีตามสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งก็คือฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคนั่นเอง จำต้องยอมรับเอาข้อสัญญานั้นโดยไม่สามารถต่อรองแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้เลย เพราะมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่า

สัญญาธุรกิจประเภทใหม่นี้ไม่มีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายส่วนของเอกเทศสัญญา ดังนั้น การจะนำหลักทั่วไปของกฎหมายสัญญามาปรับใช้กับลักษณะใหม่ของสัญญาในปัจจุบันก็มีปัญหา เนื่องจากลักษณะของสิทธิและหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญามีลักษณะพิเศษเฉพาะที่แตกต่างไปจากความผูกพันของหลักสัญญาทั่วไป ปัญหาดังกล่าวข้างต้นทำให้เห็นถึงวิกฤติการณ์ที่เกิดขึ้นกับสัญญาในปัจจุบัน ถึงปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของสถานะสัญญา และปัญหาของการปรับใช้ความหลักกฎหมายสัญญาตามประมวลกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายของประเทศต่างๆ จึงเห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดกฎหมายสำหรับปัญหาของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใน ‘สัญญามาตรฐาน’ หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ โดยเฉพาะ^{*}

ในประเทศอังกฤษสมัยที่ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมออกมาใช้บังคับกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้น แนวความคิดที่ว่าควรจะต้องควบคุมสัญญาที่ไม่เป็นธรรมให้มีผลใช้บังคับตามความเป็นธรรม หรือมีผลใช้บังคับในขอบเขตของความสมเหตุสมผล (Reasonable) ยังไม่แพร่หลาย เนื่องจากยังคงอยู่ภายใต้อิทธิพลและแนวความคิดของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อย่างไรก็ตาม ข้อสัญญาที่มักจะสอดแทรกอยู่ในสัญญาต่างๆ เสมอคือข้อสัญญาเกี่ยวกับการยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exclusion or Limitation Liability Clauses) ซึ่งถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมลักษณะหนึ่งที่ยังจะกำหนดไว้ในสัญญา เมื่อเป็นคดีความขึ้นมา ศาลอังกฤษจะพิจารณาวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดอย่างเคร่งครัดว่า ข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนี้จะผูกพัน

^{*} คารพอร์ ภิระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๘), ๑๑๕.



คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หรือมีผลบังคับได้เพียงใดเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้เป็นผู้ร่างหรือกำหนดเงื่อนไขของสัญญา ที่เป็นปัญหาค่อนข้างใหญ่จะเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดใน ‘สัญญามาตรฐาน’ และวิธีการที่ศาลอังกฤษนำมาใช้ในการวินิจฉัยข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดมีหลายวิธี ได้แก่ การผนวกข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเข้าไว้ในสัญญา (Incorporation into Contracts) การแปลและตีความสัญญา (Interpretation and Construction) หลักการทำผิดสัญญาที่เป็นรากฐานของสัญญา (Fundamental Breach of Contract) และข้อจำกัดอื่นๆ ตามหลัก Common Law

เนื่องจากวิธีการต่างๆ ที่ศาลนำมาใช้ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาคู่สัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญามาตรฐาน รัฐสภาอังกฤษจึงบัญญัติกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเป็นลายลักษณ์อักษรออกมาบังคับใช้เป็นครั้งแรกในปี ๑๙๗๗ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว คือ “The Unfair Contract Terms Act ๑๙๗๗” (หรือ UCTA) เนื้อหาสาระส่วนใหญ่ของ UCTA บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด (Exclusion Clauses) ถึงแม้กฎหมายฉบับนี้จะมีใช้กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาทั่วไปที่ไม่เป็นธรรม แต่ก็ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางกฎหมายที่มีต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมโดยทั่วไปด้วยเช่นกัน บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ UCTA มุ่งคุ้มครองผู้บริโภค โดยบัญญัติให้ข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลกับผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม UCTA ยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ที่สำคัญคือ แนวคิดในเรื่องปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่ถูกต้อง รวมทั้งหลักการวัดความเป็นธรรมก็ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ

ในประเทศไทย เนื่องจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจและสังคม ทำให้สภาพสังคมปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปมาก มีการเอารัดเอาเปรียบกันโดยวิธีการซึ่งกำหนดไว้ในข้อสัญญาต่างๆ ระหว่างผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ กับผู้บริโภค เพราะใช้อำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจที่ไม่เท่าเทียมกัน ทำให้ผู้ประกอบการที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่าสามารถกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขในข้อสัญญาเสียเอง ปัญหานี้จะเกิดขึ้นมากสำหรับ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ (Adhesion Contract) เนื่องจากเป็นสัญญาที่ทำขึ้นล่วงหน้าเพื่อใช้ทั่วไปกับคู่สัญญาที่จะเข้าทำสัญญาเป็นจำนวนมาก สัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดข้อสัญญาไว้จำนวนมากในลักษณะที่เรียกว่าทำข้อสัญญาเผื่อไว้ ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ในสัญญาจึงไม่ชัดเจนที่แท้จริงของคู่สัญญา ปัญหาจะเกิดขึ้นอีกทางหนึ่งกับ ‘สัญญาที่มีระยะเวลายาว’ (Long-term Contract) เช่น สัญญาสินเชื่อ สัญญาใช้บริการต่างๆ เช่น สัญญาใช้บริการบัตรเครดิต สัญญาใช้บริการโทรศัพท์ที่บอกรับเป็นสมาชิก เป็นต้น วิธีการแก้ไขปัญหาคู่สัญญาผู้ประกอบการดำเนินการคือการกำหนดข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ประกอบการ มีสิทธิปรับแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว ทั้งนี้เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาคู่สัญญาที่เกิดขึ้นในอนาคตที่มีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไป ข้อที่ควรพิจารณา คือ ข้อสัญญาที่ให้สิทธิคู่สัญญาที่ใช้ สัญญาสำเร็จรูปเป็นฝ่ายที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขในภายหลังได้ฝ่ายเดียวนี้ควรให้มีผลบังคับได้เพียงใด เพราะอาจเป็นกรณีของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมก็ได้^๒

^๒ ดาราวรรณ ธีระวัฒน์, “การก่อให้เกิดสัญญา และการบังคับของสัญญา การตีความสัญญา” ใน ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และ ลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง หน้าที่ ๕ (นันทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๕๒), ๕ - ๒๑.



เนื่องจากความรุนแรงของการใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทวีขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งเดิมทีก็เพียงแค่ป้องกันการบิดพลิ้วสัญญาของลูกค้า หรือผู้บริโภค แต่นาน ๆ เข้ากลับกลายเป็นการกำหนดข้อสัญญาที่เอาเปรียบผู้บริโภคทุกวิถีทาง เมื่อคดีตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเหล่านี้เข้ามาสู่ศาล ศาลก็ไม่อาจเข้าไปใช้ความเป็นธรรมในส่วนนี้ได้เพราะขาดเครื่องมือ ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ จึงเกิดขึ้นด้วยความริเริ่มของฝ่ายศาลยุติธรรมโดยกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ ๑๕ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๔๑^๑

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ตราขึ้นด้วยความประสงค์และมุ่งคุ้มครองคู่สัญญาจากการเข้ารับเอาข้อสัญญาที่เสียเปรียบอย่างมากในสภาพทางการค้าในปัจจุบัน แต่แนวความคิดที่นำมาประสานกันเป็นกฎหมายฉบับนี้มีความไม่ชัดเจน ซ้ำยังผิดพลาดและสับสนหลายประการ อันเป็นผลให้พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้รับความเชื่อถือจากทั้งผู้ประกอบการการค้าและวิชาชีพและผู้บริโภค อันที่จริงแล้ว ในการยกร่างกฎหมายฉบับนี้ กระทรวงยุติธรรมได้ลอกเลียนแนวความคิดมาจาก UCTA เสียเป็นส่วนใหญ่ ทั้ง ๆ ที่แนวความคิดหลายประการที่ปรากฏอยู่ใน UCTA ก็ไม่ถูกต้อง ทำให้ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคมีส่วนผิดพลาดตาม UCTA ไปด้วย ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพรายเล็กที่อยู่ในสถานะเดียวกับผู้บริโภคทั่วไปนั้นกฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองเลย เพราะเมื่อการเข้าทำสัญญาเป็นไปเพื่อการค้าจึงไม่ใช่ ‘ผู้บริโภค’ ตามบทนิยาม ประเทศไทยก็ยึดถือหลักเกณฑ์เดียวกัน ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่าง ชาวไร่ ชาวนา ที่ทำสัญญาขายผลผลิตการเกษตรของตนให้แก่พ่อค้าคนกลางก็ไม่ถือว่าเป็น ‘ผู้บริโภค’ และไม่ได้รับการคุ้มครองจากพระราชบัญญัตินี้เช่นเดียวกัน^๒

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วัตถุประสงค์ของการวิจัยครั้งนี้เพื่อศึกษาข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ โดยกำหนดศึกษาเฉพาะในด้านของการให้ความคุ้มครองจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ผู้ประกอบการฯ นำมาใช้กับผู้บริโภค หรือ ‘สัญญาผู้บริโภค’ (Consumer Contract) เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาผู้บริโภคที่อยู่ในรูปแบบของ ‘สัญญามาตรฐาน’ หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ และศึกษาหาวิธี แก้ไข เพิ่มเติมด้วยบทกฎหมายเพื่อให้การคุ้มครองแก่ผู้บริโภคได้อย่างสมบูรณ์ และครอบคลุมยิ่งขึ้น

วิธีการศึกษา

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยการวิเคราะห์จากเอกสาร ข้อมูลภายในประเทศได้จากตัวบทกฎหมาย คำรา บทความ และเอกสารสิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ของไทย และข้อมูลของต่างประเทศส่วนใหญ่ได้จากการค้นคว้าทางอินเทอร์เน็ต

^๑พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๔๒), ๒๕ - ๓๗.

^๒พินัย ฉนกร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” (๒๕๔๓) ๓๐: ๔, วารสารนิติศาสตร์, ๕๔๗.



ผลของการศึกษาวิเคราะห์

ก่อนที่จะศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของไทยกับกฎหมายของประเทศอังกฤษต่อไป ควรทำความเข้าใจ และกำหนดความหมายของคำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ (Standard Form Contract) หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ (Adhesion Contract) ให้ชัดเจนเสียก่อน ตามความเป็นจริงสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาประเภทเดียวกันและมีลักษณะเหมือนๆ กัน คำว่า Standard Form Contract ใช้กันอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น อังกฤษ อเมริกา หรือ ออสเตรเลีย เป็นต้น ส่วนคำว่า Adhesion Contract มาจากคำว่า ‘contrat d’ adh’sion’ ซึ่งนักกฎหมายคนสำคัญชาวฝรั่งเศสชื่อ Raymond Saleilles เป็นผู้ให้ชื่อเรียกเป็นคนแรก คำว่า ‘Adhesion Contract’ ซึ่งแต่เดิมมีบัญญัติใช้ในกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้แพร่หลายไปสู่สหรัฐอเมริกาในปี ๑๙๑๕ โดย Edwin W. Patterson ได้เขียนบทความลงพิมพ์ในนิตยสาร Harvard Law Review เป็นครั้งแรก

สัญญาประเภทนี้จะต้องมีลักษณะหลายลักษณะรวมกันอยู่ คือ เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจ หรือมีความรู้ความสามารถทางเทคนิคเหนือกว่า เป็นผู้กำหนดข้อสัญญาที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ และมีลักษณะเป็นเงื่อนไขทั่วไปที่กำหนดเนื้อหาสาระไว้ล่วงหน้า เป็นสัญญาที่ทำไว้เป็นจำนวนมากเพื่อใช้กับบุคคลไม่จำกัดจำนวน และไม่จำกัดตัวผู้เข้าทำสัญญา เป็นการทำขึ้นฝ่ายเดียวซึ่งกำหนดเงื่อนไขที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่เพียงจะต้องยอมรับหรือปฏิเสธเท่านั้น เพราะไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาของสัญญาประเภทนี้ไม่ได้เกิดจากเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เพราะไม่ได้เกิดจากการเจรจาต่อรองหรือตกลงกันอย่างแท้จริง^๕

คำว่า ‘สัญญาสำเร็จรูป’ มิได้มีความหมายอย่างเดียวกันกับคำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ เสียทีเดียว เพราะ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ หมายถึงสัญญาที่ฝ่ายหนึ่งกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าโดยไม่เปิดโอกาสให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าร่วมกำหนดข้อสัญญาด้วย (Co-determination of Contractual Terms) ในขณะที่ ‘สัญญามาตรฐาน’ ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพได้ทำไว้เป็นมาตรฐานเพื่อสามารถใช้ได้ทันทีกับลูกค้าทุกรายโดยไม่ต้องร่างสัญญากันเป็นรายๆ ไป ‘สัญญาสำเร็จรูป’ จึงไม่จำเป็นต้องเป็น ‘สัญญามาตรฐาน’ หากผู้ประกอบธุรกิจฯ เพียงกำหนดข้อสัญญาไว้ล่วงหน้าฝ่ายเดียว แต่มิได้มุ่งหมายใช้สัญญาดังกล่าวเป็น ‘แบบมาตรฐาน’ ในการค้า เช่น สัญญาจ้างแรงงานที่ร่างไว้ล่วงหน้าสำหรับการจ้างผู้เชี่ยวชาญโดยมิได้ใช้เป็น ‘แบบมาตรฐาน’ สำหรับการจ้างรายอื่นๆ ด้วย^๖

ในบทความนี้ ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ผู้เขียนจะใช้คำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๕๐ จะใช้คำว่า ‘สัญญาสำเร็จรูป’ และในกรณีต่างๆ ไปจะใช้ควบกันทั้งสองคำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ หรือ ‘สัญญาสำเร็จรูป’ ความจริงในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฉบับร่างก็ใช้คำว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ เพราะ

^๕ คารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๑, ๒๕๓๘), ๓๕.

^๖ พันิช ญ นคร, “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ” (๒๕๕๓), ๓๐: ๔, วารสารนิติศาสตร์, ๕๔๕-๕๖๓.



ใช้กฎหมายของอังกฤษเป็นแม่แบบในการยกร่าง ต่อเมื่อเข้าสู่สภาจึงได้มีการเปลี่ยนไปเรียกว่า ‘สัญญาสำเร็จรูป’^๑

๑. ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญา

หากจะจำแนกความไม่เป็นธรรมในกฎหมายสัญญาแล้ว สามารถจำแนกได้เป็นสองประเภท คือ ‘ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา’ (Procedural unfairness) และ ‘ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา’ (Substantive unfairness)

๑) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา เป็นเรื่องของการตรวจสอบว่าในระหว่างที่คู่สัญญาได้ทำสัญญานั้น ได้มีสิ่งผิดปกติเกิดขึ้นในลักษณะที่กระทบเจตนาของคู่สัญญาหรือไม่ ดังนั้น การข่มขู่ การใช้กลฉ้อฉล การให้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดโดยมิได้มีเจตนาฉ้อฉล หรือการสำคัญผิด ล้วนถือว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาทั้งสิ้น แต่ในสภาพตลาดปัจจุบัน ข้อเท็จจริงที่จัดได้ว่าเป็นความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญายังรวมไปถึงการใช้ข้อสัญญาในลักษณะที่ซ่อนเร้น ไม่อาจมองเห็นได้ชัดเจน อ่านไม่เข้าใจ หรือการไม่มีโอกาสตรวจพิจารณาเนื้อหาของข้อสัญญาอย่างแท้จริง เป็นต้น^๒

๒) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา เป็นเรื่องความไม่เป็นธรรมในตัวเนื้อหาของสัญญา หรือข้อสัญญาโดยตรง การกล่าวถึงข้อสัญญาที่มีผลให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับประโยชน์มากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก จึงเป็นการกล่าวถึงความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา หรือข้อสัญญานั้นเอง^๓

ส่วนใหญ่แล้ว ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญามักมีความเกี่ยวข้องกับความเป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งจะอาศัยวิธีการอันไม่เป็นธรรมเพื่อให้อีกฝ่ายหนึ่งรับเอาข้อสัญญาที่มีเนื้อหาไม่เป็นธรรม ส่วนการให้อ้างว่าข้อสัญญาใดเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม จะต้องปรากฏว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรมทั้งในกระบวนการของการทำสัญญา และทั้งในเนื้อหาของข้อสัญญาเอง^๔

๒. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

๒.๑ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

๒.๑.๑ ปัญหาอันเกิดจากข้อบกพร่องของ The Unfair Contract Terms Act ๑๙๗๗ (UCTA)

ถึงแม้เนื้อหาส่วนใหญ่ของ UCTA บัญญัติเกี่ยวกับข้อสัญญายกเว้นหรือจำกัดความรับผิด แต่ UCTA ก็ยังสะท้อนให้เห็นถึงแนวความคิดทางกฎหมายที่มีต่อข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่วไปด้วยเช่นกัน บทบัญญัติส่วนใหญ่ของ UCTA มุ่งคุ้มครองผู้บริโภค โดยบัญญัติให้ข้อสัญญายกเว้น

^๑ เฟ็งอ้าง, ๕๔๕-๕๖๓.

^๒ เฟ็งอ้าง, ๕๔๕-๕๖๓.

^๓ เฟ็งอ้าง, ๕๔๕-๕๖๓.



หรือจำกัดความรับผิดที่ไม่เป็นธรรมไม่มีผลกับผู้บริโภค แต่อย่างไรก็ตาม UCTA ก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่หลายประการที่สำคัญได้แก่

๑) แนวคิดในเรื่องปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคยังไม่ถูกต้อง ทำให้ผู้ประกอบการรายเล็กที่อยู่ในฐานะเช่นเดียวกับผู้บริโภคไม่ได้รับการคุ้มครองด้วย

๒) หลักเกณฑ์การวัดความเป็นธรรมยังไม่ชัดเจน ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าเกณฑ์การวัดความเป็นธรรมของข้อสัญญาต้องประกอบด้วยทั้งความเป็นธรรมในกระบวนการของการทำสัญญา และความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา แต่ UCTA มุ่งกล่าวเฉพาะแต่ข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความบกพร่องในกระบวนการทำสัญญาเป็นหลัก โดยไม่ได้กำหนดตัวอย่างหรือหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาอย่างเพียงพอ

ต่อมาในปี ๑๙๙๔ ประเทศอังกฤษได้อนุมัติ Directive ๙๓/๑๓/EEC ของสหภาพยุโรป ซึ่งในอังกฤษเรียกว่า Unfair Terms Directive (หรือ UTD) และกฎหมายที่อังกฤษอนุมัติจาก UTD คือพระราชกำหนดว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations) ในปี ๑๙๙๕ ได้มีการปรับปรุงแก้ไขพระราชกำหนดฉบับนี้อีกครั้งหนึ่งและเรียกพระราชกำหนดฉบับนี้ว่า 'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations ๑๙๙๕' (หรือ UTCCR) UTCCR ใช้บังคับกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั่วไปโดยไม่จำกัดเพียงข้อสัญญาขยี้กเว้นหรือจำกัดความรับผิด และเป็นกฎหมายเสริม UCTA ปัจจุบันประเทศอังกฤษจึงมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้สองฉบับ

๒.๑.๒ ปัญหาของการมีกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้พร้อมกันสองฉบับ การที่มีกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้พร้อมกันที่เดียวสองฉบับทำให้เกิดความสับสนและความไม่แน่ใจ เพราะว่า

๑) เมื่อกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมถูกแยกออกเป็นสองฉบับ เวลาต้องการค้นหาข้อกฎหมายจึงต้องเสียเวลาค้นทั้งสองฉบับ

๒) บทบัญญัติข้อกฎหมายใน UCTA และ UTCCR บางข้อซ้ำกัน บางข้อก็ขัดกัน ใช้ภาษาและแนวคิดที่แตกต่างกันเพื่อก่อให้เกิดผลอย่างเดียวกันแต่ไม่ใช่ผลอันเดียวกัน (similar but not identical) นอกจากนั้นลักษณะของการใช้ถ้อยคำ (Terminology) ก็ต่างกันด้วย

๓) ขอบเขตของการใช้กฎหมายแต่ละฉบับไม่เหมือนกัน UCTA มีขอบเขตการใช้กว้างขวางกว่า และเน้นเรื่องการยกเว้นความรับผิด ส่วน UTCCR นั้นทั้งแคบกว่าและกว้างกว่า UCTA ที่แคบกว่าคือใช้กับสัญญาผู้บริโภคเท่านั้น แต่บัญญัติให้คุ้มครองผู้บริโภคไว้กว้างขวางกว่า ยิ่งกว่านั้น ยังใช้กับข้อสัญญาที่มีได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันทั้งหมด เว้นไว้แต่จะมีการยกเว้นเอาไว้เป็นการเฉพาะ



๔) ในการยกร่าง UCTA นักกฎหมายอังกฤษใช้วิธีการร่างแบบเข้มข้น ใช้ศัพท์เทคนิคสูงๆ จนแม้แต่ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายก็ยังคงตามไม่ค่อยทัน ส่วนในการยกร่าง UTCCR นั้น ผู้ร่างได้ลอก Directive ๘๓/๑๓/ EEC มาแทบทุกตัวอักษรทำให้เป็นที่เข้าใจยากสำหรับนักกฎหมายชาวอังกฤษผู้ซึ่งไม่คุ้นเคยกับแนวคิดแบบยุโรป

๕) UCTA กำหนดให้ข้อสัญญาบางข้อไร้ผล ตัวอย่างเช่น ข้อสัญญาในสัญญาผู้บริโภคจะกลายเป็นโมฆะไปโดยอัตโนมัติถ้าระบุยกเว้นความรับผิดชอบให้ผู้จำหน่ายสินค้าที่ทำให้เกิดการตายหรือบาดเจ็บ หรือจัดส่งสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพตามที่ผู้บริโภคต้องการ ข้อสัญญาอื่นๆ จะมีผลก็ต่อเมื่อเป็นข้อสัญญาที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผล

UTCCR บัญชีรายการแสดงข้อสัญญาที่อาจถือได้ว่าไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาต่อผู้บริโภคไว้ใน Schedule ๒ เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการคะเนได้ว่า ข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ รายการนี้เป็นเพียงรายการตัวอย่าง (non-exclusive list) ซึ่งลอกมาจาก UTD (ในอังกฤษเรียกว่า ‘รายการสีเทา’ หรือ grey list) ในทางปฏิบัติ grey list มีส่วนช่วยเป็นแนวทางที่สำคัญให้เข้าใจวัตถุประสงค์ของ UTD

๖) UCTA ใช้บังคับกับคู่สัญญาเท่านั้น แต่ UTCCR ไม่เพียงมีผลบังคับใช้กับคู่สัญญาโดยตรงเท่านั้น แต่ยังมอบอำนาจให้หน่วยงานอื่น เช่น Office of Fair Trading บังคับใช้ UTCCR ได้ด้วย

๒.๑.๓ ความต้องการคุ้มครองธุรกิจขนาดเล็ก

ธุรกิจขนาดเล็กมักจะประสบปัญหาต้องจำใจยอมรับสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่กฎหมายไม่ยอมให้โต้แย้ง ส่วนมากมักเกิดกับชาวไร่ ชาวนา ผู้ผลิต หรือผู้ก่อสร้างรายย่อย ธุรกิจขนาดเล็กอาจถูกบังคับให้ต้องจ่ายเงินชดเชยแก่ธุรกิจขนาดใหญ่สำหรับความเสียหายที่ไม่ใช่ความผิดของตน หรือถูกยึดเงินมัดจำ หรือจำต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงราคาหลังจากเซ็นสัญญากันแล้ว บางครั้งอาจพบว่าธุรกิจขนาดใหญ่เป็นฝ่ายที่มีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ตามใจชอบ หรือจากสาเหตุที่ผิดสัญญาเพียงเล็กน้อย ในขณะที่ฝ่ายธุรกิจขนาดเล็กต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อฝ่ายธุรกิจขนาดใหญ่นำ ‘สัญญามาตรฐาน’ มาใช้กับธุรกิจขนาดเล็กที่อ่อนแอกว่า ธุรกิจขนาดเล็กอาจไม่เข้าใจข้อสัญญา หรือถึงแม้เข้าใจก็ไม่มีอำนาจการต่อรองที่จะเปลี่ยนแปลงอะไรได้

๒.๑.๔ ปัญหาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา (Exemption for main subject matter and price)

UTCCR กำหนดข้อยกเว้นสำหรับข้อสัญญาเรื่องสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ของสัญญา หรือว่าราคาหรือค่าตอบแทนไม่ให้นำมาพิจารณา ตราบเท่าที่ข้อสัญญาเหล่านั้นเขียนด้วยภาษาที่เรียบง่าย และเป็นที่เข้าใจของคู่สัญญา



ข้อยกเว้นดังกล่าวได้รับการพิสูจน์แล้วว่าตีความยากเป็นพิเศษ ทำให้การดำเนินคดีในศาลมีความยุ่งยาก คดีที่เป็นปัญหาคือคดี Office of Fair Trading v. Abbey National plc. ในคดีนี้ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าข้อสัญญาเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมเบิกเงินเกินบัญชี ส่วนที่เกินวงเงินที่ได้รับอนุมัติไม่ได้รับการยกเว้นจากการประเมินความไม่เป็นธรรม แต่เมื่อคดีมาถึงศาลฎีกา ศาลฎีกากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ เพราะเห็นว่าข้อสัญญาดังกล่าวควรได้รับการยกเว้นด้วยเช่นกัน

๒.๒ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศไทย

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ได้ร่างขึ้นโดยเอา UCTA ของประเทศอังกฤษเป็นแม่แบบ บทบัญญัติส่วนใหญ่จึงเป็นไปในทำนองเดียวกันกับ UCTA ดังนั้น ข้อบกพร่องที่มีอยู่หลายประการใน UCTA ก็ติดมาอยู่ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ด้วย ข้อบกพร่องเหล่านี้ปรากฏอยู่ในมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง มาตรา ๔ วรรคสาม และมาตรา ๑๐ ดังนี้

๒.๒.๑ ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค

หลักทั่วไปเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาปรากฏอยู่ในมาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญเช่นเดียวกับ UCTA โดยกำหนดให้ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพได้เปรียบคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นผู้บริโภคเกินสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น การไม่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ไม่ได้อยู่ในฐานะผู้บริโภคเป็นสิ่งเหมาะสม เพราะผู้ประกอบการค้าด้วยกันย่อมอยู่ในฐานะที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนเองได้อยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม การลอกเลียนแนวความคิดมาจากหลักทั่วไปของ UCTA ทำให้ปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัตินี้มีส่วนผิดพลาดตาม UCTA ไปด้วย เนื่องจากความตอนต่อไปให้อำนาจศาลตรวจสอบความไม่เป็นธรรมของข้อสัญญาที่มีได้อยู่ในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการค้าด้วยถ้าเป็นข้อตกลงที่อยู่ใน ‘สัญญาสำเร็จรูป’ นอกจากนี้ มาตรา ๔ วรรคหนึ่ง ยังใช้บังคับกับสัญญาขายฝากอีกด้วย มีข้อควรพิจารณาบทบัญญัติในส่วนนี้ดังนี้คือ

๑) ตามบทบัญญัติในมาตรา ๔ วรรคหนึ่งนั้นจะทำให้ ผู้ค้ารายใหญ่ซึ่งได้ตกลงรับเอาสัญญาสำเร็จรูปที่กำหนดโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ภายใต้ความคุ้มครองของพระราชบัญญัตินี้ด้วย ซึ่งเป็นแนวความคิดที่ผิด เพราะความสามารถในการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ประกอบการค้าไม่ได้เสื่อมเสียไปด้วยเหตุที่สัญญาที่จะทำนั้นเป็นสัญญาสำเร็จรูป แต่สำหรับกรณีผู้ประกอบการค้ารายเล็กที่อยู่ในสถานะเดียวกับผู้บริโภคทั่วไปนั้นกฎหมายกลับไม่ให้ความคุ้มครองเลย เพราะเมื่อการเข้าทำสัญญาเป็นไปเพื่อการค้าจึงไม่ใช่ ‘ผู้บริโภค’ ตามบทนิยาม ดังจะเห็นได้จากกรณีตัวอย่าง ชาวไร่ ชาวนาที่ทำสัญญาขายผลผลิตการเกษตรของตนให้แก่พ่อค้าคนกลางก็ไม่ถือว่าเป็น



ผู้บริโภค และไม่ได้รับการคุ้มครองจากราชบัญญัติฉบับนี้^{๑๐}

๒) ในกรณีที่ผู้ประกอบการค้าทำสัญญาเพื่อนำสินค้าตามสัญญามาใช้เอง (รวมถึงใช้ในกิจการของตน) โดยมีใจเพื่อนำสินค้านั้นไปขายต่อในทางการค้า ก็ถือว่าผู้ประกอบการค้านั้นทำสัญญาในฐานะผู้บริโภคเช่นกัน แนวคิดดังกล่าวก็ไม่น่าจะถูกต้องเช่นกันเพราะไม่ว่าผู้ประกอบการค้าจะซื้อสินค้าหรือจัดหาบริการมาใช้ในการใด ผู้ประกอบการค้าก็อยู่ในฐานะที่จะปกป้องผลประโยชน์ของตนได้เหมือนกัน^{๑๑}

๓) ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ซื้อฝากได้เปรียบผู้ขายฝากเกินสมควรเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และมีผลบังคับเพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ความส่วนนี้ซึ่งถูกเพิ่มเข้าไปในชั้นรัฐสภาได้เป็นปัญหาในแง่ของปรัชญาการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ปัญหาของความสัมพันธ์ก็มีอยู่ว่า เมื่อมาตรา ๔ เป็นบทบัญญัติที่วาง ‘หลักทั่วไป’ การนำเอาความส่วนที่กล่าวถึงข้อตกลงในสัญญาขายฝาก ซึ่งเป็นกรณีของ ‘ข้อตกลงพิเศษ’ ทำนองเดียวกับมาตรา ๕ – ๘ มาบัญญัติรวมไว้ในมาตรานี้ด้วยก็เป็นความผิดพลาดในการประมวลความคิด (Conceptualisation)^{๑๒}

๒.๒.๒ เกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรม

๑) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา

มาตรา ๔ กล่าวถึง ‘การได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร’ ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา ทั้งนี้กฎหมายกำหนดด้วยว่า ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ‘ปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ’ อาจถือได้ว่าทำให้ ‘ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง’ (มาตรา ๔ วรรค ๓) และยังให้ตัวอย่างข้อตกลงเช่นนี้ไว้ ๕ ข้อ แต่ทว่าตัวอย่างข้อสัญญาหลายตัวอย่างซ้ำซ้อนกัน ตัวอย่างที่แท้จริงจึงมีเพียง ๔ ตัวอย่างเท่านั้นตามข้อ (๓) (๔) (๖) และ (๘) ได้แก่ (๓) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ (๔) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร (๖) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินไถ่สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี และ (๘) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย ปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควรในกรณีที่ผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้ รายการข้อสัญญาตัวอย่างเหล่านี้จึงมิได้มีมากพอที่จะเป็นแนวทางให้ศาลวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาได้อย่างแท้จริง^{๑๓}

^{๑๐} อ้างแล้ว, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.

^{๑๑} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.

^{๑๒} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.

^{๑๓} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.



๒) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา

ส่วนที่เข้าใจได้ว่าเป็นการกล่าวถึง ‘ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา’ ปรากฏอยู่ในมาตรา ๑๐ ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อสัญญาว่าจะมีผลบังคับเพียงใด จึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีว่าให้พิจารณาถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

(๑) ความสุจริต อำนาจต่อรอง สถานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ความคาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่าง ของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง

(๒) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น

(๓) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา

(๔) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

พฤติการณ์ที่กล่าวในข้อ (๑) และข้อ (๒) เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมในกระบวนการทำสัญญา กล่าวคือ เป็นเรื่องของความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่วนที่กล่าวถึง ความรู้ความเข้าใจ ความสันทัดจัดเจน ส่วนพฤติการณ์ที่ระบุถึงความสุจริตนั้น กฎหมายไม่ควรอธิบาย ‘ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา’ โดยอิงกับคำว่า ‘สุจริต’ เพราะมิใช่เป็นกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้า หรือบริการไม่สุจริตในความหมายทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีการใช้ภาษา กฎหมายเขียนสัญญาซึ่งผู้บริโภคไม่อาจเข้าใจได้ หรือ กรณีที่ผู้บริโภคขาดโอกาสเข้าพิจารณาข้อสัญญา อันเนื่องมาจากสภาวะเร่งรีบ^{๑๔}

พฤติการณ์ที่ระบุในข้อ (๓) คือเวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญานั้น ยังไม่มีความชัดเจนเพียงพอ แต่ส่วนที่กล่าวถึงสถานที่ในการทำสัญญา ไม่แน่ชัดว่าหมายถึงสิ่งใด

สำหรับพฤติการณ์ในข้อ (๔) ที่กล่าวถึงการรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญาเสียมากกว่า^{๑๕}

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีได้บัญญัติในลักษณะที่มีผลชัดเจนว่า ข้อสัญญาใดที่จะถือว่าไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องไม่เป็นธรรมทั้งในเนื้อหาของข้อสัญญาและในกระบวนการทำสัญญา จึงเป็นไปได้ว่าศาลอาจจะวินิจฉัยให้ข้อสัญญาพิพาทเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เมื่อศาลเห็นว่าเนื้อหาของข้อสัญญานั้นทำให้คู่สัญญาฝ่ายกำหนดข้อสัญญาได้เปรียบมากกว่าอีกฝ่ายหนึ่งมาก โดยที่ศาล

^{๑๔} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.

^{๑๕} เพิ่งอ้าง, ๕๗๑-๕๗๔, ๕๘๓-๕๘๘.



มิได้พิจารณาอย่างแท้จริงว่ามีพฤติกรรมที่แสดงถึงความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาหรือไม่ กฎหมายจึงควรกำหนดอย่างชัดเจนให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องประกอบด้วยความเป็นธรรมทั้งสองประเภท^{๑๖}

๓. แนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในประเทศอังกฤษ

๓.๑ แนวทางการแก้ไขปัญหาทางด้านกฎหมาย

หลายปีที่ผ่านมากฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมของอังกฤษทั้งสองฉบับ คือ UCTA และ UTCCR ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่ายุ่งยากซับซ้อนโดยไม่จำเป็น The Law Commission และ The Scottish Law Commission จึงได้รับมอบหมายให้การศึกษาและยกร่างกฎหมายสองฉบับนี้เสียใหม่ให้ชัดเจนและเข้าถึงได้ง่ายขึ้น และให้พิจารณาความเป็นไปได้ที่จะคุ้มครองธุรกิจขนาดเล็ก ตลอดจนการศึกษาปัญหาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุประสงค์และราคาด้วย

คณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ ทั้งสองได้เสนอความเห็นไว้ในรายงานว่า ควรรวมกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งสองฉบับให้เหลือเพียงฉบับเดียว พร้อมทั้งเสนอร่างกฎหมายฉบับใหม่ด้วย

๓.๒ แนวทางการดำเนินการบังคับใช้กฎหมาย

ปัจจุบัน แนวความคิดในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียวเป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อมๆ กับเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของตลาดไปด้วยสำนักงานที่ทำหน้าที่ดูแลด้านการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษ ได้แก่ ‘Office of Fair Trading’ (หรือ OFT) ดังนั้น นอกจาก OFT จะมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายแล้วยังมีหน้าที่กำกับดูแลให้การดำเนินงานของธุรกิจต่างๆ เป็นไปอย่างยุติธรรมและมีการแข่งขันกันอีกด้วย ตลาดที่มีการแข่งขันกันมีผลดีสองประการ คือ มีผลต่อแรงจูงใจที่จะทำให้ธุรกิจมีประสิทธิภาพสูงขึ้น และมีผลต่อความพยายามที่จะตอบสนองอุปสงค์ของผู้บริโภคมากขึ้น การทำงานของตลาดที่เป็นไปตามธรรมชาติ และมีการแข่งขันกันอย่างแท้จริงนั้นจะเป็นผลดีในระยะยาว เพราะจะเป็นตัวขับเคลื่อนให้มีการเพิ่มผลผลิต ซึ่งเป็นผลดีต่อการฟื้นฟูเศรษฐกิจโดยไม่จำเป็นต้องเพิ่มต้นทุนของทั้งฝ่ายรัฐและฝ่ายธุรกิจเอกชน

OFT เป็นหน่วยงานอิสระซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายตั้งแต่ปี ๑๙๙๓ วัตถุประสงค์หลักของ OFT คือ การทำตลาดให้เป็นตลาดของผู้ซื้อ และเพื่อให้บรรลุเป้าหมาย OFT มีเครื่องมือ ซึ่งก็คือกฎหมายต่างๆ ถึงสิบกว่าฉบับ กฎหมายใหม่ๆ เช่น Consumer Protection from Unfair Trading Regulations ๒๐๐๘ และ Consumer Credit Act ๒๐๐๖ ทำให้โฉมหน้าของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในสหราชอาณาจักรเปลี่ยนแปลงไปมาก การนำกฎหมายสองฉบับดังกล่าวมาใช้รวมกับกฎหมาย Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations ๑๙๙๕ และ Enterprise



Act ๒๐๐๒ ทำให้แนวทางของการคุ้มครองผู้บริโภคเปลี่ยนไปจากเดิมซึ่งเคยใช้กฎหมายบังคับอย่างเดียว เป็นการใช้กฎหมายบังคับพร้อมๆ กับเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของตลาดไปด้วย

งานส่วนใหญ่ของ OFT ได้แก่ การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคและกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันในตลาด การวิเคราะห์ตลาด สอดส่องดูแลการควบกิจการ (merger) การฮั้วกัน (Cartel) รับผิดชอบเป็นธุรกิจฟ้องร้อง ธุรกิจให้กู้เงิน สอดส่องดูแลบริษัทตัวแทนซื้อขายที่ดิน ให้การสนับสนุนแก่หน่วยงานอื่น ทำงานร่วมกับหน่วยงานอื่นให้ความรู้แก่ธุรกิจและผู้บริโภค ให้คำปรึกษาแก่ผู้บริโภคโดยตรง ฯลฯ ทั้งหมดนี้ ที่ OFT ถือว่าเลวร้ายที่สุดที่จะต้องจัดการเป็นอันดับแรก คือการฮั้วกัน เพราะก่อให้เกิดความเสียหายทั้งแก่ผู้บริโภคและธุรกิจที่ดี ธุรกิจที่ทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการฮั้วกันเพื่อผูกขาดตลาดอาจถูกปรับถึง ๑๐% ของรายได้ทั้งหมดทั่วโลก ทั้งมีความผิดทางอาญา ตามกฎหมาย Enterprise Act ๒๐๐๒ ที่มีโทษจำคุกสูงสุด ๕ ปี และโทษปรับโดยไม่จำกัดอีกด้วย

หลังจากที่ได้ทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคอย่างมีประสิทธิภาพอย่างยาวนานมา ถึง ๔๑ ปี OFT ได้ปิดตัวลงเมื่อวันที่ ๓๑ มีนาคม ๒๕๕๗ นี้เอง เพราะมีการจัดระบบหน่วยงานใหม่ หน้าที่ส่วนใหญ่ ซึ่งได้แก่ การคุ้มครองผู้บริโภค และการดูแลตลาดให้มีการแข่งขันกัน ในปัจจุบันตกเป็น หน้าที่ของ Competition and Markets Authority หรือ CMA ซึ่งตั้งขึ้นใหม่

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ผลจากการศึกษาเปรียบเทียบในครั้งนี้นับว่าโดยทั่วๆ ไปการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศอังกฤษ ได้ก้าวไกลไปกว่าประเทศไทยมาก ทั้งในด้านการบัญญัติกฎหมายใหม่ๆ ขึ้นมาใช้และวิธีการในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากปัญหาของกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในประเทศไทยคล้ายๆ กับปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ เพราะไทยใช้กฎหมายของอังกฤษเป็นแม่แบบในการยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐ ดังนั้นข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ ทั้งสองจึงเป็นประโยชน์ในการที่จะนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ของประเทศไทยด้วย

ในการแก้ไขเพิ่มเติม ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐’ นั้น เนื่องจาก UTCCR เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภคโดยตรง จึงควรใช้บทบัญญัติของ UTCCR เป็นแม่แบบ ประกอบกับข้อเสนอในรายงานของ คณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ เป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติม

๑. ข้อเสนอแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๔๐

ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฉบับนี้ จำเป็นต้องแยกบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฯ ออกเป็นสองภาค โดยแยกสัญญาผู้บริโภค และสัญญาธุรกิจขนาดเล็ก ออกจากสัญญาอื่นๆ ทั้งนี้ เพื่อแสดงวัตถุประสงค์อย่างชัดเจนว่าต้องการคุ้มครองผู้บริโภคและธุรกิจขนาดเล็กโดยตรง ดังนั้น สัญญาอื่นๆ เช่น สัญญาธุรกิจ สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาซื้อขายที่ทำกันเป็นการส่วนตัว หรือสัญญามีชื่อหรือไม่มีชื่ออื่นๆ ตลอดจน ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความ ความตกลงหรือความยินยอม จะอยู่ในอีกภาคหนึ่งของพระราชบัญญัติฯ และอยู่นอกเหนือขอบเขตของการศึกษารุ่นนี้



๑.๑ ข้อเสนอเกี่ยวกับสัญญาผู้บริโภค

๑.๑.๑ สารสำคัญของสัญญาผู้บริโภค

๑) ความหมายของคำ

คำจำกัดความของ ‘ผู้บริโภค’ ควรจำกัดความหมายให้แคบลงกว่าที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฯ ซึ่งบัญญัติว่าเป็น ‘ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะ ... และควรใช้คำว่า ‘ผู้บริโภค’ อย่างเดียวโดยตลอดในกฎหมายฉบับแก้ไขใหม่

คำว่า ‘ผู้บริโภค’ ควรจะหมายถึง “บุคคลธรรมดาซึ่งกระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตน”

คำว่า ‘ผู้ประกอบการธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ’ ก็เช่นเดียวกัน ควรจะหมายถึง “บุคคลธรรมดา หรือ นิติบุคคล ผู้กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์อันเกี่ยวเนื่องกับการค้า ธุรกิจ หรือวิชาชีพของตน ไม่ว่าจะเป็นกิจการสาธารณะหรือกิจการส่วนตัว” และคำว่า ‘ธุรกิจ’ ควรจะรวมกิจกรรมของหน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานของท้องถิ่นเข้าไว้ด้วย

คำว่า ‘สัญญา’ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ‘สัญญามาตรฐาน’ ควรหมายถึง “สัญญาที่ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัว มีการร่างไว้ล่วงหน้า และผู้บริโภคไม่สามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของข้อสัญญานั้นได้”

๒) ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

ในการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลของข้อสัญญานั้น ควรจะตัดคำว่า ‘โดยขัดต่อความสุจริต’ ออกไป เพราะว่า ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่จะชี้ว่า การกระทำ หรือ การละเว้นการกระทำใดๆ สุจริต หรือไม่สุจริต เพราะเป็นเรื่องของเจตนาภายใน (subjective intent) การตัดข้อความดังกล่าวออกไปจะทำให้การวินิจฉัยว่า ข้อสัญญาใดเข้าข่ายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมง่ายขึ้นเพราะเหลือการพิจารณาเจตนาภายนอก (objective intent) แต่เพียงอย่างเดียว ได้แก่ ความได้เปรียบเสียเปรียบ ความไม่เท่าเทียมกันในสัญญา ดังนั้น ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมจึงเหลือเพียง ๓ ข้อ คือ

