



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY

Mae Fah Luang University

Law Journal

Volume 5 Issue 2

(July - December 2022)

วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 5 ฉบับที่ 2

(กรกฎาคม - ธันวาคม 2565)



24MFU



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 • กรกฎาคม - ธันวาคม 2565

Mae Fah Luang University Law Journal

Volume 5 Issue 2 • July - December 2022

ISSN (Online) 2774-020X • ISSN (Print) 2774-0765

± เกี่ยวกับวารสาร ±

ความเป็นมาของวารสาร

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ได้ดำเนินการจัดทำ “วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง” แบ่งออกเป็น 2 ช่วง ช่วงที่หนึ่ง ตีพิมพ์บทความเผยแพร่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2552 จนถึงปี พ.ศ. 2554 รวมจำนวนทั้งสิ้น 3 ฉบับ (ปีละ 1 ฉบับ) จากนั้นได้เลิกดำเนินการจัดทำไป และช่วงที่สอง ได้ดำเนินการจัดทำอีกครั้งหนึ่ง เริ่มตีพิมพ์บทความเผยแพร่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน

วัตถุประสงค์ของวารสาร

1. เพื่อเสริมสร้างความเข้มแข็งทางวิชาการให้แก่สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
2. เพื่อส่งเสริมให้บุคคลทั้งภายในและภายนอกสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง นำบทความที่ตนนิพนธ์เผยแพร่สู่สาธารณชน
3. เพื่อเป็นเอกสารสำหรับใช้ในการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิง
4. เพื่อพัฒนาความรู้ในสาขาวิชานิติศาสตร์ของประเทศไทย

นโยบายและขอบเขตเนื้อหาของบทความที่รับตีพิมพ์

วารสารมีนโยบายรับตีพิมพ์บทความที่มีคุณภาพสูงในด้านนิติศาสตร์ทุกสาขาวิชา เช่น กฎหมายเอกชน กฎหมายธุรกิจ กฎหมายอาญา กฎหมายมหาชน กฎหมายสังคม กฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายเปรียบเทียบ กฎหมายระหว่างประเทศ และนิติปรัชญา โดยมีกลุ่มเป้าหมายคือคณาจารย์ นักศึกษา นักวิจัย และนักวิชาการทั้งในและนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ประเภทของบทความที่รับตีพิมพ์

วารสารรับตีพิมพ์บทความประเภทต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ บทความวิจัย บทความวิชาการ วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ปกิณกะกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย และนักกฎหมายเล่าเรื่อง โดยบทความแต่ละประเภทมีความหมายดังต่อไปนี้

1. **บทความวิจัย** หมายความว่า บทความที่นิพนธ์ขึ้นจากงานวิจัยทางนิติศาสตร์ (โครงการวิจัย วิทยานิพนธ์ หรือดุษฎีนิพนธ์) เพื่อนำเสนอข้อค้นพบอย่างเป็นระบบ

2. **บทความวิชาการ** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์กฎหมายทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านองค์ความรู้หรือการนำไปประยุกต์ใช้ต่อไป

3. **วิเคราะห์คำตัดสินศาล** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์คำตัดสินของศาลต่าง ๆ เช่น คำตัดสินของศาลยุติธรรม และคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญ

4. **วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์ความเห็นทางกฎหมายขององค์กรหรือบุคคลต่าง ๆ เช่น ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา และความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

5. **วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์ข้อสอบกฎหมายของสนามสอบต่าง ๆ เช่น ข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา และข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย

6. **ปกิณกะกฏหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยซึ่งเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจ

7. **แนะนำหนังสือกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่แนะนำหนังสือกฎหมายที่น่าสนใจ

8. **นักกฎหมายเล่าเรื่อง** หมายความว่า บทความที่บอกเล่าเรื่องราวเกี่ยวกับนิติศาสตร์จากประสบการณ์ของผู้นิพนธ์ซึ่งเป็นนักกฎหมาย (นักกฎหมาย หมายถึง ผู้ที่สำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรีหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.) เป็นอย่างน้อย)

กำหนดเวลาเปิดรับพิจารณาบทความ

วารสารเปิดรับพิจารณาบทความตลอดทั้งปี

ลักษณะของการประเมินคุณภาพบทความ

บทความทุกประเภทจะได้รับการประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ (peer reviewer) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรงตามเนื้อหาในบทความนั้น ๆ โดย “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” จำนวน 3 ท่านต่อบทความ ส่วน “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้นจำนวน 2 ท่านต่อบทความ ทั้งนี้ เป็นการประเมินคุณภาพแบบลับทั้งสองทาง (double-blinded review) กล่าวคือ ผู้นิพนธ์จะไม่ทราบว่าผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความคือผู้ใด และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความจะไม่ทราบว่าผู้นิพนธ์คือผู้ใด

ในกรณีที่บทความใดนิพนธ์โดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ไม่ว่าผู้นิพนธ์จะอยู่ในสถานะอาจารย์ประจำ อาจารย์อาวุโส เจ้าหน้าที่ หรือนักศึกษา ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความที่ประเมินคุณภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้งหมด แต่ไม่รวมถึงกรณีที่บทความซึ่งมีผู้นิพนธ์ร่วมกันตั้งแต่ 2 ท่านขึ้นไปและผู้นิพนธ์ท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ภาษาที่รับตีพิมพ์

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

กำหนดเวลาตีพิมพ์

วารสารมีกำหนดเวลาตีพิมพ์บทความปีละ 2 ฉบับ ราย 6 เดือน ดังต่อไปนี้
ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน
ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม

คุณภาพของวารสาร

ปัจจุบันวารสารได้ผ่านการรับรองคุณภาพจากศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai-Journal Citation Index Centre : TCI) โดยจัดอยู่ในฐานข้อมูลกลุ่มที่ 2 จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2567

ค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนผู้นิพนธ์

วารสารไม่มีนโยบายเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้นิพนธ์และไม่มีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้นิพนธ์

ค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

วารสารมีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความเป็นจำนวนเงินท่านละ 2,000 บาท (สองพันบาทถ้วน) ทั้งนี้ ไม่ว่าผลสุดท้ายบทความที่ประเมินคุณภาพนั้น จะได้รับการตีพิมพ์หรือไม่ก็ตาม

เลขมาตรฐานสากลของวารสาร

ISSN [Online] : 2774-020X

ISSN [Print] : 2774-0765

เจ้าของ

สำนักวิชานิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ทำเนียบบรรณาธิการ

พ.ศ. 2561 - ปัจจุบัน รองศาสตราจารย์วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์

ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะใด ๆ ซึ่งปรากฏอยู่ในบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารฉบับนี้
“คณะผู้จัดทำวารสาร” และ “สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง”
ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

บรรณาธิการ

Editor

รองศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Wiwat Damrongkulnan

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

Assistant Editors

อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Arjan Dr. Archariya Wongburanavart

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Arjan Natdanai Nachan

School of Law, Mae Fah Luang University

กองบรรณาธิการ

Editorial Board

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

นักวิชาการอิสระ

Professor Dr. Pairojana Kampusiri

Independent Scholar

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Professor Dr. Kriengkrai Charoenthanavat

Faculty of Law, Chulalongkorn University

รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Dr. Chalor Wongwatanapikul

School of Law, Mae Fah Luang University

รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Associate Professor Dr. Narongdech Sarukosit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Associate Professor Arnon Mamout

Faculty of Law, Thammasat University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Assistant Professor Dr. Suphasit Taweejamsup

Faculty of Law, Chulalongkorn University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Assistant Professor Dr. Chukeat Noichim

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Assistant Professor Wimpat Rajpradit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

ผู้จัดการ

Manager

นางสาวจตุพร ชุ่มมะโน

Miss Jatuporn Chummano

ผู้ช่วยผู้จัดการ

Assistant Manager

ตรวจสอบรูปแบบรายการอ้างอิงและพิสูจน์อักษร

Reference Checking and Proofreading

นางสาวปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์

Miss Pinyok Satpradit

บทบรรณาธิการ

สวัสดีครับผู้อ่านทุกท่าน ผมขอแจ้งให้ผู้อ่านทุกท่านทราบว่าวารสารตั้งแต่ฉบับนี้เป็นต้นไปคณะผู้จัดทำวารสารได้เผยแพร่บทความในรูปแบบสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (online) เท่านั้น ไม่ได้เผยแพร่ในรูปแบบรูปเล่มสิ่งพิมพ์ (print) อีกต่อไป ทั้งนี้ เพื่อลดต้นทุนการจัดทำวารสารในส่วนที่เกิดขึ้นจากการจัดพิมพ์ลงบนกระดาษ

ขอขอบพระคุณผู้อ่านทุกท่านเป็นอย่างสูงครับ

รองศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
บรรณาธิการ

สารบัญ

บทความวิจัย (Research Articles)

- การกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมาย
การแข่งขันทางการค้า 15
Defining Dominant Market Position under Trade Competition Law
จุฬาลักษณ์ ดวงพุทธา
Julalak Duangpudta
- ปัญหาในการสืบสวนและดำเนินคดีกับแฮกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ
ภายใต้กฎหมายไทย 49
Problems in Investigating and Prosecuting Hackers from Abroad
under Thai Laws
กิตสุรณ สังขสุวรรณ
Kitsuron Sangsuvan
- แนวทางและมาตรการทางกฎหมายเพื่อการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้
ตลอดชีวิตสำหรับประเทศไทย 91
Guidelines and Legal Measures to Promote and Supervise Lifelong
Learning for Thailand
วัลัยวรรณ มธุรสปริชากุล และเกวลิน ต่อบัญญาชาญ
Walaiwan Mathurotpreechakun and Keovalin Torpanyacharn

บทความวิชาการ (Academic Articles)

- การพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองตามกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีน
เปรียบเทียบกับประเทศไทย 125
Trials on Administrative Contracts in accordance with the Law of
People’s Republic of China Compared to Thailand
สมคิด บุญลั่นเหลือ
Somkid Boonlonlear
- การเก็บภาษีเงินได้จากกำไรจากรุรกิจภายใต้ข้อบทที่ 7 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน:
กรณีศึกษาคดี NATWEST I 157
The Collection of Income Tax on Business Profits under Article 7
of the Double Taxation Convention: A Case Study of NATWEST I
สรรค์ ตันติจิตตานนท์
Sann Tantichattanon

วิเคราะห์คำตัดสินศาล (Analysis of Judicial Decision)

- ปัญหาความลักลั่นในการปรับใช้ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น
องค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม
และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 181
The Problem about Discrepancy in Applying between “Ignorance
of Facts” in Accordance with Article 59 Paragraph Three of the
Criminal Code and “Mistake of Facts” in Accordance with Article 62
of the Criminal Code
ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวูฒิ
Disorn Likhitwitayawuid

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

- กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน (ตอนที่ 1) 201

Juvenile Justice (소년 심판) (Part 1)

ภรณ์ เกราะแก้ว

Poranee Krawkeo

บทความวิจัย (Research Articles)

การกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า*

Defining Dominant Market Position

under Trade Competition Law

จุฬาลักษณ์ ดวงพุทธา**

นักศึกษาปริญญาโท สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Julalak Duangpudta

Master Student in Business Law, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 17 พฤศจิกายน 2564; วันที่แก้ไขบทความ 28 ธันวาคม 2564; วันที่ตอบรับบทความ 8 มกราคม 2565

บทคัดย่อ

การมีอำนาจเหนือตลาด คือ ความสามารถของผู้ประกอบการในการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการของตนให้สูงหรือต่ำกว่าระดับราคาของการแข่งขันทางการค้า ตลอดช่วงระยะเวลาหนึ่ง การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ได้มีความผิด โดยปกติของการประกอบธุรกิจแล้วผู้ประกอบการทุกรายล้วนต้องการกำไรหรือส่วนแบ่งตลาดในระดับสูง ทั้งนี้ ผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะมีความผิดก็ต่อเมื่อกระทำการอันมิชอบต่อการแข่งขันตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเป็นตัว

* บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีศาสตราจารย์ ดร.นนทวัชร์ นวตระกูลพิสุทธิ์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยขอนแก่น; อีเมลติดต่อ julalak.dua47@gmail.com

ละครที่สำคัญมากของการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากกฎหมายพิจารณาเห็นว่า ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดสามารถสร้างหรือทำลายการแข่งขันได้อย่างมีนัยสำคัญ ด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในประเทศต่าง ๆ จึงให้ความสำคัญและกำหนดเกณฑ์การกำกับดูแลที่เข้มงวดต่อพฤติกรรมทางการค้าของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าว เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจบางรายที่มีอำนาจเหนือตลาดมักจะมีพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองในการแสวงหากำไร จึงทำให้ไม่สามารถเกิดการแข่งขันกันได้เพราะผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยไม่มีความสามารถมากพอที่จะแข่งขันกับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของการที่จะกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของผู้ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต่อไป และผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดย่อมถูกควบคุมพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่มีความเข้มงวดมากกว่าผู้ประกอบธุรกิจทั่วไป เนื่องจากการกระทำเช่นเดียวกันของผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดกับผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดอาจเกิดผลกระทบต่อตลาดที่แตกต่างกันจากการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยในปัจจุบันยังขาดความชัดเจน มีข้อบกพร่องและมีข้อจำกัด บทความนี้จึงได้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับสภาพปัญหาที่มีผลกระทบต่อข้อกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดของกฎหมายต่างประเทศ อาทิ สหภาพยุโรป สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ซึ่งพบว่าได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะแตกต่างกันออกไปตามบริบทของแต่ละประเทศ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศไทย และเสนอให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด, ปัจจัยสภาพการแข่งขัน

Abstract

Market dominance is the ability of business operators to price their products or services higher or less than the price level of commercial competition. Over the course of a period of time, being a market dominant under the competition law is not guilty. Usually, all business operators require a high level of profit or market share of business operations. However, this Market authority is guilty only if they commit unlawful acts of competition as required by law. Market dominated business operators are a very important character of competitive competition law enforcement because the law considers business operators with market dominance can make or break down significant competition. As a result, the competition law system in different countries is a priority and imposes strict regulatory criteria on the commercial behavior of such dominant market position. Since some dominant market positions often behave as anti-competitive to maintain their interests in pursuit of profit it is impossible to compete because small business operators are not competent enough to compete with market authority. Therefore, it is important to consider the criteria for determining the business operator, with market dominance. This is to guide the consideration of the unconstitutional actions of the business operators who dominate the market and are regulated by more rigorous business habits than ordinary business operators. Due to the same actions of both types of business operators, different market impacts may occur. Moreover, the unlawful use of market dominance will be difficult to control the unlawful behavior of market authority. Studies have shown that the criteria for determining business as a business operator who dominate the market under Thailand's current competition law are lacking in clarity, flawed, and limited. This article focuses on the problem conditions that affect the determination of business operators who dominates the market in accordance with Thailand's competition law as well as comparing the approach to determining business operators who dominate the market of

international rules and foreign laws such as the European Union, Republic of Germany, Japan and South Korea. It was found that different criteria are defined according to the context of each country. This could help provide guidelines for the development of Thailand's legal guidelines to propose a revision of the law, as well as relevant criteria and guidelines for effective enforcement of competition laws.

Keywords: Dominant Market Position, Competitive Conditions Factors

1. บทนำ

ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบผสมในประเทศไทย รัฐและเอกชนต่างมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ ปัจจัยการผลิตมีทั้งที่เป็นของรัฐและเอกชน รัฐจะเข้ามาควบคุมหรือเข้ามาดำเนินกิจการที่มีความสำคัญต่อความเป็นอยู่ของประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เช่น กิจการสาธารณูปโภค อุตสาหกรรมหลัก และอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ ส่วนเอกชนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินบางอย่าง มีเสรีภาพในการเลือกผลิตหรือบริโภค กลไกราคาเข้ามาทำหน้าที่จัดสรรทรัพยากร มีการใช้ระบบของการแข่งขันทางการค้า

ปัจจุบันได้มีการบัญญัติกฎหมายการแข่งขันทางการค้าซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560¹ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นกฎหมายที่มีพื้นฐานมาจากหลักการทางเศรษฐศาสตร์เจตนารมณ์ของกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างโอกาสในการลงทุนและเสริมสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้ประกอบการธุรกิจทั้งในและต่างประเทศ สร้างบรรทัดฐานและกรอบจริยธรรมทางการค้า ดูแลผู้ประกอบการทุกระดับให้มีโอกาสแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม โดยเฉพาะประเทศไทยที่มีผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็กเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญของการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและขีดความสามารถในการแข่งขันเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยรวมในท้ายที่สุด กฎหมายการแข่งขันทางการค้าจะใช้มาตรการการควบคุมผู้ประกอบการทั้งหลายให้ปฏิบัติตาม เพื่อให้มีการแข่งขันทางธุรกิจอย่างเป็นธรรมไม่ว่าจะเป็นการแข่งขันกันระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันเองหรือเป็นการปฏิบัติต่อผู้บริโภค และมีขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายอย่างกว้างขวางต่อ

¹ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับรูปแบบและพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบันเป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าซึ่งเป็นหน่วยงานที่ตั้งขึ้นภายในกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ จึงไม่มีความคล่องตัวและขาดความเป็นอิสระในการกำกับดูแล การแข่งขันทางการค้าทำให้การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร สมควรปรับปรุงมาตรการในการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและมืองค์กรกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าที่มีความคล่องตัวและมีความเป็นอิสระ เพื่อให้ทันต่อพัฒนาการของรูปแบบและพฤติกรรมการประกอบธุรกิจที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ธุรกิจหลายแขนง ไม่ว่าจะเป็นกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม การเงิน การประกันภัย และการบริการ และอาจมีการกำหนดกิจการอื่นเพิ่มขึ้นมาอีกก็ได้ โดยทางราชการ ผู้ประกอบธุรกิจในการกิจการดังกล่าวอาจเป็นผู้จำหน่าย ผู้ผลิตเพื่อจำหน่าย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย หรือผู้ซื้อเพื่อผลิตหรือจำหน่ายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการธุรกิจ²

อำนาจเหนือตลาด คือ ความสามารถของหน่วยธุรกิจในการตั้งราคาเหนือระดับราคาที่มีการแข่งขัน ซึ่งมักจะเป็นราคาที่มากกว่าต้นทุนส่วนเพิ่ม ในระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งความสามารถดังกล่าวยังคงอยู่ แม้ว่าผู้บริโภคอาจเปลี่ยนไปบริโภคสินค้าของหน่วยธุรกิจอื่น หรือมีการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ หรือความสามารถของหน่วยธุรกิจในการทำกำไรให้เพิ่มขึ้นโดยลดปริมาณการผลิตสินค้าหรือบริการและจำหน่ายสินค้าหรือให้บริการนั้นในราคาที่สูงขึ้น การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไม่ถือว่าเป็นผู้ที่กระทำความผิดกฎหมายและกฎหมายการแข่งขันทางการค้าไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะมุ่งทำลายการมีอำนาจเหนือตลาดดังกล่าว แต่ผู้ประกอบธุรกิจบางรายอาจมีการใช้อำนาจเหนือตลาดที่ตนมีอยู่อย่างไม่เป็นธรรมส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมีอำนาจทางตลาดที่จะกีดกันหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดได้ในระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด มักจะมีพฤติกรรมที่เป็นการต่อต้านการแข่งขันเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตนเองในการแสวงหากำไร โดยไม่คำนึงถึงผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยหรือผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ที่เพิ่งเข้ามาในตลาด เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจรายย่อยไม่มีความสามารถมากพอที่จะแข่งขันกับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดได้ ทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมีผลกระทบกระเทือนโดยตรงต่อระบบเศรษฐกิจ จึงต้องมีกฎหมายบังคับผู้ประกอบธุรกิจทั้งหมดให้อยู่ในแนวปฏิบัติเดียวกันและมีกฎเกณฑ์ที่เข้ามาควบคุม กฎหมายมุ่งที่จะควบคุมพฤติกรรมของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดไม่ให้ประพฤติในทางที่มีขอบ ดังนั้น จึงต้องมีการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ของการที่จะกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายของผู้ที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดต่อไปตามลำดับ

² สุธีร์ ศุภนิตย์ (แก้ไขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวินิชฎ์), หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 14.

การที่จะพิจารณาคำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” นั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดคำนิยามเอาไว้ในมาตรา 5 ซึ่งจะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าประกาศกำหนดโดยให้ใช้เกณฑ์ในการพิจารณา 3 หลักเกณฑ์ คือ ส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย และโดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาพิจารณาประกอบ ซึ่งผู้เขียนจะแบ่งแยกปัญหาย่อยออกเป็นดังนี้

1) ข้อบกพร่องหรือข้อจำกัดของกฎหมายปัจจุบันในการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่กำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดให้อิงเกณฑ์การพิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายไปพร้อมกัน พิจารณาจากประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ข้อ 3 ที่ให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายที่เป็นไปตามเกณฑ์เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยจะแบ่งเป็นผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียว และผู้ประกอบการธุรกิจหลายราย ดังนี้

1.1) อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจรายเดียว การที่ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไปเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการนำเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายมาพิจารณาไปพร้อมกัน ซึ่งส่งผลกระทบต่อธุรกิจในประเทศไทยที่ส่วนใหญ่เป็นธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก เนื่องจากว่าในกรณีที่เกิดข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ ในปัจจุบันตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าส่วนใหญ่เป็นธุรกิจที่มี ยอดเงินขายไม่ถึงเกณฑ์หนึ่งพันล้านบาทตามที่คณะกรรมการฯ ประกาศกำหนด ยกตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการธุรกิจบางรายที่มีส่วนแบ่งตลาดมากเกินกว่าร้อยละห้าสิบ แต่ผู้ประกอบการรายนั้น มียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาเพียงจำนวนเก้าร้อยล้านบาท ย่อมหมายความว่าผู้ประกอบการรายนั้นไม่เข้าหลักเกณฑ์การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด แต่ในความเป็นจริงแล้วเห็นได้ว่า ผู้ประกอบการธุรกิจรายดังกล่าวอาจจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างแท้จริงที่สามารถกระทำการ อันส่งผลกระทบต่อตลาดหรือผู้ประกอบการรายย่อยอื่น ๆ ได้

1.2) อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจหลายราย กรณีนี้เป็นการกำหนดตัวผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแบบรวมกัน โดยประกาศคณะกรรมการการแข่งขัน

ทางการค้า กำหนดเอาไว้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือ บริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาด ปัญหาคือความไม่ชัดเจนของผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก จะใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนดตัว ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรกในตลาด หรือหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่ามีผู้ประกอบธุรกิจรายที่หนึ่ง มีส่วนแบ่งตลาดร้อยละสิบห้าและมีผู้ประกอบธุรกิจอีกสองรายมีส่วนแบ่งตลาดเพียงร้อยละยี่สิบต่อราย แต่กลับเข้าหลักเกณฑ์ว่าผู้ประกอบธุรกิจสองรายหลังนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดด้วย มีข้อสังเกตว่า การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาดังกล่าวอาจทำให้ผู้ที่ถูกกำหนดว่าเป็น ผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดสามรายมีส่วนแบ่งตลาดที่แตกต่างกันมากและเป็นอุปสรรคต่อการ แข่งขันเป็นอย่างมาก ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจบางรายที่ไม่เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดที่แท้จริง แต่จะต้องตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลที่มากกว่าผู้ประกอบธุรกิจรายอื่น ๆ

2) สถานะและเงื่อนไขในการบังคับใช้ “ปัจจัยและสภาพการแข่งขันในตลาด”

2.1) ความขัดแย้งระหว่างกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีแนวทางที่ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ให้ความสำคัญกับเกณฑ์ในการกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดทั้งสามเกณฑ์ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน คือ ส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย และปัจจัยสภาพ การแข่งขันในตลาด แต่การที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ได้ออกประกาศคณะกรรมการ การแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 อาศัยอำนาจตามมาตรา 5 และมาตรา 17 (2) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทาง การค้า พ.ศ. 2560 โดยไม่ได้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันเข้ามาร่วมในการพิจารณาด้วย อาจทำ ให้เกิดลำดับชั้นของเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนั้น คุณค่าในทางกฎหมายของปัจจัยสภาพ การแข่งขันจะเท่ากับส่วนแบ่งตลาดและยอดขายหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณา

2.2) ความไม่ชัดเจนในการนำปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดไปบังคับใช้กับ ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน กล่าวคือ การพิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันยังไม่มี การกำหนดแนวทางในการพิจารณาที่ชัดเจนและเพียงพอ แม้ว่าจะมีคำนิยามแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมี ลักษณะเป็นนามธรรม ความหมายของคำว่าปัจจัยสภาพการแข่งขันยังไม่มี ความครอบคลุม ภาครัฐกิจที่ถูกกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ย่อมต้องการหลักเกณฑ์ที่เข้าใจง่าย ชัดเจน แน่นนอน และสามารถคาดเห็นได้

บทความนี้ได้มุ่งเน้นทำการศึกษาถึงแนวทางการพิจารณาการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่เกิดขึ้นตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ออกตามกฎหมายดังกล่าว ทั้งในเรื่องของการนับส่วนแบ่งตลาด ยอดเงินขาย และปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาด โดยตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในปัจจุบันยังขาดความชัดเจน มีข้อบกพร่อง และมีข้อจำกัด จึงมีความจำเป็นจะต้องศึกษาการใช้การตีความกฎหมาย หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่มีอยู่และหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย หลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องให้มีความสอดคล้องกับลักษณะและความเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่แท้จริงในประเทศไทย โดยการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขหรือผ่อนคลายนโยบายหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้มีความเหมาะสม รวมถึงการนำมาปรับใช้กับบริบทในประเทศไทย เพื่อช่วยให้มีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและสามารถบังคับใช้ได้เหมาะสม

2. ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

การที่จะพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจใดเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาดพบว่าวิธีในการวัดอำนาจทางการตลาดนั้นมีหลายวิธีชี้วัดที่แตกต่างกันไป เช่น Lerner's Index เป็นวิธีการวัดความสามารถในการทำกำไร แต่ Concentration Ratio (CR) เป็นการวัดการกระจุกตัวของตลาดซึ่งไม่ได้สัมพันธ์กับความสามารถในการทำกำไรได้เสมอไป การวัดสัดส่วนตลาด และการกระจุกตัวของตลาดเป็นสิ่งที่สะท้อนถึงการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจในตลาด ส่วนแบ่งตลาด ยังสามารถแสดงให้เห็นถึงความสามารถในการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจนั้น ๆ ด้วย³

เมื่อใดก็ตามที่ผู้มีอำนาจเหนือตลาดกระทำการโดยมิชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจเหนือตลาดหรือคงไว้ซึ่งอำนาจเหนือตลาด การกระทำนั้นกฎหมายการแข่งขันทางการค้าบัญญัติให้เป็นความผิด พฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาด การกระทำของผู้มีอำนาจเหนือตลาดแสดงพฤติกรรมการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ เช่น การกำหนดราคาต่ำกว่าทุน (predatory pricing)

³ ชนินทร์ มีโกศล, เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 21.

การตั้งราคาแบบเลือกปฏิบัติ (price discrimination) การจำกัดสิทธิการจำหน่าย (exclusive dealing) การขายควบ (bundling) และการขายพ่วง (tying)⁴ เป็นต้น

3. หลักเกณฑ์ในการกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ

การจะตรวจสอบว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ จำเป็นจะต้องรู้ก่อนว่าจะพิจารณาจากตลาดสินค้าหรือบริการใด และมีคู่แข่งใดอยู่ในตลาดสินค้าหรือบริการนั้นบ้าง โดยใช้หลักการทดแทนกันได้ในการกำหนดขอบเขตตลาด (Market Definition) ซึ่งจะพิจารณาจากตลาดที่เกี่ยวข้อง (Relevant Market) ได้แก่ ตลาดสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง (Relevant Product Market) คือ ตลาดสินค้าหรือบริการที่สามารถทดแทนกันได้ในมุมมองของผู้บริโภค เมื่อพิจารณาจากคุณลักษณะ ราคา หรือวัตถุประสงค์ของการใช้งานของสินค้าหรือบริการ และตลาดภูมิศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง (Relevant Geographic Market) คือ ตลาดที่ประกอบด้วยพื้นที่ที่ขายสินค้าหรือบริการซึ่งสามารถทดแทนกันได้ในมุมมองของผู้บริโภค โดยมีเงื่อนไขด้านการแข่งขันในลักษณะเดียวกัน⁵

3.1 การกำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่กำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเด็ดขาดให้อิงเกณฑ์การพิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายไปพร้อมกัน

3.1.1 อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว

การมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป หรือผู้ประกอบการสามรายแรกในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่งหรือบริการใดบริการหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมา

⁴ Gunnar Niels, Helen Jenkins and James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 177.

⁵ ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง แนวทางปฏิบัติในการพิจารณากำหนดขอบเขตตลาดและส่วนแบ่งตลาด พ.ศ. 2561

ตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป และมีให้ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจรายใดรายหนึ่งที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาต่ำกว่าร้อยละสิบ

ดังนั้น การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยสามารถแบ่งออกได้ 2 กรณีคือ

1) ผู้มีอำนาจเหนือตลาดรายเดียว ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาของสินค้าหรือบริการหนึ่งตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป และ

2) ผู้มีอำนาจเหนือตลาดสามรายแรก ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป

หมายความว่าในการควบคุมพฤติกรรมของผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามกฎหมายที่จะกล่าวต่อนั้น มีได้ 2 กรณีเช่นเดียวกัน กล่าวคือ การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่งซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกับการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการหลายรายที่อยู่ในตลาดซึ่งได้ถูกจัดกลุ่มให้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด⁶

ข้อบกพร่องหรือข้อจำกัดของกฎหมายในปัจจุบันในการกำหนดตัวผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ทั้งสองเกณฑ์ทำให้เกิดสถานะสุญญากาศทางกฎหมายที่ควบคุมไม่ได้หรือเป็นช่องว่างของกฎหมาย ในประเทศไทยนั้นการประกอบธุรกิจนั้นจะเป็นรูปแบบของการประกอบธุรกิจในขนาดกลางและขนาดเล็กเป็นส่วนมาก การที่ยอดเงินขายของแต่ละธุรกิจในแต่ละปีจะถึงจำนวนหนึ่งพันล้านบาทตามเกณฑ์ที่คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ากำหนดเอาไว้จึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากในทางปฏิบัติ และเมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจากอดีตมาจนถึงปัจจุบันพบว่า มีเพียงไม่กี่กรณีเท่านั้นที่จะถือได้ว่าผู้ประกอบธุรกิจนั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด และโดยส่วนใหญ่แล้วจะไม่เข้าหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด เนื่องจากว่ายอดเงินขายในปีที่ผ่านมาไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท ยกตัวอย่างเช่น กรณีผู้มีอำนาจเหนือตลาดสินค้าอาหารแอสฟัลท์อิมัลชันปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม กรณีการจำหน่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ในราคา

⁶ สุธีร์ ศุภนิตย์ (แก้ไขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวินิชย์), หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542, หน้า 41.

ต่ำกว่าราคาต้นทุนผ่านสื่อสังคมออนไลน์ กรณีการตรวจสอบพฤติกรรมของบริษัทจำหน่าย กระจกรถยนต์ กรณีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมของผู้รับซื้อผลผลิตทางการเกษตร เขตพื้นที่จังหวัดแม่ฮ่องสอน กรณีการขนส่งสินค้าผ่านแดนในเขตพื้นที่จังหวัดตาก เป็นต้น ซึ่งทุกกรณีที่ถูกกล่าวไปคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวิเคราะห์แล้วเห็นว่า เป็นผู้มีส่วนแบ่ง ตลาดเกินร้อยละห้าสิบแต่ยอดเงินขายของผู้ถูกร้องไม่ถึงหนึ่งพันล้านบาท จึงไม่ต้องด้วย องค์ประกอบของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ประกอบประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2561 เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ถูกร้องไม่มีสถานะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ผู้ถูกร้อง จึงไม่อาจกระทำการที่ต้องห้ามตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กรณีจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยต่อไปว่า ผู้ถูกร้องได้กระทำการที่ต้องห้ามตามมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 แต่อย่างไร

เมื่อพิจารณากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ที่ตราขึ้น เพื่อให้บริษัทขนาดกลางและขนาดเล็กในสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) และผู้ประกอบการ ต่างชาติกล้าที่จะเข้ามาลงทุนในธุรกิจอุตสาหกรรม และเพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม ซึ่งจะทำให้เกิดการแข่งขันที่มีประสิทธิภาพ นำไปสู่การยกระดับความสามารถในการแข่งขัน ในท้ายที่สุด The Monopoly Regulation and Fair Trade Act of 1980 (MRFTA)⁷ มาตรา 2 ได้นิยามคำว่า “ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด” ไว้ว่า “ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือ ตลาด” หมายถึง ผู้ประกอบการรายใดมีอำนาจเหนือตลาดที่สามารถกำหนด รักษา หรือ เปลี่ยนแปลงราคา ปริมาณหรือคุณภาพของสินค้าหรือบริการ หรือข้อกำหนดและเงื่อนไขอื่น ๆ ของธุรกิจในฐานะผู้ขายหรือผู้ซื้อในพื้นที่ธุรกิจนั้น ๆ โดยตนเองหรือร่วมกับผู้ประกอบการรายอื่น ในการพิจารณาว่ามีผู้ประกอบการใดเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด ส่วนแบ่งการตลาดของเขาและ

⁷ ศักดา ธนิตกุล และคณะ, โครงการการศึกษาวิจัยเพื่อจัดทำร่างกฎหมายลำดับรองที่ต้องออก ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560, (สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2562), หน้า 243-244.

การมีอยู่และขอบเขตอุปสรรคใด ๆ ในการที่จะเข้าสู่ตลาดของเขาและสัมพันธ์กับจำนวนของผู้ประกอบการคู่แข่งจะต้องถูกนำไปพิจารณาอย่างละเอียดด้วย⁸

ข้อสันนิษฐานการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในมาตรา 4⁹ ของ The Monopoly Regulation and Fair Trade Act มีการบัญญัติถึงข้อสันนิษฐานของการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้โดยเป็นข้อสันนิษฐานที่พิจารณาถึงส่วนแบ่งตลาดโดยมาตรา 4 วางหลักไว้ ดังนี้

ผู้ประกอบการใด (ไม่รวมถึงผู้ประกอบการที่ผลรวมประจำปีในธุรกิจด้านนั้น ๆ น้อยกว่าสี่พันล้านบาท) มีส่วนแบ่งตลาดในธุรกิจด้านนั้น ๆ ตามที่จะกล่าวต่อไปข้างต้นนี้ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ประกอบการนั้นเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด

กรณีที่ 1 ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการรายหนึ่งเท่ากับร้อยละห้าสิบหรือมากกว่านั้น

⁸ Article 2 The term “market-dominating enterpriser” means any enterpriser who can determine, maintain, or change the prices, quantity or quality of commodities or services or other terms and conditions of business as a supplier or customer in a particular business area individually or jointly with other enterprisers. In deciding whether an enterpriser is a market-dominating enterpriser, his market share, whether and to what extent any barriers to enter into the market exist, and the relative size of competitive enterprisers shall be comprehensively taken into account;

⁹ Article 4 “An enterpriser (excluding the enterpriser whose annual amount of sales or purchase in a particular business area is less than 4 billion won) whose market share in a particular business area falls under any of the following subparagraphs shall be presumed a market-dominating enterpriser referred to in subparagraph 7 of Article 2:

1. Market share of one enterpriser is 50/100 or more;
2. The total market share of not more than three enterpriser is 75/100 or more: Provided, that those whose market share is less than 10/100 shall be excluded herefrom.”

กรณีที่ 2 ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบการสามรายหรือน้อยกว่านั้น เมื่อรวมกันแล้ว เท่ากับร้อยละเจ็ดสิบห้าหรือมากกว่านั้น แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดน้อยกว่าร้อยละสิบ¹⁰

อย่างไรก็ตาม นอกจากข้อพิจารณาในการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดข้างต้นนั้นแล้ว แม้ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจจะไม่ถึงเกณฑ์ข้อสันนิษฐานดังกล่าว แต่อาจถือเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้โดยการประเมินจากระดับการแข่งขัน ส่วนแบ่งตลาด และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด¹¹ โดยผู้ใช้กฎหมายจำเป็นต้องพิสูจน์เป็นรายกรณีว่าผู้ประกอบการดังกล่าวมีอำนาจเหนือตลาดจริงหรือไม่¹²

กฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีความยืดหยุ่นมาก กล่าวคือ ผู้บังคับใช้กฎหมายมีภาระในการพิสูจน์หักล้างหรือสนับสนุนข้อสมมติฐานว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ และแม้แต่ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงร้อยละห้าสิบหรือผู้ประกอบการสามรายแรกที่มีส่วนแบ่งตลาดรวมกันไม่ถึงร้อยละเจ็ดสิบห้าแต่ผู้ใช้กฎหมายอาจพิจารณาหลักฐานอื่นเพื่อพิสูจน์หักล้างหรือสนับสนุนข้อสมมติฐานได้

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹³ กรณีผู้ประกอบการรายเดียวซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ได้กำหนดนิยามผู้ประกอบการรายเดียวซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ในมาตรา 18 วรรค 3 กรณี

¹⁰ Korea Fair Trade Commission, **Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position, Section II** [Online], 18 April 2020. Source: <http://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=501>

¹¹ Ibid.

¹² Joseph Seon, Hur, **The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea**, United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness and Development: Lessons From Developing Countries, p. 235.

¹³ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีกับสหภาพยุโรปนั้น หากการจำกัดการแข่งขันที่เกิดผลขึ้นในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีดังกล่าว มิได้ถึงขนาดส่งกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป กรณีดังกล่าวจะอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) เท่านั้น ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่มีการจำกัดการแข่งขันนั้นนอกจากจะเกิดผลในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้วยังส่งกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิก

กรณีแรก ผู้ประกอบการที่ไม่มีคู่แข่ง คือ ผู้ผูกขาด

กรณีที่สอง ผู้ประกอบการที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การแข่งขันอันมีนัยสำคัญ คือ ผู้ประกอบการที่สามารถประพடுத்தได้อย่างอิสระจากคู่แข่ง เนื่องจากการแข่งขันในตลาดนั้น ๆ ไม่อาจจะทำหน้าที่หลักของตนในการจัดสรรทรัพยากรได้อีกต่อไปแล้ว¹⁴

และกรณีที่สาม ผู้ประกอบการที่มีอำนาจตลาดสูงเมื่อเทียบกับคู่แข่ง¹⁵

มาตรา 18 (3) GWB ได้กำหนดปัจจัยต่าง ๆ สำหรับพิจารณาความมีอำนาจเหนือตลาดในกรณีดังกล่าวไว้ อันได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยว่ามีอำนาจเหนือตลาด ความแข็งแกร่งทางการเงิน การเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบหรือแหล่งขายสินค้า ปฏิสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจอื่น อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการรายอื่นทั้งทางกฎหมายและ

สหภาพยุโรปด้วย การจำกัดการแข่งขันดังกล่าวก็จะตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของมาตรา 101 หรือ 102 TFEU ด้วยเช่นกัน

การกระทำใด ๆ ที่เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบตามมาตรา 102 TFEU นั้น มาตรา 22 (3) GWB บัญญัติว่า ในกรณีดังกล่าวผู้ใช้กฎหมายอาจใช้บทบัญญัติต่าง ๆ ใน GWB กับกรณีก่อการดังกล่าวได้ด้วย ในกรณีเช่นว่านั้นผู้ใช้กฎหมายจะต้องใช้บทบัญญัตินั้น ๆ ควบคู่ไปกับการใช้มาตรา 102 TFEU อย่างไรก็ดี มีข้อพึงสังเกตประการสำคัญ คือมาตรา 3 (2) Council Regulation (EC) No 1/2003 ได้เปิดโอกาสให้รัฐสมาชิกสามารถตราและใช้บทบัญญัติของรัฐสมาชิกเกี่ยวกับการควบคุมพฤติกรรมฝ่ายเดียวที่มีความเข้มงวดกว่าหรือมีสภาพบังคับรุนแรงกว่ามาตรา 102 TFEU ได้ ดังนั้นพฤติกรรมฝ่ายเดียวบางพฤติกรรมแม้ว่าจะไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 102 TFEU แต่อาจจะเป็นพฤติกรรมฝ่ายเดียวที่ GWB บัญญัติห้ามกระทำก็เป็นได้

ปัญหาที่พึงพิจารณาประการที่ต่อมา คือ เมื่อการจำกัดการแข่งขันที่ส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปนั้นจะตกอยู่ภายใต้ทั้งขอบเขตการบังคับใช้ GWB และ TFEU กรณีดังกล่าวจะทำให้ BKartA ผู้บังคับใช้กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและคณะกรรมการการยุโรปดำเนินคดีคู่ขนานกันไปหรือไม่ ทั้งนี้ความวุ่นวายจะเกิดขึ้นทันทีเมื่อทั้งสององค์กรวินิจฉัยต่างกัน อย่างไรก็ดีปัญหาดังกล่าวไม่มีทางที่จะเกิดขึ้นได้ เนื่องจากมาตรา 11 (6) Council Regulation (EC) No 1/2003 บัญญัติให้องค์กรบังคับใช้กฎหมายของรัฐสมาชิกหมดอำนาจดำเนินคดีนั้น ๆ ทันทีเมื่อคณะกรรมการยุโรปเริ่มดำเนินคดีดังกล่าว

¹⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

¹⁵ กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, **บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 47 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2561), หน้า 630.

ทางข้อเท็จจริง การแข่งขันโดยผู้ประกอบการอื่นทั้งตามที่เป็นอยู่จริงและที่อาจเกิดขึ้นได้ ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยว่ามีอำนาจเหนือตลาดในการปรับเปลี่ยนการขายของตนไปยังสินค้าอื่นหรือปรับเปลี่ยนการซื้อของตนไปยังสินค้าอื่น และโอกาสของผู้ร่วมตลาดที่อยู่ในฝั่งตรงกันข้ามกับผู้ประกอบการที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่จะเปลี่ยนไปติดต่อกำทำการค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น

อนึ่ง GWB ได้กำหนดข้อสันนิษฐานสำหรับการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดไว้ในมาตรา 18 (4) GWB อันได้แก่ ข้อสันนิษฐานว่าผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งรายใดมีส่วนแบ่งตลาดร้อยละสี่สิบขึ้นไปเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจรายที่ต้องสงสัยอาจพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้¹⁶

จะเห็นได้ว่ากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่มีการกำหนดให้พิจารณายอดขายเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด

ส่วนการมีอำนาจเหนือตลาดตามแนวการวินิจฉัยของศาลและคณะกรรมการยุโรป จะมีลักษณะที่แตกต่างออกไป คือ บทบัญญัติที่เป็นฐานทางกฎหมายที่สำคัญและถือได้ว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรปได้แก่บทบัญญัติของ The treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) กฎเกณฑ์ที่ใช้กับผู้ประกอบการตามมาตรา 101 และ 102 ของ TFEU นั้นสะท้อนสาระสำคัญของมาตรา 85 และ 86 ของสนธิสัญญาประชาคมยุโรป 1957 EC Treaty¹⁷

ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ได้วินิจฉัยถึงนิยามของการมีอำนาจเหนือตลาดในคดี United Brands และ Hoffmann-La Roche เอาไว้ดังต่อไปนี้

“ตำแหน่งซึ่งมีความแข็งแกร่งในทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการ ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการดังกล่าวสามารถทำให้การแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้น

¹⁶ เรื่องเดียวกัน

¹⁷ บทบัญญัติกฎหมายที่เป็นรากฐานของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า (Competition Law) ของสหภาพยุโรปได้แก่ มาตรา 85 และมาตรา 86 ของสนธิสัญญากรุงโรม (The Treaty of Rome) ต่อมาได้มีการแก้ไขตัวเลขเป็นมาตรา 81 และมาตรา 82 และเมื่อได้จัดทำสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป TFEU จึงได้มีการปรับแก้ไขเลขมาตราอีกครั้งเป็นมาตรา 101 และมาตรา 102

ไม่อาจถูกอ้างไว้ได้ โดยอาศัยอำนาจของตนต่อขอบเขตที่เกี่ยวข้องโดยปราศจากอิทธิพลของคู่แข่ง ลูกค้ำ และท้ายที่สุดคือผู้บริโภค”¹⁸

ในเชิงวิชาการ Richard Whish ได้แยกองค์ประกอบของการมีอำนาจเหนือตลาดออกเป็นสองส่วน ได้แก่ 1) อำนาจที่จะมีพฤติกรรมโดยอิสระจากคู่แข่ง ลูกค้ำ และผู้บริโภค และ 2) ความสามารถในการอ้างรักษาไว้ซึ่งการแข่งขันอย่างมีประสิทธิภาพในตลาดที่เกี่ยวข้อง¹⁹

มาตรา 102 ของ TFEU บัญญัติห้ามมิให้ผู้ประกอบการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม หากพิจารณาองค์ประกอบของข้อห้ามดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่ามาตรา 102 นั้นใช้กับกรณีที่ผู้ประกอบการจะต้องมีอำนาจเหนือในตลาดหนึ่งหรือหลายตลาด และผู้ประกอบการดังกล่าวนั้นจะต้องได้มีการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว คณะกรรมาธิการยุโรปได้ออกแนวทางในการประเมินการมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้ใน Guidance Paper โดยระบุว่าคณะกรรมาธิการจะนำปัจจัยดังต่อไปนี้มาประเมินความมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการ

(1) ข้อจำกัดที่ถูกกำหนดโดยการจัดหาตำแหน่งในตลาดและคู่แข่งที่แท้จริง กล่าวคือ ตำแหน่งในตลาดของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดและของคู่แข่ง

(2) ข้อจำกัดที่ถูกกำหนดโดยภัยคุกคามต่อการขยายตัวในอนาคตที่เชื่อถือได้โดยคู่แข่งที่แท้จริงและโดยคนที่อาจเป็นคู่แข่งได้ กล่าวคือ การขยายตัวและคนที่เข้าแข่งขัน และ

(3) ข้อจำกัดที่ถูกกำหนดโดยความแข็งแกร่งในการต่อรองของลูกค้าของผู้ประกอบการ กล่าวคือ อำนาจในการได้รับการชดเชยของผู้บริโภค²⁰

3.1.2 อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย

ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดหลายรายตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย คือผู้ประกอบธุรกิจ 3 รายแรกของตลาดสินค้าหรือบริการหนึ่ง มีส่วนแบ่งตลาด

¹⁸ CJ, 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207, at 65 and 67 และ CJ, 85/76 Hoffmann La-Roche v Commission [1979] ECR 461, at 38.

¹⁹ Richard Whish, **Competition Law**, 5th ed. (London: Lexis Nexis-Butterworth, 2005), p. 179.

²⁰ Guidance Paper on abusive exclusionary conduct by dominant undertaking, para 12.

ในปีที่ผ่านมาเรามักเห็นร้อยละเจ็ดสิบห้าและมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป ในกรณีผู้ประกอบการสามรายแรกนั้น เป็นการกำหนดผู้มีอำนาจเหนือตลาดแบบรวมกัน

ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณา คือ คำว่า “ผู้ประกอบการธุรกิจสามรายแรก” หนึ่ง หากพิจารณาลงลึกไปถึงต้นกำเนิดของแนวคิดผู้ประกอบการหลายรายเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป จะพบว่า ในกรณีดังกล่าวกฎหมายสหภาพยุโรปจะหมายถึงการที่ผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกัน ทั้งนี้ เงื่อนไขสำคัญที่จะตัดสินได้ว่า ผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันนั้นก็คือ ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะต้องมีความผูกพันกันทางเศรษฐกิจอย่างแน่นแฟ้นจนทำให้เขาเหล่านั้นสามารถดำเนินการต่าง ๆ ในตลาดไปวิถีทางเดียวกันได้ ทั้งนี้ ความผูกพันดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี กล่าวคือ กรณีแรกผู้ประกอบการเหล่านั้นทำการตกลงกันว่าจะมีพฤติกรรมเช่นไร และกรณีที่สอง ผู้ประกอบการเหล่านั้นอยู่ในตลาดผู้แข่งขันน้อยรายซึ่งโดยสภาพตลาดดังกล่าวทำให้เขาเหล่านั้นมีพฤติกรรมไปในทางเดียวกันจนราวกับว่าเป็นหน่วยร่วมเดียวกันนั่นเอง

เมื่อพิจารณากฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว ในมาตรา 18 (5) GWB ได้บัญญัติไว้ว่า ผู้ประกอบการตั้งแต่สองรายขึ้นไปอาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ หากระหว่างเขาเหล่านั้นไม่ได้มีการแข่งขันกันอย่างมีนัยสำคัญ และเมื่อพิจารณาเขาเหล่านั้นในฐานะเป็นองค์กรรวมแล้วปรากฏว่าครอบงำประกอบของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามมาตรา 18 (1) GWB หนึ่ง ตามมาตรา 18 (6) GWB ได้สร้างข้อสันนิษฐานไว้ว่า องค์กรรวมของผู้ประกอบการนั้นจะถูกพิจารณาว่ามีอำนาจเหนือตลาดเมื่อเข้าข่ายกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

กรณีแรก องค์กรรวมดังกล่าวประกอบด้วยผู้ประกอบการสามรายหรือน้อยกว่านั้น ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดร่วมกันร้อยละ 50 หรือ

กรณีที่สอง องค์กรรวมดังกล่าวประกอบด้วยผู้ประกอบการห้ารายหรือน้อยกว่านั้น ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดร่วมกัน 2 ใน 3

ทั้งนี้ ข้อสันนิษฐานดังกล่าวก็ถูกหักล้างได้ตามมาตรา 18 (7) GWB โดยผู้ประกอบการที่ต้องสงสัยเหล่านั้นจะต้องพิสูจน์ให้ได้ความว่า ด้วยเงื่อนไขในการแข่งขันต่าง ๆ การแข่งขันอันมีนัยสำคัญระหว่างเขาเหล่านั้นอาจเกิดขึ้นได้ หรือองค์กรรวมของเขาเหล่านั้นไม่ได้มีอำนาจตลาดสูงเมื่อเทียบกับคู่แข่งรายอื่น พบว่ามีแนวทางในการพิจารณาที่สอดคล้องกันกับแนวทาง

ของกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าสหภาพยุโรป กล่าวคือ นอกจากหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้พิจารณาผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดแล้ว จะถือว่าผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดได้ก็ต่อเมื่อเขาเหล่านั้นไม่มีการแข่งขันระหว่างกันด้วย สิ่งหนึ่งที่ต้องตระหนักเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าผู้ประกอบการหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ก็คือ นอกจากการพิจารณาผลรวมของส่วนแบ่งตลาดและยอดขายของผู้ประกอบการหลายรายในตลาดนั้น ๆ แล้ว ผู้ใช้กฎหมายยังต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า ผู้ประกอบการเหล่านั้นมีการดำเนินการต่าง ๆ ไปในตลาดทิศทางเดียวกันจนดูเหมือนไม่มีการแข่งขันกันหรือไม่ ทั้งนี้การไม่แข่งขันกันดังกล่าวอาจจะมีที่มาจาก การตกลงกัน หรือมีที่มาจากสภาพตลาดแบบผู้แข่งขันน้อยรายก็เป็นได้²¹

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาผู้ประกอบการหลายรายที่มีอำนาจเหนือตลาดของประเทศไทยจะมีลักษณะคล้ายกับหลักเกณฑ์ของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) เป็นอย่างมาก กล่าวคือ มีลักษณะของการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายโดยใช้ส่วนแบ่งตลาดรวมกันของผู้ประกอบการสามรายแรกที่มีส่วนแบ่งตลาดมากที่สุดในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง เป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดและกำหนดอัตราส่วนแบ่งตลาดที่จะทำให้ผู้ประกอบการรายนั้นถูกสันนิษฐานว่ามีสถานะเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้ต่างหากจากกรณีผู้ประกอบการรายเดียว จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะมีความแตกต่างจากสหภาพยุโรปและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากลักษณะของเกณฑ์การพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดร่วมกันของสหภาพยุโรปและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะของการร่วมกันเป็นอันดับแรก จึงจะพิจารณาต่อไปว่าการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบการนั้นทำให้เกิดการมีอำนาจเหนือตลาดขึ้นมาหรือไม่โดยมิได้แยกหลักเกณฑ์การพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายร่วมกันไว้ต่างหากจึงครอบคลุมไปถึงกรณีผู้ประกอบการหลายรายมีการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันด้วย

นอกจากนี้ ประเทศไทยนั้นมิได้มีการกำหนดปัจจัยที่นำมาพิจารณาหาสถานะการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการหลายรายในตลาดแต่อย่างใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ประเทศไทยยังไม่มีเงื่อนไขและรายละเอียดที่ชัดเจนว่า อย่างไรก็ตามจะถือว่าเป็นผู้ประกอบการ

²¹ เรื่องเดียวกัน

สามรายแรกในตลาดสินค้าและบริการ โดยแนวปฏิบัตินั้นกำหนดให้เป็นหน้าที่ของ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ที่จะพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าในตลาดที่เกี่ยวข้องนั้นมีผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดกี่ราย ซึ่งยังขาดความชัดเจนในรายละเอียดของการพิจารณา ในข้อที่กล่าวมานี้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยควรจะมีการบัญญัติเอาไว้โดยชัดเจนโดยให้มีการพิจารณาการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจควบคู่ไปด้วย เพื่อเป็นแนวทางการพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย

3.2 สถานะและเงื่อนไขในการบังคับใช้ “ปัจจัยและสภาพการแข่งขันในตลาด”

ปัจจัยสภาพการแข่งขัน ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 หมายความว่า จำนวนผู้ประกอบธุรกิจในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ กฎระเบียบของภาครัฐ และปัจจัยอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

3.2.1 ความขัดแย้งระหว่างกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติค่านิยามของการเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดเอาไว้ โดยได้ให้ความสำคัญกับเกณฑ์ของการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอยู่ทั้งหมด 3 เกณฑ์ด้วยกัน ได้แก่ เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาด เกณฑ์ยอดเงินขายในปีที่ผ่านมา และเกณฑ์ปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดที่เกี่ยวข้อง แต่ในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่องหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องปัจจัยสภาพการแข่งขันเอาไว้ ดังนั้น ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จึงมีความขัดแย้งกันกับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

แนวทางพิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดจะมีความใกล้เคียงกับการพิจารณาของศาลสหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ซึ่งพิจารณาความเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดจากปัจจัยหลากหลายไม่เฉพาะแต่เพียงส่วนแบ่งการตลาด

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 มาตรา 5 ใช้ถ้อยคำว่า “โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาประกอบการพิจารณา” แต่เมื่อลองพิจารณาหลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีอำนาจ

เหนือตลาดตามประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง เกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 จะเห็นได้ว่าการระบุไว้อย่างเด็ดขาดว่า หากผู้ประกอบการธุรกิจใดมีส่วนแบ่งการตลาดและยอดขายเกินกว่าที่กำหนดก็จะมีฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด โดยมีได้เปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายในแต่ละกรณีได้พิจารณาถึงปัจจัยสภาพการแข่งขันอื่นใดอีกเลย ทั้งที่ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 เองได้ระบุในนิยามผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดไว้อย่างชัดเจนว่าให้พิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดด้วย อาจเกิดปัญหาที่ต้องตีความว่ากฎหมายให้อำนาจผู้ใดในการนำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดมาพิจารณา แม้ผู้ประกอบการธุรกิจจะมีส่วนแบ่งตลาดและยอดขายเป็นไปตามเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดไว้ก็ตาม แต่เมื่อเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ได้ให้อำนาจผู้ใช้กฎหมายในคดีนั้น ๆ สามารถนำปัจจัยสภาพการแข่งขันต่าง ๆ อาทิ จำนวนผู้ประกอบการในตลาด จำนวนเงินลงทุน การเข้าถึงปัจจัยการผลิตที่สำคัญ ช่องทางการจัดจำหน่าย เครือข่ายในการประกอบธุรกิจ โครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นในการประกอบธุรกิจ และกฎระเบียบของภาครัฐ เป็นต้น มาพิจารณาคำว่าเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในคดีนั้น ๆ ได้ ดังนั้น เกณฑ์ดังกล่าวนอกจากจะต้องมีการกำหนดส่วนแบ่งตลาดและยอดขายแล้ว ยังจะต้องมีการบัญญัติเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายมีพื้นที่ในการวินิจฉัยโดยอาศัยการพิจารณาจากปัจจัยสภาพการแข่งขันต่าง ๆ ไว้ด้วยตามแนวทางการตีความเช่นนี้ เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดขายของคณะกรรมการจะต้องไม่ใช่เกณฑ์ที่มีลักษณะเด็ดขาด แต่จะมีลักษณะเป็นเพียงแค่ข้อสันนิษฐานที่อาจถูกหักล้างได้โดยการพิจารณาของผู้ใช้กฎหมายในแต่ละคดี และในประกาศเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดขายนั้น ไม่อาจจะใช้ถ้อยคำในทำนองที่ว่า “ให้ผู้ประกอบธุรกิจที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดขายดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ได้ เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้สะท้อนลักษณะการเป็นข้อสันนิษฐานแต่อย่างใด

3.2.2 ความไม่ชัดเจนในการนำปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดไปบังคับใช้กับข้อเท็จจริง

การนำปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดมาบังคับใช้ในประเทศไทยนั้น แม้ว่าตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 จะได้กำหนดคำนิยามของปัจจัยสภาพการแข่งขันเอาไว้ในมาตรา 5 แต่ในทางปฏิบัติปัจจัยสภาพการแข่งขันนั้นมักจะเป็นนามธรรม

ที่ยังขาดความชัดเจนในการนำไปใช้งานและยังขาดแนวทางในการบังคับใช้ว่าจะนำไปปัจจัยสภาพการแข่งขันไปใช้บังคับได้อย่างไร มากน้อยเพียงใด

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดสูงเมื่อเทียบกับคู่แข่งนั้นมาตรา 18 (3) GWB ได้กำหนดปัจจัยต่าง ๆ สำหรับพิจารณาความมีอำนาจเหนือตลาดในกรณีดังกล่าวไว้ อันได้แก่ ส่วนแบ่งตลาดของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยว่ามีอำนาจเหนือตลาด ความแข็งแกร่งทางการเงิน การเข้าถึงแหล่งวัตถุดิบหรือแหล่งขายสินค้า ปฏิสัมพันธ์กับผู้ประกอบธุรกิจอื่น อุปสรรคในการเข้าตลาดของผู้ประกอบการรายอื่นทั้งทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริง การแข่งขันโดยผู้ประกอบการอื่นทั้งตามที่เป็นอยู่จริงและที่อาจเกิดขึ้นได้ ความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องสงสัยว่ามีอำนาจเหนือตลาดในการปรับเปลี่ยนการขายของตนไปยังสินค้าอื่นหรือปรับเปลี่ยนการซื้อของตนไปยังสินค้าอื่นและโอกาสของผู้ร่วมตลาดที่อยู่ในฝั่งตรงกันข้ามกับผู้ประกอบการที่ต้องสงสัยว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่จะเปลี่ยนไปติดต่อทำการค้ากับผู้ประกอบการรายอื่น

อนึ่ง สำหรับตลาดในปัจจุบันบางตลาดจะมีลักษณะเป็นตลาดหลายด้าน กล่าวคือเป็นตลาดที่มีการขายสินค้าหรือให้บริการแก่ลูกค้าอย่างน้อยสองกลุ่มขึ้นไป²² เช่น ตลาดระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์จะมีลูกค้ากลุ่มแรก คือ ผู้ใช้ระบบปฏิบัติการ และมีลูกค้าอีกกลุ่มคือ ผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ใช้ได้กับระบบปฏิบัติการดังกล่าว²³ เป็นต้น ตลาดดังกล่าวมีลักษณะสำคัญก็คือ ความต้องการใช้งานของลูกค้ากลุ่มหนึ่งจะขึ้นอยู่กับจำนวนของลูกค้าอีกกลุ่มหนึ่ง หรือที่เรียกกันว่า ผลเชิงเครือข่ายทางอ้อม²⁴ เช่น ในแง่มุมของผู้ใช้ระบบปฏิบัติการระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ใดก็ตามที่มีจำนวนโปรแกรมรองรับจำนวนมาก ระบบปฏิบัติการดังกล่าวจะยิ่งน่าสนใจที่จะนำมาใช้งาน ในทางกลับกันในมุมมองของผู้พัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ หากระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์ใดมีจำนวนผู้ใช้เยอะ จะยิ่งดึงดูดใจให้เขาพัฒนาโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่สามารถใช้กับระบบดังกล่าวได้²⁵

²² Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, (9 GWB-ÄndG), p. 47.

²³ Ibid., p. 49.

²⁴ Ibid., p. 47.

²⁵ Ibid.

สำหรับตลาดที่มีลักษณะเช่นว่า มาตรา 18 (3a) GWB ได้กำหนดปัจจัยที่ใช้สำหรับพิจารณาอำนาจตลาดไว้หลายประการ หนึ่งในนั้นก็คือ ผลกระทบเชิงเครือข่ายทางตรงและทางอ้อมสำหรับผลกระทบเชิงเครือข่ายทางตรงนั้น หมายถึง กรณีที่ความตั้งใจที่ใช้สินค้าหรือบริการนั้นจะยิ่งมากขึ้น หากมีผู้ใช้สินค้าหรือบริการนั้นมีจำนวนมาก²⁶ ส่วนผลกระทบเชิงเครือข่ายทางอ้อมนั้นก็มักจะเป็นไปตามที่ได้อธิบายไว้แล้วก่อนหน้านี้ นอกจากนี้ในการพิจารณาอำนาจตลาดในตลาดที่มีลักษณะดังกล่าวมาตรา 18 (3a) GWB ยังกำหนดให้ต้องพิจารณาไปถึงโอกาสที่ผู้ใช้จะใช้บริการจากหลาย ๆ แหล่งคู่ขนานกันและต้นทุนที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ใช้ในการเปลี่ยนไปใช้บริการกับผู้ประกอบการรายอื่น การประหยัดต่อขนาดของผู้ประกอบการรายดังกล่าวซึ่งมีความสัมพันธ์กับผลกระทบเชิงเครือข่าย รวมทั้งการเข้าถึงข้อมูลที่สำคัญในการแข่งขันด้วย และปัจจัยสุดท้ายที่ต้องนำมาพิจารณาก็คือ แรงกดดันจากการแข่งขันเชิงนวัตกรรม

สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) การที่จะสามารถพิจารณาได้ว่าผู้ประกอบการคนใดมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่นั้น มีหลายปัจจัยด้วยกันที่ต้องคำนึงถึง เช่น

- 1) ส่วนแบ่งตลาด
- 2) อุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด
- 3) จำนวนของผู้ประกอบการคู่แข่ง เป็นต้น

หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดนั้นมีข้อพิจารณา 3 ข้อหลัก ๆ ดังที่ปรากฏในกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามยังมีข้อพิจารณาที่สำคัญเพิ่มเติมอีกหลายประการที่ปรากฏอยู่ใน Guidelines for the abuse of market dominant position อีกด้วย ดังนี้

- 1) ส่วนแบ่งตลาด

ข้อสันนิษฐานการเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดในมาตรา 4 ของ The Monopoly Regulation and Fair Trade Act ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

- 2) การดำรงอยู่และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด

หากผู้ประกอบการรายใหม่สามารถที่จะเข้าสู่ตลาดได้โดยง่ายในระยะเวลาไม่นาน ผู้ประกอบการที่อยู่ในตลาดนั้นก็ไมถือว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด

²⁶ Gallego, GRUR Int 2006, 16, 22; Kansak Bejrananda, *Die kartellrechtliche Beurteilung unternehmerischer Strategien gegen den Markteintritt konkurrierender Arzneimittel*, p. 158.

ความสามารถในการเข้าสู่ตลาดสามารถพิจารณาได้จากกฎหมายและธรรมเนียมที่เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด เงินทุนขั้นต่ำ เงื่อนไขเทคโนโลยีการผลิต รวมถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตร สภาพของสถานที่ตั้ง เงื่อนไขในการจัดหาวัตถุดิบ การจัดระบบการจำหน่ายของธุรกิจและราคาของการสร้างเครือข่ายการจำหน่าย ความแตกต่างของผลิตภัณฑ์ สัดส่วนของการนำเข้าและแนวโน้มของการเปลี่ยนแปลง อัตราศุลกากรและอุปสรรคที่ไม่ใช่ทางภาษีต่าง ๆ

การเข้าสู่ตลาดครั้งแรกของผู้ประกอบการรายต่อไปเป็นเรื่องง่ายหรือไม่นั้นพิจารณาได้จากผู้ประกอบการที่เข้าสู่ตลาดในช่วง 3 ปีที่ผ่านมา ผู้ประกอบการที่ประกาศแผนการลงทุนและความตั้งใจที่จะเข้าร่วมในตลาด และผู้ประกอบการที่สามารถเข้าตลาดได้เร็ว โดยที่ไม่มีค่าใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อเข้าหรือออกจากตลาด เมื่อมีการเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญของราคาเป็นเวลานานในตลาด

อุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดหมายถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่จะอาจมีส่วนทำให้ผู้ผลิตรายใหม่ ๆ ในอุตสาหกรรมหรือตลาดสินค้าหรือบริการชนิดหนึ่ง ๆ ไม่สามารถเข้าไปผลิตเพื่อแข่งขันกับหน่วยผลิตรายเดิมที่มีอยู่แล้ว ทำให้มีหน่วยผลิตรายเดียวหรือมีเพียงไม่กี่รายในช่วงเวลาหนึ่ง อุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดซึ่งเป็นสาเหตุแห่งการผูกขาด ได้แก่

(1) ผู้ผลิตในตลาดอาจจะควบคุมอุปทานของทรัพยากรการผลิตที่ใช้ในการผลิตสินค้าชนิดนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

(2) ผู้ประกอบการเป็นผู้ได้รับสัมปทานหรือตามกฎหมายให้เป็นผู้ดำเนินการแต่เพียงรายเดียว การคุ้มครองของกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคสำหรับรายอื่น ๆ ในการเข้ามาแข่งขัน

(3) ผู้ผลิตรายนั้นได้รับการจัดตั้งขึ้นภายใต้พาณิชย์สิทธิ์ของรัฐบาลหรือบริษัทรายใหญ่ให้ดำเนินการในอนาคต

(4) ผู้ผลิตในอุตสาหกรรมที่ก่อให้เกิดการประหยัดจากขนาดหรืออุตสาหกรรมต้นทุนลด คือยิ่งขนาดของการผลิตจำนวนมากต้นทุนเฉลี่ยจะยิ่งลดลงเรื่อย ๆ ดังนั้น การมีผู้ผลิตเพียงรายเดียว เกิดประสิทธิภาพในการผลิตมากกว่าการมีผู้ผลิตหลายรายและกรณีนี้ผู้ผูกขาดอาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมมากกว่าตลาดแข่งขันสมบูรณ์ได้เช่นกัน การผูกขาดในกรณีนี้เรียกว่าการผูกขาดตามธรรมชาติ (natural monopoly) อุตสาหกรรมที่เข้าข่ายนี้

ได้แก่ ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ แก๊สธรรมชาติ เป็นต้น ในกรณีนี้รัฐบาลอาจยินยอมให้มีการผูกขาดได้แต่อาจมีการควบคุมราคาเพื่อให้ผู้ผูกขาดมีกำไรในระดับปกติเท่านั้น²⁷

อุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดส่วนใหญ่มักเป็นข้อกีดกันในช่วงระยะเวลาที่ไม่นานนัก เมื่อเวลาผ่านไปอุปสรรคเหล่านี้อาจลดระดับลง เช่น มีการสิ้นสุดของอายุการให้อนุญาตหรือสิทธิบัตร รวมทั้งการค้นพบเทคโนโลยี แหล่งทรัพยากรธรรมชาติที่จะใช้ทดแทน²⁸

3) จำนวนของผู้ประกอบการคู่แข่ง

หากธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันมีขนาดใหญ่กว่าธุรกิจที่ถูกตั้งข้อสันนิษฐานว่ามีอำนาจเหนือตลาด ธุรกิจที่ถูกตั้งข้อสันนิษฐานก็อาจจะไม่เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดก็ได้

การประเมินขนาดของธุรกิจที่เป็นคู่แข่งกันจะต้องนำหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้มาพิจารณา

- (1) ส่วนแบ่งการตลาดของผู้แข่งขัน
- (2) กำลังการผลิตของผู้แข่งขัน
- (3) การจัดหาวัตถุดิบหรือมาตรการส่วนการจัดหาของผู้ประกอบการคู่แข่ง
- (4) ทรัพยากรของผู้แข่งขัน

หากมีผู้ซื้อหรือผู้ขายจำนวนมากในตลาด (ไม่รวมถึงกรณีที่มีผู้ซื้อหรือผู้ขายที่เป็นบริษัทในเครือ) ผู้ประกอบการที่ถูกตั้งข้อสันนิษฐานก็อาจจะไม่มีอำนาจเหนือตลาด ผู้ซื้อหรือผู้ขายในที่นี้หมายถึง ผู้ซื้อหรือผู้ขายที่มีปริมาณการซื้อขายภายในประเทศตามเงื่อนไขส่วนแบ่งตลาดในมาตรา 4 ของข้อสันนิษฐานของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด²⁹

²⁷ Korea Fair Trade Commission, **Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position, Section II** [Online], 18 April 2020. Source: <http://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=501>

²⁸ ตลาดหลักทรัพ์แห่งประเทศไทย, **เศรษฐศาสตร์**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 183.

