วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (มกราคม - มิถุนายน 2562) ISSN 2286-6965

Vol.9 No.2 (January - June 2019)

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
18/18 ถนนเทพรัตน กิโลเมตร 18 ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540
โทรศัพท์ 0-2312-6300 ต่อ 1689 1690 โทรสาร 0-2312-6419
E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฆวิไลกูล	ที่ปรึกษาหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรธัย	คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

หัวหน้าบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วุฒิชัย เต็งพงศธร	มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช	มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
รองศาสตราจารย์มาลี สุรเชษฐ	มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ	มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา สิงห์สงบ	มหาวิทยาลัยกรุงเทพ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวุธ กิจกุศล	ผู้บังคับการวชิราวุธวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ	มหาวิทยาลัยนเรศวร
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เดือนเด่น นาคสีหราช	มหาวิทยาลัยมหาสารคาม
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยินทร์ เพ็ชญไพศิษฏ์	มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย	มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
อาจารย์ภัทรวดี ยังน้อย	มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
ประธานนักศึกษาทุกชั้นปี	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการและเหรัญญิก

นางวราภรณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการ

นางอิศรา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

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

บทความหรือข้อความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารฉบับนี้เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ และกองบรรณาธิการไม่มีส่วนรับผิดชอบหรือไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยกับข้อคิดเห็นนั้น แต่ประการใด

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

รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกตรวจบทความวารสารวิชาการประจำฉบับ (Peer review)

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โสภณ เจริญ

ดร.สุรีย์ฉาย พลวัน

พันตำรวจโท ดร.อรรณพ กาวิกุล

รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิภายในตรวจบทความวารสารวิชาการประจำฉบับ (Peer review)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วุฒิชัย เต็งพงศธร

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรธัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยินทร์ เพ็ชญไพศิษฏ์

อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

อาจารย์ภัทรวดี ยังน้อย

❖❖❖❖❖❖❖❖❖

สารบัญ

บทความวิชาการ

ผลของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ **1**

ศิรินทร์พร ธารมัติ

บทความวิจัย

ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนคือหนทางเดียวที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายหรือไม่ **17**

ธนัชพร กังสังข์

ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจแฟรนไชส์ **31**

ฉัฐญา จันทร์แก้ว

ความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ กรณีให้เช่าพื้นที่ **46**

นัฐฐาย์ รัตนกิจยนต์

ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการลบทะเบียนประวัติผู้เยาว์จากการกระทำผิดทางเพศ **61**

ชนะศักดิ์ ศิริทรัพย์

มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงตามข้อกำหนดกรุงเทพ **71**

พันธุ์ทิพย์ นวานุช

การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยและสิงคโปร์ **80**

สาธิตา วิมลคุณารักษ์

Proposed amendments to the laws related to the protection of Consumer rights in e-commerce contract **96**

Varaporn Vanaphituk Saravuth Pitiyasak

บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ดำเนินการมาถึงปีที่ 9 เล่มที่ **2** แล้วโดยได้จัดอยู่ในกลุ่มที่ 2 ของฐานข้อมูล TCI (Thai-Journal Citation Index Centre) ซึ่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติได้รวบรวมบทความหลากหลายด้านที่น่าสนใจจากผู้ทรงคุณวุฒิ บุคคลภายนอก และคณาจารย์ประจำ โดยบทความเหล่านี้มีคุณค่าทางวิชาการอีกทั้งยังได้นำเสนอบทความทางกฎหมายในแง่มุมต่างๆ เพื่อเป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน เช่น บทความวิจัยเรื่องความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนคือหนทางเดียวที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายหรือไม่ที่เห็นว่าความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนเป็นเครื่องมือที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย บทความวิจัยเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจแฟรนไชส์ที่เห็นว่าในปัจจุบันข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ มีการกำหนดภาระหน้าที่แก่ธุรกิจแฟรนไชส์เกินสมควร บทความวิชาการเรื่องผลของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้นำเสนอในประเด็นเกี่ยวกับหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดหรือหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดที่จะต้องรับผิดในบรรดาหนี้สินทั้งหมดของ ห้างหุ้นส่วน

กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิ คณาจารย์ที่สนับสนุนบทความมาโดยตลอดและขอขอบพระคุณผู้ส่งบทความมาร่วมเผยแพร่ในครั้งนี้ อนึ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญชวนผู้สนใจส่งบทความตีพิมพ์ที่วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ในฉบับต่อไปเพื่อพัฒนาวงวิชาการและเผยแพร่ความรู้ อันเป็นประโยชน์ต่อนักศึกษา คณาจารย์ และประชาชนทั่วไป ซึ่งคณะจะจัดพิมพ์วารสารวิชาการเผยแพร่ปีการศึกษาละ **2** ฉบับ โดยสามารถติดต่อสอบถามได้ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ **0-2312-6300** ต่อ **1689** หรือ **1690**

วุฒิชัย เต็งพงศธร
บรรณาธิการ



ผลของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

Outcomes from the Establishment of Limited Partnership Requirement of Thailand Civil and Commercial Code

*ศิรินทร์พร ธารมัติ**

บทคัดย่อ

ตามบทบัญญัติมาตรา 1079 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกในมูลละเมิดหรือมูลเหตุแห่งนิติกรรมสัญญานั้น โดยจะต้องรับผิดเสมือนเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งผู้ที่เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดหรือหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดก็จะต้องรับผิดในบรรดาหนี้สินทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนจำกัดโดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายจนกว่าจะได้มีการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด และในระหว่างที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลนั้นได้ไปดำเนินกิจการกับบุคคลภายนอกหรือไปก่อหนี้สินแล้ว และต่อมาห้างหุ้นส่วนจำกัดได้จดทะเบียนถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ห้างหุ้นส่วนจำกัดจะต้องรับผิดในบรรดาหนี้สินซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการจดทะเบียนด้วย โดยให้ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนทุกคนในห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนจดทะเบียน ไม่ว่าจะเป็นหุ้นส่วนประเภทใดก็ตามก็จะต้องร่วมกันรับผิดต่อเจ้าหนี้โดยไม่จำกัดจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นในบรรดาหนี้สินที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนจดทะเบียนได้ก่อขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วนแล้วแต่สำหรับหนี้ที่เกิดขึ้นหลังจากจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้วนั้น ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดก็รับผิดเพียงไม่เกินค่าหุ้นที่ลงไว้เท่านั้น และหากหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชำระค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว ก็จะหลุดพ้นจากความรับผิดดังกล่าว

คำสำคัญ : ผลของการจดทะเบียนห้าง ห้างหุ้นส่วนจำกัด

**อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ*

Abstract

According to Section 1079 of Thailand Civil and Commercial Code, the limited partnership entity that has not been registered as the Juristic Person shall be liable to creditors or third parties for concurrent liability or legal contract in the same manner as the general partnership in which the law requires all shareholders, whether being limited or unlimited partnership shareholders to assume responsibility in all liabilities of a limited partnership with unlimited number of damages until a limited partnership has officially established as required by law. And if a limited partnership had incurred debts or conducted businesses with the third parties while waiting to register as a juristic person, the limited partnership is still liable for pre-registration debts once the registration completed and it became the legal entity. All limited partnership shareholders prior to official registration, regardless of shareholder types are required to take full responsibility on creditors with number of damages from the debts of a limited partnership established under the entity objectives. As for the debt incurred after the official registration, the shareholders shall be liable only the value of own shares and when the limited partnership had fully paid for share values, it shall be released from such liability.

Keywords : Registration outcomes Limited Partnership, The Limited Partnership

บทนำ

ประวัติความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัท

มนุษย์เรารู้จักรวมตัวกันทำการค้าในรูปของสมาคม หรือองค์กรนิติบุคคล โดยมีกฎหมายรับรองมานานแล้ว ในประมวลกฎหมายของฮัมมูราบูได้กล่าวถึงสมาคม (Societies) ในสมัยรีพลับบลิคกฎหมายโรมันได้ยอมรับองค์กรนิติบุคคล เช่น องค์กรทางศาสนาซึ่งเรียกว่า Solicitas มหาวิทยาลัย และคณะบุคคลที่เรียกว่า Collegium ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างร่วมกัน นอกจากนั้นยังมีองค์กรทางปกครองเรียกว่า Municipium และสมาคมทางการค้า (Solietas) อีกด้วย พระเจ้าจักรพรรดิในสมัยโรมันได้ใช้อำนาจทางปกครองจัดตั้งองค์กรนิติบุคคลขึ้น และเมื่อการค้าเจริญมากขึ้น ประเพณีต่าง ๆ ของพ่อค้าก็ได้รับการยอมรับจากศาลเสมือนกฎหมาย จนกลายเป็นกฎหมายพาณิชย์ในระยะต่อมา ซึ่งมีเรื่องของห้างหุ้นส่วนและบริษัทรวมอยู่ด้วย ประเทศอังกฤษก็ยอมรับเอากฎหมายพาณิชย์เข้ามาอยู่ในระบบ Common Law ของตน สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ได้พัฒนารูปแบบของห้างหุ้นส่วนและบริษัทมาจากหลักกฎหมายเรื่องสัญญาและตัวแทน โดยไม่ต้องอาศัยการอนุญาตให้จัดตั้งขึ้นโดยผู้ปกครองประเทศ

ระบบกฎหมายแบบ Civil Law จึงถือว่าห้างหุ้นส่วนและบริษัทเป็นรูปแบบหนึ่งของสมาคม (Societies) ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสยังคงเรียกห้างหุ้นส่วนและบริษัทว่า Socitis รวมกัน ในประเทศเยอรมนีเรียกทั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทว่า Gesellschaften เพียงแต่มีคำประกอบเพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทประเภทไหน[1]

ในสมัยโรมันถือว่า Societas เป็นสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ตกลงเข้าหุ้นกันโดยออกเงินหรือออกแรงงานเพื่อทำกิจการร่วมกัน ซึ่งมักจะเป็นการร่วมกันเพื่อกิจการค้า โดยตอนแรกเกิดขึ้นในรูปของ Consotium ซึ่งเป็นเรื่องที่ทายาทหลายคนได้รับมรดกร่วมกัน ตกลงไม่แบ่งมรดกโดยจะจัดการทรัพย์มรดกร่วมกัน ต่อมาได้เกิดหุ้นส่วนในรูปแบบต่าง ๆ ขึ้น เช่น

1. OmniumBonorum ซึ่งหุ้นส่วนตกลงเอาทรัพย์สินทั้งหมดไม่ว่าที่มีอยู่เดิมหรือที่จะได้มาใหม่มารวมกันเป็นกรรมสิทธิ์รวม หนี้เงินของหุ้นส่วนแต่ละคนถือว่าเป็นหนี้ของห้างหุ้นส่วนซึ่งต้องบังคับเอาจากทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนด้วย แต่หนี้ค่าเสียหายทางละเมิดของหุ้นส่วนจะบังคับเอาจากทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนได้เพียงเท่าที่ห้างหุ้นส่วนได้ทรัพย์จากการละเมิดนั้น

2. OmniumBonorumguae ex guaest-uveniunt เป็นห้างหุ้นส่วนชนิดที่ผู้เป็นหุ้นส่วนเอาทรัพย์สินมารวมกันเพื่อการค้า เป็นหุ้นส่วนทางการค้า ทรัพย์สินของห้างมีอยู่เท่าที่หุ้นส่วนได้หุ้นส่วนแต่ละคนอาจจะมีทรัพย์สินและหนี้สินส่วนตัวของตนแยกออกจากห้างหุ้นส่วน

3. AlicuiusNegotiationis เป็นหุ้นส่วนในการค้าเฉพาะอย่าง เช่น การค้าทาส การผูกขาดในการเก็บภาษี

4. Uniusrei เป็นห้างหุ้นส่วนซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเพียงประการเดียว เช่น การเข้าหุ้นกันซื้อที่ดินไว้มิให้คนอื่นนำไปใช้ในกิจการค้า

ในอดีตประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัทใช้บังคับโดยตรง ซึ่งในสมัยกรุงศรีอยุธยานั้นมีกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเพียงกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จในสมัยสมเด็จพระเอกาทศรถแห่งกรุงศรีอยุธยาว่าด้วยกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท บทที่ 102-103[2] เท่านั้น และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันนี้ประเทศไทยได้นำเอาแบบอย่างมาจากประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศญี่ปุ่น และประเทศอังกฤษ ด้วยเหตุผลว่ากฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับบริษัทไม่มีเลย จนกระทั่งปี พ.ศ. 2451 รัฐบาลได้ให้ความเห็นชอบในการร่างประมวลกฎหมายแพ่ง

---

[1] โสภณ รัตนากร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนบริษัท* (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2556) 5.

[2] "บทที่ 102 ราษฎรทั้งหลายชักชวนเข้าทุนกันไปค้าขายออกกำไรให้แบ่งกันตามมากและน้อย ถ้ามิซื่อสัตย์ต่อกันเก็บเอาทุนและกำไรซึ่งเป็นส่วนของท่านนั้นไว้ ท่านว่าประบัดสินท่านให้เอาทุนและกำไรซึ่งเป็นของท่านตั้งไหมทวีคูณ"

"บทที่ 103 ไปค้าขายด้วยกันและตกศึกแลผู้หนึ่งเอาสินนั้นรอด ให้ทำสินนั้นเป็น 3 ส่วน ได้แก่ เจ้าของ 2 ส่วน ให้ผู้เอามาส่วนหนึ่ง"

และพาณิชย์ขึ้นโดยกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัทอยู่ในบรรพ 1 ว่าด้วยหนี้ แต่หลังจากนั้นได้มีการแยกกฎหมายว่าด้วยห้างหุ้นส่วนและบริษัทออกเป็น พ.ร.บ. ต่างหาก[3] คือ พ.ร.บ. ลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท รัตนโกสินทรศก 130 (2454)[4] เพราะบริษัทเป็นแนวความคิดทางกฎหมายของชาวตะวันตกโดยแท้ แต่แนวความคิดเกี่ยวกับหุ้นส่วนนั้นมีอยู่ในกฎหมายไทยมาช้านานแล้ว ดังปรากฏอยู่ในกฎหมายตราสามดวง พระอายการเบดเสรจ บทที่ 101-102[5]

สำหรับบริษัทนั้นเราเริ่มรู้จักเมื่อได้มีฝรั่งชาวตะวันตกเข้ามาติดต่อค้าขายในเมืองไทย และได้มีผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทกันขึ้นในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว[6] ซึ่งได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ตั้งขึ้นเป็นราย ๆ ตามที่มีผู้กราบบังคมทูลขึ้นมา เช่น บริษัทขุดคลองคูนาสยาม จำกัด และ บริษัทรถรางพระพุทธบาท จำกัด เป็นต้น[7] กฎหมายฉบับแรกที่กล่าวถึงบริษัทก็คือ **"พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110"** มาตรา 2-3[8] โดยกฎหมายเหล่านั้นมิได้มีบทบัญญัติที่สมบูรณ์ เมื่อการค้าในประเทศไทยเราเจริญขึ้นก็ได้มีการตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทกันมากขึ้น จึงจำเป็นจะต้องมีกฎหมายเข้ามาควบคุม รัชสมัยของพระบาท-

---

[3] พิชาญ บุลยง, "การตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายในกรุงสยามแปลโดย วิษณุ วรัญญู" (2536) 23:1 *วารสารนิติศาสตร์* 108, 108-110

[4] พ.ร.บ. ลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท รัตนโกสินทรศก 130 (2454) ตราไว้ ณ วันที่ 17 กันยายน ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 28 หน้า 289 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาวชิราวุธพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว

[5] พระอายการเบดเสรจ บทที่ 101 มีความว่า "ราษฎรทั้งหลายชักชวนเข้าทุนกันไปค้าขายออกกำไรให้แบ่งปันกันมากแลน้อย ถ้ามิได้ซื่อสัจต่อกันเกบเอาทุนและกำไร ซึ่งจะได้เปนส่วนของท่านไว้ ท่านว่าประบัดสินท่าน ให้เอาทุนและกำไรซึ่งเปนส่วนของท่านนั้นตั้งใหม่ทวีคูณ"

พระอายการเบดเสรจ บทที่ 102 มีความว่า "ไปค้าขายด้วยกันแลตกศึกแลผู้หนึ่งเอาสินนั้นรอด ให้ทำสินนั้นเป็นสามส่วน ได้แก่เจ้าของสองส่วน ให้แก่ผู้เอามาหนึ่งส่วน"

[6] พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว มีพระนามเดิมว่า "เจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์" เป็นพระราชโอรสในพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 กับสมเด็จพระเทพศิรินทราบรมราชินี (สมเด็จพระนางรำเพยภมรภิรมย์) พระองค์ประสูติเมื่อวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2396 ตรงกับวันอังคาร แรม 3 ค่ำ เดือน 10 เสวยราชสมบัติเมื่อวันพฤหัสบดี เดือน 11 ขึ้น 15 ค่ำ ปีมะโรง พ.ศ. 2411

[7] นักศึกษานิติศาสตร์มสธ, *กฎหมายหุ้นส่วน-บริษัท* (21 มิถุนายน 2561) กฎหมายหุ้นส่วน-บริษัท <www.nitistou.wordpress.com/2007/10/30/กฎหมายหุ้นส่วน-บริษัท/>.

[8] พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110มาตรา 2 บัญญัติว่า "บุคคลหลายคนเข้าหุ้นส่วนกัน มีชื่อเป็นบริษัทอันหนึ่ง ซึ่งคิดทำการค้าขายอันได้เปิดเผย ประกาศโฆษณาให้คนทั่วไปรู้ว่า มีกำหนดหุ้นส่วนราคาเท่านั้นวางเงินไว้เป็นกลาง เป็นทุนทำการของบริษัทนั้น และมีราคาหุ้นส่วนซื้อขายกันได้ต่อไป ฉะนี้ ผู้ถือหุ้นส่วนนั้นไม่ต้องใช้หนี้ของบริษัทเช่นนี้อีก นอกจากจำนวนเงินหุ้นส่วนที่ต้องวางไว้เป็นทุนของบริษัทนั้น"

มาตรา 3 บัญญัติว่า "บริษัทเช่นกล่าวนี้ก็ดี หรือบุคคลผู้เป็นลูกหนี้ก็ดี ถ้าหนี้สินล้นพ้นตัว หรือทำการไปไม่มีกำไรก็ดี จะร้องขอต่อศาลให้ตั้งเจ้าพนักงานไปตรวจจัดการเพื่อที่จะให้บริษัทหรือบุคคลนั้นได้ล้อมละลายชำระหนี้สินกันเสียให้เสร็จสิ้นแล้วก็ให้ผู้พิพากษาตระลาการมีอำนาจตั้งเจ้าพนักงานไปตรวจตราจัดการเก็บทรัพย์สมบัติทั้งสิ้นของลูกหนี้และบัญชีนั้นได้ เพื่อที่จะให้ศาลได้พิจารณาชำระหนี้นั้น"

สมเด็จพระปรเมนทรมหาวชิราวุธพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 จึงได้โปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท ร.ศ. 130 ขึ้น พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้แบ่งห้างหุ้นส่วนและบริษัทออกเป็น 3 ประเภท คือ (1) ห้างหุ้นส่วนสามัญ (2) ห้างหุ้นส่วนจำกัดสินใช้ (3) บริษัทจำกัดสินใช้ นอกจากนั้นบทบัญญัตินี้ยังได้แบ่งบทบัญญัติออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่เรียกว่า “หลักมาตรา” และประเภทที่เรียกว่า “มาตรา” บทบัญญัติที่เป็นหลักมาตราจะยกเว้นเปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้ ส่วนบทบัญญัติที่เป็นมาตราจะตกลงไม่ใช้บังคับหรือยกเว้นเปลี่ยนแปลงอย่างใดก็ได้ แต่กรณีของห้างหุ้นส่วนนั้นต้องให้ผู้เป็นหุ้นส่วนตกลงยินยอมด้วยกันทุกคน ส่วนกรณีของบริษัทนั้นต้องให้ที่ประชุมใหญ่เห็นชอบและบันทึกไว้เป็นข้อบังคับของบริษัท

พระราชบัญญัติลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท ร.ศ. 130 ได้ถูกยกเลิกโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 (พ.ศ. 2467)[9] และต่อมาก็ได้มีพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ให้นำบทบัญญัติในบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันมาใช้แทนตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2472[10] เป็นต้นมา

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศญี่ปุ่น แบ่งห้างหุ้นส่วนและบริษัทออกเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัททางแพ่งและพาณิชย์ทำนองเดียวกับการที่แบ่งกฎหมายเอกชนออกเป็นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาทิเช่น ประเทศฝรั่งเศสได้มีประมวลกฎหมายพาณิชย์ขึ้นใช้บังคับ ประเทศเยอรมนีได้แบ่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกจากกัน เป็นต้น ส่วนประเทศในระบบ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ได้มีการแบ่งห้างหุ้นส่วนและบริษัทออกเป็นทางแพ่งและพาณิชย์ แต่ทั้งระบบกฎหมาย Civil Law และระบบ Common Law ได้แบ่งบริษัทออกเป็นบริษัทเอกชน (Limited Company) และบริษัทมหาชน (Public Limited Company) เหมือนกัน แต่สำหรับของประเทศไทยนั้นไม่ได้มีการแบ่งห้างหุ้นส่วนและบริษัทออกเป็นทางแพ่งและพาณิชย์ และเดิมก็ไม่ได้แบ่งบริษัทออกเป็นบริษัทเอกชนและบริษัทมหาชน

---

[9] พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บรรพ 3 และเลื่อนเวลาใช้บรรพ 1 และ 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 2 “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ประกาศให้ใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2467 นั้น ให้เลื่อนไปใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2468”

[10] มีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปกพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ดำรัสเหนือเกล้าฯ ให้ประกาศจงทราบทั่วกันว่า “จำเดิมแต่ได้ออกประกาศประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 3 แต่วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2467 เป็นต้นมา ได้มีความเห็นแนะนำมากหลายเพื่อยังประมวลกฎหมายนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นและเมื่อได้ตรวจพิจารณาโดยถ่องแท้แล้วเห็นเป็นการสมควรให้ตรวจชำระบทบัญญัติในบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นใหม่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ สั่งว่า บทบัญญัติเดิมในบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ประกาศไว้แต่ ณ วันที่ 1 มกราคม พุทธศักราช 2467 นั้น ให้ยกเลิกเสียสิ้น และใช้บทบัญญัติที่ตรวจชำระใหม่ต่อท้ายพระราชกฤษฎีกานี้แทนให้ใช้พระราชกฤษฎีกานี้ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พุทธศักราช 2472 เป็นต้นไป”

จนเมื่อได้มีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2521[11] จึงได้แยกบริษัทมหาชนออกจากบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประเทศเยอรมนี (BurgerlichesGesetxbuch หรือ BGB) ห้างหุ้นส่วนทางแพ่งหรือตามกฎหมายแพ่ง ได้แก่ Gesellschaft des burgerlichen ส่วนห้างหุ้นส่วนทางพาณิชย์หรือตามกฎหมายพาณิชย์ ได้แก่ ห้างหุ้นส่วนสามัญ (OffeneHandels-Gesellschaft) ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Kommandit-Gesellschaft) ห้างหุ้นส่วนไม่เปิดเผย (Stille-Gesellschaft) และบริษัทล้วนเป็นบริษัทพาณิชย์ ได้แก่ บริษัทเอกชน (Gesellschaftmitbesch-rankterHaftung) บริษัทมหาชน (AktienGesell-schaft) และบริษัทผสม (KommanditGesell-schaftauAktien)

ประเทศฝรั่งเศส ห้างหุ้นส่วนและบริษัทจะเป็นทางแพ่งหรือพาณิชย์อยู่ในประเภทของรูปแบบของ ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทตามที่กฎหมายกำหนดและวัตถุประสงค์ว่าจะเป็นไปเพื่อการค้าหรือไม่ ห้างหุ้นส่วนทางแพ่ง ได้แก่ Societen participation ซึ่งมีรูปแบบเหมือนห้างหุ้นส่วนไม่เปิดเผยของประเทศเยอรมนี ส่วนที่เป็น ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัททางพาณิชย์ได้แก่ห้างหุ้นส่วนสามัญ (Societen nom collectif) ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Societencommandite) บริษัทเอกชน (Socit anonyme) บริษัทมหาชน (Socitaresponsibilit) และบริษัทผสม (Societencommandite par actions) ซึ่งถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัททางพาณิชย์ตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนห้างหุ้นส่วนสามัญอาจเป็นห้างหุ้นส่วนทางแพ่งหรือพาณิชย์ก็ได้ โดยขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ว่าจะเป็นไปเพื่อการค้าหรือไม่

ประเทศญี่ปุ่น ห้างหุ้นส่วนถือเสมือนว่าเป็นสมาคมเรียกว่า “กูมิไอ (Kumi-ai or Gomei)” เช่นกัน ห้างหุ้นส่วนในประเทศญี่ปุ่นมีแต่ที่เรียกว่าห้างหุ้นส่วนสามัญ ส่วนห้างหุ้นส่วนจำกัดและห้างหุ้นส่วนที่จดทะเบียนเป็น นิติบุคคลถือว่าเป็นบริษัทชนิดหนึ่ง[12]

องค์กรธุรกิจของประทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การประกอบธุรกิจการค้าอาจดำเนินการได้หลายรูปแบบ ทั้งโดยบุคคลคนเดียวเป็นเจ้าของกิจการโดยลำพัง หรืออาจดำเนินการโดยร่วมลงทุนกับบุคคลอื่นเป็นกลุ่มคณะก็ได้ การที่จะตัดสินใจเลือกดำเนินธุรกิจการค้าในรูปแบบใดนั้น ผู้ประกอบการจะต้องคำนึงถึงองค์ประกอบที่สำคัญหลายประการด้วยกัน เช่น ลักษณะของกิจการค้า เงินทุน ความรู้ความสามารถในการดำเนินธุรกิจ เป็นต้น เพื่อให้การประกอบธุรกิจนั้นประสบผลสำเร็จนำมาซึ่งผลประโยชน์และ

[11] พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2521 ตราไว้ ณ วันที่ 18 ธันวาคม 2521 ในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 95 ตอนที่ 149 ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มหิตลาธิเบศรรามาธิบดี จักรีนฤบดินทร สยามินทราธิราช บรมนาถบพิตร พราะราชบัญญัติฉบับนี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

[12] โสภณ รัตนากร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนบริษัท* (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2556) 8.

กำไรสูงสุด ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์พบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรทางธุรกิจไว้ในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 22 หุ้นส่วนและบริษัท ตั้งแต่มาตรา 1012-1273 โดยเป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงรูปแบบขององค์กรที่กฎหมายกำหนดไว้[13] โดยองค์กรธุรกิจตามกฎหมายของประเทศไทยนั้นได้แบ่งออกเป็น 2 ประเภทคือ

1. องค์กรธุรกิจที่ไม่เป็นนิติบุคคลหรือองค์กรธุรกิจที่ไม่จดทะเบียน ในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจประเภทนี้ คู่สัญญาเพียงแต่แสดงเจตนาตกลงกันเพื่อการประกอบธุรกิจร่วมกันโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาผลกำไรก็มีผลเป็นการจัดตั้งองค์กรธุรกิจแล้ว[14] โดยไม่ต้องนำข้อตกลงดังกล่าวไปจดทะเบียนที่กระทรวงพาณิชย์แต่อย่างใด อย่างไรก็ตามเมื่อองค์กรธุรกิจประเภทนี้ไม่ได้มีฐานะเป็นนิติบุคคลก็ไม่สามารถยกข้อตกลงในสัญญาระหว่างสมาชิกขึ้นกล่าวอ้างต่อบุคคลภายนอกได้[15] เพราะมีแต่คู่สัญญาเท่านั้นที่ทราบถึงข้อตกลงดังกล่าว และผู้ที่เป็นคู่สัญญาทั้งหมดทุกคนจะต้องร่วมรับผิดในหนี้สินขององค์กรธุรกิจนี้โดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้น[16] เช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน[17]

2. องค์กรธุรกิจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล การจัดตั้งองค์กรธุรกิจประเภทนี้เป็นการร่วมกันประกอบธุรกิจเพื่อแสวงหาผลกำไร และจะต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าองค์กรธุรกิจรูปแบบใดบ้างที่จะต้องจดทะเบียน เมื่อจดทะเบียนแล้วกระทรวงพาณิชย์จะนำความดังกล่าวไปประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เพื่อเป็นการเปิดเผยข้อมูลให้ประชาชนทั่วไปสามารถตรวจสอบข้อมูลได้[18] ทั้งนี้องค์กรธุรกิจประเภทนี้จะมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกออกจากตัว ผู้เป็นหุ้นส่วน[19] เช่น

---

[13] ยศ นาคะเทศและกฤติกา ลิ้มลาวัลย์, *ประเภทขององค์กรทางธุรกิจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2554) 132-133.

[14] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 บัญญัติว่า "อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากัน เพื่อกระทำกิจการร่วมกันด้วยประสงค์ จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น"

[15] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1023 บัญญัติว่า "ผู้เป็นหุ้นส่วนก็ดี ห้างหุ้นส่วนก็ดี หรือบริษัทก็ดี จะถือเอาประโยชน์แก่บุคคลภายนอกเพราะเหตุที่มีสัญญาหรือเอกสาร หรือข้อความอันบังคับให้จดทะเบียนตามลักษณะนี้ยังไม่ได้ จนกว่าจะได้จดทะเบียนแล้ว แต่ฝ่ายบุคคลภายนอกจะถือเอาประโยชน์เช่นว่านั้นได้"

[16] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1025 บัญญัติว่า "อันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น คือห้างหุ้นส่วนประเภท ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดร่วมกัน เพื่อหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนโดยไม่มีจำกัด"

[17] ห้างหุ้นสามัญไม่จดทะเบียน คือห้างหุ้นส่วนที่ไม่สถานะเป็น "นิติบุคคล" ซึ่งจะทำให้ไม่สามารถประกอบกิจการในนามของห้างได้ ทำให้ให้ไม่สามารถเป็นเจ้าของกิจการ การฟ้องคดีก็ฟ้องในนามของห้างไม่ได้ การประกอบกิจการต้องทำในนามของผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในฐานะตัวแทนของเจ้าของกรรมสิทธิรวม

[18] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1022 บัญญัติว่า "เมื่อได้พิมพ์โฆษณาดั่งนั้นแล้ว ท่านให้ถือว่าบรรดา เอกสารและข้อความซึ่งลงทะเบียน อันได้กล่าวถึงในย่อรายการนั้น เป็นอันรู้แก่บุคคลทั้งปวงไม่เลือกว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องด้วยห้างหุ้นส่วน หรือด้วยบริษัทนั้นหรือที่ไม่เกี่ยวข้อง"

[19] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 บัญญัติว่า "ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนตามบัญญัติ แห่งลักษณะนี้แล้ว ท่านจัดว่าเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็นหุ้นส่วน หรือบริษัทนั้น"

ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด นิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น เช่น บริษัทมหาชนจำกัด[20]

ในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะเห็นได้ว่าองค์กรธุรกิจในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น เป็นการจัดตั้งโดยอาศัยสัญญาที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 เท่านั้น ดังนั้นสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจึงเป็นเอกเทศสัญญาชนิดหนึ่ง หากกรณีใดที่ไม่มีตัวบทกฎหมายบทบัญญัติไว้ในบรรพ 3 ลักษณะ 22 ก็จะต้องนำบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องของนิติกรรมสัญญาและหนี้มาใช้บังคับ โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับองค์กรทางธุรกิจขึ้นมาเพื่อรับรองสิทธิของผู้ประกอบการและปกป้องสิทธิของบุคคลที่สามที่ได้มีนิติสัมพันธ์กับองค์ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะเห็นได้ว่า องค์กรธุรกิจนั้นมี 3 ประเภท[21] ได้แก่

1. ห้างหุ้นส่วนสามัญ (Ordinary Parnerships หรือ General Parnerships) หมายถึง สัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงนำหุ้นมาลงทุน[22] ในการกระทำกิจการร่วมกัน ด้วยความประสงค์จะแบ่งปันผลกำไรอันพึงได้แก่กิจการที่ทำนั้น[23] และบุคคลผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนรับผิดร่วมกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของห้างหุ้นส่วนนั้นโดยไม่จำกัดจำนวน[24] ห้างหุ้นส่วนสามัญจะจดทะเบียนหรือไม่จดทะเบียนก็ได้ ถ้าไม่ได้จดทะเบียนก็จะไม่มีสถานะเป็น “นิติบุคคล” ซึ่งจะทำให้ไม่สามารถประกอบการในนามของห้างหุ้นส่วนได้ และห้างหุ้นส่วนไม่สามารถเป็นเจ้าของกิจการ ส่วนห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนจะมีฐานะเป็น “นิติบุคคล” แยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน ทำให้ห้างหุ้นส่วนสามารถประกอบกิจการในนามของห้างหุ้นส่วนได้ ซึ่งเมื่อห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนแล้วก็จะมีชื่อเรียกว่า ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน หรือห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล โดยห้างหุ้นส่วนสามัญมีลักษณะทั่วไปดังนี้

ก. ต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป เนื่องจากห้างหุ้นส่วนและบริษัทเป็นสัญญาชนิดหนึ่ง

---

[20] บริษัทจำกัดมหาชน คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระ และบริษัทดังกล่าวระบุความประสงค์เช่นนั้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ

[21] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1013 บัญญัติว่า “อันห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น ท่านกำหนดเป็นสามประเภท คือ
(1) ห้างหุ้นส่วนสามัญ
(2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด
(3) บริษัทจำกัด”

[22] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1026 บัญญัติว่า “ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนต้องมีสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาลงหุ้นด้วยในห้างหุ้นส่วน สิ่งที่นำมาลงด้วยนั้น จะเป็นเงินหรือทรัพย์สินสิ่งอื่นหรือลงแรงงานก็ได้”

[23] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากัน เพื่อกระทำกิจการร่วมกันด้วยประสงค์ จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

[24] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1025 บัญญัติว่า “อันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น คือห้างหุ้นส่วนประเภท ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดร่วมกัน เพื่อหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วน โดยไม่มีจำกัด”

ดังนั้นจึงต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเข้าทำสัญญากัน แต่ในกรณีของบริษัทจำกัดกำหนดไว้เป็นพิเศษว่าจะต้องมีบุคคลที่เรียกว่า "ผู้เริ่มก่อการ" ตั้งแต่สามคนขึ้นไปเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิเพื่อจัดตั้งบริษัท[25] ซึ่งในกรณีนี้ถือว่าเป็นข้อแตกต่างในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจประเภทห้างหุ้นส่วนและบริษัท

ข. มีการตกลงนำหุ้นมาลงทุน ในการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัท คู่สัญญาจะต้องตกลงเข้ากันโดยนำทุนมาเข้าร่วมกัน ซึ่งทุนที่นำมาลงทุนนั้นจะเป็นเงิน ทรัพย์สิน แรงงานก็ได้[26] แต่ในกรณีของผู้ที่เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดในห้างหุ้นส่วนจำกัดจะลงหุ้นได้เฉพาะเงินและทรัพย์สินเท่านั้น[27] ไม่สามารถลงหุ้นด้วยแรงงานได้ เพราะหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดไม่มีสิทธิเข้าไปจัดการงานของห้างหรือเข้าไปดำเนินกิจการแทนห้าง ถ้าหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดเข้าไปจัดการงานของห้างจะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดจากกิจการที่ตนเข้าไปยุ่งเกี่ยว[28]

ค. กระทำกิจการร่วมกัน (Undertaking) การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทก็เพื่อกระทำกิจการร่วมกันตามวัตถุประสงค์ที่ได้ตกลงกันไว้ กล่าวคือหุ้นส่วนทุกคนจะต้องมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจการร่วมกันในฐานะของหุ้นส่วน โดยกระทำกิจการร่วมกันมิได้มีความหมายเฉพาะเจาะจงในกิจการค้า (Business) เท่านั้น แต่หมายถึงกิจการทั่วๆ ไปของห้างหุ้นส่วน[29]

ง. ประสงค์จะแบ่งผลกำไรอันจะได้จากกิจการที่ทำนั้น สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรมาแบ่งปันกันระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วน หากไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหากำไรมาแบ่งปันกันนั้น สัญญาดังกล่าวก็ไม่ใช้สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท

จ. สัญญาซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดทุกคนต้องรับผิดร่วมกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน ลักษณะที่สำคัญของห้างหุ้นส่วนสามัญก็คือ ผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนจะต้องร่วมกันรับผิดในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัด (Unlimited Liability) จำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งการรับผิดร่วมกันนี้ก็คือผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนในห้างหุ้นส่วนจะต้องร่วมกันรับผิดในหนี้ของห้างหุ้นส่วนอย่างลูกหนี้ร่วม และไม่อาจแบ่งแยกความรับผิดในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนแก่

---

[25] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097 บัญญัติว่า "บุคคลใด ๆ ตั้งแต่สามคนขึ้นไปจะเริ่มก่อการและตั้งเป็นบริษัทจำกัดก็ได้ โดยเข้าชื่อกันทำหนังสือบริคณห์สนธิ และกระทำการอย่างอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้"

[26] การลงทุนด้วยแรงงาน (Service) มิได้หมายถึง แรงงานแต่เพียงอย่างเดียว แต่ให้รวมถึงการให้บริการ แรงสมอง ความรู้ความคิดตลอดจนการจัดการด้วย

[27] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1083 บัญญัติว่า "การลงหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความ รับผิดนั้นท่านว่าต้องให้ลงเป็นเงินหรือทรัพย์สินอย่างอื่น ๆ"

[28] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1088 บัญญัติว่า "ถ้าผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดผู้ใดได้ เข้าไปเกี่ยวข้องจัดการงานของห้างหุ้นส่วน ท่านว่าผู้นั้นจะต้องรับผิด รวมกันในบรรดาหนี้ทั้งหลายของห้างหุ้นส่วนนั้นโดยไม่จำกัดจำนวน"

[29] โสภณ รัตนากร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนบริษัท* (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2556) 20.

บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือตามส่วนที่ลงหุ้นได้ โดยความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดร่วมกันหรือแทนกัน (Jointly and Severally Liability)[30] หุ้นส่วนจะต้องร่วมรับผิดในการกระทำของหุ้นส่วนอื่นไม่ว่าจะเกิดจากนิติกรรมสัญญาหรือละเมิด เมื่อการกระทำของหุ้นส่วนอื่นนั้นได้จัดทำไปในทางที่เป็นธรรมดาทางการค้าขายของห้างหุ้นส่วน[31] (Ordinary Course of the Business)[32]

2. ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited Partnerships) มีบทบัญญัติของกฎหมายบังคับให้ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนจะต้องจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดเช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล และเมื่อจดทะเบียนแล้วห้างหุ้นส่วนจำกัดจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัด โดยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดจะต้องมีรายการที่กฎหมายบังคับให้นำไปจดทะเบียนต่อกระทรวงพาณิชย์[33] และเมื่อจดทะเบียนแล้วห้างหุ้นส่วนจำกัดจะมีฐานะเป็น นิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดมีเงื่อนไขสำคัญคือ ต้องระบุประเภทของผู้ที่เป็นหุ้นส่วนอย่างชัดเจนว่าเป็นหุ้นส่วนประเภทใด เพื่อให้บุคคลภายนอกสามารถตรวจสอบสถานะความเป็นหุ้นส่วนและข้อมูลเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนได้อย่างชัดเจน และห้างหุ้นส่วนจำกัดจะมีผู้ที่เป็นหุ้นส่วนอยู่ 2 จำพวก[34] คือ

---

[30] สหธน รัตนไพจิตร, *กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2560) 57.

[31] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1050 บัญญัติว่า "การใด ๆ อันผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งได้จัดทำไป ในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น ท่านว่าผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนย่อมมีความผูกพันในการนั้น ๆ ด้วย และจะต้องรับผิดร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อันได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้น"

[32] เอื้อน ขุนแก้ว, *คู่มือการศึกษา กฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท* (กรุงเทพมหานคร: กรุงสยาม, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2558) 9.