(๑) เป็นข้อสัญญาที่ได้มีการเจรจากันตัวต่อตัว

(๒) ก่อให้เกิดความไม่สมดุลอย่างมากในสิทธิและภาระผูกพันอันเกิดจากสัญญา

(๓) เป็นผลให้ผู้บริโภคต้องได้รับความเสียหาย

๓) ผลของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ควรบัญญัติให้มีผลดังนี้

(๑) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาที่ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการทำกับผู้บริโภคนั้น ไม่มีผลผูกพันผู้บริโภค



(๒) เมื่อตัดส่วนที่เป็นโมฆะออกไปแล้ว ถ้าสัญญานั้นยังมีส่วนที่สมบูรณ์เหลืออยู่ ก็ให้มีผลผูกพันต่อไปได้

๔) การตีความ กฎหมายฉบับแก้ไขใหม่ควรมีกฎเกณฑ์สำหรับการตีความให้เป็นคุณต่อผู้บริโภค และถ้ามีข้อสงสัยในความหมายของข้อสัญญา ต้องยกประโยชน์ให้แก่ผู้บริโภค

๕) ภาระการพิสูจน์หากผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการอ้างว่า ‘สัญญามาตรฐาน’ นั้น ได้มีการเจรจาต่อรองตัวต่อตัวกันแล้ว ภาระการพิสูจน์ควรต้องตกแก่ผู้อ้าง

๖) ข้อเสนอเพิ่มเติมจากรายงานของคณะกรรมการสิทธิการ

(๑) ข้อสัญญาที่ฝ่ายธุรกิจจัดทำขึ้นเพื่อจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดสำหรับการตายหรือบาดเจ็บอันเนื่องมาจากทะเลาะ (ไม่กระทำตามหน้าที่) ควรให้เป็นข้อสัญญาที่ไร้ผลไปโดยอัตโนมัติ

(๒) ข้อสัญญาทุกข้อในสัญญาผู้บริโภค ยกเว้นข้อที่เป็น ‘แกน’ ของสัญญา ควรจะต้องผ่านการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล ไม่ว่าข้อสัญญานั้นจะได้มีการเจรจาต่อรองระหว่างกันหรือไม่ก็ตาม

(๓) ถ้าได้พิสูจน์แล้วว่า ข้อสัญญาข้อใดข้อหนึ่งไม่เป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมเพียงบางส่วนจริง ถ้าเป็นไปได้ก็ควรให้คงไว้ซึ่งข้อสัญญาส่วนที่เหลือ

(๔) บทบัญญัติที่ใช้บังคับทั่วๆ ไปกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภคควรนำมาใช้ในกรณีที่ผู้บริโภคกลายเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการด้วย

๑.๑.๒ เกณฑ์การวินิจฉัยความไม่เป็นธรรมในสัญญาผู้บริโภค

ได้กล่าวมาแล้วว่า ความไม่เป็นธรรมในกฎหมายว่าด้วยสัญญาสามารถจำแนกออกได้เป็นสองประเภท คือ ‘ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา’ และ ‘ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา’ ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องประกอบด้วยทั้งความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญาและความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของสัญญา

๑) ความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ตามข้อเสนอของคณะกรรมการฯ การทดสอบความไม่เป็นธรรมในกระบวนการทำสัญญา ซึ่งจะนำมาใช้กับข้อสัญญาที่ได้แย้งได้แต่ไม่ใช่ข้อสัญญาที่ไร้ผลไปโดยอัตโนมัติ ควรเป็นการทดสอบ ‘ความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล’ มีดังนี้

(๑) การทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล ควรจะตัดคำว่า ‘โดยสุจริต’ ออกไป



(๒) การที่ข้อสัญญาจะเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น

ควรพิจารณาจาก

ก. ทุกสิ่งทุกอย่างที่เกี่ยวข้องในขณะที่ทำสัญญากัน

ข. ต้องนำสาระสำคัญ และผลที่เกิดจากข้อสัญญา และพฤติการณ์ทั้งปวงที่เป็นอยู่ในขณะทำสัญญามาพิจารณาด้วย

(๓) การที่ข้อสัญญาจะเป็นธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่นั้น

ควรวินิจฉัยจาก

ก. ความโปร่งใส

ข. สาระสำคัญของสัญญา และผลที่เกิดจากสัญญา และ

ค. พฤติการณ์แวดล้อมทั้งปวงที่เป็นอยู่ในขณะที่ทำสัญญา

(๔) ความไม่โปร่งใสเพียงอย่างเดียวก็สามารถทำให้ข้อสัญญา

ไม่เป็นธรรมได้

(๕) กฎหมายฉบับแก้ไขใหม่ควรบรรจุข้อชี้แนะให้มากพอที่

จะนำมาใช้ในการทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลได้

๒) ความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญา

รายการตัวอย่างความไม่เป็นธรรมในเนื้อหาของข้อสัญญาซึ่งมีอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐ มีน้อยมาก จึงจำเป็นต้องนำรายการตัวอย่าง (หรือ The Grey List) ใน UTCCR ทั้ง ๑๗ ข้อ มาใส่ไว้ในพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขใหม่นี้ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าตัวอย่างข้อสัญญาเหล่านี้ ‘อาจจะ’ เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

UTCCR บัญญัติรายการแสดงข้อสัญญา ๑๗ ประการที่อาจจะไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคไว้ใน Schedule ๒ (Indicative and non-exhaustive list of terms which may be regarded as unfair) เพื่อให้ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการตระหนักได้ว่า ข้อสัญญาใดอาจมีผลใช้บังคับไม่ได้ รายการนี้เป็นเพียงรายการตัวอย่างซึ่งระบุข้อสัญญาที่ ‘อาจ’ ไม่เป็นธรรมเท่านั้น ข้อสัญญาที่อยู่ในรายการนี้จึงอาจจะมิใช่เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม หากมีพฤติการณ์อื่นประกอบ ข้อสัญญา ๑๗ ประการที่อยู่ในรายการตัวอย่างมีดังต่อไปนี้ คือ

ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ-- หรือ มีผลทำให้--

(๑) ยกเว้น หรือจำกัดความรับผิดชอบตามกฎหมายของ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ในกรณีที่เกิดความเสียหายต่อชีวิต หรือร่างกายของ ‘ผู้บริโภค’ อันเกิดจากการกระทำ หรือ การละเว้นการกระทำของ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’



(๒) ยกเว้น หรือจำกัดสิทธิตามกฎหมายของ ‘ผู้บริโภค’ ที่มีต่อ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ โดยไม่สมควร ในกรณีที่ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ไม่จัดการชำระหนี้ไม่ว่าจะเป็นทั้งหมดหรือบางส่วนตามสัญญา แต่ในทางตรงกันข้ามให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ มีทางเลือกที่จะแปลงหนี้ที่ ‘ผู้บริโภค’ ต้องชำระแก่ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ อย่างไรก็ได้

(๓) ทำข้อตกลงผูกมัด ‘ผู้บริโภค’ โดยไม่มีเงื่อนไข ในขณะที่การบริการที่ผู้บริโภครวจะได้รับจริงต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามแต่ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ จะกำหนด

(๔) ยินยอมให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ รับเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้ว ถ้า ‘ผู้บริโภค’ เป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญา แต่ในขณะเดียวกัน ‘ผู้บริโภค’ มีสิทธิได้รับเงินชดเชยจำนวนเดียวกัน ถ้า ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ เป็นฝ่ายยกเลิกสัญญาเสียเอง

(๕) กำหนดให้ ‘ผู้บริโภค’ ที่ไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้ ให้ครบถ้วนต้องชำระค่าเสียหายในอัตราที่สูงเกินส่วน

(๖) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ใช้ดุลพินิจยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว ในขณะที่ฝ่าย ‘ผู้บริโภค’ ไม่ได้รับสิทธิดังกล่าว หรือยินยอมให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ไม่ต้องคืนเงินที่ผู้บริโภคได้ชำระไปแล้วทั้งๆ ที่ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ เป็นฝ่ายบอกเลิกสัญญาเสียเองโดยที่ยังไม่ได้ให้บริการเลย

(๗) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ยกเลิกสัญญาที่ไม่ได้ระบุระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญา โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าในระยะเวลาอันสมควร เว้นไว้แต่กรณีที่จำเป็นอย่างยิ่ง

(๘) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ต่ออายุสัญญาซึ่งมีกำหนดระยะเวลาแน่นอนได้โดยอัตโนมัติ ในเมื่อฝ่าย ‘ผู้บริโภค’ ยังไม่ได้แจ้งเป็นอย่างอื่น โดยที่ กำหนดระยะเวลาสำหรับการแจ้งไม่ต่อสัญญาไว้สั้นเกินไป

(๙) ผูกมัด ‘ผู้บริโภค’ ไว้กับข้อสัญญาที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ โดยที่ ‘ผู้บริโภค’ ไม่มีโอกาสได้ทำความคุ้นเคยกับสัญญานั้นมาก่อน

(๑๐) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ แก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยไม่ต้องแจ้งเหตุผลตามที่ระบุไว้ในสัญญา

(๑๑) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ แก้ไขเปลี่ยนแปลงคุณลักษณะของสินค้า หรือบริการที่จัดให้แก่ ‘ผู้บริโภค’ โดยไม่ต้องมีเหตุผลอันสมควร



(๑๒) ยินยอมให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ กำหนดราคาของสินค้าเองได้ในเวลาส่งมอบ หรือยินยอมให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ขึ้นราคาได้ โดยที่ทั้งสองกรณี ‘ผู้บริโภค’ ไม่ได้รับสิทธิที่ควรจะมีให้บอกเลิกสัญญาได้ ถ้าเห็นว่าราคาที่กำหนดใหม่นั้นสูงเกินกว่าราคาที่ได้ตกลงกันไว้ในขณะทำสัญญา

(๑๓) ให้สิทธิ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ในการใช้ดุลพินิจเองว่าสินค้าหรือบริการนั้นถูกต้องตรงตามสัญญาหรือไม่ หรือ มอบสิทธิให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ เป็นผู้ตีความข้อสัญญาใดๆ ในสัญญานั้นเสียเอง

(๑๔) ตั้งข้อจำกัดภาระผูกพันที่ตัวแทนของ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ได้ทำไว้ กับผู้บริโภค หรือ กำหนดให้ภาระผูกพันที่ตนมีต่อ ‘ผู้บริโภค’ ต้องมีการปฏิบัติตามตามกฎหมายเกณฑ์บางอย่างเป็นพิเศษ

(๑๕) บังคับให้ทางฝ่าย ‘ผู้บริโภค’ ต้องปฏิบัติตามภาระหนี้โดยครบถ้วน ในขณะที่ฝ่าย ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ ไม่ต้องปฏิบัติตามเช่นนั้นด้วย

(๑๖) ให้ ‘ผู้จำหน่ายสินค้าหรือบริการ’ สามารถโอนสิทธิหรือภาระผูกพันตามสัญญาไปให้ผู้อื่น ซึ่งอาจจะมีผลทำให้หลักประกันของ ‘ผู้บริโภค’ ลดน้อยลง โดยที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจาก ‘ผู้บริโภค’

(๑๗) ยกเลิก หรือ ขัดขวาง ‘ผู้บริโภค’ ในการใช้สิทธิตามกฎหมาย หรือ ทางกระบวนการยุติธรรมอย่างอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดให้ ‘ผู้บริโภค’ ต้องนำข้อพิพาทไปสู่อนุญาโตตุลาการเท่านั้น ซึ่งมีได้เป็นอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการรับรองโดยทบปญญติแห่งกฎหมาย หรือการจำกัดสิทธิในการแสดงพยานหลักฐานหรือการกำหนดให้ ‘ผู้บริโภค’ มีหน้าที่นำสืบต่างๆ ที่ตามกฎหมายตนเองเป็นฝ่ายที่ต้องนำสืบ

นอกจากนี้ยังมี รายการตัวอย่างข้อสัญญาที่อาจไม่เป็นธรรมซึ่งเสนอเพิ่มเติมโดยคณะกรรมการฝ่ายกฎหมายฯ อีก ๓ ข้อ ซึ่งควรนำเข้มารวมไว้ด้วย ได้แก่

ข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ --- หรือมีผลทำให้ ---

(๑) ผู้ประกอบธุรกิจการค้าสามารถอ้างสิทธิในเงินชดเชยเป็นจำนวนเงินสูงเกินส่วน หรือในเงินค่าบริการที่ตนเองยังไม่ได้จัดทำให้ ในกรณีที่ผู้บริโภคพยายามบอกเลิกสัญญา

(๒) ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าตั้งราคาได้ตามใจชอบ หลังจากที่ผู้บริโภคได้ถูกผูกมัดโดยสัญญาไปแล้ว

(๓) ยินยอมให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าเลือกสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุประสงค์แห่งนี้ได้ตามใจชอบ หลังจากที่ผู้บริโภคได้ถูกผูกมัดโดยสัญญาไปแล้ว



๑.๑.๓ ปัญหาเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา

บทบัญญัติเรื่องข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคาไม่ได้มีบัญญัติไว้ใน ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐’ ซึ่งถ้าจะนำมาใส่ไว้ในพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมด้วยก็ควรนำข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมการการ ฝ่ากฎหมายฯ เกี่ยวกับเรื่อง ‘ข้อยกเว้นสำหรับสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้และราคา’ มาเป็นแนวทางดังนี้คือ

๑) ข้อสัญญาเกี่ยวกับราคา หรือสาระสำคัญที่ประกอบเป็นวัตถุแห่งหนี้ควรได้รับการยกเว้นจากการตรวจสอบก็ต่อเมื่อข้อสัญญานั้น ‘โปร่งใสและเด่นชัดเท่านั้น’ การเข้าถึงปัญหาโดยการใช้ ‘ความโปร่งใส’ และ ‘ความเด่นชัด’ นำ ทำให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างข้อสัญญาที่ผู้บริโภคนำไปใช้ในการตัดสินใจซื้อสินค้า และข้อสัญญาที่หายไปในดงของ ‘ตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว’

๒) คำว่า ‘โปร่งใส’ ควรหมายความว่า ใช้ภาษาธรรมดาๆ เข้าใจได้ง่าย ไม่ต้องเสียเวลาคิดหรือตีความ และถ้าทำเป็นลายลักษณ์อักษรก็ควรทำให้อ่านง่าย

๓) การทดสอบ ‘ความเด่นชัด’ ควรหมายถึงการทดสอบโดย ‘ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย’ ซึ่งวิธีการนี้ใช้กันอย่างกว้างขวางในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของยุโรป (คำว่า ‘ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย’ ไม่ใช่เป็นผู้บริโภคจริงๆ แต่เป็นผู้บริโภคที่สมมุติขึ้นมาว่าเป็นคนธรรมดาที่ได้รับข้อมูลมากพอสมควร มีความช่างสังเกตและมีความรอบคอบพอสมควร) ข้อสัญญาที่เรียกได้ว่าเด่นชัดคือ ข้อสัญญาที่ ‘ผู้บริโภคโดยเฉลี่ย’ สามารถรับรู้ได้โดยง่าย ข้อสัญญายิ่งแปลก หรือยิ่งหนัก ก็ยิ่งจำเป็นต้องทำให้เด่นชัดขึ้น

๔) สำหรับ ‘ตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว’ นั้น คณะกรรมการการ ฝ่ากฎหมายฯ มีความเห็นในเรื่องข้อยกเว้นว่า ต้องคำนึงถึงความชัดเจนในความแตกต่างระหว่างข้อสัญญาที่ใช้สำหรับการแข่งขันในทางการค้า และข้อสัญญาที่ฝังตัวอยู่ในตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว ในที่ซึ่งผู้บริโภคสามารถรับรู้ถึงข้อสัญญาที่เสนอโดยผู้ประกอบการการค้า และสามารถนำไปใช้ในการเลือกซื้อสินค้าได้ กฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องเสนอตัวเข้าไปคุ้มครองผู้บริโภคจาก

ผลของการที่ตนตัดสินใจเอง ในทางตรงกันข้าม ผู้บริโภคแทบจะไม่ได้อ่านตัวพิมพ์เล็กจิ๋วเลย ตัวพิมพ์เล็กจิ๋วไม่ได้หมายถึงขนาดของตัวพิมพ์เท่านั้น แต่ยังหมายถึงตำแหน่งในการวาง การใช้ภาษาที่เข้าใจยาก ตลอดจนการนำศัพท์แสงทางกฎหมายมาใช้อีกด้วย

คณะกรรมการการ ฝ่ากฎหมายฯ มีความเห็นว่าข้อสัญญาที่พิมพ์ด้วย ‘ตัวพิมพ์เล็กจิ๋ว’ ทั้งหมดควรจะต้องถูกประเมินความไม่เป็นธรรม ข้อสัญญาทุกข้อของสัญญาจะต้องโปร่งใส ไม่เช่นนั้นหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายจะต้องใช้อำนาจดำเนินการตามกฎหมายได้ ตามความเป็นจริงไม่อาจทำให้ข้อสัญญาเด่นชัดได้เสมอไปทุกข้อ และถ้าสัญญาไม่เด่นชัดก็ไม่ได้หมายความว่าข้อสัญญานั้นไม่เป็นธรรม หรือตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าไม่เป็นธรรม เพียงแต่ว่า ข้อสัญญาเหล่านั้นจะต้องถูกประเมินความไม่เป็นธรรมได้



๑.๒ ข้อเสนอเกี่ยวกับสัญญาธุรกิจขนาดเล็ก

ความบกพร่องอีกข้อหนึ่งของ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๕๐ คือ ไม่ได้คุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็ก ซึ่งตามความเป็นจริงก็มีฐานะระดับเดียวกับผู้บริโภคนั่นเอง ตัวอย่างเช่น ชาวไร่ชาวนาที่ขายผลผลิตให้แก่พ่อค้าคนกลาง แต่ที่สำคัญคือต้องวางกฎเกณฑ์ให้เหมาะสมว่า ขนาดเล็กเพียงใดจึงควรได้รับการคุ้มครอง ซึ่งตามแนวทางของคณะกรรมการการฝ่ายกฎหมายฯ นั้น ธุรกิจที่ควรได้รับการคุ้มครอง ควรเป็นธุรกิจขนาดเล็กที่สุดและอ่อนแอที่สุด ซึ่งโดยทั่วไปมักจะเรียกว่า ‘ธุรกิจขนาดเล็ก’ (micro business) นั่นเอง การศึกษาข้อเสนอในรายงานของคณะกรรมการการฝ่ายกฎหมายฯ จะช่วยในการปรับปรุงแก้ไข และเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติให้เหมาะสมกับสถานะของประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งสรุปได้ดังนี้

- ๑) ธุรกิจขนาดเล็กควรได้รับสิทธิในการโต้แย้งข้อสัญญามาตรฐานใดๆ ที่ไม่ใช่ข้อสัญญาแกนของสัญญา ภายใต้การทดสอบความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล
- ๒) ธุรกิจขนาดเล็กควรได้รับความคุ้มครองในการติดต่อทำธุรกิจกับธุรกิจอื่น โดยไม่จำกัดว่าธุรกิจอื่นจะมีขนาดเท่าใด
- ๓) ขนาดของธุรกิจขนาดเล็กที่ควรได้รับความคุ้มครองตามระบบกฎหมายใหม่ของประเทศอังกฤษ คือ มีจำนวนพนักงาน ๕ คนหรือน้อยกว่า
- ๔) ขนาดของธุรกิจควรคำนวณจากค่าเฉลี่ยของจำนวนพนักงานที่ธุรกิจนั้นจ้างไว้ หรือ ดูจากจำนวนพนักงานของธุรกิจนั้นและธุรกิจอื่นที่ร่วมกันของปีที่ผ่านมา
- ๕) ธุรกิจขนาดเล็กที่เข้าร่วมทำธุรกิจกับธุรกิจขนาดใหญ่จะไม่ถูกนับรวมเข้าอยู่ในระบบธุรกิจขนาดเล็กด้วย
- ๖) ตามข้อเสนอของคณะกรรมการการฝ่ายกฎหมายฯ นั้น สัญญาที่มีมูลค่าเกิน ๕ แสนปอนด์ จะไม่อยู่ภายใต้บังคับของระบบธุรกิจขนาดเล็ก และ
- ๗) ในกรณีที่เป็นสัญญาระดับหนึ่งในชุดที่ประกอบด้วยสัญญาหลายฉบับ ควรรวมจำนวนเงินที่ซื้อขายในสัญญาทั้งหมดเข้าด้วยกัน และถ้าจำนวนเงินรวมกันแล้วเกิน ๕ แสนปอนด์ สัญญาทั้งหมดในชุดนั้นก็ควรจะอยู่ภายใต้การบังคับของระบบธุรกิจขนาดเล็ก
- ๘) ควรมีข้อยกเว้นให้สัญญาธุรกิจขนาดเล็ก ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมในกรณีที่ธุรกิจขนาดเล็กเข้าไปทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจบริการทางการเงินที่มีกฎเกณฑ์ของตัวเองควบคุมอยู่แล้ว
- ๙) ข้อสัญญาบางข้อเท่านั้นในสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กที่ควรเปิดให้โต้แย้งได้ ได้แก่ ข้อสัญญาซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งนำมาใช้ในสัญญามาตรฐาน และข้อสัญญานั้นไม่ได้รับการแก้ไขให้เป็นประโยชน์กับธุรกิจขนาดเล็ก หลังจากที่ได้มีการเจรจาต่อรองกัน



๑๐) สัญญาทางธุรกิจบางประเภทที่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุม ควรนำมาใช้กับสัญญาธุรกิจขนาดเล็กด้วยเช่นเดียวกัน