²⁹ Korea Fair Trade Commission, **Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position, Section II** [Online], 18 April 2020. Source: <http://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=501>

4) ความเป็นไปได้ที่จะมีการสมรู้ร่วมคิดในหมู่คู่แข่ง

หากมีการดำเนินการร่วมกันอย่างชัดเจนและมีนัยสำคัญเกี่ยวกับราคาและปริมาณของสินค้าระหว่างผู้ประกอบการที่แข่งขันกัน ผู้ประกอบการเหล่านั้นจะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด

การปฏิบัติร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการจะต้องนำหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้มาพิจารณา

(1) ราคาซื้อขายในพื้นที่ธุรกิจเฉพาะในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก เมื่อเทียบกับราคาเฉลี่ยของสินค้าหรือบริการที่คล้ายคลึงกันที่อยู่ในธุรกิจเดียวกัน

(2) ราคาซื้อขายในประเทศสูงกว่าราคาส่งออกหรือนำเข้ามากหรือไม่ พิจารณาจากภาษีและค่าใช้จ่ายในการขนส่ง

(3) ผู้ประกอบการคู่แข่งมีส่วนแบ่งตลาดที่มั่นคงมาหลายปี และความต้องการสำหรับสินค้าหรือบริการที่ซื้อขายในพื้นที่ธุรกิจเฉพาะมีความผันผวนน้อยมาก

(4) สินค้าที่จัดทำโดยคู่แข่งนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกันมากและเงื่อนไขการผลิต การขายและการจัดซื้อระหว่างผู้ประกอบการเหล่านั้นมีความคล้ายคลึงกัน

(5) การรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับกิจกรรมทางธุรกิจของคู่แข่งเป็นเรื่องง่าย

(6) มีการปฏิบัติเกี่ยวข้องกันที่ไม่เหมาะสมเกิดขึ้นในอดีตหรือไม่³⁰

5) ผลลัพธ์ที่คล้ายคลึงกันหรือตลาดที่ใกล้เคียง

เมื่อตลาดที่มีข้อสันนิษฐานการมีอำนาจเหนือตลาดได้รับผลกระทบจากผลลัพธ์ที่คล้ายคลึงกันและตลาดที่ใกล้เคียง ผู้ประกอบการในตลาดนั้นจะไม่เป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด

พิจารณาส่งต่อไปน้เพื่อประเมินการมีอยู่ของสินค้าที่คล้ายคลึงกันและตลาดใกล้เคียง

(1) ผลกระทบของสินค้าหรือบริการที่คล้ายกันในตลาด รวมถึงช่องทางการจำหน่ายและศักยภาพในการพัฒนาเทคโนโลยีการผลิตที่คล้ายคลึงกันแต่มีตลาดแยกต่างหาก เนื่องจากราคาและเหตุผลอื่น ๆ

(2) ผลกระทบของตลาดใกล้เคียงต่อขนาดตลาดของผู้ประกอบการในตลาดที่ใกล้เคียง ศักยภาพในการพัฒนาของเทคโนโลยีการขนส่ง การมีเทคโนโลยีการขนส่งและระยะห่างทางภูมิศาสตร์ระหว่างตลาด เมื่อแต่ละพื้นที่มีตลาดแยกต่างหาก³¹

³⁰ Ibid.

6) อำนาจตลาดและตลาดปลายน้ำ/ต้นน้ำ

อัตราการซื้อหรือจัดหาวัตถุดิบ กล่าวคือ ปริมาณการซื้อวัตถุดิบ หรือปริมาณการจัดหา ต่อปริมาณการจัดหาวัตถุดิบในประเทศทั้งหมดของผู้ประกอบการ รวมถึงบริษัทในเครือที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขส่วนแบ่งตลาดในมาตรา 4 ของข้อสันนิษฐานผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด ผู้ประกอบการเหล่านั้นก็มีแนวโน้มที่จะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากที่สุด

7) ทรัพยากรทางการเงิน

หากผู้ประกอบการรายใดมีทรัพยากรมากกว่าผู้ประกอบการรายอื่นจำนวนมาก ผู้ประกอบการรายนั้นจะมีแนวโน้มที่จะเป็นผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดมากที่สุด ในการประเมินนั้น ทรัพยากร ทุนหรือความสามารถในการระดมหนี้สิน การหมุนเวียน การขาย กำไร กำไรสุทธิ กระแสเงินสด ความเป็นไปได้ในการเข้าถึงตลาดทุน และทรัพยากรของบริษัทในเครือจะได้รับการพิจารณา³²

4. บทสรุปข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายการแข่งขันทางการค้าเปรียบเทียบ ว่าด้วยมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด พบว่าการวางหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดเป็นสิ่งที่มีความมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องวางหลักการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยผู้มีอำนาจเหนือตลาด โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ควบคุมให้ผู้ประกอบธุรกิจทั้งหลายแข่งขันกันอย่างเป็นธรรม โดยรัฐเลือกที่จะเข้ามาควบคุมกิจกรรมของเอกชนผ่านกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเพื่อดำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ของสังคม

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทยยังไม่เหมาะสมต่อการบังคับใช้ในสภาพเศรษฐกิจปัจจุบันโดยเฉพาะในกรณีการพิจารณากำหนดตัวผู้มีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งผู้เขียนมีข้อเสนอแนะที่สอดคล้องกับระบบกฎหมายและสภาพการณ์ของประเทศไทยรวมทั้งเหมาะสมกับการบังคับใช้ เพื่อความเข้าใจให้ถูกต้องตรงกันและเพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย

³¹ Ibid.

³² Ibid.

อาจมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดตัวผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใหม่ ผู้เขียนจึงได้มีข้อเสนอแนะดังนี้

1) อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายเดียว

ประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ต้องมีการบัญญัติเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายมีพื้นที่ในการวินิจฉัยโดยอาศัยการพิจารณาจากปัจจัยสภาพการแข่งขันต่าง ๆ ไปด้วย เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายของคณะกรรมการจะต้องไม่ใช่เกณฑ์ที่มีลักษณะเด็ดขาด แต่จะมีลักษณะเป็นเพียงแค่ข้อสันนิษฐานที่อาจถูกหักล้างได้โดยการพิจารณาของผู้ใช้กฎหมาย และในประกาศดังกล่าว เกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายนั้นไม่อาจจะใช้ถ้อยคำในทำนองที่ว่า “ให้ผู้ประกอบการที่มีส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายดังต่อไปนี้ เป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด” ได้ เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้สะท้อนลักษณะการเป็นข้อสันนิษฐานแต่อย่างใด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขประกาศฯ ข้อ 3 (1) จากเดิมกำหนดว่า “ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมาตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป” เปลี่ยนเป็น “ผู้ประกอบการรายใดรายหนึ่ง ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดตั้งแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป และมียอดเงินขายในปีที่ผ่านมาตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป อาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้ โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาพิจารณาประกอบ” ดังนั้น เมื่อมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 กำหนดไว้ให้ต้องทบทวนเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายอย่างน้อยหนึ่งครั้งภายในระยะเวลาสามปี จึงเป็นช่องทางหนึ่งในการทบทวนเกณฑ์ยอดเงินขายในปีที่ผ่านมาในอนาคต

การบัญญัติกฎหมายให้มีลักษณะเป็นเพียงข้อสันนิษฐานเบื้องต้นนั้น เห็นได้จากคำว่า “อาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือ” ก็เพื่อเปิดช่องให้ผู้ใช้กฎหมายได้มีโอกาสนำปัจจัยสภาพการแข่งขันในตลาดอย่างหนึ่งอย่างใด หรือหลายอย่างแล้วแต่กรณี มาพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดด้วย เนื่องจากเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่ทำให้ผู้ประกอบการรายนั้น ๆ เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดอย่างแท้จริงในตลาดสินค้าหรือบริการ และเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการหรือผู้ใช้กฎหมายสามารถที่จะพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้หากว่าตนเองไม่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างแท้จริง ดังเช่นกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือแม้ว่าผู้ประกอบการรายนั้น

มีส่วนแบ่งตลาดไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนดไว้แต่ก็อาจจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้จากการพิจารณาจากปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยให้ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถพิจารณาเป็นรายกรณีไปได้³³

2) อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย

คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะต้องมีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการพิจารณาผู้ประกอบธุรกิจหลายรายที่มีอำนาจเหนือตลาดในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ซึ่งอาจเป็นการนำแนวคิดผู้ประกอบธุรกิจหลายรายเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป และกฎหมายต่อต้านการจำกัดการแข่งขันของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเป็นแนวทาง กล่าวคือ อาจกำหนดว่า “ผู้ประกอบธุรกิจหลายรายเหล่านั้นจะต้องมีความผูกพันกันทางเศรษฐกิจอย่างแน่นแฟ้นจนทำให้เขาเหล่านั้นสามารถดำเนินการต่าง ๆ ในตลาดไปวิถีทางเดียวกันได้” เพราะฉะนั้น สิ่งหนึ่งที่ต้องตระหนักเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาว่าผู้ประกอบธุรกิจหลายรายมีอำนาจเหนือตลาดหรือไม่ นอกจากการพิจารณาผลรวมของส่วนแบ่งตลาดและยอดเงินขายแล้ว ต้องพิจารณาก่อนว่าผู้ประกอบธุรกิจเหล่านั้นมีการดำเนินการต่าง ๆ ในตลาดทิศทางเดียวกันจนดูเหมือนไม่มีการแข่งขันกันหรือไม่ โดยนำแนวคิดเหล่านี้มากำหนดไว้ให้ชัดเจนเพื่อเป็นแนวทาง การเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การพิจารณาการใช้อำนาจเหนือตลาดร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อให้สามารถทราบ

³³ ผู้เขียนจะได้ยกความเห็นของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบธุรกิจบางส่วน เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์หาข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

ประธานคณะกรรมการวิสามัญได้ให้ข้อมูลว่า ต่างประเทศจะพิจารณาส่วนแบ่งตลาด (market share) ไม่ได้พิจารณาจากขนาดของตลาด (market size) โดยหากพิจารณาจากหลักกฎหมายดั้งเดิมแล้ว จะพิจารณาจากฐานขนาดใหญ่อีกทั้งจะต้องพิจารณาทั้งส่วนแบ่งตลาดและขนาดตลาดควบคู่กันไป

เลขานุการคณะกรรมการวิสามัญ ประเด็นเรื่องผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะไม่พิจารณายอดเงินขายอีก เนื่องจากบางธุรกิจมียอดเงินขายไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนดไว้ แต่ธุรกิจนั้นมีขนาดใหญ่ในตลาดนั้น ดังนั้นคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจึงนำปัจจัยสภาพการแข่งขันมาประกอบการพิจารณาดังกล่าว ซึ่งจะเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

ได้ว่าเมื่อมีการกระทำร่วมกันของผู้ประกอบธุรกิจหลายราย ย่อมส่งผลให้เขาเหล่านั้นเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดรวมกันได้ หากว่าเขาเหล่านั้นไม่มีการแข่งขันกันอย่างมีนัยสำคัญ

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามแนวทางของกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) แล้ว ประเทศไทยควรเปลี่ยนถ้อยคำในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ ดังกล่าว ในข้อ 3 (2) จากคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก” เป็นคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายหรือน้อยกว่า” เพื่อความชัดเจนและเพื่อป้องกันการตีความได้หลายกรณี โดยอาจแก้ไขประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฯ ข้อ 3 (2) จากเดิมกำหนดว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายแรก ในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป” เปลี่ยนเป็นถ้อยคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายหรือน้อยกว่าในตลาดสินค้าใดสินค้าหนึ่ง หรือบริการใดบริการหนึ่ง ที่มีส่วนแบ่งตลาดในปีที่ผ่านมารวมกันตั้งแต่ร้อยละเจ็ดสิบห้าขึ้นไป และมียอดขายในปีที่ผ่านมาแต่ละรายตั้งแต่หนึ่งพันล้านบาทขึ้นไป โดยให้นำปัจจัยสภาพการแข่งขันของตลาดอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง แล้วแต่กรณี มาพิจารณาประกอบ อาจเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดรวมกันได้ หากระหว่างเขาเหล่านั้นไม่มีการแข่งขันกันอย่างมีนัยสำคัญ” ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจเพียงสองรายที่มีอำนาจเหนือตลาดในธุรกิจประเภทนั้น ๆ การแก้ไขเป็นคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจสามรายหรือน้อยกว่า” เพื่อป้องกันปัญหาการตีความและป้องกันปัญหาของการที่ผู้ประกอบธุรกิจรายที่สามที่มีส่วนแบ่งตลาดรองลงมาแต่ไม่มีอำนาจเหนือตลาดอย่างแท้จริงจะตกต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลที่มากกว่าอย่างไม่เป็นธรรม

3) สถานะและเงื่อนไขในการบังคับใช้ปัจจัยและสภาพการแข่งขันในตลาด

การกำหนดแนวทางการพิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันที่มีความชัดเจนและครอบคลุม ประเทศไทยต้องมีการจัดทำแนวปฏิบัติในการพิจารณาปัจจัยสภาพการแข่งขันให้มีความชัดเจนและครอบคลุม เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณา โดยอาจนำกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มาเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุง กฎหมายสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีข้อพิจารณาการมีอำนาจเหนือตลาดที่สำคัญเพิ่มเติมอีกหลายประการที่ปรากฏอยู่ใน Guidelines for the abuse of market dominant position การเป็นผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดได้จะต้องนำหลักเกณฑ์หลายประการมาพิจารณา อาทิ ส่วนแบ่งตลาด การดำรงอยู่และอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาด จำนวนของผู้ประกอบการคู่แข่ง ความเป็นไปได้

ที่จะมีการสมรู้ร่วมคิดในหมู่คู่แข่ง ผลกระทบที่คล้ายคลึงกันหรือตลาดที่ใกล้เคียง อำนาจตลาด และตลาดปลายน้ำ/ต้นน้ำ ทรัพยากรทางการเงิน และอื่น ๆ เช่น ความสามารถในการเปลี่ยน คู่ค้า นอกจากนี้เมื่อได้พิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วยังพบว่าได้มีการอธิบายรายละเอียด ในการบังคับใช้เงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน และเพียงพอต่อการพิจารณาของผู้ใช้ กฎหมาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นต้นแบบที่ดีในการพัฒนากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของ ประเทศไทยในอนาคต กฎหมายของประเทศไทยอาจกำหนดแนวปฏิบัติโดยการออกประกาศ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าฉบับใหม่ หรืออาจเพิ่มเติมแนวทางการพิจารณาปัจจัย สภาพการแข่งขันในตลาดในประกาศคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า เรื่อง หลักเกณฑ์ การเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด พ.ศ. 2561 ก็สามารถกระทำได้

บรรณานุกรม

- กมลชัย เวทีบุรณะ, **ขอบเขตการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558).

- กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, **บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : การควบคุมการร่วมกันจำกัดการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจ**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 47 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2561).

- กัญจน์ศักดิ์ เพชรานนท์, **บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 : ขอบเขตการบังคับใช้และการควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 47 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2561).

- ชนิษฐ์ มีโกคี, **เศรษฐศาสตร์อุตสาหกรรม**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554).

- ณิชฐนพัชร์ วิสุทธิแพทย์, **ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560 ต่อพฤติกรรมการขายสินค้าแบบรวมขาย**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561).

- เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, **Trade and Competition**, (รายงานการบรรยายทางวิชาการ จัดโดยคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549).

- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, **เศรษฐศาสตร์**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548).

- ธรรมรัตน์ วาศาโรจน์, **การศึกษาเปรียบเทียบ : มาตรการทางกฎหมายควบคุมการใช้อำนาจมิชอบของผู้มีอำนาจเหนือตลาด ประเทศเยอรมัน ประเทศกลุ่มประชาคมยุโรป และประเทศไทย**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545).

- แพรชนก ศรีวิศาล, **ค่าเสียหายกรณีฝ่าฝืนมาตรา 25 และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).

- วิชญ วงศ์สินศิริกุล, **มีอำนาจเหนือตลาด...ใช่ที่จะผิด** [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/649093>

- ศักดา ธนิตกุล และคณะ, **โครงการการศึกษาวิจัยเพื่อจัดทำร่างกฎหมายลำดับรองที่ต้องออกตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2560**, (สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2562).

- ศักดา ธนิตกุล, **กฎหมายแข่งขันทางการค้าในประเทศญี่ปุ่น สหภาพยุโรป สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เกาหลีใต้ และสิงคโปร์ วิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองของไทย**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).

- ศิริศักดิ์ จิ่งถาวรธรรม, **หลักเกณฑ์เรื่องผู้มีอำนาจเหนือตลาดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีสินค้าเหล็ก**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549).

- ศุภสิริ คงเจริญ, **แนวทางการพิจารณามาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 : ศึกษากรณีผู้ประกอบการธุรกิจเป็นนิติบุคคลในเครือเดียวกัน**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).

- สรวิชัย รักชาติ, **วิเคราะห์ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งราคาเพื่อกำจัดคู่แข่ง**, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554).

- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, **ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 และ พ.ศ. 2560** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/>

- สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, **ความเป็นมากฎหมายการแข่งขันทางการค้าของไทย**, [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://otcc.or.th/history-of-thailands-trade-competition-law/>

- สุธีร์ ศุภนิตย์ (แก้ไขเพิ่มเติมโดย กมลวรรณ จิรวชิษฐ), **หลักการและกฎเกณฑ์แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555).

- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, **Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**, (9 GWB-ÄndG).

- Dennis W. Carlton and Jeffrey M. Perloff, **Modern Industrial Organization**, 4th ed. (New York: Pearson Addison Wesley, 2005), p. 642. see also Robert S.

Pindyck and Daniel L. Rubinfeld, **Microeconomic**, (New York: Mcmilan Publishing, 1989).

- E. Thomas Sullivan, **Herbert Hovenkamp and Howard A. Shelanski, Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems**, 6th ed. (New Jersey: LexisNexis, 2009).

- Gunnar Niels, Helen Jenkins and James Kavanagh, **Economics for Competition Lawyers**, (Oxford: Oxford University Press, 2011).

- Joseph Seon, Hur, **The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea**, United Nations Conference on Trade and Development: Competition, Competitiveness and Development: Lessons From Developing Countries.

- Korea Fair Trade Commission, **Guidelines for the Abuse of Market Dominant Position, Section II** [Online], Source: <http://www.ftc.go.kr/eng/contents.do?key=501>

- Mitsuo Matsushita and John D. Davis, **Introduction to Japanese Antimonopoly Law**, (Tokyo: Yuhikaku, 1990).

- Richard Whish, **Competition Law**, 5th ed. (London: Lexis Nexis-Butterworth, 2005).

ปัญหาในการสืบสวนและดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ ที่อยู่ในต่างประเทศภายใต้กฎหมายไทย*

Problems in Investigating and Prosecuting Hackers
from Abroad under Thai Laws

กิตสุรณ สังขสุวรรณ^{**}

นักวิชาการอิสระ

Kitsuron Sangsuwan

Independent Scholar

วันที่รับบทความ 17 ธันวาคม 2564; วันที่แก้ไขบทความ 4 กุมภาพันธ์ 2565; วันที่ตอบรับบทความ 20 กุมภาพันธ์ 2565

บทคัดย่อ

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาในการสืบสวนและดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศภายใต้กฎหมายไทย วิธีการในการวิจัยปัญหาดังกล่าวได้ใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ จากตัวบทกฎหมาย หนังสือ บทความวิจัย บทความทางวิชาการ รายงาน ข่าวประจำวัน ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ข้อมูลจากเอกสารทั้งหมดนี้ได้ถูกนำมาใช้ในการวิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ ข้อมูลเหล่านี้ยังถูกนำมาใช้ในการอธิบายแนวคิดหรือหลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศด้วยเช่นกัน

* บทความนี้สรุปจากโครงการวิจัยของผู้เขียนเรื่อง “การดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ”

** น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท.; LL.M. (Global Legal Studies) University of Illinois Chicago School of Law, Chicago, Illinois, USA; LL.M. (Intellectual Property) University of Illinois Chicago School of Law, Chicago, Illinois, USA; S.J.D. Indiana University Robert H. McKinney School of Law, Indianapolis, Indiana, USA; อีเมลติดต่อ krit.bond@yahoo.com

การวิจัยพบว่าปัญหาในการดำเนินคดีกับแฮกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศมิได้เกิดจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่อย่างใด ซึ่งในความเป็นจริง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ แต่ปัญหาเกิดจากพนักงานเจ้าหน้าที่ขาดความรู้และไม่มีความสามารถในการดำเนินคดีกับแฮกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ นอกจากนี้ ปัญหายังรวมถึงการสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่อยู่ในต่างประเทศภายใต้พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 และการขอให้ส่งตัวแฮกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศมายังประเทศไทยในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนภายใต้พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551

การวิจัยนี้เสนอวิธีการแก้ไขปัญหาในการดำเนินคดีกับแฮกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศด้วยการพัฒนาศักยภาพและความสามารถของพนักงานเจ้าหน้าที่ในประเทศไทย การเข้าร่วมในความร่วมมือระหว่างประเทศ และการลดขั้นตอนหรือกระบวนการทางกฎหมาย

คำสำคัญ: การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์, อาชญากรรมทางเทคโนโลยี, แฮกเกอร์

Abstract

The objective of this research is to study and analyze the problems in investigating and prosecuting foreign hackers under Thai laws. Qualitative research has been used as a methodological approach in this research. It has relied on relevant regulations, books, research articles, academic articles, reports, and news from around the world. Knowledge or information based on those documents has been used to analyze the problems and establish conceptions.

This research found that the problems do not result from the Computer-related Crime Act B.E. 2550 (2007). In fact, this Act is the effective regulation. However, the problems result from Thai officers themselves. They do not have sufficient knowledge and capabilities to investigate and prosecute hackers from abroad. In addition, the problems involve the investigation and collection of digital evidence located in other countries. This process has to rely on the Act

on Mutual Assistance in Criminal Matters B.E. 2535 (1992). The problems also include the extradition of foreign hackers under the Extradition Act, B.E. 2551 (2008).

This research offers the resolutions of the problems. Those may include the development of officers' capabilities, participation in international cooperation, and a decrease in legal processes.

Keywords: Hacking, Cybercrime, Hacker

1. บทนำ

การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์หรือการแฮ็ก (Hacking) คือ การกระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อเข้าถึงหรือบุกรุกระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต¹ การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์หรือการแฮ็กถือเป็นอาชญากรรมทางเทคโนโลยีในรูปแบบใหม่ที่เจริญเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว² เนื่องจากกิจกรรมต่าง ๆ ในปัจจุบันได้ดำเนินการด้วยระบบออนไลน์หรือระบบอินเทอร์เน็ตทั้งสิ้น แฮ็กเกอร์จึงใช้ช่องทางออนไลน์หรือระบบอินเทอร์เน็ตในการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ และเมื่ออินเทอร์เน็ตสามารถเชื่อมต่อกิจกรรมต่าง ๆ ได้ทั่วทุกมุมโลก การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์จึงกลายเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ (Transnational Crime)³ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชน เศรษฐกิจ ธุรกิจการค้า การเงินการธนาคาร อุตสาหกรรม สาธารณสุข และสังคมในประเทศอื่น ๆ ด้วยเช่นกัน

การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์หรือการแฮ็ก ถือเป็น การกระทำผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ และอาจถือเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาในข้อหาอื่น ๆ⁴ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ทรัพย์หาย ทรัพย์ รั่วไหล หรือทำให้เสียหาย นอกจากนั้น กลุ่มแฮ็กเกอร์อาจแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม⁵ คือ (1) กลุ่มแฮ็กเกอร์ทั่วไป ซึ่งได้แก่ บุคคลที่มีความรู้และความสามารถในระบบคอมพิวเตอร์⁶ และมุ่งหมายหรือลงมือกระทำความผิดต่อผู้เสียหายโดยเฉพาะเจาะจง สำหรับวิธีการที่แฮ็กเกอร์มักใช้ คือ การคาดเดารหัสผ่านของผู้เสียหาย หรือหลอกถามข้อมูลส่วนบุคคลหรือรหัสเพื่อเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้เสียหาย และ (2) กลุ่มแฮ็กเกอร์ที่มี

¹ Larry Mays, Jeremy Ball, and Laura Fidelie, **Criminal Law: Core Concepts**, First Edition (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015), p. 235.

² Joseph Migga Kizza, **Computer Network Security and Cyber Ethics**, Fourth Edition (North Carolina: McFarland & Company, 2014), p. 114.

³ Richard Lovely, **Cybercrime in International Crime and Justice**, Edited by Mangai Natarajan, First Edition (New York: Cambridge University Press, 2011), p. 160.

⁴ Larry Mays, Jeremy Ball, and Laura Fidelie, **Criminal Law: Core Concepts**, p. 235.

⁵ Catherine D. Marcum, **Cyber Crime**, Second Edition (New York: Wolters Kluwer, 2019), p. 119.

⁶ Ibid.

ความสามารถสูง ซึ่งได้แก่ บุคคลที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในระบบคอมพิวเตอร์อย่างสูง⁷ แฮ็กเกอร์กลุ่มนี้มักมุ่งถึงผลร้ายที่อาจเกิดขึ้น อีกทั้งระดับความรุนแรงหรือความเสียหายจากการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ของแฮ็กเกอร์กลุ่มนี้มีสูงด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ของธนาคารเพื่อขโมยเงินออกจากธนาคาร แฮ็กเกอร์กลุ่มนี้มีเครื่องมือหรือเทคโนโลยีที่ใช้ในการกระทำความผิดที่ทันสมัย โดยรูปแบบการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ของแฮ็กเกอร์กลุ่มนี้ได้แก่⁸ โทรจัน (Trojan),⁹ การโจมตีช่องโหว่ในคอมพิวเตอร์ (Cross-Site Scripting (XSS)),¹⁰ การโจมตีโดยปฏิเสธการให้บริการ (Denial-of-Service (DoS)),¹¹ การสร้างช่องคำสั่งและควบคุมไปยังคอมพิวเตอร์ของเหยื่อ (DNS Tunneling),¹² มัลแวร์ (Malware),¹³ ฟิชซิง (Phishing),¹⁴ มัลแวร์เรียกค่าไถ่ (Ransomware),¹⁵ การดึงข้อมูลออกมาจากฐานข้อมูล

⁷ Ibid.

⁸ IBM, **What is A Cyber Attack?** [Online], 15 December 2021. Source: <https://www.ibm.com/topics/cyber-attack>

⁹ โทรจัน (Trojan) คือ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่ถูกบรรจุเข้าไปในคอมพิวเตอร์ เพื่อลอบเก็บข้อมูลของคอมพิวเตอร์ในเครื่องนั้น

¹⁰ การโจมตีช่องโหว่ในคอมพิวเตอร์ (Cross-Site Scripting (XSS)) คือ การโจมตีโดยการฝังโค้ดเข้าไปกับหน้าเว็บไซต์ที่มีช่องโหว่ เมื่อผู้ใช้โหลดหน้าเว็บเพจ คำสำคัญบางอย่างเช่น ค่าของ Cookie, Username, Password อาจถูกขโมยได้

¹¹ การโจมตีโดยปฏิเสธการให้บริการ (Denial-of-Service (DoS)) คือ ความพยายามทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์หรือเครือข่ายของผู้ให้บริการไม่สามารถเข้าถึงการให้บริการนั้นได้ เช่น ชัดขวางการเข้าถึงระบบอินเทอร์เน็ต

¹² การสร้างช่องคำสั่งและควบคุมไปยังคอมพิวเตอร์ของเหยื่อ (DNS Tunneling) เป็นเทคนิคมัลแวร์ที่ช่วยให้ผู้โจมตีสร้างช่องคำสั่งและการควบคุมไปยังคอมพิวเตอร์ของเหยื่อ

¹³ มัลแวร์ (Malware) คือ โปรแกรมที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อทำอันตรายกับข้อมูลในระบบ เช่น ทำให้เครื่องคอมพิวเตอร์ทำงานผิดปกติ ขโมยหรือทำลายข้อมูล

¹⁴ ฟิชซิง (Phishing) คือ เทคนิคการหลอกลวงผ่านทางระบบอินเทอร์เน็ต เพื่อให้เหยื่อเปิดเผยข้อมูลสำคัญ เช่น ข้อมูลการทำธุรกรรมทางการเงิน เป็นต้น

¹⁵ มัลแวร์เรียกค่าไถ่ (Ransomware) มักทำการควบคุมไฟล์ของเหยื่อเพื่อไม่ให้เหยื่อเข้าถึงไฟล์ที่ถูกควบคุมไว้ได้ตามปกติ จากนั้นจะมีข้อความเรียกค่าไถ่ไฟล์ที่ได้ถูกควบคุมไว้ หากเหยื่อยอมจ่ายค่าไถ่ แฮ็กเกอร์จะยอมให้เหยื่อเข้าถึงไฟล์นั้น

(Structured Query Language (SQL) Injection),¹⁶ และการโจมตีผ่านช่องโหว่ที่ยังไม่เคยถูกค้นพบ (Zero-Day Exploit)¹⁷

สำหรับประเทศไทยนั้น แอ็กเกอร์ที่มีความสามารถสูงได้ลงมือเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ในหน่วยงานภาครัฐและเอกชน รวมทั้งประชาชนในประเทศ ที่สำคัญแอ็กเกอร์เหล่านี้ได้อาศัยอยู่ในต่างประเทศ และได้ทำการโจมตีจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย ตัวอย่างเช่น แอ็กเกอร์ได้ใช้มัลแวร์เรียกค่าไถ่ (Ransomware) ในการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ของโรงพยาบาลเพชรบูรณ์ โดยแอ็กเกอร์ได้ลื้อคข้อมูลคนไข้และเรียกค่าไถ่เป็นเงินจำนวน 6.3 หมื่นล้านบาท¹⁸ หรือแอ็กเกอร์ได้เจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์เพื่อขโมยเงินออกจากเจ้าของบัญชีธนาคารหรือเจ้าของบัตรเครดิต โดยแอ็กเกอร์ใช้วิธีขโมยเงินออกจากบัญชีเงินฝากหรือบัตรเครดิตผ่านเครื่องรูดบัตร จำนวนน้อย ๆ แต่หลาย ๆ ครั้ง ทั้งที่เจ้าของบัญชีหรือเจ้าของบัตรเครดิตไม่ได้ทำธุรกรรมทางการเงิน และไม่มี SMS แจ้งเตือนไปยังเจ้าของบัญชีหรือเจ้าของบัตรเครดิตแต่อย่างใด ซึ่งในการตรวจสอบพบว่า แอ็กเกอร์ที่ลงมือกระทำความผิดประเภทนี้คือแอ็กเกอร์ที่เป็นชาวต่างชาติ และลงมือกระทำความผิดในต่างประเทศ โดยแอ็กเกอร์อาจใช้อุปกรณ์พิเศษเพื่อช่วยให้ล่วงรู้ข้อมูลสำคัญในบัตรเครดิต แล้วนำข้อมูลไปทำรายการซื้อสินค้าจากต่างประเทศเพื่อดูดเงินจากบัตรเครดิต โดยใช้กลไกการชำระเงินแบบไร้สัมผัส (Contactless) ที่เชื่อมต่อกับข้อมูลด้วย WiFi เป็นเครื่องมือในการก่อเหตุ¹⁹

ในทางปฏิบัติ การสืบสวนหรือตรวจสอบการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์นี้ถือเป็นเรื่องยาก เพราะการตรวจสอบติดตามการกระทำความผิดดังกล่าวต้องใช้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีความรู้

¹⁶ การดึงข้อมูลออกมาจากฐานข้อมูล (Structured Query Language (SQL) Injection) คือ การโจมตีโดยอาศัยช่องโหว่ของโปรแกรมเพื่อใส่ SQL เข้าไปในทาง Input ทั้งหลายบน User Interface เพื่อที่จะสามารถดึงข้อมูลออกมาจากฐานข้อมูลได้

¹⁷ การโจมตีผ่านช่องโหว่ที่ยังไม่เคยถูกค้นพบ (Zero-Day Exploit) คือ การโจมตีทางไซเบอร์ชั้นสูงโดยอาศัยช่องโหว่ที่อยู่ใน Hardware หรือ Software ที่ยังไม่เคยถูกค้นพบมาก่อน

¹⁸ ไทยรัฐ ออนไลน์, รพ. เพชรบูรณ์แจงหลังถูกแฮ็ก ยันข้อมูลที่หลุดไม่กระทบต่อการรักษาคนไข้ [ออนไลน์], 15 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/society/2187423>

¹⁹ ผู้จัดการออนไลน์, แฉ! กลโกงดูดเงินผ่าน “บัตรเครดิต” บัตรอยู่ในกระเป๋าก็แฮ็กข้อมูลได้ [ออนไลน์], 21 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/specialscoop/detail/9640000103836>

และความเชี่ยวชาญทางคอมพิวเตอร์อย่างมาก ซึ่งโดยทั่วไป พนักงานเจ้าหน้าที่มักเริ่มต้นจากการค้นหาติดตาม Internet Protocol Address (IP Address)²⁰ จากข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ที่ได้รับจากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต หากพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถค้นพบ IP Address ของแฮ็กเกอร์ได้ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็สามารถระบุตัวตนของแฮ็กเกอร์พร้อมพิกัดที่อยู่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม แม้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถตรวจสอบ IP Address ที่ใช้ในการก่อเหตุได้ ก็มักเป็น IP Address ปลอมที่สวมรอยมา ซึ่งตามปกติการตรวจสอบมักไม่สามารถสืบไปถึงตัวผู้กระทำความผิดได้ หรือหากสืบไปถึงตัวผู้กระทำความผิดได้ ก็มักพบว่าเป็นการก่อเหตุในต่างประเทศ ซึ่งยากต่อการดำเนินคดี และในปัจจุบันนี้ การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยมาจากผู้กระทำความผิดหรือแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศจำนวนมาก

การที่พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถปราบปรามหรือดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ ถือเป็นปัญหาในกระบวนการยุติธรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และการดำเนินกิจการต่าง ๆ ภายในประเทศ ในขณะเดียวกัน แฮ็กเกอร์ผู้กระทำความผิดย่อมมีความเชื่อมั่นว่าตนเองไม่อาจถูกจับกุมหรือถูกดำเนินคดีได้ แฮ็กเกอร์อาจลงมือกระทำความผิดในประเทศไทยมากขึ้น และคดีเกี่ยวกับการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ย่อมมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ประเทศไทยจึงอาจตกเป็นประเทศกลุ่มเป้าหมายที่ใช้ในการกระทำความผิด ดังนั้น การปราบปรามหรือดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและความจำเป็นอย่างมาก

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาและพิจารณาประสิทธิภาพของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ในการเอาผิดหรือดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ

(2) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์วิธีการและปัญหาในการสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลจากแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศภายใต้พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535

²⁰ Internet Protocol Address (IP Address) คือ หมายเลขประจำเครื่องคอมพิวเตอร์แต่ละเครื่องในระบบเครือข่ายที่ใช้โปรโตคอลแบบ TCP/IP

(3) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์วิธีการและปัญหาในการขอให้ส่งตัวแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศมายังประเทศไทยในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนภายใต้พระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551

(4) เพื่อศึกษาวิธีการและปัญหาในการเก็บรวบรวมและตรวจสอบพยานหลักฐานดิจิทัลบนพื้นฐานของ Digital Forensics²¹ เพื่อดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์อยู่ในต่างประเทศ

3. สมมติฐานการวิจัย

ปัญหาในการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศไม่ได้เกิดขึ้นจากความล้มเหลวหรือความไม่มีประสิทธิภาพของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่อย่างใด แต่เกิดจากการที่พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่มีความสามารถในการติดตาม หรือสืบทราบตัวแฮ็กเกอร์ เนื่องจากแฮ็กเกอร์ในปัจจุบันมีศักยภาพและความสามารถสูงกว่าพนักงานเจ้าหน้าที่มาก พนักงานเจ้าหน้าที่ยังคงไม่เข้าใจถึงวิธีการสืบสวนสอบสวน หรือรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ได้อย่างถูกต้อง นอกจากนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ยังมีข้อจำกัดในด้านความรู้ และความเข้าใจในการดำเนินการขอความร่วมมือระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อีกทั้งกระบวนการขอความร่วมมือระหว่างประเทศและการส่งผู้ร้ายข้ามแดนมักมีความล่าช้าและสลับซับซ้อน ส่งผลให้การติดตามตัวหรือดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่ยากลำบาก

4. ขอบเขตการวิจัย

การศึกษาปัญหาในการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศภายใต้กฎหมายไทยนั้น จำต้องพิจารณาถึงรูปแบบการกระทำผิดของแฮ็กเกอร์และความสามารถของพนักงานเจ้าหน้าที่ จากนั้นต้องศึกษาและพิจารณาถึง (1) บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นเป็นการกระทำความผิด ซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยอาจพิจารณารูปแบบและโครงสร้างของพระราชบัญญัติดังกล่าวเพื่อประเมินประสิทธิภาพของกฎหมาย และ (2) บทบัญญัติของ

²¹ Digital Forensics มีความหมายคือ วิธีการหรือเทคนิคในการเก็บรวบรวม วิเคราะห์ หรือตรวจพิสูจน์พยานหลักฐานดิจิทัลด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสืบสวนหรือดำเนินคดีแอ็กเกอร์ผู้กระทำความผิด ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติ ส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 โดยพิจารณาถึงปัญหาและอุปสรรคในการขอความช่วยเหลือหรือ ความร่วมมือในการสืบสวน สอบสวน หรือรวบรวมพยานหลักฐานที่อยู่ในต่างประเทศ และ พิจารณาถึงปัญหาและอุปสรรคในการขอให้ส่งแอ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน การศึกษาเหตุปัจจัยเหล่านี้ช่วยทำให้ได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาการดำเนินคดี กับแอ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ

5. วิธีการดำเนินการวิจัย

การศึกษาปัญหาในการดำเนินคดีกับแอ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศนี้ เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยรวบรวมและศึกษาข้อมูลจากเอกสารต่าง ๆ ซึ่ง ได้แก่ ตำบัทกฎหมาย หนังสือ บทความวิจัย บทความทางวิชาการ รายงาน ข่าวประจำวัน ทั้ง ในประเทศไทยและต่างประเทศ ข้อมูลจากเอกสารทั้งหมดนี้ได้ถูกนำมาใช้ในการแสดงและ วิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินคดีกับแอ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ ข้อมูลเหล่านี้ ยังถูกนำมาใช้ในการอธิบายเป็นแนวคิด หรือหลักเกณฑ์ในการดำเนินคดีกับแอ็กเกอร์ที่อยู่ใน ต่างประเทศด้วยเช่นกัน

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

การศึกษาปัญหาในการดำเนินคดีกับแอ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศนี้ ช่วยให้ทราบถึง ปัญหาและอุปสรรคในทางกฎหมายที่แท้จริง ซึ่งเกิดขึ้นทั้งในประเทศและต่างประเทศ การศึกษาถึงปัญหานี้ช่วยให้ประชาชนผู้สนใจเข้าใจถึงกระบวนการดำเนินคดีกับแอ็กเกอร์ และ อุปสรรคที่อาจเกิดขึ้น อีกทั้งยังช่วยให้ประชาชนที่ต้องการดำเนินคดีกับแอ็กเกอร์ที่อยู่ใน ต่างประเทศได้พิจารณาและประเมินถึงโอกาสและความเป็นไปได้ในการดำเนินคดี การศึกษาปัญหาดังกล่าวยังอาจช่วยเสริมสร้างมาตรการป้องกันให้แก่ประชาชน โดยประชาชน ผู้สนใจควรตระหนักถึงภัยจากแอ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ และมีความระมัดระวังการใช้ อินเทอร์เน็ตมากยิ่งขึ้น เพราะการดำเนินคดีกับแอ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศเป็นเรื่องที่ ยากลำบากมาก

7. ผลการวิจัย

อินเทอร์เน็ตเป็นระบบเชื่อมต่อเครือข่ายทั่วโลกเข้าด้วยกัน อินเทอร์เน็ตจึงช่วยให้มนุษย์สามารถติดต่อสื่อสารกันได้แบบไร้พรมแดน²² แต่อย่างไรก็ตาม อินเทอร์เน็ตได้ถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการก่ออาชญากรรมทางเทคโนโลยีที่มีจำนวนมากขึ้น²³ โดยผู้กระทำความผิดใช้อินเทอร์เน็ตและคอมพิวเตอร์ของตนในการเข้าถึงหรือเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น รวมถึงสมาร์ตโฟน แท็บเล็ต หรือบัญชีผู้ใช้งานในโซเชียลมีเดีย ผู้กระทำความผิดดังกล่าวนี้เรียกว่า “แฮ็กเกอร์” และในปัจจุบันนี้ การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นได้ถูกพัฒนากลายเป็นอาชญากรรมข้ามชาติซึ่งส่งผลกระทบต่อประเทศอื่น ๆ ทั่วโลก²⁴

การศึกษาและวิจัยพบว่าการจับกุมหรือดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์เป็นเรื่องที่ยากลำบากมาก²⁵ สภาเศรษฐกิจโลก (World Economic Forum) ได้รายงานทางสถิติว่า โอกาสที่จะประสบความสำเร็จในการจับกุมแฮ็กเกอร์มีเพียง 0.5% เท่านั้น²⁶ ทั้งนี้เนื่องจากแฮ็กเกอร์ในปัจจุบันนี้มีความเชี่ยวชาญและมีความสามารถสูงมากขึ้นกว่าเดิม แฮ็กเกอร์เหล่านี้ได้ใช้วิธีการใหม่ ๆ หรือเทคโนโลยีที่ทันสมัยในการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น²⁷ อีกทั้งยังใช้วิธีการซ่อนเร้นตัวตนหรือปกปิด IP Address ของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ²⁸ สิ่งเหล่านี้ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถสืบทราบหรือติดตามตัวของแฮ็กเกอร์ได้ หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถสืบทราบตัวตนของแฮ็กเกอร์หรือทราบ IP Address ของแฮ็กเกอร์ แต่ปรากฏว่าแฮ็กเกอร์ได้

²² Michael Eck, *The Internet: Inside and Out*, First Edition (New York: Rosen Publishing Group, 2002), p. 8.

²³ Samuel C. McQuade, *Encyclopedia of Cybercrime*, First Edition (London: Greenwood Press, 2008), p. 43.

²⁴ Mikaila Mariel Lemonik, *Law and Justice Around the World: A Comparative Approach*, First Edition (Oakland: University of California Press, 2020), p. 87.

²⁵ David J. Engebretson, *Technician's Guide to Physical Security Networking: Enterprise Solutions*, First Edition (Indiana: Author House, 2008), p. 71.

²⁶ ชาวไทยพีบีเอส, *ดีอีเอส ล่าแฮ็กเกอร์ขโมยข้อมูล รพ. เพชรบูรณ์ - ปูดกองทัพโดนด้วย* [ออนไลน์], 15 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://news.thaipbs.or.th/content/307715>

²⁷ Thomas J. Holt, Adam M. Bossler, and Kathryn C. Seigfried-Spellar, *Cybercrime and Digital Forensics: Introduction*, First Edition (New York: Routledge, 2015), p. 55.

²⁸ Kevin Hile, *Cybercrime*, First Edition (Massachusetts: Cengage Learning, 2010), p. 33.

ลงมือกระทำความผิดในต่างประเทศ เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจต้องพบความยากลำบากมากขึ้น ในการดำเนินคดีแอสกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ถูกตั้งคำถามถึงประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือแอสกเกอร์ แต่การศึกษาและวิจัยพบว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการปราบปรามหรือดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทางเทคโนโลยีหรือแอสกเกอร์ โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้มีโครงสร้างของกฎหมายอาญาขั้นพื้นฐาน ซึ่งประกอบไปด้วยการกระทำความผิดและบทลงโทษไว้อย่างชัดเจน พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้กำหนดบทนิยามเพื่ออธิบายความหมายของคำศัพท์ในแต่ละมาตราเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น รวมทั้งยังได้กำหนดอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย เช่น อำนาจการสืบสวน สอบสวน หรือรวบรวมพยานหลักฐาน ที่สำคัญพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดหลักการบังคับใช้อำนาจตามกฎหมายนอกอาณาเขต (Extraterritorial Jurisdiction) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการเอาผิดหรือดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่อยู่ในต่างประเทศ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้ไขปรับปรุงในปี พ.ศ. 2560 เพื่อให้มีความทันสมัยต่อเหตุการณ์ในปัจจุบัน โดยกำหนดฐานความผิดขึ้นใหม่ แก้ไขฐานความผิดเดิมและกำหนดโทษของความผิดดังกล่าว พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้ถูกใช้บังคับอย่างแพร่หลาย และมีการนำคดีอื่นเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เข้าสู่การพิจารณาของศาลฎีกา ดังนั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จึงมิใช่เป็นปัญหาหรืออุปสรรคในการดำเนินคดีกับแอสกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ

การศึกษาและวิจัยพบว่าปัญหาหรืออุปสรรคในการดำเนินคดีกับแอสกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศเกี่ยวข้องกับ (1) ความสามารถของพนักงานเจ้าหน้าที่ (2) กระบวนการสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่อยู่ในต่างประเทศ และ (3) กระบวนการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ กล่าวคือ เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่มีความสามารถหรือขาดเทคโนโลยีที่ทันสมัยในการค้นหาหรือติดตามตัวแอสกเกอร์ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็ไม่สามารถดำเนินคดีกับแอสกเกอร์ได้ หรือหากพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถดำเนินการสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่อยู่ในต่างประเทศ การดำเนินคดีกับแอสกเกอร์ที่อยู่

ในต่างประเทศก็ไม่สามารถทำได้ และหากประเทศผู้รับคำร้องขอปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน การนำตัวแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศมารับโทษในประเทศไทยก็ไม่สามารถทำได้

8. อภิปรายผลการวิจัย

8.1 แนวทางการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ

องค์ประกอบสำคัญในการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศจำต้องอาศัย

(1) บทบัญญัติกฎหมาย และ (2) พยานหลักฐานดิจิทัลบนพื้นฐานของ Digital Forensics

(1) บทบัญญัติกฎหมาย

กฎหมายถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด สำหรับการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศนั้นจำต้องอาศัยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินคดี

(2) พยานหลักฐานดิจิทัลบนพื้นฐานของ Digital Forensics

พยานหลักฐานดิจิทัลถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการดำเนินคดีอันเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์²⁹ พยานหลักฐานดิจิทัลมีความแตกต่างจากพยานหลักฐานชนิดอื่น ๆ³⁰ โดยพยานหลักฐานดิจิทัล มีความหมายคือ ข้อมูลที่ได้เก็บรักษาบนสื่อบันทึกข้อมูล หรืออยู่ระหว่างการส่งรับด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์³¹ ข้อมูลเหล่านี้ยังอาจอยู่ในรูปของไฟล์ที่อยู่ในคอมพิวเตอร์ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ โทรศัพท์มือถือ

²⁹ Andreas Mitrakas and Damian Zaitch, *Law, Cyber Crime and Digital Forensics: Trailing Digital Suspects in Digital Crime and Forensic Science in Cyberspace*, Edited by Panagiotis Kanellis and Others, First Edition (London: IDEA Group Publishing, 2006), p. 269.

³⁰ Ross M. Gardner and Donna R. Krouskup, *Practical Crime Scene Processing and Investigation*, Third Edition (London: CRC Press, 2018), p. 45.

³¹ Richard Boddington, *Practical Digital Forensics*, First Edition (Birmingham: Packt Publishing, 2016), p. 56.

รวมถึงหลักฐานที่เกิดขึ้นจากระบบคอมพิวเตอร์ เช่น ประวัติการเข้าชม³² ข้อมูลเหล่านี้อาจถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด บ่งชี้ถึงการกระทำความผิด หรือสามารถเชื่อมโยงกันระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้เสียหาย³³ ที่สำคัญข้อมูลเหล่านี้ยังสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาคดีของศาลได้

นอกจากนี้ Digital Forensics ได้ถูกนำมาใช้ในการดำเนินการหรือพิสูจน์ตรวจสอบพยานหลักฐานดิจิทัล³⁴ Digital Forensics มีความหมายคือ การค้นหา รวบรวม วิเคราะห์ พิจารณา และใช้พยานหลักฐานดิจิทัลในการสืบสวน สอบสวน หรือดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์³⁵ ทั้งนี้เนื่องจากพยานหลักฐานดิจิทัลมีลักษณะเปราะบาง และสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยปราศจากร่องรอย Digital Forensics จึงได้ถูกนำมาใช้เพื่อให้พยานหลักฐานดิจิทัลมีความถูกต้อง (Accuracy) และน่าเชื่อถือ (Reliability) Digital Forensics ยังถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี โดยประเทศที่พัฒนาแล้วล้วนใช้ Digital Forensics ในการดำเนินการกับพยานหลักฐานดิจิทัลด้วยเช่นกัน

โดยทั่วไป แนวคิดของ Digital Forensics ตั้งอยู่บนพื้นฐานของคำถามว่า “เกิดอะไรขึ้น” บนพยานหลักฐานดิจิทัล³⁶ โดยคำถามว่า “เกิดอะไรขึ้น” นี้หมายความว่า ได้เกิดการกระทำความผิดขึ้นหรือไม่ มีบุคคลภายนอกที่ไม่ได้อยู่ในพื้นที่ได้เข้าควบคุมคอมพิวเตอร์หรือไม่

³² Don Kerr, John Gammack, and Richard Boddington “Overview of Digital Business Security Issues” in **Digital Business Security Development: Management Technologies**, Edited by Don Kerr, John G. Gammack, and Kay Bryant, First Edition (New York: Business Science Reference, 2010), p. 22.

³³ Alaa Hussein Al-Hamami and Ghossoon M. Waleed Al-Saadoon, **Handbook of Research on Threat Detection and Countermeasures in Network Security**, First Edition (Hershey: Information Science Reference, 2014), p. 144.

³⁴ Sasa Mrdovic, **IoT Forensics in Security of Ubiquitous Computing Systems: Selected Topics**, Edited by Gildas Avoine and Julio Hernandez-Castro, First Edition (Cham: Springer, 2021), p. 216.

³⁵ Ibid.

³⁶ Joakim Kavrestad, **Fundamentals of Digital Forensics: Theory, Methods, and Real-Life Applications**, First Edition (Cham: Springer, 2020), p. 3.

รูปภาพหรือข้อมูลได้หายไปเมื่อใด หรือคอมพิวเตอร์ได้ถูกเจาะเข้าไปในระบบหรือไม่อย่างไร³⁷ จากนั้นพนักงานเจ้าหน้าที่จะใช้เครื่องมือหรือวิธีการในทางวิทยาศาสตร์ในการแสวงหาคำตอบ นอกจากนี้การตรวจสอบ Digital Forensics อาจแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอนซึ่งได้แก่ (1) การเก็บรวบรวม (2) การวิเคราะห์ และ (3) การรายงานผล

ตัวอย่างการใช้ Digital Forensics ในการสืบสวนหรือค้นหาตัวผู้กระทำความผิดได้แก่ นาย ก. ถูกบริษัทไล่ออกจากงาน นาย ก. จึงได้แอบปล่อยม้าโทรจัน (Trojan Horse) เข้าไปในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของบริษัท ต่อมาบริษัทตรวจพบความผิดปกติและพบม้าโทรจันในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของตน บริษัทจึงได้ให้ผู้เชี่ยวชาญหรือพนักงานเจ้าหน้าที่เข้าทำการตรวจสอบและเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ผู้เชี่ยวชาญหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์ในการตรวจวิเคราะห์และพบว่าม้าโทรจันได้ถูกตั้งค่าให้ส่งข้อมูลต่าง ๆ ของบริษัทไปยัง IP Address ที่ตั้งอยู่ที่บ้านของนาย ก. ดังนั้นจึงเชื่อได้ว่า นาย ก. เป็นผู้ปล่อยม้าโทรจันเข้าไปในระบบเครือข่ายคอมพิวเตอร์ของบริษัท

8.2 ประสิทธิภาพของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ถือเป็นกฎหมายสำคัญที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดขอบเขตเนื้อหา ความผิดและโทษที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับ อำนาจและหน้าที่ของเจ้าพนักงาน นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายนอกอาณาเขต ดังนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงมีประสิทธิภาพที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือแฮกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ สำหรับสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มีดังต่อไปนี้

(1) ขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

³⁷ Ibid.

ได้กำหนดเหตุผลในการประกาศบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ว่า “เนื่องจากคอมพิวเตอร์เป็นส่วนสำคัญในการประกอบกิจการและดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีบุคคลใดกระทำให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งได้เป็นปกติ หรือใช้วิธีการใด ๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไขหรือทำลายข้อมูลของบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ ความเสียหายย่อมเกิดขึ้น และกระทบกระเทือนต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน” ดังนั้น การเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์หรือการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตถือเป็นความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายและรบกวนความสงบสุขของประชาชน พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงสามารถเอาผิดหรือดำเนินคดีกับการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ได้

(2) บทบัญญัติความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดการกระทำความผิดและโทษที่จะต้องได้รับไว้อย่างชัดเจนในหมวด 1 โดยโทษที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับคือ โทษจำคุกหรือปรับ และเนื่องจากอาชญากรรมทางเทคโนโลยีในปัจจุบันมีหลายรูปแบบ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จึงได้กำหนดบทบัญญัติอันเป็นความผิดไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำความผิดต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น ซึ่งรวมถึงการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ในรูปแบบต่าง ๆ ด้วยเช่นกัน การกำหนดบทบัญญัติอันเป็นความผิดด้วยวิธีการดังกล่าวช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการเอาผิดหรือดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ตัวอย่างเช่น คำว่า “เข้าถึง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 นี้ได้ถูกกำหนดขึ้นอย่างกว้าง ๆ โดยไม่จำกัดวิธีการในการเข้าถึง แฮ็กเกอร์จะใช้วิธีการเข้าถึงในรูปแบบใดไม่สำคัญ หากแต่ผลลัพธ์ออกมาคือแฮ็กเกอร์ได้เข้าไปเกี่ยวข้อง ขวางกั้น หรือบุกรุกระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น การกระทำนั้นถือเป็นการเข้าถึงทั้งสิ้น ดังนั้นหากแฮ็กเกอร์ใช้โปรแกรมสปายแวร์ (Spyware) เจาะระบบคอมพิวเตอร์ของบริษัทแห่งหนึ่ง แฮ็กเกอร์รายนี้อาจมีความผิดตามมาตรา 5 เพราะการใช้สปายแวร์ในการเจาะระบบคอมพิวเตอร์ถือว่าการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์

(3) อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่

อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ถือเป็นเครื่องมือในการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ³⁸ ซึ่งหากกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการใช้บังคับ กฎหมายนั้น อาจไม่มีประสิทธิภาพหรือไม่มีผลใช้บังคับ เมื่อเป็นเช่นนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายไว้ในหมวด 2 โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้มิใช่เจ้าพนักงานทั่วไป แต่ต้องเป็นผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ และมีคุณสมบัติเป็นไปตามประกาศกฎกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารเรื่อง “หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550”

อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ต่อมาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน ซึ่งก็ได้รวมถึงการเพิ่มประสิทธิภาพในการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ตัวอย่างเช่น มาตรา 18 (2) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถเรียกข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์จากผู้ให้บริการเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารผ่านระบบคอมพิวเตอร์ หรือสั่งให้ผู้ให้บริการส่งมอบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ใช้บริการให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ และต่อมาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติม โดยมาตรา 18 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2560 (ฉบับที่ 2) ได้เพิ่มประสิทธิภาพการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ ด้วยการกำหนดให้ผู้ให้บริการที่ได้รับคำร้องขอดังกล่าวจากพนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการตามคำร้องขอโดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกิน 7 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอ แต่อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวนี้ต้องนำไปใช้เพื่อการสืบสวน

³⁸ John E. Hess, *Interrogation for Law Enforcement*, Second Edition (New Jersey: Matthew Bender & Company, Inc., 2010), p. 82.

และสอบสวนเท่านั้น และต้องกระทำเฉพาะที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด

(4) การบังคับใช้อำนาจตามกฎหมายนอกอาณาเขต (Extraterritorial Jurisdiction)

การบังคับใช้อำนาจตามกฎหมายนอกอาณาเขต คือ การที่รัฐสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายภายในของตนบังคับเอากับบุคคลหรือทรัพย์สินที่อยู่นอกเหนือดินแดนของตน³⁹ แม้การกระทำความผิดนั้นจะไม่ได้เกิดขึ้นภายในดินแดนประเทศของตนก็ตาม แต่เป็นการกระทำความผิดที่รัฐบาลหรือบุคคลในประเทศของตนเป็นผู้เสียหาย หลักการบังคับใช้อำนาจตามกฎหมายนอกอาณาเขตมีความสำคัญเป็นอย่างมากในปัจจุบัน เพราะหลักดังกล่าวนี้ช่วยเพิ่มขอบเขตและประสิทธิภาพในการใช้บังคับกฎหมายให้มีมากยิ่งขึ้น⁴⁰ โดยผู้กระทำความผิดที่อยู่ในต่างประเทศไม่สามารถหลบหนีความผิดที่ตนได้เคยกระทำไว้ในประเทศอื่นได้ หลักการบังคับใช้อำนาจตามกฎหมายนอกอาณาเขตยังได้ถูกนำมาใช้ในความผิดอันเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีมากขึ้น โดยหลักการบังคับใช้อำนาจตามกฎหมายนอกอาณาเขตได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในหลาย ๆ ประเทศ⁴¹

สำหรับประเทศไทยนั้น หลักการบังคับใช้อำนาจตามกฎหมายนอกอาณาเขตได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 โดยมาตรา 17 ได้บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้นอกราชอาณาจักร และ... (2) ผู้กระทำความผิดนั้นเป็นคนต่างด้าว และรัฐบาลไทยหรือคนไทยเป็นผู้เสียหาย และผู้เสียหายได้ร้องขอให้ลงโทษ จะต้องรับโทษในราชอาณาจักร” บทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้แสดง

³⁹ Christina Voigt, *Up in the Air: Aviation, the EU Missions Trading Scheme and the Question of Jurisdiction* in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Edited by Catherine Barnard, Markus Gehring, and Iyola Solanke, First Edition (Oregon: Hart Publishing, 2012), p. 496. (Extraterritorial jurisdiction is the legal ability of a state to exercise authority over actors and activities beyond its boundaries.)

⁴⁰ Hiromi Sato, *Multilayered Structures of International Criminal Law*, First Edition (Cham: Springer, 2021), p. 141.

⁴¹ Danielle Ireland-Piper, *Extraterritoriality in East Asia: Extraterritorial Criminal Jurisdiction in China, Japan, and South Korea*, First Edition (Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2021), p. 106.

ให้เห็นว่า แม้การกระทำความผิดได้เกิดขึ้นนอกราชอาณาจักรก็ตาม แต่หากผลของการกระทำนั้นได้เกิดขึ้นกับคนไทยหรือรัฐไทยในราชอาณาจักร พระราชบัญญัติฉบับนี้ย่อมมีผลต่อผู้กระทำความผิดที่อยู่นอกราชอาณาจักร โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่อยู่นอกราชอาณาจักรได้ และเมื่อการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์เป็นอาชญากรรมข้ามชาติที่สามารถสร้างความเสียหายให้กับประเทศอื่น มาตรา 17 (2) จึงช่วยให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ แม้แฮ็กเกอร์ผู้นั้นจะไม่ได้ลงมือกระทำความผิดในราชอาณาจักรก็ตาม

8.3 ปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ

(1) ความสามารถของพนักงานเจ้าหน้าที่ในประเทศไทย

การเก็บรวบรวมและพิสูจน์ตรวจสอบพยานหลักฐานดิจิทัลบนพื้นฐานของ Digital Forensics มีความสำคัญต่อการสืบสวน สอบสวน หรือดำเนินคดีกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น Digital Forensics ได้ถูกนำมาใช้ในการสืบสวน สอบสวน หรือรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลในประเทศไทยด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น มาตรา 18 (6) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการ “ตรวจสอบหรือเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์ที่ใช้เก็บข้อมูลคอมพิวเตอร์ของบุคคลใด อันเป็นหลักฐานหรืออาจใช้เป็นหลักฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือเพื่อสืบสวนหาตัวผู้กระทำความผิดและสั่งให้บุคคลนั้นส่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ข้อมูลจราจรทางคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็น” โดยการตรวจสอบข้อมูลคอมพิวเตอร์นี้ถือเป็นกระบวนการขั้นพื้นฐานของ Digital Forensics

แต่อย่างไรก็ตาม Digital Forensics ยังถือเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย โดยงานวิจัยเรื่อง “การศึกษาแนวทางการตรวจพิสูจน์หลักฐานทางดิจิทัลในงานนิติวิทยาศาสตร์” ได้สรุปผลการวิจัยไว้ว่า ประเทศไทยยังไม่มีวิธีการหรือมาตรฐานในการดำเนินการ Digital Forensics ที่ชัดเจน อีกทั้งยังขาดแคลนเครื่องมือที่ใช้ในการดำเนินการตาม Digital Forensics พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่ยังคงขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่อง Digital Forensics เช่น ไม่ทราบถึงวิธีการจัดการกับพยานหลักฐานดิจิทัล ไม่ทราบถึงวิธีการทำให้พยานหลักฐานดิจิทัลมีความถูกต้องและน่าเชื่อถือ หรือไม่ทราบถึงวิธีการเก็บรักษาพยานหลักฐานดิจิทัลให้มีความสมบูรณ์

มากที่สุด⁴² ที่สำคัญ พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถวิเคราะห์หรือเชื่อมโยงพยานหลักฐานดิจิทัลที่ปรากฏได้ เช่น ไม่สามารถหาความเชื่อมโยงระหว่างผู้กระทำความผิดกับอุปกรณ์ที่ใช้กระทำความผิดได้ หรือไม่สามารถวิเคราะห์ข้อมูลและเชื่อมโยงข้อมูลเข้ากับผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายได้ ดังนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่จึงไม่สามารถเก็บรวบรวมหรือดำเนินการใด ๆ กับพยานหลักฐานดิจิทัลได้ หรือหากมีการเก็บรวบรวมหรือดำเนินการดังกล่าว พยานหลักฐานดิจิทัลนั้นก็อาจเป็นพยานหลักฐานที่ไม่มีคุณภาพ

การสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลเพื่อดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ยังถือเป็นเรื่องที่ยากลำบาก เพราะแฮ็กเกอร์ในปัจจุบันมีความเชี่ยวชาญและมีความสามารถสูงในการลงมือกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แฮ็กเกอร์เหล่านี้มักมีวิธีการในการกระทำความผิดในรูปแบบใหม่และมีประสิทธิภาพมากขึ้นกว่าเดิม และมีความสามารถในการทำลายหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขพยานหลักฐานดิจิทัลจนไม่เหลือร่องรอย รวมถึงมีเครื่องมือที่ใช้ในการซ่อนเร้น IP Address ของตน ตัวอย่างเช่น แฮ็กเกอร์อาจใช้ Proxy ในการหลบซ่อนด้วยการปกปิด IP Address ที่แท้จริงของตนและแสดง IP Address อื่นให้ปรากฏ⁴³ แฮ็กเกอร์ยังใช้วิธีการเปลี่ยนแปลงข้อมูลจราจรคอมพิวเตอร์และซ่อน IP Address ของตน โดยแฮ็กเกอร์มักนิยมใช้ซอฟต์แวร์สำหรับเปิดใช้งานเพื่อการสื่อสารแบบไม่ระบุตัวตน (The Onion Router หรือ “Tor”) ในการปฏิบัติการดังกล่าว⁴⁴ นอกจากนี้แฮ็กเกอร์มักดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ บนเว็บไซต์ที่ไม่ปรากฏในฐานข้อมูล (Dark Web) ซึ่งทำให้ยากต่อการติดตาม เพราะเว็บไซต์ดังกล่าวเปิดให้บริการแก่บุคคลเฉพาะกลุ่มและยังใช้โปรแกรมป้องกันการเข้าถึงจากบุคคลภายนอก⁴⁵ ดังนั้นพนักงานเจ้าหน้าที่จึงไม่อาจสืบทราบหรือติดตามตัวผู้กระทำความผิดเพราะการติดตาม IP Address ของแฮ็กเกอร์เหล่านี้ต้องใช้เครื่องมือที่ทันสมัยและพนักงาน

⁴² จิตชนก อินธามา และวงศ์ยศ เกิดศรี, การศึกษาแนวทางการตรวจพิสูจน์หลักฐานทางดิจิทัลในงานนิติวิทยาศาสตร์, วารสารวิชาการอาชญวิทยาและนิติวิทยาศาสตร์ โรงเรียนนายร้อยตำรวจ, ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2564), หน้า 134-150.

⁴³ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), **Obstacles to Cybercrime Investigations** [Online], 15 December 2021. Source: <https://www.unodc.org/e4j/en/cybercrime/module-5/key-issues/obstacles-to-cybercrime-investigations.html>

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

เจ้าหน้าที่ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในคอมพิวเตอร์ แต่ประเทศไทยยังคงขาดแคลนเครื่องมือและบุคลากรที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าว

ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งในการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่มีความสามารถสูงคือ บุคคลกลุ่มนี้อาศัยอยู่ในต่างประเทศ และได้กระทำความผิดในประเทศไทย หากพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องการที่จะสืบสวนหรือดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลต่าง ๆ ที่อยู่ในต่างประเทศ หากพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถเก็บรวบรวมหรือตรวจสอบพยานหลักฐานดิจิทัลได้ การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศก็ไม่สามารถทำได้ นอกจากนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องอาศัยการขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญา หากประเทศผู้รับคำร้องขอปฏิเสธให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือกับประเทศไทยในการสืบสวนสอบสวน และเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัล พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมไม่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดหรือแฮ็กเกอร์ซึ่งอยู่ในต่างประเทศได้ และหากพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องการที่จะนำตัวแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศมารับโทษตามกฎหมายไทย พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการขอให้ส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน กระบวนการดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่ยากลำบาก สลับซับซ้อน และยังมีอุปสรรคในทางกฎหมายอีกมาก

(2) การขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญา

โดยทั่วไป การรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลมีความหมายคือ กระบวนการค้นหา ระบุ รวบรวม ได้มา และรักษาข้อมูลหรือพยานดิจิทัลจากเครื่องคอมพิวเตอร์หรือชุดอุปกรณ์จัดเก็บ เพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด⁴⁶ แต่วิธีการสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลภายในประเทศและต่างประเทศมีความแตกต่างกัน หากพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถค้นหาหรือระบุ IP Address ของแฮ็กเกอร์ได้ และตรวจสอบพบว่า IP Address ดังกล่าวอยู่ในประเทศไทย พนักงานเจ้าหน้าที่อาจดำเนินการขอให้ศาลออกหมายค้นเพื่อเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลอื่น ๆ ประกอบการสืบสวนหรือสอบสวน หากพนักงานเจ้าหน้าที่พบว่า IP Address ของแฮ็กเกอร์อยู่ในต่างประเทศ หรือแฮ็กเกอร์เป็นชาวต่างชาติและก่อเหตุในต่างประเทศ พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550

⁴⁶ Kamlesh K. Bajaj and Debjani Nag, *E-Commerce: The Cutting Edge of Business*, Second Edition (New Delhi: Tata McGraw-Hill Publishing Company Limited, 2005), p. 291.

เพื่อเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่อยู่ในต่างประเทศได้ แต่พนักงานเจ้าหน้าที่อาจขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในการสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัล ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่อาจใช้วิธีการประสานงานกับต่างประเทศโดยผ่านองค์การตำรวจอาชญากรรมระหว่างประเทศ (International Criminal Police Organization - INTERPOL) วิธีการดังกล่าวนี้ไม่ใช่วิธีการที่เป็นทางการ แต่เป็นเพียงการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัล และนอกจากนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่อาจใช้วิธีการที่เป็นทางการโดยอาศัยพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 เพื่อการสืบสวน สอบสวน และเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่อยู่ในต่างประเทศ

พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 ได้กำหนดขอบเขตความร่วมมือระหว่างประเทศในการสอบสวนและการสืบพยานหลักฐาน การจัดหา และการให้เอกสารหรือข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ การจัดส่งเอกสาร การค้นและยึด การสืบหาบุคคล การริบและการยึดทรัพย์สิน ดังนั้นพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 จึงสามารถนำมาใช้ในการสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่อยู่ในต่างประเทศ และหากพนักงานเจ้าหน้าที่ประสงค์ที่จะขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือจากต่างประเทศ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องเสนอเรื่องต่อผู้ประสานงานกลาง ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ประสานงานในการขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศ คำขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศและเอกสารทั้งหมดจะต้องทำตามแบบหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่ผู้ประสานงานกลางได้กำหนดไว้ และผู้ประสานงานกลางยังเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรจะขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศหรือไม่ โดยพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ รายละเอียด ข้อเท็จจริง และเอกสารประกอบ หากผู้ประสานงานกลางเห็นสมควรขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศ ให้ผู้ประสานงานกลางส่งคำร้องนั้นไปยังประเทศผู้รับคำร้องขอ พนักงานเจ้าหน้าที่ยังต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ต่อประเทศผู้รับคำร้องขอในการใช้ข่าวสารหรือพยานหลักฐานตามวัตถุประสงค์ที่ระบุในคำขอ

แต่อย่างไรก็ตาม พนักงานเจ้าหน้าที่อาจเผชิญปัญหาหรืออุปสรรคในการขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือในการสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่อยู่ในต่างประเทศ โดยปัญหาหรืออุปสรรคดังกล่าวอาจมีดังต่อไปนี้

(ก) ประเทศผู้รับคำร้องขอไม่มีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ประเทศส่วนใหญ่บนโลกใบนี้ล้วนมีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ แต่ในขณะเดียวกัน ยังคงมีอีกหลายประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ตัวอย่างเช่น หลายประเทศในทวีปแอฟริกายังคงไม่มีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์⁴⁷ การที่ประเทศไม่มีกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ย่อมส่งผลให้การสืบสวนหรือสอบสวนความผิดทางเทคโนโลยีหรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่ยากลำบาก อีกทั้งประเทศเหล่านั้นยังคงกลายเป็นแหล่งกบดานหรือสร้างผู้กระทำความผิดทางเทคโนโลยีหรือแฮ็กเกอร์⁴⁸ เพราะบุคคลเหล่านั้นไม่ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดและไม่ต้องได้รับโทษแต่อย่างใด เมื่อประเทศผู้รับคำร้องขอไม่มีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ประเทศผู้รับคำร้องขออาจไม่ดำเนินการใด ๆ ตามที่พนักงานเจ้าหน้าที่ของประเทศไทยร้องขอ เพราะถือว่าการกระทำนั้นไม่เป็นความผิดในประเทศตน

(ข) ประเทศผู้รับคำร้องขอปฏิเสธให้ความร่วมมือ

ประเทศผู้รับคำร้องขอสามารถปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือในคดีอาญากับประเทศผู้ร้องขอ หากการให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือในคดีอาญานั้นขัดแย้งกับแนวนโยบายแห่งรัฐ หรือกระทบกระเทือนอำนาจอธิปไตยหรือความมั่นคงของประเทศผู้รับคำร้องขอ⁴⁹ การให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญาจึงเป็นเรื่องของดุลยพินิจของประเทศผู้รับคำร้องขอ และในหลาย ๆ กรณีที่เกิดขึ้น แม้ประเทศผู้รับคำร้องขอและประเทศผู้ร้องขอได้ทำสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา (Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters - MLAT) แต่ประเทศผู้รับคำร้องขอได้ปฏิเสธให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือในคดีอาญากับประเทศผู้ร้องขอ

⁴⁷ Ziska Fields, *Handbook of Research on Information and Cyber Security in the Fourth Industrial Revolution*, First Edition (Hershey: IGI Global, 2018), p. 369.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Alison Bisset, *Truth Commissions and Criminal Courts*, First Edition (New York: Cambridge University Press, 2012), p. 161.