[33] มาตรา 1078 บัญญัติว่า "อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ท่านบังคับว่าต้องจดทะเบียน

การลงทะเบียนนั้น ต้องมีรายการดั่งต่อไปนี้ คือ

(1) ชื่อห้างหุ้นส่วน

(2) ข้อแถลงความว่าเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด และวัตถุที่ประสงค์ของห้าง หุ้นส่วนนั้น

(3) ที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่และสำนักงานสาขาทั้งปวง

(4) ชื่อ ยี่ห้อ สำนัก และอาชีวะของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิด และจำนวนเงินซึ่งเขาเหล่านั้นได้ลงหุ้นด้วยในห้างหุ้นส่วน

(5) ชื่อ ยี่ห้อ สำนัก และอาชีวะของผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความ รับผิด

(6) ชื่อหุ้นส่วนผู้จัดการ

(7) ถ้ามีข้อจำกัดอำนาจหุ้นส่วน ผู้จัดการอันจะผูกพันห้างหุ้นส่วนนั้น ประการใดให้ลงไว้ด้วย

ข้อความซึ่งลงทะเบียนนั้น จะลงรายการอื่น ๆ อีกอันคู่สัญญาเห็นสมควร จะให้ประชาชนทราบด้วยก็ได้

การลงทะเบียนนั้น ต้องลงลายมือชื่อของผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคน และต้อง ประทับตราของห้างหุ้นส่วนนั้นด้วย

ให้พนักงานทะเบียนทำใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนส่งมอบให้แก่ห้างหุ้น ส่วนนั้นฉบับหนึ่ง"

[34] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1077 บัญญัติว่า "อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น คือห้างหุ้นส่วนประเภทหนึ่ง ซึ่งมีผู้เป็นหุ้นส่วนสองจำพวก ดั่งจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งมีจำกัดความรับผิดเพียง ไม่ไม่เกินจำนวนเงินที่ตนรับจะลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนนั้นจำพวกหนึ่ง และ

(2) ผู้เป็นหุ้นส่วนคนเดียวหรือหลายคนซึ่งต้องรับผิดร่วมกัน ใน บรรดาหนี้ของห้างหุ้นส่วนไม่มีจำกัดจำนวนอีกจำพวกหนึ่ง"

(1) ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด (Unlimited Liability Partner) โดยผู้ที่เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดนี้จะมีสถานะเช่นเดียวกับผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญคือรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากมูลเหตุแห่งนิติกรรมและมูลละเมิด โดยไม่ได้พิจารณาว่าจะลงหุ้นเป็นจำนวนเท่าใด และ

(2) ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด (Limited Liability Partner) ดังนั้นถ้าเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดก็จะต้องรับผิดไม่เกินส่วนที่ตนรับจะลงหุ้น และหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดจะลงหุ้นได้เฉพาะเงินและทรัพย์สินเท่านั้น ไม่สามารถลงหุ้นด้วยแรงงานได้ เพราะหุ้นส่วนประเภทนี้ไม่มีสิทธิหรือมีอำนาจเข้าไปจัดการงานของห้างหุ้นส่วน หากสอดเข้าไปจัดการงานของห้างจะต้องรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงกล่าวได้ว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดเป็นลูกผสมระหว่างห้างหุ้นส่วนสามัญและบริษัทจำกัด

3. บริษัทจำกัด (Limited Companies) บริษัทจำกัดมีฐานะเป็นนิติบุคคล (Legal Person) อันเป็นบุคคลในทางกฎหมายแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น บริษัทจึงมีภูมิลำเนา มีทรัพย์สิน มีสิทธิของตนเองได้ ในส่วนของผู้ถือหุ้น (Shareholders) เปรียบเสมือนเจ้าของบริษัท ผู้ถือหุ้นจะเป็นผู้ควบคุมการจัดกิจการของบริษัทโดยผ่านที่ประชุมใหญ่ ซึ่งลักษณะทั่วไปของบริษัทจำกัดนั้นก็มีลักษณะคล้ายกับห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่มีข้อแตกต่างกันตรงที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้นในการจัดตั้งบริษัทจำกัดจะต้องมีบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปเริ่มก่อการจัดตั้งบริษัท ซึ่งในส่วนของห้างหุ้นส่วนนั้นเพียงมีบุคคลสองคนขึ้นไปก็สามารถจัดตั้งห้างหุ้นส่วนได้แล้ว และบริษัทจำกัดก็มีลักษณะพิเศษประการหนึ่งกล่าวคือ ในบริษัทจำกัดนั้นมีการแบ่งทุนเป็นหุ้น ซึ่งหุ้นแต่ละตัวนั้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยผู้ถือหุ้นต่างรับผิดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ หากผู้ถือหุ้นชำระค่าหุ้นครบแล้วและต่อมาบริษัทไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้ เจ้าหนี้จะบังคับเอาจากผู้ถือหุ้นให้รับผิดในหนี้ดังกล่าวไม่ได้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นต้องรับผิดเพียงค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นความรับผิดแบบจำกัดจำนวน (Limited Liability) นั่นเอง และถือว่าเป็นลักษณะพิเศษขององค์กรธุรกิจในรูปแบบของบริษัทจำกัด

ผลของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด

เนื่องจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1077 นั้น กำหนดให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดมีผู้ที่เป็นหุ้นส่วนอยู่ 2 ประเภท คือ หุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด และหุ้นส่วนประเภทจำกัดความผิด ซึ่งมีหุ้นส่วนอยู่ 2 ประเภท ซึ่งจะมีความรับผิดที่แตกต่างกันไปตามที่กำหนดในบทบัญญัติของกฎหมาย และในระหว่างที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดได้มีการยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ซึ่งอาจมีหลายขั้นตอนที่ต้องใช้เวลาในการตรวจสอบเอกสาร ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนอาจประสงค์จะดำเนินกิจการของห้างหุ้นส่วนไปพลางก่อนที่ห้างหุ้นส่วนจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลก็ได้ อย่างไรก็ตามการดำเนินกิจการในช่วงระยะเวลาก่อนที่จะมีการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นกฎหมายให้ถือว่ากิจการดังกล่าวมีฐานะเป็นห้าง

หุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน[35] เพราะฉะนั้นถึงแม้จะได้ตกลงกันในขณะทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดว่าให้หุ้นส่วนคนใดเป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด หรือหุ้นส่วนคนใดเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิด และเมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดไปดำเนินกิจการกับบุคคลภายนอกก่อนจดทะเบียนหรือไปผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกก็สามารถเรียกให้ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้จนกว่าจะมีการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนให้เสร็จสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งมาตรา 1079[36] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ถือว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียนมีฐานะเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่ถ้าหากภายหลังจากห้างหุ้นส่วนจำกัดได้จดทะเบียนแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่างห้างหุ้นส่วนสามัญก่อนจดทะเบียน และห้างหุ้นส่วนจำกัดหลังจดทะเบียนจะต้องบังคับตามบทบัญญัติของกฎหมายใด และห้างหุ้นส่วนจำกัดภายหลังจดทะเบียนจะต้องรับโอนสิทธิและหน้าที่ของห้างหุ้นส่วนสามัญก่อนจดทะเบียนหรือไม่ และกิจการที่ดำเนินไปก่อนที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดจะจดทะเบียนนั้น จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ประการใด ทั้งนี้ตามนัยมาตรา 1079 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้มีคำพิพากษาฎีกาได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้เป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2510/2516 ในขณะที่เกิดเหตุละเมิดขึ้นนั้นห้างหุ้นส่วนจำกัดสหมิตร หล่อยางยังมิได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคล ตามกฎหมายถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ โจทก์ในฐานะผู้เป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนดังกล่าว ย่อมมีอำนาจฟ้องร้องจำเลยที่ 2 และที่ 3 ให้ร่วมรับผิดในผลแห่งการละเมิดซึ่งลูกจ้างของจำเลยที่ 2 ที่ 3 ได้กระทำต่อทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนนั้นได้ และอำนาจฟ้องหรือสิทธิเรียกร้องของโจทก์ที่มีต่อผู้กระทำละเมิด ต่อทรัพย์นั้นเป็นบุคคลสิทธิ มิใช่ทรัพย์สิทธิที่ติดตามไปกับตัวทรัพย์ เมื่อสิทธิดังกล่าวได้เกิดมีขึ้นแล้ว แม้ต่อมาห้างหุ้นส่วนจำกัดสหมิตรหล่อยางได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็น ห้างหุ้นส่วนนั้นก็ตาม อำนาจฟ้องหรือสิทธิเรียกร้องดังกล่าวก็หาโอนไปยังห้างหุ้นส่วนจำกัดสหมิตรหล่อยางด้วยไม่ โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องคดีนี้ได้จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งตามมาตรา 1079 หมายความเพียงว่าความรับผิดของห้างหุ้นส่วนจำกัดแบ่งออกเป็น 2 ตอน คือ ตอนก่อนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนต้องร่วมกันรับผิดในหนี้ของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้น และตอนหลังจดทะเบียนซึ่งห้างหุ้นส่วนจำกัดย่อมมีฐานะเป็นนิติบุคคลและผู้ที่เป็นหุ้นส่วน

[35] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1025 บัญญัติว่า "อันว่าห้างหุ้นส่วนสามัญนั้น คือห้างหุ้นส่วนประเภท ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดร่วมกัน เพื่อหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วน โดยไม่มีจำกัด"

[36] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1079 บัญญัติว่า "อันห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ถ้ายังมิได้จดทะเบียนอยู่ ตราบใด ท่านให้ถือว่าเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมด ย่อมต้องรับผิดร่วมกันในบรรดาหนี้ของห้างหุ้นส่วน โดยไม่มีจำกัด จำนวนจนกว่าจะได้จดทะเบียน"

จะต้องรับผิดตามที่ได้จดทะเบียนไว้ ฉะนั้น ห้างหุ้นส่วนจำกัดเพิ่งเกิดขึ้นเมื่อได้จดทะเบียน ดังนั้นห้างหุ้นส่วนจำกัดเมื่อจดทะเบียนแล้วจึงไม่ต้องรับผิดในหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนและไม่ต้องรับโอนสิทธิใด ๆ ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนมีอยู่ก่อนจดทะเบียน โดยห้างหุ้นส่วนจำกัดแปรรูปมาจากห้างหุ้นส่วนสามัญ เมื่อเดิมเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญย่อมไม่ได้มีการจดทะเบียนว่าผู้เป็นหุ้นส่วน คนใดรับผิดจำกัดจำนวนเท่าใดตามที่ตนลงหุ้น ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนทุกคนจะต้องร่วมกันรับผิดในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนที่เกิดจากมูลเหตุแห่งนิติกรรมสัญญาหรือมูลละเมิด โดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือแม้ว่าในขณะที่ ตกลงจะจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดได้มีการตกลงกันไว้ว่าผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดจะเป็นหุ้นส่วนแบบจำกัดความรับผิด หรือเป็นหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิด แต่ถ้ายังไม่ได้มีการจดทะเบียนต่อกระทรวงพาณิชย์และได้ประกาศลงใน ราชกิจจานุเบกษา บุคคลภายนอกก็ไม่สามารถทราบข้อตกลงได้ว่าผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดจะต้องรับผิดเป็นจำนวนเท่าใด กรณีเช่นนี้ก่อนที่จะมีการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นให้ถือเสมือนว่าผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนในห้างหุ้นส่วนจำกัด (ก่อนจดทะเบียน) จะต้องรับผิดต่อบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้โดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้นจนกว่าจะมีการจดทะเบียนเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดเรียบร้อยแล้วนั้น และเมื่อใดก็ตามที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดได้จดทะเบียนต่อกระทรวงพาณิชย์และประกาศข้อความลงในราชกิจจานุเบกษาเป็นที่เรียบร้อยแล้วนั้น ให้ถือเสมือนว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นมีฐานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วน และผู้ที่เป็นหุ้นส่วนจะต้องรับผิดตามที่จดทะเบียนไว้ต่อกระทรวงพาณิชย์ ดังนั้นการเกิดขึ้นของห้างหุ้นส่วนจำกัดถือว่าได้มีการเกิดขึ้นเมื่อมีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล และในกรณีนี้ห้างหุ้นส่วนจำกัดเมื่อจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแล้วจึงไม่ต้องรับผิดในบรรดาหนี้สินที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่อบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้ และจะไม่ได้รับโอนสิทธิใด ๆ ซึ่งผู้ที่เป็นหุ้นส่วนมีอยู่ก่อนจดทะเบียน หรือในกรณีที่ก่อนจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนได้ไปทำนิติกรรมสัญญาหรือไปกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอกแล้วนั้น และต่อมาห้างหุ้นส่วนจำกัดได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแล้ว บุคคลภายนอกก็ไม่สามารถเรียกให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดรับผิดในหนี้ดังกล่าวที่เกิดขึ้นก่อนจดทะเบียนได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการจดทะเบียนของ ห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นไม่มีผลย้อนหลังให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดต้องรับผิดในหนี้สินที่เกิดจากมูลละเมิดหรือนิติกรรมสัญญาก่อนที่จะมีการจดทะเบียนถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังนั้นบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้จะต้องไปเรียกร้องต่อผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญก่อนที่จะมีการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด

กรณีที่สอง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6470/2548 ก่อนจดทะเบียนเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 และที่ 3 ประกอบกิจการค้าขายเฟอร์นิเจอร์ใช้ชื่อร้านว่า ส.เฟอร์นิเจอร์ และจำเลยที่ 2 ได้สั่งซื้อเฟอร์นิเจอร์จากโจทก์ในชื่อ ส.เฟอร์นิเจอร์ เมื่อจดทะเบียนเป็นจำเลยที่ 1 แล้ว จำเลยที่ 2 ก็ยังคงสั่งซื้อเฟอร์นิเจอร์จากโจทก์ในชื่อ ส.เฟอร์นิเจอร์อีก การที่โจทก์ส่งสินค้าตามที่

จำเลยที่ 2 สั่งในชื่อ ส.เฟอร์นิเจอร์ก่อนที่จะจดทะเบียนเป็นจำเลยที่ 1 แต่เมื่อจดทะเบียนเป็นจำเลยที่ 1 แล้วการซื้อสินค้าของจำเลยที่ 2 ดังกล่าวก็อยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของจำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 1 ก็ได้เข้าไปถือเอาประโยชน์จากสินค้าที่โจทก์ส่งไปให้ดังกล่าว จำเลยที่ 1 จึงต้องร่วมรับผิดในหนี้ที่จำเลยที่ 2 สั่งซื้อสินค้าจากโจทก์ด้วย จากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาจะเห็นได้ว่าเมื่อมีการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัดเป็นนิติบุคคลแล้ว ห้างหุ้นส่วนจำกัดก็ควรจะต้องรับผิดในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนที่จะมีการจดทะเบียนด้วย และผู้ที่เป็นหุ้นส่วนประเภทใดก็ตามในห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนที่จะได้มีการจดทะเบียนก็จะต้องรับผิดในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนจำกัดโดยไม่จำกัดจำนวน โดยไม่ต้องคำนึงว่าตนเองจะเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดประเภทหุ้นส่วนไม่จำกัด ความรับผิดหรือหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดก็ตาม ซึ่งในกรณีนี้ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนจำกัดไปทำ นิติกรรมสัญญาหรือมูลละเมิดกับบุคคลภายนอกก่อนที่จะมีการจดทะเบียนเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น และต่อมา ห้างหุ้นส่วนจำกัดได้จดทะเบียนถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดแล้วผู้ที่เป็นคู่สัญญาหรือเจ้าหนี้ของห้างหุ้นส่วนจำกัดก็สามารถเรียกให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดรับผิดในหนี้สินจากนิติกรรมสัญญาหรือมูลละเมิดดังกล่าวได้ จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าสิทธิและหน้าที่ของห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนที่จะจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลนั้นจะต้องโอนมายังห้างหุ้นส่วนจำกัด (หลังจดทะเบียน) ด้วย

จากกรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6470/2548 เพราะว่าเมื่อมีการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดเป็นนิติบุคคลแล้ว ซึ่งโดยลักษณะของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นจะมีหุ้นส่วนอยู่ 2 ประเภท คือ (1) ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด (Unlimited Liability Partner) โดยผู้ที่เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดนี้จะมีสถานะเช่นเดียวกับผู้ที่เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญคือรับผิดโดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากมูลเหตุแห่งนิติกรรมและมูลละเมิด โดยไม่ได้พิจารณาว่าตนเองจะลงหุ้นเป็นจำนวนเท่าใดก็ตามและ (2) ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด (Limited Liability Partner) โดยผู้ที่เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดก็จะต้องรับผิดไม่เกินส่วนที่ตนรับจะลงหุ้น ซึ่งก่อนที่จะมีการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดขึ้นมานั้นได้มีการตกลงกันว่าจะให้บุคคลใดเป็นหุ้นส่วนประเภทหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดหรือหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด แต่ในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการไป จดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือไปดำเนินการในการยื่นเอกสารขอจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้วนั้น แต่การจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดยังดำเนินการไม่เสร็จสิ้นตามที่กฎหมายกำหนดหรือยังไม่ได้มีการประกาศ ลงในราชกิจจานุเบกษานั้น ซึ่งในระหว่างการยื่นคำขอจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลนั้นได้ไปดำเนินกิจการกับบุคคลภายนอกหรือไปก่อหนี้สินแล้ว และต่อมาห้างหุ้นส่วนจำกัดได้จดทะเบียนถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ห้างหุ้นส่วนจำกัดจะต้องรับผิดในบรรดาหนี้สินของห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งเกิดขึ้นก่อนที่จะมีการจดทะเบียนด้วย โดยให้ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนทุกคนในห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนจดทะเบียนไม่ว่าจะเป็น

หุ้นส่วนประเภทใดก็ตามก็จะต้องร่วมกันรับผิดต่อเจ้าหนี้โดยไม่จำกัดจำนวนความเสียหายที่เกิดขึ้นในบรรดาหนี้สินที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนจดทะเบียนได้ก่อขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์ของห้างหุ้นส่วนแล้ว โดยถือเสมือนว่าหุ้นส่วนคนนั้นเป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนสามัญ แต่สำหรับหนี้ที่เกิดขึ้นหลังจากจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้วนั้น ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดก็รับผิดเพียงไม่เกินค่าหุ้นที่ลงไว้เท่านั้น และหากหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชำระค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว ก็จะหลุดพ้นจากความรับผิดดังกล่าว

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เนื่องจากการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดตามมาตรา 1078 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นมีกระบวนการในการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลหลายขั้นตอน และเมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดจดทะเบียนแล้ว ห้างหุ้นส่วนจำกัดก็มีฐานะเป็นนิติบุคคลมีสิทธิหน้าที่ความรับผิดและทรัพย์สินแยกต่างหากจากผู้ที่เป็นหุ้นส่วน ห้างหุ้นส่วนจำกัดก็จะต้องรับผิดสำหรับการกระทำของหุ้นส่วนผู้จัดการภายในขอบวัตถุประสงค์ของการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดเท่านั้น และผลของการจดทะเบียนจัดตั้งห้างตามบทบัญญัติมาตรา 1079 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกในมูลละเมิดหรือมูลเหตุแห่งนิติกรรมสัญญา โดยจะต้องรับผิดเสมือนเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ซึ่งผู้ที่เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดหรือหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดก็จะต้องรับผิดในบรรดาหนี้สินทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนจำกัดโดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้นจนกว่าจะได้มีการจดทะเบียนก็เพราะว่าในบางครั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนที่จะมีการจดทะเบียนได้ดำเนินกิจการไปบางส่วนแล้วนั้น และเมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดยังไม่ได้ จดทะเบียนบุคคลภายนอกก็ย่อมไม่ทราบข้อตกลงภายในห้างหุ้นส่วนจำกัดว่าผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดหรือหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิด กรณีเช่นนี้จึงต้องถือเสมือนว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนที่จะมีการจดทะเบียนนั้นเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ กล่าวคือให้ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนทุกคนในห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนจดทะเบียนจะต้องรับผิดในหนี้สินของห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนจดทะเบียนโดยไม่จำกัดจำนวนในความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยไม่ต้องคำนึงว่าตนเองจะเป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดก็ตาม แต่สำหรับหนี้ที่เกิดขึ้นหลังจากจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดแล้วนั้น ผู้ที่เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดก็รับผิดเพียงไม่เกินค่าหุ้นที่ลงไว้เท่านั้น และหากหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชำระค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว ก็จะหลุดพ้นจากความรับผิดดังกล่าว ซึ่งในผลของการจดทะเบียนจัดตั้ง ห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายนั้นเห็นควรจะต้องบัญญัติว่าในกรณีที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดก่อนจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไปดำเนินกิจการใด ๆ กับบุคคลภายนอกแล้วก่อให้เกิดหนี้สินขึ้นนั้น และเมื่อห้างหุ้นส่วนจำกัดจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแล้ว เจ้าหนี้ก็สามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดรับผิดชดใช้หนี้สินได้จนกว่าหนี้นั้นจะระงับสิ้นไป

บรรณานุกรม

กิตติศักดิ์ ปรกติ, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไปว่าด้วยบุคคลและหลักทั่วไปว่าด้วยนิติบุคคล* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2550).

ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติบุคคลและความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล* (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2549).

ภัทราวุธ สระทองมา, *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2561).

ยศ นาคะเทศและกฤติกา ลิ้มลาวัลย์, *ประเภทขององค์กรทางธุรกิจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2554)

สหธน รัตนไพจิตร, *กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท* (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2560).

สุพจน์ กู้มานะชัย, *คู่มือศึกษากฎหมายบุคคล* (กรุงเทพมหานคร: ไทยพัฒนรายวันการพิมพ์, 2557).

โสภณ รัตนากร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หุ้นส่วนบริษัท* (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ 13, 2556).

เอื้อน ขุนแก้ว, *คู่มือการศึกษา กฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท* (กรุงเทพมหานคร: กรุงสยาม, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2558).





ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนคือหนทางเดียวที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายหรือไม่

Whether Bilateral Investment Treaties are the only useful source of legal protection for foreign investors

*ธนัชพร กังสังข์**

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีสูงขึ้นทำให้มนุษย์สามารถติดต่อสื่อสารกันได้สะดวกและรวดเร็วกว่าในอดีต ส่งผลทำให้มีการลงทุนระหว่างประเทศสูงขึ้น นักลงทุนส่วนใหญ่พยายามที่จะไปลงทุนในต่างประเทศมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ความสัมพันธ์ระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับประเทศที่รับการลงทุนอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ส่งผลทำให้นักลงทุนต่างชาติต้องเผชิญกับปัญหาต่าง ๆ เช่น หลังจากที่นักลงทุนต่างชาติได้ลงทุนในต่างประเทศแล้ว ประเทศที่รับการลงทุนอาจมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายซึ่งส่งผลเสียต่อนักลงทุนต่างชาติ เป็นต้น ซึ่งจากปัญหาดังกล่าวทำให้นักลงทุนต่างชาติต้องการมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม เพียงพอที่จะคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนเป็นหนทางหนึ่งที่นักลงทุนต่างชาตินำมาใช้เพื่อให้ได้รับความคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม มีคำถามเกิดขึ้นว่า ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนคือหนทางเดียวที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น ในบทความนี้จะวิเคราะห์ว่า ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนคือหนทางเดียวที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายหรือไม่ จะเห็นได้ว่าความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนเป็นเครื่องมือที่ทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย เช่น ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนจะประกอบด้วยเงื่อนไขหลายประการที่ประเทศที่รับการลงทุนให้การคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติ นอกจากนั้น ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติเป็นนักลงทุนรายย่อยที่ไม่มีอำนาจพอที่จะต่อรองกับประเทศที่รับการลงทุน ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนก็เป็นเครื่องมือหนึ่งที่จะช่วยคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติรายย่อยได้ อย่างไรก็ตาม ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุนไม่ใช่หนทางเดียวที่ทำให้

* *ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช*

นักลงทุนต่างชาติได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย แต่นักลงทุนต่างชาติสามารถใช้วิธีการอื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งความคุ้มครองทางกฎหมายได้ เช่น สนธิสัญญาพหุพาคี กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป สัญญาการลงทุน ข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงทางกฎหมาย และการประกันการลงทุน ทั้งนี้ นักลงทุนต่างชาติควรจะเลือกแนวทางที่เหมาะสมที่สุดสำหรับสถานการณ์การลงทุนของตนเอง หรืออาจใช้หลายแนวทางประกอบกันเพื่อให้สามารถได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายมากที่สุด

คำสำคัญ : นักลงทุนต่างชาติ ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน ความคุ้มครองตามกฎหมาย

Abstract

Nowadays, because of the development of technology, there has recently been some improvement in the investment climate. Most investors try to invest in foreign countries, creating relationships between foreign investors and their host countries. However, relationships between foreign investors and their host countries are quite dynamic in nature. Thus, foreign investors face a number of risks and problems. For example, after an investment is made, a host state may change the law to the disadvantage of foreign investors. Therefore, foreign investors need appropriate sources of legal protection to guarantee their interests if faced with such problems. Bilateral Investment Treaties (BITs) have become essential international legal sources of protection for foreign investment, ensuring that foreign investors are protected by host countries. However, a question arises as to whether BITs are the only available tools for protecting foreign investors investing in another country. Thus, the aim of this essay is to analyze **w**hether BITs are the only useful source of legal protection for foreign investors. The author finds that BITs are useful sources of legal protection for foreign investors. For example, BITs include several clauses providing that host states protect foreign investors. Moreover, BITs are also sources of protection for small foreign investors who cannot negotiate with host countries on an equal footing. However, BITs are not the only useful sources of legal protection for foreign investors. There are also various other sources of legal protection available for foreign investors such as multilateral treaty, customary international law, general principle of laws, investment contracts, stabilization clause and investment insurance. Foreign investors should decide which one is the most appropriate tool for their investment situations or combine sources of legal protection in order to acquire effective legal protection.

Keyword : foreign investor, bilateral investment treaties**,** legal protection

Introduction

In the past, there were not a lot of investments between countries, but thanks to highly advanced information technology, international communications have become easier, faster and more convenient. Consequently, more people invest in foreign countries outside their own.[1] However, foreign investors are undeniably faced with issues. For example, after an investment is made, a host state may change the law or a host government official may implement local laws to the disadvantage of foreign investors.[2] Therefore, foreign investors need appropriate sources of legal protection to guarantee their interests if faced with such problems. Bilateral Investment Treaties (BITs) have become essential international legal sources of protection for foreign investment, ensuring that foreign investors are protected by host countries.[3] However, a question arises as to whether BITs are the only available tools for protecting foreign investors investing in another country.[4] Thus, the aim of this essay is to analyze whether BITs are the only useful source of legal protection for foreign investors. Beginning with an overview of BITs and how they can provide legal protection for foreign investors, it will go on to make the case that BITs are not the only useful source of legal protection for foreign investor. This will be followed by a conclusion.

Overview of Bilateral Investment Treaties (BITs) and how they can provide legal protection for foreign investors

A BIT is intended to be a binding agreement between two state governments in relation to investment[5]. BITs grant privileges to private agents of another state, that is, standard rules of protection that investors from each of the two states receives from the other state. There are a number of elements in the BITs that provide useful sources of protection for foreign investors, as outlined below.

---

[1] Rudolf, D., and Christoph, S,, *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 3.

[2] Jwswald, W. S., and Nicholas, P. S., "Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain" (2005) 46:1 *Harvard International Law Journal* 67, 67.

[3] Ibid, 68.

[4] Jason, W. Y., "Do We Really Need BITs? Toward a Return to Contract in International Investment Law" (2008) 12:2 *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 121, 122.

[5] Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010) 172-187.

1. General standard of treatment

According to BITs, each state must provide general standards of treatment for investors from its treaty partners. This can be considered a clause designed to protect foreign investors. General standards of treatment include:

A) Fair and Equitable Treatment (FET)

A FET clause means foreign investment and foreign investors should be treated fairly and equitably by host countries. In the *Eureko* case[6], *Eureko* was a foreign investor whose contract was withdrawn by the host country. The court ruled that the contract could not be withdrawn, stating that the act of the host country violated the FET principle under the Netherlands-*Poland BIT*.

B) National Treatment (NT) and Most-Favoured National (MFN)

NT is a principle providing that host countries must treat investors from its treaty partners in a manner no less favourable than the host country's investors. Moreover, under the MFN principle, foreign investors are further protected: host states must provide protection to foreign investors that is not less favourable than that provided to a third country.[7] Thus, it seems that BITs guarantee foreign investors that they will be protected in the same level as the host state's nationals or third country.

C) Full protection and security

Host states are obliged to use active measures to protect foreign investors from adverse actions such as physical violence[8] and rights violations derived from the host state's legislation.[9]

D) Protection from expropriation

According to this principle, foreign investors are protected from expropriation. It is stated that in case of expropriation, the host state must provide compensation to foreign investors.[10]

2. Compensation for loss (war clause)

BITs designed this clause to protect foreign investors. In case of damage to the foreign investor's property as a result of

[6] Eureko v Poland, Partial Award, 19 August 2005.

[7] Surya, P. S., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle* (Oxford: Hart Publishing, 2008) 57.

[8] *Saluka Investments BV(the Netherlands) v the Czech Republic* (A Partial Award) of 2 March 2006.

[9] Rudolf, D., and Christoph, S., above n 1, 149.

[10] Surya, P. S., above n 7, 74.

war, host countries have a responsibility to compensate foreign investors, as can be seen in *AMT v Zaire*.[11]

3. Dispute settlement

BITs provide for the settlement of investment disputes between state and state, and foreign investors and host states. In case of a dispute between a foreign investor and a host state, BITs provide protection to the foreign investor by granting him the right to sue the host state if the latter violates the agreement. Generally, BITs allow countries to choose their own method of dispute settlement either via competent tribunal or arbitration proceedings. Typically, most BITs allow foreign investors to participate in international arbitration especially international investment arbitration such as the International Centre for the Settlement of Investment of Disputes (ICSID).[12] It can be seen that treaty-based investment arbitration, in which a third party makes a judgment, and dispute settlement through the arbitration work in favour of foreign investors: they do not have to go to a domestic court (the host state's court), which could be liable to bias in favour of the host state or to government intervention. BITs can therefore be seen as useful and effective sources of protection for foreign investors.

It can be concluded that BITs are useful sources of legal protection for foreign investors for many reasons. Firstly, BITs' standards of protection, including the FET and NT, compensation for loss clause and dispute settlement mechanisms, are all designed to ensure that foreign investors will be protected from any risks when they invest in host states and will not be compelled to rely on host state law.[13] For example, in case of political risk, such as political unrest, foreign investors can still receive protection from the BITs.[14] In case of obsolescing bargain risks, BITs will protect foreign investors after they have invested their money in host states since after investments the bargaining power is usually shifted to the host countries that might use it in their favour.[15] Secondly, BITs provide foreign investors, especially small foreign investors,

---

[11] *AMT v Zaire*, Award, 21 February 1997.

[12] Surya, P. S., above n 7, 96.

[13] Jwswald W Salacuse and Nicholas P Sullivan, above n 2, 75.

[14] Ibid, 76.

[15] Jean, B., "*Early U.S. Business-School Literature on International Business-Government Relations: its Twenty-First-Century Relavance*" *In Robert Gross (ed), International Business and Government Relations in the 21st Century* (Oxford: Hart Publishing, 2005) 1, 24.

with legal protection rights, which they could not obtain under investment contracts because they have low power bargaining to bargain with host state countries.[16]

Nonetheless, there are defects in the BITs so other sources of legal protection should be sought to protect foreign investors, as explained below.

Argument that Bilateral Investment Treaties (BITs) are not the sole useful sources of legal protection for foreign investors

It is clear that BITs are useful sources of legal protection but there are also various other sources of legal protection available for foreign investors. This section will give examples of other useful sources of legal protection compared with BITs in some cases.

1. Multilateral treaty

Apart from BITs, multilateral treaties are also useful sources of protection for foreign investors. Multilateral treaties are 'treaties between two or more states'. Even though most countries use BITs as basic international legal sources of foreign investment protection, in some cases states entering into a BIT have different levels of bargaining power.[17] Multilateral treaties are, therefore, another useful sources of protection for foreign investors. For example, when a BIT is drawn up between a developed country and a developing country, foreign investors from the developing country may receive less protection or may be treated unfairly.[18] Thus, multilateral treaties, namely Association of Southeast Asian Nation (ASEAN), are set up between developing countries to increase their bargaining power.

Besides the ASEAN agreement, North American Free Trade Agreement (NAFTA) is another example of regional agreements that are useful sources of legal protection for foreign investors. NAFTA states that host states provide substantive rights such as NT, MFN, FET and protection from expropriation, which is similar to BITs, to protect foreign investors.[19] However, although the NAFTA and ASEAN agreements are useful sources of legal

[16] Jason, W. Y., above n 4, 131.

[17] Jwswald, W. S., and Nicholas, P. S., above n 2, 78.

[18] Ibid.

[19] Cambell, M., and others, *International Investment Arbitration-Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press, 2008) 34.

protection for foreign investors, there are more difficult and complicated negotiations in these agreements than in BITs.[20] International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) is another useful source of legal protection for foreign investors at the multilateral level because ICSID, being a credible mechanism used to resolve disputes directly related to investments, involves an arbitrator who ensures fair judgments for foreign investors.[21] ICSID is currently considered an effective and successful multilateral agreement.

2. Customary international Law

Apart from BITs, customary international laws are useful sources of protection for foreign investors. Customary international laws are composed of two elements: state practice and *opinion juris*.[22] Thus, this principle is a form of practice recognized as the law. Customary international laws are useful sources for ascertaining what constitutes international minimum standards when there are no internationally negotiated treaties such as BITs in place to determine protecting conditions for foreign investment.[23] Basic protection methods for foreign investment, including foreign investors under customary international law, comprise several traditional notions such as FET, diplomatic protection, compensation against expropriation and the non-discrimination principle inherent in the FET.[24]

Diplomatic protection is another useful source of legal protection for foreign investors. Diplomatic protection enables a state to exercise rights on behalf of its citizens in other countries. The state can claim compensation and protection from host countries accused of violating international minimum standards of protection for foreigners. This principle is recognized in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case[25]. Additionally, the court in the *Barcelona Traction* case accepts that diplomatic protection under the customary international law is widely accepted as a state practice and *opinion juris*.[26] Diplomatic

[20] Jwswald, W. S., and Nicholas, P. S., above n 2, 78.

[21] Surya, P. S., above n 7, 30.

[22] Malcolm, N. S., *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) 74.

[23] Surya, P. S., above n 7, 10.

[24] Ibid, 56.

[25] Mavrommatis Palestine Concessions Case, PCIJ, Ser. A, No. 2p.12.

[26] Bacelona Traction, Light and Power Co.,Ltd. (Belgium v Spain).

protection can be another source of protection for some groups of foreign investors. The first group of investors invests in another country without an international legal framework so they cannot bring about a direct action. The second group of investors invests in a country that does not have BITs with their own country so they are not protected by the BITs. Thus, it can be seen that foreign investors are protected by their home countries, which can file claims on behalf of their citizens or request protection from host states breaking the international minimum standards of protection for foreign investors through diplomatic protection measures, evidently seen in the ICJ reports.[27]

FET is a core principle under the international minimum standard of protection for foreign investors. This can be seen in the *Saluka* case[28], where the court orders the host state to provide a minimum standard of protection FET to foreign investors. Moreover, the NAFTA tribunal[29] and BITs also accept interpretation of Article 1105(1) by the NAFTA Free Trade Commission (FTC) that reflects the customary international law minimum standard in regard to FET. However, FET is considered quite obscure because there are no clear specifications and it is open to differing interpretations.

Similarly, even though customary international law can be considered a useful source of legal protection for foreign investors, it has certain shortcomings. First, customary international law is not codified so it is dynamic and changes through time. Then, it is ambiguous and open to different interpretations. Another point is that customary international law still lacks generally accepted rules. Also, customary international law does not have binding mechanism of dispute settlement and monetary transfer that BITs do.

3. General principle of laws

The general principle of laws is one of primary source in international law. In the event where there are no international treaties such as BITs that outline protecting conditions of foreign investment, especially for foreign investors, the court has to use the general principle of laws. Thus, the general principle of laws is another source of protection for

[27] Nottebohm case (Liechtenstein v Guatemala) and Bacelona Traction, Light and Power Co.,Ltd. (Belgium v Spain), Judgement.

[28] Saluka Investment BV (the Netherland) v the Czech Republic para 292.

[29] Pope Talbot v Canada, Award on Damages, 31 May 2002, paras 17-69.

foreign investors. In the *Revere* case[30], the court ruled that the government's actions had caused damages to the economic interests of a foreign investor, so the government did not comply with good faith. It is likely that the court implements the general principles of laws to decide protection measures for foreign investors. Moreover, with reference to the duration of investment projects, it is clear that BITs cannot cover all possible turns of future occurrences and modalities, so good faith has to be used in circumstances that are not specified in investment contracts or treaties.[31] Furthermore, investment tribunals employ good faith in circumstances concerning the renewal of licences.[32] However, although the general principle of laws is another useful source of legal protection for foreign investor, it is subject to different interpretations.

4. Investment contracts

In addition to BITs, Yackee finds that investment contracts are important useful sources of legal protection for foreign investment.[33] Investment contracts are agreements between foreign investors and host states.[34] Most investors ranked in the high-risk group usually use investment contracts as their legal protection, rather than BITs.

There are many reasons why investment contracts can be more useful sources than BITs.[35] Firstly, conditions of laws are generally adjusted to meet the intricacies of each investment. BITs are general agreements not specific to any kind of investment ('one-size-fits-all default terms of bargain'), so BITs may not be able to adequately protect foreign investors or be applicable to particular investment projects. Conversely, investment contracts allow specification of more detailed legal provisions, especially protection for foreign investors such as tax rate clauses or legal stabilization or choice of law, which can better satisfy foreign the investor's needs and offers better protection than BITs.

Secondly, BITs may reduce the bargaining power of individual foreign investors so they do not receive the level of protection they deserve. For example, BITs

[30] Revere Copper v OPIC, Award, 24 August 1978.

[31] Rudolf, D., and Christoph, S., above n 1, 6.

[32] Tecmed v Mexico, Award, 29 May 2003, para 154.

[33] Jason, W. Y., above n 4, 134.

[34] Tom G., "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance" (2005) 25:1 *International Review of Law and Economics* 107, 108.

[35] Jason Webb Yackee, above n 4, 133-139.

state that according to NT, foreign investors must receive the same treatment as domestic investors. In other words, foreign investors should not receive more legal advantages than domestic investors. Therefore, under BITs, foreign investors are precluded from asking for more protection than domestic investors. On the other hand, investment contracts offer opportunities for foreign investors to exercise their right of bargaining.

Thirdly, under changing political or economic circumstances, the bargaining power of investors may increase. In these situations, investment contracts give foreign investors the chance to renegotiate agreements and adjust their bargaining power to meet current economic and political conditions. Conversely, under BITs, foreign investors cannot ask for more protection in accordance with their current bargaining power because BITs issued by past governments are binding on future governments.

Finally, one feature of investment contracts is that foreign investors have enough power to ask host countries to apply arbitration of investment disputes by way of an 'international arbitration clause'.[36] As a result, they do not have to go to domestic tribunals that may involve political influence, so disputes are settled in a neutral forum and foreign investors are treated more fairly.

5. Stabilization clause

This clause is an important factor in making investment contracts useful sources of legal protection for foreign investors instead of BITs. A stabilization clause declares that 'the law in force in the given date is the law that will apply to supplement the contract, regardless of future legislation'[37]. Thus, the stabilization clause protects foreign investors from any future changes, especially host state's regulatory changes. Conversely, no principles in BITs are equal to stabilization agreements that can protect investors against regulatory changes. For example, although expropriation is mentioned in BITs, it is covered under 'regulatory taking,' which is highly uncertain.[38] Moreover, despite its presence in BITs, FET is ambiguous and uncertain, i.e. in case of regulatory changes, interpretations of laws

[36] Ibid.

[37] Ibid, 23.

[38] Micheal, G. P., "Moving Toward Transparency? An Examination of Regulatory Taking in International Law" (2005) 19:1 *Emory International Law Review* 211, 383.

also change. Thus, it could be seen that stabilization clauses under investment contracts may provide more legal stability than BITs.

However, stabilization clauses still lack certainty in terms of accurate legal meanings and effects. For example, if a host state makes changes to applicable contract laws, the stabilization clauses will be violated. Moreover, it can be seen that decisions in this regard remain contradictory: the question remains of whether stabilization clauses under contracts can be violated in case of sovereignty rights of host countries. In the *Texaco* case[39], the court ruled that expropriation was void and stabilization under contract was applicable in accordance with *pacta sunt servanda*. Conversely, in the *Liamco* case[40], the court ruled that stabilization clauses under contract can be violated if they affect the sovereignty rights of host states but that compensation must be provided.

In summary, investment contracts are useful sources of protection for foreign investors with higher bargaining power than small or medium-size enterprises.

6. Investment insurance

Foreign investors investing in developing countries are liable to higher risks, especially expropriation and political risks.[41] Besides relying on BITs, foreign investors can reduce risks of expropriation or political instability by buying risk insurance, especially political risk insurance via insurance contracts. There are two credible agencies selling investment insurance: the World Bank's Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Overseas Private Investment Corporation (OPIC).[42] From this source, foreign investors will receive the compensation quicker than BITs.

Conclusion and suggestions

According to the above analysis, BITs are useful sources of legal protection for foreign investors. Firstly, BITs include several clauses providing that host states protect foreign investors. They state that host states must provide general standard treatment for foreign investors and include clauses regarding compensation for loss on the part of foreign investors as a result of war, as well as a

[39] Texaco Calasiatic (Topco) v Libya.

[40] Liamco v Libya.

[41] Jason, W. Y., above n 4, 134.

[42] Ibid.

binding mechanism for commercial dispute settlement. Secondly, BITs are also sources of protection for small foreign investors who cannot negotiate with host countries on an equal footing and are not protected by investment contracts. However, BITs are not the only useful sources of legal protection for foreign investors.

Therefore, from the above mentioned, author would like to suggest that although BITs remain the main fundamental international source of legal protection for foreign investors, they are not the only useful sources of legal protection for foreign investors. There are also various other sources of legal protection available for foreign investors. Foreign investors should decide which one is the most appropriate tool for their investment situations. For example, multilateral treaties such as NAFTA are another useful source of protection for foreign investors similar to BITs. Moreover, when there are no BITs or some provisions are not stated in BITs, customary international laws and general principles of laws can also act as useful sources of protection for foreign investors. Investment contracts are another useful source of protection that foreign investors recognize as giving special legal protection specific to each investment project. In some cases, foreign investors with high bargaining power can negotiate with a host state to ask for more protection. Moreover, stabilization clauses in investment contracts can protect foreign investors from the impact of any future changes. Finally, investment insurance is another source of protection against risks in case of loss sustained by foreign investors.



Bibliography

Boddewyn, Jean, "*Early U.S. Business-School Literature on International Business-Government Relations: its Twenty-First-Century Relavance*" *In Robert Gross (ed), International Business and Government Relations in the 21st Century* (Oxford: Hart Publishing, 2005).

Dolzer, R., and Schreuer, C., *Principles of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

McLachlan, C., *International Investment Arbitration-Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

Muchlinski, P., *Multinational Enterprises and the Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007).

Shaw, M. N., *International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008)

Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).

Subedi, S.P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle* (Oxford: Hart Publishing, 2008).

Yannaca-Small, K., "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Develpoments" In A Reinisch (ed), *Standards of Investment Protection* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

Ginsburg, T., "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance" (2005) 25:1 *International Review of Law and Economics.*

Parisi, M.G., "Moving Toward Transparency? An Examination of Regulatory Taking in International Law" (2005) 19:1 *Emory International Law Review.*

Salacuse, J.W., and Sullivan, N. P., "Do BITs Really Work? : An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain" (2005) 46:1 *Harvard International Law Journal.*

Walde, T.W., and Ndi, G., "Stabilising International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation" (1996) 14:1 *Texas International Law Journal.*

Yackee, J. W., "Do We Really Need BITs? Toward a Return to Contract in International Investment Law" (2008) 12:2 *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*.





ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจแฟรนไชส์

Unfair Contract Terms in Franchise Business

*ฉัฐญา จันทร์แก้ว**

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษากรณีข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในธุรกิจแฟรนไชส์ เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางแก้ไขปัญหาข้อสัญญาไม่เป็นธรรมดังกล่าว โดยมุ่งเน้นการนำเสนอพระราชบัญญัติธุรกิจแฟรนไชส์เพื่อเป็นการกำกับดูแลในข้อสัญญาแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายไทยและเพื่อให้เกิดการบังคับใช้ ข้อสัญญาให้เป็นไปในลักษณะเดียวกันโดยมีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นรูปธรรม

ประเทศไทยอยู่ในกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา และมีการขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่อง จะเห็นได้ว่าธุรกิจแฟรนไชส์ของไทยมีลักษณะการดำเนินธุรกิจที่ขยายตัวอย่างต่อเนื่องและรวดเร็วส่งผลให้เกิดปัญหาในการประกอบธุรกิจขึ้นมากมายเนื่องจากการขาดข้อกฎหมายที่ชัดเจนจึงทำให้การตีความและการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถตอบสนองกับปัญหาที่มีปริมาณมากขึ้นในปัจจุบันได้ เมื่อเกิดปัญหาในข้อสัญญาต่าง ๆ กับแฟรนไชส์ซีและแฟรนไชส์ซอร์จึงต้องนำเอาพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาบังคับใช้เพื่อแก้ไขปัญหา แต่การขาดความชัดเจนของหลักกฎหมายทำให้เกิดช่องโหว่ในการอาศัยความไม่ชัดเจนเหล่านี้มาเป็นข้ออ้างในการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มีการเอารัดเอาเปรียบกับคู่สัญญาของตน อีกทั้งแฟรนไชส์ซอร์ยังนิยมให้มีการทำสัญญา สำเร็จรูปกับแฟรนไชส์ซี จึงเป็นการผูกมัดให้แฟรนไชส์ซีต้องยอมทำตามข้อสัญญาที่แฟรนไชส์ซอร์กำหนดขึ้นทั้งหมด ถือเป็นการทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง

จากการศึกษาพบว่า ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ และข้อสัญญาที่อาจกำหนดภาระหน้าที่แก่แฟรนไชส์เกินสมควร มูลเหตุในการเกิดข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในสัญญาแฟรนไชส์ และข้อสัญญาที่อาจกำหนดภาระหน้าที่แก่แฟรนไชส์ซีเกินสมควรอาจเกิดจากอำนาจต่อรองในการเจรจาของ

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*

คู่สัญญาที่แฟรนไชส์ซอร์มักจะเป็นฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่าแฟรนไชส์ซี หรือการขาดความรู้ความเข้าใจในการทำธุรกิจแฟรนไชส์ ข้อสัญญาในลักษณะนี้มีด้วยกันหลายประการ เช่น การห้ามทำธุรกิจแข่งขัน การผูกขาดการติดต่อ ข้อตกลงพ่วงขาย การจำกัดพื้นที่และกลุ่มลูกค้า รวมไปถึงการกำหนดราคาขายสินค้าด้วย

เมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การแก้ไขปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นจึงทำได้โดยนำกฎหมายที่มีอยู่ปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหามาใช้บังคับแก่กรณี อย่างไรก็ดี กฎหมายที่นำมาปรับใช้ก็ไม่สามารถแก้ไขปัญหาในธุรกิจแฟรนไชส์ได้ทุกกรณีเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวย่อมมีข้อจำกัดในตัวของกฎหมายนั้นเอง นอกจากนี้ยังขาดหน่วยงานที่ทำหน้าที่ควบคุมและลงโทษต่อการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจแฟรนไชส์อีกด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่กำกับดูแลและมีการบังคับใช้ พระราชบัญญัติแฟรนไชส์ เพื่อเป็นการกำกับดูแลข้อสัญญาแฟรนไชส์ภายใต้กฎหมายและเพื่อให้เกิดการบังคับใช้ข้อสัญญาให้เป็นไปในลักษณะเดียวกันโดยมีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นรูปธรรม

คำสำคัญ : ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ธุรกิจแฟรนไชส์

Abstract

The objective of this thesis was to study unfair contract terms in franchise business in order to analyze ways to solve unfair contract terms issues. This study focused on presenting Franchise Business Act to regulate contract terms in franchise business under Thai laws and to similarly enforce contract terms in concrete consideration criteria.