๑๑) ภายใต้กฎหมายฉบับใหม่ ควรนำวิธีการทดสอบความความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลที่ใช้กับสัญญาอื่นๆ มาใช้กับสัญญาธุรกิจขนาดเล็กด้วย

๑๒) ควรนำรายการตัวอย่างของข้อสัญญาที่อาจจะถือได้ว่าเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมมาใช้กับธุรกิจขนาดเล็กด้วย

๑๓) ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสัญญาธุรกิจขนาดเล็ก การพิสูจน์ว่าข้อสัญญานั้นๆ ไม่เป็นธรรมควรให้เป็นภาระของธุรกิจขนาดเล็ก

๑๔) ในกรณีที่พบว่าข้อสัญญาข้อหนึ่งข้อใดในสัญญาของธุรกิจขนาดเล็กไม่เป็นธรรม ควรให้สัญญาส่วนที่เหลือยังคงมีผลต่อไปเท่าที่จะเป็นไปได้

๑๕) ควรดำเนินการให้มีวิธีการป้องกันธุรกิจอื่นๆ หลีกเลี่ยงการควบคุมสัญญาธุรกิจขนาดเล็กโดยวิธีการใช้ทุติยสัญญา (secondary contract)

๒. ข้อเสนอแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นผู้นำในด้านกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค มีระบบกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่สมบูรณ์ และมีประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายมายาวนาน มีทั้งองค์กรอิสระที่รัฐจัดตั้งขึ้นและองค์กร NGO มากมายหลายองค์กรคอยช่วยเหลือและคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณะและเอกชน ประเทศไทยจึงควรศึกษาวิธีการบังคับใช้กฎหมายของ Office of Fair Trading เพื่อเป็นแบบอย่างในการปฏิรูปการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทย

หน้าที่หลักที่สำคัญของ OFT คือ การบังคับใช้กฎหมาย และการสอดส่องดูแลตลาดให้มีการแข่งขันกัน เพื่อป้องกันการผูกขาด ในปัจจุบัน ตลาดผูกขาดตามความหมายที่ว่าดำเนินการโดยเอกชนแต่เพียงผู้เดียวโดยลำพังจัดเป็นตลาดที่หาได้ยาก แต่ไม่ได้หมายความว่า การผูกขาดจะไม่มีอยู่เลย การผูกขาดยังคงมีให้พบเห็นอยู่เป็นประจำ ได้แก่กรณีที่หน่วยธุรกิจมีขนาดใหญ่ โดยมีสัดส่วนของสินค้าที่หน่วยธุรกิจผลิตออกมาจำหน่ายมีจำนวนมากเมื่อเทียบกับหน่วยธุรกิจรายอื่นๆ จนกระทั่งหน่วยธุรกิจรายใหญ่นี้มีอำนาจในการควบคุมตลาดหรืออุตสาหกรรมนั้น ในทางปฏิบัติ หน่วยธุรกิจขนาดใหญ่จึงมีลักษณะเป็นหน่วยธุรกิจในตลาดผูกขาด

สาเหตุของการผูกขาดอีกทางหนึ่งอาจเกิดจากการกระทำของรัฐเองก็ได้โดยการออกกฎหมายกีดกันซึ่งเป็นปัจจัยกีดขวางที่ทำให้เกิดหน่วยธุรกิจผูกขาดขึ้น เช่น การออกใบอนุญาตให้สัมปทานให้สิทธิพิเศษแก่หน่วยธุรกิจเฉพาะรายดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าได้แต่ผู้เดียว เป็นต้น เป็นเหตุให้หน่วยธุรกิจรายอื่นๆ ไม่สามารถที่จะเข้าไปดำเนินการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้าที่ถูกกีดกันโดยรัฐนั้นได้ สำหรับประเทศไทยสาเหตุการผูกขาดที่เกิดจากการกีดกันโดยรัฐและกฎหมายโดยการ



ให้สัมปทานจัดเป็นสาเหตุที่มีความสำคัญมาก ดังจะเห็นได้ชัดเจนจากกรณีตัวอย่างของตลาดการสื่อสารโทรคมนาคม ซึ่งถือได้ว่าเป็นตลาดผูกขาดตามกฎหมายที่กีดกันหน่วยธุรกิจรายอื่นๆ ไม่ให้เข้าไปในอุตสาหกรรมชนิดนี้ ผลเสียที่เกิดขึ้นก็คือผลประโยชน์ที่ผู้บริโภคควรจะได้รับจะถูกถ่ายโอนไปสู่ผู้ได้รับสัมปทานอย่างมหาศาลในรูปของ ทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ (Intangible Asset) ยกตัวอย่างเช่น จากข้อมูลของ Consolidated and Company Financial Statement, ๓๑ December ๒๐๐๔ แสดงให้เห็นว่า บริษัท AIS ผู้ได้รับสัมปทาน มีทรัพย์สินที่จับต้องไม่ได้ ถึง ๕๐,๔๓๑.๖๕ ล้านบาท (จากการคำนวณรวมค่า assets under concession agreement, concession rights, goodwill and other assets – net ณ วันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๔๓)^{๑๖}

๓. ข้อเสนอเพิ่มเติม

๓.๑ นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติม ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐’ แล้ว ควรยกร่างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพิ่มขึ้นอีกฉบับหนึ่ง เพื่อใช้ควบคู่ไปกับพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติม นั่นคือกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคจากผู้ประกอบธุรกิจที่ทำการค้าอย่างไม่เป็นธรรม โดยใช้ Directive ๒๐๐๕/๒๙/EC ของสหภาพยุโรป (หรือ Consumer Protection from Unfair Trading Regulations ๒๐๐๘ ของประเทศอังกฤษ) เป็นแม่แบบ กฎหมายฉบับนี้จะเป็นประโยชน์มากสำหรับผู้บริโภคในประเทศไทย เพราะสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นใหม่ในการคุ้มครองผู้บริโภค โดยกำหนดลงไปในเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างชัดเจนว่า ให้เป็นหน้าที่โดยปกติของหน่วยธุรกิจที่จะต้องไม่ใช้วิธีดำเนินการโดยมิชอบ รวมทั้งต้องมีความรับผิดชอบในการประกอบธุรกิจการค้าอย่างโปร่งใสอีกด้วย นับว่าเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองผู้บริโภค และในขณะเดียวกันเป็นการยกระดับการคุ้มครองผู้บริโภคให้สูงขึ้นอีกระดับหนึ่งด้วย

๓.๒ บทบัญญัติของกฎหมายไทยบางมาตราที่ขัดกันควรได้รับการพิจารณาแก้ไข หรือยกเลิกไปเสียตัวอย่างเช่น บทบัญญัติเรื่องสัญญาซื้อขายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ใน บรรพ ๓ ลักษณะ ๑ หมวด ๑ ส่วนที่ ๔ “ข้อสัญญาว่าจะไม่ต้องรับผิดชอบ” มาตรา ๔๘๓ ซึ่งบัญญัติว่า “คู่สัญญาซื้อขายจะตกลงกันว่า ผู้ขายจะไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความชำรุดบกพร่อง หรือ เพื่อการรอนสิทธิ ก็ได้” ขัดกับบทบัญญัติในมาตรา ๖ ของ ‘พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐’ ซึ่งบัญญัติว่า “สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้” อย่างตรงกันข้าม

^{๑๖}ปรีดา ยังสุขสถาพร, ทรัพย์สินทางปัญญานำรู้และวิธีประเมินค่า, สำนักงานนวัตกรรมแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี, (กรุงเทพฯ: แอ็บป์พรินติ้งกรุ๊ปจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ ๑, ๒๕๕๑), ๗๐.



บรรณานุกรม

คาราพร ธีระวัฒน์, “การก่อให้เกิดสัญญา และการบังคับของสัญญา การตีความสัญญา”
ใน ประมวลสาระชุดวิชา กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และ ลักษณะละเมิด และ
หลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง หน่วยที่ ๕ (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช,
๒๕๕๒)

คาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา: สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม,
(กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๘)

พินัย ฉนกร “กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม: แนววิเคราะห์ใหม่เชิงเปรียบเทียบ”
๓๐ : ๔, วารสารนิติศาสตร์ (๒๕๔๓)

พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.๒๕๔๐ (กรุงเทพฯ:
วิญญูชน, ๒๕๔๒)

อรรยา สิงห์สงบ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๐)

Office of Fair Trading, “Legal power” *Office of Fair Trading*, Retrieved September
๑, ๒๐๑๑ <<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/legal-powers/lega>>

_____, “Published undertakings and court actions” *Office of Fair
Trading*, Retrieved September ๑, ๒๐๑๑, <[http://www.offt.gov.uk/OFTwork/
consumer-enforcement](http://www.offt.gov.uk/OFTwork/consumer-enforcement)>

_____, “What we do” *Office of Fair Trading*, Retrieved September ๑,
๒๐๑๑, <<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/what>>



_____, “Annual Report and Resource Accounts ๒๐๐๕-๒๐๐๖” *Office of Fair Trading*, Retrieved July ๔, ๒๐๐๖ <<http://www.oft.gov.uk/OFTwork/publications/publication-catagories/corporate/annual-report>>

_____, “Annual Report and Resource Accounts ๒๐๐๖-๒๐๐๗” *Office* Retrieved July ๔, ๒๐๐๖ <<http://www.oft.gov.uk/OFTwork/publications/publication-catagories/corporate/annual-report>>

Skory Maciej (Warsaw ๒๐๐๗) “Abusive Clauses_Application of the Provisions of Directive ๙๓/๑๓ in Poland and in Selected countries of European Union” Retrieved August ๓๐, ๒๐๐๖ <<http://www.uokik.gov.pl>>

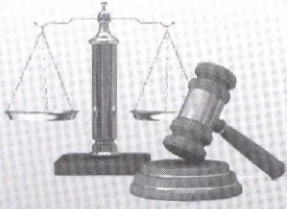
The Council of the European Communities. Directive ๓_en: “Council Directive ๙๓/๑๓/EEC of ๕ April ๑๙๙๓ on unfair terms in consumer contracts” *Official Journal L๐๕๕*, ๒๑/๐๔/๑๙๙๓ P.๐๐๒๕ – ๐๐๓๔, Retrieved August ๓๐, ๒๐๐๖ <http://www.eu-consumer-law.org/directives_en.cfm>

The law commission and the Scottish law commission (๒๐๐๒) “Unfair terms in contracts” *A Joint Consultation Paper*, Retrieved August ๓๐, ๒๐๐๔ <<http://www.lawcom.gov.uk> and <http://www.scotlawcom.gov.uk/lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc๒๕๒๒.pdf>>

The law commission and the Scottish law commission (๒๐๐๒) “Unfair Terms in Consumer Contracts: A New Approach?” Retrieved August ๓๐, ๒๐๐๔ <http://lawcommission.justice.gov.uk/consultations/unfair_consumer_contracts.htm and <http://www.scotlawcom.gov.uk>>



The law commission and the Scottish law (๒๐๑๒) “Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills.” Retrieved August ๓๐, ๒๐๑๔ <<http://www.lawcom.gov.uk> and <http://www.scotlawcom.gov.uk> [uklawcommission.justice.gov.uk/publications/unfair_terms.htm](http://www.uklawcommission.justice.gov.uk/publications/unfair_terms.htm)>



เหตุฟ้องหย่า : ศึกษากรณีความเท่าเทียมกัน ระหว่างหญิงและชาย

GROUND S FOR DIVORCE : A CASE STUDY OF EQUALITY BETWEEN WOMAN AND MAN

ปรัชญา นำศรีรัตน์
ดร.สุรพล ศรีวิทยา**

บทคัดย่อ

การตัดสินใจของชายกับหญิงในครั้งหนึ่งเพื่อตกลงใจที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เป็นจุดเริ่มต้นของสังคมครอบครัว แต่การที่บุคคลสองคนซึ่งมาจากครอบครัวที่แตกต่างกัน ต้องมาใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน ปัญหาความขัดแย้งย่อมสามารถที่จะเกิดขึ้นได้ ซึ่งปัญหานั้นอาจเกิดจากความขัดแย้งทางด้านความคิด หรือการกระทำที่ไม่สามารถปรับตัวเข้าหากันให้เป็นที่พอใจกันทั้งสองฝ่ายได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นอาจจะ เป็นปัญหาเล็กน้อยหรือเป็นปัญหาที่มีความรุนแรงที่ไม่สามารถหาทางแก้ไขหรือเยียวยาให้กลับมาใช้ชีวิต ร่วมกันอย่างปกติสุขเหมือนเดิม จึงจำเป็นต้องหาวิธีการเพื่อยุติความสัมพันธ์ในการอยู่ร่วมกันนั้น ด้วยเหตุนี้ การหย่าจึงถูกนำมาใช้เพื่อเป็นหนทางหนึ่งในการยุติความสัมพันธ์ในการอยู่ร่วมกันของชาย และหญิงที่ไม่สามารถใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันได้

อย่างไรก็ตามกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ความเป็นธรรมระหว่างชายและหญิงโดยให้หลัก การที่ว่าบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันและชายและหญิง มีสิทธิเท่าเทียมกัน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้มุ่งเน้นที่จะแสดงให้เห็นถึงความไม่เสมอภาคของชายและหญิงในประเด็น ที่เกี่ยวกับเหตุฟ้องหย่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๕๑๖ (๑) ที่บัญญัติว่า “สามีหรือ ภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉ้นภริยาหรือสามี เป็นชู้ หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิน อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” และมาตรา ๑๕๑๓ ที่บัญญัติว่า “เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตาม มาตรา ๑๕๑๖ (๑) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากหญิงอื่นหรือชู้แล้ว

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

** ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



แต่กรณี” โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา กับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่น ประเทศฟิลิปปินส์ สาธารณรัฐประชาชนจีน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เยอรมัน และสวิตเซอร์แลนด์ เพื่อหาข้อบกพร่องและอาจนำมาประยุกต์ใช้ให้มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยให้เป็นประโยชน์ต่อการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่อไป

จากการศึกษาเหตุฟ้องหย่าและความเสมอภาคระหว่างชายและหญิงตามกฎหมายครอบครัวไทย และระดับมาตรฐานการพิสูจน์พยาน พบว่ายังมีประเด็นที่ควรแก้ไขอีกหลายประการ เช่น การตีความว่า ความหมาย และขอบเขตของคำว่า “เป็นชู้และมีชู้” และคำว่า “การร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจिन” นั้นจะมีความหมายเหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างไร และการกระทำใดที่เป็นการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามีว่ามีความหมายเหมือนกันหรือแตกต่างกันหรือไม่

ประเด็นต่อมา คือกรณีปัญหาความไม่เสมอของชายและหญิงหลังจากศาลมีคำพิพากษาให้หย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ เนื่องจากมาตรา ๑๕๒๓ วรรคหนึ่ง ปัจจุบันซึ่งบัญญัติว่า เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น” และมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “สามีจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินภริยาไปในทำนองชู้สาวก็ได้และภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาวก็ได้

ประเด็นสุดท้ายปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์ในเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) การที่กฎหมายกำหนดให้ภริยาหรือสามีจะอ้างเหตุฟ้องหย่าได้ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขว่ามีการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี หรือเป็นชู้หรือมีชู้หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจिन จึงจะมีสิทธิฟ้องหย่า ประกอบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยมาตรา ๘๔/๑ บัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง” ส่งผลให้ภริยาหรือสามีจะต้องมีหน้าที่นำสืบ ข้อเท็จจริงให้ได้ความว่าสามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี หรือนำสืบว่า สามีร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจिन จึงจะเพียงพอเป็นเหตุฟ้องหย่า ตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) รวมไปถึงมาตรา ๑๕๒๓ แต่สำหรับมาตรฐานการพิสูจน์ตามกฎหมายยังไม่มีข้อกำหนดมาตรฐานการพิสูจน์ว่าอยู่ในระดับใดและแต่ศาลไทยยังคงใช้มาตรฐานเดียวกันกับคดีแพ่งทั่วไป

คำสำคัญ : ความเท่าเทียม เหตุฟ้องหย่า



Abstract

A decision made by a man and a woman to live their lives together is the very beginning of family institutions. However, when two people with different familial background start living their lives together, conflicts could possibly happen. The roots of such conflicts may be the conflicts of opinion or action which both parties fail to adjust themselves to suit their mutual satisfaction. Such conflicts could be trivial or so severe to the point that starting over again and living together happily and peacefully as before are not possible and eventually end their relationship. Therefore, a divorce is one of several means used to end a relationship of a couple who can no longer live their lives together.

Nevertheless, the spirit of law intends to give justice equally between men and women under the principles: All persons are equal before the laws and shall be equally protected by the law and both men and women have an equality of rights.

This dissertation focuses on demonstrating an inequality between men and women concerning the ground of divorce under Civil and Commercial Code, Section ๑๕๑๖ (๑) – “Husband or Wife has given maintenance to or honored other person as his wife or her husband, or has committed adultery, or constantly has had sexual intercourse with other person, the other spouse may enter a claim for divorce” and Section ๑๕๒๓ – “In case of divorce by judgment of the Court on the ground as provided in Section ๑๕๑๖ (๑), wife or husband is entitled to compensation from the husband or wife and from the other person being given such maintenance or honored or the person who is the ground of such divorce” by studying and comparing with laws of foreign countries, both countries governing legal system of Common Law such as England and United States of America, and countries governing legal system of Civil Law such as Philippines, People’s Republic of China, Lao People’s Democratic Republic, France, Japan, Germany and Switzerland, in order to indicate flaws and possible adaptations applicable with Thailand’s state of society which will be helpful to the law amendment in the future.

From the study of ground of divorce and equality of men and women under Thailand’s family laws and standard of proof of witness and evidence, it is found that there still are many issues that should be improved such as the interpretation of law for the definition and boundary of the word “committed adultery” and “Constantly had sexual intercourse with other person” in order to consider the resemblance and difference



between these meanings and to consider the resemblance and difference between giving maintenance and honoring other person as his wife or her husband and how to differentiate them.

The next issue is the inequality between men and women when granting with divorce by judgment of the court Book ๕ of Civil and Commercial Code due to the first paragraph of Section ๑๕๒๓ which states “In case of divorce by judgment of the Court on the ground as provided in Section ๑๕๑๖ (๑), wife or husband is entitled to compensation from the husband or wife and from the other person being given such maintenance or honored or the person who is the ground of such divorce” and second paragraph of Section ๑๕๒๓ which states “The husband is entitled to claim compensation from the person who has wrongfully taken liberties with his wife in an adulterous manner, and the wife is entitled to claim compensation from other woman who has openly shown her adulterous relation with the husband”.