เพราะมีประเด็นที่ขัดแย้งกับแนวนโยบายแห่งรัฐหรือแนวทางปฏิบัติของประเทศ⁵⁰ ตัวอย่างเช่น ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา (The Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters among Linked-Minded ASEAN Member Countries - MLAT ASEAN) กับประเทศกลุ่มสมาชิกอาเซียนอีก 9 ประเทศ แต่ในทางปฏิบัตินั้น ประเทศในกลุ่มสมาชิกอาเซียนยังคงปฏิเสธให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือในคดีอาญา โดยประเทศกลุ่มสมาชิกมักไม่ดำเนินการตามคำร้องขอ ถึงแม้จะมีสนธิสัญญาระหว่างกันก็ตาม เช่น สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ปฏิเสธการส่งหมายนัดตามคำร้องขอของประเทศไทย โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากมีการส่งหมายนัดมาจำนวนมาก จึงไม่สามารถดำเนินการได้ทัน⁵¹

สำหรับคดีอันเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์นั้น แต่ละประเทศมักมีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์และนโยบายที่เกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีที่แตกต่างกันออกไป และความแตกต่างทางด้านกฎหมายและนโยบายนี้ได้ส่งผลกระทบต่อการให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญาด้วยเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ประเทศรัสเซียเคยปฏิเสธให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือในการสืบสวนสอบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยีจากประเทศเอสโตเนีย เพราะประเทศรัสเซียมีการประเมินความเสี่ยงในการประกอบอาชญากรรมทางเทคโนโลยีที่แตกต่างไปจากประเทศเอสโตเนีย⁵² ดังนั้น แม้ประเทศไทยในฐานะประเทศผู้ร้องขอได้ดำเนินการถูกต้องตามที่พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 กำหนดไว้แล้วก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าประเทศผู้รับคำขอต้องดำเนินการตามที่ประเทศไทยร้องขอเสมอไป ประเทศผู้รับคำขออาจปฏิเสธให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือในการสืบสวนหรือสอบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยีของประเทศไทยได้ หากคำร้องขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือ

⁵⁰ พงศ์กุลธร โรจน์วิรุฬห์ วีรพล กุลบุตร และชนันส์ เจนการ, ปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาในกลุ่มประเทศอาเซียน, วารสารกระบวนการยุติธรรม, ปีที่ 11 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2561), หน้า 113-132.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน

⁵² Tine Munk, Policing Virtual Spaces: Public and Private Online Challenges in A Legal Perspective in Comparative Policing Form a Legal Perspective, Edited by Monica den Boer, First Edition (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018), p. 240.

ในอาชญากรรมทางเทคโนโลยีของประเทศไทยขัดแย้งกับกฎหมาย นโยบายแห่งรัฐ หรือ กระทบกระเทือนความมั่นคงและความปลอดภัยของประเทศผู้รับคำร้องขอ และเมื่อประเทศผู้รับคำขอปฏิเสธให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือในการสืบสวนหรือสอบสวน พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลไทยก็ไม่สามารถเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลและดำเนินคดีกับ แฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศได้

(ค) ความล่าช้าในการดำเนินการ

ความล่าช้าในการดำเนินการเป็นอีกหนึ่งอุปสรรคในการขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญา เนื่องจากการขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญามักกระทำในรูปแบบอย่างเป็นทางการ ความล่าช้าในการดำเนินการจึงมักเกิดขึ้น⁵³ และอาจเกิดขึ้นจากกระบวนการภายในประเทศผู้ร้องขอ และจากกระบวนการภายในประเทศของผู้รับคำร้องขอ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความล่าช้าในการดำเนินการมักเกิดขึ้นเนื่องจากการขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญาไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาไว้⁵⁴ กระบวนการในการดำเนินการจึงมักใช้ระยะเวลา นาน เช่น พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 ได้ กำหนดวิธีการขอความช่วยเหลือไว้ในส่วนที่ 10 ตั้งแต่มาตรา 36 จนถึงมาตรา 41 แต่ไม่มี บทบัญญัติใดที่กำหนดกรอบระยะเวลาในการดำเนินการ นอกจากนี้ระเบียบของผู้ประสานงานกลาง ว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือและการขอความช่วยเหลือตามกฎหมายว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2537 ก็ไม่ได้กำหนดกรอบระยะเวลาในการดำเนินการไว้ด้วยเช่นกัน ส่งผลให้ระยะเวลาในการดำเนินการจึงอาจขึ้นอยู่กับหน่วยงานของรัฐที่ประสงค์ จะขอความช่วยเหลือและผู้ประสานงานกลางนั่นเอง

ความล่าช้าจากกระบวนการภายในประเทศของผู้รับคำร้องขออาจเกิดขึ้น เนื่องจากประเทศผู้รับคำร้องขอต้องตรวจสอบและพิจารณาคำร้องขอและเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง หากประเทศของผู้รับคำร้องเห็นว่าสามารถดำเนินการตามคำร้องขอได้ ก็อาจดำเนินการขั้นต่อไป

⁵³ Klaus von Lampe, *Transnational Crime in International and Transnational Crime and Justice*, Edited by Mangai Natarajan, Second Edition (New York: Cambridge University Press, 2019), p. 172.

⁵⁴ Ibid.

ด้วยการส่งคำร้องขอขึ้นไปยังหน่วยงานที่ดูแลรับผิดชอบหรือที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นโดยตรง และหากเรื่องที่ยื่นขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือมีความสลับซับซ้อน การดำเนินการตามคำร้องขอย่อมต้องใช้ระยะเวลา นาน นอกจากนี้ ประเทศผู้ร้องขอไม่สามารถบังคับหรือกำหนดกรอบระยะเวลาให้ประเทศของผู้รับคำร้องขอปฏิบัติตาม แม้การขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญาที่ได้ทำขึ้นบนพื้นฐานการให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หรือหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่อกัน หรือการขอความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญาที่ได้ทำขึ้นบนพื้นฐานสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญา (MLAT) ก็ตาม ดังนั้น การดำเนินการตามคำร้องขอจึงไม่อาจมีกำหนดระยะเวลาที่แน่นอน ซึ่งอาจก่อให้เกิดความล่าช้าขึ้นได้

ความล่าช้าในการดำเนินการส่งผลกระทบต่อการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัล เนื่องจากพยานหลักฐานดิจิทัลมักอยู่ในรูปแบบของข้อมูลที่ถูกจัดเก็บไว้ในสื่อบันทึกหรืออุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เช่น ในเครื่องคอมพิวเตอร์ พยานหลักฐานดิจิทัลเหล่านี้มีความเปราะบางสูงและถูกเปลี่ยนแปลงได้ง่าย⁵⁵ อีกทั้งยังอาจถูกทำลายหรือสูญหายได้ตลอดเวลา⁵⁶ การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลจึงควรดำเนินการโดยทันทีภายหลังจากการกระทำความผิดได้เกิดขึ้น⁵⁷ แต่หากพยานหลักฐานดิจิทัลได้ถูกเก็บรวบรวมภายหลังจากการกระทำความผิดได้เกิดขึ้นเป็นระยะเวลา นาน พยานหลักฐานดิจิทัลหรือข้อมูลต่าง ๆ อาจสูญหาย ถูกทำลาย หรือถูกดัดแปลง ซึ่งส่งผลกระทบต่อ การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ดังนั้น ความล่าช้าในการขอหรือให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีอาญาอาจส่งผลกระทบต่อ การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัล รวมถึงการสืบสวน สอบสวน และดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่อยู่ในต่างประเทศ⁵⁸

⁵⁵ James E. Girard, *Criminalistics*, Fifth Edition (Burlington: World Headquarters, 2021), p. 380.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Steve Bunting and Steve Anson, *Mastering Windows Network Forensics and Investigation*, First Edition (Indiana: Wiley Publishing Inc., 2007), p. 13.

⁵⁸ Balsing Rajput, *Cyber Economic Crime in India: An Integrated Model for Prevention and Investigation*, First Edition (Cham: Springer, 2021), p. 219.

(ง) ประเทศผู้รับคำร้องขอมีข้อจำกัดในด้านความสามารถ

การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลบนพื้นฐานของ Digital Forensics หรือการดำเนินคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีจำเป็นต้องอาศัยทรัพยากรบุคคล งบประมาณจำนวนมาก ข้อมูลที่มีความทันสมัย ทักษะความรู้ขั้นสูง และเทคโนโลยีสมัยใหม่⁵⁹ เพื่อช่วยให้การสืบสวนและสอบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ตัวอย่างเช่น สำนักงานสอบสวนกลางแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาหรือเอฟบีไอ (FBI) ได้ใช้งบประมาณจำนวนมากในการซื้อเครื่องมือหรือซอฟต์แวร์ (Software) เพื่อป้องกันและค้นหาการโจมตีหรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ที่มาจากต่างประเทศ⁶⁰ แต่อย่างไรก็ตาม หลายประเทศยังคงประสบปัญหาในการขาดแคลนทรัพยากรบุคคล งบประมาณ ผู้เชี่ยวชาญที่มีทักษะความรู้ และเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่สามารถสืบสวนและสอบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือแฮ็กเกอร์⁶¹ เมื่อเป็นเช่นนี้ หากประเทศผู้รับคำร้องขอไม่มีศักยภาพหรือความสามารถที่เพียงพอในการให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือ ก็ย่อมมีความเป็นไปได้ที่ประเทศผู้รับคำร้องขอไม่อาจดำเนินการตามที่ประเทศผู้ร้องขอต้องการได้

(3) การขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน คือ การส่งมอบตัวบุคคลผู้กระทำความผิดจากประเทศผู้รับคำขอไปยังประเทศผู้ร้องขอเพื่อถูกดำเนินคดีอาญาหรือรับโทษทางอาญา⁶² แม้ผู้กระทำความผิดได้

⁵⁹ Jason Sachowski, *Implementing Digital Forensic Readiness: From Reactive to Proactive Process*, Second Edition (New York: CRC Press, 2019), p. 63.

⁶⁰ Christopher Wray, *The FBI and the Private Sector: Battling the Cyber Threat Together* [Online], 15 December 2021. Source: <https://www.fbi.gov/news/speeches/the-fbi-and-the-private-sector-battling-the-cyber-threat-together-012821>

⁶¹ Raja Jabir and Omar Alfandi, *Cloud Digital Forensics Evaluation and Crimes Detection in Emerging Technologies for Developing Countries: First International EAI Conference, AFRICATEK 2017 Marrakech, Morocco, March 27-28, 2017 Proceedings*, Edited by Fatna Belqasmi and Others, First Edition (Cham: Springer, 2017), p. 179.

⁶² Legal Information Institute (LII), *Extradition* [Online], 15 December 2021. Source: <https://www.law.cornell.edu/wex/extradition#:~:text=Extradition%20is%20the%20removal%20of,from%20one%20jurisdiction%20to%20another>

หลบหนีไปยังประเทศอื่นหรือพำนักอยู่ในประเทศของตนเองก็ตาม โดยทั่วไปการส่งผู้ร้ายข้ามแดน มักกระทำขึ้นบนพื้นฐานของสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือหากไม่มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนสามารถกระทำขึ้นได้โดยอาศัย หลักถ้อยทีถ้อยอาศัย ในปัจจุบันนี้ อาชญากรรมทางเทคโนโลยีระหว่างประเทศได้เพิ่มมากขึ้น ตามการเปลี่ยนแปลงของโลกและวิวัฒนาการทางเทคโนโลยี⁶³ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจึงถือเป็น เครื่องมือสำคัญในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยีระหว่างประเทศ อีกทั้งการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในคดีอื่นเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีมักปรากฏให้เห็นอยู่เสมอ ตัวอย่างเช่น Mr. Vladimir Dunaev แอ็กเกอร์ชาวรัสเซียถูกประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวหาว่า ได้ใช้ Trickbot Malware ในการโจมตีทางไซเบอร์ช่วงระหว่างปี ค.ศ. 2015 จนถึงปี ค.ศ. 2020 ต่อมา Mr. Vladimir Dunaev ได้ถูกจับกุมที่ประเทศเกาหลีใต้ และถูกส่งตัวในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน มายังประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อถูกดำเนินคดีต่อไป⁶⁴

หลักเกณฑ์การส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยนั้น ในเบื้องต้นจำเป็นต้องพิจารณาว่า ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้กับประเทศอื่นหรือไม่ หากประเทศไทยได้ทำ สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้กับประเทศคู่สัญญา ก็จะต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติ ที่อนุวัติการตามสนธิสัญญากับประเทศนั้น โดยความผิดที่สามารถดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ได้นั้นจะต้องเป็นความผิดตามกฎหมายของทั้งสองประเทศ (Double Criminality) ในกรณีนี้ ประเทศไทยไม่ได้ทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้ การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจำเป็นต้องเป็นไปตาม หลักต่างตอบแทนหรือถ้อยทีถ้อยอาศัย นอกจากนี้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนของประเทศไทยต้อง เป็นไปตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 โดยความผิดที่จะส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ต้องเป็นความผิดอาญาซึ่งกฎหมายของประเทศผู้ร้องขอและกฎหมายไทยกำหนดให้เป็น ความผิดอาญาซึ่งมีโทษประหารชีวิตหรือมีโทษจำคุกหรือโทษจำกัดเสรีภาพในรูปแบบอื่น ตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป สำหรับวิธีการร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศผู้รับคำร้องขอมายัง

⁶³ Harshit Yadav and Others, *Various Types of Cybercrime and Its Affected Area in Emerging Technologies in Data Mining and Information and Security*, Edited by Joao Manuel R.S. Tavares and Others, First Edition (Cham: Springer, 2021), p. 306.

⁶⁴ Sean Lyngaas, *Russian Accused of Being Part of Cybercrime Ring Extradited from South Korea to Ohio* [Online], 16 December 2021. Sources: <https://edition.cnn.com/2021/10/28/politics/russian-extradited-south-korea-ohio/index.html>

ประเทศไทย ให้พนักงานอัยการหรือหน่วยงานที่ประสงค์จะให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเสนอเรื่องต่อผู้ประสานงานกลาง ในกรณีที่ผู้ประสานงานกลางมีคำวินิจฉัยว่าสมควรที่จะจัดทำคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากประเทศผู้รับคำร้องขอ ให้ผู้ประสานงานกลางส่งเรื่องให้พนักงานอัยการจัดทำคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนและเอกสารประกอบต่อไป และหากประเทศไทยมีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศผู้รับคำร้องขอ ให้ผู้ประสานงานกลางดำเนินการตามสนธิสัญญา หากประเทศไทยไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศผู้รับคำร้องขอ ให้ผู้ประสานงานกลางดำเนินการโดยผ่านวิธีการทางทูต

สำหรับความผิดอันเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์นั้น หากพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องการตัวผู้กระทำความผิดหรือแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศมาดำเนินคดีหรือรับโทษตามกฎหมายไทย พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ซึ่งในเบื้องต้น ความผิดที่จะส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่นักได้นั้นต้องเป็นความผิดของทั้งสองประเทศคือประเทศผู้ร้องขอและประเทศผู้รับคำขอ และโทษขั้นต่ำของฐานความผิดต้องไม่น้อยกว่า 1 ปี เมื่อเป็นเช่นนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่จำเป็นต้องพิจารณาโทษตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดไว้ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดโทษจำคุกที่เกิน 1 ปีไว้ในมาตรา 7, 8, 9, 10, 12, และ 12/1 ผู้กระทำความผิดตามมาตราดังกล่าวจึงสามารถถูกส่งตัวกลับมายังประเทศไทยในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้ แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ได้กำหนดอัตราโทษจำคุกที่ไม่ถึง 1 ปีไว้ในมาตรา 5 และ 6 โดยมาตรา 5 กำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 6 เดือน ในขณะที่มาตรา 6 กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี ดังนั้นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 5 และ 6 จึงไม่อาจถูกส่งตัวกลับมายังประเทศไทยในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้ เว้นแต่การกระทำความผิดตามมาตรา 5 และ 6 เกี่ยวพันกับความผิดที่ให้มีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามคำร้องขอแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม พนักงานเจ้าหน้าที่อาจเผชิญปัญหาหรืออุปสรรคในการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนหรือแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ โดยปัญหาหรืออุปสรรคดังกล่าวอาจแบ่งออกเป็นดังต่อไปนี้

(ก) ปัญหาหรืออุปสรรคในประเทศไทย

พนักงานเจ้าหน้าที่ยังคงขาดความรู้ความเข้าใจในขั้นตอนหรือแนวทางปฏิบัติในการเสนอคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁶⁵ โดยพนักงานเจ้าหน้าที่มักไม่ทราบว่าต้องใช้เอกสารใดบ้างในการดำเนินการหรือประกอบคำร้องขอ⁶⁶ นอกจากนี้ ในการดำเนินการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน การจัดทำคำร้องและนำเสนอเอกสารหรือพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการเป็นภาษาอังกฤษทั้งหมด ตัวอย่างเช่น รายงานการสอบสวน หนังสือคำสั่งฟ้องผู้ต้องหา หมายจับของศาล หรือคำพิพากษาของศาล ต้องทำการแปลเป็นภาษาอังกฤษทั้งหมดเพื่อให้ประเทศผู้รับคำร้องขอได้พิจารณา แต่การดำเนินการแปลเป็นภาษาอังกฤษถือเป็นปัญหาและอุปสรรคของพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นอย่างมาก อีกทั้งภาษาอังกฤษที่ใช้ควรต้องเป็นภาษาที่เป็นทางการ พนักงานเจ้าหน้าที่จึงได้แก้ปัญหาด้วยการว่าจ้างแปลเอกสารเป็นภาษาอังกฤษ ซึ่งก็มีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก เมื่อเป็นเช่นนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่จึงมักไม่ต้องการดำเนินการขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดน⁶⁷

(ข) ปัญหาหรืออุปสรรคในต่างประเทศ

แม้ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนกับประเทศอื่น ๆ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 แล้วก็ตาม แต่ประเทศผู้รับคำร้องขออาจปฏิเสธการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนมายังประเทศไทย หากการกระทำความผิดเป็นคดีการเมือง หรือผู้กระทำความผิดอาจต้องรับโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือถูกลงโทษด้วยความทารุณโหดร้าย⁶⁸ สำหรับคดีอันเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือการแฮ็กนั้น ประเทศผู้รับคำร้องขออาจปฏิเสธการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนหรือแฮ็กเกอร์มายังประเทศไทยด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

⁶⁵ เกชา สุขรมย์, การส่งผู้ร้ายข้ามแดน: วิธีเอาตัวผู้กระทำความผิดที่หลบหนีในต่างประเทศกลับมาเพื่อดำเนินคดีหรือลงโทษ [ออนไลน์], 16 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://www.fad.go.th/th/articles/108431>

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน

⁶⁸ Joanna Harrington, *Extradition of Transnational Criminals* in *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, Edited by Neil Boister and Robert J. Currie, First Edition (New York: Routledge, 2015), p. 162.

(ข.1) พยานหลักฐานไม่มีน้ำหนักเพียงพอ

ประเทศผู้รับคำร้องขออาจปฏิเสธการส่งตัวผู้กระทำความผิดหรือแก็กเกอร์มายังประเทศไทยได้ ทั้งนี้เนื่องจากการพิจารณาพยานหลักฐานนั้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของประเทศผู้รับคำร้องขอ หากประเทศผู้รับคำร้องขอได้พิจารณาและพบว่า พยานหลักฐานไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะพิสูจน์ว่าแก็กเกอร์ได้กระทำความผิดในประเทศไทย⁶⁹ หรือไม่มีความเกี่ยวข้องหรือเชื่อมโยงกับการกระทำความผิด หรือการเก็บรวบรวมและพิสูจน์ตรวจสอบพยานหลักฐานดิจิทัลไม่ได้กระทำบนพื้นฐานของ Digital Forensics ทำให้พยานหลักฐานดิจิทัลนั้นไม่ถูกต้องและไม่น่าเชื่อถือ ประเทศผู้รับคำร้องขออาจปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำร้องขอนั้น ดังนั้นหากพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่สามารถรวบรวมหรือนำเสนอพยานหลักฐานดิจิทัลที่มีความถูกต้องและมีความน่าเชื่อถือได้ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็ไม่อาจขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนหรือแก็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศกลับมายังประเทศไทยได้

(ข.2) การไม่ส่งคนเชื้อชาติของตนเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

ประเทศผู้รับคำร้องขออาจไม่ดำเนินการส่งตัวผู้กระทำความผิดหรือแก็กเกอร์ที่เป็นคนในเชื้อชาติของตนให้ไปถูกดำเนินคดีหรือรับโทษในประเทศไทย⁷⁰ หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของบางประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ตัวอย่างเช่น มาตรา 61 ของกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งประเทศรัสเซียได้กำหนดว่า “การส่งประชาชนชาวรัสเซียเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังประเทศอื่นเป็นสิ่งต้องห้าม”⁷¹ มาตรา 16 ของประมวลกฎหมายอาญาแห่งประเทศรัสเซียยังได้กำหนดว่า “ประชาชนชาวรัสเซียซึ่งได้กระทำความผิดอาญาในดินแดนประเทศอื่น ไม่ต้องถูกส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนไปยังประเทศนั้น” ดังนั้น พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องพิจารณากฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายฉบับอื่น ๆ ของประเทศผู้รับคำร้องขอ ว่ามีบทบัญญัติใดที่ห้ามมิให้ส่งประชาชนประเทศของตนไปยังประเทศอื่นในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน หากปรากฏว่าประเทศผู้รับคำร้องขอมีกฎหมายที่ห้ามส่งบุคคลในประเทศตนไปถูกดำเนินคดี

⁶⁹ Michael Abbell, *Extradition to and from the United States 2010*, First Edition (Boston: Martinus Nijhoff, 2010), p. 254.

⁷⁰ Carlson Anyangwe, *Criminal Law: The General Part*, First Edition (Bamenda: Langaa RPCIG, 2015), p. 166.

⁷¹ Susan W. Brenner, *Cyberthreats and the Decline of the Nation-State*, First Edition (New York: Routledge, 2014), p. 68.

หรือรับโทษในประเทศอื่น ย่อมมีความเป็นไปได้ว่าประเทศผู้รับคำร้องจะไม่ส่งผู้กระทำความผิดหรือแฮ็กเกอร์ในประเทศตนมายังประเทศไทย

(ข.3) การกระทำความผิดที่ไม่อาจถูกส่งตัวในฐานะผู้ร้ายข้ามแดน

หากการกระทำความผิดที่จะถูกส่งตัวในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนมิใช่ความผิดของทั้งสองประเทศ แต่เป็นความผิดเพียงประเทศใดประเทศหนึ่งแต่เพียงประเทศเดียว หรือหากการกระทำความผิดที่จะถูกส่งตัวในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนมิใช่ความผิดในประเทศผู้รับคำร้องขอ กรณีดังกล่าวนี้ประเทศผู้รับคำร้องขออาจปฏิเสธการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่ประเทศผู้ร้องขอ เพราะถือว่าไม่ครบเงื่อนไขหรือองค์ประกอบการส่งผู้ร้ายข้ามแดน สำหรับคดีอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์นั้น การกระทำความผิดมักเกี่ยวข้องกับหรือเชื่อมโยงหลายประเทศ เนื่องจากอินเทอร์เน็ตเชื่อมโยงทั่วทุกมุมโลก หากประเทศผู้รับคำร้องขอไม่มีกฎหมายอันเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี ประเทศผู้รับคำร้องขออาจปฏิเสธการส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่ประเทศผู้ร้องขอ

เมื่อการกระทำความผิดที่จะถูกส่งตัวในฐานะผู้ร้ายข้ามแดนได้ ต้องเป็นความผิดของทั้งสองประเทศ ผู้กระทำความผิดจึงอาจถูกดำเนินคดีและรับโทษตามกฎหมายในประเทศผู้รับคำร้องขอ และหลังจากนั้น ผู้กระทำความผิดไม่ต้องได้รับโทษในฐานความผิดเดียวกันนั้นอีกแต่อย่างใด ตามหลักการไม่ลงโทษซ้ำในความผิดเดียวกัน (Double Jeopardy)⁷² เมื่อผู้กระทำความผิดไม่ต้องได้รับโทษซ้ำ ประเทศผู้รับคำร้องขอจึงไม่จำเป็นต้องส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนให้แก่ประเทศผู้ร้องขออีก สำหรับคดีอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์นั้น มักเป็นการกระทำความผิดสองรัฐที่อาจเกี่ยวข้องกับประเทศผู้ร้องขอและประเทศผู้รับคำร้องขอ หากประเทศผู้รับคำร้องขอได้ดำเนินคดีหรือลงโทษผู้กระทำความผิดหรือแฮ็กเกอร์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ประเทศผู้รับคำร้องอาจปฏิเสธการส่งตัวผู้กระทำความผิดหรือแฮ็กเกอร์ไปยังประเทศผู้ร้องขอ

⁷² Ilias Bantekas and Susan Nash, *International Criminal Law*, Third Edition (New York: Routledge, 2009), p. 295.

9. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กฎหมายจะมีประสิทธิภาพหรือประสบความสำเร็จหรือไม่นั้น มิได้อาศัยเพียง บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดเพียงเท่านั้น แต่จำเป็นต้องอาศัย กระบวนการดำเนินคดีหรือการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษด้วยเช่นกัน ทั้งนี้เพราะ กระบวนการยุติธรรมต้องอาศัยเนื้อหาในบทบัญญัติกฎหมายดำเนินการควบคู่กับกระบวนการ ดำเนินคดีหรือการบังคับใช้กฎหมาย สำหรับปัญหาในการนำตัวแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ มารับโทษตามกฎหมายไทยนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 มิได้ถือเป็นอุปสรรคแต่อย่างใด และยังถือว่าเป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการ ลงโทษผู้กระทำความผิด แต่ปัญหาหรืออุปสรรคเกิดขึ้นจากข้อจำกัดในด้านความสามารถของ พนักงานเจ้าหน้าที่ และกระบวนการดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศตามพระราชบัญญัติ ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติส่งผู้ร้ายข้ามแดน พ.ศ. 2551 ปัญหาหรืออุปสรรคดังกล่าวนี้จำเป็นต้องได้รับการแก้ไข เพราะอาจส่งผลให้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กลายเป็นกฎหมาย ที่ไม่มีประสิทธิภาพ และส่งผลกระทบต่อกระบวนการยุติธรรมในประเทศ โดยปัญหาดังกล่าว ควรได้รับการแก้ไขดังต่อไปนี้

(1) การพัฒนาศักยภาพและความสามารถของพนักงานเจ้าหน้าที่ในประเทศไทย

การพัฒนาศักยภาพและความสามารถของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการสืบสวนและ สอบสวนถือเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายอีกประการหนึ่ง และถือเป็น หน้าที่ของรัฐบาลที่ต้องดำเนินการ โดยรัฐบาลควรพัฒนาศักยภาพและความสามารถของ พนักงานเจ้าหน้าที่ในการติดตาม ค้นหา หรือสืบสวนแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ เพราะแฮ็กเกอร์ เหล่านี้มีความเชี่ยวชาญและความสามารถสูงในการลงมือกระทำความผิด รัฐบาลควรอบรม หรือพัฒนาความรู้ด้าน Digital Forensics แก่พนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้การสืบสวน สอบสวน รวบรวม และพิจารณาพยานหลักฐานดิจิทัลเป็นไปตามมาตรฐานสากล รัฐบาลควรจัดหาเครื่องมือ หรือเทคโนโลยีที่ทันสมัยในการติดตามค้นหาแฮ็กเกอร์ด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ รัฐบาลต้องหา บุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในด้านคอมพิวเตอร์มาร่วมงานให้มากขึ้น ในบางกรณี รัฐบาล จำต้องอาศัยบุคลากรภายนอก (Outsource) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญมาช่วยพนักงาน เจ้าหน้าที่ในการสืบสวน สอบสวน หรือรวบรวมพยานหลักฐาน การดำเนินดังกล่าวนี้รัฐบาล อาจต้องใช้งบประมาณจำนวนมาก แต่หากรัฐบาลไม่ดำเนินการใด ๆ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็ไม่สามารถ

สืบสวน สอบสวน หรือรวบรวมพยานหลักฐานกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(2) ความร่วมมือระหว่างประเทศ

เนื่องจากอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือการเจาะเข้าระบบคอมพิวเตอร์ในปัจจุบันได้กลายเป็นอาชญากรรมข้ามชาติ ความร่วมมือระหว่างประเทศได้ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการแก้ปัญหาดังกล่าว รัฐบาลไทยจึงควรอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศในการพัฒนาความสามารถและเพิ่มประสิทธิภาพในการสืบสวน สอบสวน หรือดำเนินคดีกับแฮ็กเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศ ในหลายปีที่ผ่านมา หลาย ๆ ประเทศได้ตกลงกันทำความร่วมมือระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี โดยความร่วมมือดังกล่าวนี้มีใช้ความร่วมมือระหว่างประเทศทั่วไป แต่ควรเป็นความร่วมมือสำหรับการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยีโดยเฉพาะ ซึ่งมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกันและการให้ความช่วยเหลือในการรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่จะต้องกระทำด้วยความรวดเร็ว

ความร่วมมือระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยีอาจอยู่ในรูปแบบของ (1) ความร่วมมือกันระหว่างสองประเทศ (Bilateral Cooperation) ตัวอย่างเช่น ประเทศนิวซีแลนด์และประเทศอินเดียได้ทำการเจรจาในการให้ความร่วมมือทางไซเบอร์ (Bilateral Cyber Dialogue)⁷³ ความร่วมมือดังกล่าวนี้ช่วยให้การป้องกันอาชญากรรมทางเทคโนโลยีของทั้งสองประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ หรือ (2) ความร่วมมือกันระหว่างหลายประเทศ (Multilateral Cooperation) โดยประเทศไทยอาจเข้าร่วมในสนธิสัญญาระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี ตัวอย่างเช่น Budapest Convention เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศฉบับแรกที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี⁷⁴ วัตถุประสงค์ของ Budapest Convention คือ (1) พัฒนากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

⁷³ Apoorva Kaul, *India and New Zealand Agree To Deepen Cooperation in Virtual Bilateral Cyber Dialogue* [Online], 16 December 2021. Source: <https://www.republicworld.com/world-news/rest-of-the-world-news/india-and-new-zealand-agree-to-deepen-cooperation-in-virtual-bilateral-cyber-dialogue.html>

⁷⁴ Council of Europe, *Budapest Convention* [Online], 16 December 2021. Source: <https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights/convention-on-cybercrime#/>

โดยให้ถือว่าการเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ถือเป็นการกระทำความผิดในคดีอาญา (2) ปรับปรุงวิธีการสืบสวนอาชญากรรมทางเทคโนโลยีและวิธีการเก็บรักษาพยานหลักฐานดิจิทัล และ (3) เพิ่มประสิทธิภาพความร่วมมือระหว่างประเทศ⁷⁵ ซึ่งหากประเทศไทยเข้าร่วมเป็นสมาชิก Budapest Convention ประเทศไทยอาจได้รับประโยชน์ในการพัฒนาพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ให้มีความทันสมัยและมีมาตรฐานมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังช่วยให้การสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลเป็นไปมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ประเทศไทยอาจต้องทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนและสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญาเพิ่มขึ้น โดยในปัจจุบันนี้ประเทศไทยทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนไว้กับ 14 ประเทศ⁷⁶ ซึ่งนับว่าน้อยมาก หากต้องการที่จะดำเนินคดีกับแฮกเกอร์ที่อยู่ในประเทศต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุม ประเทศไทยอาจต้องพิจารณาทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพิ่มและสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีดังกล่าวนี้อาจเป็นคดีอันเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีหรือความผิดอันเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนควรถือเป็นเครื่องมือที่สำคัญ เพราะสนธิสัญญาเป็นข้อตกลงอย่างเป็นทางการที่มีผลผูกพันประเทศคู่สัญญา ส่งผลให้ประเทศคู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้น หากประเทศไทยไม่ทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนเพิ่ม การดำเนินคดีกับแฮกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศจะกลายเป็นเรื่องยาก เพราะประเทศผู้รับคำร้องขอไม่มีหน้าที่ที่จะต้องส่งผู้กระทำความผิดให้กับประเทศไทย และประเทศผู้รับคำร้องขอมักไม่ส่งบุคคลของประเทศตนให้ไปรับโทษในประเทศอื่น นอกจากนี้ประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญากับประเทศต่าง ๆ รวมทั้งสิ้น 14 ประเทศ⁷⁷ และเป็นภาคีสนธิสัญญาว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญาของอาเซียน ประเทศไทยจึงควรทำสนธิสัญญา

⁷⁵ Council of Europe, **Convention on Cybercrime** [Online], 21 December 2021. Source: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>

⁷⁶ ประเทศที่เป็นคู่สัญญา ได้แก่ อังกฤษ แคนาดา ออสเตรเลีย มาเลเซีย ฟิจิ เบลเยียม อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ สหรัฐอเมริกา จีน เกาหลีใต้ ลาว บังกลาเทศ และกัมพูชา

⁷⁷ กระทรวงการต่างประเทศ, **การแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารสนธิสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับยูเครนว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายในเรื่องทางอาญา** [ออนไลน์], 2 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา: <https://www.mfa.go.th/th/content/5d5bd27c15e39c3060029b77>

ว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันในเรื่องทางอาญาเพิ่มขึ้นเพื่อให้การสืบสวน สอบสวน และรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

(3) การลดขั้นตอนหรือกระบวนการทางกฎหมาย

การเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลหรือข้อมูลต่าง ๆ ต้องดำเนินการด้วยความรวดเร็ว เพื่อไม่ให้ข้อมูลเหล่านั้นสูญหาย ถูกทำลาย หรือถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข การลดขั้นตอนหรือกระบวนการทางกฎหมายจึงเป็นวิธีช่วยให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลได้รวดเร็วมากยิ่งขึ้น และส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เมื่อการสืบสวน สอบสวน หรือรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลเพื่อดำเนินคดีกับแฮกเกอร์ที่อยู่ในต่างประเทศจำเป็นต้องดำเนินการผ่านพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 โอกาสที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษย่อมมีไม่มาก เพราะกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดขั้นตอนและกระบวนการซึ่งอาจก่อให้เกิดความล่าช้า เช่น พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องเสนอเรื่องต่อผู้ประสานงานกลาง โดยผู้ประสานงานกลางเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรจะขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศหรือไม่ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้อาจก่อให้เกิดความล่าช้าในการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัล ดังนั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 จึงควรได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการสืบสวนหรือเก็บรวบรวมพยานหลักฐานดิจิทัลที่อยู่ในต่างประเทศโดยตรงได้ในทันที และพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 อีกต่อไป การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ดังกล่าวนี้นี้ มิใช่เป็นการแก้ไขข้อบกพร่องของพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 แต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดให้มากยิ่งขึ้น เพราะการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการลดขั้นตอนหรือกระบวนการทางกฎหมายที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนตามพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 และเพิ่มอำนาจให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 สามารถดำเนินการขอความร่วมมือระหว่างประเทศได้โดยตรง ที่สำคัญกฎหมายทั้งสองนี้เป็นกฎหมายต่างฉบับกัน พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ยังคงทำหน้าที่ป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อยู่

เช่นเดิม และมีพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการสืบสวนและสอบสวนเพื่อใช้เป็นหลักฐาน
เกี่ยวกับการกระทำความผิดและหาตัวผู้กระทำความผิด

บรรณานุกรม

- กระทรวงการต่างประเทศ, การแลกเปลี่ยนสัตยาบันสารสนธิสัญญาระหว่างราชอาณาจักรไทยกับยูเครนว่าด้วยความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางกฎหมายในเรื่องทางอาญา, [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.mfa.go.th/th/content/5d5bd27c15e39c3060029b77>

- เกชา สุขรมย์, การส่งผู้ร้ายข้ามแดน: วิธีเอาตัวผู้กระทำผิดที่หลบหนีในต่างประเทศกลับมาเพื่อดำเนินคดีหรือลงโทษ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.fad.go.th/th/articles/108431>

- ชาวไทยพีบีเอส, ดีอีเอส ล่าแฮ็กเกอร์ขโมยข้อมูล รพ. เพชรบูรณ์ - ปูดกองทัพโดนด้วย [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://news.thaipbs.or.th/content/307715>

- จิตชนก อินทามา และวงศ์ยศ เกิดศรี, การศึกษาแนวทางการตรวจพิสูจน์หลักฐานทางดิจิทัลในงานนิติวิทยาศาสตร์, วารสารวิชาการอาชญวิทยาและนิติวิทยาศาสตร์ โรงเรียนนายร้อยตำรวจ, ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2564).

- ไทยรัฐ ออนไลน์, รพ. เพชรบูรณ์แจงหลังถูกแฮ็ก ยันข้อมูลที่หลุดไม่กระทบต่อการรักษาคนไข้ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/society/2187423>

- ผู้จัดการออนไลน์, แฉ! กลโกงดูดเงินผ่าน “บัตรตัด” บัตรอยู่ในกระเป๋าอีก ข้อมูลได้ [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/specialscoop/detail/9640000103836>

- พงศ์กุลธร โรจนวิรุฬห์ วีรพล กุลบุตร และชวันส์ถ์ เจนการ, ปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาในกลุ่มประเทศอาเซียน, วารสารกระบวนการยุติธรรม, ปีที่ 11 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2561).

- Alaa Hussein Al-Hamami and Ghossoon M. Waleed Al-Saadoon, *Handbook of Research on Threat Detection and Countermeasures in Network Security*, First Edition (Hershey: Information Science Reference, 2014).

- Alison Bisset, *Truth Commissions and Criminal Courts*, First Edition (New York: Cambridge University Press, 2012).

- Andreas Mitrakas and Damian Zaitch, **Law, Cyber Crime and Digital Forensics: Trailing Digital Suspects in Digital Crime and Forensic Science in Cyberspace**, Edited by Panagiotis Kanellis and Others, First Edition (London: IDEA Group Publishing, 2006).

- Apoorva Kaul, **India and New Zealand Agree To Deepen Cooperation in Virtual Bilateral Cyber Dialogue** [Online], Source: <https://www.republicworld.com/world-news/rest-of-the-world-news/india-and-new-zealand-agree-to-deepen-cooperation-in-virtual-bilateral-cyber-dialogue.html>

- Balsing Rajput, **Cyber Economic Crime in India: An Integrated Model for Prevention and Investigation**, First Edition (Cham: Springer, 2021).

- Carlson Anyangwe, **Criminal Law: The General Part**, First Edition (Bamenda: Langaa RPCIG, 2015).

- Catherine D. Marcum, **Cyber Crime**, Second Edition (New York: Wolters Kluwer, 2019).

- Christina Voigt, **Up in the Air: Aviation, the EU Missions Trading Scheme and the Question of Jurisdiction** in **Cambridge Yearbook of European Legal Studies**, Edited by Catherine Barnard, Markus Gehring, and Iyiola Solanke, First Edition (Oregon: Hart Publishing, 2012).

- Christopher Wray, **The FBI and the Private Sector: Battling the Cyber Threat Together** [Online], Source: <https://www.fbi.gov/news/speeches/the-fbi-and-the-private-sector-battling-the-cyber-threat-together-012821>

- Council of Europe, **Budapest Convention** [Online], Source: <https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights/convention-on-cybercrime#/>

- Council of Europe, **Convention on Cybercrime** [Online], Source: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>

- Danielle Ireland-Piper, **Extraterritoriality in East Asia: Extraterritorial Criminal Jurisdiction in China, Japan, and South Korea**, First Edition (Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2021).

- David J. Engebretson, **Technician's Guide to Physical Security Networking: Enterprise Solutions**, First Edition (Indiana: Author House, 2008).

- Don Kerr, John Gammack, and Richard Boddington, **Overview of Digital Business Security Issues in Digital Business Security Development: Management Technologies**, Edited by Don Kerr, John G. Gammack, and Kay Bryant, First Edition (New York: Business Science Reference, 2010).

- Harshit Yadav and Others, **Various Types of Cybercrime and Its Affected Area in Emerging Technologies in Data Mining and Information and Security**, Edited by Joao Manuel R.S. Tavares and Others, First Edition (Cham: Springer, 2021).

- Hiromi Sato, **Multilayered Structures of International Criminal Law**, First Edition (Cham: Springer, 2021).

- IBM, **What is A Cyber Attack?** [Online], Source: <https://www.ibm.com/topics/cyber-attack>

- Ilias Bantekas and Susan Nash, **International Criminal Law**, Third Edition (New York: Routledge, 2009).

- James E. Girard, **Criminalistics**, Fifth Edition (Burlington: World Headquarters, 2021).

- Jason Sachowski, **Implementing Digital Forensic Readiness: From Reactive to Proactive Process**, Second Edition (New York: CRC Press, 2019).

- Joakim Kavrestad, **Fundamentals of Digital Forensics: Theory, Methods, and Real-Life Applications**, First Edition (Cham: Springer, 2020).

- Joanna Harrington, **Extradition of Transnational Criminals** in **Routledge Handbook of Transnational Criminal Law**, Edited by Neil Boister and Robert J. Currie, First Edition (New York: Routledge, 2015).

- John E. Hess, **Interrogation for Law Enforcement**, Second Edition (New Jersey: Matthew Bender & Company, Inc., 2010).

- Joseph Migga Kizza, **Computer Network Security and Cyber Ethics**, Fourth Edition (North Carolina: McFarland & Company, 2014).
- Kamlesh K. Bajaj and Debjani Nag, **E-Commerce: The Cutting Edge of Business**, Second Edition (New Delhi: Tata McGraw-Hill Publishing Company Limited, 2005).
- Kevin Hile, **Cybercrime**, First Edition (Massachusetts: Cengage Learning, 2010).
- Klaus von Lampe, **Transnational Crime in International and Transnational Crime and Justice**, Edited by Mangai Natarajan, Second Edition (New York: Cambridge University Press, 2019).
- Larry Mays Jeremy Ball and Laura Fidelie, **Criminal Law: Core Concepts**, First Edition (New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2015).
- Legal Information Institute (LII), **Extradition** [Online], Source: <https://www.law.cornell.edu/wex/extradition#:~:text=Extradition%20is%20the%20remo,from%20one%20jurisdiction%20to%20another>
- Michael Abbell, **Extradition to and from the United States 2010**, First Edition (Boston: Martinus Nijhoff, 2010).
- Michael Eck, **The Internet: Inside and Out**, First Edition (New York: Rosen Publishing Group, 2002).
- Mikaila Mariel Lemonik, **Law and Justice around the World: A Comparative Approach**, First Edition (Oakland: University of California Press, 2020).
- Raja Jabir and Omar Alfandi, **Cloud Digital Forensics Evaluation and Crimes Detection in Emerging Technologies for Developing Countries: First International EAI Conference, AFRICATEK 2017 Marrakech, Morocco, March 27-28, 2017 Proceedings**, Edited by Fatna Belqasmi and Others, First Edition (Cham: Springer, 2017).

- Richard Boddington, **Practical Digital Forensics**, First Edition (Birmingham: Packt Publishing, 2016).

- Richard Lovely, **Cybercrime in International Crime and Justice**, Edited by Mangai Natarajan, First Edition (New York: Cambridge University Press, 2011).

- Ross M. Gardner and Donna R. Krouskup, **Practical Crime Scene Processing and Investigation**, Third Edition (London: CRC Press, 2018).

- Samuel C. McQuade, **Encyclopedia of Cybercrime**, First Edition (London: Greenwood Press, 2008).

- Sasa Mrdovic, **IoT Forensics in Security of Ubiquitous Computing Systems: Selected Topics**, Edited by Gildas Avoine and Julio Hernandez-Castro, First Edition (Cham: Springer, 2021).

- Sean Lyngaas, **Russian Accused of Being Part of Cybercrime Ring Extradited from South Korea to Ohio** [Online], Sources: <https://edition.cnn.com/2021/10/28/politics/russian-extradited-south-korea-ohio/index.html>

- Steve Bunting and Steve Anson, **Mastering Windows Network Forensics and Investigation**, First Edition (Indiana: Wiley Publishing Inc, 2007).

- Susan W. Brenner, **Cyberthreats and the Decline of the Nation-State**, First Edition (New York: Routledge, 2014).

- Thomas J. Holt, Adam M. Bossler, and Kathryn C. Seigfried-Spellar, **Cybercrime and Digital Forensics: Introduction**, First Edition (New York: Routledge, 2015).

- Tine Munk, **Policing Virtual Spaces: Public and Private Online Challenges in A Legal Perspective in Comparative Policing Form a Legal Perspective**, Edited by Monica den Boer, First Edition (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018).

- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), **Obstacles to Cybercrime Investigations** [Online], Source: <https://www.unodc.org/e4j/en/cybercrime/module-5/key-issues/obstacles-to-cybercrime-investigations.html>

- Ziska Fields, **Handbook of Research on Information and Cyber Security in the Fourth Industrial Revolution**, First Edition (Hershey: IGI Global, 2018).

แนวทางและมาตรการทางกฎหมายเพื่อการส่งเสริมและกำกับดูแล การเรียนรู้ตลอดชีวิตสำหรับประเทศไทย*

Guidelines and Legal Measures to Promote and
Supervise Lifelong Learning for Thailand

วลัยวรรณ มธุรสปรีชากุล** และเกวาลิน ต่อบัญญาชาญ***

อาจารย์และผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

Walaiwan Mathurotpreechakun and Keovalin Torpanyacharn

Lecturer and Assistant Professor, School of Law,

Sukhothai Thammathirat Open University

วันที่รับบทความ 18 เมษายน 2565; วันที่แก้ไขบทความ 9 มิถุนายน 2565; วันที่ตอบรับบทความ 14 มิถุนายน 2565

บทคัดย่อ

การศึกษาวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์ 5 ประการ ได้แก่ 1) เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแล และส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต 2) เพื่อศึกษาแนวทางระหว่างประเทศในการกำกับดูแล และส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต 3) เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแล และส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตของประเทศที่เลือกศึกษา ได้แก่

* บทความวิจัยฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยเรื่อง “การศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเพื่อการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิต” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม (สกสว.) ประจำปีงบประมาณ 2564

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; Master of Law (International Trade and Commerce Law) Macquarie University, Sydney, Australia; นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์; อีเมลติดต่อ walaiwan16169@gmail.com

*** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายเอกชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย; นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ keovalin.t@gmail.com

ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศฟินแลนด์ 4) เพื่อศึกษาข้อจำกัดของร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. 5) เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมของประเทศไทยในการกำกับดูแล และส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต การศึกษาวิจัยนี้ใช้วิธีการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพที่เป็นการวิจัยเอกสารทั้งในและต่างประเทศ ที่เกี่ยวกับการกำกับดูแล และส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต โดยมีประเทศที่เลือกศึกษา ได้แก่ ประเทศฟินแลนด์ สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศญี่ปุ่น รวมถึงศึกษาเปรียบเทียบข้อจำกัดของร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. นอกจากนี้ยังมีการสัมภาษณ์เชิงลึกจากกลุ่มตัวอย่าง 3 กลุ่มจำนวน 10 คน ได้แก่ 1) กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านการศึกษาและกฎหมาย 2) กลุ่มตัวแทนจากหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง 3) กลุ่มประชาชนทั่วไป

ผลการศึกษาวิจัยพบว่า 1) การเรียนรู้ตลอดชีวิตจำเป็นสำหรับบุคคล สังคม และรัฐ และการเรียนรู้ถือเป็นสิทธิมนุษยชน รัฐจึงมีหน้าที่รับรองและกำหนดกฎหมายในการสร้างระบบและโครงสร้างการเรียนรู้ตลอดชีวิตอันถือเป็นพันธกิจของรัฐโดยการมีส่วนร่วมของประชาชน ทั้งนี้ ควรมีการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นประกอบด้วย เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของบุคคลและท้องถิ่น และยังเป็นการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชนอีกทางหนึ่ง 2) องค์การศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติให้ความสำคัญกับการเรียนรู้ตลอดชีวิตและมีการกำหนดแนวทางให้เกิดการพัฒนาคุณภาพการศึกษา ซึ่งรวมถึงการเรียนรู้ตลอดชีวิตให้ครอบคลุม เท่าเทียม แก่ทุกคน 3) ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มุ่งเน้นการกระจายอำนาจซึ่งส่งผลให้เกิดการตอบสนองการเรียนรู้ของปัจเจกชนและท้องถิ่นได้อย่างดียิ่งขึ้น ในขณะที่เดียวกันการมีส่วนร่วมของเอกชนในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจและแสวงหาความต้องการของตลาดเพื่อเป็นการกำหนดแนวทางการพัฒนาการเรียนรู้ตลอดชีวิต สำหรับสาธารณรัฐเกาหลีมีหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบเฉพาะในการจัดการเรียนรู้ตลอดชีวิตโดยคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนและมีภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมผ่านทางการจัดตั้งสถานศึกษาตลอดชีวิตรวมถึงการมีระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษา ในส่วนของประเทศฟินแลนด์ รัฐเป็นผู้ดำเนินการหลักผ่านการจัดสรรงบประมาณโดยมีการมีส่วนร่วมในระดับย่อย เช่น โรงเรียน และมีการเผยแพร่ข้อมูลบริการด้านการศึกษาแก่ประชาชนอย่างสม่ำเสมอ 4) ร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ขาดมาตรการที่จำเป็นในการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิตของประชาชน 5) ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นต่าง ๆ ได้แก่ รูปแบบของการเรียนรู้ การใช้สารสนเทศสมัยใหม่ของแผ่นดินเพื่อส่งเสริม

การเรียนรู้ตลอดชีวิต การจัดตั้งตำแหน่งผู้ให้คำปรึกษาด้านการเรียนรู้ตลอดชีวิตประจำตำบล หลักเกณฑ์การมีส่วนร่วมของภาคีเครือข่ายในรูปแบบการมีส่วนร่วมเชิงรุก และมาตรการเชิงนโยบายอื่น ๆ เพื่อนำไปสู่มาตรการในการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิตที่เหมาะสมและเป็นรูปธรรม

คำสำคัญ: ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ., การเรียนรู้ตลอดชีวิต, การส่งเสริมและกำกับดูแล, องค์การศึกษามหาวิทยาลัยและวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ

Abstract

The objectives of this research were 1) study concepts and theories in terms of monitoring and supporting. 2) identify the international guidelines from the United Nations, Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) for promoting lifelong learning. 3) study legal measures which were supporting and regulatory law from Finland, Korea and Japan. 4) study the limitations of the drafting of the lifelong learning act in Thailand. 5) analyze and suggest the appropriate legal measures to support and regulatory Law in Thailand. This research was qualitative research which collected the data from documents search from Finland, Republic of Korea and Japan in order to compare with a limitation of a drafting of lifelong learning act in Thailand. Moreover, 10 key informants were divided into 3 groups, were conducted by in depth interview, namely the academic experts from both educational and law, a group of representatives from relevant government agencies and a group of public people.

The results showed that 1) Lifelong learning is essential for individuals, societies, and states. Lifelong learning is a type of human right; therefore, it is the duty of a state to appropriately certify and enact laws to create systems and structures of lifelong learning within the mission of participation. Moreover, there should be decentralized local governance in order to respond to basic human needs and increase a type of public participation. 2) UNESCO is playing

an important role in lifelong learning. Apparently, the guidelines are designed to be used in order to ensure equitable quality education and promote lifelong learning opportunities for all. 3) The Japanese approach to lifelong learning emphasizes decentralization to local governments. The meantime, the participation of private sectors drives career-based education to set the direction of lifelong learning. The Republic of Korea has direct authority through a state agency to set lifelong learning management under public participation. Furthermore, a Korean state agency also provides the qualification system, which provides practical opportunities to be included in the qualification system. In Finland, the state is the main operator by means of budgeting and engaging with sub-level entities such as schools. Additionally, Finland disseminates information on educational services to the public regularly. 4) The Draft of the Learning Promotion Act B.E. lacks the necessary measures to promote and supervise people's lifelong learning. 5) The researcher suggested that the Draft of the Learning Promotion Act B.E. should be revised in terms of learning patterns, the use of the public domain to promote lifelong learning, the establishment of lifelong learning counselors in the sub-district, the criteria for participation of proactive network partners, and other policy measures. These will lead to appropriate and concrete measures to promote and supervise lifelong learning.

Keywords: Draft of the Learning Promotion Act B.E., Lifelong Learning, Promotion and Supervise, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

1. บทนำ

ในโลกยุคปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงและพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว การเรียนรู้ตลอดชีวิตเป็นสิ่งที่สำคัญ เนื่องจากการเข้าสู่ตลาดแรงงานและการคงอยู่ในตลาดวัยแรงงานจำเป็นต้องเรียนรู้ และเพิ่มทักษะตลอดเวลา หากวัยแรงงานในประเทศไทยสามารถปรับตัว และเพิ่มทักษะตลอดช่วงอายุการทำงาน ย่อมเป็นการเพิ่มความมั่นคง และประสิทธิภาพในการทำงาน รวมถึงการเรียนรู้ตามความต้องการของปัจเจกแต่ละบุคคลเพื่อเพิ่มทักษะและเติมเต็มความเป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์ในด้านต่าง ๆ สหประชาชาติภายใต้การดำเนินงานขององค์การศึกษาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติได้มีการพัฒนาการวางแผนและบริหารจัดการระบบการศึกษาเพื่อช่วยเหลือให้ประเทศต่าง ๆ มีคุณภาพในการจัดการการเรียนรู้ตลอดชีวิต¹ สำหรับประเทศไทยได้เห็นถึงความสำคัญของการพัฒนาการเรียนรู้ตลอดชีวิตส่งผลให้การเรียนรู้ตลอดชีวิตจึงเป็นหลักการสำคัญหนึ่งในแผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2561-2580² อย่างไรก็ตาม แม้ยุทธศาสตร์ชาติของประเทศไทยจะมุ่งเน้นและให้ความสำคัญกับการเรียนรู้ตลอดชีวิต แต่ปัจจุบันยังไม่ปรากฏมาตรฐานแนวทางหรือกรอบชัดเจนในการกำกับดูแล หรือการส่งเสริมที่สามารถนำไปปฏิบัติได้อย่างเป็นรูปธรรม

ทั้งนี้ แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะอยู่ในระหว่างการร่างพระราชบัญญัติการศึกษาตลอดชีวิต แต่ร่างฉบับดังกล่าวยังมีความไม่สอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎี แนวทางขององค์การศึกษาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติบางประการ โดยเฉพาะร่างพระราชบัญญัติบริหารงานในรูปแบบคณะกรรมการซึ่งส่วนใหญ่มาจากภาครัฐ จึงขาดการมีส่วนร่วมกับประชาชน และร่างพระราชบัญญัติมุ่งเน้นในด้านการกำหนดนโยบาย แต่ยังไม่มี ความชัดเจนในการกำกับคุณภาพ การปฏิบัติงาน รวมถึงการประสานงานกับผู้รับการเรียนรู้ ประกอบกับเมื่อศึกษาประเทศที่เลือกศึกษาพบมาตรการที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิตได้

¹ Carolyn Medel-Anonuevo, Toshio Ohsako and Werner Mauch, **Revisiting Lifelong Learning for the 21st Century**, (Hamburg: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2001), pp. 9-10.

² แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ (12) ประเด็น การพัฒนาการเรียนรู้ (พ.ศ. 2561-2580)

บทความฉบับนี้จึงเกิดขึ้นเพื่อนำเสนอถึงการศึกษาด้านแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการเรียนรู้ตลอดชีวิต เพื่อเป็นหลักการพื้นฐานในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายเพื่อการส่งเสริมและกำกับดูแลการสนับสนุนการเรียนรู้ตลอดชีวิต ศึกษาแนวทางการเรียนรู้ตลอดชีวิตขององค์การศึกษาวិทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ และมาตรการทางกฎหมายของประเทศที่เลือกศึกษา อันนำไปสู่ข้อเสนอแนะการจัดทำแนวทางของมาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิตอย่างรอบด้านทั้งในประเด็นขององค์กร ผู้รับผิดชอบ การกำหนดนโยบาย การกำกับคุณภาพ และการปฏิบัติการ รวมถึงการมีส่วนร่วมของผู้เรียนรู้ เพื่อประโยชน์ในการสร้างมาตรฐาน และทิศทางในการพัฒนาทุนมนุษย์ด้านการเรียนรู้ตลอดชีวิตสำหรับประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

2. วัตถุประสงค์

- 1) เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิต ได้แก่ แนวคิดการเรียนรู้ตลอดชีวิต แนวคิดสิทธิมนุษยชน ทฤษฎีการเรียนรู้ของผู้ใหญ่ แนวคิดการเรียนรู้ด้วยการนำตนเอง หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน หลักภารกิจของรัฐ และหลักการกระจายอำนาจ
- 2) เพื่อศึกษาแนวทางระหว่างประเทศในการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิต ได้แก่ องค์การศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ
- 3) เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิตของประเทศที่เลือกศึกษา ได้แก่ ประเทศฟินแลนด์ สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศญี่ปุ่น
- 4) เพื่อศึกษาข้อจำกัดของร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ.
- 5) เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมของประเทศไทยในการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิต

3. ระเบียบวิธีการวิจัย

การวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และเก็บรวบรวมข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึก (Indepth Interview) ผู้ทรงคุณวุฒิ

และบุคคลที่เกี่ยวข้อง จำนวน 3 กลุ่ม ได้แก่ 1) กลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านการศึกษาและกฎหมาย 2) กลุ่มตัวแทนจากหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง และ 3) กลุ่มประชาชนทั่วไป รวมจำนวน 10 คน

4. ผลการวิจัย

จากการวิจัยปรากฏผลการวิจัย ดังนี้

4.1 แนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิต

ตามแนวความคิดการเรียนรู้ตลอดชีวิตสนับสนุนให้เกิดการเรียนรู้ทุกช่วงวัยเพื่อพัฒนา ศักยภาพในด้านต่าง ๆ การเรียนรู้ตลอดชีวิตจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับบุคคล สังคม และ ประเทศ ซึ่งสิทธิในการเรียนรู้ถือเป็นสิทธิมนุษยชนตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในสิทธิในการศึกษาที่มีเป้าหมายเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนของโลก (Sustainable Development Goals: SDGs) ในการสร้างหลักประกันว่าทุกคนได้รับการศึกษาที่มีคุณภาพอย่างเสมอภาค และเท่าเทียม และสนับสนุนโอกาสในการเรียนรู้ตลอดชีวิต โดยไม่ปล่อยปละละเลยหรือทิ้งใครไว้ข้างหลัง (No One Left Behind) การสร้างระบบการเรียนรู้ตลอดชีวิตที่มีคุณภาพจึงเป็น หน้าที่ของรัฐในการรับรองสิทธิพลเมืองและส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตให้เกิดขึ้นตามหลัก ภารกิจของรัฐ ดังนั้น กฎหมายภายในจึงควรมีการรับรอง และพัฒนาโครงสร้างหรือระบบ เพื่อรับรองการเรียนรู้ตลอดชีวิตของพลเมืองดังกล่าวอย่างบูรณาการ รวมถึงการสร้างระบบ รูปแบบการเรียนรู้ตลอดชีวิตสามารถเกิดขึ้นได้โดยการเรียนรู้ด้วยตนเองตามแนวความคิดการเรียนรู้ ด้วยการนำตนเองที่สามารถนำไปใช้ได้ในชีวิตประจำวัน การพัฒนาทักษะหรืออาชีพของ ผู้เรียนรู้แล้วแต่เป้าประสงค์ของผู้เรียน ทั้งนี้ เมื่อการเรียนรู้เป็นสิทธิของพลเมือง การสร้าง การรับรอง โครงสร้าง หรือระบบเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตควรเกิดจากการมีส่วนร่วม ของประชาชน เช่น การมีส่วนร่วมคิดริเริ่มและตัดสินใจ การมีส่วนร่วมวางแผน การมีส่วนร่วม ดำเนินการ เป็นต้น นอกจากนี้ควรมีการกระจายอำนาจในการส่งเสริมการเรียนรู้สู่ท้องถิ่นและ โรงเรียนตามหลักการกระจายอำนาจในการบริการสาธารณะ เพื่อให้การเรียนรู้ตลอดชีวิต ตอบสนองต่อปัจเจกชน ตอบสนองต่อการพัฒนาท้องถิ่น และก่อให้เกิดการมีส่วนร่วมของ ประชาชนดียิ่งขึ้น

4.2 แนวทางระหว่างประเทศในการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิต

องค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ หรือยูเนสโกได้ พยายามขับเคลื่อนแนวความคิดการเรียนรู้ตลอดชีวิตผ่านเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable

Development Goals: SDGs) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อที่ 4 ของเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน ซึ่งจัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติจากการตกลงกันในระดับนานาชาติ และแนวโน้มการดำเนินงานของยูเนสโกที่เกี่ยวกับการเรียนรู้ตลอดชีวิต เป็นการกำหนดทิศทางการพัฒนาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2558-2573 ประกอบด้วยเป้าหมายหลัก 17 เป้าหมาย ซึ่งข้อ 4 ของ SDGs จะกล่าวถึงการเรียนรู้ตลอดชีวิต ซึ่งสร้างหลักประกันว่า “ทุกคนมีการศึกษาที่มีคุณภาพอย่างครอบคลุมและเท่าเทียม และสนับสนุนโอกาสในการเรียนรู้ตลอดชีวิต”³ แนวทางขององค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติดังกล่าวจึงมีความคาดหวังและให้พัฒนาแนวทางเพื่อให้ทุกคนมีการศึกษาที่มีคุณภาพอย่างครอบคลุมและเท่าเทียม และสนับสนุนโอกาสในการเรียนรู้ตลอดชีวิตที่หลากหลายยิ่งขึ้น

4.3 แนวทางและมาตรการทางกฎหมายการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิตของประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศฟินแลนด์

ผลการวิจัยปรากฏแนวทางและมาตรการทางกฎหมายการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิตของประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศฟินแลนด์ ดังนี้

1) ประเทศญี่ปุ่น

ในด้านการเรียนรู้ตลอดชีวิตของญี่ปุ่นมีการวางรากฐานการศึกษาแบบตะวันตกที่มุ่งเน้นการพัฒนาปัจเจกบุคคลมากกว่าการศึกษาที่มุ่งเน้นประโยชน์ของรัฐเป็นที่ตั้ง เมื่อศึกษาถึงหน่วยงานที่รับผิดชอบ พบว่า ประเทศญี่ปุ่นมีการจัดตั้งสำนักงานนโยบายการเรียนรู้ตลอดชีวิต ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่รับผิดชอบสำหรับการประสานงานด้านนโยบายการศึกษาเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต สำนักงานมีหน้าที่วางแผนและร่างนโยบาย ทำการค้นคว้าและวิเคราะห์การศึกษาทั้งในประเทศและต่างประเทศ นอกจากนี้สำนักงานแห่งนี้ยังมีความรับผิดชอบในการดูแลรักษาและพัฒนา University of the Air ซึ่งมหาวิทยาลัยนี้ได้ทำการจัดการเรียนการสอนทางไกลซึ่งในปัจจุบันเป็นที่รู้จักในฐานะมหาวิทยาลัยเปิด รวมทั้งพัฒนาโรงเรียนอาชีวศึกษา แสดงให้เห็นได้ว่า ประเทศญี่ปุ่นมีหน่วยงานที่รับผิดชอบในการดำเนินการจัดการเรียนรู้ตลอดชีวิตโดยเฉพาะ และหน่วยงานเดียวกันนี้ยังมีหน้าที่รับผิดชอบมหาวิทยาลัยเปิดเพื่อสนับสนุนการเรียนรู้ตลอดชีวิตอีกด้วย

³ สหประชาชาติประเทศไทย, การศึกษาที่มีคุณภาพ [ออนไลน์], 10 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://thailand.un.org/th/sdgs/4>

ในด้านของการกระจายอำนาจนั้นการศึกษาของประเทศญี่ปุ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเคารพ การส่งเสริมเสรีภาพ และความเป็นอิสระของปัจเจกชน และเพื่อการนี้การศึกษาจะต้องเป็นอิสระจากอิทธิพลทางการเมืองโดยภายใต้หลักการดังกล่าวจึงกำหนดให้การจัดการด้านการศึกษาอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานส่วนท้องถิ่น⁴ ดังนั้น การกระจายการเรียนรู้สู่จังหวัดและท้องถิ่นเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายการจัดการเรียนรู้ตลอดชีวิตของประเทศญี่ปุ่น

สำหรับการมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงาน จากการศึกษาพบว่า ประเทศญี่ปุ่นจะมีการจัดสรรโอกาสในการเรียนรู้ที่หลากหลายมากขึ้นเพื่อตอบสนองในการทำงานให้มีประสิทธิภาพที่สุด⁵ นอกจากนี้การให้ความสำคัญกับการรับรองผลทางการศึกษาที่มากเกินไปทำให้วัยรุ่นจำนวนมากปฏิเสธที่จะเข้าเรียนหรือพักการเรียน ภาครัฐจึงมีความพยายามทำให้วัยรุ่นเหล่านี้กลับมามีส่วนร่วมทางการศึกษาโดยจับคู่มหาวิทยาลัยกับผู้ประกอบธุรกิจในส่วนภูมิภาคเพื่อสร้างโอกาสในการเรียนรู้ตลอดชีวิต ประเทศญี่ปุ่นยังมีการจับคู่มหาวิทยาลัยกับผู้ประกอบธุรกิจในส่วนภูมิภาคของประเทศญี่ปุ่นที่มีความสนใจในการพัฒนาคุณภาพแรงงานให้เหมาะสมกับพื้นที่อันเป็นการเพิ่มแนวทางในการกระจายอำนาจและการมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงานไปด้วยในขณะเดียวกัน

ในมิติของหลักสูตรที่ตอบสนองความต้องการของแต่ละบุคคลประเทศญี่ปุ่นมุ่งเน้นการพัฒนาปัจเจกชนเป็นหลักประกอบกับประเทศญี่ปุ่นมีการกำหนดบทบาทของหน่วยงานท้องถิ่นให้มีการจัดการศึกษา ส่งเสริมให้ความรู้ในแหล่งต่าง ๆ เช่น ในทุกเทศบาลกำหนดให้มีการจัดตั้งศูนย์การเรียนรู้ (Kominkan) เพื่อส่งเสริมสิทธิการศึกษาให้กับคนท้องถิ่นนั้น รวมถึงกิจกรรมทางด้านสังคมศึกษาในทุกรูปแบบไม่เฉพาะแต่การศึกษาที่เป็นที่ต้องการของคนส่วนใหญ่เท่านั้น

⁴ Japanese Civil Society Organizations (CSOs), **Social Education/Adult Education in Japan: Policies, Practices and Movements During the Last 12 Years**, May 2009 [Online], 12 December 2021. Source: <http://prof.mt.tama.hosei.ac.jp/~yarai/JDGMCON6/CSOs REPFinalen.pdf>

⁵ Yutaka Shiraishi, **Alternative Approaches to Financing Lifelong Learning**, (Country Report Japan Department of Education Kyoto University, n.d.), p. 2.