Thailand is one of developing countries and has continuous economic expansion. Evidently, franchise business in Thailand is characterized by continuous and rapid business expansion, causing many business problems because of ambiguous provisions. Thus, interpretation and enforcement of existing laws cannot respond increasing number of problems. With the problems facing franchisor and franchisee, Unfair Contract Terms Act, B.E. 2540 shall be enforced as the solution. However, ambiguous laws and provisions lead to loopholes of making unfair contract terms based on these ambiguities. The party is exploited by other party. Besides, adhesion contract is popularly used by a franchisor to bind a franchisee over to comply with prescribed contract terms, leading to signing an unfair contract.

The results showed that the causes if unfair contract terms in franchise business and those that may impose over obligations to the franchisee might derive from higher bargaining power of franchisor over franchisee or lack of knowledge in the franchise business. Unfair contract terms in franchise business include non-competition covenants, monopoly, tying arrangement, area and client restrictions including pricing covenants.

When Thailand has no law that specifically applies to the franchise business, the problem could be solved by enforcing existing and related laws to the case. However, applicable laws could not be used to solve all cases in franchise business problems because these laws have their own limitations in the law. In addition, no agency that is responsible to regulate and punish unfair practices in franchise business is found.

This thesis aimed to study the Thai and international laws that regulate and enforce Franchise Act to regulate franchise contract terms under laws and to similarly enforce contract terms in concrete consideration criteria.

Keyword：unfair contract, franchise

บทนำ

แฟรนไชส์เป็นศัพท์ภาษาอังกฤษมีรากศัพท์มาจาก ภาษาฝรั่งเศส Franchir มีความหมายว่า “ไม่เป็นทาส” หรือมีความหมายในภาษาอังกฤษว่า “สิทธิพิเศษ คือสิทธิที่พระราชาในสมัยโบราณพระราชทานให้” แฟรนไชส์เป็นการอนุญาตตามสัญญาที่ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์มอบให้แก่ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ โดยอนุญาตหรือกำหนดให้ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ประกอบการ โดยการใช้ชื่อของผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์ ผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จะควบคุมระยะเวลา แฟรนไชส์ที่ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ดำเนินธุรกิจภายใต้สัญญาแฟรนไชส์โดยให้ความช่วยเหลือการดำเนินการภายใต้สัญญาแฟรนไชส์ ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์จะต้องจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญาแฟรนไชส์ เพื่อสินค้าและบริการต่าง ๆ ซึ่งผู้ให้สิทธิแฟรนไชส์จัดหาแก่ผู้รับสิทธิแฟรนไชส์ สหรัฐอเมริกาให้คำนิยามไว้ว่าแฟรนไชส์เป็นความสัมพันธ์ที่ผู้ให้แฟรนไชส์ได้สิทธิพิเศษในการทำธุรกิจรวมทั้งให้ความช่วยเหลือในการเริ่มก่อตั้ง การฝึกสอน การขายสินค้าหรือบริการโดยผู้รับแฟรนไชส์จ่ายค่าธรรมเนียมเป็นการตอบแทน แฟรนไชส์ต่างประเทศรายแรกที่เข้ามาในประเทศไทยคือ เคนตักกี้ฟรายด์ชิกเก้นในปีพ.ศ. 2525 มี 2 สาขาคือ สีลมและสุขุมวิท สุดท้ายประสบความล้มเหลวเนื่องจากรสชาติไม่ถูกปากและความขัดแย้งในสัญญา ในที่สุดจึงถูกปิดลงในปี พ.ศ. 2537 และกลับมาอีกครั้งในนามเคเอฟซี แต่อย่างไรก็ตามการเติบโตของสาขาไม่ได้ประสบ

ความสำเร็จ เคเอฟซีได้จดทะเบียนเป็นแฟรนไชส์รายแรกในไทยกับซีพีกรุ๊ป ธุรกิจกลุ่มการเกษตรที่ใหญ่ที่สุดในประเทศไทย ซีพีกรุ๊ปขยายสาขาแฟรนไชส์และเป็นผู้ผลิตไก่นักเก็ตรายใหญ่ให้กับเคเอฟซี ในแถบเอเชีย ในขณะที่ประเทศในกลุ่มอาเซียนกำลังเกิดการรวมตัว และก้าวเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน AEC ในปี 2558 นี้ ธุรกิจแฟรนไชส์ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญในการผลักดันให้ธุรกิจเอสเอ็มอีมีการขยายตัวและเข้าไปเติบโตในประเทศเพื่อนบ้านได้อย่างรวดเร็วสำหรับธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศเพื่อนบ้านในกลุ่มอาเซียนถือว่ามีการพัฒนาและเติบโตอยู่ในระดับต้น มีความแข็งแกร่งและพร้อมที่จะเติบโตในประเทศเพื่อนบ้าน ทั้งนี้แนวโน้มของธุรกิจแฟรนไชส์ในปี 2557 น่าจะยังเติบโตในเกณฑ์ดี โดยด้านยอดขายน่าจะขยายตัวอยู่ที่ประมาณร้อยละ 10 หรือคิดเป็นมูลค่าตลาดรวมไม่ต่ำกว่า 260,000 ล้านบาท และแนวโน้มคาดว่าจะส่งผลให้ธุรกิจแฟรนไชส์มีนักลงทุนเพิ่มขึ้น 30% ยังมีนักลงทุนที่มีความสนใจระบบ แฟรนไชส์ อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศที่แฟรนไชส์ ไทยสนใจเข้าไปลงทุนมากที่สุด จะเป็นเวียดนามเนื่องจากชาวเวียดนามมีรายได้เพิ่มสูงขึ้น นอกจากนี้ประเทศเวียดนามได้มีการปรับแก้กฎหมายและระเบียบต่างๆในด้านธุรกิจ แฟรนไชส์ให้ดีขึ้น อีกทั้งยังเปิดเสรีการค้าปลีกให้แก่นักลงทุนต่างชาติทำให้ประเทศเวียดนามมีความน่าสนใจในการลงทุนเพิ่มมากขึ้น จึงควรพิจารณาให้สอดคล้องกับแนวโน้มเศรษฐกิจสภาพสังคมและพฤติกรรมของผู้บริโภคในแต่ละภูมิภาค

ถึงแม้ว่าธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยที่มีการริเริ่มมากว่า 20 ปี ตั้งแต่ปี 2526 ในขณะนั้นต้องยอมรับว่าระบบแฟรนไชส์ของคนไทยมีการเติบโตช้า ธุรกิจแรก ๆ ที่พยายามผลักดันการขยายงานโดยใช้รูปแบบแฟรนไชส์คือ ร้านค้าแบบมินิมาร์ทและธุรกิจด้านอาหาร ระบบแฟรนไชส์ในช่วงนั้นได้รับความสนใจจากนักลงทุนบ้างแต่มักมีปัญหาในเรื่องความเข้าใจที่ถูกต้องของทั้งแฟรนไชส์ซอร์ที่เป็นเจ้าของสิทธิ์และแฟรนไชส์ซีที่เข้ามาซื้อสิทธิ์ เช่น กรณีที่แฟรนไชส์ซีทำตัวเป็นผู้ลงทุนที่เน้นทำธุรกิจแบบซื้อเพื่อการลงทุนไม่มีการมองถึงการสร้างธุรกิจตนเอง เมื่อไม่ลงทุนทำเองหรือเอาใจใส่ดูแลไม่ทั่วถึง ก็ทำให้ธุรกิจไปได้ไม่ดีเท่าที่ควรหรือแฟรนไชส์ซอร์หลายรายขายแฟรนไชส์โดยไม่ได้มองหาคนที่ทำจริง ๆ เป็นการสร้างระบบธุรกิจที่เข้าใจผิดคิดว่าธุรกิจนั้นสามารถวางรูปแบบของธุรกิจที่จัดจ้างหรือหาคนทำได้ ซึ่งความจริงแล้วธุรกิจแฟรนไชส์ระยะแรกนั้นต้องลงทุนลงมือทำเอง เอาใจใส่เองเสียก่อนที่จะปรับปรุงธุรกิจให้เป็นระบบมากขึ้น และแม้ตัวธุรกิจเองนั้นจะสามารถวางรูปแบบการทำงานด้วยการจัดจ้างทีมงานเข้ามาทำงานก็ตาม เจ้าของที่ลงทุนก็ต้องมีความเข้าใจเป็นอย่างดีและทำงานร่วมกันอย่างใกล้ชิด

หลังจากสภาวะเศรษฐกิจซบเซาในช่วงปี พ.ศ. 2536 ส่งผลให้ธุรกิจแฟรนไชส์ต่าง ๆ ได้รับผลเช่น โดมิโนพิซซ่า ป็อบอาย หรือ เช็คกี้ เวนดี้ ที่ประสบปัญหาการขยายตัวและในที่สุดก็ต้องปิดตัวลง ระบบ แฟรนไชส์ได้รับความนิยมอีกครั้งคือ ในช่วงปี 2537 ที่มีการเจริญเติบโตอย่างก้าว

กระโดด แต่ก็มีการหยุดการเติบโต เนื่องจากเหตุผลด้านเศรษฐกิจที่ไม่อำนวยต่อการลงทุน และความเข้าใจในเรื่องของการสร้างระบบแฟรนไชส์ของคนไทยเองที่ไม่ได้รับการส่งเสริมอย่างจริงจัง จากข้อมูลในช่วงปี 2543 มีธุรกิจร้านสาขาในรูปแบบแฟรนไชส์ในประเทศไทยที่ยังคงดำเนินการอยู่ประมาณ 120 ธุรกิจ จากที่มีประมาณ 180 ธุรกิจก่อนหน้านั้น โดยร้านระบบแฟรนไชส์ที่เหลืออยู่สามารถแบ่งเป็นประเภทธุรกิจต่าง ๆ ได้ไม่เกิน 8 ประเภท ได้แก่ ประเภทอาหาร ร้อยละ 34 ประเภทการขายสินค้าเฉพาะอย่าง เช่น ร้านขายยา ร้านเสื้อผ้า ฯลฯ ร้อยละ 20 ประเภทการบริการ เช่น รับจ้างซักรีด รถเช่า ร้อยละ 18 ประเภทการศึกษา ร้อยละ 17 ประเภทค้าปลีก ร้อยละ 5 และอื่น ๆ ร้อยละ 6 ถือได้ว่าเป็นช่วงของการสร้างธุรกิจที่เกิดจากบริษัทขนาดกลาง เข้ามาพัฒนาระบบแฟรนไชส์ เพื่อที่จะสร้างร้านจำหน่ายของตนขึ้นในตลาด เสมือนการสร้างช่องทางจัดจำหน่ายของสินค้า โดยกระจายการลงทุนด้วยระบบแฟรนไชส์ ด้วยศักยภาพที่ดีกว่า และสามารถนำเอาความพร้อมขององค์กรช่วยสร้างระบบงานและการสร้างตราสินค้าได้ดีกว่า ทำให้ระบบเริ่มมีแนวทางที่ดีมากขึ้น แต่ในระยะนี้ก็ยังมีธุรกิจขนาดเล็กที่สร้างความพร้อมของตนเองได้ดีขึ้น ช่วงนี้เป็นช่วงของการเริ่มปรับตัวพร้อมกับมีหน่วยงานต่าง ๆ ได้เข้ามามีส่วนในการปรับความเข้าใจในรูปแบบของธุรกิจได้ดีขึ้น ซึ่งจะเป็นพื้นฐานที่ดีต่อการพัฒนาธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศ

ปัจจุบันธุรกิจแฟรนไชส์เป็นธุรกิจที่ผู้คนให้ความสนใจเป็นอย่างมากโดยเฉพาะผู้ที่ต้องการเป็นเจ้าของกิจการ อันจะเห็นได้จากจำนวนสาขาของธุรกิจแฟรนไชส์ที่มีมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ทั้งอยู่ในห้างสรรพสินค้าและตามสถานที่ต่าง ๆ ก็จะเห็นร้านค้าปลีกที่เกิดจากธุรกิจแฟรนไชส์อย่างมากมาย จึงถือได้ว่าธุรกิจ แฟรนไชส์ เป็นธุรกิจที่มีความสำคัญในระบบเศรษฐกิจ จึงได้รับการพัฒนาส่งเสริมจากภาครัฐและเอกชนแต่ยังขาดเรื่องการดูแลตรวจสอบ รวมถึงให้ความเป็นธรรมในข้อสัญญาต่าง ๆ ที่มีการเอาเปรียบทั้งในส่วนของผู้ให้สัญญาและผู้ทำสัญญาที่อาจมีการเอาเปรียบกันในเรื่องการทำสัญญาของทั้งสองฝ่าย ทั้งในเรื่องของการบริหารจัดการธุรกิจเช่นในการจัดทำสินค้า วัตถุดิบที่ไม่ได้มาตรฐาน การบริการที่ไม่เหมือนสาขาต้นแบบ หรือในกรณีของการเอาเปรียบจากแฟรนไชส์ซอร์ที่ไม่ให้ข้อมูลเพียงพอในการจัดทำแฟรนไชส์ การให้สินค้าล่าช้าหรือไม่ตรงตามคุณสมบัติ การไม่ใส่ใจดูแล จึงถือว่าเป็นการเอาเปรียบกันของทั้งสองฝ่าย

ปัจจุบัน ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์โดยตรง จึงไม่มีกฎหมายใดที่จะนำมาใช้ป้องกันการเอาเปรียบและการหลอกลวงจากผู้ให้สิทธิในการทำสัญญาหรือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ เมื่อเกิดข้อโต้แย้งหรือกรณีเกิดปัญหา ปัจจุบันต้องนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องหรือมีความใกล้เคียงมาปรับใช้ได้แก่ พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และ

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งทั้งสองพระราชบัญญัติอาจยังไม่เพียงพอที่จะนำมาตัดสินกับปัญหาในธุรกิจแฟรนไชส์ เนื่องจากยังขาดความชัดเจนและความเข้าใจในเรื่องแฟรนไชส์อย่างแท้จริง มีความรู้ในวงที่จำกัดอีกทั้งยังไม่ครอบคลุมทุกปัญหา โดยเฉพาะในส่วนข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ยังขาดประเด็นต่าง ๆ ที่จะทำให้เกิดความชัดเจนและพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าที่เน้นในเรื่องสัญญาเช่าเครื่องหมายการค้าหรือสัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าที่ยังไม่มีความลงตัวหรือชัดเจนต่อธุรกิจ แฟรนไชส์ ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อภาพรวมต่อเศรษฐกิจทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมา

เช่นในกรณีเซเว่นมีทุกหัวมุมถนนถือได้ว่าเป็นการแข่งขันกันเองในแบรนด์เดียวกันแบบนี้ถือว่าเป็นกรณีข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือไม่ ในมุมของต่างประเทศที่มีการร่างพระราชบัญญัติเฟรนไชส์แล้ว เช่น อเมริกาก็จะมองว่ากรณีดังกล่าวไม่เป็นธรรมแก่แฟรนไชส์ซี เนื่องจากในระยะใกล้ ๆ กันไม่ควรจะมีธุรกิจในแบรนด์เดียวกันมาทำแข่งขันกันเองเป็นการเอาเปรียบแฟรนไชส์ซี ในพระราชบัญญัติแฟรนไชส์จึงได้มีการกำหนดระยะห่างของสองสาขา เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาการแย่งลูกค้าและเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่แฟรนไชส์ซี ซึ่งตรงนี้ในกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ของประเทศไทยยังไม่มีข้อกำหนดใด ๆ ในเรื่องนี้ที่ชัดเจน จึงก่อให้เกิดปัญหาในระบบแฟรนไชส์เป็นอย่างมากเพราะไม่สามารถโต้แย้งสิทธิใด ๆ กับแฟรนไชส์ซอร์ได้เลยทั้งยังก่อให้เกิดปัญหาต่อแฟรนไชส์ซีในการบริหารจัดการร้านและเป็นการเอาเปรียบแฟรนไชส์ซีที่มากเกินไป เมื่อไม่มีข้อกฎหมายใด ๆ กำหนดไว้จึงไม่อาจโต้แย้งสิทธิใดได้เลย และในส่วนของแฟรนไชส์ซอร์ก็อ้างถึงความจำเป็นในเรื่องของความสะดวก จึงทำให้พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ไม่เพียงพอในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวหรือในกรณีดังเช่นทำธุรกิจแฟรนไชส์จนเกิดผลกำไรจากการประกอบธุรกิจเป็นจำนวนมาก ผู้ให้สิทธิในการทำสัญญามักจะยกเลิกการให้สิทธิดังกล่าวหรืออาจใช้วิธีบีบผู้ทำสัญญาให้ขายแฟรนไชส์คืนแก่ผู้ให้สิทธิในการทำสัญญาแล้วเข้ามาประกอบธุรกิจเองในกรณีนี้ก็อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้รับสิทธิในสัญญาตอนแรกที่ได้ลงทุนลงแรงในการทำธุรกิจจนประสบความสำเร็จแต่ก็ต้องยอมคืนสัญญาให้แก่ผู้ให้สิทธิในการทำสัญญาเนื่องจากในพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ยังไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนในเรื่องนี้ถือได้ว่าพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่เพียงพอในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

อีกทั้งยังมีกรณีของผู้รับสัญญาที่มีการจัดการธุรกิจแบบไม่โปร่งใส เช่น มีข้อกำหนดในสัญญาว่าต้องรับสินค้าหรือวัตถุดิบที่เป็นส่วนประกอบในการทำอาหารจากแหล่งไหน แต่ผู้รับสัญญาไม่ทำตาม ซึ่งคุณภาพของวัตถุดิบถือเป็นสิ่งสำคัญ เพื่อลดต้นทุนในธุรกิจแต่เป็นการผิดสัญญาและเป็นการลดมาตรฐานของร้านทำให้คุณภาพมาตรฐานต่ำกว่าปกติ กรณีดังกล่าวจึงเป็นการเอาเปรียบเจ้าของแฟรนไชส์ซึ่งส่งผลกระทบต่อเจ้าของแฟรนไชส์โดยตรงเนื่องจาก

การทำสัญญาแฟรนไชส์เสมือนเป็นการเช่าเครื่องหมายการค้าในแบรนด์ดังกล่าว จึงเป็นการทำให้เสื่อมค่าซึ่งส่งผลกระทบร้ายแรงต่อแบรนด์ของสินค้าซึ่งตามหลักผู้ให้สัญญาควรยกเลิกข้อสัญญาได้ทันทีเนื่องจากเป็นการผิดเงื่อนไขร้ายแรง กรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ไม่ได้กำหนดชัดเจนจึงอาจมีช่องว่างที่จะทำให้เกิดปัญหา

ในกรณีที่การตกลงทำสัญญาไม่ได้มีการตกลงรายละเอียดกันให้ชัดเจนในส่วนของแฟรนไชส์ซอร์ก็มักมีการจัดสรรกำไรเข้าบริษัทแม่และมีการเอาเปรียบจากสมาชิกโดยวิธีการต่าง ๆ มากมายโดยที่แฟรนไชส์ซีไม่มีสิทธิที่จะออกเสียงหรือเสนอวิธีการใด ๆ หรือแม้กระทั่งจะปกป้องสิทธิประโยชน์ของตนเอง เนื่องจากตัวบทกฎหมายที่บังคับใช้ในเรื่องนี้ไม่มีความชัดเจนเพียงพอจึงไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรมต่อแฟรนไชส์ซีตามความมุ่งหมายของตัวบทกฎหมายหรือเมื่อแฟรนไชส์ซีดำเนินกิจการไปแล้วมีปัญหาเกิดขึ้นไม่มีคนช่วยไม่สามารถติดต่อใครได้ เมื่อเกิดปัญหาแล้วไม่มีคนแก้ปัญหาเกิดซ้ำแล้วซ้ำอีก บางกรณีอาจมีการรวมตัวขึ้นเอาในหมู่แฟรนไชส์ซี แล้วตกลงกันเพื่อเปลี่ยนคนรับผิดชอบกลายเป็นการสร้างกลุ่มของตนขึ้นมาใหม่ จึงเป็นปัญหาของแฟรนไชส์ซอร์ที่ขาดความรับผิดชอบ มีการขยายสาขา ขยายงานในขณะที่งานยังไม่พร้อม จึงเกิดปัญหาตามมาเมื่อแก้ไขไม่ได้ จึงหนีปัญหาทิ้งให้แฟรนไชส์ซีซึ่งแก้ปัญหาเพียงลำพังก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อแฟรนไชส์ซีหรือหากในกรณีที่ไม่มีการคัดเลือกแฟรนไชส์ซีที่ดีและเหมาะสมในบางกรณีอาจเกิดปัญหาแฟรนไชส์ซีไม่สามารถแก้ไขปัญหาอะไรได้เลย เมื่ออบรมหรือทำให้ดูก็ยังไม่สามารถทำได้ด้วยตนเอง จึงเห็นควรให้มีการออกพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องให้ชัดเจน รวมทั้งควรสร้างปรัชญาในการทำธุรกิจแฟรนไชส์

ในส่วนของการปรับรูปแบบร้านหรือระบบงานให้ดีขึ้นก็มักจะเป็นปัญหาว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่ต้องมีหรือต้องจ่ายเพิ่มในส่วนของการอัพเกรดซึ่งบางทีต้องมีการตกแต่งร้านใหม่ หรือในการลดการส่งเสริมการค้า ปรับป้ายร้าน ค่าโฆษณาใหม่ ก็มักจะเกิดคำถามต่อมาว่าใครจ่ายใครรับผิดชอบ ซึ่งมักเป็นปัญหาสำคัญกับแฟรนไชส์มือใหม่ ที่เริ่มแรกตั้งใจแค่ขายแฟรนไชส์เมื่อมีการพัฒนามากขึ้น แฟรนไชส์ที่ตอนแรกขายไปไม่สวยงามพอที่จะปรับเข้าสู่มาตรฐานเมื่อจะปรับปรุงแฟรนไชส์มักจะไม่เห็นความจำเป็นหรือเห็นความจำเป็นแต่ไม่ยอมร่วมมือเนื่องจากมีค่าใช้จ่ายหากไม่มีข้อกำหนดที่ชัดเจน ก็มักจะเกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซีตามมา ซึ่งพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นั้นไม่เพียงพอในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

ปัญหาต่อมาที่พบเห็นค่อนข้างมากอันเกิดจากกฎข้อบังคับที่ผู้เป็นเจ้าของแฟรนไชส์เป็นผู้กำหนดขึ้นซึ่งกฎดังกล่าวต้องเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้เป็นเจ้าของแฟรนไชส์อย่างมากเช่น การบังคับซื้อวัตถุดิบและอุปกรณ์ทุกชนิดจากทางเจ้าของหรือการบังคับให้ซื้อสินค้าเป็นจำนวนมาก ๆ ต่อครั้ง เป็นการเอาเปรียบแฟรนไชส์ซี

อย่างมาก หากดำเนินกิจการมาได้ระยะหนึ่งแล้ว บางกรณีเจ้าของแฟรนไชส์จะเริ่มส่งของที่มีคุณภาพต่ำกว่าเดิมมาให้ สาเหตุมาจากเจ้าของแฟรนไชส์ต้องการลดต้นทุนของตนเองเพื่อให้ได้กำไรและกินส่วนต่างจากการสั่งซื้อสินค้าจากทางสมาชิกที่มากขึ้นรวมทั้งส่งอุปกรณ์ที่ด้อยคุณภาพมาทำให้ต้องสิ้นเปลืองเงินสั่งซื้อสินค้าจากเจ้าของธุรกิจแฟรนไชส์อยู่เรื่อย ๆ ซึ่งถือว่าเป็นช่องทางในการเอาเปรียบจากเจ้าของแฟรนไชส์ และยังไม่มีบทกฎหมายใดที่ให้ความช่วยเหลือในเรื่องนี้

ปัญหาเหล่านี้เกิดขึ้นหลายครั้งจนเป็นเหตุกระทบกระทั่งกันจากแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซี ซึ่งปัญหาเหล่านี้ถือว่าร้ายแรงและไม่เป็นธรรมกับทั้งสองฝ่ายซึ่งเหตุดังกล่าวมักเกิดจากความเห็นแก่ตัวจากเจ้าของธุรกิจแฟรนไชส์ที่ขาดการจัดการที่ดีพอคิดแต่จะขายเพียงอย่างเดียว ซึ่งบางครั้งยังไม่มีกฎหมายที่จะจัดการได้ชัดเจนเพียงพอจึงทำให้ยังคงเกิดปัญหาเหล่านี้ในระบบแฟรนไชส์ของไทยอยู่อีกมาก เมื่อเปรียบเทียบกับในหลายประเทศที่มีพระราชบัญญัติแฟรนไชส์โดยเฉพาะในอเมริกาและญี่ปุ่นจะเห็นได้ว่ามีการบริหารจัดการได้ดีกว่าในประเทศที่ไม่มีเนื่องจากมีความชัดเจนของตัวบทกฎหมายที่แน่นอนและใช้ได้ในปัจจุบันโดยเฉพาะในเรื่องของข้อสัญญาที่จะมีความละเอียดและเป็นธรรมกับทั้งสองฝ่ายจึงสามารถจัดการกับปัญหาต่าง ๆ ได้ดีและยังเป็นการลดการเกิดปัญหาและการเอาเปรียบในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ ถือได้ว่าเป็นการประสบความสำเร็จในการจัดทำพระราชบัญญัติแฟรนไชส์เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นในเรื่องข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจแฟรนไชส์ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันโดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาที่เหมือนกันและเหมาะสมที่สุด จึงควรมีพระราชบัญญัติแฟรนไชส์โดยเฉพาะเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเกิดความชอบธรรมในการตัดสินปัญหา จึงเป็นการแก้ปัญหาที่ชัดเจนตรงจุดที่สุด และกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันควรปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับการทำสัญญาแฟรนไชส์อย่างเป็นธรรม

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงต้องการศึกษาว่าหากประเทศไทยต้องมีการบัญญัติพระราชบัญญัติแฟรนไชส์เพื่อทำให้เกิดข้อสัญญาที่ถูกต้องชัดเจน โดยมิให้เกิดการกระทบสิทธิของผู้ให้สัญญาและผู้ทำสัญญาขึ้นมาควรมีรูปแบบหรือหลักเกณฑ์อย่างไรเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ต่อไปเพื่อขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นกับแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซี

วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงที่มา แนวคิดของการเข้าทำสัญญาของธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยและต่างประเทศ

2. เพื่อศึกษาถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมในธุรกิจแฟรนไชส์

3. เพื่อวิเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

และการเข้าทำสัญญาในไทยกรณีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือพัฒนากฎหมายเฉพาะในธุรกิจแฟรนไชส์

สมมติฐานการศึกษาวิจัย

พระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม 2540 ยังคงมีประเด็นปัญหาทั้งในทางทฤษฎี และในทางปฏิบัติ ในแต่ละมาตราที่ไม่ชัดเจนและเหมาะสมในการนำไปบังคับใช้กับธุรกิจแฟรนไชส์ ซึ่งในต่างประเทศมีกฎหมายเฉพาะในการนำมาบังคับใช้ ดังนั้น จึงสมควรศึกษาและวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางหรือมาตรการในการบังคับใช้โดยร่างพระราชบัญญัติแฟรนไชส์ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาประวัติความเป็นมา ที่มา แนวคิดในธุรกิจแฟรนไชส์ของไทยและต่างประเทศ รวมทั้งศึกษาและวิเคราะห์หลักกฎหมายในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติความลับทางการค้า 2545 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค 2522 พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า 2542 โดยเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติแฟรนไชส์ของประเทศอเมริกา และประเทศเวียดนาม

ประโยชน์ที่จะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงที่มา แนวคิดของการเข้าทำสัญญาในธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยและต่างประเทศ

2. ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในการเข้าทำสัญญาแฟรนไชส์ตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

3. ทำให้ทราบปัญหาทางกฎหมายที่นำมาบังคับใช้ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์และการเข้าทำสัญญาในไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาด้านกฎหมายในข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในธุรกิจแฟรนไชส์

วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการดำเนินการศึกษาค้นคว้าวิจัยเอกสาร โดยค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้งที่เป็นเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตัวบทกฎหมาย หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตำรา หนังสือ บทความ วารสาร งานวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ คำพิพากษาของศาลไทยและต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลที่ค้นคว้าวิจัยจากอินเตอร์เน็ตโดยนำข้อมูลเหล่านี้มาวิเคราะห์เพื่อเป็นแนวทางในการใช้ศึกษาวิจัยต่อไป

บทวิเคราะห์

ปัจจุบันธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยกำลังอยู่ในช่วงพัฒนาและเจริญเติบโต แต่ยังขาดปัจจัยหลักที่จะช่วยพัฒนาและสนับสนุนรวมถึงรองรับความเสี่ยงในการเข้าทำสัญญาทางธุรกิจแฟรนไชส์ กล่าวคือ การมี มาตราการทางกฎหมายเฉพาะที่จะมารองรับในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์โดยตรง ซึ่งหากมีบทบัญญัติเข้ามารองรับจะทำให้ปัญหาในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ของประเทศไทยลดลง เนื่องจากมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการกำหนดมาตรการทางสัญญา การจดทะเบียนอย่างถูกต้อง และบทกำหนดโทษสำหรับความผิด อย่างชัดเจน จึงอาจกล่าวได้ว่าถึงเวลาแล้วที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

ปัญหาการขาดบทบัญญัติโดยตรงที่เข้ามาบังคับใช้ในธุรกิจแฟรนไชส์ของไทย: เมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับแฟรนไชส์ ความสัมพันธ์ของแฟรนไชส์จึงถูกพิจารณาในลักษณะของสัญญาทางการค้าภาคเอกชนประเภทหนึ่งซึ่งมีคู่สัญญาอย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไป คือ แฟรนไชส์ซีและแฟรนไชส์ซอร์ โดยสัญญาดังกล่าวนั้นจะถือเป็นสัญญาต่างตอบแทนประเภทหนึ่ง ดังนั้นการเกิดขึ้นของสัญญา การบังคับตามสัญญาและการผิดสัญญา การกระทำที่นอกเหนือจากข้อกำหนดและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในสัญญา จึงต้องนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับนิติกรรมสัญญาและเอกเทศสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับ โดยจะแปลความ อย่างง่าย ๆ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 ว่าแฟรนไชส์เป็นสัญญาฉบับหนึ่งที่ทำขึ้น โดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปโดยมีวัตถุประสงค์ในการทำธุรกิจร่วมกัน โดยธุรกิจนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน และมีหลักสำคัญที่ว่า คู่สัญญาสามารถต่อรองข้อตกลงกันภายใต้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งเจตนารมณ์ของเอกชนได้อย่างเสรีโดยที่ศาลจะไม่เข้าไปก้าวก่ายตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักสุจริตและความปลอดภัยของประชาชน

องค์ประกอบสำคัญของสัญญาแฟรนไชส์จะถือสิทธิของผู้ให้แฟรนไชส์ในทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งเครื่องหมายการค้า แต่โดยหลักแล้วการให้แฟรนไชส์ถือเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซี กล่าวคือ เป็นการให้แฟรนไชส์ซีอาศัยสิทธิ์ในทรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิในรูปแบบการจัดการหรือการดำเนินธุรกิจ เพื่อเพิ่มกำไรให้แก่บริษัท โดยความคุ้มครองสิทธิ์นั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการทำสัญญาขึ้นเกิดความผูกพันเมื่อคู่สัญญาสามารถกำหนดเงื่อนไขในสัญญาให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ซึ่งใช้บังคับได้เฉพาะระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น

ปัญหาการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ภายใต้ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม: ในการวิเคราะห์ประเด็นกฎหมายธุรกิจแฟรนไชส์ กฎหมายดังกล่าวต้องมีลักษณะที่รัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือใน 2 ระดับ คือ ช่วยในลักษณะป้องกันก่อนที่จะมีการทำสัญญา โดยมุ่งช่วยฝ่ายที่อยู่ในฐานะเสียเปรียบ ซึ่งในที่นี้คือแฟรนไชส์ซี อันเนื่องมาจากการขาดข้อมูลที่มีปริมาณไม่เพียงพอหรือ

ขาดอำนาจการต่อรอง ขาดความรู้ เป็นต้น เพื่อทำให้การต่อรองทำสัญญามีความเป็นธรรมมากขึ้น ต่อมาคือการเข้าไปกำกับดูแลสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาและช่วยเยียวยาความเสียหายภายหลังที่ได้มีการทำสัญญาไปแล้ว

โดยกฎหมายต้องมีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับแฟรนไชส์ให้ชัดเจน ถือเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรตุลาการเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพในการทำสัญญาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น คล้ายกับกฎหมายฉบับอื่นของไทยที่อยู่ในลักษณะนี้ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการประกันภัยที่วางรูปแบบสัญญาประกันภัยว่าจะต้องผ่านการตรวจสอบจากส่วนราชการว่าสัญญานั้นไม่เอาเปรียบผู้เอาประกันภัย หรือพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคเกี่ยวกับเรื่องข้อมูลในการที่จะให้ผู้บริโภคมีความรู้มากขึ้นในการที่จะเลือกซื้อของหรือทำสัญญาในลักษณะที่ไม่เสียเปรียบ เป็นต้น จึงถือได้ว่ากฎหมายแฟรนไชส์ในส่วนของการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับแฟรนไชส์ก่อนที่จะทำสัญญาแฟรนไชส์ถือได้ว่ามีความสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งโดยสาเหตุที่ทำให้แฟรนไชส์ประสบปัญหาทางธุรกิจมากที่สุด เป็นปัญหาเกี่ยวกับการที่แฟรนไชส์ซีไม่ได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับแฟรนไชส์ซอร์และธุรกิจที่จะทำแฟรนไชส์เท่าที่ควร ซึ่งมาจากความไม่เท่าเทียมกันของสัญญาเป็นกรณีที่ไม่มีความเสมอภาคหรือมีอยู่แต่ถูกทำให้ไม่เสมอภาคซึ่งความไม่เท่าเทียมกันนี้ทำให้อำนาจในทางสัญญาของแฟรนไชส์ซีมากกว่าแฟรนไชส์ซอร์ และเมื่อแฟรนไชส์ซอร์เป็นฝ่ายกำหนดเงื่อนไขในสัญญา รูปแบบทางสัญญาจะมีลักษณะที่ลดภาระหน้าที่ของแฟรนไชส์ซอร์ รวมไปถึงการเน้นผลประโยชน์ของแฟรนไชส์ซอร์มากกว่า แฟรนไชส์ซี

ปัญหาประเด็นกฎหมายการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ภายใต้ร่างธุรกิจแฟรนไชส์: ปัจจุบันกรมพัฒนาธุรกิจการค้ากระทรวงพาณิชย์ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์พ.ศ.... โดยมีเป้าหมายเพื่อส่งเสริมการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์และกำกับดูแลควบคุมให้เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ร่างพระราชบัญญัติแฟรนไชส์เป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้กับสัญญาแฟรนไชส์เท่านั้น จัดเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทกฎหมายพิเศษ (Jus speciale) และเป็นบทกฎหมายบังคับตายตัว (Jus cogens) เนื่องจากเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ดังนั้นสัญญาแฟรนไชส์จึงเป็นสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดชื่อและหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะถึงแม้สัญญาแฟรนไชส์จะเป็นสัญญาที่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะก็ตาม บทบัญญัติในร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์มีการเน้นย้ำในเรื่องของสัญญาแฟรนไชส์ก็คือ “สัญญา”

มาตรา 23 บัญญัติว่า สัญญาประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซีจะต้องทำเป็นหนังสือและมีการระบุในเรื่องของรายละเอียดตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดซึ่งอย่างน้อยต้องมีเรื่องดังต่อไปนี้

มาตรา 28 บัญญัติว่า ในระหว่างอายุสัญญาการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์หากแฟรนไชส์ซอร์โอนกิจการหรือโอนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ให้บุคคลอื่นผู้รับโอนกิจการหรือทรัพย์สินทางปัญญาต้องผูกพันตามสัญญาที่ผู้โอนได้ทำไว้แก่แฟรนไชส์ซีด้วย

จะเห็นได้ว่าสัญญาแฟรนไชส์และหลักเกณฑ์ทั่วไปเรื่องสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีความสัมพันธ์กันดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของสัญญาโดยเฉพาะหลักในเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา

บทสรุป

ในหลายประเทศได้มีการตรากฎหมายแฟรนไชส์ขึ้นมาโดยเฉพาะเพื่อใช้ในการกำกับดูแลและคุ้มครองคู่สัญญาโดยมีกฎหมายแฟรนไชส์ของสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายต้นแบบ ได้แก่ กฎข้อบังคับ แฟรนไชส์ของสหรัฐอเมริกาที่คณะกรรมาธิการการค้าแห่งสหพันธรัฐ (The Federal Trade Commission - FTC) ได้บัญญัติขึ้นที่เรียกว่า The FTC Franchise Rule กำหนดกฎเกณฑ์รูปแบบในการเปิดเผยความสัมพันธ์ของคู่สัญญาและข้อมูลในการทำสัญญาแฟรนไชส์ รวมทั้งบทบัญญัติทางกฎหมายในเรื่องของการจดทะเบียนหรือความสัมพันธ์ที่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เฉพาะในแต่ละรัฐ โดยกฎหมายเฉพาะจะครอบคลุมประเด็นหลักอยู่เพียงสองประเด็นคือ กฎหมายว่าด้วยการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับแฟรนไชส์ โดยกฎหมายนี้ได้กำหนดให้ แฟรนไชส์ซอร์เปิดเผยข้อมูลที่จำเป็นและถูกต้องแก่ แฟรนไชส์ซีก่อนจัดทำสัญญา และกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ของคู่สัญญา ที่สามารถเข้าไปควบคุมและแทรกแซงความสัมพันธ์ของคู่สัญญานั้นได้ โดยส่วนใหญ่ประเทศต่าง ๆ จะให้ความสำคัญกับการเปิดเผยข้อมูล แฟรนไชส์และการจดทะเบียนเป็นอย่างมากเนื่องจากความไม่เท่าเทียมกันของแฟรนไชส์ในระหว่างคู่สัญญาทำให้เกิดช่องว่างในการเจรจาต่อรองจึงส่งผลให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ภายหลังการเข้าทำสัญญา

เมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับแฟรนไชส์ การตัดสินปัญหาข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นจึงทำได้เพียงการนำกฎหมายเดิมที่มีอยู่และเกี่ยวข้องกับปัญหานั้นมาปรับใช้ ซึ่งกฎหมายที่นำมาปรับใช้ก็จะมีข้อจำกัดของบทกฎหมายทำให้เกิดปัญหาตามมา โดยปัญหาส่วนใหญ่จะเกิดจาก การที่ผู้ให้ แฟรนไชส์ กำหนดเงื่อนไขสิทธิทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม การกำหนดเขตพื้นที่ การกำหนดราคาขายปลีก หรือกรณีการขายพ่วง เป็นต้น เมื่อรายละเอียดของบทกฎหมายยังมีปัญหาจึงต้องให้คณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้าออกกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในการตีความเพื่อให้เกิดความชัดเจนและถูกต้อง ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 29 ถ้อยคำที่ว่า “โดยเสรีอย่างเป็นธรรม” มีลักษณะไม่ชัดเจนว่าหมายถึงพฤติกรรมอย่างไร ตลอดจนถ้อยคำที่เกี่ยวกับการกระทำที่ไม่เป็นธรรมต่าง ๆ เช่น “อย่างไม่เป็นธรรมหรือโดยไม่มีเหตุอันควร” ในมาตรา 25 ก็มีปัญหาในเรื่องการตีความเช่นกัน

นอกจากประเทศไทยจะมีข้อจำกัดทางกฎหมายแล้วยังมีลักษณะเป็นการแก้ไขที่ปลายเหตุ กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่เข้าไปกำกับดูแลหลังจากที่มีการตกลงทำสัญญาแล้ว ส่งผลให้ผู้รับแฟรนไชส์เกิดความเสี่ยงสูงในการตัดสินใจเข้า

ร่วมลงทุน เพราะส่วนใหญ่แล้วการฟ้องร้องในทางกฎหมายมักเป็นผลที่เกิดจากช่องว่างระหว่างความต้องการที่ไม่ตรงกันของผู้รับแฟรนไชส์ ถึงแม้จะมีบทบัญญัติของไทยบางฉบับที่กำหนดให้รัฐเข้าไปแทรกแซงและตรวจสอบคุณสมบัติของคู่สัญญาและดูแลการตกลงให้เป็นธรรม ในลักษณะเดียวกับการเปิดเผยข้อมูลแฟรนไชส์ของกฎหมายแม่แบบหรือแฟรนไชส์ของสหรัฐอเมริกา UNIDROIT ตัวอย่างเช่น การขอจดทะเบียนสัญญาอนุญาตให้คนอื่นใช้เครื่องหมายการค้าของตนสำหรับสินค้าที่ได้จดทะเบียน ต้องแสดงรายการคือ ข้อกำหนดระหว่างเจ้าของเครื่องหมายการค้า และผู้ขอจดทะเบียน ที่จะทำให้เจ้าของเครื่องหมายการค้านั้นควบคุมคุณภาพสินค้าของผู้ขอจดทะเบียนและสินค้าที่ได้รับอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้านั้น รวมทั้งปฏิบัติตามวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่การแสดงข้อมูลดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะข้อมูลที่เป็นรายละเอียดของเครื่องหมายการค้า บุคคลที่ขอจดทะเบียนผู้รับโอน การโอนและการคัดค้าน ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ บทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิ์ในการผลิตที่เป็นสิทธิบัตรเท่านั้นและต้องเป็นสิทธิบัตรที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทย หากในสัญญาแฟรนไชส์ที่ไม่ได้เป็นการให้สิทธิ์ในสิทธิบัตร ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทยก็จะนำกฎกระทรวงมาบังคับใช้มิได้ ต้องกลับไปใช้กฎหมายทั่วไป คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 113 จะเป็นเพียงการเปิดเผยข้อมูลเฉพาะส่วน ส่วนของเครื่องหมายจากข้อจำกัดทางกฎหมายที่กล่าวมา ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรมีการตราพระราชบัญญัติแฟรนไชส์ เพื่อให้เกิดความถูกต้องและเป็นธรรมอย่างสมบูรณ์ มีกฎหมายที่เหมาะสมที่สามารถรับรองสิทธิตามกฎหมายได้จริง ชัดเจนและเป็นรูปธรรม เพื่อป้องกันปัญหาและสามารถควบคุมปัญหาในธุรกิจแฟรนไชส์ให้เกิดความเป็นธรรมอย่างแท้จริง

ข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ประเด็นข้อกฎหมายของไทยและต่างประเทศผู้เขียนเห็นว่าควรจัดทำร่างพระราชบัญญัติแฟรนไชส์ ดังนี้

มาตรา 3 พระราชบัญญัตินี้ไม่ให้ใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งแฟรนไชส์ซอร์มีภูมิลำเนาและทำสัญญานอกราชอาณาจักรเพื่อให้สิทธิแฟรนไชส์ซีประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งแฟรนไชส์ซอร์มีภูมิลำเนาและทำสัญญานอกราชอาณาจักรเพื่อให้สิทธิแฟรนไชส์ซี

มาตรา 17 ให้จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการกำกับธุรกิจแฟรนไชส์ขึ้นมาในกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยให้มีหน้าที่รับผิดชอบดังนี้

(1) ดำเนินการส่งเสริมและสนับสนุนการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์

(2) เสริมสร้างความร่วมมือและประสานงานระหว่างส่วนราชการหน่วยงานของรัฐรัฐวิสาหกิจ องค์กรเอกชนทั้งในและต่างประเทศและองค์กรระหว่างประเทศในการส่งเสริมการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ทั้งในและต่างประเทศ

(3) ปฏิบัติงานธุรการของคณะกรรมการ

(4) ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการรับจดทะเบียนการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์และงานอื่นตามพระราชบัญญัตินี้

(5) ติดตามสอดส่องพฤติการณ์ในการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์เพื่อให้มีการปฏิบัติการเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

(6) รับเรื่องร้องเรียนจากแฟรนไชส์ซีที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ของแฟรนไชส์ซอร์ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม ทำการไกล่เกลี่ยระหว่างแฟรนไชส์ซอร์และแฟรนไชส์ซี และเสนอเรื่องที่สมควรดำเนินคดีแทนแฟรนไชส์ซีให้คณะกรรมการพิจารณา

(7) ดำเนินคดีแทนแฟรนไชส์ซีตามที่คณะกรรมการพิจารณาอนุมัติให้ดำเนินคดีตามมาตรา 13(5) ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรหรือได้รับคำร้องขอจากแฟรนไชส์ซีที่ได้รับความเดือดร้อน เสียหาย ให้เข้าดำเนินคดีกับแฟรนไชส์ซอร์ที่ประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าการดำเนินคดีนี้จะเป็นประโยชน์แก่แฟรนไชส์ซีเป็นส่วนรวม คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการโดยความเห็นชอบของอัยการสูงสุดหรือข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ซึ่งมีคุณวุฒิไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองแฟรนไชส์ซีเพื่อให้มีหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแก่แฟรนไชส์ซอที่ประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรมในศาล และเมื่อคณะกรรมการได้แจ้งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองแฟรนไชส์ซีมีอำนาจดำเนินคดีตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้

ในการดำเนินคดีแทนแฟรนไชส์ซีในศาลตาม (7) ให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สินหรือค่าเสียหายให้แก่แฟรนไชส์ซีที่ร้องขอได้ด้วยและในกรณีนี้ให้ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง

(8) ปฏิบัติงานอื่นตามที่คณะรัฐมนตรี คณะกรรมการ หรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้ามอบหมาย



บรรณานุกรม

กรมธุรกิจค้าปลีก, *การบริหารธุรกิจค้าปลีกขนาดย่อม* (3 มีนาคม 2560) กรมธุรกิจค้าปลีก <https://www.sites.google.com/site/pmtech320720072/hnwy-thi-8-thurkic-sampthan-fae-rn-chis>.

กรมธุรกิจค้าปลีก, *ลักษณะทางกฎหมายของสัญญาแฟรนไชส์* (3 มีนาคม 2560) กรมธุรกิจค้าปลีก <https://sites.google.com/site/pmtech320720072/hnwy-thi-2-rup-baeb-laea-prapheth-khxng-thurkic-khnad-yxm>.

กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, *กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทย* (22 มีนาคม 2560) กรมพัฒนาธุรกิจการค้า <http://www.thaifranchisecenter.com/document/show.php?docuID=920>.

กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, *กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำสัญญา* (24 มีนาคม 2560) กรมพัฒนาธุรกิจการค้า <http://onlineconsumerprotection.blogspot.com/p/1_29.html>.

กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, *ธุรกิจแฟรนไชส์ในเวียดนาม* (5เมษายน 2560) กรมพัฒนาธุรกิจการค้า <http://thaifranchisedownload.com/dl/group13120130103151845.pdf >.

พีระพงษ์ กิติเวชโภคาวัฒน์, *ปัญหาของแฟรนไชส์* (07 กรกฎาคม 2560) ไทยแฟรนไชส์เซ็นเตอร์ <http://m.thaifranchisecenter.com/show_document.php?ID=481>.

ยนาภา สุภาดิษ, *ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม* (15 มีนาคม 2560) บทความจากกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (ICT) และสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ <http://onlineconsumerprotection.blogspot.com/p/blog-page_85.html>.





ความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ กรณีให้เช่าพื้นที่

Criminal liability for online hosting providers allowing the sale of pirated goods on their websites

*นัฐฐาย์ รัตนกิจยนต์**

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันนั้นปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นในประเทศไทย คือ การละเมิดลิขสิทธิ์ในสินค้าที่มีชื่อเสียงและเป็นความต้องการของตลาด ซึ่งส่งผลกระทบเป็นวงกว้าง ต่อระบบเศรษฐกิจ ทำให้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นสูญเสียรายได้และความเชื่อมั่นในการผลิตผลงานต่อไป ซึ่งในสังคมไทยของเรานั้นจะเห็นได้ว่ามีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ในพื้นที่บนเว็บไซต์จนเป็นความเคยชิน ทำให้เกิดการศึกษาเรื่องความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่ ศึกษาถึงความจำเป็นที่จะกำหนดความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์โดยให้เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์นั้นได้เข้ามามีส่วนร่วมในการที่จะควบคุมและป้องกันสินค้าที่มาจากการละเมิดลิขสิทธิ์ที่มีการปรากฏว่าจำหน่ายอยู่บนเว็บไซต์ของตน

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พบว่าไม่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์อยู่เลย ถึงแม้มีนักกฎหมายบางคนให้ความเห็นว่าการกระทำดังกล่าวอาจเป็นความรับผิดตามมาตรา 86 ตามประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า ต้องอาศัยการพิสูจน์ถึงหลักเจตนา ซึ่งเป็นหลักที่จะนำมาบังคับใช้แก่กรณีได้เป็นไปได้ยาก

ทั้งนี้เมื่อได้ทำการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี ตลอดจนคำพิพากษาของศาล และความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่ของประเทศ

*นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

สหรัฐอเมริกา จีน และออสเตรเลีย เพื่อวิเคราะห์ความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์อันเนื่องมาจาก ขอบเขตในการให้บริการของเจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์ โดยศึกษาพบว่าประเทศเหล่านั้นมีบทกฎหมายเฉพาะในเรื่องนี้ขึ้นและได้กำหนดความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ การบัญญัติดังกล่าวทำให้เกิดหน้าที่แก่เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์ในการตรวจสอบและป้องกันและทำให้เป็นประโยชน์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์

ดังนั้นวิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงขอเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดความรับผิด โดยเพิ่มขอบเขตความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่รู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ และยังมีการให้ใช้พื้นที่ของตนเพื่อการกระทำของบุคคลอื่นและการกระทำของบุคคลอื่นที่เจ้าของพื้นที่มีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบตลอดจนการได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน เพื่อให้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการใช้บังคับมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ : เจ้าของพื้นที่ จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์

Abstract

Nowadays, one of common problems in Thailand is copyright infringement of well-known and high demand products that has wide impact on economic system. Copyright owners lose their revenue and confidence in potential production. The sales of pirated goods in different sites have been widely and familiarly found. In this regard, the research aimed to study criminal liability of hosting providers allowing the sale of pirated goods on their website. This study focused on investigating the need to determine the liability of hosting providers allowing the sale of pirated goods on their website. Hosting providers shall participate in controlling and protecting copyright infringement and the sale of pirated goods on their own site.

However, when provisions of the Copyright Act, B.E. 2537 (1994) are considered, no provisions on the liability of hosting providers allowing the sale of pirated goods on their website is found. Although some lawyers opinioned that such actions may be liable under Section 86 of the criminal law, proof of intent is required and it is difficult to apply proof of intent to the case.

When exploring related concepts, theories, judgments of the court and the liability of hosting providers allowing the sale of pirated goods on their website in United States, China and Australia to analyze their liability due to their scope of services, the results indicated as follows.

These countries have specific provisions on this regard that stipulate the liability of hosting providers allowing the sale of pirated goods on their website. These provisions lead to the responsibility of hosting providers to control and protect the sale of pirated goods on sites, providing the benefits to copyright owner.

Thus, this thesis would suggest the provisions on criminal liability of hosting providers allowing the sale of pirated goods on their website that specifically stipulate the liability by increasing the scope of liability of hosting providers to know and aware of copyright infringement on the site. These hosting providers allow other persons to use of their own site and illegal actions of other persons for financial benefits should be controlled and monitored by hosting providers so that law shall be enforced in more efficient manner.

Keyword : criminal liability, online hosting providers, pirated goods

บทนำ

ลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่าง แต่เป็นสิ่งที่ถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาที่เกิดจากระบบความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ โดยใช้ความวิริยะ อุตสาหะ ความคิดสร้างสรรค์ริเริ่ม ซึ่งมีความคิดที่ก่อกำเนิดเป็นรากฐานของงานทางทรัพย์สินทางปัญญา โดย “มนุษย์ตั้งแต่อดีตตราบจนถึงปัจจุบันมีความชอบธรรมในการอ้างว่าตนมีสิทธิหวงกันทรัพย์สิ่งของที่ตนได้สร้าง ได้ทำขึ้นด้วยน้ำพักน้ำแรงแต่เพียงผู้เดียวได้ฉันใด ผู้ก่องานทางปัญญาก็ย่อมมีความชอบธรรมในการอ้างว่าตนมีสิทธิหวงกันแต่ผู้เดียวในผลงานอันตนได้ใช้สติปัญญาสร้างสรรค์ขึ้นฉันนั้น” โดยเทียบเคียงมาจากหลัก ใครทำใครได้ ซึ่งงานอันมีลิขสิทธิ์ส่วนใหญ่มีผลทางธุรกิจทั้งสิ้นไม่ว่าจะเป็น งานดนตรีกรรม ศิลปกรรม สถาปัตยกรรม งานแพร่ภาพแพร่เสียง สิ่งบันทึกเสียง ภาพยนตร์ ซึ่งงานดังกล่าวนั้น มีความสำคัญกับประชาชนทั่วไปและมีอิทธิพลต่อสังคมเป็นอย่างมากเพราะเป็นงานที่เข้าไปแทรกซึมกับบุคคลในทุกระดับชั้น ไม่ว่าจะเป็น เด็ก ผู้ใหญ่ ตามในเมือง หรือต่างจังหวัดก็ตาม ก็ย่อมได้รับอิทธิพลที่เกิดขึ้นจากงานที่เป็นงานที่คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในด้านลิขสิทธิ์เพราะเป็นสิ่งที่เข้าถึงได้โดยง่าย ซึ่งจะสังเกตได้ว่าสิ่งที่เป็นสิ่ง อุปโภค บริโภค เครื่องบันเทิงใจ ที่มีอยู่ในปัจจุบัน ตัวอย่างเช่น เกมคอมพิวเตอร์ ภาพยนตร์ต่าง ๆ ก็ย่อมอยู่ภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญาด้านลิขสิทธิ์ทั้งสิ้น ดังนั้นเมื่อเป็นสิ่งที่มีการเข้าถึงได้ง่ายก็สามารถทำการละเมิดดังกล่าวได้ไม่ยาก

เมื่อเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น และมีความสำคัญต่อชีวิตของประชาชน มีการพัฒนาอุปกรณ์ที่เข้าถึงระบบอินเตอร์เน็ตให้มีความหลากหลายตอบสนองต่อ

การใช้งานของผู้คนในยุคที่มีแต่ความเร่งรีบ อุปกรณ์ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่ามีการขยายออกไปไม่ใช่มีเพียงแต่คอมพิวเตอร์ตั้งโต๊ะอย่างในอดีตเท่านั้น ไม่ว่าจะเป็น โน๊ตบุ๊ค แท็บเล็ต หรือสมาร์ทโฟน ซึ่งมีให้เลือกมากมายหลากหลายยี่ห้อ ทำให้เกิดความสะดวกในการพกพาและการใช้งานมากขึ้น ซึ่งเป็นที่ยอมรับว่าอินเทอร์เน็ตเป็นสิ่งที่จำเป็นและสำคัญอย่างยิ่งในชีวิตประจำวันของคน กล่าวคือ ตั้งแต่ตื่นนอน เข้าห้องน้ำ เวลาทำงาน ระหว่างเดินทาง จากการสำรวจค้นพบว่ามีประชากรที่ใช้งานเพิ่มขึ้นมากในทุก ๆ ปี และมีการใช้งานในรูปแบบที่หลากหลายมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการดูหนัง ฟังเพลง แต่เป็นที่นิยมในปัจจุบันคือการซื้อขายสินค้าผ่านเว็บไซต์ตัวกลาง และเหตุผลหลักที่ทำให้เกิดการทำธุรกรรมทางอิเล็คทรอนิคส์นั้น ในปัจจุบันในส่วนของการซื้อขายผ่านทางอินเทอร์เน็ตนั้นมีความแพร่หลายมากขึ้นนั้นมาจากปัจจัยหลายอย่างไม่ว่าจากเป็นการเดินทาง ค่าโดยสาร หรือไม่มีเวลาที่จะเดินทางไปซื้อสินค้าด้วยตนเอง ก็อาศัยช่องทางดังกล่าวในการซื้อขาย ยิ่งสื่ออินเทอร์เน็ตนั้นมีความนิยมมากขึ้นเท่าใด การให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่เจ้าของลิขสิทธิ์ก็มีความสำคัญมากขึ้นเท่านั้น เพราะเหตุว่าอินเทอร์เน็ตนั้นได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดซึ่งเกิดได้หลากหลายรูปแบบและเกิดขึ้นได้ง่ายและรวดเร็ว เช่นการซื้อขายสินค้าและบริการบนเว็บไซต์ เป็นต้น โดยเป็นไปในลักษณะของการประมูลหรือรูปแบบของการซื้อขายผ่านพื้นที่บนเว็บไซต์ แต่มีปัญหาตามมา กล่าวคือมักมีการละเมิดลิขสิทธิ์ โดยการนำสินค้าที่มีลิขสิทธิ์มาซื้อขายบนพื้นที่เว็บไซต์ก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้เป็นเจ้าของลิขสิทธิ์อย่างมากเพราะกว่าการที่เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นจะผลิตสินค้าออกมาได้แต่ละชิ้นต้องอาศัย ความคิดสร้างสรรค์ ตลอดความวิริยะอุสาหะเพื่อให้ได้สินค้าที่เป็นที่พึงพอใจแก่ผู้บริโภค แต่จะเห็นได้ว่ามีการใช้ช่องทางที่เรียกว่าเว็บไซต์เข้ามาเป็นส่วนช่วยในการจำหน่ายสินค้าและเมื่อช่องทางนี้เป็นช่องทางที่ตอบสนองความสะดวกของผู้ซื้อสินค้า ผู้ซื้อก็มีแรงจูงใจในการซื้อสินค้าบนเว็บไซต์ดังกล่าวเพิ่มขึ้นและสินค้าบนเว็บไซต์มักจะมีราคาที่ถูกกว่าซึ่งผู้ซื้อย่อมได้สินค้าที่ไม่ใช่ของถูกลิขสิทธิ์ไปซึ่งราคานั้นเป็นปัจจัยหลักที่ทำให้ไม่มีใครซื้อสินค้าที่ถูกต้องตามลิขสิทธิ์ทั้งนี้ตามข้อมูลของสำนักงานผู้แทนการค้าสหรัฐอเมริกา ได้ให้สถานะของประเทศไทยเป็นประเทศที่ถูกจับตามองในปี 2561 โดยปัญหาที่พบมากที่สุดคือ การที่คนไทยนิยมบริโภคสินค้าที่ละเมิดลิขสิทธิ์

นอกจากนี้เมื่อพิจารณายังพบว่าพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่จะนำมาแก้ไขมาปรับใช้แก่เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์สำหรับการกระทำความผิดของบุคคลอื่นที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบและการควบคุมการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของพื้นที่ ต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับ ซึ่งก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนและข้อโต้แย้งระหว่างเจ้าของพื้นที่บนอินเตอร์เน็ตกับเจ้าของลิขสิทธิ์ แม้จะมีความเห็นว่าการกระทำที่เจ้าของพื้นที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ ผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86

แต่การที่จะต้องอาศัยการพิสูจน์หลักในเรื่องของเจตนานั้นจะเป็นตัวแปรที่สำคัญในการกำหนดความรับผิดว่าผู้นั้นอยู่ในฐานะของผู้สนับสนุนหรือไม่กล่าวคือมีลักษณะหรือบริบทไปในทางช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่ผู้ที่จำหน่ายสินค้าบนเว็บไซต์ของตนหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาลักษณะหรือบริบทของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์นั้นหากจะอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปกล่าวคือการพิสูจน์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 ย่อมเกิดขึ้นได้ยากด้วยลักษณะขององค์ประกอบของความรับผิดทางอาญาแล้วนั้นต้องเป็นการพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยและด้วยบริบทของลักษณะกฎหมายอาญาที่ต้องตีความโดยเคร่งครัด ทำให้เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ ก็ทำให้เจ้าของพื้นที่นั้นอาศัยการอ้างว่าตนไม่รู้ถึงการกระทำความผิดกล่าวไปในลักษณะที่ว่าตนไม่มีเจตนาที่จะสนับสนุนการขายสินค้าจากการละเมิดลิขสิทธิ์

ดังนั้นผู้วิจัยมุ่งเน้นศึกษาในลักษณะของความรับผิดของผู้เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ศึกษากรณีให้เช่าพื้นที่ ด้วยเหตุที่ว่าการที่เจ้าหน้าที่นั้นจะค้นหาตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงนั้นในบางครั้งไม่สามารถระบุตัวได้อย่างแน่ชัดและเป็นไปได้โดยยาก แต่สิ่งที่สามารถตามหาได้และเป็นส่วนที่สำคัญในการกระจายสินค้าไปยังผู้บริโภคคือเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์เพราะเป็นสถานที่ที่ให้วางสินค้าเพื่อจำหน่ายซึ่งเจ้าของพื้นที่นั้นจะมีที่อยู่อย่างแน่นอน และสามารถค้นหาได้ง่าย และทั้งนี้แม้ว่าเจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์นั้นจะมีข้อห้ามหรือข้อกำหนดอย่างชัดเจนว่ามีให้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์แต่เมื่อได้เข้าไปตามเว็บไซต์เหล่านั้นก็ยังพบสินค้าที่จำหน่ายละเมิดลิขสิทธิ์จำหน่ายอยู่จำนวนมากและเหมือนว่าจะไม่ได้มีมาตรการใดมาเพื่อป้องกันหรือมีแต่ไม่นำมาใช้ให้เกิดประสิทธิภาพประสิทธิผลและเมื่อเกิดผลแห่งการกระทำขึ้นกฎหมายที่พอจะสามารถนำมาบังคับใช้ได้คือ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 รับความผิดในฐานะผู้สนับสนุนซึ่งผู้วิจัยเห็นว่ามาตราดังกล่าวนั้นไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลอย่างแท้จริง ดังนั้นผู้วิจัยจึงทำการศึกษาวิจัยเปรียบเทียบกับกฎหมายของหลายประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศจีน และประเทศไทย เพราะประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นประเทศต้นแบบของการออกกฎหมายลิขสิทธิ์และมีความแข็งแกร่งในการนำกฎหมายลิขสิทธิ์มาบังคับใช้ ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศใช้กฎหมายคอมมอนลอว์และเป็นประเทศที่ตระหนักในเรื่องสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เป็นอย่างมาก และประเทศจีนเป็นประเทศที่มีการละเมิดลิขสิทธิ์มากเป็นอันดับต้น ๆ เพื่อจะนำปัญหาและแนวทางแก้ไขที่เกิดขึ้นมาปรับปรุงปรับใช้ในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลกับบริบทตลอดสภาวะแวดล้อมของประเทศไทยในปัจจุบันให้มากที่สุด โดยหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้และนำมาใช้ในการวิเคราะห์นั้นคือ หลักของ กฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายว่าด้วยละเมิด และกฎหมายอาญา

วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่

2. เพื่อศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่

3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาตามกฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายว่าด้วยละเมิด และสนับสนุนตามกฎหมายอาญา

4. เพื่อเสนอแนะแนวทางที่ได้จากการศึกษาในกรณีความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่เพื่อมาปรับปรุงพัฒนากฎหมายให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม

สมมติฐานของการศึกษา

ความรับผิดทางกฎหมายของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ ควรที่จะมีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 เนื่องจากหลักความรับผิดดังกล่าวนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะและหากมีการบัญญัติหลักดังกล่าวขึ้นจะทำให้เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์เกิดความตระหนักและเอาใจใส่ผู้ที่นำสินค้ามาวางจำหน่ายบนเว็บไซต์ของตนมากขึ้น ซึ่งจะเป็นทางหนึ่งที่ทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ที่เกิดขึ้นนั้นลดจำนวนลง

ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาค้นคว้าความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าต่าง ๆ บนเว็บไซต์โดยมุ่งทำการศึกษาประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่มีการอนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 และส่วนของความรับผิดในฐานะที่เป็นผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา โดยศึกษาจากเอกสาร รายงาน เว็บไซต์ทางอินเทอร์เน็ต รวมไปถึงคำพิพากษาของศาลและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศจีน

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่

2. เข้าใจมาตรการทางกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่

3. สามารถวิเคราะห์ปัญหาตามกฎหมายลิขสิทธิ์ กฎหมายว่าด้วยละเมิด และสนับสนุนตามกฎหมายอาญา

4. สามารถเสนอแนวทางที่จะปรับปรุงแก้ไขและพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ กรณีให้เช่าพื้นที่เพื่อมาปรับใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดและเกิดความเป็นธรรมแก่คนในสังคม

วิธีการดำเนินงานวิธีวิจัย

เป็นการดำเนินการศึกษาค้นคว้าวิจัยเอกสาร โดยค้นคว้าจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้งที่เป็นเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ตัวบทกฎหมาย หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตำรา หนังสือ บทความ วารสาร งานวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลที่ค้นคว้าวิจัยจากอินเตอร์เน็ตโดยนำข้อมูลเหล่านี้มาวิเคราะห์รวมกันเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อไป

บทวิเคราะห์

ปัญหาตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์: ประเทศไทยนั้นไม่มีการบัญญัติในเรื่องความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นในการบังคับใช้จึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับกล่าวคือ ความรับผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งตามมาตรานี้จะเห็นได้ว่าเป็นมาตราที่จำต้องอาศัยเรื่องที่ว่าด้วยเจตนาไม่ว่าประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผล โดยผู้ที่มีภาระการพิสูจน์คือบุคคลอันเป็นเจ้าของลิขสิทธิ์มีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์นั้นเจตนาหรือไม่เพียงใด หากกรณีเป็นที่เคลือบแคลงสงสัยว่าเจตนาหรือไม่ก็เป็นอันต้องยกผลประโยชน์ดังกล่าวให้แก่เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ ด้วยหลักของกฎหมายทั่วไปมีกระบวนการและวิธีพิจารณาคดีโดยอาศัยเจตนาของผู้กระทำความผิดซึ่งจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดบนเว็บไซต์นั้นเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมจะหาข้อพิสูจน์ว่าเจตนาหรือไม่เพียงใดได้นั้นย่อมเป็นไปได้ยากและเป็นเหตุที่ไม่สามารถจะนำบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์มาลงโทษได้

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาถึงประเทศสหรัฐอเมริกา จีน และ ออสเตรเลียทั้งสามประเทศนั้นแม้ไม่มีการบัญญัติไว้ภายใต้กฎหมายลิขสิทธิ์แต่มีการนำหลักกฎหมายอื่นมาประกอบการตัดสินคดี เช่น สหรัฐอเมริกาและออสเตรเลียนั้นได้มีการนำหลักความรับผิดจากการกระทำของบุคคลอื่น ความรับผิดฐานสนับสนุน และความรับผิดฐานสมคบคิด มาปรับใช้ประกอบกับการจำกัดความผิดของเจ้าของพื้นที่ ซึ่งเป็นลักษณะของความรับผิดเด็ดขาด โดยการนำความรับผิดเคร่งครัดมาใช้ ซึ่งความรับผิดเคร่งครัดนี้ไม่ต้องมีการพิสูจน์ถึงความผิดหากรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถือได้ว่ามีความผิดดังกล่าวและประเทศจีนเป็นการใช้กฎหมายแพ่งมาตรา 130 ประกอบกับการตีความกฎหมายของศาลประชาชนสูงสุดซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายลักษณะหนึ่ง โดยกล่าวว่า ผู้ให้บริการบนอินเทอร์เน็ตนั้นได้ให้ความร่วมมือหรือช่วย

เหลือผู้อื่นหรือสนับสนุนให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์ ให้ศาลดำเนินการตามมาตรา 130 กฎหมายแพ่ง ซึ่งเมื่อมีการตีความกฎหมายของศาลประชาชนสูงสุด โดยมีการตีความถึงการรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ทำให้กฎหมายของประเทศจีนมีความชัดเจนการบังคับใช้แล้ว และยังมีการบัญญัติความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ในกฎหมายว่าด้วยละเมิดซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 36 วรรค 2 และ วรรค 3 โดยทั้งสามประเทศที่กล่าวมานั้น กฎหมายมีความชัดเจนในตัวอยู่แล้วและมีการบังคับใช้ได้จริง จึงไม่จำเป็นในการที่จำต้องมีกฎหมายลิขสิทธิ์เพื่อมาเพื่อเติมในลักษณะดังกล่าวอีกซึ่งแตกต่างกับประเทศไทย

ประเทศไทยนั้นนำกฎหมายทั่วไปกล่าวคือกฎหมายอาญาว่าด้วยการสนับสนุนโดยเป็นการอาศัยหลักเจตนาและเป็นหลักที่ต้องพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยดังนั้นเมื่อเกิดคดีละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นจะเกิดช่องว่างดังกล่าวให้แก่เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์อ้างได้ว่าตนนั้นไม่ได้มีเจตนาในการสนับสนุนของผู้เช่าพื้นที่เพื่อจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ และผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาถึงมาตรา 31 จะเห็นว่า เป็นความรับผิดโดยอ้อมในการผลิตทำซ้ำ จำหน่าย สินค้าอันละเมิดลิขสิทธิ์ซึ่งถือได้ว่าเป็นไปตามลักษณะของการสนับสนุนในการกระทำความผิดของมาตรา 27 ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์โดยถือว่าเป็นความผิดแล้ว แต่ในส่วนกรณีของการที่เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ยังไม่มีการกำหนดไว้เป็นความผิดในกฎหมายลิขสิทธิ์ทำให้เกิดช่องโหว่ของกฎหมายขึ้นแม้ตามที่กล่าวไปข้างต้นว่าพอที่จะสามารถนำกฎหมายอาญามาปรับใช้ได้แต่ก็ไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริงสามารถเพียงพอจะนำมาปรับใช้ได้ตามหลักกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นถ้าได้มีการบัญญัติความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ไว้เฉพาะจะเป็นการส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายให้อย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง ไม่ก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายอีกต่อไปและจะไม่ทำให้เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ปฏิเสธความรับผิดได้และทำให้เจ้าของพื้นที่มีความตั้งใจในการใช้อำนาจการควบคุมตรวจสอบสินค้าที่อยู่บนเว็บไซต์ของตนได้อย่างเต็มที่เมื่อพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะไม่มีการกำหนดหลักเฉพาะจึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องดังกล่าวตามหลักกฎหมายทั่วไปได้แก่กฎหมายอาญาซึ่งจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

ปัญหาตามกฎหมายอาญา: เมื่อประเทศไทยนั้นไม่มีกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะสำหรับความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์มาใช้บังคับตามระบบกฎหมายแล้วจึงจำต้องอาศัยบทกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้บังคับตามกรณีดังกล่าว บทบัญญัติกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ได้กล่าวคือ หลักกฎหมายว่าด้วยการสนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา โดยการสนับสนุนผู้จำหน่ายสินค้าบนเว็บไซต์ต้องเป็นการกระทำไป

โดยเจตนาเท่านั้นโดยผู้จำหน่ายสินค้าจะต้องได้รับประโยชน์ดังกล่าวจากการสนับสนุนและทั้งนี้การตีความทางอาญาต้องเป็นลักษณะของการที่ต้องตีความโดยเคร่งครัด ถ้ากรณีที่เป็นที่สงสัยศาลก็จะตีความไปในทางที่จะต้องยกผลประโยชน์ให้แก่บุคคลที่เป็นจำเลย

โดยบางข้อเท็จจริงพบว่าเจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์รับรู้ได้ว่ามีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เกิดบนพื้นที่ของตน หากได้ให้ความสนใจ ตรวจสอบ และผู้ที่รับรู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของพื้นที่นั้นคือบุคคลผู้ที่ได้รับมอบหมายหรือลูกจ้าง เวลาที่เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์อาจจะถูกฟ้องและเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์อาจต่อสู้คดีในเวลาที่ถูกฟ้องร้องว่าไม่ได้มีเจตนาสนับสนุนและไม่รู้ถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์สินค้าดังกล่าว เพราะไม่ได้มีการรับแจ้งว่ามีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนพื้นที่ของตน ตามกรณีจึงเป็นกรณีที่มิใช่การสนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา เพราะมิได้เจตนาสนับสนุนให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นซึ่งทั้งนี้ผู้ที่มีหน้าที่หาพยานหลักฐานคือเจ้าของลิขสิทธิ์ที่จำต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์นั้นเจตนา แต่หากพิสูจน์ไม่ได้แล้วนั้นก็จำต้องยกผลประโยชน์ดังกล่าวไป

โดยเมื่อศึกษาแล้วพบว่าในประเทศไทยยังไม่พบคดีลักษณะดังกล่าวขึ้นสู่ศาลโดยอาศัยความรับผิดฐานผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใดและหากจะพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ในการดำเนินคดีก็ไม่สามารถทำได้แต่อย่างใดเพราะไม่มีกฎหมายรองรับซึ่งตามมาตรา 31 พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นก็จะดำเนินคดีได้แต่กับผู้ขายเท่านั้นแต่ผู้เป็นเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าบนเว็บไซต์ซึ่งมีลักษณะในการส่งเสริม ช่วยเหลือ หรือสนับสนุน โดยรับรู้หรือควรรู้ถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว ไม่ต้องรับโทษ ก็ทำให้เจ้าของพื้นที่นั้นละเลยไม่ตรวจสอบ และปล่อยให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ต่อไป ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเพื่อไม่ให้เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์กล่าวอ้างได้ว่ามิได้กระทำโดยเจตนาในการให้การช่วยเหลือ ให้ความสะดวกหรือสนับสนุน ทั้งที่ในความเป็นจริงรู้หรือควรจะต้องรู้ถึงการกระทำดังกล่าว แต่เพิกเฉย ไม่เอาออกจากพื้นที่ของตน ซึ่งถ้าหากเจ้าของพื้นที่นั้นได้ให้ความใส่ใจ และตระหนักในเรื่องดังกล่าวมากพอก็จะทราบถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ดังกล่าว กล่าวคือ ก่อนที่สินค้าชนิดดังกล่าวจะอยู่บนพื้นที่บนเว็บไซต์ เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์ต้องมีหน้าที่ตรวจสอบก่อนว่า สินค้าดังกล่าวมีลักษณะของการละเมิดลิขสิทธิ์ และหากพบว่าเป็นสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ก็เอาออกจากพื้นที่ของตนและทำการแจ้งเตือนไปยังผู้ค้าหากเกิดกรณีดังกล่าวซ้ำอีกก็ให้ลบความเป็นสมาชิกออกไป และทั้งนี้เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำดังกล่าว ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมในส่วนที่ไม่ได้มีการบัญญัติไปถึง คือ ความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่มีการช่วยเหลือ ส่งเสริม สนับสนุน ให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ ไว้เป็นความผิด ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากมีการบัญญัติกฎหมายดังกล่าว

เพิ่มเติมไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ และจะเป็นการแสดงให้เห็นว่า มีความรับผิดเช่นนี้อยู่ เป็นการเตือนให้เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์นั้นมีความรับผิดชอบในการตรวจสอบ กวดขัน ว่ามีสมาชิกคนหนึ่งคนใดกระทำความผิดหรือไม่ และเป็นการครอบคลุมถึงการกระทำอันเกี่ยวกับกฎหมายลิขสิทธิ์ให้ครอบคลุมมากขึ้นไป

ปัญหาตามข้อยกเว้นความรับผิด: โดยแม้ว่าประเทศไทยนั้นมีการกำหนดการยกเว้นความรับผิดของผู้ให้บริการไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ (ฉบับที่2) พ.ศ. 2558 โดยเป็นการเพิ่มเติมในส่วนของการยกเว้นความผิดบนเว็บไซต์ การจำกัดความรับผิดของผู้ให้บริการบนเว็บไซต์ได้ลบหรือปิดกั้นข้อมูลตามคำสั่งศาลโดยมาตรา 32/3 วรรค 1 ได้มีการบัญญัติไว้ว่า ในกรณีที่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่ามีการละเมิดลิขสิทธิ์ในระบบคอมพิวเตอร์ เจ้าของลิขสิทธิ์อาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการละเมิดลิขสิทธิ์ ทั้งนี้มีการให้ความหมายของคำว่าผู้ให้บริการไว้ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ให้บริการแก่บุคคลอื่นในการเข้าสู่อินเทอร์เน็ตหรือให้สามารถติดต่อถึงกันโดยประการอื่นโดยผ่านทางระบบคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้บริการในนามของตนเองหรือในนามหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

(2) ผู้ให้บริการเก็บรักษาข้อมูลคอมพิวเตอร์เพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

โดย ตาม (2) ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลเพื่อการกระทำของบุคคลอื่น ผู้เขียนเห็นว่าหมายความถึง บรรดาเว็บไซต์ที่ให้บริการจัดเก็บข้อมูลต่าง ๆ ไม่รวมไปถึงการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ผ่านตัวกลางบนเว็บไซต์ เช่น เว็บพันธุ์ทิพย์ กูเกิ้ล เป็นต้น เพราะการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์นั้นถือว่ามิได้กระทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น แต่เป็นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดอันตนซึ่งสามารถเป็นผู้รับผลประโยชน์ด้วย ซึ่งเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาแล้วนั้น จะมีการแบ่งแยกประเภทอย่างชัดเจน กล่าวคือ มีการแบ่งถึงลักษณะของเจ้าของพื้นที่ เป็น 4 ลักษณะ คือ ผู้ให้บริการส่งต่อข้อมูล ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลชั่วคราว ผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูลในระบบเครือข่ายตามที่ผู้ใช้บริการกำหนด และผู้ให้บริการสืบค้นข้อมูล ดังนั้นกรณีที่เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์โดยผู้ใช้บริการโฆษณาหรือขายสินค้า ผู้ใช้บริการนั้นถือได้ว่าเป็นผู้นำสินค้ามาฝากไว้กับเจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์เปรียบได้กับการเช่าพื้นที่เก็บของเช่นเดียวกันกับการฝากสินค้าไว้ในโกดังฝากสินค้า ดังนั้นเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์เป็นผู้ให้บริการจัดเก็บข้อมูล ซึ่งในประเทศออสเตรเลียก็มีการกำหนดในลักษณะเดียวกัน โดยมีการกำหนดหลักไว้ว่าต้องไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ ต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน และในส่วนของประเทศจีนนั้นแม้ไม่มีการระบุแยกประเภทไว้ แต่มีข้อบังคับว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิการสื่อสารผ่านเครือข่ายข้อมูล มีการกำหนดถึงเจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์ต้องไม่รู้หรือไม่มีเหตุอันควรรู้ถึงการกระทำละเมิด ต้องไม่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน และต้องลบออกทันทีเมื่อการแจ้งลบหรือ

ยับยั้ง ถ้าไม่เป็นไปตามกรณีก็มีความผิดตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนและวิธีการกล่าวคือเมื่อศาลได้รับคำร้องตามวรรคหนึ่งของมาตรา 32/3 แล้วให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ให้บริการระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์ของผู้ให้บริการตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งจะเห็นได้ว่ากระบวนการของมาตรา 32/3 ที่กำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์ดำเนินคดีต่อผู้กระทำการละเมิดลิขสิทธิ์หลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ภายในเวลาที่ศาลมีคำสั่งระงับการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์หรือนำงานที่อ้างว่าได้ทำขึ้นโดยละเมิดลิขสิทธิ์ออกจากระบบคอมพิวเตอร์แล้ว ในทางปฏิบัติเจ้าของลิขสิทธิ์ไม่อาจทราบได้ว่าผู้ใช้บริการที่อ้างว่ากระทำการละเมิดลิขสิทธิ์ของเจ้าของลิขสิทธิ์เป็นใคร ซึ่งข้อมูลเหล่านี้นั้นจะอยู่กับเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์เท่านั้น จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติเป็นการใช้การดำเนินการทางศาลซึ่งมีความแตกต่างกับประเทศอื่นทั้งนี้การดำเนินการทางศาลจะก่อให้เกิดผลกระทบตามมากล่าวคือจะตกเป็นภาระแก่ศาล การกำหนดที่ให้ศาลนั้นมีหน้าที่พิจารณาคำร้องดังกล่าวของเจ้าของลิขสิทธิ์ย่อมไม่ทันการต่อการนำสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ที่มาจำหน่ายบนเว็บไซต์และถึงแม้จะมีการสั่งตามคำร้องของเจ้าของลิขสิทธิ์ผู้กระทำละเมิดลิขสิทธิ์ก็สามารถที่จะนำสินค้าดังกล่าวมาจำหน่ายได้อีกโดยเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์โดยใช้ชื่อและรหัสผ่านใหม่ ซึ่งกระบวนการละเมิดนั้นเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว ดังนั้นการที่เจ้าของลิขสิทธิ์ต้องไปดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ลบหรือระงับสินค้าดังกล่าวไม่อาจที่จะป้องกันและปราบปรามการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ได้อย่างแท้จริงเพราะการดำเนินการทางศาลเป็นการที่ต้องใช้ระยะเวลาซึ่งมีความแตกต่างกับประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และ ประเทศจีน กล่าวคือ มีการกำหนดให้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นดำเนินการผ่านกระบวนการแจ้งเตือนไปยังเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ได้เลยทันทีและเจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์ต้องลบหรือเอาออกภายในเวลาอันสมควรไม่เช่นนั้นจะถือว่าเป็นการรู้หรือควรรู้ถึงการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์มีความผิดตามกฎหมาย

บทสรุป

เนื่องด้วยปัจจุบันระบบการดำเนินชีวิตส่วนใหญ่ของผู้คนในสังคมจะอยู่ในลักษณะของการสื่อสารแบบออนไลน์ ไม่ว่าจะเป็นธุรกรรมทางการเงิน การซื้อขายสินค้าบนเว็บไซต์ การทำธุรกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งบนแอพพลิเคชั่น ซึ่งการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำโดยดำเนินการผ่านตัวกลางทางเทคโนโลยี และจะเห็นได้ว่าสิ่งที่ได้รับความนิยมที่ขณะนี้ คือการลงทุนทำธุรกิจการค้าขายสินค้าการละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ ซึ่งถ้าหากผู้ขายสินค้าไม่มีความประสงค์ที่จะสร้างเว็บไซต์เพื่อจำหน่ายสินค้าของตนเอง ก็สามารถนำสินค้าของตนไปลงโฆษณาขายตามเว็บไซต์

ต่าง ๆ โดยเว็บไซต์อาจมีการกำหนดค่าธรรมเนียม จึงมีบางกรณีที่ผู้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ได้นำสินค้าไปลงโฆษณาหรือทำการประมูลบนเว็บไซต์ ซึ่งเปรียบได้กับกรณีการเช่าพื้นที่ในการวางจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์นั้นเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง แม้จะไม่ได้เป็นผู้กระทำละเมิดโดยตรงก็ตามนั้น แต่เป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน ไม่ว่าจากการโฆษณา หรือการลงขายสินค้า ทั้งนี้การจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เป็นปัญหาสำคัญต่อเจ้าของลิขสิทธิ์ซึ่งเกิดขึ้นได้อย่างรวดเร็ว ง่าย และที่สำคัญนั้นคือความผิดส่วนใหญ่จะไม่สามารถเอาผิดจากการดำเนินคดีได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจตลอดจนสังคม โดยความผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์นั้นก่อให้เกิดความเสียหายได้มากกว่าการละเมิดลิขสิทธิ์โดยทั่วไป ดังนั้นในหลายประเทศมีการพัฒนาหลักต่าง ๆ เพื่อพัฒนาให้มีความทันสมัยและก้าวทันเทคโนโลยี ซึ่งความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่นั้นในปัจจุบันมาตราที่มีการถกเถียงว่าจะนำมาปรับใช้คือมาตรา 86 ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเมื่อเปรียบกับบริบทของข้อเท็จจริงแล้วจะนำมาเอาผิดตามกรณีได้ก็เป็นการยากเพราะต้องอาศัยหลักการพิสูจน์หรือเจตนาตามของกฎหมายอาญา โดยความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ ในปัจจุบันบทบทบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ไม่มีการปรากฏว่ามีบทบัญญัติในเรื่องความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่แต่ประการใด

การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายลิขสิทธิ์และคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาจะพบว่ามีการนำหลักเรื่องของความรับผิดของการกระทำของบุคคลอื่น ความรับผิดจากการสนับสนุน โดยมีหลักที่นำมาพิจารณาดังต่อไปนี้ เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์รู้หรือควรรู้หรือไม่ว่าผู้ใช้บริการขายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ตลอดจนเพิกเฉยหรือปล่อยปละละเลยและให้มีการละเมิดต่อไป เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์มีอำนาจในการควบคุมหรือตรวจสอบหรือไม่ และเจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์ได้รับเงินค่าโฆษณาซึ่งถือว่าเป็นผลประโยชน์ทางการเงินหรือไม่

โดยเมื่อพิจารณาถึงประเทศจีนและประเทศออสเตรเลียก็เป็นการวินิจฉัยไปในทิศทางเดียวกันซึ่งไม่มีกฎหมายยกเว้นความรับผิดกับกรณีดังกล่าว

ทั้งนี้เมื่อนำมาเปรียบกับกฎหมายลิขสิทธิ์ของไทยจะเห็นได้ว่ายังขาดความชัดเจนของกฎหมายในการกำหนดความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ ทั้งที่ในปัจจุบันเทคโนโลยีมีความรวดเร็วและก้าวไกลการละเมิดลิขสิทธิ์เกิดขึ้นได้โดยง่ายและรวดเร็ว ซึ่งถ้าประเทศไทยมีการกำหนดกฎหมายในทันสมัย จะทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ลดปริมาณลง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

ถ้ามีการกำหนดเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ นอกจากเป็นการส่งเสริมให้เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์นั้นมีความตระหนักรู้ มีความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดลิขสิทธิ์ แล้วการออกกฎหมายนั้นยังจะทำให้เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์ต้องคอยควบคุมสินค้าหรือข้อมูลที่อยู่ในความดูแลของตนซึ่งเป็นการที่จะทำให้การละเมิดลิขสิทธิ์ของประเทศไทยลดลง

ข้อเสนอแนะ

ความรับผิดทางอาญาของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์กรณีให้เช่าพื้นที่นั้นควรมีบทกฎหมายเฉพาะที่ชัดเจน เพื่อให้เจ้าของลิขสิทธิ์นั้นดำเนินการฟ้องร้องแต่เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ได้ ซึ่งหลังจากได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่นำมาใช้บังคับของประเทศสหรัฐอเมริกา จีน และออสเตรเลีย จะเห็นว่าแนวคิดและทฤษฎีที่สำคัญสำหรับปรับใช้กับกรณีของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์รู้หรือควรรู้ถึงการละเมิดลิขสิทธิ์ คือ การรู้หรือควรรู้ถึงการกระทำละเมิดสิทธิและความสามารถในการควบคุม และมีการได้รับผลประโยชน์ทางการเงินหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่าการออกกฎหมายเพิ่มเติมในส่วนของความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าบนเว็บไซต์ ด้วยเหตุที่ว่าเจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์นั้นเป็นได้รับผลประโยชน์จากการที่ผู้ใช้บริการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ จึงควรที่จะต้องมีจิตสำนึก ตลอดจนมีหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบ รวมไปถึงป้องกันไม่ให้เกิดการละเมิดลิขสิทธิ์ขึ้น เจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์จึงเป็นส่วนสำคัญในการดูแลและควบคุมการกระทำความผิดเนื่องจากที่กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์และเพื่อแก้ปัญหาการพิสูจน์โดยอาศัยหลักเจตนาตามกฎหมายอาญาที่ต้องทำการพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยเพื่อให้ศาลนั้นเชื่อว่าเจ้าของพื้นที่บนเว็บไซต์นั้นได้มีเจตนาช่วยเหลือหรือสนับสนุนผู้กระทำละเมิด ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการออกกฎหมายความรับผิดในการละเมิดลิขสิทธิ์โดยอ้อมโดยมุ่งเน้นความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ที่มีการกระทำส่งเสริมหรือช่วยเหลือให้มีการละเมิดลิขสิทธิ์

ผู้เขียนจึงขอเสนอเพิ่มเติม บทบัญญัติในส่วนที่ 5/1 การสนับสนุนการกระทำละเมิดลิขสิทธิ์ตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ต่อจากมาตรา 31 ที่เป็นการกระทำโดยอ้อมของผู้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ เป็นการเพิ่มเติมในส่วนความรับผิดของเจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ซึ่งเป็นการปรับใช้กับการกระทำการละเมิดลิขสิทธิ์โดยบุคคลที่สามดังนี้

มาตรา 31/1 เจ้าของ ผู้ให้เช่า หรือผู้ใดให้ใช้พื้นที่บนเว็บไซต์ของตนเองหรือผู้อื่นในการเก็บรักษาข้อมูล โดยรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ถึง

การกระทำของผู้ใช้บริการพื้นที่บนเว็บไซต์เพื่อจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ ให้ถือว่าผิดในฐานะเป็นผู้มีส่วนร่วมกระทำความผิดกับผู้จำหน่ายด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่รู้ถึงการกระทำความผิดนั้น

เนื่องจากในปัจจุบันมีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เป็นจำนวนมากซึ่งถ้ามีการเพิ่มในส่วนนี้จะทำให้สามารถปราบปรามผู้ที่จำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและทั้งนี้กฎหมายลิขสิทธิ์นั้นเป็นกฎหมายลักษณะพิเศษจึงไม่มีความซ้ำซ้อนกับกฎหมายอื่นและการออกกฎหมายนี้จะทำให้ประชาชนตระหนักถึงว่าการซื้อสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์เป็นสิ่งผิดกฎหมายเจ้าของสิทธิ์ได้รับการคุ้มครองในงานที่ได้สร้างสรรค์ขึ้นอย่างสมบูรณ์ ผู้สร้างสรรค์มีกำลังใจในการพัฒนาสิ่งใหม่ ๆ เป็นเพิ่มประสิทธิภาพของการปราบปรามสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์และเพิ่มเติมโทษมีข้อความดังนี้

มาตรา 70/1 ผู้ใดกระทำความผิดตามมาตรา 31/1 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงสามแสนบาท ซึ่งการกำหนดโทษนั้นจะทำให้เจ้าของพื้นที่ที่อนุญาตให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์บนเว็บไซต์ที่ปล่อยปละละเลยให้มีการจำหน่ายสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์ ที่เป็นการกระทำละเมิดโดยอ้อมที่เป็นการกระทำเพื่อการค้าสมควรรับโทษด้วย



บรรณานุกรม

กนกนัย ถาวรพานิช, *ละเมิดต่างกับอาญาอย่างไร* (7 กรกฎาคม 2560) ศูนย์นิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ <http://www.tulawcenter.org>.

กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *กฎหมายทรัพย์ทางปัญญาของประเทศจีน* (15 กันยายน 2560) กรมทรัพย์สินทางปัญญา <https://www.ipthailand.go.th/th/ทรัพย์สินทางปัญญาไทย/ทรัพย์สินทางปัญญาต่างประเทศ/กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของต่างประเทศ/item/กฎหมายลิขสิทธิ์-สาธารณรัฐประชาชนจีน.html>.

กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศออสเตรเลีย* (1 กันยายน 2560) กรมทรัพย์สินทางปัญญา <https://www.ipthailand.go.th/th/ทรัพย์สินทางปัญญาไทย/ทรัพย์สินทางปัญญาต่างประเทศ/กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของต่างประเทศ/item/กฎหมายลิขสิทธิ์-ออสเตรเลีย.html>.

กรมทรัพย์สินทางปัญญา, *กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายความลับทางการค้าฉบับใหม่* (5 กรกฎาคม 2560) กรมทรัพย์สินทางปัญญา <http://www.ipthailand.go.th/th/dip-news/item/กฎหมายลิขสิทธิ์และกฎหมายความลับทางการค้าฉบับใหม่.html>.

เทอดชัย ธนพงศ์พร, *งานแพร่เสียงแพร่ภาพตามกฎหมายลิขสิทธิ์คุ้มครองอย่างไรให้เป็นธรรม* (14 กรกฎาคม 2560) ศาลยุติธรรม <http://www.elib.coj.go.th>.

ไชยยศ เหมะรัชตะ, *คำอธิบายกฎหมายลิขสิทธิ์* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2549).

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, *ร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์(ฉบับที่...) พ.ศ.....* (16 กันยายน 2560) สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี<http://www.cabinet.soc.go.th/soc/Program2-3.jsp?top_serl=99221534&key_word=&owner_dep=%BE%B3&meet_date_dd=&meet_date_mm=&meet_date_yyyy=&doc_id1=19033&doc_id2=2552&meet_date_dd2=&meet_date_mm2=&meet_date_yyyy2= >.

Wipo, *Copyright Amendment Act 2006* (19 September 2561) wipo <http://www.wipo.int/wipolex/en>.





ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการลบทะเบียนประวัติผู้เยาว์จากการกระทำผิดทางเพศ

Legal Issues Regarding About Deletion Of Minority Records From Sex Offenses.

*ชนะศักดิ์ ศิริทรัพย์**

บทคัดย่อ

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายการลบทะเบียนประวัติอาชญากร จึงก่อให้เกิดปัญหา และอุปสรรคต่อผู้กระทำผิดที่กลับตนเป็นคนดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับผู้กระทำผิดที่เป็นผู้เยาว์ ทำให้บุคคลดังกล่าวเสียสิทธิต่าง ๆ ขาดโอกาสในการประกอบอาชีพ และไม่สามารถกลับสู่สังคมได้ ทั้งยังต้องเป็นภาระแก่ครอบครัว และแก่รัฐที่จะต้องให้ความดูแลบุคคลเหล่านี้อีกด้วย โดยงานวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาของบุคคลดังกล่าว โดยศึกษาหลักการและเหตุผล รวมถึงคำนิยาม หลักเกณฑ์ และกระบวนการในการลบทะเบียนประวัติอาชญากรตามกฎหมายต่างประเทศอันได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย แคนาดา และมลรัฐเทกซัส สหรัฐอเมริกา มาปรับใช้เป็นแนวทางในการตราพระราชบัญญัติการลบทะเบียนประวัติอาชญากรของไทยว่าควรจะกำหนดหลักการและเหตุผล คำนิยาม หลักเกณฑ์และกระบวนการในการลบทะเบียนประวัติอาชญากรให้เป็นหลักสากล และเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยในปัจจุบัน ซึ่งจะช่วยทำให้บุคคลที่มีทะเบียนประวัติอาชญากรติดตัวกลับมามีสิทธิต่าง ๆ ลดผลกระทบที่บุคคลนั้นจะได้รับ และสามารถกลับสู่สังคมได้อีกครั้ง

คำสำคัญ : ผู้เยาว์ ทะเบียนประวัติอาชญากรรม การกระทำผิดของผู้เยาว์ การลบทะเบียนประวัติอาชญากร

**นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*

Abstract

Nowadays, the sealing of minority records has not yet been preceded in Thailand. This issue has considerably caused the problem and hinders the offenders, especially the youth criminals who have improved themselves. This group of individuals then lost the rights available in the nation, the opportunity to have a career, and unable to reassemble into society. The lack of opportunity and acceptance leads the offenders to become a burden in the family and for the government to handle and look after these people. Therefore, this research aims to introduce solutions to overcome the struggle these individuals have faced by examining the principle and reasoning including the definition, regulation, and the process of concealment of minority records from the foreigner counties. These foreign nations selected for the study are Australia, Canada, and Texas, a part of the state of America. The study will be adapted to use as a guideline to enact the direction of the Act of Thai concealment of minority records and prescribe the principle and reasoning including the definition, regulation, and the process of concealment of minority records into the International scale and to make it suitable for the current environment of the Thai society. As the law will support the criminal with documents to regain the rights, reduce the effect the offenders will have encountered, and able to reunite back into the nation.

Keyword : Minor, Criminal Records, Youth's crime committed, Sealing of records

บทนำ

เมื่อมีการกระทำความผิดหรือก่ออาชญากรรมเกิดขึ้น ประกอบกับผู้กระทำความผิดได้ผ่านขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรม บุคคลนั้นจะถูกขึ้นทะเบียนประวัติอาชญากรและได้ชื่อว่าเป็นบุคคลที่มีประวัติติดตัวแล้ว โดยทะเบียนประวัติอาชญากรเป็นสิ่งที่แสดงถึงข้อมูลเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิด[1] เช่น ชื่อ-นามสกุล ที่อยู่ ลายพิมพ์ นิ้วมือ DNA ตำหนิรูปพรรณ รูปแบบและลักษณะของการกระทำความผิด เป็นต้น แม้ทะเบียนประวัติอาชญากร มีประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมในด้านการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน อาทิเช่น ในชั้นเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้ข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรในการสืบสวนสอบสวน ติดตามจับกุม ตัวคนร้ายมาดำเนินคดีตามกฎหมาย ทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อการสรุป

[1] ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติไม่เกี่ยวกับคดีว่าด้วยประมวลระเบียบตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 32 การพิมพ์ลายนิ้วมือ พ.ศ. 2554.

สำนวนการสอบสวนส่งไปยังพนักงานอัยการในชั้นพนักงานอัยการ เมื่อสำนวนการสอบสวนมีพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือและมีน้ำหนัก ทำให้การสั่งฟ้องคดีของพนักงานอัยการเป็นไปโดยง่าย ในชั้นศาล ทำให้ผู้พิพากษาใช้ข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมแก่ผู้กระทำผิด เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ทะเบียนประวัติอาชญากรดังกล่าวไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบ หรือปัญหาที่เกิดขึ้นกับตัวผู้กระทำผิดที่กลับตนเป็นคนดี โดยเฉพาะกับผู้กระทำผิดที่เป็นผู้เยาว์ทำให้บุคคลดังกล่าวเสียสิทธิต่าง ๆ ขาดโอกาสในการประกอบอาชีพ และไม่สามารถกลับสู่สังคมได้ ทั้งยังต้องเป็นภาระแก่ครอบครัว และแก่รัฐที่จะต้องให้ความดูแลบุคคลเหล่านี้อีกด้วย โดยความมุ่งหมายของการคงไว้ซึ่งทะเบียนประวัติอาชญากรสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อต้องการให้ผู้กระทำผิดเข็ดหลาบไม่กล้าที่จะกระทำความผิดซ้ำ สำนึกต่อการกระทำของตน และในขณะเดียวกันก็เป็นแก้ไขฟื้นฟูให้ผู้กระทำความผิดกลับคืนเข้าสู่สังคมได้ กล่าวคือ การบังคับโทษเป็นไปเพื่อการลงโทษ และเพื่อประโยชน์แก่ผู้กระทำผิดในขณะเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อเป็นบุคคลที่มีประวัติติดตัว หรือถูกขึ้นทะเบียนประวัติอาชญากร ทำให้บุคคลนั้นเมื่อพ้นโทษมาแล้วไม่สามารถกลับคืนเข้าสู่สังคมได้อย่างปกติสุข เพราะคนในสังคมจะมองว่าบุคคลที่มีคดีติดตัวนั้นเป็นคนไม่ดี หวาดกลัวว่าจะกระทำความผิดอีก และเมื่อบุคคลดังกล่าวไปสมัครงาน นายจ้างเอกชนก็จะไม่ยอมรับเข้าทำงานเพราะเหตุที่มีทะเบียนประวัติอาชญากร ส่วนภาครัฐก็จะมีเงื่อนไขการรับสมัครบุคคลเข้าเป็นพนักงานราชการว่าจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามคือ เคยถูกพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก จึงทำให้บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับโอกาสจากสังคมเท่าที่ควร อีกทั้งในปัจจุบันอารยประเทศได้ตระหนักถึงการคงไว้ซึ่งทะเบียนประวัติอาชญากร โดยแนวความคิดในเรื่องดังกล่าว ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเป็นการแก้แค้นทดแทนต่อความผิดที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำไปแต่เพียงอย่างเดียวอันเป็นที่มาของหลักที่ว่า “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน” ซึ่งเป็นหลักของทฤษฎีการลงโทษ[2] ไปเป็นต้องการที่จะให้ความสำคัญต่อตัวผู้กระทำผิดให้สามารถแก้ไขฟื้นฟูหรือปรับปรุงเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของตนและกลับตนเป็นคนดี ซึ่งจะส่งผลให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับคืนเข้าสู่สังคมได้มากกว่าที่จะเป็นการแก้แค้นทดแทน[3] ดังจะเห็นได้จากอารยประเทศเหล่านั้นมีกฎหมายการลบทะเบียนประวัติอาชญากร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะให้ผู้กระทำผิดที่ขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรกลับมามีสิทธิต่าง ๆ อีกครั้ง เพื่อลดผลกระทบที่บุคคลนั้นหรือสังคมจะได้รับ และทำให้บุคคลนั้นสามารถกลับคืนเข้าสู่สังคมได้ในที่สุด มากกว่าที่จะให้ผู้กระทำผิดที่กลับตนเป็นคนดีแล้ว ก่อปัญหาต่อสังคมและประเทศชาติ ซึ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นผู้เยาว์ ซึ่งผู้เยาว์

[2] สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์, *การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานยุติธรรม, 2558) 15-16.

[3] เพิ่งอ้าง, 15-16.

นั้นเป็นทรัพยากรบุคคลที่สำคัญของประเทศ เป็นพลังขับเคลื่อนประเทศชาติบ้านเมืองให้เจริญก้าวหน้าและมั่นคงต่อไปในอนาคต ประกอบกับความผิดที่ได้กระทำนั้นเกิดจากบุคคลดังกล่าวยังไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอในการยับยั้ง ชั่งใจ อยู่ในวัยคึกคะนอง อาจเกิดจากสถาบันครอบครัวไม่ได้ดูแลเอาใจใส่เท่าที่ควร ขาดความรักความอบอุ่นครอบครัว มีปัญหา อยู่ในสภาพแวดล้อม และคบหากับกลุ่มเพื่อนที่ไม่ดี ซึ่งบุคคลดังกล่าวสามารถที่จะทำประโยชน์ให้กับสังคมและประเทศชาติได้อีกมากมาย ซึ่งหากไม่ให้โอกาสบุคคลเหล่านั้น ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาหรือผลกระทบต่าง ๆ ตามมาได้ จากสภาพของปัญหาทำให้ทราบว่าทะเบียนประวัติอาชญากรเป็นเสมือนกับดาบสองคมที่มุ่งจะคุ้มครองความปลอดภัย สวัสดิภาพ ความผาสุข และความสงบสุขของคนในสังคมเป็นส่วนใหญ่จากผู้กระทำความผิดที่จะหวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำ โดยไม่คำนึงถึงผลกระทบส่วนน้อยในกรณีผู้กระทำความผิดได้กลับตนเป็นคนดีของสังคม ทำให้เขาไม่ได้รับโอกาส เสียสิทธิต่าง ๆ และถูกเลือกปฏิบัติจากสังคม ทำให้บุคคลดังกล่าวมีแนวโน้มสูงที่จะกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก ก่อให้เกิดปัญหาสังคมตามมาอีกมากมาย ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้มุ่งศึกษาผลกระทบของทะเบียนประวัติอาชญากร และกฎหมายการลบทะเบียนประวัติอาชญากรตามกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย แคนาดา และมลรัฐเทกซัส สหรัฐอเมริกา โดยที่จะนำมาตรการการลบทะเบียนประวัติอาชญากร รูปแบบ หรือหลักเกณฑ์การลบทะเบียนประวัติอาชญากร ข้อยกเว้นการลบทะเบียนประวัติอาชญากร กระบวนการในการลบทะเบียนประวัติอาชญากร และผลของการลบทะเบียนประวัติอาชญากรในต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1. วิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการลบทะเบียนประวัติอาชญากร

1.1 กำหนด คำนิยามของคำว่า “การลบทะเบียนประวัติอาชญากร” ให้มีความหมายเช่นเดียวกับต่างประเทศที่ได้นำมาเป็นกรณีศึกษา ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย แคนาดา และมลรัฐเทกซัส สหรัฐอเมริกา กล่าวคือ เป็นการปกปิดหรือไม่เปิดข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรด้วยเช่นกัน โดยข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรที่ศาลมีคำสั่งให้ลบนี้ ต้องถือว่าเป็นข้อมูลข่าวสารตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2540 ที่หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าที่ของรัฐต้องมีคำสั่งมิให้เปิดเผยดังกล่าวด้วย เพื่อให้สอดรับกับหลักเกณฑ์รูปแบบ และกระบวนการในการลบทะเบียนประวัติอาชญากรตามกฎหมายต่างประเทศ

1.2 กำหนดหลักเกณฑ์ บุคคลที่อยู่ในเงื่อนไขในการขอลบทะเบียนประวัติอาชญากร ซึ่งเป็นการพิจารณาว่าบุคคลนั้นจะต้องมีลักษณะหรือคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด ถึงจะมีสิทธิขอลบทะเบียนประวัติอาชญากร ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประเภท หรือลักษณะของความผิด และฐานความผิดประกอบด้วย กล่าวคือ ต้องไม่กระทำความผิดร้ายแรงตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ด้วย โดยกฎหมายต่างประเทศมีการกำหนดลักษณะหรือคุณสมบัติแตกต่าง ๆ กันออกไป อาทิเช่น

ประเทศออสเตรเลีย[4] บุคคลที่มีสิทธิขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรนั้น ต้องผ่านขั้นตอนของการคุมประพฤติมาก่อน ประเทศแคนาดา[5] บุคคลที่มีสิทธิขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรนั้นต้องเป็นบุคคลที่ได้รับการอภัยโทษ และมลรัฐเทกซัส สหรัฐอเมริกา[6] ไม่ได้กำหนดถึงลักษณะหรือคุณสมบัติไว้ แต่เป็นการให้ดุลพินิจแก่ศาลว่าผู้ร้องนั้นสมควรที่จะได้รับการลบทะเบียนประวัติอาชญากรหรือไม่ ดังนั้น หากประเทศไทยจะมีการกำหนดถึงบุคคลที่อยู่ในเงื่อนไขในการขอลบทะเบียนประวัติอาชญากร ก็ควรที่จะกำหนดรายละเอียดดังนี้ สำหรับกรณีผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่ คือ บุคคลนั้นต้องถูกศาลพิพากษาลงโทษว่าได้กระทำผิดอาญา และพ้นโทษแล้ว ประกอบกับบุคคลนั้นต้องได้ผ่านขั้นตอนการบำบัดฟื้นฟูหรือการปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมตามที่กฎหมายกำหนดมาแล้ว มิใช่ว่าผู้กระความผิดสามารถที่จะขอทะเบียนประวัติอาชญากรได้ทุกราย ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงฐานความผิดหรือประเภทของความผิดประกอบด้วย ดังเช่นประเทศที่นำมาเป็นกรณีศึกษามีการกำหนดประเภทของความผิดหรือฐานความผิดที่จะขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรไว้ โดยไม่ให้สิทธิแก่ผู้กระทำผิดบางประเภทที่จะขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรได้

สำหรับกรณีผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กนั้น ตามกฎหมายของมลรัฐเทกซัส สหรัฐอเมริกาได้กำหนดหลักเกณฑ์การขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรไว้เช่นเดียวกับกรณีผู้ใหญ่กระทำผิด ถ้าหากพิจารณาอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของเด็ก และการใช้มาตรการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญประกอบด้วยแล้ว จะเห็นว่าขัดกับหลักการของอนุสัญญาและไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของเด็กได้เท่าที่ควร ดังนั้น ประเทศไทยควรกำหนดหลักเกณฑ์การลบทะเบียนประวัติอาชญากรในกรณีที่เด็กกระทำผิดไว้เป็นการเฉพาะแยกต่างหากจากผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่ โดยกำหนดเกณฑ์ที่ผ่อนปรนกว่า กล่าวคือ ในขั้นตอนของการบำบัดฟื้นฟู หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม ก็ควรใช้มาตรการสำหรับเด็กโดยเฉพาะ โดยใช้ระยะเวลาที่เหมาะสมโดยอาจใช้ระยะเวลาที่น้อยกว่ากรณีของผู้ใหญ่ก็ได้ หรือในกรณีที่เด็กกระทำความผิดเล็กน้อย อาทิเช่น ความผิดลหุโทษ ความผิดที่ยอมความได้ ประกอบกับอายุของเด็กขณะกระทำผิดไม่เกิน 13-14 ปี ก็ควรมีมาตรการพิเศษในการขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรสำหรับบุคคลจำพวกนี้ด้วย อย่างไรก็ตามใช้ว่าเด็กจะขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรได้ทุกกรณี โดยจะต้องคำนึงถึงความผิดที่ได้กระทำ หรือฐานความผิดประกอบด้วยเช่นเดียวกับกรณีผู้ใหญ่กระทำผิดหากเป็นความผิดที่มีโทษร้ายแรง เช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย และความผิดเกี่ยวกับเพศ ก็จะไม่มีสิทธิขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรเช่นกัน

---

[4] Section 8, *Criminal Record Act 1991 Pub. No.8 (April 26,1991).*

[5] Section 8, *Criminal Record Act R.S.C 1985.*

[6] Tittle 1 Chapter 55 Article 55.01, *Taxas Code of Criminal Procedure.*

1.3 กำหนดข้อยกเว้นในการขอลบทะเบียนประวัติอาชญากร แม้บุคคลจะได้รับสิทธิในการลบทะเบียนประวัติอาชญากรแล้วก็ตาม หากเข้ายกเว้นตามกฎหมายก็สามารถที่จะเปิดเผยทะเบียนประวัติอาชญากรได้ โดยกฎหมายต่างประเทศออสเตรเลีย[7] ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ เช่น หากเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรม หรือเพื่อประโยชน์อันเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ และรวมถึงการประกอบอาชีพที่สำคัญ เป็นต้น ดังนั้น ประเทศไทยควรที่จะกำหนดข้อยกเว้นในการขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรด้วยเช่นกัน โดยให้สามารถเปิดเผยข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรได้ ถ้ามีกรณีดังต่อไปนี้ หากมีกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์กระบวนการยุติธรรม อาทิ เช่น ในกรณีที่บุคคลที่ขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรกระทำความผิดซ้ำ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถตรวจสอบข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรได้ พนักงานอัยการใช้ข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรอ้างเป็นพยานหลักฐานในชั้นศาลได้ ศาลสามารถใช้ข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากร ในกรณีที่ข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาพิพากษาคดี และรวมถึงการใช้ข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรในการเพิ่มโทษแก่ตัวผู้กระทำผิดได้ หรือเป็นกรณีเพื่อประโยชน์อันเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศไทย รวมทั้งการประกอบอาชีพที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม เช่น ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ ตำรวจ ทนายความ หรืออาชีพที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชน เช่น ครู ผู้ช่วยครู หรือผู้ดูแลเด็ก และเยาวชน เป็นต้น

2. วิเคราะห์ผลของการลบทะเบียนประวัติอาชญากร

เมื่อมีการลบทะเบียนประวัติอาชญากรให้แก่บุคคลใดแล้ว บุคคลนั้นสามารถปกปิด หรือไม่เปิดเผยข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรได้ รวมทั้งมีสิทธิปฏิเสธถึงการมีอยู่ของทะเบียนประวัติอาชญากร โดยกองทะเบียนประวัติอาชญากรซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการจัดเก็บข้อมูลต้องดำเนินการแยกเก็บข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรของบุคคลนั้นต่างหากจากบุคคลอื่นด้วย และต้องไม่ทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้ ทั้งนี้ สิทธิต่าง ๆ ของบุคคลที่ได้สิทธิในการลบทะเบียนประวัติอาชญากรจะกลับคืนมาอีกครั้งหนึ่ง

3. วิเคราะห์กระบวนการในการลบทะเบียนประวัติอาชญากร

กฎหมายต่างประเทศกำหนดกระบวนการในการลบทะเบียนประวัติอาชญากรโดยการเปิดโอกาสให้แก่ผู้กระทำผิดที่มีคุณสมบัติหรือลักษณะครบถ้วน สามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลลบทะเบียนประวัติอาชญากรของตนได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ประเทศไทยก็ควรที่จะวางหลักเกณฑ์สำหรับกระบวนการในการลบทะเบียนประวัติอาชญากรไว้ดังนี้ โดยกำหนดให้บุคคลผู้กระทำผิด หรือทายาท มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาล รวมทั้งมีสิทธิร้องให้พนักงานอัยการเป็นผู้ยื่นคำร้องแทนก็ได้ โดยศาลจะพิจารณาคำร้องประกอบเอกสารทั้งหมดภายในเวลาอันสมควร และทำคำสั่งว่าผู้ร้องสมควรที่จะได้สิทธิในการลบทะเบียนประวัติอาชญากรหรือไม่ด้วย

[7] Section 15, *Criminal Record Act 1991 Pub. No.8 (April 26,1991).*

4. ผลกระทบของทะเบียนประวัติอาชญากร[8]

4.1 ผลกระทบต่อตัวผู้กระทำผิด สำหรับบุคคลที่มีประวัติติดตัว ไม่ว่าบุคคลนั้นจะพ้นโทษมานานเพียงใดก็ตาม ข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรก็ยังคงติดตัวบุคคลนั้นตลอดไป โดยบุคคลเหล่านี้จะถูกตราหน้าว่าเป็นคนไม่ดี น่ารังเกียจ ไม่อยากยุ่งเกี่ยวหรือคบหาสมาคมด้วย เพราะเหตุที่เกรงกลัวว่าบุคคลนั้นเคยกระทำผิดมาแล้ว ก่อให้เกิดผลกระทบต่อตัวผู้กระทำผิด คือ เสียสิทธิในการประกอบอาชีพ ได้แก่ ครู การรับราชการ ทนายความ แพทย์ เป็นต้น เพราะอาชีพเหล่านี้ต้องอาศัยหลักคุณธรรม จริยธรรมในการประกอบวิชาชีพ ประกอบกับการประพฤติปฏิบัติตัวเป็นสำคัญในการคัดสรรค์ หรือคัดเลือกบุคคลเข้าทำงาน ซึ่งรวมถึงการทำงานในภาคเอกชนที่ต้องอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจจากนายจ้างด้วย ทั้งยัง เสียสิทธิทางการเมือง ที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองและคุ้มครองไว้ โดยไม่อาจที่จะลงสมัครรับเลือกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาได้

4.2 ผลกระทบต่อครอบครัวของผู้กระทำผิด สำหรับครอบครัวของผู้กระทำผิด แม้บุคคลอื่นในครอบครัวจะมิได้กระทำผิดด้วยก็ตาม เขาเหล่านั้นก็จะพลอยถูกสังคมติฉินนินทารังเกียจเดียดฉันท์ หรือตราหน้าบุคคลในครอบครัวหรือในวงศ์ตระกูลของผู้กระทำผิดว่าเป็นคนไม่ดีตามไปด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ยังมีผลกระทบต่อการเข้าสังคม หรือการอยู่รวมกันในสังคม เพราะคนในสังคมเกิดความไม่ไว้เนื้อเชื่อใจ เกรงกลัวว่าบุคคลในครอบครัว หรือในวงศ์ตระกูลของผู้กระทำผิดอาจมีแนวโน้มที่สูงที่จะก่ออาชญากรรม หรือกระทำความผิดได้มากกว่าบุคคลทั่วไปทำให้ถูกเลือกปฏิบัติ ถูกรังเกียจ ทั้งยังพลอยทำให้ญาติพี่น้องและวงศ์ตระกูลเสียชื่อเสียงไปด้วย

4.3 ผลกระทบต่อประเทศชาติ สำหรับประเทศชาติ การที่ผู้กระทำผิดเป็นบุคคลที่มีวิชาความรู้ มีความสามารถในวิชาชีพแขนงใดแขนงหนึ่ง แต่ไม่สามารถที่จะนำความรู้ สามารถที่ตนเองมีไปใช้ในการประกอบสัมมาอาชีพ หรือพัฒนาประเทศชาติได้ ด้วยเหตุนี้ เมื่อบุคคลดังกล่าวไม่มีโอกาสที่จะนำความรู้ ความสามารถที่ตนมีไปใช้ให้เกิดประโยชน์แก่ตนเอง ครอบครัว และประเทศชาติได้ อีกทั้งยังทำให้เศรษฐกิจของประเทศชาติเสียหาย เพราะไม่มีโอกาสสร้างสรรค์งานให้ปรากฏ เป็นผลให้ประเทศชาติขาดทรัพยากรบุคคลที่สำคัญในการขับเคลื่อนประเทศ มิหนำซ้ำบุคคลเหล่านี้ยังเป็นภาระที่สังคม และรัฐต้องให้การดูแลอีกด้วย

บทสรุป

จากการศึกษากฎหมายการลบทะเบียนประวัติอาชญากรในกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย แคนาดา และมลรัฐเทกซัส สหรัฐอเมริกา และสภาพปัญหาของทะเบียนประวัติอาชญากร จะเห็นว่าทะเบียนประวัติอาชญากรนั้นส่งผลกระทบต่อตัวผู้กระทำผิด ในกรณีที่ผู้กระทำผิดนั้นสำนึกต่อการกระทำ

[8] วาสนา รอดเอี่ยม, *การลบล้างคำพิพากษาลงโทษจำคุก* (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524) 39-51.

ของตนแล้วต้องการที่จะกลับตนเป็นคนดี หรือผลต่อครอบครัวของผู้กระทำผิด และผลต่อเศรษฐกิจของประเทศชาติ แม้ทะเบียนประวัติอาชญากรจะถูกใช้เป็นเครื่องมือหรือเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมในด้านต่าง ๆ ก็ตาม อาทิ เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้ข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากร ได้แก่ ประวัติของผู้กระทำผิด ลายพิมพ์นิ้วมือ เป็นต้น ในการสืบสวน สอบสวนติดตามจับกุมตัวผู้กระทำผิดมาดำเนินคดีตามกฎหมายได้อย่างรวดเร็ว ทำให้การสั่งฟ้องของพนักงานอัยการเป็นไปโดยง่าย และศาลสามารถใช้ทะเบียนประวัติอาชญากรประกอบดุลพินิจในการพิจารณาพิพากษาคดี รวมทั้งพิจารณาลงโทษหรือเพิ่มโทษให้เหมาะสมแก่ความผิดได้ก็ตาม ซึ่งประโยชน์ของทะเบียนประวัติอาชญากรนั้นก็สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนต่อความผิดที่ผู้กระทำได้กระทำไป ขณะเดียวกันในปัจจุบันยังไม่มีกลไกลทางกฎหมายใด ๆ ที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม และกลับตนเป็นคนดีแล้วสามารถกลับมามีสิทธิต่าง ๆ และลดผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลดังกล่าว จนทำให้บุคคลนั้นไม่สามารถกลับคืนเข้าสู่สังคมได้ ด้วยเหตุที่มีทะเบียนประวัติอาชญากรติดตัว และอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่าง ๆ ตามมา

อีกทั้งประเทศต่าง ๆ ได้ตระหนักถึงผลกระทบดังกล่าว และแนวความคิดในเรื่องของการคงไว้ซึ่งทะเบียนประวัติอาชญากรได้เปลี่ยนแปลงไป โดยต้องการที่จะให้ความสำคัญต่อตัวผู้กระทำผิดที่สามารถแก้ไขฟื้นฟู หรือปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของตน และกลับตนเป็นคนดีมากกว่า ซึ่งจะส่งผลให้ผู้กระทำผิดสามารถกลับคืนเข้าสู่สังคมได้แทนที่จะเป็นการแก้แค้นทดแทนแต่เพียงอย่างเดียว ดังจะเห็นได้จากบทความ งานวิชาการ จนกระทั่งได้มีการออกกฎหมายการลบทะเบียนประวัติอาชญากรขึ้นบังคับใช้ในที่สุด โดยหลักการและเหตุผลของกฎหมายดังกล่าว คือ เพื่อที่จะให้ผู้กระทำผิดที่ขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรกลับมามีสิทธิต่าง ๆ อีกครั้ง เพื่อลดผลกระทบที่บุคคลนั้นหรือสังคมจะได้รับ และทำให้บุคคลนั้นสามารถกลับคืนเข้าสู่สังคมได้ในที่สุด มากกว่าที่จะให้ผู้กระทำผิดที่กลับตนเป็นคนดีแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาต่อสังคม และประเทศชาติ ไม่ว่าจะเป็นการให้โอกาสบุคคลนั้นสามารถประกอบอาชีพบางอย่างได้ทั้งในภาครัฐ และเอกชน ทั้งนี้หน่วยงานของรัฐ และนายจ้างจะไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากร และตัวผู้กระทำผิดสามารถที่จะปฏิเสธถึงการมีอยู่ของทะเบียนประวัติอาชญากรได้ด้วย เป็นผลให้บุคคลดังกล่าวได้รับสิทธิต่าง ๆ กลับคืนมา มีรายได้เลี้ยงตนเอง และครอบครัวได้ ไม่ก่อปัญหาสังคมตามมา และสามารถกลับคืนเข้าสู่สังคมได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องนำมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา และมลรัฐเทกซัส สหรัฐอเมริกา มาเป็นแนวทางในการออกกฎหมายการลบทะเบียนประวัติอาชญากรของไทย ให้มีความเหมาะสมกับความเป็นอยู่และสภาพสังคมไทยตลอดจนเพื่อลดผลกระทบที่เกิดแก่ตัวผู้กระทำผิดและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นแก่สังคมในอนาคต

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการลบทะเบียนประวัติผู้เยาว์จากการกระทำผิดทางเพศ ผู้ศึกษาจึงนำเสนอข้อเสนอ ดังนี้

ร่างพระราชบัญญัติ
ทะเบียนประวัติอาชญากร
พ.ศ. 2561

หลักการและเหตุผล

พระราชบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อให้ผู้กระทำผิดที่ขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรกลับมามีสิทธิต่าง ตามกฎหมายอีกครั้ง และลดผลกระทบที่บุคคลนั้นจะได้รับ โดยสามารถกล่าวอ้างได้ว่าทะเบียนประวัติอาชญากรนั้นถูกลบไปแล้ว

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“การลบทะเบียนประวัติอาชญากร” หมายความว่า เป็นการปกปิด หรือไม่เปิดเผยข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรที่ศาลมีคำสั่งลบ โดยข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรนี้ยังคงถูกเก็บรักษาไว้โดยกองทะเบียนประวัติอาชญากร สังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ซึ่งบุคคลทั่วไปจะไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นได้

“อาชญากรรม” หมายความว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา

“ผู้เยาว์” หมายความว่า บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ กล่าวคือ อายุยังไม่ครบยี่สิบปีบริบูรณ์ และยังไม่บรรลุนิติภาวะโดยการสมรส

มาตรา 5 การที่จะขอลบทะเบียนประวัติอาชญากร บุคคลนั้นต้องถูกศาลพิพากษาลงโทษว่าได้กระทำผิดอาญาและพ้นโทษแล้ว โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ผู้ใหญ่กระทำผิด บุคคลนั้นต้องได้ผ่านขั้นตอนการบำบัดฟื้นฟู หรือปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

(2) เด็กกระทำผิด บุคคลนั้นต้องผ่านขั้นตอนการบำบัดฟื้นฟู หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมตามที่หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดโดยใช้มาตรการสำหรับผู้เยาว์โดยเฉพาะ หรือในกรณีที่เด็กกระทำความผิดเล็กน้อย อาทิเช่น ความผิดลหุโทษ ความผิดที่ยอมความได้ ประกอบกับอายุของเด็กขณะกระทำผิดไม่เกิน 13-14 ปี ก็ควรมีมาตรการพิเศษในการขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรสำหรับบุคคลจำพวกนี้ด้วย

มาตรา 6 บุคคลที่ได้รับสิทธิในการลบทะเบียนประวัติอาชญากรแล้ว หากเข้ายกเว้นตามกฎหมาย กองทะเบียนประวัติอาชญากร สำนักงานตำรวจแห่งชาติสามารถที่จะเปิดเผยทะเบียนประวัติอาชญากรได้ ถ้ามีกรณีดังต่อไปนี้

(1) หากมีกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์กระบวนการยุติธรรม

(2) เพื่อประโยชน์อันเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศไทย

(3) การประกอบอาชีพที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม หรือ อาชีพที่เกี่ยวข้องกับเด็กและเยาวชน เป็นต้น

มาตรา 7 บุคคลที่ได้รับสิทธิในการลบทะเบียนประวัติอาชญากร บุคคลนั้นสามารถปกปิด หรือไม่เปิดเผยข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรได้ และมีสิทธิขอตรวจสอบข้อมูลทะเบียนประวัติอาชญากรของตนได้เสมอ รวมทั้งมีสิทธิปฏิเสธถึงการมีอยู่ของทะเบียนประวัติอาชญากร ทั้งนี้ สิทธิต่าง ๆ ของบุคคลดังกล่าวจะกลับคืนมาอีกครั้งหนึ่ง

มาตรา 8 การยื่นคำร้องขอลบทะเบียนประวัติอาชญากร ประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

ผู้กระทำผิด หรือทายาท มีสิทธิยื่นคำร้องขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรต่อที่ศาลที่มีคำพิพากษา ทั้งนี้อาจขอร้องให้พนักงานอัยการเป็นผู้ยื่นคำร้องแทนก็ได้ โดยผู้ร้องต้องเตรียมเอกสารประกอบคำร้องให้ครบถ้วน

เมื่อศาลรับคำร้องขอลบทะเบียนประวัติอาชญากรแล้ว ศาลต้องพิจารณาคำร้องภายในเวลาอันสมควร โดยศาลต้องแจ้งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบด้วย

มาตรา 9 เมื่อศาลพิจารณาคำร้องลบทะเบียนประวัติอาชญากรดังได้กล่าวมาในมาตราก่อนนี้แล้ว และมีคำสั่งให้ลบทะเบียนประวัติอาชญากร ศาลต้องแจ้งให้หน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และกองทะเบียนประวัติอาชญากรทราบ ทั้งนี้ผู้ยื่นคำร้อง หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถอุทธรณ์คำสั่งได



บรรณานุกรม

วาสนา รอดเอี่ยม, *การลบล้างคำพิพากษาลงโทษจำคุก* (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524).

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์, *การใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ* (กรุงเทพฯ: สำนักงานยุติธรรม, 2558).





มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิง ตามข้อกำหนดกรุงเทพ

Non-detention measure for female offenders as per Bangkok Metropolis regulations

*พันธ์ทิพย์ นวานุช**

บทคัดย่อ

การวิจัยเรื่อง มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงตามข้อกำหนดกรุงเทพ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากฎหมายและปัญหาการบังคับใช้ ตลอดจนแนวทางแก้ไขปัญหามาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงตามข้อกำหนดกรุงเทพ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมาย เอกสารต่าง ๆ กฎกระทรวงตลอดจนข้อกำหนดต่าง ๆ และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

ผลการวิจัยพบว่า มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงจะเป็นการช่วยลดความแออัดในเรือนจำ จากสถิติในปี 2559 พบว่าประเทศไทยมีสัดส่วนผู้ต้องขังหญิงจำนวนสูงสุดในโลกหรือ 68.2 ต่อประชาชนแสนคน ทั้งนี้มาจากการขยายตัวอย่างรวดเร็วของผู้ต้องขังหญิง ซึ่งมีทั้งผู้ต้องขังที่เป็นนักโทษเด็ดขาด และผู้ต้องขังที่ไม่ได้รับการปล่อยตัวชั่วคราวในระหว่างพิจารณาคดี ปัญหาที่สำคัญคือการเพิ่มจำนวนของผู้ต้องขังหญิงทำให้เรือนจำ ไม่สามารถรองรับได้ จึงจำเป็นต้องส่งตัวผู้ต้องขังหญิงไปควบคุมตัวในเรือนจำที่ออกแบบมาสำหรับควบคุมตัวผู้ต้องขังชาย ซึ่งไม่ได้ออกแบบมาให้เหมาะสมและสอดคล้องกับการควบคุมตัวผู้ต้องขังหญิง ทำให้ไม่สามารถเข้าถึงการบริการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการศึกษา การแก้ไขฟื้นฟู หรือการฝึกวิชาชีพซึ่งจัดโดยเจ้าหน้าที่เรือนจำส่งผลให้ผู้ต้องขังหญิงต้องเผชิญกับปัญหามากมาย ซึ่งตามข้อกำหนดกรุงเทพให้ความสำคัญกับการใช้มาตรการ ที่มิใช่การควบคุมในคดีที่มีการกระทำความผิดไม่รุนแรง ประกอบกับปัจจัยทางกายภาพที่ไม่เหมาะกับการคุมขังผู้วิจัยจึงเสนอให้ใช้มาตรการดังนี้แทน 1. มาตรการคุมประพฤติแบบเข้ม 2. มาตรการชะลอฟ้อง 3. ทางเลือกอื่นแทนโทษจำคุก 4. เพิ่มช่องทางการปล่อยตัวชั่วคราว 5. เพิ่มอำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจคุมประพฤติ

คำสำคัญ : มาตรการไม่ควบคุมตัว ผู้กระทำผิดหญิง ข้อกำหนดกรุงเทพ

**อาจารย์ ดร.ประจำ คณะวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนอร์ท-เชียงใหม่*

Abstract

The research on non-detention measure for female offenders as per Bangkok Metropolis regulation aims to study laws and problem of enforcement as well as solution of the problem on non-detention measure for female offenders as per Bangkok Metropolis regulations. This is qualitative research. The provisions of the law, document, and related research were studied. The research found out that non-detention measure for female offenders will reduce congestion in the prison. According to statistics in 2016, Thailand has the highest proportion of female prisoners of the world, or 68.2 per 100,000 people. This is due to the rapid expansion of female inmates, both sentenced inmate and inmates who have not been released temporarily during the trial. The important problem is that the increase the number or female inmates so that the prison is not large enough to support them. It is therefore necessary to send female inmates to be detained in a prison designed for male inmates and not fit for female inmates. Hence, they cannot get access to services such as education, rehabilitation, or professional training organized by prison staff. As a result, the female inmates face a number of problems. Bangkok Metropolis regulations focus on the use of non-detention measures in cases of non-violent crimes and the physical factors that are not suitable for detention. The author therefore proposes the following measures: 1. Criminal probation, 2. Postponement of accusation, 3. Alternative to imprisonment, 4. Increase temporary release channel, and 5. Increase jurisdiction over discretionary probation.

Keyword : Non-detention Measure, Female Inmates, Bangkok Metropolis regulations

บทนำ

ปัญหาผู้หญิงในเรือนจำหรือผู้ต้องขังหญิงนั้น ไม่ได้เป็นปัญหาเฉพาะประเทศไทยเท่านั้นหากแต่เป็นปัญหาที่กำลังเกิดขึ้นในหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก ผลการวิจัยพบว่า เมื่อปี 2559 ประเทศที่มีจำนวนผู้ต้องขังหญิงมากที่สุด 4 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา 183,000 คน สาธารณรัฐประชาชนจีน 71,280 คน รัสเซีย 55,400 คน และไทย 28,450 คน ซึ่งจำนวนผู้ต้องขังหญิงไม่เพียงแต่จะเพิ่มขึ้นในจำนวนที่น่าตกใจ แต่ยังมีอัตราส่วนที่เพิ่มขึ้นสูงกว่าการเพิ่มขึ้นของผู้ต้องขังชาย[1] อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่สำคัญกว่าจำนวนผู้ต้องขังหญิงคือ ผู้ต้องขังหญิงที่ถูกส่งตัวเข้ามาในเรือนจำ ซึ่งเป็นสถานที่ที่ถูกออกแบบมาไว้สำหรับควบคุมตัวผู้ต้องขังชายเป็นหลัก แม้ในสถานที่ที่ใช้ควบคุมตัวผู้ต้องขังหญิงโดยเฉพาะหลายอย่างก็ไม่ได้ถูกออกแบบมาให้เหมาะสมกับมาตรฐานการควบคุมตัวผู้ต้องขังหญิง สิ่งนี้นับเป็นความท้าทายที่สำคัญของหน่วยงานทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดูแลผู้ต้องขังหญิงในส่วนของ ผู้กำหนดนโยบายและผู้ปฏิบัติงาน รวมทั้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

อย่างไรก็ดี พบว่าผู้ต้องขังหญิงคิดเป็นร้อยละ 82 กระทำความผิดในข้อหาเกี่ยวกับยาเสพติดรองลงมาคือการกระทำผิดเกี่ยวกับทรัพย์คิดเป็นร้อยละ 12 ส่วนความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายคิดเป็นร้อยละ 3 ทั้งนี้ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น ส่วนใหญ่เป็นผู้จำหน่ายรายย่อยซึ่งเข้าสู่วงจร ยาเสพติดที่พัฒนามาจากผู้เสพ และผู้ต้องขังเหล่านี้ ส่วนใหญ่ไม่ใช่บุคคลอันตรายที่ก่ออาชญากรรม ที่รุนแรงเป็นอันตรายต่อสังคม เฉลี่ยอัตราโทษจำคุกค่อนข้างต่ำคือ ส่วนใหญ่อยู่ในระหว่าง 2-5 ปี[2] จากการสำรวจพบว่าปัญหาที่ผู้ต้องขังหญิงต้องเผชิญ คือ ความไม่เหมาะสมของสถานที่คุมขังและความไม่ตระหนักถึงความต้องการที่แตกต่างของผู้ต้องขังหญิงที่แตกต่างจากผู้ต้องขังชาย จากปัญหาภาพรวมดังกล่าวจึงมีการเสนอให้ปฏิรูปเรือนจำให้มีความเหมาะสม นอกเหนือจากการปฏิรูปเรือนจำและอาจรวมถึงมาตรการต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การหาทางเลือกอื่นแทนโทษจำคุก เนื่องจากข้อกำหนดกรุงเทพเป็นข้อกำหนดที่ออกมาเป็นมติขององค์การสหประชาชาติซึ่งมีฐานะเป็นเพียง Soft Law คือเป็นกฎหมายที่ไม่มีลักษณะเป็นการบังคับ แต่เป็นมาตรการที่เชิญชวนให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติ เพื่อยกระดับมาตรฐานการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดหญิงสู่มาตรฐานสากล อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดกุรงเทพซึ่งถือว่าเป็นข้อกำหนดสหประชาชาติ ว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำ และมาตรการที่มิใช่การคุมขังสำหรับผู้กระทำผิดหญิง หรือ

---

[1]สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (TIJ) "เทรนใหม่โลกแก้ปัญหายาเสพติด เข้าใจรากของปัญหา-ลดโทษ-ลบประวัติ-เสริมมาตรการที่มิใช่การคุมขัง" (การประชุม CND ครั้งที่ 61, ณ ศูนย์ประชุมนานาชาติเวียนนา กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย, 14-16 มีนาคม 2561) 1.

[2]กรมราชทัณฑ์, *สถิติผู้ต้องขังราชทัณฑ์ทั่วประเทศ* (วันที่ 2 มกราคม 2559) <http://www.correct.go.th /display/select_date_user.php>.

เรียกเพื่อให้เป็นเกียรติกับประเทศไทยว่า “ข้อกำหนดกรุงเทพ” ดังนั้นการที่จะปฏิบัติตามข้อกำหนดดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ จะต้องมีการตรวจสอบว่ากฎหมายภายในประเทศ ระเบียบและข้อบังคับต่าง ๆ สอดคล้องกับข้อกำหนดกรุงเทพเพียงใด มีส่วนที่ไม่สมบูรณ์ในการสนับสนุนหรือไม่

บทความนี้เป็นการวิจัยเพื่อหาแนวทางแก้ไขผู้กระทำผิดเป็นรายบุคคล เพื่อให้สามารถปรับตัวเข้ากับสถานการณ์และสิ่งแวดล้อม ด้วยวิธีการผ่อนปรนตามสภาพ และเพื่อให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด บนพื้นฐานของแนวคิดการเลี่ยงโทษจำคุก โดยนำวิธีอื่นที่เหมาะสมไปปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดหญิงแทน เรียกว่า “การปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดโดยไม่ใช้เรือนจำ” ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในขั้นตอนการสอบสวนคดี การพิจารณาคดีและหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วอันจะนำไปสู่การอนุวัติตามข้อกำหนดกรุงเทพ

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงตามข้อกำหนดกรุงเทพ

2. เพื่อศึกษาความเหมาะสมในการนำมาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงมาใช้

3. เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาในการปรับใช้มาตรการไม่ควบคุมผู้กระทำผิดหญิงให้สอดคล้องกับข้อกำหนดกรุงเทพ

วิธีดำเนินงานวิจัย

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ศึกษาจากเอกสารบทความกฎหมาย และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนเอกสารประกอบการสัมมนาเพื่อนำมาวิเคราะห์ประมวลเป็นข้อเสนอแนะตลอดไป

ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาถึงมาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงตามข้อกำหนดกรุงเทพ ซึ่งเป็นวิธีการหนึ่งของการลงโทษและเป็นที่นิยมใช้ในอารยประเทศ โดยจำกัดขอบเขตไม่ศึกษาถึงการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำ ซึ่งจะศึกษาถึงแนวทางความเป็นไปได้และความเหมาะสมในการเลือกใช้โทษ ทางเลือก โดยวิธีเลี่ยงโทษจำคุกที่จะนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นหญิง

ผลการวิจัย

1. ความเหมาะสมการนำมาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดมาใช้

การควบคุมตัวผู้กระทำผิดเป็นวิธีการหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมที่ปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดไม่ว่าจะเป็นการควบคุมในชั้นสอบสวนหรือในชั้นพิจารณาคดี ซึ่งจะแตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสม ของพฤติการณ์ของการกระทำความผิดตัว ผู้กระทำความผิด ตลอดจนสาเหตุของการกระทำความผิด

อย่างไรก็ดี วิธีการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดนั้น โดยรวมแล้วมีอยู่ 2 วิธี คือการ

ปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดโดยใช้เรือนจำ และไม่ใช้เรือนจำ ซึ่งต่างก็มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมอาชญากรรมไปพร้อม ๆ กับการแก้ไขฟื้นฟู ปรับเปลี่ยนพฤตินิสัยของผู้กระทำความผิดให้พร้อมเป็นคนดีคืนสู่สังคม

กระบวนการยุติธรรมของไทยในปัจจุบันบางขั้นตอนไม่เท่าทันสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว โดยยังมีการบังคับใช้กฎหมายที่รุนแรง ซึ่งไม่เหมาะสมกับการกระทำความผิดการลงโทษจำคุกนั้นถูกนำมาใช้จนเกิดภาวะคนล้นคุก ที่เป็นเช่นนี้เพราะกฎหมายมีโทษทางเลือกในการใช้ดุลพินิจลงโทษค่อนข้างจำกัด มาตรการทางเลือกอื่นแทนการจำคุกที่มีอยู่ไม่ถูกนำมาใช้อย่างเต็มที่ เพราะโทษจำคุกเป็นโทษที่นำมาใช้กับคดีทุกประเภท[3] ถึงแม้จะมีการนำกระบวนการรอการลงโทษมาใช้กับคดีบางประเภท ซึ่งถือว่าเป็นโทษทางเลือกในเรื่องโทษจำคุกประเภทหนึ่งซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ต้องถูกควบคุมตัวในเรือนจำก็ตาม แต่ปัญหาภาวะคนล้นคุกก็ยังเป็นปัญหาในกระบวนการยุติธรรมอยู่ ด้วยเหตุที่ว่าการกระทำความผิดด้วยความพลั้งเผลอความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ เป็นปริมาณคดีที่ผู้กระทำความผิดถูกนำตัวส่งเข้ามาในเรือนจำ ซึ่งโดยเจตนารมณ์ของการลงโทษแล้ว เรือนจำควรเป็นสถานที่ที่ใช้กับผู้กระทำความผิดร้ายแรงที่เป็นภัยต่อสังคม หากกฎหมายมีทางเลือกอื่นใช้แทนโทษจำคุกก็จะสามารถลดปริมาณคดี ลดปัญหาคนล้นคุกและปัญหาอื่นที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากวิธีการดังกล่าว

ด้วยข้อจำกัดในการใช้โทษทางเลือกดังกล่าว ทำให้มีการใช้โทษจำคุกเป็นหลักในการลงโทษ ส่งผลให้เกิดสภาวะแออัดในเรือนจำ เพื่อเป็นการลดปัญหาดังกล่าว ตลอดจนผลกระทบที่เกิดขึ้น ควรเพิ่มทางเลือกในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในลักษณะของโทษทางเลือกแทนโทษจำคุก โดยใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงเพื่อให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดบางคน การกระทำความผิดบางประเภทตามลักษณะความเหมาะสมของคดีโดยให้ความ สำคัญกับแนวคิดการลงโทษแบบแก้ไขฟื้นฟู และให้ผู้กระทำความผิดอยู่ในสังคมได้

มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงตามข้อกำหนดกรุงเทพนี้ จึงเป็นทางเลือกหนึ่งของการลงโทษ ที่สามารถนำไปใช้ในกรณีที่ผู้กระทำผิดในคดีที่ไม่ร้ายแรง เป็นการกระทำผิดด้วยความพลั้งเผลอ กระนั้นก็ดีการใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวก็สามารถตอบสนองวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้อีกทั้งยังเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดหญิงที่มีประสิทธิภาพด้วย

ความเหมาะสมของการนำมาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงมาใช้ ต้องพิจารณาจากบริบทหลาย ๆ ด้าน ประกอบกับข้อกำหนดโตเกียวและข้อกำหนดกรุงเทพ สนับสนุนให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการทางเลือกการลงโทษแก่ผู้กระทำผิดหญิงบางประเภท หรือหญิงมีครรภ์ หญิงที่เป็นเยาวชน ซึ่งจะเป็นช่องทางหนึ่งของการลดปัญหาคนล้นคุก ปัญหาความแออัดใน

[3] นัทธี จิตสว่าง, *แนวทางการขับเคลื่อนข้อกำหนดกรุงเทพไปสู่การปฏิบัติในงานราชทัณฑ์ของไทย* (2 มกราคม 2559) <https://www.gotoknow.org/posts/533423>.

เรือนจำ และปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ตลอดจนสภาพของเรือนจำซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อควบคุมผู้กระทำผิดร้ายแรงคดีร้ายแรงที่เป็นภัยต่อสังคม ซึ่งไม่เหมาะสมกับเพศสภาพของผู้หญิงทั้งทางร่างกายและจิตใจ

อย่างไรก็ดี การนำมาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงมาใช้ ควรพิจารณาถึงพฤติกรรมและประเภทของความผิด ตลอดจนพิจารณาถึงตัวผู้กระทำผิดด้วย ซึ่งต้องผ่านกระบวนการคัดกรองผู้กระทำความผิดซึ่งอาจดำเนินการโดยเจ้าพนักงานคุมประพฤติ นอกจากนี้ยังคงต้องพิจารณาถึงความเสี่ยงของการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำผิดหญิง ดังนั้นเมื่อมีการแยกประเภทผู้กระทำความผิด แยกลักษณะของการกระทำความผิดแล้ว ควรมีการประเมินความเสี่ยงแนวโน้มจะมีการกระทำความผิดซ้ำหรือไม่ ซึ่งอาจจะกระทำโดยเจ้าพนักงานคุมประพฤติ[4] สุดท้ายหากมีการใช้มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิง ก็ควรใช้การคุมประพฤติแบบเข้มควบคู่ไปด้วย กล่าวคือมีการเพิ่มระดับความเข้มข้นของการควบคุมสอดส่อง และดูแลผู้กระทำผิดให้มากขึ้นกว่าการคุมประพฤติแบบปกติ ซึ่งเป็นวิธีการควบคุมแบบเข้มแทนการส่งตัวไปเรือนจำ[5]

2. แนวทางการนำมาตรการไม่ควบคุมตัวใช้กับผู้กระทำผิดหญิง

มาตรการทางเลือกแห่งโทษจำคุกในเรือนจำที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดโตเกียวหลายประการ เช่น การอบรมตักเตือน การปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไข การสั่งให้จ่ายค่าเยียวยาและชดใช้ค่าสินไหมทดแทน การจำกัดเสรีภาพไว้ในที่อยู่อาศัย และการดูแลโดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่วิธีการคุมขัง เป็นต้น เมื่อนำข้อกำหนดโตเกียวและข้อกำหนดกรุงเทพมาวิเคราะห์ประกอบกัน จะเห็นได้ว่าข้อกำหนดทั้งสองฉบับนี้ก็สนับสนุนให้ประเทศสมาชิก หามาตรการโทษทางเลือกให้แก่ผู้กระทำผิดหญิง ซึ่งจะช่วยลดปัญหา คนล้นเรือนจำได้ รวมทั้งเมื่อวิเคราะห์ถึงสภาพเรือนจำที่ถูกออกแบบมาใช้เหมาะสมกับผู้กระทำผิดร้ายแรง ซึ่งไม่เหมาะสมกับผู้กระทำผิดหญิง ดังนั้นวิธีการเลี่ยงโทษโดยใช้เรือนจำ ดังนี้

(1) การชะลอฟ้อง คือคดีที่พนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าการฟ้องคดีจะส่งผลเสียมากกว่าผลดี จึงใช้ดุลพินิจสั่งชะลอฟ้อง โดยใช้วิธีคุมประพฤติผู้กระทำผิดไว้ก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งจะเป็นการแก้ไขปัญหาคนล้นคุกความแออัดในเรือนจำ ตลอดจนปัญหาอื่น ๆ ได้[6] การชะลอฟ้องจึงเป็นกระบวนการทางเลือกอย่างหนึ่ง ซึ่งจะใช้กับคดีอาญาที่ไม่ร้ายแรง หรือผู้กระทำผิดได้กระทำด้วยความพลั้งเผลอ ไม่ได้เป็นอาชญากรโดยสันดาน และสำนึกในการกระทำความผิดพร้อมที่จะแก้ไขฟื้นฟู

---

[4]กรมคุมประพฤติ, *คู่มือจำแนกประเภทผู้กระทำความผิด* (กรุงเทพฯ: กองวิชาการและแผนงาน, 2544) 7.

[5]เชฏฐพันธ์ อุชุปาละนันท์, *การลงโทษจำคุกโดยวิธีการกำหนดช่วงโทษ* (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540) 108.

[6]มาร์ค เจริญวงค์, *กฎหมายชะลอฟ้องคืออะไรเป็นประโยชน์ต่อสังคมจริงหรือ?* (3 เมษายน 2559) <https://www.isaranews.org/isranews-article/45981-law_45989.html>.

การชะลอฟ้องจึงเป็นมาตรการที่มีความยืดหยุ่นต่อสถานการณ์ในอนาคต ก็จะมีการใช้ควบคู่ไปกับการคุมประพฤติแบบเข้มต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจน

(2) มาตรการไม่ควบคุมตัวโดยจำกัดเสรีภาพไว้ในที่อยู่อาศัย

การจำกัดเสรีภาพผู้กระทำผิดหญิงไว้ในที่อยู่อาศัย เป็นการใช้มาตรการลงโทษโดยชุมชน ซึ่งจะเป็นการช่วยลดปัญหาคนล้นคุก ความแออัดในเรือนจำ และปัญหาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง มาตรการนี้จะใช้ในคดีที่ไม่เหมาะสมที่จะใช้การคุมประพฤติแบบธรรมดา ซึ่งไม่ค่อยเข้มงวดอันไม่อาจแก้ปัญหาสังคมได้ ผู้กระทำผิดหญิงจะได้หลาบจำกับการกระทำความผิด ในขณะเดียวกันหากใช้วิธีการควบคุมตัวก็อาจเกิดปัญหาและผลกระทบต่างๆ ดังกล่าว ดังนั้นการใช้มาตรการจำกัดเสรีภาพไว้ในที่อยู่อาศัยจะทำให้เกิดความสงบสุขและปลอดภัยในสังคม และเป็นการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดหญิงด้วย โดยนำมาใช้กับคดีที่ไม่มีความร้ายแรง คดีที่ผู้กระทำผิดเป็นหญิงที่ไม่เป็นภัยต่อสังคม ไม่ใช่อาชญากรโดยสันดาน

(3) มาตรการไม่ควบคุมตัวโดยใช้มาตรการคุมประพฤติแบบเข้ม

มาตรการคุมประพฤติแบบเข้ม เป็นวิธีการหนึ่งของการลงโทษระดับกลางซึ่งเป็นวิธีหนึ่งที่ลดปัญหาคน ล้นคุก ความแออัดในเรือนจำและปัญหาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และเป็นวิธีการใช้กับผู้กระทำผิดหญิงในคดีที่ไม่ร้ายแรง ไม่เป็นอันตรายต่อสังคมที่มีจุดมุ่งหมายแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดโดยชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของผู้กระทำผิดหญิงอันจะทำอันจะนำไปสู่สังคมสงบสุขและปลอดภัย การคุมประพฤติแบบเข้มนี้ไม่รุนแรงเหมือนโทษจำคุก แต่ก็เข้มงวดกว่าการคุมประพฤติแบบธรรมดา ซึ่งบางครั้งการไม่เข้มงวดเท่าที่ควรไม่เหมาะสมกับการควบคุมดูแลผู้กระทำผิดหญิงบางประเภท ซึ่งมาตรการคุมประพฤติแบบเข้มนี้สามารถใช้ได้กับคดีที่ไม่มีลักษณะรุนแรง แต่ไม่เหมาะสมที่จะส่งตัวควบคุมในเรือนจำ ซึ่งสามารถใช้ได้ในขั้นตอนก่อนส่งตัวผู้กระทำผิดหญิงเข้าเรือนจำ หรืออาจใช้ควบคู่ไปกับวิธีการพิพากษาลงโทษเพื่อป้องกันการกระทำผิดซ้ำ

3. มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงตามข้อกำหนดกรุงเทพ

ข้อกำหนดกรุงเทพหรือข้อกำหนดสหประชาชาติว่าด้วยการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังหญิงในเรือนจำและมาตรการที่มิใช่การคุมขัง เป็นข้อกำหนดเพื่ออนุวัตรให้เป็นไปตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติตามข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำ โดยจัดให้มีการตอบสนองความต้องการที่มีลักษณะเฉพาะของผู้ต้องขังหญิง โดยไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ โดยมีมาตรการที่เหมาะสมเป็นทางเลือกในการหันเหผู้กระทำออกจากระบบมาตรการทางเลือกแทนการคุมขังก่อนพิจารณาคดีและทางเลือกแทนโทษจำคุกซึ่ง

ประเทศสมาชิกควรพัฒนากฎหมายภายในให้สอดคล้องกับข้อกำหนดกรุงเทพ เพื่อเพิ่มช่องทางเป็นโทษทางเลือกในการใช้ดุลพินิจของศาลตลอดจนพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีส่วน

เกี่ยวข้อง ซึ่งจะเห็นได้ว่าหน่วยงานของรัฐก็พยายามหาแนวทางดำเนินการให้สอดคล้อง โดยพยายามแก้ปัญหาคนล้นคุก แต่ก็ยังไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร แม้กระทำได้มีการแก้ไขกฎหมายในส่วนของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์และพระราชบัญญัติคุมประพฤติแล้วเพื่อเปิดทางให้ “มาตรการทางเลือกแผนการคุมขัง” แล้วก็ตาม

อย่างไรก็ดี วิธีการดังกล่าวนี้ไม่ได้หมายความว่ารัฐเลือกที่จะปล่อยตัวผู้กระทำผิดหญิงโดยไม่จำคุกไปเสียทุกกรณี แต่วิธีการคือให้มีการใช้การกำหนดโทษแบบใหม่ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการ “การลงโทษที่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด” โดยคำนึงถึงความรุนแรงของการกระทำความผิดกับปัจจัยอื่นๆ ของผู้กระทำความผิด

นอกจากนี้ เจ้าพนักงานคุมประพฤติก็สามารถช่วยเหลือด้านการสืบเสาะข้อมูลของผู้กระทำผิด ซึ่งจะได้นำมาพิจารณาประกอบการกำหนดโทษหรือการเลือกวิธีการที่เหมาะสมต่อไป

ข้อเสนอแนะ

มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงสามารถนำมาใช้ได้กับผู้กระทำความผิดจริงในคดีที่ไม่ร้ายแรงผู้กระทำผิดเป็นหญิงมีครรภ์หรือมีบุตรอยู่ในวัยพึ่งพิง ตลอดจนผู้กระทำผิดหญิงที่เป็นเยาวชน โดยผู้วิจัยขอเสนอแนะแนวทางในการทำมาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงดังนี้

(1) มาตรการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงมาใช้เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการในข้อกำหนดกรุงเทพเพื่อรองรับการใช้สถานที่อื่นคุมขังตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 33 ได้กำหนดไว้ “การกำหนดอาณาเขตในสถานที่อื่นที่ไม่ใช่เรือนจำให้เป็นสถานที่คุมขังเพื่อดำเนินกิจการตามภารกิจของกรมราชทัณฑ์ ให้สามารถทำได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง” โดยกำหนดให้ชัดเจนว่าด้วยเรื่องการจำกัดเสรีภาพไว้ในที่อยู่อาศัย เพื่อเป็นมาตรการทางเลือกโดยใช้วิธีการไม่ควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงในเรือนจำ ให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดโทษตั้งแต่ชั้นทำคำพิพากษาซึ่งศาลควรกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขประเภทของผู้กระทำผิดหญิง ลักษณะของฐานความผิดประกอบการพิจารณาพิพากษาตลอดจนวิธีการควบคุมในกรณีที่มีการผิดเงื่อนไข

ในส่วนของการใช้วิธีการคุมประพฤติแบบเข้มแทนการควบคุมตัวผู้กระทำผิดหญิงในเรือนจำนั้น ผู้วิจัยเสนอแนะให้เพิ่มเติมคำจำกัดความในพระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. 2559 โดยระบุให้ชัดเจนถึงหลักการวิธีการคุมประพฤติแบบเข้มเพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าจะนำมาใช้กับกรณีใดบ้าง และควรมาใช้กับกรณีผู้กระทำผิดหญิงที่กำลังผิดไม่ร้ายแรง หรือกรณีเป็นหญิงมีครรภ์หรือมีบุตรในวัยพึ่งพิงตลอดจนเป็นเยาวชน

ประการสุดท้ายคือ การนำวิธีการชะลอฟ้องมาใช้ โดยให้อำนาจพนักงานอัยการในการพิจารณากำหนดคดีความแล้วเห็นว่ามีการกระทำความผิดจริง แต่การฟ้องคดีอาญาเกิดผลเสียมากกว่าผลดี จึงใช้ดุลพินิจในการสั่งชะลอฟ้อง

ภายใต้เงื่อนไขการคุมประพฤติ หากมีการผิดเงื่อนไขการคุมประพฤติก็จะดำเนินการฟ้องคดีต่อไป การชะลอฟ้องถือว่าเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือกหรือโทษทางเลือกอื่นรูปแบบหนึ่ง ที่สามารถแก้ปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำและผลกระทบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องได้โดยวิธีการลดปริมาณคดีที่จะมาสู่ศาล ซึ่งเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นหญิงในคดีความผิดที่ไม่ร้ายแรง ไม่เป็นภัยต่อสังคม หรือผู้กระทำผิดเป็นหญิงมีครรภ์ หรือมีเด็กในวัยพึ่งพิงต้องดูแล ตลอดจนผู้กระทำผิดเป็นหญิงที่เป็นเยาวชน ในส่วนของการชะลอฟ้องนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็พยายามที่จะเสนอมาเป็นพระราชบัญญัติแทนการฟ้องคดีอาญา แต่ก็ยังอยู่ในระหว่างพิจารณา ผู้วิจัยเสนอแนะให้มีการผลักดันเป็นกฎหมายมาใช้บังคับ เพื่อเป็นแนวทางหนึ่งในการใช้มาตรการไม่คุมตัวผู้กระทำผิดหญิงให้สอดคล้องกับแนวคิดของข้อกำหนดกรุงเทพ



บรรณานุกรม

เชฏฐพันธ์ อุชุปาละนันท์, การลงโทษจำคุกโดยวิธีการกำหนดช่วงโทษ (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540)

นัทธี จิตสว่าง, แนวทางการขับเคลื่อนข้อกำหนดกรุงเทพไปสู่การปฏิบัติในงานราชทัณฑ์ของไทย (2 มกราคม 2559) <https://www.gotoknow.org/posts/533423>.

มาร์ค เจริญวงค์, กฎหมายชะลอฟ้องคืออะไรเป็นประโยชน์ต่อสังคมจริงหรือ? (3 เมษายน 2559) <https://www.isaranews.org/isranews-article/45981-law_45989.html>.

กรมคุมประพฤติ, คู่มือจำแนกประเภทผู้กระทำความผิด (กรุงเทพฯ: กองวิชาการและแผนงาน, 2544)

กรมราชทัณฑ์, สถิติผู้ต้องขังราชทัณฑ์ทั่วประเทศ ณ (วันที่ 2 มกราคม 2559) <http://www.correct.go.th /display/select_date_user.php>.

สำนักกิจการในพระดำริพระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา, ระบบออนไลน์ (2 มกราคม 2559) <http://www.kamlangjai.or.th/siteth/terms-0-0-1-0.html.>.

สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (TIJ) “เทรนใหม่โลกแก้ปัญหายาเสพติด เข้าใจรากของปัญหา-ลดโทษ-ลบประวัติ-เสริมมาตรการที่มิใช่การคุมขัง” (การประชุม CND ครั้งที่ 61, ณ ศูนย์ประชุมนานาชาติเวียนนา กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย, 14-16 มีนาคม 2561).



การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศไทยและสิงคโปร์

The Comparative Study of Competition Laws in Thailand and Singapore

*สาธิตา วิมลคุณารักษ์**

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นเครื่องมือที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจเพื่อดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมในระบบเศรษฐกิจแบบอาศัยกลไกตลาด บทความนี้เป็นบทความซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาและเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและสิงคโปร์ในประเด็นเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย พฤติกรรมต้องห้ามหลักตามกฎหมายและโทษ ซึ่งจากการศึกษาในประเด็นดังกล่าวพบว่ากฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและสิงคโปร์มีลักษณะที่แตกต่างกันในรายละเอียดต่าง ๆ เช่น โทษและประเภทของโทษ แต่ในภาพรวมของหลักการกฎหมายของทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย และพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งทั้งกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้งประเทศไทยและสิงคโปร์ได้กำหนดให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เป็นสากล และเพื่อให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยพัฒนาได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ ต้องอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายที่เหมาะสมประกอบกับองค์กรบังคับใช้กฎหมายควรมีการออกอนุบัญญัติ หลักเกณฑ์และแนวทางต่าง ๆ ที่เหมาะสมและเป็นธรรม เพื่อช่วยในเรื่องของการตีความและกำหนดกระบวนการ ขั้นตอนในการบังคับใช้กฎหมายให้โปร่งใสและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ความเอาจริงจังขององค์กรบังคับใช้

**อาจารย์ ดร. ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ประวัติการศึกษา: นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เกียรตินิยมอันดับ 1), LL.M King's College London (Pass with Merit) และนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (วิทยานิพนธ์ผ่านระดับดี)*

กฎหมายและการสนับสนุนทางด้านงบประมาณที่เพียงพอจากรัฐบาลก็เป็นปัจจัยที่สำคัญเช่นกันต่อการพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย

คำสำคัญ : กฎหมายการแข่งขันทางการค้า พฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมาย ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย

Abstract

Nowadays, competition law is regarded as an important tool in monitoring behaviors of business operators in order to maintain free and fair competition in a market-oriented economy. This article has objectives to study and make comparative study of competition law in Thailand and competition law in Singapore in terms of scope of the application, main prohibitions under competition laws and sanctions. This study shows that there are some distinctions in details between Thai and Singapore competition laws, for example distinctions in sanctions and types of sanctions. However, in the big picture, Thailand and Singapore share some similar principles, particularly in the scope of application. Both countries have similar main prohibitions under their competition laws, which conform to international best practices. The development of Thai competition law to be more effective like Singapore competition law requires many factors, including appropriate provisions in the competition act, the issuance of appropriate and fair secondary rules, criteria, and guidelines by the competition authority to clarify the interpretation of competition act as well as identify and make procedures and processes in the competition law's enforcement more transparent and effective. Thai competition agency is required to be active in the enforcement of competition law. The adequacy of financial support from the government is also an important factor for the development of Thai competition law.

Keyword : Competition Law, Main Prohibitions under Competition Law, Scope of the Application of Competition Law

บทนำ

ในปัจจุบันกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีบทบาทสำคัญมากยิ่งขึ้น เพราะกฎหมายดังกล่าวเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการเอกชนต่างๆ ให้ทำการแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม ไม่ให้ใช้อำนาจเหนือของตนในการเอาเปรียบ กำจัดคู่แข่งออกจากตลาด หรือกีดกันคู่แข่งขันในการเข้าสู่ตลาด รวมไปถึงการป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบธุรกิจร่วมมือกันลด หรือจำกัดการแข่งขันไม่ว่าจะเป็นการร่วมมือกันระหว่างคู่แข่งด้วยกันเองหรือระหว่างผู้ที่ไม่ได้เป็นคู่แข่ง การควบรวมกิจการก็เป็นประเด็นที่จำเป็นต้องถูกควบคุมเพราะสามารถนำไปสู่การผูกขาด สร้างผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือการลดการแข่งขันในตลาดอย่างเป็นนัยยะสำคัญได้ นอกจากนี้กฎหมายยังจำเป็นต้องวางกรอบเพื่อป้องกันการประกอบพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่างๆ เพื่อเสริมสร้างสภาพแวดล้อมการแข่งขันที่ดีและดำรงไว้ซึ่งการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรมในตลาด โดยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าถือว่าเปรียบเสมือนธรรมนูญทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญเป็นอย่างมากต่อระบบเศรษฐกิจแบบอาศัยกลไกตลาด[1] แม้แต่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนก็ได้ตระหนักว่านโยบายและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่ดีจะช่วยส่งเสริมการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของอาเซียน กระตุ้นศักยภาพในการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดภายในประเทศและระหว่างประเทศและช่วยให้อาเซียนสามารถบรรลุเป้าหมายในการเป็นภูมิภาคที่มีศักยภาพในการแข่งขัน มีการพัฒนาด้านนวัตกรรมและมีพลวัตได้[2] จึงมีการกำหนดให้ทุกๆ ประเทศ สมาชิกอาเซียนต้องมีนโยบายและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าบังคับใช้และสนับสนุนให้อยู่ภายใต้กรอบร่วมกันของ ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy โดยในปัจจุบันด้วยความพยายามในกรอบความตกลงทางเศรษฐกิจของอาเซียนประกอบกับสถานการณ์ที่หลายๆ ประเทศได้ตระหนักถึงบทบาทและความสำคัญของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามากขึ้นทำให้เริ่มเห็นพัฒนาการของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในทิศทางที่ดีขึ้นในหลายๆ ประเทศสมาชิกอาเซียน โดยสิงคโปร์เป็นประเทศหนึ่งที่ให้ความสำคัญกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นอย่างมาก แม้จะมีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าภายหลังประเทศไทย แต่เป็นประเทศที่มีการพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่รวดเร็ว มีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่มีประสิทธิภาพและมีประเด็นข้อพิพาทที่น่าสนใจเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าค่อนข้างมากเมื่อเทียบกับประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นๆ[3]

---

[1]ศักดา ธนิตกุล, "กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศจีน" (2559) 41:2 *วารสารราชบัณฑิตยสภา* 223, 224.

[2]เป้าหมายของ AEC Blueprint 2025: Competitive, Innovative, and Dynamic ASEAN.

[3]Sathita Wimonkunarak, *Implementing "the ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy" in Thailand, Indonesia, Singapore and Vietnam: Challenges and Opportunities* (Doctor of Laws Thesis, Chulalongkorn University, 2017) 191-197.

ดังนั้น ในบทความฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการศึกษาและเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและสิงคโปร์ โดยบทความนี้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 4 ส่วน ดังนี้ 1. กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศไทย 2. กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศสิงคโปร์ 3. การเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและสิงคโปร์ในประเด็นขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย พฤติกรรมต้องห้ามหลักตามกฎหมายและโทษ 4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับแรกของไทย แต่ประสบปัญหาความไม่มีประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย มีองค์กรบังคับใช้กฎหมายขาดความเป็นอิสระ ความไม่เหมาะสมของบทบัญญัติบางประการ ความล่าช้าของการออกกฎเกณฑ์ลำดับรอง ทำให้เกิดการปฏิรูปกฎหมายการแข่งขันทางการค้าครั้งใหญ่ ซึ่งส่งผลให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ถือเป็นกฎหมายที่ได้รับการปฏิรูปให้แก้ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นตลอดการบังคับใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และปรับปรุงบทบัญญัติให้มีความทันสมัยและมีความสอดคล้องกับหลักการสากลและกรอบหลักการของ ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy มากยิ่งขึ้น ทั้งในประเด็นเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย โทษ โครงสร้างองค์กรบังคับใช้กฎหมายให้มีความเป็นอิสระและมีการทำงานที่คล่องตัวมากยิ่งขึ้น และการทำงานอยู่บนหลักสุภนิติกระบวนที่ดี (Due Process)[4] โดยหลักการของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ไม่ต่างไปจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 คือ มุ่งหมายให้มีการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมในตลาด โดยเนื้อหาภาพรวมของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบไปด้วยพฤติกรรมหลักๆ ที่กฎหมายกำหนดห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการทำ คือ ห้ามการตกลงร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขันทั้งที่ส่งผลกระทบร้ายแรงและส่งผลกระทบไม่ร้ายแรงต่อการแข่งขันทางการค้า การห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ การควบคุมการควบรวมกิจการหรือการรวมธุรกิจ การห้ามการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมและการห้ามการตกลงร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจต่างประเทศที่ไม่มีเหตุผลและส่งผลกระทบร้ายแรงต่อเศรษฐกิจและต่อผู้บริโภค โดยการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวมีโทษทางอาญาและทางปกครอง ซึ่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560

[4]สาธิตา วิมลคุณารักษ์, ภาณุมาศ ขัดเงางาม, มาลี สุรเชษฐ์, "ASEAN Thai Trade Competition Laws and the ASEAN Framework on Competition Policy" (2561) 9:1 *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ* 1, 23.

มีการเพิ่มโทษทางปกครอง เป็นบทลงโทษใหม่แทนที่โทษทางอาญาสำหรับการฝ่าฝืน มาตรา 51, 53, 55, 57 และ 58 ของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ส่วนองค์กรบังคับใช้กฎหมาย คือ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า และสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีการปรับโครงสร้างองค์กรให้มีความเป็นอิสระ มีมาตรการให้เกิดความโปร่งใส ป้องกันการขัดกันของผลประโยชน์ในการทำงานมากยิ่งขึ้น โดยรายละเอียดของพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ที่บทความนี้มุ่งหมายนำเสนอ มีดังนี้

1.1 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจตามคำนิยามของ มาตรา 5 โดยมีข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4(1)-(4)[5] ซึ่งในส่วนนี้เป็นประเด็นสำคัญที่ได้รับการปฏิรูปที่ทำให้รัฐวิสาหกิจอื่น ๆ ที่ไม่เข้าข่ายข้อยกเว้นตามมาตรา 4(2) ต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย แต่เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ยังเพิ่งมีผลบังคับใช้ จึงยังไม่มีแนวทางในการตีความข้อยกเว้นดังกล่าวว่าจะมีความกว้างหรือแคบอย่างไรหรือครอบคลุมหน่วยงานใดบ้างออกมาในปัจจุบัน

1.2 พฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทย

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดห้ามพฤติกรรมของผู้ประกอบการต่าง ๆ ดังนี้

1.2.1 การตกลงร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขัน (Anti-Competitive Agreements)

มาตรา 54 เป็นบทบัญญัติห้ามการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่แข่งขันในตลาดเดียวกันในลักษณะที่เป็น Hardcore Cartels ซึ่งเป็นการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่ส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อการแข่งขัน ซึ่งมีโทษ

---

[5] มาตรา 4 *พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560*, พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่การกระทำของ

(1) ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น

(2) รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ดำเนินการตามกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ ผลประโยชน์ส่วนรวม หรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

(3) กลุ่มเกษตรกร สหกรณ์ หรือชุมนุมสหกรณ์ซึ่งมีกฎหมายรับรอง และมีวัตถุประสงค์ ดำเนินการทางธุรกิจเพื่อประโยชน์ในการประกอบอาชีพของเกษตรกร

(4) ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลในเรื่องการแข่งขันทางการค้า

ทางอาญา[6] ส่วนการร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจไม่ว่าจะเป็นคู่แข่งกันหรือที่เป็นคู่ค้ากัน หากเข้าข่ายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 55 ถือว่าส่งผลกระทบไม่ร้ายแรงต่อการแข่งขันมีโทษที่เบากว่าคือโทษทางปกครอง และมีข้อยกเว้นกำหนดไว้ชัดเจนในมาตรา 56

1.2.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position)

มาตรา 50 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดห้ามผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดประกอบพฤติกรรมที่กฎหมายกำหนดห้าม โดยการจะพิจารณาว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้นจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนดโดยต้องคำนึงถึงปัจจัยสภาพการแข่งขันมาประกอบด้วย ซึ่งได้แก่ จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐาน ที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ กฎระเบียบของภาครัฐ และปัจจัยอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด[7] ส่วนพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ มีการกำหนดไว้ชัดเจนในกฎหมายว่าจะต้องเป็นการกระทำการในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ “(1) กำหนดหรือรักษาระดับราคาซื้อหรือขายสินค้าหรือค่าบริการอย่างไม่เป็นธรรม (2) กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมให้ผู้ประกอบธุรกิจอื่นซึ่งเป็นคู่ค้าของตนต้องจำกัด การบริการ การผลิต การซื้อ หรือการจำหน่ายสินค้า หรือต้องจำกัดโอกาสในการเลือกซื้อหรือขายสินค้า การได้รับหรือให้บริการ หรือในการจัดหาสินเชื่อจากผู้ประกอบธุรกิจอื่น (3) ระงับ ลด หรือจำกัดการบริการ การผลิต การซื้อ การจำหน่าย การส่งมอบ การนำเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้า ทั้งนี้ เพื่อลดปริมาณให้ต่ำกว่า ความต้องการของตลาด (4) แทรกแซงการประกอบธุรกิจของผู้อื่นโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร”[8] ถ้าหากเป็นการกระทำนอกเหนือขอบเขตจากที่มาตรา 50(1)-(4) กำหนดไว้ แม้จะกระทำโดยผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดก็ไม่มีความผิดตามบทบัญญัติในเรื่องนี้

---

[6]มาตรา 54, *พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560*

กำหนดพฤติกรรมต้องห้ามไว้ ดังนี้

(1) กำหนดราคาซื้อหรือราคาขายหรือเงื่อนไขทางการค้าใดๆ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ที่ส่งผลต่อราคาสินค้าหรือบริการ

(2) จำกัดปริมาณของสินค้าหรือบริการที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะผลิต ซื้อ จำหน่าย หรือบริการตามที่ตกลงกัน

(3) กำหนดข้อตกลงหรือเงื่อนไขในลักษณะสมรู้กัน เพื่อให้ฝ่ายหนึ่งได้รับการประมูลหรือ ประกวดราคาสินค้าหรือบริการ หรือเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งเข้าแข่งขันราคาในการประมูลหรือประกวดราคาสินค้า หรือบริการ

(4) กำหนดแบ่งท้องที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่าย หรือลดการจำหน่าย หรือซื้อสินค้า หรือบริการได้ในท้องที่นั้น หรือกำหนดผู้ซื้อหรือผู้ขายที่ผู้ประกอบธุรกิจแต่ละรายจะจำหน่ายหรือ ซื้อสินค้าหรือบริการได้ โดยผู้ประกอบธุรกิจอื่นจะไม่ซื้อหรือจำหน่ายหรือซื้อสินค้าหรือบริการนั้น

[7]มาตรา 5, *พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.*

[8]มาตรา 50, *พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.*

1.2.3 การควบคุมการควบรวมกิจการ/การรวมธุรกิจ (Merger Control)

การควบคุมการควบรวมกิจการในประเทศไทยแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือ 1) การควบรวมกิจการที่ส่งผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างเป็นนัยสำคัญ ใช้ระบบการแจ้งผลการควบรวมต่อคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าภายในกำหนดเวลา 7 วันนับแต่วันที่มีการควบรวมกิจการ 2) การควบรวมกิจการที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือทำให้มีสถานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะต้องได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าก่อนการรวมธุรกิจ ส่วนความหมายว่าธุรกรรมใดที่เข้าข่ายการรวมธุรกิจมีการกำหนดนิยามไว้แล้วในกฎหมาย นอกจากนี้จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนดประกอบกันด้วยโดยมีข้อยกเว้นหากเป็นการรวมธุรกิจเพื่อปรับโครงสร้างภายในของผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์ทางนโยบายจะไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 51[9] ส่วนกระบวนการและขั้นตอนต่างๆ ในเรื่องพิจารณาอนุญาตให้มีการรวมธุรกิจมีการกำหนดไว้ในมาตรา 52

1.3 โทษ

การฝ่าฝืนพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นตามมาตรา 50, 54 มีโทษทางอาญา ส่วนการฝ่าฝืนมาตรา 51, 53, 55, 57 และ 58 มีโทษทางปกครอง ส่วนการไม่ปฏิบัติขัดขวาง หรือไม่ให้ความร่วมมือกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานมีโทษทางอาญา[10] นอกจากนี้ผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งได้ หากมีการฝ่าฝืนมาตรา 50, 51 วรรค 2, 54, 55, 57 หรือ 58[11]

2. กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์

กฎหมายแข่งขันทางการค้าในสิงคโปร์ คือ Competition Act มีผลบังคับใช้ ในปี ค.ศ. 2006 เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือ เพื่อส่งเสริมการแข่งขันและระบบตลาดที่มีประสิทธิภาพในประเทศ สิงคโปร์[12]

2.1 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์

Competition Act มีขอบเขตใช้บังคับค่อนข้างกว้างเพราะใช้บังคับกับ “Entity” ทั้งหมดที่มีการประกอบกิจการทางการค้าหรือมีกิจกรรมทางการค้าทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีขอบเขตทั้งบุคคลธรรมดา นิติบุคคล รวมถึงองค์กรหรือสมาคมที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือวิชาชีพเฉพาะ หรือแม้แต่องค์กรที่ไม่แสวงหากำไรและยังใช้บังคับกับ State Owned Enterprises และ Government-Linked Companies ด้วย

---

[9] มาตรา 51, *พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.*

[10] มาตรา 73, 74 และ 75, *พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.*

[11] มาตรา 69, *พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560.*

[12] Shiau Daren, “*Singapore*” *In Katrina Groshinski, Caitlin Davies(eds.), Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide* (Netherlands: Kluwer Law International, 2015) 573.

2.2 พฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์[13]

กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์มีการกำหนดห้ามพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายดังนี้

2.2.1 การตกลงร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการที่เป็นการลดหรือจำกัดการแข่งขัน (Anti-Competitive Agreements)

Section 34 กำหนดห้ามผู้ประกอบการ (Entity) ไม่ให้ร่วมมือกันโดยมีวัตถุประสงค์หรือผลกระทบเป็นการลดจำกัด หรือบิดเบือนการแข่งขันในสิงคโปร์ แต่กฎหมายห้ามเฉพาะการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวระนาบระหว่างคู่แข่งเท่านั้น (Horizontal Agreements)[14] แต่ไม่ได้ห้ามการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งระหว่างผู้ประกอบการที่ไม่ได้เป็นคู่แข่งกัน (Vertical Agreement) เนื่องจากการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งยังมีเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ สนับสนุน ซึ่งแตกต่างจากกรณีของการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวระนาบ แต่อย่างไรก็ตามหากผู้ประกอบการมีฐานะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามได้ประกอบพฤติกรรมจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งถือว่าผิดกฎหมาย เช่น ผู้มีอำนาจเหนือตลาดซึ่งเป็นผู้ผลิตทำสัญญากับคู่ค้าของตน ในการบังคับขายพ่วง[15] โดย Section 34 มีข้อยกเว้นการบังคับใช้ของกฎหมายในเรื่องดังนี้ การกระทำ ที่ก่อให้เกิด Net Economic Benefits การกระทำที่อยู่ภายใต้ Block Exemption[16] การกระทำที่สามารถอ้าง Public Policy เป็นข้อยกเว้น ได้ การกระทำของรัฐบาลหรือ Statutory Body หรือบุคคลผู้กระทำการแทน รัฐบาลหรือ Statutory Body[17] การร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง Vertical Agreement และข้อยกเว้นต่างๆ ที่กำหนดไว้ใน Third Schedule[18]

2.2.2 การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (Abuse of Dominant Position)

Section 47 กำหนดห้ามผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจเหนือตลาดที่มีในทางที่มิชอบ เช่นเดียวกับกรณีของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย โดยพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาด โดยมิชอบไม่ใช่ความผิดเด็ดขาด (*Per se* illegal) แต่จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีๆ ไป การมีสถานะเป็น ผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือ

---

[13]ดูรายละเอียดเนื้อหาเพิ่มเติมเกี่ยวกับพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ ใน ศักดา ธนิตกุล, สาธิตา วิมลคุณารักษ์, "กฎหมายป้องกันการผูกขาด/แข่งขันทางการค้าใน **ASEAN** : สิงคโปร์มาเลเซีย เวียดนาม และอินโดนีเซีย" (2558) 62:3 *ดุลพาห* 1, 27.

[14]Section 34, *Singapore Competition Act*

มีตัวอย่าง เช่น การห้ามร่วมมือกันกำหนดราคา การห้ามการร่วมมือ กันเพื่อให้บุคคลใดชนะการประมูล การห้ามการทำการตกลงร่วมกันเพื่อแบ่งตลาด และห้ามร่วมมือกัน จำกัดปริมาณสินค้าใน ตลาด

[15]Shiau Daren, อ้างแล้ว 12, 588- 593.

[16]ตัวอย่างธุรกิจที่อยู่ใน Block Exemption เช่น Liner Shipping (บริษัทเดินเรือข้ามมหาสมุทร)

[17]Section 33(4), *Singapore Competition Act.*

[18]Shiau Daren, อ้างแล้ว 12, 596-597.

ผู้ผูกขาดไม่ได้มีความผิดตามกฎหมายโดยทันที แต่จะต้องมีพฤติกรรมใด ๆ ที่มีเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดหรืออำนาจผูกขาด โดยมิชอบด้วย จึงจะมีความผิด นอกจากนี้กฎหมายสิงคโปร์ยังมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560[19] คือ การพิจารณาเกณฑ์ผู้มีอำนาจเหนือตลาดไม่ได้พิจารณาที่ส่วนแบ่งตลาดเพียงอย่างเดียวเป็นหลัก แต่ต้องพิจารณาถึงปัจจัยองค์รวมทั้งหมด (Holistic Approach) เช่น สถานะความเข้มแข็งและความสามารถในการจำกัดการแข่งขันของผู้ประกอบการและจำนวนและความเข้มแข็งของคู่แข่งอื่น ๆ ในตลาด[20] เป็นต้น โดยส่วนแบ่งตลาดที่กำหนดไว้ คือ 60% ขึ้นไปจะถือว่ามีแนวโน้มเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเป็นเพียงแนวทางการพิจารณา (Guidelines) เท่านั้นไม่ใช่ปัจจัยหลักในการพิจารณาผู้มีอำนาจเหนือตลาดแต่อย่างไร[21] ซึ่งบทบัญญัติ Section 47(2) กำหนดตัวอย่างพฤติกรรมที่เป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบไว้[22] ตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับ Section 47 คือ คดี *SISTIC CASE*[23]

---

[19] มาตรา 5 *พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560*

"ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด" หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งหรือหลายรายในตลาดใดตลาดหนึ่งซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายเกินกว่าเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ประกาศกำหนด โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณีมาประกอบการพิจารณา ทั้งนี้ให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายอย่างน้อยหนึ่งครั้งภายในระยะเวลาสามปีนับแต่วันออกประกาศ

การนับส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ให้นับรวมส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายในตลาดใดตลาดหนึ่งของบรรดาผู้ประกอบธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันทางนโยบายหรืออำนาจสั่งการตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดด้วย และให้ถือว่าบรรดา ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังกล่าวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

"ปัจจัยสภาพการแข่งขัน" หมายความว่า จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐาน ที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ กฎระเบียบของภาครัฐ และปัจจัยอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

[20] CCS 600/008/07 Abuse of Dominant Position by SISTIC.

[21] สาธิตา วิมลคุณารักษ์ "Prohibited Conducts by Competition Law in Singapore, Malaysia, Vietnam and Indonesia," (โครงการเสริมสร้างความเข้มแข็งด้านการแข่งขันทางการค้าเพื่อรองรับ AEC, โรงแรมมิราเคิลแกรนด์ คอนเวนชั่น จัดโดย ศูนย์กฎหมายอาเซียน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ร่วมกับ สำนักแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, 15 กรกฎาคม 2558) 3.

[22] Section 47(2), *Singapore Competition Act*

(a) predatory behaviour towards competitors;

(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;

(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; or

(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of the contracts

[23] Shiau Daren, อ้างแล้ว 12, 611-612.

2.2.3 การควบคุมการควบรวมกิจการ/การรวมธุรกิจ (Merger Control)

Section 54 เป็นบทบัญญัติที่ควบคุมการควบรวมกิจการในสิงคโปร์ โดยห้ามการควบรวมกิจการที่ส่งผล หรือคาดว่าจะส่งผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างเป็นนัยยะสำคัญในสิงคโปร์ (substantial lessening of competition) การพิจารณาว่าการควบรวมกิจการที่มีแนวโน้มจะก่อให้เกิดผลกระทบเป็นการลดการแข่งขันอย่างเป็นนัยยะสำคัญจะมีการกำหนด Quantitative Thresholds ซึ่งเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดที่กำหนดไว้นี้ จะทำหน้าที่เป็นเพียงแนวทางการพิจารณาเท่านั้น ไม่ได้ถือเป็นองค์ประกอบหลักในการตัดสินใจเพราะ CCCS จะตัดสินใจอนุญาตให้ควบรวมกิจการหรือไม่นั้นต้องคำนึงถึงปัจจัยทุกๆ อย่างประกอบกัน (Holistic Approach)[24] ระบบการควบคุมการควบรวมกิจการในสิงคโปร์ใช้ระบบการประเมินตนเอง (Self-Assessment) ตามความสมัครใจว่าจะขออนุญาต ก่อนการควบรวมกิจการหรือไม่ก็ได้ โดยคู่กรณีที่จะทำการควบรวมกิจการจะต้องประเมินตนเองว่าหากมี การควบรวมกิจการดังกล่าวแล้วจะก่อให้เกิดผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างเป็นนัยยะสำคัญหรือไม่ เพราะไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าผู้ประกอบการที่จะขอควบรวมกิจการต้องมีส่วนแบ่งตลาดหรือยอดขายเท่าไรที่จะไม่ต้องยื่นคำขอให้ Competition and Consumer Commission of Singapore (CCCS)[25] พิจารณา (Safe Harbour) หากมีแนวโน้มว่าจะก่อให้เกิดผลเป็นการลดการแข่งขันอย่างเป็นนัยยะสำคัญควรจะมีการขออนุญาตต่อ CCCS เพราะมิฉะนั้นอาจมี ความเสี่ยงในด้านต่าง ๆ เช่น ความเสี่ยงในการถูก CCCS สอบสวน ความเสี่ยงต่อกรอบระยะเวลาในการปิดธุรกรรม เพราะหาก CCCS พบว่าการควบรวมกิจการดังกล่าวขัดต่อกฎหมายอาจถูกสั่งให้ขายสินทรัพย์ (Divestment) ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนได้ หรืออาจถูกสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย แม้ว่าการควบรวมกิจการจะได้ดำเนินการไปแล้ว[26] โดยการควบรวมกิจการ CCCS ได้เปิดช่องทางให้ผู้ประกอบการที่ต้องการควบรวมกิจการสามารถขอคำแนะนำจาก CCCS ได้ในรูปแบบคำแนะนำแบบไม่เปิดเผย (Confidential Advice) และขอปรึกษากับ CCCS ก่อนยื่นแจ้งขออนุญาตควบรวม (Pre-Notification Discussion)[27]

---

[24]เกณฑ์ Quantitative Thresholds ที่กำหนดไว้ คือ

1. กรณีที่บริษัทที่จะควบรวมกิจการมีส่วนแบ่งตลาดอย่างน้อย 40% ในตลาดของสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง หรือ

2. กรณีที่บริษัทที่จะควบรวมกิจการมีส่วนแบ่งตลาดระหว่าง 20-40% และภายหลังการควบรวมกิจการทำให้มีส่วนแบ่งตลาดของบริษัทยักษ์ใหญ่ 3 รายแรก รวมกันอย่างน้อย 70% ขึ้นไป ใน: Daren Shiau, อ้างแล้ว 12, 617.

[25]เนื่องจากมีการเพิ่มขอบเขตความรับผิดชอบของ Competition Commission of Singapore (CCS) ให้รวมถึงการเป็นองค์กรที่บังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้วย (The Consumer Protection (Fair Trading) Act) จึงมีการเปลี่ยนชื่อ Competition Commission of Singapore (CCS) เป็น Competition and Consumer Commission of Singapore (CCCS) ในวันที่ 1 เมษายน ค.ศ. 2018 ให้สอดคล้องกับขอบเขตหน้าที่ความรับผิดชอบที่เพิ่มขึ้น

[26]ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2560) 154.

[27]Shiau Daren, อ้างแล้ว 12, 615-623.

จากสถิติที่ผ่านมา การขออนุญาตควบรวมกิจการมักจะได้รับการอนุญาตจาก CCCS เป็นส่วนใหญ่[28] ซึ่งอาจมีการอนุญาตให้ควบรวมกิจการได้แต่อาจให้บริษัทให้คำมั่นในการแก้ไขไม่ให้เกิดการแข่งขันลดลงอย่างมีนัยสำคัญด้วยวิธีการต่างๆ เช่น การขายธุรกิจบางประเภทในกิจการออกไปให้บุคคลอื่น เช่น กรณีคดี *CCS 400/002/08 (Menitowoc/Enodis CCS)*[29] และคดี *(Jobstreet / SEEK CCS)*[30]

ส่วนประเด็นการควบรวมกิจการของบริษัทที่มีขนาดเล็ก CCCS ไม่มีแนวโน้มที่จะควบคุมการควบรวมกิจการของบริษัทขนาดเล็กในสิงคโปร์ (*De Minimis Threshold*) คือ บริษัทที่มีผลประกอบการรายปีในสิงคโปร์ของแต่ละบริษัทที่จะเข้าควบรวมต่ำกว่า 5,000,000 SGD และผลประกอบการรายปีของทุกๆ บริษัทที่จะเข้าควบรวมกิจการ รวมกันทั่วโลกต่ำกว่า 50,000,000 SGD แต่ CCCS ไม่ได้สละสิทธิเป็นการเด็ดขาดว่าบริษัทที่เข้าข่าย *De Minimis Threshold* จะไม่ถูก CCCS สอบสวน[31]

2.3 โทษ

การฝ่าฝืนพฤติกรรมที่ต้องห้ามตามกฎหมายในทางสารบัญญัติตามที่กล่าวมาข้างต้นมีบทลงโทษที่เป็น ตัวเงิน (Financial Penalties) และให้อำนาจที่ให้ CCCS สั่งตามที่เห็นสมควร[32] แต่ไม่มีโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองเหมือนเช่นกรณีของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย แต่การฝ่าฝืนกฎหมายที่เกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนการทำงานขององค์กรการแข่งขันทางการค้า การไม่ให้ความร่วมมือกับการสืบสวนหรือการดำเนินงานของ CCCS จะมีโทษทางอาญา คือ โทษจำคุกไม่เกิน 12 เดือน และโทษปรับ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ข้อมูล หรือขัดขวางการทำงานของเจ้าหน้าที่หรือการทำลายหรือทำพยานหลักฐานเท็จหรือให้พยานหลักฐานที่ทำให้เข้าใจผิด สับสน หลงผิด[33] ส่วนสิทธิในการฟ้องคดีโดยเอกชนเพื่อเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายในปรากฏใน Section 86 ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ แต่มีขอบเขตการใช้สิทธิในการเรียกร้องความเสียหาย

---

[28] "Prohibited Conducts by Competition Law in Singapore, Malaysia, Vietnam and Indonesia," อ้างแล้ว 21

[29] ศักดา ธนิตกุล อ้างแล้ว 27, 161.

[30] CCCS, *CCS Publishes Reasons for Conditionally Approving the Proposed Acquisition of JobStreet Singapore by SEEK Asia Investments Pte. Ltd.* (27 Sep 2018) Competition and Consumer Commission of Singapore <https://www.cccs.gov.sg/media-and-publications/media-releases/ccs-publishes-reasons-for-conditionally-approving-the-proposed-acquisition-of-jobstreet-singapore-by-seek-asia-investments-pte-ltd>.

[31] Shiau Daren, อ้างแล้ว 12, 617-618.

[32] CCCS, *Financial Penalty Framework* (27 Sep 2018) Competition and Consumer Commission of Singapore <https://www.cccs.gov.sg/anti-competitive-behaviour/financial-penalty-framework>.

[33] Section 83, *Singapore Competition Act*.

ที่ค่อนข้างจำกัด เพราะผู้เสียหายจะไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้หากยังไม่มีคำตัดสินว่าผู้ประกอบการดังกล่าวมีพฤติกรรมการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าจริงและหากคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาหรืออุทธรณ์คำตัดสินของ Competition and Consumer Commission of Singapore (CCCS), Competition Appeal Board (CAB), High Court และ Appeal Court

3. การเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าระหว่างประเทศไทยและสิงคโปร์

3.1 ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและสิงคโปร์

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์มีขอบเขตใช้บังคับค่อนข้างกว้างและที่สำคัญคือมีความชัดเจนในการตีความขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายมากกว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย เช่น สิงคโปร์มีตัวอย่างการตีความที่ชัดเจน เช่น “Entity” ให้หมายความรวมถึงองค์กรหรือสมาคม ที่เกี่ยวข้องกับการค้าหรือวิชาชีพเฉพาะ หรือแม้แต่องค์กรที่ไม่แสวงหากำไรด้วย สาเหตุเนื่องจากในประเทศสิงคโปร์มีแนวทางการตีความทั้งจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายออกมาค่อนข้างมาก รวมไปถึงจากคำตัดสินในคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นซึ่งมีจำนวนมากกว่าของประเทศไทยที่เพิ่งเริ่มต้นบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่ ซึ่งจำเป็นต้องรอดูแนวทางการตีความข้อยกเว้นการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน มาตรา 4(2) ว่ามีความหมาย กว้างหรือแคบอย่างไรในอนาคต ส่วนประเด็นที่คล้ายคลึงกันระหว่างไทยและสิงคโปร์ คือ ประเด็นให้มีการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้ากับรัฐวิสาหกิจด้วย ซึ่งปรากฏในข้อยกเว้นทางกฎหมายที่เพิ่งแก้ไขใหม่ของไทย

3.2 พฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าของไทยและสิงคโปร์

ทั้งสองประเทศมีการกำหนดพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าหลัก ๆ ที่คล้ายคลึงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในพฤติกรรมต้องห้ามหลัก ๆ 4 พฤติกรรม คือ 1. การใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ 2. การร่วมมือกันลด/จำกัดการแข่งขัน แต่ประเทศสิงคโปร์ไม่ได้ห้ามการร่วมมือกันจำกัด การแข่งขันในแนวดิ่ง 3. การควบคุมควบรวมกิจการ ที่มีเหมือนกันเพียงแต่ใช้ระบบการควบคุมการควบรวมกิจการที่แตกต่างกันในสองประเทศ เพราะประเทศสิงคโปร์ระบบการควบคุมการควบรวมกิจการเพียงรูปแบบเดียว คือ ระบบการประเมินตนเอง (Self-Assessment) ตามความสมัครใจ แต่ประเทศไทยใช้สองระบบ คือ ทั้งระบบการแจ้งภายหลังการควบรวมธุรกิจและระบบขออนุญาตก่อนการรวมธุรกิจ ซึ่งในสิงคโปร์การขออนุญาตควบรวมกิจการมักจะได้รับการอนุญาตจาก CCS เป็นส่วนใหญ่[34] แต่ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีประเด็นการยื่นขออนุญาตปรากฏ และ 4. พฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม

[34] “Prohibited Conducts by Competition Law in Singapore, Malaysia, Vietnam and Indonesia,” อ้างแล้ว 21.

3.3 โทษ

ในประเทศไทยมีโทษทางอาญาและโทษทางปกครองสำหรับการละเมิดพฤติกรรมต้องห้ามหลักตามกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากสิงคโปร์ที่มีเพียงโทษที่มีลักษณะเป็นค่าปรับทางแพ่งและอำนาจที่ให้ CCCS สั่งตามที่เห็นสมควร ส่วนโทษทางอาญาพบเฉพาะในกรณีที่ไม่ร่วมมือกับการทำงานของ CCCS ส่วนประเด็นเรื่องสิทธิในการฟ้องคดีโดยเอกชนเพื่อเรียกร้องให้มีการเยียวยาความเสียหายในบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยมีขอบเขตการใช้สิทธิที่กว้างมากกว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ เพราะไม่ต้องรอคำตัดสินจากองค์กรบังคับใช้กฎหมายหรือศาลดังเช่นกรณีของ Section 86 ก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ทันที แต่ต้องใช้สิทธิดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด คือ ภายใน 1 ปีนับแต่วันที่ผู้ได้รับความเสียหายรู้หรือควรจะได้รู้ถึงเหตุดังกล่าว

ตารางเปรียบเทียบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์

การเปรียบเทียบ	พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560	Singapore Competition Act 2006
ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย	เหมาะสม การปฏิรูปกฎหมายทำให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยสอดคล้องกับหลักการสากลมากยิ่งขึ้น	เหมาะสม กว้าง ครอบคลุมและสอดคล้องกับหลักการสากล
พฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายแข่งขันทางการค้าการห้ามใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ	✓ มีและการกำหนดลักษณะพฤติกรรมที่เข้าข่ายการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ	✓ มีและการกำหนดลักษณะพฤติกรรมที่เข้าข่ายการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ
การห้ามร่วมมือกันลด/จำกัดการแข่งขัน	✓ มีทั้งการห้ามการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวระนาบและแนวดิ่ง	✓ แต่ไม่มีการห้ามการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง[35]
การควบคุมการควบรวมกิจการ	✓ ใช้2 ระบบ คือ ระบบการแจ้งภายหลังการควบรวมธุรกิจและระบบขออนุญาตก่อนการรวมธุรกิจ	✓ ใช้ระบบการประเมินตนเอง (Self-Assessment) ตามความสมัครใจ
ประเภทของโทษ	โทษทางอาญา โทษทางปกครอง โทษทางแพ่ง	โทษทางแพ่งเป็นหลัก โทษทางอาญามีเฉพาะกรณีไม่ให้ความร่วมมือกับการสืบสวนหรือการดำเนินงานของ CCCS

[35] กฎหมายแข่งขันทางการค้าของสิงคโปร์ไม่มีการห้ามการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่ง (Vertical Agreements) แต่การร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งอาจจะเข้าข่ายเป็นความผิดในเรื่องการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบได้ หากการร่วมมือกันจำกัดการแข่งขันในแนวดิ่งมีผู้ร่วมกระทำเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดและถือเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจ เหนือตลาดโดยมิชอบ

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การเปรียบเทียบกฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยและสิงคโปร์ในประเด็นขอบเขตการบังคับใช้ พฤติกรรมต้องห้ามหลักตามกฎหมายและโทษพบว่ากฎหมายของทั้งสองความแตกต่างกันในรายละเอียด แต่ในหลักการใหญ่ ๆ มีความคล้ายคลึงกันและกฎหมายของทั้งสองประเทศมีความสอดคล้องกับหลักการสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย และพฤติกรรมต้องห้ามตามกฎหมายซึ่งส่วนใหญ่จะกำหนดให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่เป็นสากล ซึ่งส่วนหนึ่งมาจากกฎหมายแม่แบบในการร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของทั้งประเทศไทยและสิงคโปร์ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศที่มีระบบกฎหมายแข่งขันทางการค้าที่พัฒนาแล้วหลัก ๆ ในโลกเช่นเดียวกัน ส่วนในประเด็นเรื่องโทษและการกำหนดอัตราโทษเป็นอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศที่จะกำหนดโทษตามความเหมาะสม ซึ่งพบกว่าโทษของการฝ่าฝืนกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยและสิงคโปร์มีความแตกต่างกัน

เนื่องจากในปัจจุบันระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศสิงคโปร์มีการพัฒนาที่รุดหน้าไปมากกว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย ดังนั้นจึงนำเสนอข้อเสนอแนะที่นอกเหนือไปจากปัจจัยในเรื่องการมีบทบัญญัติของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าที่เหมาะสมแล้ว เพื่อให้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทยสามารถพัฒนาได้อย่างเป็นที่ประจักษ์และมีการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพเช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ องค์กรบังคับใช้กฎหมายที่เป็นองค์กรที่ถูกออกแบบให้มีความเป็นอิสระมากขึ้นตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 นั้นต้องแสดงให้เห็นถึงความเอาจริงเอาจังในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ต่อภาคธุรกิจและสังคมไทย นอกจากนี้ควรชี้ให้ภาคธุรกิจเห็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายการตีความรวมไปถึงต้องมีกระบวนการ ขั้นตอนการทำงาน เกณฑ์การพิจารณาต่าง ๆ ที่มีความชัดเจน เหมาะสม โปร่งใสเป็นธรรม และไม่ก่อให้เกิดภาระต่อภาคธุรกิจเกินสมควรโดยไม่จำเป็น โดยวิธีการหนึ่งที่สามารถกระทำได้ คือ การออกอนุบัญญัติ ระเบียบและแนวทางต่างๆที่กำหนดรายละเอียดในแต่ละเรื่องต่างๆที่กล่าวมาข้างต้นให้มีความชัดเจน เป็นระบบ มีการยกตัวอย่างให้เกิดความเข้าใจง่ายและเผยแพร่ต่อผู้ประกอบกิจการและสาธารณชนเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมให้เกิดวัฒนธรรมการปฏิบัติตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในภาคธุรกิจและเสริมสร้างวัฒนธรรมการแข่งขันที่ดีในสังคมไทยต่อไป นอกจากนี้รัฐบาลควรให้การสนับสนุนงบประมาณที่เพียงพอต่อการดำเนินงานขององค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าที่เพิ่งตั้งขึ้นใหม่เพื่อส่งเสริมประสิทธิภาพในการทำงานและการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย



บรรณานุกรม

ศักดา ธนิตกุล, "กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศจีน" (2559) 41:2 *วารสารราชบัณฑิตยสภา.*

ศักดา ธนิตกุล, *กฎหมายแข่งขันทางการค้าของประเทศสมาชิกอาเซียน* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2560).

ศักดา ธนิตกุล, สาธิตา วิมลคุณารักษ์, "กฎหมายป้องกันการผูกขาด/แข่งขันทางการค้าใน **ASEAN** : สิงคโปร์ มาเลเซีย เวียดนาม และอินโดนีเซีย" (2558) 62:3 *ดุลพาห* 1, 27.

สาธิตา วิมลคุณารักษ์, ภาณุมาศ ขัดเงางาม, มาลี สุรเชษฐ์, "ASEAN Thai Trade Competition Laws and the ASEAN Framework on Competition Policy" (2561) 9:1 *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ.*

สาธิตา วิมลคุณารักษ์ "Prohibited Conducts by Competition Law in Singapore, Malaysia, Vietnam and Indonesia," (โครงการเสริมสร้างความเข้มแข็งด้านการแข่งขันทางการค้าเพื่อรองรับ AEC,

โรงแรมมิราเคิลแกรนด์ คอนเวนชั่น จัดโดย ศูนย์กฎหมายอาเซียน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ร่วมกับ สำนักแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์, 15 กรกฎาคม 2558).

CCCS, *CCS Publishes Reasons for Conditionally Approving the Proposed Acquisition of JobStreet Singapore by SEEK Asia Investments Pte. Ltd.* (27 Sep 2018) Competition and Consumer Commission of Singapore <https://www.cccs.gov.sg/media-and-publications/media-releases/ccs-publishes-reasons-for-conditionally-approving-the-proposed-acquisition-of-jobstreet-singapore-by-seek-asia-investments-pte-ltd>.

CCCS, *Financial Penalty Framework* (27 Sep 2018) Competition and Consumer Commission of Singapore <https://www.cccs.gov.sg/anti-competitive-behaviour/financial-penalty-framework>.

Sathita Wimonkunarak, *Implementing "the ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy" in Thailand, Indonesia, Singapore and Vietnam: Challenges and Opportunities* (Doctor of Laws Thesis, Chulalongkorn University, 2017).

Shiau Daren, "*Singapore*" *In Katrina Groshinski, Caitlin Davies(eds.), Competition Law in Asia Pacific: A Practical Guide* (Netherlands: Kluwer Law International, 2015).



Proposed amendments to the laws related to the protection of Consumer rights in e-commerce contract

*Varaporn Vanaphituk**

*Saravuth Pitiyasak***

บทคัดย่อ

การศึกษาวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย ทั้งนี้เนื่องจากการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มีความแตกต่างจากสัญญาทั่วไปตรงที่ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจมักไม่ได้มีการเจรจาต่อรองแบบเผชิญหน้ากัน และไม่สามารถตกลงกันเกี่ยวกับข้อสัญญาและเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำสัญญาแบบรายข้อได้ ซึ่งเป็นผลให้ผู้ประกอบธุรกิจกำหนดเงื่อนไขและข้อตกลงเกี่ยวกับการทำสัญญาดังกล่าวไว้ล่วงหน้า ด้วยเหตุนี้ข้อสัญญาส่วนใหญ่จึงมักเป็นคุณแก่ผู้ประกอบธุรกิจ รวมถึงก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภค โดยการศึกษาวิจัยครั้งนี้ใช้วิธีวิจัยเอกสารเป็นหลัก และรวมถึงการสัมภาษณ์เชิงลึก การสำรวจแบบสอบถาม และการจัดสนทนากลุ่ม ผลการศึกษาวิจัยพบว่า สหภาพยุโรปได้ออกระเบียบว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคที่ให้ความคุ้มครองการทำสัญญาห่างโดยระยะทาง เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศสที่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคในการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่สอดคล้องกับระเบียบของสหภาพยุโรป เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคและเยียวยาผู้บริโภคจากการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ทั้งที่เป็นสินค้าอุปโภคบริโภค และเนื้อหาดิจิทัล อย่างไรก็ตามประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคจากการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยเฉพาะการทำสัญญาจำหน่ายเนื้อหาดิจิทัล ดังนั้น บทความวิจัยนี้จึงเสนอให้มีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อให้ความคุ้มครองผู้บริโภคจากการทำสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

คำสำคัญ : สัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ สิทธิของผู้บริโภค เนื้อหาดิจิทัล

**ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*

***รองศาสตราจารย์ ดร.ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช*

Abstract

This study provides an examination of the consumer protection issues of e-commerce contracts concluded within Thailand. Unlike traditional contracts, e-commerce contracts are contracts for which traders and the consumers do not meet in person to negotiate and execute the terms and conditions of the agreement. The terms and conditions of e-commerce contracts are prepared in advance by the traders; consequently, they are usually in favor of the traders and unfair to the consumers. The methodology employed in this study includes documentary research, interviewing, questionnaires and group discussion. The findings show that the EU has passed a directive to protect consumers in distance contracts and the UK, Germany, and France have incorporated a directive into its legislation in order to address rights and remedies in relation to the sales of goods, supply of digital content and services contracts, while Thailand has not enacted specific provisions dealing with the protection of the consumers in e-commerce transactions. Hence, this study suggests a sui generis system of consumer protection in e-commerce contracts.

Keyword : e-commerce contract, consumer rights, digital content

Introduction

E-commerce plays an important role in the digital economy since it allows traders to integrate processes, reduce operating costs, and reach customers directly through their websites, applications, or social media. In e-commerce contracts, goods can be traded in the form of tangibles or sold as digital content via the downloading and streaming of items such as songs, films, and computer programs.

E-commerce contracts for supplying tangible goods and digital content are considered "distance contracts," in which consumers are not able to see, test, or inspect the purchased goods before entering into the contract. Consequently, the nature, characteristics, and functioning of the goods may not match the description provided by traders. In the event that consumers want to change or return the goods, their requests are not likely to be fulfilled due to the liability limitation clauses and the return policies of the traders, resulting in the unfair treatment of consumers. Moreover, most traders do not disclose their names, addresses, or locations of their shops (if any). Without necessary information to verify the integrity of traders in the e-commerce contracts, consumer confidence in online shopping can be shaken.

To address these problems, many countries have proceeded to amend their laws regarding the protections of e-commerce consumer rights. In 2011, the European Parliament and Council adopted the Directive on Consumer Rights (2011/83/EC) covering on-premises contracts, off-premises contracts, and distance contracts, which embraces the e-commerce contracts concluded by traders and the consumers residing in the member states of the European Union. According to the Directive, before consumers are bound by these contracts, the traders are required to display necessary information, including the traders' contact information, the characteristics of the goods or services, the total price of goods or services, a legal guarantee of the conformity of the goods, etc.

After the European Union adopted the Directive on Consumer Rights, Germany amended its civil code by adding those provisions to distance contracts and enacting the Electronic Commerce Act of 2001. The "fair contract terms" for e-commerce contracts are clearly defined in more detail.[1] In France, the consumer protection code (Code de la consummation) and Law no. 2014-344 on consumer rights (Loi Hamon) contain provisions requiring e-commerce traders to provide, in sales contracts, general conditions of with clear characteristics before the consumers enter into the contracts. Traders are required to provide details and contract terms to consumers. In these distance contracts, additional information (Information du client) regarding the contracts is required, and traders must provide this information to the consumers in the process of offering goods or services.

The United Kingdom promulgated the Consumer Rights Act of 2015 to strengthen consumer's rights in e-commerce contracts, including provisions on compensation. This Act has provided to traders obligations and liabilities regarding contracts on consumer goods and digital content. The main objective of the Act is to protect consumer rights from unfair contract terms and to establish transparency in e-commerce businesses[2]

In Thailand, the existing laws regarding consumer protection are the Consumer Protection Act B.E. 2522, the Unfair Contract Act B.E. 2540, and the Direct Sales

[1]ICT Law Center, *Contract must be Observed: Consumer Protection in Online Contract* (5 September 2017) ETDA <https://www.etda.or.th/publishing-detail/online-consumer-protection-on-e-commerce-contract-2.html>.

[2]Barry D., Jenkins, E., Sumnall, C., Douglas-Jones, B. & Lloyd, D., *Blackstone's Guides to The Consumer Rights Act 2015* (Oxford: Oxford University Press, 2016) 1.

and Direct Marketing Act B.E. 2545. However, these laws have no specific provisions on e-commerce contracts, especially contracts related to digital goods. Most e-commerce contracts are "standard form contracts," wherein the terms and conditions of the contracts are set by the traders. Most of the terms and conditions of these contracts, however, are unfair to consumers since the consumers do not have the chance to negotiate the terms and conditions of these contracts before entering into them.

The aim of this study is to lay down guidelines for amending the Thai consumer protection law covering e-commerce contracts, including contracts for both tangible and digital goods. The study examines and compares the consumer protection laws in e-commerce contracts among the European Union, the United Kingdom, France, Germany, and Thailand. The consumer protection laws of all these mentioned, except that of Thailand, have specific provisions addressing e-commerce contracts. For that reason, Thai consumer protection law can learn from these foreign laws in order to make necessary amendments relating to the protection of consumer rights when e-commerce contracts are concluded in Thailand.

Research Objectives

1. To study the theoretical concepts relating to the consumer protection in e-commerce contracts.

2. To examine the issues of the consumer protection in e-commerce contracts within Thailand.

3. To compare the consumer protection laws concerning to e-commerce contracts among the European Union, the United Kingdom, France, Germany and Thailand

4. To analyze the legal issues of the consumer protection in e-commerce contracts and propose a sui generis law that can be properly implemented to Thailand.

Research Hypothesis

E-commerce contract is different from the traditional contract in many aspects. The online traders and the consumers do not meet in person to negotiate and execute the terms and conditions of the agreement. Also, the online traders may apply the unfair contract terms in standard form consumer contract. However Thailand does not have specific provisions dealing with the protection of the consumers in e-commerce transactions. In contrast, the EU countries have passed

the legislations to protect consumers in e-commerce contracts. Hence, Thailand should has a sui generis law to protect the consumers in e-commerce contracts.

Research Methodology

The research mainly study in concern the documentary research, involving the current laws, rules, regulations within the European Union, the United Kingdom, France, Germany and Thailand. The research is also comprised with collecting data by the in-depth interviewing, questionnaires and group discussion.

Research Findings

This study examines the consumer protection laws governing the e-commerce contracts of the European Union, the United Kingdom, France, and Germany, which are the following:

The European Union

There are three major Directives regarding the protection of consumer rights in the European Union.

The first Directive is Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. The purpose of this Directive is to approximate the laws, regulations, and administrative provisions of the member states relating to unfair terms in contracts concluded between the trader and the consumer.[3] A contractual term that has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contracts, to the detriment of the consumer.[4] A term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance, particularly as a standard form contract, and the consumer has, therefore, not been able to influence the substance of the terms.[5] Member states shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a trader shall, as provided under their national laws, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties to those terms if it is capable of continuing without the unfair terms.[6]

---

[3] Article 1, *Directive 93/13/EEC.*

[4] Article 3.1, *Directive 93/13/EEC.*

[5] Article 3.2, *Directive 93/13/EEC.*

[6] Article 7, *Directive 93/13/EEC.*

The second directive is Directive 1999/44/EC of the European Parliament and that of the Council of 25 May 1999 covering certain aspects of the sales of consumer goods and associated guarantees. The purpose of this Directive is to create an approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the member states on certain aspects of the sales of consumer goods and associated guarantees in order to ensure a uniform minimum level of consumer protection in the EU's internal market.[7] The trader must deliver goods to the consumer that is in conformity with the contract of the sale. Consumer goods are presumed to be in conformity with the contract if they comply with the description given by the trader and the goods possess the qualities that the trader has presented to the consumer as a sample or model.[8] The trader shall be liable to the consumer for any lack of conformity to the sample of model that exists at the time that the goods are delivered.[9] In the case of a lack of such conformity, the consumer shall be entitled to have the goods brought into conformity free of charge by repair or replacement.[10]

The third directive is Directive 2011/83/EU of the Parliament and Council of 25 October 2011 on consumer rights amending Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and the Council. The purpose of this Directive is, through the achievement of a high level of consumer protection, to contribute to the proper functioning of the internal market by approximating certain aspects of the laws, regulations, and administrative provisions of the member states concerning contracts concluded between consumers and traders.[11] This Directive shall apply, to the extent set out in its provisions, to any contract concluded between a trader and a consumer. It shall also apply to contracts for the supply of water, gas, electricity, or district heating, including those entered with public providers, to the extent that these commodities are provided on a contractual basis.[12] According to Article 6 of Directive 2011/83/EU, before the consumer

---

[7] Article 1, *Directive 1999/44/EC.*

[8] Article 2.1 and 2.2(a), *Directive 1999/44/EC.*

[9] Article 3.1, *Directive 1999/44/EC.*

[10] Article 3.2, *Directive 1999/44/EC.*

[11] Article 1, *Directive 2011/83/EU.*

[12] Article 3.1, *Directive 2011/83/EU.*

is bound by a distance contract (i.e. an E-Commerce contract) or any corresponding offer, the trader shall provide the consumer with the following information in a clear and comprehensible manner:

1) The main characteristics of the goods or services, to the extent appropriate to the medium and to the goods or services.

2) The identity of the trader, such as its trading name.

3) The geographical address at which the trader is established and the trader's telephone number, fax number, and e-mail address.

4) If different from the address provided in accordance with, the geographical address of the place of business of the trader, and, where applicable, that of the trader on whose behalf he or she is acting.

5) The total price of the goods or services inclusive of taxes, shipping costs, incidental costs, payment, and the delivery process.

6) The cost of using a means of distance communication for the conclusion of the contract when that cost is calculated other than at the basic rate.

7) The arrangements for payment, delivery, performance, the time by which the trader undertakes to deliver the goods or to perform the services, and, where applicable, the trader's complaint handling policy.

8) Where a right of withdrawal exists, the conditions, time limit, and procedures for exercising that right.

9) A reminder of the existence of a legal guarantee of the goods' conformity to the provided description.

10) Where applicable, the existence and the conditions of after-sale customer assistance, after-sales services, and commercial guarantees.

11) The existence of relevant codes of conduct and how to obtain copies of them.

12) The duration of the contract or, if the contract is of indeterminate duration or is to be extended automatically, the conditions for terminating the contract.

13) Where applicable, the minimum duration of the consumer's obligations under the contract.

14) Where applicable, the existence and the conditions of deposits or other financial guarantees to be paid or provided by the consumer at the request of the trader.

15) Where applicable, the functionality, including applicable technical protection measures, of digital content.

16) Where applicable, any relevant interoperability of digital content with hard-

ware and software that the trader is aware of or reasonably can be expected to have been aware of.

17) Where applicable, the possibility of having recourse to an out-of-court complaint and redress mechanism to which the trader is subject, and the methods for accessing it.

If a distance contract to be concluded by electronic means (an e-commerce contract) places the consumer under an obligation to pay, the trader shall ensure that the consumer, when placing his order, explicitly acknowledges that the order implies an obligation to pay. If placing an order entails activating a button or a similar function, the button or similar function shall be labeled in an easily legible manner with the words "order with obligation to pay" or a corresponding unambiguous formulation indicating that placing the order entails an obligation to pay the trader. If the trader has not complied with this requirement, the consumer shall not be bound by the contract or order.[13]

Since, in the case of a distance contract, particularly an e-commerce contract, the consumer is not able to see the goods before concluding the contract, he or she should have a right of withdrawal. The consumer shall have the right to withdraw from the contract within 14 days, without giving any reason and without incurring any costs other than those provided by the Directive. In the case of sales contracts, the withdrawal period should expire after 14 days from the day on which the consumer, or a third party indicated by the consumer, acquires physical possession of the goods. In the case of contracts for supply of digital content, in which data are produced and supplied in digital form, such as computer programs, applications, games, music, videos or texts, irrespective of whether they are accessed through downloading or streaming, from a tangible medium or through any other means, the withdrawal period shall expire after 14 days from the conclusion of the contract.[14]

The consumer shall inform the trader of his or her decision to withdraw from the contract before the expiration of the withdrawal period. The consumer may either use the model withdrawal form set out in Annex I (B) of the Directive or make another unequivocal statement setting out his or her decision to withdraw. In addition, the trader may give the option to the consumer to

[13] Article 8.2, *Directive 2011/83/EU.*

[14] Article 9, *Directive 2011/83/EU.*

electronically fill in and submit either the form or a statement on the trader's website. In those cases, the trader shall communicate to the consumer an acknowledgement of receipt of such a withdrawal on a durable medium with no delay. The burden of proof for exercising the right to withdrawal from the contract shall be on the consumer.[15]

The United Kingdom

In the UK, several statutory laws govern the e-commerce contract between trader and consumer. According to the EU, the Electronic Commerce Regulations 2002 establishes legal rules that the online trader must comply with when interacting with the consumer. These regulations, which came into effect on August 21, 2002, incorporate the EU Electronic Commerce Directive 2000/31/EC. The regulations apply to contracts concluded by electronic means over distance when the buyer is a consumer. The regulations imposed an obligation on e-commerce traders to provide information to the consumers before a contract is formed.[16] The online trader must state the terms and conditions in a clear, comprehensible, and unambiguous manner as a technical step involved in placing an order. If the consumer is not informed of how they can amend errors in an order, the contract can be voided.[17] Also, consumers have a right to rescind the contract if the online trader has not made available a means of allowing consumers to identify and correct input errors in compliance with this regulation.[18]

Following the Electronic Commerce Regulations 2002, the Consumer Contracts (information, Cancellation, and Additional Charges) Regulations 2013 came into force on June 13, 2014. These regulations applied to distance contracts, off-premises contracts, and on-premises contracts. It requires that the trader in a distance contract provide pre-contractual information to the consumer before the formation of the contract and that some of this information be provided before the consumer places an order with an obligation to pay.[19] Schedule 2 of these regulations requires that the information be provided in distance contracts, and this includes information on the main characteristics of the

[15] Article 11, *Directive 2011/83/EU.*

[16] Reg.9, *The EC Regulations 2002.*

[17] Reg.11, *The EC Regulations 2002.*

[18] Reg.15, *The EC Regulations 2002.*

[19] Reg.13, *The Consumer Contracts, information, Cancellation and Additional Charges, Regulations 2013.*

goods or services, the total price of the goods or services inclusive of taxes, the duration of the contract, and the identity and contact details of the trader. The Regulations also specify the cooling off period right to cancel the sale of good. The consumer has right to cancel the contract within 14 days without giving a reason, if goods were bought at a distance and trader have to give a refund within 14 days of either the trader getting the goods back, or the consumer providing evidence of having returned the goods. However, a contract for the supply of digital content which is not supplied on a tangible medium, the cancellation period ends at the end of 14 days after the day on which the contract is entered into.[20]

In 2015, the UK Parliament promulgated the Consumer Rights Act (CRA) 2015, effective on 1 October 2015, with the aim of enhancing and providing consumer rights with respect to the purchase of goods, services, and digital content. The CRA replaced the existing statutes related to consumer law, including the Sale of Goods Act 1979, the Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002, the Supply of Goods and Services Act 1982, the Unfair Contract Terms Act 1977, and the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.[21] However, the CRA only applies to B2C contracts.[22] (B2C contracts are contracts between traders and consumers in which the trader is a person acting for purposes related to his/her business when the consumer is a natural person and not a company.[23] The act sets out a requirement for the quality standards of goods and digital content. Under Part 1 of this Act, all products must be of satisfactory quality and fit for their purposes as described.[24] The consumers have a right to reject these contracts when the *goods do not* meet the requirements. In addition, the Act specifies the obligation of trader to deliver the goods without undue delay, in any event not more than 30 days after the day on which the contract is entered, unless agreed otherwise with the consumer.[25] If the goods are not delivered by a specific date stated in the

---

[20] Reg.29 and 30 of the Consumer Contracts, information, Cancellation and Additional Charges, Regulations 2013.

[21] Conway L., *Consumer Rights Act 2015 (Briefing Paper Number CBP6588, 18 May 2017)* (17 August 2017) UK Parliament <https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN06588>.

[22] Stone, R. & Devenney, J., *The Modern Law of Contrac*t (New York: Routledge, 11th ed., 2017) 266.

[23] Section 2, *The CRA 2015.*

[24] Section 5, *The CRA 2015.*

[25] Section 28, *CRA 2015.*

contract, the consumer can cancel the contract and ask for a refund.[26]

The CRA 2015 provides consumer rights on sale of goods contracts and adds new rights related to the purchase of digital content. In a contract for the sale of goods, the CRA provides consumers with rights to enforce terms related to the goods. If the goods do not conform to the contract, consumers have the right to reject those goods within 30 days from the date of the receipt of the goods.[27] If the consumers fail to reject the contract within a 30-day period, they have the right to a repair or replacement.[28] The consumer also has a right to ask for a repair or replacement without paying extra costs in a timely manner and at the consumer's convenience. The trader must provide the repair or replacement within a reasonable time and without causing significant inconvenience to the consumer. In the event that the trader cannot repair or change the goods, the consumer has the right to a price reduction[29] (Section 24 of the CRA 2015). The CRA law requires that the consumer return the goods if the defect is found within 30 days after delivery. If the defect is found after that period, the consumer may request a repair or replacement from a trader or compensation if the trader is unable to repair or replace the good. If the defect persists, the consumer may ask for a price reduction.

In case the trader cannot fulfill his obligation, consumers, according to the CRA law, have the right to reject the contract. The CRA law indicates that consumers can return the goods and claim full reimbursement within 30 days of their delivery. In the case of a rejection of the goods, the consumer must notify the trader or sale representative. After the receipt of the rejection notification, the UK law requires that the trader pay a full refund back to the consumer in addition to any shipping costs that the consumer has previously paid. The UK law also requires that the trader give this refund within 14 days of receiving the rejection notification from

[26] Department for Business Innovation & Skills, *Consumer Rights Act: Goods: Guidance for Business* (20 September 2017) businesscompanion <https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/CRA-Goods-Guidance-for-Business-Sep-2015.pdf>.

[27] Sections 20, *The CRA 2015.*

[28] Section 23, *The CRA 2015.*

[29] Department for Business Innovation and Skills, *Consumer Rights Act: Digital Content: Guidance for Business* (1 August 2017) businesscompanion<https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/CRA-Digital-Content-Guidance-for-Business-Sep-2015.pdf>.

consumer or within 14 days after the consumer has proven that the goods were sent back to the trader. The trader must refund the money as the same method of payment that the consumer had previously paid.[30]

Regarding contracts for the supply of digital contents, the CRA law defines "digital content" as meaning data which are produced and supplied in digital form and ensures the right to the repair or replacement of the digital content in a timely manner. In exercising this right, the nature and purpose of the digital content has to be considered. The consumer has right to repair or replacement the goods or digital content which are of unsatisfactory quality, unfit for purpose or not as described. In case the trader cannot repair or replace the goods in a timely matter, the consumer has the right to a price reduction. When the trader cannot fulfill the obligation requested by consumer, the consumer has the right to a refund. The refund must be made within 14 days after the trader agrees to refund to consumer.[31] In addition to the protection of consumer rights, Part 2 of the CRA 2015 provides provisions dealing with unfair contracts. Under CRA 2015, an unfair contract's terms are not legally binding on consumers; the trader may not rely on unfair terms when defending a legal action brought by a consumer or when seeking to enforce their rights against a consumer.[32] Making a contract between the trader and consumer requires mentioning that the contract will be binding on the consumer and that the contract is considered a fair contract or as meeting the requirements of fair e-commerce contracting.[33] Consequently, if the trader offers the contract without any negotiation with consumer, and it is deemed unfair, the contract may not be legally binding on the consumer.

France

French law governing the e-commerce is set out in a number of different statutory instruments. However, there are two main laws regarding the consumer protection in e-commerce contract: the French Consumer Code (Code de la Consommation law) and the Hamon Act (Loi Hamon). The Consumer Code defines "a distance contract as any contract

[30] Barry D., Jenkins, E., Sumnall, C., Douglas-Jones, B. & Lloyd, D., *Blackstone's Guides to The Consumer Rights Act 2015* (Oxford: Oxford University Press, 2016) 36-44.

[31] Section 45, *The CRA 2015.*

[32] Section 67, *The CRA 2015.*

[33] Section 62, *The CRA 2015.*

concluded between a trader and a consumer under an organized distance sales or service-provision scheme without the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, with the exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded".[34]

Similar to the UK and the EU legislation, the Consumer Code places a general duty on the trader to give information in distance contracts about all the essential characteristics of the goods or services provided under the contract.[35] The Consumer Code specifies that the trader shall inform consumers of this information before the consumer is bound to the contract, and information provided to the consumer must be given in a clear and comprehensible manner.[36] The required information that the trader has the obligation to inform the consumer of stated in The Consumer Code[37] are:

1) The product's main characteristics and total price;

2) The identity of the trader, which includes its geographical address, telephone number, fax number, and e-mail address;

3) The right of withdrawal and the time limit and procedures to exercise the right of withdrawal;

4) The existence of a legal guarantee of the conformity of the goods to their description; and

5) Where applicable, the function-ality, including applicable technical protection measures, of the digital content and any relevant interoperability of the digital content with hardware and software that the trader is aware of or can reasonably be expected to have been aware of.

Under the Consumer Code, the consumer has a period of 14 days to withdraw from a distance contract[38] The withdrawal period expires after from the day on which the

---

[34] Art. L. 121-16, *Code de la Consommation.*

[35] Policy Department C: Citizens' Right and Constitutional Affairs, *The Potential Impact of the Consumer Rights Directive on the Member States' Contract Law* (20 September 2017) European Parliament <http://www.europarl.europa.eu /document/ activities/cont/201405/20140521ATT84377/20140521ATT84377EN.pdf>.

[36] Steennot, R., *Consumer protection with regard to distance contracts after the transposition of the Consumer Rights Directive in Belgium and France* (11 October 2017) Ghent University <https://biblio.ugent.be/publication/ 4233862/ file/ 6807506.pdf>.

[37] Article 111-1 and 121-17, *Code de la Consommation law.*

[38] Art. L. 121-21, *Code de la Consommation law.*

consumer acquires physical possession of the goods. The exercise of the right of withdrawal terminates the obligations of the parties to perform the distance contract or to conclude the distance contract, in cases where an offer was made by the consumer and where the consumer exercises his right of withdrawal before the actual conclusion of the agreement.[39]

Later, the French Parliament passed the consumer law or Law no. 2014-344 on consumer rights (Loi Hamon), on May 17, 2013. It came into effect on June 13, 2014[40] and implemented the Consumer Rights Directive. In cases that a distance contract (vente distance) is made by an online transaction, the Hamon Act modifies the Consumer Code in many areas of consumer protection, including secure distance contracts. The Hamon Act sets out the provisions of the information to be provided before concluding a distance contract (Section 6 of the Hamon Act). Upon ordering, the consumer shall clearly and legibly acknowledge the obligation to effect payment. The order confirmation button shall explicitly state that clicking on it validates the order; failing that, the contract is void.[41]

The Hamon Act allows a cancellation period of 14 days without any reasons or any penalty, except for the costs of shipping the good back the trader.[42] (In cases that the trader does not inform the consumer of the right to cancel, the cooling period is extended to 12 months. Within this period, if the traders require 14 days, the timeframe indicated in the Hamon Act, the traders must inform the consumers of this information. The timeframe is effective after a notification has been made. In terminating contract, the consumer must send a written letter to the trader by using a form indicated in the contract or by using the letter of intent to terminate the contract.

The Hamon Act also requires that trader provide the date of delivery or the date that the service will be provided. In case the date is not indicated clearly, the trader must deliver the goods without delay or within 30 days after the contract is made. During delivery, the trader must use caution so that

---

[39] Art. L. 121-21-7, *Code de la Consommation law.*

[40] Bondard, C., *E-commerce professionals and the "Hamon Act" (France's consumer protection Act)* (11 October 2017) Bondard Cabinet D' Advocats <http://bondard.fr/e-commerce-professionals-and-the-hamon-act-frances-consumer-protection-act>.

[41] Section 9, *The Hamon Act.*

[42] Section 9, *The Hamon Act.*

the goods are not damaged and are delivered in a good condition as indicated in the contract. However, if damage is found, regardless of the causes, the consumer can claim his protection right with no cost within 2 years of the date of the receipt of the merchandise or after receiving proof of good return. A consumer wishing to terminate the contract must return the goods to the seller within 14 full days of the termination of the contract, and the consumer must be responsible for the shipping cost of returning the goods. However, if trader did not provide such information in advance to the consumer, the consumer does not have to be responsible for these[43]

Germany

In Germany, e-commerce contracts are considered distance contracts. Section 312c of the German Civil Code defines "distance contracts" as contracts for which the trader, or a person acting in the trader's name or on his behalf, and the consumer exclusively avail themselves of a means of distance communication when negotiating and concluding the contract, except where the conclusion of the contract does not take place in the context of a sales or service-provision scheme organized for distance sales. The means of distance communication are all the means of communication that can be used to initiate or to conclude a contract, without requiring the simultaneous physical presence of the parties to the contract, such as letters, catalogues, telephone calls, faxes, emails, or text messages sent via the mobile telephone service (SMS), as well as messages broadcast and sent via teleservices.

Section 312d clearly provides that the trader is obliged to inform the consumer of essential information before the contract is concluded. Information that must be provided to the consumers according to the German Civil Code and Article 246(a) of the German Introductory Act follow.

1) The essential characteristics of the goods or services to the extent appropriate to the means of communication and to the goods and services.

2) The identity of the trader, such as the trade name and the address of the place where the business is established, its telephone number, fax number and e-mail address if applicable, and, where appropriate, the address and identity of the trader on whose behalf he or she is acting.

3) The business address of the trader and, where applicable, the address of the trader

[43] Section 23, *The Hamon Act.*

on whose behalf he or she trades, whom the consumer may contact with any complaint when that address differs from the address in point 2.

4) The total price of the goods or services, including all taxes and duties, or, in cases where the price cannot reasonably be calculated in advance due to the nature of the goods or services, the nature of the price calculation and, where applicable, any additional freight, delivery or other costs, or, where such costs cannot reasonably be calculated in advance, the fact that such additional costs may be incurred.

5) The cost of using the means of distance communication required for the contract, provided that the cost to the consumer exceeds the costs of using the means of distance communication.

6) The terms of payment, delivery, and service, the date by which the trader must deliver the goods or provide the service and, where appropriate, the trader's procedure for dealing with complaints.

7) The existence of a statutory right to address any defect in the goods.

8) If applicable, the existence and conditions of customer service, after-sales service, and warranties.

9) Where applicable, the duration of the contract or the terms of the termination of contracts or of automatically renewed contracts.

10) Where applicable, the minimum duration of the consumer's obligations under the contract;

11) Where applicable, the fact that the trader may require the consumer to provide a deposit or other financial security and the conditions of this requirement.

12) Where applicable, how digital content works, including applicable technical protections for the content.

13) Where applicable, restrictions on the interoperability and compatibility of digital content with hardware and software, to the extent that such restrictions are or should be known to the trader.

14) Finally, where applicable, the possibility of having recourse to an out-of-court complaint and redress mechanism to which the trader is subject, and the methods for having access to it.

In addition, Article 312g of the German Commercial Code states that the consumer has the right of withdraw. The withdrawal period is 14 days. It begins when the contract is concluded. If the consumer withdraws from his or her declaration of intention within that period, the consumer and the trader are no longer bound by their

declarations of intention to conclude the contract.[44]

If a trader uses teleservices to conclude a contract for the supply of goods or the rendering of services (i.e., an e-commerce contract), he or she must provide the customer with reasonable, effective, and accessible technical means by which the customer may identify and correct input errors before placing his or her order. Sellers must also communicate to the customer, clearly and comprehensibly, the information in sufficient time before sending his or her order, confirm the receipt of the order without undue delay by electronic means for the customer, and provide the customer with the opportunity to retrieve the contract terms, including the standard business terms when the contract is concluded, and save them in a form that allows for their reproduction.[45]

Discussion

This part concerns the analysis on the protection of consumer rights in e-commerce contract in Thailand. There are several laws relating to consumer rights protection under e-commerce contracts in Thailand, such as the Consumer Protection Act B.E. 2522, the Unfair Contract Act B.E. 2540, and the Direct Sales and Direct Marketing Act B.E. 2545. Based on a comparative study between foreign laws and Thai law regarding guidelines for consumer rights protection under e-commerce contracts, there are four issues that are worth discussing.

The first issue is concerned with the information to be provided to consumers before the consumer is bound by the contract. The e-commerce contract is a contract made between traders and the consumers when they do not meet in person to negotiate and the consumers do not have an opportunity to inspect the tangible goods or digital goods before purchasing. Before the consumer is bounded by the contract, the trader must provide detailed information about the goods to the consumers, which includes the identity of the trader, the characteristics of the goods, their total price, the arrangement of payment, the delivery of goods, the right to withdraw, and a legal guarantee, as well as other necessary information that affects the consumer's decision when entering the contract. According to Thai consumer law, consumer rights are addressed in The Consumer Protection Act B.E. 2522 as amended by the Consumer Protection Act (No.2) B.E. 2541. The Act recognizes consumers' rights to receive information about

[44] Article 355, *German Commercial Code.*

[45] Section 312i, *German Civil Code.*

and a description of the quality of the goods or the service accurately and adequately, including mandatory labeling and the disclosure of factually true information. This information must not lead to misunderstanding or to unfair treatment. Consumers must be informed about their right to enter the contract without being taken advantage of by the trader.[46] Also, under the Unfair Contract Act B.E. 2540, the consumers have right to receive a fair contract. If the specific terms of a contract are unfair, they are not binding on consumers.[47] However, there are no specific provisions related to pre-contractual information requirements for the trader to provide information to the consumer before the contract is made.

In addition, the Direct Sales and Direct Marketing Act B.E. 2545, as amended by Direct Sales and Direct Marketing Act (No.3), B.E. 2560, which became effective on September 15, 2017, set out the new provisions that enhance consumer protection and also impose more stringent regulations and obligations on traders in distance contracts. The Act defines "direct marketing" as the marketing of goods and services by means of communicating information, in order to directly offer goods and services for sale, to remote consumers, with the expectation that consumers will accept the purchase of such goods and services from the direct marketing operators.[48] However, the Act has been amended to exclude certain types of sales of products or services via e-commerce (in other words, certain types of e-commerce businesses) to be announced in a separate Ministerial Regulation later.[49]

This act assigned the obligation of the trader in direct marketing to provide information that shall comply with the Ministerial Regulation before the contract is made.[50] Yet, there is no enforcement of this regulation. However, European Union law, including the laws of the United Kingdom, France, and Germany, has required traders to provide necessary information to consumers on a durable mediums before the consumer

---

[46] Supanit, S., *Explanatory Notes on Consumer Protection Law* (Bangkok: Chulalongkorn University Press, 9th ed., 2014) 154.

[47] Sotthibandhu, S., *Commentary on Juristic Acts and Contract* (Bangkok: Winyuchon Press, 12th ed., 2016) 530.

[48] Informed Counsel, *Direct Sales and Direct Marketing Act: New Compliance Obligations for Business Operators* (6 October 2017) Tilleke and Gibbins <https://www.tilleke.com/resources/direct-sales-and-direct-marketing-act-new-compliance-obligations-business-operators>.

[49] Horayangura, N. & Suwanprateep, D., *Exemption for E-Commerce from the Direct Sales and Direct Marketing Act* (10 October 2017) Baker and McKenzie <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2017/08/exemption-ecommerce-direct-sales>.

[50] Section 28, *The Direct Sales and Direct Marketing Act B.E. 2545.*

is bound to the contract. The required information includes the identity of the trader, the characteristics of goods, their total price, means of the arrangement of payment, means of the delivery of goods, the right to withdraw and legal guarantees, the period for which the contract will be binding, technical prevention measures, and the information on how the remedy will be given. It is worth noting that there is a penalty for the trader who violates this law.

The second issue is the problem of the delivery of the document concerning the purchase and sell of goods or service. As required by the Direct Sales and Direct Marketing Act (No. 3), B.E. 2560, the trader has a duty to deliver documents regarding the sale and purchase of goods or services to the consumer. In detail, the document shall contain the Thai language statement that can be read and understood easily. They shall specify the names of the purchaser and seller, the date of the purchase and delivery of goods or services, and the consumer's right to terminate the contract. Notification of the right to terminate a contract shall be written with letters that can been seen clearer than other messages (Section 30 of the Direct Sales and Direct Marketing Act (No. 3), B.E. 2560). If the trader violates or fails to comply with the law, the sale of the goods or services is not binding on consumers[51]

In addition, the Act appoints authority to the Direct Sales and the Direct Marketing Commission to determine the contracting document. It requires that a document shall include:

(1) The name of the buyer and seller;

(2) The due date, place, and method of payment;

(3) The place and method of delivery of the goods or services;

(4) Procedures regarding contract termination;

(5) The return method;

(6) The warranty; and

(7) The exchange policy in case of damage or a defect.

The details required to be included in the document concerning the purchase and sell of goods or service shall be published in the Government Gazette. However, regulations on the document have not yet been issued to address the problem of the e-commerce contract. As yet, the online traders who did not register their businesses under this Act do not have an obligation to deliver the document concerning the purchase and sell of goods or service to their consumers, and the

[51] Thirawat, D., *Consumer Contract* (Bangkok: Thammasat University Press, 2017) 159-160.

consumer may suffer from the lack of detailed information--e.g., details on the delivery time, legal guarantee, and the right to the repair or replacement of goods or a refund. These are required to be stated clearly in documents regarding the sale and purchase of goods.

According to the EU Directive and the laws of the United Kingdom, France, and Germany, there is no requirement to deliver written forms of documents regarding the sale and purchase of goods or service. However, in distance contracts, the trader has to define the details of the contract via the electronic media and shall deliver information on the goods and services available to the consumer in a way appropriate to the means of distance communication used and in plain and intelligible language. Insofar as that information is provided through a durable medium, it shall be legible. The trader must provide that information to the consumer on a durable medium before the conclusion of the distance contract. Hence, the consumer can access to contract's detail via electronic media.

Addressing **the third issue**, the problems of the consumers' rights in e-commerce contract, the general principles stated in the Civil and Commercial Code stipulate that, in the case of defective goods delivered, the seller is liable whether the seller knows or does not know that the defect exists. The buyer has the right to file a lawsuit against the seller for a defective product liability claim within 1 year from the time of noticing the defect. While the Direct Sales and Direct Marketing Act B.E. 2545 has not regulated the consumer's right to request a repair or replacement of goods directly, there is a provision on the consumer's right to terminate the contract provided.

Consumer rights under the EU Directive specify the right to withdrawal from a distance contract within 14 days of the date that the consumer acquires physical possession of the good, which is similar to the laws of France and Germany. In the UK, CRA 2015 set forth new provisions to ensure the right of consumers in the contract for sale of goods, contracts for the supply of digital contents, and the service contract. In the contract for the sale of goods, consumers are eligible to have defective goods repaired or replaced. Consumers have the right to reject goods within 30 days; if the consumer does not exercise that right, it leads to the right of repair or replacement. When the trader fails to repair or replace the goods, then the consumer can claim a price reduction or a final right to reject the goods. In a contract for the supply of digital contents, CRA 2015 prescribes to the consumer the right to have the trader repair or replace the content within due course. If the trader is unable to repair or replace the digital

content in time, the consumer can demand a price reduction for the content. If the trader fails to meet that demand, the consumer can request a refund from the trader.

With respect to **the last issue**, the exercise of the right of withdrawal and its effect, the principles of contract termination are based on the regulations in the Civil and Commercial Code. The right of the party to terminate the contract shall be in accordance with the contract or otherwise provided by the law. Neither party shall have the right to terminate the agreement without any contract or legal right, such as in the case of a contract in which it is specifically stated in the contract that if any a breach of contract occurs by one party, the other one can terminate the contract. In addition, the right to terminate the contract may also arise from the provision of the law itself, such as the right to terminate the contract if the other party is unable to pay the debt within the deadline.

In case of a distance contract, the Direct Sales and Direct Marketing Act B.E. 2545 states that the consumer has the right to terminate the contract by sending a notice of intent to the trader within 7 days from the date of the receipt of the goods or services. Then, the consumer must return the goods to the trader, and the trader shall refund the full amount paid by the consumer for the purchase of those goods or services within 15 days of the date of receipt of the notice of intent to terminate the contract.[52] However, Thai consumer laws do not have specific provisions dealing with contracts for the supply of digital contents.

Compared with the European Union, where regulations on the termination of a distance contract are available, a deadline for terminating the contract by giving the consumer the right to withdraw the distance contracts is within 14 days without any reasons or costs. A cooling period of 14 days starts from the date the consumer acquired the goods, while that of the digital content contract starts from the date of the contract. In the UK, the CRA 2015 requires that consumers return the goods and receive a full refund within 30 days of delivery. The consumer shall indicate to the trader that he or she is rejecting the goods and treat in the contract as at an end, then the trader is accountable for a full refund to the consumer within 14 days of receiving the cancellation request and receiving the goods back from the consumer. In the case of a digital content contracts, assuming that the trader cannot proceed to repair or replace merchandise within a reasonable time or is unable to provide a discount, the consumer is

[52] Section 33, *The Direct Sales and Direct Marketing Act B.E. 2545.*

entitled to claim a refund within 14 days of the date that the party agrees to a refund. Furthermore, the laws of France and Germany have set criteria for the termination of distance contracts similar to those of European Union: the consumer can terminate the contract within 14 days of the date of delivery; however, the criteria for the termination of digital content contracts have not been defined explicitly.

Besides the documentry research, the data has been collected from the in-depth interviewing, questionnaires and group discussion. The questionnaire results reflect the views of consumers that most of them tend to prefer online shopping than traditional in-store. The research stated that almost 82.67% of consumer respondents have made an online purchase. There were 49.19% of respondents tend to buy the four requisite and 48.59% of them tend to buy cosmetic and health care products and 43.95% of them have booked the airline tickets and hotel reservation through online sites. However, there were 63.33% of respondents have had an experience with a delayed delivery and they were not satisfied with the quality of goods and services. Also, there were 50.17% of respondents have been victims of online fraud and 44.67% of them are not satisfied with the product warrantee. The research found that 78.40% of respondents need to know about the contract terms which include the termination of contract, product replacement, refund and other remedies.[53] In addition, the study found the feedbacks of stakeholders by using in-depth interviewing and conducting a focus group. The study showed that Thailand did not have the specific provisions which can coped with the problem of e-commerce contract in order to protect the consumer from buying the goods and services and there are no explicit rule on digital content.

Conclusion and Recommendations

As mentioned earlier, e-commerce is an important factor driving the digital economy, particularly e-commerce business between traders and consumers. Still, most consumers are reluctant to take advantage of the benefits of e-commerce contracts, as they are uncertain whether their rights will be ultimately protected. Most traders usually use adhesion contracts to bind the other party, wherein the essential details have not been provided, such as contact information, terms of return, documentation or evidence of receipt, and costs that may be incurred when the merchandise or goods need to be returned. Notably, the existing laws of Thailand, namely the Civil and Commercial Code, the Consumer Protection Act, B.E. 2522, the Unfair Contract

[53] The questionnaire has been collected from 500 people in Bangkok and Metropolitan.

Terms Act, B.E. 2540, and the Direct Sales and Direct Marketing Act B.E. 2545, do not contain explicit provisions on related matters. In consequence, the trader applies such agreements in order to eliminate or limit their liability, and thereby treats consumers unfairly. However, many countries have amendment their laws to protect consumer rights in e-commerce contracts.

Therefore, the recommendation of this study is to create a *sui generis* law in accordance with the Consumer Protection Act, B.E. 2522 in order to protect consumers in the e-commerce contracts. That law should include the following provisions;

1) To establish the trader obligation to provide essential information about the trader and the characteristic of goods on a durable mediums, including details about the product, its total price, the arrangement of payment, the delivery of goods, the right to withdraw and a legal guarantee, the period for which the contract will be binding, technical prevention measures before the consumer is bound by the contract, and further information that is substantial in the contract in order to secure the consumers' purchasing decision with the provision of adequate information.

2) When the goods delivered to the consumer do not conform to the contract for sale of goods, the law should assure additional rights to consumers ––namely, the right to request the repair or replacement of goods as well as the right to request a price reduction in the event that the goods cannot be repaired or replaced and the right to reject the goods.

3) When the digital content delivered to the consumer do not conform to the contract for supply of digital content, the law should assure rights to consumer regarding the sale of digital content, particularly the right to request repair or replacement digital content. A repair or replacement has to be provided within a reasonable time or without significant inconvenience to the consumer. Also, the law should assure the right to request a price reduction if the merchandise cannot be repaired or replaced as well as the right to claim a refund.

4) To provide the cooling-off period of cancellation, allowing the consumer to terminate the contract and request a refund within 14 days without giving a reason, if goods were bought at a distance, or within 14 days of the date a contract for digital content was entered into. The trader shall give a refund to the consumer within 14 days of receiving the goods back, or the date of receiving the notification of cancellation from the consumer.[54]

[54]The authors acknowledge financial support from the Government Budget Research Grant (Integrated Budgeting).

References

Barry D., Jenkins, E., Sumnall, C., Douglas-Jones, B. & Lloyd, D., *Blackstone's Guides to The Consumer Rights Act 2015* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

Bondard, C., *E-commerce professionals and the "Hamon Act" (France's consumer protection Act)* (11 October 2017) Bondard Cabinet D' Advocats <http://bondard.fr/e-commerce-professionals-and-the-hamon-act-frances-consumer-protection-act>.

Chantharasombun, T., *Explanatory Notes on Direct Selling and Direct Marketing Act B.E. 2545* (Bangkok: Nititham Press, 2006).

Conway, L., *Consumer Rights Act 2015 (Briefing Paper Number CBP6588, 18 May 2017)* (17 August 2017) UK Parliament <https://researchbriefings.parliament.uk/Research Briefing/Summary/SN06588>.

Department for Business Innovation & Skills, *Consumer Rights Act: Goods: Guidance for Business* (20 September 2017) businesscompanion <https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/CRA-Goods-Guidance-for-Business-Sep-2015.pdf>.

Department for Business Innovation and Skills, *Consumer Rights Act: Digital Content: Guidance for Business* (1 August 2017) businesscompanion <https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/CRA-Digital-Content-Guidance-for-Business-Sep-2015.pdf>.

European Parliament and Council, *Guidance Document on the Consumer Rights Directive* (11 October 2017) European Commission <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_en_0.pdf>.

Horayangura N. & Suwanprateep D., *Exemption for E-Commerce from the Direct Sales and Direct Marketing Act* (10 October 2017) Baker and McKenzie <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2017/08/exemption-ecommerce-direct-sales>.

ICT Law Center, *Contract must be observed: Consumer Protection in Online Contract* (5 September 2017) ETDA <https://www.etda.or.th/publishing-detail/online-consumer-protection-on-e-commerce-contract-2.html>.

Informed Counsel, *Direct Sales and Direct Marketing Act: New Compliance Obligations for Business Operators* (6 October 2017) Tilleke and Gibbins <https://www.tilleke.com/resources/direct-sales-and-direct-marketing-act-new-compliance-obligations-business-operators>.

European Parliament and Council, *Directive 2011/83/EU on Consumer Right* (11 October 2017) EUR-Lex <http://eur- lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0083>.

Policy Department C: Citizens' Right and Constitutional Affairs, *The Potential Impact of the Consumer Rights Directive on the Member States' Contract Law* (20 September 2017) European Parliament <http://www.europarl.europa.eu/document /activities/cont/201405/20140521ATT84377/20140521ATT84377EN.pdf>.

The National Archives, *Explanatory Notes on Consumer Rights Act 2015* (10 October 2017) UK Government <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/notes>.

Kelly, D., Hammer, R. & Hendy, J., *Business Law* (Abingdon: Routledge, 3th ed., 2018).

Steennot, R., *Consumer protection with regard to distance contracts after the transposition of the Consumer Rights Directive in Belgium and France* (11 October 2017) Ghent University <https://biblio.ugent.be/publication/ 4233862/ file/6807506.pdf>.

Rose, F., *Blackstone's Statutes on Commercial and Consumer Law 2009-2010* (Oxford: Oxford university press, 2009).

Supanit, S., *Explanatory Notes on Consumer Protection Law* (Bangkok: Chulalongkorn University Press, 9th ed., 2014).

Sanunkorn, S., *Commentary on Juristic Acts and Contracts* (Bangkok: Winyuchon Press, 12th ed., 2016).

Stone, R. & Devenney, J., *The Modern Law of Contract* (New York: Routledge, 11th ed., 2017).

Thirawat, D., *Consumer Contract* (Bangkok: Thammasat University Press, 2017).



คำแนะนำในการส่งบทความวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์

วัตถุประสงค์

1. เพื่อเผยแพร่ความรู้กฎหมายในแง่มุมต่าง ๆ ของสาขานิติศาสตร์
2. เพื่อส่งเสริมสนับสนุนการผลิตผลงานวิชาการของอาจารย์ นักวิชาการ นักวิจัย นักนิติศาสตร์ และผู้สนใจทั่วไป

ขอบเขต

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ รับพิจารณาบทความวิชาการ บทความวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ บทความปริทัศน์ (review article) บทความวิจารณ์บทความ (article review) และบทความพิเศษสรุปจากการอภิปราย สัมมนา ที่มีเนื้อหาครอบคลุมเกี่ยวกับกฎหมายทุกสาขา

ประเภทของบทความ

1. บทความทางวิชาการ ความยาวของเนื้อหา 10 - 12 หน้ากระดาษ A4
2. บทความวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ ความยาวของเนื้อหา 10-15 หน้ากระดาษ A4
3. บทความปริทัศน์ บทความวิจารณ์บทความ และบทความพิเศษ สรุปการอภิปราย สัมมนา ความยาวของเนื้อหา 5-8 หน้ากระดาษ A4

แนวปฏิบัติการนำเสนอบทความ

1. บทความที่เสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่ใดมาก่อน และต้องไม่อยู่ระหว่างการเสนอพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่นหรือรายงานสืบเนื่องจากการประชุมวิชาการ

2. บทความที่เสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ประเมินบทความที่กองบรรณาธิการกำหนด โดยผู้ประเมินไม่ทราบว่าผู้เสนอบทความเป็นผู้ใด (blind review) ผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นสิ้นสุด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการขอสงวนสิทธิ์ ในการตรวจทานแก้ไขต้นฉบับตามเกณฑ์

การเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์ด้วย Microsoft Word สำหรับภาษาไทยใช้ตัวอักษร Angsana New ขนาดตัวอักษร 15 point ภาษาอังกฤษใช้ตัวอักษร Time New Roman ขนาดตัวอักษร 12 point ถ้ามีตัวเลข ต้องพิมพ์เป็นเลขอารบิก และ เชิงอรรถภาษาไทยใช้ตัวอักษร Angasana New ขนาดตัวอักษร 12 point เชิงอรรถภาษาอังกฤษใช้ตัวอักษร Time New Roman ขนาดตัวอักษร 9 point

2. ชื่อเรื่องพิมพ์ไว้หน้าแรกตรงกลางหน้ากระดาษ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) ชื่อผู้เขียนอยู่ใต้ชื่อเรื่องเยื้องลงมาทางขวามือ พิมพ์ด้วยตัวอักษรเอน ส่วนตำแหน่งทางวิชาการ (ถ้ามี) คุณวุฒิการศึกษาสูงสุด และสถานที่ทำงานของผู้เขียน พิมพ์ไว้เป็นเชิงอรรถในหน้าแรก

3. **บทความวิชาการ** เป็นบทความที่นำเสนอเนื้อหาสาระจากการวิเคราะห์ข้อมูลต่าง ๆ ประกอบด้วย ชื่อเรื่องภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ชื่อผู้เขียน บทคัดย่อ (Abstract) ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ความยาวรวมกันไม่เกิน 800 คำ คำสำคัญ (Keywords) ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยเลือกคำที่เกี่ยวข้องไม่เกิน 3 คำ บทนำ เนื้อหา สรุปและข้อเสนอแนะ บรรณานุกรม

4. **บทความวิจัยหรือวิทยานิพนธ์** เป็นบทความจากการวิจัยหรือจากวิทยานิพนธ์ ประกอบด้วย ชื่อเรื่อง (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) ชื่อผู้ทำวิจัย บทคัดย่อ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) คำสำคัญ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) บทนำ วัตถุประสงค์ของการศึกษา สมมติฐานของการศึกษา ขอบเขตของการศึกษา ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ วิธีดำเนินงานวิจัย ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ)

การส่งต้นฉบับ

1. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์

ส่งต้นฉบับ 1 ชุด และสำเนา 1 ชุด พร้อมแผ่นซีดี ที่กองบรรณาธิการ วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เลขที่ 18/18 ถนนบางนา-ตราด ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540

2. การส่งต้นฉบับทางเว็บไซต์ https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawhcu/index หัวข้อการส่งบทความออนไลน์

การอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote)

1. หนังสือ/ตำรา (Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	*ชื่อเรื่อง*	(สถานที่พิมพ์: สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้า.
ตัวอย่าง	ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล,	*คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล*	(กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543)	183.
	Malcome N Shaw,	*International Law*	(London: Cambridge University Press, 2008)	578.

2. บทความวารสาร (Journal Articles)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อเรื่อง”	(ปีที่พิมพ์)	ปีที่:ฉบับที่	**ชื่อวารสาร**	หน้าเริ่มต้นบทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์,	“หลักความสำคัญผิด”	(2553)	39:4	*วารสารนิติศาสตร์*	788,	797.
	Christopher C. Miller,	“To The Moon & Beyond: The United States and The Future of International Space Law”	(2011)	35:1	*Suffolk Transnational Law Review*	101,	113.

3. บทความในหนังสือ (Chapter in Edited Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อบทความ”	ใน	ชื่อบรรณาธิการหรือผู้รวบรวม,	*ชื่อหนังสือ*	(สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้าเริ่มต้นบทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	พะยอม แก้วกำเนิด,	“ความหมายของวัฒนธรรม”	ใน	ฉัตรชัย ศุกรกาญจน์ (บรรณาธิการ),	*ห้องสมุดวัฒนธรรม*	(นครศรีธรรมราช : ศูนย์วัฒนธรรมภาคใต้, 2525)	1,	4.
	Richard J. McNeil	“International Parks for Peace”	In	Jim Thorsell (ed.),	*Parks on the Borderline: Experience in Transfrontier Conservation*	(Gland, Switzerland and Cambridge, UK: IUCN, 1990)	23,	35.

4. วิทยานิพนธ์ (Theses)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	*ชื่อเรื่อง*	(หลักสูตร, สถาบัน, ปี)	หน้า.
ตัวอย่าง	นิก สุนทรธัย,	*มาตรการทางกฎหมายในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม*	(นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534)	53.
	Chloe Sage Castro,	*Over the Moon: Lunar Heritage Protection*	(Master of Fine Arts Thesis, Savannah College of Art and Design, 2011)	44.

5. 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, 25 April 2008)	12.

6. เว็บไซต์ (Website/Electronic Materials)

รูปแบบ	ชื่อผู้เขียน,	*ชื่อเอกสาร*	(ว/ด/ป ที่เข้าถึงข้อมูล)	ชื่อเว็บไซต์	<URL>.
ตัวอย่าง	Apichai Sunchindah,	*The ASEAN Approach to Regional Environmental Management*	(24 Aug 2013)	ASEAN Environment Cooperation	<http://www.aseansec.org/2838.htm>.

7. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

รูปแบบ	เลขมาตรา,	*ชื่อกฎหมาย*
ตัวอย่าง	มาตรา 15,	*พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔*
	Section 17,	*Land and Environment Court Act 1979*

8. ตราสารระหว่างประเทศ (Treaties, Conventions, Protocol)

รูปแบบ	*ชื่อตราสาร,*	วันที่เปิดลงนาม,	Treaty Series	(วันเริ่มต้นมีผลผูกพัน) (Enter into Force)	มาตรา.
ตัวอย่าง	*United Nations Convention on the Law of the Sea,*	opened for signature 10 December 1982,	21 ILM 1261	(entered into force 16 November 1994)	art 2.

หลักการอ้างเอกสารที่เคยอ้างมาแล้ว (Subsequent References)

1. กรณีการใช้ “เพิ่งอ้าง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้าทันที เช่น

16 ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.

17 เพิ่งอ้าง, 184.

18 Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press, 2nd ed, 2005) 163.

19 Ibid.

20 Ibid, 170.

2. กรณีการใช้ “อ้างแล้ว” หรือ “Above n” กรณีอ้างเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า แต่มีเอกสารอื่นมาคั่น เช่น

9 Catharine MacMillan, *Mistakes in Contract Law* (Hart Publishing, 2010) 38.

.....

20 Catharine MacMillan, above n 9.

21 Catharine MacMillan, above n 9, 40.

22 ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล* (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.

.....

24 ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, อ้างแล้ว 22, 185.

****

การอ้างบรรณานุกรม (Bibliography)

มีหลักการเขียนดังนี้

(1) รูปแบบเดียวกับ กรณีการอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote) ขึ้นอยู่กับประเภทของแหล่งอ้างอิง

(2) ตัดหน้าเอกสารที่อ้างออก และไม่ใส่จุด full stop (.) กรณีเอกสารที่อ้างเป็นบทความ (Journal Articles) ให้ตัดแต่เลขหน้าที่อ้างออก ให้ใส่หน้าเริ่มต้นบทความเอาไว้

(3) กรณีผู้แต่งเป็นชาวต่างชาติ ให้สลับที่ ชื่อแรก และ นามสกุล โดยคั่นด้วย comma (,) เช่น Christopher C. Miller เปลี่ยนเป็น Miller, Christopher C.

(4) การเรียงลำดับเอกสาร ให้เรียงตามอักษรตัวแรกสุดของชื่อผู้เขียน จาก ก-ฮ หรือ A-Z

ค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์

ผู้ที่จะตีพิมพ์บทความลงวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ต้องเสียค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์ เรื่องละ 5,000 บาท เพื่อเป็นค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาบทความ (Peer review) และค่าดำเนินการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง สามารถชำระโดย**โอนเงินเข้าบัญชี มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ**

ชื่อบัญชี มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

1. ธนาคารธนชาติ สาขามหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ประเภทออมทรัพย์
   เลขที่บัญชี 168-2-00999-7
2. ธนาคารกสิกรไทย สาขาถนนบางนา-ตราด ประเภท ออมทรัพย์
   เลขที่บัญชี 450-2-05411-8
3. ส่ง ใบ PAY IN ธนาคาร ทางโทรสาร 0-2312–6419 หรือ
   ที่ E- Mail : faclaw120hcu@gmail.com

****

ใบสมัครสมาชิก วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เรียน กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก.

ชื่อ-สกุล.....

ที่อยู่ เลขที่.....หมู่ที่.....ซอย.....

ถนน.....ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....

จังหวัด.....รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์.....โทรสาร.....E-mail address.....

มีความประสงค์จะสมัครเป็นสมาชิกวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก. เป็นรายปี (ปีละ 2 ฉบับ 300 บาท)

ที่อยู่ในการจัดส่งวารสาร

เลขที่.....หมู่ที่.....ซอย.....ถนน.....

ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....

รหัสไปรษณีย์.....

เงื่อนไขการชำระเงิน **<u>โอนเข้าบัญชี</u>**

<u>ชื่อบัญชี</u> **มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ**

❒ 1. ธนาคารธนชาติ สาขามหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ประเภทออมทรัพย์

เลขที่บัญชี 168-2-00999-7

❒ 2. ธนาคารกสิกรไทย สาขาถนนบางนา-ตราด ประเภทออมทรัพย์

เลขที่บัญชี 450-2-05411-8

โปรดส่งสำเนาการชำระเงินและใบสมัครสมาชิก ทางโทรสารหมายเลข 0-2312-6419 หรือที่ E-Mail : <u>faclaw120hcu@gmail.com</u> หรือ ส่งกองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ 18/18 ถนนเทพรัตน (บางนา-ตราด) กม.18 ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สำนักงานเลขานุการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ 0-2312-6300 ต่อ 1689 1690