The last issue is the issue concerning the standard of proof for the ground of divorce under Section ๑๕๑๖ (๑). Due to the conditions of law that the husband or wife may cite the ground of divorce under such section and file the divorce lawsuit only if the maintaining or honoring other person as his wife or her husband, or committing adultery, or constantly having sexual intercourse with other person, has happened, and additionally, Thailand Civil Procedure Code, Section ๔๔/๑ also states “The party that alleges any fact in support of its pleadings, the burden of proof of such fact shall fall upon such party”, thus, the wife or husband has the duty to prove the alleged fact that her husband or his wife has given maintenance to or honored other person as his wife or her husband, or to prove the alleged fact that her husband or his wife constantly has had sexual intercourse with other person, and by the success of proving such alleged fact, it is then considered as the sufficient ground of divorce under Section ๑๕๑๖ (๑) and also Section ๑๕๒๓. However, the

Keywords : Equality , Grounds for Divorce



บทนำ

การหย่า เป็นการยุติชีวิตครอบครัวของชายและหญิงที่อาจจะมีผลกระทบต่อคู่หย่าเอง ต่อบุตร และต่อบุคคลภายนอก เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีการให้หลักว่าบุคคลย่อมเสมอกัน ในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันและชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน มีพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ โดยย้ำเรื่องการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ระหว่างเพศ เพื่อความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง แต่ก็ยังมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในมาตรา ๑๕๑๖ (๖) เรื่องเหตุของการฟ้องหย่าที่ยังมีประเด็นที่ไม่สามารถให้ความเสมอภาคแก่สตรีได้ ถึงแม้ได้มีการแก้ไขเรื่องเหตุฟ้องหย่าเพื่อให้หญิงเท่าเทียมชาย โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๑๖) พ.ศ. ๒๕๕๗ มาตรา ๑๕๑๖ (๑) บัญญัติว่า “สามีหรือภริยา อุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี เป็นชู้ หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชญา อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” และมาตรา ๑๕๑๓ วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากัน เพราะเหตุตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจาก ผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น” เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ ได้กำหนดเหตุฟ้องหย่าไว้หลายประการ แต่สุดท้ายการสมรสจะสิ้นสุดลงได้ก็ต่อเมื่อศาล มีคำพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน แต่เหตุฟ้องหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ปัจจุบันนั้นมีปัญหาที่ควร แก่การวิจัยอยู่หลายประการดังนี้

ประการแรก คือการตีความว่า ความหมาย และขอบเขตของคำว่า “เป็นชู้และมีชู้” และคำว่า “การร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชญา” นั้นจะมีความหมายเหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างไร และการ กระทำใดที่เป็นการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามีว่ามีความหมายเหมือนกันหรือแตก ต่างกันหรือไม่ การที่มาตราดังกล่าว บัญญัติไว้เช่นนี้มีความชัดเจนหรือไม่ ผู้เขียนจึงศึกษาในกลุ่ม ประเทศตามๆ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศ สวิสเซอร์แลนด์ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศญี่ปุ่นว่ามีการ ให้ความหมายและขอบเขตเพียงใด

ประการที่สอง คือ ความไม่เสมอภาคกันของชายและหญิงหลังจากศาลมีคำพิพากษาให้หย่าตาม มาตรา ๑๕๑๓ วรรคหนึ่ง ปัจจุบันบัญญัติว่า เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือ ยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้นดังนั้นหากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งมิได้ฟ้องหย่าย่อมไม่อาจเรียก ค่าทดแทนจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง การเรียกค่าทดแทนในกรณีดังกล่าวจึงจำเป็นต้องมีการฟ้องคดีและ ศาลมีคำพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุ ตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) เท่านั้น ถ้าไม่ฟ้องหย่าจะไม่สามารถ เรียกค่าทดแทนจากคู่สมรสและบุคคลดังกล่าวได้ และมาตรา ๑๕๑๓ วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “สามีจะ

“พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาตรา ๓ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใด อันเป็นการแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใด ๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม โดย ปราศจาก ความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือมีการแสดงออกที่แตกต่างจากเพศโดยกำเนิด



เรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินกรียาไปในทำนองชั่วสาวก็ได้และกรียาจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชั่วสาวก็ได้” เมื่อพิจารณามาตรา ๑๕๒๓ ทั้งวรรคหนึ่งและวรรคสองผลทาง กฎหมายของวรรคหนึ่งแตกต่างกับวรรคสอง คือกรณีเรียกค่าทดแทนตามมาตรา ๑๕๒๓ วรรคหนึ่ง นั้น กรียาหรือสามีฟ้องหย่าสามีหรือกรียาตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) แล้ว กรียาหรือสามีเรียกค่าทดแทนจากสามีหรือกรียาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุหย่าได้ โดยมีได้กำหนดเพศของผู้ที่ถูกอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุหย่านั้นว่าจะต้องเป็นชายหรือหญิง แต่มาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง เป็นกรณีสามีฟ้องเรียกค่าทดแทนโดยไม่ต้องฟ้องหย่ากรียา จากผู้ซึ่งล่วงเกินกรียาไปในทำนองชั่วสาว ซึ่งคำว่า “ล่วงเกินไปในทำนองชั่วสาว” ไม่ต้องถึงกับการร่วมประเวณีกันที่จะเรียกว่ากรียามีชู้ คำว่าล่วงเกินไปในทำนองชั่วสาว หมายถึงจับต้องตัวกันทางเพศในทำนองชั่วสาว เช่น นอนกอด และในการล่วงเกินนี้เป็นการล่วงเกินสามีเพราะถึงแม้กรียาจะยินยอมก็เป็นการล่วงเกินสิทธิของสามีอยู่แล้ว แต่กรณีกรียา ฟ้องเรียกค่าทดแทนโดยมิได้ฟ้องหย่านั้น กฎหมายบัญญัติให้เรียกค่าทดแทนจาก “หญิงอื่น” ที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชั่วสาว จึงทำให้กรียาเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นที่แสดงโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชั่วสาวไม่ได้ และทำให้กรียาเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่ลักลอบล่วงเกินในทำนองชั่วสาวกับสามีไม่ได้ เพราะมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง กำหนดให้กรียาเรียกค่าทดแทนได้เฉพาะกรณีหญิงอื่นแสดงโดยเปิดเผยว่ามีความสัมพันธ์กับสามี ในทำนองชั่วสาวเท่านั้น ทำให้มาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง ไม่สอดคล้องกับหลักที่ว่าบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และรวมถึงกรณีที่ผู้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันตามพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ และตามรัฐธรรมนูญด้วย

ประการสุดท้าย คือ มาตรฐานการพิสูจน์ในเหตุฟ้องหย่า หากมองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๘๔/๑^๒ ก็จะส่งผลให้กรียาหรือสามีจะต้องมีหน้าที่นำสืบ ข้อเท็จจริงให้ได้ ความว่าสามีหรือกรียาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉ้นกรียาหรือสามี หรือนำสืบว่า สามีร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิด จึงจะเพียงพอเป็นเหตุฟ้องหย่า ตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) รวมไปถึงมาตรา ๑๕๒๓ แต่สำหรับมาตรฐานการพิสูจน์ตามกฎหมายยังไม่มีกำหนดมาตรฐานการพิสูจน์ว่าอยู่ในระดับใดแต่ศาลไทยยังคงใช้มาตรฐานเดียวกันกับคดีแพ่งทั่วๆ ไป คือการเปรียบเทียบความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานทั้งสองฝ่าย ศาลก็จะสามารถวินิจฉัยไปในทางฝ่ายที่พยานหลักฐานมีความเข้มแข็งกว่า จึงมีโอกาสผิดพลาดและเกิดความไม่เป็นธรรม เนื่องจากการฟ้องในคดีดังกล่าว ก่อให้เกิดผลกระทบเป็นวงกว้างทั้งแก่ตัวผู้ถูกกล่าวหาตลอดจนสมาชิกในครอบครัวและเป็นคดีที่มีความอ่อนไหวสูง ดังนั้น การพิจารณาคดีของศาลเยาวชนและครอบครัวโดยเฉพาะคดีการฟ้องหย่าจึงควรใช้มาตรฐานการพิสูจน์ที่สูงขึ้นกว่าคดีแพ่งทั่วไปโดยให้ใช้พยานหลักฐานที่ชัดเจนและเชื่อถือได้ (Prove by Clear and Convincing Evidence)

^๒มาตรา ๘๔/๑ บัญญัติว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้าง”



วิทยานิพนธ์นี้จึงมุ่งที่จะทำการศึกษา ค้นคว้าและวิจัยในข้อกฎหมายและปัญหาที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมกันของหญิงและชายที่เกี่ยวข้องกับเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) กับพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ.๒๕๕๘ เพื่อนำไปสู่แนวทางการแก้ไขปัญหาในภายหน้าต่อไป

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

๑. ศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการในเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายครอบครัวไทยและแนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามหลักสิทธิมนุษยชนและระดับมาตรฐานการพิสูจน์ตามกฎหมายต่างประเทศ

๒. ศึกษาถึงกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องหย่าของกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายครอบครัวไทย มาตรฐานการพิสูจน์ตามกฎหมายไทย

๓. วิเคราะห์และเปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายในต่างประเทศและกฎหมายครอบครัวไทยและมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีฟ้องหย่า

๔. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องหย่าตามกฎหมายครอบครัวไทยและเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหา

สมมติฐานของการวิจัย

กฎหมายครอบครัวของไทย ได้พัฒนาการทางด้านความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงมาในทิศทางที่ดีโดยลำดับ จนปัจจุบันอยู่ในฐานะที่น่าพอใจในระดับหนึ่งแล้ว แต่อย่างไรก็ตามยังคงมีบทบัญญัติบางประเด็นที่ควรได้รับการศึกษาว่าควรต้องปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมดีขึ้นได้อย่างไรโดยเฉพาะใน ๓ ประเด็นต่อไปนี้

(๑) เหตุแห่งการฟ้องหย่าในมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ระหว่างสามีหรือภริยายังไม่สอดคล้องกับหลักความเท่าเทียมกันระหว่างเพศอย่างแท้จริง เพราะบทบัญญัติที่ว่าสามีเป็นชู้ หรือภริยาเป็นชู้

(๒) การเรียกค่าทดแทนตามมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสองในส่วนของภริยามีสิทธิเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นซึ่งเป็นบทบัญญัติในวรรคสองนี้ยังมีผลเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อภริยาอยู่

(๓) มาตรฐานการพิสูจน์ ถึงเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) และการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง ปัจจุบันยังไม่มีกำหนดมาตรฐานการพิสูจน์ว่าอยู่ระดับใด ศาลใช้มาตรฐานเดียวกันกับคดีแพ่งทั่วไป คือการเปรียบเทียบความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานทั้งสองฝ่าย ศาลก็จะสามารถวินิจฉัยไปในทางฝ่ายที่พยานหลักฐานมีความเข้มแข็งกว่าตามหลัก Preponderance Proof ซึ่งมีโอกาสผิดพลาดได้ง่ายและเกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ามีชู้ ดังนั้นจึงควรที่จะบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนโดยให้ใช้มาตรฐานการพิสูจน์ที่สูงกว่าการพิสูจน์ในคดีแพ่งทั่วไปโดยต้องพิสูจน์ด้วยพยานหลักฐานที่ชัดเจนและเชื่อถือได้ (Clear and Convincing Evidence)

ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุฟ้องหย่าและวิวัฒนาการทางกฎหมาย ในเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายครอบครัวไทยและกฎหมายต่างประเทศ และวิเคราะห์เปรียบเทียบ



เหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายต่างประเทศและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ และพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่าง พ.ศ. ๒๕๕๘ ตลอดจนเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้น แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายอิสลามที่ใช้บังคับในจังหวัดชายแดนภายใต้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. ๒๕๕๕

วิธีการดำเนินการวิจัย

บทความนี้เป็นการศึกษาในเชิงคุณภาพ โดยวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) หลักกฎหมายของต่างประเทศและของประเทศไทย และในWebsite (WWW.)

ประโยชน์ที่จะได้รับการวิจัย

๑. ได้ทราบถึงถึงแนวคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการทางกฎหมายในเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายครอบครัวไทยและกฎหมายต่างประเทศตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน
๒. ได้แนวคิดและหลักการกฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องหย่าของกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายครอบครัวไทย
๓. ได้ผลวิเคราะห์และเปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าตามกฎหมายในต่างประเทศและกฎหมายครอบครัวไทย
๔. ได้ข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับการวิเคราะห์ฟ้องหย่าตามกฎหมายครอบครัวไทยและเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหายุ่งยาก

ผลการศึกษาวิเคราะห์

๑. ความไม่เสมอภาคของชายและหญิงตามอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ ค.ศ. ๑๙๗๙ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women [CEDAW]) ในด้านกฎหมายแพ่งและกฎหมายครอบครัวที่เป็นการประกันความเท่าเทียมกันในชีวิตส่วนบุคคลแต่เมื่อเปรียบเทียบกับกำหนดเหตุฟ้องหย่าแล้วผู้เขียนเห็นว่าแม้มีการแก้ไขกฎหมายครอบครัวในการหย่าเพราะสามีมีชู้และการเรียกค่าทดแทนจากกรณีสามีมีชู้ เพื่อให้หญิงเท่าเทียมชายแล้วก็ยังยังคงเป็นปัญหาเพราะยังคงมีความไม่เท่าเทียมกันระหว่างเพศในการให้คำจำกัดความของคำว่า เป็นชู้ หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจณอยู่ รวมถึงหลังจากศาลมีคำพิพากษาให้หย่าและกรณีความไม่เสมอภาคในการเรียกค่าทดแทนตามมาตรา ๑๕๒๓ แยกพิจารณาเป็น ๒ กรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง กรณีตามมาตรา ๑๕๒๓ วรรคหนึ่งเป็นเรื่องที่ภริยาหรือสามีฟ้องหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) และเรียกค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็น เหตุแห่งการนั้น หากคู่สมรสฝ่ายหนึ่งมิได้ฟ้องหย่ายอมไม่อาจเรียกค่าทดแทนจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง การเรียกค่าทดแทนในกรณีดังกล่าวจึงจำเป็นต้องมีการฟ้องคดีและศาลมีคำพิพากษาให้หย่ากัน เพราะเหตุ ตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) เท่านั้น



กรณีที่สองเมื่อพิจารณามาตรา ๑๕๒๓ ทั้งวรรคหนึ่งและวรรคสองแล้วผลในทางกฎหมายใน มาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง เป็นกรณีสามีฟ้องเรียกค่าทดแทนโดยไม่ต้องฟ้องหย่ากรียา จากผู้ซึ่งล่วงเกิน กรียาไปในทำนองชู้สาว ซึ่งคำว่า “ล่วงเกินไปในทำนองชู้สาว” ไม่ต้องถึงกับการร่วมประเวณีกันที่จะ เรียกว่ากรียามีชู้ คำว่าล่วงเกินไปในทำนองชู้สาว หมายถึงจับต้องตัวกันทางเพศในทำนองชู้สาว เช่น นอนกอด และในการล่วงเกินนี้เป็นการล่วงเกินสามีเพราะถึงแม้กรียาจะยินยอมก็เป็นการล่วงเกินสิทธิ ของสามีอยู่แล้ว แต่กรณีกรียา ฟ้องเรียกค่าทดแทนโดยมิได้ฟ้องหย่านั้น กฎหมายบัญญัติให้ เรียกค่า ทดแทนจาก“หญิงอื่น” ที่แสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาว จึงทำให้กรียาเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นที่แสดงโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีใน ทำนองชู้สาวไม่ได้ และทำให้กรียาเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นที่ลักลอบล่วงเกินในทำนองชู้สาวกับสามี ไม่ได้ เพราะมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง กำหนดให้กรียาเรียกค่าทดแทนได้เฉพาะกรณีหญิงอื่นแสดงโดย เปิดเผยมีความสัมพันธ์กับสามี ในทำนองชู้สาวเท่านั้น

๒. เมื่อเปรียบเทียบความหมายและขอบเขตของคำว่ามีชู้และคำว่าร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็น อาจिन กับต่างประเทศพบว่าไม่ว่า ประเทศอังกฤษ และประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่นไม่มีการกำหนด ว่าร่วมประเวณีเป็นอาจिनให้อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ ผู้เขียนเห็นว่าคำว่าร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นนิตยหรือ สม่่าเสมอ มีความหมายซ้ำซ้อนกับคำว่าเป็นชู้หรือมีชู้ คือ หากสามีหรือกรียาร่วมประเวณีกับผู้อื่นที่มีได้ เป็นคู่สมรสของตนแม้เป็นการร่วมประเวณีเพียงครั้งเดียวย่อมเข้าความหมายคำว่ามีชู้หรือเป็นชู้แล้ว และ เป็นเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ได้อยู่แล้ว แต่อนุมาตราดังกล่าวกลับบัญญัติถึงการร่วม ประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจिन ซึ่งคำว่า “อาจिन” ย่อมแสดงความหมายว่าต้องเป็นการร่วมประเวณีเกินหนึ่ง ครั้งขึ้นไป แต่การบัญญัติเช่นนี้แสดงให้เห็นว่ามาตรา ๑๕๑๖ (๑) ยังไม่ได้พัฒนาไปในทางที่ให้ความ ชัดเจน หากเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

จะเห็นว่า การที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤตินอกใจคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง โดยการร่วมประเวณี กับชาย หรือหญิงอื่นนั้น กฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลกถือเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ทั้งหมด เพราะ เป็นการประพฤตินิষอบที่ร้ายแรงที่สุด โดยถือว่ามีความรุนแรงเท่าเทียมกันแม้ว่าจะเป็นกรณีร่วมประเวณี เพียงครั้งเดียว แต่กฎหมายไทยถือความรุนแรงแตกต่างกันมาก เพราะกฎหมายไทยแยกการซื้อบริการ ทางเพศออกจากคำว่ามีชู้ โดยมีการแยกคำว่าร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจिनออกจากคำว่ามีชู้ หากสามี ไปร่วมประเวณีกับหญิงโสเภณี แต่ไม่ได้ถึงขนาดมีการร่วมประเวณีเป็นอาจिनแล้วไม่ถือว่าเป็นเหตุฟ้อง หย่าได้ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษประเทศฝรั่งเศส ประเทศญี่ปุ่น หาก สามีไปร่วมประเวณีกับหญิงอื่นแม้เพียงครั้งเดียวก็ถือเป็นเหตุหย่าได้แล้ว ส่วนในประเทศอังกฤษได้กำหนด เหตุหย่าไว้เพียงประการเดียว คือ การสมรสได้แตกสลายจนไม่อาจกลับคืนดีได้อีกแล้ว และประเทศ ฝรั่งเศสนั้น การหย่าสามารถกระทำได้ เพียง ๒ ประการ คือ การหย่าโดยความยินยอมและ เหตุหย่า อันเนื่องมาจากความแตกร้างของความสัมพันธ์กันสามีกรียาจนไม่อาจกลับคืนดี (Divorce for Irreversible Deterioration of Married Life)



๓. ด้านมาตรฐานการพิสูจน์จะเห็นว่าคดีฟ้องหย่าด้วยเหตุกรียามีชู้ มีแนวคำพิพากษา^๓ โดยนำมาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือกว่ามาปรับใช้กับคดีฟ้อง ผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลฎีกานำมาตรฐานการพิสูจน์คดีแพ่งมาใช้กับคดีหย่า เพราะมาตรฐานการพิสูจน์สำหรับคดีแพ่งที่มีระดับความน่าเชื่อถือไม่เพียงพอที่จะนำมาใช้ในการรับฟังพยานหลักฐานในคดีหย่า โดยพิจารณาเปรียบเทียบถึงความรุนแรงของผลกระทบที่อาจส่งผลแก่สังคมไทย ศาลควรจะมีการนำมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับที่น่าเชื่อถือหรือมีความชัดเจนใช้ในการรับฟังพยานหลักฐานของคดีหย่า มิใช่เพียงแต่พิจารณาแค่เพียงความโน้มเอียงหรือความน่าจะเป็นของข้อเท็จจริงที่โจทก์กล่าวอ้าง แต่ควรจะต้องรับฟังพยานหลักฐานที่มีความชัดเจนและมีความน่าเชื่อถือเพียงพอในอันที่จะพิพากษาให้คู่สามีภริยาต้องหย่าขาดจากกันด้วยเหตุมีชู้ หรือประพฤติดนชั้วร้ายด้วย ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นควรว่าในการพิจารณาพิพากษาคดีหย่าศาลควรจะนำมาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นว่าพยานหลักฐานนั้นมีความน่าเชื่อถืออย่างชัดเจนมาปรับใช้ โดยควรที่จะมีการนำมาตรฐานการพิสูจน์ที่มีระดับมาตรฐานที่สูงกว่ามาตรฐานในคดีแพ่ง (Proof by Clear and Convincing Evidence) มาปรับใช้กับคดีหย่า

แต่อย่างไรก็ตามมาตรฐานการพิสูจน์ที่เป็นมาตรฐานที่ใช้สำหรับพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญาซึ่งคดีอาญาเป็นเรื่องที่มีโทษเกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกายและเสรีภาพของจำเลยโดยมีโทษที่รุนแรงทั้งสิ้น การที่ศาลจะฟังว่าจำเลยกระทำความผิดตามฟ้องโจทก์หรือไม่ ศาลจะต้องแน่ใจจริงๆ ซึ่งแม้ว่าคดีหย่าจะเป็นคดีที่มีผลกระทบรุนแรง แต่ก็ไม่ต้องถึงขนาดที่จะนำมาตรฐานการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญามาใช้ เนื่องจากเหตุหย่าบางเหตุตามมาตรา ๑๕๑๖ นั้นอาจจะเป็นเรื่องส่วนตัว จึงเป็นการยากที่โจทก์จะนำพยานหลักฐานมาสืบให้ศาลเห็นให้ชัดเจนโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย หากโจทก์ไม่สามารถสืบได้ถึงระดับมาตรฐานดังกล่าวนี้ ศาลย่อมต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยก็จะเสียหายต่อความยุติธรรม ดังนั้น หากศาลนำมาตรฐานการพิสูจน์ที่มีระดับที่ต่ำกว่ามาตรฐานการพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญามาปรับใช้กับคดีหย่า โจทก์ก็จะมีภาระการพิสูจน์แค่เพียงนำพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถืออย่างชัดเจนมาแสดงต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาต่อไป

ส่วนมาตรฐานการพิสูจน์หลังจากศาลมีคำพิพากษาให้หย่าตามมาตรา ๑๕๒๓ ให้ภริยาหรือสามีอ้างเหตุฟ้องหย่าได้ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขว่ามีการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือสามี หรือเป็นชู้หรือมีชู้หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิน จึงจะมีสิทธิฟ้องหย่า ประกอบกับมาตรา ๘๔ ส่งผลให้ภริยาหรือสามีจะต้องมีหน้าที่นำสืบ ข้อเท็จจริงให้ได้ ผู้เขียนเห็นว่า หากภริยาจะฟ้องเรียกค่าทดแทนจากสามีตามมาตรา ๑๕๒๓ วรรคหนึ่งนั้นย่อม แสดงอยู่ในตัวว่า ภริยามีหน้าที่นำสืบให้ศาลเห็นว่าสามีของตนมีการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทริยาหรือเป็นชู้หรือมีชู้หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจินถึงจะเป็นเหตุฟ้องหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) แต่ยังมีความซ้ำซ้อนว่าในเรื่องความหมายของคำว่าร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาจิน กับคำว่าเป็นชู้หรือมีชู้ ผู้เขียนเห็นว่ามาตรา ๑๕๒๓ วรรคหนึ่งควรจะเปลี่ยนจากคำว่า “ผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการนั้น” เป็นคำว่า “ชู้”

^๓ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๑๕/๒๕๑๕



เพื่อให้เกิดความหมายที่ชัดเจน เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงเช่นนี้แล้วย่อมทำให้สามีหรือภริยาที่เป็นโจทก์ฟ้องหย่าจะสามารถเรียกค่าทดแทนจากภริยาหรือสามีอีกฝ่ายหนึ่งและจากคู่ได้

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากหญิงอื่นกรณีที่มีการล่วงเกินทำนองชู้สาวได้ตาม มาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง แต่ภริยาจะต้องมีหน้าที่นำสืบหรือภาระการพิสูจน์ว่าการล่วงละเมิดทำนองชู้สาว ของหญิงอื่นที่มีต่อสามีของตนนั้นจะต้องมีลักษณะเปิดเผย แต่ในความเป็นจริงแล้วคงไม่มีหญิงใดที่จะมาแสดงตนโดยเปิดเผยว่าตนได้มีความสัมพันธ์ในทำนองชู้สาวกับสามีของคนอื่น ส่วนใหญ่น่าจะเป็นการลักลอบล่วงเกินทำนองชู้สาว ทำให้ภริยาไม่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสองได้อย่างเต็มที่เพราะภริยาก็ไม่อาจเรียกค่าทดแทนตามมาตราดังกล่าวได้ ผู้เขียนเห็นว่าควรจะแก้ไขมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสองโดยเปลี่ยนแปลงคำว่า “ที่แสดงโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาว” เป็น “ภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินสามีไปในทำนองชู้สาวก็ได้” ซึ่งจะทำให้ภริยาไม่ต้องมีภาระในการนำสืบข้อเท็จจริงว่าการกระทำความผิดของหญิงอื่นที่จะเป็นการแสดงโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาว

ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๕๑๖ (๑) และมาตรา ๑๕๒๓ และมาตรฐานการพิสูจน์ที่ปรากฏในปัจจุบัน ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

๑) ความไม่ชัดเจนของมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ผู้เขียนเสนอว่าให้เปลี่ยนแปลง จาก “สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันภริยาหรือสามี เป็นชู้ หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชิต์อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” เป็นมาตรา ๑๕๑๖ (๑) “สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันภริยาหรือสามี สามีหรือภริยาทำชู้ หรือมีความสัมพันธ์ทำนองชู้สาวกับผู้อื่นเป็นอาชิต์ อีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้” และให้นิยามคำว่าชู้ ไว้ให้มีความหมายเดียวกันไม่ว่าจะเป็นการกระทำของหญิงหรือชาย เพื่อขจัดปัญหาในเรื่องความไม่เสมอภาคระหว่างชายและหญิงและการไม่เลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งความแตกต่างทางเพศ

๒) ความไม่เสมอภาคของชายและหญิงหลังจากศาลมีคำพิพากษาให้หย่ากัน ผู้เขียนจึงเสนอว่ามาตรา ๑๕๒๓ วรรคหนึ่งควรที่จะเปลี่ยนจากคำว่า “ผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการนั้น” เป็นคำว่า “ชู้” เพื่อให้สอดคล้องกับ ๑๕๑๖ (๑) และตามมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง โดยเปลี่ยนแปลงคำว่า “ที่แสดงโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับสามีในทำนองชู้สาว” เป็น “ภริยาจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์กับสามีไปใน ทำนองชู้สาวก็ได้” เพื่อบุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”

๓) มาตรฐานการพิสูจน์ สำหรับคดีหย่าซึ่งถือเป็นคดีแพ่งประเภทหนึ่ง มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งทั่วไปที่ชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าฝ่ายใดน่าเชื่อถือกว่า (Proof on the Balance of Preponderance of Evidence) แล้วให้ฝ่ายนั้นชนะไม่อาจใช้แก้ปัญหาคอขวดได้ ผู้เขียนจึงเห็นควร



ที่จะมีการนำมาตรฐานการพิสูจน์ให้เห็นถึงพยานหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถืออย่างชัดเจน (Proof by Clear and Convincing Evidence) มาปรับใช้กับคดีฟ้องหย่าโดยการนำมาบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ แต่ไม่ถึงกับต้องใช้มาตรฐานการพิสูจน์สำหรับคดีอาญา (Proof Beyond a Reasonable Doubt) ซึ่งอาจบัญญัติเพิ่มเติมลงในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. ๒๕๕๓



บรรณานุกรม

- กัชร กำประเสริฐ และสุเมธ จานประดับ, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก* (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๕๓).
- กะเนิง ภาไชย, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม ๑*. (๒๕๕๘).
- คล้ายจันทร์ จันทร์สำราญ, *เหตุหย่า: ศึกษากรณีการประพาศพิสดารของสามีหรือภรรยา* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๓).
- จรัญ ภักดีธนากุล, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*. (กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๕๕).
- จรงจิต บุญเชย, *มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญา*. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๕).
- จันทกร อ่อนมนัสสอน, *เหตุหย่าที่เกิดจากความผิดของคู่สมรส: ศึกษากรณีสามีภรรยาประพาศพิสดารอย่างร้ายแรงในกฎหมายครอบครัวไทยและลาว* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔).
- ชาติชาย อัครวิบูลย์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัวไทย* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๔, ๒๕๕๒).
- ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ, *สังคมกับกฎหมาย*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๕๓).
- ธวัชชัย มิตรโกสุม, *เหตุหย่า: ศึกษากรณีการจงใจทิ้งร้าง* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๑).
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *เหตุฟ้องหย่า: การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติศาสตร์* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๓).
- ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ครอบครัว* (กรุงเทพฯ: เจริญกิจ, ๒๕๒๕).
- , “กฎหมายครอบครัวลาว” (๒๕๕๑) ๓: ๕๐ คุณพาท, (มกราคม - มิถุนายน).
- , *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว* (ม.ป.ท.: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พิมพ์ครั้งที่ ๑๕, ๒๕๕๔).
- ปัทมา เผ่าสังข์ทอง, *การแก้ปัญหาความขัดแย้งในคดีครอบครัว: ศึกษากระบวนการไกล่เกลี่ยกรณีหย่า* (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔).



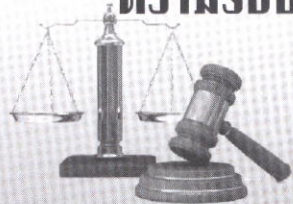
พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, กรุงเทพฯ: (ม.ป.ท.), พิมพ์ครั้งที่ ๕, ๒๕๕๒)

ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “๖๐ ปี กฎหมายครอบครัวไทย” (ม.ป.ป) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มานิตย์ วงศ์เสรี, สัญญาหย่า:วิเคราะห์ลักษณะและขอบเขต (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๑).

ศุภวดี บุญดวงศรี, “กฎหมายครอบครัวสาธารณรัฐประชาชนจีน” (๒๕๔๖) ๓๓: ๓ (กันยายน) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ,

แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๑๐, ๒๕๕๕)

อุดม รัฐอมฤต, นพนิติ สุริยะ และ บรรเจิด สิงคะเนติ, การอ้างศักดิ์ศรีความ เป็นมนุษย์หรือใช้ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา ๒๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ๒๕๔๔)



ความรับผิดของบุคคลภายนอกเหนือจากผู้กระทำ ละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงในสหรัฐอเมริกา The liability of third party in Secondary liability and Para-Copyright in The United States

ตรีวิดา เฟื่องฟู*

บทคัดย่อ

เนื้อหาของบทความนี้ จะมุ่งเน้นศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดประเภทหนึ่งของการละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือ ความรับผิดของบุคคลภายนอกเหนือจากผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง (Secondary Liability and Para-Copyright) ซึ่งจะครอบคลุมไปถึงบุคคลผู้ทำการสนับสนุน ทั้งโดยทางตรงและทางอ้อมให้แก่การละเมิดลิขสิทธิ์ โดยจะศึกษาจากคำพิพากษาของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องจาก ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญในการควบคุมครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญามาก เป็นลำดับต้นๆ ของโลก

แต่อย่างไรก็ตามการศึกษาหรือการนำมาปรับใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในสังคมไทยนั้น จะต้องคำนึงถึงปัจจัยทางสังคมอื่นๆ ประกอบกันด้วย เช่น ปัจจัยด้านพื้นฐานความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายของสังคมไทยอีกทั้งขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคมไทย เป็นต้น

คำสำคัญ : ละเมิด ลิขสิทธิ์

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ



Abstract

This article intends to focus on one type of liability for copyright infringement, which is the liability of third person, who supports direct and indirect copyright infringement. It is so called the Secondary Liability and Para-Copyright. This article will study the Supreme Court of the United States case because the United States is a leading country, which concerns about the protection intellectual property rights.

However, in order to achieve the benefit, we have to study other countries law and apply it to our country with concerning to social factors such as the fundamental knowledge, comprehension of law and Thai's tradition.

Keywords : infringement, copyright

บทนำ

คำว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” หมายถึง ทรัพย์สินที่เป็นผลผลิตที่มีรูปร่างมาจากความคิดและสติปัญญา โดยสร้างสรรค์สิ่งต่างๆ ขึ้นมา^{*} ซึ่งถูกคุ้มครองภายใต้กฎหมาย ๓ แขนงใหญ่ๆ คือ สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายทางการค้า หรือที่เรียกว่า กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

การพัฒนาของเทคโนโลยีได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ สำหรับลิขสิทธิ์แล้ว เป็นส่วนที่ได้รับผลกระทบโดยตรงอย่างยิ่งจากการพัฒนาของระบบการพิมพ์และการส่งต่อข้อมูล นอกจากนี้ผู้สร้างสรรค์งานที่ได้รับประโยชน์จากการพัฒนาของเทคโนโลยีเทคโนโลยีก็ได้ทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์สามารถกระทำได้ง่ายขึ้น อีกทั้งยังก่อให้เกิดความเสียหายที่รุนแรงมากขึ้น ดังนั้น กฎหมายลิขสิทธิ์จึงจะต้องพัฒนาและปรับเปลี่ยนไปเพื่อตอบสนองการพัฒนาของเทคโนโลยี

ในเบื้องต้น ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์จะมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในงานอันมีลิขสิทธิ์ที่สำคัญคือสิทธิในการทำซ้ำงานและการนำออกจำหน่าย การกระทำใดอันเป็นการกระทบกระเทือน สิทธิของเจ้าของลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาต จะถือเป็นการละเมิดทั้งสิ้น หรือที่เรียกว่าการละเมิดลิขสิทธิ์

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ได้แบ่งการละเมิดลิขสิทธิ์ออกเป็น ๒ ประเภทใหญ่ๆ คือ การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นและการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นรอง แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการกำหนดความรับผิดนอกเหนือจากการละเมิดลิขสิทธิ์ ๒ ประเภทดังกล่าว เรียกว่า “Secondary Liability and Para-Copyright” โดยจะกำหนดความรับผิดแก่บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งเป็น

^{*}ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๗, ๒๕๕๑) ๗.



ผู้ให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนให้การละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นได้และเป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากการละเมิดลิขสิทธิ์

โดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าบุคคลผู้ให้การสนับสนุนแก่การกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ ถือเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างยิ่งที่ก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ อีกทั้งยังเป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ จึงถือเป็นผู้ละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่ง โดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดองค์ประกอบของความผิดของ Secondary Liability ไว้ เช่น องค์ประกอบของความรู้ว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้น องค์ประกอบของการกระทำอันถือเป็นการสนับสนุนการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือองค์ประกอบของการได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นต้น เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา องค์ประกอบต่างๆ จึงต้องเกิดขึ้นครบถ้วน หากขาดอย่างใดอย่างหนึ่งก็จะไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์

การละเมิดลิขสิทธิ์ตามกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย

กฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ กฎหมายได้กำหนดผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ แบ่งออกเป็น ๒ ประเภท คือ ๑) ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงหรือขั้นต้น (Primary Copyright Infringement) และ ๒) ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง (Secondary Copyright Infringement)^๑

การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงหรือขั้นต้น (Direct Infringement หรือ Primary Infringement) หมายถึง การที่ผู้หนึ่งผู้ใด ทำซ้ำ ดัดแปลงหรือเผยแพร่ต่อสาธารณชนงานอันมีลิขสิทธิ์โดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ผู้นั้นกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยตรงหรือการละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น

ตัวอย่างเช่น นายพิสุทธิ์ ได้แต่งนิยายเรื่อง “สามีตีกลอง” ขึ้น นายพิสุทธิ์จึงเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์งานวรรณกรรมในนิยายเรื่องดังกล่าว ต่อมานางสาวกะรัต ไปเยี่ยมนายพิสุทธิ์ที่บ้าน เห็นหนังสือนิยาย เรื่อง “สามีตีกลอง” ที่นายพิสุทธิ์เป็นผู้แต่งขึ้น จึงหยิบเอาหนังสือนิยายฉบับดังกล่าวไปพิมพ์และนำออกจำหน่าย ซึ่งในการพิมพ์ออกจำหน่ายดังกล่าว นางสาวกะรัตไม่ได้รับอนุญาตจากนายพิสุทธิ์ การกระทำของนางสาวกะรัตจึงเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ในนิยายของนายพิสุทธิ์ โดยเป็นการทำซ้ำงานวรรณกรรม และนำออกเผยแพร่งานอันมีลิขสิทธิ์ของผู้อื่นโดยมิได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นการละเมิดขั้นต้นลิขสิทธิ์โดยตรง หรือขั้นต้น

การละเมิดลิขสิทธิ์โดยทางอ้อมหรือชั้นรอง (Indirect Infringement หรือ Secondary Infringement) เป็นกรณีที่ผู้ละเมิดมิได้เป็นผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง^๒ แต่เป็นกรณีที่ได้กระทำการหนึ่งอย่างใดเป็นการกระทบทสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของเจ้าของลิขสิทธิ์เช่นสนับสนุนหรือส่งเสริมให้ มีการเผยแพร่งานซึ่งตนรู้หรือมีเหตุควรรู้ว่างานนั้นได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น และเป็นการกระทำเพื่อหากำไร

^๑อรพรรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ ๖, ๒๕๕๗) ๗๕.

^๒อำนาจ เนตยสุภา และ ชาญชัย อารวิทย์เลิศ, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๘) ๑๑๗.



ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.๒๕๓๗ มาตรา ๓๑^๔ ซึ่งต่างไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงหรือขั้นต้นความแตกต่างระหว่างการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงหรือขั้นต้นกับการละเมิดลิขสิทธิ์โดยทางอ้อมหรือชั้นรอง คือ การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นจะต้องเป็นการกระทำความงานอันมีลิขสิทธิ์ อีกนัยหนึ่งคือกระทำความงานที่สร้างขึ้นโดยถูกกฎหมายหรือได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ เช่น นิยายของแท้ เทปเพลงของแท้ ซีดีเพลงหรือภาพยนตร์ของแท้ เป็นต้น แต่การละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง นั้น จะต้องเป็นการกระทำความงานอันได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์เท่านั้น เช่น วีดีโอเถื่อน ซีดีเถื่อน หรือหนังสือเถื่อน เป็นต้น ซึ่งผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรอง จะต้องรู้หรือควรรู้ ได้ว่างานนั้นเป็นงานที่สร้างขึ้น โดยละเมิดลิขสิทธิ์ กล่าวคือรู้อยู่แล้วว่าเป็นวีดีโอเถื่อน ซีดีเถื่อน หรือ หนังสือเถื่อน แต่ก็ยังนำไปขาย หรือให้เช่า หรือมีไว้เพื่อขาย หรือเสนอขาย หรือเผยแพร่ หรือแจกจ่าย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักร ทั้งการกระทำที่จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองได้นั้นจะต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษคือการกระทำไปเพื่อหากำไร

ตัวอย่างเช่น นางสาวน้ำผึ้งได้ทำซ้ำซีดีขึ้นมาโดยมิได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ต่อมา นางสาวน้ำผึ้งได้มอบซีดีแผ่นนี้ให้นางสาวกะรัต โดยนางสาวกะรัตทราบดีว่า ซีดีแผ่นนี้เป็นงาน ที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ แต่นางสาวกะรัตก็นำซีดีเพลงนั้นไปขายต่อให้กับนายพิสุทธิ์ โดยเรียกเก็บเงินจากนายพิสุทธิ์จำนวนหนึ่ง

จากตัวอย่างจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้น คือ นางสาวสายน้ำผึ้ง เนื่องจากทำซ้ำงานอันมีลิขสิทธิ์โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของลิขสิทธิ์ ส่วนนางสาวกะรัต ที่ได้งานอันละเมิดลิขสิทธิ์ไปจำหน่ายต่อแก่บุคคลอื่น โดยกระทำเพื่อหากำไรจากงานอันละเมิดลิขสิทธิ์นั้น ไม่ได้เป็นการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง เพราะไม่ได้กระทำกับงานอันมีลิขสิทธิ์ แต่กระทำกับงานที่สร้างขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์เช่นเดียวกันแต่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ มาตรา ๓๑ แต่หากนางสาวกะรัตไม่นำซีดีเถื่อนไปขายจำให้แก่นายพิสุทธิ์ เพียงแต่นำซีดีดังกล่าวมาเปิดในร้านอาหารของตน เพื่อให้คนที่มารับประทานอาหารได้ฟัง โดยมีได้มีการเรียกเก็บค่าฟังเพลงเพิ่มเติม ถึงแม้ว่าจะเป็นกระทำความละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองตามมาตรา ๓๑ เนื่องจากเป็นการเผยแพร่ต่อสาธารณชน แต่การกระทำดังกล่าวไม่ได้กระทำความขึ้นเพื่อหากำไร การกระทำของนางสาวกะรัตไม่ครบองค์ประกอบความผิดตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์มาตรา ๓๑ จึงไม่เป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ชั้นรองแต่อย่างใด^๕

^๔มาตรา ๓๑ ผู้ใดรู้อยู่แล้วหรือมีเหตุอันควรรู้งานใดได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ผู้อื่น กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดแก่งานนั้นเพื่อหากำไร ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความละเมิดลิขสิทธิ์ ถ้าได้กระทำความดังต่อไปนี้

- (๑) ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย ให้เช่า เสนอให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือเสนอให้เช่าซื้อ
- (๒) เผยแพร่ต่อสาธารณชน
- (๓) แจกจ่ายในลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์
- (๔) นำหรือส่งเข้ามาในราชอาณาจักร

^๕คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๒๒๐/๒๕๕๓



ในอีกกรณีหนึ่งคือกรณีของบุคคลอื่นที่ไม่ได้กระทำการอันละเมิดลิขสิทธิ์ แต่กระทำการสนับสนุนให้การละเมิดลิขสิทธิ์ขั้นต้นหรือขั้นรองเกิดขึ้นได้ และได้รับประโยชน์โดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์อาจไม่มีความผิดฐานละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งขั้นต้นและขั้นรอง เช่น กรณีเจ้าของสถานที่ที่ให้ผู้อื่นเช่าพื้นที่ในการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์ หรือกรณีของบุคคลผู้ประดิษฐ์อุปกรณ์ที่สามารถนำไปใช้ในการละเมิดลิขสิทธิ์ได้ เป็นต้น

เนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยเป็นการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร อีกทั้งการใช้คำที่มีความเฉพาะเจาะจงมากเกินไป จึงเป็นข้อจำกัดต่อการตีความ อันส่งผลกระทบและเป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์ เพื่อให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อให้ผู้สร้างสรรค์งานได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย

ความรับผิดของบุคคลภายนอกนอกเหนือจากผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง

ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการคิดค้นและพัฒนาหลักความรับผิดซึ่งเรียกว่า “*Secondary Liability and Para-Copyright*” โดยผู้เขียนจะขอใช้คำว่า *ความรับผิดของบุคคลภายนอกนอกเหนือจากผู้กระทำละเมิดโดยตรง* เนื่องจากเมื่อศึกษาหลักกฎหมายลิขสิทธิ์ของประเทศไทยจะพบว่า หลักความรับผิด *Secondary Liability* จะมีความหมายที่กว้าง ซึ่งจะครอบคลุมถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทอื่น นอกเหนือจากการละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงและขั้นรอง

หลักความรับผิดของบุคคลภายนอกนอกเหนือจากผู้กระทำละเมิดโดยตรงนั้น อาจแบ่งประเภทของการละเมิดลิขสิทธิ์ได้เป็น ๒ ประเภทใหญ่ๆ คือ

๑) Contributory and Vicarious Infringement

๒) Secondary Infringement for Device Manufacturers อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงแต่เพียงการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภท Contributory Copyright Infringement และ Vicarious Copyright Infringement เท่านั้น เนื่องจากการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภท Secondary Infringement for Device Manufacturers จะเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับผู้คิดค้นเทคโนโลยี หรืออุปกรณ์ที่สามารถนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งจะมีองค์ประกอบที่แตกต่างไปจากการละเมิดลิขสิทธิ์ทั่วไป

การละเมิดลิขสิทธิ์ตามหลัก Contributory Infringement และ Vicarious Infringement เป็นการกระทำที่ถือเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ที่ถูกคิดค้นขึ้นและพัฒนาโดยศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อปรับใช้กับกฎหมายลิขสิทธิ์เป็นสำคัญ ศาลฎีกาในคดีระหว่าง **Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.**, ๔๖๔ U.S. ๔๑๗, ๔๓๕ (๑๙๘๔) (explaining that “vicarious liability is imposed in virtually all areas of the law, and the concept of contributory infringement is merely a species of the broader problem of identifying circumstances in which it is just to hold one individually accountable for the actions of another”) บริษัท Sony กับ



บริษัท Universal City Studio ได้อธิบายไว้ว่า หลักความรับผิดชอบของบุคคลภายนอก นอกเหนือจาก ผู้กระทำความผิดโดยตรงเป็นหลักที่มีอยู่และสามารถปรับใช้ได้กับกฎหมายทุกแขนง^๖ หลักดังกล่าวจึง อาจถือได้ว่าเป็นหลักความรับผิดชอบทั่วไปที่สามารถปรับใช้ได้ทุกกรณีไม่ว่าข้อเท็จจริงนั้นจะเกี่ยวข้องกับ กฎหมายลิขสิทธิ์หรือไม่ อย่างไรก็ตามแม้ว่าศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกาจะกล่าวไว้เช่นนั้น ก็มิได้ มีผลผูกพันกฎหมายในทุกๆ รัฐ ในการที่จะต้องนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้เสมอไป

เนื่องจากหลักความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นหลักที่ถูกคิดค้นและพัฒนาโดยศาล ซึ่งต่างจากระบบ กฎหมายของประเทศไทยที่หลักกฎหมายจะต้องผ่านการบัญญัติจากสภานิติบัญญัติ ซึ่งต้องบังคับใช้ เสมอกัน การปรับใช้หลักดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงอาจขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในแต่ละคดี ทั้งยังต้องขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลในแต่ละเขตรัฐอีกด้วยว่าจะยอมรับและนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ หรือไม่

คำพิพากษาของศาลที่สำคัญที่ได้อธิบายความหมายของการละเมิดลิขสิทธิ์ทั้งประเภท Contributory และ Vicarious Infringement คือ คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ภาคที่เก้า (๙th Circuit) ในคดีระหว่าง *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, ๗๖ F.๓ด ๒๕๕ (๙th Cir. ๑๙๙๖)^๗ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวเกี่ยวกับการจำหน่ายงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ในตลาดขายสินค้า ปัญหาข้อพิพาท คือผู้ให้เช่าสถานที่ที่มีการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์จะต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยหรือไม่

โจทก์ในคดีนี้คือ บริษัท Fonovisa ประกอบธุรกิจด้านดนตรีในรัฐแคลิฟอร์เนีย อีกทั้งยังเป็น เจ้าของลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าในสิ่งบันทึกเสียงของงานเพลงลาติน (Latin/Hispanic music recordings) ส่วนจำเลย คือบริษัท Cherry Auction ประกอบกิจการจัดสรรพื้นที่ให้เช่าเพื่อนำสินค้า เข้ามาขายมีลักษณะคล้ายตลาดขายสินค้า (Swap meet) พื้นที่ดังกล่าวตั้งอยู่ที่เมืองเฟรสโน รัฐแคลิฟอร์เนีย จำเลยจะได้รับค่าเช่าเป็นรายวันจากผู้เช่า รวมถึงเงินที่ได้จากการจำหน่าย ตัวที่เรียกเก็บจากผู้เช่าสินค้า ในบริเวณตลาด จำเลยมีหน้าที่จัดสรรพื้นที่จ่อรถให้กับผู้เข้ามาซื้อสินค้า อีกทั้งจำเลยยังมีหน้าที่ประกาศ โฆษณาเกี่ยวกับตลาดขายสินค้านี้ตามสัญญาเช่าจำเลยมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่า และขับไล่ผู้เช่า ออกจากพื้นที่ที่เช่าได้ตลอดเวลาไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม รวมทั้งกรณีหากมีการขายสินค้าที่ละเมิดสิทธิ บัตรหรือเครื่องหมายการค้าซึ่งจำเลยก็มีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าและขับไล่ผู้เช่าได้ทันทีเช่นกัน

ข้อพิพาทในคดีนี้เกิดขึ้นเมื่อปี ๒๕๓๖ โดยนายอำเภอเขตเมืองเฟรสโน (the Fresno County Sheriff's Department) ได้ดำเนินการเข้าตรวจค้นสินค้าที่วางจำหน่ายในตลาดของจำเลย โดยเจ้าหน้าที่ ดำรวจสามารถเข้ายึดสิ่งบันทึกเสียงลอกเลียนแบบอันละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาได้มากถึง ๓๘,๐๐๐ ชิ้น ในปีถัดมาหลังจากที่พบสินค้าลอกเลียนแบบถูกจำหน่ายในตลาดของจำเลย เจ้าหน้าที่ตรวจพบอีกว่ายังมีการ จำหน่ายสินค้าปลอมแปลงอันละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาภายในตลาดที่จำเลยควบคุมดูแล นายอำเภอจึง

^๖Lydia Pallas Loren and Joseph Scott Miller, *Intellectual Property Law: Cases & Material (USA: Semaphore press, ๒๐๑๔)* ๔๖๗.