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบประเทศญี่ปุ่นในมาตรการสนับสนุนทางการเงินจากภาครัฐ และการสร้างแรงจูงใจให้กับภาคเอกชนนั้น พบว่า มีการสนับสนุนทางการเงินเพื่อพัฒนาการเรียนรู้ตลอดชีวิตโดยการอุดหนุนงบประมาณสำหรับมหาวิทยาลัยเปิดอันเป็นการตอบสนองต่อความต้องการศึกษาของประชาชนโดยปราศจากอุปสรรคด้านการเงิน ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่า ประเทศญี่ปุ่นมีแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงจากการศึกษาซึ่งจัดสรรงบประมาณโดยรัฐไปเป็นการลงทุนโดยภาคเอกชน มหาวิทยาลัยชุมชนและองค์กรไม่แสวงหากำไรมากขึ้น⁶ ซึ่งในมุมมองนี้คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่าเป็นการใช้กลไกการตลาดเสริมการเรียนรู้เพื่อให้ตอบสนองต่อความต้องการทักษะของแรงงานของประเทศมากยิ่งขึ้นในอนาคต

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า ประเทศญี่ปุ่นมีการให้ความสำคัญกับการกระจายอำนาจ ซึ่งส่งผลให้เกิดการตอบสนองการเรียนรู้ของปัจเจกชนและท้องถิ่นได้อย่างดียิ่งขึ้น นอกจากนี้เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศอุตสาหกรรมที่มุ่งเน้นเทคโนโลยีที่เอกชนมีส่วนร่วมในการขับเคลื่อนที่สำคัญ การเรียนรู้ตลอดชีวิตของประเทศญี่ปุ่นจึงแสวงหาความต้องการของตลาดเป็นกลไกเสริมในการกำหนดแนวทางการพัฒนาการเรียนรู้ตลอดชีวิตของพลเมือง

2) สาธารณรัฐเกาหลี

พระราชบัญญัติการเรียนรู้ตลอดชีวิต ค.ศ. 2009 มาตรา 2 (1) ได้นิยามคำว่า “การศึกษาตลอดชีวิต” หมายถึง กิจกรรมการศึกษาอย่างเป็นระบบทุกรูปแบบนอกเหนือจากหลักสูตรในโรงเรียนทั่วไป รวมถึงการศึกษาเพิ่มเติม การศึกษาเพื่อให้อ่านออกเขียนได้ขั้นพื้นฐานสำหรับผู้ใหญ่ การศึกษาเพื่อเพิ่มความสามารถทางอาชีพ การศึกษาด้านมนุษยศาสตร์และวิชาชีพ การศึกษาวัฒนธรรมและศิลปศาสตร์ และการมีส่วนร่วมทางการศึกษาของประชาชน ดังนั้นแนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชนจึงได้รับการตระหนักถึงในการจัดการเรียนรู้ตลอดชีวิตในสาธารณรัฐเกาหลี

สำหรับหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบในการจัดการเรียนรู้ตลอดชีวิตของสาธารณรัฐเกาหลี คือ สถาบันการศึกษาตลอดชีวิตแห่งชาติ (National Institution for Lifelong Education: NILE) ซึ่งเกิดจากการรวมมหาวิทยาลัยเปิดแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ศูนย์การศึกษาตลอดชีวิต

⁶ Center for Public Impact a BCG Foundation, **Japan’s Lifelong Learning Promotion Law** [Online], 12 December 2021. Source: <https://www.centreforpublicimpact.org/case-study/lifelong-learning-japan/>

และระบบธนาคารหน่วยกิตทางการศึกษาเข้าเป็นระบบเดียวกันภายใต้การดูแลของสถาบัน เพื่อการศึกษาตลอดชีวิตแห่งชาติ โดยสถาบันเพื่อการศึกษาตลอดชีวิตแห่งชาติมีหน้าที่ ได้แก่ การสนับสนุนและตรวจสอบการส่งเสริมการศึกษาตลอดชีวิต การสนับสนุนการจัดทำแผนการ ตามการตัดสินใจของคณะกรรมการส่งเสริม การสนับสนุนการพัฒนาโครงการการศึกษา ตลอดชีวิต การเสริมสร้างและฝึกอบรมบุคลากรซึ่งเกี่ยวข้องกับการศึกษาตลอดชีวิต รวมถึงการ รับรองคณาจารย์การศึกษาตลอดชีวิต การสร้างระบบที่เชื่อมโยงกันระหว่างสถาบันการศึกษา ตลอดชีวิต การสนับสนุน NILE ประจำเทศบาล/จังหวัด การสร้างและดำเนินการเครือข่ายข้อมูลที่ ครอบคลุมสำหรับการศึกษาตลอดชีวิต การรับรองหน่วยกิตหรือการรับรองการศึกษา ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการรับรองหน่วยกิตและพระราชบัญญัติการได้มาซึ่ง ปริญญาทางวิชาการผ่านการศึกษาด้วยตนเอง การสร้างความเข้มแข็งของการจัดการและ การดำเนินการจัดเก็บข้อมูลทางการศึกษา รวมถึงเรื่องอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นต่อการบรรลุ วัตถุประสงค์ของสถาบันเพื่อการศึกษาตลอดชีวิตแห่งชาติ

สำหรับหน่วยงานระดับท้องถิ่นที่รับผิดชอบสถาบันเพื่อการศึกษาตลอดชีวิตแห่งชาติ จะมีความร่วมมือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการสร้างเมืองแห่งการเรียนรู้ตลอดชีวิต (Lifelong Learning Cities: LLC) ในท้องถิ่นต่าง ๆ ทั่วสาธารณรัฐเกาหลี⁷ โดยตามพระราชบัญญัติ การเรียนรู้ตลอดชีวิตของสาธารณรัฐเกาหลีมีการจัดตั้งและการดำเนินการในศูนย์การเรียนรู้ ตลอดชีวิตในเมือง มณฑล และอำเภอ นอกจากนี้ รัฐบาลเกาหลีโดย NILE จะจัดเทศกาล การเรียนรู้ตลอดชีวิตประจำปี (Annual Lifelong Learning Festival / EXPO) ซึ่งเข้าร่วมโดย องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและศูนย์การเรียนรู้ตลอดชีวิตของท้องถิ่นต่าง ๆ โดยศูนย์เหล่านี้ ได้รับการช่วยเหลือทางการเงินจากกระทรวงศึกษาธิการ วิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยี และ ดำเนินการจัดหลักสูตร ทำวิจัย และพัฒนาโครงการการเรียนรู้ตลอดชีวิตในจังหวัดของตน หน่วยงานท้องถิ่นเหล่านี้จึงเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการกระจายอำนาจของการส่งเสริม การเรียนรู้ในสาธารณรัฐเกาหลี

⁷ In Tak Kwon, Junghwan Kim and Doo Hun Lim, **Becoming a Lifelong Learning City: Lessons from a Provincial City in South Korea** [Online], 12 December 2021. Source: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED570514.pdf>

สาธารณรัฐเกาหลียังมีการจัดตั้งสถานศึกษาตลอดชีวิตตามพระราชบัญญัติการเรียนรู้ตลอดชีวิตมีการกำหนด “สถาบันการศึกษาตลอดชีวิต” ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการศึกษาตลอดชีวิตตามพระราชบัญญัติอื่น และกฎหมายลำดับรองอีกด้วยซึ่งคณะผู้วิจัยมีความเห็นว่าเป็นอีกลักษณะหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทของเอกชนกับการเรียนรู้ตลอดชีวิต

ในด้านของการมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงานนั้น พระราชบัญญัติการเรียนรู้ตลอดชีวิตมีการกำหนดวันหยุดเพื่อการศึกษาและความช่วยเหลือสำหรับค่าใช้จ่ายในการศึกษา โดยรัฐบาลในฐานะผู้นำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้นำของสถาบันของรัฐหรือผู้บริหารของบริษัทต่าง ๆ ต้องจัดให้ลูกจ้างมีวันหยุดเพื่อการศึกษาโดยได้รับค่าจ้างหรือไม่ได้รับค่าจ้างก็ตามเพื่อขยายโอกาสในการศึกษาตลอดชีวิตให้กับลูกจ้าง หรือให้ความช่วยเหลือลูกจ้างสำหรับค่าใช้จ่ายในการศึกษา นอกจากนี้ การเรียนรู้ตลอดชีวิตมีระบบที่กำกับดูแลโดยกระทรวงแรงงานและการจ้างงานที่มุ่งเน้นการเรียนรู้ตลอดชีวิตเพื่อเสริมทักษะที่จำเป็นสำหรับการจ้างงาน เช่น การจัดการเรียนการสอนโดยวิทยาลัยเทคนิค⁸ เป็นต้น

สาธารณรัฐเกาหลียังมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาหลักสูตรที่ตอบสนองความต้องการของแต่ละบุคคลที่มุ่งเน้นว่าการศึกษาตลอดชีวิตต้องไม่ถูกใช้เป็นเครื่องมือสำหรับโฆษณาชวนเชื่อทางการเมืองหรืออคติส่วนตัวประกอบกับเมื่อศึกษาความหมายของการศึกษาตลอดชีวิตตามพระราชบัญญัติการเรียนรู้ตลอดชีวิต ให้ครอบคลุมถึงการเรียนรู้เพื่อการพักผ่อนหย่อนใจ⁹ ซึ่งเป็นการนิยามการเรียนรู้ตลอดชีวิตแบบร่วมสมัยที่ไม่เน้นเฉพาะการศึกษาอย่างเป็นทางการเพื่อผลสำเร็จทางการประกอบอาชีพและพัฒนาเศรษฐกิจของชาติซึ่งแตกต่างจากพื้นฐานนโยบายชาตินิยมเดิมแต่มุ่งเน้นการพัฒนาปัจเจกชนแทนที่

นอกจากนี้ สาธารณรัฐเกาหลีมีระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษา โดยมีการสร้างระบบควรวรรณวุฒิทางวิชาการ (Academic Degree Acquisition System) สำหรับผู้ที่ทำการศึกษาด้วยตัวเอง ภายใต้ระบบนี้ ผู้ที่จบการศึกษาระดับมัธยมปลายสามารถได้รับวุฒิปริญญาตรีที่ออกโดยกระทรวงศึกษาธิการหากผ่านการทดสอบที่รัฐจัดให้ ระบบดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญ

⁸ OECD iLibrary, **Strengthening the Governance of Skills Systems: Lessons from Six OECD Countries** [Online], 12 December 2021. Source: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/cd2b486a-en.pdf?expires=1612884274&id=id&accname=guest&checksum=59A67E77E7A114FABFE1C3ECB4BE5629>

⁹ Ibid., p. 85.

ในการขยายโอกาสทางการศึกษาต่อในระดับสูง เนื่องจากเป็นการยอมรับความสามารถทางวิชาการของบุคคลหนึ่ง ๆ โดยไม่สนใจว่าผู้นั้นจะมีการศึกษาระดับใดหรือมีภูมิหลังอย่างไร¹⁰ และได้พัฒนาระบบธนาคารหน่วยกิตทางการศึกษา (Academic Credit Bank System: ACBS) ตามพระราชบัญญัติการรับรองหน่วยกิต (Act on Credit Recognition 1997) เพื่อรับรองกิจกรรมการเรียนรู้ทุกรูปแบบตั้งแต่การเรียนรู้อย่างเป็นทางการกับสถาบันทางการศึกษาจนถึงการเรียนรู้อย่างไม่เป็นทางการ เช่น การฝึกงานและประกาศนียบัตร จะได้รับการรับรองว่าเป็นหน่วยกิตทางการศึกษา เมื่อสะสมหน่วยกิตได้ตามที่กำหนดก็จะได้รับวุฒิการศึกษาระดับอนุปริญญาหรือปริญญาตรีได้¹¹

จากการศึกษาสาธารณรัฐเกาหลีพบว่า จุดเด่นของสาธารณรัฐเกาหลีคือการมีหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบเป็นการเฉพาะแต่ไม่ปิดกั้นการดำเนินการของเอกชนในการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตในการจัดตั้งสถานศึกษาตลอดชีวิต ในด้านการมีส่วนร่วมสาธารณรัฐเกาหลีดำเนินการส่งเสริมการเรียนรู้อย่างมีส่วนร่วมกับประชาชนและผู้จ้างงาน ทั้งนี้ ระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษาเป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ให้ความสำคัญ สาธารณรัฐเกาหลีจึงมีระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษาอย่างบูรณาการในระดับชาติและเปิดโอกาสให้ภาคปฏิบัติรวมอยู่ในระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษาได้

3) ประเทศฟินแลนด์

การศึกษาสำหรับผู้ใหญ่ในประเทศฟินแลนด์นั้นมีการให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำการศึกษาอื่น ๆ และโรงเรียนมีอำนาจในการตัดสินใจมากขึ้น¹² อันเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมของประชาชน โดยมีเป้าหมายหลักของการกระจายอำนาจไปยัง

¹⁰ Jeong Mee-Ryang and Lee Woojin, **Korean Education: Educational Thought, System and Content** [Online], 12 December 2021. Source: https://www.aks.ac.kr/ikorea/upload/intl/otmai/UserFiles/UKS9_Korean%20Education_eng.pdf

¹¹ Jung Eun Lee, **Implementation of Lifelong Learning Policies in South Korea: A World Society Perspective 4** [Online], 12 December 2021. Source: <https://newprairiepress.org/cgi/viewcontent.cgi?article=3706&context=aerc>

¹² Matti Kyro, **Vocational Education and Training in Finland: Short Description** [Online], 12 December 2021. Source: https://www.cedefop.otmai.eu/files/5171_en.pdf; Act 630/1998 and Decree 811/1998 on Vocational Education

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้การบริหารการศึกษาเป็นไปโดยคำนึงถึงลักษณะของแต่ละท้องถิ่นหรือชุมชนที่แตกต่างกันไปและทำให้ครูผู้สอนสามารถจัดสรรทรัพยากรเพื่อวางแผนและปรับใช้ในการศึกษาได้จริงเป็นการเสริมสร้างพลังให้ครูผู้สอนและสนับสนุนการจัดการศึกษาตลอดชีวิต โดยเทศบาลต่าง ๆ ซึ่งเป็นหน่วยงานท้องถิ่นมีหน้าที่ต้องจัดการศึกษาภาคบังคับให้เด็กทุกคนซึ่งอาศัยอยู่ในท้องที่เขตอำนาจรวมทั้งการเรียนเสริม และบริการความช่วยเหลือด้านสวัสดิการสำหรับเด็กที่ต้องการ

ในด้านของการมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงานมีนโยบายแรงงานบนฐานของการศึกษาสำหรับผู้ใหญ่ กล่าวคือ รูปแบบการศึกษาสำหรับผู้ใหญ่ซึ่งเจ้าหน้าที่แรงงานจะจ่ายเงินค่าเรียนให้กับผู้ที่ตกงานหรือมีความเสี่ยงจะตกงาน โดยการศึกษาที่เจ้าหน้าที่แรงงานจะออกค่าเรียนให้นั้นมีทั้งการศึกษาขั้นพื้นฐาน การฝึกอบรมต่อยอด หรือการฝึกอบรมซ้ำ และเพื่อเป็นการสร้างแรงจูงใจในการเรียนรู้ยิ่งขึ้น รัฐจึงสร้างระบบประกันการศึกษาและฝึกอบรมเพื่อเป็นประกันว่าในระหว่างการศึกษา ผู้เรียนจะได้รับความช่วยเหลือทางการเงินบนพื้นฐานของประวัติการทำงานของผู้เรียนสำหรับเพื่อการพัฒนาคุณภาพและป้องกันการขาดแรงงาน

เมื่อศึกษาหลักสูตรที่ตอบสนองความต้องการของแต่ละบุคคลนั้น พบว่า นโยบายที่ไม่กีดกันคนกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดและการศึกษาสำหรับผู้ที่มีความต้องการพิเศษมีความสำคัญอย่างมากในการส่งเสริมสิทธิในการเรียนรู้ของนักเรียนทุกคน โรงเรียนที่ดำเนินการศึกษาภาคบังคับแต่ละโรงเรียนต้องมีผู้อำนวยการ ครู นักสังคมสงเคราะห์ และพยาบาลซึ่งมีความเชี่ยวชาญที่หลากหลายดูแลนักเรียน และโรงเรียนทุกโรงเรียนมีหน้าที่ต้องเห็นถึงอุปสรรคทางความสามารถในการเรียนรู้ของนักเรียนให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ซึ่งเป็นการเพิ่มความรับผิดชอบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะหาทางแก้ไขปัญหากับนักเรียนที่มีความต้องการพิเศษเหล่านั้น นอกจากนี้ สถาบันการศึกษาสำหรับผู้ใหญ่เปิดรับให้ทุกคนเข้าศึกษาเพื่อเพิ่มพูนความรู้และทักษะ ทั้งการเรียนภาษาต่าง ๆ จนถึงงานฝีมือ หรือทักษะอื่น ๆ¹³

ในส่วนของระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษาการจัดการศึกษาของประเทศฟินแลนด์มีความยืดหยุ่นทางการศึกษาเพื่อให้ประชาชนสามารถศึกษาต่อหรือเพิ่มเติมในระดับชั้นใดก็ได้ตามหลักการนี้ ผู้ที่เลือกสายอาชีพศึกษาสามารถศึกษาต่อในสายวิชาการได้ และผู้ที่เลือกสาย

¹³ OECD iLibrary, *Strengthening the Governance of Skills Systems: Lessons from Six OECD Countries*, p. 85.

วิชาการก็สามารถศึกษาต่อด้านอาชีวศึกษาได้ในทำนองเดียวกัน สำหรับผู้ใหญ่ซึ่งพักการศึกษาไปกลางคันก็สามารถกลับมาศึกษาต่อได้ นโยบายการเรียนรู้ตลอดชีวิตนั้นทำให้การเปลี่ยนผ่านระหว่างการศึกษาระดับหนึ่งไปยังอีกระดับหนึ่งจนเข้าสู่ตลาดแรงงานเป็นไปอย่างยืดหยุ่นที่สุดเท่าที่จะทำได้¹⁴ นอกจากนี้ ประเทศฟินแลนด์มีระบบการรับรองคุณสมบัติบนพื้นฐานของความสามารถ (Competence-Based Qualifications) เป็นระบบที่ช่วยให้มีทางเลือกที่หลากหลาย ประโยชน์ที่สำคัญของระบบนี้คือการที่ความสามารถทางอาชีพของบุคคลจะได้รับการรับรองคุณภาพโดยไม่คำนึงว่าผู้นั้นจะมีประสบการณ์ในสายงานนั้นมาก่อน ผ่านการทำงาน การศึกษา หรือกิจกรรมต่าง ๆ หรือไม่ ระบบนี้รับรองความสามารถได้มาโดยหลากหลายวิธี เช่น การรับรองวุฒิการศึกษาระดับอาชีวศึกษาในระดับชั้นมัธยมศึกษาตอนปลาย อาชีวศึกษาในระดับที่สูงขึ้น และระดับอาชีวศึกษา¹⁵ เป็นต้น

ด้านมาตรการสนับสนุนทางการเงินจากภาครัฐและการสร้างแรงจูงใจให้กับภาคเอกชนนั้น พบว่า การช่วยเหลือทางการเงินจากรัฐด้านการศึกษาให้กับประชาชนทุกคน รวมทั้งการศึกษาสำหรับผู้ใหญ่ซึ่งส่วนใหญ่จะไม่มีค่าใช้จ่าย แม้เป็นการเรียนเพื่อการนันทนาการก็ตาม ลูกจ้างซึ่งสมัครหลักสูตรการศึกษาและฝึกอบรมจาก Vocational Adult Education Centres (VAEC) รัฐก็จะช่วยออกค่าเรียนให้เป็นส่วนใหญ่ นอกจากการช่วยเหลือทางการเงินผ่านสถาบันการศึกษาแล้วในระดับบุคคลนั้น ผู้ใหญ่จะได้รับการช่วยเหลือในรูปของกองทุนเงินชดเชย¹⁶

ในส่วนของการเผยแพร่ข้อมูลด้านการจัดบริการการศึกษานั้นมีหน่วยงานการบริหารงานส่วนภูมิภาค ทำหน้าที่ในการตรวจตราดูแลการบริการสาธารณะ การดำเนินการจัดการศึกษา และการจัดการข้อร้องทุกข์ของประชาชน การร้องขอให้แก้ไขและออกแถลงการณ์

¹⁴ Hannele Niemi and Ulpukka Isopahkala-Bouret, **Lifelong Learning in Finish Society - An Analysis of National Policy Documents**, November 2012 [Online], 12 December 2021. Source: https://www.researchgate.net/publication/277017765_Lifelong_learning_in_Finnish_society_-_An_analysis_of_national_policy_documents

¹⁵ European Commission, **Finland: Adult Education and Training** [Online], 12 December 2021. Source: https://eacea.ec.europa.eu/national-policies/eurydice/content/adult-education-and-training-25_en

¹⁶ Ibid.

ด้านการศึกษาและวัฒนธรรม รวมถึงการแก้ไขผลการประเมินของนักเรียน รวมทั้งมีการแนะนำและให้คำปรึกษากับประชาชนโดยการจัดโครงการในการแนะแนวและการให้คำปรึกษาสำหรับผู้ที่อยู่ในช่วงเปลี่ยนผ่านทางการศึกษา¹⁷

จะเห็นได้ว่าประเทศฟินแลนด์รัฐจะดำเนินการสนับสนุนที่สำคัญผ่านการจัดสรรงบประมาณและการเผยแพร่ข้อมูลการจัดบริการด้านการศึกษา โดยมีมาตรการที่มุ่งเน้นระดับบุคคลที่ลงไปถึงในระดับโรงเรียนผ่านการมีส่วนร่วมของประชาชน

จากการศึกษาแนวทางระหว่างประเทศ แนวทางและมาตรการของประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศฟินแลนด์ ผู้วิจัยได้พบแนวทางและมาตรการทางกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้เพื่อลดข้อจำกัดของร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ของไทยในมิติต่าง ๆ ได้แก่ หลักสูตรที่ตอบสนองความต้องการของแต่ละบุคคล แนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชน หน่วยงานกลางที่รับผิดชอบและการกระจายอำนาจสู่หน่วยงานท้องถิ่น การจัดตั้งสถานศึกษาตลอดชีวิต ระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษา การมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงาน และมาตรการสนับสนุนทางการเงินจากภาครัฐและการสร้างแรงจูงใจให้กับภาคเอกชน รวมทั้งการเผยแพร่ข้อมูลด้านการจัดบริการการศึกษาและการแนะนำและให้คำปรึกษากับประชาชน ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการพัฒนาเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

4.4 วิเคราะห์ข้อจำกัดของร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. และมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมของประเทศไทยในการส่งเสริมและกำกับดูแลการเรียนรู้ตลอดชีวิต

จากการศึกษาเอกสารประกอบกับการสัมภาษณ์ พบว่า พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 การส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตของไทย พระราชบัญญัติส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย พ.ศ. 2551 ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงแนวทางต่าง ๆ พบว่าแนวทางและมาตรการทางกฎหมายมีข้อจำกัดในการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตของไทย ดังนี้

¹⁷ Hannele Niemi and Ulpukka Isopahkala-Bouret, *Lifelong Learning in Finish Society - An Analysis of National Policy Documents*, pp. 50-51.

1) ปรัชญา แนวคิดและทฤษฎีของการเรียนรู้ตลอดชีวิต

จากการศึกษาพัฒนาการของการเรียนรู้ตลอดชีวิตตั้งแต่พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 การศึกษาพระราชบัญญัติส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย พ.ศ. 2551 และร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ประกอบกับการสัมภาษณ์เชิงลึก พบว่า ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ยังขาดปรัชญาแนวคิดและทฤษฎีที่เป็นกรอบรากฐานของการเรียนรู้ตลอดชีวิตทำให้เจตนาารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับไม่ตรงกับกรอบวัตถุประสงค์ของการเรียนรู้ตลอดชีวิตอย่างแท้จริง ส่งผลให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนต่อผู้ปฏิบัติงานและคุณภาพของการศึกษาไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของการเรียนรู้ตลอดชีวิต คณะผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าร่างฉบับนี้มีความสำคัญและจำเป็นอย่างมาก ทั้งเชิงโครงสร้างและผู้ปฏิบัติงานทั้งองคาพยพ จึงควรมีการกำหนดปรัชญาและแนวคิดของการเรียนรู้ตลอดชีวิตที่ถูกต้องและชัดเจน เพื่อเป็นหลักการพื้นฐานให้ผู้ปฏิบัติงานทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องทำหน้าที่ส่งเสริมให้ผู้เรียน ตลอดจนในการจัดการการเรียนรู้ที่ต้องเปิดโอกาสให้ผู้เรียนสามารถเรียนรู้ได้ตามความต้องการของแต่ละบุคคลอย่างต่อเนื่องและตลอดชีวิต

2) วัตถุประสงค์ของการเรียนรู้ตลอดชีวิต

เมื่อศึกษาวัตถุประสงค์ของการเรียนรู้ตลอดชีวิตในมาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต พ.ศ. จะพบว่าวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต พ.ศ. ฉบับนี้ให้ความสำคัญในภาพรวมไปที่การทำให้เป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์ (Human Fulfillment) ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของเป้าประสงค์การเรียนรู้ตลอดชีวิต โดยมีได้เน้นการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ ตลอดจนขาดเอกลักษณ์เฉพาะที่ควรนำมากำหนดกรอบให้สอดคล้องเหมาะสมกับสภาพสังคมไทยและความต้องการของประเทศที่แท้จริง จึงควรมีการแก้ไขวัตถุประสงค์ในมาตรา 5 ดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการพัฒนาทักษะที่จำเป็นและการเปลี่ยนแปลงของโลกสมัยใหม่

3) ความหมายของการเรียนรู้ตลอดชีวิต

จากการศึกษารูปแบบของการจัดการการศึกษาถูกกำหนดในมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2545) มีรูปแบบการจัดการศึกษา 3 รูปแบบ ได้แก่ การศึกษาในระบบ การศึกษานอกระบบ และการศึกษาตามอัธยาศัย คณะผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การเรียนรู้ตลอดชีวิตสามารถแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่ การ

เรียนรู้ในระบบ การเรียนรู้นอกระบบ และการเรียนรู้ตามอัธยาศัย ซึ่งครอบคลุมทุกช่วงวัยของมนุษย์

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ในมาตรา 6 วรรคหนึ่ง พบว่ามีการยกสถานะสำนักงานส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตามอัธยาศัย (สำนักงาน กศน.) เป็นกรมส่งเสริมการเรียนรู้ ซึ่งมีหน้าที่ส่งเสริมการเรียนรู้ 3 ด้าน ได้แก่ 1) การเรียนรู้ตลอดชีวิต 2) การเรียนรู้เพื่อการพัฒนาตนเอง และ 3) การเรียนรู้เพื่อคุณวุฒิตามลำดับ และเมื่อพิจารณา “การเรียนรู้เพื่อการพัฒนาตนเอง และการเรียนรู้เพื่อคุณวุฒิ” ประกอบกับข้อความในมาตรา 6 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “นอกจากการส่งเสริมการเรียนรู้ตามวรรคหนึ่ง กรมอาจจัดให้มีการส่งเสริมการเรียนรู้ในรูปแบบอื่นที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวพบว่ามี ความซ้ำซ้อนอยู่ในความหมายของการเรียนรู้ตลอดชีวิตเนื่องจากการเรียนรู้เพื่อการพัฒนาตนเองอาจเป็นการเรียนรู้ทั้งในระบบนอกระบบ และตามอัธยาศัย ซึ่งอยู่ภายใต้การเรียนรู้ตลอดชีวิต สำหรับการเรียนรู้เพื่อคุณวุฒิจะเป็นได้ทั้งในระบบและนอกระบบซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของการเรียนรู้ตลอดชีวิตเช่นกัน จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นการเรียนรู้เพื่อการพัฒนาตนเองหรือการเรียนรู้เพื่อคุณวุฒิก็ล้วนอยู่ภายใต้ความหมายของการเรียนรู้ตลอดชีวิต ประกอบกับหากพิจารณาในวรรคสองพบว่า รูปแบบการเรียนรู้ตลอดชีวิตสามารถแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่ การเรียนรู้ในระบบ การเรียนรู้นอกระบบ และการเรียนรู้ตามอัธยาศัย ซึ่งครอบคลุมทุกช่วงวัยของมนุษย์อยู่แล้วจึงไม่มีความจำเป็นต้องขยายความดังที่ปรากฏในมาตรา 6 วรรคสอง ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาความซ้ำซ้อนและการตีความได้

ดังนั้น จากการศึกษาเอกสารประกอบข้อมูลจากกลุ่มตัวอย่าง คณะผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การส่งเสริมการเรียนรู้ตามร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. มาตรา 6 ดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงทั้งในเชิงการปฏิบัติงานและการใช้ในระดับสากล อาจทำให้ผู้ปฏิบัติงานมีความสับสนนำไปสู่การนำไปปฏิบัติที่ผิดไปจากวัตถุประสงค์ของการเรียนรู้ตลอดชีวิตได้ จึงควรมีการแก้ไขมาตรา 6 ให้มีรูปแบบของการเรียนรู้ตลอดชีวิต ได้แก่ การเรียนรู้ในระบบ การเรียนรู้นอกระบบ และการเรียนรู้ตามอัธยาศัย

4) ช่วงวัยของการเรียนรู้

การเรียนรู้ตลอดชีวิตในแต่ละช่วงวัยมีความสำคัญต่อการพัฒนาการของร่างกายและจิตใจ การกำหนดช่วงวัยจึงมีความสำคัญ จากการศึกษาร่างพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ

พ.ศ. มาตรา 8 พบว่ามีการแบ่งช่วงวัย ได้แก่ ช่วงวัยที่หนึ่ง ตั้งแต่แรกเกิดจนมีอายุครบหนึ่งปี ช่วงวัยที่สอง เมื่อมีอายุเกินหนึ่งปีจนถึงสามปี ช่วงวัยที่สาม เมื่อมีอายุเกินสามปีจนถึงหกปี ช่วงวัยที่สี่ เมื่อมีอายุเกินหกปีจนถึงสิบสองปี ช่วงวัยที่ห้า เมื่อมีอายุเกินสิบสองปีจนถึงสิบห้าปี ช่วงวัยที่หก เมื่อมีอายุเกินสิบห้าปีจนถึงสิบแปดปี และช่วงวัยที่เจ็ด การศึกษาในระดับอุดมศึกษาหรือทักษะอาชีพขั้นสูงเพื่อให้สอดคล้องกับการพัฒนาในแต่ละช่วงวัยตามพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต พ.ศ. จึงควรมีการกำหนดช่วงวัยให้มีความเหมาะสมต่อไป

5) การมีส่วนร่วมของประชาชน

ตามแนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นการมีส่วนร่วมของประชาชนเกี่ยวกับการเรียนรู้สามารถกำหนดการมีส่วนร่วมในขั้นตอนต่าง ๆ¹⁸ และด้วยแนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชนนี้ส่งผลให้การเรียนรู้ตลอดชีวิตควรมีการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชนในทุกรูปแบบ กล่าวคือ ทั้งรูปแบบในระบบ นอกกระบบ และตามอัธยาศัย ตามหลักการพัฒนาจากล่างขึ้นบน (Bottom Up) จึงส่งผลให้บุคคล ครอบครัว ชุมชน องค์กรชุมชน องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรเอกชน องค์กรวิชาชีพ สถาบันศาสนา สถานประกอบการ และองค์กรอื่น รวมทั้งสถานศึกษาอื่นมีส่วนร่วมเป็นผู้คิดและมีส่วนร่วมในการทำงานสร้างกระบวนการเรียนรู้ที่ยั่งยืน และทุกภาคส่วนจะเชื่อมโยงและประสานกันเป็นเครือข่าย¹⁹

จากการศึกษาประเทศญี่ปุ่นพบการมีส่วนร่วม ตัวอย่างเช่น การจัดทำแบบสำรวจประเมินความต้องการในการเรียนรู้ของผู้พักอาศัยในชุมชน เป็นต้น ในส่วนของสาธารณรัฐเกาหลีตามพระราชบัญญัติการเรียนรู้ตลอดชีวิต มาตรา 2 (1) ได้นิยามคำว่า “การศึกษาตลอดชีวิต” หมายถึง กิจกรรมการศึกษาอย่างเป็นระบบทุกรูปแบบนอกเหนือจากหลักสูตรในโรงเรียนทั่วไป รวมถึงการศึกษาเพิ่มเติม การศึกษาเพื่อให้อ่านออกเขียนได้ขั้นพื้นฐานสำหรับ

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน, แนวทางการดำเนินงานขององค์กรคณะบุคคล และการมีส่วนร่วม, หน้า 11.

¹⁹ สุวิธิดา จรุงเกียรติกุล, แนวทางการจัดการศึกษาตลอดชีวิตเพื่อขับเคลื่อนชุมชนการเรียนรู้ในบริบทสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทย (Guides for Lifelong Education Management to Mobilize Learning Community in the Social-Cultural Context of Thailand), วารสารครุศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 46 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2561), หน้า 221-222.

ผู้ใหญ่ การศึกษาเพื่อเพิ่มความสามารถทางอาชีพ การศึกษาด้านมนุษยศาสตร์และวิชาอิสระ การศึกษาวัฒนธรรมและศิลปศาสตร์ และการมีส่วนร่วมทางการศึกษาของประชาชน จาก นิยามดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนกับการเรียนรู้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ปรากฏ หน่วยงานที่มีหน้าที่จัดการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติเป็นหน่วยงานกลาง เกือบทั้งสิ้น สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หน่วยงานภาคเอกชน และประชาชน เป็น ส่วนหนึ่งของ “ภาคีเครือข่าย” เท่านั้น

จากการสัมภาษณ์เชิงลึก พบว่าภาคีเครือข่ายส่วนใหญ่มีความพร้อมในการส่งเสริม กิจกรรมเพื่อให้ประชาชนเข้าถึงการเรียนรู้ตลอดชีวิตโดยไม่มีใครถูกทิ้งไว้ข้างหลัง เพียงแต่ควรมีการกำหนดภารกิจหน้าที่ของภาคีเครือข่ายให้ชัดเจน ตลอดจนผลตอบแทนที่ภาคีเครือข่าย ควรได้รับการสนับสนุนให้เป็นไปตามกฎหมาย และควรกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อเป็น แรงจูงใจให้กับภาคีเครือข่ายให้เข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมที่เอื้อให้ได้ประโยชน์ร่วมกัน เช่น การลดอัตราภาษี เป็นต้น รวมถึงการสร้างควมภาคภูมิใจของภาคีเครือข่ายในการมีส่วนร่วม นำไปสู่การเกิดผลดีต่อการขับเคลื่อนกิจกรรม ชุมชนที่พร้อมและมีผู้นำที่มีความสามารถ รัฐจึง ควรมีนโยบายและระบุให้ชัดในรายละเอียดของกระบวนการนี้รวมถึงผลประโยชน์ที่ภาคี เครือข่ายควรได้รับด้วย ดังนั้น หน่วยงานที่รับผิดชอบจึงควรระบุสัดส่วนในการทำงานของตน ให้ชัดเจนและกำหนดหน้าที่ของตนโดยเน้นการให้เชิงนโยบาย สนับสนุนงบประมาณและ ทรัพยากรจัดการ สำหรับส่วนกิจกรรมควรเกิดจากการมีส่วนร่วมของประชาชนที่ต้องร่วมกับ ภาคีเครือข่ายโดยกระบวนการสร้างภาคีเครือข่ายควรเลือกรูปแบบของการมีส่วนร่วมเชิงรุก (Active Participate) และภาคีเครือข่ายสามารถเข้าร่วมได้หลายรูปแบบซึ่งแต่ละรูปแบบควรมี การกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจน ทั้งนี้รูปแบบการมีส่วนร่วมจากการวิเคราะห์เอกสาร ประกอบข้อมูลจากกลุ่มตัวอย่าง เช่น การเข้าร่วม การให้ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ การ ให้คำปรึกษา การเป็นหุ้นส่วน การร่วมทำกิจกรรมต่าง ๆ การตัดสินใจในกิจกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีส่วนร่วมตั้งแต่เริ่มต้นจนเสร็จกิจกรรม การได้รับประโยชน์ร่วมกันในรูปแบบใด รูปแบบหนึ่ง การจัดอบรมการพัฒนาแรงงานทักษะสูง

6) หน่วยงานกลางที่รับผิดชอบ

ร่างฉบับนี้ได้ยกสถานะของสำนักงานส่งเสริมการศึกษานอกระบบและการศึกษาตาม อุตสาหกรรม (กศน.) ให้มีฐานะเป็นกรมส่งเสริมการเรียนรู้และมีภาระหน้าที่เกี่ยวกับส่งเสริม

การเรียนรู้ตลอดชีวิตซึ่งเป็นบทบาทสำคัญนอกเหนือจากภาระงานเดิมที่รับมาจาก กศน. ส่งผลให้เกิดข้อจำกัดและการปรับตัวในการเปลี่ยนถ่ายอำนาจ บทบาทการดำเนินงานเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต เช่น กศน. ยังไม่มีพันธกิจเชื่อมโยงกับต่างประเทศหรือองค์การต่างประเทศด้านการศึกษา ข้อจำกัดด้านการประสานงานร่วมกับมหาวิทยาลัยเปิดในการวิเคราะห์ความต้องการของผู้เรียนเช่นตัวอย่างในประเทศญี่ปุ่นหรือสาธารณรัฐเกาหลี และข้อจำกัดด้านการดำเนินงานเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตในประเทศ โดยประเทศญี่ปุ่นจะมีการจัดตั้งสำนักงานนโยบายการเรียนรู้ตลอดชีวิตซึ่งเป็นองค์กรหลักที่รับผิดชอบสำหรับการประสานงานด้านนโยบายการศึกษาเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต โดยเฉพาะการศึกษาในประเทศและต่างประเทศ สำหรับสาธารณรัฐเกาหลีมีการจัดตั้งสถาบันเพื่อการศึกษาตลอดชีวิตแห่งชาติ โดยสถาบันเพื่อการศึกษาตลอดชีวิตแห่งชาติมีหน้าที่หลักเช่น การสนับสนุนและส่งเสริมการศึกษาตลอดชีวิต ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนการพัฒนาโครงการการศึกษาตลอดชีวิต การเสริมสร้างและฝึกอบรมของบุคลากร รวมถึงการรับรองคณาจารย์การศึกษาตลอดชีวิต การรับรองหน่วยกิตหรือการรับรองการศึกษา ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการรับรองหน่วยกิตและพระราชบัญญัติการได้มาซึ่งปริญญาทางวิชาการผ่านการศึกษาด้วยตนเอง การสร้างความเข้มแข็งของการจัดการและการดำเนินการจัดเก็บข้อมูลทางการศึกษา และเรื่องอื่นที่มีความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของสถาบันเพื่อการศึกษาตลอดชีวิตแห่งชาติ

จากการศึกษาเอกสารประกอบกับข้อมูลจากกลุ่มตัวอย่างผสมกับการวิเคราะห์ข้อจำกัดของกรมส่งเสริมการเรียนรู้มีความเห็นสอดคล้องต้องกันว่า กศน. มีข้อจำกัดที่สำคัญในด้านการประสานงานกับองค์การระหว่างประเทศ และข้อจำกัดด้านพันธกิจที่มีเป็นจำนวนมาก แต่บุคลากรและงบประมาณมีเป็นจำนวนน้อยและบุคลากรยังขาดความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านรวมทั้งการประสานงานกับมหาวิทยาลัยเปิดส่งผลต่อประสิทธิภาพในการจัดการเรียนรู้ คณะผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การดำเนินงานของกรมส่งเสริมการเรียนรู้ (กศน. เดิม) ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ยังไม่สามารถทำให้ทุกคนในประเทศเข้าถึงการเรียนรู้ตลอดชีวิตได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น เพื่อให้เกิดการเรียนรู้ตลอดชีวิตไปยังทุกคนทุกกลุ่มอย่างเป็นรูปธรรมจึงควรมีหน่วยงานเพื่อรับดูแลและรับผิดชอบการเรียนรู้ตลอดชีวิตภายใต้การกำกับดูแลของกรมส่งเสริมการศึกษาดังกล่าวเพื่อให้การดำเนินงานต่าง ๆ มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

7) การจัดตั้งสถานศึกษาตลอดชีวิต

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐเกาหลี พบว่า ตามพระราชบัญญัติการเรียนรู้ตลอดชีวิตมีการกำหนด “สถาบันการศึกษาตลอดชีวิต” ซึ่งหมายถึง ศูนย์ บริษัท หรือองค์กร ไม่ว่าจะจากภาครัฐหรือเอกชน จะเห็นได้ว่า สถาบันการศึกษาตลอดชีวิตของสาธารณรัฐเกาหลี ไม่จำเป็นต้องมีฐานะเป็นหน่วยงานภาครัฐ อันเป็นการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตผ่านกลไกทางการตลาดแต่ยังคงถูกกำกับมาตรฐานผ่านภาครัฐ คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. เปิดโอกาสให้เอกชนหรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรอื่น ๆ สามารถจัดตั้งสถาบันการศึกษาตลอดชีวิตได้ย่อมส่งผลดีต่อการเรียนรู้ของประชาชนมากยิ่งขึ้นและควรมีการรับรองมาตรฐานเพื่อนำไปเทียบคุณวุฒิประกอบด้วยซึ่งสอดคล้องกับความคิดเห็นของกลุ่มตัวอย่างส่วนใหญ่

8) การมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงาน

ตามแนวคิดการเรียนรู้ตลอดชีวิตและทฤษฎีการเรียนรู้ของผู้ใหญ่ส่งผลให้เกิดการพัฒนาตนเองตลอดชีวิตเพื่อเสริมทักษะด้านต่าง ๆ รวมถึงการนำมาปฏิบัติได้จริงตามสภาวะของโลกที่เปลี่ยนแปลงไปทุกวันส่งผลให้ส่วนหนึ่งของการเรียนรู้ควรตอบสนองต่ออาชีพหรือการปฏิบัติงาน ประกอบกับตามแนวทางขององค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติมีแนวทางให้มีการเรียนรู้ตลอดชีวิตในทุกบริบทของชีวิต รวมถึงในครอบครัว สถานศึกษา ชุมชน ที่ทำงาน ดังนั้น การส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตโดยการมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงานจึงเป็นสิ่งสำคัญ

จากการศึกษาเปรียบเทียบประเทศญี่ปุ่น พบว่า กิจกรรมการเรียนรู้ตลอดชีวิตจะมีความเกี่ยวข้องกับการศึกษาผู้ใหญ่ โรงเรียนที่จะส่งเสริมให้ผู้เรียนสามารถเรียนได้ด้วยตนเอง ขณะที่ระดับสถาบันการศึกษาที่สูงขึ้นนั้นจะมีการจัดสรรโอกาสในการเรียนรู้ที่หลากหลายมากขึ้นเพื่อตอบสนองในการทำงานมากยิ่งขึ้น²⁰ นอกจากนี้ การมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงานในการเรียนรู้ตลอดชีวิตของประเทศญี่ปุ่นนั้นพบว่า มีความเปลี่ยนแปลงใหญ่ ๆ ด้านสังคมในญี่ปุ่น ได้แก่ ภัยรุ่นซึ่งตัดขาดจากสังคมและแรงงานในระหว่างช่วงเปลี่ยนผ่าน จึงมีความพยายามทำให้วัยรุ่นเหล่านี้กลับมามีส่วนร่วมทางการศึกษาโดยจับคู่มหาวิทยาลัยกับผู้ประกอบธุรกิจในส่วนภูมิภาคเพื่อสร้างโอกาสในการเรียนรู้ตลอดชีวิต

²⁰ Yutaka Shiraiishi, *Alternative Approaches to Financing Lifelong Learning*, p. 2.

สำหรับสาธารณรัฐเกาหลีพระราชบัญญัติการเรียนรู้ตลอดชีวิตมีการกำหนดวันหยุดเพื่อการศึกษาและความช่วยเหลือสำหรับค่าใช้จ่ายในการศึกษา โดยรัฐบาลในฐานะผู้นำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้นำของสถาบันของรัฐหรือผู้บริหารของบริษัทต่าง ๆ ต้องจัดให้ลูกจ้างมีวันหยุดเพื่อการศึกษาโดยได้รับค่าจ้างหรือไม่ได้รับค่าจ้างเพื่อขยายโอกาสในการศึกษาตลอดชีวิตให้กับลูกจ้าง หรือให้ความช่วยเหลือลูกจ้างสำหรับค่าใช้จ่ายในการศึกษา เช่น ค่าหนังสือ ค่าเรียน ค่าทำวิจัย เป็นต้น นอกจากนี้ การเรียนรู้ตลอดชีวิตมีระบบที่กำกับดูแลโดยกระทรวงแรงงานและการจ้างงานที่มุ่งเน้นการเรียนรู้ตลอดชีวิตเพื่อเสริมทักษะที่จำเป็นสำหรับการจ้างงาน เช่น การจัดการเรียนการสอนโดยวิทยาลัยเทคนิค²¹ โดยมีเป้าหมายหลักคือการประกันการจ้างงานซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของประกันสังคมภาคบังคับของสาธารณรัฐเกาหลี

ประเทศฟินแลนด์มีนโยบายแรงงานบนฐานของการศึกษาสำหรับผู้ใหญ่ คือ รูปแบบการศึกษาสำหรับผู้ใหญ่ซึ่งเจ้าหน้าที่แรงงานจะจ่ายเงินค่าเรียนให้กับผู้ที่ตกงานหรือมีความเสี่ยงจะตกงาน โดยการศึกษาที่เจ้าหน้าที่แรงงานจะออกค่าเรียนให้นั้นมีทั้งการศึกษาขั้นพื้นฐาน การฝึกอบรมต่อยอด หรือการฝึกอบรมซ้ำ และเพื่อเป็นการสร้างแรงจูงใจในการเรียนรู้ยิ่งขึ้น รัฐจึงสร้างระบบประกันการศึกษาและฝึกอบรมเพื่อเป็นประกันว่า ในระหว่างการศึกษ ผู้ใหญ่จะได้รับความช่วยเหลือทางการเงินบนพื้นฐานของประวัติการทำงานของผู้เรียน

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ไม่ปรากฏบทบัญญัติในการสร้างแรงจูงใจให้กับนายจ้างในการเปิดโอกาสการเรียนรู้ให้กับลูกจ้าง และการเรียนรู้ของลูกจ้างไม่ได้เป็นหนึ่งในหลักประกันการจ้างงาน รวมถึงยังไม่มีแนวทางที่เอื้ออำนวยต่อการศึกษาลูกจ้าง เช่น การลาหยุดเพื่อการศึกษา เป็นต้น รวมทั้งควรมีโครงการสนับสนุนการอบรมผู้ตกงานที่มีกระบวนการให้นายจ้างสามารถคัดเลือกลูกจ้างเข้าทำงานได้โดยทันทีหลังจากสิ้นสุดการอบรมซึ่งสอดคล้องกับความคิดเห็นของกลุ่มตัวอย่างที่มีความเห็นว่าวิธีการดังกล่าวจะทำให้เกิดการมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงานมากยิ่งขึ้น

²¹ OECD iLibrary, *Strengthening the Governance of Skills Systems: Lessons from Six OECD Countries*, p. 85.

9) หลักสูตรที่ตอบสนองความต้องการของแต่ละบุคคล

ด้วยแนวคิดการเรียนรู้ด้วยการนำตนเองสนับสนุนให้การจัดการศึกษาเพื่อการเรียนรู้ตลอดชีวิตควรเป็นการจัดการเรียนรู้ที่ยึดผู้เรียนเป็นสำคัญประกอบกับเมื่อทำการศึกษองค์การ การศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติพบว่าเจตนารมณ์ขององค์การคือ ต้องการให้การเรียนรู้สามารถจัดความเหลื่อมล้ำทางเพศในการศึกษาและสร้างหลักประกันว่า กลุ่มที่เปราะบางซึ่งรวมถึงชนพื้นเมือง ผู้พิการ และเด็ก ได้เข้าถึงการศึกษาและการฝึกอาชีพ ทุกระดับอย่างเท่าเทียมกัน

จากการเปรียบเทียบประเทศญี่ปุ่น พบว่า การเรียนรู้ตลอดชีวิตของประเทศญี่ปุ่น เป็นการมุ่งเน้นการตอบสนองของแต่ละบุคคลไม่เฉพาะแต่การศึกษาที่เป็นที่ต้องการของคน ส่วนใหญ่เท่านั้น สำหรับสาธารณรัฐเกาหลีมีการให้คำนิยามการเรียนรู้ตลอดชีวิตแบบร่วมสมัย กล่าวคือ ไม่เน้นเฉพาะการศึกษาอย่างเป็นทางการเพื่อผลสำเร็จทางการประกอบอาชีพและพัฒนาเศรษฐกิจของชาติแตกต่างจากพื้นฐานนโยบายชาตินิยมสมัยก่อน แต่เน้นการพัฒนา ปัจเจกชน และเมื่อศึกษาประเทศฟินแลนด์มีการมุ่งเน้นนโยบายที่ไม่กีดกันคนกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด และการศึกษาสำหรับผู้ที่มีความต้องการพิเศษมีความสำคัญอย่างมากในการส่งเสริมสิทธิในการ เรียนรู้ของนักเรียนทุกคน

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. พบว่ายังไม่มีการ กล่าวถึงบริบทของผู้ที่บกพร่อง หรือมีความต้องการด้านการศึกษาเป็นพิเศษ เช่น ผู้พิการ หรือ ผู้บกพร่องทางการเรียนรู้ต่าง ๆ เป็นต้น สอดคล้องกับการสัมภาษณ์กลุ่มตัวอย่างที่มีความเห็นว่าควรมีการจัดตั้งโครงการอบรมหรือกิจกรรมสำหรับคนที่บกพร่องหรือผู้ที่มีความต้องการ พิเศษที่เป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

10) หลักสูตรเพื่อพัฒนาให้แรงงานมีทักษะสูง

การศึกษาและการสัมภาษณ์เชิงลึกกลุ่มตัวอย่างเป็นที่สอดคล้องกันว่าการพัฒนา ทักษะฝีมือแรงงานให้มีคุณภาพสูงเป็นสิ่งที่ยังขาดและมีความจำเป็น อย่างไรก็ตามการพัฒนา ทักษะฝีมือแรงงานนี้จำเป็นต้องได้รับความร่วมมือจากภาคเอกชน จากการวิเคราะห์และ แลกเปลี่ยนข้อมูลกับกลุ่มตัวอย่างแนวทางที่จะสามารถสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาฝีมือแรงงาน ทักษะสูงอาจทำได้โดยความร่วมมือกับภาคีเครือข่ายโดยเฉพาะภาคเอกชนประกอบกับ การสนับสนุนงบประมาณบางส่วนจากภาครัฐเมื่อพิจารณาการส่งเสริมผ่านหลักเกณฑ์ภายใต้ ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ตลอดจนการกำหนดให้การพัฒนาแรงงาน

ทักษะสูงผนวกเข้ากับความร่วมมือของภาคเอกชน หรือการจัดกิจกรรมการอบรมที่ให้ผู้ประกอบการธุรกิจรับผู้อบรมเข้าทำงานทันที

11) ระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษา

จากรายงานผลการดำเนินงานของสำนักงาน กศน. จะเห็นว่ามี การเทียบระดับ การศึกษาและระบบสะสมความรู้และประสบการณ์ที่ชัดเจนสำหรับการศึกษานอกระบบที่เป็น การศึกษาพื้นฐาน แต่สำหรับการศึกษานอกระบบที่เป็นการศึกษาต่อเนื่องและการศึกษาตาม อรรถาจารย์ยังขาดการดำเนินงานที่เป็นระบบและชัดเจน เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับร่าง พระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ที่มีวัตถุประสงค์ให้มีการเทียบระดับการศึกษา เทียบเคียงหรือเทียบโอนผลการเรียน ทักษะ ความรู้ ประสบการณ์ สมรรถนะ มีระบบสะสม ความรู้ ประสบการณ์และคุณวุฒิ ระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษา ดังนั้น เพื่อให้การรับรอง คุณวุฒิการศึกษาเป็นรูปธรรมจึงควรมีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนที่รวมถึงการรับรองคุณวุฒิการศึกษา ในรูปแบบของการศึกษาตามอรรถาจารย์ซึ่งสอดคล้องกับความคิดเห็นของกลุ่มตัวอย่างทั้งหมด ที่เห็นว่าควรมีการจัดทำระบบการรับรองหน่วยกิตให้เกิดความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น

12) มาตรการสนับสนุนทางการเงินจากภาครัฐและการสร้างแรงจูงใจให้กับภาค เอกชน

จากการศึกษาเปรียบเทียบประเทศต่าง ๆ แต่ละประเทศจะมีมาตรการสนับสนุน ทางการเงินเพื่อพัฒนาการเรียนรู้ตลอดชีวิต เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับร่างพระราชบัญญัติ ส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. พบว่าการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตเป็นพันธกิจของรัฐ ในการ ส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตจึงต้องมีการสนับสนุนงบประมาณโดยภาครัฐตามแนวคิดสิทธิ มนุษยชนและหลักภารกิจของรัฐเช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม เพื่อลดค่าใช้จ่าย ของภาครัฐการส่งเสริมภาคเอกชนในการเข้าร่วมสนับสนุนงบประมาณเป็นสิ่งที่สามารถลด ภาระค่าใช้จ่ายของรัฐได้ และภาคเอกชนควรมีบทบาทในด้านความร่วมมือและการแต่งตั้ง ให้ภาคเอกชนบางส่วนมาดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต หรือ ความสนใจของภาคเอกชนผ่านภาคีเครือข่าย ซึ่งมีข้อจำกัดคือ กฎหมายยังไม่ปรากฏมาตรการ จูงใจให้เอกชนมาเข้าร่วมเพื่อการสนับสนุนการเรียนรู้ตลอดชีวิต

นอกจากนี้ รัฐยังอาจจัดตั้งกองทุนเพื่อการเรียนรู้ตลอดชีวิตซึ่งเป็นอีกแนวทางหนึ่ง ในการสนับสนุนสิทธิการเรียนรู้ตลอดชีวิตของคนไทยสอดคล้องกับความเห็นจากข้อมูล การสัมภาษณ์จากกลุ่มตัวอย่างที่มีความเห็นว่าการสร้างมาตรการจูงใจซึ่งปัจจุบันมีเฉพาะ

มาตรการภาษียังไม่เพียงพอที่จะดึงดูดงบประมาณจากภาคเอกชนได้และการจัดตั้งกองทุนเป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาด้านการเงิน โดยผู้จัดการกองทุนควรเป็นบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญด้านการบริหาร การเงิน และเข้าใจบริบทของการเรียนรู้ตลอดชีวิต

13) การปฏิบัติที่ดีในการบริหารจัดการบุคลากร

ตามแนวทางขององค์การการศึกษาวิทยาศาสตร์และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ มีแผนการพัฒนาภายในปี พ.ศ. 2573 ให้เพิ่มจำนวนครูที่มีคุณภาพ รวมถึงการดำเนินการผ่านทางความร่วมมือระหว่างประเทศในการฝึกอบรม ครูในประเทศกำลังพัฒนา เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐเกาหลีมีการพัฒนาครูผู้สอนสำหรับดำเนินโครงการการศึกษาตลอดชีวิตโดยเฉพาะ ซึ่งมีหลักเกณฑ์กำหนดไว้ และให้มีการอบรมและการแต่งตั้งคณาจารย์ การศึกษาตลอดชีวิตที่ได้รับการรับรองโดยได้รับงบประมาณสนับสนุน

จากการสัมภาษณ์เชิงลึกมีความเห็นจากผู้ให้ข้อมูลทั้งหมดตรงกันว่า ปัญหาสำคัญของบุคลากรครู กศน. คือ ปัญหาของการส่งเสริมการเติบโตในเส้นทางอาชีพ (Career Path) ที่ไม่ปรากฏอย่างชัดเจน และไม่มีการเปรียบเทียบส่งเสริมการเติบโตในเส้นทางอาชีพระหว่างครู กศน. กับครูในระบบ พบว่าโอกาสเติบโตในเส้นทางอาชีพไม่เหมือนครูในระบบที่มีเส้นทางอาชีพที่ชัดเจน ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดการพัฒนาโครงสร้างการเติบโตในเส้นทางอาชีพของครูในการศึกษานอกระบบที่ชัดเจนและเป็นระบบตลอดจนการให้เกียรติยกย่องและให้รางวัล ซึ่งรวมถึงครูภูมิปัญญา อาสาสมัครประกอบด้วย

14) การสร้างระบบนิเวศแห่งการเรียนรู้

การสร้างระบบนิเวศแห่งการเรียนรู้ เป็นการเอื้อให้เกิดบรรยากาศแห่งการเรียนรู้ เมื่อศึกษาสาธารณรัฐเกาหลี พบว่า พระราชบัญญัติการเรียนรู้ตลอดชีวิตมีการกำหนดเรื่องการใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินแสดงให้เห็นว่าการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตมีความสำคัญและให้สิทธิในการใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินได้

คณะผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินเพื่อสนับสนุนการเรียนรู้ตลอดชีวิตเป็นสิ่งที่มีความเหมาะสมและสามารถลดภาระค่าใช้จ่ายได้ ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. จึงควรมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินเพื่อสนับสนุนการเรียนรู้ตลอดชีวิตตลอดจนควรมีการสร้างระบบนิเวศแห่งการเรียนรู้ด้านการให้คำปรึกษาและการได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการเรียนรู้ต่าง ๆ ประกอบ

15) การเผยแพร่ข้อมูลด้านการจัดการบริการการศึกษา

เมื่อศึกษาสาธารณรัฐเกาหลี พบว่า มีการกำหนดในพระราชบัญญัติการเรียนรู้ตลอดชีวิต เกี่ยวกับการสืบค้นทางสถิติของการศึกษาตลอดชีวิต โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ วิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยี และนายกเทศมนตรี/ผู้ว่าราชการจังหวัด ต้องตรวจสอบข้อมูลพื้นฐาน

ในส่วนของประเทศฟินแลนด์มีหน่วยงานการบริหารงานส่วน ซึ่งจะแสดงถึงผลการทำงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้ประชาชนได้รับทราบ²²

เมื่อศึกษาร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. พบว่ากรมส่งเสริมการเรียนรู้ มีหน้าที่เกี่ยวกับข้อมูลสารสนเทศเพื่อการเรียนรู้ตลอดชีวิต ทำหน้าที่จัดทำข้อมูลและประมวลผลเป็นสารสนเทศประชากรตามช่วงวัยและประเภทกลุ่มเป้าหมายในการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต และจัดทำฐานข้อมูลภาคีเครือข่ายการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต รวมทั้งจัดทำข้อมูลรายบุคคลของผู้รับบริการในทุกระบบเพื่อสนับสนุนการติดตาม การประเมินผลและการจัดสรรงบประมาณด้านการเรียนรู้ตลอดชีวิต และการเผยแพร่สารสนเทศ ต้องมีความครอบคลุม ถูกต้อง เชื่อถือได้ ทันสมัยพร้อมใช้และเข้าถึงได้ง่าย

อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรมีการเปิดเผยข้อมูลที่ศูนย์ข้อมูลสารสนเทศ รวบรวมให้กับประชาชนทราบเพื่อความโปร่งใส การเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบของประชาชนในการใช้งบประมาณด้านต่าง ๆ และที่สำคัญคือการมีข้อมูลให้ประชาชนสามารถสืบค้นได้ว่ามีการจัดอบรมหรือดำเนินโครงการที่ใดเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต และข้อมูลเกี่ยวกับการศึกษาในระบบ การศึกษานอกระบบ และการศึกษาตามอัธยาศัยที่ถูกจัดตั้งขึ้น ในช่วงเวลาต่าง ๆ และขั้นตอนการลงทะเบียนเพื่อการเข้ารับการเรียนรู้สอดคล้องกับความเห็นจากการสัมภาษณ์กลุ่มตัวอย่างที่มีความเห็นว่าควรมีการนำเทคโนโลยีมาใช้ในลักษณะที่แสดงผลอย่างครบถ้วน นอกจากนี้ควรมีช่องทางในการแสดงความคิดเห็นและความประสงค์ ในการเข้าฝึกอบรมต่าง ๆ ได้เพื่อให้สามารถนำไปประมวลผลเพื่อประเมินผลลัพธ์ของการปฏิบัติงานได้ ดังนั้นจึงควรมีการจัดทำแพลตฟอร์มเบ็ดเสร็จ (Non - Stop Service Platforms) ที่สามารถทราบข้อมูลการศึกษาหรือแหล่งเรียนรู้ได้ทั่วประเทศ รวมถึงแสดงงบประมาณในการ

²² Hilla Auren, **Finland Country Case Study** [Online], 12 December 2021. Source: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000259545/PDF/259545eng.pdf.multi>

จัดทำกิจกรรมต่าง ๆ และมีช่องทางการรับฟังความคิดเห็นประกอบด้วยเพื่อให้เกิดการพัฒนา
ระบบนิเวศแห่งการเรียนรู้อย่างครบวงจร

16) การแนะนำและให้คำปรึกษากับประชาชน

เมื่อทำการศึกษาประเทศฟินแลนด์ พบว่ามีการจัดโครงการแนะแนวและการให้
คำปรึกษาสำหรับผู้ที่อยู่ในช่วงเปลี่ยนผ่านทางการศึกษา²³ โดยกลไกการแนะนำและ
ให้คำปรึกษากับประชาชน เพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตนั้นข้อมูลจากการสัมภาษณ์ พบว่า
ผู้ให้คำปรึกษาเป็นอีกกลไกหนึ่งที่สามารถส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตได้ ดังนั้นกรมส่งเสริม
การเรียนรู้จึงควรมีการจัดตั้งตำแหน่งผู้ให้คำปรึกษาด้านการเรียนรู้ตลอดชีวิต

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการวิจัยพบบทสรุปและข้อเสนอแนะ ดังนี้

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาเอกสารประกอบกับการสัมภาษณ์กลุ่มตัวอย่างพบว่าแนวคิดและทฤษฎี
ที่สามารถนำมาปรับใช้เป็นหลักการพื้นฐานเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต และจาก
การศึกษาแนวทางระหว่างประเทศและประเทศต่าง ๆ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี
และประเทศฟินแลนด์ ได้พบแนวทางและมาตรการทางกฎหมายที่เป็นประโยชน์ในการแก้ไข
ข้อจำกัดของร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ของไทยให้มีประสิทธิภาพ ทันสมัย
และเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น และนำมาสู่ข้อเสนอแนะในรูปแบบของการเรียนรู้ การใช้สาธารณสมบัติ
ของแผ่นดินเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต การจัดตั้งตำแหน่งผู้ให้คำปรึกษาด้านการเรียนรู้
ตลอดชีวิตประจำตำบล หลักเกณฑ์การมีส่วนร่วมของภาคีเครือข่ายในรูปแบบการมีส่วนร่วม
เชิงรุก และมาตรการเชิงนโยบายต่าง ๆ ในการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต เป็นต้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

สำหรับข้อเสนอแนะของงานวิจัยนี้ประกอบด้วย (1) ข้อเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมร่าง
พระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. (2) ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ภายใต้ร่าง

²³ Hannele Niemi and Ulpuokka Isopahkala-Bouret, *Lifelong Learning in Finish Society - An Analysis of National Policy Documents*, pp. 50-51.

พระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้อื่นๆ พ.ศ. และ (3) ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายเกี่ยวกับการเรียนรู้อื่นๆ ตลอดชีวิตของประเทศไทยและข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย ดังนี้

1) การแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้อื่นๆ พ.ศ.

1.1) การแก้ไขเพิ่มเติมหลักการและเหตุผล รวมทั้งวัตถุประสงค์ของการเรียนรู้อื่นๆ ตลอดชีวิต

เสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมในหลักการและเหตุผลให้มีการสอดแทรกปรัชญา แนวคิด และทฤษฎีที่เป็นกรอบรากฐานของการเรียนรู้อื่นๆตลอดชีวิต เพื่อให้เจตนาของกฎหมายตรงกับกรอบวัตถุประสงค์ของการเรียนรู้อื่นๆตลอดชีวิตอย่างแท้จริง และ

เสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติการส่งเสริมการเรียนรู้อื่นๆ พ.ศ. ในมาตรา 5 เป็น

“เพื่อพัฒนาบุคคลให้มีความสมบูรณ์ทั้งร่างกาย จิตใจ และสติปัญญา เป็นคนดี มีวินัย รู้จักสิทธิควบคู่กับหน้าที่ และความรับผิดชอบ ภูมิใจและตระหนักในความสำคัญของชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รู้จักรักษาประโยชน์ส่วนรวมและของประเทศชาติ รู้จักความพอเพียง มีเหตุผล มีภูมิคุ้มกันในตัวที่ดี ใฝ่เรียนรู้อื่นๆ มีความรอบรู้ รอบคอบ ระมัดระวัง มีคุณธรรมและมีความซื่อสัตย์สุจริต รวมทั้งมีสำนึกในความรับผิดชอบทั้งต่อตนเอง ครอบครัว ชุมชน สังคม และประเทศชาติ และสามารถอยู่ร่วมกับผู้อื่นได้อย่างมีความสุขกับเพื่อให้บุคคลมีทักษะการเรียนรู้อื่นๆ ทักษะอาชีพและทักษะชีวิตที่สอดคล้องและเท่าทันพัฒนาการของโลก และมีโอกาสพัฒนาหรือเพิ่มพูนทักษะของตนให้สูงขึ้นหรือปรับเปลี่ยนทักษะของตนตามความถนัดหรือความจำเป็น อีกทั้งการพัฒนาทักษะที่จำเป็นแก่ทุนมนุษย์โดยสนับสนุนให้เป็นพลเมืองโลกให้เป็นคนที่มีสมรรถนะจะนำพาประเทศไปสู่การพัฒนาที่มั่นคงและยั่งยืน มีความพร้อมในการเรียนรู้อื่นๆ ในศตวรรษที่ 21”

1.2) การแก้ไขเพิ่มเติมรูปแบบของการเรียนรู้อื่นๆ

เสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 6 เป็นมาตรา 6 “ให้กรมมีหน้าที่ส่งเสริมการเรียนรู้อื่นๆ ดังต่อไปนี้ (1) การเรียนรู้อื่นๆในระบบ (2) การเรียนรู้อื่นๆนอกระบบ (3) การเรียนรู้อื่นๆตามอัธยาศัย”

1.3) การเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดิน

มาตรา..... “การใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินแสดงให้เห็นว่าการส่งเสริมการเรียนรู้อื่นๆ ตลอดชีวิตมีความสำคัญและให้สิทธิในการใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินได้ภายในเงื่อนไข ดังนี้

(1) ผู้ที่ดำเนินการจัดการศึกษาตลอดชีวิตสามารถใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินในการดำเนินการจัดการศึกษาตลอดชีวิต ภายในขอบเขตที่ว่าจะต้องไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์เดิมของการใช้สาธารณสมบัตินั้นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติอื่นและกฎหมายลำดับรอง

(2) ในกรณีตามประการที่หนึ่ง ผู้มีอำนาจหน้าที่จัดการสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ต้องอนุญาตให้ใช้สาธารณสมบัติ เว้นแต่มีเหตุผลพิเศษในการไม่อนุญาต”

1.4) การเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดตั้งตำแหน่งผู้ให้คำปรึกษาด้านการเรียนรู้ตลอดชีวิตประจำตำบล

มาตรา..... “ให้กรมจัดให้มีผู้ให้คำปรึกษาด้านการเรียนรู้ตลอดชีวิตประจำตำบล เพื่อดูแล ช่วยเหลือ ส่งเสริม สนับสนุน อำนวยความสะดวก และแนะนำการเรียนรู้ให้แก่ผู้รับคำปรึกษา”

2) หลักเกณฑ์ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ.

เสนอแนะให้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การมีส่วนร่วมของภาคีเครือข่าย โดยมีรูปแบบการมีส่วนร่วมเชิงรุก (Active Participate) ดังต่อไปนี้ 1) การเข้าร่วม 2) การให้ใช้สิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ 3) การให้คำปรึกษา 4) การเป็นหุ้นส่วน 5) การร่วมทำกิจกรรมต่าง ๆ 6) การตัดสินใจในกิจกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีส่วนร่วมตั้งแต่เริ่มต้นจนเสร็จกิจกรรม 7) การได้รับประโยชน์ร่วมกันในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง 8) การจัดอบรมการพัฒนาแรงงานทักษะสูง

3) ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

ผลการวิจัยนำไปสู่ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายเพื่อเพิ่มเติมปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ นอกเหนือจากการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการเรียนรู้ พ.ศ. ได้แก่ การจัดตั้งหน่วยงานกองทุน การกำหนดตัวชี้วัด การพัฒนาบุคลากรภายใต้การกำกับดูแลของกรมส่งเสริมการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแรงงาน การร่วมมือกับภาคเอกชนในการจัดการอบรม และการใช้เทคโนโลยีเพื่อส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตของประชาชน ดังนี้

3.1) การจัดตั้งหน่วยงานเพื่อรับผิดชอบการเรียนรู้ตลอดชีวิตภายใต้การกำกับดูแลของกรมส่งเสริมการเรียนรู้อย่างเป็นระบบ โดยให้มีการดำเนินการประสานงานกับองค์การระหว่างประเทศและมหาวิทยาลัยเปิดของไทย รวมทั้งให้ได้รับการจัดสรรงบประมาณและอัตรากำลังอย่างเพียงพอโดยพิจารณาจากพันธกิจของหน่วยงาน

3.2) การจัดตั้งกองทุนส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตที่บริหารงานโดยคณะผู้เชี่ยวชาญ ด้านการศึกษา การบริหาร และการเงินเพื่อลดงบประมาณภาครัฐในระยะยาว

3.3) การกำหนดดัชนีชี้วัดผลงานหรือความสำเร็จของงาน (Key Performance Indicator: KPI) ของหน่วยงานเพื่อรับผิดชอบการเรียนรู้ตลอดชีวิตภายใต้การกำกับดูแลของกรมส่งเสริม การเรียนรู้ให้มีการประสานงานกับส่วนท้องถิ่น

3.4) การเพิ่มเติมวันลาเพื่อการศึกษาในกฎหมายแรงงาน

3.5) การจัดตั้งโครงการสนับสนุนการอบรมผู้ตกงานที่มีกระบวนการให้นายจ้าง สามารถคัดเลือกลูกจ้างเข้าทำงานได้โดยทันทีหลังจากสิ้นสุดการอบรม

3.6) การสนับสนุนงบประมาณบางส่วนสำหรับการจัดตั้งโครงการสนับสนุนการอบรม พัฒนาแรงงานทักษะสูงโดยความร่วมมือกับภาคเอกชน

3.7) การจัดตั้งโครงการอบรมสำหรับคนที่บกพร่อง หรือมีความต้องการด้านการศึกษาก เป็นพิเศษและให้เป็นไปตามช่วงวัยที่เหมาะสม

3.8) การสร้างมาตรการจูงใจให้เอกชนและองค์กรไม่แสวงหากำไรมาเข้าร่วมเพื่อการ สนับสนุนการเรียนรู้ตลอดชีวิต

3.9) การพัฒนาครูผู้สอน และสร้างโครงสร้างการเติบโตในเส้นทางอาชีพของครู ในการศึกษานอกระบบที่ชัดเจนและเป็นระบบตลอดจนการให้เกียรติยกย่องและให้รางวัล ซึ่งรวมถึงครูภูมิปัญญา อาสาสมัครด้วย

3.10) การจัดทำแพลตฟอร์มเบ็ดเสร็จที่สามารถทราบข้อมูลการศึกษาหรือแหล่งเรียนรู้ ได้ทั่วประเทศ รวมถึงแสดงงบประมาณในการจัดทำกิจกรรมต่าง ๆ และมีช่องทางการรับฟัง ความคิดเห็น

3.11) การมีนักการส่งเสริมการเรียนรู้ (Lead Learner) เพื่ออำนวยความสะดวกและ ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการเรียนรู้ตลอดชีวิต

4) ข้อเสนอแนะการวิจัยครั้งต่อไป

4.1) การศึกษาและวิเคราะห์มาตรการการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตในบริบทของ การมีส่วนร่วมกับผู้จ้างงาน เช่น คุปองการเข้าร่วมอบรม การจ่ายเงินสมทบของนายจ้างเพื่อ ส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิต

4.2) การศึกษาและวิเคราะห์การจัดทำระบบรับรองคุณวุฒิการศึกษาที่ครอบคลุม ทั้งด้านหลักสูตร การอบรม การได้รับประกาศนียบัตร ประสบการณ์สายอาชีพและวิชาชีพ

บรรณานุกรม

- ประเวศ วะสี, **อภิวัดการเรียนรู้...สู่จุดเปลี่ยนประเทศไทย**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมสังคมแห่งการเรียนรู้และคุณภาพเยาวชน (สสค.), 2557).
- สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน, **แนวทางการดำเนินงานขององค์กรบุคคลและการมีส่วนร่วม**, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์สหกรณ์การเกษตรแห่งประเทศไทย, 2550).
- สหประชาชาติประเทศไทย, **การศึกษาที่มีคุณภาพ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://thailand.un.org/th/sdgs/4>
- สุวิธิดา จรุงเกียรติกุล, **นิทัศน์แนวคิดและแนวทางการส่งเสริมการเรียนรู้ตลอดชีวิตในประเทศไทย**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2564).
- สุวิธิดา จรุงเกียรติกุล, **แนวทางการจัดการศึกษาตลอดชีวิตเพื่อขับเคลื่อนชุมชนการเรียนรู้ในบริบทสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทย (Guides for Lifelong Education Management to Mobilize Learning Community in the Social-Cultural Context of Thailand)**, วารสารครุศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 46 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2561).
- อมรรักษ์ สวนชุมพล, **แนวคิดการเรียนรู้ด้วยการนำตนเองกับการจัดการศึกษา**, วารสารบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยราชภัฏวไลยอลงกรณ์ ในพระบรมราชูปถัมภ์, ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 (เมษายน 2558).
- อรทัย คักดีสูง, **การวิเคราะห์ความสอดคล้องระหว่างทฤษฎีแอนดราโกยี (Andragogy) ของ มัลคอล์ โนลส์ กับวิธีการสอนในหลักสูตรผู้บริหารสถานศึกษาระดับสูงของสถาบันพัฒนาผู้บริหารการศึกษา**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรปริญญาครุศาสตรมหาบัณฑิต คณะครุศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543).
- Carolyn Medel-Anonuevo, Toshio Ohsako and Werner Mauch, **Revisiting Lifelong Learning for the 21st Century**, (Hamburg: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2001).
- Center for Public Impact a BCG Foundation, **Japan's Lifelong Learning Promotion Law** [Online], Source: <https://www.centreforpublicimpact.org/case-study/lifelong-learning-japan/>

- D. R. Cruickshank and D. Haefele, **Good Teachers, Plural**, Educational Leadership, Volume 58 Issue 5 (2001).

- European Commission, **Finland: Adult Education and Training** [Online], Source: https://eacea.ec.europa.eu/national-policies/eurydice/content/adult-education-and-training-25_en

- Finland, Ministry of Education and Culture, **Liberal Adult Education** [Online], Source: <https://minedu.fi/en/liberal-adult-education>

- Hannele Niemi and Ulpuukka Isopahkala-Bouret, **Lifelong Learning in Finish Society – An Analysis of National Policy Documents, November 2012** [Online], Source: https://www.researchgate.net/publication/277017765_Lifelong_learning_in_Finnish_society_-_An_analysis_of_national_policy_documents

- Hilla Auren, **Finland Country Case Study** [Online], Source: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000259545/PDF/259545eng.pdf.multi>

- In Tak Kwon, Junghwan Kim and Doo Hun Lim, **Becoming a Lifelong Learning City: Lessons from a Provincial City in South Korea** [Online], Source: <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED570514.pdf>

- J. H. Stronge and J. Hindman, **Hiring the Best Teachers**, Educational Leadership, Volume 60 Issue 8 (2003).

- Japanese Civil Society Organizations (CSOs), **Social Education/Adult Education in Japan: Policies, Practices and Movements During the Last 12 Years, May 2009** [Online], Source: <http://prof.mt.tama.hosei.ac.jp/~yarai/JDGMC ON6/CSOsREPfinalen.pdf>

- Jari Lavonen, **Governance decentralisation in education: Finnish innovation in education, Gobernanza descentralizada: Una innovación finlandesa en educación**, Revista de Educación a Distancia, Volume 53 Issue 1 (Marzo 2017).

- Jeong Mee-Ryang and Lee Woojin, **Korean Education: Educational Thought, System and Content** [Online], Source: https://www.aks.ac.kr/ikorea/upload/intl/otmai/UserFiles/UKS9_Korean%20Education_eng.pdf

- Jung Eun Lee, **Implementation of Lifelong Learning Policies in South Korea: A World Society Perspective 4** [Online], Source: <https://newprairiepress.org/cgi/viewcontent.cgi?article=3706&context=aerc>

- Matti Kyro, **Vocational Education and Training in Finland: Short Description** [Online], Source: https://www.cedefop.otmai.eu/files/5171_en.pdf

- OECD iLibrary, **Strengthening the Governance of Skills Systems: Lessons from Six OECD Countries** [Online], Source: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/cd2b486a-en.pdf?expires=1612884274&id=id&accname=guest&checksum=59A67E77E7A114FABFE1C3ECB4BE5629>

- Rina Cohen, **Lifelong Learning: Right and Benefit, Duty and Responsibility, Adult Education in Israel and Around the World: Achievement and Outlining a Policy** [Online], Source: <https://cms.education.gov.il/NR/rdonlyres/513BEF32-75A1-4D95-9586-6D66273083D0/158099/4LifelongLearningRightandBenefitDutyandResponsibil.pdf>

- Yutaka Shiraishi, **Alternative Approaches to Financing Lifelong Learning**, (Country Report Japan Department of Education Kyoto University, n.d.).

บทความวิชาการ (Academic Articles)

การพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองตามกฎหมายของ สาธารณรัฐประชาชนจีนเปรียบเทียบกับประเทศไทย

Trials on Administrative Contracts in accordance with the
Law of People's Republic of China Compared to Thailand

สมคิด บุญลั่นเหลือ*

ทนายความและนักวิชาการอิสระ

Somkid Boonlonlear

Lawyer and Independent Scholar

วันที่รับบทความ 29 ธันวาคม 2564; วันที่แก้ไขบทความ 24 กุมภาพันธ์ 2565; วันที่ตอบรับบทความ 10 มีนาคม 2565

บทคัดย่อ

คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีที่มีสถิติการฟ้องคดีต่อศาลปกครองไทย มากเป็นอันดับสองรองจากคดีปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ถ้าสุดศาลประชาชน สูงสุดแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ออกข้อบัญญัติว่าด้วยประเด็นการพิจารณาคดีสัญญา

* น.บ. และ ศ.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; LL.M. Competition Law and Economics, Erasmus University Rotterdam, The Netherlands; ศศ.ม. (เศรษฐศาสตร์และการเงินระหว่างประเทศ) จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย; ปร.ด. สหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; Certificate of Chinese Language, Beijing Language and Culture University, People's Republic of China; อีเมลติดต่อ dageyang@hotmail.com

ปัจจุบันยังเป็นผู้เข้ารับการอบรมหลักสูตรกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ที่ได้รับการรับรองจาก ก.ศป. แล้ว) รุ่นที่ 12 มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองร่วมกับวิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง สำนักงานศาลปกครอง

ทางปกครอง ค.ศ. 2019 (Provisions of the Supreme People's Court on the Trial of Certain Issues in Cases of Administrative Agreements (2019)) เพื่อใช้เป็นหลักในการตีความของศาลในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของจีน โดยเริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2563 เป็นต้นไป จึงเป็นที่มาของวัตถุประสงค์ของบทความเพื่อศึกษาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบเกี่ยวกับการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองตามกฎหมายของจีนและของไทยภายใต้กฎหมาย กฎระเบียบ และแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาสรุปได้ว่า การพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของทั้งสองประเทศมีข้อสังเกตเชิงเปรียบเทียบ 6 ประการ กล่าวคือ (1) คู่กรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งสองประเทศมีส่วนที่บัญญัติเหมือนกันคือต้องมีคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่ของจีนผู้ฟ้องคดีต้องเป็นฝ่ายเอกชนและผู้ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายรัฐ ในขณะที่ของไทยกำหนดเพียงคู่กรณีฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายรัฐ (2) ลักษณะของสัญญาทางปกครอง ทั้งสองประเทศมีการกำหนดสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะชัดเจนโดยกฎหมายบัญญัติ เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาเกี่ยวกับการให้สิทธิหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น และเปิดกว้างในการกำหนดสัญญาทางปกครองในลักษณะอื่นโดยสภาพหรือโดยความตีความของศาล (3) การโต้แย้งอำนาจศาลในการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองและระดับชั้นศาลในประเด็นอำนาจศาลมีความแตกต่างกันเนื่องจากจีนเป็นระบบศาลเดี่ยวโดยศาลประชาชน ในขณะที่ไทยเป็นระบบศาลคู่ที่สัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ทั้งนี้ ทั้งสองประเทศใช้ระบบพิจารณาคดีแบบสองศาลเหมือนกันโดยจีนเริ่มต้นคดีที่ระดับศาลชั้นต้นและถึงที่สุดที่ศาลระดับชั้นที่สองหรือเทียบเท่าชั้นอุทธรณ์ ในขณะที่ของไทยเริ่มต้นที่ศาลปกครองชั้นต้นโดยสามารถอุทธรณ์และคดีถึงที่สุดที่ชั้นศาลปกครองสูงสุด (4) เหตุแห่งการฟ้องคดี กรณีของจีนมีการระบุเหตุแห่งการฟ้องคดีสัญญาทางปกครองไว้ 3 เหตุตามที่บัญญัติไว้ในข้อกำหนด ในขณะที่ของไทยระบุเหตุแห่งการฟ้องคดีในกรณีที่เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (5) ระยะเวลาการฟ้องคดี มีการกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีไว้แตกต่างกันโดยจีนใช้ระยะเวลาการฟ้องคดีเช่นเดียวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองทั่วไป ในขณะที่ของไทยมีการกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีสัญญาทางปกครองไว้เป็นการเฉพาะ และ (6) ระบบวิธีพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองของศาล โดยศาลประชาชนจีนใช้ระบบกล่าวหาเหมือนคดีทั่วไปในขณะที่ศาลปกครองไทยเป็นระบบไต่สวน ทั้งนี้ ศาลทั้งสองประเทศเป็นการดำเนินคดีโดยองค์คณะ

เช่นเดียวกัน และศาลประชาชนจีนเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาสมทบร่วมเป็นองค์คณะตัดสินคดี ในขณะที่ศาลปกครองไทยจะมีตุลาการผู้แถลงคดีเพื่อถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์คณะ

คำสำคัญ: สัญญาทางปกครอง, การพิจารณาคดีปกครอง, ศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน, ศาลปกครองไทย

Abstract

The dispute over administrative contracts is the second most prosecuted case against the Thai Administrative Court after the administrative case related to personnel management. The Supreme People's Court of the People's Republic of China recently issued the Provisions of the Supreme People's Court on the Trial of Certain Issues in Cases of Administrative Agreements (2019) to be used primarily for judicial interpretation on Chinese administrative contracts, effective on January 1, 2020 onwards. Therefore, the article's objective is to compare legal studies on trials of administrative contract under Chinese and Thai law and regulations, and relevant adjudications.

The study concluded that the disputed ruling on the administrative contracts of both countries would be comparatively noted on six observations: (1) the disputed parties to the administrative contracts. Both countries have the same commandment that one party must be an administrative entity. But Chinese plaintiff must be private and the defendant must be administrative organ, while Thailand requires only one of its parties to be administrative entity; (2) the nature of administrative contracts. both countries have established administrative contracts that are clearly characterized by law such as concession contracts, contracts regarding the entitlement or exploitation of natural resources, and are open to determining other administrative contracts by condition or by the interpretation of the court; (3) arguments of jurisdiction in judicial and court-level rulings. On the issue of jurisdiction, there are differences since China is a

single court system by people's courts. While Thailand is a dual court system where administrative contracts are within the jurisdiction of the administrative court. The two countries use the same two-court judicial system, with China starting cases at the people's court of first instance level and reaching to the last at the intermediate people's court or equivalent to the court of appeal, while Thailand's starts at the Administrative Court of First Instance with the appeal to the Supreme Administrative Court for the final judgement; (4) cause of action. China's case only identifies the 3 causes of action for administrative contracts as defined by the law, while Thailand identifies the cause of action in the event of arguments regarding administrative contracts; (5) prosecution period. The prosecution period is defined differently, with China using the same prosecution period as the administrative cases in general. While Thailand has specifically defined the prosecution period for the administrative contract; and (6) the administrative contract's court proceedings. People's Court of the People's Republic of China uses the accusatorial system like a regular case while the Thai Administrative Court is the inquisitorial system. However, both courts use a quorum for trial and adjudication. Chinese court has given the opportunity for People's Assessors to join a quorum, while the Thai Administrative Court has judge-Commissioner of Justice who makes a statement to balance a quorum's use of power.

Keywords: Administrative Contracts, Administrative Trials, People's Court of the People's Republic of China, Thai Administrative Court

1. บทนำ

เมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. 2562 ศาลประชาชนสูงสุดแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน (China's Supreme People's Court) ได้ออกข้อบัญญัติใหม่ที่เรียกว่า ข้อบัญญัติว่าด้วยประเด็นการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง ค.ศ. 2019 (Provisions of the Supreme People's Court on the Trial of Certain Issues in Cases of Administrative Agreements (2019)) 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》 เพื่อใช้เป็นหลักในการตีความของศาลในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของจีน และได้เริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2563 เป็นต้นไป

คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นคดีที่มีความสำคัญไม่เพียงแต่เฉพาะในการอำนวยความสะดวกหรือธรรมทางปกครองโดยศาลเท่านั้น หากแต่ยังมีความสำคัญต่อการจัดทำบริการสาธารณะโดยหน่วยงานทางปกครองและการประกอบกิจการของภาคเอกชนในฐานะคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ในประเทศไทยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองรวมถึงคดีเกี่ยวกับการพัสดุถือเป็นคดีที่มีสถิติการฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดมากเป็นอันดับสองรองจากคดีปกครองที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล¹ อีกทั้งยังเป็นคดีที่มีทุนทรัพย์สูงและมีความสลับซับซ้อนตามลักษณะของสัญญาของแต่ละโครงการต่าง ๆ ครอบคลุมตั้งแต่โครงการจัดทำบริการสาธารณะขนาดเล็กขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไปจนถึงสัญญาจัดทำบริการสาธารณูปโภคขนาดใหญ่ในระดับชาติที่มีภาคเอกชนขนาดใหญ่ทั้งในประเทศและต่างประเทศเข้าร่วมเป็นคู่สัญญา

ทั้งนี้ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไม่เพียงมีความสำคัญต่อการพิจารณาคดีของศาลปกครองของไทยเท่านั้น ประเทศจีนหรือสาธารณรัฐประชาชนจีนซึ่งปัจจุบันกลายเป็นประเทศที่มีขนาดของเศรษฐกิจใหญ่ที่สุดเป็นอันดับสองรองจากสหรัฐอเมริกา ก็มีการใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะและมีประเด็นเกี่ยวกับการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองของหน่วยงานภาครัฐเช่นเดียวกับไทย จนนำไปสู่การยกร่างข้อบัญญัติว่าด้วย

¹ ศาลปกครอง, สถิติเรื่องที่ฟ้องต่อศาลปกครองของปี 2564 [ออนไลน์], 31 สิงหาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://admincourt.go.th/admincourt/site/03stattotal.html/>

ประเด็นการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองดังกล่าวเมื่อปลายปี พ.ศ. 2562 โดยใช้เวลายกร่างข้อบัญญัติฯ มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2559²

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอการศึกษาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบระหว่างการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนกับศาลปกครองไทยตามกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ตลอดจนตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้อง โดยเริ่มต้นจากการนำเสนอในส่วนของสาธารณรัฐประชาชนจีนก่อน จากนั้นจึงนำเสนอในส่วนของประเทศไทย ต่อด้วยข้อสังเกตเกี่ยวกับการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบของสองประเทศ ตามด้วยบทสรุปอันเป็นส่วนสุดท้าย

2. การพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองโดยศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

ระบบศาลของจีนเป็นระบบศาลเดี่ยว ไม่ได้เป็นระบบศาลคู่เหมือนอย่างประเทศไทย โดยจีนมีศาลประชาชน (People's Court) ที่แบ่งระดับชั้นตั้งแต่ศาลชั้นต้นถึงศาลประชาชนสูงสุด โดยศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาททั้งปวงรวมถึงคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ จีนมีกฎหมายและกฎระเบียบหลักที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองอยู่ 2 ฉบับ ได้แก่ กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 1989 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2014 (Administrative Procedure Law 1989, amended 2014) 《中华人民共和国行政诉讼法》 และข้อบัญญัติว่าด้วยประเด็นการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง ค.ศ. 2019 (ข้อบัญญัติฯ) ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น โดยกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014 เป็นกฎหมายหลักที่ให้สิทธิแก่เอกชนในการฟ้องคดีต่อหน่วยงานทางปกครองของจีนได้ ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองนั้น ในข้อบัญญัติฯ ได้มีการอ้างอิงและตีความมาตราตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014 จำนวน 4 มาตราด้วยกัน ได้แก่ มาตรา 12 วรรคหนึ่ง (11) มาตรา 49 (3) มาตรา 70 และมาตรา 78 โดยในที่นี้จะเป็นการสรุปสาระสำคัญของข้อบัญญัติ

² China Justice Observer, **How Chinese Courts Deal With Government Contract Disputes? Administrative Agreements Series-01** [Online], 18 October 2021. Source: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/how-chinese-courts-deal-with-government-contract-disputes/>

ว่าด้วยประเด็นการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง ค.ศ. 2019 ซึ่งมีทั้งหมด 29 ข้อ³ ที่ศาลประชาชนของจีนจะนำมาใช้เป็นหลักในการตีความ (Judicial Interpretation) คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ดังนี้

ข้อ 1 ขอบเขตของข้อบัญญัติฯ เพื่อให้สัญญาทางปกครองระหว่างหน่วยงานทางปกครองและภาคเอกชน (ประกอบด้วย พลเรือนหรือบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือองค์การอื่น) เป็นไปตามมาตรา 12 วรรคหนึ่ง (1) ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014 ที่บัญญัติให้ศาลประชาชน (People's Court) มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ฟ้องโดยภาคเอกชนเกี่ยวกับการให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติตามข้อตกลงตามสัญญาให้อนุญาตสัญญาเกี่ยวกับที่ดิน ที่อยู่อาศัย และสัญญาทางปกครองอื่น

ข้อ 2 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง ที่ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษามี 6 ลักษณะ ได้แก่ (1) สัญญาสัมปทาน (2) สัญญาเวนคืนหรือชดเชยค่าทดแทนเกี่ยวกับที่ดิน ที่อยู่อาศัย และการเวนคืนอื่น ๆ (3) สัญญาให้สิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ (4) สัญญาเช่าและซื้อขายที่อยู่อาศัยที่ลงทุนโดยรัฐบาล (5) สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐบาลและนักลงทุน และ (6) สัญญาทางปกครองอื่น

ข้อ 3 ข้อยกเว้นของสัญญาทางปกครอง ที่ศาลไม่อาจรับไว้พิจารณา ได้แก่ (1) สัญญากับหน่วยงานทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการให้ความช่วยเหลือโดยรัฐ (official assistance) (2) สัญญาเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลและแรงงานภายในหน่วยงานทางปกครอง

ข้อ 4 ลักษณะของข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการจัดทำ ปฏิบัติ เปลี่ยนแปลง หรือการยกเลิกสัญญาระหว่างคู่กรณีภาคเอกชนซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีกับหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดีรวมถึงผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากหน่วยงานทางปกครอง

³ ในการใช้ถ้อยคำเพื่อสรุปเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญทั้ง 29 ข้อนี้ ผู้เขียนใช้วิธีแปลความหมายจากข้อบัญญัติฯ ที่มีการแปลเป็นภาษาอังกฤษและจากต้นฉบับภาษาจีนกลางควบคู่กัน โดยพยายามใช้ถ้อยคำในภาษาไทยให้สอดคล้องกับถ้อยคำทางกฎหมายที่ปรากฏในกฎหมายปกครองของไทยให้มากที่สุด โดยเฉพาะถ้อยคำตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎหมายหรือกฎระเบียบอื่นที่เกี่ยวข้อง หากต้องการความถูกต้องเพื่อใช้ในทางอรรถคดีขอได้โปรดศึกษาจากเอกสารต้นฉบับภาษาจีนกลางเป็นหลัก

ข้อ 5 เหตุแห่งการฟ้องคดี ได้แก่ (1) การที่ภาคเอกชนถูกห้ามหรือปฏิเสธไม่ให้เข้าร่วมการประมูลแข่งขันหรือรับจดทะเบียนเพื่อทำสัญญากับหน่วยงานทางปกครอง (2) การที่ภาคเอกชนได้รับค่าทดแทนจากสัญญาเวนคืนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างที่ไม่เป็นธรรม (3) การที่ภาคเอกชนถูกโต้แย้งสิทธิหรือผลประโยชน์จากการจัดทำ ปฏิบัติ เปลี่ยนแปลง หรือการยกเลิกสัญญาทางปกครอง

ข้อ 6 ห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีฟ้องแย้ง ภายหลังจากที่ศาลรับฟ้องแล้ว

ข้อ 7 เขตอำนาจศาล ได้แก่ ภูมิลำเนาของผู้ฟ้องคดี หรือที่มูลคดีเกิด เช่น สถานที่ทำสัญญาหรือสถานที่ปฏิบัติการตามสัญญาหรือสถานที่ที่เป็นข้อพิพาทแห่งสัญญา

ข้อ 8 การเปลี่ยนแปลงจากคดีแพ่งเป็นคดีปกครอง ในกรณีที่ภาคเอกชนมีการฟ้องร้องเกี่ยวกับสัญญาเป็นคดีแพ่งแล้วต่อมาเห็นว่าเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในกรณีนี้ให้ศาลรับพิจารณาต่อไปได้

ข้อ 9 คำขอบังคับพิเศษ (Special Claims) ตามมาตรา 49 (3) แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014 หมายความว่า (1) คำขอให้เพิกถอนการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของสัญญาทางปกครอง (2) คำขอให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติตามมูลหนี้ตามกฎหมายหรือตามสัญญาทางปกครอง (3) คำขอยืนยันให้สัญญาทางปกครองมีผลใช้บังคับต่อไป (4) คำขอให้หน่วยงานทางปกครองกระทำการตามสัญญา (5) คำขอให้สัญญาทางปกครองสิ้นสุด (6) คำขอให้หน่วยงานทางปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (7) คำขอบังคับอื่นเพื่อให้มีการจัดทำ ปฏิบัติ เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญา

ข้อ 10 ภาระในการพิสูจน์ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีภาระในการพิสูจน์ถึงอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการจัดทำ ปฏิบัติ เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้เพิกถอนหรือให้สัญญาทางปกครองสิ้นสุด ให้ผู้ฟ้องคดีมีภาระในการพิสูจน์ การเพิกถอนหรือการสิ้นสุดนั้น ในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการขอให้ปฏิบัติการตามสัญญา ให้คู่กรณีที่ได้รับผิดชอบในการปฏิบัติการตามสัญญาเป็นผู้พิสูจน์

ข้อ 11 การพิจารณาคดีของศาลประชาชน ให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายว่าผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการเกี่ยวกับการจัดทำ ปฏิบัติ เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญา โดยมีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ หรือใช้อำนาจในทางที่ผิด หรือมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างไม่ถูกต้อง หรือมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการตามกฎหมาย หรือมีการดำเนินการ

ที่ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ และในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ให้ศาลตรวจสอบตามที่ฟ้อง

ข้อ 12 สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ หากเป็นสัญญาทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองอย่างมีสาระสำคัญและโดยชัดแจ้ง ในกรณีนี้ ศาลอาจนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้ในการพิจารณาโมฆะกรรมของสัญญาทางปกครองก็ได้ และในกรณีที่เหตุแห่งการตกเป็นโมฆะของสัญญาทางปกครองหมดสิ้นไปก่อนสิ้นสุดการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น ศาลอาจยืนยันให้สัญญาทางปกครองดังกล่าวไม่ตกเป็นโมฆะได้

ข้อ 13 การบังคับใช้ของสัญญาทางปกครอง ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองยังไม่ดำเนินกระบวนการอนุมัติให้สัญญาทางปกครองมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายก่อนสิ้นสุดวันพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น ให้ศาลมีคำสั่งว่าสัญญาทางปกครองดังกล่าวยังไม่ใช้บังคับ ในกรณีนี้ หากสัญญาทางปกครองดังกล่าวมีข้อตกลงระบุให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่ดำเนินกระบวนการอนุมัติแต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ดำเนินการตามข้อตกลง ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องรับผิดชอบ

ข้อ 14 สัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบ อันเกิดจากการบังคับขู่เข็ญ ฉ้อโกง หลงผิด ในสาระสำคัญ ไม่เป็นธรรม หรือโดยประการอื่นใด หากผู้ฟ้องคดีร้องขอ ให้ศาลพิจารณาคดี และมีคำสั่งยกเลิกสัญญาทางปกครองที่ไม่ชอบตามที่กฎหมายกำหนด

ข้อ 15 การคืนทรัพย์สินหรือให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ในกรณีที่สัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ ถูกยกเลิกเพิกถอนหรือสิ้นสุด ให้ศาลมีคำสั่งให้คืนทรัพย์สินที่คู่กรณีได้มาจากสัญญาทางปกครองนั้น หากไม่สามารถคืนได้ให้ใช้ค่าสินไหมทดแทน หากสัญญาทางปกครองถูกยกเลิกเพิกถอนหรือสิ้นสุดอันเป็นเหตุจากผู้ถูกฟ้องคดีให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินมาตรการเยียวยาความเสียหายรวมถึงจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ได้รับความเสียหายด้วย

ข้อ 16 การยกฟ้อง การให้ระงับการ หรือเยียวยาความเสียหาย ในกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญาทางปกครองที่พิพาทนั้นถูกต้องตามกฎหมายหรือจะเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์ของชาติ (national interest) หรือประโยชน์สาธารณะ (public interest) และผู้ถูกฟ้องคดีได้มีการดำเนินการเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอแล้ว ให้ศาลยกฟ้อง ในกรณีที่การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ถูกต้องตามมาตรา 70 หรือมาตรา 78 ของกฎหมายวิธี

พิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014⁴ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการให้ถูกต้องหรือดำเนินมาตรการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีแล้วแต่กรณี

ข้อ 17 การสั่งให้เลิกสัญญา หากผู้ฟ้องคดีร้องขอและศาลเห็นว่าการเลิกหรือสิ้นสุดความมีผลแห่งสัญญาทางปกครองไม่เป็นอันตรายต่อประโยชน์ของชาติ ประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของบุคคลอื่น ศาลอาจมีคำสั่งให้เลิกสัญญาทางปกครองดังกล่าว

ข้อ 18 การใช้สิทธิทางแพ่ง ศาลจะอนุญาตหากคู่กรณีประสงค์ให้มีการใช้สิทธิหรือปกป้องสิทธิตามหลักกฎหมายแพ่ง

ข้อ 19 การสั่งให้ปฏิบัติหรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดี หากผู้ถูกฟ้องคดีถูกพิพากษาว่ากระทำผิดสัญญาทางปกครอง ศาลอาจนำบทบัญญัติตามมาตรา 78 ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014 มาใช้เพื่อสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติตามสัญญาหรือให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีหากมีการร้องขอ

ข้อ 20 การฟ้องคดีก่อนสิ้นสุดระยะเวลาในสัญญาทางปกครอง หากผู้ถูกฟ้องคดีแสดงออกโดยชัดแจ้งว่าไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง ศาลจะมีอำนาจสั่งรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีก่อนระยะเวลาในสัญญาทางปกครองจะสิ้นสุดเพื่อให้มีการเรียกร้องความรับผิดชอบจากการผิดสัญญาได้

ข้อ 21 การใช้อำนาจทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ก่อให้เกิดต้นทุนหรือภาระเกินสมควรแก่ผู้ฟ้องคดี แม้ว่าจะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อประโยชน์ของชาติหรือประโยชน์สาธารณะก็ตาม ศาลจะมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีได้รับค่าสินไหมทดแทนจากผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อการนั้นก็ได้

ข้อ 22 การแก้ไขคำฟ้องกรณีสัญญาทางปกครองตกเป็นโมฆะ ในกรณีผู้ฟ้องคดีฟ้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีรับผิดชอบจากการผิดสัญญาและภายหลังศาลพิจารณาคดีแล้วเห็นว่าสัญญาทางปกครอง

⁴ มาตรา 70 บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่ศาลอาจพิจารณามีคำสั่งให้เพิกถอนได้ทั้งหมดหรือบางส่วน หากการกระทำทางปกครองนั้น (1) ไม่มีหลักฐานรองรับเพียงพอ (2) ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือกฎระเบียบ (3) ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการตามกฎหมาย (4) ใช้เกินขอบเขตของอำนาจหน้าที่ (5) เป็นการใช้อำนาจในทางที่ผิด (6) ไม่เหมาะสมอย่างชัดแจ้ง ส่วนมาตรา 78 บัญญัติให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ระบุในมาตรา 12 วรรคแรก (11) ดำเนินการตามสัญญาให้ถูกต้องหรือดำเนินมาตรการเยียวยาความเสียหายหรือชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

ตกเป็นโมฆะ ศาลจะสั่งให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการแก้ไขคำฟ้องให้ถูกต้อง หากผู้ฟ้องคดีไม่แก้ไข ศาลอาจพิจารณายกฟ้อง

ข้อ 23 การไต่เถียงคดี ศาลอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาให้มีไต่เถียงคดีได้โดยคำนึงถึงหลักความสมัครใจของคู่กรณี การดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายและไม่เป็นอันตรายต่อประโยชน์ของชาติ ประโยชน์สาธารณะ หรือสิทธิและประโยชน์ของบุคคลอื่น

ข้อ 24 กรณีภาคเอกชนไม่ปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง หน่วยงานทางปกครองอาจมีหนังสือแจ้งให้ภาคเอกชน (พลเรือนหรือบุคคลธรรมดา นิติบุคคล หรือองค์การอื่น) ปฏิบัติตามสัญญาภายในเวลาที่กำหนด หากไม่ดำเนินการ หน่วยงานทางปกครองอาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งบังคับตามสัญญาได้

ข้อ 25 ระยะเวลาการฟ้องคดี หากภาคเอกชนฟ้องคดีต่อหน่วยงานทางปกครองเพื่อให้ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาทางปกครองให้นำหลักเรื่องอายุความตามกฎหมายแพ่งมาใช้ หากเป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองโดยหน่วยงานทางปกครองที่มีการเปลี่ยนแปลงหรือเลิกสัญญาทางปกครองให้นำระยะเวลาการฟ้องคดีในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้⁵

ข้อ 26 ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ศาลจะยืนยันให้ข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะได้ เว้นแต่จะเป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมาย กฎระเบียบทางปกครอง หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ที่ประเทศจีนเข้าร่วมหรือยอมรับ

ข้อ 27 การอุดช่องว่างทางกฎหมาย เมื่อศาลพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้นำบทบัญญัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองให้ใช้บทบัญญัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ และศาลอาจนำบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งในกฎหมายแพ่งมาใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็ได้

⁵ ตามมาตรา 46 ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014 กำหนดให้ระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองต้องยื่นฟ้องภายในหกเดือนนับจากวันที่รู้ถึงการกระทำทางปกครอง หรือภายในห้าปีนับแต่วันที่มูลคดีเกิด สำหรับกรณีฟ้องคดีเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ต้องยื่นฟ้องภายในสี่ปีนับแต่วันที่มูลคดีเกิด

ข้อ 28 การใช้บังคับย้อนหลัง กรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นหลังจากวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2558 ให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองและข้อบัญญัตินี้มาบังคับใช้ ในกรณีที่ข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อนวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2558 ให้นำกฎหมายกฎระเบียบทางปกครอง และการตีความของศาล ณ ขณะนั้น มาใช้บังคับ

ข้อ 29 การมีผลใช้บังคับ ข้อบัญญัตินี้ให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2563 ถ้าการตีความของศาลที่ออกโดยศาลประชาชนสูงสุดก่อนหน้านี้นี้ไม่สอดคล้องกับข้อบัญญัตินี้ ให้ใช้ข้อบัญญัตินี้แทน

3. การพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครองไทย

ประเทศไทยมีศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งรวมถึงคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) เป็นกฎหมายหลัก และตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง พ.ศ. 2543 (ระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง พ.ศ. 2543) ซึ่งเป็นกฎหมายระดับอนุบัญญัติที่ให้รายละเอียดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความคดีต่าง ๆ ที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้น โดยทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายและระเบียบของศาลปกครองดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของศาลปกครองไทยยังมีบทบัญญัติตามกฎหมายและระเบียบของศาลปกครองที่เกี่ยวข้องเป็นการเฉพาะรวมไปถึงแนวคำวินิจฉัย คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งสามารถสรุปเป็นประเด็นสาระสำคัญได้ดังนี้

3.1 อำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองไทย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶ ดังนั้น สัญญาประเภทอื่นที่ไม่ใช่สัญญาทางปกครองจึงตกอยู่

⁶ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ภายใต้อำนาจของศาลยุติธรรม เช่น สัญญาทางแพ่งต่าง ๆ เป็นต้น ทั้งนี้ ในกรณีสงสัยว่าสัญญาใด เป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งซึ่งทำให้ตกอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล ระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมหรือศาลต่างระบบกันนั้น ระบบกระบวนการยุติธรรมของไทย จึงมี “คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล” ขึ้นเพื่อเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจของศาล ต่างระบบในการพิจารณาคดีต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองด้วย โดยมีอำนาจ วินิจฉัยชี้ขาดตามกฎหมายหลัก ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาล พ.ศ. 2542

3.2 นิยามความหมายและลักษณะของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองของไทยได้รับแนวคิดและหลักกฎหมายมาจากต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศส ที่ได้แบ่งสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองจัดทำออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ (1) สัญญาทางแพ่งหรือสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งเป็นสัญญาที่ทำขึ้น ระหว่างเอกชนด้วยกันหรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองและเอกชนที่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน และ (2) สัญญาทางปกครอง อันเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน หรือ ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ⁷ ทั้งนี้ สัญญาทางปกครองในบริบทของไทยอาจแยกได้ออกเป็น 2 ประเภท คือ สัญญาทางปกครอง ตามที่กฎหมายกำหนด และสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือที่เกิดจากการตีความของศาล⁸

3.2.1 สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด

มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้กำหนดนิยามของสัญญา ทางปกครองไว้ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า รวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็น สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหา ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ” ดังนั้น สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดนี้สามารถ พิจารณาองค์ประกอบได้เป็น 2 ประการ ได้แก่

⁷ ฤทัย หงส์สิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2564), หน้า 63.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

ประการแรก องค์ประกอบด้านคู่สัญญา กล่าวคือ สัญญาทางปกครองต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายรัฐ ได้แก่ หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ ซึ่งคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” ก็มีมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เช่นเดียวกันได้ให้คำนิยามว่า “หน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง” ทั้งนี้ สำหรับคำว่า “บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ” นั้น ไม่มีคำนิยามตามกฎหมาย แต่ตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดส่วนใหญ่บุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐในสัญญาทางปกครองจะเป็นผู้ที่มีฐานะเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ”⁹ อยู่ด้วย เช่น เจ้าหน้าที่เวนคืนซึ่งเข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินกับเจ้าของที่ดินที่จะถูกเวนคืนซึ่งถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นต้น¹⁰

ประการที่สอง องค์ประกอบด้านลักษณะหรือเนื้อหาของสัญญา จากมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงเป็นบ่อเกิดของสัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด 4 ประเภท ได้แก่ (1) สัญญาสัมปทาน (2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ (3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค และ (4) สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

3.2.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือที่เกิดจากการตีความของศาล

เนื่องจากมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ใช้คำว่า “หมายความรวมถึง” ซึ่งก่อให้เกิดการตีความแบบขยายความเกี่ยวกับนิยามของสัญญาทางปกครองได้อีกไม่จำกัดเฉพาะสัญญาที่ระบุลักษณะไว้ในมาตรา 3 จึงสามารถพบสัญญาทางปกครองประเภท

⁹ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

¹⁰ สำนักงานศาลปกครอง, สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง [ออนไลน์], 16 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา: [https://law.tsu.ac.th/User Files/1570687161_สัญญาทางปกครอง.pdf](https://law.tsu.ac.th/User%20Files/1570687161_สัญญาทางปกครอง.pdf), หน้า 14.

ที่เกิดโดยสภาพหรือที่เกิดจากการตีความของศาลได้จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเอง และจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลอีกด้วย

ในกรณีสัญญาทางปกครองจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดนั้น เริ่มจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ได้วางหลักสำคัญของการพิจารณาลักษณะของสัญญาทางปกครองโดยขยายความเพิ่มเติมจากกฎหมาย โดยมีมติว่า “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาค และมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง” ซึ่งจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544 ดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้นำมาใช้วินิจฉัยตามมติที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวในคำสั่งที่ 313/2549 นอกจากนี้ ต่อมาที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2547 ได้เพิ่มเติมสัญญาทางปกครองขึ้นอีกลักษณะหนึ่ง โดยมีมติว่า สัญญาซื้อเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะด้านการแพทย์ให้บรรลุผลเป็นสัญญาทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันกับมติที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวในคำสั่งที่ 726/2547 (ประชุมใหญ่)¹¹

สำหรับสัญญาทางปกครองจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็พบว่าคล้ายคลึงกับศาลปกครองสูงสุด เช่น กรณีวินิจฉัยว่าเป็นสัญญา

¹¹ ชูชาติ อัครโวจน์, คำอธิบายกฎหมายสำคัญที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการปฏิบัติงานและที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาคดี, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2564), หน้า 263-264.

ทางปกครองเนื่องจากเป็นสัญญาที่ให้เอกชนเข้าดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานบริการสาธารณะ เช่น สัญญาลาศึกษาหรืออบรมของข้าราชการ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 25/2545) เป็นต้น หรือกรณีที่วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครองเนื่องจากมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเกี่ยวกับการจัดให้มีเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นในการดำเนินการบริการสาธารณะให้บรรลุผล เช่น สัญญาจ้างก่อสร้างหลักเทียบเรือ (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 21/2546) เป็นต้น

ดังนั้น สัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือที่เกิดจากการตีความของศาลหรือกล่าวได้อีกนัยหนึ่งเป็นเรื่องที่ศาลปกครองสูงสุดหรือคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้สร้างหลักเกณฑ์ของสัญญาทางปกครองโดยเนื้อหาขึ้นมา ซึ่งปัจจุบันพบว่าสัญญาทางปกครองประเภทนี้ เช่น สัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ สัญญาซื้อหรือจ้างสร้างเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล เป็นต้น ทั้งนี้ ทั้งศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงยังสามารถพัฒนาสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือที่เกิดจากการตีความของศาลได้อีกตามความเหมาะสมในอนาคต

กล่าวโดยสรุป ตามกฎหมายไทย สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นอาจแบ่งออกได้เป็นสัญญาทางปกครองโดยกฎหมาย และสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือที่เกิดจากการตีความของศาล โดยพิจารณาองค์ประกอบของสัญญาทางปกครองได้ 2 ประการ ได้แก่ องค์ประกอบด้านคู่สัญญา โดยที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นฝ่ายรัฐอันได้แก่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลที่กระทำการแทนรัฐหรือได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และองค์ประกอบด้านลักษณะของสัญญา ซึ่งสามารถแยกออกได้เป็น 7 ลักษณะ¹² ดังนี้ (1) สัญญาสัมปทาน (2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ (3) สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค (4) สัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ (5) สัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง (6) สัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ และ (7) สัญญาซื้อหรือจ้างสร้างเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล โดยสัญญาทางปกครองในตั้งแต่ (1) - (4) เป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย และสัญญาทางปกครอง (5) - (7) เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือที่เกิดจากการตีความของศาล

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 265-271.

3.3 เงื่อนไขการฟ้องคดี มีประเด็นเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดี เงื่อนไขเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาล และเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดี

3.3.1 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและต้องมีค่าบังคับ

โดยมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” ดังนั้น ผู้ที่จะฟ้องคดีหากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองแล้ว จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้และเป็นกรณีที่กำหนดค่าบังคับได้ เพื่อแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายดังกล่าวได้ด้วย โดยมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นการกระทำโดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

3.3.2 การชำระค่าธรรมเนียมศาลในคดีสัญญาทางปกครอง

สืบเนื่องจากมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในกรณีที่การฟ้องคดีสัญญาทางปกครองมีค่าขอบังคับให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินนั้น กฎหมายระบุว่าจะต้องมีการชำระค่าธรรมเนียมศาลด้วย โดยมาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติว่า “การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีค่าขอให้ปลดเปลื้องทุกข้ออันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้” ซึ่งตามตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งปัจจุบันกำหนดค่าธรรมเนียมศาล

(ค่าขึ้นศาล) ตามลักษณะของคดีที่มีค่าขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ให้คิดค่าขึ้นศาลตามทฤษฎี ดังนี้ ทฤษฎีไม่เกินห้าสิบล้านบาทให้คิดค่าธรรมเนียมศาล ในอัตราร้อยละ 2 แต่ไม่เกินสองแสนบาท หากทฤษฎีเกินห้าสิบล้านบาทให้คิดอัตรา ค่าธรรมเนียมศาลในอัตราร้อยละ 0.1 ของส่วนที่เกินห้าสิบล้านบาทขึ้นไป ดังนั้น คดีเกี่ยวกับ สัญญาทางปกครองซึ่งมักเป็นคดีที่มีทฤษฎีจึงต้องตกอยู่ภายใต้การคิดค่าธรรมเนียมศาล ในอัตราดังที่กล่าว โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ออกระเบียบกำหนด เกี่ยวกับวิธีการชำระค่าธรรมเนียมศาลไว้ตามข้อ 34 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 อาทิ การให้ชำระเป็นเงินสด เช็ค บัตรเครดิต บัตรเดบิต การหักบัญชีธนาคาร การชำระทางอินเทอร์เน็ต หรือวิธีการอื่น ตามที่ประธานศาลปกครองสูงสุดกำหนด

ทั้งนี้ ผู้ฟ้องคดีควรชำระค่าธรรมเนียมตามที่กฎหมายกำหนด การไม่ดำเนินการชำระ ค่าธรรมเนียมศาลให้เสร็จสิ้นภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ศาลสามารถสั่งไม่รับคำฟ้อง ไว้พิจารณาและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความได้ ตามข้อ 37 วรรคสอง แห่งระเบียบฯ ว่าด้วย วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543¹³ นอกจากนี้ ตามข้อ 34 วรรคสี่ แห่งระเบียบฯ ว่าด้วยวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ยังบัญญัติว่า “เมื่อได้ชำระค่าธรรมเนียมศาลแล้ว ถ้าทฤษฎี แห่งคำฟ้องเพิ่มขึ้นไม่ว่าจะโดยการยื่นคำฟ้องเพิ่มเติมหรือโดยประการอื่น ให้ศาลมีคำสั่งให้ ผู้ฟ้องคดีชำระค่าธรรมเนียมศาลเพิ่มภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการตาม คำสั่งศาลภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้ศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา”

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ศาลสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ให้ศาล มีอำนาจสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ ตามที่บัญญัติไว้ในข้อ 38 แห่งระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 นอกจากนี้ ศาลยังสามารถอนุญาต

¹³ ข้อ 37 วรรคสอง บัญญัติว่า “ให้ตุลาการหัวหน้าคณะแต่งตั้งตุลาการในองค์คณะคนหนึ่งเป็น ตุลาการเจ้าของสำนวน แล้วให้ตุลาการเจ้าของสำนวนตรวจคำฟ้อง ถ้าเห็นว่าเป็นคำฟ้องที่ไม่สมบูรณ์ ครบถ้วนซึ่งผู้ฟ้องคดีอาจแก้ไขได้หรือผู้ฟ้องคดีชำระค่าธรรมเนียมศาลไม่ครบถ้วน ให้ตุลาการเจ้าของสำนวน มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขหรือชำระค่าธรรมเนียมศาลให้ครบถ้วนภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าไม่มีการแก้ไข หรือชำระค่าธรรมเนียมศาลให้ครบถ้วนภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือข้อที่ไม่สมบูรณ์ครบถ้วนนั้นเป็นกรณี ที่ไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ หรือเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนเสนอ องค์คณะสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ”

ให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนได้หากมีเหตุผลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45/1 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ¹⁴ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลได้ตามระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หมวด 1/1 การขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล ข้อ 41/1 ถึงข้อ 41/6

3.3.3 ระยะเวลาการฟ้องคดีสัญญาทางปกครอง

เป็นเงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการพิจารณานาคดีขึ้นสู่ศาลปกครอง โดยการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองกำหนดให้ยื่นฟ้องภายในห้าปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ¹⁵ ทั้งนี้ กรณีมีประเด็นการตีความว่าจะเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดี “นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี” อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติศาลต้องวินิจฉัยเป็นรายกรณีไป เช่น กรณีสัญญาสัมปทานซึ่งเป็นสัญญาที่กำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ค่าเปิดป่าได้ หากพ้นกำหนดวันดังกล่าวแล้วไม่มีการชำระหนี้ ย่อมถือว่าผู้ฟ้องคดีผิดนัดไม่ชำระค่าเปิดป่า และถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่พ้นกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ค่าเปิดป่าในแต่ละปี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 137/2547) ฟ้องขอให้ชำระหนี้ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากผู้รับสัมปทานไม่ดำเนินการปลูกป่าทดแทนตามสัญญาสัมปทาน ถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีในวันถัดจากวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับหนังสือทวงถามให้ชำระหนี้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 394/2547) หรือกรณีสัญญาทางปกครองที่เป็นสัญญาจ้าง การฟ้องคดีพิพาทจากมูลเหตุตามสัญญาถือว่าผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้

¹⁴ มาตรา 45/1 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การฟ้องคดีที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลตามมาตรา 45 วรรคสี่ หากคู่กรณีไต่ยื่นคำขอต่อศาลโดยอ้างว่า ไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะเสียค่าธรรมเนียมศาล หรือโดยสถานะของผู้ขอ ถ้าไม่ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลจะได้รับความเดือดร้อนเกินสมควร ถ้าศาลเห็นว่า มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะรับฟ้องไว้พิจารณา หรือในกรณีอุทธรณ์ซึ่งศาลเห็นว่ามีเหตุผลอันสมควรที่จะอุทธรณ์ได้แล้วแต่กรณี และศาลได้แสวงหาข้อเท็จจริงโดยการไต่สวนหรือโดยวิธีอื่นแล้วเห็นว่ามิเหตุตามคำขอจริง ให้ศาลอนุญาตให้คู่กรณีนั้นดำเนินคดี โดยยกเว้นค่าธรรมเนียมทั้งหมดหรือเฉพาะบางส่วนได้ คำสั่งให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดให้เป็นที่สุด”

¹⁵ มาตรา 51 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี และการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี”

ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีนับแต่วันที่พ้นกำหนดสิบห้าวันตามหนังสือเรียกให้ชำระเงิน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 186/2548) ผู้ฟ้องคดีย่อมรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีในวันที่ผู้ฟ้องคดีทำสัญญาจ้างกับผู้รับจ้างรายใหม่ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 745/2549) ผู้ฟ้องคดีหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งปฏิเสธการจ่ายเงินค่าจ้างจากผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้ว่าจ้าง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 226/2550) เป็นต้น¹⁶

4. ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนกับไทย

จากกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นฐานที่มาสำคัญของการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของทั้งศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนและของศาลปกครองไทยที่ได้นำเสนอข้างต้นทำให้เห็นถึงข้อสังเกตบางประการในเชิงเปรียบเทียบระหว่างการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของทั้งสองประเทศ ซึ่งสามารถสรุปเป็นข้อสังเกตได้ 6 ประการ ดังนี้

4.1 คู่กรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ทั้งสองประเทศวางหลักเกี่ยวกับคู่กรณีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเหมือนกันในแง่ที่ว่าข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะต้องมีฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งนั้นในกรณีของจีนจะระบุชัดเจนว่าต้องเป็นภาคเอกชนประเภทใดประเภทหนึ่งไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาที่เป็นพลเรือน นิติบุคคล หรือองค์การซึ่งโดยนัยย่อมเป็นนิติบุคคลหรือองค์การภาคเอกชน (ข้อ 1 ของข้อบัญญัติฯ) นอกจากนี้ ยังมีการบัญญัติไว้ชัดเจนว่าคู่กรณีที่เป็นภาคเอกชนจะต้องเป็นผู้ฟ้องคดีและคู่กรณีฝ่ายรัฐจะต้องอยู่ในฐานะเป็นฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีเสมออีกด้วย (ข้อ 4 ของข้อบัญญัติฯ) ในขณะที่กรณีของไทยกฎหมายกำหนดเพียงว่าฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ (มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) ดังนั้น คู่กรณีในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยทั้งสองฝ่ายอาจเป็นฝ่ายรัฐด้วยกันเองก็ได้ เช่น กรณีสัญญาให้ข้าราชการลาไปศึกษาต่อต่างประเทศและต้องกลับมารับราชการตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาโดยมีข้อกำหนดให้สิทธิ

¹⁶ ชูชาติ อัครโวจน์, คำอธิบายกฎหมายสำคัญที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการปฏิบัติงานและที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาคดี, หน้า 349-351.

ทางราชการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวและหากผิดสัญญาต้องชดใช้เงินแก่ทางราชการ ซึ่งสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครองที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐโดยมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นข้าราชการและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544) เป็นต้น

4.2 ลักษณะของสัญญาทางปกครอง

ทั้งสองประเทศมีการระบุสัญญาทางปกครองทั้งที่มีลักษณะของสัญญาชัดเจนและเปิดโอกาสให้ศาลมีดุลพินิจในการตีความสัญญาลักษณะอื่นว่าจะเป็สัญญาทางปกครองหรือไม่ โดยในกรณีของจีนได้ระบุสัญญาทางปกครองที่มีลักษณะชัดเจนอยู่ 5 ลักษณะ ได้แก่ สัญญาสัมปทาน สัญญาเวนคืนหรือชดใช้ค่าทดแทนเกี่ยวกับที่ดิน สิ่งปลูกสร้างหรือที่อยู่อาศัย และการเวนคืนอื่น ๆ สัญญาให้สิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ สัญญาเช่าและซื้อขายที่อยู่อาศัยที่ลงทุนโดยรัฐบาล และสัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐบาลและนักลงทุน และเปิดให้ศาลสามารถกำหนดสัญญาทางปกครองลักษณะอื่นได้ (ข้อ 2 ของข้อบัญญัติฯ) ทั้งนี้ จากรายงานของศาลประชาชนสูงสุดเกี่ยวกับตัวอย่างคดีสัญญาทางปกครองที่สำคัญ¹⁷ พบว่ามีบางคดีที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เช่น “สัญญาปรับปรุงที่ดิน” (Land Reclamation Agreement) 《土地复垦行政协议》 ในคดีระหว่าง Zhang Shaochun v. People’s Government of Xinshng Town, Chongqing Municipality และสัญญาที่มีลักษณะเป็น “สัญญาเพิ่มเติม” (Supplementary Agreement) 《补充协议》 ของสัญญาทางปกครองหลัก ซึ่งศาลยอมรับว่าเป็นสัญญาทางปกครองเช่นกัน เช่น สัญญาเพิ่มเติมของสัญญาเงินค่าทดแทนการเวนคืนที่อยู่อาศัยอันเป็นสัญญาทางปกครองหลักในคดีระหว่าง Chen Zuoyi v. Zhuzhou County Government and Zhukou District Government, Hunan Province หรือสัญญาเพิ่มเติมของสัญญาในโครงการส่งเสริมการลงทุนในคดีระหว่าง Huai’an Red Sun Company v. Jiangsu Lianshui Economic Development Zone Administrative Committee and the People’s Government of Lianshui County เป็นต้น

ในขณะที่ของไทยเองก็มีการระบุลักษณะของสัญญาทางปกครองทั้งที่โดยกฎหมายกำหนด 4 ประเภท (สัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ สัญญาจัดให้มี

¹⁷ The Supreme People’s Court of the People’s Republic of China, **The Supreme People’s Court Issued Typical Cases of Administrative Agreements** [Online], 16 February 2022. Source: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-30181.html> (In Chinese)

สิ่งสาธารณูปโภค และสัญญาให้แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) และสัญญาทางปกครองโดยสภาพหรือที่เกิดจากการตีความของศาล เช่น สัญญาให้เอกชนเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ หรือสัญญาซื้อหรือจ้างสร้างเครื่องมือสำคัญที่จำเป็นต่อการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล ดังที่ได้อธิบายไว้ในข้อ 3.2.2 เป็นต้น

4.3 การโต้แย้งอำนาจศาลในการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครองและระดับชั้นศาล

ระบบศาลของไทยปัจจุบันเป็นระบบศาลคู่ที่แยกอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมโดยสัญญาทางปกครองตกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองตามกฎหมาย (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) ในขณะที่สัญญาทางแพ่งจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น¹⁸ และในกรณีที่เกิดการขัดแย้งกันแห่งอำนาจของศาลต่างระบบว่าคดีใดเป็นคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งนั้น จะมีคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่มีองค์คณะประกอบด้วยประธานศาลฎีกาเป็นประธานกรรมการ ประธานศาลปกครองสูงสุด หัวหน้าสำนักตุลาการทหาร และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกสี่คนเป็นกรรมการ มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล¹⁹ นอกจากนี้ ระดับชั้นศาลการพิจารณาคดีของศาลปกครองไทยปัจจุบันมี 2 ระดับชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด ทำให้ระบบการพิจารณาคดีปกครองของไทยโดยทั่วไปเป็นแบบระบบสองศาล (ยกเว้นกรณีฟ้องตรงไปยังศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ)²⁰

¹⁸ มาตรา 194 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁹ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542

²⁰ การฟ้องตรงไปยังศาลปกครองสูงสุดในคดีพิพาทตามมาตรา 11 ได้แก่ (1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี (3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด เช่น กรณีที่ข้าราชการพลเรือนผู้ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ทราบหรือถือว่าทราบคำวินิจฉัยของ ก.พ.ค. ตามมาตรา 116 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เป็นต้น

สำหรับคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะเป็นแบบระบบสองศาลซึ่งจะเริ่มต้นการฟ้องคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี และพิพากษาคดีที่ศาลปกครองชั้นต้นก่อน หากคัดค้าน คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นก็ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อไปยังศาลปกครองสูงสุด โดย คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดให้เป็นที่สุดตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองฯ จึงกล่าวได้ว่าระบบการพิจารณาคดีของศาลปกครองไทยในปัจจุบันเป็น ระบบสองศาล ซึ่งต่างจากศาลยุติธรรมที่มีระดับชั้นตั้งแต่ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา

ในขณะที่จีนไม่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการขัดกันแห่งอำนาจศาลต่างระบบเนื่องจาก เป็นระบบศาลเดียวที่มีศาลประชาชนเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับ คดีทุกประเภทรวมถึงคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลประชาชนมี 4 ระดับชั้นศาล ได้แก่ ศาลประชาชนชั้นต้นหรือระดับพื้นฐาน ศาลประชาชนระดับกลาง ศาลประชาชน ระดับสูง ซึ่งศาลในสามระดับดังกล่าวอาจเรียกรวมกันว่าศาลท้องถิ่น โดยมีศาลประชาชนสูงสุด เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในชั้นสูงสุดเหนือศาลท้องถิ่น²¹ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าระบบศาลจีนยังมีลักษณะพิเศษ คือ มีศาลสี่ระดับชั้นแต่มีระบบการพิจารณาคดี แบบสองศาล กล่าวคือ ศาลท้องถิ่นแต่ละระดับอาจทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นในการพิจารณา พิพากษาคดี และหากคู่ความไม่พอใจคำพิพากษา ก็อาจทำการอุทธรณ์ได้อีกครั้งไปยังศาล ในระดับชั้นที่สูงกว่าศาลที่ทำคำพิพากษา และคำพิพากษาของศาลในระดับชั้นสูงกว่าหนึ่งระดับ ให้เป็นที่สุด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าระบบการพิจารณาคดีแบบสองศาลของจีนประกอบ ไปด้วยศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ ตัวอย่างเช่น โดยปกติแล้วคดีจะเริ่มต้นที่ศาลประชาชน ระดับพื้นฐาน กรณีนี้ศาลชั้นต้นก็คือศาลประชาชนระดับพื้นฐาน และถ้าหากคู่ความไม่พอใจ คำตัดสินของศาลประชาชนระดับพื้นฐาน คู่ความสามารถอุทธรณ์คำตัดสินไปยังศาลในระดับ สูงกว่า ซึ่งก็คือศาลประชาชนระดับกลาง และด้วยระบบการพิจารณาคดีแบบสองศาล คำพิพากษาของศาลประชาชนระดับกลางซึ่งตอนนี้มีสถานะเป็นศาลอุทธรณ์ ย่อมถือเป็น ที่สิ้นสุด คู่ความจะยื่นต่อไปยังศาลประชาชนระดับสูงกว่าอีกไม่ได้ ส่วนที่ว่าศาลทุกศาลอาจทำ หน้าที่เป็นศาลชั้นต้นได้ ก็เช่นในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้คดีดังกล่าวต้องเริ่มฟ้องคดีที่

²¹ ผู้สังเกตการณ์ความยุติธรรมของจีน (CJO), ระบบศาลในประเทศจีนเป็นอย่างไร - คู่มือการวิจัย กฎหมายของจีน [ออนไลน์], 28 ธันวาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://th.chinajusticeobserver.com/a/what-is-the-court-system-like-in-china/>

ศาลประชาชนระดับกลางหรือระดับสูง (คดีสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อพื้นที่นั้น ๆ) ศาลเหล่านี้จะกลายเป็นศาลชั้นต้น ถ้าศาลชั้นต้นเริ่มที่ศาลประชาชนระดับสูง คู่ความสามารถอุทธรณ์ได้หนึ่งรอบไปยังศาลระดับสูงกว่า ซึ่งก็คือศาลประชาชนสูงสุดนั่นเอง²²

ทั้งนี้ ในกรณีของการพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในจีนก็ต้องเป็นระบบสองศาลเช่นเดียวกันกับคดีประเภทอื่น และในแง่นี้จึงอาจเปรียบเทียบได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับการพิจารณาคดีของศาลปกครองไทยในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นแบบระบบสองศาลเช่นเดียวกัน

4.4 เหตุแห่งการฟ้องคดี

ในกรณีของจีนมีการระบุเหตุแห่งการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองว่าเกิดจาก 3 สาเหตุหลัก คือ (1) การที่ภาคเอกชนถูกห้ามหรือปฏิเสธไม่ให้เข้าร่วมการประมูลแข่งขันหรือรับจดทะเบียนเพื่อทำสัญญากับหน่วยงานทางปกครอง (2) การที่ภาคเอกชนได้รับค่าทดแทนจากสัญญาเวนคืนที่ดินและที่อยู่อาศัยที่ไม่เป็นธรรม และ (3) การที่ภาคเอกชนถูกโต้แย้งสิทธิหรือผลประโยชน์จากการจัดทำ ปฏิบัติ เปลี่ยนแปลง หรือการยกเลิกสัญญาทางปกครอง (ข้อ 5 ของข้อบัญญัติฯ)

เปรียบเทียบกับกรณีของไทยได้บัญญัติเหตุแห่งการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า หากผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจาก “มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง” และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72²³ ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นการเปิดโอกาสให้มีการนำคดี

²² ศรัณย์ พิมพงาม และปณณธร เชื้อนแก้ว, กฎหมายจีน : ความรู้เบื้องต้นในภาพรวม [ออนไลน์], 16 กุมภาพันธ์ 2565. แหล่งที่มา: <https://businessanalysisoflaw.com/2018/02/06/introduction-chinese-legal-system/>

²³ มาตรา 72 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติให้ในการพิพาทคดีศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับโดยสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ขึ้นสู่ศาลได้หากมีข้อโต้แย้งใด ๆ เกิดขึ้นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและการยุติข้อโต้แย้งนั้น ศาลสามารถมีคำสั่งได้ เช่น กรณีมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติตามข้อความหรือข้อกำหนด ในสัญญาเพื่อให้ศาลมีคำสั่งบังคับให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามสัญญาเนื่องจากสัญญาเป็น “บ่อเกิดแห่งหนี้” ประการหนึ่งที่ว่าฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามย่อมเป็นหนี้ที่ต้องชดใช้ หรือกรณีมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความสามารถในการทำสัญญาของคู่สัญญาว่าไม่ใช่ผู้มีอำนาจในการทำสัญญาอันเป็นผลให้สัญญานั้นใช้บังคับไม่ได้ เป็นต้น ดังนั้น เหตุแห่งการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจะมีลักษณะคล้ายคลึงกับเหตุแห่งการฟ้องคดีสัญญาทางแพ่ง ซึ่งตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ได้บัญญัติให้เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมายแพ่ง บุคคลนั้นชอบที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ดังนั้น เมื่อเกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งในเนื้อหาแห่งคดีประการใด ก็ย่อมเป็นเหตุที่ทำให้คู่สัญญาเกิดสิทธิในการฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลได้²⁴

4.5 ระยะเวลาการฟ้องคดี

ในกรณีของเงินข้อ 25 ของข้อบัญญัติฯ ได้มีการกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ว่าหากเป็นการกระทำทางปกครองที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงหรือเลิกสัญญาทางปกครอง ให้เป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 2014 มาตรา 46 ซึ่งกำหนดให้ระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองต้องยื่นฟ้องภายในหกเดือน

²⁴ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองในกรณีอื่นที่มีข้อคดีสัญญาทางปกครอง เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หรือ คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น เป็นต้น กฎหมายไทยมีการระบุเหตุแห่งการฟ้องคดีไว้ค่อนข้างชัดเจน เช่น กรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียวจากการออกกฎหรือคำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมีสาเหตุเนื่องมาจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาวะให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันมีสาเหตุเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือ คำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) เป็นต้น

นับจากวันที่รู้ถึงการกระทำทางปกครอง หรือภายในห้าปีนับแต่วันที่มูลคดีเกิด และสำหรับกรณีฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อหาอาชญากรรมต้องยื่นฟ้องภายในยี่สิบปีนับแต่วันที่มูลคดีเกิด ดังนั้นระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของจีนจะเป็นการพิจารณาในแง่ของการเป็นการกระทำทางปกครองเฉพาะเรื่องซึ่งต้องนำหลักทั่วไปเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ ในขณะที่ระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของไทยมีการกำหนดไว้ชัดเจนว่าการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้ยื่นฟ้องภายในห้าปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี (มาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ)

4.6 ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาล

ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองไทยเป็นระบบที่เรียกว่า “ระบบไต่สวน” (Accusatorial System) ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจนตามข้อ 5 ของระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งวิธีพิจารณาคดีปกครองทั้งหลายรวมถึงคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่กำหนดให้ศาลปกครองใช้ระบบไต่สวนนี้ ทำให้ตุลาการศาลปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการดำเนินคดีแสวงหาข้อเท็จจริงได้เองตามความเหมาะสม โดยจะรับฟังพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญหรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีได้ตามที่ศาลเห็นสมควร²⁵ ดังที่ มาตรา 55 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้บัญญัติถึงการดำเนินคดีปกครองที่ศาลมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงเองได้ตามระบบไต่สวนดังกล่าว ซึ่งแตกต่างจาก “ระบบกล่าวหา” (Inquisitorial System) แบบที่ใช้ในระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาของศาลยุติธรรมไทยที่กำหนดให้ภาระในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่าง ๆ จะเป็นหน้าที่ของคู่กรณีผู้กล่าวอ้างตามหลักที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นพิสูจน์” ทั้งนี้ ในกรณีคดีปกครองของศาลจีนกล่าวได้ว่ากฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นระบบกล่าวหา พิจารณาได้จากกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014 ที่วางหลักไว้ว่า ศาลประชาชนมีอำนาจเรียกให้คู่กรณีจัดหาพยานหลักฐานหรือเพิ่มเติมพยานหลักฐานได้ (มาตรา 39) และมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานจากหน่วยงานทางปกครอง องค์กรอื่น ๆ หรือบุคคลภายนอกได้ (มาตรา 40) และเมื่อผู้ฟ้องคดีหรือบุคคลภายนอกไม่อาจนำพยานหลักฐานมาได้ด้วยตนเอง

²⁵ ฤทัย หงส์สิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง, หน้า 12.

จะขอศาลประชาชนให้เรียกพยานหลักฐานก็ได้ (มาตรา 41) ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลประชาชนมีอำนาจเรียกพยานหลักฐาน (หรือการออกหมายเรียก) แต่กฎหมายมิได้กำหนดให้ศาลมีหน้าที่ในการเรียกพยานหลักฐาน ดังนั้น ผู้พิพากษาในศาลประชาชนจึงไม่มีหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานด้วยตนเอง แต่เป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่ต้องแสดงพยานหลักฐานด้วยเหตุนี้ กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของจีนจึงเป็นระบบกล่าวหา²⁶ ทั้งนี้ ในคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็ได้ยืนยันถึงระบบกล่าวหาไว้เช่นเดียวกัน โดยผู้ฟ้องคดีมีภาระในการพิสูจน์ถึงอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการจัดทำ ปฏิบัติ เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาทางปกครอง ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนหรือให้สัญญาทางปกครองสิ้นสุดให้มีภาระในการพิสูจน์การเพิกถอนหรือสิ้นสุดนั้น และในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการขอให้ปฏิบัติการตามสัญญา ให้คู่กรณีที่รับผิดชอบในการปฏิบัติการตามสัญญาเป็นผู้พิสูจน์ (ข้อ 10 ของข้อบัญญัติฯ)

นอกจากประเด็นระหว่างระบบไต่สวนกับระบบกล่าวหาที่ทำให้ตุลาการหรือผู้พิพากษาในคดีปกครองของศาลไทยและศาลจีนมีบทบาทหน้าที่แตกต่างกันแล้ว การดำเนินคดีโดยองค์คณะและการมีตุลาการหรือผู้พิพากษาประเภทพิเศษระหว่างศาลไทยและศาลจีนยังมีลักษณะที่แตกต่างกันด้วย กล่าวคือ ในกรณีของไทย ศาลปกครองชั้นต้นต้องมีตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นอย่างน้อย 3 คนจึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา และในระดับศาลปกครองสูงสุดต้องมีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอย่างน้อย 5 คนจึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา (มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) นอกจากองค์คณะแล้ว ในการพิจารณาคดีปกครองแต่ละคดีในศาลปกครองไทยทั้งสองระดับชั้นศาลยังมี “ตุลาการผู้แถลงคดี” (Judge-Commissioner of Justice) 1 คน ซึ่งไม่ได้ร่วมในองค์คณะแต่ทำหน้าที่ในการเสนอความเห็นในรูปของคำแถลงการณ์เพื่อนำเสนอการวินิจฉัยของตนตามที่ได้รับสำนวนมาโดยอิสระต่อองค์คณะว่าคดีพิพาทตามสำนวนน่าจะพิพากษาว่าเป็นอย่างไร โดยความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดีจะเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของ “การถ่วงตุลาการใช้อำนาจ” ขององค์คณะ เพราะจะทำให้องค์คณะมีความละเอียดรอบคอบและมีเหตุผลสนับสนุนในการพิจารณาพิพากษา

²⁶ หลี่ซุน, ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลประชาชนจีน, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 46 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2560), หน้า 827.

คดีปกครองแต่ละคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากองค์คณะมีความเห็นแตกต่างไปจากความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดีก็ต้องมีเหตุผลที่รับฟังได้อย่างยิ่งด้วย²⁷

ในขณะที่ในการดำเนินคดีปกครองของศาลจีนนั้น มาตรา 68 ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014 กำหนดให้ศาลประชาชนประกอบไปด้วยผู้พิพากษา (อาชีพ) และ/หรือ “ผู้พิพากสมทบ” (People’s Assessors)²⁸ รวมกันเป็นเลขคี่อย่างน้อย 3 คนเพื่อเป็นองค์คณะ แต่ในกรณีที่ศาลชั้นต้นเห็นว่าเป็นคดีปกครองที่ไม่มีข้อยุ่งยากหรือมีข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายชัดเจนจึงอาจมีผู้พิพากษาคนเดียวในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองดังกล่าวได้²⁹ ดังนั้น ในการพิจารณาคดีปกครองในศาลชั้นต้นของจีนจึงสามารถมีทั้งผู้พิพากษาศาลเพียงคนเดียว (ในกรณีคดีไม่ซับซ้อน) หรือผู้พิพากษา 3 คนเป็นองค์คณะ ซึ่งผู้พิพากษาทั้ง 3 คนอาจเป็นได้ทั้งผู้พิพากษาอาชีพทั้งหมดหรือผู้พิพากษามทบทั้งหมด หรือผสมกันแต่ต้องรวมกันให้ได้เลขคี่อย่างต่ำ 3 คน สำหรับคดีในชั้นอุทธรณ์ซึ่งเป็นชั้นสูงสุดในระบบสองศาลของจีนนั้น กำหนดให้มีการพิจารณาคดีปกครองในชั้นอุทธรณ์เป็นองค์คณะเช่นเดียวกัน³⁰ ซึ่งการพิจารณาดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์กำหนดให้มีองค์คณะเป็นเลขคี่อย่างน้อย 3 คนเช่นเดียวกันกับศาลชั้นต้น แต่ห้ามมีผู้พิพากษาคนเดียวและผู้พิพากษามทบนั่งพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นอุทธรณ์

ทั้งนี้ ในประเด็นการพิจารณาคดีปกครองโดยองค์คณะนี้ จะเห็นได้ว่าศาลไทยและศาลจีนมีความเคร่งครัดแตกต่างกัน โดยศาลจีนสามารถมีผู้พิพากษาคนเดียวนั่งพิจารณาคดีปกครองได้ หรือในกรณีที่เป็้องค์คณะก็สามารถมีผู้พิพากษามทบร่วมนั่งพิจารณาพิพากษาคดีได้ด้วย ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้มีผู้พิพากษาคนเดียวนั่งพิจารณาคดีนั้น

²⁷ สุรียา ปานแป้น และอนวัจน์ บุญนันท์, *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง*, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 220-221.

²⁸ ผู้ที่จะได้รับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษามทบต้องเป็นผู้มีความรู้พื้นฐานทางกฎหมายและได้รับการคัดเลือกจากภายในท้องที่ให้เป็นผู้พิพากษามทบ ทั้งนี้ ระบบผู้พิพากษามทบเกิดขึ้นภายใต้แนวคิดเพื่อส่งเสริมให้ศาลประชาชนมีความเชื่อมโยงกับมวลชน โดยผู้พิพากษามทบมีอำนาจในการพิจารณาคดีเท่ากับผู้พิพากษาในองค์คณะ อ้างถึงใน หลี่ซุน, *ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลประชาชนจีน*, หน้า 821.

²⁹ มาตรา 82 ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014

³⁰ มาตรา 86 ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 2014

มีเหตุผลเพื่อลดปัญหาคดีปกครองชั้นศาล ส่วนการให้ผู้พิพากษาสมทบเข้ามาร่วมในการพิจารณาคดีได้นอกเหนือจากความต้องการให้ศาลมีความเชื่อมโยงกับประชาชนในท้องถิ่นแล้ว ยังมีคดีบางประเภทที่อาจจำเป็นต้องการผู้พิพากษาสมทบที่มีความเชี่ยวชาญและมีความรู้ทางเทคนิคเฉพาะคดีนั้นเข้าร่วมด้วย³¹

5. บทสรุป

การพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในระบบศาลประชาชนแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนและในระบบศาลปกครองไทยตามกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องต่างก็มีความคล้ายคลึงกันและความแตกต่างกันซึ่งก็เป็นไปตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศที่ต่างมีโครงสร้างของระบบกฎหมาย ระบบศาล และวิธีพิจารณาคดีในแบบของตนเอง การนำเสนอเป็นข้อสังเกตเชิงเปรียบเทียบทั้ง 6 ประการดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นเพียงการนำเสนอองค์ความรู้ในแง่มุมบางประการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจไม่ครอบคลุมในทุกประเด็น โดยเฉพาะเมื่อนำมาใช้กับคดีพิพาทซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันในแต่ละกรณี รวมไปถึงการวินิจฉัยข้อกฎหมายซึ่งอาจต้องนำหลักการตีความหรือตัวบทกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งในข้อบัญญัติว่าด้วยประเด็นการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง ค.ศ. 2019 (ข้อ 27) ของจีนก็มีการบัญญัติถึงการนำเอาทั้งบทบัญญัติตามกฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่งและบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งในกฎหมายแพ่งมาใช้พิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองก็ได้ ในขณะที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ของไทยเองก็มีการบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบางมาตรามาปรับใช้แก่คดีปกครองโดยอนุโลมเช่นกัน ดังเช่นที่ได้นำเสนอเกี่ยวกับเรื่องค่าธรรมเนียมศาลในคดีสัญญาทางปกครองที่มีค่าขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน³² เป็นต้น และที่สำคัญในการวินิจฉัยโดยเฉพาะคดีปกครอง

³¹ หลี่ซุน, ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลประชาชนจีน, หน้า 823.

³² ยังมีกรนำเอาหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบางประการมาปรับใช้ในคดีปกครองด้วยโดยอนุโลมนอกเหนือจากเรื่องค่าธรรมเนียมศาล อาทิ การคัดค้านผู้พิพากษา การละเมิด

เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งแท้จริงแล้วในการวินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีจำเป็นที่จะต้องนำเอา กฎหมายสารบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้ามาปรับใช้ด้วย แม้จะยังไม่มี บทบัญญัติชัดเจนให้คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองสามารถนำหลักในประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์มาปรับใช้เหมือนกรณีของจีน แต่ในทางปฏิบัติจะเห็นคำพิพากษาของศาลปกครองไทย ที่วินิจฉัยเนื้อหาแห่งคดีโดยการนำเอาบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวข้อง มาปรับใช้ เช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 993/2561 ที่การบอกเลิกสัญญาโดย หน่วยงานทางปกครองซึ่งเมื่อใช้สิทธิเลิกสัญญาและได้แสดงเจตนาแล้วย่อมไม่อาจถอน การแสดงเจตนาได้ตามมาตรา 386 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหาก เอกชนคู่สัญญาเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาก็มีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการบอกเลิกสัญญาได้ ตามมาตรา 391 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นอื่นที่น่าสนใจ เช่น ในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครอง ซึ่งรวมถึงคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพื่อเป็นวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) ที่น่าสนใจอีกประเด็นหนึ่ง โดยในกรณีของจีนก็ได้นำเอาความสำคัญ ของเรื่องการไกล่เกลี่ยมาบัญญัติไว้ตามข้อ 23 ของข้อบัญญัติฯ ในขณะที่ไทยเองล่าสุดก็ได้ มีการบัญญัติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองต่าง ๆ รวมถึงคดีเกี่ยวกับสัญญา ทางปกครองด้วยเช่นกันตามที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³³ ซึ่งถือเป็นเรื่องใหม่ที่น่าสนใจสำหรับการศึกษาเชิงกฎหมาย เปรียบเทียบเพิ่มเติมในเรื่องนี้ต่อไป

อำนาจศาล การบังคับคดี วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา และการร้องสอด เป็นต้น ซึ่งไม่ได้นำเสนอในที่นี้ เพื่อจำกัดขอบเขตในการนำเสนอในบทความนี้

³³ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีปกครองได้มีการบัญญัติเพิ่มเติมเป็นมาตรา 66/1 ถึงมาตรา 66/12 โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2562

บรรณานุกรม

- ชูชาติ อัสวโรจน์, **คำอธิบายกฎหมายสำคัญที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการปฏิบัติงานและที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาคดี**, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2564).
- ฤทัย หงส์สิริ, **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2564).
- ผู้สังเกตการณ์ความยุติธรรมของจีน (CJO), **ระบบศาลในประเทศจีนเป็นอย่างไร - คู่มือการวิจัยกฎหมายของจีน** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://th.chinajusticeobserver.com/a/what-is-the-court-system-like-in-china/>
- ศรัณย์ พิมพ์งาม และปณณธร เชื้อนแก้ว, **กฎหมายจีน : ความรู้เบื้องต้นในภาพรวม** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://businessanalysisoflaw.com/2018/02/06/introduction-chinese-legal-system/>
- ศาลปกครอง, **สถิติเรื่องที่ฟ้องต่อศาลปกครองของปี 2564** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://admincourt.go.th/admincourt/site/03stattotal.html/>
- ศาลประชาชนสูงสุดแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน, **คดีตัวอย่างเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง** [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-30181.html> (In Chinese)
- สำนักงานศาลปกครอง, สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, **คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://law.tsu.ac.th/User Files/1570687161_สัญญาทางปกครอง.pdf
- สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์, **คู่มือสอบกฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).
- หลี่ซุน, **ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลประชาชนจีน**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 46 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2560).
- China Justice Observer, **How Chinese Courts Deal With Government Contract Disputes? Administrative Agreements Series-01** [Online], Source: <https://>

www.chinajusticeobserver.com/a/how-chinese-courts-deal-with-government-contract-disputes/

- The Supreme People's Court of the People's Republic of China, **The Supreme People's Court Issued Typical Cases of Administrative Agreements** [Online], Source: <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-30181.html> (In Chinese)

การเก็บภาษีเงินได้จากกำไรจากธุรกิจภายใต้ข้อบทที่ 7 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ: กรณีศึกษาคดี NATWEST I*

The Collection of Income Tax on Business Profits
under Article 7 of the Double Taxation Convention:

A Case Study of NATWEST I

สรรค์ ตันติจัตตานนท์**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Sann Tantichattanon

Assistant Professor, School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 4 มกราคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 17 มีนาคม 2565; วันที่ตอบรับบทความ 3 เมษายน 2565

บทคัดย่อ

ตามพื้นฐานของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ได้วางหลักการไว้ว่าหากมีสถานประกอบการถาวรตั้งอยู่ในรัฐแหล่งเงินได้ รัฐแหล่งเงินได้ย่อมมีสิทธิในการจัดเก็บภาษีจากกำไรที่วิสาหกิจได้รับผ่านสถานประกอบการถาวร คำถามที่ตามมาคือ กำไรที่พึงถือเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้นจะพึงพิจารณาอย่างไรภายใต้ข้อกำหนดตามบทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ในเรื่องนี้เป็นเรื่องที่บัญญัติในข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจข้อบทที่ 7 ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ความเป็นมาของบทบัญญัติในเรื่องกำไรจากธุรกิจนี้ยาวนานเช่นเดียวกับข้อบทเรื่องสถานประกอบการถาวรซึ่งเมื่อพบว่ามีสถานประกอบการถาวรในประเทศแหล่งเงินได้แล้ว ผู้เสียภาษีกับเจ้าหน้าที่สรรพากรอาจจะเกิดข้อโต้แย้งกันในเรื่องการเก็บภาษีจากกำไรจากธุรกิจในบทความนี้เป็นเรื่องคดีพิพาทสำคัญที่เกิดขึ้นในศาลประเทศสหรัฐอเมริกาในข้อโต้แย้งกัน

* ผู้เขียนขอขอบคุณนางสาวณิชนันท์ สุนันทา ที่ช่วยค้นคว้าและเรียบเรียงข้อมูลในบทความนี้

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายภาษี) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ sann.tan@mfu.ac.th

ระหว่างผู้เสียภาษีกับเจ้าหน้าที่สรรพากรว่าดอกเบี้ยที่ผู้เสียภาษีจ่ายให้กับหน่วยอื่นภายในวิสาหกิจนั้นได้ถูกจัดเก็บภาษีตามหลัก “หน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก” หรือไม่ ซึ่งประเด็นสำคัญในการโต้แย้งนี้เป็นเรื่องหลักการที่พบอยู่ในข้อบทที่ 7 วรรคสอง ซึ่งกำหนดว่า “...ให้ถือว่ากำไรเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้นในส่วนที่พึงคาดหวังได้ว่าสถานประกอบการถาวรนั้นจะได้รับ ถ้าสถานประกอบการถาวรนั้นเป็นวิสาหกิจอันแยกต่างหาก...” ในการวินิจฉัยในคดีนี้ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาให้เหตุผลในข้อวินิจฉัยถึงประเด็นดังกล่าว โดยยึดแนวทางการให้เหตุผลตามคำอธิบายต้นแบบของ OECD และให้การตัดสินว่ากฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาจะขัดหรือแย้งกับหลักการตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ตกลงทำกับประเทศคู่สัญญาไม่ได้ ซึ่งคดีนี้ถือเป็นคดีสำคัญที่ถูกยกตัวอย่างเพื่อใช้ในการศึกษาเพื่อทำความเข้าใจในข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจจนกระทั่งปัจจุบัน ทั้งนี้สำหรับประเทศไทยยังไม่มีแนวปฏิบัติจากกรมสรรพากรหรือพบแนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับหลักในเรื่อง “หน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก” รวมทั้งแนวปฏิบัติของวิสาหกิจต่างประเทศที่ต้องเสียภาษีในประเทศไทยเมื่อมีสถานประกอบการถาวรอยู่ในประเทศไทยและต้องเสียภาษีเงินได้ตามข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ซึ่งการศึกษาคดีภาษีระหว่างประเทศจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ประกอบกับกฎหมายภายในต่อไป

คำสำคัญ: สถานประกอบการถาวร, กำไรจากธุรกิจ, หน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก, อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ

Abstract

According to the Double Taxation Agreement, if a permanent establishment is located in a source state, the source state reserves the right to tax profits earned through that permanent establishment. The following issue is how the Business Profits should be treated under Article 7 of the Double Taxation Agreement. A history of the Business Profit can be traced back as same as the permanent establishment definition, in addition, taxpayers and tax authorities argue frequently over business profits issue. This article refers to a dispute over an interest paid between branch and intra-corporate on whether it should be

treated, according to Business Profits under the Double Taxation Agreement, as a separate entity or not. A critical argument is related to a principle found in Article 7 paragraph 2 which states that “...there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and independent enterprise...” The US Court explains the issue in accordance with the OECD Model and concludes that US domestic law cannot be contrary to or inconsistent with the principles of the Double Taxation Agreement signed with the contracting state. This case has become a significant case study on the Business Profits article until now. However, there are no Revenue Department guidelines or rulings in Thailand regarding “separate entity” or any guidelines for foreign enterprise carrying on business through a permanent establishment and liable under the Business Profits clause under the Double Taxation Agreement. Thus, the study of international tax cases will strengthen the enforcement of the Double Taxation Agreement in addition to domestic law.

Keywords: Permanent Establishment, Business Profits, Separate Entity, Double Taxation Agreement

1. บทนำ

สิทธิในการจัดเก็บภาษีเงินได้ของประเทศแหล่งเงินได้เมื่อวิสาหกิจต่างประเทศได้เข้าไปดำเนินธุรกิจและได้รับเงินได้นั้น ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ให้สิทธิในการจัดเก็บภาษีกับประเทศแหล่งเงินได้เมื่อวิสาหกิจต่างประเทศนั้นมีสถานประกอบการถาวรตั้งอยู่ในประเทศนั้น

ความหมายของสถานประกอบการถาวรมีมานับตั้งแต่เริ่มต้นตามประวัติศาสตร์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ และได้มีพัฒนาการความเปลี่ยนแปลงมาโดยตลอดจนกระทั่งปัจจุบัน แต่ทั้งนี้จะพบถึงข้อสังเกตประการหนึ่งคือ ความหมายดั้งเดิมของสถานประกอบการถาวรอันหมายความถึงสถานธุรกิจประจำนั้นไม่มีการเปลี่ยนแปลงในรากฐานความคิดเลย แต่จะมีการขยายความในความหมายของสถานธุรกิจประจำเพิ่มมากขึ้นตามช่วงระยะเวลา และมีการเพิ่มสถานประกอบการถาวรในลักษณะอื่นขึ้นตามลำดับ สถานประกอบการถาวรตามความในวรรคแรกของข้อบทที่ 5 ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ถือเป็นกาณ์ให้นิยามความหมายของสถานประกอบการถาวรในลักษณะพื้นฐานที่สำคัญ¹ ตามต้นแบบ OECD ได้บัญญัติถึงความหมายของสถานประกอบการถาวรไว้ในวรรคแรกว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า ‘สถานประกอบการถาวร’ หมายถึง สถานธุรกิจประจำ ซึ่งวิสาหกิจใช้ประกอบธุรกิจทั้งหมด หรือบางส่วน”²

ตามความหมายของสถานประกอบการถาวรที่บัญญัติในวรรคแรกของข้อบทเรื่องสถานประกอบการถาวร เมื่อพิจารณาตามคำอธิบายของ OECD จะเห็นได้ว่าการมีสถานประกอบการถาวรเกิดขึ้นในรัฐแหล่งเงินได้นั้นจะต้องเข้าตามองค์ประกอบสำคัญดังนี้คือ

- (1) จะต้อง มี “สถานธุรกิจ”
- (2) สถานประกอบธุรกิจนั้นจะต้องมีลักษณะ “ประจำ”
- (3) มีการดำเนินธุรกิจผ่านสถานธุรกิจประจำดังกล่าว

¹ สรรค์ ดันดีจัตตานนท์, คำอธิบายกฎหมายภาษีระหว่างประเทศ: ข้อบทเรื่องสถานประกอบการถาวรภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ประวัติศาสตร์ ทฤษฎีแนวคิด แนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: ปณณรัช, 2560), หน้า 53-56.

² Organization for Economic Cooperation and Development, Article 5 (1) “For the purposes of this Convention, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of the enterprise is wholly or partly carried on.”

เมื่อพิจารณาถึงอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ตามข้อบทที่ 5 วรรคสอง ประกอบจะพบ การกำหนดถึงลักษณะต่าง ๆ ของสถานธุรกิจอันมีไว้เพื่อดำเนินธุรกิจนั้น เช่น สำนักงาน สถาน จัดการ สาขา โรงช่าง เป็นต้น แต่ทั้งนี้เพียงอาศัยข้อเท็จจริงว่าวิสาหกิจนั้นมีสถานธุรกิจใด ๆ ตามที่กล่าวมานั้นตั้งอยู่ แต่หากมีองค์ประกอบอื่นไม่ครบตามที่กำหนดไว้ข้างต้น เช่น หากไม่มี ลักษณะประจำ หรือไม่มีการดำเนินการผ่านสถานประกอบธุรกิจนั้นแล้ว ก็จะไม่ผลทำให้ สถานธุรกิจดังกล่าวนั้นเกิดเป็นสถานประกอบการถาวรขึ้นมาได้³

เมื่อมีสถานประกอบการถาวรตั้งอยู่ในประเทศแหล่งเงินได้แล้ว สิทธิในการจัดเก็บภาษี เงินได้ที่วิสาหกิจต่างประเทศได้รับจากประเทศแหล่งเงินได้ ย่อมเป็นสิทธิของประเทศแหล่งเงินได้ ตามข้อตกลงในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ คำถามสำคัญที่เกิดขึ้นประการต่อมาคือ กำไรที่สถาน ประกอบการถาวรได้รับนั้นจะถูกพิจารณาเพื่อจัดเก็บภาษีอย่างไร

ในเรื่องนี้เป็นประเด็นสำคัญที่ต้องทำความเข้าใจสำหรับการจัดเก็บภาษีระหว่าง ประเทศภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ต่อเนื่องจากความเข้าใจในเรื่องความหมายของสถาน ประกอบการถาวรคือข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจที่บัญญัติในข้อบทที่ 7 ตามโครงสร้างต้นแบบ ของ OECD ซึ่งการเก็บภาษีจากกำไรจากธุรกิจนี้พบว่ามีประวัติศาสตร์ความเป็นมายาวนาน พร้อมกับความหมายของ “สถานประกอบการถาวร”

คดีพิพาทที่สำคัญที่ยกขึ้นมาเป็นกรณีศึกษาสำหรับการทำความเข้าใจในข้อบทเรื่อง “กำไรจากธุรกิจ” ตามบทความนี้คือ คดี NATWEST I ซึ่งมีคำตัดสินคดีในปี ค.ศ. 1999 ในข้อโต้แย้ง การบังคับใช้กฎหมายภายในประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบกับอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ โดยการ บังคับจัดเก็บภาษีของกรมสรรพากรประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ IRS (Internal Revenue Service) ซึ่งกล่าวอ้างถึงการจัดเก็บภาษีตามข้อบังคับของกระทรวงการคลังของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยผู้เสียภาษีให้การโต้แย้งว่าข้อบังคับฉบับนี้ขัดแย้งกับหลักการสำคัญในข้อบทเรื่องกำไรจาก ธุรกิจภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ คือหลักหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก (separate entity)⁴

³ Organization for Economic Cooperation and Development, **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017**, (OECD: OECD Publishing, 2017), p. 127.

⁴ หน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก (separate entity) หมายถึง กรณีที่สถานประกอบการที่เป็น ส่วนหนึ่งของวิสาหกิจข้ามชาติจะถูกกำหนดปฏิบัติในทางภาษีโดยถือเสมือนว่าเป็นหน่วยทางภาษีหน่วยหนึ่ง แยกจากวิสาหกิจข้ามชาตินั้น การกำหนดให้สถานประกอบการถือเป็นหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก เป็นการกำหนดสมมติฐานในเบื้องต้นขึ้นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีเงินได้จากสถานประกอบการ

โดยให้เหตุผลว่าการบังคับใช้กฎหมายภายในจะต้องไม่ขัดกับอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ได้ตกลงทำไว้ ในการวิเคราะห์ถึงข้อกฎหมายและการตีความนั้นจะเห็นว่าศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ยึดหลักการตามโครงสร้างต้นแบบและคำอธิบายต้นแบบของ OECD ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามิใช่ประโยชน์ในการศึกษาเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการวินิจฉัยตีความและบังคับใช้ข้อบทที่ 7 เรื่อง “กำไรจากธุรกิจ” สำหรับประเทศไทยต่อไปด้วย

2. คดี NATWEST I⁵

| | |
|--------------------------------|-------|
| ระหว่าง | |
| NATIONAL WESTMINSTER BANK, PLC | โจทก์ |
| UNITED STATES of America | จำเลย |

2.1 ข้อเท็จจริง

ข้อเท็จจริงที่สำคัญในคดี โจทก์คือ NATIONAL WESTMINSTER BANK, PLC (ต่อไปนี้จะเรียกว่า NATWEST) เป็นบริษัทข้ามชาติสัญชาติอังกฤษดำเนินธุรกิจรวมทั้งไปเกี่ยวกับการธนาคาร การเงิน และกิจกรรมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในหลายประเทศรวมทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยสำนักงานและหน้าร้านของ NATWEST ที่ใช้ในการดำเนินงานต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ถูกจัดตั้งขึ้นในลักษณะเป็นสาขา การดำเนินงานกิจการธนาคารของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้รับความช่วยเหลือสนับสนุนจากแหล่งเงินทุนทั่วโลกของ NATWEST ทั้งนี้ หากสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาถูกจัดตั้งขึ้นในลักษณะของบริษัทลูกจะไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งของ NATWEST ซึ่งจะมีเงินทุนของตัวเองและจะมีผลแตกต่างในทางปฏิบัติและในทางกฎหมายอันแตกต่างกับกรณีที่จัดตั้งเป็นสาขาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของบริษัทและความสัมพันธ์ระหว่างกันภายในบริษัท NATWEST

โดยทั่วไปสาขาของ NATWEST ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเงินทุนเพื่อดำเนินกิจการทางธนาคารจากการกู้ยืมเงินจากสำนักงานใหญ่ของ NATWEST หรือจากสาขาอื่นของ NATWEST (เช่น สาขาฮ่องกง) และมีการกู้ยืมจากธนาคารอื่นหรือสถาบันการเงินอื่นที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กับ NATWEST ด้วย เงินทุนที่สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับนั้นจะให้ลูกค้ากู้ยืมต่อซึ่งเป็นการก่อให้เกิดรายได้ ดังนั้นจะมีสถานการณ์ที่สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกายืมเงินทุนกับสาขาอื่นภายในบริษัท NATWEST เกิดขึ้นด้วย

⁵ National Westminster Bank, PLC v. U.S., 44 Fed. Cl. 120 (1999)

ธุรกรรมการให้กู้ยืมและการกู้ยืมเงินซึ่งเป็นเรื่องภายในบริษัท สำนักงานใหญ่หรือสาขาที่ให้กู้ยืมเงินจะเรียกเก็บดอกเบี้ยสำหรับการกู้ยืมไปยังสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาและสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะเรียกเก็บดอกเบี้ยจากการให้กู้ยืมกับหน่วยอื่น ๆ ภายใน NATWEST ด้วยเช่นกัน เสมือนกับว่าสาขาแต่ละแห่งนั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์กับ NATWEST โดยบัญชีของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะรายงานผลทั้งเงินได้จากดอกเบี้ยที่ได้รับจากสาขาอื่นและดอกเบี้ยจ่ายสำหรับธุรกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างสาขาเช่นเดียวกันกับกรณีที่เป็นธุรกรรมที่เพิ่มขึ้นโดยธนาคารพาณิชย์ที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กัน

รายการยื่นเสียภาษีของฝ่ายโจทก์ในคดีนี้เป็นเรื่องพิพาทระหว่างปีภาษี 1981 - 1987 ซึ่งได้แสดงถึงธุรกรรมที่เพิ่มขึ้นระหว่างสาขาในการคำนวณเงินได้และค่าใช้จ่ายและผลกำไรที่เสียภาษีของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาสีเหมือนเช่นเดียวกับว่าสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก (separate entity)

2.2 ประเด็นพิพาทและข้อกฎหมายที่ใช้บังคับ

ในการตรวจสอบ IRS ไม่ยินยอมให้หักค่าใช้จ่ายในส่วนของดอกเบี้ยที่ปรากฏตามบัญชีของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาและยื่นกรณาวว่าการให้หักค่าใช้จ่ายที่จะยินยอมเพื่อคำนวณกำไรสำหรับสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะต้องเป็นไปตามสูตรที่กำหนดไว้ตามข้อบังคับของกระทรวงการคลังของประเทศสหรัฐอเมริกา §1.882-5 (Treasury Regulation § 1.882-5 ต่อไปนี้เรียกว่า “ข้อบังคับฯ”) การไม่ยินยอมให้ลงรายการค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยนี้มีผลทำให้เกิดภาระภาษีที่สูงขึ้นสำหรับฝ่ายโจทก์

โจทก์ยื่นคำให้การต่อสู้ถึงการใช้ข้อบังคับฯ สำหรับการดำเนินงานในสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ว่าไม่เป็นไปตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฝ่ายจำเลยโต้แย้งว่าข้อบังคับฯ นั้นสอดคล้องกับอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ในเรื่องนี้คู่ความในคดีเห็นด้วยร่วมกันว่าตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีว่าหากข้อบังคับฯ นั้นไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ แล้ว กรณีจะต้องถือบังคับไปตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ

ชื่อของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับนี้ คือ “ข้อตกลงระหว่างรัฐบาลของประเทศสหรัฐอเมริกาและรัฐบาลของสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์เหนือ เพื่อการหลีกเลี่ยงภาษีซ้อนและ

ป้องกันการหนีภาษีสำหรับการเก็บภาษีจากเงินได้และจากทุน”⁶ รัฐที่ลงนามตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นั้น ถูกระบุว่าเป็น “รัฐคู่สัญญา” ตามชื่อที่ปรากฏเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นี้มีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการจกเก็บภาษีตามรายการเงินได้ที่กำหนดไว้ว่าจะไม่ถูกจกเก็บภาษีโดยรัฐคู่สัญญาพร้อมกันทั้งสองรัฐ ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับที่เป็นข้อพิพาทนี้ ลงนามในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1975

หลักการโดยทั่วไปที่นำมาใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์คือ การกำหนดให้เงินได้ของผู้มีถิ่นที่อยู่ของรัฐคู่สัญญาหนึ่งจะถูกจกเก็บภาษีจากเพียงโดยรัฐคู่สัญญาของผู้มีถิ่นที่อยู่ แม้ว่า จะได้มีกิจกรรมหรือความผูกพันอย่างอื่นเกิดขึ้นในรัฐอีกรัฐหนึ่ง ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นที่กำหนดไว้อีกหลายประการที่กำหนดขกเว้นการให้สิทธิเก็บภาษีโดยรัฐถิ่นที่อยู่ซึ่งประการหนึ่งคือ เรื่องกำไรจากธุรกิจ ซึ่งได้ถูกกำหนดไว้ในข้อบทเฉพาะในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ

สำหรับในการดำเนินธุรกิจตามหลักการทั่วไปในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นั้นกำไรจากธุรกิจจะถูกเก็บภาษีเพียงในรัฐถิ่นที่อยู่ ยกเว้นแต่วิสาหกิจดำเนินธุรกิจในรัฐอีกรัฐหนึ่งผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในรัฐอีกรัฐหนึ่งนั้น คำว่า “สถานประกอบการถาวร” ตามที่ให้ความหมายไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ข้อบทที่ 5 วรรคหนึ่ง หมายถึง “สถานธุรกิจประจำซึ่งวิสาหกิจใช้ประกอบธุรกิจทั้งหมดหรือเพียงแต่บางส่วน” และวรรคสองได้กำหนดถึงสาขาและสำนักงานด้วย คู่ความเห็นร่วมกันว่าสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาของฝ่ายโจทก์นั้นถือเป็นสถานประกอบการถาวรและกำไรจากธุรกิจของโจทก์ตกเป็นของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ซึ่งจะต้องเสียภาษีเงินได้ให้กับประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนั้นคู่ความยังเห็นร่วมกันว่าตามข้อบังคับฯ นั้นเป็นบทบัญญัติโดยชอบกฎหมายภายใน

ประเด็นหลักที่โต้แย้งกันของคู่ความคือ ข้อบังคับฯ นั้นไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ดังนั้นบทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ในเรื่องกำไรจากธุรกิจของสถานประกอบการถาวรจึงเป็นข้อโต้แย้ง

⁶ “Convention Between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital Gains.”

สำคัญในคดีนี้ บทบัญญัติในเรื่องนี้อยู่ในข้อบทที่ 7 เรื่องกำไรจากธุรกิจตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับที่ใช้บังคับนี้บัญญัติว่า

“1. กำไรจากธุรกิจของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง (ในคดีนี้คือสหราชอาณาจักร) ให้แก่บริษัทได้เฉพาะในรัฐนั้น เว้นไว้แต่ว่าวิสาหกิจนั้นประกอบธุรกิจในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง (ประเทศสหรัฐอเมริกา) โดยผ่านสถานประกอบการถาวรซึ่งตั้งอยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง ถ้าวิสาหกิจ (โจทก์) ประกอบธุรกิจตามที่กล่าวข้างต้น กำไรจากธุรกิจของวิสาหกิจอาจแก่บริษัทได้ในอีกรัฐหนึ่ง (ประเทศสหรัฐอเมริกา) แต่ต้องเก็บจากกำไรเพียงเท่าที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรเท่านั้น

2. ภายใต้บังคับบทบัญญัติของวรรคสาม ในกรณีที่วิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง (สหราชอาณาจักร) ประกอบธุรกิจในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง (ประเทศสหรัฐอเมริกา) โดยผ่านทางสถานประกอบการถาวรซึ่งตั้งอยู่ในอีกรัฐหนึ่งนั้น (ในกรณีนี้คือสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา) ในแต่ละรัฐผู้ทำสัญญา ให้ถือว่ากำไรเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้นในส่วนที่พึงคาดหวังได้ว่าสถานประกอบการถาวรนั้นจะได้รับ ถ้าหากว่าสถานประกอบการถาวรนั้นเป็นวิสาหกิจอันแยกต่างหากและประกอบกิจการเช่นเดียวกัน หรือคล้ายคลึงกันภายใต้ภาวะเช่นเดียวกัน หรือคล้ายคลึงกัน และติดต่ออย่างเป็นอิสระโดยสิ้นเชิงกับวิสาหกิจ ซึ่งตนเป็นสถานประกอบการถาวรนั้น

3. ในการกำหนดกำไรของสถานประกอบการถาวร (ในกรณีนี้คือสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา) จะยอมให้หักค่าใช้จ่าย ซึ่งมีขึ้นเพื่อความมุ่งประสงค์ของธุรกิจของสถานประกอบการถาวร รวมถึงการจัดสรรค่าใช้จ่ายอย่างสมเหตุสมผลในการบริหารและการจัดการทั่วไป ค่าใช้จ่ายในการวิจัยและการพัฒนา ดอกเบี้ย และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ซึ่งมีขึ้นเพื่อความมุ่งประสงค์ของวิสาหกิจทั้งหมด ไม่ว่าจะเกิดขึ้นในรัฐซึ่งสถานประกอบการถาวรนั้นตั้งอยู่หรือที่อื่น”

คู่ความเห็นร่วมกันว่าข้อบทที่ 7 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ กำหนดให้สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา ต้องถูกปฏิบัติสำหรับวัตถุประสงค์ในทางภาษีเสมือนกับว่าเป็นวิสาหกิจที่แยกต่างหาก แต่คู่ความมีความเห็นแย้งกันในประเด็นการคำนวณกำไรที่เป็นของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาในธุรกรรมการ “กู้ยืม” ภายในบริษัทระหว่างสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกากับหน่วยอื่นที่อยู่นอกประเทศประเทศสหรัฐอเมริกาของฝ่ายโจทก์ต้องถูกปฏิบัติเสมือนเป็น

ธุรกรรมระหว่างหน่วยทางภาษีกนละหน่วยด้วยเช่นกัน (ประเด็นในเรื่องนี้จะเป็นเรื่องการหักค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยในการคำนวณภาษีเงินได้ ไม่ใช่เรื่องรายได้ที่ได้รับจากดอกเบี้ยที่เกิดขึ้น) ในทางปฏิบัติกำหนดถึงการหักค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา⁷ ค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยจะสะท้อนให้เห็นทางบัญชีโดยมีการปรับปรุงอย่างเหมาะสมตามเท่าที่จำเป็นเพื่อกำหนดถึงการทดแทนในจำนวนทุนที่เหมาะสมกับราคา arm's length⁷ ซึ่งอัตราดอกเบี้ยในตลาดกับธุรกรรมการกู้ยืมภายในบริษัทจะนำมาใช้ในการคำนวณในทางภาษีของโจทก์ ซึ่งทางจำเลยได้กำหนดให้ใช้สูตร formulary approach ตามที่ปรากฏในข้อบังคับฯ

ในการวิเคราะห์เพื่อการตีความและให้คำพิพากษาในเรื่องนี้นั้น ศาลเริ่มต้นในการค้นหาแหล่งข้อมูลสำหรับใช้ในการตีความที่เหมาะสมในประเด็นที่ได้แย้งในคดี โดยเริ่มต้นการวิเคราะห์จากถ้อยคำในข้อบทที่ 7

ตามข้อบทที่ 7 วรรคแรก เริ่มต้นจากข้อสันนิษฐานถึงในกรณีบริษัทสหราชอาณาจักร เช่น โจทก์นั้นจะไม่มีการจัดเก็บภาษีจากกำไรจากธุรกิจโดยประเทศสหรัฐอเมริกา ยกเว้นว่าบริษัทได้ดำเนินธุรกิจในประเทศผ่านสถานประกอบการถาวร ข้อบทที่ 7 (1) กำหนดต่อมว่าหากมีสถานประกอบการถาวร เช่น สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา เฉพาะเพียงกำไรที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรจะถูกเก็บภาษีในประเทศสหรัฐอเมริกา

ข้อบทที่ 7 วรรคสอง วางหลักการว่า เฉพาะเพียงกำไรที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวรที่จะถูกเก็บภาษีจึงมีการกำหนดว่าการกำหนดกำไรที่พึงถือว่าเป็นของสถานประกอบการถาวร เช่น สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา ผลกำไรที่คาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นหากเป็นวิสาหกิจที่แยกต่างหากและเข้าดำเนินงานในกิจกรรมธุรกิจเดียวกันและติดต่ออย่างเป็นอิสระกับวิสาหกิจที่เป็นของสถานประกอบการถาวร โดยพื้นฐานแล้วกำไรคือจำนวนเงินได้ที่ได้รับทั้งหมดหักออกจากค่าใช้จ่าย

⁷ arm's length price หมายถึงราคาค่าตอบแทนของสินค้า ค่าบริการ หรือดอกเบี้ยที่คู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน พึ่งกำหนดโดยสุจริตทางการค้า ซึ่งในบางกรณีอาจหาราคาสินค้าโดยปกติไม่ได้ในตลาดทั่วไปเนื่องจากเป็นสินค้าเฉพาะ จึงมีวิธีในการกำหนดการหาราคา arm's length ขึ้นโดยวิธีการต่าง ๆ เช่น โดยการบวกต้นทุนส่วนเพิ่ม (cost plus method) เพื่อกำหนดเป็นราคา arm's length ขึ้น ดังนั้น เห็นได้ว่า arm's length price นั้นที่จริงแล้วมีความหมายบางประการที่แตกต่างกับคำว่าราคาตลาด หรือ market price

ตามข้อบทที่ 7 วรรคสาม กำหนดถึงการหักค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมสำหรับการกำหนดถึงกำไรที่จะถูกจัดเก็บภาษีของสถานประกอบการถาวร ซึ่งบัญญัติว่า “การจัดสรรค่าใช้จ่ายอย่างสมเหตุสมผลในการบริหารและการจัดการทั่วไป ค่าใช้จ่ายในการวิจัยและพัฒนาดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ซึ่งมีขึ้นเพื่อความมุ่งประสงค์ของวิสาหกิจทั้งหมด” ดังนั้นในส่วนเพิ่มเติมสำหรับการหักค่าใช้จ่ายที่แสดงในบัญชีจะสะท้อนถึงการดำเนินการที่แยกต่างหาก ซึ่งสถานประกอบการถาวรจะสามารถหักค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในสำนักงานนั้นได้อย่างเหมาะสม

หลังจากที่ศาลได้วิเคราะห์ถึงเนื้อหาตามถ้อยคำในข้อบทที่ 7 ศาลได้วิเคราะห์ต่อมาถึงเนื้อหาตามคำอธิบายต้นแบบในวรรคต่าง ๆ ที่ให้คำอธิบายถึงการใช้ข้อบทที่ 7 (2) ที่กล่าวถึงกำไรที่จะถือเป็นของสถานประกอบการถาวรนั้นคือกำไรที่สถานประกอบการถาวรควรสามารถทำได้ หากได้มีการติดต่อทำธุรกรรมเช่นว่านั้นก็วิสาหกิจอิสระแทนที่จะติดต่อกับสำนักงานใหญ่ภายใต้เงื่อนไขและตามราคาท้องตลาดทั่วไป

ข้อบทที่ 7 จะนำมาใช้บังคับในคดีเพื่อกำหนดถึงเงินได้ที่ถูกเก็บภาษีจากสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาจะถูกปฏิบัติเช่นเดียวกับว่าเป็นหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากและเป็นอิสระโดยติดต่อกับหน่วยอื่น ๆ ของ NATWEST เสมือนกับไม่ได้มีความสัมพันธ์กันโดยเป็นไปตามราคา arm’s length ยกเว้นสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจจะหักค่าใช้จ่ายของตนเอง สำหรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในสำนักงาน โดยการแบ่งปันปันส่วนอย่างสมเหตุสมผล ส่วนคำว่า “แยกกันออกอย่างชัดเจน” และ “แยกต่างหาก” (distinct and separate) และวลีที่ว่า “ติดต่ออย่างเป็นอิสระโดยสิ้นเชิง” (dealing wholly independent) เห็นว่ามีความชัดเจนไม่ต้องตีความเพิ่มเติมอีก ทั้งนี้ ตามคำอธิบายต้นแบบของ OECD และรายงานของ OECD ที่ได้เสนอออกมาในช่วงระยะเวลาเดียวกันให้การยืนยันต่อการตีความในเรื่องนี้ ทั้งนี้รายงานของกระทรวงการคลังของประเทศสหรัฐอเมริกาปี 1977 กล่าวถึงความตามข้อบทที่ 7 วรรคสอง ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา “จะให้ถือว่ากำไรซึ่งเป็นของสถานประกอบการถาวรในส่วนเท่าที่คาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผลว่าได้รับหากเป็นหน่วยที่เป็นอิสระ”

ตามประมวลรัษฎากรของประเทศสหรัฐอเมริกา (Internal Revenue Code) มาตรา 882 (C) (1) ได้วางบทบัญญัติในเรื่องนี้ว่า การแบ่งจัดสรรและการแบ่งปันส่วนที่เหมาะสมสำหรับการหักค่าใช้จ่ายที่อนุญาตให้หักสำหรับการคิดคำนวณภาษีเงินได้ของบริษัทต่างประเทศที่เข้าดำเนินธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาจะถูกกำหนดตามข้อบังคับฯ ที่กำหนดขึ้นโดยเลขานุการกระทรวงการคลัง ตามข้อบังคับฯ กำหนดการหักค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยของ

บริษัทต่างประเทศ โดยใช้บังคับเฉพาะกับบริษัทต่างประเทศสำหรับเงินได้ที่ได้จากการดำเนินธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่จะไม่ใช้บังคับกับบริษัทท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามข้อบังคับฯ นี้จะใช้บังคับกับบริษัทต่างประเทศโดยไม่มี ความแตกต่างกันระหว่างบริษัทต่างประเทศที่มีข้อตกลงตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ กับบริษัทต่างประเทศที่ไม่มีข้อตกลงตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ

ข้อบังคับฯ ได้มีการกำหนดถึงสูตรการคำนวณที่ซับซ้อนที่นำมาใช้สำหรับบริษัทต่างประเทศที่มีสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยมีข้อกำหนดทั่วไปในขั้นต้นก่อนจะคำนวณตามสูตร โดยกำหนดไม่ให้พิจารณาถึงธุรกรรมการกู้ยืมและให้กู้ยืมภายในทั้งหมด โดยมีข้อกำหนดว่าสินทรัพย์ หนี้สิน และคำนวณค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากธุรกรรม การกู้ยืมหรือการให้เครดิตใด ๆ ระหว่างสำนักงานหรือสาขาของบริษัทต่างประเทศนั้นจะไม่ถูกนำมาพิจารณา จากนั้นตามสูตรกำหนดถึงกระบวนการ 3 ขั้นตอนเพื่อกำหนดถึงการหักค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยที่ยอมให้หักออกจากเงินได้จากการดำเนินกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา

ขั้นตอนแรก กำหนดให้คิดคำนวณจำนวนของสินทรัพย์ของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาของบริษัทต่างประเทศ (แต่จะไม่รวมถึงเงินได้ที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมระหว่างสาขา)

ขั้นตอนที่ 2 กำหนดให้คำนวณถึงหนี้สินสำหรับการดำเนินกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา (แต่จะไม่รวมถึงหนี้สินที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมระหว่างสาขาเช่นเดียวกัน) การคำนวณนี้จะตั้งต้นคิดจากสัดส่วน (ratio) ซึ่งอาจจะเป็นเปอร์เซ็นต์ที่ตายตัว (เช่น 95 เปอร์เซ็นต์สำหรับธนาคารและสถาบันการเงินที่คล้ายคลึงกันหรือ 50 เปอร์เซ็นต์สำหรับธุรกิจอื่น) หรือสัดส่วนของหนี้สินของบริษัทต่างประเทศทั้งโลกต่อทรัพย์สิน (อัตราสัดส่วนของทุนของบริษัทต่างประเทศ) ผลลัพธ์ของอัตราส่วนหรือเปอร์เซ็นต์ที่กำหนดไว้จะนำมาคูณกับสินทรัพย์ที่ได้คำนวณไว้ในขั้นตอนแรก ผลลัพธ์ที่ได้จะถือเป็นหนี้สินตาม “สมมติฐาน” สำหรับการดำเนินกิจการของบริษัทต่างประเทศในประเทศสหรัฐอเมริกา

ขั้นตอนที่ 3 ตามสูตรกำหนดการหักค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยตามจำนวนที่ยินยอมสำหรับการดำเนินการในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเริ่มต้นการคิดคำนวณจากการเปรียบเทียบหนี้สินตาม “สมมติฐาน” ซึ่งคำนวณในขั้นตอนที่ 2 กับจำนวนหนี้สินที่แท้จริงของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกากับบุคคลภายนอก (โดยไม่นำการกู้ยืมเงินภายในมารวมในการคิดคำนวณ)

การเปรียบเทียบนี้จะแสดงถึงว่าบริษัทต่างประเทศจะได้รับอนุญาตให้หักดอกเบี้ย ในจำนวนที่เกินกว่าที่กำหนดในบัญชีของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาตามเท่าที่ได้จ่ายให้กับ บุคคลภายนอกเท่าไร หากหนี้สินตาม “สมมติฐาน” เกินกว่าหนี้สินที่มีต่อบุคคลภายนอก (ซึ่งตามเนื้อหาในคดีนี้เป็นกรณีนี้) ผู้เสียภาษีจะได้รับอนุญาตให้หักค่าใช้จ่าย โดยเป็นการหัก เพิ่มเติมจากจำนวนที่จ่ายให้กับบุคคลภายนอก ดอกเบี้ยตามสัดส่วนของหนี้สินที่คำนวณ ในขั้นตอนที่ 2 ซึ่งเกินกว่าหนี้สินที่แท้จริงที่มีต่อบุคคลภายนอก แต่อัตราที่กำหนดสำหรับดอกเบี้ย จะเป็นอัตราเฉลี่ยที่มาจากหนี้สินหลายรายการของบริษัทต่างประเทศซึ่งไม่มีความสัมพันธ์ โดยตรงกับสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา

ทั้งนี้ จะต้องพึงระลึกด้วยว่าข้อบังคับฯ มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมในเรื่องการหัก ค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยสำหรับบริษัทต่างประเทศในการดำเนินงานในประเทศสหรัฐอเมริกา ในทุกกรณีไม่ว่าการดำเนินงานในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญา ภาษีซ้อนฯ หรือไม่ก็ตาม ตามข้อบังคับฯ มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ (1) กำหนดหรือแบ่งส่วนของทุน สำหรับสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา (2) ใช้อัตราดอกเบี้ย arm’s length สำหรับการกู้ยืมภายใน และ (3) ป้องกันการโอนเงินได้ออกจากสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างไม่เหมาะสม เพื่อหลีกเลี่ยงภาษีในประเทศสหรัฐอเมริกา

จำเลยโต้แย้งว่าข้อบังคับฯ ในเรื่องค่าใช้จ่ายในดอกเบี้ยใช้ปฏิบัติกับวิสาหกิจต่างประเทศ สำหรับสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาทุกรายเสมือนกับเป็นหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก และใช้สูตรตามข้อบังคับฯ เพื่อกำหนดแบ่งสันในทุน ปรับปรุงการเรียกเก็บการกู้ยืมภายใน และปรับรูปแบบสาขาของบริษัทต่างประเทศให้เหมาะสมหากมีการโอนเงินได้เพื่อเลี่ยงภาษี

2.3 คำวินิจฉัย

ในเรื่องนี้ศาลเห็นว่าตามข้อบังคับฯ นอกจากไม่ได้มีการปฏิบัติต่อบริษัทต่างประเทศ สำหรับสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาเสมือนเป็นหน่วยที่อิสระแยกต่างหากแล้ว ข้อบังคับฯ ยังปฏิบัติต่อสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาเสมือนกับเป็นส่วนหนึ่งวิสาหกิจระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงไม่สอดคล้องกับหลักหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากตามข้อบทที่ 7 (2) ของอนุสัญญา ภาษีซ้อนฯ

ศาลเห็นว่าข้อบังคับฯ นี้ไม่สอดคล้องกับข้อบทที่ 7 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ด้วยเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ข้อบังคับฯ กำหนดการคำนวณการหักค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ย โดยไม่คิดคำนวณถึงธุรกรรมระหว่างกันทั้งหมด แม้ว่าธุรกรรมนั้นจะมีขึ้นเพื่อการดำเนินงาน

ของธนาคาร ประการที่สอง ข้อบังคับฯ กำหนดถึงหนี้สิน (ในขั้นตอนที่ 2) และกำหนดการหักดอกเบี้ยจากผลลัพธ์ดังกล่าว (ในขั้นตอนที่ 3) ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของสินทรัพย์ทั่วโลกและหนี้สินทั่วโลกของวิสาหกิจโดยรวมทั้งหมด อันเห็นได้ว่าไม่ได้เป็นการหักดอกเบี้ยบนพื้นฐานของการปฏิบัติงานที่แยกต่างหากและเป็นอิสระของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา

2.3.1 คำวินิจฉัยต่อข้อกำหนดเบื้องต้นของข้อบังคับฯ กับหลักหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากในข้อบทที่ 7 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ

ตามข้อบังคับฯ มีข้อกำหนดเบื้องต้นว่าจะไม่พิจารณา “สินทรัพย์ หนี้สิน และจำนวนค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมกู้ยืมหรือการให้เครดิตใด ๆ ระหว่างสำนักงานหรือสาขาภายในเครือบริษัทเดียวกัน” ก่อนที่จะนำมาเข้าสู่ตรในการคำนวณซึ่งตามข้อบังคับฯ เรื่องนี้เห็นได้ว่าขัดแย้งกับหลักหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากและเป็นอิสระตามข้อบทที่ 7 วรรคสองของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ซึ่งข้อกำหนดเบื้องต้นนี้จะส่งผลกระทบต่อขั้นตอนต่อมาในทุกขั้นตอนตามสูตร

2.3.2 คำวินิจฉัยต่อขั้นตอนตามสูตรสามขั้นตอนตามข้อบังคับฯ กับหลักหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากในข้อบทที่ 7 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ

เมื่อพิจารณาตามขั้นตอนแรก สูตรกำหนดถึงการคำนวณสินทรัพย์ของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่จะไม่รวมถึงสินทรัพย์ที่เป็นผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมระหว่างสาขา เห็นได้ว่าเป็นการขัดแย้งต่อหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากและเป็นอิสระตามบทบัญญัติข้อบทที่ 7

ตามขั้นตอนที่สอง กำหนดถึงการคำนวณในหนี้สิน แต่หนี้สินดังกล่าวไม่ใช่หนี้สินที่แสดงตามบัญชีของสาขาที่แท้จริง ตามขั้นตอนที่สองกำหนดถึงการบังคับกับสินทรัพย์โดยกำหนดตามเปอร์เซ็นต์ (บนพื้นฐานของทุนตามสมมติฐาน) หรือกำหนดตามสัดส่วนของทุนที่แท้จริงของวิสาหกิจทั้งหมด (โดยกำหนดบนพื้นฐานของการปฏิบัติงานจากทั่วโลกของวิสาหกิจต่างประเทศ) ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นการขัดแย้งกับหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากและเป็นอิสระตามข้อบทที่ 7

ในขั้นตอนที่สาม กำหนดถึงจำนวนการหักค่าใช้จ่ายสำหรับดอกเบี้ยที่ยินยอมให้หัก โดยเริ่มต้นจากการเปรียบเทียบจากสินทรัพย์ตามสมมติฐานในขั้นตอนที่สองกับหนี้สินที่แท้จริงของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาก็บุคคลภายนอก (โดยหนี้สินที่แท้จริงนี้จะไม่คำนึงถึงการกู้ยืมระหว่างสาขาที่แสดงปรากฏตามบัญชีของสาขา) หากหนี้สิน “ตามสมมติฐาน” เกินกว่าหนี้สินที่มีต่อบุคคลภายนอก ผู้เสียภาษีอาจหักค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมที่มากกว่าที่จ่ายให้กับบุคคลภายนอกได้

เห็นได้ว่าดอกเบี๋ยเสมือนนี้ตั้งบนสัดส่วนของหนี้สิน “ตามสมมติฐาน” ซึ่งเกินกว่าหนี้สินที่แท้จริงนี้มีต่อบุคคลภายนอก แต่อัตราที่ใช้สำหรับดอกเบี๋ยนั้นเป็นอัตราดอกเบี๋ยเฉลี่ยทั่วโลกที่มาจากรูกรวมอื่นของบริษัทต่างประเทศซึ่งไม่มีความสัมพันธ์กับสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา

2.3.3 สรุปข้อวินิจฉัยของศาล

การกำหนดให้ใช้หนี้สิน “ตามสมมติฐาน” เห็นว่าไม่เป็นการสอดคล้องกับข้อบทที่ 7 นอกจากนี้ การกำหนดให้ใช้อัตราค่าเฉลี่ยทั่วโลกของวิสาหกิจต่างประเทศ โดยไม่อนุญาตสำหรับการให้กู้ยืมระหว่างสาขาและอัตราที่แสดงตามบัญชีของสาขา ก็ไม่เป็นการสอดคล้องกับหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากและเป็นอิสระตามข้อบทที่ 7 เช่นกัน

ดังนั้น ตามหลักการพื้นฐานของข้อบังคับฯ จึงไม่สอดคล้องกับข้อบทที่ 7 วรรคสอง และวรรคสาม ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ

ศาลจึงให้คำพิพากษาตามคำร้องของโจทก์ว่า ข้อบังคับฯ ไม่สอดคล้องกับหลัก “หน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก” ตามข้อบทที่ 7 ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ และปฏิเสธคำคัดค้านของจำเลย

3. การบังคับใช้ข้อบทที่ 7 ภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ กับแนวทางของประเทศไทย

คดี NATWEST I เป็นคดีที่ใช้เป็นเรื่องศึกษาเกี่ยวกับการบังคับใช้ในข้อบทเรื่องข้อบทกำไรจากธุรกิจภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ มาตลอดจนปัจจุบัน ในคำพิพากษาคดีนี้ศาลเห็นว่า ข้อบังคับฯ ขัดแย้งกับหลักการเรื่องหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก อันเป็นประเด็นสำคัญภายใต้ข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจซึ่งบัญญัติไว้ในข้อบทที่ 7 ซึ่งมีผลทำให้ผู้เสียภาษีได้รับคืนภาษีกว่า 37 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จากประมาณเงินได้ที่ฝ่ายสรรพากรประเมินเงินได้เกินจำนวนประมาณ 155 ล้านดอลลาร์สหรัฐ⁸

ในประเด็นเรื่องหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากนี้ปรากฏตามต้นแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ของ OECD และ UN ซึ่งประเทศไทยได้ตกลงทำอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ กับประเทศอื่นตามแนวทางต้นแบบดังกล่าวเช่นเดียวกัน ข้อพิพาทในเรื่องหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากภายใต้ข้อบทที่ 7

⁸ Stafford Smiley, *National Westminster Bank: Will the IRS ever give up?*, Corporate Taxation, Volume 37 (March - April 2010), p. 44.

ของอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นี้ ผู้เขียนยังไม่พบข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในศาลไทย แต่อย่างไรก็ดี แนวทางปฏิบัติของประเทศไทยสำหรับการบังคับใช้ในข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจที่วิสาหกิจต่างประเทศได้รับการประกอบกิจการผ่านสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่ายังคงมีความคลุมเครืออยู่

3.1 แนวทางการปรับใช้ข้อบทที่ 7 เรื่องกำไรจากธุรกิจของประเทศไทยในปัจจุบัน

ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ที่ประเทศไทยตกลงทำกับประเทศอื่นทุกฉบับปรากฏถึง บทบัญญัติตามหลักการเรื่องหน่วยภาษีที่แยกต่างหากนี้ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางโครงสร้าง ต้นแบบของ OECD ดังนั้น ในการบังคับใช้ข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจภายใต้บริบทของกฎหมายไทย เห็นว่าควรจะต้องบังคับไปในแนวทางเดียวกัน หากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างผู้เสียภาษีกับ เจ้าหน้าที่สรรพากรสำหรับกำไรจากธุรกิจที่วิสาหกิจต่างประเทศได้รับผ่านสถานประกอบการถาวร จะต้องบังคับไปตามหลักการภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ คือกำหนดถึงกำไรของสถานประกอบการถาวรโดยถือเสมือนว่าเป็นหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหาก แต่ทั้งนี้ตามกฎหมายภายในของประเทศไทยนั้นยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือข้อบังคับในเรื่องการเสียภาษีเงินได้จากกำไรธุรกิจของวิสาหกิจต่างประเทศที่ได้รับเงินได้จากการประกอบกิจการภายในโดยเฉพาะ ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องบังคับไปตามบทบัญญัติในมาตรา 66 วรรคสอง ที่กำหนดให้บริษัทหรือ ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศต้องเสียภาษีจากกำไรสุทธิจากกิจการ หรือเนื่องจากกิจการที่ได้กระทำในประเทศไทยในรอบระยะเวลาบัญชี และการคำนวณกำไรสุทธิให้ปฏิบัติเช่นเดียวกับมาตรา 65 และมาตรา 65 ทวิ ซึ่งเท่ากับว่าการประกอบกิจการ ในประเทศไทยของวิสาหกิจต่างประเทศนั้นจะถูกบังคับตามกฎหมายราชการเพื่อเสียภาษีเงินได้เช่นเดียวกับบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ซึ่งมีความแตกต่างกับกฎหมายของประเทศ สหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติกำหนดเฉพาะในเรื่องการคำนวณกำไรสำหรับวิสาหกิจต่างประเทศ ไว้เฉพาะต่างหากจากบริษัทท้องถิ่นของประเทศสหรัฐอเมริกา

อย่างไรก็ดี ในเรื่องที่กำลังกำไรจากธุรกิจที่สถานประกอบการถาวรได้รับในประเทศไทย มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรที่ 7/2528 ที่กล่าวถึงกรณีดอกเบี้ยรับระหว่าง ธนาคารต่างประเทศสาขากรุงเทพฯ กับธนาคารสำนักงานใหญ่ในต่างประเทศ แต่ในเรื่องนี้ กล่าวถึงประเด็นเฉพาะในเรื่องของรายรับสำหรับดอกเบี้ยของสาขาเท่านั้น และมีข้อสังเกตตาม แนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรได้ให้การวินิจฉัยเพียงว่า “...จะต้องปฏิบัติ สำหรับสาขาซึ่งเป็นสถานประกอบการถาวรของบริษัทต่างประเทศที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย

เสมือนหนึ่งเป็นนิติบุคคลต่างหากจากสำนักงานใหญ่” แต่ไม่ได้กล่าวถึงแนวปฏิบัติตามหลักเกณฑ์อื่นที่เป็นเงื่อนไขตามความในเนื้อหาของข้อบทที่ 7 ตามโครงสร้างต้นแบบ เช่น การคิดรายได้และค่าใช้จ่ายระหว่างสำนักงานใหญ่กับสถานประกอบการถาวร เป็นต้น

3.2 แนวคำพิพากษาของศาลไทยและปัญหาที่พบจากการวินิจฉัยของศาล

ในเรื่องพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายภาษีระหว่างประเทศตามคำพิพากษาของศาลไทยพบว่า มีข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องข้อบททำไรจากธุรกิจภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนๆ ไม่มากนัก และเห็นได้ว่ยังไม่ได้มีการให้การวินิจฉัยตีความในตัวอนุสัญญาภาษีซ้อนๆ โดยวิเคราะห์ตามถ้อยคำในตัวบทอย่างละเอียดเมื่อเทียบกับคดีของศาลต่างประเทศที่ยกขึ้นมาทำการศึกษาคำพิพากษาที่พบแนวทางคำวินิจฉัยของศาลไทยมีเพียงการกล่าวถึงในข้อบทที่ 7 และเพียงให้การวินิจฉัยว่าเป็นไปตามข้อกำหนดในข้อบทนั้นหรือไม่เท่านั้น ซึ่งยังคงทำให้เกิดความคลุมเครือในการนำมาใช้ถือเป็นแนวปฏิบัติ ซึ่งผู้เขียนยังไม่พบข้อพิพาทในประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องหลักหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากเป็นคดีในศาลไทย แต่พบในเรื่องการกำหนดถึงการยอมให้หักค่าใช้จ่ายสำหรับการบริหารและการจัดการทั่วไป ตามข้อบทที่ 7 (3) ซึ่งพบในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1229/2551 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7323/2560

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1229/2551 ศาลได้ให้คำวินิจฉัยว่า หากข้อตกลงตามความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนในส่วนที่เกี่ยวกับภาษีเก็บจากเงินได้และจากทุนขัดแย้งกับบทบัญญัติในประมวลรัษฎากร จะต้องถือตามความตกลงดังกล่าวซึ่งเป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติตามประมวลรัษฎากร เมื่อความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีดังกล่าว ข้อ 7 (3) ระบุว่า “ในการกำหนดทำไรของสถานประกอบการถาวรให้ยอมให้หักค่าใช้จ่ายซึ่งมีขึ้นเพื่อสถานประกอบการนั้นรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการบริหารและการจัดการทั่วไปไม่ว่าจะมีขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาที่สถานประกอบการถาวรนั้นตั้งอยู่หรือที่อื่น” ข้อตกลงดังกล่าวมีความหมายว่า นอกจากค่าใช้จ่ายซึ่งมีขึ้นเพื่อสถานประกอบการถาวรที่สามารถนำมาหักเป็นค่าใช้จ่ายได้แล้ว ยังสามารถนำค่าใช้จ่ายในการบริหารและการจัดการทั่วไปไม่ว่าจะมีขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาที่สถานประกอบการนั้นตั้งอยู่หรือที่อื่น ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของวิสาหกิจทั้งหมดไม่ใช่เฉพาะสถานประกอบการถาวรที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยเท่านั้น เพราะหากตีความว่าแม้เป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารและการจัดการทั่วไปก็ต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่มีขึ้นเพื่อสถานประกอบการถาวรเท่านั้นแล้วข้อตกลงเพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนก็ไม่จำเป็นต้องมีขึ้น เพราะรายจ่ายใดที่มีขึ้นเพื่อกิจการ

ในประเทศไทยโดยเฉพาะยอมนำมาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้โดยไม่ต้องห้ามตามประมวลรัษฎากร มาตรา 65 ตรี (14) อยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อไม่ปรากฏเลยว่าค่าใช้จ่ายที่สำนักงานใหญ่ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสำนักงานภูมิภาคสาธารณรัฐสิงคโปร์เฉลี่ยมาไม่ได้คำนวณอย่างเหมาะสม และตามสัดส่วนของจำนวนสาขาที่มีอยู่ทั่วโลกอย่างไร แต่กลับปรากฏว่า ค่าใช้จ่ายเฉลี่ยที่สำนักงานใหญ่ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเฉลี่ยมายังสถานประกอบการถาวรในประเทศไทยไม่ถึงร้อยละหนึ่งซึ่งน้อยมาก ค่าใช้จ่ายเฉลี่ยที่โจทก์นำมาหักจากการคำนวณกำไรสุทธิของโจทก์จึงสมเหตุผลแล้ว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7323/2560 ประเด็นที่พิพาทกันในข้อบทที่ 7 คือประเด็นที่โจทก์มีสาขาอยู่ในประเทศไทย โดยที่สาขานั้นถือเป็นสถานประกอบการถาวรในประเทศไทยซึ่งอ้างว่ารายจ่ายนั้นเป็นค่าใช้จ่ายที่ปันส่วนมาจากสำนักงานใหญ่ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสำนักงานใหญ่ประจำภูมิภาคที่สาธารณรัฐสิงคโปร์จะนำมาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้หรือไม่นั้น ศาลตัดสินในประเด็นนี้ว่าจะยอมให้หักค่าใช้จ่ายในการบริหารและการจัดการทั่วไปของสถานประกอบการถาวรไม่ว่าจะมีขึ้นในรัฐผู้ทำสัญญาที่สถานประกอบการถาวรนั้นตั้งอยู่หรือที่อื่น ดังนั้น โจทก์จึงมีสิทธินำมาหักค่าใช้จ่ายได้ตามข้อบทที่ 7 (3) แห่งความตกลงระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อการเว้นการเก็บภาษีซ้อนฯ ได้ แต่การตรวจสอบบัญชีในรอบระยะเวลาบัญชีปี 2541 ของสำนักงานภูมิภาคใช้หลักเกณฑ์การตรวจสอบของสำนักงานภูมิภาคในรอบระยะเวลาบัญชีปี 2533 และปี 2534 แต่โจทก์ไม่ได้นำสืบว่า เมื่อใช้หลักเกณฑ์เดียวกันและได้ตรวจสอบตามมาตรฐานวิชาชีพแล้วเพราะสาเหตุใดในรอบระยะเวลาบัญชีปี 2541 จึงมีค่าใช้จ่ายสูงกว่ารอบระยะเวลาบัญชีปี 2533 ประมาณร้อยละ 1,100 หรือกว่า 11 เท่า และมีค่าใช้จ่ายสูงกว่ารอบระยะเวลาบัญชีปี 2534 ประมาณร้อยละ 800 หรือเกือบ 8 เท่า ทั้งที่ระยะเวลาผ่านไปเพียงไม่กี่ปี หรือสัดส่วนค่าใช้จ่ายปันส่วนสำหรับสาขาประเทศไทยในรอบระยะเวลาบัญชีปี 2541 เทียบกับค่าใช้จ่ายสาขาโดยรวมทั่วโลกแล้วเปลี่ยนแปลงเป็นสัดส่วนที่มากขึ้นหรือน้อยลงกว่าในคดีเดิมตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1229/2551 เพียงใด เมื่อกรณีเป็นที่เห็นได้ชัดว่าจำนวนค่าใช้จ่ายปันส่วนในรอบระยะเวลาบัญชีปี 2541 ในคดีนี้ มีจำนวนที่แตกต่างจากในคดีเดิมเป็นจำนวนมากทั้งที่โจทก์อ้างหลักเกณฑ์เดียวกัน ลำพังเพียงรายงานของผู้สอบบัญชีรับอนุญาตที่ตรวจสอบงบการเงินของสำนักงานใหญ่และสำนักงานภูมิภาคและคำเบิกความของพยานโจทก์ข้างต้นจึงไม่มีน้ำหนักให้รับฟังได้

จากฎีกาทั้งสองนี้ เป็นคดีพิพาทระหว่างคู่ความเดียวกัน คือระหว่างธนาคารดอยซ์แบงก์ โจทก์ และกรมสรรพากร จำเลย เห็นว่าศาลได้ยอมรับการให้หักค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ตามข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจในช่วงปีที่ 7 (3) ว่าสามารถยกขึ้นนำมาใช้เพื่อหักค่าใช้จ่ายได้โดยไม่ต้องห้ามตามประมวลรัษฎากร มาตรา 65 ตรี (14) แต่ในเนื้อหาไม่ได้ให้การวินิจฉัยถึงหลักเกณฑ์ว่าค่าใช้จ่ายในการบริหารและการจัดการทั่วไปที่ปันส่วนมาจากต่างประเทศนั้นต้องคำนวณโดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์และพยานหลักฐานใด ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1229/2551 ให้การวินิจฉัยว่าค่าใช้จ่ายเฉลี่ยที่เป็นจำนวนน้อย เพียงไม่ถึงร้อยละหนึ่งของค่าใช้จ่ายของสำนักงานใหญ่และสำนักงานภูมิภาคจึงยอมรับได้ ในขณะที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7323/2560 ไม่ยอมรับให้ลงค่าใช้จ่ายเฉลี่ยของผู้เสียภาษีเนื่องจากเป็นค่าใช้จ่ายที่มากกว่าเดิมถึง 11 เท่า โดยในเนื้อหาคดีนั้นพบการอ้างถึงหมายเหตุท้ายต้นแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ จากทางฝ่ายโจทก์ ซึ่งเป็นการอ้างถึงต้นแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ฉบับแรกสุดคือปี 2506 และหมายเหตุข้อ 13 ท้ายต้นแบบ⁹ ซึ่งฝ่ายโจทก์ใช้วิธีในการคำนวณที่แตกต่างกันในแต่ละรายการ แต่ในเนื้อหาคำวินิจฉัยของศาลนั้นพบการยกหมายเหตุข้อ 13 ดังกล่าวขึ้นวิเคราะห์ประกอบกับข้อเท็จจริง แต่ศาลกลับให้การวินิจฉัยโดยให้นำหน้าจากเอกสารที่คู่ความนำส่งและพิจารณาว่าสอดคล้องกันหรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่าศาลมีข้อผิดพลาดสองประการคือ

ประการที่แรก ตามเนื้อหาในคำวินิจฉัยของศาลได้กล่าวถึงต้นแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ของ OECD ที่ทำขึ้นในปี 2506 และหมายเหตุข้อ 13 ท้ายต้นแบบที่ได้อธิบายการจัดสรรค่าใช้จ่ายในการบริหารและการจัดการทั่วไปให้แก่สำนักงานสาขา ซึ่งคดีที่พิพาทคดีนี้เป็นประเด็นเรื่องการเสียภาษีของโจทก์ในปีภาษี 2541 ทั้งตามต้นแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ และหมายเหตุท้ายต้นแบบนั้นได้มีการแก้ไขและพัฒนาไปไกลมากกว่าปี 2506 มากแล้ว เหตุใดในคำพิพากษา

⁹ ตามถ้อยคำตามคำพิพากษาใช้คำว่า “หมายเหตุข้อ 13 ท้ายต้นแบบ” ต้นฉบับภาษาอังกฤษคือ **Commentary on Article 7 Concerning the Taxation of Business Profits; Draft Double Taxation Convention on Income and Capital 1963** [Online], 8 February 2022. Source: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/draft-double-taxation-convention-on-income-and-capital_9789264073241-en#page73

ทั้งนี้ ในบทความนี้การอ้างอิงถึง OECD Commentary ในหัวข้อย่ออื่นผู้เขียนขอใช้คำว่า “คำอธิบายต้นแบบ”

ของศาลจึงยังคงยอมรับตามต้นแบบฉบับเดิมอยู่ และไม่มีกรกล่าวอ้างถึงต้นแบบอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ และหมายเหตุต้นแบบฉบับอื่นมาประกอบการวิเคราะห์วินิจฉัยของศาลอีก ซึ่งในการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นั้นควรจะต้องดูจากบริบทของคำอธิบายต้นแบบทั้งหมด ไม่ใช่เพียงเฉพาะจากช่วงเวลาที่คุณสัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ได้ทำการตกลงเจรจากัน¹⁰ อีกทั้งศาลไม่ได้มีการวิเคราะห์ตามเนื้อหาในหมายเหตุข้อ 13 ดังกล่าวประกอบกับข้อเท็จจริงในคดีเลย แต่กลับพิจารณาถึงวิธีการลงค่าใช้จ่ายของโจทก์มากกว่า

ประการที่สอง ในความเห็นต่อคำวินิจฉัยของศาลนั้นผู้เขียนเห็นว่า ศาลไม่ควรให้คำวินิจฉัยโดยอิงกับจำนวนที่รัฐถือว่ามีส่วนค่าใช้จ่ายที่น้อยจึงยอมรับได้ หรือสัดส่วนจำนวนค่าใช้จ่ายที่ดูมากกว่าเดิมมากเกินไปจึงยอมรับไม่ได้ แต่การวินิจฉัยนั้นควรวางบนหลักการตามบทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ กล่าวคือ หากเป็นค่าใช้จ่ายที่ใช้ในการบริหารและจัดการทั่วไปที่เกิดขึ้นจริง และค่าใช้จ่ายในการบริหารและการจัดการทั่วไปที่เกิดขึ้นในสำนักงานใหญ่ของวิสาหกิจสามารถที่จะแสดงบนพื้นฐานตามสัดส่วนมูลค่าการซื้อขายของสถานประกอบการถาวรกับวิสาหกิจทั้งหมดได้¹¹ ผู้เสียภาษีย่อมสามารถลงเป็นรายจ่ายได้ไม่ว่าจะมีจำนวนมากเพียงใดก็ตาม และทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การลงรายจ่ายตามข้อบทที่ 7 (3) ไม่น่าจะพิจารณาถึงประเด็นว่าค่าใช้จ่ายนั้นเป็นจำนวนที่เหมาะสมไม่เกินสมควรหรือไม่ด้วย อย่างไรก็ตาม ในคำพิพากษาในคดีที่สอง ทางฝ่ายผู้เสียภาษีใช้วิธีในการคำนวณลงรายจ่ายในแต่ละรายการโดยวิธีที่แตกต่างกัน และผู้เสียภาษีเองก็ไม่ได้นำสืบว่าเหตุใดจึงใช้วิธีการคำนวณที่แตกต่างกัน ซึ่งเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ศาลไม่ยอมรับ หากทางฝ่ายผู้เสียภาษีได้ใช้วิธีการคำนวณลงรายจ่ายที่สอดคล้องกัน หรือสามารถแสดงถึงเหตุผลในการลงรายจ่ายโดยใช้วิธีที่แตกต่างกันให้ศาลยอมรับได้ เป็นเรื่องที่น่าคิดว่าศาลจะให้การยอมรับหรือไม่เมื่อมีการลงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการบริหารและการจัดการทั่วไปในรัฐอื่นเกิดขึ้นจำนวนมาก ทั้งนี้ ภายหลังจากมีคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ถึงประเด็นการลงรายจ่ายตามข้อบทที่ 7 (3) ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ แต่หลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าค่าใช้จ่ายในการบริหารและการจัดการทั่วไปที่ปันส่วนมาจาก

¹⁰ Brian Caster, *After Natwest: How courts should handle OECD commentary in double taxation treaty interpretation*, Northwestern University Law Review, Volume 105 (Summer 2011), pp. 1321-1322.

¹¹ Organization for Economic Cooperation and Development, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 1998*, (OECD: OECD Publishing, 1998), p. 96.

ต่างประเทศต้องคำนวณโดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์และพยานหลักฐานใด ยังคงเป็นที่คลุมเครืออยู่

จากคำพิพากษาที่ยกขึ้นมาข้างต้นเห็นได้ว่าตามแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยเกี่ยวกับคดีภาษีระหว่างประเทศนั้นให้ความสำคัญถึงการพิจารณาตามพยานหลักฐานตามเอกสารมากกว่า โดยยังไม่ได้มีการให้การวินิจฉัยให้เหตุผลวิเคราะห์จากบทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ประกอบกับข้อเท็จจริง ดังเช่นการให้เหตุผลของคำวินิจฉัยของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยกถ้อยคำตามข้อบทและคำอธิบายต้นแบบของ OECD มาประกอบการวินิจฉัยและให้เหตุผล ทั้งนี้ ในข้อพิพาทที่นำขึ้นสู่ศาลในประเทศไทยยังไม่พบประเด็นพิพาทที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในเรื่องหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากโดยตรง และตามกฎหมายราชการของประเทศไทยก็ไม่มีกฎหมายลำดับรองหรือแนวปฏิบัติโดยเฉพาะที่ใช้ประกอบกับการจัดเก็บภาษีกำไรจากธุรกิจของวิสาหกิจต่างประเทศ เช่น ข้อบังคับฯ ของประเทศสหรัฐอเมริกา

อนึ่ง พบว่าในบางประเทศมีการให้คำแนะนำถึงการเสียภาษีของสถานประกอบการถาวรตามบทบัญญัติกฎหมายภายในและมีคู่มือในการคำนวณภาษีจากกำไรประกอบด้วย เช่น ประเทศฟินแลนด์¹² ประเทศเยอรมนี¹³ เป็นต้น ซึ่งประเทศไทยควรสร้างแนวปฏิบัติให้เกิดความชัดเจนในหลักเกณฑ์ต่าง ๆ สำหรับวิสาหกิจต่างประเทศในการเสียภาษีเงินได้จากกำไรสุทธิที่ได้รับจากกำไรธุรกิจในประเทศไทยด้วย

4. บทสรุป

คดี NATWEST I ถือเป็นคดีศึกษาพื้นฐานที่สำคัญอันเกี่ยวกับการตั้งข้อพิพาทของผู้เสียภาษีและการให้เหตุผลในการวินิจฉัยของศาลที่ใช้แนวทางตามคำอธิบายต้นแบบของ OECD มาประกอบ

¹² General Guidelines for the Attribution of Income to Permanent Establishment [Online], 11 February 2022. Source: <https://www.vero.fi/en/detailed-guidance/guidance/59583/general-guidelines-for-the-attribution-of-income-to-permanent-establishment3/>

¹³ Ordinance on the application of the arm's length principle to permanent establishments under section 1 (5) of the External Tax Relations Act [Online], 11 February 2022. Source: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Downloads/Taxation/External-Tax-Relations/Ordinance-on-the-allocation-of-profits-of-permanent-establishments.pdf?__blob=publicationFile&v=3

การตีความและบังคับใช้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ในเรื่องการจัดเก็บภาษีเงินได้จากกำไรจากธุรกิจ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับบทพิจารณาคดีของศาลไทยเห็นว่ายังคงขาดการยกบทบัญญัติตามอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ และแนวทางตามคำอธิบายต้นแบบมาประกอบการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงในคดี ซึ่งมีผลทำให้ผู้เสียภาษียังคงไม่ทราบถึงหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนว่าจะปฏิบัติตามบทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ อย่างไร ทั้งนี้ ในเรื่องของหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นที่ศาลไทย ศาลไทยอาจยกแนวทางตามคดี NATWEST I ดังกล่าวมาเป็นข้อพิจารณาถึงหลักในเรื่องหน่วยทางภาษีที่แยกต่างหากว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดตามข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ หรือไม่ เนื่องจากการตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ นั้นพบว่าศาลในต่างประเทศได้ให้การสนับสนุนถึงการตีความไปในแนวทางที่สอดคล้องกัน¹⁴

หลังจากคำพิพากษาในคดี NATWEST I คู่ความในคดีนี้ยังคงมีประเด็นพิพาทระหว่างกันอีกในประเด็นอื่นในข้อบทที่ 7 เรื่องกำไรจากธุรกิจเช่นเดียวกัน¹⁵ สำหรับคำพิพากษาของศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับประเด็นพิพาทตามข้อบทที่ 7 เรื่องกำไรจากธุรกิจภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ เป็นเรื่องที่น่าติดตามต่อไปว่าการให้คำวินิจฉัยในคดีอื่นหลังจากนี้จะมีการวางแนวทางวินิจฉัยถึงหลักเกณฑ์ให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ต่อไปอย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่านอกจากศาลไทยควรจะต้องให้การวินิจฉัยตีความไปในทางที่สอดคล้องกันกับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศสำหรับคดีเกี่ยวกับอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ แล้ว กรมสรรพากรก็ควรออกแนวปฏิบัติในเรื่องการบังคับใช้ข้อบทเรื่องกำไรจากธุรกิจเพื่อให้ผู้เสียภาษีมีความชัดเจนในทางปฏิบัติด้วย

¹⁴ สรรค์ ดันดีจิตตานนท์, การตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ, MFU Connexion Journal of Humanities and Social Sciences, ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2561), หน้า 59-63.

¹⁵ คดี NATWEST คู่ความระหว่าง NATIONAL WESTMINSTER BANK, PLC โจทก์ และ UNITED STATES of America จำเลย มีคดีขึ้นสู่ศาลหลายครั้ง โดยมีคดีพิพาทสำคัญในปี ค.ศ. 1999, 2003 และ 2008 ซึ่งทุกครั้งจะเป็นเรื่องประเด็นพิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อบทที่ 7 เรื่องกำไรจากธุรกิจภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ แต่เนื้อหาในแต่ละคดีจะเป็นประเด็นโต้แย้งที่แตกต่างกัน

บรรณานุกรม

- สรรค์ ตันติจิตตานนท์, คำอธิบายกฎหมายภาษีระหว่างประเทศ: ข้อบทเรื่องสถานประกอบการถาวรภายใต้อนุสัญญาภาษีซ้อนฯ ประวัติศาสตร์ ทฤษฎีแนวคิด แนวทางปฏิบัติระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: ปณณรัช, 2560).
- สรรค์ ตันติจิตตานนท์, การตีความอนุสัญญาภาษีซ้อนฯ, MFU Connexion Journal of Humanities and Social Sciences, ปีที่ 7 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2561).
- Organization for Economic Cooperation and Development, **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017**, (OECD: OECD Publishing, 2017).
- Organization for Economic Cooperation and Development, **Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 1998**, (OECD: OECD Publishing, 1998).
- Stafford Smiley, **National Westminster Bank : Will the IRS ever give up?**, Corporate Taxation, Volume 37 (March - April 2010).
- Brian Caster, **After Natwest: How courts should handle OECD commentary in double taxation treaty interpretation**, Northwestern University Law Review, Volume 105 (Summer 2011).
- **Draft Double Taxation Convention on Income and Capital 1963** [Online], Source: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/draft-double-taxation-convention-on-income-and-capital_9789264073241-en#page73
- **General Guidelines for the Attribution of Income to Permanent Establishment** [Online], Source: <https://www.vero.fi/en/detailed-guidance/guidance/59583/general-guidelines-for-the-attribution-of-income-to-permanent-establishment3/>
- **Ordinance on the application of the arm's length principle to permanent establishments under section 1 (5) of the External Tax Relations Act** [Online], Source: <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Down>

loads/Taxation/External-Tax-Relations/Ordinance-on-the-allocation-of-profits-of-permanent-establishments.pdf?__blob=publicationFile&v=3

วิเคราะห์คำตัดสินศาล (Analysis of Judicial Decision)

ปัญหาความคลาดเคลื่อนในการปรับใช้ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62

The Problem about Discrepancy in Applying between “Ignorance of Facts” in Accordance with Article 59 Paragraph Three of the Criminal Code and “Mistake of Facts” in Accordance with Article 62 of the Criminal Code

ดิศรณ์ ลิขิตวิทยาวุฒิ*

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Disorn Likhitwitayawuid

Full-time Lecturer, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 19 เมษายน 2565; วันที่แก้ไขบทความ 14 พฤษภาคม 2565; วันที่ตอบรับบทความ 23 พฤษภาคม 2565

บทคัดย่อ

การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคลกรณีผู้กระทำการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามกฎหมายไทยนั้น มีปัญหาความสับสนคลาดเคลื่อน ระหว่างการปรับใช้ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ lkhitudisorn@gmail.com

องค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 กล่าวคือ แม้ข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นจะมีลักษณะอย่างเดียวกัน แต่กลับมีการปรับใช้บทกฎหมายที่ต่างกัน ด้วยเหตุนี้จึงเกิดปัญหาของเสถียรภาพในการให้เหตุผลทางกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ บทความนี้จึงได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ความเหมือน และความแตกต่างของบทกฎหมายทั้งสองมาตรา เพื่อเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น

คำสำคัญ: การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด, การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

Abstract

There is a problem about considering of criminal liability of a person in the case of an offender's mistake in the facts under Thai law that is the problem about confusion and discrepancy in applying between “*ignorance of facts*” in accordance with Article 59 paragraph three of the Criminal Code and “*mistake of facts*” in accordance with Article 62 of the Criminal Code. That is, even though the facts of the case are similar but with different Article. For this reason, there is a significant problem of stability in legal reasoning. This article therefore studied the analysis of similarities. and the differences between the two Articles to propose a solution to the aforementioned problem.

Keywords: Ignorance of Facts, Mistake of Facts

1. บทนำ

ในการที่จะทราบว่าการกระทำอันหนึ่งของบุคคลเป็นความผิดอาญาอันจะต้องรับโทษหรือไม่นั้น ผู้ปรับใช้กฎหมายจำต้องมีการวินิจฉัยการกระทำของบุคคลตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญามาเป็นลำดับ¹ กล่าวคือ ในลำดับแรกต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่าการกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ แล้วจึงพิจารณาในลำดับต่อมาว่าการกระทำความผิดของจำเลยนั้นมีเหตุยกเว้นความผิดหรือไม่ และในลำดับสุดท้ายจึงพิจารณาว่าการกระทำของจำเลยนั้นมีเหตุยกเว้นโทษหรือไม่ หากในท้ายที่สุดแล้วไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่าบุคคลนั้นมีความรับผิดในทางอาญาและต้องรับโทษ²

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้นได้ปรากฏว่ามีประเด็นปัญหาอันเนื่องมาจากการพิจารณาที่ไม่เป็นลำดับดังกล่าว อันส่งผลให้เกิด “ความสับสน” ในการให้เหตุผลในการวินิจฉัยคดีอาญาเมื่อต้องมีการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของจำเลยที่ได้กระทำความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติโดยความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง กล่าวคือได้ปรากฏว่ามีการปรับใช้บทกฎหมายที่เกี่ยวกับความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นคุณแก่ผู้กระทำ ระหว่าง “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ที่เปลี่ยนแปลงสลับไปมา ทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงในคดีมีลักษณะทำนองเดียวกันปรากฏผ่านคำตัดสินของศาลในหลายฉบับ กรณีดังกล่าวจึงเกิดประเด็นปัญหาเรื่องเสถียรภาพในการให้เหตุผลทางกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ ดังเช่น การวินิจฉัยกรณีการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่าตนมีอำนาจใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ได้โดยชอบ ในความผิดฐานใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/5 ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14213/2557³ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8432/2559⁴ ดังนี้

¹ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 14.

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินต์ติ้ง, 2551), หน้า 86.

³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14213/2557 สืบค้นเมื่อวันที่ 12 เมษายน 2565 จากระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา <https://deka.supremecourt.or.th/>

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8432/2559 (เนติ., ตอนที่ 7), หน้า 1962.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14213/2557 วินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 และที่ 2 ใช้บัตรเอทีเอ็มของผู้เสียหายเบิกถอนเงินของผู้เสียหายจากตู้เอทีเอ็มของธนาคารโดยสำคัญผิดว่าจำเลยที่ 3 ผู้มอบบัตรเอทีเอ็มและใช้ให้จำเลยที่ 1 และที่ 2 นำไปเบิกถอนเงินมีสิทธิที่จะใช้บัตรเอทีเอ็มนั้นได้ แม้ข้อเท็จจริงที่ว่าจำเลยที่ 3 มีสิทธิใช้บัตรเอทีเอ็มของผู้เสียหายไปเบิกถอนเงินที่ตู้เอทีเอ็มของธนาคารจะไม่มีอยู่จริง แต่จำเลยที่ 1 และที่ 2 สำคัญผิดว่ามีอยู่จริง จำเลยที่ 1 และที่ 2 ย่อมไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคแรก

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8432/2559 วินิจฉัยว่า จำเลยนำบัตรเอทีเอ็มของโจทก์ร่วมที่ 2 ซึ่งโจทก์ร่วมที่ 2 มอบให้โจทก์ร่วมที่ 1 ไปเบิกถอนเงินสดโดยเชื่อว่าโจทก์ร่วมที่ 2 มอบบัตรเอทีเอ็มแก่โจทก์ร่วมที่ 1 ไว้ใช้ การกระทำของจำเลยเป็นการกระทำที่ไม่ได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม ถือไม่ได้ว่าจำเลยกระทำโดยมีเจตนา การกระทำของจำเลยไม่มีความผิดฐานลักทรัพย์ในเวลากลางคืนและฐานใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นเบิกถอนเงินสดโดยมิชอบ

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองฉบับจะเห็นได้ว่า ข้อเท็จจริงในคดีทั้งสองนั้นมีลักษณะเป็นอย่างเดียวกันคือ การที่จำเลยสำคัญผิดไปว่าตนมีอำนาจใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยชอบ แต่อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยคดีนั้นกลับมีการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และมาตรา 62 การให้เหตุผลในคำพิพากษาจึงมีความแตกต่างกัน ทั้ง ๆ ที่ข้อเท็จจริงนั้นเป็นอย่างเดียวกันไม่มีผิดเพี้ยน อย่างไรก็ตามจะกล่าวโทษผู้พิพากษาผู้วินิจฉัยคดีเพียงฝ่ายเดียวก็คงจะไม่ถูกต้องนัก เพราะตัวบทบัญญัติของกฎหมายโดยเฉพาะประมวลกฎหมาย มาตรา 62 เองนั้นก็ได้อธิบายไว้โดยลักษณะที่ชวนให้เกิดความสับสนให้แก่ นักกฎหมายไทยไม่น้อย เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้โดยใช้ลักษณะประโยคที่ซับซ้อนโดยไม่จำเป็นและไม่สะท้อนถึงลำดับการวินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาให้ชัดเจน

ด้วยเหตุนี้ เพื่อไม่ให้เกิดการพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญาของบุคคลเกิดความสับสนจากความสำคัญผิดในการปรับบทกฎหมาย และชอบด้วยเหตุผลตามกฎหมาย ผู้เขียนจะได้ทำการอธิบายถึงแนวคิดเบื้องหลังเกี่ยวกับการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในกฎหมายอาญา การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามกฎหมายอาญาไทย จากนั้นจึงจะได้ทำการวิเคราะห์ความเหมือนและความแตกต่างของ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 59 วรรคสาม และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 และเพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาต่อไป

2. แนวคิดเบื้องหลังเกี่ยวกับการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงในกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือที่รัฐใช้ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมด้วยการกำหนดความผิดและโทษไว้⁵ โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือการคุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากการประกอบอาชญากรรมและภัยคุกคามจากอาชญากร โดยในการนี้ มีคำอธิบายทางทฤษฎีอาชญาวิทยาที่อธิบายถึงความชอบธรรมของรัฐในการลงโทษทางอาญาแก่ปัจเจกชนที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ “ทฤษฎีเจตจำนงเสรี (free will theory)” ซึ่งอธิบายว่า ปัจเจกชนทุกคนมีเจตจำนงเสรีและมีความรอบคอบในการแสดงเจตจำนงเสรีนั้นในการค้นหาผลประโยชน์ที่ดีที่สุดด้วยวิจาร์ณญาณของตนเอง⁶ เมื่อบุคคลจะสามารถกระทำการต่าง ๆ ได้เพราะเขามีจิตใจที่อิสระ โดยไม่มีสิ่งอื่นที่มากำหนดให้เขากระทำเลย อันเป็นกรณีที่เขาสามารถเลือกที่จะกระทำผิดหรือไม่แล้ว ถ้าบุคคลกระทำความผิด การลงโทษนั้นก็เป็นการตอบแทนแก่แค้นที่เป็นยุติธรรม⁷ และแม้ว่าสาเหตุของการกระทำความผิดจะเกิดจากปัจจัยแวดล้อมภายนอกก็ตาม แต่ตราบใดที่ผู้กระทำยังคงมีจิตใจอันเป็นอิสระที่จะเลือกกระทำผิดหรือไม่ ตราบนั้นก็ถือว่าการกระทำผิดของเขาเป็นสิ่งที่ให้อภัยไม่ได้⁸ ในทางตรงกันข้าม หากรัฐใช้กฎหมายอาญาลงโทษแก่บุคคลที่ขาดความสามารถในการใช้เจตจำนงเสรีอย่างแท้จริง การลงโทษนั้นก็ย่อมเป็นการไม่ยุติธรรม⁹

ทั้งนี้ เนื่องจากการกระทำความผิดอาญาโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้น เป็นกรณีที่บุคคลได้กระทำความผิดด้วยความเชื่อ (belief) อันเกิดขึ้นจากเหตุแห่งพฤติกรรมที่อยู่

⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *สังคมกับกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 115.

⁶ อุทัย อาทิวะช, *ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์วี.เจ.พรินต์ติ้ง, 2557), หน้า 44.

⁷ หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 257-258.

⁸ หยุต แสงอุทัย, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127*, หน้า 4.

⁹ Stephen J. Morse, *Neuroscience, Free Will, and Criminal Responsibility* [Online], 19 April 2022. Source: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1604/

นอกเหนือการเลือกสรร (unchosen causes of behavior) ซึ่งเป็นปัจจัยภายนอกที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมโดยเจตจำนงเสรีของปัจเจกชน กรณีดังกล่าว จึงถือไม่ได้ว่าผู้กระทำมีเจตจำนงเสรีอย่างแท้จริงในการเลือกที่จะกระทำความผิดหรือไม่ ดังนั้น บุคคลดังกล่าวจึงควรได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบทางอาญาสำหรับการกระทำนั้น¹⁰ และนอกจากนี้ การนำโทษทางอาญามาใช้บังคับกับบุคคลที่ขาดความสมบูรณ์ของเจตจำนงอิสระนั้นก็ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนและข่มขู่ยับยั้ง (retribution and deterrence) ได้เลย เนื่องจากบุคคลนั้นไม่ได้ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของสังคมด้วยความคิดหรือความเชื่อของตนเองอย่างแท้จริง¹¹ ด้วยเหตุนี้แนวคิดเบื้องหลังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นจึงทำให้เกิดหลักที่ว่า “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงสามารถยกขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ (ignorantia facti excusat)”¹² ซึ่งได้รับการยึดถือในระบบกฎหมายที่สำคัญของโลกคือ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์¹³

3. การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงตามกฎหมายไทย¹⁴

ในส่วนนี้จะได้ทำการศึกษาการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นคุณแก่ผู้กระทำตามกฎหมายไทย โดยจะได้ทำการอธิบายโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาไทย การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และการสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจทำได้

¹⁰ Michael S. Moore, *Causation and the Excuses*, California Law Review, Volume 73 Issue 4 (1985), pp. 1103-1104.

¹¹ นรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง, *บทบาทศาลในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ใน นิติธรรมประจักษ์สุรศักดิ์ 60 ปี*, บรรณาธิการโดย อานนท์ มาเม้า, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2561), หน้า 473-474.

¹² Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law*, 2nd Edition (Indianapolis, In d.: Bobbs-Merrill., 2005), p. 361.

¹³ ณรงค์ ใจหาญ, *ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 1.

¹⁴ ดิศรณ์ ลิขิตวิทย์วฑูติ, *ปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญาไทย: กรณีการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ*, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร, 2564), หน้า 66-71.

3.1 โครงสร้างความคิดทางอาญาไทย

โครงสร้างความคิดทางอาญาตามกฎหมายไทยนั้นมีข้อพิจารณาอยู่ด้วยกันสามส่วนคือ

- (1) มีการกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ
- (2) การกระทำไม่มีเหตุยกเว้นความผิด และ
- (3) การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ

โดยจะต้องวินิจฉัยเรียงตามลำดับ กล่าวคือ เริ่มวินิจฉัยโครงสร้างส่วนที่ 1 ที่ว่า “ผู้กระทำการกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งมีเงื่อนไขที่จะต้องพิจารณาอีกสี่ประการตามลำดับ¹⁵ คือ

- (1.1) มีการกระทำตามความหมายของประมวลกฎหมายอาญา
- (1.2) การกระทำนั้นต้องครบองค์ประกอบภายนอกของความผิด
- (1.3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิด และ
- (1.4) ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

เมื่อพิจารณาการกระทำครบเงื่อนไขสี่ประการตามโครงสร้างส่วนที่ 1 ครบถ้วนแล้ว จึงวินิจฉัยโครงสร้างส่วนที่ 2 คือ “การกระทำไม่มีเหตุยกเว้นความผิด” ต่อไป ซึ่งก็คือการพิจารณาว่าบุคคลมีอำนาจกระทำการ อันจะมีผลให้การกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดในโครงสร้างข้อที่ 1 นั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹⁶ และถ้าหากการกระทำนั้นไม่มีเหตุยกเว้นความผิดตามโครงสร้างส่วนที่ 2 แล้ว จึงทำการวินิจฉัยโครงสร้างในส่วนที่ 3 คือ “การกระทำไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ” ต่อไป ซึ่งก็คือการพิจารณาว่ากรณีมีเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดแต่ผู้กระทำได้รับการยกเว้นโทษหรือไม่ หากในท้ายที่สุดแล้วไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษก็หมายความว่าบุคคลนั้นมีความรับผิดชอบในทางอาญาและต้องรับโทษ¹⁷

¹⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 86.

¹⁶ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, โครงสร้างความคิดทางอาญาของไทย: พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ใน 65 ปี เกียรติขจร: รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส 65 ปี อาจารย์ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, บรรณาธิการโดย ปกป้อง ศรีสนิท, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), หน้า 32.

¹⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 86.

อนึ่ง จากแนวทางการวินิจฉัยความรับผิดตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาข้างต้นนี้ อธิบายได้ว่า หากผู้กระทำได้มีการกระทำที่ครบองค์ประกอบโครงสร้างส่วนที่ 1 โดยไม่มีเหตุยกเว้นความผิดตามโครงสร้างที่ 2 และไม่มีเหตุยกเว้นโทษตามโครงสร้างที่ 3 การกระทำดังกล่าวก็เป็นความผิดอาญาและต้องรับโทษ แต่หากพิจารณาในโครงสร้างที่ 1 แล้วไม่เข้าเงื่อนไขใดตาม (1.1) - (1.4) ข้อใดข้อหนึ่งเสียแล้วก็ไม่อาจพิจารณาความผิดอาญาได้ ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขในลำดับหลัง และไม่จำเป็นต้องพิจารณาโครงสร้างส่วนที่ 2 และ 3 ต่อไปอีก¹⁸

ทั้งนี้ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นคุณแก่ผู้กระทำตามกฎหมายไทย มีความสัมพันธ์อย่างแนบชิดกับความหมายของเจตนา และลำดับการวินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาอย่างมีนัยสำคัญ โดยสามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด และการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้บุคคลมีอำนาจกระทำ¹⁹

3.2 การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด

โดยหลักแล้วบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้มีการกระทำโดยเจตนา²⁰ ซึ่ง “เจตนา” ที่ว่านี้ เป็นลักษณะหนึ่งขององค์ประกอบภายใน ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ 1 ซึ่งมีข้อพิจารณาอยู่สองส่วนจากการพิจารณาตามบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง²¹ คือ “ส่วนรู้” และ “ส่วนต้องการ”²² โดยอธิบายได้ว่าข้อพิจารณา “ส่วนรู้” นั้น คือการที่ผู้กระทำได้มีการรับรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของฐาน

¹⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 21.

¹⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, หลักกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 105-106.

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 บัญญัติว่า บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง บัญญัติว่า กระทำโดยเจตนา ได้แก่กระทำโดย *รู้สำนึกในการที่กระทำ* และในขณะที่เดียวกันผู้กระทำ *ประสงค์ต่อผล หรือยอมเสี่ยงเห็นผลของการกระทำนั้น*

²² คณิต ฒ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 222.

ความคิด อันได้แก่ข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้²³ แต่ไม่ต้องรู้ไปถึงว่าการกระทำ เช่นนั้นเป็นความผิด เพราะนั่นคือข้อกฎหมาย²⁴ สำหรับข้อพิจารณา “ส่วนต้องการ” คือ ความสมัครงใจที่จะฝ่าฝืนกฎหมาย²⁵ ซึ่งแยกเป็น “ประสงค์ต่อผล” คือความปรารถนาให้การกระทำ สำเร็จตามความมุ่งหมาย²⁶ และ “เล็งเห็นผล” คือไม่ประสงค์ให้เกิดผลในการกระทำนั้น เป็นความคิดขึ้น แต่เล็งเห็นได้ว่าผลนั้นจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนเท่าที่จิตใจของบุคคลในฐานะ เช่นนั้นจะเล็งเห็นได้²⁷

ทั้งนี้ หากปรากฏว่าบุคคลได้มีการกระทำลงไปด้วยเหตุของการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง อันเป็นองค์ประกอบความผิด เช่น กรณีเห็นพุ่มไม้เคลื่อนไหวเข้าใจว่าเป็นหมီးเลยใช้ปืนยิงไป ปรากฏว่าเป็นคน คือ การที่ผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงว่ามี “ผู้อื่น” อันเป็นองค์ประกอบภายนอก ฐานฆ่าผู้อื่น²⁸ เพราะมีความเข้าใจในวัตถุที่ตนกระทำต่อไม่ตรงกับความเป็นจริง ด้วยเหตุนี้ ข้อพิจารณา “ส่วนรู้” ของบุคคลไม่ได้ครอบคลุมข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของ ฐานความผิดทั้งหมดหรือบางส่วน อันเป็น “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม²⁹ ดังนั้น กรณีดังกล่าวจึงต้องถือว่าผู้กระทำ ขาดเจตนา³⁰ และส่งผลให้ผู้กระทำไม่มีความรับผิดชอบทางอาญา เนื่องจากขาดองค์ประกอบ ภายในตามที่โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาส่วนที่ 1 ได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่า การสำคัญผิดที่ส่งผลให้ผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงตามมาตรา 59 วรรคสามนี้ เกิดขึ้นเพราะ

²³ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), หน้า 204.

²⁴ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 83.

²⁵ ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 123.

²⁶ จิตติ ดิงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 183.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 บัญญัติว่า ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุก ตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี

²⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม บัญญัติว่า ถ้าผู้กระทำมิได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็น องค์ประกอบของความผิด จะถือว่าผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้นมิได้

³⁰ คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, หน้า 231-232.

ความประมาท ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบในฐานะประมาทในกรณีที่กฎหมายบัญญัติความผิดฐานประมาทเช่นนั้นไว้ ตามมาตรา 62 วรรคสอง³¹

3.3 การสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้บุคคลมีอำนาจกระทำ

เป็นกรณีบุคคลได้มีการกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ 1 แล้ว แต่เกิดการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเป็นพฤติการณ์ที่ทำให้เข้าใจว่าตนได้รับการยกเว้นความผิด ได้รับการยกเว้นโทษ หรือลดโทษ ในโครงสร้างส่วนที่ 2 หรือ 3 จึงได้รับผลอันเป็นคุณตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62³² เพราะถ้าหากข้อเท็จจริงเป็นความจริงดังที่ผู้กระทำเข้าใจ ผู้กระทำก็จะมีอำนาจกระทำได้ กล่าวคือ หากมีเหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุลดโทษ³³ เกิดขึ้นจริงตามความคิดที่เกิดจากการสำคัญผิด ผู้กระทำก็ย่อมได้รับการยกเว้นความผิด การยกเว้นโทษ หรือการลดโทษ

ดังนั้น การสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำนี้จึงเป็นการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงที่ไม่ใช่องค์ประกอบความผิด จึงไม่ใช่เรื่องไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด โดยผู้กระทำยังคงมีเจตนาอยู่เพราะได้ผ่านการวินิจฉัยเจตนาตามมาตรา 59 ในโครงสร้างส่วนที่ 1 มาแล้ว³⁴ แต่การที่จะต้องรับโทษหรือไม่ขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อเท็จจริง³⁵ เช่น นาย A ยิงนาย B ตาย โดยสำคัญผิดไปว่า นาย B เข้ามาในรั้วบ้านเวลามีด จะชิงทรัพย์ เป็นกรณีที่นาย A ได้มี

³¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสอง บัญญัติว่า ถ้าความไม่รู้ข้อเท็จจริงตามความในวรรคสามแห่งมาตรา 59 หรือความสำคัญผิดว่ามีอยู่จริงตามความในวรรคแรก ได้เกิดขึ้นด้วยความประมาทของผู้กระทำความผิด ให้ผู้กระทำรับผิดชอบฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยเฉพาะว่า การกระทำนั้นผู้กระทำจะต้องรับโทษแม้กระทำโดยประมาท

³² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 บัญญัติว่า ข้อเท็จจริงใด ถ้ามีอยู่จริงจะทำให้การกระทำไม่เป็นความผิด หรือทำให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ หรือได้รับโทษน้อยลง แม้ข้อเท็จจริงนั้นจะไม่มีอยู่จริง แต่ผู้กระทำสำคัญผิดว่ามีอยู่จริง ผู้กระทำย่อมไม่มีความผิด หรือได้รับยกเว้นโทษ หรือได้รับโทษน้อยลงแล้วแต่กรณี

³³ เหตุยกเว้นความผิด เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เหตุยกเว้นโทษ เช่น การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามมาตรา 67 เหตุลดโทษ เช่น การบันดาลโทษ ตามมาตรา 72

³⁴ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 40 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 161.

³⁵ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 86.

การกระทำครอบงำประกอบภายนอกความผิดฐานฆ่าผู้อื่น โดยที่รู้ว่าตนกำลังกระทำการฆ่าผู้อื่น และประสงค์ต่อผลในความตายของนาย B อีกทั้งความตายเป็นผลมาจากการยิงปืนของนาย A การกระทำของนาย A จึงครบเงื่อนไขสี่ประการตามโครงสร้างส่วนที่ 1 แล้ว แต่ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำของนาย A ได้เป็นไปโดยสำคัญผิดว่ามีภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง อันเป็นเหตุยกเว้นความผิดจากการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย³⁶ การฆ่านาย B ของนาย A ในกรณีนี้จึงได้รับการยกเว้นความผิดตามมาตรา 62 ประกอบมาตรา 68 อย่างไรก็ดี ถ้าการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้นได้เกิดขึ้นด้วยความประมาทแล้ว ผู้กระทำก็ต้องรับผิดชอบฐานกระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ต้องรับผิดชอบกรณีที่กระทำโดยประมาทตามมาตรา 62 วรรคสอง

4. บทวิเคราะห์

ในส่วนนี้จะได้อธิบายวิเคราะห์ความเหมือนและความแตกต่างระหว่าง “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 จากนั้นจะได้อธิบายปัญหาในการปรับใช้บทกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา

4.1 ความเหมือน

สำหรับข้อพิจารณาเรื่องความเหมือนนั้นมีอยู่ 2 ประการ คือ

4.1.1 แนวคิดเบื้องหลังและผลทางกฎหมายเกี่ยวกับการไม่ต้องรับผิดทางอาญา

การกระทำความผิดด้วยความสำคัญผิดในข้อเท็จจริงไม่ว่ากรณีใดก็ตาม ล้วนแต่เป็นกรณีที่บุคคลได้กระทำไปโดยไม่ได้มีการกำหนดเจตจำนงเสรี (free will) ของตนอย่างเต็มที่ในการเลือกที่จะกระทำความผิด เพราะถ้าหากเขารู้ข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของตนอย่างถูกต้องสมบูรณ์ว่า วัตถุที่เขากำลังกระทำต่อเป็นมนุษย์ หรือไม่มีกฎหมายให้การรับรองว่ามีอำนาจกระทำ เขาก็อาจจะเลือกที่จะไม่กระทำความผิดอาญา ดังนั้นการลงโทษบุคคลที่ไม่สามารถกำหนดเจตจำนงของตนได้จึงไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์การ

³⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 บัญญัติว่า ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด

ลงโทษในการแก้แค้นทดแทนให้สาสมกับความผิด³⁷ และนอกจากนี้ การลงโทษผู้กระทำในกรณีดังกล่าวจึงไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์การลงโทษในการข่มขู่ยับยั้งเช่นกัน เพราะผู้กระทำไม่มีเจตนาที่จะกระทำความผิดอันจะต้องถูกต้องยับยั้งแต่อย่างใด

ทั้งนี้ สืบเนื่องจากแนวคิดเบื้องหลังที่เหมือนกัน ด้วยเหตุนี้ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 จึงสามารถให้ผลทางกฎหมายที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำได้เช่นเดียวกัน คือ ส่งผลให้ผู้กระทำไม่มีความรับผิดในทางอาญา

4.1.2 การลงโทษในกรณีการสำคัญผิดอันเกิดจากความประมาท

แม้ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 จะส่งผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดทางอาญาในฐานความผิดที่ต้องการเจตนา แต่อย่างไรก็ตาม หากความสำคัญผิดเกิดขึ้นด้วยเหตุแห่งความประมาทของผู้กระทำแล้ว บุคคลดังกล่าวก็ยังคงต้องรับผิดทางอาญาสำหรับกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ต้องรับผิดเมื่อได้มีการกระทำโดยประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสอง

ทั้งนี้ มาตรฐานการพิจารณาความรับผิดทางอาญาสำหรับการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงอันเกิดจากความประมาททั้งสองกรณีนั้น ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันในการวินิจฉัย คือ การพิจารณาจากความระมัดระวังของบุคคลตามวิสัยและพฤติการณ์ ประกอบกัน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่³⁸ โดยความระมัดระวังตาม “วิสัย” เป็นการวินิจฉัยจากสภาพภายในตัวผู้กระทำ³⁹ ซึ่งสามารถแยกได้เป็นวิสัยของบุคคลธรรมดา อันพิจารณาตามอายุ เพศ การอบรม ความเจนจัดแห่งชีวิต และอื่น ๆ และบุคคลผู้มีวิชาชีพ เช่น แพทย์ หรือนายช่าง จะพึงใช้ความระมัดระวังโดยปกติของผู้มีวิชาชีพนั้น ๆ⁴⁰ ส่วนความระมัดระวังตาม “พฤติการณ์”

³⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 361-362.

³⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ บัญญัติว่า กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่

³⁹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 279.

⁴⁰ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 1, หน้า 72-73.

เป็นการวินิจฉัยเหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่น สภาพแวดล้อมต่าง ๆ เวลากลางคืน ความพร้อมของเครื่องมือเครื่องใช้ เป็นต้น⁴¹ เมื่อผู้กระทำได้ใช้ระดับความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ที่วิญญูชนจะพึงมีโดยทั่วไปแล้ว ก็ไม่ถือว่าผู้กระทำประมาท⁴²

4.2 ความแตกต่าง

สำหรับข้อพิจารณาเรื่องความแตกต่างนั้นมีอยู่ 2 ประการ คือ

4.2.1 การให้เหตุผลของการไม่ต้องรับผิดทางอาญา

เนื่องจากการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคลจะต้องพิจารณาจากโครงสร้างความรับผิดทางอาญาตามลำดับ ด้วยเหตุนี้ หากปรากฏว่าบุคคลมีการกระทำไม่ครบเงื่อนไขในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ 1 แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเหตุยกเว้นความผิดในส่วนที่ 2 และเหตุยกเว้นโทษในส่วนที่ 3 ต่อไป เมื่อการวินิจฉัยองค์ประกอบภายในลักษณะ “เจตนา” ของบุคคลนั้นเป็นการพิจารณาเงื่อนไขที่อยู่ในโครงสร้างส่วนที่ 1 ดังนั้น การที่ผู้กระทำไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม จึงเป็นการที่ผู้กระทำมี “ส่วนรู้” ที่ไม่ได้ครอบคลุมข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของฐานความผิดในการกระทำของตนทั้งหมดหรือบางส่วน ส่งผลให้ผู้กระทำขาดเจตนา⁴³ และไม่มีองค์ประกอบภายใน เพราะฉะนั้น การกระทำของผู้กระทำจึงไม่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ในโครงสร้างส่วนที่ 1 จึงไม่มีความรับผิดทางอาญา

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่มีการกระทำนั้นครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติ ในโครงสร้างส่วนที่ 1 คือ มีการกระทำครบองค์ประกอบภายนอก อีกทั้งยังมี “ส่วนรู้” และ “ส่วนต้องการ” อันเป็นเจตนาที่สมบูรณ์ครบถ้วนแล้ว แต่ผู้กระทำเกิดความเข้าใจโดยสำคัญผิดว่ามีข้อเท็จจริงซึ่งทำให้ตนได้รับการยกเว้นความผิดในโครงสร้างส่วนที่ 2 เช่น การป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อ “ความจริง” เป็น “ผลร้าย” แต่ “ความเข้าใจ” เป็น “ผลดีหรือเป็นคุณ” ให้ถือเอาความเข้าใจของผู้กระทำเป็นสำคัญ⁴⁴ ด้วยเหตุนี้ ผู้กระทำจึงไม่มีความรับผิดทางอาญา เพราะได้รับการยกเว้นความผิดในโครงสร้างส่วนที่ 2 โดยมีหลักการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง

⁴¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, หน้า 150.

⁴² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 280.

⁴³ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 3.2 ของบทความฉบับนี้

⁴⁴ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 204-205.

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 รับรองไว้ เช่น การสำคัญผิดว่าจะมีบุคคลมาฆ่าตน จึงทำการยิงปืนสวนกลับไป กรณีดังกล่าวนี้ผู้กระทำได้กระทำการฆ่าผู้อื่นโดย “รู้” ว่าตนกำลังทำการสังหารผู้อื่น และ “ประสงค์ต่อผล” ในความตายของบุคคลนั้น แต่การกระทำดังกล่าวนี้มีเหตุมาจากการสำคัญผิดว่าข้อเท็จจริงที่ตนเข้าใจนั้นมีเหตุยกเว้นความผิดจากการป้องกัน โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ผู้กระทำจึงได้รับการยกเว้นความผิดตามความเข้าใจของตนโดยมีกฎหมายรับรองตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ประกอบมาตรา 62

จากคำอธิบายข้างต้นจึงสรุปได้ว่า แม้ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” จะสามารถให้ผลทางกฎหมายที่เหมือนกัน คือ การไม่ต้องรับผิดทางอาญาอันเกิดจากการสำคัญผิดในข้อเท็จจริง แต่การให้เหตุผลนั้นมีความแตกต่างกันอันเนื่องมาจากตำแหน่งและลำดับการวินิจฉัยในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาที่ต่างกัน กล่าวคือ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม คือการที่ผู้กระทำขาดเจตนาองค์ประกอบภายในตามโครงสร้างส่วนที่ 1 ไปเลยทีเดียว ส่วน “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 นั้นผู้กระทำยังคงมีเจตนาและการกระทำที่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติในโครงสร้างส่วนที่ 1 ครบถ้วน หากแต่ได้รับการยกเว้นความผิดในโครงสร้างส่วนที่ 2

4.2.2 ขอบเขตของความเป็นคุณแก่ผู้กระทำ

“การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม เป็นกรณีที่ผู้กระทำขาดองค์ประกอบภายในลักษณะเจตนา ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ 1 จึงสามารถให้ผลทางกฎหมายที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำ เพียงแต่การไม่มีความรับผิดทางอาญาแต่เพียงเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจาก “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ที่นำมาใช้ในการวินิจฉัยเหตุยกเว้นความผิดในโครงสร้างส่วนที่ 2 และเหตุยกเว้นโทษส่วนที่ 3 ภายหลังจากผ่านการวินิจฉัยโครงสร้างส่วนที่ 1 มาโดยครบถ้วนแล้ว จึงสามารถให้ผลทางกฎหมายที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำ ทั้งเหตุยกเว้นความผิด และเหตุยกเว้นโทษ นอกจากนี้ยังขยายไปถึงเหตุผลโทษซึ่งอยู่นอกโครงสร้างความรับผิดอีกด้วย ดังนั้น ขอบเขตของความเป็นคุณแก่ผู้กระทำจาก “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 จึงกว้างกว่า “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม นั่นเอง

4.3 วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกา

ในส่วนนี้จะได้ทำการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่มีข้อเท็จจริงลักษณะทำนองเดียวกัน แต่มีการปรับใช้บทกฎหมายที่ต่างกันระหว่าง “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 โดยศึกษากรณีระหว่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14213/2557 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8432/2559⁴⁵ ซึ่งมีข้อเท็จจริงเป็นอยู่ใกล้เคียงกันว่า จำเลยได้ใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิ โดยสำคัญผิดว่าตนมีสิทธิใช้ได้โดยชอบ จึงมีคำพิพากษาว่าจำเลยไม่มีความผิด

อย่างไรก็ตาม ได้ปรากฏว่าบทกฎหมายที่นำมาปรับใช้สำหรับการให้เหตุผลในคำพิพากษาทั้งสองฉบับนั้นแตกต่างกัน โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14213/2557 ได้วินิจฉัยว่าจำเลยไม่มีความผิดเพราะเป็นเรื่อง “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8432/2559 ได้วินิจฉัยว่า เป็นเรื่อง “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม กรณีจึงมีประเด็นปัญหาที่ต้องอธิบายว่าต้องทำการวินิจฉัยไปในทางใด

อธิบายได้ว่า การวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของบุคคลในกรณีการสำคัญผิดในข้อเท็จจริงนั้น จะต้องวินิจฉัยไปตามลำดับโครงสร้างความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ ต้องวินิจฉัยเสียก่อนว่าผู้กระทำได้มีการกระทำความผิดประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในหรือไม่ จากนั้นจึงจะได้ทำการวินิจฉัยเหตุยกเว้นความผิด และเหตุยกเว้นโทษในลำดับถัดไป

จากข้อเท็จจริงการที่จำเลยได้ใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยคิดว่าตนมีสิทธิ ทั้ง ๆ ที่จริงแล้วไม่มีสิทธินั้นเป็นการที่จำเลยได้มีการกระทำโดยใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ในประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ซึ่งครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/5⁴⁶ ครบถ้วนแล้ว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากจำเลยได้กระทำไปโดยเข้าใจว่าตน

⁴⁵ โปรดดูรายละเอียดของคำพิพากษาในส่วนบทนำ หัวข้อที่ 1 ของบทความฉบับนี้

⁴⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/5 บัญญัติว่า ผู้ใดใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบ ในประการที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มีสิทธิจะใช้ จำเลยจึงมี “ส่วนรู้” ที่ไม่ครอบคลุมถึงองค์ประกอบภายนอก “โดยมิชอบ” ของฐานความผิดดังกล่าว กรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่จำเลยไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอก และถือว่าขาดเจตนาในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/5 เสียแล้ว ตั้งแต่แรก ดังนั้น การกระทำของจำเลยจึงไม่ครบเงื่อนไขในโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ส่วนที่ 1 เนื่องจากไม่มีองค์ประกอบภายในนั่นเอง จำเลยจึงไม่มีความผิดเนื่องจาก “ไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม

ทั้งนี้ เนื่องจากจำเลยไม่มีความรับผิดทางอาญาแล้ว เนื่องจากมีการกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ 1 ด้วยเหตุนี้ จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาเหตุยกเว้นความผิดในโครงสร้างส่วนที่ 2 และเหตุยกเว้นโทษในส่วนที่ 3 ต่อไปเลย จึงไม่มีการนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 มาปรับใช้กับกรณีตามปัญหาแต่อย่างใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14213/2557 ที่ยกเว้นความผิดแก่จำเลยด้วยเหตุผลของ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 หากแต่เห็นด้วยกับการปรับใช้และให้เหตุผลทางกฎหมายตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8432/2559 ซึ่งได้วินิจฉัยว่าเป็นกรณีของ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม ส่งผลให้จำเลยไม่มีความรับผิดทางอาญาเลย ตั้งแต่แรกจากการขาดองค์ประกอบภายใน

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาความเหมือนและความต่างระหว่าง “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม และ “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ผู้เขียนมีบทสรุปและข้อเสนอแนะดังนี้

5.1 บทสรุป

จากคำอธิบายข้างต้นจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองนั้น มีข้อเหมือนกันในเรื่องแนวคิดเบื้องหลังที่ให้ความสำคัญกับความสามารถในการกำหนดเจตจำนงเสรีของบุคคลในการกระทำความผิด กล่าวคือ โดยหลักแล้ว กฎหมายอาญานั้นมีความมุ่งหมายที่จะใช้บังคับกับบุคคลที่สามารถควบคุมพฤติกรรมของตนเองในการประกอบอาชญากรรม เพราะฉะนั้น การที่บุคคลได้กระทำความผิดอาญาด้วยความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง จึงเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีความสามารถในการกำหนดเจตจำนงของตนเองที่ไม่สมบูรณ์ ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติทั้งสองมาตรา

จึงสามารถให้ผลทางกฎหมายที่เป็นคุณให้ผู้กระทำไม่มีความรับผิดทางอาญา แต่ทั้งนี้ หากปรากฏว่าการสำคัญผิดนั้นเกิดขึ้นด้วยความประมาทแล้ว ผู้กระทำยังคงต้องรับผิดในกรณีที่ได้กระทำโดยประมาทเมื่อมีกฎหมายบัญญัติฐานความผิดไว้โดยเฉพาะ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 วรรคสอง ประกอบมาตรา 59 วรรคสี่ เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม บทกฎหมายทั้งสองนั้นก็ยังคงมีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญในเรื่องการให้เหตุผลของการไม่ต้องรับผิดทางอาญาด้วยเหตุของคำอธิบาย “เจตนา” และลำดับการวินิจฉัยภายในโครงสร้างความรับผิดทางอาญา กล่าวคือ “การไม่รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิด” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสาม นั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำขาดเจตนาอันเป็นองค์ประกอบภายในตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญาส่วนที่ 1 ส่วน “การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 นั้นเป็นกรณีที่ผู้กระทำมีเจตนาและการกระทำครบองค์ประกอบตามที่กฎหมายบัญญัติอย่างสมบูรณ์ในโครงสร้างส่วนที่ 1 มาแล้ว แต่เกิดความสำคัญผิดว่าการกระทำของตนมีกฎหมายรับรองโดยการยกเว้นความผิดในโครงสร้างส่วนที่ 2 อีกทั้งยังขยายความเป็นคุณแก่ผู้กระทำไปกว้างยิ่งกว่าโดยการยกเว้นโทษในโครงสร้างส่วนที่ 3 และการลดโทษที่อยู่นอกโครงสร้างความรับผิดทางอาญาอีกด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่า นอกจากแนวทางการแก้ปัญหาด้วยการปรับใช้กฎหมายโดยยึดถือการวินิจฉัยตามลำดับโครงสร้างความรับผิดทางอาญาแล้ว ปัญหาความล้าสมัยในการปรับใช้กฎหมายที่ยกขึ้นมาอภิปรายนี้ ยังอาจสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ให้มีความชัดเจนถึงลำดับการวินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ด้วยการใช้ถ้อยคำที่สะท้อนว่าผู้กระทำจะต้องมีเจตนาครบถ้วนเสียก่อนจึงจะปรับใช้บทบัญญัติเรื่องการสำคัญผิด และตัดทอนถ้อยคำที่ยืดเยื้อเกินความจำเป็นออกไปให้มีความกระชับ ง่ายต่อการทำความเข้าใจมากขึ้น ก็จะสามารถคลี่คลายปัญหาความล้าสมัยในการปรับใช้กฎหมายได้ โดยบัญญัติทำนองว่า

“ผู้ใดกระทำความผิดโดยเจตนาแล้ว แต่ได้กระทำไปโดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริงว่ามี
เหตุยกเว้นความผิด เหตุยกเว้นโทษ หรือเหตุลดโทษ ให้ผู้กระทำได้รับการยกเว้นความผิด
ยกเว้นโทษ หรือลดโทษจากข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุแห่งความสำคัญผิดตามที่ตนเข้าใจนั้น
แล้วแต่กรณี”

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, **คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1**, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2551).
- คณิต ณ นคร, **กฎหมายอาญาภาคทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560).
- จิตติ ติงศภัทย์, **คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1**, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546).
- ณรงค์ ใจหาญ, **ความสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526).
- ดิเรก ลิขิตวิทยาวุฒิ, **ปัญหาในทางทฤษฎีเกี่ยวกับการสำคัญผิดในกฎหมายอาญาไทย: กรณีการสำคัญผิดในเหตุที่บุคคลมีอำนาจกระทำ**, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร, 2564).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, **กฎหมายอาญา : หลักและปัญหา**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, **คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, **ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง**, พิมพ์ครั้งที่ 40 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, **สังคัมกับกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559).
- นรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง, **บทบาทศาลในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษ ใน นิติธรรมประจักษ์ สรุศักดิ์ 60 ปี**, บรรณาธิการโดย อานนท์ มาเม้า, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561).
- ปกป้อง ศรีสนิท, **กฎหมายอาญาชั้นสูง**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559).
- สรุศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, **โครงสร้างความรับผิดทางอาญาของไทย: พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 62 ใน 65 ปี เกียรติขจร: รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาส**

65 ปี อาจารย์เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, บรรณาธิการโดย ปกป้อง ศรีสนิท, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557).

- แสง บุญเฉลิมวิภาส, **หลักกฎหมายอาญา**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551).

- หยุต แสงอุทัย, **กฎหมายอาญา ภาค 1**, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).

- หยุต แสงอุทัย, **คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561).

- อุทัย อาทิวะช, **ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา**, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ วี.เจ.พรีนติ้ง, 2557).

- Jerome Hall, **General Principles of Criminal Law**, 2nd Edition (Indianapolis, In d.: Bobbs-Merrill., 2005).

- Michael S. Moore, **Causation and the Excuses**, California Law Review, Volume 73 Issue 4 (1985).

- Stephen J. Morse, **Neuroscience, Free Will, and Criminal Responsibility** [Online], Source: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1604/

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน (ตอนที่ 1)

Juvenile Justice (소년 심판) (Part 1)

ภรณี เกราะแก้ว*

ผู้พิพากษาประจำศาล ช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งผู้พิพากษา ศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนครศรีธรรมราช สำนักงานศาลยุติธรรม

Poranee Krawkeo

Junior Judge acting Judge of the

Nakhon Si Thammarat Juvenile and Family Court of Justice

วันที่รับบทความ 31 พฤษภาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 12 มิถุนายน 2565; วันที่ตอบรับบทความ 20 มิถุนายน 2565

บทคัดย่อ

“ได้ยื่นว่าถ้าอายุยังไม่ถึง 14 ปี ถึงจะฆ่าคนก็ไม่ต้องติดคุก จริงหรือเปล่า” ประโยคหนึ่งในตัวอย่างสั้นของซีรีส์เรื่อง “Juvenile Justice”¹ ที่เด็กชายวัย 13 ปีพูดกับผู้พิพากษา



ที่พิจารณาคดีด้วยท่าทีที่ไม่เกรงกลัวซ้ำยังระเบิดอารมณ์ซ้ำด้วยเสียงหัวเราะลั่นห้องพิจารณาคดีทำเอาผู้พิพากษากับเจ้าหน้าที่ในห้องพิจารณาถึงกับหยุดชะงัก เด็กชายคนดังกล่าวถูกดำเนินคดีหลังก่อเหตุฆาตกรรม

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; อีเมลติดต่อ k.poraneelaw1994@gmail.com

¹ Netflix Thailand, Juvenile Justice Highlight - สุดพีค! เป็นเด็ก ฆ่าคนไม่ติดคุกจริงหรือไม่! [ออนไลน์], 7 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://www.youtube.com/watch?v=spkYOLCdSn8>

หั่นศพเด็กชายวัย 9 ปีซึ่งเป็นเพื่อนบ้านอย่างเลือดเย็น หลังเกิดเหตุเด็กชายผู้ก่อเหตุเข้ามาบดตัวกับเจ้าหน้าที่ตำรวจอ้างว่าเขาเป็นฆาตกรพร้อมฆวนที่ใช้เป็นอาวุธโดยไม่มีท่าทีสะทกสะท้านและอ้างว่าเขามีอาการป่วยเป็นโรคจิตเภท เหตุการณ์ดังกล่าวแม้จะเป็นเพียงเรื่องสมมติ แต่นับว่าใกล้เคียงกับเรื่องจริงในสังคมไทยปัจจุบันอย่างเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 9 เมษายน 2565 ผู้ก่อเหตุเป็นเด็กหญิงอายุ 14 ปี วางแผนให้เด็กชายอายุ 16 ปี ซึ่งเป็นคนรักลงมือฆาตกรรมและทำร้ายพี่ชายของตนหลังถูกกีดกันความรักที่สะเทือนจิตใจและหดหู่ไม่แพ้เรื่องสมมติ² นำมาสู่การตั้งคำถามและเสียงสะท้อนของคนในสังคมว่าปัจจุบันเด็กหรือเยาวชนกระทำผิดที่อุกอาจสะเทือนขวัญราวกับเป็นผู้ใหญ่เหตุใดกฎหมายจึงยังคุ้มครอง เป็นเด็กทำผิดแล้วไม่ติดคุกจริงหรือไม่ รวมถึงการตั้งประเด็นย้อนกลับไปในสังคมว่า “แท้จริงแล้วเด็กอาจไม่ใช่ผ้าขาวบริสุทธิ์” ดังที่เคยเปรียบเทียบเปรยกันในสังคมมายาวนานชวนให้ผู้เขียนนึกย้อนมาถึงกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนในประเทศไทยที่ปัจจุบันมีกฎหมายและมีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำผิด โดยเฉพาะแยกต่างหากจากศาลที่พิจารณาคดีอาญาทั่วไปที่ผู้ใหญ่เป็นผู้กระทำผิด บทความนี้จะพาผู้อ่านไปรู้จักกฎหมายและกระบวนการพิเศษเหล่านี้ว่าเหตุใดกฎหมายจึงต้องคุ้มครองเด็กและเยาวชนผู้กระทำผิดไว้โดยเฉพาะ มีกระบวนการและมาตรการพิเศษต่าง ๆ แทนการพิพากษาลงโทษอย่างผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่อย่างไรบ้างและในความเป็นจริงแล้วมาตรการพิเศษเหล่านั้นมีประสิทธิภาพในการช่วยป้องกันไม่ให้เด็กและเยาวชนเหล่านั้นหวนกลับมากระทำผิดซ้ำได้แท้จริงหรือไม่ เพียงใด

คำสำคัญ: การกระทำผิดของเด็กและเยาวชน, ศาลเยาวชนและครอบครัว, กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน, พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

² ไทยรัฐออนไลน์, ซ็อกสังคม ด.ญ.14 ฆ่าแม่ บงการวางแผนแพนหนุ่มวัย 16 พี่ชายสาหัส [ออนไลน์], 7 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/local/central/2363512>

Abstract

“I heard that if you’re not 14 yet, you don’t go to prison, even for murder. Is that true? Awesome!” A sentence in a teaser of the series “Juvenile Justice” in which the 13-year-old boy fearlessly speaks to the trial judge and then bursts into laughter that bursts through the courtroom. Such laughter stopped the judge as well as the court official’s dead in their tracks. A boy was charged after the brutal murder of a nine-year-old boy who was his neighbor. After the horrific murder, a boy surrendered himself to the police claiming that he is the murderer using an axe as a weapon without any shock. He also claimed to have schizophrenia. The series has a very intense content and reveals the justice system in the juvenile court. Despite being hypothetical, it resembles the actual event in Thailand, for instance, the event on April 9, 2022 where a 14-year-old girl delinquent made a plan for a 16-year-old boy to kill her mother and assault her older brother for preventing them from having a relation. This is disheartening no less than hypothetical events and it leads to the question and criticism from the public why the law still gives protection to juvenile offenders who commit outrageous crimes like adults. There is a vigorous rebuttal to the public to review that in fact “children may not be so pure as a white piece of cloth” as they long used to be compared to by the society in the past. It also inspires the author to think over the current Thai criminal justice system for juveniles which has a specific law and court for criminal cases for juvenile delinquency separately from adult offenders. This article will bring readers to get to know these laws and specific processes and the reasons why the laws have to give protection to juvenile delinquents specifically, how specific processes and measures in replacement of punishment as adult offenders are applied and efficiency of these processes and measures in preventing those juveniles from repeating the same offences.

Keywords: Juvenile Delinquency, Juvenile and Family Court, Juvenile Justice, The Juvenile and Family Court and Juvenile and Family Case Procedure. Act B.E. 2553

1. บทนำ

เมื่อพูดถึงละครที่ออกอากาศหลายตอนต่อเนื่องกันหรือที่นิยมเรียกชื่อทับศัพท์ว่า “ซีรีส์” (Drama Series)³ เกี่ยวกับวิชาชีพกฎหมาย ซีรีส์สัญชาติเกาหลี⁴ มักถูกพูดถึงและได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในหมู่นักกฎหมายรวมถึงบุคคลทั่วไปที่ไม่ได้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย โดยเฉพาะซีรีส์ที่เป็นกระแสอยู่ในปัจจุบันเรื่อง “Juvenile Justice” เผยแพร่ผ่านระบบสตรีมมิ่ง Netflix⁵ ในปลายเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2565 จำนวนทั้งสิ้น 10 ตอน บอกเล่ากระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนผ่านเรื่องสมมติที่มีเด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดหลากหลายรูปแบบ สิ่งที่น่าจะทำให้ซีรีส์เรื่องดังกล่าวได้รับความสนใจจนพุ่งทะยานครองแชมป์อันดับ 1 ใน 10



ในระบบสตรีมมิ่ง Netflix นานหลายสัปดาห์คงไม่ใช่เพียงความสนุกสนานบันเทิงใจแต่ด้วยพล็อตเรื่องที่ชวนน่าติดตามสะท้อนสังคมปัจจุบันได้อย่างสมจริง อดแน่นไปด้วยปมปัญหาครอบครัว การศึกษา ความรุนแรงในครอบครัว เพศ ยาเสพติด อาชญากรรมที่เด็กและเยาวชนเป็นคนก่อที่อาจดูเล็กน้อยอย่างการลักทรัพย์ สูบบุหรี่ หรือหนีออกจากบ้าน แต่อาจบานปลายและนำไปสู่อาชญากรรมที่รุนแรงขึ้นได้ในท้ายที่สุด เช่น ค้าประเวณีหรือฆาตกรรม สิ่งที่ชุกช่อนอยู่ในจิตใจรวมถึงต้นเหตุของบาดแผลและความเจ็บปวดในจิตใจของเด็กและเยาวชนเหล่านั้น

รวมถึงกฎหมายและบทลงโทษที่อาจเอื้อให้เด็กและเยาวชนทำผิดได้โดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายผ่านมุมมองของผู้พิพากษาแห่งศาลแขวงยอนฮวาแผนกคดีเยาวชนที่มีมุมมองและความเชื่อต่อตัวผู้กระทำผิดที่เป็นเด็กและเยาวชนแตกต่างกัน อย่างผู้พิพากษา Shim Eun

³ ทัดเทพ จันทรเมธิกุล, อิทธิพลของการเปิดรับ และทัศนคติต่อแฮชแท็กซีรีส์บนทวิตเตอร์ที่มีผลต่อพฤติกรรมกรรมการรับชมซีรีส์ไทยของกลุ่ม Generation Y และ Z, วารสารนิเทศศาสตร์ปริทัศน์, ปีที่ 26 ฉบับที่ 1 (มกราคม - เมษายน 2565), หน้า 15.

⁴ สาธารณรัฐเกาหลี

⁵ Netflix, Netflix คืออะไร [ออนไลน์], 7 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://help.netflix.com/th/node/412>

Seok ที่มีมติประจำตัวว่า “ฉันเกลียดอาชญากรเด็ก กล้าดียังไงถึงมาทำความผิดทั้งที่อายุยังน้อย” และผู้พิพากษา Cha Tae Joo เปรียบเสมือนอีกด้านของผู้พิพากษา Shim Eun Seok ที่มีมุมมองอ่อนโยนและเชื่อเรื่องการให้โอกาสแก่เด็กและเยาวชนว่าพวกเขาพร้อมที่จะเปลี่ยนแปลงตัวเองเป็นคนใหม่หากมีใครสักคนเชื่อมั่นและพร้อมจะปกป้องคุ้มครองให้ความอบอุ่นเหมือนครอบครัว⁶ รวมถึงประเด็นเรื่องการเรียกร้องให้มีการทบทวนและแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับศาลเด็กและเยาวชนซึ่งมีข้อเรียกร้องให้มีการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวกันจริงในสาธารณรัฐเกาหลีหลังจากเหตุการณ์ที่เด็กสาววัยมัธยมต้นฆ่าตัวตายเนื่องจากถูกเด็กชายมัธยมต้นสองคนข่มขืนในเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 2018 ทั้งผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายอายุ 13 ปี ผู้ก่อเหตุทั้งสองจึงไม่ต้องรับโทษจำคุกตามกฎหมาย⁷ เนื่องจากภายใต้พระราชบัญญัติเด็กและเยาวชนของสาธารณรัฐเกาหลีบัญญัติไว้ว่า เด็กอายุตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไปแต่ต่ำกว่า 14 ปี ไม่ต้องรับโทษทางอาญาและได้รับความคุ้มครองโดยถือเป็น “คดีคุ้มครองเด็ก”⁸ ภายใต้กฎหมายดังกล่าว หรือเหตุการณ์เมื่อวันที่ 26 ธันวาคม ค.ศ. 2019 ที่นักเรียนชั้นประถมศึกษาปีที่ 5 แห่งเพื่อนร่วมโรงเรียนเสียชีวิตในเมืองกูริ (Guri) ผู้กระทำความผิดถูกตัดสินให้อยู่ในสถานับปฏิรูปเยาวชน 2 ปีแทนการพิพากษาลงโทษจำคุกซึ่งกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐเกาหลีกำหนดอัตราโทษขั้นต่ำจำคุก 5 ปีสำหรับความผิดฐานฆ่าคนตาย⁹ เมื่อผู้ก่อเหตุเป็นเด็กชั้นประถมศึกษาปีที่ 5 ซึ่งมีอายุระหว่าง 10 ถึง 13 ปี จึงได้รับความคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติเด็กและเยาวชน¹⁰ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริงเหล่านี้เป็นชนวนให้ประชาชนกว่า 230,000 คนไม่พอใจและลงนามเรียกร้องให้มีการลงโทษผู้เยาว์อย่างจริงจังและนำไปสู่การทบทวนกฎหมาย

⁶ รัสรินทร์ ใน ผู้จัดการออนไลน์, Review ซีรีส์ : “หญิงเหล็กศาลเยาวชน - Juvenile Justice” ผู้พิพากษาทำชนอาชญากรเด็ก [ออนไลน์], 7 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/drama/detail/9650000025225>

⁷ Yoon Min-sik, Korea asks: what age is too young to be a criminal? [Online], 7 May 2022. Source: <http://www.koreaherald.com/view.php?ud=20220329000666>

⁸ Juvenile Act, 2015, Article 4 (1)

⁹ Criminal Act, 2013 (Act No. 11731/2013)

¹⁰ William Kim, Much Needed Reformation in South Korea’s Juvenile Act [Online], 7 May 2022. Source: <https://www.cardozociclr.com/post/much-needed-reformation-in-south-korea-s-juvenile-act>

เพื่อแก้ไขอายุขั้นต่ำในการลงโทษอาญาซึ่งเดิมกำหนดไว้คือต่ำกว่า 14 ปี อย่างไรก็ตามปัจจุบันกฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้มีการแก้ไขแต่อย่างใด¹¹

สำหรับในประเทศไทยปัจจุบันมีกฎหมายและมีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดโดยเฉพาะแยกต่างหากจากศาลที่พิจารณาคดีอาญาทั่วไปที่ผู้ใหญ่เป็นผู้กระทำผิดตั้งแต่ปี พ.ศ. 2495 ซึ่งถือเป็นจุดกำเนิดกระบวนการยุติธรรมอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะ มีกระบวนการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนตั้งแต่ในชั้นจับกุม สอบสวน เงื่อนไขการฟ้องคดี และกระบวนการพิจารณาคดีที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ ตลอดจนมาตรฐานการพิเศษแทนการพิพากษาคดีและวิธีการลงโทษสำหรับเด็กและเยาวชน รวมถึงมีสถานพินิจและศูนย์ฝึกอบรมเด็กและเยาวชนแยกต่างหากจากเรือนจำจนถึงปัจจุบันเป็นเวลากว่า 70 ปีแล้ว แต่ในปัจจุบันเรายังคงพบเห็นจากข่าวตามหน้าหนังสือพิมพ์หรือสื่อต่าง ๆ ที่เด็กและเยาวชนก่ออาชญากรรมต่าง ๆ ตั้งแต่อาชญากรรมเล็ก ๆ ไม่รุนแรงลุกลามบานปลายไปจนถึงอาชญากรรมร้ายแรงสะเทือนขวัญ บทความนี้จะพาผู้อ่านไปรู้จักกฎหมายและกระบวนการพิเศษสำหรับเด็กและเยาวชนเหล่านั้นว่า เหตุใดกฎหมายจึงต้องคุ้มครองเด็กและเยาวชนผู้กระทำผิดไว้โดยเฉพาะและมาตรการพิเศษต่าง ๆ แทนการพิพากษาลงโทษอย่างผู้กระทำผิดที่เป็นผู้ใหญ่และในความเป็นจริงแล้วมาตรการพิเศษเหล่านั้นมีประสิทธิภาพในการช่วยป้องกันไม่ให้เด็กและเยาวชนเหล่านั้นหวนกลับมากระทำผิดซ้ำได้แท้จริงหรือไม่ เพียงใด เพื่อมิให้บทความนี้ยืดยาวจนเกินไป ผู้เขียนจะขอแบ่งบทความนี้ออกเป็น 2 ตอน ในตอนที่ 1 จะได้กล่าวถึงแนวคิดเบื้องต้นในการจัดตั้งศาลเยาวชนในประเทศไทย เกณฑ์อายุของเด็กและเยาวชนที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน และกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนตั้งแต่ชั้นจับกุม สอบสวน จนถึงชั้นพิจารณา ส่วนในชั้นพิพากษาคดีและมาตรการพิเศษต่าง ๆ แทนการลงโทษรวมถึงมาตรการหลังพิพากษาคดีหรือสิ้นสุดกระบวนการตามมาตรการพิเศษต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะผู้เขียนจะได้เล่าไว้ในตอนที่ 2

¹¹ Korea Legislation Research Institute, **Juvenile Act, 2015 (Act No. 13524/2013)** [Online], 7 May 2022. Source: https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=37128&lang=ENG

2. แนวคิดเบื้องหลังในการจัดตั้งศาลเยาวชนในประเทศไทย

การกระทำผิดของเด็กและเยาวชน (juvenile delinquency) ในมุมมองทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา¹² ไม่ใช่ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นอาชญากรรม (crime) เด็กและเยาวชนไม่ใช่อาชญากร (criminal) แต่เรียกการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนว่า “การกระทำผิดหรือพฤติกรรมเบี่ยงเบน (delinquency)”¹³ เนื่องจากมีแนวคิดที่ว่าเด็กและเยาวชนยังมีสภาพร่างกายและจิตใจไม่เหมือนกับผู้ใหญ่จึงมีความโน้มเอียงที่จะกระทำผิดได้ง่ายแต่ก็อยู่ในวิสัยที่จะกลับตนได้ง่ายเช่นเดียวกัน¹⁴ สาเหตุที่เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดอาญาอาจเนื่องมาจากตัวเด็กหรือเยาวชนนั่นเอง เช่น จิตใจยังอ่อนอยู่ทำให้ถูกชักจูงได้ง่ายหรือมีโรคทางพันธุกรรม เป็นต้น รวมถึงสภาพแวดล้อม เช่น บิดามารดา เพื่อนและชุมชน การอบรมและการศึกษาที่ไม่ถูกต้องที่หล่อหลอมให้เด็กและเยาวชนให้เห็นผิดเป็นชอบหรือเข้าใจค่านิยมของสังคมผิดไป¹⁵ ซึ่งเป็นหลักการที่ยอมรับกันในทางสากล ดังนั้น รัฐจึงไม่ควรลงโทษเด็กหรือเยาวชนนั้นเพื่อเป็นการแก้แค้นหรือเป็นเยี่ยงอย่างแต่ควรจะพิจารณาเด็กหรือเยาวชนเป็นรายบุคคลไปว่าควรจะลงโทษหรือใช้วิธีการอย่างไรจึงจะทำให้เด็กหรือเยาวชนกลับตนเป็นคนดีได้และหากมีวิธีใดที่จะทำให้เด็กหรือเยาวชนกลับตนเป็นคนดีได้โดยไม่ต้องพิพากษาลงโทษก็ควรจะทำเช่นนั้นหรือแม้จะต้องลงโทษก็ต้องใช้วิธีที่แตกต่างจากผู้ใหญ่โดยมุ่งเน้นที่การแก้ไขฟื้นฟูเป็นหลัก เนื่องจากหากมองอีกแง่หนึ่งแล้วการที่เด็กกระทำความผิดอาญานั้นรัฐก็มีส่วนที่จะต้องรับผิดชอบอยู่เช่นกันเพราะรัฐควรจะช่วยเหลือสงเคราะห์เด็กมาแต่แรกเพื่อมิให้เด็กมีโอกาสกระทำผิดด้วยการจัดการในเรื่องการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างเหมาะสม ตลอดจนให้การสงเคราะห์ สวัสดิการรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเด็กหรือเยาวชนรวมถึงบิดามารดา ฯลฯ อย่างเป็นรูปธรรมให้ดีขึ้น เปรียบเหมือนเวลาเราเจ็บไข้ได้ป่วยก็ย่อมอยากพบแพทย์เฉพาะทางที่มีความ

¹² มาตาลักษณ์ ออรุงโรจน์, กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 31.

¹³ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, (กรุงเทพมหานคร: วิทยพัฒน์, 2546), หน้า 18.

¹⁴ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายศาลเด็ก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานประชานิติ, 2495), หน้า 4.

¹⁵ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, หน้า 22.

ชำนาญในโรคเฉพาะทางเพื่อทราบต้นตอและรักษาให้ถูกต้อง การมีศาลสำหรับพิจารณาคดีเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะเพื่อวินิจฉัยให้ทราบสาเหตุที่ทำให้เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดแล้วจัดการสาเหตุนั้นด้วยวิธีการที่เหมาะสมจึงมีความจำเป็นก็ด้วยเหตุผลอย่างเดียวกัน¹⁶

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงได้มีแนวความคิดเรื่องการจัดตั้งศาลเยาวชนขึ้นในประเทศไทยเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและอนาคตของเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดด้วยการหาวิธีการที่เหมาะสมเพื่อแก้ไขมากกว่าการลงโทษซึ่งมีรูปแบบหรือกระบวนการยุติธรรมต่างหากจากผู้กระทำความผิดที่เป็นผู้ใหญ่ซึ่งเดิมกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนรวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนของประเทศไทยยังมีขอบเขตจำกัดเนื่องจากรัฐยังถือหลักในการลงโทษผู้กระทำความผิดเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนและไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนโดยเฉพาะ ในปี พ.ศ. 2493 จึงได้มีการจัดตั้ง “ศาลคดีเด็กและเยาวชน” ผ่านการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีเด็กและเยาวชน พ.ศ. 2494 เป็นผลให้มีการจัดตั้งศาลคดีเด็กและเยาวชนกลางและสถานพินิจและคุ้มครองเด็กกลางเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2495 เป็นต้นมา¹⁷ ต่อมาได้มีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับให้เหมาะสมยิ่งขึ้นนำมาสู่การตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น “ศาลเยาวชนและครอบครัว” เพื่อให้ศาลคดีเด็กและเยาวชนมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งเกี่ยวกับผู้เยาว์และคดีครอบครัวด้วย

ปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวที่ใช้บังคับอยู่คือ “พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553” ซึ่งมีลักษณะและวัตถุประสงค์แตกต่างจากศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทั่วไป เช่น ศาลอาญา ศาลจังหวัดและศาลแขวง หรือ “ศาลผู้ใหญ่”¹⁸ กล่าวคือ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษ (non-criminal proceeding) แต่มุ่งหันเห

¹⁶ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายศาลเด็ก, หน้า 5-6.

¹⁷ ประธาน วัฒนวานิชย์, กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน การศึกษาเปรียบเทียบบรรทัดฐานทางด้านกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 15 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2530), หน้า 36.

¹⁸ ผู้เขียน

เด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิดออกจากกระบวนยุติธรรม (diversion)¹⁹ ให้เด็กหรือเยาวชนอยู่ในกระบวนการยุติธรรมให้สั้นที่สุดและได้รับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูให้ตรงกับสภาพปัญหาโดยผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงบุคลิกลักษณะ สภาพร่างกายและสภาพจิตของเด็กหรือเยาวชนซึ่งแตกต่างกันเป็นรายคนไปแม้เด็กหรือเยาวชนนั้นจะได้กระทำผิดร่วมกัน²⁰ ศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้²¹

(1) คดีอาญาที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด แม้ความผิดนั้นจะมีผู้ร่วมกระทำผิดที่ไม่ใช่เด็กหรือเยาวชน กล่าวคือ มีบุคคลที่อายุ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปร่วมกระทำผิดด้วยก็ตาม พนักงานอัยการต้องแยกเด็กหรือเยาวชนนั้นมาดำเนินคดีตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดและยื่นฟ้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวที่มีเขตอำนาจและแม้ข้อหาเหล่านั้นจะอยู่ในอำนาจของศาลแขวง เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 ความผิดฐานทำร้ายร่างกายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 เป็นต้น ศาลแขวงก็ไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเด็กหรือเยาวชน²² แต่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญานั้น

(2) คดีอาญาที่ศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีธรรมดาได้โอนมาตามมาตรา 97 วรรคหนึ่ง คือกรณีที่ศาลที่พิจารณาคดีธรรมดา เช่น ศาลจังหวัดหรือศาลแขวงเห็นว่าผู้กระทำผิดมีอายุตั้งแต่ 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปแต่ไม่เกิน 20 ปีบริบูรณ์แต่เมื่อพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาพร่างกาย สภาพจิต สติปัญญาและนิสัยแล้ว เห็นว่าผู้กระทำยังมีสภาพเช่นเดียวกับเด็กและเยาวชน ศาลที่พิจารณาคดีธรรมดามีอำนาจส่งโอนคดีไปพิจารณาในศาลเยาวชนและครอบครัวที่มีเขตอำนาจและถือว่าผู้กระทำเป็นเด็กหรือเยาวชน

¹⁹ ประธาน วัฒนวานิชย์, กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน การศึกษาเปรียบเทียบบรรทัดฐานทางด้านกฎหมาย, หน้า 38.

²⁰ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ) มาตรา 119

²¹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 10

²² สหรัฐ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563), หน้า 37.

(3) **คดีครอบครัว** คือ คดีแพ่งที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาลหรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับผู้เยาว์หรือครอบครัว เช่น คดีฟ้องหย่า เรียกค่าอุปการะเลี้ยงดู ขอให้รับรองบุตร ขอทำนิติกรรมแทนผู้เยาว์ ขอดังผู้ปกครองผู้เยาว์ เป็นต้น

(4) **คดีคุ้มครองสวัสดิภาพ** คือคดีที่ฟ้องหรือร้องขอต่อศาลหรือกระทำการใด ๆ ในทางศาลเกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือบุคคลในครอบครัวซึ่งจะต้องบังคับตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้ถูกกระทำด้วยความรุนแรงในครอบครัว หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กหรือบุคคลในครอบครัว เช่น คดีที่ภริยาร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามสามีที่กระทำความรุนแรงในครอบครัวเข้าใกล้ที่อยู่อาศัยหรือที่ทำงาน หรือห้ามเข้าใกล้ตัวเด็ก เป็นต้น

(5) **คดีอื่นที่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลเยาวชนและครอบครัว** เช่น คดีเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เป็นต้น

3. สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน

สาเหตุแห่งการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนอาจแบ่งได้เป็น 3 ด้าน²³ ดังนี้

3.1 ด้านกฎหมาย

นักกฎหมายมีสมมติฐานว่าเหตุที่เด็กและเยาวชนกระทำผิดเนื่องจากความเยาว์วัยทำให้รู้เท่าไม่ถึงการณ์หรืออาจถูกหลอกล่อใช้ ซึ่งเป็นเหตุที่เกิดจาก “ปัจจัยภายในของตัวผู้กระทำผิด”²⁴ จึงไม่ถือว่าเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดเป็นอาชญากรเป็นเพียงพฤติกรรมเบี่ยงเบนเท่านั้น ดังนั้น กฎหมายก็ไม่ควรลงโทษทางอาญา (penalty) แต่จะใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนแทนการลงโทษเพื่อแก้ไขความประพฤติ (rehabilitation) เด็กและเยาวชนเหล่านั้นให้กลับตนและกลับคืนสู่สังคมได้ต่อไป

²³ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, หน้า 39-41.

²⁴ มาตาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์, กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและเยาวชน, หน้า 63.

3.2 ด้านสังคมวิทยา

นักสังคมวิทยามีสมมติฐานว่าเหตุที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดเนื่องจากสิ่งแวดล้อมทางสังคมที่ไม่ดี เช่น การคบหาสมาคมกับบุคคลที่มีความประพฤติไม่ดี การอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ไม่ดี เช่น แหล่งช้อปปิ้งอบายมุข หรือมีต้นแบบอย่างที่ไม่ดี เช่น บิดามารดาหรือเพื่อนฝูง มีพฤติกรรมใช้ความรุนแรง ตัดยาเสพติดให้โทษหรือเล่นการพนัน เป็นต้น รวมถึงภาวะเศรษฐกิจในสังคมที่ก่อให้เกิดปัญหาความยากจนและความเหลื่อมล้ำซึ่งเป็นเหตุที่เกิดจาก “ปัจจัยภายนอกของตัวผู้กระทำความผิด”²⁵ เมื่อเด็กและเยาวชนยังเป็นผู้ที่มีจิตใจอ่อนแอ ไม่มั่นคงและมีความสามารถในการเลียนแบบได้สูง เด็กและเยาวชนจึงถูกชักนำได้ง่าย สิ่งแวดล้อมทางสังคมที่ไม่ดีเหล่านั้นจึงหล่อหลอมเด็กและเยาวชนและนำไปสู่การกระทำความผิดในท้ายที่สุด

3.3 ด้านจิตวิทยา

นักจิตวิทยามีสมมติฐานผ่านทฤษฎีจิตวิทยาที่อธิบายสาเหตุที่เด็กและเยาวชนกระทำความผิดไว้ด้วยกันหลายทฤษฎี เช่น พันธุกรรม ภาวะแห่งจิตบกพร่องหรือจิตฟั่นเฟือนเป็นเหตุให้เกิดความผิดปกติจนเด็กและเยาวชนนั้นไม่สามารถรู้ผิดชอบชั่วดีหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ นอกจากนี้ยังมีทฤษฎีทางจิตวิทยาที่สำคัญอยู่หนึ่งประการ คือ “**ทฤษฎีการเรียนรู้ทางสังคม (Social Learning Theory)**” ที่อธิบายสาเหตุของพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนโดยมองว่าอาชญากรรมเป็นการตอบสนองโดยเจตนาต่อเหตุการณ์ในชีวิตโดยเฉพาะ A. Bandura นักคิดที่มีชื่อเสียงของทฤษฎีนี้เชื่อว่าผู้คนไม่ได้เกิดมาพร้อมกับการกระทำโดยธรรมชาติ ความรุนแรงและความก้าวร้าวสามารถเรียนรู้ได้โดยการสร้างแบบจำลองพฤติกรรมของผู้อื่นโดยเฉพาะกรณีของผู้เยาว์ซึ่งเป็นช่วงแห่งการสร้างอัตลักษณ์ของตนเองและต้องการเป็นที่ยอมรับก่อให้เกิดการเลียนแบบพฤติกรรมทั้งที่ดีและไม่ดี เช่น การใช้ความรุนแรงในครอบครัวหรือในโรงเรียน เป็นต้น เด็กและเยาวชนเหล่านั้นล้วนเป็นเหยื่อของความรุนแรงที่เรียนรู้ซึมซับความรุนแรงและนำไปสู่การใช้ความรุนแรงในที่สุด ดังคำกล่าวที่ว่า “ความรุนแรงก่อให้เกิดความรุนแรง (violence breeds violence)”²⁶

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 63.

²⁶ IvLita Gogua, *Juvenile Delinquency - Causes, Prevention, and the Ways of Rehabilitation* [Online], 8 May 2022. Source: <https://www.penalreform.org/blog/juvenile-delinquency-causes-prevention-and-the-ways-of/>

4. กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน

4.1 แนวคิดพื้นฐานและข้อตกลงระหว่างประเทศ

เมื่อแนวคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาอย่างมีอิสรภาพและเท่าเทียมกันอันเป็นหัวใจสำคัญของแนวคิดสิทธิมนุษยชนเริ่มแพร่หลายและนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่หลวงในเหตุการณ์การประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งล้วนเป็นผลพวงที่สะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดสิทธิมนุษยชนนับแต่ศตวรรษที่ 20 แนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กได้เริ่มมีการบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (the Universal Declaration of Human Rights) ในฐานะที่เด็กเองก็เป็นมนุษย์คนหนึ่งที่เกิดมาพร้อมอิสรภาพและความเท่าเทียมมิใช่เพียงทรัพย์สินอย่างหนึ่งของบิดามารดา²⁷ และนำไปสู่การรับรองสิทธิเด็กไว้โดยเฉพาะใน “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1989) ในฐานะที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน องค์การสหประชาชาติ (United Nations) กำหนดเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติต่อเด็กรวมถึงมาตรฐานกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนรวมถึงกำหนดให้สิทธิเด็กเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งซึ่งประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติได้ลงนามภาคยานุวัติรับรองอนุสัญญาดังกล่าวเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2535 มีพันธะผูกพันที่จะต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับสิทธิเท่าเทียมกันตามอนุสัญญาดังกล่าวรวมทั้งรายงานความก้าวหน้าการดำเนินงานต่อคณะกรรมการสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติด้วย

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ให้นิยามไว้ว่า เด็ก หมายถึง “มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” ดังนั้น เด็กจึงหมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กสำหรับประเทศไทยคือประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ซึ่งกำหนดเหตุที่ทำให้เด็กบรรลุนิติภาวะก่อนที่จะมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ คือ เมื่อเด็กอายุ 17 ปีบริบูรณ์จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายหรือศาลอนุญาตให้สมรสกันก่อนอายุ 17 ปีบริบูรณ์²⁸

²⁷ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, การคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในกฎหมายไทย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 48 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2562), หน้า 627.

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 และมาตรา 1448.

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีทั้งสิ้น 54 ข้อ ประกอบไปด้วยหลักการสำคัญ 4 ประการ ได้แก่²⁹

(1) สิทธิที่จะมีชีวิตรอด (right to survival) คือสิทธิในการอยู่รอดปลอดภัยตั้งแต่เมื่อคลอดไม่ว่าเด็กคนนั้นจะเกิดมาปกติหรือเกิดมาพร้อมกับความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ ย่อมมีสิทธิที่จะมีชีวิตรอด ได้รับการจดทะเบียนเกิด มีสิทธิที่จะมีชื่อ ได้สัญชาติ และได้รับการเลี้ยงดูจากบิดามารดาของตน ไม่ถูกแยกจากครอบครัว รวมทั้งได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเหมาะสม โดยรัฐมีหน้าที่ประกันสิทธิเหล่านี้ และจัดหาบริการพื้นฐานเพื่อให้เด็กได้มีชีวิตรอดและเติบโตขึ้นอย่างแข็งแรง ตลอดจนโอกาสเข้าถึงการพัฒนาต่อไปในอนาคต ฯลฯ

(2) สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง (right to protection) คือสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการใช้ความรุนแรงทั้งร่างกายและจิตใจรวมถึงการใช้แรงงานเด็กเพื่อแสวงหาผลประโยชน์รวมถึงการส่งเสริมพัฒนาการทั้งด้านร่างกายและจิตใจ ได้รับความคุ้มครองจากการใช้ความรุนแรงทั้งร่างกายและจิตใจ การใช้แรงงานผิดกฎหมาย การทำงานอันตราย การขัดขวางการศึกษา จากสารเสพติด การค้ามนุษย์ การขายและการลักพาเด็ก การล่วงละเมิดทางเพศและการแสวงประโยชน์กับเด็กในทุกรูปแบบ โดยรัฐจะมีหน้าที่ต้องฟื้นฟูทั้งร่างกายและจิตใจได้กลับคืนสู่สังคมอย่างมีศักดิ์ศรีอีกด้วย ในแง่ของการปกป้องคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือการกระทำความผิดทางอาญา เด็กมีสิทธิได้รับการช่วยเหลือจากกระบวนการยุติธรรมและในทุกขั้นตอนและมุ่งคุ้มครองเด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา ให้ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ตั้งแต่การให้ปากคำ ตลอดจนถึงการพิจารณาคดีจะต้องถือประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ (the best interests of the child) ภายใต้สมมติฐานที่ว่าเด็กกระทำการใด ๆ เพราะขาดวุฒิภาวะและสิ่งแวดล้อมมีอิทธิพลกดดันต่อความประพฤติของเด็กและมีหลักประกันมิให้เด็กต้องรับโทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต³⁰

(3) สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (right to development) คือสิทธิที่จะได้รับการสนับสนุนด้านการศึกษาตามมาตรฐานด้านการสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานในยามเจ็บป่วย ในด้าน

²⁹ UNICEF, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคืออะไร [ออนไลน์], 8 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://www.unicef.org/thailand/what-is-crc>

³⁰ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ข้อ 37 (ก)

โภชนาการและความเป็นอยู่ก็ต้องมีอาหารที่ดีมีประโยชน์ที่เหมาะสมสำหรับเด็ก มีน้ำดื่มที่สะอาด ได้อาศัยอยู่ในพื้นที่ชุมชนที่สะอาด ตลอดจนโอกาสเข้าถึงการพัฒนาต่อไปในอนาคต ฯลฯ

(4) สิทธิที่จะมีส่วนร่วม (right to participation) คือสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น การแสดงออกทั้งในด้านความคิดและการกระทำรวมถึงการตัดสินใจที่มีผลกระทบต่ออนาคตของตนเอง ความคิดเห็นดังกล่าวของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาอย่างจริงจัง ตามสมควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กคนนั้น รัฐมีหน้าที่ที่จะเอื้ออำนวยและส่งเสริมการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชนตั้งแต่ระดับชุมชนเป็นต้นไป

4.2 กฎหมายภายในของประเทศไทย

ประเทศไทยได้บัญญัติรับรองสิทธิเด็กไว้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สะท้อนให้เห็นในมาตรา 30 มาตรา 43 และมาตรา 53 เป็นต้น และได้บัญญัติรับรองสิทธิเด็กไว้โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญเรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนมิได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเนื่องจากสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้รับการรับรองและคุ้มครองไว้แล้วในมาตรา 29³¹ ในฐานะที่เป็นสิทธิของปวงชนชาวไทย ซึ่งนำมาใช้บังคับกับเด็กและเยาวชนในฐานะที่เป็นปวงชนชาวไทยด้วย โดยสิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตลอดจนขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำผิดตั้งแต่การสืบสวน จับกุม แจ้งข้อหา สอบสวน การพิจารณาคดีชั้นศาลตลอดจนการบังคับโทษจะต้องดำเนินการตาม

³¹ มาตรา 29 “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

การควบคุมหรือคุมขังผู้ต้องหาหรือจำเลยให้กระทำได้เพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้มีการหลบหนี

ในคดีอาญา จะบังคับให้บุคคลให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองมิได้

คำขอประกันผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องได้รับการพิจารณาและจะเรียกหลักประกันจนเกินควรแก่กรณีมิได้ การไม่ให้ประกันต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

ขั้นตอนและวิธีการที่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดทุกคนไม่ว่าเป็นผู้ใหญ่³² หรือเด็กและเยาวชน

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (“พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ”) ได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการบางประการไว้เป็นการเฉพาะแตกต่างไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นพิเศษ เช่น ชั้นเจ้าพนักงานตำรวจกำหนดให้เร่งรัดการดำเนินคดีและมุ่งคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญด้วยการจำกัดอำนาจของพนักงานสอบสวนบางประการ เช่น อำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาที่เป็นเด็กและเยาวชนมีเพียง 24 ชั่วโมงแต่หากผู้ต้องหาเป็นผู้ใหญ่มีอำนาจควบคุมตัว 48 ชั่วโมง เป็นต้น³³ ชั้นพนักงานอัยการพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ บัญญัติให้อัยการสูงสุดแต่งตั้งพนักงานอัยการคนหนึ่งหรือหลายคนตามความจำเป็นเพื่อให้มีหน้าที่ดำเนินคดีที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดที่จะต้องฟ้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัว โดยเฉพาะ³⁴ การกำหนดให้มี**ที่ปรึกษากฎหมาย**ทำหน้าที่เช่นเดียวกันกับทนายความ โดยที่ปรึกษากฎหมายจะต้องผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนด³⁵ และได้รับการขึ้นทะเบียนต่างหากจากการอบรมใบอนุญาตให้เป็นทนายความ การกำหนดให้**ผู้อำนวยการสถานพินิจ** มีบทบาทในการคุ้มครองเด็กและเยาวชน³⁶ การกำหนดให้มี**ผู้พิพากษาสมทบ**ในศาลเยาวชนและครอบครัวที่ประกอบเป็นองค์คณะอย่างน้อยต้องเป็นสตรีหนึ่งคน เป็นต้น เหตุที่การดำเนินคดีอาญาเด็กและเยาวชนแตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาทั่วไปเนื่องจากกฎหมายมุ่งที่จะให้อบรมสั่งสอนและแก้ไขปรับปรุงตัวเด็กและเยาวชนทั้งด้านส่วนตัวและสังคมโดยรวม มิได้

³² หมายถึงบุคคลที่อายุเกินกว่า 18 ปีบริบูรณ์

³³ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 50 และ 51

³⁴ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 66

³⁵ กำหนดไว้ในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการอบรม ระเบียบปฏิบัติของที่ปรึกษากฎหมาย การจัดแจ้งและลบชื่อออกจากบัญชี พ.ศ. 2556

³⁶ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 36

มุ่งที่การลงโทษซึ่งอาจเป็นการผลักดันให้เด็กและเยาวชนถลำลึกจนยากที่จะปรับปรุงตัว
นั่นเอง³⁷

โดยเกณฑ์อายุของเด็กและเยาวชนที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลเยาวชนและ
ครอบครัวอันจะได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษในแต่ละประเทศมีเกณฑ์แตกต่างกันโดยค้ำึงถึง
ความรู้สึกผิดชอบของเด็กและเยาวชนตามหลักเกณฑ์มาตรฐานสากล ขนบธรรมเนียมประเพณี
และบริบทของแต่ละประเทศ สำหรับประเทศไทยพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ ได้กำหนด
เกณฑ์อายุ³⁸ ไว้ดังนี้³⁹

| | |
|--------|---|
| เด็ก | บุคคลที่อายุเกิน 12 ปีขึ้นไป แต่ยังไม่เกิน 15 ปี |
| เยาวชน | บุคคลที่อายุเกิน 15 ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ |

ดังนั้น หากบุคคลที่อายุไม่เกิน 12 ปี เช่น 12 ปีบริบูรณ์ในวันกระทำผิด เช่นนี้ไม่ถือว่า
บุคคลดังกล่าวเป็นเด็กตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ รัฐรวมถึงประชาชนที่ได้รับความ
เสียหายจากการกระทำผิดอาญาของบุคคลที่อายุไม่เกิน 12 ปีจึงไม่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดี
อาญากับบุคคลนั้นเป็นคดีอาญาต่อศาลใดได้⁴⁰ ด้วยเหตุที่ว่าจากข้อมูลทางการแพทย์พบว่าเด็ก
ในช่วงอายุดังกล่าวเป็นช่วงที่พัฒนาการด้านความคิด สติ ปัญญา จริยธรรม และความรู้สึก
ผิดชอบชั่วดียังไม่เจริญเติบโตเต็มที่และยังไม่สามารถคาดการณ์ถึงผลที่อาจเกิดขึ้นจากการ
กระทำของตนได้อย่างเพียงพอ อีกทั้งบุคคลในช่วงอายุไม่เกิน 12 ปียังอยู่ในวัยการศึกษาระดับ
ประถมศึกษาซึ่งรัฐมองว่ายังไม่สมควรให้เข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาซึ่งอาจทำให้เกิดการ

³⁷ มาตาสลักษณ์ ออรุงโรจน์, กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กและ
เยาวชน, หน้า 62.

³⁸ ถืออายุในวันกระทำผิด เช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่นและฟิลิปปินส์ แต่ในบางประเทศ เช่น
ประเทศสิงคโปร์ถือเอาอายุในวันที่ถูกพิจารณาต่อศาลครั้งแรก

โปรดดู ปพนธีร์ อีระพันธ์, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนในประเทศ
สิงคโปร์ : ข้อสังเกตเปรียบเทียบกับประเทศไทย, วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น, ปีที่ 3 ฉบับที่ 1
(มกราคม - มิถุนายน 2562), หน้า 181, 186.

นอกจากนี้ในบางประเทศ เช่น เมียนมาร์ ศรีลังกา ปากีสถาน ถือเอาอายุขณะศาลพิพากษาเป็นเกณฑ์
โปรดดู บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, หน้า 37.

³⁹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 4

⁴⁰ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 69/1 วรรคสาม

เรียนรู้วิธีการกระทำผิดเพิ่มขึ้นจนนำไปสู่การกระทำผิดซ้ำอีก⁴¹ แต่ก็ไม่ใช่ว่าบุคคลนั้นจะได้รับการปล่อยตัวกลับบ้านไปโดยปราศจากมาตรการใด ๆ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ ได้กำหนดมาตรการในเชิงป้องปรามหากปรากฏว่าบุคคลอายุไม่เกิน 12 ปีกระทำผิดด้วยการให้อำนาจพนักงานสอบสวนเรียกบุคคลนั้นกับบิดา มารดา ผู้ปกครองมาว่ากล่าวตักเตือน กรณีที่เป็นการกระทำผิดครั้งแรกในคดีที่อาจเปรียบเทียบได้ เช่น บุคคลอายุไม่เกิน 12 ทะเลาะวิวาทใช้มือตบตีกันมีบาดแผลเป็นรอยถลอกไม่มีเลือดออกหรือมีรอยขีดข่วนเล็กน้อย⁴² ซึ่งเป็นความผิดฐานทำร้ายร่างกายไม่ถึงกับเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ⁴³ หรือความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียวไม่เกิน 10,000 บาท หากบุคคลนั้นสำนึกในการกระทำและบิดา มารดา ผู้ปกครองยังสามารถดูแลได้ก็ให้พนักงานสอบสวนงดการสอบสวนและปล่อยตัวไป⁴⁴ หากว่ากล่าวตักเตือนแล้วแต่บุคคลนั้นไม่สำนึกในการกระทำหรือบิดา มารดา ผู้ปกครองไม่สามารถดูแลได้หรือกระทำผิดในคดีที่อาจเปรียบเทียบได้เป็นครั้งที่ 2⁴⁵ หรือกระทำผิดในคดีที่ไม่อาจเปรียบเทียบได้ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานพรากผู้เยาว์ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเสพติด เป็นต้น พนักงานสอบสวนต้องส่งตัวบุคคลนั้นไปให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก⁴⁶ พบกับเด็กและผู้ปกครองและให้เด็กเข้ารับการประเมินเพื่อทำแผนการสงเคราะห์และคุ้มครองที่เหมาะสมกับเด็กแต่ละรายต่อไป⁴⁷ ซึ่งเป็นเพียงวิธีการคุ้มครองเด็กระหว่างถูกดำเนินคดีเท่านั้น ในส่วนการกระทำผิดก็ยังคงต้องมีการสอบสวนต่อไปและเมื่อสอบสวนแล้วเสร็จพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบก็จะทำความเห็นส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการ เมื่อพนักงานอัยการพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นกรณีที่บุคคลอายุไม่เกิน 12 ปี

⁴¹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 29) พ.ศ. 2565

⁴² เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 440/2530

⁴³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391

⁴⁴ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 69/1

⁴⁵ สหรัฐ กิติ ศุภการ, **หลักและคำพิพากษาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553**, หน้า 8.

⁴⁶ สอดคล้องกันกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 ที่บัญญัติว่าเด็กอายุไม่เกิน 12 ปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษแต่ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กนั้นให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมาย

⁴⁷ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 69/1 วรรคสอง

กระทำผิด พนักงานอัยการก็ต้องมีคำสั่งให้ยุติการดำเนินคดี⁴⁸ แต่หากบุคคลนั้นมีอายุเข้าเกณฑ์ตามที่พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ กำหนดไม่ว่าเป็นเด็กหรือเยาวชนก็ต้องมีการดำเนินคดีอาญาแก่เด็กหรือเยาวชนตามกระบวนการและหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ 5 ประการดังนี้

(1) การจับกุมเด็กและเยาวชน

(1.1) การจับกุมเด็ก โดยหลักแล้วพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ จะห้ามไม่ให้จับกุมเด็กซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดแม่เด็กหรือผู้ปกครองเด็กจะยินยอมก็ตาม เว้นแต่เด็กนั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้า เช่น กำลังรุมใช้ไม้ทุบตีเพื่อนนักเรียนต่างสถาบันหรือกำลังตั้งวงมั่วสุมเสพยาเสพติด เป็นต้น หรือมีหมายจับหรือคำสั่งศาล⁴⁹ หากเป็นกรณีที่เด็กเข้ามอตัวกับพนักงานสอบสวนเอง แม้มีหลักฐานพอที่จะแจ้งขอหาแก่เด็กได้พนักงานสอบสวนก็จะจับเด็กไม่ได้ หากพนักงานสอบสวนประสงค์ที่จะควบคุมตัวเด็กนั้นต้องนำตัวเด็กไปศาลโดยเด็กต้องยินยอมเพื่อให้ศาลมีคำสั่งควบคุมตัว⁵⁰

(1.2) การจับกุมเยาวชน พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ บัญญัติให้การจับกุมเยาวชนเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น การจับกุมเยาวชนจึงใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับการจับบุคคลทั่วไป คือ ห้ามมิให้จับกุมเยาวชนซึ่งต้องหาว่ากระทำความผิดเว้นแต่จะมีหมายจับหรือคำสั่งศาล การจับกุมเยาวชนโดยไม่มีหมายจับหรือคำสั่งศาลอาจทำได้ในกรณีที่เข้าข้อยกเว้นว่า (1) เยาวชนกระทำความผิดซึ่งหน้า (2) เมื่อพบบุคคลโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมีเครื่องมือ อาวุธหรือวัตถุอย่างอื่นอันสามารถอาจใช้ในการกระทำความผิด เช่น เยาวชนยืนชุมนุมอยู่ใกล้ฟุ่มไม้่นอกรั้วบ้านในยามวิกาลพร้อมชะแลงอยู่ในมือ (3) เมื่อมีเหตุที่จะออกหมายจับบุคคลนั้นตามกฎหมาย⁵¹ แต่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจขอให้ศาลออกหมายจับบุคคลนั้นได้ (4) เป็นการจับผู้ต้องหาหรือจำเลยที่หนีหรือจะหลบหนีระหว่างถูกปล่อยชั่วคราว ซึ่งในทางปฏิบัติการออกหมายจับเด็กและเยาวชนผู้พิพากษามักใช้ดุลพินิจที่เคร่งครัดโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุด

⁴⁸ หนังสือสำนักงานอัยการสูงสุดที่ อส 0007(พก)/ว 443 ลงวันที่ 18 ตุลาคม 2560 อ้างถึงใน สหรัฐ กิติ ศุภการ, **หลักและคำพิพากษาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553**, หน้า 106.

⁴⁹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 66 วรรคแรก

⁵⁰ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 71

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 66

ของเด็กเป็นสำคัญ การใช้ดุลพินิจให้ออกหมายจับเด็กและเยาวชนค่อนข้างน้อยหากไม่ใช่คดีร้ายแรงออกอาจ เช่น ข้อหาฆ่าคนตายโดยเจตนา มักไม่ค่อยออกหมายจับในทันทีแต่จะให้พนักงานตำรวจออกหมายเรียกเด็กหรือเยาวชนนั้นมาก่อน

(1.3) **วิธีปฏิบัติเมื่อจับกุมเด็กหรือเยาวชน** เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมเด็กหรือเยาวชนได้แล้วพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ กำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจผู้จับแจ้งแก่เด็กหรือเยาวชนนั้นว่าเขาต้องถูกจับและแจ้งข้อกล่าวหา รวมถึงสิทธิตามกฎหมาย หากมีหมายจับ



ให้แสดงต่อเด็กหรือเยาวชนนั้น หากขณะที่จะจับกุมมีบิดา มารดา ผู้ปกครอง บุคคลหรือผู้แทนองค์การซึ่งเด็กและเยาวชนอาศัยอยู่ด้วยอยู่ด้วยในขณะนั้น เจ้าพนักงานผู้จับก็จะต้องแจ้งเหตุการจับให้บุคคลดังกล่าวทราบด้วยแล้วนำตัวเด็กหรือเยาวชน

ไปยังที่ทำการของพนักงานสอบสวนแห่งท้องที่ที่ถูกจับทันทีเพื่อให้พนักงานสอบสวนท้องที่ดังกล่าวส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปยังที่ทำการของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบโดยเร็ว การจับกุมและควบคุมเด็กหรือเยาวชนต้องกระทำโดยละมุนละม่อมโดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ว่าจะด้วยวาจาหรือการกระทำและต้องไม่เป็นการประจานเด็กหรือเยาวชน นอกจากนี้ กฎหมายยังห้ามไม่ให้ใช้วิธีการควบคุมเกินกว่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันการหลบหนีหรือเพื่อความปลอดภัยของเด็กหรือเยาวชนหรือบุคคลอื่นและห้ามไม่ให้ใช้เครื่องพันธนาการแก่เด็กไม่ว่ากรณีใด ๆ เช่น กุญแจมือ เชือก เป็นต้น เว้นแต่ความจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เพื่อป้องกันการหลบหนีหรือเพื่อความปลอดภัยของเด็กหรือบุคคลอื่น ส่วนกรณีเป็นเยาวชนพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ ไม่ห้ามใช้เครื่องพันธนาการ

(2) **การตรวจสอบการจับกุมและการปล่อยชั่วคราว** เมื่อบุคคลใดถูกจับเป็นผู้ต้องหาและถูกนำตัวไปยังที่ทำการของพนักงานสอบสวน โดยปกติแล้วพนักงานสอบสวนมีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาได้ไม่เกิน 48 ชั่วโมง แต่ในกรณีเด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดพนักงานสอบสวนมีอำนาจควบคุมตัวได้ไม่เกิน 24 ชั่วโมงนับแต่เด็กหรือเยาวชนไปถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบและจะต้องนำตัวเด็กหรือเยาวชนนั้นไปศาลเพื่อตรวจสอบการจับกุมว่าบุคคลที่ถูกจับเป็นผู้ต้องหาเป็นเด็กหรือเยาวชนหรือไม่ การจับเด็กหรือเยาวชนชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่น เป็นการจับโดยหมายจับภายในอายุความหรือเป็นความผิด

ซึ่งหน้าหรือไม่ หากจับไม่ชอบก็ต้องมีคำสั่งให้ปล่อยตัวเด็กหรือเยาวชนไป⁵² รวมถึงมีการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ด้วย เช่น มีการประจานเด็กหรือเยาวชนหรือใช้วิธีการควบคุมเกินกว่าที่จำเป็นหรือไม่ เป็นต้น หากการจับกุมเป็นไปโดยชอบแล้วผู้พิพากษาก็อาจจะไม่ควบคุมตัวเด็กหรือเยาวชนนั้นไว้ก็ได้ด้วยการมอบตัวเด็กหรือเยาวชนนั้นให้บุคคลอื่นดูแล เช่น บิดามารดา ผู้ปกครอง และให้บุคคลดังกล่าวทำสัญญารับมอบตัวเด็กหรือเยาวชนไว้ภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องนำเด็กหรือเยาวชนไปพบพนักงานสอบสวนหรือพนักงานคุมประพฤติหรือมาศาล หากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลโดยจงใจหรือไม่มีเหตุอันสมควรศาลมีอำนาจออกคำสั่งให้ชำระเงินไม่เกิน 5,000 บาท⁵³ แต่หากผู้พิพากษาเห็นว่าการกระทำของเด็กหรือเยาวชนมีลักษณะหรือพฤติการณ์ที่อาจเป็นภัยต่อบุคคลอื่นอย่างร้ายแรง ก็จะมีคำสั่งควบคุมเด็กหรือเยาวชนที่เป็นผู้ต้องหาในไว้ในสถานพินิจหรือเรือนจำหรือสถานที่อื่นก็ได้⁵⁴ เด็กหรือเยาวชนนั้นก็จะต้องถูกส่งตัวไปไว้ในสถานพินิจหรือเรือนจำหรือสถานที่อื่นตามคำสั่งศาลทันที แต่พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มีเจตนารมณ์มุ่งคุ้มครองสิทธิ สวัสดิภาพและวิธีปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำผิดตามหลักการอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยเฉพาะเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนั้น การที่ผู้พิพากษาจะมีคำสั่งควบคุมหรือคุมขังเด็กหรือเยาวชนจะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือเยาวชนเป็นสำคัญ **การควบคุมหรือคุมขังเด็กจึงควรเป็นทางเลือกสุดท้าย**⁵⁵ จากหลักการดังกล่าวหากผู้พิพากษาเห็นแล้วว่าจำเป็นจะต้องควบคุมหรือคุมขังเด็กหรือเยาวชนไว้ เด็กและเยาวชนก็มีสิทธิขอปล่อยชั่วคราวและในการพิจารณาปล่อยชั่วคราวของศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นไปในทางให้ปล่อยชั่วคราวเป็นหลักเสมอ ในการพิจารณาให้ปล่อยชั่วคราวผู้พิพากษาจะไม่คำนึงถึงข้อหาพฤติการณ์แห่งคดีหรืออัตราโทษเพียงอย่างเดียวแต่จะพิจารณาถึงบิดามารดา ผู้ปกครอง ความประพฤติสุขภาพแวดล้อมของเด็กหรือเยาวชนแต่ละคนประกอบด้วย ดังนั้น หากบิดามารดาหรือผู้ปกครองยังสามารถดูแลเด็กหรือเยาวชนได้ศาลก็จะอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราวเด็กหรือเยาวชน แม้ไม่มีหลักทรัพย์เป็นหลักประกัน หรือหากเห็นว่าควรให้วางหลักทรัพย์เป็นหลักประกัน

⁵² พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 66 วรรคแรก

⁵³ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 73 วรรคหนึ่ง และมาตรา 128

⁵⁴ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 73 วรรคสอง และวรรคสาม

⁵⁵ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 74

ก็สามารถกำหนดราคาประกันให้ต่ำหรือเท่าที่จำเป็น⁵⁶ ทั้งนี้ อาจใช้วิธีการแต่งตั้งผู้กำกับดูแล⁵⁷ คอยสอดส่องดูแล รัยรายงานตัวและให้คำปรึกษาเด็กหรือเยาวชนที่ได้รับการปล่อยชั่วคราว ควบคู่กันไปด้วยก็ได้ แต่หากมีความจำเป็นต้องควบคุมหรือคุมขังเด็กหรือเยาวชน เช่น เด็กหรือ เยาวชนเป็นเด็กเร่ร่อน หรือพฤติกรรมในคดีอาจจะส่งผลกระทบต่อความปลอดภัย ของสาธารณะ เช่น เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดในข้อหาเกี่ยวกับการขั้รถแข่งกัน ในทางสาธารณะ ข้อหาทำร้ายร่างกายระหว่างกลุ่มนักศึกษาต่างสถาบัน หากผู้พิพากษาใช้ ดุลพินิจแล้วเห็นว่าการปล่อยชั่วคราวเด็กหรือเยาวชนไปตั้งแต่ในชั้นการตรวจสอบการจับหรือ ชั้นมอบตัวจะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดหรือคุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กหรือเยาวชนได้อย่าง แท้จริง ผู้พิพากษาก็สามารถใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กและประโยชน์สาธารณะ ควบคู่กันไปด้วยมีคำสั่งให้ควบคุมเด็กหรือเยาวชนไว้ในสถานพินิจเป็นระยะเวลาหนึ่ง เช่น 7 วัน หรือ 15 วัน เพื่อให้สถานพินิจทำการอบรมสร้างความตระหนักรู้ในความรับผิดชอบต่อตนเอง และสังคมโดยเมื่อครบกำหนดก็สามารถปล่อยชั่วคราวเด็กหรือเยาวชนได้⁵⁸ จากสถิติปรากฏว่า เด็กและเยาวชนที่ถูกควบคุมตัวระหว่างพิจารณาในสถานพินิจฯ 63 คน สถานแรกรับ⁵⁹ 414 คน ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน 3 คน รวมทั้งประเทศเพียง 480 คน เท่านั้น⁶⁰

(3) กำหนดเวลาฟ้องคดีและการมัดฟ้อง กำหนดเวลาฟ้องคดีในคดีอาญาที่เด็กและ เยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดมีความต่างจากศาลผู้ใหญ่ กล่าวคือ พนักงานสอบสวนจะต้องรีบ ดำเนินการสอบสวนและส่งสำนวนพร้อมความเห็นไปยังพนักงานอัยการเพื่อให้พนักงานอัยการ

⁵⁶ แนวทางการปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนสำหรับศาลเยาวชนและ ครอบครัวและบัญชีมาตรฐานวงเงินประกันท้ายแนวทางสำหรับการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็ก หรือเยาวชนของศาลเยาวชนและครอบครัว ลงวันที่ 29 กรกฎาคม 2563

⁵⁷ พระราชบัญญัติมาตรการกำกับและติดตามจับกุมผู้หลบหนีการปล่อยชั่วคราวโดยศาล พ.ศ. 2560

⁵⁸ แนวทางสำหรับการปล่อยตัวชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลยที่เป็นเด็กหรือเยาวชนสำหรับศาลเยาวชน และครอบครัวและบัญชีมาตรฐานวงเงินประกันท้ายแนวทางสำหรับการปล่อยชั่วคราวผู้ต้องหาหรือจำเลย ที่เป็นเด็กหรือเยาวชนของศาลเยาวชนและครอบครัว ข้อ 6

⁵⁹ หมายถึง สถานที่รับเด็กไว้อุปการะเป็นการชั่วคราวเพื่อสืบเสาะและพินิจเด็กและครอบครัว

⁶⁰ ศูนย์ปฏิบัติการกรม, สถิติจำนวนเด็กและเยาวชนในสถานควบคุมทั่วประเทศ ณ วันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2565 [ออนไลน์], 11 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา: <http://www.appdjop.djop.go.th/djopsupport/warroom2/warroom1.htm>

ยื่นฟ้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวที่มีเขตอำนาจให้ทันภายใน 30 วันนับแต่วันที่เด็กหรือเยาวชนนั้นถูกจับกุมหรือปรากฏตัวต่อหน้าพนักงานสอบสวน ทั้งนี้ก็เนื่องด้วยพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มีเจตนารมณ์ที่จะเร่งรัดการดำเนินคดีและคุ้มครองเด็กและเยาวชนเป็นสำคัญ หากพนักงานสอบสวนส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการไม่ทันตามกำหนดพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบก็ต้องขอผิดฟ้อง⁶¹ ต่อศาล แต่หากส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการแล้วพนักงานอัยการฟ้องไม่ทันพนักงานอัยการก็ต้องขอผิดฟ้องต่อศาล โดยกรอบระยะเวลาและจำนวนครั้งที่พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือพนักงานอัยการจะขอผิดฟ้องต่อศาลนั้นขึ้นอยู่กับข้อหาที่กล่าวหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดว่าข้อหาอันกฎหมายกำหนดอัตราโทษไว้เท่าใด เช่น เป็นคดีที่กฎหมายกำหนดอัตราโทษจำคุกเกิน 5 ปี อาทิ ความผิดฐานฆ่าคนตาย ความผิดเกี่ยวกับเพศ ผิดฟ้องได้ 4 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 15 วัน ดังนั้น กรอบระยะเวลาผิดฟ้องในคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดจึงสูงสุดอยู่ที่ 60 วัน ในขณะที่คดีอาญาที่ผู้ใหญ่เป็นผู้กระทำความผิด อาทิ ความผิดฐานฆ่าคนตายกรอบระยะเวลาฝากขังสูงสุดถึง 84 วัน

(4) การฟ้องคดีอาญา โดยที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติให้พนักงานอัยการ และผู้เสียหายต่างมีอำนาจฟ้องคดีอาญา⁶² กล่าวคือ ในการกระทำความผิดเดียวกัน พนักงานอัยการหรือผู้เสียหายจะเป็นผู้ฟ้องผู้กระทำความผิดต่อศาลก็ได้ แต่ในคดีอาญาที่ผู้กระทำความผิดเป็นเด็กหรือเยาวชนพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ห้ามมิให้ผู้เสียหายฟ้องคดีอาญาซึ่งมีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดต่อศาลเยาวชนและครอบครัวเว้นแต่ได้รับอนุญาตจากผู้อำนวยการสถานพินิจที่เด็กและเยาวชนนั้นอยู่ในเขตอำนาจ หากผู้อำนวยการฯ ไม่อนุญาตให้ฟ้อง ผู้เสียหายจะร้องต่อศาลขอให้ศาลสั่งอนุญาตก็ได้ และคำสั่งศาลเป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์หรือฎีกาต่อไปได้

(5) การพิจารณาคดีอาญา โดยหลักการพิจารณาคดีต้องทำ “โดยเปิดเผย” หมายความว่า ประชาชนทั่วไปแม้จะไม่ได้มีส่วนได้เสียในคดีก็มีสิทธิเข้าห้องพิจารณาคดีและนั่งฟังการพิจารณาคดีได้ตั้งแต่กระบวนการตั้งที่ปรึกษากฎหมาย อ่านอธิบายฟ้อง สอบคำให้การ ตรวจพยานหลักฐาน สอบพยาน ตลอดจนการฟังคำพิพากษา อันเป็นกลไกหนึ่งในการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจตุลาการ

⁶¹ หมายถึง การที่พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการร้องขอให้ศาลคุมขังตัวผู้ต้องหาไว้ระหว่างที่ทำการรวบรวมพยานหลักฐานในคดี ก่อนทำการสรุปความเห็นในสำนวนหรือยื่นฟ้องคดีต่อศาลต่อไป

⁶² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28

โดยประชาชน แต่การพิจารณาคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดนั้นใช้การพิจารณาคดีอาญา “เป็นการลับ”⁶³ หมายความว่า ประชาชนทั่วไปที่ไม่มีส่วนได้เสียในคดีไม่สามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีได้เว้นแต่ศาลเห็นสมควรอนุญาต เช่น คณะอาจารย์มหาวิทยาลัยนำนักศึกษาเข้าศึกษาดูงานในศาลเยาวชนและครอบครัว เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เป็นการประจานเด็กเพราะข้อเท็จจริงในคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดย่อมต้องมีการเปิดเผยชีวิตครอบครัวของเด็กหรือเยาวชนนั้นซึ่งควรสงวนไว้เป็นความลับ⁶⁴ นอกจากนี้ในการโฆษณา คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่พิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัวห้ามมิให้ระบุชื่อ หรือแสดงข้อความหรือกระทำด้วยประการใด ๆ อันจะทำให้รู้จักตัวเด็กหรือเยาวชนซึ่งเป็นจำเลย เช่น ชื่อย่อหรือนามแฝงในวงการอันเป็นที่รับรู้กันทั่วไป เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล⁶⁵

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยเคร่งครัด พนักงานอัยการ ที่ปรึกษากฎหมายและผู้พิพากษาจะไม่สวมครุยตุลาการหรือครุยเนติบัณฑิตในห้องพิจารณา ผู้พิพากษาจะใช้คำพูดและถ้อยคำที่เด็กและเยาวชนซึ่งเป็นจำเลยเข้าใจได้ง่าย เช่น ในการพิจารณาคดีอาญาผู้เขียนในฐานะผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดีจะไม่เรียกเด็กและเยาวชนนั้นว่าจำเลยแต่ใช้การเรียกชื่อจริงหรือ



ชื่อเล่น พยายามสร้างบรรยากาศในห้องพิจารณาอย่างเป็นกันเองเพื่อค้นหาสาเหตุแห่งการกระทำผิด โดยทำให้เด็กและเยาวชนเชื่อถือไว้วางใจและกล้าเล่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดอย่างเปิดเผย⁶⁶ ให้เด็กและเยาวชนที่กระทำผิดเกิดความรู้สึกว่า ทุก ๆ คนต่างพยายามจะช่วยเหลือสงเคราะห์

⁶³ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 108

⁶⁴ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายศาลเด็ก, หน้า 13.

⁶⁵ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 136

⁶⁶ พัลลภ พิสิษฐ์สังฆการ, คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ใน หนังสือครบรอบ 2 ปี ศาลจังหวัดจันทบุรี แผนกคดีเยาวชนและครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: พิทักษ์การพิมพ์, ม.ป.ป.), หน้า 41.

แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องทำให้เด็กและเยาวชนนั้นรู้สึกว่าการกระทำของตนเป็นความผิดและเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำ⁶⁷ รวมถึงการอบรมสั่งสอนเด็กและเยาวชนตลอดจนผู้ปกครองของเด็กและเยาวชนนั้นซึ่งอาจมอบหมายให้ผู้พิพากษาสมทบเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวหรือร่วมกัน เพื่อให้การพิจารณาคดีอาญาเป็นไปตามเจตนารมณ์กฎหมาย นอกจากนี้แม้จะสืบพยานเสร็จแล้ว ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนมีอำนาจเรียกตัวเด็กและเยาวชนที่เป็นจำเลยไปสอบถามเป็นการเฉพาะตัวเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความผิดที่ถูกฟ้องและสาเหตุแห่งการกระทำผิด บุคลิกลักษณะ ท่วงที คำพูดจา ฯลฯ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเพิ่มเติมได้โดยไม่ต้องเข้าห้องพิจารณาแต่ใช้ห้องประชุมหรือห้องรับรองทั่วไปของศาล โดยอาจมอบหมายให้ผู้พิพากษาสมทบทำหน้าที่ดังกล่าวแทนก็ได้⁶⁸ ทั้งนี้ก็เพื่อจะได้ความจริงและข้อเท็จจริงแวดล้อมมากที่สุด ยิ่งได้มากเท่าใดย่อมจะเป็นประโยชน์แก่ตัวเด็กหรือเยาวชนเอง ซึ่งต่างจากศาลผู้ใหญ่ที่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนไม่มีอำนาจเรียกตัวจำเลยที่เป็นผู้ใหญ่ไปสอบถามเป็นการเฉพาะตัว แต่เป็นหน้าที่โจทก์จะต้องนำเสนอพยานหลักฐานไม่ว่าพยานบุคคล เอกสาร หรือวัตถุ ให้เห็นจนสิ้นสงสัยว่ามีการกระทำผิดจริงและจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น⁶⁹

นอกจากนี้ในการพิจารณาคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดทุกคดีผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะได้รับ “รายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กและเยาวชน” ซึ่งจะประกอบไปด้วย ข้อมูลเกี่ยวกับประวัติ ความประพฤติ การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิต นิสัย อาชีพ ของเด็กหรือเยาวชน ฐานะและความประพฤติของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย วิธีการอบรมสั่งสอนเด็กหรือเยาวชน ตลอดจนสิ่งแวดล้อมอื่นที่เกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนนั้น สาเหตุแห่งการกระทำผิดรวมถึงข้อเท็จจริงที่ได้จากผู้เสียหายในคดีอาญา ที่ราษฎรหรือประชาชนเป็นผู้เสียหายและความต้องการของผู้เสียหายจากผู้อำนวยการสถานพินิจ ทำนองเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่ศาลสั่งให้มีการสืบเสาะและพินิจจำเลยเพื่อประกอบดุลพินิจ ในการกำหนดโทษ รอกการกำหนดหรือรอกการลงโทษแก่จำเลยให้เหมาะสมแก่ผู้กระทำความผิดแต่ละคน (individualization) ซึ่งในทางปฏิบัติผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมักสั่งให้พนักงานคุมประพฤติ ทำรายงานสืบเสาะและพินิจจำเลยในวันนัดสอบคำให้การในคดีที่จำเลยให้การรับสารภาพและ

⁶⁷ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายศาลเด็ก, หน้า 86.

⁶⁸ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 106

⁶⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227

เป็นคดีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ศาลต้องสืบพยานโจทก์ประกอบคำรับสารภาพจำเลยซึ่งจะมีเพียงข้อเท็จจริงที่ได้จากคำฟ้องของโจทก์อาจไม่เพียงพอต่อการใช้ดุลพินิจในการกำหนดโทษให้เหมาะสมแก่ผู้กระทำผิดแต่ละคน ทั้งนี้ การจะมีคำสั่งให้มีการสืบเสาะและพินิจฯ หรือไม่ เป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน หากผู้พิพากษาไม่ได้มีคำสั่งให้มีการสืบเสาะและพินิจฯ พนักงานคุมประพฤติที่ไม่มีอำนาจริเริ่มสืบเสาะและพินิจจำเลยได้เองทำให้มีเพียงข้อเท็จจริงที่ได้จากคำฟ้องโจทก์ประกอบบัญชีมาตรฐานโทษหรือยึดถือเป็นหลักในการกำหนดโทษเท่านั้น⁷⁰ ซึ่งมีข้อวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการว่าการมียึดถือเป็นกรกำหนดแนวทางการลงโทษโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่เป็นภาววิสัย (objective) หมายถึง พฤติการณ์แห่งคดี เช่น จำเลยลักทรัพย์ ราคาแพงควรได้รับโทษหนักกว่าจำเลยที่ลักทรัพย์ราคาไม่แพงเท่านั้น โดยไม่ได้มีข้อเท็จจริงที่เป็นอัตวิสัย (subjective) หมายถึง ความชั่วร้ายของจำเลย เช่น จำเลยเป็นหัวโจกหรือเป็นเพียงลี้ล้อตัวประกอบ เป็นต้น และการมียึดถือแบบตายตัวทำให้ดุลพินิจผู้พิพากษาถูกทำลายและไม่สามารถปรับใช้โทษให้เหมาะสมกับจำเลยแต่ละคนได้และควรให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำแนวทางการลงโทษผ่านคณะกรรมการการลงโทษอย่างในประเทศอังกฤษ และเผยแพร่ให้สาธารณชนได้รับทราบเพื่อรักษาไว้ซึ่งสมดุลระหว่างการสร้างมาตรฐานให้เกิดขึ้นในคำพิพากษากับการรักษาดุลพินิจของผู้พิพากษา⁷¹ ซึ่งเป็นข้อเสนอที่มีน้ำหนักและผู้เขียนในฐานะส่วนตัวเห็นว่าสมควรที่จะได้รับการส่งเสริมเพื่อให้เกิดมาตรฐานในการลงโทษเคียงคู่ไปกับการรักษาความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ ทั้งนี้ ในคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดนั้นพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มีบทบังคับว่าผู้พิพากษาจะพิพากษาลงโทษหรือใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีแก่เด็กหรือเยาวชนนั้นได้ต่อเมื่อได้ทราบรายงานซึ่งประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงที่เป็นภาววิสัยและอัตวิสัยของผู้กระทำผิด รวมถึงข้อเท็จจริงที่ได้จากผู้เสียหาย ในคดีอาญาที่ราษฎรหรือประชาชนเป็นผู้เสียหายและความต้องการของผู้เสียหายตลอดจนความเห็นเกี่ยวกับการลงโทษหรือการใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีแก่เด็กหรือเยาวชน

⁷⁰ ภรณ์ เกราะแก้ว, เล่าเรื่องคดีอาญา : การใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษ และเงื่อนไขในการคุมประพฤติจำเลย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2564), หน้า 107-109.

⁷¹ ปกป้อง ศรีสนิท, การมีส่วนร่วมของประชาชนในระบบศาล : การจัดทำและการเปิดเผยยึดถือในคดีอาญา [ออนไลน์], 28 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/sentencing-guideline-in-criminal-case/>

จากผู้อำนวยการสถานพินิจเสียก่อน⁷² และโดยที่สำนักงานศาลยุติธรรมเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระในขณะที่สถานพินิจเป็นหน่วยงานในสังกัดกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กระทรวงยุติธรรม สถานพินิจจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับสำนักงานศาลยุติธรรมในแง่หนึ่งจึงสามารถทำหน้าที่เสมือนตัวแทนประชาชนที่สร้างสมดุลและส่งเสริมมาตรฐานการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาในการลงโทษผ่านรายงานข้อเท็จจริงและความเห็นเกี่ยวกับการลงโทษหรือการใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีแต่ละคดีให้มีความเหมาะสมนั่นเอง ซึ่งในทางปฏิบัติรายงานของสถานพินิจฯ มีข้อเท็จจริงที่ละเอียดรอบด้านทั้งในด้านภาวะวิสัยและอัตวิสัยและมีน้ำหนักมากต่อการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน

5. บทสรุป

ผู้เขียนซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในศาลเยาวชนและครอบครัวฯ แม้จะเป็นระยะเวลายังไม่ยาวนานนักพบว่าคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดนั้นจากรายงานของสถานพินิจฯ พบว่าเด็กและเยาวชนที่ก่อเหตุโดยมากมีพื้นฐานครอบครัวที่บิดามารดาแยกทางกัน เด็กหรือเยาวชนต้องอาศัยกับบิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด หรือบุคคลในครอบครัวอื่น เช่น ปู่ย่าตายาย หรืออาจกลายเป็นเด็กเร่ร่อน⁷³ นอกจากนี้สาเหตุอันเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เด็กและเยาวชนก่อเหตุแม้จะพักอาศัยกับบิดามารดาและมีครอบครัวที่อบอุ่นพร้อมหน้าก็ตามแต่ด้วยบิดามารดาหรือผู้ปกครองต้องทำงานไม่มีเวลาเลี้ยงดูใกล้ชิด ขาดมาตรการที่จะควบคุมดูแลชี้แนะเด็กและเยาวชนหรือเลี้ยงดูผิดวิธี ฯลฯ ทำให้เด็กและเยาวชนไม่มีภูมิต้านทานจนถูกชักจูงจากเพื่อนฝูงหรือสิ่งแวดล้อมอื่นรอบตัว เช่น ชุมชน โรงเรียน หรือสื่อออนไลน์ได้ง่าย จึงอาจกล่าวได้ว่าเด็กและเยาวชนไม่ได้เปรียบเสมือนผ้าขาวดั่งที่เคยเปรียบเปรยกันในสังคมมายาวนาน แต่เกิดมามีความแตกต่างกันตั้งแต่กำเนิดเปรียบเสมือนผ้าสีพื้นที่แตกต่างกัน⁷⁴ เด็กและเยาวชนบางคนเป็นสีโทนร้อน

⁷² พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 131

⁷³ จากสถิติคดีที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดของกองยุทธศาสตร์และแผนงาน กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน ประจำปี 2563 จำแนกตามลักษณะการอยู่อาศัย พบว่า เด็กและเยาวชนจำนวน 14,241 คดี จาก 21,764 คดี คิดเป็นร้อยละ 65.43 มีพื้นฐานครอบครัวที่แยกกันอยู่ ร้อยละ 25.97 พักอาศัยกับญาติพี่น้อง ร้อยละ 23.23 พักอาศัยกับมารดา

⁷⁴ ปันณภัส ธนอริยาไพศาล, **จริงหรือไม่ “เด็กเปรียบเสมือนผ้าขาว”** [ออนไลน์], 8 พฤษภาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://www.netpama.com/Library/detail/104>

บางคนเป็นสีโทนเย็นซึ่งเปรียบเสมือนพื้นฐานอารมณ์และจิตใจที่ติดตัวมาแต่เกิดอันเป็นธรรมชาติทำให้เด็กและเยาวชนแต่ละคนมีพื้นฐานแตกต่างกัน ตอบสนองต่อปฏิกริยาแตกต่างกัน แม้จะเกิดมาในครอบครัวหรือสิ่งแวดล้อมเดียวกันก็อาจมีพฤติกรรม นิสัยใจคอ ตอบสนองต่อปฏิกริยาต่อสิ่งเร้าแตกต่างกันเป็นพื้นฐานโดยมีครอบครัว สิ่งแวดล้อม ชุมชน สังคมคอยแต่งแต้มลวดลายโดยตั้งใจและไม่ตั้งใจให้เกิดขึ้นบนผ้าสีพื้นเหล่านั้น จริยอยู่ที่ครอบครัวและสภาพแวดล้อมส่งผลต่อพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนแต่ไม่ได้หมายความว่าเด็กและเยาวชนที่อยู่ในสภาพแวดล้อมไม่ดีจะต้องกลายมาเป็นผู้กระทำผิดทุกราย ส่วนหนึ่งก็เป็นเพราะตัวเด็กหรือเยาวชนเองที่เลือกจะกระทำผิดทั้งที่มีทางเลือกอื่น แต่นั่นก็เป็นเพราะว่าครอบครัวและสภาพแวดล้อมมีผลต่อ “การสร้างภูมิต้านทาน” ให้เด็กและเยาวชนในการตอบสนองต่อปฏิกริยาหรือสิ่งเร้า เมื่อเด็กและเยาวชนมีพื้นฐานแตกต่างกันแล้วการเลี้ยงดูหล่อหลอมของครอบครัวโดยใช้มาตรฐานในสังคมอย่างเดียวกันว่าเด็กและเยาวชนต้องเรียบร้อยแบบผ้าที่พับไว้หรือเป็นคนที่มีคุณธรรมจริยธรรมมีหน้าที่ 10 ประการจึงจะถูกเรียกขานว่าเป็นเด็กเอ๋ยเด็กดี รวมถึงเปรียบเทียบกับเด็กและเยาวชนคนอื่นในสังคมอาจก่อให้เกิดผลเสียแก่ทั้งตัวเด็กและเยาวชนเองและสังคมโดยรวม ดังนั้น นอกจากการเลี้ยงดูเอาใจใส่ใกล้ชิดแล้วการรู้และเข้าใจธรรมชาติของเด็กนับว่าเป็นเรื่องที่สำคัญเช่นกัน การมีลูกเมื่อพร้อมจึงอาจยังไม่เพียงพอเท่ากับการมีลูกแล้วต้องพร้อม คือ พร้อมที่จะเข้าใจธรรมชาติของเด็กและเยาวชนไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน

จึงอาจกล่าวได้ว่า เด็กและเยาวชนที่กระทำผิดจึงมีสองสถานะ คือ สถานะที่เป็นผู้กระทำผิดทางอาญาและผู้ถูกกระทำผิดอาญา หรือ “เหยื่อ” ของสังคม เพราะการที่เด็กหรือเยาวชนกระทำผิดโดยแท้จริงแล้วมิใช่เป็นเพราะเด็กหรือเยาวชนอย่างเดียว แต่ครอบครัว สิ่งแวดล้อม ชุมชนสังคมก็มีส่วนอยู่ด้วย ดังนั้น จึงไม่ใช่แค่ครอบครัวเท่านั้นแต่เป็นหน้าที่ของชุมชน สังคม และรัฐ ที่จะต้องช่วยกันดูแลประคับประคองและมีส่วนรับผิดชอบหาทางแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนให้ถูกต้องด้วยมุมมองที่สมดุลและเข้าใจมากยิ่งขึ้นไม่ว่าด้วยการเลี้ยงดูสวัสดิการด้านการศึกษาและด้านอื่น ๆ รวมถึงกระบวนการในชั้นศาล และเมื่อผู้อ่านได้ทราบแนวคิดที่มาของการจัดตั้งศาลเยาวชนในประเทศไทยรวมถึงกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนในชั้นจับกุม สอบสวน การพิจารณาคดีที่แตกต่างจากศาลผู้ใหญ่แล้ว ในชั้นพิพากษาคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำผิดมีมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาหรือพิพากษาคดีลงโทษเด็กหรือเยาวชนหรือไม่ เหตุใดจะต้องมีมาตรการพิเศษเช่นนั้นและในความเป็นจริงแล้ว

มาตรการพิเศษเหล่านั้นมีประสิทธิภาพในการช่วยป้องกันไม่ให้เด็กและเยาวชนเหล่านั้นหวนกลับมากระทำผิดซ้ำได้แท้จริงหรือไม่ เพียงใด ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงในโอกาสต่อไป

บรรณานุกรม

- ทัดเทพ จันทร์เมธีกุล, อิทธิพลของการเปิดรับ และทัศนคติต่อแฮชแท็กซีรียส์บนทวิตเตอร์ที่มีผลต่อพฤติกรรมการรับชมซีรียส์ไทยของกลุ่ม Generation Y และ Z, วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์, ปีที่ 26 ฉบับที่ 1 (มกราคม - เมษายน 2565).

- ไทยรัฐออนไลน์, ข้อสังคัม ด.ญ.14 ข่าแม่ บงการวางแผนแฟนหนุ่มวัย 16 พี่ชายสาหัส [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.thairath.co.th/news/local/central/2363512>

- บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, (กรุงเทพมหานคร: วิทญ์พัฒน์, 2546).

- ปกป้อง ศรีสนิท, การมีส่วนร่วมของประชาชนในระบบศาล : การจัดทำและการเปิดเผยคดีอาญา [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.the101.world/sentencing-guideline-in-criminal-case/>

- ปพนธิร์ ธีระพันธ์, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนในประเทศไทยสังคัม : ข้อสังเกตเปรียบเทียบกับประเทศไทย, วารสารนิติศาสตร์และสังคัมท้องถิ่น, ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2562).

- ประธาน วัฒนวานิชย์, กระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน การศึกษาเปรียบเทียบบรรทัดฐานทางด้านกฎหมาย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 15 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2530).

- ปันณันภัส ธนอรียาไพศาล, จริงหรือไม่ “เด็กเปรียบเสมือนผ้าขาว” [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.netpama.com/Library/detail/104>

- พัลลภ พิสิษฐ์สังฆการ, คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ใน หนังสือครอบรอบ 2 ปี ศาลจังหวัดจันทบุรี แผนกคดีเยาวชนและครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร: พิทักษ์การพิมพ์, ม.ป.ป.).

- ภรณี เกราะแก้ว, เล่าเรื่องคดีอาญา : การใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษ และเงื่อนไขในการคุมประพฤติดำเลย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2564).

- มาตราลักษณะ เสรมธากุล, การคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ในกฎหมายไทย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 48 ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2562).

- มาตราลักษณะ ออรุ่งโรจน์, กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญา ของเด็กและเยาวชน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

- รัสรินทร์ ใน ผู้จัดการออนไลน์, Review ซีรีส์ : “หญิงเหล็กศาลเยาวชน - Juvenile Justice” ผู้พิพากษาทำชนอาชญากรเด็ก [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/drama/detail/9650000025225>

- ศูนย์ปฏิบัติการกรม, สถิติจำนวนเด็กและเยาวชนในสถานควบคุมทั่วประเทศ ณ วันที่ 11 มิถุนายน พ.ศ. 2565 [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.appdjop.djop.go.th/djopsupport/warroom2/warroom1.htm>

- สหรัฐ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563).

- หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายศาลเด็ก, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานประชานิติ, 2495).

- Mita Gogua, Juvenile Delinquency - Causes, Prevention, and the Ways of Rehabilitation [Online], Source: <https://www.penalreform.org/blog/juvenile-delinquency-causes-prevention-and-the-ways-of/>

- Korea Legislation Research Institute, Juvenile Act, 2015 (Act No. 13524/2013) [Online], Source: https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=37128&lang=ENG

- Netflix Thailand, Juvenile Justice Highlight - สุดพีค! เป็นเด็ก ข่าคนไม่ติดคุกจริงหรือไม่! [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.youtube.com/watch?v=spkY0LCdSn8>

- Netflix, Netflix คืออะไร [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://help.netflix.com/th/node/412>

- UNICEF, **อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคืออะไร** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.unicef.org/thailand/what-is-crc>

- William Kim, **Much Needed Reformation in South Korea's Juvenile Act** [Online], Source: <https://www.cardozociclr.com/post/much-needed-reformation-in-south-korea-s-juvenile-act>

- Yoon Min-sik, **Korea asks: what age is too young to be a criminal?** [Online], Source: <http://www.koreaherald.com/view.php?ud=20220329000666>

± กระบวนการตีพิมพ์บทความ ±

วารสารมีกระบวนการตีพิมพ์บทความดังต่อไปนี้

- (1) ผู้นิพนธ์ส่งบทความเข้าสู่ระบบ
- (2) บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ได้รับบทความแล้ว”
- (3) ตรวจสอบรายการอ้างอิงของบทความ (ทั้งรายการอ้างอิงในรูปแบบเชิงบรรณและรายการอ้างอิงท้ายบทความ) ว่าถูกต้องตามรูปแบบที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์” หรือไม่

(3.1) หากถูกต้อง ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป

(3.2) หากไม่ถูกต้อง บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์แก้ไขให้ถูกต้อง ถ้าผู้นิพนธ์แก้ไขจนถูกต้องแล้ว ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป แต่ถ้าผู้นิพนธ์ไม่แก้ไขให้ถูกต้อง บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ไม่รับบทความไว้พิจารณา”

(4) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาบทความ และบรรณาธิการแจ้งผลการพิจารณาบทความให้ผู้นิพนธ์ทราบตามแต่กรณีดังต่อไปนี้

(4.1) กรณีรับบทความไว้พิจารณา แจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “รับบทความไว้พิจารณา” และดำเนินการตามข้อ (5) ต่อไป

(4.2) กรณีไม่รับบทความไว้พิจารณา แจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ไม่รับบทความไว้พิจารณา” พร้อมทั้งระบุเหตุผลที่ไม่รับบทความไว้พิจารณาให้ผู้นิพนธ์ทราบ

(5) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ (peer reviewer) เพื่อประเมินคุณภาพบทความ และบรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “บทความอยู่ระหว่างการประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิ”

หมายเหตุ สำหรับ “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความจำนวน 3 ท่านต่อบทความ ส่วน “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้นคณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความจำนวน 2 ท่านต่อบทความ

(6) ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความประเมินคุณภาพบทความแบ่งออกเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้

- (6.1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ โดยไม่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติม
- (6.2) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ แต่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติมก่อน
- (6.3) เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

หมายเหตุ กรณี “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” หากผลการประเมินคุณภาพบทความไม่เป็นเอกฉันท์ ให้ถือตามเสียงข้างมากของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ ส่วนกรณี “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้นหากผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านหนึ่งเห็นสมควรให้ตีพิมพ์ แต่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความอีกท่านหนึ่งเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์ คณะผู้จัดทำวารสารจะพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านที่ 3 เพื่อประเมินคุณภาพบทความดังกล่าว ทั้งนี้ ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านที่ 3 ให้ถือเป็นที่ยุติ

(7) บรรณาธิการแจ้งผลการประเมินคุณภาพบทความตามข้อ (6) ให้ผู้นิพนธ์ทราบ

(7.1) กรณีตามข้อ (6.1) ดำเนินการตามข้อ (8) ต่อไป

(7.2) กรณีตามข้อ (6.2) ตรวจสอบว่าภายหลังจากที่บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทำการแก้ไขเพิ่มเติม ผู้นิพนธ์ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ถ้าได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ดำเนินการตามข้อ (8) ต่อไป แต่ถ้าไม่ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ปฏิเสธการตีพิมพ์”

(8) พิสูจน์อักษรและจัดหน้ากระดาษ

(9) ตีพิมพ์บทความ

✚ จริยธรรมในการตีพิมพ์บทความ ✚

บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์

1. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความเป็นผลงานของผู้นิพนธ์แต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้นิพนธ์และผู้นิพนธ์ร่วมตามที่ระบุไว้
2. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อนทั้งในลักษณะรูปเล่ม สิ่งพิมพ์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์
3. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น
4. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความมีเนื้อหาถูกต้องตามหลักวิชาการ
5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดทำบทความให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์”
6. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าจะไม่ส่งบทความให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ซ้ำซ้อนภายในระยะเวลา 2 เดือนนับจากวันที่ผู้นิพนธ์ส่งบทความให้กับวารสาร
7. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าจะไม่ถอนบทความจากการพิจารณาตีพิมพ์ เว้นแต่มีเหตุผลอันสมควร

บทบาทและหน้าที่ของบรรณาธิการ

1. บรรณาธิการต้องพิจารณาว่าขอบเขตเนื้อหาของบทความอยู่ในขอบเขตของวารสารหรือไม่
2. บรรณาธิการต้องพิจารณาคุณภาพของบทความว่าสมควรที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารหรือไม่
3. บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้นิพนธ์และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องตลอดระยะเวลาของการประเมินคุณภาพบทความ
4. บรรณาธิการต้องปราศจากอคติกับผู้นิพนธ์และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ
5. บรรณาธิการต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

บทบาทและหน้าที่ของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

1. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องประเมินคุณภาพบทความด้วยตนเอง
2. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องประเมินคุณภาพบทความด้วยความรู้และความสามารถทางวิชาการที่ตนมีอย่างเต็มที่
3. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่สืบหาว่าผู้นิพนธ์คือผู้ใด
4. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเนื้อหาในบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องตลอดระยะเวลาของการประเมินคุณภาพบทความ
5. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องปราศจากอคติกับผู้นิพนธ์
6. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์

± คำแนะนำสำหรับผู้พิมพ์ ±

โปรดดูรายละเอียดในเว็บไซต์ของวารสาร



24MFU



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

เว็บไซต์ <https://so08.tci-thaijo.org/index.php/MFULJ>

อีเมล journal.law@mfu.ac.th

เฟซบุ๊ก www.facebook.com/lawjournal.mfu.ac.th