^๗Ibid, ๔๕๑.



ส่งจดหมายแจ้งเตือนจำเลยถึงการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาภายในตลาดที่จำเลยควบคุมดูแล และได้ยื่นฟ้องจำเลยถึงการให้ความร่วมมือในการแจ้งข้อมูลของผู้เช่า และระบุ ตัวผู้เช่าที่ทำการจำหน่ายสินค้าลอกเลียนแบบอันละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา ต่อมาในปี ๒๕๓๖ โจทก์ได้ส่งเจ้าหน้าที่ของโจทก์เข้าตรวจสอบสินค้าที่จำหน่ายในตลาดของจำเลยด้วย

ในวันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๖ บริษัท Fonovisa ได้ยื่นฟ้อง บริษัท Cherry Auction เป็นจำเลย กล่าวหาว่าจำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์และเครื่องหมายการค้าของโจทก์ ในประเด็นละเมิดลิขสิทธิ์ คำฟ้องระบุว่าจำเลยกระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง (Direct Infringement) กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ประเภท Contributory Infringement และกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ประเภท Vicarious Infringement ต่อมาวันที่ ๒๒ มีนาคม ๒๕๓๗ ศาลชั้นต้นพิพากษายกคำฟ้องของโจทก์ทั้งสามประเด็น ซึ่งต่อมาโจทก์ได้อุทธรณ์ คำพิพากษายกฟ้องของศาลชั้นต้นเฉพาะประเด็นการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภท Contributory และ Vicarious Infringement โดยไม่ได้อุทธรณ์ประเด็น การละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง (Direct Infringement)

ศาลอุทธรณ์ภาคที่เก้า อธิบายการละเมิดลิขสิทธิ์ประเภท Contributory และ Vicarious Infringement ไว้ดังต่อไปนี้

๑. Contributory Copyright infringement

หลักความผิดตาม Contributory Infringement เกิดมาจากกฎหมายว่าด้วยเรื่องละเมิด โดยเป็นหลักความรับผิดชอบของบุคคลที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด เช่น ผู้สนับสนุน หรือ ผู้ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้กระทำละเมิดโดยตรง เป็นต้น ในปี ๒๕๑๔ ศาลอุทธรณ์ภาคที่สองในคดี *Gershwin*, ๔๔๓ F.๒d ๑๑๕๕, ๑๑๖๒: ได้อธิบายหลัก Contributory Infringement ไว้ว่า “One who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a ‘contributory’ infringer.” กล่าวคือ “ผู้ใดรู้อยู่แล้วว่าการกระทำใดเป็นการละเมิดได้ก่อ หรือชักจูงให้ผู้อื่นกระทำละเมิด หรือให้การสนับสนุนอย่างใดอย่างหนึ่งแก่การกระทำละเมิด ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบในฐานะผู้สนับสนุน”^๔ การละเมิดลิขสิทธิ์ Contributory Infringement อาจเคียงเทียบได้กับ กรณีของผู้ใช้หรือผู้สนับสนุนในกฎหมายอาญา องค์ประกอบของ Contributory Infringement ประกอบ ไปด้วย ๒ ส่วนที่สำคัญ คือ ๑.) ความรู้ และ ๒.) การสนับสนุนองค์ประกอบของความรู้ (Element of knowledge) คือ ความรู้ หรือ การทราบถึงว่าการกระทำที่ตนได้สนับสนุนอยู่เป็นการกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งองค์ประกอบความรู้ กล่าวมานี้อาจมีลักษณะแตกต่างไปจากความหมายของเจตนา หรือการจงใจ เนื่องจากศาลอุทธรณ์ภาคที่สองได้ใช้คำว่า “with knowledge of the infringing activity” แปลความได้ว่า “รู้ถึงการกระทำอันเป็นการละเมิด” จะเห็นได้ว่า ความรู้นี้เป็นเพียงความรู้ความเข้าใจในระดับทั่วไป โดยไม่ต้องมีการเจตนาหรือความจงใจแต่อย่างใดเพราะหากหลักดังกล่าวต้องการองค์ประกอบความรู้ที่เป็นเจตนาหรือการจงใจ อาจจะต้องใช้คำที่แตกต่างกันไป เช่น อาจใช้คำว่า “intentionally” เป็นต้น

^๔Ibid, ๔๕๓.



จึงอาจสรุปในเบื้องต้นได้ว่า หลัก Contributory Liability ต้องการเพียงความรู้ทั่วไปว่าการกระทำที่ได้สนับสนุนอยู่นั้นเป็นการกระทำอันละเมิดลิขสิทธิ์ไม่ว่าผู้สนับสนุนจะเจตนาหรือจงใจให้ผู้อื่นกระทำละเมิดลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม องค์ประกอบถัดมา คือ การกระทำอันเป็นการสนับสนุนเป็นองค์ประกอบที่มีความสำคัญมากที่สุด การสนับสนุนนั้นอาจแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ โดยทางตรง และโดยทางอ้อม ศาลชั้นต้นในคดี Cherry Auction มีความเห็นว่า การกระทำอันเป็นการสนับสนุนนั้นควรจะจำกัดเฉพาะ แต่การสนับสนุนโดยตรงเท่านั้น โดยศาลชั้นต้นใช้คำว่า “expressly promoted or encouraged the sale of counterfeit products or in some manner protected the identity of the infringers.”⁶ มีความหมายว่า “การสนับสนุนหรือชักจูงโดยตรงในการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์หรือกระทำการอันเป็นการปกปิดข้อมูลของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์” ศาลอุทธรณ์ ภาคที่เก้า ในคดี ในคดีระหว่าง Fonovisa กับ Cherry Auction มีความเห็นต่างไปจากศาลชั้นต้น โดยให้ความเห็นว่า การกระทำที่เป็นการสนับสนุนนั้น ไม่ว่าจะเป็นโดยตรงทางหรือโดยทางอ้อม ย่อมถือเป็นการสนับสนุนทั้งสิ้น เนื่องจากการสนับสนุนโดยทางอ้อมมีส่วนทำให้การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์เป็นผลสำเร็จได้ การสนับสนุนจึงไม่ควรจำกัดไว้เฉพาะเพียงการสนับสนุนโดยตรงเท่านั้น ในคดี Cherry Auction ผู้ละเมิดลิขสิทธิ์สามารถจำหน่ายงานอันทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ได้เป็นจำนวนมาก ศาลอุทธรณ์ภาคที่เก้าจึงให้ความเห็นว่าหากปราศจากปัจจัยสนับสนุน เช่น การจัดสรรพื้นที่ให้ผู้เช่า การจัดสรรให้มีสาธารณูปโภค การบริการที่จอดรถหรือการประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับการจำหน่ายสินค้าของบริษัท Cherry Auction การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ครั้งนี้ ก็คงไม่เป็นผลสำเร็จ อีกทั้งบริษัท Cherry Auction ยังไม่แจ้งข้อมูลของผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามที่เจ้าหน้าที่เรียกร้องจึงเป็นส่วนช่วยให้ศาลพิจารณาในประเด็นนี้ได้

หลักความรับผิดชอบของ Contributory Infringement และองค์ประกอบต่างๆ มีลักษณะคล้ายหลักความรับผิดชอบที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายๆ ฉบับ เนื่องจากมีรากฐานมาจากกฎหมายลักษณะละเมิด อีกทั้งการสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำความผิด ผู้สนับสนุนมีความใกล้ชิดกับผู้กระทำความผิดมาก อีกทั้งยังมีการกระทำอันเป็นส่วนประกอบที่ทำให้การกระทำความผิดสำเร็จเป็นผลได้ผู้สนับสนุนจึงต้องร่วมรับผิดชอบในผลของการละเมิดนั้นด้วย Contributory Infringement เป็นมาตรการที่จะช่วยทำให้การบังคับใช้กฎหมายลิขสิทธิ์มีประสิทธิภาพมากขึ้น การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นนั้น นอกจากผู้กระทำละเมิดโดยตรง บุคคลที่มีส่วนในการละเมิดลิขสิทธิ์ที่สำคัญคือผู้ที่ให้การสนับสนุนช่วยเหลือผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ คือ ผู้ที่มีกำลังในด้านทุนทรัพย์ ซึ่งเป็นปัจจัยที่สำคัญที่ก่อให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรงอาจเป็นเพียงตัวแทน หรือส่วนช่วยที่ทำงานอันละเมิดลิขสิทธิ์นั้นออกไปสู่สาธารณะการกำหนดความรับผิดชอบให้แก่ผู้สนับสนุน หรือช่วยเหลือแก่การกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ จะช่วยยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มากขึ้น

⁶Ibid, ๔๕๓.



๒. Vicarious Copyright Infringement

การละเมิดลิขสิทธิ์ Vicarious Infringement เป็นหลักที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยศาลอุทธรณ์ภาคที่สอง (๒nd Circuit) ในคดีระหว่าง **Shapiro, Bernstein and Co. v. H.L. Green Co.**, ๓๑๖ F.๒d ๓๐๔ (๒d Cir. ๑๙๖๓)^{๑๐} ซึ่งพัฒนาจากความรับผิดชอบระหว่างตัวการกับตัวแทน โดยศาลในคดี Shapiro ปรับหลักความรับผิดชอบ Vicarious Liability ให้กับเจ้าของห้างสรรพสินค้าที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสิ่งบันทึกเสียงอันได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ภายในห้างสรรพสินค้า การกระทำที่จะเป็น Vicarious Infringement ได้นั้นจะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญสองประการ คือ

๑) เป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมดูแลสถานที่ที่เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์

๒) ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ตัวอย่าง ของการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ Vicarious Infringement ที่สำคัญ คือ คดีระหว่าง Shapiro, Bernstein Co. กับ H.L. Green Co.

บริษัท Shapiro, Bernstein เจ้าของลิขสิทธิ์ในงานสิ่งบันทึกเสียง ได้ตรวจพบว่า มีสิ่งบันทึกเสียงที่ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ของตนจำหน่ายอยู่ภายในห้างสรรพสินค้าของบริษัท H.L. Green จึงดำเนินคดีต่อผู้จำหน่ายสิ่งบันทึกเสียงปลอมแปลงฐานละเมิดลิขสิทธิ์ และยังได้ดำเนินการฟ้องร้องบริษัท H.L. Green เจ้าของห้างสรรพสินค้าฐานละเมิดลิขสิทธิ์ประเภท Vicarious Infringement อีกด้วย

ประเด็นปัญหา คือ กรณีของบริษัท H.L. Green เจ้าของห้างสรรพสินค้านั้น เนื่องจากบริษัท H.L. Green ไม่ใช่ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง การพิจารณาความรับผิดชอบจึงต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ ระหว่าง บริษัท H.L. Green กับผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง ในเบื้องต้นบริษัท H.L. Green เจ้าของห้างสรรพสินค้า ได้ทำสัญญาฉบับหนึ่ง เรียกว่า “Licensing agreement” มีลักษณะเป็นการให้อนุญาตให้บุคคลหนึ่งเรียกว่า “concessionaire” หรือ “ผู้ได้รับอนุญาต” เข้ามาจำหน่ายสินค้า โดยมีการกำหนดชำระค่าอนุญาตไว้ ข้อสัญญายังระบุเพิ่มเติมว่า “ผู้ได้รับอนุญาตและลูกจ้างของผู้ได้รับอนุญาตจะต้องผูกพันและปฏิบัติตามกฎระเบียบที่ห้างสรรพสินค้ากำหนดและประกาศใช้ตลอดเวลา” อีกทั้ง บริษัท H.L. Green ยังมีอำนาจในการปลดลูกจ้างของผู้ได้รับอนุญาตโดยมีต้องเหตุแต่อย่างใด ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าว ให้อำนาจเจ้าของห้างสรรพสินค้าในควบคุมดูแลผู้ได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติตามตามที่เจ้าของห้างสรรพสินค้าเห็นสมควรศาลอุทธรณ์ภาคที่สองในคดี Shapiro เห็นว่า ถึงแม้ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท H.L. Green กับผู้ได้รับอนุญาตจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับความสัมพันธ์แบบนายจ้างกับลูกจ้างมาก แต่ทั้งสองฝ่ายก็ไม่ได้เป็นนายจ้างลูกจ้างกันแต่อย่างใด อีกทั้ง เมื่อพิจารณาจากสัญญา Licensing agreement เห็นได้ว่า บริษัท H.L. Green เป็นเพียงเจ้าของสถานที่ที่มีการจัดให้ผู้ที่ได้รับอนุญาตเข้ามาจำหน่ายสินค้า แต่ที่เพิ่มเติมคือ บริษัท H.L. Green มีอำนาจควบคุมดูแลสถานที่ รวมทั้งกำกับดูแลการจำหน่ายสินค้าให้เป็นไปตามที่บริษัท H.L. Green กำหนด

^{๑๐} Ibid, ๔๕๔.



ซึ่งต่างจากการให้เช่าสถานที่ทั่วไป ศาลจึงต้องพิจารณาหลักความรับผิดชอบประเภทอื่นๆ มาเทียบเคียง โดยศาลได้พิจารณา องค์ประกอบความรับผิดชอบสองประเภทจากคดี “Landlord-tenant cases” และคดีที่เรียกว่า “Dance hall cases” มาเทียบเคียงใช้กับกรณีของเจ้าของห้างสรรพสินค้าในคดี Shapiro

กรณีแรก Landlord-tenant cases ในคดี Deutsch v. Arnold, ๕๘ F.๒d ๖๘๖ (๒d Cir. ๑๕๓๘)^{๑๑} เป็นกรณีระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่า โดยศาลอุทธรณ์ภาคที่สอง ได้วางหลักไว้ว่า ผู้ให้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบในกรณี ที่ผู้เช่าจำหน่ายงานอันทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในที่ดินหรือสถานที่ที่ให้เช่า หากผู้ให้เช่า ไม่ทราบถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ และผู้ให้เช่าไม่มีอำนาจควบคุมเหนือที่ดินหรือสถานที่เช่า^{๑๒} จากหลักดังกล่าวจะเห็นได้ว่าองค์ประกอบที่สำคัญที่ทำให้ผู้ให้เช่าไม่ต้องรับผิดชอบในกรณี ที่ผู้เช่าจำหน่ายสินค้า หรืองานอันทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ในสถานที่เช่า คือ

- ๑) ให้เช่าต้องไม่ทราบถึงการกระทำอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ และ
- ๒) ผู้ให้เช่าจะต้องไม่มีอำนาจควบคุมเหนือสถานที่เช่า โดยอาจพิจารณาได้จากสัญญาเช่า

ส่วนกรณีที่สอง Dance hall cases เป็นกรณีของผู้จัดสถานที่ให้แสดงงานมหรสพ เช่น งานแสดง เดินรำ หรือการแสดงละครเวที จะต้องรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ หากมีการแสดงงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ในสถานที่ที่จัดหรือไม่นั้น ศาลฎีกาในคดี Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co., ๒๘๓ U.S. ๑๕๑ (๑๕๓๑) ได้วางหลักไว้ว่า ผู้จัดสถานที่ให้แสดงงานมหรสพจะต้องร่วมรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ หากมีการแสดงงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ในสถานที่ที่จัด ในกรณีที่ผู้จัดสถานที่ที่มีอำนาจควบคุมสถานที่นั้นๆ และต้องได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากผู้เข้าชมการแสดงที่จ่ายเงินเพื่อเข้าชมการแสดง จากคดีดังกล่าว หลักที่ได้คือ ผู้จัดสถานที่ให้แสดงงานมหรสพจะต้องร่วมรับผิดชอบละเมิดลิขสิทธิ์ในการแสดงงานอันละเมิดลิขสิทธิ์ ต่อเมื่อ ๑) ผู้จัดสถานที่ที่มีอำนาจควบคุมกำกับดูแลการแสดงในสถานที่ของตน และ ๒) ผู้จัดจะต้องได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากการจัดเก็บค่าเข้าชมงานแสดงที่ละเมิดลิขสิทธิ์ศาลอุทธรณ์ภาคที่สอง ในคดี Shapiro พิจารณาแล้วเห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของห้างสรรพสินค้ากับผู้ได้รับอนุญาตนั้นมีความใกล้เคียงกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้จัดสถานที่ให้แสดงงานมหรสพกับผู้แสดงในคดี Dance hall cases มากกว่าความสัมพันธ์แบบผู้ให้เช่ากับผู้เช่าในคดี Landlord-tenant cases ซึ่งในคดี Dance hall cases ได้กำหนดความรับผิดชอบแม้จำเลยจะไม่ทราบถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งต่างจากคดี Landlord-tenant cases ที่จำเลยจะต้องทราบถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ด้วยจากคำพิพากษาในคดี Shapiro สรุปได้ว่า Vicarious Infringement คือการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ประเภทหนึ่งซึ่งได้กำหนดความรับผิดชอบให้แก่บุคคลที่ไม่ใช่ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญสองประการคือ ๑) มีอำนาจควบคุมดูแลผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์โดยตรง และ ๒) ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินโดยตรงจากการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ ศาลในคดี Shapiro จึงเห็นว่าการปรับใช้ Vicarious liability เป็นการอันสมควรและไม่เป็นการเพิ่มภาระโดยไม่จำเป็นจนเกินไป

^{๑๑} Ibid, ๔๕๒.

^{๑๒} Ibid.



Vicarious liability จึงเป็นมาตรการป้องกันการกระทำความผิดมากกว่าการกำหนดโทษให้แก่ผู้กระทำความผิด โดยเป็นการกำหนดให้แก่ภาคเอกชนในการตรวจตราดูแลเพื่อไม่ให้เกิดการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ แต่เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นได้ว่า Vicarious liability ไม่ได้เป็นการเพิ่มภาระแต่อย่างใดเพราะเนื่องจากผู้ที่จะต้องรับผิดชอบ Vicarious Infringement ได้นั้นจะต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมดูแลสถานที่ที่ตนอนุญาตให้ผู้อื่นเข้ามาใช้สถานที่ จึงเป็นเพียงมาตรการกระตุ้นให้ผู้มีอำนาจอยู่แล้วบังคับใช้อำนาจของตนให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น อีกทั้งผู้ที่มีอำนาจควบคุมนั้นยังได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน จากผู้เข้ามาใช้สถานที่ของตน จึงเป็นการอันสมควรที่ผู้เป็นเจ้าของสถานที่จะต้องดำเนินการบังคับใช้ อำนาจของตนให้มีประสิทธิภาพ

อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้ความรับผิดชอบประเภท Vicarious Infringement อาจยังเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้เป็นเจ้าของสถานที่ต่างๆ ที่ต้องทำการควบคุมดูแลสถานที่ของตน แต่ในทางกลับกัน หากมีการบังคับใช้ Vicarious liability จะทำให้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ในประเทศไทยเกิดประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ที่แท้จริงของการบัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

บรรณานุกรม

ไชยยศ เหมะรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๓, ๒๕๕๑)

อรพรรณ พันธ์พัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์ (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ ๖, ๒๕๕๓)

อำนาจ เนตยสุภา และ ชาญชัย อารีวิทชาเลิศ (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๔)

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๒๒๐/๒๕๕๓

Lydia Pallas Loren and Joseph Scott Miller, *Intellectual Property Law: Cases & Material* (USA: Semaphore press, ๒๐๑๔) ๔๖๗



คำแนะนำในการส่งต้นฉบับวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญท่านที่สนใจส่งบทความเผยแพร่ในวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ โดยบทความของท่านต้องไม่เคยพิมพ์เผยแพร่หรืออยู่ระหว่างการพิจารณาจากวารสารอื่น และกองบรรณาธิการขอสงวนสิทธิ์ ในการตรวจทานแก้ไขต้นฉบับตามเกณฑ์

ประเภทของเนื้อหา แบ่งออกเป็น

๑. บทความทางวิชาการ พร้อมบทคัดย่อภาษาไทยและภาษาอังกฤษ รวมทั้งคำสำคัญ เรื่องละประมาณ ๑๐ หน้า กระดาษ A๔
๒. รายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ เรื่องละประมาณ ๑๐ หน้า กระดาษ A๔
๓. สรุปการอภิปราย สัมมนา บทความพิเศษ ในหัวข้อที่น่าสนใจ ประมาณ ๕ หน้า กระดาษ A๔

การเตรียมต้นฉบับ

☆ ต้องพิมพ์ด้วย Microsoft Word สำหรับภาษาไทยใช้ตัวอักษร Angsana New ขนาดตัวอักษร ๑๕ point ภาษาอังกฤษใช้ตัวอักษร Time New Roman ขนาดตัวอักษร ๑๒ point ถ้ามีตัวเลข ต้องพิมพ์เป็นเลขอารบิก ใช้กระดาษ เอ ๔

☆ ชื่อเรื่องพิมพ์ไว้หน้าแรกตรงกลางหน้ากระดาษ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) ชื่อผู้เขียนอยู่ใต้ชื่อเรื่องเยื้องลงมาทางขวามือ พิมพ์ด้วยตัวอักษรเอน ส่วนตำแหน่งทางวิชาการ (ถ้ามี) คุณวุฒิการศึกษาสูงสุด และสถานที่ทำงานของผู้เขียน หรือพิมพ์ไว้เป็นเชิงอรรถในหน้าแรก

☆ บทความที่เป็นรายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ ควรเขียนเรียงลำดับดังนี้

- ชื่อเรื่อง (Title)
- ชื่อผู้ทำงานวิจัย (Author)
- บทคัดย่อ (Abstract) ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- คำสำคัญ (Key word) ระบุคำสำคัญหรือวลีสั้น ๆ เพียง ๒ – ๕ คำ
- บทนำ (Introduction)
- วัตถุประสงค์ของการวิจัย (Objective)
- วิธีดำเนินงานวิจัย (Method)
- ผลของการวิจัย (Result)
- การอภิปรายผล (Discussion) และข้อเสนอแนะ



การส่งต้นฉบับ

๑. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์

ส่งต้นฉบับ ๑ ชุด และสำเนา ๑ ชุด พร้อมแผ่นซีดี ที่กองบรรณาธิการ วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เลขที่ ๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด ตำบลบางโจลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

๒. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ส่งต้นฉบับมายัง faclaw๑๒ohcu@gmail.com

๓. การส่งต้นฉบับทางเว็บไซต์ www.law.hcu.ac.th หัวข้อการส่งบทความออนไลน์

การอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote)

๑. หนังสือ/ตำรา (Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(สถานที่พิมพ์: สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้า.
ตัวอย่าง	ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล,	คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล	(กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๔๓)	๑๘๓.
	Malcome N Shaw,	<i>International Law</i>	(London: Cambridge University Press, ๒๐๐๘)	๕๗๘.

๒. บทความวารสาร (Journal Articles)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อเรื่อง”	(ปีที่ พิมพ์)	ปีที่ฉบับที่	ชื่อวารสาร	หน้าเริ่มต้นบทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	ศนันท์กรณ โสคติพันธุ์,	“หลักความสำคัญผิด”	(๒๕๕๓)	๓๕:๔	วารสารนิติศาสตร์	๗๘๘,	๗๙๗.
	Christopher C. Miller,	“To The Moon & Beyond: The United States and The Future of International Space Law”	(๒๐๑๑)	๓๕: ๑	<i>Suffolk Transnational Law Review</i>	๑๐๑,	๑๑๓.



๓. บทความในหนังสือ (Chapter in Edited Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อบทความ”	ใน	ชื่อบรรณาธิการ หรือผู้รวบรวม,	ชื่อหนังสือ	(สถานที่พิมพ์: สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้าเริ่มต้น บทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	พะยอม แก้วกำเนิด,	“ความหมายของ วัฒนธรรม”	ใน	จัดรัช สุกกร กาญจน์ (บรรณาธิการ),	ห้องสมุด วัฒนธรรม	(นครศรีธรรมราช: ศูนย์วัฒนธรรมภาค ใต้, ๒๕๒๕)	๑,	๕.
	Richard J. McNeil	“International Parks for Peace”	In	Jim Thorsell (ed.),	<i>Parks on the Borderline: Experience in Transfrontier Conservation</i>	(Gland, Switzerland and Cambridge, UK: IUCN, ๑๙๙๐)	๒๓,	๓๕.

๔. วิทยานิพนธ์ (Thesis)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(หลักสูตร, สถาบัน, ปี)	หน้า.
ตัวอย่าง	นิก สุนทรชัย,	มาตรการทางกฎหมายในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม	(นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๔)	๕๓.
	Chloe Sage Castro,	<i>Over the Moon: Lunar Heritage Protection</i>	(Master of Fine Arts Thesis, Savannah College of Art and Design, ๒๐๑๑)	๔๔.

๕. เอกสารประกอบการประชุม (Conference Proceedings)

รูปแบบ	ชื่อผู้เขียน,	“ชื่อเรื่อง”	(นำเสนอที่ ชื่อการประชุม, สถานที่, ว/ด/ป)	หน้า.
ตัวอย่าง	Anne Orford	“Roman Law and the Godly Imperium in England’s New Worlds”	(Paper presented at the Workshop on the Theo-Political Renaissance, Department of English, Cornell University, ๒๕ April ๒๐๐๘)	๑๒.



๖. เว็บไซต์ (Website/Electronic Materials)

รูปแบบ	ชื่อผู้เขียน,	ชื่อเอกสาร	(ว/ด/ป ที่เข้าถึงข้อมูล)	ชื่อเว็บไซต์	<URL>.
ตัวอย่าง	Apichai Sunchindah,	<i>The ASEAN Approach to Regional Environmental Management</i>	(๒๔ Aug ๒๐๑๓)	ASEAN Environment Cooperation	< http://www.aseansec.org/๒๘๓๘.htm >.

๗. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

รูปแบบ	เลขมาตรา,	ชื่อกฎหมาย
ตัวอย่าง	มาตรา ๑๕,	พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.๒๕๑๔
	Section ๑๗,	<i>Land and Environment Court Act ๑๙๗๕</i>

๘. ตราสารระหว่างประเทศ (Treaties, Conventions, Protocol)

รูปแบบ	ชื่อตราสาร,	วันที่เปิดลงนาม,	Treaty Series	(วันเริ่มต้นมีผลผูกพัน) (Enter into Force)	มาตรา.
ตัวอย่าง	<i>United Nations Convention on the Law of the Sea,</i>	opened for signature ๑๐ December ๑๙๘๒,	๒๑ ILM ๑๒๖๑	(entered into force ๑๖ November ๑๙๘๔)	art ๒.

หลักการอ้างอิงเอกสารที่เคยอ้างมาแล้ว (Subsequent References)

๑. กรณีการใช้ “เพิงอ้าง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้าทันที เช่น
 - ๒๑ ประสิทธิ์ โคววิไลกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๔๓) ๑๘๓.
 - ๒๒ เพิงอ้าง, ๑๘๔.
 - ๑๘ Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press, ๒๐๑๕) ๑๖๓.
 - ๑๙ Ibid.



๒. กรณีการใช้ “อ้างแล้ว” หรือ “Above n” กรณีอ้างเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า แต่มีเอกสาร
อื่นมาก่อน เช่น

๕ Catharine MacMillan, *Mistakes in Contract Law* (Hart Publishing,
๒๐๑๐) ๓๘.

.....

๒๐ Catharine MacMillan, above n ๕.

การอ้างอิงบรรณานุกรม (Bibliography)

มีหลักการเขียนดังนี้

- (๑) รูปแบบเดียวกับ กรณีการอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote) ขึ้นอยู่กับประเภทของแหล่งอ้างอิง
- (๒) ดัดหน้าเอกสารที่อ้างออก และไม่ใส่จุด full stop (.) กรณีเอกสารที่อ้างเป็นบทความ
(Journal Articles) ให้ตัดแต่เลขหน้าที่อ้างออก ให้ใส่หน้าเริ่มต้นบทความเอาไว้
- (๓) กรณีผู้แต่งเป็นชาวต่างชาติ ให้สลับที่ ชื่อแรก และ นามสกุล โดยกันด้วย comma (,) เช่น Christopher C. Miller เปลี่ยนเป็น Miller, Christopher C.
- (๔) การเรียงลำดับเอกสาร ให้เรียงตามอักษรตัวแรกของชื่อผู้เขียน จาก ก-ฮ หรือ A-Z



วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
ได้รับการคัดเลือกให้เข้าอยู่ในกลุ่มที่ ๒ ของศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย (TCI)

กำหนดการออกวารสารจะมีการปรับเปลี่ยน
จากเดิม (กรกฎาคม - ธันวาคม และ มกราคม - มิถุนายน)
ปรับเป็น มกราคม - มิถุนายน และ กรกฎาคม - ธันวาคม)
ตั้งแต่ปีที่ ๖ ฉบับที่ ๒ เป็นต้นไป

ฉบับนี้ทันการ

จาก

ดร.พงษ์ศักดิ์ สวัสดิ์เกียรติ

Domnarn
Somgiat
& Boonma
Since 1947

บริษัท สำนักกฎหมาย ดำเนิน สมเกียรติและบุญมา จำกัด

719 ถนนสีพระยา แขวงบางรัก เขตบางรัก กรุงเทพฯ 10500

ตู้ ป.ณ. 203 กรุงเทพฯ 10501

โทรศัพท์ : 0-2639-1955

โทรสาร : 0-2639-1956 ถึง 57 (เครื่องหมายการค้า)

: 0-2639-1958 (สิทธิบัตร)

E-mail : mail@dsb.co.th

Web site : www.dsb.co.th



บริษัท ปจุมกฎหมาย จำกัด

นายปจุม สุวรรณโณ

ทนายความ

โทร. 09-2939-5154 0-2917-3385



สำนักงาน อรรถกิจ ทนายความ

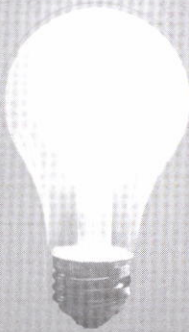
128 ซอยวิภาวดี 19 ถนนวิภาวดีรังสิต แขวงลาดยาว เขตจตุจักร กรุงเทพมหานคร
10900 โทร. 02-537-0195-97 Fax : 02-537-0197



SIAM PREMIER

INTERNATIONAL LAW OFFICE LIMITED

THAILAND, MYANMAR, LAOS
SOUTHEAST ASIA



JOIN US TODAY, WE'RE HIRING

Banking & Finance | Capital Markets
Corporate/Mergers & Acquisitions | Immigration
Employment & Labour | Foreign Direct Investment
Insurance | Insolvency & Restructuring
Intellectual Property | Litigation & Dispute Resolution
Projects & Energy | Intellectual Trade & Telecommunications
Real Property & Construction | Private Clients | Taxation

Siam Premier International Law Office Limited
The Offices at Central World, 26th Floor
999/9 Rama 1 Road, Pathumwan
Bangkok 10330, Thailand
www.siampremier.com
t: +66 2 646 1888 f: +66 2 646 1919
e: info@siampremier.com



สถาบันติวกฎหมาย โอห์ม ลอว์
“ฝากความสำเร็จให้เราดูแล”



บริหารโดย **พี่โอห์ม และ พี่เอก**

คอร์สติว Ohm's Law

โดยติวเตอร์ น.บ. (เกียรตินิยม), น.บ.ท.

*นิติศาสตร์บัณฑิต

*เนติบัณฑิต

*ทนายความ

*ภาค ก. (ก.พ.)

*ผู้ช่วยผู้พิพากษา/อัยการผู้ช่วย

*นายร้อยตำรวจ/นายสิบตำรวจ

*สอบหน่วยงานราชการต่างๆ

สถาบันติวกฎหมาย Ohm's Law (โอห์ม ลอว์)



OhmsLawTutor



www.OhmsLawTutor.com



LINE ID : @OhmsLawTutor



ติดต่อสถาบันฯ

Tel.088-885-9768, 02-718-8845-6

Fax 02-718-8850 ซ.รามคำแหง 43/1

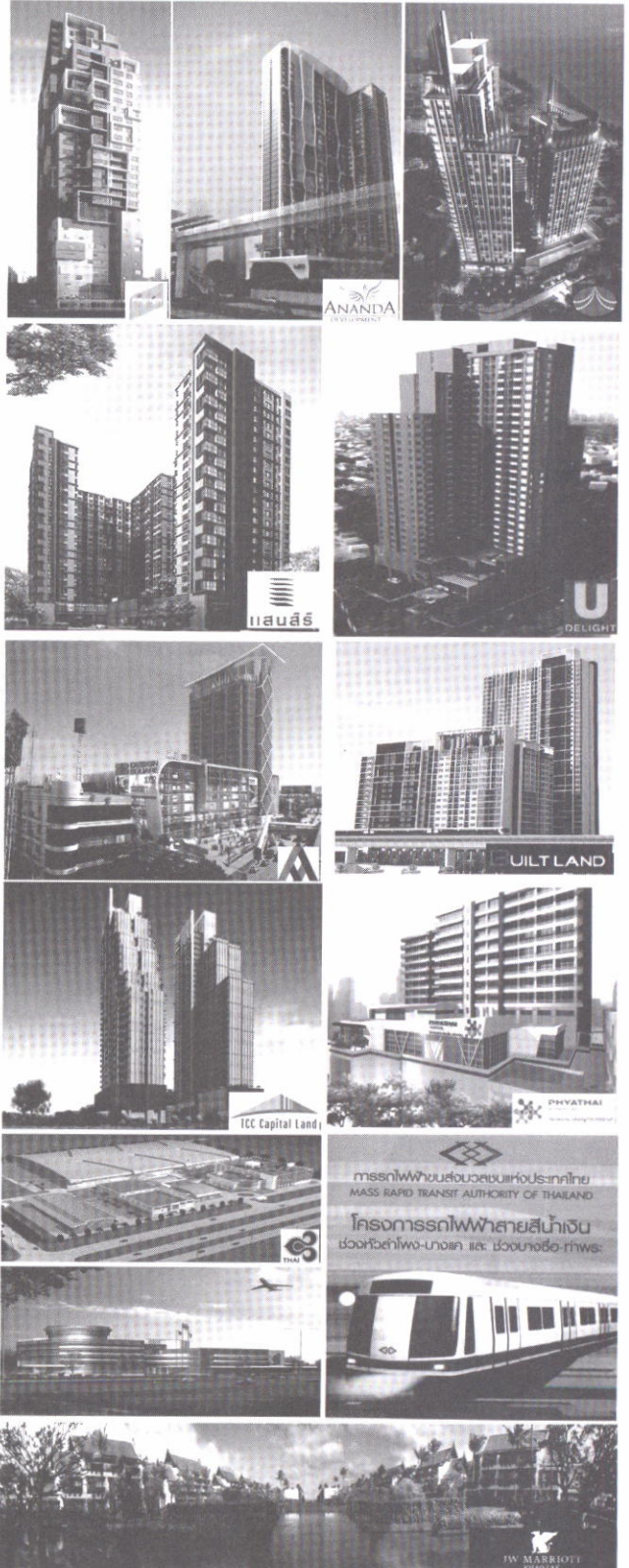
เปิดทำการทุกวัน 09:00-18:00 น.

GEO

Design & Engineering Consultant

บริษัท จีโอ ดีไซน์ แอนด์ เอ็นจิเนียริง คอนซัลแตนท์ จำกัด
เปิดดำเนินการงานด้านออกแบบ และที่ปรึกษาทาง
วิศวกรรมประกอบอาคาร ตั้งแต่ เดือน มกราคม พ.ศ.
2546 เป็นต้นมา ผู้ก่อตั้ง และบุคลากรหลักที่สำคัญของ
บริษัท มาจากกลุ่มบุคคลที่ทำงานด้านวิศวกรรมหลาย
แขนง และหลายสาขาวิชา โดยบุคลากรมีความเชี่ยวชาญ
และมีประสบการณ์ที่ยาวนาน พร้อมผ่านงานด้านงาน
วิศวกรรมงานระบบประกอบอาคารที่มีชื่อเสียง ในประเทศ
ไทย

สำนักงานตั้งอยู่เลขที่ 5 ซอยลาดพร้าว 28
ถนนลาดพร้าว แขวงสามเสนนอก เขตห้วยขวาง
กรุงเทพมหานคร 10310
โทร : 66.2511-5900 โทรสาร : 66.2511-5905
Website : www.geodesign.co.th
Email : service@geodesign.co.th



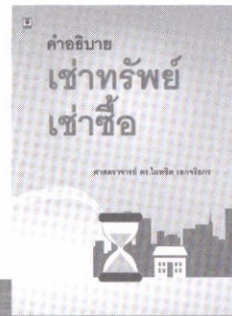
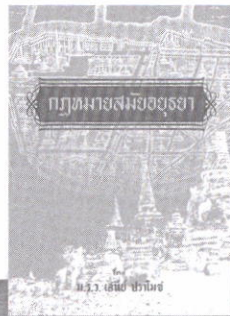
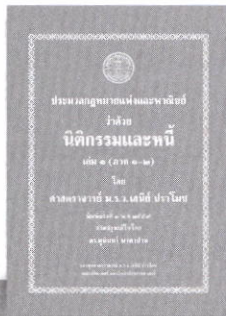
อกินันทนากการ
จาก
คุณบรรดิษฐ์ ทิพย์ประชา
บริษัท ภูมิสยาม วิศวกรรม จำกัด
และ
บริษัท น็อคดาวน์โฮม จำกัด
www.knockdownhome.co.th

- กฎหมายทันสมัย แก้ไขล่าสุด 2559 -

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช

ศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช

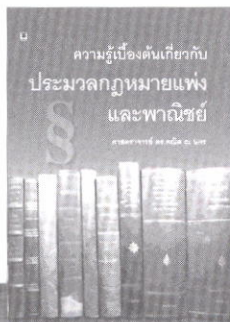
ศ. ดร.ไพฑิต เอกเจริญกร



ศ. ดร.คณิต ณ นคร

รศ. นพนิติ สุริยะะ

ศ. ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์



อานนท์ ศรีบุญโง้น

พิสิษฐ์ พลรักษ์เขตต์

ศ. ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ



สำนักพิมพ์วิญญูชน

- ▶ สำนักพิมพ์วิญญูชน 39/200-201 ซอยวิภาวดีรังสิต 84 ถนนวิภาวดีรังสิต แขวงสนามบิน เขตดอนเมือง กรุงเทพฯ 10210 โทร. 02-996-9471-3 โทรสาร 02-996-9474
- ▶ ศูนย์หนังสือกฎหมายคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ท่าพระจันทร์) โทร. 02-623-5874
- ▶ ศูนย์หนังสือกฎหมายคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ศูนย์รังสิต) โทร. 02-986-9633
- ▶ www.winyuchon.co.th, E-mail : winyuchon_w@hotmail.com, www.facebook.com/winyuchonpublic2016





ใบสมัครสมาชิกรวบรวมวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เรียน กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก.

ชื่อ-สกุล
ที่อยู่ เลขที่.....หมู่ที่.....ซอย.....
ถนน.....ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต.....
จังหวัด..... รหัสไปรษณีย์
โทรศัพท์..... โทรสาร..... E-mail address.....

มีความประสงค์จะสมัครเป็นสมาชิกรวบรวมวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก. เป็นรายปี (ปีละ ๒ ฉบับ ๓๐๐ บาท)

ที่อยู่ในการจัดส่งวารสาร

เลขที่.....หมู่ที่.....ซอย.....ถนน.....
ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด.....
รหัสไปรษณีย์

เงื่อนไขการชำระเงิน

☐ ธนาณัติ / ตัวแลกเงิน สั่งจ่ายในนาม “มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ”

☐ เช็คขีดคร่อม สั่งจ่ายในนาม มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ธนาคาร..... สาขา.....

เลขที่..... ลงวันที่

☐ อื่นๆ โปรดระบุ

และโปรดส่งสำเนาการชำระเงินและใบสมัครสมาชิก ทางโทรสาร หมายเลข ๐-๒๓๑๒-๖๔๔๕
หรือ ส่งกองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กม. ๑๘ ต.บางโหลง อ.บางพลี จ.สมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สำนักงานเลขานุการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐-๗๕ ต่อ ๑๖๘๕, ๑๖๕๐



คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
ได้รับการรับรองหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

จาก

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
เมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๒

และ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสหภาพนายความ
เมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๒



คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
เลขที่ ๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๘ ตำบลบางโกลง
อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐
E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ศูนย์แนะนำกฎหมายสำหรับประชาชน

โทร. ๐-๒๓๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙, ๑๖๙๐