

วารสารกฤษฎีกา

OCS e-JOURNAL

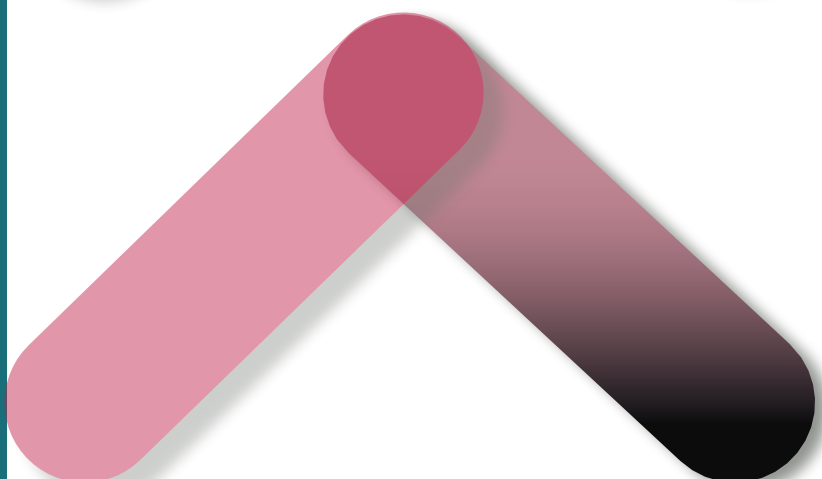
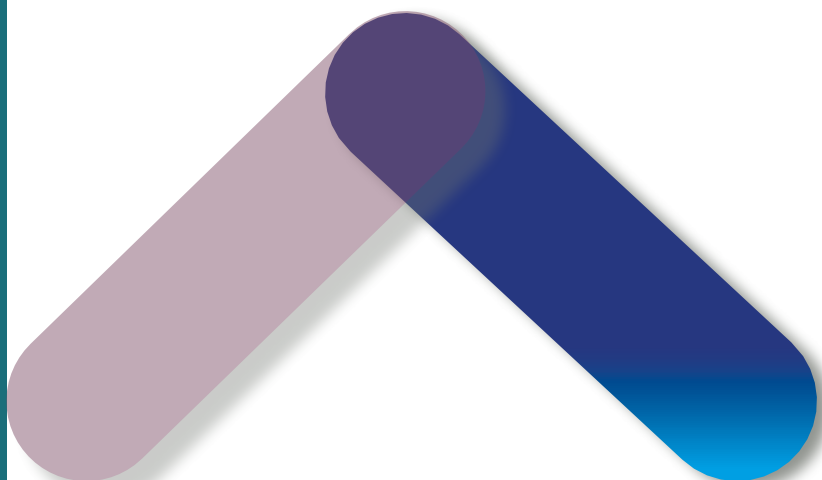
เล่ม ๓ ตอน ๑

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

OCS e-Journal

January 2023

Volume 3 Part 1



Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

บทบรรณาธิการ

สวัสดีปีใหม่ค่ะ ท่านผู้อ่าน วารสารกฤษฎีกาได้ก้าวเข้าสู่ปีที่ ๓ แล้ว กองบรรณาธิการยังคงคัดสรรบทความที่น่าสนใจและทันต่อสถานการณ์ รวมทั้งนำเสนอเรื่องน่ารู้ที่จะเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานของนักกฎหมายในภาครัฐ รวมทั้งบุคคลทั่วไป เพื่อให้ผู้อ่านได้รับประโยชน์มากที่สุด รวมทั้งยังคงลักษณะการนำเสนอบทความที่มีความยาวไม่มากนักหรือจัดแบ่งบทความเป็นตอนสั้น ๆ เพื่อให้ผู้อ่านติดตามและเพลิดเพลินในการอ่านมากที่สุด โดยวารสารกฤษฎีกา เล่ม ๓ ตอน ๑ นี้ มีบทความทางวิชาการและเรื่องน่ารู้ที่น่าสนใจ หลากหลายเรื่อง เช่นเคย นะคะ

- บทความแรกในเล่มนี้ เป็นเรื่องเกี่ยวกับ **แนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน (Sustainable Fintech) ของสหภาพยุโรป** โดย นางสาวกมลกานต์ ศรสวรรณ ซึ่งได้อธิบายถึงความหมายเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน ความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน การใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนและความเสี่ยงของการใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน รวมทั้งกฎหมายและมาตรการเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนในบริบทของสหภาพยุโรป ซึ่งทำให้เข้าใจถึงลักษณะของการนำเทคโนโลยีมาช่วยในการระดมทุนในกิจกรรมหรือโครงการที่ให้ความสำคัญต่อสังคม สิ่งแวดล้อม และธรรมาภิบาล และเป็นประโยชน์ในการพิจารณานำแนวทางปฏิบัติของสหภาพยุโรปมาปรับใช้ในประเทศไทยต่อไป

- บทความ เรื่อง **การระงับข้อพิพาทออนไลน์ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Online Dispute Resolution in Digital Economy Era)** โดย นางสาวพนัสนิพัทธ์ วรรณราช และ นางสาวสายทิพย์ สันญะวี ได้กล่าวถึงกลไกของการระงับข้อพิพาทในปัจจุบันและความไม่เหมาะสมของการระงับข้อพิพาทแบบเดิมที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาททางอิเล็กทรอนิกส์ แนวความคิดของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ (Online Dispute Resolution : Principles and Things to know for Digital Entrepreneurs หรือ ODR) ที่นำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการทำธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ การระงับข้อพิพาทออนไลน์ในสหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และสิงคโปร์ พื้นฐานสำคัญ ๓ ประการของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ อันได้แก่ (๑) การระงับข้อพิพาทออนไลน์ต้องมีขั้นตอนที่กระทำด้วยความยุติธรรม (Due process) (๒) การระงับข้อพิพาทออนไลน์ต้องมีความโปร่งใส (Transparency) และ (๓) ผู้ที่ทำการระงับข้อพิพาทออนไลน์ต้องเป็นกลาง (Impartiality) รูปแบบของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ ข้อดีและข้อเสียของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ รวมถึงการพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทออนไลน์ของ UNCITRAL และประเด็นอภิปรายที่เกี่ยวข้อง และการนำการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้ในประเทศไทย

- บทความ เรื่อง **การปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup : ตอนที่ ๒ : แนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจในต่างประเทศ (ส่วนที่ ๑)** โดย นางสาวพิชยามนต์ จาริกสุนทรสกุล นางสาวณรรธา นี้อตฐ์ และนายสมภพ ศิริรัตนกุลวงศ์ ซึ่งเป็นทีมฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการศึกษาแนวทางการปรับปรุงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจ Startup และบทความตอนนี้เป็นตอนต่อจากตอนที่ ๑ : ปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย ซึ่งลงในวารสารกฤษฎีกาเล่ม ๒ ตอน ๔ ไว้แล้ว สำหรับบทความในตอนที่ ๒ นี้ ผู้เขียนได้ศึกษากฎหมายของต่างประเทศเพื่อนำมาพิจารณาว่าจะสามารถนำแนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจของแต่ละประเทศมาปรับใช้ในบริบทของประเทศไทยและระบบกฎหมายไทยได้หรือไม่ โดยได้แบ่งการศึกษากฎหมายของต่างประเทศเป็นสองส่วน ซึ่งส่วนที่ ๑ ที่ลงในวารสารฉบับนี้จะอธิบายถึงประเทศที่มีระบบนิเวศที่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ Startup และแนวทางการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศสิงคโปร์

- บทความ เรื่อง **มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง ตอนที่ ๑ : หลักการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน** โดย นางสาวนริศรา แดงไผ่ ซึ่งบทความนี้จะแบ่งออกเป็น ๒ ตอน โดยในตอนแรก ได้อธิบายถึงแนวความคิดของการเสนอร่างพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. รวมถึงได้อธิบายหลักการของพระราชบัญญัติ มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ๒๕๖๕ ที่มีผลใช้บังคับแล้วเมื่อวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๕ และมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน ได้แก่ วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรการคุมประพฤติและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติ และ มาตรการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดีตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์ ส่วนในตอนต่อไป จะกล่าวต่อไปเกี่ยวกับแนวทางในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายต่างประเทศ มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และการวิเคราะห์มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ๒๕๖๕

- เรื่องน่ารู้ **เทคนิคการจัดทำความเห็นทางกฎหมาย** โดย สถาบันพัฒนา นักกฎหมายมหาชน ซึ่งได้นำเสนอเทคนิคที่สำคัญในการจัดทำความเห็นทางกฎหมาย การให้เหตุผลทางกฎหมาย ขั้นตอนของการให้เหตุผลทางกฎหมาย และการตีความกฎหมาย พร้อมทั้งตัวอย่างความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยบทความนี้มีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นไปที่การพัฒนา นักกฎหมายภาครัฐซึ่งเป็นกลไกสำคัญของหน่วยงานของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายที่อาจต้องมีการเสนอความเห็นทางกฎหมายต่อผู้บังคับบัญชาเพื่อประโยชน์ในการเสนอความเห็นต่อผู้บังคับบัญชา หรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาประเด็นกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบ หรือได้รับมอบหมายให้ค้นคว้าประเด็นทางกฎหมายในบางเรื่อง

- เรื่องน่ารู้ **โครงการดีเด่น**ของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ ระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๐ และรุ่นที่ ๒๑ และโครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๐ และรุ่นที่ ๓๑ ได้แก่ **โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๑ (๔) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ : การตรวจสอบความจำเป็นและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย** โดย นายวณิช ว่องไว **โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การคั่นอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทตามมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๕** โดย ว่าที่ร้อยตรีหญิง ศิริวัฒนา สุวรรณนาคเวช **โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การบังคับใช้มาตรา ๖ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐** โดย นางสาวแพรวไพลิน มาลี และ**โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามมาตรา ๓๐ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๑๘** โดย นางสาวภัทรวดี เมฆพัฒน์

พบกันใหม่ กับวารสารกฤษฎีกา เล่ม ๓ ตอน ๒ เมษายน ๒๕๖๖ นะคะ

สารบัญ

บทความทางกฎหมาย

- 1 แนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน
(Sustainable Fintech) ของสหภาพยุโรป
โดย **กมลกานต์ ศรสวรรณ**
- 25 การระงับข้อพิพาทออนไลน์ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล
(Online Dispute Resolution in Digital Economy Era)
โดย **พงษ์พิสัย วรรณราช / สายทิพย์ สัญญะวิ**
- 49 การปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup :
ตอนที่ ๒ : แนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจในต่างประเทศ (ส่วนที่ ๑)
โดย **พิชยامنต์ จาริกสุนทรสกุล / ณรรธา บิณฑูร์ / สมภพ ศิริรัตนบุญหลวงศ์**
- 79 มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง
ตอนที่ ๑ : หลักการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน
โดย **นริศรา แดงไฟ**

เรื่องน่ารู้

- 107 เทคนิคการจัดทำความเห็นทางกฎหมาย
โดย **สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน**
- 135 โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๐
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ **เรื่อง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามตรา ๑๑ (๘) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ : การตรวจสอบความจำเป็นและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย**
โดย **วณิช ว่องไว**
- 141 โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๐
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ **เรื่อง การคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทตามมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๕**
โดย **ศิริวัฒนา สุวรรณนาคเวช**
- 148 โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๑
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ **เรื่อง การบังคับใช้มาตรา ๖ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐**
โดย **แพรวไพลิน มาลี**
- 156 โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๑
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ **เรื่อง การแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตกิจการที่เป็นอันตรายหรือเกี่ยวข้องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามมาตรา ๓๐ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๑๔**
โดย **ภัทรวดี เมฆพัฒน์**

แนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน (Sustainable Fintech) ของสหภาพยุโรป*

นางสาวกมลกานต์ ศรสวรรณ**

๑. บทนำ

การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change) และความเสื่อมโทรมด้านสิ่งแวดล้อม (environmental degradation) เป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อทุกประเทศทั่วโลก สหภาพยุโรปตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าวจึงได้กำหนดนโยบายข้อตกลงสีเขียวของยุโรป (European Green Deal) ซึ่งเป็นแผนยุทธศาสตร์ในการสร้างสังคมที่มั่นคงและเป็นธรรมบนพื้นฐานของเศรษฐกิจที่ทันสมัย และใช้ทรัพยากรได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีเป้าหมายเพื่อสร้างสภาพภูมิอากาศที่เป็นกลางภายในปี ค.ศ. ๒๐๕๐ และลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอย่างน้อยร้อยละ ๕๕ ภายในปี ค.ศ. ๒๐๓๐ และโดยที่ภาคการเงินมีบทบาทสำคัญในการขับเคลื่อนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และสามารถเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจของสหภาพยุโรปไปสู่ระบบเศรษฐกิจที่เป็นกลางต่อสภาพอากาศ (climate-neutral economy) ด้วยการสนับสนุนเงินทุนในกิจกรรมหรือโครงการที่ให้ความสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาล หรือที่เรียกว่ากิจกรรมหรือโครงการเพื่อความยั่งยืน ประกอบกับปัจจุบันมีการนำเทคโนโลยีเข้ามาช่วยในการระดมทุนในกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าวมากขึ้น ด้วยเหตุนี้ สหภาพยุโรปจึงสนับสนุนให้มีการใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายทางการเงินที่จะนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ใน European Green Deal

อย่างไรก็ดี โดยที่การใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนมีความเสี่ยงและข้อจำกัดบางประการ สหภาพยุโรปจึงได้กำหนดนโยบาย กฎหมาย และมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนเพื่อใช้เป็นกรอบในการพิจารณาในกระบวนการตัดสินใจของนักลงทุนในกิจกรรมหรือโครงการเพื่อความยั่งยืน รวมทั้งเป็นหลักปฏิบัติให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความชัดเจน โปร่งใส และเป็นธรรม ดังนั้น การศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรป จะเป็นประโยชน์ในการที่จะนำแนวทางปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวมาปรับใช้กับภาคการเงินหรือภาคส่วนอื่นที่เกี่ยวข้องในประเทศไทย รวมทั้งการสร้าง ปรับปรุง หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของประเทศไทยในเรื่องนี้ต่อไป โดยบทความนี้

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** ผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมายการคลัง กองกฎหมายการเงินการคลัง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กันยายน ๒๕๖๕)

มุ่งศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรปโดยแบ่งเป็น ๔ หัวข้อ ได้แก่ ความหมายของเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนในบริบทของสหภาพยุโรป ความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรป การใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและความเสี่ยงของการใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน รวมทั้งกฎหมายและมาตรการเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรป

๒. ความหมายของเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนในบริบทของสหภาพยุโรป*

เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน (sustainable fintech)^๑ มีรากฐานมาจากแนวคิดในเรื่องการเงินอย่างยั่งยืน (sustainable finance)^๒ ซึ่งหมายถึง การคำนึงถึงข้อพิจารณา ด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาล (Environmental, Social and Governance: ESG) ในกรณีที่มีการลงทุนในภาคการเงิน อันจะนำไปสู่การเพิ่มจำนวนการลงทุนในกิจกรรม หรือโครงการทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนในระยะยาวต่อไป ได้แก่

๑) ข้อพิจารณาด้านสิ่งแวดล้อม (environmental consideration) เช่น การบรรเทาผลกระทบและปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change mitigation and adaptation) การอนุรักษ์และฟื้นฟูความหลากหลายทางชีวภาพ การป้องกันมลพิษ ระบบเศรษฐกิจหมุนเวียน (circular economy)

๒) ข้อพิจารณาด้านสังคม (social consideration) เช่น ความเท่าเทียมกัน การมีส่วนร่วม (inclusiveness) แรงงานสัมพันธ์ การลงทุนในทุนมนุษย์ (human capital) ชุมชน สิทธิมนุษยชน

^๑ European Commission, “Overview of Sustainable Finance” (European Union) <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/overview-sustainable-finance_en> accessed September 5th, 2022

^๒ คำว่า “sustainable finance” “green finance” “climate finance” และ “low carbon finance” มีประเด็นความคาบเกี่ยวในการนำไปปรับใช้ในกระบวนการตัดสินใจทางการเงินของผู้เกี่ยวข้อง และประเด็นปัญหาสิ่งแวดล้อม ประเด็นทางสังคม ปัญหาเศรษฐกิจ และประเด็นธรรมาภิบาล ซึ่งความแตกต่างระหว่างคำว่า “sustainable finance” และ “green finance” กล่าวคือ “sustainable finance” จะมุ่งเน้นที่ข้อพิจารณาด้านสิ่งแวดล้อม สังคม เศรษฐกิจ และธรรมาภิบาลอย่างกว้าง ส่วน “green finance” จะมุ่งเน้นเฉพาะประเด็นปัญหาสิ่งแวดล้อมเป็นหลัก รายละเอียดสามารถศึกษาได้จาก Sustainable Finance Initiatives for Thailand, <https://www.bot.or.th/Thai/SustainableBanking/Documents/Sustainable_Finance_Initiatives_for_Thailand.pdf>

^๓ สุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์, “แนวคิด Green FinTech ของสิงคโปร์” (คอลัมน์ Legal Vision: นิติทัศน์ 4.0 กรุงเทพธุรกิจ, พฤษภาคม ๒๕๖๕) <<https://www.bangkokbiznews.com/columnist/1003878>> สืบค้นเมื่อ ๕ กันยายน ๒๕๖๕

๓) ข้อพิจารณาด้านธรรมาภิบาล (governance consideration) ทั้งของสถาบันของรัฐและเอกชน เช่น โครงสร้างการจัดการ พนักงานสัมพันธ์ และค่าตอบแทนของผู้บริหาร

ข้อพิจารณาทั้งสามประการนี้เป็นปัจจัยพื้นฐานในการที่จะพิจารณาว่า กิจกรรมหรือโครงการทางเศรษฐกิจใดมีแนวทางการดำเนินงานตามกรอบแนวคิดเกี่ยวกับความยั่งยืน

ในบริบทของนโยบายของสหภาพยุโรป การเงินอย่างยั่งยืนหมายถึง การเงินเพื่อสนับสนุนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ โดยลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และคำนึงถึงแง่มุมทางสังคมและธรรมาภิบาล นอกจากนี้ ยังรวมถึงการมีความโปร่งใส เมื่อเกิดความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับปัจจัยด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาล อันอาจทำให้เกิดผลกระทบต่อระบบการเงิน และมีการลดความเสี่ยงดังกล่าวผ่านการกำกับดูแลที่เหมาะสมของผู้เกี่ยวข้อง ทั้งด้านการเงินและองค์กร (financial and corporate actor)

เมื่อพิจารณาความหมายของการเงินอย่างยั่งยืนแล้ว จึงกล่าวได้ว่า เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนเป็นการใช้เทคโนโลยีเข้ามาช่วยในการระดมทุนหรือสนับสนุนกิจกรรมหรือโครงการในภาคการเงิน โดยมีข้อพิจารณาด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาลเป็นปัจจัยหลักในกระบวนการตัดสินใจลงทุนของผู้เกี่ยวข้อง

๓. ความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรป^๔

แนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรปเริ่มขึ้นตั้งแต่การประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ครั้งที่ ๗๐ เมื่อวันที่ ๒๕ กันยายน ค.ศ. ๒๐๑๕ ณ สำนักงานใหญ่สหประชาชาติ ซึ่งประเทศสมาชิกสหประชาชาติจำนวน ๑๙๓ ประเทศ ได้ร่วมลงนามรับรองวาระการพัฒนาที่ยั่งยืน ค.ศ. ๒๐๓๐ (2030 Agenda for Sustainable Development) ซึ่งเป็นกรอบการพัฒนาของโลกเพื่อร่วมกันบรรลุการพัฒนาทางสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน โดยไม่ทิ้งใครไว้ข้างหลัง ภายในปี ค.ศ. ๒๐๓๐ โดยกำหนดให้มีเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs) เพื่อเป็นแนวทางให้แต่ละประเทศดำเนินการร่วมกัน ซึ่งสหภาพยุโรปมีความมุ่งมั่นที่จะนำ SDGs ไปใช้ในนโยบายทั้งหมดและสนับสนุนให้ประเทศในสหภาพยุโรปทำเช่นเดียวกัน ประกอบกับสหภาพยุโรปและประเทศสมาชิกเป็นภาคีในความตกลงปารีส (Paris Agreement) ซึ่งเป็นข้อตกลงสากลเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโลกที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย โดยกำหนดความร่วมมือในการดำเนินงานด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศระยะยาวที่ประเทศภาคีมีส่วนร่วมอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งความร่วมมือระหว่างประเทศดังกล่าวส่งผลให้สหภาพยุโรปพยายามสนับสนุนให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจปัจจุบันให้เป็นเศรษฐกิจคาร์บอนต่ำ ใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น และมีความยั่งยืน รวมทั้งพยายามที่จะสร้างระบบการเงินที่สนับสนุนการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนด้วย

^๔ European Commission, *supra* note 1.

วันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๙ คณะกรรมาธิการยุโรปได้เสนอข้อตกลงสีเขียวของยุโรป (European Green Deal) โดยมีเป้าหมายเพื่อสร้างสภาพภูมิอากาศที่เป็นกลาง (climate neutral) ภายในปี ค.ศ. ๒๐๕๐ และลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอย่างน้อยร้อยละ ๕๕ ภายในปี ค.ศ. ๒๐๓๐ และต่อมาคณะกรรมาธิการยุโรปได้เสนอ European green deal investment plan ซึ่งกำหนดให้มีการระดมทุนอย่างยั่งยืนอย่างน้อย ๑ ล้านล้านยูโรในทศวรรษหน้า เพื่อสร้างสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม และเพื่ออำนวยความสะดวกและกระตุ้นการลงทุนทั้งภาครัฐและเอกชนที่จำเป็นสำหรับการเปลี่ยนไปสู่เศรษฐกิจที่เป็นกลางต่อสภาพภูมิอากาศ เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม และสร้างเศรษฐกิจของการมีส่วนร่วมและการแข่งขัน

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ คณะกรรมาธิการยุโรปได้วางยุทธศาสตร์ด้านการเงินเพื่อความยั่งยืน โดยจัดทำแผนปฏิบัติการด้านการเงินเพื่อการเจริญเติบโตอย่างยั่งยืน (financing sustainable growth action plan) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อผลักดันให้เกิดการลงทุนที่มีความยั่งยืนโดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาล มุ่งเน้นการจัดการความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ส่งเสริมความโปร่งใสในการเปิดเผยข้อมูล และการคำนึงถึงการสร้างผลตอบแทนระยะยาวให้กับส่วนรวม โดยได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่มีจุดประสงค์เพื่อผลักดันให้แนวคิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนถูกขับเคลื่อนอย่างเป็นรูปธรรม ได้แก่^๔

๑) จัดทำหมวดหมู่ธุรกิจสีเขียว ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าธุรกิจใดเข้าข่ายเป็นธุรกิจสีเขียว (EU Taxonomy on environmentally sustainable activities) และออกกฎหมายลำดับรอง (delegated acts) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เชิงเทคนิคด้านสิ่งแวดล้อมต่างๆ เช่น การส่งเสริมการบรรเทาผลกระทบและปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change mitigation and adaptation)

๒) กำหนดมาตรฐานพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม (EU green bond standard) และมาตรฐานฉลากเขียว (green label) สำหรับผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (retail financial products) ที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม เพื่อดึงดูดให้นักลงทุนหันมาลงทุนในธุรกิจสีเขียว รวมทั้งเพื่อใช้เป็นเงื่อนไขในการเข้าถึงกองทุนฟื้นฟูสีเขียวของคณะกรรมาธิการยุโรป

^๔ กรมยุโรป กระทรวงการต่างประเทศ, “แผนยุทธศาสตร์การเงินเพื่อความยั่งยืนของสหภาพยุโรป” (๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔) <<https://europetouch.mfa.go.th/th/content/%E0%B9%81%E0%B8%9C%E0%B8%99%E0%B8%A2%E0%B8%B8%E0%B8%97%E0%B8%98%E0%B8%A8%E0%B8%B2%E0%B8%AA%E0%B8%95%E0%B8%A3%E0%B9%8C%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%87%E0%B8%B4%E0%B8%99%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%A2%E0%B8%B1%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B8%A2%E0%B8%B7%E0%B8%99%E0%B8%82%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%AA%E0%B8%AB%E0%B8%A0%E0%B8%B2%E0%B8%9E%E0%B8%A2%E0%B8%B8%E0%B9%82%E0%B8%A3%E0%B8%9B?cate=5d6abf7c15e39c3f30001465>> สืบค้นเมื่อ ๗ กันยายน ๒๕๖๕

๓) พัฒนาเครื่องมือวัดเทียบสมรรถนะการลงทุนในด้านการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมขององค์กรไปสู่สังคมคาร์บอนต่ำ (low-carbon benchmarking)

๔) กำหนดหลักเกณฑ์การเปิดเผยข้อมูล (disclosure) ในงบการเงินเกี่ยวกับต้นทุนและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ด้านสิ่งแวดล้อม โดยให้มีการแสดงรายได้ - ค่าใช้จ่าย ไว้ในรายงานแยกต่างหากจากงบการเงิน เช่น ต้นทุนสิ่งแวดล้อม และหนี้สินสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ง่ายต่อการตรวจสอบ

๕) ผลักดันให้มีการจัดอันดับให้เห็นสถานะทางความยั่งยืนขององค์กร และวิธีการทำวิจัยตลาด

และในปีเดียวกัน คณะกรรมาธิการยุโรปได้เห็นชอบแผนปฏิบัติการฟินเทค (fintech action plan) ซึ่งมีเป้าหมายเพื่อสร้างกรอบการทำงานด้านเทคโนโลยีการเงินของสหภาพยุโรปที่มีความคล่องตัวและมีความสอดคล้องกัน ขจัดอุปสรรคต่อการใช้เทคโนโลยีในบริการด้านการเงิน ยกกระดานการแข่งขันด้วยความร่วมมือและมาตรฐานในการทำงานร่วมกัน รวมทั้งการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน ซึ่งแผนปฏิบัติการทั้งสองฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการสหภาพตลาดทุน (capital markets union) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการจัดหาเงินทุนเพื่อสนับสนุนธุรกิจ โดยเฉพาะวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมและโครงการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความยั่งยืนระยะยาวขยายโอกาสในการลงทุนผ่านเทคโนโลยีการเงิน สนับสนุนให้เกิดการแข่งขันและกิจกรรมข้ามพรมแดน และเพิ่มความแข็งแกร่งของตลาดทุน^๖

ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๒๑ คณะกรรมาธิการยุโรปได้ออกแผนยุทธศาสตร์ด้านการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรปฉบับปรับปรุง (EU renewed sustainable finance strategy) โดยมีพื้นฐานจากแผนปฏิบัติการทั้งสองฉบับดังกล่าว ซึ่งกำหนดหัวข้อหลัก ๔ ประการที่จำเป็นต้องดำเนินการเพื่อสนับสนุนการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจไปสู่ความยั่งยืน ได้แก่ ๑) การจัดหาเงินทุนเพื่อเปลี่ยนแปลงเศรษฐกิจที่แท้จริง (real economy) ไปสู่เศรษฐกิจอย่างยั่งยืน ๒) มุ่งสู่โครงสร้างทางการเงินอย่างยั่งยืนแบบมีส่วนร่วม โดยส่งเสริมนักลงทุนรายย่อยและวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมให้สามารถเข้าถึงโอกาสทางการเงินอย่างยั่งยืน ๓) ปรับปรุงความสามารถในการฟื้นตัวของภาคการเงินต่อความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการ

^๖ Macchiavello Eugenia and Siri Michele, “Sustainable Finance and Fintech: Can Technology Contribute to Achieving Environmental Goals? A Preliminary Assessment of ‘Green FinTech’” (European Banking Institute Working Paper Series 2020 – no. 71, August 2020) 2 <<https://ssrn.com/abstract=3672989>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3672989>> accessed September 5th, 2022

เปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม และ ๔) ส่งเสริมการเงินอย่างยั่งยืนในระดับสากล^๗

สหภาพยุโรปตระหนักถึงศักยภาพในการใช้เทคโนโลยีในการพัฒนาด้านการเงินในบริบทของการเงินอย่างยั่งยืน และความสำคัญของการเงินดิจิทัลและการเงินที่ยั่งยืน เนื่องจากเทคโนโลยีดิจิทัลและความยั่งยืนเป็นปัจจัยสำคัญที่นำไปสู่ความสำเร็จของภาคเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมในสหภาพยุโรป นอกจากนี้ เทคโนโลยีการเงินยังช่วยลดต้นทุนในการเชื่อมโยงผู้คนทั่วโลกเข้าด้วยกัน ปรับปรุงการเข้าถึงบริการทางการเงิน รวมทั้งมีความหลากหลายซึ่งเป็นจุดแข็งสำหรับการเงินอย่างยั่งยืน^๘

๔. การใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป และความเสี่ยงของการใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน

๔.๑ การใช้เทคโนโลยีอย่างยั่งยืนของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

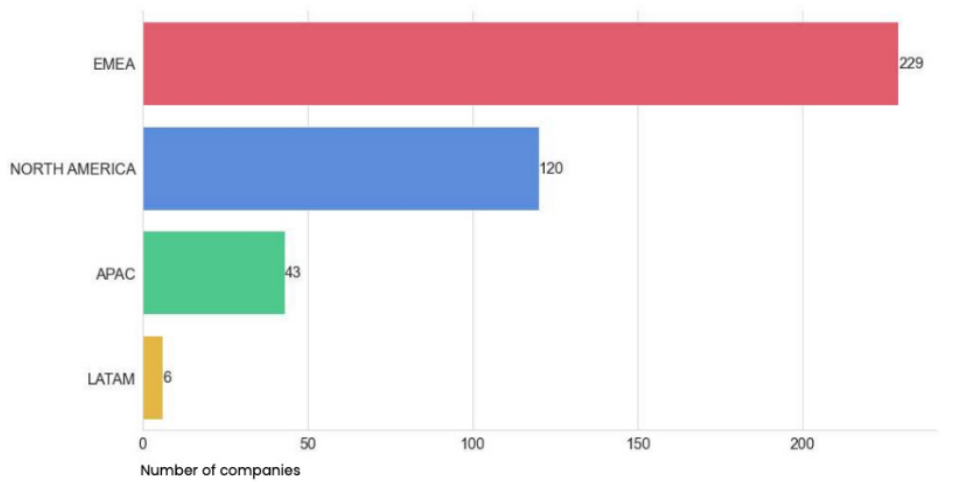
ยุโรปกำลังก้าวขึ้นสู่ความเป็นผู้นำในด้านเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน ดังจะเห็นได้จากจำนวนบริษัทสตาร์ทอัพ (start-up) ขนาดใหญ่ซึ่งเป็นบริษัทที่นำเทคโนโลยีมาใช้เพื่อตอบสนองความต้องการด้านการเงินและความยั่งยืนที่เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งการเพิ่มจำนวนของบริษัทสตาร์ทอัพดังกล่าวเป็นผลมาจากนโยบายของสหภาพยุโรปที่สนับสนุนการเงินอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะการออกข้อตกลงสีเขียวของยุโรป (European Green Deal) ทำให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปริเริ่มโครงการที่มีวัตถุประสงค์เป็นการส่งเสริมให้เกิดความยั่งยืน โดยนำเทคโนโลยีทางการเงินเข้ามาใช้มากขึ้น ข้อมูลจาก The Climate Fintech Report 2022 แสดงให้เห็นว่า บริษัทสตาร์ทอัพที่ใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนมีจำนวนมากกว่า ๔๐๐ รายทั่วโลก และเป็นบริษัทที่ตั้งอยู่ในยุโรป ตะวันออกกลาง และแอฟริกา (EMEA) จำนวนมากถึง ๒๒๙ ราย^๙

^๗ European Securities and Markets Authority (ESMA), “Sustainable Finance” <<https://www.esma.europa.eu/policy-activities/sustainable-finance>> accessed September 5th, 2022

^๘ Macchiavello Eugenia and Siri Michele, *supra* note 6, 5.

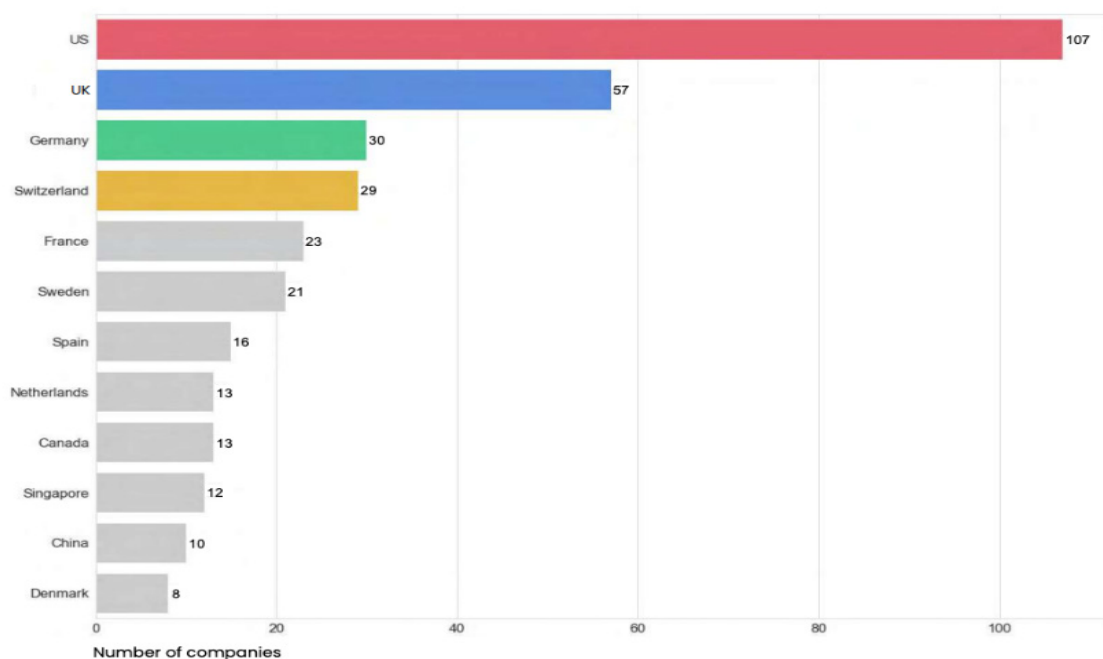
^๙ Fintechnews Switzerland, “Europe Leads in Climate Fintech Driven by Supportive Policies, Government Initiatives” (Green Fintech, August 2022) <<https://fintechnews.ch/green-fintech/europe-leads-in-climate-fintech-driven-by-supportive-policies-government-initiatives/54258/>> accessed September 7th, 2022

ภาพที่ ๑ แสดงจำนวนบริษัทสตาร์ทอัพที่ใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนตามภูมิภาค^{๑๐}



นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาจำนวนบริษัทสตาร์ทอัพที่ใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนเป็นรายประเทศ แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะเป็นประเทศที่มีจำนวนบริษัทสตาร์ทอัพที่ใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนมากที่สุด แต่หากพิจารณาจำนวนบริษัทสตาร์ทอัพที่ใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของประเทศที่ตั้งอยู่ในยุโรปแต่ละประเทศรวมเข้าด้วยกันแล้ว อาจกล่าวได้ว่ายุโรปเป็นผู้นำในด้านเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนที่ใหญ่ที่สุดในโลก^{๑๑}

ภาพที่ ๒ แสดงจำนวนบริษัทสตาร์ทอัพที่ใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนเป็นรายประเทศ^{๑๒}



^{๑๐} Ibid.

^{๑๑} Ibid.

^{๑๒} Ibid.

แม้ว่าเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนในสหภาพยุโรปยังอยู่ในระยะเริ่มต้น แต่ก็มีรูปแบบที่หลากหลายครอบคลุมภาคการเงินเกือบทุกด้าน บริษัทสตาร์ทอัปด้านเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนจำนวนมากเข้าลงทุนในโซลูชัน^{๑๓} (solutions) ด้านการวิเคราะห์ข้อมูล (ESG data analytics) การลงทุนดิจิทัล (digital investment) การชำระเงินและบัญชีดิจิทัล (digital payment and account) แพลตฟอร์มคราวด์ฟันดิง (crowdfunding) สกุลเงินเสมือน (virtual currency) การให้บริการวางแผนทางการเงินแบบอัตโนมัติ (robo - advisor) สินทรัพย์ดิจิทัล (คริปโตเคอเรนซีและโทเคนดิจิทัล) ซึ่งสร้างขึ้นผ่านโครงสร้าง Distributed Ledger Technology (DLT) รวมทั้งเทคโนโลยีประกันภัย (InsurTech) ซึ่งเทคโนโลยีการเงินเหล่านี้ส่วนใหญ่ดำเนินการผ่านระบบออนไลน์ โทรศัพท์เคลื่อนที่ ไบโอเมตริก (biometric) big data ปัญญาประดิษฐ์ (AI) รวมถึงระบบ cloud computing และ machine learning ดังนั้น การใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนจึงเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการนำไปสู่ศักยภาพในการถ่ายทอดข้อมูลที่ครบถ้วน ถูกต้อง และรวดเร็ว ในราคาไม่สูงมากนัก นอกจากนี้ ยังเป็นการลดต้นทุนการวิจัย ลดความเสี่ยงด้านสิ่งแวดล้อม รวมทั้งพัฒนาโอกาสในการลงทุน^{๑๔} ซึ่งตัวอย่างของการร่วมมือกันระหว่างเทคโนโลยีการเงินและความยั่งยืนทางการเงิน เช่น

(๑) แพลตฟอร์มคราวด์ฟันดิง (crowdfunding)

การระดมทุนผ่านผู้ให้บริการแพลตฟอร์มคราวด์ฟันดิงเป็นการระดมทุนจากประชาชนหมู่มาก (the crowd) ผ่านเว็บไซต์ที่เป็นตัวกลาง (funding portal) โดยอาศัยเทคโนโลยีของระบบอินเทอร์เน็ต ซึ่งผู้ลงทุนแต่ละรายจะลงทุนในจำนวนเงินที่ไม่มาก^{๑๕} โดยแพลตฟอร์มคราวด์ฟันดิงแต่ละแห่งมีรูปแบบทางธุรกิจที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของบริษัทสตาร์ทอัปผู้ให้บริการแพลตฟอร์มหรือผู้ริเริ่มโครงการ ได้แก่^{๑๖}

๑) แพลตฟอร์มคราวด์ฟันดิงเพื่อการบริจาค เป็นสัญญาว่าจะบริจาค โดยปราศจากสิ่งตอบแทน ซึ่งส่วนใหญ่นำไปเป็นเงินทุนในโครงการด้านสังคม การกุศล หรือวัฒนธรรม (ไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อส่วนรวมหรือส่วนตัว)

^{๑๓} หมายถึง ผลิตภัณฑ์ สินค้า หรือบริการที่ออกแบบมาเพื่อใช้แก้ปัญหาหรือตอบสนองต่อความต้องการทางธุรกิจหรือผู้บริโภคเฉพาะด้าน

^{๑๔} Macchiavello Eugenia and Siri Michele, *supra* note 6, 16-17.

^{๑๕} สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “การระดมทุนผ่านผู้ให้บริการระบบคราวด์ฟันดิง” <<https://www.sec.or.th/TH/Pages/LawandRegulations/Crowdfunding.aspx>> สืบค้นเมื่อ ๗ กันยายน ๒๕๖๕

^{๑๖} Saman Adhami, Giancarlo Giudici, and Huy Pham Nguyen Anh, “Crowdfunding for green projects in Europe: success factors and effects on the local environmental performance and wellbeing” (2017) 6-7<<http://www.crowdfundres.eu/wp-content/uploads/2017/11/Crowdfunding-for-green-projects-in-Europe-2017.pdf>> accessed September 7th, 2022

๒) แพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้งเพื่อเป็นรางวัล เป็นการกำหนดให้มีของขวัญตอบแทนที่มีรูปรางสามารถถือเอาได้ หรือเป็นสัญญาที่จะขายล่วงหน้า (pre-sale) สำหรับสินค้าหรือบริการบางประเภท โดยถือเป็นการขอบคุณนักลงทุนที่ช่วยสนับสนุนโครงการ

๓) แพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้งเพื่อการให้กู้ยืม เป็นการทำให้เกิดสัญญาสินเชื่อที่กำหนดให้ผู้กู้ต้องชำระเงินคืนรวมทั้งดอกเบี้ย ทั้งนี้ บนพื้นฐานของการประเมินอันดับเครดิต

๔) แพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้งเพื่อการถือหุ้น เป็นรูปแบบของสัญญาถือหุ้นระหว่างนักลงทุนและบริษัท ซึ่งจะมีความเป็นเจ้าของและการแบ่งปันผลกำไร รวมทั้งสิทธิในการออกเสียง

โดยที่การให้ผลตอบแทนแก่สังคม (social return) เป็นแรงจูงใจหลักของแพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้งเพื่อความยั่งยืน ทำให้บริษัทหรือโครงการที่มีวัตถุประสงค์ให้ประโยชน์แก่สังคมหรือไม่แสวงหาผลกำไรมีโอกาสสูงที่จะได้รับเงินทุนจากผู้ลงทุน แพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้งจึงเป็นแหล่งเงินทุนในอุดมคติสำหรับโครงการ “สีเขียว”^{๑๗} ด้วยเหตุนี้ แพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้งจำนวนมากในสหภาพยุโรปจึงเป็นแพลตฟอร์มที่มีขึ้นเพื่อโครงการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอน โครงการด้านพลังงานทดแทน หรือโครงการที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม โดยเป็นการรวบรวมนักลงทุนทางการเงินรายย่อยเพื่อสนับสนุนเงินลงทุนให้แก่โครงการเหล่านี้ จึงกล่าวได้ว่าแพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้งเป็นการขยายโอกาสการเข้าถึงแหล่งเงินให้กับวิสาหกิจที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนได้อย่างรวดเร็ว และมีต้นทุนต่ำเมื่อเทียบกับตลาดทุนและธนาคารแบบดั้งเดิม นอกจากนี้ ยังเป็นการเปิดโอกาสให้แก่ผู้ลงทุนลงทุนในตลาด “ทางเลือก” ซึ่งมีความยืดหยุ่นและทำให้เกิดการกระจายการลงทุนได้มากขึ้น

ปัจจุบันมีแพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้งจำนวนมากที่ได้เริ่มดำเนินการเพื่ออำนวยความสะดวกในการลงทุนให้แก่กลุ่มธุรกิจเพื่อความยั่งยืน เช่น ในสหราชอาณาจักร แพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้ง Abundance ช่วยให้นักลงทุนจำนวนมากสามารถลงทุนโดยการซื้อขายหุ้นกู้ในโครงการพลังงานหมุนเวียนและจำหน่ายไฟฟ้าคาร์บอนต่ำ นอกจากนี้ ยังได้จัดตั้ง “ตลาด” ที่ผู้เข้าใช้สามารถซื้อหรือขายเครื่องมือทางการเงินที่ออกบนแพลตฟอร์มได้อีกด้วย ในประเทศอิตาลี แพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้ง Ecomill เป็นช่องทางการลงทุนในหุ้นทุนออนไลน์ในโครงการที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมต่ำ และโครงการที่เป็นการปรับปรุงท้องถิ่น ในประเทศฝรั่งเศส แพลตฟอร์มคราวด์ฟนดิ้ง Lendosphere ช่วยอำนวยความสะดวกในการกู้ยืมเงินจากบุคคลธรรมดาให้กับธุรกิจด้านพลังงานหมุนเวียน^{๑๘}

^{๑๗} Ibid.

^{๑๘} Macchiavello Eugenia and Siri Michele, *supra* note 6, 18.

(๒) Distributed Ledger Technology (DLT)

DLT เป็นเทคโนโลยีที่จัดเก็บข้อมูลแบบกระจายศูนย์ เชื่อให้สมาชิกในเครือข่ายสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูล ประสานงาน และทำธุรกรรมระหว่างกันได้โดยตรงโดยไม่ต้องผ่านตัวกลางใดๆ^{๑๙} ซึ่ง blockchain เป็นรูปแบบหนึ่งของ DLT โดยข้อมูลที่ถูกรับบันทึกในระบบ blockchain นั้นจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ยาก ทำให้มีความถูกต้องและน่าเชื่อถือ รวมทั้งเกิดความโปร่งใส ด้วยเหตุนี้ blockchain จึงมีความสำคัญในสหภาพยุโรป เนื่องจากเทคโนโลยีนี้สร้างความเชื่อมั่นในข้อมูล ซึ่งส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงวิธีดำเนินธุรกรรมออนไลน์ อุตสาหกรรม และบริการสาธารณะ รวมทั้งสร้างเศรษฐกิจดิจิทัลที่เท่าเทียม ทัวถึง และปลอดภัยในยุโรป

blockchain ได้ถูกนำมาใช้ในบริการด้านการเงิน โดยเป็นเทคโนโลยีที่ขับเคลื่อนนวัตกรรมในตลาดทุน เช่น การออกสกุลเงินเสมือน (virtual currency) หรือสินทรัพย์ดิจิทัล (คริปโตเคอเรนซีและโทเคน) การเปลี่ยนแปลงและปรับปรุงระบบการชำระเงินและบริการชำระเงิน เช่น การเปิดใช้งาน atomic swap ของหลักทรัพย์และเงินดิจิทัลเพื่อลดความเสี่ยงของคู่สัญญา การสนับสนุนผลิตภัณฑ์ประกันภัยอัตโนมัติเต็มรูปแบบ เช่น การประกันภัยรถยนต์ต่อกิโลเมตร (per kilometre car insurance) รวมทั้งได้ถูกนำมาใช้ในบริการสาธารณะและการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล (digital identity) การปรับปรุงกระบวนการเพิ่มประสิทธิภาพ ลดต้นทุน และเพิ่มความปลอดภัยในห่วงโซ่อุปทานธุรกิจและการค้า (supply chain and trade finance) การสร้างสกุลเงินดิจิทัลของธนาคารกลาง (CBDC) และ stablecoin ที่มีเสถียรภาพเพื่อให้เกิดรูปแบบธุรกิจใหม่ รวมทั้งการปรับปรุงประสิทธิภาพระบบการชำระเงินเพื่อเป็นทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคมากขึ้น เช่น การชำระเงินอัตโนมัติสำหรับค่าทางด่วนเพื่อลดความแออัด นอกจากนี้ blockchain ยังเป็นเทคโนโลยีสำคัญที่นำมาใช้เพื่อให้เกิดความยั่งยืนด้วย^{๒๐} ซึ่งสหภาพยุโรปส่งเสริมการใช้ blockchain เพื่อให้เกิดความยั่งยืนโดยคำนึงถึงข้อพิจารณาด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาล ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในเรื่องการใช้พลังงานที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม และการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลและการเข้าถึงบริการทางการเงิน (digital identity and financial inclusion)

๑) พลังงานและเทคโนโลยีที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมเทคโนโลยี

blockchain ถูกนำไปใช้ในด้านพลังงานและเทคโนโลยีที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม โดยสหภาพยุโรปเป็นผู้บุกเบิกนวัตกรรมและจัดหาเงินทุนให้แก่บริษัทสตาร์ทอัพ

^{๑๙} ธนาคารแห่งประเทศไทย, “โครงการอินทนนท์ จุดเริ่มต้นเงินสกุลดิจิทัลของไทย” <https://www.bot.or.th/Thai/ConsumerInfo/Documents/200716_inthanon.pdf> สืบค้นเมื่อ ๗ กันยายน ๒๕๖๕

^{๒๐} European Commission, “European Blockchain Strategy” (January 2021) <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-blockchain-strategy-brochure#Sustainability>> accessed September 7th, 2022

ฟินเทคที่ใช้ blockchain กับพลังงานและเทคโนโลยีสะอาด ส่งผลให้บริษัทด้านพลังงานและโลจิสติกส์ที่นำ blockchain มาใช้ในห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) เพิ่มขึ้นมากจากจำนวนเพียง ๓๕ แห่งเป็นมากกว่า ๑๕๐ แห่ง (ข้อมูลในปี ค.ศ. ๒๐๑๘) โดยบริษัทและโครงการนำร่องที่ใช้เทคโนโลยี blockchain ด้านพลังงานมากกว่าครึ่งหนึ่งตั้งอยู่ในยุโรป และส่วนใหญ่ก่อตั้งในปี ค.ศ. ๒๐๑๖ - ค.ศ. ๒๐๑๗ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาในระยะเริ่มต้นของการใช้เทคโนโลยี blockchain ในด้านพลังงานและเทคโนโลยีที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม^{๒๑}

peer-to-peer energy transaction เป็นตัวอย่างหนึ่งของการนำเทคโนโลยี blockchain มาใช้สนับสนุนการให้บริการด้านพลังงานสะอาด โดย peer-to-peer energy transaction เป็นการที่ผู้ผลิตพลังงานไฟฟ้าจากพลังงานสะอาด เช่น การติดตั้งโซลาร์รูฟท็อป สามารถนำไฟฟ้าส่วนที่เกินจากความต้องการใช้งานของตนเองมาเสนอขายให้แก่ผู้ซื้อระหว่างกันได้โดยตรง (peer-to-peer) ผ่านแพลตฟอร์มที่ให้บริการด้วยเทคโนโลยี blockchain ซึ่งปัจจุบันบริษัทซื้อขายพลังงานในสหภาพยุโรปมากกว่า ๔๐ แห่งได้ร่วมมือกันภายใต้ชื่อโครงการ Enerchain เป็นโครงการที่ใช้ blockchain เพื่อดำเนินการซื้อขายแบบ peer-to-peer ในตลาดขายส่งพลังงาน โดยมีเป้าหมายหลักคือการปรับโครงสร้างพื้นฐานที่ช่วยให้ผู้เข้าร่วมในตลาดขายส่งพลังงานสามารถซื้อขายแลกเปลี่ยนพลังงานและก๊าซในลักษณะกระจายศูนย์และพยายามหลีกเลี่ยงตัวกลางและแพลตฟอร์มตลาดกลาง มีผลให้ต้นทุนในการดำเนินการซื้อขายแลกเปลี่ยนพลังงานแบบกระจายศูนย์ลดลงมาก ซึ่งแตกต่างจากการใช้งานแพลตฟอร์มกลางแบบดั้งเดิม โครงการ Enerchain อยู่ในขั้นทดลองและได้รับการออกแบบมาเพื่อพิจารณาว่ารูปแบบกระจายศูนย์บน blockchain นี้ จะสามารถรองรับปริมาณการซื้อขายและมีความเร็วในการทำธุรกรรมการค้าในตลาดก๊าซและไฟฟ้าได้หรือไม่ นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปได้ริเริ่มโครงการอื่น ๆ เช่น บริษัท Alliander ในเนเธอร์แลนด์เริ่มโครงการนำร่องเครื่องมือด้านพลังงานที่ใช้ blockchain (blockchain-based energy tool) เพื่อให้ผู้บริโภคสามารถจัดการและแบ่งปันพลังงานหมุนเวียนระหว่างกัน บริษัทสตาร์ทอัพ Conjoule ในเยอรมนีกำลังพัฒนาตลาดพลังงานแบบ peer-to-peer โดยใช้เทคโนโลยี blockchain^{๒๒}

เทคโนโลยี blockchain ยังถูกนำมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพของการซื้อขายคาร์บอนเครดิต (trade and exchange of carbon credit) และการหาเครือข่ายตลาดคาร์บอนที่มีการโอนหรือแลกเปลี่ยนคาร์บอนเครดิตอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมทั้งสร้างความร่วมมือทางการเงินเพื่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate chain coalition) โดยใช้เป็นกลไกในการจัดหาแหล่งเงินทุนเพื่อใช้ในโครงการที่มีวัตถุประสงค์ในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกและลดการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ซึ่งเครื่องมือทางการเงิน

^{๒๑} Nassiry Darius, “The role of fintech in unlocking green finance: Policy insights for developing countries” (ADB Working Paper, No. 883, Asian Development Bank Institute (ADB) Tokyo, 2018) 7 < <http://hdl.handle.net/10419/190304> > accessed September 7th, 2022

^{๒๒} Ibid, p. 8-9.

ที่มีประสิทธิภาพในการระดมทุนของภาครัฐและเอกชนสำหรับโครงการดังกล่าว คือ พันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม (green bond) ซึ่งเป็นพันธบัตรที่ผู้ออกสัญญาว่าจะใช้เงินลงทุนเพื่อความยั่งยืนของสิ่งแวดล้อม ตัวอย่างเช่น Bank for International Settlements' Innovation Hub ออกพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม โดยนำเทคโนโลยี blockchain เข้ามาใช้ โดยพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมจะมีใบสำคัญแสดงสิทธิซึ่งให้สิทธิผู้ถือได้รับคาร์บอนเครดิตที่ได้จากการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในโครงการที่ได้รับทุนจากการออกพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม แม้ว่าใบสำคัญแสดงสิทธิสามารถซื้อขายแยกต่างหากจากพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม แต่ผู้ที่ถือใบสำคัญแสดงสิทธิเท่านั้นที่จะเป็นผู้ได้รับคาร์บอนเครดิตที่เกิดจากพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเมื่อครบกำหนดไถ่ถอน โดย blockchain จะถูกใช้ในการติดตามความเป็นเจ้าของใบสำคัญแสดงสิทธิดังกล่าว รวมทั้งตรวจสอบว่าคาร์บอนเครดิตนั้นได้ถูกสร้างขึ้นในโครงการที่ออกพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม^{๒๓}

นอกจากนั้น การใช้ DLT ยังช่วยลดต้นทุนและช่วยในการรับส่งข้อมูลเกี่ยวกับการผลิตพลังงานสะอาด ตรวจสอบการดำเนินการภายหลังการลงทุน คัดกรองการจัดทำเอกสาร และเก็บรักษาข้อมูลอย่างถาวรและสามารถเข้าถึงได้ ทำให้สามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องความโปร่งใส ตัวอย่างเช่น ในประเทศลิทัวเนีย มีแพลตฟอร์ม WePower ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มการซื้อขายพลังงานสะอาดระดมทุนโดยการขายโทเคนพลังงานผ่าน blockchain ซึ่งจะบันทึกข้อมูลว่าโครงการที่ระดมทุนนั้นมีการผลิตพลังงานสะอาดปริมาณเท่าใด และเป็นการผลิตอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ ในประเทศสวีเดน Green Asset Wallet ใช้ blockchain ในการตรวจสอบสิทธิเรียกร้องของบริษัทในโครงการเพื่อสิ่งแวดล้อม^{๒๔}

๒) การพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลและการเข้าถึงบริการทางการเงิน^{๒๕}

การพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลและประวัติด้านเครดิตเป็นสิ่งจำเป็นในการเข้าถึงบริการทางการเงิน เช่น การเปิดบัญชีธนาคาร การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน ซึ่งปัจจุบันมีการนำเทคโนโลยี blockchain มาใช้ในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนในระบบเศรษฐกิจการเงิน โดยการสร้างข้อมูลผ่านชุดของธุรกรรมที่จัดเก็บไว้ใน blockchain ซึ่งบุคคลอื่นสามารถตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงได้ มีการใช้ข้อมูลยืนยันตัวตนทางดิจิทัลที่มีประสิทธิภาพผ่านข้อมูลไบโอเมตริกที่ละเอียดมากขึ้น และใช้ digital footprint ในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนสำหรับผู้ที่ไม่มียศประจำตัวของการ ซึ่งจะเป็นการเพิ่มโอกาสผู้ด้อยโอกาส

^{๒๓} Lewis McLellan, “BIS turns to blockchain to drive a new type of green bond” (Official Monetary and Financial Institutions Forum: OMFIF, April 2022) <<https://www.omfif.org/2022/04/bis-turns-to-blockchain-to-drive-a-new-type-of-green-bond/>> accessed September 8th, 2022

^{๒๔} Macchiavello Eugenia and Siri Michele, *supra* note 6, 19-20.

^{๒๕} Nassiry Darius, *supra* note 21, 6.

ในการเข้าถึงบริการทางการเงินมากขึ้น นอกจากนั้น การพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลผ่านเทคโนโลยี blockchain ยังสามารถช่วยลดการฉ้อโกงที่อาจเกิดขึ้นในการให้บริการด้านการเงินได้อีกด้วย

๔.๒ ความเสี่ยงของการใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน

แม้ว่าสหภาพยุโรปจะพยายามส่งเสริมให้ประเทศสมาชิกใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อม แต่โดยที่การใช้เทคโนโลยีการเงินใช้พลังงานในระดับที่สูงมาก โดยเฉพาะในขั้นตอนกระบวนการผลิตฮาร์ดแวร์และซอฟต์แวร์ของเทคโนโลยีการเงินที่จำเป็นต้องใช้พลังงานในกระบวนการผลิตสูง ซึ่งพลังงานที่ใช้ส่วนใหญ่ไม่ใช่พลังงานหมุนเวียนหรือพลังงานสะอาด และขั้นตอนการกำจัดผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเมื่อเลิกใช้แล้วและมีสภาพเป็นขยะอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งการกำจัดมีความซับซ้อนและเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาด้านสิ่งแวดล้อม นอกจากนั้น ในขั้นตอนการนำเทคโนโลยีการเงินมาใช้ในกิจกรรมหรือโครงการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อความยั่งยืนต่าง ๆ นั้นยังใช้พลังงานเป็นจำนวนมากด้วยเช่นกัน จะเห็นได้จากตัวอย่างกระบวนการขุดคริปโตเคอเรนซีซึ่งเป็นการประมวลผลธุรกรรมในเทคโนโลยี blockchain นั้นต้องใช้อุปกรณ์ในการขุดหลายชนิดหรือหลายเครื่องเพื่อความเหมาะสม ซึ่งทำให้ใช้พลังงานเป็นจำนวนมาก ตัวอย่างเช่นประเทศโปรตุเกสใช้พลังงาน ๑,๐๐๐ ล้านกิโลวัตต์ต่อชั่วโมงในแต่ละปี และธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับ bitcoin จำนวนมากทำให้สิ้นเปลืองพลังงานมากถึง ๒๘,๐๐๐ ล้านกิโลวัตต์ต่อชั่วโมง หรือเทียบเท่ากับเชื้อเพลิงฟอสซิลถึง ๒,๒๐๐ ล้านแกลลอน^{๒๖}

นอกจากนั้น การที่แนวคิดเรื่องการเงินอย่างยั่งยืนได้รับความสนใจและการสนับสนุนทางการเงินอย่างมีนัยสำคัญในช่วงหลายปีที่ผ่านมา นำไปสู่การเปิดตัวผลิตภัณฑ์ทางการเงินและการลงทุนในกองทุน รวมทั้งกิจกรรมหรือโครงการเพื่อความยั่งยืนจำนวนมากทั่วสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตาม การดำเนินการในบางกิจกรรมหรือโครงการไม่เป็นไปตามข้อพิจารณาด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาล ตามความหมายและหลักการของการเงินอย่างยั่งยืน จึงทำให้ถูกพิจารณาว่า กิจกรรมหรือโครงการดังกล่าวเป็นเพียงการฟอกเขียว (greenwashing)

คำว่า greenwashing ถูกใช้ครั้งแรกในปี ค.ศ. ๑๙๘๐ โดย Jay Westerveld หมายถึง การปฏิบัติที่ไม่ซื่อสัตย์ในธุรกิจโดยการแสดงว่าผลิตภัณฑ์หรือบริการนี้ทำให้เกิดความยั่งยืน แต่ที่จริงแล้วไม่ได้เป็นเช่นนั้น ไม่ว่าจะเป็นการให้ภาพลักษณ์ว่า ผลิตภัณฑ์หรือบริการนั้นเป็นธุรกิจที่รับผิดชอบต่อสังคมหรือรักษาสีเขียว หรือการให้ข้อมูลที่ทำให้เข้าใจผิดเกี่ยวกับการนำไปสู่ความยั่งยืนของผลิตภัณฑ์หรือบริการ ซึ่งแม้ว่าคำนี้จะมีต้นกำเนิดมาจากภาคสินค้าอุปโภคบริโภค แต่ปัจจุบันได้นำมาใช้กับผลิตภัณฑ์ทางการเงินด้วย ตัวอย่างเช่น ในสหราชอาณาจักร การที่ UK's Financial Services Authority (FCA) ให้ความสำคัญเกี่ยวกับยุทธศาสตร์

^{๒๖} Salika, “Fintech ช่วยสร้างระบบการเงินโลกที่ยั่งยืนได้อย่างไร” (Salika Knowledge sharing space, พฤศจิกายน ๒๕๖๓) <<https://www.salika.co/2020/11/11/how-fintech-build-sustainable-financial-system/>> สืบค้นเมื่อ ๗ กันยายน ๒๕๖๕

ด้านความยั่งยืนทำให้ความต้องการผลิตภัณฑ์ทางการเงินเพื่อความยั่งยืนมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้ปัจจุบันมูลค่าสินทรัพย์ทั้งหมดภายใต้การจัดการของบริษัทจัดการ (AUM) มูลค่า ๓๕ ล้านล้าน ดอลลาร์อยู่ในกองทุนที่ “ติดป้าย” ว่าเพื่อความยั่งยืน^{๒๗} อย่างไรก็ตาม Competitive Market Authority (CMA) ซึ่งทำการศึกษาในประเด็นการฟอกเขียวในสหราชอาณาจักรพบว่า ร้อยละ ๔๐ ของธุรกิจที่อ้างว่าเป็นไปเพื่อความยั่งยืนนั้นอาจไม่เป็นความจริง^{๒๘}

การฟอกเขียวหมายความว่าความรวมถึงกรณีที่เกิดจากการหรือสถาบันการเงินอ้างว่ามีแนวคิดเกี่ยวกับความยั่งยืนในขณะที่มีการเสนอขายหรือทำการตลาดผลิตภัณฑ์การเงิน แต่ต่อมาภายหลังไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเป็นไปตามที่กล่าวอ้างนั้น ซึ่งการฟอกเขียวอาจเกิดขึ้นโดยกิจการที่ตั้งอยู่นอกสหภาพยุโรปก็ได้ ซึ่งจะส่งผลเสียกับตลาดการเงินทั้งระบบ โดยเฉพาะด้านความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่อการลงทุนทางการเงินอย่างยั่งยืนโดยรวม นอกจากนี้ ยังอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงกับผู้ขาย ทั้งความเสี่ยงในการถูกดำเนินคดีตามกฎหมายและความเสี่ยงด้านชื่อเสียง ซึ่งอาจจะนำไปสู่การถอนการลงทุน อันจะส่งผลกระทบต่อธุรกิจและสถานการณ์ทางการเงินของผู้ที่มีส่วนร่วมในตลาดการเงินทั้งหมดด้วย^{๒๙}

๕. กฎหมายและมาตรการเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรป

เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนมีบทบาทสำคัญในการขับเคลื่อนเป้าหมายด้านการจัดการสภาพภูมิอากาศและสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรปให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในข้อตกลงสีเขียวของยุโรป (European Green Deal) จึงทำให้ความต้องการลงทุนและข้อเสนอการลงทุนผ่านเทคโนโลยีการเงินในกิจกรรมหรือโครงการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อความยั่งยืนในสหภาพยุโรปมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้นมาก อย่างไรก็ตาม โดยที่การใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนมีความเสี่ยงในเรื่องการใช้พลังงานในระดับที่สูงมาก และบางกิจกรรมหรือโครงการทำให้นักลงทุนเข้าใจผิดด้วยการโฆษณาผลิตภัณฑ์ทางการเงินให้มีภาพลักษณ์ว่ามีความรับผิดชอบต่อสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาลแต่ความจริงไม่ได้เป็นเช่นนั้น หรือเป็นการฟอกเขียวด้วยเหตุนี้ สหภาพยุโรปจึงเสนอกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการเงินอย่างยั่งยืน

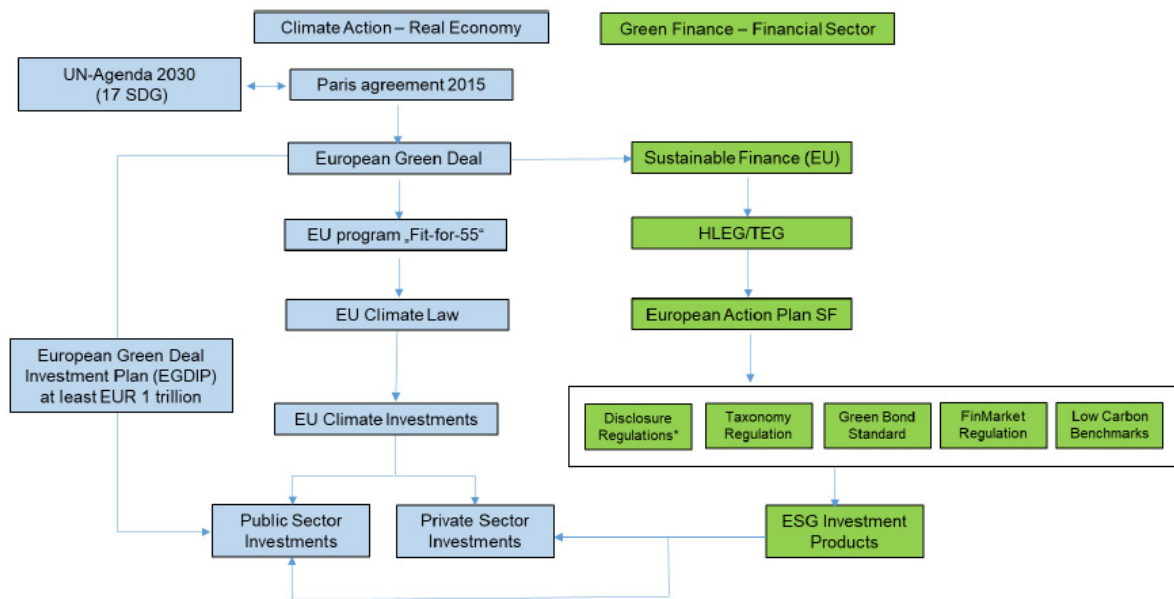
^{๒๗} KPMG, “ESG: Addressing greenwashing in financial services What is it, why greenwashing matters, and how do you avoid it?” <<https://home.kpmg/xx/en/home/insights/2022/04/esg-addressing-greenwashing-in-financial-services.html>> accessed September 8th, 2022

^{๒๘} Helen Femi Williams, “ESG presents opportunities, risks, and greenwashing” (Fintech Nexus News, May 2022) <<https://news.fintechnexus.com/esg-presents-opportunities-risks-and-greenwashing/>> accessed September 8th, 2022

^{๒๙} European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), “European Commission’s call for advice to the ESAs on greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies”(August 2022)1-5 <https://www.eiopa.europa.eu/document-library/call-advice/european-commissions-call-advice-esas-greenwashing-risks-and_en> accessed September 8th, 2022

ตามที่กำหนดไว้ในแผนปฏิบัติการการเงินเพื่อความยั่งยืน (Sustainable Finance Action Plan) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดกรอบการปฏิบัติเกี่ยวกับข้อพิจารณาด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาล ในกระบวนการตัดสินใจของนักลงทุนและผู้ที่เกี่ยวข้องในตลาดการลงทุน ดังต่อไปนี้

ภาพที่ ๓ ภาพรวมของกฎหมายและมาตรการเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรป^{๓๐}



๕.๑ การกำหนดนิยามและจัดประเภทกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนและเป็นมาตรฐานเดียวกันของสหภาพยุโรป (EU taxonomy for sustainable activities)^{๓๑}

กฎหมาย Taxonomy ของสหภาพยุโรป^{๓๒} เป็นกฎหมายเกี่ยวกับระบบการจัดประเภทกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน โดยกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากิจกรรมทางเศรษฐกิจใดมีผลต่อสภาพภูมิอากาศและสิ่งแวดล้อมในเชิงบวก ซึ่งจะช่วย

^{๓๐} Brühl Volker, “Green Finance in Europe – Strategy, Regulation and Instruments” (Center for Financial Studies Working Paper No. 657, September 2021) <<https://ssrn.com/abstract=3934042>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3934042>> accessed September 8th, 2022

^{๓๑} European Commission, “EU taxonomy for sustainable activities” <https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/eu-taxonomy-sustainable-activities_en> accessed September 8th, 2022

^{๓๒} รายละเอียด โปรดดู Regulation (EU) 2020/852 on the Establishment of a Framework to Facilitate Sustainable Investments <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32020R0852>>

ให้บริษัท นักลงทุน และผู้กำหนดนโยบายมีข้อพิจารณาที่ชัดเจนในกระบวนการตัดสินใจลงทุน สร้างความมั่นใจให้กับนักลงทุน และคุ้มครองนักลงทุนจากการถูกการฟอกเขียว

กฎหมาย Taxonomy ของสหภาพยุโรปมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๒๐ ซึ่งมาตรา ๓ แห่งกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนไม่อาจจะเป็นตัวกิจกรรมนั้นเองโดยตรงหรือเป็นกรณีที่เกิดจากกิจกรรมหนึ่ง ทำให้กิจกรรมอื่นเป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน ต้องเป็นไปตามหลักการพื้นฐาน ๔ ประการ ดังต่อไปนี้

๑) เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อม เรื่องหนึ่งเรื่องใดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๙ ซึ่งได้แก่ การลดปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ การปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ การอนุรักษ์และการใช้น้ำ และทรัพยากรทางทะเลอย่างยั่งยืน การเปลี่ยนผ่านสู่เศรษฐกิจหมุนเวียน การป้องกันและควบคุมมลพิษ และการอนุรักษ์และฟื้นฟูความหลากหลายทางชีวภาพและระบบนิเวศ

๒) เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมเรื่องหนึ่งเรื่องใดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๙ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณา “ความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญต่อวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อม” เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๗

๓) ปฏิบัติตามมาตรการคุ้มครองขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๘ (เกี่ยวกับด้านสิทธิมนุษยชนและสิทธิด้านแรงงาน)

๔) เป็นไปตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบทางเทคนิคที่คณะกรรมการธิการยุโรปกำหนด

และโดยที่เครื่องมือที่ใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์แต่ละประการนั้นมีความแตกต่างกัน คณะกรรมาธิการยุโรปจึงได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การตรวจสอบทางเทคนิคของกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนไว้ในกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรองฉบับแรกเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบทางเทคนิคของกิจกรรมทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับการลดปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และการปรับตัวต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศอย่างยั่งยืน ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๒๒ โดยครอบคลุมภาคส่วนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการปล่อยก๊าซเรือนกระจกในยุโรป เช่น พลังงาน ป่าไม้ การผลิต การขนส่ง และอาคาร และต่อมา คณะกรรมาธิการยุโรปได้ออกกฎหมายลำดับรองตามมาตรา ๘ แห่งกฎหมาย Taxonomy (Delegated Act supplementing Article 8 of the Taxonomy Regulation) ซึ่งกำหนดให้บริษัทต้องเปิดเผยข้อมูลทั้งด้านการเงินและไม่ใช้การเงิน วิธีการดำเนินการ รวมทั้งข้อมูลเกี่ยวกับสัดส่วนของกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนในธุรกิจ การลงทุน หรือการให้กู้ยืม นอกจากนี้ ยังได้ออกกฎหมายลำดับรองซึ่งกำหนดให้กิจกรรมพลังงานนิวเคลียร์ และก๊าซเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่อยู่ภายใต้กฎหมาย Taxonomy อันจะช่วยในการ

เปลี่ยนแปลงการใช้เชื้อเพลิงฟอสซิลที่เป็นของแข็งหรือของเหลวและถ่านหินให้เกิดความเป็นกลางต่อสภาพภูมิอากาศ สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ด้านสภาพอากาศและสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป

นอกจากนั้น คณะกรรมาธิการยุโรปได้สร้างเครื่องมือเทคโนโลยีสารสนเทศ เรียกว่า taxonomy compass เพื่อใช้ในการอำนวยความสะดวกในการตรวจสอบว่า กิจกรรมใดเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนตามกฎหมาย Taxonomy และสร้างแพลตฟอร์มด้านการเงินอย่างยั่งยืน (platform on sustainable finance) เป็นหน่วยงานที่ปรึกษาซึ่งประกอบด้วยสมาชิกและผู้สังเกตการณ์ ได้แก่ ผู้แทนผู้มีส่วนได้เสียและผู้เชี่ยวชาญด้านต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์หลักคือ เพื่อให้คำแนะนำ คณะกรรมาธิการยุโรปเกี่ยวกับงานและหัวข้อต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนากฎหมาย Taxonomy ของสหภาพยุโรป และสนับสนุนคณะกรรมาธิการยุโรปในการออกกฎหมายลำดับรองตามกฎหมาย Taxonomy

ปัจจุบันรัฐสภายุโรปได้เห็นชอบข้อเสนอร่างกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับดูแล การคุ้มครองผู้บริโภค และความยั่งยืนด้านสิ่งแวดล้อมของสินทรัพย์ดิจิทัลและสกุลเงินดิจิทัล ซึ่งกำหนดให้ธุรกรรมการออกและการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลและสกุลเงินดิจิทัลต้องโปร่งใส และเปิดเผย เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลเกี่ยวกับความเสี่ยง ต้นทุน และค่าใช้จ่ายได้มากยิ่งขึ้น รัฐสภายุโรปจึงได้ขอให้คณะกรรมาธิการยุโรปจัดทำข้อเสนอทางกฎหมายโดยกำหนดให้การชุด คริปโตเคอเรนซีซึ่งเป็นกิจกรรมที่มีส่วนสำคัญต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนตามกฎหมาย Taxonomy ภายใน เดือนมกราคม ค.ศ. ๒๐๒๕^{๓๓}

๕.๒ กฎระเบียบเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลด้านความยั่งยืนในภาคบริการทางการเงิน (Regulation on sustainability-related disclosure in the financial services sector)

กฎระเบียบว่าด้วยการเปิดเผยข้อมูลทางการเงินด้านความยั่งยืน (Sustainable Finance Disclosure Regulation: SFDR)^{๓๔} เป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ออกผลิตภัณฑ์การเงิน ผู้จัดการสินทรัพย์ ที่ปรึกษาทางการเงิน และผู้ที่มีส่วนร่วมในตลาดการเงินอื่นที่อ้างว่าผลิตภัณฑ์การเงินของตนเป็นผลิตภัณฑ์การเงินเพื่อความยั่งยืนต้องเปิดเผยข้อมูลด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาล ของผลิตภัณฑ์การเงินดังกล่าวให้ผู้ลงทุนทราบ ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ลงทุนเข้าใจและสามารถเปรียบเทียบข้อมูลทางการเงินอย่างยั่งยืน

^{๓๓} European Parliament, “Cryptocurrencies in the EU: new rules to boost benefits and curb threats” (Press Releases, March 2022) <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220309IPR25162/cryptocurrencies-in-the-eu-new-rules-to-boost-benefits-and-curb-threats>> accessed September 8th, 2022

^{๓๔} รายละเอียด โปรดดู Regulation (EU) 2019/2088 on sustainability-related disclosures in the financial services sector

ของผลิตภัณฑ์ทางการเงินแต่ละประเภทได้ รวมทั้งเพื่อลดปัญหาการฟอกเขียว ซึ่งต่อมา SFDR ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา ๒๕ แห่งกฎหมาย Taxonomy^{๓๕}

SFDR กำหนดให้ผลิตภัณฑ์ทางการเงินเพื่อความยั่งยืนต้องมีเอกสารที่อธิบายข้อมูลว่า ผลิตภัณฑ์ทางการเงินนั้นจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างไร โดยกำหนดรายละเอียดที่ต้องเปิดเผยในแต่ละกรณี เช่น ผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่อ้างว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดการลงทุนอย่างยั่งยืน โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒ (๑๗) จะต้องเปิดเผยข้อมูลตามรายละเอียดที่กำหนดไว้ในมาตรา ๙ หรือผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่อ้างว่าส่งเสริมสิ่งแวดล้อมหรือลักษณะต่าง ๆ ทางสังคม โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญ จะต้องเปิดเผยข้อมูลตามรายละเอียดที่กำหนดไว้ในมาตรา ๘ ซึ่งมาตรฐานในการกำกับดูแลทางเทคนิค (regulatory technical standard) ตามกฎระเบียบนี้กำหนดให้เอกสารอธิบายข้อมูลดังกล่าวต้องเสนอไปก่อนที่จะมีการทำสัญญาและเป็นระยะอย่างไรก็ดี กฎระเบียบนี้ไม่ใช่ข้อกำหนดเกี่ยวกับการติดฉลาก^{๓๖}

SFDR กำหนดให้ต้องมีการเปิดเผยข้อมูลผลกระทบของผลิตภัณฑ์การเงินในลักษณะที่เป็นผลร้ายต่อความยั่งยืนทั้งในระดับองค์กร (entity) และระดับผลิตภัณฑ์ (product) กล่าวคือ ผู้จัดการสินทรัพย์ ที่ปรึกษาทางการเงิน และผู้ที่มีส่วนร่วมในตลาดการเงินได้มีการพิจารณาถึงผลกระทบภายนอกที่เป็นลบต่อสิ่งแวดล้อมและความเป็นธรรมทางสังคม ในกระบวนการตัดสินใจลงทุนหรือการให้คำแนะนำในการลงทุนในผลิตภัณฑ์การเงินนั้นแล้วหรือไม่ และหากได้พิจารณาแล้ว ข้อพิจารณาดังกล่าวสามารถสะท้อนให้เห็นในผลิตภัณฑ์ทางการเงินนั้นอย่างไร เนื่องจากกระบวนการตัดสินใจลงทุนทางการเงินและการให้คำแนะนำทางการเงินอาจก่อให้เกิดผลกระทบด้านลบต่อสิ่งแวดล้อมและสังคมโดยตรง ไม่ว่าจะยุทธศาสตร์ของการลงทุนนั้นจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดยั่งยืนหรือไม่ก็ตาม^{๓๗}

นอกจากหน้าที่เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลด้านความยั่งยืนตามที่กำหนดไว้ใน SFDR แล้ว เมื่อวันที่ ๒๑ เมษายน ค.ศ. ๒๐๒๑ สหภาพยุโรปได้เสนอร่างกฎหมาย “EU Corporate Sustainability Reporting Directive” เพื่อแก้ไขกฎหมาย “EU Non-Financial Reporting Directive” (Directive 2014/95/EU) เพื่อกำหนดให้บริษัทต้องเปิดเผยข้อมูลอื่นที่ไม่ใช่ข้อมูลทางการเงิน เช่น นโยบายและแนวปฏิบัติด้านสิทธิมนุษยชน สิ่งแวดล้อม และผลกระทบด้านสังคม ตลอดจนการต่อต้านการให้สินบนและคอร์รัปชัน ให้ผู้มีส่วนได้เสียรับทราบเกี่ยวกับผลการดำเนินงานด้านความยั่งยืนด้วย ซึ่งในร่างกฎหมายฉบับใหม่นี้

^{๓๕} European Commission, “Delegated Regulation”, 1 <[https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/C_2022_1931_1_EN_ACT_part1_v6%20\(1\).pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/C_2022_1931_1_EN_ACT_part1_v6%20(1).pdf)> accessed September 8th, 2022

^{๓๖} Ibid.

^{๓๗} European Commission, “sustainability-related disclosure in the financial services sector” <https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/disclosures/sustainability-related-disclosure-financial-services-sector_en> accessed September 8th, 2022

คณะกรรมการยุโรปเสนอให้ขยายขอบเขตของกฎหมายให้ครอบคลุมบริษัทขนาดใหญ่ และบริษัททั้งหมดที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ รวมถึงวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (ยกเว้น micro enterprises) จะต้องเปิดเผยและรายงานข้อมูล เกี่ยวกับการดำเนินงานด้านความยั่งยืนเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียรับทราบข้อมูลที่ไม่ใช่ข้อมูล ด้านการเงินควบคู่ไปกับการให้ข้อมูลด้านการเงินอย่างเป็นระบบ และยกเลิกหลักเกณฑ์เดิม ที่กำหนดว่าบริษัทที่อยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายฉบับนี้ คือ บริษัทที่มีลูกจ้าง ๕๐๐ คนขึ้นไป ซึ่งแนวทางปฏิบัติในการเปิดเผยและรายงานข้อมูล มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

๑) เปิดเผยและรายงานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความยั่งยืนของภาคธุรกิจ โดยแสดงรายละเอียดไว้ในรายงานผลการดำเนินงานธุรกิจ ซึ่งแยกต่างหากจากงบการเงิน เพื่อให้ ผู้ถือหุ้น นักลงทุน และสาธารณชน รับทราบและง่ายต่อการตรวจสอบ

๒) การรายงานข้อมูลความยั่งยืนของธุรกิจ ต้องครอบคลุมทั้งผลกระทบ ของการดำเนินการธุรกิจที่มีต่อสิ่งแวดล้อม และผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ที่มีต่อธุรกิจ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ธุรกิจมีความเกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมทั้งในฐานะผู้สร้างผลกระทบ ('inside-out' perspective) และผู้ที่ได้รับผลกระทบ ('outside-in' perspective) ซึ่งร่างกฎหมาย นี้กำหนดให้มีการรายงานข้อมูลในทั้งสองมิติ (double materiality)

๓) การตรวจสอบคุณภาพการรายงานด้านความยั่งยืนโดยบุคคลที่สาม เพื่อสร้างความเชื่อมั่นในคุณภาพของการวัดผลและการรายงานด้านความยั่งยืนของบริษัท

๔) การนำเทคโนโลยีดิจิทัลเข้ามาใช้ เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการเผยแพร่ ข้อมูลสู่สาธารณะ โดยกำหนดให้มีการจัดเก็บข้อมูลในรูปแบบดิจิทัลเพื่ออำนวยความสะดวก แก่ประชาชนในการเข้าถึงข้อมูล และสนับสนุนการเปิดเผยข้อมูลเปิดภาครัฐในรูปแบบดิจิทัล ต่อสาธารณะ

ทั้งนี้ คณะกรรมการที่ปรึกษาการจัดทำรายงานทางการเงินของสหภาพยุโรป (EFRAG) อยู่ระหว่าง พัฒนามาตรฐานการรายงานความยั่งยืนเพื่อให้บริษัทสามารถใช้เป็นแนวทางการรายงาน ความยั่งยืนต่อไป โดยคาดว่าจะครอบคลุมประเด็นสำคัญ อาทิ การเปลี่ยนแปลง สภาพภูมิอากาศ มลพิษ ทรัพยากรทางน้ำและทะเล ความหลากหลายทางชีวภาพ เศรษฐกิจ หมุนเวียน รวมทั้งประเด็นด้านสังคมและธรรมาภิบาลด้วย^{๓๘}

^{๓๘} ThaiEurope.net, “อียูเตรียมยกระดับการเปิดเผยข้อมูลด้านความยั่งยืนของธุรกิจ” (EU Watch, กันยายน ๒๕๖๕) <<https://www.bangkokbiznews.com/world/1027629>> สืบค้นเมื่อ ๘ กันยายน ๒๕๖๕

๕.๓ มาตรฐานพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป (European green bond standard)^{๓๙}

พันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม (green bond) เป็นเครื่องมือสำคัญที่สหภาพยุโรปนำมาใช้ในการระดมทุนเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ แต่โดยที่รูปแบบของพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมในสหภาพยุโรปปัจจุบันยังไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เนื่องจากความไม่ชัดเจนของนิยามคำว่า “โครงการเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม” รวมทั้งการกำกับดูแลพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมยังไม่มีมาตรฐานและไม่มีกรอบที่ชัดเจน กลุ่มผู้เชี่ยวชาญระดับสูงด้านการเงินอย่างยั่งยืนในคณะกรรมการการยุโรป (the Commission’s High-Level Expert Group on sustainable finance) จึงได้เสนอให้มีการกำหนดมาตรฐานพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมขึ้น โดยเป็นส่วนหนึ่งของแผนปฏิบัติการด้านการเงินเพื่อการเจริญเติบโตอย่างยั่งยืน (Financing Sustainable Growth Action Plan) และข้อตกลงสีเขียวของยุโรป (European Green Deal) การใช้มาตรฐานนี้จะช่วยให้บริษัทและหน่วยงานภาครัฐสามารถระดมทุนขนาดใหญ่สำหรับการลงทุนด้านสภาพอากาศและเป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมได้ง่ายขึ้น และในขณะเดียวกันสามารถคุ้มครองนักลงทุนจากปัญหาการฟอกเขียว

มาตรฐานพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป (European Green Bond Standard: EUGBS) เป็นมาตรฐานสมัครใจสำหรับผู้ออกพันธบัตรที่ประสงค์จะใช้ชื่อพันธบัตรของตนว่า “พันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม” โดยมาตรฐานนี้จะนำรายละเอียดในคำนิยาม “กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม” ตามกฎหมาย Taxonomy มาใช้ในการกำหนดว่า การลงทุนที่เป็นการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมมีลักษณะอย่างไร

EUGBS มีหลักการสำคัญ ดังต่อไปนี้^{๔๐}

๑) EUGBS ใช้กับผู้ออกพันธบัตรทั้งที่อยู่ในสหภาพยุโรปและนอกสหภาพยุโรป รวมทั้งบริษัท รัฐบาล สถาบันการเงิน และผู้ออกพันธบัตรและหลักทรัพย์ที่มีสินทรัพย์อื่นหนุนหลัง (asset-backed security)

๒) EUGBS เป็นมาตรฐานสมัครใจ (voluntary) ซึ่งกำหนดเงื่อนไขสำหรับผู้ออกพันธบัตรที่ประสงค์จะใช้ชื่อว่า “พันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม”

๓) มาตรฐานนี้กำหนดให้ผู้ออกพันธบัตรต้องจัดสรรเงินจำนวนร้อยละ ๑๐๐ ของเงินทุน (รายได้) ที่ได้มาจากการระดมทุนจากการออกพันธบัตรดังกล่าวเพื่อทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นไปตามกฎหมาย Taxonomy กำหนดภายในวันครบกำหนดอายุของพันธบัตร

^{๓๙} European Commission, “European green bond standard” <https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/european-green-bond-standard_en> accessed September 8th, 2022

^{๔๐} European Commission, “Questions and Answers: European Green Bonds Regulation” <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_3406> accessed September 8th, 2022

๔) พันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมสามารถใช้เพื่อระดมทุนสำหรับโครงการระยะยาว (ระยะเวลาสูงสุด ๑๐ ปี) เพื่อให้เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สอดคล้องกับกฎหมาย Taxonomy

๕) การตรวจสอบพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมกระทำโดยผู้ตรวจสอบภายนอก (external reviewer) เพื่อรับรองว่าพันธบัตรนั้นสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน EUGBS ซึ่งผู้ตรวจสอบภายนอกต้องเป็นผู้ที่ขึ้นทะเบียนไว้กับ European Securities and Markets Authority (ESMA) และโดยที่ผู้ตรวจสอบภายนอกมีบทบาทสำคัญในการรักษาความมั่นคงของตลาดพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ดังนั้น EUGBS จึงได้กำหนดเงื่อนไขที่ผู้ตรวจสอบภายนอกต้องปฏิบัติเกี่ยวกับความโปร่งใส คุณสมบัติทางวิชาชีพ และการมีผลประโยชน์ทับซ้อน โดย ESMA มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว

EUGBS เป็นไปตามแนวปฏิบัติที่เป็นเลิศ (Best Practice) ด้านความโปร่งใสและการตรวจสอบจากภายนอก รวมถึงด้านการคุ้มครองผู้ลงทุนและความยั่งยืน โดย EUGBS กำหนดให้ก่อนการออกพันธบัตร ผู้ออกต้องเผยแพร่หนังสือชี้ชวนที่ระบุเป้าหมายการระดมทุนและวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมของพันธบัตรอย่างชัดเจน ซึ่งเป็นขั้นตอน “การตรวจสอบก่อนการออก (pre-issuance review)” เพื่อให้แน่ใจว่าพันธบัตรนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดของ EUGB และเมื่อได้มีการออกพันธบัตรแล้ว ผู้ออกพันธบัตรต้องเผยแพร่รายงานประจำปีที่แสดงว่าได้จัดสรรเงินที่ได้รับจากการระดมทุนตามพันธบัตรให้กับโครงการที่สอดคล้องกับกฎหมาย Taxonomy และเมื่อเงินที่ได้รับจากพันธบัตรทั้งหมดได้รับการจัดสรรแล้ว (ซึ่งต้องเกิดก่อนวันครบกำหนดอายุของพันธบัตร) ผู้ออกพันธบัตรต้องได้รับ “การตรวจสอบหลังการออก (post-issuance review)” สำหรับผู้ออกพันธบัตรบางราย เช่น ธนาคร อาจมีเงื่อนไขในการขอรับการตรวจสอบภายหลังการออกเป็นแบบรายปี หรือมีเงื่อนไขเกี่ยวกับการเผยแพร่รายงานด้านผลกระทบของพันธบัตรต่อสิ่งแวดล้อม

๖) ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การตรวจสอบทางเทคนิคตามกฎหมาย Taxonomy ของสหภาพยุโรปภายหลังจากการออกพันธบัตร ผู้ออกพันธบัตรสามารถใช้หลักเกณฑ์การตรวจสอบเดิมได้เป็นระยะเวลาห้าปี

๕.๔ กฎระเบียบเกี่ยวกับเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะการลงทุนขององค์กรไปสู่สังคมคาร์บอนต่ำ (EU Low Carbon Benchmarks Regulation)

เกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะ (benchmark) มีบทบาทสำคัญในตลาดการเงิน โดยใช้เป็นจุดที่ใช้อ้างอิงในการกำหนดราคาของเครื่องมือทางการเงินและธุรกรรมต่าง ๆ ใช้วัดผลสัมฤทธิ์และประสิทธิภาพของเครื่องมือทางการเงิน และกำหนดผลผูกพันที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางการเงิน ดังนั้น ความโปร่งใส คุณภาพ รวมทั้งข้อมูลจึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้เกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ^{๔๑}

^{๔๑} Brühl Volker, *supra* note 30, 328.

สหภาพยุโรปได้ออกกฎระเบียบว่าด้วยเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะ (Benchmark Regulation)^{๔๒} ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๘ เพื่อกำหนดขอบเขตในการกำกับดูแลสำหรับผู้ดูแลเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะ (benchmark administrator) ปรับปรุงการบริหารจัดการและการควบคุมกระบวนการเปรียบเทียบสมรรถนะ โดยเฉพาะในเรื่องการไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนของผู้ดูแล การปรับปรุงคุณภาพของข้อมูลและระเบียบวิธีของเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะ ทำให้เกิดความมั่นใจว่าผู้มีส่วนร่วมในการวัดสมรรถนะและข้อมูลที่ใช้วัดสมรรถนะอยู่ภายใต้การควบคุมที่เพียงพอ โดยเฉพาะในเรื่องการไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน การคุ้มครองผู้บริโภคและผู้ลงทุนด้วยความโปร่งใส และการให้สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาค่าชดเชยหากเกิดความเสียหาย (right to redress) รวมทั้งทำให้เกิดความมั่นใจว่า องค์กรภายใต้การกำกับดูแลมีแผนการที่เป็นลายลักษณ์อักษรในกรณีที่มีการยกเลิกหรือการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะ ซึ่งเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะนี้อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่เข้มงวด โดยเฉพาะในเรื่องอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการให้อำนาจนำเข้าสู่ข้อมูล ผู้ดูแลเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะที่อยู่ในสหภาพยุโรปต้องยื่นขออนุญาตหรือลงทะเบียนภายใต้การกำกับดูแลโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้อง^{๔๓}

ต่อมา Benchmark Regulation ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องการเงินอย่างยั่งยืนสองประเด็นสำคัญ คือ กำหนดเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศของสหภาพยุโรป และเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะของสหภาพยุโรปที่สอดคล้องกับข้อตกลงปารีส (EU Paris-aligned benchmarks) ในระดับสหภาพ ซึ่งเป็นเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะประเภทใหม่ที่จะช่วยให้นักลงทุนสามารถเปรียบเทียบ carbon footprint ในโครงการที่ตนเองลงทุน ทั้งนี้ เพื่อจำกัดการเพิ่มขึ้นของอุณหภูมิโลกที่สูงขึ้น นอกจากนั้น ยังกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลด้านความยั่งยืนของเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ค.ศ. ๒๐๒๐^{๔๔}

^{๔๒} รายละเอียด โปรดดู Regulation (EU) 2016/1011 on indices used as benchmarks in financial instruments and financial contracts or to measure the performance of investment funds and amending Directives 2008/48/EC and 2014/17/EU and Regulation (EU) No 596/2014

^{๔๓} European Securities and Markets Authority (ESMA), “Benchmarks” <<https://www.esma.europa.eu/policy-rules/benchmarks>> accessed September 8th, 2022

^{๔๔} รายละเอียด โปรดดู Regulation (EU) 2019/2089 amending Regulation (EU) 2016/1011 as regards EU Climate Transition Benchmarks, EU Paris-aligned Benchmarks and sustainability-related disclosures for benchmarks

๕.๕ การแก้ไขกฎระเบียบเกี่ยวกับตลาดการเงิน (Amendments to financial market regulations)^{๔๕}

วันที่ ๒๑ เมษายน ค.ศ. ๒๐๒๑ มีการเสนอแก้ไขกฎระเบียบว่าด้วยตลาดการเงินหลายฉบับ เพื่อประกันว่า ที่ปรึกษาการลงทุนได้มีการชี้แจงให้ลูกค้าที่ลงทุนในผลิตภัณฑ์ด้านการลงทุนอย่างยั่งยืนได้ทราบถึงหน้าที่ของสถาบันการเงินในการประเมินความเสี่ยงด้านความยั่งยืนของการลงทุน และความจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงปัจจัยด้านความยั่งยืนเมื่อมีการออกแบบผลิตภัณฑ์ทางการเงินหรือการลงทุน ซึ่งมาตรการเหล่านี้จะช่วยป้องกันไม่ให้เกิดผลิตภัณฑ์ทางการเงินที่มีลักษณะเป็นการฟอกเขียว ด้วยเหตุนี้ จึงได้มีการเสนอแก้ไขกฎระเบียบเกี่ยวกับตลาดการเงินหลายฉบับ เช่น คำสั่งว่าด้วยการจัดการลงทุนในหลักทรัพย์ที่เปลี่ยนมือได้ (Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities Directive) คำสั่งว่าด้วยการจำหน่ายประกันภัย (Insurance Distribution Directive) คำสั่งว่าด้วยการบริหารจัดการการลงทุนทางเลือก (Alternative Investment Management Directive)

๖. บทสรุป

เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนเป็นนโยบายด้านการเงินประการหนึ่งของสหภาพยุโรปที่จะนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ใน European Green Deal ซึ่งส่งผลให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนำเทคโนโลยีมาใช้ในการระดมทุนในโครงการหรือกิจกรรมที่ตอบสนองความต้องการด้านการเงินและความยั่งยืนเป็นจำนวนมาก เช่น แพลตฟอร์มคราวด์ฟันดิ้งซื้อขายหุ้นกู้ในโครงการพลังงานหมุนเวียนและจำหน่ายไฟฟ้าคาร์บอนต่ำ การนำเทคโนโลยี blockchain มาใช้สนับสนุนการให้บริการด้านพลังงานสะอาด peer-to-peer energy transaction การซื้อขายคาร์บอนเครดิต (trade and exchange of carbon credit) พันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อม (green bond) อย่างไรก็ตาม โดยที่การใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนมีความเสี่ยงและข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้พลังงานในระดับที่สูงมากในทุกขั้นตอน รวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับการฟอกเขียว ด้วยเหตุนี้ สหภาพยุโรปจึงได้เสนอกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืน ได้แก่ กฎระเบียบเกี่ยวกับการกำหนดนิยามและจัดประเภทกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน และเป็นมาตรฐานเดียวกันของสหภาพยุโรป (EU taxonomy for sustainable activities) กฎระเบียบว่าด้วยการเปิดเผยข้อมูลด้านความยั่งยืนในภาคบริการทางการเงิน (Regulation on sustainability-related disclosure in the financial services sector) มาตรฐานพันธบัตรเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป (European green bond standard) กฎระเบียบเกี่ยวกับเกณฑ์เปรียบเทียบสมรรถนะการลงทุนขององค์กรไปสู่สังคมคาร์บอนต่ำ (EU low carbon benchmarks regulation) รวมทั้งการแก้ไขกฎระเบียบเกี่ยวกับตลาดการเงิน

^{๔๕} Brühl Volker, *supra* note 30, 329.

(amendments to financial market regulations) ทั้งนี้ เพื่อใช้เป็นกรอบในการพิจารณาในกระบวนการตัดสินใจของนักลงทุนในกิจกรรมหรือโครงการเพื่อความยั่งยืน รวมทั้งเป็นหลักปฏิบัติให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความชัดเจน โปร่งใส และเป็นธรรม

ประเทศไทยตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาสิ่งแวดล้อมและการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจที่ยั่งยืน และได้ให้การรับรองเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs) ขององค์การสหประชาชาติเพื่อร่วมกันพัฒนาโลกให้มีความสมดุลและยั่งยืน และให้สัตยาบันต่อความตกลงปารีส (Paris Agreement) ซึ่งปัจจุบันหน่วยงานในภาคการเงินได้เริ่มนำแนวคิดการเงินเพื่อความยั่งยืน มาผนวกในกลยุทธ์การทำธุรกิจซึ่งคำนึงถึงประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม สังคม และธรรมาภิบาล ในทุกระบวนการอย่างจริงจัง นอกจากนี้ หน่วยงานกำกับดูแลในภาคการเงินได้จัดตั้งคณะทำงานด้านความยั่งยืนในภาคการเงิน (working group on sustainable finance) ประกอบด้วย สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ธนาคารแห่งประเทศไทย สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เพื่อร่วมมือกันกำหนดแนวทางการพัฒนาภาคการเงินเพื่อความยั่งยืน (sustainable finance Initiatives for Thailand) ซึ่งเป็นทิศทางการดำเนินการด้านการเงินเพื่อความยั่งยืนในภาคการเงินไทยที่ชัดเจนและสอดคล้องกัน^{๔๖} ดังนั้น การศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเงินอย่างยั่งยืนของสหภาพยุโรปจะเป็นประโยชน์ในการที่จะนำมาปรับใช้กับแนวทางการพัฒนาภาคการเงินเพื่อความยั่งยืนของประเทศไทยต่อไป

^{๔๖} Sustainable Capital Market Development, “Sustainable Finance Initiatives for Thailand”

<<https://www.setsustainability.com/libraries/1029/item/sustainable-finance-initiatives-for-thailand>>

สืบค้นเมื่อ ๗ กันยายน ๒๕๖๕

การระงับข้อพิพาทออนไลน์ในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Online Dispute Resolution in Digital Economy Era)*

นางสาวพงษ์พิลัย วรณราช **

นางสาวสายทิพย์ สัตยญะวี ***

ปัจจุบันการค้าการลงทุนทั้งในประเทศและระหว่างประเทศได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว และมีการนำเอาเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ในการติดต่อสื่อสารเพื่อเพิ่มช่องทางในทางธุรกิจให้มีความหลากหลายและสอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภคได้ดียิ่งขึ้น ประกอบกับยุคนี้เป็นยุคเศรษฐกิจดิจิทัลซึ่งมีการนำสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาใช้กันอย่างแพร่หลายในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป ส่งผลให้เกิดการพัฒนาของระบบเศรษฐกิจดิจิทัลอย่างก้าวกระโดด และทำให้สื่ออิเล็กทรอนิกส์เข้ามามีบทบาทสำคัญกับการดำรงชีวิตของคนส่วนใหญ่ในสังคม โดยเฉพาะการซื้อขายสินค้าและบริการออนไลน์รวมทั้งการทำธุรกรรมต่าง ๆ ผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากมีความสะดวก รวดเร็ว ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย อีกทั้งยังตอบสนองต่อความต้องการที่แท้จริงของผู้บริโภคได้มากที่สุด และโดยที่การซื้อขายหรือการทำธุรกรรมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้น ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่จำเป็นต้องเห็นหน้าหรืออยู่ในประเทศเดียวกัน เพราะการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นการสื่อสารที่ไร้พรมแดน ทำให้เกิดการซื้อขายสินค้าและบริการ รวมทั้งการทำธุรกรรมในเชิงพาณิชย์หรือที่เรียกว่า “การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Commerce) ในทางระหว่างประเทศเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ

เมื่อการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้รับความนิยมและมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้น สิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ คือ ข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาททางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่ยังไม่ยอมรับกันระหว่างคู่กรณี อันเกิดจากพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในรูปแบบต่าง ๆ โดยอาจเกิดขึ้นจากธุรกิจในรูปแบบง่าย ๆ ไปจนถึงรูปแบบที่สลับซับซ้อน และอาจเป็นธุรกิจภายในประเทศหรือธุรกิจระหว่างประเทศก็ได้ เนื่องจากการประกอบการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้ขยายตัวออกไปในระหว่างประเทศต่าง ๆ มากขึ้น ทั้งในด้านการค้าระหว่างประเทศ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายแปลและให้ความเห็น กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

*** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายแปลและให้ความเห็น กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

และการลงทุนระหว่างประเทศ^๑ ซึ่งโดยปกติแล้วคู่กรณีมักเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการยื่นฟ้องคดีต่อศาล แต่วิธีดังกล่าวไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาททางอิเล็กทรอนิกส์เนื่องจากมีปัญหาหลายประการ โดยเฉพาะปัญหาความล่าช้าในการดำเนินคดี นอกจากนี้ ข้อมูลบางอย่างที่ต้องเปิดเผยและเสนอต่อศาลในการพิจารณาคดีเป็นข้อมูลทางธุรกิจซึ่งผู้ประกอบการประสงค์จะรักษาไว้เป็นความลับทางการค้า ดังนั้น การยื่นฟ้องคดีต่อศาลจึงไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาททางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งต้องการความรวดเร็ว เพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินการได้ต่อไป^๒

๑. กลไกการระงับข้อพิพาทที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

ก่อนที่จะพิจารณาถึงแนวคิด ความเป็นมา และพัฒนาการที่สำคัญของระบบการระงับข้อพิพาทออนไลน์ รวมทั้งวิธีปฏิบัติหรือแนวทางการดำเนินการที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ผู้เขียนขอเสนอให้เห็นถึงภาพรวมของกลไกการระงับข้อพิพาทที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งมีรูปแบบและวิธีการที่หลากหลายแตกต่างกันออกไป โดยคู่พิพาทสามารถเลือกใช้วิธีการที่เหมาะสมกับลักษณะของข้อพิพาทและบริบทที่เกี่ยวข้อง โดยต้องถือเอาความยินยอมของคู่พิพาทเป็นสำคัญซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้^๓

๑.๑ การเจรจาต่อรอง (Negotiation) เป็นการเจรจากันเองระหว่างคู่กรณีเพื่อหาจุดที่ทั้งสองฝ่ายต่างเห็นพ้องต้องกัน จึงเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่มีความเป็นธรรม ประหยัด รวดเร็ว รวมทั้งสามารถรักษาความลับและสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่กรณีด้วยตนเอง แต่การเจรจาต่อรองต้องอาศัยความร่วมมือของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและไม่มีอะไรรับประกันได้ว่า ท้ายที่สุดแล้วทั้งสองฝ่ายจะสามารถหาข้อยุติได้ ซึ่งหากไม่สามารถหาข้อยุติร่วมกันได้ คู่กรณีอาจต้องไปใช้วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นแทน

๑.๒ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) เป็นการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามเป็นคนกลาง ที่เรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” เข้าร่วมในกระบวนการด้วย ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นผู้ประสานความเข้าใจให้กับทั้งสองฝ่าย ซึ่งวิธีการนี้มีความยุ่งยากน้อยมากเมื่อเทียบกับการฟ้องร้องคดีต่อศาล มีบรรยากาศของความเป็นกันเองและไม่ค่อยมีลักษณะของการเผชิญหน้าที่เป็นปรปักษ์มากนัก ทำให้มีโอกาสที่จะรักษาสัมพันธ์ภาพของคู่กรณีไว้ได้ รวมทั้งยังใช้เวลาและค่าใช้จ่ายไม่มากนัก อีกทั้งยังสามารถรักษาความลับของคู่กรณีได้เป็นอย่างดี แต่ปัญหาที่อาจเกิดขึ้น คือ การตัดสินใจขั้นสุดท้ายยังคงเป็นอำนาจของคู่กรณีว่าจะยอมตกลงตามที่ผู้ไกล่เกลี่ย

^๑ จณินธรณ์ พรานขุน, “ปัญหาทางกฎหมายในการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการทางอิเล็กทรอนิกส์ของไทย”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม, ๒๕๖๒, น. ๙.

^๒ อารีย์รัฐ ศรีอุดม, “การพัฒนารูปแบบกระบวนการยุติธรรมและกฎหมาย : การระงับข้อพิพาทออนไลน์”, น. ๑๒, <www.krisdika.go.th>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๕.

^๓ จณินธรณ์ พรานขุน, *อ้าวแล้ว เจิงอรรถที่ ๑*, น. ๑๑-๑๘.

เสนอหรือไม่ ซึ่งหากคู่กรณีไม่ยอมรับข้อเสนอสืบข้อพิพาทจากผู้ไกล่เกลี่ย ท้ายที่สุดแล้วก็อาจจะต้องนำเรื่องไปฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลต่อไป

๑.๓ การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาทที่ใกล้เคียงกับการดำเนินคดีในศาล โดยคู่กรณีจะแต่งตั้งบุคคลทำหน้าที่เป็น “อนุญาโตตุลาการ” เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะต้องนำสืบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้อนุญาโตตุลาการใช้เป็นข้อมูลในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยข้อแตกต่างระหว่างการไกล่เกลี่ยกับการอนุญาโตตุลาการ คือ ความเห็นของผู้ไกล่เกลี่ยเป็นเพียงข้อเสนอแนะวิธีการแก้ไขปัญหานั้น แต่ไม่มีผลผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม ในขณะที่ความเห็นของอนุญาโตตุลาการซึ่งแสดงออกด้วยคำชี้ขาด (arbitral award) มีผลผูกพันเป็นยุติให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามทันที ซึ่งหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำชี้ขาด อีกฝ่ายหนึ่งสามารถใช้กระบวนการทางศาลเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดได้ การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมีความยุ่งยากน้อยกว่าการดำเนินคดีในศาล เพราะมีความยืดหยุ่นมากกว่า อีกทั้งคู่กรณีสามารถเลือกบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทมาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ ประกอบกับปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงนิวยอร์กว่าด้วยการยอมรับนับถือและการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ค.ศ. ๑๙๕๘ (The New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) ซึ่งประเทศภาคีมีหน้าที่ต้องบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ดังนั้น คำชี้ขาดตามอนุสัญญาดังกล่าวจึงสามารถนำไปบังคับในประเทศที่เป็นภาคีของอนุสัญญาดังกล่าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องไปดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีใหม่ทั้งหมด

๑.๔ การฟ้องร้องคดีต่อศาล (Litigation) การระงับข้อพิพาทโดยวิธีนี้ถือเป็นมาตรการสุดท้ายเมื่อวิธีการอื่นใช้ไม่ได้ผล และคู่พิพาทมีความจำเป็นต้องทำให้สิทธิหน้าที่ของแต่ละฝ่ายมีอยู่เกิดความชัดเจนเพื่อที่จะปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง อีกทั้งยังเป็นมาตรการในการบังคับให้เป็นไปตามผลที่เกิดจากกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ เช่น การบังคับตามข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความที่เกิดจากการเจรจาต่อรองหรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ นอกจากนี้ ยังเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่คู่สัญญาหรือคู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีอยู่ ในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกันไว้เป็นพิเศษถึงมาตรการหรือวิธีการที่จะนำมาใช้ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างกันขึ้น

๒. การระงับข้อพิพาทออนไลน์

๒.๑ แนวความคิดของการระงับข้อพิพาทออนไลน์

แม้ว่ากลไกการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ในปัจจุบันจะมีรูปแบบและวิธีการที่หลากหลายซึ่งคู่พิพาทสามารถเลือกวิธีการที่ตนเองพึงพอใจได้ แต่ด้วยพัฒนาการทางด้านเทคโนโลยีโดยเฉพาะด้านการสื่อสารในปัจจุบันทำให้สังคมโลกก้าวเข้าสู่ยุคดิจิทัลอย่างแท้จริง การทำธุรกรรมในรูปแบบออนไลน์เข้ามามีบทบาทอย่างมากในชีวิตประจำวันของคนในสังคม และ

การระงับข้อพิพาทแบบเดิมที่ใช้อยู่อาจไม่เหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงในโลกปัจจุบัน โดยเฉพาะข้อพิพาทที่เกิดจากการทำธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เพราะการดำเนินคดีทางศาลตามกลไกเดิมนั้นอาจไม่สอดคล้องกับลักษณะของการซื้อขายออนไลน์ที่ผู้ซื้อและผู้ขายอยู่ห่างไกลกันโดยระยะทาง เป็นธุรกรรมที่มีมูลค่าการซื้อขายต่ำแต่มีปริมาณการทำธุรกรรมสูง อีกทั้งยังต้องการความรวดเร็วในการจัดการ หากใช้วิธีการแบบเดิมอาจทำให้เสียเวลา เกิดความยุ่งยาก และเสียค่าใช้จ่ายจนเกินสมควร ด้วยเหตุดังกล่าว จึงมีแนวความคิดที่จะนำวิธีการระงับข้อพิพาทออนไลน์ (Online Dispute Resolution : Principles and Things to know for Digital Entrepreneurs หรือ ODR) มาใช้ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการทำธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เพราะต้องคำนึงถึงความคุ้มค่าและความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินการ ซึ่งหากปราศจากการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมแล้ว อาจจะทำให้เกิดผลเสียต่อการทำธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์โดยรวม

แนวความคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์ในต่างประเทศที่สำคัญได้แก่^๔

(๑) สหภาพยุโรป : สหภาพยุโรปให้ความสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภคเมื่อพฤติกรรมการจับจ่ายใช้สอยของผู้บริโภคเปลี่ยนแปลงไป การมีกฎหมายต้นแบบที่นำมาถือปฏิบัติร่วมกันจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ โดยสหภาพยุโรปมีกฎหมายที่ใช้ร่วมกันเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์ คือ Technical Notes on Online Dispute Resolution (๒๐๑๖) ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ UNCITRAL ซึ่งได้นิยามบทบาทหน้าที่ ความรับผิดชอบ และการสื่อสารของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ไว้ โดยมีขั้นตอนการระงับข้อพิพาท ๓ ขั้นตอน คือ ขั้นแรกจะใช้วิธีการเจรจาต่อรองก่อน หากไม่เป็นผลขั้นตอนต่อไปจะใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยแต่งตั้งคนกลางที่มีประสบการณ์เพื่อสื่อสารกับคู่กรณีให้ได้ข้อยุติร่วมกันภายในเวลาที่เหมาะสม และขั้นตอนสุดท้ายในกรณีที่ทั้งสองขั้นตอนดังกล่าวไม่ประสบความสำเร็จ ผู้ดูแลระบบจะแจ้งให้คู่พิพาททราบถึงกระบวนการแก้ไขข้อขัดแย้งในรูปแบบอื่น เช่น การใช้วิธีการในรูปแบบอนุญาโตตุลาการ โดยการระงับข้อพิพาทออนไลน์ของสหภาพยุโรปจะใช้บังคับกับประเทศที่เป็นสมาชิก ซึ่งจะมีหน่วยงานของรัฐให้บริการระงับข้อพิพาทออนไลน์หลายหน่วยงาน เช่น คณะกรรมการการสหภาพยุโรปได้เปิดให้บริการระงับข้อพิพาทออนไลน์นอกศาลระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจที่เป็นผู้ค้าหรือผู้บริการออนไลน์ โดยผู้ซื้อและผู้ขายสามารถส่งคำร้องออนไลน์ผ่านทางแพลตฟอร์มได้โดยตรง รวมทั้งต้องเลือกคนกลางที่จะเป็นผู้ทำการระงับข้อพิพาท ซึ่งในแพลตฟอร์มจะแสดงรายชื่อหน่วยงานหรือบุคคลที่ได้รับการรับรองและได้รับการเสนอชื่อจากประเทศสมาชิกให้ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จากนั้นผู้ระงับ

^๔ ทักษกร มหาแสง, “การระงับข้อพิพาทออนไลน์ ทางเลือกใหม่ของการทำธุรกรรมซื้อขายออนไลน์”, เอกสารประกอบการประชุมสนทนาวិชาการระดับชาติ ครั้งที่ ๑๐ การวิจัยเพื่อความยั่งยืน ภายใต้ชีวิตวิถีใหม่ หลังโควิด-๑๙, น. ๔-๖.

ข้อพิพาทจะติดต่อกับคู่พิพาททั้งสองฝ่ายผ่านการนัดประชุมออนไลน์หรือนัดพบกัน หรือวิธีอื่นใดที่เห็นว่าเหมาะสม เพื่อดำเนินการตามขั้นตอนต่อไป

(๒) สหรัฐอเมริกา : แม้ว่าสหรัฐอเมริกาก็ไม่มีกฎหมายการระงับข้อพิพาทออนไลน์บังคับใช้โดยตรง แต่มีการดำเนินการโดยผู้ประกอบการธุรกิจออนไลน์ (ภาคเอกชน) ที่ให้บริการระงับข้อพิพาทออนไลน์อยู่ภายใต้ระบบซื้อขายสินค้าผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้บริการ เช่น eBay หรือ PayPal ซึ่งจะจัดการข้อพิพาทของผู้ซื้อสินค้าก่อนที่ผู้ซื้อจะนำข้อพิพาทไปสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยสถาบันหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทโดยตรง รวมถึงมีการให้บริการระงับข้อพิพาทออนไลน์โดยหน่วยงานเอกชนเพื่อให้บริการแก่ผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคทั่วไป ซึ่งโดยปกติแล้วสหรัฐอเมริกานิยมใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกที่เป็นการอนุญาโตตุลาการในการทำสัญญาหลักอยู่แล้ว และจะมีการใส่ข้อความให้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเสมอ โดยมีกระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นขั้นตอนให้จัดการกับข้อพิพาทก่อนและมีลักษณะออกเป็นคำบังคับ หากต่อมาคู่พิพาทไม่ปฏิบัติตามคำบังคับก็จะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการของศาล การอนุญาโตตุลาการจึงถือเป็นกระบวนการจัดการคดีนอกศาลซึ่งคู่พิพาทไม่จำเป็นต้องพบเจอกันก็สามารถใช้วิธีการทางออนไลน์ในการระงับข้อพิพาทได้เช่นกัน หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายสามารถตกลงและยอมรับวิธีการได้

(๓) สิงคโปร์ : สิงคโปร์เป็นประเทศที่มีการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมานานด้วยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดคดีเข้าสู่ศาล ทำให้เกิดหน่วยงานที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรวมถึงการอนุญาโตตุลาการอยู่หลายหน่วยงาน แต่หน่วยงานหลัก คือ Singapore International Mediation Centre (SIMC) โดยมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ชื่อ Mediation Act 2017 สำหรับใช้ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีขั้นตอนที่ทำได้ทั้งก่อนฟ้องและหลังฟ้องคดี โดยได้นำวิธีการไกล่เกลี่ยอิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบอินเทอร์เน็ตมาใช้ โดยดำเนินการผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เช่น การประชุมผ่านวิดีโอ

๒.๒ ลักษณะและรูปแบบของการระงับข้อพิพาทออนไลน์

การระงับข้อพิพาทออนไลน์ (ODR) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกหนึ่งที่ใช้เป็นกลไกแก้ไขข้อพิพาท โดยใช้การสื่อสารและจัดการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีสารสนเทศมาช่วยในกระบวนการพิจารณาคดี โดยหากคู่กรณีสามารถตกลงกันได้ก็จะช่วยประหยัดเวลาในการดำเนินการ อีกทั้งยังมีความสะดวกรวดเร็วและยืดหยุ่นกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล^๕ ซึ่งการระงับข้อพิพาทออนไลน์ไม่ว่าโดยวิธีการใดก็ตามต้องอยู่บนพื้นฐานที่สำคัญ ๓ ประการ คือ (๑) การระงับข้อพิพาทออนไลน์ต้องมีขั้นตอนที่กระทำด้วยความยุติธรรม (Due process) (๒) การระงับข้อพิพาทออนไลน์ต้องมีความโปร่งใส

^๕ นงลักษณ์ นามโกชน, “ธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ”, สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, ๒๕๕๐, น. ๓.

(Transparency) และ (๓) ผู้ที่ทำการระงับข้อพิพาทออนไลน์ต้องเป็นกลาง (Impartiality)^๖ ทั้งนี้ การระงับข้อพิพาทออนไลน์ควรมีหลักเกณฑ์หรือขั้นตอนอย่างง่ายเพื่อให้สะดวกและยืดหยุ่นต่อการระงับข้อพิพาทที่แตกต่างกัน ตลอดจนเพื่อให้ง่ายต่อการพัฒนารูปแบบของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ในอนาคตต่อไป^๗ นอกจากนี้ หลักการสำคัญในการนำเทคโนโลยีมาใช้ในการระงับข้อพิพาทออนไลน์ คือ ความเป็นกลางของระบบและความเป็นอิสระของผู้ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท ค่าบริการอยู่ในเกณฑ์ที่สมเหตุสมผลสำหรับผู้บริโภค ผู้ให้บริการระบบมีความโปร่งใสและมีกระบวนการดำเนินการอย่างเป็นธรรม รวมทั้งเทคโนโลยีที่นำมาใช้ต้องมีประสิทธิภาพและมีการรักษาความลับและความปลอดภัยอย่างเหมาะสม^๘

สำหรับรูปแบบของการระงับข้อพิพาทออนไลน์สามารถแบ่งได้เป็น ๓ วิธี^๙

คือ

๑) การเจรจาออนไลน์ (Online negotiation) เป็นการเจรจาระหว่างคู่พิพาทโดยมีการดำเนินการผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งคู่พิพาทสามารถเลือกช่องทางที่เห็นว่าจะมีความสะดวกและเหมาะสมในการติดต่อสื่อสารและเจรจาต่อรองระหว่างกันเพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยุติลงโดยเร็ว เพราะการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจาต่อรองนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจของคู่พิพาทอย่างแท้จริง ทั้งนี้ บางประเทศได้พัฒนารูปแบบการเจรจาออนไลน์ถึงขั้นใช้วิธีการเจรจาแบบอัตโนมัติตามที่กำหนดไว้ในโปรแกรมคอมพิวเตอร์ โดยโปรแกรมจะเป็นผู้กำหนดผลสุดท้ายของการเจรจา กล่าวคือ คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะดำเนินการยื่นข้อเสนอที่เกี่ยวข้องกับจำนวนเงินที่ตนเองต้องการเข้าไปในระบบที่ถูกตั้งโปรแกรมไว้ ซึ่งคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะไม่ทราบถึงจำนวนเงินที่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเสนอเข้ามา ทั้งนี้ จำนวนครั้งในการเสนอจำนวนเงินขึ้นอยู่กับการตั้งโปรแกรมของแต่ละผู้ให้บริการ ซึ่งอาจกำหนดให้เสนอจำนวนเงินได้ไม่เกินกี่ครั้ง หรืออาจเสนอจำนวนเงินกี่ครั้งก็ได้แต่ต้องกระทำภายในเวลาที่กำหนดไว้ โดยการเจรจาออนไลน์ด้วยวิธีการตั้งโปรแกรมนี้มีข้อดี คือ ทำให้เกิดความสะดวก ใช้เวลาในการระงับข้อพิพาทน้อย และประหยัดค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาท เพราะสามารถกระทำที่ใดก็ได้ถ้ามีระบบอินเทอร์เน็ต แต่ก็มีข้อจำกัด คือ ใช้ได้เฉพาะข้อพิพาทที่เป็นตัวเลขเท่านั้น ไม่สามารถเจรจาในเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับตัวเลขหรือเป็นข้อพิพาทที่มีความซับซ้อนได้

^๖ United Nations. (2014). *Online Dispute Resolution*. Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) on the work of its thirtieth session, A/CN.9/827. Vienna: United Nations.

^๗ จฉนิธรณ์ พรานขุน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑, น. ๒๐.

^๘ การระงับข้อพิพาทออนไลน์ (Online Dispute Resolution), กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, <<http://www.etcommission.go.th/article-other-topic-ord.html>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๕.

^๙ จฉนิธรณ์ พรานขุน, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑, น. ๒๒.

(๒) การไกล่เกลี่ยออนไลน์ (Online mediation) ปัจจุบันวิธีการที่มีการใช้ค่อนข้างมากเมื่อเทียบกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์ประเภทอื่น เนื่องจากไม่มีลักษณะของการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการโดยขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่พิพาทอย่างแท้จริง วิธีการมีความยืดหยุ่นสูง คู่พิพาทสามารถเลือกขั้นตอนและเวลาที่จะดำเนินการได้อย่างสะดวกโดยอาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศ และที่สำคัญเงื่อนไขข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทยังขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย อีกทั้งวิธีการแก้ไขและระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทออนไลน์ยังมีลักษณะที่เปิดกว้างเมื่อเทียบกับการอนุญาโตตุลาการหรือการฟ้องร้องคดีต่อศาล สำหรับวิธีการในการไกล่เกลี่ยออนไลน์นั้น ส่วนใหญ่เมื่อหน่วยงานที่ให้บริการระงับข้อพิพาทได้รับข้อร้องเรียนจากคู่พิพาทแล้ว จะติดต่อไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อแจ้งให้ทราบถึงข้อร้องเรียนและสอบถามความสมัครใจของคู่พิพาทอีกฝ่ายว่าประสงค์จะเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยออนไลน์หรือไม่ ซึ่งในกระบวนการไกล่เกลี่ยออนไลน์จะมีการจัดช่องทางผ่านทางเว็บไซต์หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เพื่อให้คู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยสามารถติดต่อสื่อสารกันได้ อย่างไรก็ตามวิธีการนี้มีข้อจำกัดหลายประการ เพราะการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบออนไลน์ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่สามารถใช้วิธีการดังกล่าวได้ นอกจากนี้ ยังต้องมีการพิสูจน์ตัวตนของผู้ที่ร่วมกระบวนการด้วยว่าเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงหรือไม่ เช่น การตรวจสอบลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์

(๓) การอนุญาโตตุลาการออนไลน์ (Online arbitration) เป็นการระงับข้อพิพาทโดยคู่พิพาทตกลงให้บุคคลที่สาม ที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ เข้ามาเป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งคู่พิพาทไม่จำเป็นต้องเดินทางเข้าร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยตนเอง แต่สามารถยื่นข้อเรียกร้อง และคำคัดค้านข้อคัด รวมทั้งนำเสนอพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อใช้เป็นข้อมูลในการพิจารณาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ได้ ซึ่งวิธีดังกล่าวมีข้อดี คือ ๑) เพิ่มช่องทางการติดต่อสื่อสาร เพราะบางกรณีคู่พิพาทอยู่คนละสถานที่กัน ๒) ประหยัดเวลา เพราะคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการสามารถกำหนดวัน เวลา และสถานที่ในการระงับข้อพิพาทได้ ๓) ความชำนาญ โดยคู่พิพาทสามารถเลือกอนุญาโตตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทมาตัดสินข้อพิพาทได้ ๔) การรักษาความลับ ซึ่งส่วนใหญ่คู่พิพาทต้องการรักษาความลับโดยเฉพาะความลับทางด้านธุรกิจ และ ๕) การบังคับตามคำชี้ขาด เนื่องจากบางครั้งคู่พิพาทอยู่คนละประเทศกัน หากใช้การระงับข้อพิพาทโดยศาลอาจมีปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลหรือการบังคับตามคำพิพากษาในต่างประเทศ ทั้งนี้ การนำเอาสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมิได้ทำให้หลักการสำคัญของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ยังคงยึดถือและนำเอาหลักการของการอนุญาโตตุลาการในรูปแบบปกติมาใช้อยู่เช่นเดิม เพียงแต่นำเอาสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาใช้เพื่อให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว

และประหยัด ซึ่งจะทำให้การระงับข้อพิพาทโดยกระบวนการอนุญาโตตุลาการมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเท่านั้น^{๑๐}

๒.๓ ข้อดีและข้อเสียของการระงับข้อพิพาทออนไลน์

การระงับข้อพิพาทออนไลน์เป็นผลลัพธ์ที่เกิดจากพัฒนาการทางด้านเทคโนโลยีสื่อสารประกอบกับการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ต่าง ๆ ในโลกปัจจุบัน ทั้งในเรื่องของการติดต่อค้าขายและการแพร่ระบาดของโรคโควิด-๑๙ ทำให้แต่ละประเทศต้องปรับรูปแบบและช่องทางในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะข้อพิพาททางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ให้มีความเหมาะสม เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยุติลงโดยเร็วและก่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุด อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาทออนไลน์มีทั้งข้อดีและข้อเสียทั้งสองด้าน การนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมาใช้จึงต้องพิจารณาให้เหมาะสมกับบริบทของข้อพิพาท ความพร้อมของกลุ่มพิพาท รวมทั้งปัจจัยอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศหรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่จะนำมาใช้ ระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ และกฎเกณฑ์ที่จะใช้บังคับในกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศ

(๑) ข้อดีของการระงับข้อพิพาทออนไลน์^{๑๑}

(๑.๑) เปิดโอกาสให้คู่พิพาทมีช่องทางในการติดต่อสื่อสารกันมากขึ้น โดยอาศัยการติดต่อสื่อสารผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ทำให้คู่พิพาทลดการเผชิญหน้ากัน และกำจัดความเป็นปฏิปักษ์กันระหว่างคู่พิพาท ซึ่งนอกจากจะมีประโยชน์ต่อกระบวนการพิจารณาแล้ว ยังส่งผลต่อความสัมพันธ์ของคู่พิพาทในการติดต่อธุรกิจกันต่อไปในอนาคตอีกด้วย

(๑.๒) ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากคู่พิพาทไม่ต้องเดินทางไปทำการระงับข้อพิพาท ณ สถานที่อื่น และยังสามารถกำหนดช่วงเวลาในการดำเนินการระงับข้อพิพาท โดยการนัดหมายกันระหว่างคู่พิพาทและอนุญาโตตุลาการ (กรณีที่เป็นการอนุญาโตตุลาการออนไลน์) รวมทั้งสามารถกำหนดระยะเวลาในการระงับข้อพิพาท และในการทำคำชี้ขาดได้ด้วย

(๑.๓) ช่วยให้มีความหลากหลายในการระงับข้อพิพาทได้มากขึ้น เนื่องจากการอาศัยศาลในการระงับข้อพิพาทอาจต้องเผชิญกับปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาล กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท และการบังคับตามคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น การระงับข้อพิพาทออนไลน์ จึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่งให้กับคู่พิพาทที่จะนำมาใช้ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้

(๑.๔) ช่วยลดปริมาณคดีในศาลและกระตุ้นให้มีการปฏิรูปการดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีในศาลที่มีอยู่ในปัจจุบัน ทำให้ศาลเล็งเห็นถึงประโยชน์และเกิดความพยายาม

^{๑๐} นงลักษณ์ นามโกชน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๕*, น. ๔๗-๔๙.

^{๑๑} จณินธรณ์ พรานขุน, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑*, น. ๔๑.

ที่จะนำเอาเทคโนโลยีการติดต่อสื่อสารผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์เข้ามาใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลมากยิ่งขึ้น

(๒) ข้อเสียของการระงับข้อพิพาทออนไลน์

(๒.๑) ต้องอาศัยความยินยอมของคู่พิพาท เนื่องจากการระงับข้อพิพาทนั้นจะมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อคู่พิพาททุกฝ่ายยินยอม ทำให้การระงับข้อพิพาทในลักษณะนี้อาจไม่ถูกเลือกมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการระงับข้อพิพาทนี้ไม่เหมาะสมกับตนหรือตนอาจไม่ได้รับประโยชน์สูงสุด ทำให้ต้องกลับไปพึ่งวิธีการระงับข้อพิพาทโดยศาลเช่นเดิม

(๒.๒) การขาดการติดต่อสื่อสารกันซึ่งหน้า เนื่องจากการติดต่อสื่อสารกันระหว่างบุคคลนั้นมีรูปแบบหรือกรรมวิธีที่หลากหลาย เช่น การแสดงออกทางหน้าตา ระดับเสียง และภาษากาย (body language) ซึ่งเมื่อมีการนำเอาเทคโนโลยีสื่ออิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการติดต่อสื่อสาร ย่อมทำให้คู่พิพาทไม่มีโอกาสได้พบกันและสื่อสารกันโดยภาษากาย

(๒.๓) การขาดการตรวจสอบโดยสาธารณะ เนื่องจากระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์เป็นการดำเนินการผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ จึงมีผลจำกัดเฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องหรือได้รับอนุญาตเท่านั้น เช่น คู่พิพาท ผู้ไกล่เกลี่ย อนุญาโตตุลาการ สถาบันหรือหน่วยงานที่เป็นผู้ให้บริการ จึงอาจทำให้คู่พิพาทจำนวนมากสามารถปิดบังข้อมูลหรือกระทำการใด ๆ ที่ไม่ถูกต้องต่อสาธารณะได้

(๒.๔) การตรวจสอบความถูกต้องของพยานหลักฐาน โดยบางประเทศจะบังคับใช้เฉพาะพยานหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น^{๑๒} จึงอาจเกิดปัญหาว່างจะนำเอาระบบระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้ในประเทศดังกล่าวได้หรือไม่เพียงใด นอกจากนี้ แม้ว่า จะยอมรับให้ส่งพยานหลักฐานต่าง ๆ ผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ แต่ก็ยังมีปัญหาเรื่องความถูกต้องและความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานดังกล่าว จึงต้องมีวิธีการในการตรวจสอบความถูกต้องของพยานหลักฐานนั้น ๆ ด้วย เช่น กรณีลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่ได้ออกกฎหมายรองรับความสมบูรณ์ของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ไว้แล้ว

๓. การพัฒนากลไกการระงับข้อพิพาทออนไลน์ของ UNCITRAL และประเด็นอภิปรายที่เกี่ยวข้อง

๓.๑ ที่มาและหลักการของ Technical Note on Online Dispute Resolution

ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทออนไลน์ได้รับความนิยมในประเทศที่มีการซื้อขายออนไลน์หรือมีการทำธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์เป็นจำนวนมาก เช่น ประเทศสิงคโปร์หรือประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกา เนื่องจากวิธีการระงับข้อพิพาท

^{๑๒} นงลักษณ์ นามโกชน, อ่างแล้ว เชิงอรุณที่ ๕, น. ๗๓.

ในรูปแบบเดิมไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับข้อพิพาททางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยมีปัญหาและอุปสรรคหลายประการ เช่น คู่พิพาท (ผู้ประกอบการและผู้บริโภค) อยู่ห่างกันโดยระยะทางหรือไม่สะดวกที่จะมาเผชิญหน้ากัน มีวันว่างไม่ตรงกัน หรือเป็นข้อพิพาทที่มีมูลค่าไม่สูงมากนัก ซึ่งการนำกลไกการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้จะทำให้เกิดความสะดวกแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย อีกทั้งยังประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายเมื่อเทียบกับการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการทั่วไป โดยในต่างประเทศมีผู้ให้บริการระงับข้อพิพาทออนไลน์เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก เช่น Modria Youstice Internet Neutral Smartsettle One และ Square Trade นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้บริการระงับข้อพิพาทออนไลน์ (ODR Provider) ทั้งแบบระบบเปิดที่ให้บริการโดยทั่วไป เช่น BBB PeopleClaim^{๑๓} และแบบระบบปิดที่ให้บริการเฉพาะลูกค้าของตนเอง เช่น eBay PayPal และ Alipay โดยผู้ให้บริการระงับข้อพิพาทออนไลน์ระบบปิดนี้จะดำเนินการโดยภาคเอกชน ซึ่งผู้ประกอบการกิจออนไลน์ขนาดใหญ่มักจะมีบริการระงับข้อพิพาทออนไลน์อยู่ภายในระบบซื้อขายสินค้าผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่อให้บริการแก่ลูกค้าของตน อย่างไรก็ตาม การระงับข้อพิพาทออนไลน์ในแต่ละประเทศยังมีลักษณะ รูปแบบและวิธีการที่แตกต่างกัน เพราะถือเป็นช่วงเริ่มต้นที่ประเทศต่าง ๆ ได้นำเอาระบบดังกล่าวมาใช้ ซึ่งต้องอาศัยการเรียนรู้และการพัฒนาในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป

ในทางระหว่างประเทศเองก็ได้มีความพยายามที่จะสร้างกลไกเพื่อรองรับสังคมโลกที่เปลี่ยนไปสู่รูปแบบทางอิเล็กทรอนิกส์หรือออนไลน์ ทำให้ก้าวเข้าสู่ยุคเศรษฐกิจดิจิทัลอย่างแท้จริง โดยในปี พ.ศ. ๒๕๕๓ คณะกรรมาธิการแห่งสหประชาชาติ (United Nations Commission) ได้มีมติมอบหมายให้คณะทำงานที่ ๓ ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทออนไลน์นำเรื่องการระงับข้อพิพาทออนไลน์ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ข้ามพรมแดน ไม่ว่าจะเป็นกรณีของผู้ประกอบการกับผู้ประกอบการ (Business-to-Business) หรือผู้ประกอบการกับผู้บริโภค (Business-to-Business) จัดการประชุมทันที เนื่องจากเล็งเห็นว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากการทำธุรกรรมออนไลน์ส่วนใหญ่มีมูลค่าไม่สูงแต่มีจำนวนมาก วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวจึงควรมีความสะดวกรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และมีค่าใช้จ่ายไม่สูง และการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ (Online Dispute Resolution - ODR) เป็นวิธีการที่เหมาะสมในการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะดังกล่าว ซึ่งคณะทำงานที่ ๓ ได้จัดการประชุมในเรื่องนี้หลายครั้งเพื่อหามาตรฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ที่เหมาะสม จนในที่สุด คณะกรรมาธิการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ UNCITRAL ได้มีมติรับรองบันทึกทางเทคนิคเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ (Technical Note on Online Dispute Resolution) ที่เสนอโดยคณะทำงานที่ ๓ เมื่อวันที่ ๑๓ ธันวาคม ๒๕๕๙ เพื่อเป็นแนวทางให้แก่ประเทศต่าง ๆ ในการออกกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับเกี่ยวกับการระงับ

^{๑๓} <<https://www.etda.or.th/th/Knowledge-Sharing/e-Commerce/Online-Dispute-Resolution.aspx?>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๘ สิงหาคม ๒๕๖๕.

ข้อพิพาทออนไลน์ต่อไป^{๑๔} และทำให้เกิดแนวปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน
อย่างไรก็ตาม แนวทางดังกล่าวไม่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกและไม่มีผลทางกฎหมายแต่ประการใด

แนวคิดของ UNCITRAL ในการออก Model law เกี่ยวกับการระงับ
ข้อพิพาทออนไลน์ (Online Dispute Resolution: ODR) มีดังนี้^{๑๕}

(๑) หลักการสำคัญของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ คือ สั้น กระชับ
ค่าใช้จ่ายน้อย

(๒) การระงับข้อพิพาทออนไลน์จะนำมาใช้กับการทำธุรกรรมที่มีมูลค่าไม่สูง
แต่มีปริมาณ ซึ่งไม่คุ้มค่ากับค่าใช้จ่ายในการนำคดีขึ้นสู่ศาล เช่น ในต่างประเทศจะใช้กับธุรกรรม
ที่มีมูลค่าไม่เกิน ๒๕๐ ดอลลาร์สหรัฐ

(๓) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์ที่ยกร่างขึ้นจะไม่กระทบ
หรือยกเว้นกฎหมายภายในแต่ละประเทศ แต่จะเป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นอีก
ทางเลือกหนึ่งของการระงับข้อพิพาท

(๔) ข้อตกลงระหว่างคู่พิพาทจะผูกพันก็ต่อเมื่อไม่ขัดกับกฎหมายภายใน
เกี่ยวกับการทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าว และไม่ขัดสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่กฎหมาย
ภายในให้สิทธิดังกล่าว

(๕) การยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์ต้องคำนึงถึง
ความเป็นกลาง และสอดคล้องกับกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

๓.๒ สารสำคัญของ Technical Note on Online Dispute Resolution

บันทึกทางเทคนิคเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์ (Technical Notes
on Online Dispute Resolution) แบ่งออกเป็น ๑๒ หมวด จำนวน ๕๓ ข้อ มีสาระสำคัญโดย
สรุปได้ ดังนี้

หมวด ๑ อารัมภบท ประกอบด้วยภาพรวม วัตถุประสงค์ และการไม่มี
ผลผูกพันทางกฎหมาย โดยกำหนดให้การระงับข้อพิพาทออนไลน์ต้องช่วยให้การดำเนินการ
ของคู่พิพาทเป็นไปโดยเรียบง่าย รวดเร็ว สะดวก และไม่ต้องเผชิญหน้ากัน ทั้งนี้ ร่างหลักเกณฑ์
ดังกล่าวไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย

หมวด ๒ หลักการ โดยกำหนดหลักการที่นำมารองรับการระงับข้อพิพาท
ออนไลน์ เช่น หลักเรื่องความยุติธรรม โดยจะต้องเป็นไปอย่างเรียบง่าย รวดเร็ว และมีประสิทธิผล
ในทางปฏิบัติ หลักเรื่องความโปร่งใส โดยต้องมีการชี้แจงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ดูแลระบบ

^{๑๔} เนติภูมิ มายสกุล, “การระงับข้อพิพาททางออนไลน์”, เอกสารวิชาการรายบุคคล
การอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาหัวหน้าศาล” รุ่นที่ ๑๗ วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม สถาบัน
พัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, ๒๕๖๑, น. ๑๖.

^{๑๕} จูติ สุเสารัจ, “การไกล่เกลี่ยออนไลน์ (Online Mediation)”, น. ๒-๓, <<https://appealsc.coj.go.th/cms/s76/u411/Mediation/>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๕.

การระงับข้อพิพาทออนไลน์และผู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น เจ้าหน้าที่ ผู้ค้า หรือผู้ใช้บริการ เพื่อให้ทราบถึงการมีส่วนได้เสียที่เกิดขึ้น และเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง

หมวด ๓ ขั้นตอนและกระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์ ประกอบด้วย ๓ ขั้นตอน คือ ขั้นตอนแรกเป็นวิธีการเจรจาต่อรอง ขั้นตอนที่สองเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยการแต่งตั้งคนกลางเพื่อสื่อสารกับคู่กรณีให้ได้ข้อยุติ และขั้นตอนสุดท้ายจะใช้เมื่อการดำเนินการตามสองขั้นตอนที่กล่าวมานั้นไม่ประสบผลสำเร็จ โดยกำหนดให้ผู้ดูแลระบบเป็นผู้แจ้งแก่คู่กรณีให้ทราบถึงกระบวนการแก้ไขข้อขัดแย้งในรูปแบบอื่น เช่น วิธีการอนุญาโตตุลาการ

หมวด ๔ ขอบเขตการใช้การระงับข้อพิพาทออนไลน์ โดยจะใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นข้ามพรมแดนและมีมูลค่าไม่สูง รวมทั้งต้องเกิดจากการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

หมวด ๕ คำนิยาม หน้าที่และความรับผิดชอบ โดยกำหนดกลไกสำหรับการระงับข้อพิพาทด้วยการใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีสารสนเทศ รวมถึงเครื่องมือสื่อสารอื่น ๆ ผ่านทาง “แพลตฟอร์มของการระงับข้อพิพาทออนไลน์”

หมวด ๖ ถึงหมวด ๙ เป็นการกำหนดกระบวนการพิจารณาของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ ขั้นตอนการเจรจาต่อรอง ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และขั้นตอนสุดท้ายกรณีที่คนกลางไม่ประสบผลสำเร็จในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

หมวด ๑๐ ถึงหมวด ๑๒ การแต่งตั้ง อำนาจและหน้าที่ของคนกลาง ภาษาที่ใช้ในกระบวนการพิจารณา และแนวทางในการกำกับดูแล โดยมุ่งเน้นให้มีมาตรฐานการรักษาความลับและมาตรฐานของกระบวนการพิจารณาที่ต้องเป็นธรรมและสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระ ความเป็นกลาง และเป็นธรรม

๓.๓ ประเด็นอภิปรายเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Dispute Resolution in the Digital Economy - DRDE)

ในการประชุมคณะทำงาน ๒ ว่าด้วยการระงับข้อพิพาท (Arbitration and Conciliation/Dispute Settlement) ของ UNCITRAL สมัยที่ ๗๕ ซึ่งจัดขึ้นระหว่างวันที่ ๒๘ มีนาคม ถึง ๑ เมษายน ๒๕๖๕ ณ นครนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา ที่ประชุมได้หารือประเด็นสำคัญเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (dispute resolution in the digital economy - DRDE) โดยมีประเด็นการอภิปรายที่น่าสนใจหลายประการ เช่น

- กระแสการปรับใช้ระบบดิจิทัลในบริบทของการค้าระหว่างประเทศได้เกิดขึ้นมาอย่างต่อเนื่อง โดยแต่ละประเทศพยายามปรับใช้ระบบดิจิทัลในกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ ในการประชุม UNCITRAL เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๒๐ ประเทศญี่ปุ่นได้เสนอโครงการเกี่ยวกับกลไกการระงับข้อพิพาทในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล (Dispute resolution in the digital economy: DRDE) ซึ่ง UNCITRAL ได้เห็นชอบการดำเนินโครงการดังกล่าว โดยฝ่ายเลขานุการของ UNCITRAL จะทำหน้าที่รวบรวม วิเคราะห์ และเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับพัฒนาการของการระงับข้อพิพาทในยุคเศรษฐกิจดิจิทัล ต่อมาโครงการนี้ได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกส่วนใหญ่

แห่งสหประชาชาติ (United Nations General Assembly) กำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของเป้าหมายประจำปีในรายงานการทำงานของ UNCITRAL ด้วย ทั้งนี้ โครงการ DRDE มีคำแนะนำต่าง ๆ ประกอบด้วย ๑) ศึกษากระบวนการที่ถูกต้องและเป็นธรรมตามกฎหมาย (due process) ในการใช้เทคโนโลยีในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ๒) ศึกษาการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากข้อมูลข่าวสารที่มากเกินไป ๓) ศึกษาการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทอย่างเหมาะสมในแพลตฟอร์มออนไลน์ ๔) ศึกษาการไต่สวนและการสืบพยานออนไลน์ และ ๕) ศึกษาการปรับปรุงกระบวนการไกล่เกลี่ยออนไลน์ เพื่อให้การดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ มีประสิทธิภาพสูงสุด

- องค์ประกอบสำคัญซึ่งต้องจัดเตรียมไว้เพื่อรองรับกระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์ คือ ๑) การมีแพลตฟอร์มการประชุมออนไลน์ทั้งในรูปแบบของ audio และ video conference ๒) การรวบรวม ตรวจสอบ และการจัดเตรียมเอกสารที่เกี่ยวข้องอย่างมีประสิทธิภาพ ๓) การจัดการและแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ๔) ความพร้อมในการนำเสนอ graphic และหลักฐานที่มีความชัดเจน ๕) การใช้เทคโนโลยีโลกเสมือนจริง (Augmented Reality: AR) ซึ่งได้รับความนิยมเป็นอย่างสูงในปัจจุบัน ๖) การมีเครื่องมือในการวิเคราะห์และจัดทำ mind mapping อย่างเป็นระบบ ๗) การมีกระบวนการแปลเอกสารและล่ามที่มีประสิทธิภาพ และ ๘) การสร้างระบบความปลอดภัยทางไซเบอร์และการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

- ปัจจัยที่ทำให้กลไกการระงับข้อพิพาทของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน คือ ๑) ทักษะคนในการเปิดรับและการนำนวัตกรรมทันสมัยมาใช้กับกลไกการระงับข้อพิพาท ๒) ความสามารถในการปรับตัวและปรับใช้ทรัพยากรบุคคลและเทคโนโลยีอย่างรวดเร็วเพื่อให้ทันกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และ ๓) ความยืดหยุ่นของกฎระเบียบภายในประเทศ โดยการอุบัติของโรคระบาดทำให้เกิดความพยายามในการปรับตัวอย่างเร่งด่วนเพื่อนำเทคโนโลยีดิจิทัลมาใช้ในกระบวนการต่าง ๆ ซึ่งเทคโนโลยีที่ทันสมัยจะทำให้การระงับข้อพิพาทออนไลน์มีความยืดหยุ่นมากขึ้น นอกจากนี้ ในด้านความเป็นธรรมของกระบวนการระงับข้อพิพาทก็มีการเพิ่มประสิทธิภาพ ความปลอดภัยด้านไซเบอร์ ตลอดจนเพิ่มระดับการคุ้มครองข้อมูลความลับต่าง ๆ

- การพัฒนาอย่างก้าวกระโดดของเศรษฐกิจดิจิทัลและการแพร่ระบาดของโรคโควิด-๑๙ เป็นแรงกระตุ้นสำคัญที่ผลักดันให้มีการพัฒนาบรรทัดฐานเกี่ยวกับระบบดิจิทัล (Digital Norms) อย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ยังเป็นยุคเริ่มต้นของการพัฒนาที่ใช้ระบบเฉพาะกิจ (ad hoc) เป็นหลัก อีกทั้งกระบวนการบางส่วนยังกระจัดกระจายไม่เป็นระบบ จึงจำเป็นต้องทำการวิเคราะห์ภาพรวมอย่างเป็นระบบเพื่อจัดทำแนวทาง (Guideline) ที่มีความเป็นเอกภาพในอนาคต และยังมีประเด็นท้าทายที่ต้องศึกษาและแก้ไขต่อไป เช่น ๑) การคุ้มครองให้เกิดกระบวนการที่ถูกต้องและเป็นธรรมในกลไกการระงับข้อพิพาทซึ่งต้องสร้างความสมดุลระหว่างความสะดวกสบายของผู้ประกอบการและกระบวนการที่เป็นธรรม ๒) ปัญหาความไม่เท่าเทียมกันทางเทคโนโลยี รวมทั้งการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากเทคโนโลยี ๓) ปัญหาในทางปฏิบัติซึ่งต้องแยกแยะและวิเคราะห์ขอบเขตให้ชัดเจน และ ๔) ปัญหาการคุ้มครองข้อมูล

ส่วนบุคคล ซึ่งจำเป็นต้องพัฒนาระบบรักษาความปลอดภัยและเพิ่มความหลากหลายและขอบเขตการคุ้มครองข้อมูลที่เข้มงวดมากขึ้น

๔. การนำการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้ในประเทศไทย

แม้การระงับข้อพิพาทออนไลน์จะเป็นวิธีการที่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน แต่อุปสรรคที่สำคัญ คือ การที่คนไทยยังไม่มีความเข้าใจและยังไม่รู้จักระบบนี้เท่าใดนัก โดยกระบวนการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทยในปัจจุบันเป็นการดำเนินการแบบเฉพาะหน้าและตัวต่อตัว (face to face) โดยผู้ร้องเรียนต้องติดต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง ซึ่งปัญหาที่พบ คือ การที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานในการเจรจา การไกล่เกลี่ย และการบังคับใช้ผลการระงับข้อพิพาทจนสิ้นสุดกระบวนการ อีกทั้งยังขาดบุคลากรและเทคโนโลยีในการดำเนินงานที่เพียงพอต่อปริมาณข้อร้องเรียนที่เพิ่มขึ้นตามจำนวนธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เติบโตอย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ หากเป็นการซื้อขายสินค้าหรือบริการข้ามพรมแดน (cross-border transaction) ก็จะทำให้เกิดปัญหาในเรื่องขอบเขตอำนาจตามมาด้วย^{๑๖} ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อจำกัดของประเทศไทยในเรื่องการระงับข้อพิพาทออนไลน์ คือ การที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายหลักที่บังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์ หรือแม้คู่พิพาทจะตกลงเข้าสู่กระบวนการเองก็ตาม แต่เมื่อไม่มีกฎหมายหลักในเรื่องนี้ การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ย หรือการประนีประนอมที่ดำเนินการบนช่องทางออนไลน์จึงยังไม่มีสภาพบังคับโดยตรง ทำให้ผู้จะใช้บริการไม่มีความเชื่อถือว่าระบบดังกล่าวจะสามารถจัดการกับข้อขัดแย้งได้ และอาจเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของไทยไม่สามารถเติบโตได้อย่างเต็มศักยภาพ

ในระยะหลังมานี้ประเทศไทยเริ่มให้ความสนใจและนำการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้แล้วในหลายหน่วยงาน เช่น สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) และสำนักงานศาลยุติธรรม โดยอาจมีรูปแบบที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับข้อพิพาท ซึ่งการระงับข้อพิพาทออนไลน์นั้นถือเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีความคุ้มค่าเมื่อเทียบกับผลลัพธ์และมีความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินการ เพียงแต่หลักเกณฑ์ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังขาดสภาพบังคับเท่าที่ควร โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างเพื่อให้เห็นภาพรวมของการนำกลไกการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้บังคับในประเทศไทย ดังนี้

๔.๑ ศาลยุติธรรม ได้เริ่มนำการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้ในศาล โดยมีการออกคำสั่งประธานศาลฎีกา ที่ ๘/๒๕๖๓ เรื่อง แต่งตั้งคณะทำงานพัฒนาระบบการไกล่เกลี่ยออนไลน์ในศาลยุติธรรม เพื่อส่งเสริมให้มีการไกล่เกลี่ยและการประนีประนอมยอมความในศาล ซึ่งคณะทำงานชุดนี้มีอำนาจหน้าที่ในการศึกษาพัฒนาระบบการไกล่เกลี่ยออนไลน์ในศาลยุติธรรม

^{๑๖} การระงับข้อพิพาททางออนไลน์, <<https://www.etda.or.th>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ สิงหาคม

เพื่อให้คู่ความร่วมกันหาวิธีระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในลักษณะที่ทุกฝ่ายสามารถยอมรับได้ และปฏิบัติได้จริง รวมทั้งเสนอความเห็นเกี่ยวกับระเบียบข้อบังคับ หลักเกณฑ์ และวิธีการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารมาใช้ในการไกล่เกลี่ยในศาลยุติธรรมทั่วประเทศ ต่อมาได้มีการออก “แนวปฏิบัติสำหรับการไกล่เกลี่ยออนไลน์” สำหรับให้ศาลยุติธรรมใช้เป็นแนวทางปฏิบัติงานด้านการไกล่เกลี่ยออนไลน์ ซึ่งข้อพิพาทหรือคดีที่สามารถไกล่เกลี่ยออนไลน์ได้ มีทั้งข้อพิพาททางแพ่ง ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งสามัญ คดีผู้บริโภค หรือคดีแรงงาน หรือข้อพิพาททางอาญาที่เป็นความผิดอันยอมความได้หรือคดีอาญาที่ราษฎรเป็นโจทก์ สำหรับช่องทางในการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยออนไลน์นั้น ในกรณีที่ยังไม่มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาล คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นผู้ยื่นขอไกล่เกลี่ยออนไลน์เอง ซึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลหรือยื่นผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ แต่หากเป็นข้อพิพาทที่ยื่นฟ้องต่อศาลไว้แล้ว ศาลอาจเป็นผู้เชิญชวนให้คู่ความเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยออนไลน์เองก็ได้ โดยช่องทางการไกล่เกลี่ยออนไลน์ตามที่กำหนดไว้ในแนวปฏิบัติฉบับนี้ มีหลายช่องทางด้วยกัน เช่น การประชุมทางโทรศัพท์ Video/WebConference แอปพลิเคชัน Line โปรแกรม Zoom/Microsoft Teams หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ

นอกจากศาลยุติธรรมจะออกแนวปฏิบัติสำหรับการไกล่เกลี่ยออนไลน์เพื่อวางหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวแล้ว ยังมีการออกประกาศคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรม เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ในศาลแพ่ง เนื่องจากปัจจุบันการซื้อขายสินค้าหรือบริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นที่แพร่หลายและขยายตัวอย่างรวดเร็วทำให้เกิดข้อพิพาทตามมาเป็นจำนวนมาก แต่ช่องทางระงับข้อพิพาทที่มีอยู่ไม่เอื้อต่อการที่ผู้บริโภคจะเข้าถึงได้โดยสะดวก เป็นผลให้ผู้บริโภคจำนวนมากไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่สุจริต^{๓๗} โดยมีการจัดตั้งแผนกคดีซื้อขายออนไลน์ขึ้นในศาลแพ่ง เมื่อวันที่ ๒๑ ธันวาคม ๒๕๖๔ และเปิดทำการอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๖๕ มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการที่เกิดจากการซื้อขายสินค้าหรือบริการบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (คดีซื้อขายออนไลน์) ทั้งนี้ เพื่อเป็นช่องทางให้ผู้ที่มีข้อพิพาทอันเกิดจากการบริโภควิถีใหม่สามารถเข้าถึงสิทธิทางศาลในการฟ้องร้องดำเนินคดีด้วยตนเองได้อย่างสะดวก โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาทุกขั้นตอนจะใช้วิธีพิจารณาคดีทางอิเล็กทรอนิกส์ ตั้งแต่การยื่นคำฟ้อง คำให้การ รับส่งคำคู่ความ คำสั่งศาล หมายเรียก หมายอื่น ๆ รวมทั้งเอกสาร

^{๓๗} พงษ์เดช วานิชกิตติกุล, “วิธีพิจารณาคดีและการระงับข้อพิพาทในคดีซื้อขายออนไลน์”, เอกสารประกอบการบรรยายโครงการสัมมนาวิชาการกฎหมายร่วมสมัย เรื่อง “รู้เท่าทัน การซื้อขายออนไลน์” วันพฤหัสบดี ที่ ๑๖ ธันวาคม ๒๕๖๔. น. ๑๐

ทางคดีเหล่านี้จะดำเนินการรับส่งในรูปแบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ของศาลทั้งหมด หรือที่เรียกว่า “ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์เต็มรูปแบบ”^{๑๘}

๔.๒ กรมทรัพย์สินทางปัญญา ได้จัดทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือเพื่อพัฒนากระบวนการระงับข้อพิพาทด้านทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่างกรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ และสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center: THAC) กระทรวงยุติธรรม เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๓ ในการนำระบบระงับข้อพิพาทออนไลน์ (Online Dispute Resolution: ODR) มาใช้เพิ่มประสิทธิภาพในกระบวนการระงับข้อพิพาทด้านทรัพย์สินทางปัญญา โดยผู้ใช้บริการรายแรกที่เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์สามารถเจรจาตกลงกันได้และมีการจัดทำบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทร่วมกันภายในเวลาเพียง ๒ วันทำการ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงประสิทธิภาพในการนำเทคโนโลยีมาใช้นพัฒนางานบริการให้มีความสะดวกรวดเร็ว ดำเนินการได้ทุกที่ทุกเวลา ลดภาระค่าใช้จ่ายในการเดินทางหรือส่งเอกสารเพราะดำเนินการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ทั้งหมด อีกทั้งยังช่วยลดคดีความที่ต้องนำขึ้นสู่ศาลตามเจตนารมณ์ของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้านทรัพย์สินทางปัญญาอีกด้วย

๔.๓ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Centre) ได้พัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทออนไลน์ที่เรียกว่า TalkDD เพื่อรองรับการรับเรื่องร้องเรียน การเจรจา และประนีประนอมข้อพิพาทออนไลน์ โดยมีการออกข้อบังคับสถาบันอนุญาโตตุลาการ ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการทางออนไลน์ พ.ศ. ๒๕๖๓ เพื่อวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทดำเนินการผ่านระบบระงับข้อพิพาททางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยการเจรจาต่อรอง การประนีประนอมข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ โดยกระบวนการจะเริ่มจากการที่ผู้เรียกร้องที่ประสงค์จะระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ต้องยื่นคำเรียกร้องตามระบบที่สถาบันกำหนด จากนั้นสถาบันจะแจ้งผ่านระบบให้ผู้คัดค้านทราบรวมถึงการแจ้งสิทธิต่าง ๆ ในการดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วย และเมื่อผู้คัดค้านได้ยื่นคำคัดค้านและข้อมูลต่าง ๆ ถูกต้องครบถ้วนตามระบบแล้ว สถาบันจะดำเนินการระงับข้อพิพาทตามที่ระบบกำหนดต่อไป

การเริ่มต้นคดี ขั้นตอน วิธีการ ระยะเวลา การตั้งและคัดค้านผู้ประนีประนอม และคณะอนุญาโตตุลาการ รวมถึงการสิ้นสุดการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ต้องเป็นไปตามที่ระบบกำหนด ซึ่งการระงับข้อพิพาทด้วยการประนีประนอมข้อพิพาทจะต้องแต่งตั้งผู้ประนีประนอม ส่วนการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการจะต้องแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อรักษาความเป็นกลางและความเป็นอิสระของผู้ประนีประนอมและคณะอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย ในกระบวนการระงับข้อพิพาท ผู้ประนีประนอมหรือคณะอนุญาโตตุลาการอาจเรียกให้คู่พิพาทส่งพยานหลักฐานต่าง ๆ ตามที่เห็นสมควรผ่านทาง

^{๑๘} สิตานันท์ ศรีวรกร, “หมายศาลทางอีเมลภายใต้ระบบศาลอิเล็กทรอนิกส์เต็มรูปแบบในคดีซื้อขายออนไลน์”, <https://www.matichon.co.th/news-monitor/news_3170074>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๕.

ระบบได้ ซึ่งกรณีการดำเนินกระบวนการอนุญาตตุลาการ ได้กำหนดให้คณะอนุญาตตุลาการ พิจารณาวินิจฉัยคดีจากพยานเอกสารเท่านั้น แต่หากเห็นสมควรอาจให้สืบพยานบุคคล ผู้เชี่ยวชาญ หรือฟังคำแถลงต่าง ๆ ผ่านระบบก็ได้ โดยการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี อนุญาตตุลาการต้องดำเนินการผ่านระบบเท่านั้น เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีพฤติการณ์สมควร อย่างอื่น นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้หน่วยงานตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ อาจดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทผ่านระบบนี้ได้ด้วย

ข้อบังคับของสถาบันอนุญาตตุลาการดังกล่าวมีประเด็นที่น่าสนใจ ๒ ประการ คือ

(๑) การกำหนดกลไกในการรักษาความลับที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการรับ ข้อพิพาทออนไลน์ เช่น การกำหนดให้คู่พิพาทต้องไม่อ้างถึงนายทะเบียน เจ้าหน้าที่ พนักงาน ลูกจ้าง ตัวแทน หรือบุคคลใดที่แต่งตั้งโดยสถาบัน รวมถึงผู้ประนอมและคณะอนุญาตตุลาการเป็น พยานในกระบวนการทางกฎหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดี เว้นแต่เป็นการปฏิบัติตามกฎหมาย การกำหนดให้คู่พิพาท ผู้ประนอม และคณะอนุญาตตุลาการ มีหน้าที่ต้องรักษาความลับและ จะเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกซึ่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการรับข้อพิพาทไม่ได้เว้นแต่จะเข้าเหตุ ยกเว้นตามที่กำหนด และการกำหนดให้ต้องเก็บรักษาข้อมูลที่เกี่ยวข้องไว้ในระบบเป็นระยะเวลา อย่างน้อย ๕ ปี นับแต่วันที่กระบวนการรับข้อพิพาทสิ้นสุดลง

(๒) การกำหนดให้นายทะเบียน เจ้าหน้าที่ พนักงาน ลูกจ้าง ตัวแทน หรือ บุคคลใดที่แต่งตั้งโดยสถาบัน รวมถึงผู้ประนอม และคณะอนุญาตตุลาการ ไม่ต้องรับผิดชอบ ต่อบุคคลใด ๆ ในการกระทำหรือละเว้นไม่กระทำการ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการรับ ข้อพิพาทที่ได้ดำเนินการภายใต้ข้อบังคับนี้โดยชอบ

นอกจากนี้ หลายหน่วยงานได้เริ่มมีการจัดทำระบบเพื่อรับเรื่องร้องเรียนปัญหา ที่เกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมทางออนไลน์ และแก้ไขปัญหาจากการซื้อขายสินค้าและบริการ ทางออนไลน์ รวมทั้งปัญหาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการร้องเรียนปัญหา ที่เกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมทางออนไลน์ ได้แก่^{๑๙}

(๑) กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ กรณีควบคุมผู้ประกอบการ พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

(๒) สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อช่วยเหลือผู้บริโภคที่ได้รับ ความเดือดร้อนจากผู้ประกอบการ และประสานงานกับหน่วยงานอื่น ๆ

(๓) สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา (อย.) กระทรวงสาธารณสุข มีศูนย์ เฝ้าระวังและรับเรื่องร้องเรียนผลิตภัณฑ์สุขภาพ เช่น อาหาร ยา และเครื่องสำอาง รวมทั้ง ทำหน้าที่กำกับดูแลการซื้อขายทางออนไลน์เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์สุขภาพ

^{๑๙} เนติภูมิ มายสกุล, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๔, น. ๑๘.

(๔) ศูนย์คุ้มครองผู้ให้บริการทางการเงิน (ศคง.) สังกัดธนาคารแห่งประเทศไทย มีหน้าที่รับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับบริการด้านการเงินทางอิเล็กทรอนิกส์หรือการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์

(๕) สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) ทำหน้าที่เป็นศูนย์คุ้มครองการทำประกันภัย

(๖) มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค เป็นหน่วยงานภาคประชาชนที่ให้การช่วยเหลือผู้บริโภคเพื่อแก้ไขปัญหาของผู้บริโภค

๕. กฎหมายไทยที่มีกลไกในการระงับข้อพิพาท รวมทั้งพัฒนาการในการนำระบบการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้

๕.๑ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งซึ่งมีทุนทรัพย์ไม่มากนักและข้อพิพาททางอาญาบางประเภทมากำหนดเป็นกฎหมายกลาง เพื่อให้หน่วยงานของรัฐ พนักงานสอบสวน หรือศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชนใช้ในการยุติหรือระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยกลไกการระงับข้อพิพาทตามพระราชบัญญัตินี้แยกได้เป็น ๒ กรณี คือ

๑) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง ซึ่งใช้กับข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่ไม่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ ข้อพิพาทระหว่างทายาทเกี่ยวกับทรัพย์มรดก ข้อพิพาทตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และข้อพิพาทอื่นที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าล้านบาท โดยคู่กรณีฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะต้องยื่นคำร้องต่อหน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จากนั้นหน่วยงานฯ จะสอบถามความสมัครใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสมัครใจก็ต้องตกลงกันแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งอาจมีคนหนึ่งหรือหลายคน ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยอาจถูกคัดค้านเมื่อมีข้อสงสัยเรื่องความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระได้

ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ผู้ไกล่เกลี่ยต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อหน้าคู่กรณีทุกฝ่าย โดยคู่กรณีมีสิทธิเจรจาเพื่อหาข้อตกลงร่วมกันได้โดยอิสระ และเมื่อคู่กรณีมีข้อตกลงเป็นประการใดแล้ว ให้ผู้ไกล่เกลี่ยบันทึกข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือจัดให้มีการบันทึกข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หลังจากนั้น หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท แต่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่ปฏิบัติตาม คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้

๒) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญา สามารถแยกได้ออกเป็น ๒ กรณี คือ (๑) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาคู่กรณีทั่วไป ซึ่งกระทำได้ในกรณีที่ความผิดอันยอมความได้และความผิดลหุโทษบางประเภท โดยให้นำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งมาใช้บังคับ

โดยอนุโลม หากเรื่องที่จะไต่ถามอยู่ระหว่างการสอบสวนหรือพิจารณาคดีของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาล หน่วยงานซึ่งดำเนินการไต่ถามข้อพิพาทหรือกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพซึ่งกำกับดูแลการไต่ถามข้อพิพาทของศูนย์ไต่ถามข้อพิพาทภาคประชาชนจะต้องแจ้งให้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาล ทราบด้วยซึ่งอาจมีการสั่งให้รอการสอบสวน การสั่งคดี การพิจารณาคดีหรือการพิพากษาคดีไว้ก่อนจนกว่าจะรู้ผลการไต่ถามข้อพิพาทก็ได้ ในกรณีที่ไต่ถามกันได้ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องแจ้งผลการไต่ถามข้อพิพาทให้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาลทราบ พร้อมทั้งส่งสำเนาบันทีกข้อตกลงไปด้วย แต่หากการไต่ถามไม่เป็นผล ให้พนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาล ดำเนินการสอบสวน สั่งคดี หรือพิจารณาพิพากษาคดีต่อไป และ (๒) การไต่ถามข้อพิพาททางอาญาในชั้นการสอบสวน ซึ่งกระทำได้ในกรณีที่เป็นการความผิดอันยอมความได้ ความผิดลหุโทษบางประเภท และความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสามปีตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ โดยพนักงานสอบสวนต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบในโอกาสแรกว่ามีสิทธิยื่นคำร้องขอไต่ถามข้อพิพาททางอาญาได้ หากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายสมัครใจและประสงค์จะเข้าร่วมการไต่ถาม และคดีนั้นไม่ได้อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีของศาล คู่กรณีก็สามารถยื่นคำร้องขอไต่ถามข้อพิพาททางอาญาต่อพนักงานสอบสวน ซึ่งพนักงานสอบสวนจะกำหนดวันนัดไต่ถามข้อพิพาท โดยคู่กรณีต้องเข้าร่วมการไต่ถามข้อพิพาทด้วยตนเอง การไต่ถามข้อพิพาททางอาญานี้ต้องกระทำการเป็นการลับ ซึ่งคู่กรณีมีสิทธิเจรจาเพื่อหาข้อตกลงร่วมกันได้โดยอิสระ และเมื่อคู่กรณีมีข้อตกลงเป็นประการใดแล้วให้ผู้ไต่ถาม บันทีกข้อตกลงหรือจัดให้มีการบันทึกลงข้อตกลงไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วส่งไปยังพนักงานสอบสวน หลังจากนั้น หากคู่กรณีได้ปฏิบัติตามบันทึกลงข้อตกลงแล้ว ต้องแจ้งให้พนักงานสอบสวน ทราบเพื่อจัดทำบันทึกลงการปฏิบัติตามข้อตกลงส่งไปยังพนักงานอัยการพร้อมด้วยสำนวนการสอบสวนและเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาสั่งคดี แต่หากมีการปฏิบัติตามบันทึกลงข้อตกลงไม่ครบถ้วนหรือจงใจไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงโดยไม่มีเหตุอันควร ให้พนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจออกคำสั่งให้ดำเนินคดีต่อไป

นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดเรื่องการไต่ถามข้อพิพาทภาคประชาชน โดยกำหนดให้กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชน รวมตัวกันเป็นศูนย์ไต่ถามข้อพิพาทภาคประชาชน เพื่อทำการไต่ถามข้อพิพาททางแพ่งที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าแสนบาท และข้อพิพาททางแพ่งอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา รวมทั้งข้อพิพาททางอาญาที่เป็นความผิดอันยอมความได้และความผิดลหุโทษบางประเภท โดยในกรณีที่กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเห็นว่า การไต่ถามข้อพิพาทของศูนย์ไต่ถามข้อพิพาทภาคประชาชนเรื่องใดได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ และออกหนังสือรับรองให้แล้ว ให้ข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นบังคับกันได้หรือให้สิทธิภาคีอาญามาฟ้องระงับไป

เมื่อพิจารณาเนื้อหาสาระของพระราชบัญญัติการไต่ถามข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ แล้วปรากฏว่ายังไม่มีข้อกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการไต่ถามข้อพิพาทออนไลน์ไว้โดยตรง อีกทั้งกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง เช่น ประกาศกระทรวงกลาโหม เรื่อง หลักเกณฑ์

วิธีการ และเงื่อนไขการยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รายละเอียดของคำร้อง และระยะเวลาในการพิจารณาคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๔ ประกาศกระทรวงยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รายละเอียดของคำร้อง และระยะเวลาในการพิจารณาคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ และระเบียบกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ก็เพียงแต่กำหนดให้สามารถยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ ต่อนายทะเบียนหรือศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชนได้เท่านั้น แต่ก็ยังต้องมีการนัดประชุม คู่กรณีหรือเรียกคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมาเพื่อทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันต่อไป ส่วนระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยื่นคำร้อง การพิจารณาและระยะเวลาการส่งคำร้อง และกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาในชั้นการสอบสวน พ.ศ. ๒๕๖๔ ก็มีได้กล่าวถึงการยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ไว้ แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะไม่มีข้อกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรง ก็ตาม แต่ก็สามารถนำเอาวิธีการและกลไกต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้ ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ นอกจากนี้ การกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อหน้าคู่กรณีทุกฝ่ายในกรณีที่เป็นข้อพิพาททางแพ่ง หรือการกำหนดให้คู่กรณีต้องเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยตนเองและต้องกระทำเป็นการลับ ในกรณีที่เป็นข้อพิพาททางอาญาก็มิได้เป็นอุปสรรคหรือเป็นข้อห้ามมิให้นำเอาวิธีการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทออนไลน์จะมีความเหมาะสม สะดวกรวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่า เพียงแต่ต้องกำหนดรูปแบบ วิธีการหรือกระบวนการที่จะนำมาใช้ให้สอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับนี้ รวมทั้งต้องพิจารณาบริบทและข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วย

๕.๒ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อปรับปรุงพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๓๐ ให้มีความทันสมัยและเหมาะสมกับการระงับข้อพิพาทในปัจจุบันโดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศ โดยได้นำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศ ของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการของไทยให้ทัดเทียมกับนานาชาติและส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศ ให้แพร่หลายยิ่งขึ้น โดยพระราชบัญญัตินี้มีสาระสำคัญสรุปได้ ดังนี้

(๑) สัญญาอนุญาโตตุลาการ เป็นสัญญาที่คู่สัญญาคกลงกันให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนทั้งที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจจะเกิดขึ้นโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจจะเป็นเพียงข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลักหรือทำเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหาก

ก็ได้ โดยสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้เช่นเดียวกัน และหาก คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไปฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาท นั้นต่อคณะอนุญาโตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ จำหน่ายคดีนั้นได้ ทั้งนี้ เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามที่ได้ตกลงกันไว้ ต่อไป

(๒) คณะอนุญาโตตุลาการ^{๒๐} คู่พิพาทจะต้องตกลงกันตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ ขึ้นมา แต่ในกรณีที่ไม่อาจตกลงกันได้ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งตั้ง คณะอนุญาโตตุลาการแทน ทั้งนี้ ผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการจะต้องมีความเป็นกลางและเป็น อิสระ รวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการด้วย นอกจากนี้ อนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็น กลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน ทั้งนี้ คณะอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจในการวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตนรวมถึงความมีอยู่หรือความสมบูรณ์ของสัญญา อนุญาโตตุลาการ ความสมบูรณ์ของการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และประเด็นข้อพิพาทที่อยู่ ภายในขอบเขตอำนาจของตนได้

(๓) วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากคณะอนุญาโตตุลาการ มีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาท จึงต้องกำหนดวิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการเพื่อให้มีกลไกการ ดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ ที่ชัดเจน มีมาตรฐาน และได้รับการยอมรับจากผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย อย่างไรก็ดี วิธีพิจารณาดังกล่าวส่วนใหญ่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจและความยินยอม ของคู่กรณี จึงไม่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากซับซ้อนหรือต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาที่ยาวนาน เมื่อเปรียบเทียบกับพิจารณาคดีของศาล ซึ่งหลักในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่สำคัญ คือ การให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และมีโอกาสนำเสนอข้อพิพาทหลักฐาน ข้ออ้าง ข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้ออ้างนั้น ทั้งนี้ หากคู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้ ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่ เห็นสมควร และอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดย อนุโลม สำหรับกระบวนการพิจารณานั้น กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดเหตุเริ่มต้นของการดำเนินการ ทางอนุญาโตตุลาการ การเปิดให้แสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นข้อพิพาท และคำขอบังคับ รวมทั้งการแสดงคำคัดค้าน และการสืบพยานหลักฐานต่าง ๆ

(๔) คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ การวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ ต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าจะต้องคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทาง การค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย นอกจากนี้ คณะอนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมาย ที่คู่พิพาทกำหนด ซึ่งในระหว่างนี้อาจมีการประนีประนอมยอมความกันและให้คณะอนุญาโตตุลาการ มีคำชี้ขาดตามข้อตกลงนั้นได้ ทั้งนี้ เมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการต้องทำ คำชี้ขาดเป็นหนังสือและระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยไว้โดยชัดแจ้งพร้อมทั้งส่งสำเนาคำชี้ขาดนั้น

ให้แก่คู่พิพาททุกฝ่าย การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด หรือคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการพิจารณา และได้กำหนดเหตุในการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไว้ด้วย คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ว่าจะทำได้ทำขึ้นในประเทศใดให้มีผลผูกพันคู่พิพาท และเมื่อได้ร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจย่อมบังคับได้ตามคำชี้ขาดนั้น ในกรณีที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกระทำขึ้นในต่างประเทศ ศาลที่มีเขตอำนาจจะมีคำพิพากษาบังคับตามคำชี้ขาดให้ต่อเมื่อเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญา อนุสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่ประเทศไทยยอมตนเข้าผูกพันเท่านั้น

เมื่อพิจารณาเนื้อหาสาระของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ แล้วปรากฏว่ายังไม่มีกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ไว้โดยตรงเช่นเดียวกับกรณีพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทฯ แต่ก็ได้เปิดโอกาสให้สามารถนำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการกระบวนการอนุญาโตตุลาการหรือที่เรียกว่า “ระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์” เนื่องจากในมาตรา ๒๕ และมาตรา ๒๖ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดว่า ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินการกระบวนการพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่ดังกล่าว โดยคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและความสะดวกของคู่พิพาท ซึ่งรวมถึงสถานที่ในการปรึกษาหารือ การสืบพยาน หรือการตรวจสอบเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ด้วย อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่ปรากฏหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ โดยตรงก็ตาม แต่ก็มีกฎหมายลำดับรองตามกฎหมายฉบับอื่นที่สร้างกลไกรองรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ไว้ โดยที่เห็นได้อย่างชัดเจน คือ ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งนอกจากจะกำหนดให้สามารถส่งคำเสนอข้อพิพาท คำคัดค้าน คำร้อง เอกสารหรือข้อมูลต่าง ๆ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้แล้ว ยังกำหนดให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการผ่านระบบการอนุญาโตตุลาการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามที่สถาบันอนุญาโตตุลาการกำหนด มีผลใช้บังคับตามข้อบังคับดังกล่าวด้วย^{๒๑} อันแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยได้ให้การยอมรับและเริ่มนำระบบอนุญาโตตุลาการออนไลน์มาใช้บ้างแล้ว ซึ่งในส่วนพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ ก็สามารถพัฒนาแก้ไขในเรื่องนี้เพื่อให้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ให้ชัดเจน อันจะส่งผลให้การบังคับใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวมีการพัฒนาและเกิดผลสัมฤทธิ์อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

^{๒๑} ข้อ ๓/๑ แห่งข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๒

นอกจากนี้ จากการตรวจสอบกฎหมายลำดับรองฉบับต่าง ๆ ที่มีอยู่ในระบบกฎหมายไทย พบว่ามีกฎหมายลำดับรองหลายฉบับที่กำหนดให้นำกระบวนการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้ ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการของเทคโนโลยีสื่อสารในปัจจุบัน และอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย เช่น

(๑) กฎกระทรวงว่าด้วยการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาททางแพ่ง พ.ศ. ๒๕๕๓ มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทที่เป็นข้อพิพาททางแพ่งเกี่ยวกับที่ดิน มรดก และข้อพิพาททางแพ่งอื่นที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินสองแสนบาท หรือมากกว่านั้นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นข้อพิพาทเล็กน้อยมีทุนทรัพย์ไม่มากนัก จึงสามารถทำการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทในระดับอำเภอได้ โดยกำหนดให้นำกระบวนการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาททางแพ่งตามกฎหมายฉบับนี้ใช้กับกรุงเทพมหานครด้วย นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้นำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาททางแพ่งตามกฎหมายฉบับนี้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กรมการปกครองหรือกรุงเทพมหานครกำหนด

(๒) ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจ ประกันภัยว่าด้วยการรับและพิจารณาข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการประกันภัย พ.ศ. ๒๕๖๔ มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการรับและพิจารณาข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการประกันภัย การจ่ายค่าสินไหมทดแทน การชดเชยเงินหรือประโยชน์อื่นใดตามกรมธรรม์ประกันภัย โดยกำหนดให้สามารถยื่นข้อร้องเรียนดังกล่าวผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ และกรณีที่เป็นข้อร้องเรียนที่ไม่ยุ่งยากซับซ้อน เจ้าหน้าที่สามารถประสานคู่กรณีเพื่อเจรจาไกล่เกลี่ยยุติข้อพิพาทโดยระบบทางด่วนประกันภัย (complain unit) โดยนำวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการแจ้งความประสงค์เข้ารับบริการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การประสานงาน การนัดเจรจาไกล่เกลี่ย และการไกล่เกลี่ย การจัดทำคำชี้แจง รวมทั้งการติดต่อสื่อสารและรับส่งข้อมูลระหว่างผู้ร้องเรียน บริษัท เจ้าหน้าที่ และผู้เกี่ยวข้องได้

(๓) ประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง การไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๒๐ ตรี มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดวิธีการในการยื่นคำร้อง การตรวจสอบข้อมูลและการสอบถามความสมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การจัดทำข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความ รวมทั้งเรื่องสารบบและสำนวนความ โดยกำหนดให้ยื่นคำร้องทางระบบที่เรียกว่า “ระบบ CIOS” ซึ่งเป็นระบบบริการข้อมูลคดีศาลยุติธรรม (Case Information Online Service: CIOS) และสามารถติดตามผลการยื่นคำร้องและการดำเนินการทางระบบดังกล่าวได้ การยื่นคำร้องอิเล็กทรอนิกส์ผ่านทางระบบ CIOS ต้องใช้แบบพิมพ์อิเล็กทรอนิกส์ในระบบที่กำหนดไว้ และต้องส่งแบบตอบรับเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ตามที่ผู้ร้องระบุมาในคำร้อง รวมทั้งกำหนดให้มีการตั้งสำนวนไกล่เกลี่ยก่อนฟ้อง ที่เรียกว่า กพว E เพื่อรองรับกรณีการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องที่กระทำโดยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ด้วย ทั้งนี้ คำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องจะกำหนดช่องทางที่สะดวกในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยออนไลน์ เช่น Line Zoom และ Vdo Conference ไว้ด้วย

สรุป

ปัจจุบันการค้าการลงทุนทั่วโลกได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว และมีการนำเอาเทคโนโลยีสมัยใหม่มาใช้ในการติดต่อสื่อสารกันมากขึ้น ส่งผลให้เกิดการพัฒนาของระบบเศรษฐกิจดิจิทัลอย่างก้าวกระโดด ประกอบกับสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคโควิด-๑๙ ทำให้ต้องปรับเปลี่ยนรูปแบบการติดต่อสื่อสารและนำเอาสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เข้ามาใช้ในการชีวิตประจำวัน โดยเฉพาะการซื้อขายสินค้าและบริการออนไลน์ ที่เรียกว่า “การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์” (Electronic Commerce) อย่างไรก็ดี กลไกการระงับข้อพิพาทที่ใช้บังคับอยู่เดิมนั้นไม่สอดคล้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในยุคสังคมดิจิทัลซึ่งรวมถึงข้อพิพาทที่เกิดจากธุรกรรมพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ จึงมีแนวความคิดที่จะนำวิธีการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้เพื่อเพิ่มช่องทางในการติดต่อสื่อสาร ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย ลดปริมาณคดีในศาล และสามารถรักษาความลับทางการค้าให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจได้อีกด้วย

การระงับข้อพิพาทออนไลน์ (ODR) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ใช้การสื่อสารและการจัดการผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยในทางระหว่างประเทศมีความพยายามที่จะสร้างกลไกเพื่อรองรับสังคมโลกในยุคเศรษฐกิจดิจิทัลเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากการที่คณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL) ได้มีมติรับรองบันทึกทางเทคนิคเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางออนไลน์ (Technical Note on Online Dispute Resolution) เพื่อเป็นแนวทางให้แก่ประเทศต่าง ๆ ในการออกกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทออนไลน์ ซึ่งหลายประเทศก็ได้นำกลไกการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้บังคับแล้ว โดยมีรูปแบบและวิธีการดำเนินการที่หลากหลายแตกต่างกันออกไป

ประเทศไทยได้เริ่มนำการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้บังคับมากขึ้น โดยหน่วยงานที่นำการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้บังคับแล้ว เช่น ศาลยุติธรรม สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กรมทรัพย์สินทางปัญญา และสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ในส่วนของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยตรง คือ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. ๒๕๖๒ และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. ๒๕๔๕ แม้จะไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทออนไลน์หรือการอนุญาโตตุลาการออนไลน์ไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาสาระของพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวแล้ว พบว่ายังเปิดช่องให้สามารถนำการระงับข้อพิพาทออนไลน์มาใช้ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องได้ ซึ่งในอนาคตหากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะย่อมทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะข้อพิพาททางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ยุติลงโดยเร็ว อันจะก่อให้เกิดผลดีแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย รวมทั้งทำให้การติดต่อค้าขายและการดำเนินกิจกรรมทางพาณิชย์ต่าง ๆ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศพัฒนาก้าวหน้าต่อไป

การปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup :
ตอนที่ ๒ : แนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจในต่างประเทศ (ส่วนที่ ๑)*

พิชยมนต์ จาริกสุนทรสกุล**

ณรรธา บัวตัญญู***

สมภพ ศิริธนานุกุลวงศ์****

บทนำ

ในตอนต้นที่ ๑^๑ ผู้เขียนได้นำเสนอถึงปัญหาและอุปสรรคของการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย โดยได้กล่าวถึงข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับธุรกิจ Startup สำหรับนักกฎหมาย และปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจด้านต่าง ๆ คือ (๑) ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมาย (๒) ปัญหาและอุปสรรคในการระดมทุน และ (๓) ปัญหาและอุปสรรคอื่น ๆ สำหรับในตอนต้นที่ ๒^๒ นี้ ผู้เขียนจะกล่าวต่อไปถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในต่างประเทศ ภายใต้วัตถุประสงค์ของการศึกษาว่า จะสามารถนำแนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจของแต่ละประเทศมาปรับใช้ในบริบทของประเทศไทยและระบบกฎหมายไทย ได้หรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ เนื่องจากเนื้อหาของบทความมีความยาวค่อนข้างมาก ผู้เขียนจึงแบ่งบทความตอนนี้ออกเป็น ๒ ส่วน โดยในส่วนที่ ๑ ที่ลงในวารสารฉบับนี้จะกล่าวถึงลักษณะของประเทศที่มีระบบนิเวศที่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ Startup และแนวทางการส่งเสริมการประกอบ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายการศึกษาและวัฒนธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ธันวาคม ๒๕๖๕), น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., น.ม. (สาขากฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. (cum laude) Indiana University Maurer School of law.

*** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ กองกฎหมายการเงินการคลัง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ธันวาคม ๒๕๖๕), LL.B. Cardiff University, MRes. University of London (Birkbeck College) และ PhD. University of London (Birkbeck College).

**** นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ กองกฎหมายพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ธันวาคม ๒๕๖๕), ร.บ. (ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ) (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., LL.M. (Public Law) (with Merit) London School of Economics and Political Science.

^๑ เผยแพร่ในวารสารกฤษฎีกา OCS e-Journal เล่ม ๒ ตอน ๔ (ตุลาคม ๒๕๖๔) หน้า ๑๐๘-๑๓๔ <https://www.krisdika.go.th/data/ebook/journal/OCS_E_%20journal_%20V2_%20P4.pdf>.

^๒ ผู้เขียนขอขอบคุณ ดร.อภิชน จันทรเสน ผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมาย ธนาคารแห่งประเทศไทย และอนุกรรมการศึกษาแนวทางการปรับปรุงหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจ Startup ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาในการเขียนบทความตอนที่ ๒ นี้.

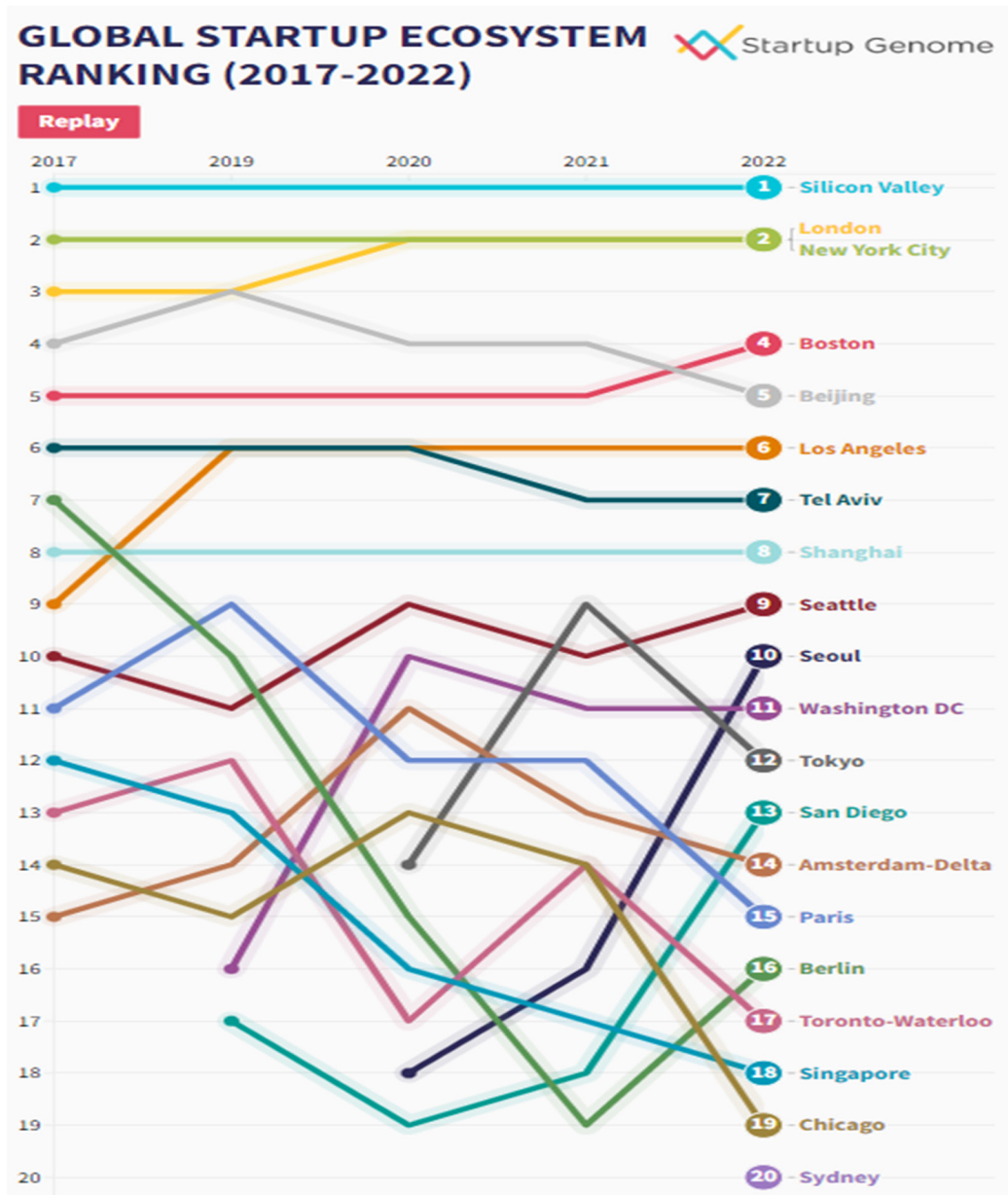
ธุรกิจ Startup ให้เติบโตอย่างแข็งแกร่งและต่อเนื่องในกลุ่มประเทศที่เป็นต้นกำเนิดการประกอบธุรกิจ Startup เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร และประเทศที่มีสภาพแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจอย่างมาก เช่น ประเทศสิงคโปร์ และในส่วนที่ ๒ ที่จะลงต่อไปในวารสารฉบับหน้า ผู้เขียนจะกล่าวถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในกลุ่มประเทศที่เดิมอาจมีสภาพแวดล้อมหรือมีข้อจำกัดทางกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจในรูปแบบ Startup มากนัก แต่รัฐบาลของประเทศเหล่านี้ได้กำหนดมาตรการที่มีประสิทธิภาพและปรับปรุงกฎหมายจนสามารถยกระดับการประกอบธุรกิจ Startup ได้อย่างต่อเนื่องจนก้าวขึ้นมาเป็นผู้นำในภูมิภาค

I. ระบบนิเวศที่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ Startup ในระดับโลก

หากพิจารณาความสำเร็จของธุรกิจ Startup ในหลายประเทศแล้ว อาจสรุปปัจจัยสำคัญของความสำเร็จได้ ๓ ด้าน ได้แก่ (๑) ด้านบุคลากร คือ การมีบุคลากรที่มีจิตวิญญาณการเป็นผู้ประกอบการ (Entrepreneurial Mindset) (๒) ด้านเงินทุน คือ การเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายและเหมาะสม (Availability of Funding) และ (๓) ด้านธุรกิจฐานนวัตกรรม คือ การมีระบบนิเวศในธุรกิจฐานนวัตกรรมที่เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจที่ใช้เทคโนโลยีระดับสูง (Ease of Doing Innovation) โดยเฉพาะการมีกฎหมายและการกำกับดูแลที่ส่งเสริมการประกอบธุรกิจและคุ้มครองสิทธิของนักลงทุน ซึ่งจะดึงดูดผู้ประกอบการและนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนนอกเหนือไปจากผู้ประกอบการและนักลงทุนในประเทศ

Startup Genome ซึ่งเป็นองค์กรด้านการวิจัยและการให้คำปรึกษาทางนโยบายเกี่ยวกับการพัฒนาระบบนิเวศของ Startup ในระดับโลก ได้ประเมินระบบนิเวศภายใต้องค์ประกอบต่าง ๆ ๖ ด้าน ประกอบด้วย ด้านประสิทธิภาพ (Performance) ด้านการระดมทุน (Funding) ด้านความเชื่อมโยง (Connectedness) ด้านการเข้าถึงตลาด (Market Reach) ด้านความรู้ (Knowledge) และด้านความสามารถและประสบการณ์ (Talent & Experience) ซึ่งจากข้อมูลสถิติระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๖๐-๒๕๖๕ พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา (Silicon Valley) และสหราชอาณาจักร (ลอนดอน) มีระบบนิเวศอยู่ในลำดับที่หนึ่งและลำดับที่สองโดยตลอดสำหรับในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ประเทศสิงคโปร์ได้รับการประเมินว่ามีระบบนิเวศที่ดีที่สุด โดยอยู่ในลำดับที่ ๑๘ ของโลก (ปรากฏตามภาพ)

ภาพแสดงการจัดลำดับระบบนิเวศที่เหมาะสม
กับการประกอบธุรกิจ Startup ระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๖๐ ถึง ๒๕๖๕^๓



เมื่อพิจารณาจากข้อมูลของ Startup Genome จะพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา มี Silicon Valley ซึ่งเป็นระบบนิเวศสำหรับการประกอบธุรกิจ Startup ที่ดีที่สุดในโลก รวมทั้งมีอีกหลายมลรัฐที่มีระบบนิเวศที่ดีที่สุดใน ๒๐ ลำดับแรก ขณะที่สหราชอาณาจักร ซึ่งมีอิทธิพลต่อเศรษฐกิจโลกมาอย่างยาวนาน มีระบบนิเวศที่ดีที่สุดเป็นอันดับที่ ๒ สำหรับประเทศสิงคโปร์ ซึ่งประสบความสำเร็จที่สุดในกลุ่มประเทศอาเซียนมีระบบนิเวศอยู่ในลำดับที่ ๑๘ ของโลก

^๓ Startup Genome, “The Global Startup Economy Report GSER 2022”, accessed 1 Nov 2022 <<https://startupgenome.com/report/gser2022>>.

และเป็นประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม (Blue Economy) เป็นลำดับที่ ๑ ของโลกอีกด้วย^๔

สำหรับประเทศในกลุ่มที่ ๒ ที่ผู้เขียนได้เลือกศึกษา คือ ประเทศอิตาลี ประเทศอินโดนีเซีย และประเทศอินเดีย เนื่องจากเป็นกลุ่มประเทศที่อยู่ในช่วงการพัฒนาระบบนิเวศให้เอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจ Startup รวมถึงการมีสภาพทางเศรษฐกิจและสังคมในรูปแบบที่ใกล้เคียงกับประเทศไทยที่อาจนำมาเป็นแนวทางปรับใช้ได้ ทั้งนี้ ระบบนิเวศ Startup ของประเทศข้างต้น มี Startup ที่เป็นแบบอย่างของความสำเร็จในหลากหลายสาขาธุรกิจ ตั้งแต่ธุรกิจที่มีการใช้เทคโนโลยีระดับสูง (deep tech) ไปจนถึงธุรกิจที่มีการนำนวัตกรรมมาใช้ในการเกษตรและอาหาร ตัวอย่างเช่น

(๑) ด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce) เช่น Tokopedia เป็น Startup สัญชาติอินโดนีเซีย ประกอบกิจการแพลตฟอร์มการค้าออนไลน์ (e-commerce) ซึ่งมีสินค้ามากกว่า ๒๐๐ ล้านรายการบนแพลตฟอร์ม อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน Tokopedia ยังคงมีนโยบายมุ่งเน้นการพัฒนาตลาดภายในประเทศเป็นหลัก โดยไม่เปิดรับสินค้าต่างประเทศบนแพลตฟอร์ม ยกเว้นสินค้านำเข้าบางประเภทที่ได้รับใบอนุญาตจำหน่ายโดยผู้นำเข้าหรือผู้จัดจำหน่ายที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น^๕ หรือ Flipkart ซึ่งเป็น Startup สัญชาติอินเดีย^๖

(๒) ด้านการขนส่ง (logistics) เช่น Gojek ซึ่งนับเป็น Unicorn Startup รายแรกของประเทศอินโดนีเซียที่ให้บริการในด้านนี้ โดยแนวคิดทางธุรกิจคือการแก้ไขปัญหาพื้นฐานที่ชาวอินโดนีเซียต้องเผชิญในชีวิตประจำวันโดยนำเทคโนโลยีมาช่วยเริ่มในการให้บริการรับ-ส่งผู้โดยสาร (ride-hailing) และขยายไปยังบริการอื่น ๆ อีกกว่า ๒๐ ประเภท เช่น การจัดส่งอาหาร บริการชำระเงิน และบริการนวด^๗

(๓) ด้านอื่น ๆ เช่น Traveloka ของประเทศอินโดนีเซียซึ่งเป็น Startup ระดับ Unicorn ให้บริการแพลตฟอร์มการท่องเที่ยวออนไลน์ที่ได้รับความนิยมมากที่สุดในอาเซียน^๘ หรือ Startup ที่ให้บริการชำระเงินผ่านแอปพลิเคชันที่เป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวาง เช่น OVO

^๔ Startup Genome, “The Global Startup Ecosystem Report (GSER) Blue Economy Edition” accessed 18 November 2022 <<https://startupgenome.com/articles/blue-economy-launch>>

^๕ สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, “รายงานเศรษฐกิจดิจิทัลของอินโดนีเซีย” <<https://bit.ly/3a81RRz>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^๖ Department of Promotion of Industry and Internal Trade, Ministry of Commerce and Industry, Government of India, *EVOLUTION OF STARTUP INDIA: Capturing the 5-Year story*, <<https://bit.ly/3eCGEAW>>, accessed 9 August 2022.

^๗ เฟื่องอ้าง.

^๘ Dylan Loh, “Alibaba backs Singapore’s Ninja Van in \$578 million fundraising” (27 September 2021), Nikkei Asia <<https://s.nikkei.com/3y9KFV6>> accessed 21 June 2022.

ซึ่งเป็น Unicorn Startup ของประเทศอินโดนีเซีย^๙ หรือ BharatPe ของประเทศอินเดีย และ Startup ที่ให้บริการด้านโทรคมนาคม เช่น บริษัท InMobi ของประเทศอินเดีย^{๑๐}

II. แนวทางการสนับสนุนธุรกิจ Startup ของต่างประเทศ

๑. ประเทศสหรัฐอเมริกา

๑.๑ ระบบนิเวศและภาพรวมของธุรกิจ Startup ในประเทศสหรัฐอเมริกา

Startup Genome ได้จัดอันดับ Silicon Valley ให้เป็นสถานที่ที่เหมาะสมกับการประกอบธุรกิจ Startup มากที่สุดทั้งในประเทศสหรัฐฯ และในโลก โดยเฉพาะในด้านประสิทธิภาพ ด้านการระดมทุน และด้านความสามารถและประสบการณ์^{๑๑} เนื่องจากเหตุผล ๓ ประการ ได้แก่ (๑) สภาพแวดล้อมการเริ่มต้นในอุดมคติ โดย Silicon Valley สนับสนุนทุกสิ่งที่เป็นแก่นผู้ประกอบการในการเริ่มต้นธุรกิจ รวมถึงการร่วมลงทุนชั้นนำระดับโลก (world-leading venture capital) ความสามารถ (talent) และโอกาสในการสร้างเครือข่าย (networking opportunities) (๒) การสนับสนุนทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพเพื่อปกป้องผลประโยชน์ทางธุรกิจ และทรัพย์สินทางปัญญา และ (๓) การเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้โดยง่าย^{๑๒} อย่างไรก็ตาม แม้ Silicon Valley จะเหมาะสมกับการประกอบธุรกิจของ Startup แต่การจัดตั้งองค์กรธุรกิจเพื่อประกอบธุรกิจในสหรัฐฯ ผู้ประกอบการที่จะดำเนินการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ ไม่ว่าจะในรูปแบบกิจการเจ้าของคนเดียว (Sole Proprietorship)^{๑๓} ห้างหุ้นส่วน (Partnership)^{๑๔} บริษัท (Corporate)^{๑๕} บริษัทจำกัด (Limited

^๙ สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงจาการ์ตา, “รายงานเศรษฐกิจดิจิทัลของอินโดนีเซีย” <<https://bit.ly/3a81RRz>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

^{๑๐} เพิ่งอ้าง.

^{๑๑} Startup Genome, “Silicon Valley - Bay Area #1” <<https://startupgenome.com/ecosystems/silicon-valley>> accessed 1 Nov 2022

^{๑๒} Ibid.

^{๑๓} กิจการเจ้าของคนเดียว เป็นองค์กรธุรกิจที่มีบุคคลเพียงคนเดียวเป็นเจ้าของ โดยเจ้าของกิจการมีอำนาจเต็มในการดำเนินธุรกิจ รายได้ทั้งหมดรวมถึงหนี้สินจะตกเป็นของเจ้าของกิจการแต่เพียงผู้เดียวหลังหักจ่ายภาษีอากรแล้ว

^{๑๔} ห้างหุ้นส่วนจำกัด เป็นองค์กรธุรกิจที่มีหุ้นส่วนตั้งแต่ ๒ คนขึ้นไปเป็นเจ้าของ โดยมีการทำสัญญาทำธุรกิจร่วมกัน โดยมีการแบ่งกำไรและหนี้สินที่เกิดจากการทำธุรกิจในส่วนที่เท่ากันตามจำนวนหุ้นส่วน ทั้งนี้ หากธุรกิจนั้น ๆ มีการซื้อขายในตลาดหุ้นจะต้องมีการตรวจสอบบัญชี (Auditing) ตามมาตรฐานของ Generally Accepted Accounting Principles (GAAP) ด้วย นอกจากนี้การเป็นหุ้นส่วนจะยุติลงต่อเมื่อหุ้นส่วนได้ถึงแก่กรรม เป็นบุคคลทุพพลภาพ หรือขอถอนหุ้นออกจากกิจการที่ตนเองเป็นหุ้นส่วนอยู่

^{๑๕} บริษัท เป็นองค์กรธุรกิจที่มีผู้ถือหุ้นสัญชาติใดก็ได้ตั้งแต่ ๑ คนขึ้นไปเป็นเจ้าของ โดยมีคณะกรรมการบริหาร (Board of Directors) เป็นผู้ดูแลกำกับนโยบายและเรื่องทั่วไปของบริษัท โดยมีสถานะนิติบุคคลแยกต่างหากจากกรรมการและผู้ถือหุ้น ซึ่งการเป็นเจ้าของบริษัทสามารถกระทำได้โดยการซื้อหุ้นของบริษัท โดยบริษัทต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย ๑ คน ถือหุ้นอย่างน้อย ๑ หุ้น ซึ่งผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุม

Liability Companies: LLC)^{๑๖} หรือบริษัทมหาชนจำกัด (Public Limited Company: PLC หรือ Publicly Traded Companies) มักดำเนินการจัดตั้ง (incorporated) ในมลรัฐเดลาแวร์ (Delaware)^{๑๗}

๑.๒ บทนิยามคำว่า Startup ในกฎหมาย

จากการสืบค้นข้อมูล ไม่พบว่ามีคำจำกัดความ Startup ไว้ในกฎหมายของสหรัฐฯ ทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ แต่มีการให้นิยามที่ได้รับการยอมรับและเป็นที่เข้าใจในทางธุรกิจ โดย Steve Blank ซึ่งได้รับการยกย่องให้เป็นบิดาแห่งผู้ประกอบการยุคใหม่ (Modern Entrepreneurship) เนื่องจากเป็นผู้มีประสบการณ์ในการทำธุรกิจและลงทุนขยายธุรกิจอย่างต่อเนื่อง (Serial Entrepreneur) และเป็นผู้สอนในมหาวิทยาลัยที่มีชื่อเสียงทางการประกอบธุรกิจ เช่น Stanford, Columbia, UC Berkeley, Imperial College โดย Steve Blank ให้ความหมายของ Startup ไว้ว่า “A startup is a temporary organization designed to search for a repeatable and scalable business model.”^{๑๘} ซึ่งการค้นหารูปแบบธุรกิจที่สามารถทำซ้ำได้และปรับขนาดได้ต้องเป็นไปตามวิธีการทางวิทยาศาสตร์ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของสมมติฐานที่สามารถพิสูจน์ได้โดยการทดลองและวิเคราะห์^{๑๙} ที่เรียกว่า “วิธีการ Lean Startup” (The Lean Startup Method) ซึ่งเสนอโดย Eric Ries (ผู้ประกอบการที่ Steve Blank

ได้และจะได้รับเงินปันผลกำไรจากบริษัท หากบริษัทที่ผู้ถือหุ้นล้มละลาย ผู้ถือหุ้นอาจไม่ได้เงินลงทุนทั้งหมดกลับคืนมา ทั้งนี้ การจดทะเบียนบริษัทสามารถทำได้โดยติดต่อหน่วยราชการของมลรัฐที่จะตั้งธุรกิจ ซึ่งค่าธรรมเนียมจะแตกต่างกันไปตามมลรัฐ ทั้งนี้ สามารถแบ่งบริษัทได้เป็น ๒ ประเภท โดยมีความแตกต่างที่สำคัญที่สุดในเรื่องภาษี คือ (๓.๑) S Corporation จะเก็บภาษีเงินได้ภายใต้ Subchapter S แห่งประมวลรัษฎากร (26 U.S.C. §§ 1361 – 1379) คือ เก็บภาษีในระดับบุคคลเท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่ง S Corporation เป็นเพียงช่องทางที่เงินจะไหลผ่านไปสู่ผู้มีเงินได้เท่านั้น (pass-through entity) การเก็บภาษีเงินได้จะจัดเก็บจากผู้มีเงินได้โดยตรง ทั้งนี้ S Corporation ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมาย แต่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ในทางภาษีเท่านั้น (Tax Status) และ (๓.๒) C Corporation จะเก็บภาษีเงินได้ภายใต้ Subchapter C แห่งประมวลรัษฎากร (26 U.S.C. §§ 301 – 391) คือ เก็บภาษีในระดับองค์กรธุรกิจและบุคคล โดย C Corporation มีสถานะเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมาย

^{๑๖} บริษัทจำกัด (LLC) เป็นองค์กรธุรกิจที่มีลักษณะผสมระหว่างบริษัทและห้างหุ้นส่วน โดยเป็นการร่วมลงทุนจากผู้ถือหุ้นหลายราย ผู้ถือหุ้นแต่ละรายจะรับผิดชอบหนี้สินของบริษัทไม่เกินมูลค่าที่ตนถืออยู่ ทั้งนี้ บริษัทจำกัดจะต้องจดทะเบียนและมีคำว่า “LLC” ต่อท้ายชื่อบริษัทการค้าตามภาษีจะเหมือนกันกับรูปแบบการลงทุนแบบ S Corporation กล่าวคือ LLC เป็นเพียงช่องทางที่เงินจะไหลผ่านไปสู่ผู้มีเงินได้เท่านั้น (pass-through entity) อย่างไรก็ตาม บริษัทจำกัดเป็นหนึ่งในกลยุทธ์การลงทุนที่กำลังได้รับความสนใจในสหรัฐฯ มากที่สุดในขณะนี้เนื่องจากมีโครงสร้างที่สามารถปรับเปลี่ยนได้ง่าย

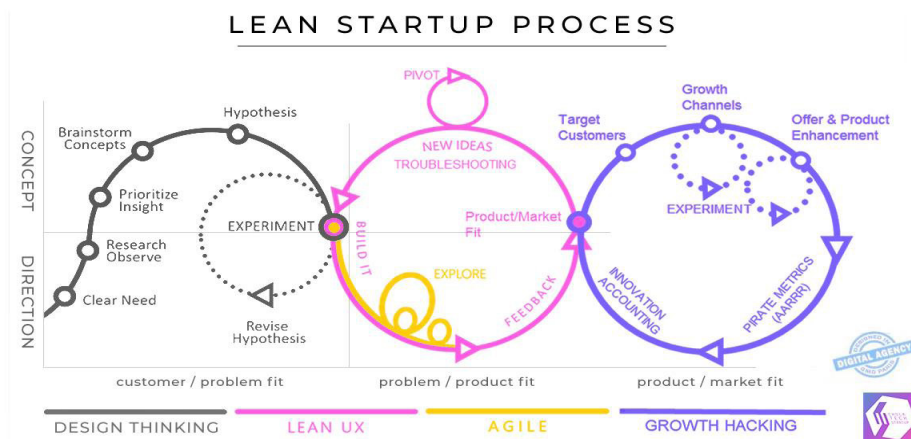
^{๑๗} Cairncross & Hempelmann, “Forming Your Startup the Silicon Valley Way” (July 2015) <<https://www.cairncross.com/blog/ch-news/forming-your-startup-the-silicon-valley-way>> accessed 1 Nov 2022

^{๑๘} Andy Areitio, “What is a startup and how is it different from other companies (new and old)?” (14 December 2018) <<https://medium.com/theventurecity/what-is-a-startup-and-how-is-it-different-from-other-companies-new-and-old-428875c27c29>> accessed 1 Nov 2022

^{๑๙} Ibid.

ช่วยลงทุนและประสบผลสำเร็จ) โดยเป็นการสร้างหรือดำเนินธุรกิจด้วยการเริ่มต้นที่น้อยที่สุด เพื่อลดความสูญเปล่า (Waste) และความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจ โดยสามารถแบ่งขั้นตอน Lean Startup ออกได้เป็น ๓ ขั้นตอน (stages) ได้แก่ (๑) ขั้นตอนเกี่ยวกับการวางแผนแก้ไข ปัญหา (แก้ปัญหอะไร ให้บุคคลใด) (๒) ขั้นตอนการแก้ปัญหา (แก้ไขปัญหายังไง) และ (๓) ขั้นตอนการออกผลิตภัณฑ์หรือผลการแก้ไขปัญหาลง^{๒๐}

ภาพแสดง Lean Startup Process^{๒๑}



อนึ่ง แม้ว่า Startup เป็นกิจการขนาดเล็ก (Small Business) เช่นเดียวกัน แต่มีความแตกต่างกันทั้งในแนวคิด (ideology) และรูปแบบองค์กร (organization)^{๒๒} โดยสำนักงานธุรกิจขนาดเล็กสหรัฐอเมริกา (the U.S. Small Business Administration: SBA) ได้กำหนดลักษณะของการเป็น Small Business ได้แก่ (๑) ต้องเป็นธุรกิจที่แสวงหาผลกำไร (๒) เจ้าของมีอิสระในการดำเนินกิจการ และ (๓) ไม่มีความโดดเด่นในสาขาของกิจการ (not be

^{๒๐} Chula Tech Startup ได้อธิบายไว้สรุปได้ว่า (๑) ขั้นตอนเกี่ยวกับการวางแผนแก้ไขปัญหาลง (Stage of customer/problem fit) มีวิธีการดังต่อไปนี้ (๑.๑) การเข้าใจกลุ่มเป้าหมาย (๑.๒) กำหนดปัญหาที่ต้องการ (๑.๓) ระดมสมองหาวิธีการแก้ปัญหา (๑.๔) สร้าง prototype ขึ้นมาเพื่อทดสอบกับกลุ่มเป้าหมาย และ (๑.๕) นำ feedback กลับมาปรับปรุง prototype ที่สร้างขึ้น (๒) ขั้นตอนการแก้ปัญหา (Stage of problem/product fit) มีข้อพิจารณาหลัก คือ แก้ไขปัญหา (pain point) อย่างไร ด้วยวิธีใด และจะมีรูปแบบธุรกิจอย่างไร และ (๓) ขั้นตอนการออกผลิตภัณฑ์หรือผลการแก้ไขปัญหาลง (Stage of product/market fit) โดยธุรกิจที่สร้างขึ้นต้องสามารถปรับเปลี่ยนขนาดได้ (Scalable) โดยพิจารณาจาก (๓.๑) การที่ลูกค้าสามารถใช้ซ้ำได้ (Repeatability) (๓.๒) การที่ลูกค้าสามารถใช้ได้บ่อย (Frequency) และ (๓.๓) Location-Sensitivity (Chula Tech Startup, “Lean Startup Process” <<https://www.facebook.com/CUTechStartup/posts/2210871742284672>> accessed 1 Nov 2022)

^{๒๑} Ibid.

^{๒๒} Bogdan Sandu, “Startup vs Small Business. What is the Difference?” (20 September 2020) <<https://upcutstudio.com/startup-vs-small-business/>> accessed 1 Nov 2022.

nationally dominant in its field)^{๒๓} ทั้งนี้ สามารถพิจารณาความแตกต่างระหว่าง Startup และ Small Business ที่สำคัญ^{๒๔} คือ

(๑) นวัตกรรม (Innovation) และผลตอบแทน (Profit) – Startup มุ่งสร้างนวัตกรรมเพื่อก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือเพื่อแก้ไขปัญหาทางสังคม โดยประสงค์ให้ธุรกิจเติบโตอย่างรวดเร็ว ในขณะที่ Small Business ประกอบกิจการเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่มีอยู่แล้วโดยไม่ได้มุ่งให้ธุรกิจเติบโตอย่างรวดเร็ว แต่มุ่งหวังผลกำไร

(๒) เงินทุน (Funding) – การที่ Startup จะได้รับเงินทุนจากผู้ลงทุน ผู้ประกอบการต้องแสดงให้เห็นว่าธุรกิจดังกล่าวจะเติบโตและสร้างผลตอบแทนได้มากเพียงพอเพื่อใช้ในการพัฒนาสินค้าหรือบริการดังกล่าว ในขณะที่ Small Business มีแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินโดยแสดงถึงความมั่นคงในการประกอบกิจการ โดยไม่จำเป็นต้องแสดงถึงโอกาสความเติบโตของธุรกิจ

(๓) ปัจจัยเสี่ยง (Risk Factors) – เนื่องจาก Startup มุ่งสร้างสิ่งใหม่หรือใช้วิธีการทางการตลาดแบบใหม่ ในเวลาที่ยากลำบาก จึงทำให้มีปัจจัยเสี่ยงที่กิจการจะไม่ประสบความสำเร็จเป็นจำนวนมาก ในขณะที่ Small Business ไม่มีเวลาจำกัดในการประกอบกิจการและไม่มุ่งหมายการเติบโต ปัจจัยเสี่ยงจึงมีเพียงปัจจัยเสี่ยงพื้นฐานในการดำเนินธุรกิจ

๑.๓ กฎหมายหรือมาตรการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า แม้ Silicon Valley (ซึ่งอยู่ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย) จะเหมาะสมกับการประกอบธุรกิจของ Startup แต่การจัดตั้งองค์กรธุรกิจเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศสหรัฐฯ ส่วนใหญ่มักจัดตั้งในมลรัฐเดลาแวร์ โดยข้อมูลจากกรมบริษัทแห่งมลรัฐเดลาแวร์ (Delaware Division of Corporations) ปรากฏว่าในปัจจุบันมีบริษัทที่จัดตั้งในมลรัฐเดลาแวร์คิดเป็นจำนวนมากกว่าร้อยละ ๖๐ ของบริษัทที่อยู่ในรายชื่อ Fortune 500 (รายชื่อบริษัทที่ใหญ่ที่สุดในประเทศสหรัฐฯ จำนวน ๕๐๐ บริษัทที่ประกาศโดยนิตยสาร Fortune) เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยบริษัทของมลรัฐเดลาแวร์มีความก้าวหน้าและยืดหยุ่น (modern and flexible) มากที่สุดในประเทศสหรัฐฯ^{๒๕} ในขณะเดียวกันกฎหมายว่าด้วยบริษัทของมลรัฐเดลาแวร์ให้ความคุ้มครองการดำเนินการของบริษัทอย่างมาก เช่น กำหนดให้บริษัท

^{๒๓} U.S. Small Business Administration, “SBA’s size standards determine whether or not your business qualifies as small” <<https://www.sba.gov/federal-contracting/contracting-guide/size-standards>> accessed 1 Nov 2022.

^{๒๔} Sneha Kulkarni, “What Is The Difference Between Startup And Small Business?” (8 June 2021) <<https://www.goodreturns.in/classroom/what-is-the-difference-between-startup-and-small-business-1211632.html>> accessed 1 Nov 2022; Randa Kriss, “Startup vs. Small Business: What’s the Real Difference?” (22 October 2020) <<https://www.nerdwallet.com/article/small-business/startup-vs-small-business>> accessed 1 Nov 2022.

^{๒๕} Delaware Division of Corporations, “Why Businesses Choose Delaware” <<https://corplaw.delaware.gov/why-businesses-choose-delaware>> accessed 25 June 2022.

สามารถมีคณะกรรมการบริหารประกอบด้วยบุคคลเพียงคนเดียวได้^{๒๖} หรือการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวมากกว่ามลรัฐอื่น เช่น ข้อโต้แย้งของผู้ถือหุ้นที่เกี่ยวกับหนังสือหรือบันทึกของบริษัทจะต้องดำเนินการภายในมลรัฐ ซึ่งผู้ถือหุ้นต้องขอรับที่ปรึกษาท้องถิ่น (Local Counsel) และดำเนินคดีในศาลแห่งมลรัฐเดลาแวร์ ซึ่งอาจเป็นการขัดขวางหรือทำให้ไม่สะดวกแก่ผู้ถือหุ้นในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งหนังสือหรือบันทึกของบริษัทได้^{๒๗} นอกจากนี้ มลรัฐเดลาแวร์ยังมีศาลชำนาญพิเศษ ซึ่งเรียกว่า “Court of Chancery”^{๒๘} ที่พิจารณาคดีเกี่ยวกับบริษัทโดยเฉพาะ และพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษาที่มีความรู้ความชำนาญกฎหมายว่าด้วยบริษัท^{๒๙} ทั้งนี้ the Delaware Court of Chancery เป็นศาลที่พิจารณาคดีทางธุรกิจแห่งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา^{๓๐} และด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทของมลรัฐเดลาแวร์จึงเป็นที่รับรู้โดยทั่วไปของนักกฎหมาย^{๓๑} รวมทั้งมีฝ่ายนิติบัญญัติที่ให้ความสำคัญในการออกกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจให้ทันสมัยอยู่เสมอ โดยฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐได้รับเงินประมาณร้อยละ ๑๕ ถึง ๒๐ ของงบประมาณของมลรัฐที่ได้รับจากภาษีแฟรนไชส์ (Franchise Tax) เพื่อดำเนินการดังกล่าว^{๓๒}

^{๒๖} UpCounsel, “Delaware Startups: Everything You Need To Know”, accessed <<https://www.upcounsel.com/delaware-startups>> 26 June 2022.

^{๒๗} Kellen Luey and Clifford A. DeGroot, “Why Do So Many Startups Form Their Corporations in Delaware?” <<https://www.dwt.com/blogs/startup-law-blog/2020/07/why-do-so-many-startups-form-corporations-delaware>> accessed 26 June 2022.

^{๒๘} UpCounsel, “Delaware Startups: Everything You Need To Know” <<https://www.upcounsel.com/delaware-startups>> accessed 26 June 2022.

^{๒๙} Kellen Luey and Clifford A. DeGroot, “Why Do So Many Startups Form Their Corporations in Delaware?” <<https://www.dwt.com/blogs/startup-law-blog/2020/07/why-do-so-many-startups-form-corporations-delaware>> accessed 26 June 2022.

^{๓๐} Harvard Business Services, Inc., “Why Incorporate in Delaware?” <<https://www.delawareinc.com/before-forming-your-company/benefits-of-incorporating-in-delaware/>> accessed 5 July 2022.

^{๓๑} Former Chief Justice William Rehnquist of the United States Supreme Court ได้เคยกล่าวไว้ว่า “Corporate lawyers across the United State have praised the expertise of the Court of Chancery, noting that since the turn of the century, it has handed down thousands of opinions interpreting virtually every provision of Delaware’s corporate law statute. No other state court can make such a claim. As one scholar has observed, “[t]he economies of scale, created by the high volume of corporate litigation in Delaware, contribute to an efficient and expert court system and bar.” (Lewis S. Black, Jr., “Why Corporations Choose Delaware” <https://corpfiles.delaware.gov/pdfs/whycorporations_english.pdf> accessed 8 July 2022).

^{๓๒} Kellen Luey and Clifford A. DeGroot, “Why Do So Many Startups Form Their Corporations in Delaware?” <<https://www.dwt.com/blogs/startup-law-blog/2020/07/why-do-so-many-startups-form-corporations-delaware>> accessed 26 June 2022.

สำหรับการเลือกประเภทองค์กรธุรกิจขึ้นอยู่กับพิจารณาความเหมาะสมของ Startup แต่ละแห่ง โดยมีปัจจัยในการพิจารณา ได้แก่ (๑) บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจัดตั้ง (Statutory formalities of creation) (๒) ภาษี (tax consequences) (๓) ความรับผิดชอบของผู้เป็นเจ้าของ (extent of personal liability of owners) (๔) การลงทุนเพิ่มเติม (ease of additional investment) (๕) สภาพคล่องทางการเงิน (liquidity) และ (๖) การควบคุมและค่าใช้จ่าย (control and legal costs)^{๓๓} อย่างไรก็ตาม โดยส่วนใหญ่ Startup มักเลือกจัดตั้งเป็น**บริษัทประเภท C Corporation** เพราะเหตุที่เป็นรูปแบบที่นักลงทุนต้องการและสามารถปรับเปลี่ยนเป็นบริษัทมหาชนและเติบโตได้ง่ายกว่า รวมถึงสามารถออกหุ้นได้หลายระดับ (different classes of stock) (เช่น หุ้นสามัญ หุ้นบุริมสิทธิ)^{๓๔} และสามารถระดมทุนได้ง่าย^{๓๕} หรือเลือกจัดตั้งเป็น**บริษัทจำกัด (LLC)** เพราะบริษัทจำกัดได้รับประโยชน์ในทางภาษี โดยเป็นเพียงช่องทางที่เงินจะไหลผ่านไปสู่ผู้มีเงินได้ (pass-through tax) เช่นเดียวกับห้างหุ้นส่วน จึงไม่มีการเสียภาษีในชั้นบริษัทจำกัด^{๓๖} อย่างไรก็ตาม LLC ไม่สามารถมีแผนการเป็นเจ้าของหุ้นของพนักงาน (Employee Stock Ownership Plan: ESOP) การให้สิทธิได้รับจัดสรรหุ้น (Stock Vesting) ได้^{๓๗}

เมื่อมีการจัดตั้งบริษัทในมลรัฐหนึ่ง (ในที่นี้หมายถึงมลรัฐเดลาแวร์) แต่ดำเนินการในอีกมลรัฐหนึ่ง (เช่น Silicon Valley มลรัฐแคลิฟอร์เนีย) การดำเนินการของบริษัทและกิจการภายในของบริษัทเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นและหุ้นย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทของมลรัฐที่จัดตั้งบริษัทตามหลักกิจการภายใน (Internal Affairs Doctrine: IAD)^{๓๘} (ตามกฎหมายขัดกัน § 187(2)(a))^{๓๙} เช่น การออกหุ้น (ทั้งหุ้นสามัญ (common stock) หรือหุ้นบุริมสิทธิ

^{๓๓} Fenwick & West LLP, “Legal Resource Guide for Startup Entrepreneurs”, p.1 <<https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/Legal-Resource-Guide-April-2017.pdf>> accessed 26 June 2022

^{๓๔} Hernando Barreto, “Why a hybrid Delaware-Latam legal structure make sense of a Startup?” (23 October 2019) <<https://www.linkedin.com/pulse/why-hybrid-delaware-latam-legal-structure-make-sense-startup-barreto>> accessed 8 July 2022.

^{๓๕} Ibid.

^{๓๖} Alan MxcGee, “Why Your Startup Should Be a Delaware C-Corporation” (15 March 2017) <<https://gust.com/launch/blog/why-startup-delaware-c-corporation>> accessed 7 July 2022.

^{๓๗} Fenwick & West LLP, “Legal Resource Guide for Startup Entrepreneurs” <<https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/Legal-Resource-Guide-April-2017.pdf>> accessed 26 June 2022.

^{๓๘} *VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen, Inc.* (2005) (available at <https://caselaw.findlaw.com/de-supreme-court/1315035.html>).

^{๓๙} Restatement (Second) of Conflict of Laws § 187. Law Of The State Chosen By The Parties

(preferred stock) การเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิในหุ้น การแปลงหนี้หรือสินทรัพย์เป็นทุน (Conversion of debt or assets into equity) (เช่น กรณี startup อาจนำเอาทรัพย์สินทางปัญญา หรือนวัตกรรมที่ใช้ในกิจการของตนมาตีมูลค่าเพื่อกำหนดมูลค่าหุ้น) การซื้อหุ้นคืนและถือหุ้นของตนเอง (Treasury Stocks) แผนการเป็นเจ้าของหุ้นของพนักงาน (Employee Stock Ownership Plan: ESOP) การให้สิทธิได้รับจัดสรรหุ้น (Stock Vesting) การลงคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้น การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัท รวมถึงการดำเนินการเมื่อมีข้อพิพาทระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้น หรือระหว่างบริษัทกับบุคคลภายนอก

สำหรับการดำเนินการของบริษัทที่เป็น Startup ใน Silicon Valley (บริษัท Startup จัดตั้งในมลรัฐเดลาแวร์แต่มาประกอบกิจการที่ Silicon Valley ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมายบริษัทของมลรัฐเดลาแวร์) มักมีโครงสร้างผู้ถือหุ้นโดยมีการกำหนดตารางแสดงสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัท (Capitalization Tables) โดยมักจะออกหุ้นสามัญและกำหนดไว้ในหนังสือการจัดตั้งบริษัท (*Certificate of Incorporation*) แบ่งเป็นหุ้นสองประเภท ได้แก่

(๑) หุ้นที่ออกให้แก่ผู้เริ่มก่อตั้ง (founder) รวมถึงผู้บริหารที่สำคัญ (Keyman) และนักลงทุน (investor) ประมาณร้อยละ ๘๐ ถึง ๙๐ ของหุ้นทั้งหมด โดยมักมีข้อตกลงให้สิทธิแก่บริษัทในการซื้อหุ้นคืน (Buy-Back Rights) ในราคาที่กำหนด สำหรับกรณีที่ผู้เริ่มก่อตั้งรายใดไม่ประสงค์ร่วมกิจการต่อไป^{๔๐}

(๒) หุ้นที่บริษัทถือไว้เอง (Treasury Shares) ประมาณร้อยละ ๑๐ ถึง ๒๐ ของหุ้นทั้งหมด ภายใต้แผนการออกหุ้นเพื่อเป็นการจูงใจให้แก่พนักงาน (the equity incentive plan)^{๔๑}

(1) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.

(2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either

(a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or

(b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

(3) In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.

^{๔๐} Supra note 33, p.8 accessed 26 June 2022.

^{๔๑} Cairncross & Hempelmann, "Forming Your Startup the Silicon Valley Way" (July 2015) <<https://www.cairncross.com/blog/ch-news/forming-your-startup-the-silicon-valley-way>> accessed 26 June 2022.

ที่เรียกว่า แผนการเป็นเจ้าของหุ้นของพนักงาน (Employee Stock Ownership Plan: ESOP) กฎหมายไม่กำหนดราคาพาร์ (no par value) ไว้ แต่ให้เป็นอำนาจบริษัทที่จะกำหนดราคาเอง อย่างไรก็ตาม หากกำหนดราคาที่เสนอขายในเวลาเดียวกันต่อบุคคลที่แตกต่างกันในราคาที่แตกต่างกัน เช่น จัดสรรเป็นหุ้นให้แก่พนักงานในราคาต่ำ ในขณะที่เสนอขายให้แก่บุคคลภายนอกในราคาสูงเพื่อระดมทุน กรมสรรพากรจะรับรู้รายได้ของบริษัทว่าราคาที่เสนอขายให้แก่บุคคลภายนอกเป็นกำไรที่ต้องเสียภาษีเงินได้^{๔๒}

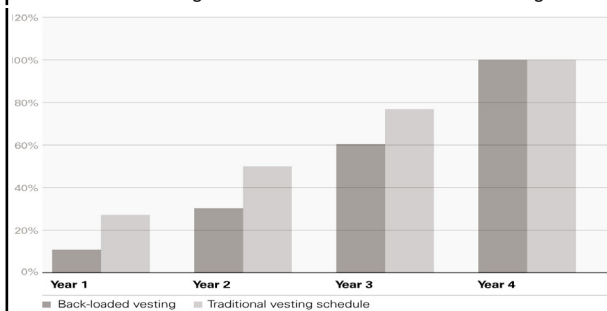
ตัวอย่าง ตารางแสดงสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัท (Capitalization Tables) เช่น บริษัทประสงค์ออกหุ้นทั้งหมด ๑ ล้านหุ้น ผู้เริ่มก่อตั้งรายที่หนึ่งได้รับจัดสรรหุ้นร้อยละ ๓๐ ผู้เริ่มก่อตั้งรายที่สองได้รับจัดสรรหุ้นร้อยละ ๒๐ พนักงานได้รับจัดสรรหุ้นร้อยละ ๑๐ (ภายใต้แผนการจัดสรรหุ้นให้แก่กรรมการหรือพนักงาน (ESOP/Vesting) และนักลงทุนที่จะลงทุนในระดับ Series A ได้รับจัดสรรหุ้นร้อยละ ๑๐ ดังนั้น บริษัทจะเหลือหุ้นร้อยละ ๓๐ ที่สามารถถือไว้สำหรับการออกหุ้นในอนาคตเพื่อเป็น option

ในส่วนสิทธิได้รับจัดสรรหุ้นของกรรมการหรือพนักงาน (ESOP/Vesting) มักจัดสรรหุ้นเป็นจำนวนร้อยละ ๒๕ ของหุ้นที่บริษัทถือไว้เอง โดยเมื่อทำงานครบ ๑ ปี และจัดสรรให้อีกร้อยละ ๒๕ เมื่อครบปีต่อไป จนครบร้อยละ ๑๐๐ เมื่อสิ้นปีที่สี่ ซึ่งเรียกวิธีนี้ว่า “Cliff Vesting” นอกจากนี้ ยังมีวิธีการให้หุ้นที่เรียกว่า Back loaded vesting ซึ่งริเริ่มโดยบริษัท Amazon โดยการให้สิทธิแก่กรรมการหรือพนักงานได้รับหุ้นในสิ้นปีแรกจำนวนร้อยละ ๑๐ สิ้นปีที่สองอีกร้อยละ ๒๐ สิ้นปีที่สามอีกร้อยละ ๓๐ และสิ้นปีที่สี่อีกร้อยละ ๔๐^{๔๓}

ภาพแสดงการให้สิทธิได้รับจัดสรรหุ้นแบบ Cliff Vesting^{๔๔}



ภาพแสดงการให้สิทธิได้รับจัดสรรหุ้นแบบ Back loaded vesting เปรียบเทียบกับแบบ Cliff Vesting^{๔๕}



^{๔๒} Supra note 40.

^{๔๓} Index Ventures, “ESOP Rules” <<https://www.indexventures.com/rewardingtalent/vesting-schedules>> accessed 17 July 2022.

^{๔๔} CFI Team, “Cliff Vesting” (30 August 2020) <<https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/cliff-vesting>> accessed 8 July 2022.

^{๔๕} Index Ventures, “ESOP Rules” <<https://www.indexventures.com/rewardingtalent/vesting-schedules>> accessed 17 July 2022.

เมื่อมีการออกหุ้นแล้ว ผู้ก่อตั้ง (founder) ต้องยื่นแสดงรายการต่อกรมสรรพากรตามมาตรา ๘๓ (B) แห่งประมวลรัษฎากร ภายใน ๓๐ วันนับแต่วันที่ออกหุ้น (the date of issuance)^{๔๖} ทั้งนี้ การยื่นแสดงรายการตามมาตรา ๘๓ (B) ดังกล่าว รวมถึงกรณีที่มีการใช้สิทธิซื้อหุ้นคืนด้วย โดยต้องยื่นภายใน ๓๐ วันนับแต่วันซื้อหุ้น นอกจากนี้ เมื่อออกหุ้นแล้ว บริษัทต้องแจ้งไปยังสำนักงานเลขานุการกรมเลขาธิการ (Delaware Secretary of State) ให้ทราบจำนวนหุ้นทั้งหมดทั้งชนิดสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ และมูลค่าหุ้นที่ชำระแล้วและยังไม่ได้ชำระ

โดยที่การระดมทุนเป็นองค์ประกอบสำคัญของการเติบโตของ Startup ประเทศสหรัฐอเมริกา จึงได้ตรา Jumpstart Our Business Startups Act of 2012 โดยเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการระดมทุนมวลชน (Crowdfunding)^{๔๗} เพื่อเปิดโอกาสให้ธุรกิจเกิดใหม่และเป็นธุรกิจขนาดเล็กให้สามารถระดมทุนได้โดยมีค่าใช้จ่ายไม่สูง ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการยกเลิกข้อจำกัดในการชักชวนหรือโฆษณาในการเสนอขายหลักทรัพย์ที่ไม่เปิดเผยต่อสาธารณชน โดยการขายหุ้นของบริษัทให้กับผู้ลงทุนรายเล็กรายน้อย โดยมีเกณฑ์ว่า ธุรกิจเกิดใหม่ที่กำลังเติบโต และมีรายได้ไม่น้อยกว่า ๑,๐๐๐ ล้านบาท ต่อปี สามารถขายหุ้นให้กับผู้ลงทุนได้ โดยไม่ต้องมีกฎเกณฑ์เรื่องการเปิดเผยข้อมูลมากมายเหมือนการเสนอขายหุ้นต่อประชาชน (Initial Public Offering: IPO)^{๔๘} นอกจากนี้ ผู้เริ่มก่อตั้ง (founder) อาจระดมทุนจากนักลงทุนโดยการออกหุ้นกู้แปลงสภาพ (convertible security notes) เพื่อตอบสนองการที่นักลงทุนยอมรับความเสี่ยงสูงในช่วงเริ่มต้น ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวนี้ ดำเนินการได้หลายรูปแบบ เช่น Keep It Simple Securities (KISS) หรือ Simple Agreement for Future Equity (SAFE) ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ให้สิทธินักลงทุนในการแปลงข้อตกลง SAFE เป็นหุ้นในรอบการระดมทุน (ราคา) ในอนาคต ดังนั้น เมื่อนักลงทุนจะยังไม่ได้รับหุ้นทันทีเมื่อลงทุน แต่จะได้รับใบสำคัญแสดงสิทธิซึ่งคือข้อตกลง SAFE และแปลงเป็นหุ้นในรอบการระดมทุนครั้งต่อไป

^{๔๖} Ibid.

^{๔๗} การระดมทุนมวลชนอาจแบ่งได้เป็น ๔ รูปแบบ ได้แก่ (๑) การระดมทุนมวลชนประเภทการบริจาค (donation-based crowdfunding) (๒) การระดมทุนมวลชนประเภทรางวัล (reward-based crowdfunding) (๓) การระดมทุนมวลชนประเภทกู้ยืม (debt-based crowdfunding; crowd lending) (๔) การระดมทุนมวลชนประเภทลงทุน (investment-based crowdfunding) (รายละเอียดเพิ่มเติม โปรดดู ภควัต เหมรัชตานันต์, “Crowd Funding : การระดมทุนในสังคมแห่งการแบ่งปัน” (๒๗ กันยายน ๒๕๕๘), <<http://lawdrafter.blogspot.com/2015/09/crowd-funding.html>> สืบค้นเมื่อ ๒๖ มิถุนายน ๒๕๖๕).

^{๔๘} รายละเอียดของการระดมทุนมวลชน โปรดดู นพดล ยงเกียรติกานต์, “แนวทางการจัดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการระดมทุนมวลชนเพื่อให้กู้ยืมบนระบบบิเล็กทรอนิกส์” วารสารบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ ๗, ๑ (สิงหาคม - พฤศจิกายน ๒๕๖๑) <<https://shorturl.asia/plWNK>> สืบค้นเมื่อ ๒๖ มิถุนายน ๒๕๖๕ และ วิวรรณ ธาธาภิรัฐโชติ, “การระดมเงินจากผู้คนทั่วไป (Crowd Funding)” (๑๑ พฤษภาคม ๒๕๕๘) <<https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/109378>> สืบค้นเมื่อ ๒๖ มิถุนายน ๒๕๖๕.

ในส่วนมาตรการส่งเสริมนั้น รัฐบาลสหรัฐฯ ได้มีโครงการผ่านหน่วยงานต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมการประกอบธุรกิจของ Startup เช่น

(๑) โครงการ “Startup America” ซึ่งเป็นโครงการที่ริเริ่มโดยทำเนียบขาว (Whitehouse) ในสมัยรัฐบาลของประธานาธิบดีบารัค โอบามา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนผู้ประกอบการในสหรัฐฯ และมีเป้าหมายในการเพิ่มจำนวนและขนาดการประกอบธุรกิจที่มีศักยภาพให้เติบโตได้อย่างรวดเร็วและเป็นตัวขับเคลื่อนเศรษฐกิจและนวัตกรรม^{๔๙} ทั้งนี้ ภายใต้โครงการดังกล่าว รัฐบาลได้ตรากฎหมายที่เรียกว่า Small Business Job Act of 2010 เพื่อให้จัดตั้งกองทุนสินเชื่อเพื่อธุรกิจขนาดเล็ก (the Small Business Lending Fund Program) ซึ่งบริหารงานโดยสำนักงานธุรกิจขนาดเล็กสหรัฐอเมริกา (the U.S. Small Business Administration: SBA)^{๕๐} โดย SBA มีบทบาทในการกำหนดนโยบายระดับประเทศที่ช่วยส่งเสริมการเติบโตของ Startup

(๒) โครงการ “Small Business Innovation Research (SBIR)” หรือ America’s Seed Fund ซึ่ง SBA เป็นหน่วยงานกลางที่รับผิดชอบโครงการดังกล่าว เพื่อสนับสนุนทางการเงินด้านการวิจัยแก่ผู้ประกอบการธุรกิจขนาดเล็กสาขาเทคโนโลยีให้สามารถต่อยอดการวิจัยไปในเชิงพาณิชย์และเพื่อเพิ่มศักยภาพทางการแข่งขัน ทั้งนี้ ในแต่ละปี SBA ให้เงินสนับสนุนผู้ผ่านการคัดเลือกจากกระทรวงต่าง ๆ ภายใต้โครงการดังกล่าวปีละประมาณ ๕,๐๐๐ ราย^{๕๑}

(๓) โครงการ “Startup NASA” เป็นโครงการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้ประกอบการในการลดงบประมาณที่ใช้ในการลงทุน โดยการออกใบอนุญาตให้นำเทคโนโลยีที่มีสิทธิบัตร (patent) ขององค์การบริหารการบินและอวกาศแห่งชาติ (National Aeronautics and Space Administration: NASA) ไปใช้ในการประกอบธุรกิจได้โดยไม่เสียค่าธรรมเนียมในช่วงระยะเวลา ๓ ปีแรก แต่เมื่อบริษัทเริ่มขายสินค้าเมื่อใด ก็จะต้องชำระค่าธรรมเนียมเพื่อนำไปเป็นค่าตอบแทนให้แก่ผู้คิดค้น ทั้งนี้ ใบอนุญาตเป็นใบอนุญาตที่ไม่ผูกขาด (Non-exclusive license) กล่าวคือ เทคโนโลยีเดียวกันอาจมีการใช้โดยหลายบริษัทก็ได้ บริษัทที่ได้รับสิทธิต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของ NASA และสิทธิดังกล่าวจำกัดเฉพาะบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศสหรัฐฯ เท่านั้น^{๕๒}

^{๔๙} บุญยเกียรติ รักษาแพง, “การให้การสนับสนุน Startup ของประเทศสหรัฐอเมริกา”, <<http://waa.inter.nstda.or.th/stks/pub/2016/20160429-Startup-USA.pdf>> สืบค้นเมื่อ ๒๖ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๕๐} The U.S. Small Business Administration, “Mission” <<https://web.archive.org/web/20161122032551/https://www.sba.gov/about-sba/what-we-do/mission>> accessed 26 June 2022 ทั้งนี้ SBA ได้กำหนดความหมายของธุรกิจขนาดเล็ก (A small business) ว่าต้องเป็นกิจการที่มีลูกจ้างไม่มากกว่า ๑,๕๐๐ ราย และมีรายได้ต่อปีไม่เกิน ๔๑.๕ ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ โดยมีรายละเอียดจำนวนลูกจ้างและรายได้ต่อปีโดยพิจารณาตามประเภทธุรกิจอีกชั้นหนึ่ง (Dan Marticio, “Understanding the SBA’s Small Business Definition” (13 December 2020) <<https://www.lendingtree.com/business/sba/small-business-definition/>> accessed 26 June 2022.

^{๕๑} Globthailand.com, “รู้จักองค์กรเบื้องหลังความสำเร็จวงการ Startup สหรัฐฯ” <https://globthailand.com/usa_0023/> สืบค้นเมื่อ ๒๖ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๕๒} NASA, “Startup Nasa” <<https://shorturl.asia/9PSCY>> accessed 26 June 2022.

๒. สหราชอาณาจักร

๒.๑ ระบบนิเวศและภาพรวมของธุรกิจ Startup ในประเทศสหราชอาณาจักร

กรุงลอนดอนนอกจากเป็นเมืองหลวงของสหราชอาณาจักรแล้ว ปัจจุบันกลายเป็นเมืองที่ Startup ประสบความสำเร็จอย่างรวดเร็ว โดยข้อมูลจาก European Startups ซึ่งเป็นโครงการที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐสภายุโรป แสดงให้เห็นว่า การลงทุนใน startup ของประเทศสหราชอาณาจักร (โดยเฉพาะลอนดอน) ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๖๔ (ค.ศ. 2021) เพิ่มขึ้นกว่าเท่าตัวเมื่อเทียบกับปี พ.ศ. ๒๕๖๓ (ค.ศ. 2020) โดยมีเม็ดเงินเข้ามาลงทุนมากถึง ๗๓.๙ พันล้านยูโร (หรือประมาณ ๒,๗๔๖ ล้านล้านบาท)^{๕๓}

ภาพแสดงการลงทุนใน Startup ของ VC ในประเทศสหราชอาณาจักร^{๕๔}



โดยปัจจัยที่มีส่วนช่วยผลักดันธุรกิจ Startup ในประเทศสหราชอาณาจักร ให้เติบโตอย่างมีประสิทธิภาพมีอยู่ ๔ ปัจจัย ได้แก่ (๑) ระบบการศึกษาที่ต้องตอบสนองกับความต้องการเปลี่ยนแปลง (๒) โอกาสในการเข้าถึงแหล่งเงินทุน (๓) การสนับสนุนจากภาครัฐ โดยรัฐบาลสหราชอาณาจักรได้ช่วยส่งเสริมด้านเงินทุนให้แก่ธุรกิจ Startup เช่น British Business Bank ซึ่งดูแล Future Fund (โครงการสนับสนุน Startup ที่ได้รับผลกระทบจากโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙) ได้ออกเงินกู้ประเภทสินเชื่อแปลงสภาพ (Convertible Debt) เพื่อให้เป็นเงินทุนเพื่อใช้ในการระดมทุนให้แก่บริษัทถึง ๑,๑๙๐ แห่ง และ (๔) มีหน่วยบ่มเพาะและผู้เร่งการเติบโต (Incubator และ Accelerator) ช่วยสร้างแรงผลักดัน^{๕๕}

^{๕๓} Europeanstartups, “Startup cities in the Entrepreneurial Age”, p. 44 <<https://europeanstartups.co/uploaded/2021/07/Dealroom-Sifted-startup-cities-2021.pdf>> accessed 26 November 2022.

^{๕๔} Tech Nation, “Dashboard” <https://datacommons.technation.io/dashboard?dashboardChartType=vc_investment> accessed 26 November 2022.

^{๕๕} ศูนย์กลางด้านนวัตกรรม ธนาคารกรุงเทพ, “4 ปัจจัยสำคัญที่ทำให้ “ลอนดอน” กลายเป็นเมืองแห่งธุรกิจสตาร์ทอัพ” <<https://www.bangkokbankinnohub.com/th/why-london-is-the-lead-of-startup/>> สืบค้นเมื่อ ๒๖ พฤศจิกายน ๒๕๖๕.

๒.๒ บทนิยามคำว่า Startup ในกฎหมาย

กฎหมายประเทศสหราชอาณาจักรไม่มีการกำหนดนิยามธุรกิจ Startup และไม่มีกฎหมายเฉพาะเพื่อส่งเสริมธุรกิจดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี ในปี พ.ศ. ๒๕๖๕ สหราชอาณาจักรมีมาตรการเพื่อช่วยเหลือธุรกิจ Startup ผ่านมาตรการลดหย่อนภาษี ซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

๒.๓ กฎหมายหรือมาตรการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup

กฎหมายสหราชอาณาจักรกำหนดองค์กรธุรกิจเป็น ๕ ประเภท ได้แก่

(๑) กิจการที่มีเจ้าของคนเดียว (Sole Trader) ตามกฎหมาย Companies Act 2006 (Sections 1200-1201) ได้แก่ ผู้ประกอบอาชีพอิสระซึ่งเป็นเจ้าของธุรกิจเพียงผู้เดียว เป็นประเภทองค์กรธุรกิจที่ก่อตั้งง่ายที่สุด โดยมีกิจการที่มีเจ้าของคนเดียวคิดเป็นประมาณร้อยละ ๖๐ ของธุรกิจขนาดเล็กทั้งหมดในสหราชอาณาจักร^{๕๖} ชื่อขององค์กรอาจใช้เป็นชื่อของเจ้าของก็ได้ และธุรกิจไม่ต้องจดทะเบียนภายใต้กฎหมายว่าด้วยบริษัท อย่างไรก็ตาม มีข้อจำกัดการใช้คำบางคำในชื่อและชื่อที่อาจบ่งบอกถึงความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐหรือหน่วยงานสาธารณะการใช้คำลงท้ายด้วยที่ไม่เหมาะสมและทำให้เข้าใจผิด เช่น คำว่า “จำกัด” นอกจากนี้ ผู้ประกอบกิจการจะต้องแจ้งความจำนงค์การประเมินและชำระภาษีด้วยวิธี การประเมินตนเอง (Self Assessment) ต่อกรมสรรพากร (HMRC) โดยจะต้องยื่นแบบแสดงรายการภาษีทุกปีเพื่อแจ้งรายได้และการขาดทุนทั้งหมดของธุรกิจและต้องเก็บบันทึกการขายและค่าใช้จ่ายทั้งหมด และมีหน้าที่อื่นที่ต้องปฏิบัติในการดำเนินกิจการ เช่น การสมัครสมาชิก National Insurance ในกรณีที่มีการจ้างงาน การจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มในกรณีที่มีรายได้เกิน ๘๕,๐๐๐ ปอนด์ต่อปี และการขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการบางประเภท เป็นต้น

(๒) ห้างหุ้นส่วนและห้างหุ้นส่วนจำกัด

(๒.๑) ห้างหุ้นส่วน ประกอบด้วยหุ้นส่วนจำนวนตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป โดยต้องมีหุ้นส่วนสามัญ (general partner) ซึ่งรับผิดชอบหนี้สินทั้งหมดของบริษัท จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย The Partnership Act 1890 และ Companies Act 2006 (Sections 1200-1201)

(๒.๒) ห้างหุ้นส่วนจำกัด ประกอบด้วยหุ้นส่วนตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป ประกอบด้วยหุ้นส่วนสามัญและหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด (limited partner) โดยหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดเป็นหุ้นส่วนที่จำกัดความรับผิดชอบในหนี้สินของห้างไม่เกินจำนวนที่ลงทุนในห้างหุ้นส่วนนั้น การจัดตั้งบริษัทประเภท limited partnership จะต้องจดทะเบียนภายใต้ Limited

^{๕๖} GOV.UK, “Business population estimates for the UK and regions 2021: statistical release”, <<https://www.gov.uk/government/statistics/business-population-estimates-2021/business-population-estimates-for-the-uk-and-regions-2021-statistical-release-html>> accessed 26 November 2022.

Partnership Act 1907 โดยหุ้นส่วนทุกคนจะต้องลงลายมือชื่อและยื่นแบบฟอร์ม LP5 ต่อ Companies House โดยจะต้องมี main place of business ตั้งอยู่ในสหราชอาณาจักร

ทั้งนี้ ห้างหุ้นส่วนไม่มีสถานะทางกฎหมายที่แยกจากหุ้นส่วนและไม่สามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินในชื่อของตนเองได้ (เช่น ทรัพย์สินหรือเครื่องจักร) หุ้นส่วนของบริษัทต้องเสียภาษีเงินได้เป็นรายบุคคลราวกับว่าเป็นผู้ค้ารายเดียว ในการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนอาจมีการร่างข้อตกลงการเป็นหุ้นส่วนเพื่อกำหนดวิธีการแบ่งปันความเป็นเจ้าของธุรกิจ ผลกำไร และหนี้สินระหว่างกัน และวิธีที่หุ้นส่วนอาจออกจากการเป็นหุ้นส่วน โดยห้างหุ้นส่วนทั้งสองแบบจะต้องขึ้นทะเบียนกับกรมสรรพากร (HMRC) และจะต้องระบุข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับชื่อองค์กรประกอบและทุนก่อตั้ง และมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับ Sole trader เช่น จะต้องยื่นแบบแสดงรายการภาษีทุกปีเพื่อแจ้งรายได้และการขาดทุนทั้งหมดของธุรกิจและต้องเก็บบันทึกการขายและค่าใช้จ่ายทั้งหมด รวมถึงมีหน้าที่อื่นที่ต้องปฏิบัติในการดำเนินกิจการ เช่น การสมัครสมาชิก National Insurance ในกรณีที่มีการจ้างงาน การจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มในกรณีที่มียาได้เกิน ๘๕,๐๐๐ ปอนด์ต่อปี และการขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการบางประเภท เป็นต้น

(๓) บริษัทจำกัด แบ่งออกเป็น

(๓.๑) Private company limited by shares (Ltd) ได้แก่ บริษัทที่สร้างขึ้นด้วยการแบ่งทุนเป็นหุ้น มีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ

(๓.๒) Private company limited by guarantee ได้แก่ บริษัทที่สมาชิกต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงจำนวนเงินที่ตนเองตกลงจะสนับสนุนทรัพย์สินของบริษัท

(๓.๓) Private unlimited company ได้แก่ บริษัทที่สมาชิกรับผิดชอบอย่างไม่จำกัด

(๔) บริษัทมหาชนจำกัด (Public Company Limited by Shares (plc)) ได้แก่ บริษัทประเภทซึ่งสร้างขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชนทั่วไปในตลาดหุ้นและสมาชิกรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ

(๕) บริษัทบุคคลเดียว ตามมาตรา ๑๒๓ แห่ง Companies Act 2006 โดยอาจเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ก่อตั้งขึ้นโดยหรือเหลือจำนวนสมาชิกเพียงหนึ่งคน ทั้งนี้ จะต้องระบุไว้อย่างแจ้งชัดในทะเบียน (register of members)

อนึ่ง ข้อมูลจาก Gov.uk^{๕๗} เผยแพร่ว่า ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๖๕ (ค.ศ. ๒๐๒๒) ในสหราชอาณาจักร มีธุรกิจเกิดใหม่เพิ่มขึ้นจากปี พ.ศ. ๒๕๖๔ (ค.ศ. ๒๐๒๑) เป็นจำนวนร้อยละ ๓.๕ (เพิ่มขึ้นมากกว่า ๒๐๐,๐๐๐ ราย) โดยข้อมูลจาก UK Office of National Statistics เผยแพร่ว่า ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๖๔ โดยรูปแบบองค์กรธุรกิจที่ Startup มักใช้มากที่สุดในสหราชอาณาจักรนั้น ได้แก่ กิจการที่มีเจ้าของคนเดียว (Sole Trader) และบริษัทจำกัด

^{๕๗} เพิ่งอ้าง.

สำหรับมาตรการเพื่อช่วยเหลือธุรกิจ Startup ที่สหราชอาณาจักรเลือกใช้ คือ มาตรการลดหย่อนภาษี Enterprise Investment Schemes (EIS) และ Seed Enterprise Investment Schemes (SEIS) ซึ่งเป็นมาตรการของรัฐเพื่อส่งเสริมการลงทุนในบริษัทขนาดเล็ก และขนาดกลางผ่านการลดและยกเว้นภาษีแก่ผู้ที่ลงทุนผ่านการซื้อหุ้นออกใหม่ของบริษัทขนาดเล็กและขนาดกลางที่ได้รับการส่งเสริมมาตรการลดหย่อนภาษี โดยมีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

(๑) ลักษณะของมาตรการลดหย่อนภาษี EIS และ SEIS

(๑.๑) ภาษีเงินได้ (Income Tax) มาตรการลดหย่อนภาษี EIS มุ่งเน้นการลงทุนใน Startup ขนาดกลาง โดยอนุญาตให้บุคคลสามารถลงทุนได้ โดยกำหนดให้ผู้ลงทุนไม่เกิน ๑,๐๐๐,๐๐๐ ปอนด์ ได้รับการลดหย่อนภาษีในอัตราร้อยละสามสิบต่อปี อีกทั้งยังได้รับประโยชน์จากการยกเว้นภาษีจากกำไรใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการขายหุ้นหลังจากสามปี (Section 158 Form and amount of EIS relief, Income Tax Act 2007) นอกจากนี้ ทั้ง SEIS และ EIS ไม่มีการเก็บภาษีมรดกสำหรับหุ้นที่ถือไว้อย่างน้อยสองปี และหากหุ้นถูกขายโดยขาดทุน ผู้ลงทุนอาจหักกลบลบกับภาษีกำไรจากการขายหุ้นอีกด้วย สำหรับมาตรการลดหย่อนภาษี SEIS มุ่งเน้นไปที่การลงทุนในบริษัทในระยะก่อตั้ง (early stage) โดยกำหนดให้ผู้ลงทุนไม่เกิน ๑๐๐,๐๐๐ ปอนด์ ได้รับการคืนภาษีในอัตราร้อยละห้าสิบต่อปี อีกทั้งยังได้รับประโยชน์จากการยกเว้นภาษีจากกำไรใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากการขายหุ้นหลังจากสามปี (Section 257AB Form and amount of SEIS relief, Income Tax Act 2007) ทั้งนี้ มาตรการทางภาษีที่ได้รับการลดหย่อนจะต้องไม่เกินภาระภาษีที่จะคิดเป็นการขาดทุนสุทธิ อย่างไรก็ตาม หากหุ้นในบริษัท EIS หรือ SEIS ที่เข้าเงื่อนไขถูกจำหน่ายออกไปภายในสามปี จะมี “การเรียกคืน” เงินที่ได้ลดหย่อนภาษีเป็นจำนวนเท่ากับรายได้ที่จำหน่ายไปคูณด้วยอัตราการผ่อนปรนเดิมในอัตราไม่เกินร้อยละ ๓๐ หรือร้อยละ ๕๐ จากการลดหย่อนภาษีเดิม

(๑.๒) ภาษีกำไรจากการลงทุน (capital gains tax) โดยเงินที่ได้จากการขายหุ้นของบริษัทที่ได้รับสิทธิประโยชน์ จะได้รับการยกเว้นภาษีกำไรจากการขายหุ้นดังกล่าว โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการถือหุ้นอย่างน้อย ๓ ปี และต้องเป็นไปตามข้อกำหนด ดังนี้ ๑) ภายใต้มาตรการลดหย่อนภาษี SEIS การลงทุนซ้ำจะได้รับการลดหย่อนภาษีกำไรจากการลงทุน (capital gains tax) ในอัตราร้อยละ ๕๐ ในส่วนที่มีมูลค่าไม่เกิน ๕๐,๐๐๐ ปอนด์ และ ๒) ภายใต้มาตรการลดหย่อนภาษี EIS นักลงทุนสามารถเลื่อนการเพิ่มทุนจากสินทรัพย์ใด ๆ โดยนำเงินที่ได้จากการขายไปลงทุนในหุ้น EIS ที่เข้าเงื่อนไข

ภาพเปรียบเทียบความแตกต่างของสิทธิประโยชน์ระหว่าง EIS และ SEIS^{๕๘}

(๒) คุณสมบัติของบริษัท Startup ที่สามารถขอรับการส่งเสริม

บริษัทที่เข้าข่ายได้รับการส่งเสริม ได้แก่ บริษัทที่ดำเนินธุรกิจอยู่ ที่มีได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ มีสถานประกอบการถาวรในสหราชอาณาจักร คุณสมบัติตรงตามข้อกำหนดด้านสถานภาพทางการเงิน และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของบริษัทอื่น โดยบริษัทที่จะได้รับการส่งเสริมภายใต้มาตรการ EIS จะต้องมีสินทรัพย์ไม่เกิน ๑๕ ล้านปอนด์ หรือไม่เกิน ๑๖ ล้านปอนด์หลังมีการจำหน่ายหุ้น มีลูกจ้างทำงานประจำไม่เกิน ๒๕๐ คน หรือ ๕๐๐ คน สำหรับกิจการที่เน้นพัฒนาด้านองค์ความรู้ (knowledge intensive companies) (Section 157 Eligibility for EIS relief, Income Tax Act 2007) ส่วนบริษัทที่จะได้รับการส่งเสริมภายใต้มาตรการ SEIS จะต้องมีสินทรัพย์ไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ ปอนด์ และมีลูกจ้างทำงานประจำไม่เกิน ๒๕ คน (Section 257AA Eligibility for SEIS relief, Income Tax Act 2007)

^{๕๘} Angels Den “The Difference Between SEIS and EIS [Infographic]”

<<https://www.angelsden.com/blog/difference-between-seis-eis/>> accessed 28 November 2022

(๓) คุณสมบัติของนักลงทุนที่สามารถขอรับการส่งเสริม

นักลงทุนจะต้องจองหุ้นสามัญเพิ่มทุนของบริษัทที่รับสิทธิประโยชน์ภายใต้มาตรการ EIS และ SEIS โดยต้องเป็นผู้ที่ไม่มีส่วนได้เสียกับบริษัทที่รับสิทธิประโยชน์ภายใต้มาตรการฯ เป็นเวลาสองปีก่อนที่จะออกหุ้นและสามปีหลังจากการออกหุ้น (Section 257B Overview of Chapter, Income Tax Act 2007) โดยผู้ที่มีส่วนได้เสียกับบริษัทที่รับสิทธิประโยชน์ภายใต้มาตรการฯ ได้แก่ ผู้ที่มีความเกี่ยวข้องกับนักลงทุน (รวมถึงญาติ) พนักงานของบริษัท อย่างไรก็ตาม ผู้ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการยังคงเป็นนักลงทุนที่มีคุณสมบัติตามเงื่อนไขโดยที่ (ก) ไม่ได้รับเงินเดือนจากบริษัทฯ เป็นเวลาสองปีก่อนหน้าและสามปีหลังจากการเสนอขายหุ้น หรือ (ข) ผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการนั้นไม่ได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียก่อนการเสนอขายหุ้นและได้เข้าดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการหลังจากการเสนอขายหุ้นโดยได้รับค่าตอบแทนที่เหมาะสม นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นสามัญเกินร้อยละ ๓๐ หรือหุ้นที่สามารถใช้สิทธิออกเสียงได้เกินร้อยละ ๓๐ ตลอดจนผู้มีสิทธิในทรัพย์สินของบริษัทมากกว่าร้อยละ ๓๐ จะถือเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียกับบริษัทฯ อีกด้วย (Section 257BF Persons with a substantial interest in a company, Income Tax Act 2007)

๓. ประเทศสิงคโปร์

๓.๑ ระบบนิเวศและภาพรวมของธุรกิจ Startup ในประเทศสิงคโปร์

สิงคโปร์เป็นประเทศที่มีระบบนิเวศเอื้ออำนวยต่อการประกอบธุรกิจเป็นฐานการผลิตอุตสาหกรรมขั้นสูงและเทคโนโลยีที่สำคัญแห่งหนึ่งของเอเชีย รวมทั้งเป็นศูนย์กลางด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการค้า การบริการ การนำเข้าส่งออก การเดินเรือ การบิน และเป็นประเทศที่มีแรงงานที่มีคุณภาพสูงมีนโยบายการค้าเสรี รวมทั้งมีกฎระเบียบที่เอื้ออำนวยต่อนักลงทุนและการประกอบธุรกิจ เช่น การไม่กำหนดเงินลงทุนขั้นต่ำ การให้สิทธิถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง การไม่ควบคุมการโอนเงินตราต่างประเทศและผลกำไรจากการประกอบธุรกิจกลับสู่ประเทศผู้ลงทุน การให้สิทธิในการถือหุ้นแก่นักลงทุนชาวต่างชาติได้ถึงร้อยละ ๑๐๐ ในเกือบทุกสาขาธุรกิจ^{๕๙}

สำหรับภาพรวมของการประกอบธุรกิจ Startup ในสิงคโปร์นั้น พบว่าสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีการเติบโตของจำนวน Startup อย่างรวดเร็ว เช่น ในปี พ.ศ. ๒๕๕๓ (ค.ศ. 2010) สิงคโปร์ มีอัตราการเพิ่มขึ้นของผู้ประกอบธุรกิจใหม่ประมาณร้อยละ ๔๖ และเพิ่มสูงขึ้นเป็นร้อยละ ๕๖ ในปี พ.ศ. ๒๕๕๙ (ค.ศ. 2016) ขณะที่ผู้ประกอบธุรกิจ Startup ก็มีอายุโดยเฉลี่ยที่น้อยลง ทั้งนี้ เนื่องจากการสนับสนุนของภาครัฐที่เน้นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการสร้างนวัตกรรมและเทคโนโลยีใหม่ ๆ ให้กับตลาดซึ่งต้องการสินค้าที่แปลกใหม่ ทันสมัยเช่นเดียวกัน^{๖๐}

^{๕๙} กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “ข้อมูลการลงทุน” <<https://bit.ly/3xJrT5q>> สืบค้นเมื่อ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๖๐} สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงสิงคโปร์, “Singapore Startup Ecosystem” (มีนาคม ๒๕๖๑), กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ <<https://bit.ly/3xQbuMj>> สืบค้นเมื่อ ๑๙ มิถุนายน ๒๕๖๕.

ในการสำรวจระบบนิเวศ (ecosystem) ของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก โดย Startup Genome ได้จัดอันดับสิงคโปร์อยู่ในอันดับที่ ๑๘^{๖๑} (The Global Startup Ecosystem Ranking 2022) โดย ข้อมูลปัจจุบัน (ณ วันที่ ๗ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๖๕) ของ Startup SG ซึ่งเป็นศูนย์กลางข้อมูลเกี่ยวกับ Startup ของรัฐบาลสิงคโปร์ แสดงตัวเลขจำนวน Startup สัญชาติสิงคโปร์ มีอยู่ทั้งสิ้น ๔,๐๒๐ ราย นักลงทุน (Venture Capital) จำนวน ๖๓๑ ราย และหน่วยบ่มเพาะและเร่งการเติบโต จำนวน ๒๒๗ ราย^{๖๒} โดยในปี พ.ศ. ๒๕๖๔ (2021) มี Startup ระดับ unicorn^{๖๓} เพิ่มขึ้นอีกถึง ๑๑ บริษัท^{๖๔}

สำหรับธุรกิจ Startup ในประเทศสิงคโปร์ มีธุรกิจที่น่าสนใจและประสบความสำเร็จสูงในด้านต่าง ๆ เช่น

(๑) ด้านเทคโนโลยีขั้นสูง (deep tech) เช่น บริษัท Nanofilm Technologies International เป็น Startup สัญชาติสิงคโปร์ที่มีจุดกำเนิดภายในมหาวิทยาลัย Nanyang Technological University (NTU) ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๒ (1999) โดยศาสตราจารย์ด้านวิศวกรรมอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งขณะนั้นมีทุนเริ่มต้นเพียง ๓๐๐,๐๐๐ เหรียญสหรัฐฯ (ประมาณ ๑๐ ล้านบาท) โดยผลิตสารนาโนฟิล์มเคลือบกระจกในอุตสาหกรรมต่าง ๆ ซึ่งต้องใช้องค์ความรู้เทคโนโลยีขั้นสูง (Deep Tech) ปัจจุบัน Nanofilm เข้าจดทะเบียนหลักทรัพ์ในตลาดหลักทรัพ์สิงคโปร์แล้ว โดยราคาหุ้นเพิ่มขึ้นเกือบ ๑๓ เท่าระหว่างการซื้อขายครั้งแรก (IPO) ทำให้อธิการบดีมหาวิทยาลัยผู้ก่อตั้งและภริยาซึ่งถือหุ้นในบริษัทร้อยละ ๕๓ เป็นมหาเศรษฐีที่มีรายได้มากกว่า ๘๘๐ ล้านเหรียญสหรัฐฯ (๓๐,๐๐๐ ล้านบาท)^{๖๕} ทั้งนี้ ผู้ก่อตั้งบริษัทเคยให้สัมภาษณ์ว่า ส่วนหนึ่ง

^{๖๑} สำหรับระบบนิเวศที่ดีที่สุด ๑๐ ลำดับแรกของปี ๒๕๖๕ (2022) ได้แก่ (๑) Silicon Valley (๒) นิวยอร์กและลอนดอน (๔) บอสตัน (๕) ปักกิ่ง (๖) ลอสแอนเจลิส (๗) เทล อาวีฟ (๘) เซี่ยงไฮ้ (๙) ซีแอตเทิล และ (๑๐) โซล โปรตุเกสเพิ่มเติมใน Startup Genome, “Singapore #18” <<https://bit.ly/3Qwdimp>> accessed 19 June 2022.

^{๖๒} STARTUP SG, <<https://bit.ly/3Qzdl0Q>> accessed 7 November 2022 ทั้งนี้ ตัวเลขในเว็บไซต์นี้มีการปรับปรุงข้อมูลเป็นปัจจุบันอยู่เสมอ.

^{๖๓} Unicorn Startup คือ Startup ที่ประกอบกิจการเพียง ๑ - ๓ ปี แต่ประสบความสำเร็จอย่างรวดเร็ว โดยมีมูลค่าบริษัทเกิน ๑,๐๐๐ ล้านเหรียญสหรัฐฯ (ประมาณ ๓๕,๐๐๐ ล้านบาท) แต่ยังไม่ได้นำหลักทรัพ์เข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพ์ และโปรดดูข้อมูลเพิ่มเติมในศูนย์ข้อมูลเพื่อธุรกิจไทยในสิงคโปร์ (ThaiBiz Singapore – Business Information Center) สถานเอกอัครราชทูต ณ สิงคโปร์, “การสนับสนุนบริษัทสตาร์ทอัพ (Startups) และวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ของสิงคโปร์” <<https://bit.ly/3O6aOcR>> สืบค้นเมื่อ ๑๙ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๖๔} Startup Genome, “Singapore #18” <<https://bit.ly/3Qwdimp>> accessed 19 June 2022.

^{๖๕} The Straits Times, “Nanofilm IPO turns former NTU professor into a billionaire” (30 October 2020) <<https://bit.ly/3zQVQmF>> accessed 21 June 2022.

ของความสำเร็จ คือ ความตั้งใจจริง การแสวงหาความรู้ทั้งในด้านเทคโนโลยีและการเป็นผู้ประกอบการ การค้นหาจุดแข็ง และต้องมีทีมงานที่มีความสามารถ^{๖๖}

(๒) ด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce) เช่น บริษัท *Lazada* เป็น Startup สัญชาติสิงคโปร์ จัดทะเบียนจัดตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๗ (ค.ศ. 2014) โดยเป็นแพลตฟอร์มการขายสินค้าออนไลน์ซึ่งปัจจุบันให้บริการลูกค้ามากกว่า ๕๖๐ ล้านคน^{๖๗} ซึ่งถือว่าใหญ่ที่สุดในอาเซียน (คำนวณจากจำนวนผู้เข้าชมเว็บไซต์ต่อเดือนโดยเฉลี่ย) แนวคิดทางธุรกิจ (business idea) ของ *Lazada* คือการทำให้การซื้อขายสินค้าออนไลน์มีความรวดเร็วและเชื่อถือได้ การส่งเสริมระบบเศรษฐกิจแบบแบ่งปัน (Sharing Economy) เช่น เป็นพันธมิตรร่วมกับผู้ประกอบการขนส่ง^{๖๘} ทั้งนี้ *Lazada* ได้ระดมทุนถึง series E และกลุ่มบริษัท *Alibaba* ได้เข้าซื้อกิจการ *Lazada* เมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. ๒๕๕๙ (ค.ศ. 2016)^{๖๙} ด้วยมูลค่า ๑ พันล้านเหรียญสหรัฐ^{๗๐}

(๓) ด้านการขนส่ง (logistics) เช่น บริษัท *Ninja Van* เป็น Startup สิงคโปร์ ที่จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๗ (ค.ศ. 2014) ประกอบกิจการขนส่งพัสดุโดยนำความรู้เชิงลึกด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์มาช่วยบริหารจัดการ^{๗๑} มีสาขาเปิดให้บริการในหลายประเทศในอาเซียนรวมทั้งประเทศไทย โดยปัจจุบันมีการระดมทุนรอบล่าสุดถึง series E ภายใต้การสนับสนุนของกลุ่มบริษัท *Alibaba*^{๗๒}

๓.๒ บทนิยามคำว่า Startup ในกฎหมาย

จากการสืบค้นข้อมูล ยังไม่พบว่ามีคำจำกัดความ Startup ไว้ในกฎหมายของสิงคโปร์ อย่างไรก็ตาม พบว่าในทางธุรกิจและการรับรู้ของหน่วยงานภาครัฐ อาจพอสรุปได้ว่า Startup มีลักษณะสำคัญอย่างน้อย ๓ ประการ คือ (๑) เป็นกิจการที่อยู่ในขั้นเริ่มต้น (๒) มีการออกแบบธุรกิจเพื่อให้เติบโตได้อย่างรวดเร็ว และ (๓) นำนวัตกรรม/เทคโนโลยีมาใช้ซึ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากต่อประโยชน์แก่ผู้ใช้งาน ตัวอย่างนิยามที่สำคัญ เช่น

(๑) สมาคมการค้าของผู้ประกอบการ (Action Community for Entrepreneurship: ACE) ซึ่งถือเป็นตัวแทนภาคธุรกิจสิงคโปร์ กล่าวถึง Startup ว่า

^{๖๖} Lester Hio, “Unicorn dream come true: In conversation with Dr Shi Xu, Founder and Executive Chairman of Nanofilm Technologies International, and Chairman of NTUitive” (22 January 2022) <<https://bit.ly/3OBSt7d>> accessed 21 June 2022.

^{๖๗} STARTUP SG, “Lazada (Online Shopping Mall)” <<https://bit.ly/3b3FtJ1>> accessed 21 June 2022.

^{๖๘} STARTUP SG, “Lazada” <<https://bit.ly/3b3FtJ1>> accessed 21 June 2022.

^{๖๙} Wikipedia, “Lazada” <<https://bit.ly/3OpTu2c>> accessed 21 June 2022.

^{๗๐} สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงสิงคโปร์, “Singapore Startup Ecosystem” (มีนาคม ๒๕๖๑) <<https://bit.ly/3Oo8KN8>> สืบค้นเมื่อ ๑๙ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๗๑} STARTUP SG, “Ninja Van” <<https://bit.ly/3xl8GRt>> accessed 21 June 2022.

^{๗๒} Dylan Loh, “Alibaba backs Singapore’s Ninja Van in \$578 million fundraising” (27 September 2021), *Nikkei Asia* <<https://s.nikkei.com/3y9KFV6>> accessed 21 June 2022.

“A technology-enable startup is a young company that is designed for high growth. An enabling technology is an invention or innovation that upon application can bring significant transformation in what a user is able to do.”^{๗๓}

(๒) Enterprise Singapore (Enterprise SG) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้กระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม (Ministry of Trade and Industry: MTI) ของสิงคโปร์ กล่าวถึงความสำคัญของการส่งเสริม Startup ว่า *“As drivers of innovation, you are at the forefront of new concepts and disruptive technology that exhibit strong potential for growth ...”*

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ถึงแม้จะไม่มีการให้คำจำกัดความ Startup ไว้ในกฎหมาย แต่การไม่มีนิยามที่ชัดเจนในกฎหมายก็ไม่ได้เป็นอุปสรรคต่อการส่งเสริม Startup ของสิงคโปร์ เนื่องจากหากองค์กรธุรกิจและลักษณะของกิจการตรงตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และคุณสมบัติที่รัฐบาลสิงคโปร์เห็นว่าเป็นเป้าหมายที่ควรได้รับการส่งเสริม (ซึ่งส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นไปที่การพัฒนาส่งเสริมด้านเทคโนโลยี) ผู้ประกอบกิจการรายนั้นสามารถขอรับการส่งเสริมได้ดังจะเห็นได้จากโครงการหรือมาตรการของรัฐจำนวนมากซึ่งจะกล่าวในหัวข้อต่อไป

๓.๓ กฎหมายหรือมาตรการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup

ก่อนจะกล่าวถึงมาตรการส่งเสริมธุรกิจ Startup ของสิงคโปร์ ผู้เขียนมีข้อสังเกตเบื้องต้นว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและการประกอบธุรกิจในสิงคโปร์นั้นมีบทบัญญัติในหลายเรื่องที่เกี่ยวข้องต่อการระดมทุนและการประกอบกิจการ จึงเป็นที่ดึงดูดให้เกิดการจัดตั้งและการเติบโต Startup จำนวนมากในสิงคโปร์ กฎหมายที่สำคัญเหล่านี้ เช่น

การออกหุ้นของบริษัทจำกัด^{๗๔} ผู้ประสงค์จะจัดตั้งสามารถยื่นขอจดทะเบียนต่อกรมทะเบียนการค้าและธุรกิจ (Accounting and Corporate Regulatory Authority: ACRA^{๗๕}) โดยบริษัทจำกัดต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย ๑ คน แต่ไม่เกิน ๕๐ คน (สามารถมีผู้ถือหุ้นเป็นชาวต่างชาติได้ทั้งหมด) และต้องมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการโอนหุ้นระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัท สำหรับหุ้นของบริษัทจำกัดนั้น กฎหมายไม่กำหนดราคาพาร์ (no par value) โดยเมื่อออกหุ้นแล้ว บริษัทต้องแจ้งไปยัง ACRA ให้ทราบจำนวนหุ้นทั้งหมดทั้งชนิดสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ คลาสของหุ้น (ถ้ามี) และมูลค่าหุ้นที่ชำระแล้วและยังไม่ได้ชำระ

การระดมทุนของบริษัทจำกัด และการแปลงหนี้เป็นทุน ถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการเติบโตของ Startup จากการประเมินตัวเลขการระดมทุนโดย Startup Genome พบว่าเมื่อปี ๒๕๖๔ (ค.ศ. 2021) สิงคโปร์เพียงแห่งเดียวสามารถระดมทุน

^{๗๓} ACE Action Community for Entrepreneurship, “STARTUPS” <<https://bit.ly/3O6cS4u>> accessed 21 June 2022.

^{๗๔} Companies Act 1967, Sections 18, 20A, 62A, 63, 70 และกรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “ข้อมูลการลงทุน” <<https://bit.ly/3xJrT5q>> สืบค้นเมื่อ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๗๕} ACRA เป็นหน่วยงานภายในกระทรวงการคลัง (Ministry of Finance) ที่รับผิดชอบงานองค์กรธุรกิจ (ทำหน้าที่นายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท).

ได้มากถึงร้อยละ ๕๒ ของการระดมทุนทั่วทั้งอาเซียน ตัวเลขการระดมทุนของสิงคโปร์ที่น่าสนใจ เช่น^{๗๖} มูลค่าของระบบนิเวศโดยรวม (ecosystem value) ๘๙,๐๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ ๓.๑ ล้านล้านบาท) ซึ่งสูงกว่าค่าเฉลี่ยทั่วโลกซึ่งอยู่ที่ ๒๘,๖๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ ส่วนจำนวนเงินที่ได้จากระดมทุนในช่วง early stage สูงถึง ๓.๒ พันล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ ๑๑๒,๐๐๐ ล้านบาท) และในรอบ seed ก็สามารถระดมทุนได้เฉลี่ย ๘๕๐,๐๐๐ ดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ ๓๐ ล้านบาท) ขณะที่จำนวนเงินลงทุนของ VC สูงถึง ๑๗,๐๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ ๖๐๐,๐๐๐ ล้านบาท) ซึ่งสูงกว่าค่าเฉลี่ยทั่วโลกที่ ๔,๕๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ และมีจำนวน Startup ที่ exit ได้ต่อปี เฉลี่ย ๒๒๔ บริษัท คิดเป็นมูลค่า ๑๒,๐๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ ๔๒๐,๐๐๐ ล้านบาท) โดยสามารถ exit ได้เฉลี่ยภายในระยะเวลา ๖.๘ ปี ดีกว่าค่าเฉลี่ยทั่วโลกซึ่งอยู่ที่ ๙.๔ ปี

การที่สิงคโปร์ดึงดูดนักลงทุนได้มาก หนึ่งในเครื่องมือสำคัญประการหนึ่งก็คือ การใช้หุ้นกู้แปลงสภาพ (convertible security notes) เพื่อตอบสนองการที่นักลงทุนยอมรับความเสี่ยงสูงในช่วงเริ่มต้น ซึ่งเครื่องมือดังกล่าวนี้ ดำเนินการได้หลายรูปแบบภายใต้ข้อตกลงหรือสัญญามาตรฐานระหว่าง Startup กับนักลงทุน เช่น Keep It Simple Securities (KISS), Simple Agreement for Future Equity (SAFE) และ Convertible Agreement Regarding Equity (CARE) โดยในแต่ละรูปแบบของข้อตกลงอาจมีการกำหนดเงื่อนไขที่เหมือนหรือแตกต่างกันในเรื่องต่าง ๆ เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าทางธุรกิจ (valuation) เพื่อกำหนดจุดที่จะมีการแปลงสัญญาหุ้นกู้ไปเป็นหุ้นใน Startup เงื่อนไขเกี่ยวกับราคาแปลงสภาพหรือการคืนเป็นเงินตามจำนวนที่ตกลงกัน เงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิพิเศษที่จะให้นักลงทุนกลุ่มต่าง ๆ (Most Favored Nation: MFN Clause) สิทธิของนักลงทุนในการเข้าร่วมลงทุนสำหรับการระดมทุนในรอบต่อ ๆ ไป การโอนหุ้นไปยังบุคคลที่สาม รวมถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับความสามารถในการชำระหนี้หรือในกรณีที่ Startup ล้มละลาย เป็นต้น^{๗๗}

นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยบริษัทของสิงคโปร์ (Companies Act 1967) ยังอนุญาตให้บริษัทจำกัดออกหุ้นได้หลายระดับ (class) โดยสามารถกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้มีการแปลงหุ้นจากคลาสหนึ่งไปเป็นอีกคลาสหนึ่งได้ และแปลงไปเป็นหุ้นบุริมสิทธิได้ รวมทั้งยังอนุญาตให้บริษัทเอกชนจำกัด (private company) ซื้อหุ้นคืนได้^{๗๘} เพียงแต่จะต้องมีข้อบังคับของบริษัทอนุญาตไว้โดยชัดแจ้ง โดยบริษัทสามารถซื้อหุ้นคืนได้ตราบเท่าที่บริษัท

^{๗๖} ตัวเลขตั้งแต่ครึ่งหลังของ ปี พ.ศ. ๒๕๖๒-๒๕๖๔ โปรดดู Startup Genome, “Singapore #18” <<https://bit.ly/3Qwdimp>> สืบค้นเมื่อ ๑๙ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๗๗} Singapore Academy of Law, “VIMA Handbook 2020: The Top 5 issues – A founder’s perspective” <<https://bit.ly/3OA1oWD>> accessed 20 June 2022; RIKVIN (Singapore Company Registration Specialists), “Overview of Convertible Instruments in Singapore,” “SAFE vs KISS in Singapore” <<https://bit.ly/3OtmE0r>> accessed 20 June 2022.

^{๗๘} Companies Act 1967 - sections 76B, 76C, 76D, 76DA, 76E, 76F, 76H, 76I & 76K.

มีความสามารถในการชำระหนี้ที่จะถึงกำหนดชำระภายใน ๑๒ เดือนข้างหน้า ทั้งนี้ ในช่วงเวลาหนึ่ง (ตั้งแต่วันที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติจนถึงวันที่มีการประชุมใหญ่สามัญประจำปีครั้งถัดไปหรือในวันที่กฎหมายกำหนดให้จัดประชุมสามัญประจำปี) บริษัทจะซื้อหุ้นคืนได้ไม่เกินร้อยละ ๒๐ ของจำนวนหุ้นสามัญทั้งหมดหรือจำนวนหุ้นบุริมสิทธิชนิดใดชนิดหนึ่งทั้งหมดซึ่งได้ออกจำหน่ายแล้ว และโดยปกติเมื่อบริษัทได้ซื้อหุ้นคืนแล้ว หุ้นนั้นจะถือว่าได้ถูกยกเลิกในทันที เว้นแต่กรณีที่บริษัทประสงค์จะถือหุ้นไว้เองในฐานะเป็น treasury stocks ภายใต้ข้อกำหนดเพดานที่จะถือได้ไม่เกินร้อยละ ๑๐ ของหุ้นทั้งหมดที่ออกจำหน่ายแล้ว ส่วนการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนนั้น นอกจากการจำหน่ายตามปกติแล้ว หากบริษัทประสงค์จะนำไปจัดสรรให้แก่กรรมการหรือพนักงานหรือบุคคลอื่นใด (ESOP) ก็สามารถโอนหุ้นที่ซื้อคืนทั้งหมดหรือบางส่วนได้ด้วย

สำหรับกฎหมายหรือมาตรการที่ส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup ของสิงคโปร์นั้น โดยทั่วไปแล้วจะอยู่ภายใต้การดำเนินงานของ Enterprise Singapore (ESG) ซึ่งเป็นหน่วยงานรัฐที่จัดตั้งโดยกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม (Ministry of Trade and Industry: MTI) ทำหน้าที่เป็นศูนย์บริการเบ็ดเสร็จ ณ จุดเดียว (One-stop Agency) ปัจจุบันประกอบด้วย ๗ โครงการ ครอบคลุม Startup, Mentors, Incubators & accelerators และ VC ดังนี้

(๑) **Startup SG Founder**^{๗๙} เป็นมาตรการเพื่อช่วยเหลือผู้ก่อตั้งที่เริ่มประกอบกิจการเป็นครั้งแรก (First-time Founder) ให้ได้รับการคำแนะนำในการประกอบกิจการจากที่ปรึกษาที่รัฐให้การรับรอง (Accredited Mentor Partners: AMPs) และสนับสนุนเงินทุนแบบให้เปล่า จำนวน ๕๐,๐๐๐ เหรียญสิงคโปร์^{๘๐} (ประมาณ ๑.๒ ล้านบาท) เพื่อให้ผู้ประกอบการมีความรู้และทักษะที่จำเป็นภายใต้การดูแลของ AMPs เป็นระยะเวลา ๑๒ เดือน โดยผู้ก่อตั้ง (founder) ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนด เช่น ต้องมี founders อย่างน้อย ๒ คนเป็นพลเมืองสิงคโปร์ (SC) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวร (PR) ต้องไม่เคยจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทมาก่อน ต้องมีอำนาจตัดสินใจในบริษัท ต้องไม่ทำงานให้กับนายจ้างอื่นนอกจาก Startup ของตนเอง และต้องผ่านการอบรมหลักสูตรเกี่ยวกับการเป็นผู้ประกอบการ นอกจากนี้ บริษัท Startup ต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดด้วยเช่นกัน เช่น ต้องจดทะเบียนเป็นบริษัทเอกชนจำกัดในสิงคโปร์มาแล้วไม่เกิน ๖ เดือนนับถึงวันยื่นคำขอเข้าร่วมโครงการ มีทุนชำระแล้วตามจำนวนที่กำหนด และต้องไม่เคยได้รับทุนจากโครงการของรัฐใดมาก่อนสำหรับไอเดียธุรกิจที่ประสงค์จะขอรับทุนช่วยเหลือ เป็นต้น ทั้งนี้ โดย AMPs จะคัดกรองคุณสมบัติและพิจารณาข้อเสนอทางธุรกิจในเบื้องต้นจากองค์ประกอบ ๔ ด้าน คือ (๑) ความแปลกใหม่ของไอเดีย/โมเดลธุรกิจ (๒) ความเป็นไปได้ (๓) คุณภาพของทีมงาน และ (๔) โอกาสทางการตลาด พร้อมกับกำหนดค่าเป้าหมายที่ต้องบรรลุ

^{๗๙} STARTUP SG, “Startup SG Founder” <<https://www.startupsg.gov.sg/programmes/4894/startup-sg-founder>> accessed 17 June 2022; STARTUP SG “Startup SG Founder (Revised) FAQs” <<https://bit.ly/3xB9JCQ>> accessed 17 June 2022

^{๘๐} เดิมโครงการนี้ให้เงินทุนสนับสนุน ๓๐,๐๐๐ เหรียญสิงคโปร์ แต่ตั้งแต่เดือนกันยายน พ.ศ. ๒๕๖๓ เพิ่มขึ้นเป็น ๕๐,๐๐๐ เหรียญสิงคโปร์.

ความสำเร็จในแต่ละช่วง แล้วเสนอต่อ ESG เพื่อพิจารณาอนุมัติ นอกจากนี้ AMPs ที่เข้ามาเป็นที่ปรึกษาอาจมีข้อตกลงเกี่ยวกับการถือหุ้นในบริษัท Startup นั้นได้ด้วย

(๒) **Startup SG Talent** เป็นมาตรการจูงใจให้ Talents เข้ามามาก่อตั้งธุรกิจหรือทำงานในสิงคโปร์ ประกอบด้วยหลายโครงการย่อย เช่น (๑) *EntrePass* เป็นการออกใบอนุญาตทำงานระยะเวลา ๑ ปี (ต่ออายุได้) ให้แก่นักลงทุนหรือผู้ประกอบการต่างชาติที่มีประสบการณ์และความสามารถสูงโดยสามารถนำบุคคลในครอบครัวเข้ามาพักอาศัยในสิงคโปร์ได้ด้วย (๒) *T-Up (Technology for Enterprise Capability Upgrading)* เป็นโครงการช่วยเหลือ SMEs โดยรัฐอุดหนุนค่าจ้างบางส่วนสำหรับการจ้างนักวิจัยและวิศวกรเพื่อเข้าไปทำงานใน SMEs เป็นระยะเวลา ๒ ปี เพื่อช่วยให้ SMEs สามารถพัฒนาผลิตภัณฑ์นวัตกรรม (๓) *GRT (Global Ready Talent Program)* เป็นโครงการสนับสนุนค่าใช้จ่ายบางส่วนให้แก่ธุรกิจที่รับนักศึกษาเข้าฝึกงานทั้งในลักษณะ Local Internships และ Overseas Internships รวมทั้งสนับสนุนเงินเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับธุรกิจที่จัดส่งพนักงานซึ่งมีอายุน้อยให้ได้มีโอกาสไปหาประสบการณ์ทำงานในตลาดต่างประเทศ (๔) *Overseas Networks & Expertise (ONE Pass)* เป็นวีซ่าประเภทใหม่ล่าสุดที่จะเปิดให้ยื่นขอได้ตั้งแต่เดือนมกราคม พ.ศ. ๒๕๖๖ (2023) เป็นต้นไป โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดึงดูดบุคลากรชาวต่างชาติในภาคธุรกิจ วิทยาศาสตร์ การวิจัย ศิลปะวัฒนธรรม และกีฬาให้เข้ามาทำงานและอาศัยในสิงคโปร์เป็นเวลาได้ยาวถึง ๕ ปี และยังสามารถต่ออายุวีซ่าได้อีกครั้งละ ๕ ปี โดยสามารถนำคู่สมรส บุตร บิดามารดาเข้ามาอาศัยในสิงคโปร์ด้วยได้ และคู่สมรสก็สามารถขอรับใบอนุญาตทำงานในสิงคโปร์ได้ ทั้งนี้ เงื่อนไขเบื้องต้นจะพิจารณาจากฐานเงินเดือนหรือความเป็นผู้มีประสบการณ์ที่โดดเด่นในสายงานข้างต้น^{๘๑}

(๓) **Startup SG Tech**^{๘๒} เป็นโครงการให้ทุนแก่ Startup ในสาขาเฉพาะด้าน ๙ สาขาที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี โดยเฉพาะเทคโนโลยีที่เลียนแบบได้ยากและมีโมเดลธุรกิจที่มีศักยภาพในการเติบโต เช่น สาขาการผลิตขั้นสูง/หุ่นยนต์ ชีวการแพทย์และสุขภาพ และเทคโนโลยีด้านความสะอาด เป็นต้น โดยการสนับสนุนแบ่งเป็น ๒ ลักษณะ คือ การสนับสนุนในช่วง *Proof-Of-Concept (POC)* และในช่วง *Proof-of-Value (POV)* ซึ่งในแต่ละช่วงจะให้ทุนสนับสนุนแตกต่างกัน โดยธุรกิจที่เข้าร่วมโครงการต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนด เช่น ต้องจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดเอกชนในสิงคโปร์มาแล้วไม่เกิน ๑๐ ปี และเข้าลักษณะเป็น

^{๘๑} MARKETGOOPS, “สิงคโปร์เตรียมออก Talent Visa หวังดึงดูดหัวกะทิเข้าประเทศ ออกวีซ่าพิเศษให้บุคลากรศักยภาพสูง ทำงานได้ยาว ๕ ปี พาคครอบครัวไปด้วยได้” <<https://bit.ly/3QCjd3f>> accessed 14 September 2022.

^{๘๒} STARTUPSG, “Startup SG Tech” <<https://bit.ly/3HDoHMY>> accessed 19 June 2022; สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงสิงคโปร์, “Singapore Startup Ecosystem” (มีนาคม ๒๕๖๑) <<https://bit.ly/3Oo8KN8>> สืบค้นเมื่อ ๑๙ มิถุนายน ๒๕๖๕.

วิสาหกิจขนาดกลางหรือขนาดย่อม (SMEs)^{๘๓} ทั้งนี้ จุดเด่นของโครงการอีกประการ คือ ESG มีสิทธิเข้าถือหุ้นของ Startup ได้ โดยอาจถือหุ้นเองหรือแต่งตั้งผู้ถือหุ้นแทนก็ได้ ทั้งนี้ ตามจำนวนหุ้นที่กำหนดไว้ในโครงการ

(๔) **Startup SG Accelerator**^{๘๔} เป็นโครงการเพื่อเร่งยกระดับหรือเพิ่มมูลค่า Startup ผ่านการดำเนินงานขององค์กรพี่เลี้ยงและหน่วยบ่มเพาะ โดยสนับสนุนค่าใช้จ่าย เช่น ค่าใช้จ่ายสำหรับโปรแกรมบ่มเพาะ การจ้างที่ปรึกษา และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการบริหารจัดการ เพื่อช่วยให้ Startup สามารถพัฒนาผลิตภัณฑ์/บริการ และการเข้าถึงแหล่งเงินทุนและตลาด

(๕) **Startup SG Equity**^{๘๕} เป็นโครงการกระตุ้นการลงทุนของภาคเอกชน ใน Startup มี ๒ รูปแบบ คือ

ก) *Co-invest* เป็นรูปแบบการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชน โดยลงทุนใน Startup เป้าหมาย ทั้งในกลุ่มที่ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับเทคโนโลยีโดยทั่วไป (General Tech) และกลุ่มที่ประกอบธุรกิจเทคโนโลยีขั้นสูง (Deep Tech) โดยจำนวนเงินและสัดส่วนการลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนในแต่ละรอบการลงทุนจะแตกต่างกัน เช่น Startup กลุ่ม General Tech จะจำกัดการลงทุนไม่เกิน ๕๐ ล้านบาท โดยการลงทุนรอบแรกจะไม่เกิน ๖.๓ ล้านบาท ในสัดส่วนรัฐต่อเอกชน คือ ๗๐:๓๐ และรอบถัดไปในสัดส่วน ๕๐:๕๐ ทั้งนี้ SEED Capital ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้ ESG จะทำหน้าที่กำกับดูแลและเข้าถือหุ้นใน Startup ตามมูลค่าของบริษัท รวมถึงจะมีสิทธิบางประการในการบริหารจัดการในความสัมพันธ์กับ Startup นั้นด้วย เช่น การเข้าสังเกตการณ์การประชุมคณะกรรมการบริหารบริษัท การให้คำแนะนำเพื่อกำหนดยุทธศาสตร์ ทั้งนี้ SEED Capital จะถือหุ้นใน Startup เป็นระยะเวลาประมาณ ๕ - ๗ ปี และเมื่อมีการ exit SEED Capital จะได้รับเงินคืนตามจำนวนและมูลค่าหุ้นที่ถือไว้

ข) *Fund-of-funds* เป็นรูปแบบการนำเงินของรัฐเข้าไปลงทุนในกองทุน VC เพื่อให้ VC นำไปลงทุนใน Startup โดยเน้นการลงทุนในอุตสาหกรรมการผลิตขั้นสูง ยาและชีวการแพทย์ เทคโนโลยีการเกษตรและอาหาร โดยจำกัดเม็ดเงินลงทุนไม่เกิน ๗๖๐ ล้านบาท ซึ่ง Startup แต่ละแห่งจะได้รับเงินลงทุนสูงสุดไม่เกินร้อยละ ๒๐ ของเงินของกองทุน ทั้งนี้ รูปแบบ Fund-of-funds อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจสิงคโปร์ (Economic Development Board: EDB)

^{๘๓} วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ของสิงคโปร์ หมายถึง บริษัทที่ (๑) ไม่ใช่บริษัทย่อยของอีกบริษัทหนึ่ง (๒) ถือหุ้นโดยพลเมืองสิงคโปร์ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๓๐ และ (๓) มีรายได้ต่อปีไม่เกิน ๑๐๐ ล้านเหรียญสิงคโปร์หรือจำนวนการจ้างงานไม่เกิน ๒๐๐ คน โปรดดูเพิ่มเติมใน STARTUP SG, “Startup SG Tech: Frequently Asked Questions” <<https://bit.ly/3baimMW>> accessed 19 June 2022.

^{๘๔} STARTUP SG, “Startup SG Accelerator” <<https://bit.ly/3y53RDo>> accessed 19 June 2022.

^{๘๕} STARTUP SG, “Startup SG Equity” <<https://bit.ly/3QzpS48>> accessed 19 June 2022.

(๖) **Startup SG Infrastructure** เป็นโครงการจัดสรรพื้นที่เช่าให้ Startup ได้ทดลอง พัฒนา และประกอบธุรกิจภายในอาณาบริเวณเดียวกัน โดยมีหน่วยงานหรือองค์กรที่จะช่วยบ่มเพาะและเร่งการเติบโต ธุรกิจเงินร่วมลงทุน (VC) และหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐ รวมทั้งอาจมีสถาบันการศึกษาที่อยู่ใกล้เคียงในพื้นที่ เพื่อช่วยให้เกิดการรวมพลังเป็นเครือข่ายการดำเนินงานที่เชื่อมโยงกันระหว่างรัฐและเอกชน ปัจจุบันประกอบด้วย ๓ พื้นที่ (zone) ได้แก่ (๑) *LaunchPad@one-north* เน้นการใช้สอยพื้นที่สำหรับ Startup สาขาชีวการแพทย์ เทคโนโลยีสารสนเทศ อิเล็กทรอนิกส์ การแก้ไขปัญหาชุมชนเมือง และวิศวกรรมอุตสาหการ^{๘๖} (๒) *LaunchPad@Jurong Innovation District (JID)* เน้น Startup กลุ่มที่เกี่ยวกับการผลิตขั้นสูง การแก้ไขปัญหาชุมชนเมือง และวิศวกรรม โดยมียุคเด่นคืออยู่ใกล้กับมหาวิทยาลัย Nanyang Technological University (NTU)^{๘๗} และ (๓) *Singapore Water Exchange (SgWX)* เน้นกลุ่มผู้ประกอบการและหน่วยงานที่ทำงานด้านน้ำ ตั้งแต่ระดับ Startup ไปจนถึงบริษัทข้ามชาติ^{๘๘} ทั้งนี้ ในแต่ละพื้นที่จะประกอบด้วยโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นสำหรับประกอบกิจการ พร้อมทั้งสิ่งอำนวยความสะดวก โดยมีขนาดพื้นที่และราคาเช่าตามที่กำหนด

(๗) **Startup SG Loan**^{๘๙} เป็นโครงการให้กู้ยืมเงินแก่ Startup ซึ่งเริ่มดำเนินการเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๒ เพื่อช่วยเหลือเงินทุนแก่ Startup ในขอบเขตวัตถุประสงค์ ๖ ด้าน ได้แก่ (๑) เพิ่มกระแสเงินสด (๒) เพื่อจัดหาสินทรัพย์ถาวรทั้งในประเทศและต่างประเทศ (๓) เพื่อสร้างธุรกิจนวัตกรรม (๔) เพื่อการค้าขาย (๕) เพื่อโครงการลงทุนในและต่างประเทศ และ (๖) เพื่อขยายกิจการไปต่างประเทศ ทั้งนี้ จะกำหนดเพดานวงเงินกู้ยืมสำหรับวัตถุประสงค์ในแต่ละด้าน

นอกจากโครงการหรือมาตรการทั้ง ๗ รูปแบบภายใต้การดำเนินงานของ Enterprise SG แล้ว สิงคโปร์ยังมีการส่งเสริมธุรกิจ Startup ผ่านการดำเนินการต่อไปนี้ด้วยคือ

๑) มาตรการเฉพาะเพื่อสนับสนุน Startup สาขาเทคโนโลยีการเงิน (FinTech) โดยธนาคารกลางสิงคโปร์ (Monetary Authority of Singapore (MAS))^{๙๐} เพื่อช่วยเตรียมความพร้อมให้แก่ Startup ได้มีพื้นที่และระยะเวลาในการทดลองประกอบธุรกิจภายใต้

^{๘๖} JTC, “LaunchPad@one-north” <<https://bit.ly/3xG3JIL>> accessed 19 June 2022.

^{๘๗} JTC, “LaunchPad@Jurong Innovation District” <<https://bit.ly/3b8iT20>> accessed 19 June 2022.

^{๘๘} Singapore’s National Water Agency, “Singapore Water Exchange” <<https://bit.ly/3tK9eFg>> accessed 19 June 2022.

^{๘๙} STARTUP SG, “Startup SG Loan” <<https://bit.ly/3QJwr4z>> accessed 19 June 2022.

^{๙๐} Monetary Authority of Singapore (MAS), “Overview of Regulatory Sandbox” <<https://www.mas.gov.sg/development/fintech/regulatory-sandbox>> accessed 22 June 2022; Monetary Authority of Singapore (MAS), “Frequently Asked Questions On MAS Fintech Regulatory Sandbox Framework (“SANDBOX”)” (9 November 2021) <<https://bit.ly/3NddOme>> accessed 22 June 2022.

กฎระเบียบที่ผ่อนคลายเป็นอยู่ในการกำกับดูแลของธนาคารกลางสิงคโปร์ เรียกว่า **MAS Regulatory Sandbox Framework** แบ่งออกเป็น ๓ รูปแบบย่อย คือ (๑) *FinTech Regulatory Sandbox* เริ่มดำเนินการเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๙ เพื่อส่งเสริมให้บริษัท FinTech Startup นำนวัตกรรมหรือเทคโนโลยีเข้ามาให้บริการในตลาด (๒) *Sandbox Express* เริ่มดำเนินการเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๒ สำหรับ FinTech Startup ที่มีความเสี่ยงต่ำ และ (๓) *Sandbox Plus* ซึ่งเป็นมาตรการใหม่ล่าสุด เริ่มดำเนินการเมื่อวันที่ ๑ มกราคม ๒๕๖๕ โดยมีศูนย์ช่วยเหลือด้านกฎระเบียบแบบครบวงจร พร้อมทั้งการสนับสนุนด้านเงินทุนแบบให้เปล่าแก่ FinTech Startup

๒) กองทุนภายใต้การบริหารงานของ EDBI ซึ่งเป็นองค์กรย่อยภายใต้คณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจสิงคโปร์ (a corporate investment arm of the Economic Development Board: EDB)^{๙๑} ที่มุ่งเน้นการลงทุนในธุรกิจสาขาอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยี^{๙๒} ผ่านกองทุน Special Situation Fund for Startups (SSFS) โดย EDBI จะให้ทุนสนับสนุนในรูปของหุ้นกู้แปลงสภาพ (convertible note) แก่ Startup ตั้งแต่ช่วง early stage จนถึง late-stage ทั้งนี้ การพิจารณาให้ทุนสนับสนุนจะพิจารณาจากข้อเสนอทางธุรกิจของ Startup เป็นรายกรณี โดยมีเงื่อนไขเบื้องต้นเกี่ยวกับคุณสมบัติของ Startup คือ (๑) ต้องเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในรูปบริษัทจำกัดเอกชนในสิงคโปร์มาแล้วไม่เกิน ๑๐ ปี (๒) เป็นบริษัทที่พัฒนาหรือผลิตหรือประกอบบริการที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีนวัตกรรมที่มุ่งการเติบโตที่สูง (๓) เป็นธุรกิจที่ขยายตลาดได้และโมเดลทางธุรกิจแสดงให้เห็นได้ว่าจะมีรายได้เติบโตไม่น้อยกว่าร้อยละ ๒๐ ต่อปี (ในช่วงที่ยังไม่มีรายได้ บริษัทต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาหรือมี know-how เทคโนโลยีที่ไม่สามารถลอกเลียนแบบได้ เป็นต้น) และ (๔) ต้องมีนักลงทุนรายเก่าหรือรายใหม่พร้อมสนับสนุนทุนร้อยละ ๕๐ ของหุ้นกู้แปลงสภาพ^{๙๓}

๓) มาตรการภาษีโดยยกเว้นภาษีเงินได้ (Tax Exemption) แก่ Startup ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ (๑) ต้องเป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ (tax resident) ในสิงคโปร์ (๒) เป็นบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นไม่เกิน ๒๐ คน หรือมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย ๑ คนที่ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๑๐ ของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้ว และ (๓) ต้องไม่เป็นบริษัทที่เป็น Holding Company โดย Startup ที่เข้าเงื่อนไขจะได้รับสิทธิยกเว้น/ลดหย่อนภาษีเป็นเวลา ๓ ปี นับตั้งแต่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัท^{๙๔} นอกจากนี้ สิงคโปร์ยังมีการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคล

^{๙๑} EDB Singapore, “About EDB” <<https://www.edb.gov.sg/en/about-edb/who-we-are.html>> accessed 21 June 2022.

^{๙๒} EDBI, “Overview” <<https://edbi.com/about-us/#corporate-profile>> accessed 21 June 2022.

^{๙๓} EDBI, “Guidance for Special Situation Fund for Startups (SSFS) application” <<https://bit.ly/3Oosq3g>> accessed 21 June 2022.

^{๙๔} เดิมก่อนปี พ.ศ. ๒๕๖๓ (2020) สิงคโปร์ยกเว้นภาษีร้อยละ ๑๐๐ ให้แก่ Startup สำหรับเงินได้พึงประเมินไม่เกิน ๑๐๐,๐๐๐ เหรียญสิงคโปร์ และยกเว้นให้อีกร้อยละ ๕๐ สำหรับเงินได้พึงประเมินตั้งแต่

(Corporate Income Tax) ในอัตราค่อนข้างต่ำเพียงร้อยละ ๑๗^{๙๕} ซึ่งถือว่าเป็นอัตราต่ำที่สุดในภูมิภาคอาเซียน^{๙๖} การลดอัตราภาษีให้แก่บริษัทที่เข้ามาจัดตั้งสำนักงานใหญ่หรือสำนักงานภูมิภาคในสิงคโปร์^{๙๗} และการไม่จัดเก็บภาษีจากกำไรที่ได้จากการขายคืนสินทรัพย์หรือเงินลงทุน (Capital Gain Tax) รวมทั้งเงินปันผล^{๙๘} เป็นต้น

๔) มาตรการส่งเสริมการจดทะเบียนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความรวดเร็วและคล่องตัวมากยิ่งขึ้น ภายใต้โครงการใหม่ที่เรียกว่า SG IP Fast Track ซึ่งจะรับจดทะเบียนสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ๓ ประเภท ได้แก่ สิทธิบัตรการประดิษฐ์ (patent) สิทธิบัตรออกแบบผลิตภัณฑ์ (design) และเครื่องหมายการค้า (trade mark) โดยมีระยะเวลาจดทะเบียนที่รวดเร็วขึ้น กล่าวคือ กรณีสิทธิบัตรการประดิษฐ์ จะใช้ระยะเวลาไม่เกิน ๙ เดือน สิทธิบัตรออกแบบผลิตภัณฑ์ จะใช้ระยะเวลาไม่เกิน ๑ เดือน และเครื่องหมายการค้า จะใช้ระยะเวลาไม่เกิน ๖ เดือน

บทส่งท้าย

สำหรับส่วนที่ ๒ ที่จะลงในวารสารกฤษฎีกาฉบับหน้า ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไปถึงแนวทางการแก้ไขปัญหและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup โดยรัฐบาลในกลุ่มประเทศที่มีสภาพแวดล้อมหรือมีข้อจำกัดทางกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจในรูปแบบ Startup มากนัก แต่รัฐบาลของประเทศดังกล่าวได้กำหนดมาตรการและปรับปรุงกฎหมายเพื่อส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup ได้แก่ ประเทศอินเดีย ประเทศอินโดนีเซีย และประเทศอิตาลี และจะได้เสนอแนะมาตรการและแนวทางของต่างประเทศที่อาจเลือกนำมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหอุปสรรคต่าง ๆ ในบริบทของประเทศไทยและระบบกฎหมายไทยต่อไป

๒๐๐,๐๐๐ เหรียญขึ้นไป ทั้งนี้ สูงสุดไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ เหรียญสิงคโปร์ โปรดดูเพิ่มเติมใน Sleek, “Corporate Tax Singapore-Your 5-Minute guide” <<https://bit.ly/3QC9DU0>> accessed 21 June 2022.

^{๙๕} Trading Economics, “List of Countries by Corporate Tax Rate: Asia” <<https://bit.ly/3y3DbTp>> accessed 21 June 2022.

^{๙๖} กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “ข้อมูลการลงทุน” <<https://bit.ly/3xJrT5q>> สืบค้นเมื่อ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๖๕.

^{๙๗} Sleek, “Corporate Tax Singapore-Your 5-Minute guide” <<https://bit.ly/3QC9DU0>> accessed 21 June 2022.

^{๙๘} กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, “ข้อมูลการลงทุน” <<https://bit.ly/3xJrT5q>> สืบค้นเมื่อ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๖๕.

มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ
ในความผิดเกี่ยวกับเพศและความผิดที่ใช้ความรุนแรง
ตอนที่ ๑ : หลักการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน*

นริศรา แดงไผ่**

บทนำ

ปัญหาอาชญากรรมเป็นปัญหาสำคัญซึ่งส่งผลกระทบต่อบุคคลในสังคมที่จะรู้สึกถึงความไม่มั่นคงปลอดภัยที่เกิดขึ้นกับชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพ การที่บุคคลจะรับรู้ถึงความมั่นคงปลอดภัยดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อประชาชนมีชีวิตที่ดี อยู่ดีกินดี เศรษฐกิจดี การเมืองและการปกครองของประเทศดี รัฐสามารถแก้ไขปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ สังคมอยู่ด้วยกันอย่างสุขสงบและมีความร่มเย็น แต่เมื่อพิจารณาสภาพปัญหาของอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในสังคมและสถิติคดีอาญาในคดีความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย และเพศ ทว่าราชอาณาจักรย้อนหลังสามปี ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๖๒ ถึง พ.ศ. ๒๕๖๔ พบว่า ปี พ.ศ. ๒๕๖๒ รับแจ้งความ ๑๖,๕๗๓ คดี มีการจับกุม ๑๕,๒๐๗ คดี มีผู้ต้องหา ๑๙,๔๓๔ ราย ปี พ.ศ. ๒๕๖๓ รับแจ้งความ ๑๔,๔๕๙ คดี มีการจับกุม ๑๓,๖๔๕ คดี มีผู้ต้องหา ๑๖,๙๓๙ ราย และปี พ.ศ. ๒๕๖๔ รับแจ้งความ ๑๓,๗๓๘ คดี มีการจับกุม ๑๓,๑๒๑ คดี มีผู้ต้องหา ๑๘,๒๘๑ ราย^๑ จะเห็นได้ว่าสถิติการกระทำความผิดดังกล่าวค่อนข้างสูง ทำให้บุคคลในสังคมรู้สึกถึงความไม่มั่นคงปลอดภัยที่เกิดขึ้นกับชีวิต ร่างกาย และเสรีภาพ รัฐจึงต้องเร่งดำเนินการนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อดำเนินคดีอาญา กล่าวคือ นำตัวเข้าสู่กระบวนการสืบสวนสอบสวน ฟ้องร้องดำเนินคดี พิพากษาพิพากษาคดี และเข้ารับโทษตามคำพิพากษา เมื่อบุคคลนั้นรับโทษครบถ้วนตามคำพิพากษาจนพ้นโทษแล้วจะกลับคืนสู่สังคม แต่ผู้กระทำความผิดอาจหวนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก จากการตรวจสอบประเภทคดีที่มีอัตราการกระทำความผิดซ้ำ^๒ ของผู้ต้องขังที่ได้รับ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** ผู้อำนวยการกองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ธันวาคม ๒๕๖๕)

^๑ สำนักงานสถิติแห่งชาติ (สสช.), ๙. สาขายุติธรรม ความมั่นคง การเมืองและการปกครอง, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๕, จาก website <http://statbbi.nso.go.th/staticreport/page/sector/th/09.aspx>.

^๒ การกระทำความผิดซ้ำ (Recidivism หรือ Reoffending) ในระบบฐานข้อมูล Rec Stats. หมายถึง ผู้ต้องขังที่ถูกปล่อยตัวออกจากเรือนจำไปแล้ว ทั้งกรณีพ้นโทษแบบมีเงื่อนไขและไม่มีเงื่อนไขในช่วงปีงบประมาณหนึ่ง ๆ แล้วหวนกลับมากระทำความผิดซ้ำโดยถูกส่งตัวเข้าสู่เรือนจำอีกครั้ง ทั้งในกรณีผู้ต้องขัง

การปล่อยตัวย้อนหลังสี่ปี กล่าวคือ ในปีงบประมาณ ๒๕๖๓ จำนวนผู้ต้องขัง ๑๔๕,๒๗๘ คน พบว่ามีการกระทำความผิดซ้ำในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๑๗๙ คน สองปี ๓๑๕ คน และสามปี ๓๕๙ คน คดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๕๗๖ คน สองปี ๑,๑๑๗ คน และสามปี ๑,๓๓๓ คน และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๑๒๘ คน สองปี ๒๑๑ คน และสามปี ๒๔๕ คน ในปีงบประมาณ ๒๕๖๔ จำนวนผู้ต้องขัง ๑๘๔,๘๘๐ คน พบว่ามีการกระทำความผิดซ้ำในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๒๓๘ คน สองปี ๓๗๒ คน และสามปี ๓๗๓ คน คดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๗๘๒ คน สองปี ๑,๓๐๘ คน และสามปี ๑,๓๒๗ คน และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๑๙๓ คน สองปี ๒๙๕ คน และสามปี ๒๙๗ คน ส่วนในปีงบประมาณ ๒๕๖๕ จำนวนผู้ต้องขัง ๑๔๕,๒๔๗ คน พบว่ามีการกระทำความผิดซ้ำในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๑๖๙ คน และสองปี ๑๗๑ คน คดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๔๑๓ คน และสองปี ๔๑๖ คน และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๑๑๒ คน และสองปี ๑๑๓ คน และในปีงบประมาณ ๒๕๖๖ จำนวนผู้ต้องขัง ๑๖,๒๙๖ คน พบว่ามีการกระทำความผิดซ้ำในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๕ คน คดีความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๔ คน และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียงภายในระยะเวลาติดตามพฤติกรรมหนึ่งปี ๒ คน^๓ ทั้งนี้ พบว่า อัตราการกระทำความผิดซ้ำของผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวในปีงบประมาณ ๒๕๖๖ ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ร้อยละ ๖.๓๙ และความผิดเกี่ยวกับเพศ ร้อยละ ๒.๒๙^๔

จากกรณีที่มีผู้กระทำความผิดและกลับมากระทำความผิดซ้ำในความผิดเดิมหรือใกล้เคียงกับความผิดเดิมซึ่งเป็นความผิดที่ใช้ความรุนแรงและมีผลกระทบต่อความสงบสุขของ

ระหว่างพิจารณาคดีและผู้ต้องขังภายในช่วงระยะเวลาหนึ่งที่กำหนดไว้หลังจากปล่อยตัวดังกล่าว, <<http://www.correct.go.th/recstats/>>, สืบค้นเมื่อ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๕.

^๓ ข้อมูลจากกรมราชทัณฑ์ ณ วันที่ ๑๓ พฤศจิกายน ๒๕๖๕ เกี่ยวกับการกระทำความผิดซ้ำของผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวในปีงบประมาณ ๒๕๖๓ ถึงปีงบประมาณ ๒๕๖๖, <<http://www.correct.go.th/recstats/index.php/th/searchGroup>>, สืบค้นเมื่อ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๕.

^๔ ข้อมูลจากกรมราชทัณฑ์ ณ วันที่ ๑๓ พฤศจิกายน ๒๕๖๕ เกี่ยวกับ ๕ อันดับประเภทคดีที่มีอัตราการกระทำความผิดซ้ำของผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัวในปีงบประมาณ ๒๕๖๖ แบ่งออกเป็น อันดับหนึ่ง ยาเสพติด ได้แก่ ยาเสพติดให้โทษ สารระเหย วัตถุออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท ร้อยละ ๖๖.๓๒ อันดับสอง ทรัพย์ ๑๓.๐๙ อันดับสาม อื่น ๆ ได้แก่ ป่าไม้ พนัน อาวุธปืน คนเข้าเมือง ลหุโทษ ร้อยละ ๙.๒๙ อันดับสี่ ชีวิตและร่างกาย ร้อยละ ๖.๓๙ อันดับห้า เพศ ร้อยละ ๒.๒๙ ซึ่งข้อมูลนี้ไม่ได้ระบุการกระทำความผิดซ้ำในคดีความผิดต่อเสรีภาพ, <<http://www.correct.go.th/recstats/>>, สืบค้นเมื่อ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๕.

ประชาชนในสังคม ส่งผลให้กระทรวงยุติธรรมได้ผลักดันให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. โดยนำกฎหมาย Serious Offenders Act 2018 (No. 27 of 2018) ของเครือรัฐออสเตรเลีย และประมวลกฎหมายอาญาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาประกอบการพิจารณา ร่างกฎหมายว่าด้วยมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดที่ใช้ความรุนแรง ได้แก่ การขาดกรรม การข่มขืนกระทำชำเรา การกระทำความผิดทางเพศกับเด็ก การทำร้ายร่างกายจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย การทำร้ายร่างกายสาหัส การเรียกค่าไถ่ เมื่อบุคคลดังกล่าวได้รับการจำคุกจนพ้นโทษแล้วจะได้รับการปล่อยตัวสู่สังคมโดยอิสระ ถึงแม้ว่าจะมีการติดตามจากเจ้าพนักงานตำรวจหรือฝ่ายปกครองแต่ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย และไม่มีประสิทธิผลในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ผู้กระทำความผิดส่วนหนึ่งยังมีความเสี่ยงที่จะไปกระทำความผิดที่ใช้ความรุนแรงซ้ำในรูปแบบเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน จึงเสนอให้มีกฎหมายกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ได้แก่ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด การเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษ การคุมขังภายหลังพ้นโทษ และการคุมขังฉุกเฉิน เพื่อป้องกันสังคมและผู้เสียหายจากการกระทำความผิดที่ใช้ความรุนแรงที่อาจเกิดขึ้น โดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของผู้ต้องคำสั่งอย่างเหมาะสม ซึ่งกระทรวงยุติธรรมได้เสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณารับหลักการ และสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้ส่งเรื่องให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นในส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีนั้น

ผู้เขียนซึ่งรับผิดชอบงานร่างกฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมได้เสนอความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีต่อผู้บังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชาเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวโดยจัดทำเป็นความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีว่า ไม่สมควรรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัตินี้^๕ สรุปความได้ว่า (๑) มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำมีความซ้ำซ้อนกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ กักกัน ห้ามเข้าเขตกำหนด เรียกประกันทัณฑ์บน คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง (๒) ไม่มีความจำเป็นต้องจัดตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายเพื่อกำหนดนโยบายในเรื่องนี้ เนื่องจากเป็นนโยบายของทุกรัฐบาลที่จะป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดซ้ำ โดยกำหนดให้เป็นภารกิจของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่จะดำเนินการ (๓) กฎหมาย Serious Offenders Act 2018 (No. 27 of 2018) ของเครือรัฐออสเตรเลีย Section 1 กำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ๒ ประการ คือ ประการที่หนึ่ง ให้มีมาตรการที่เข้มข้นขึ้นในการคุ้มครองความปลอดภัยของสังคม โดยกำหนดให้ผู้ต้องขังตามคำพิพากษาในความผิดทางเพศที่รุนแรงหรือความผิดอื่นที่มีความรุนแรงซึ่งยังมีความเสี่ยงที่จะเป็นอันตรายต่อสังคม

^๕ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๙๐๒/๘๓ ลงวันที่ ๑๖ กรกฎาคม ๒๕๖๔ ถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตัว (detention) หรือการควบคุม (supervision) ต่อไป เพื่อลดความเสี่ยงของสังคมที่ผู้นั้นจะออกไปกระทำความผิดซ้ำอีก และประการที่สอง ให้มีการรักษา (treatment) และฟื้นฟู (rehabilitation) บุคคลเหล่านั้นเพื่อลดหรือเลิกพฤติกรรมเสี่ยงเช่นว่านั้น แต่ไม่ใช่เป็นการปล่อยตัวแล้วตามไปควบคุมซึ่งไม่ได้ลดความเสี่ยงของสังคม (community risk) จากการกระทำความผิดซ้ำ และ (๔) มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดที่ให้อำนาจพนักงานคุมประพฤติดำเนินการนั้น เป็นการใช้อำนาจเดียวกันกับมาตรการคุมประพฤติผู้พ้นโทษตามพระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. ๒๕๕๙ และการพัฒนาพฤตินิสัยผู้ต้องขังตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นนโยบายของกระทรวงยุติธรรมที่จะลดจำนวนนักโทษในเรือนจำและคืนคนดีกลับสู่สังคม ประกอบกับการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรงต้องเข้าสู่อำนาจดำเนินการตามร่างพระราชบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุมขังภายหลังพ้นโทษเป็นการกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของบุคคลตามมาตรา ๒๘^๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเห็นสมควรที่จะต้องพิจารณาและศึกษาเรื่องนี้อย่างละเอียดและรอบคอบก่อนเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลที่ไม่พึงประสงค์จากการตรากฎหมายนี้ อย่างไรก็ตาม คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๔ รับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัตินี้ และส่งเรื่องให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

เมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับร่างพระราชบัญญัติตามที่คณะรัฐมนตรีมีมติส่งเรื่องมาให้ตรวจพิจารณา ได้เสนอให้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) ซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมเป็นผู้ตรวจพิจารณา โดยมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้าร่วมชี้แจงรายละเอียด ได้แก่ กระทรวงยุติธรรม (สำนักงานปลัดกระทรวง กรมคุมประพฤติ กรมราชทัณฑ์ และสำนักงานกิจการยุติธรรม) กระทรวงสาธารณสุข (กรมการแพทย์) สำนักงานศาลยุติธรรม และสำนักงานอัยการสูงสุด โดยคณะกรรมการพิจารณาแล้ว เห็นควรมีการศึกษาและวิเคราะห์หลักการของร่างพระราชบัญญัติที่กำหนดมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเฉพาะราย การเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษ การคุมขังภายหลังพ้นโทษ และการคุมขังฉุกเฉิน เพื่อใช้ในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดที่ใช้ความรุนแรงภายหลังพ้นโทษตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญเพื่อประกอบการพิจารณาด้วย ผู้เขียนซึ่งปฏิบัติหน้าที่เลขานุการของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) จึงได้ทำการศึกษาวิเคราะห์หลักคิดและทฤษฎีกฎหมายมาตรการตามกฎหมายที่นำมาใช้เพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากรรมทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และหลักความชอบด้วยกฎหมายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบกับการได้รับมอบหมายให้เป็น

๖ มาตรา ๒๘ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

กรรมการวิสามัญเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนี้ทั้งในชั้นสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยได้ให้ความเห็นในข้อกฎหมายเกี่ยวกับพระราชบัญญัติเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญดังกล่าว จึงเห็นสมควรรวบรวมข้อมูลและประเด็นปัญหาในชั้นการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวและเสนอเป็นข้อมูลทางวิชาการเพื่อประโยชน์แก่ผู้ที่ศึกษากฎหมายและผู้บังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ต่อไป

๑. หลักการของพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ๒๕๖๕

พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศและที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ๒๕๖๕ ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายเมื่อวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๕^๗ มีหลักการเป็นการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดอาญาตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓^๘ อาจถูกบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มีรายละเอียดแบ่งออกเป็น ๗ หมวด^๙ โดยสรุป ดังต่อไปนี้

๑.๑ พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้นำมาตรการต่าง ๆ ได้แก่ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด การเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ การคุมขังภายหลังพ้นโทษ และการคุมขังฉุกเฉินไปใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดอาญาบางประเภทที่เกี่ยวข้องกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรงตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง^{๑๐} เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ นอกจากนี้ได้กำหนด

^๗ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๙/ตอนที่ ๖๖ก/หน้า ๖/๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๕.

^๘ มาตรา ๓ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่การกระทำความผิดตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๗๘ มาตรา ๒๗๙ มาตรา ๒๘๐ มาตรา ๒๘๓ ทวิ มาตรา ๒๘๔ มาตรา ๒๘๘ มาตรา ๒๘๙ มาตรา ๒๙๐ มาตรา ๒๙๗ มาตรา ๒๙๘ และมาตรา ๓๑๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ในกรณีศาลมีคำพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามมาตราหนึ่งมาตราใดตามที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่ง แม้ศาลจะพิพากษาให้ลงโทษในความผิดอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้ในวรรคหนึ่งก็ตาม ก็ให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับด้วย

^๙ พระราชบัญญัติฯ แบ่งออกเป็น ๗ หมวด ได้แก่ หมวด ๑ คณะกรรมการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ (มาตรา ๘ ถึงมาตรา ๑๕) หมวด ๒ คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ (มาตรา ๑๖ ถึงมาตรา ๑๘) หมวด ๓ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (มาตรา ๑๙ ถึงมาตรา ๒๑) หมวด ๔ มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ (มาตรา ๒๒ ถึงมาตรา ๒๗) หมวด ๕ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ (มาตรา ๒๘ ถึงมาตรา ๓๖) หมวด ๖ การคุมขังฉุกเฉิน (มาตรา ๓๗ ถึงมาตรา ๔๑) หมวด ๗ การอุทธรณ์ (มาตรา ๔๒) และบทเฉพาะกาล (มาตรา ๔๓)

^{๑๐} ความผิดที่ระบุในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ได้แก่ ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตาม มาตรา ๒๗๖ ความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา ๒๗๗ ความผิดฐานกระทำอนาจารบุคคลอายุกว่าสิบห้าปีโดยขู่เข็ญตามมาตรา ๒๗๘

ความผิดฐานกระทำอนาจารเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไม่ว่าเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ตาม มาตรา ๒๗๙ ความผิดฐานพาบุคคลอายุเกินสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไปเพื่อการอนาจารตาม มาตรา ๒๘๓ ทวิ

รองรับกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามมาตราหนึ่งมาตราใดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ถึงแม้ว่าศาลจะพิพากษาให้ลงโทษในความผิดตามมาตราอื่นซึ่งไม่ได้ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ก็ตาม แต่สมควรให้นำมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้ ไปใช้บังคับกับความผิดตามมาตราอื่นซึ่งไม่ได้ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ซึ่งศาลพิพากษาให้ลงโทษด้วยตามมาตรา ๓ วรรคสอง เช่น กรณีที่จำเลยกระทำความผิดฐานชิงทรัพย์จนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา ๓๓๙ วรรคห้า ซึ่งในการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ลงโทษจำเลย เจ้าพนักงานตามกฎหมายจะระบุฐานความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทั้งหมด ได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา ๓๓๔ ความผิดฐานชิงทรัพย์จนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา ๓๓๙ วรรคห้า และความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเจตนาตามมาตรา ๒๘๘ ถึงแม้ว่าศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยในความผิดที่มีบทลงโทษหนักที่สุด คือความผิดฐานชิงทรัพย์จนเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายตามมาตรา ๓๓๙ วรรคห้า ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับทรัพย์และไม่ได้ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง ก็ตามให้นำมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำไปใช้บังคับกับความผิดตามมาตรา ๓๓๙ วรรคห้า ตามที่ศาลพิพากษาลงโทษจำเลยด้วย

๑.๒ ไม่ให้นำมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้ ไปใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดอาญาบางประเภทที่เกี่ยวข้องกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรงตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ในขณะที่ผู้นั้นมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี (มาตรา ๔)^{๑๑}

๑.๓ กำหนดบทนิยามคำว่า “คุมขัง” หมายความว่า การควบคุมนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษหรือผู้ถูกเฝ้าระวังไว้ในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ (มาตรา ๕)^{๑๒} โดยนำแนวทางการยกเว้นมาจากบทนิยามคำว่า “กักกัน” ตามมาตรา ๔๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา คือ การควบคุมผู้กระทำความผิดติดนัยไว้ภายในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อตัดนัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ

๑.๔ กำหนดให้บทบัญญัติหรือวิธีพิจารณาใดซึ่งพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติไว้ โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติหรือวิธีพิจารณาแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้

ความผิดฐานพาผู้อื่นไปเพื่อการอนาจารโดยใช้อุบายหลอกลวงตามมาตรา ๒๘๔ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตามมาตรา ๒๘๘ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา ๒๘๙ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้นั้นถึงแก่ความตายตามมาตรา ๒๙๐ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ถูกทำร้ายได้รับอันตรายสาหัสตามมาตรา ๒๙๗ และมาตรา ๒๙๘ และความผิดฐานเรียกค่าไถ่ตามมาตรา ๓๑๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

^{๑๑} มาตรา ๔ พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดตามบทบัญญัติมาตราหนึ่งมาตราใด ตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

^{๑๒} มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“คุมขัง” หมายความว่า การควบคุมนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษหรือผู้ถูกเฝ้าระวังไว้ในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา ๖)^{๓๓} เพื่อให้การใช้บังคับมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำสามารถกระทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ

๑.๕ หมวด ๓ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (มาตรา ๑๙ ถึงมาตรา ๒๑)

กำหนดให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดกับจำเลย ซึ่งได้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ในระหว่างรับโทษจำคุกเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ได้แก่ มาตรการทางการแพทย์หรือมาตรการอื่นใดที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม กำหนดในกฎกระทรวงโดยข้อเสนอแนะของคณะกรรมการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามที่พนักงานอัยการร้องขอ ซึ่งจะขอรวมกันไปใน การฟ้องคดีหรือก่อนศาลมีคำพิพากษาก็ได้ ในการมีคำสั่งดังกล่าว ศาลจะคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งความรุนแรงของคดี สาเหตุแห่งการกระทำความผิด ประวัติการกระทำความผิด ภาวะแห่งจิต นิสัย และลักษณะส่วนตัวอื่นของผู้กระทำความผิด ความปลอดภัยของผู้เสียหายและสังคม โอกาสในการกระทำความผิดซ้ำ และการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (มาตรา ๑๙ วรรคหนึ่งและวรรคสอง)^{๓๔} ซึ่งกรมราชทัณฑ์จะรับผิดชอบดำเนินการตามคำสั่งศาลที่ใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด จัดทำรายงานผลของการ

^{๓๓} มาตรา ๖ บทบัญญัติหรือวิธีพิจารณาใดซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้นำบทบัญญัติหรือวิธีพิจารณาแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้

^{๓๔} มาตรา ๑๙ ในคดีที่มีการฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ให้พนักงานอัยการมีอำนาจยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในระหว่างรับโทษจำคุกเพื่อป้องกันมิให้กระทำความผิดซ้ำ โดยจะขอรวมกันไปใน การฟ้องคดีดังกล่าวหรือก่อนศาลมีคำพิพากษาก็ได้

มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้แก่

(๑) มาตรการทางการแพทย์

(๒) มาตรการอื่นใดตามที่รัฐมนตรีกำหนดในกฎกระทรวงโดยข้อเสนอแนะของคณะกรรมการมีคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งความรุนแรงของคดี สาเหตุแห่งการกระทำความผิด ประวัติการกระทำความผิด ภาวะแห่งจิต นิสัย และลักษณะส่วนตัวอื่นของผู้กระทำความผิด ความปลอดภัยของผู้เสียหายและสังคม โอกาสในการกระทำความผิดซ้ำ และการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

ในการไต่สวนศาลอาจเรียกสำนวนการสอบสวนจากพนักงานอัยการเพื่อประกอบการพิจารณา รับฟังคำคัดค้านของผู้กระทำความผิด หรือมีคำสั่งให้พนักงานคุมประพฤติดำเนินการสืบเสาะ และพินิจตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติก็ได้

ให้ศาลระบุเหตุผลในการออกคำสั่งพร้อมทั้งคำสั่งให้ใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดไว้ในคำพิพากษาและให้ระบุคำสั่งไว้ในหมายจำคุกด้วย

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการออกคำสั่งของศาล ให้เป็นไปตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา

ดำเนินการดังกล่าว และเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง เพื่อร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (มาตรา ๒๐)^{๑๕}

สำหรับมาตรการทางการแพทย์เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำที่ศาลมีคำสั่งตามมาตรา ๑๙ (๑) ให้ดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอย่างน้อยสองคนซึ่งเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในสาขาจิตเวชศาสตร์และสาขาอายุรศาสตร์อย่างน้อยสาขาสองคนซึ่งมีความเห็นพ้องต้องกัน หากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเห็นว่ามีความจำเป็นต้องมีการใช้ยาหรือด้วยวิธีการรูปแบบอื่น ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อผู้กระทำความผิดยินยอม เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่น และให้กรมราชทัณฑ์นำผลของการใช้มาตรการทางการแพทย์ดังกล่าวมาใช้พิจารณาลดโทษ พักการลงโทษ หรือให้ประโยชน์อื่นใดอันเป็นผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับการปล่อยตัวก่อนกำหนดในคำพิพากษาตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์^{๑๖} และในส่วนของมาตรการอื่นที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมโดยข้อเสนอแนะของคณะกรรมการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำจะไปกำหนดในกฎกระทรวงต้องเป็นการกำหนดมาตรการเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดซึ่งมิใช่มาตรการทางการแพทย์เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

๑.๖ หมวด ๔ มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ (มาตรา ๒๒ ถึงมาตรา ๒๗)

กรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหตุอันควรเชื่อได้ว่านักโทษเด็ดขาดซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง^{๑๗} จะกระทำความผิดซ้ำภายหลังพ้นโทษ ศาลอาจมีคำสั่งกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ มาตรการเดียวหรือหลายมาตรการตามที่พนักงานอัยการร้องขอ เช่น ห้ามเข้าใกล้ผู้เสียหายจากการกระทำความผิด ห้ามทำกิจกรรมที่เสี่ยงต่อการกระทำความผิด ห้ามเข้าเขตกำหนด พร้อมทั้ง

^{๑๕} มาตรา ๒๐ ให้กรมราชทัณฑ์เป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามคำสั่งของศาล และจัดทำรายงานผลของการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดพร้อมทั้งความเห็นเสนอต่อพนักงานอัยการอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง หากพนักงานอัยการเห็นสมควรอาจร้องขอให้ศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้

^{๑๖} มาตรา ๒๑ มาตรการทางการแพทย์ที่ศาลมีคำสั่งตามมาตรา ๑๙ (๑) ให้ดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอย่างน้อยสองคนซึ่งมีความเห็นพ้องต้องกัน ทั้งนี้ ต้องเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในสาขาจิตเวชศาสตร์และสาขาอายุรศาสตร์อย่างน้อยสาขาสองคน หากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเห็นว่ามีจำเป็นต้องมีการใช้ยาหรือด้วยวิธีการรูปแบบอื่น ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อผู้กระทำความผิดยินยอม เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ให้กรมราชทัณฑ์นำผลของการใช้มาตรการทางการแพทย์ตามวรรคหนึ่ง มาใช้ในการพิจารณาลดโทษ พักการลงโทษ หรือให้ประโยชน์อื่นใดอันเป็นผลให้ผู้กระทำความผิดได้รับการปล่อยตัวก่อนกำหนดในคำพิพากษาตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์ด้วย

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้มาตรการทางการแพทย์ ให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีกำหนดในกฎกระทรวงโดยข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ

^{๑๗} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๘, ข้างต้น

กำหนดระยะเวลาการเฝ้าระวังในแต่ละมาตรการได้ตามที่เห็นสมควร แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันพ้นโทษ ในการมีคำสั่งดังกล่าวศาลจะคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งความรุนแรงของคดี สาเหตุแห่งการกระทำความผิด ประวัติการกระทำความผิด ภาวะแห่งจิต นิสัย และลักษณะส่วนตัวอื่นของผู้กระทำความผิด ความปลอดภัยของผู้เสียหายและสังคม โอกาสในการกระทำความผิดซ้ำ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และความได้สัดส่วนของการใช้มาตรการที่ต้องกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้นั้นด้วย (มาตรา ๒๒)^{๑๘}

^{๑๘} มาตรา ๒๒ เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่านักโทษเด็ดขาดซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ จะกระทำความผิดซ้ำภายหลังพ้นโทษ ศาลอาจมีคำสั่งกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษตามที่พนักงานอัยการร้องขอ โดยกำหนดมาตรการเดียวหรือหลายมาตรการตามควรแก่กรณีก็ได้

มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ ได้แก่

(๑) ห้ามเข้าใกล้ผู้เสียหายจากการกระทำความผิด

(๒) ห้ามทำกิจกรรมที่เสี่ยงต่อการกระทำความผิด

(๓) ห้ามเข้าเขตกำหนด

(๔) ห้ามออกนอกประเทศเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล

(๕) ห้ามก่อให้เกิดอันตรายต่อละแวกชุมชนที่ตนพักอาศัย

(๖) ให้พักอาศัยในสถานที่ที่กำหนด

(๗) ให้พักอาศัยในสถานบำบัดที่กำหนดหรือให้ไปอยู่ภายใต้การดูแลในสถานบำบัดภายใต้การดำเนินการของหน่วยงานต่าง ๆ ซึ่งได้รับการรับรองโดยกระทรวงสาธารณสุขตามที่ศาลเห็นสมควร

(๘) ให้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานหรือผู้ดูแลสถานที่พักอาศัยหรือสถานบำบัด

(๙) ให้มารายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติหรือได้รับการเยี่ยมจากพนักงานคุมประพฤติหรืออาสาสมัครคุมประพฤติ หรือเจ้าหน้าที่อื่นตามระยะเวลาที่กำหนด

(๑๐) ให้ใช้มาตรการทางการแพทย์หรือมาพบหรือรับการตรวจรักษาจากแพทย์หรือบุคคลอื่นใดตามที่ศาลหรือพนักงานคุมประพฤติกำหนด

(๑๑) ให้เข้ารับการบำบัดฟื้นฟูแก้ไขหรือเข้าร่วมกิจกรรมตามที่ศาลหรือพนักงานคุมประพฤติกำหนด

(๑๒) ให้แจ้งพนักงานคุมประพฤติทราบถึงการเปลี่ยนสถานที่ทำงานหรือการเปลี่ยนงาน

(๑๓) ให้ใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามตัวในการเฝ้าระวัง

ศาลอาจกำหนดระยะเวลาการเฝ้าระวังในแต่ละมาตรการตามที่เห็นสมควรแต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันพ้นโทษ

การมีคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลคำนึงถึงพฤติการณ์แห่งความรุนแรงของคดี สาเหตุแห่งการกระทำความผิด ประวัติการกระทำความผิด ภาวะแห่งจิต นิสัย และลักษณะส่วนตัวอื่นของผู้กระทำความผิด ความปลอดภัยของผู้เสียหายและสังคม โอกาสในการกระทำความผิดซ้ำ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และความได้สัดส่วนของการใช้มาตรการที่ต้องกระทบสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องถูกบังคับด้วย

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการมีคำสั่งของศาลตามมาตรา นี้ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา

ในการดำเนินการเพื่อขอให้มีมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาด กรมราชทัณฑ์ จะจัดทำรายงานจำแนกลักษณะของนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์เป็นรายบุคคล และให้ความเห็นว่าสมควรใช้มาตรการเฝ้าระวังแก่นักโทษเด็ดขาดรายใด แล้วเสนอรายงานและความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อยื่นคำร้องต่อศาลให้กำหนดมาตรการเฝ้าระวังแก่นักโทษเด็ดขาดรายนั้น (มาตรา ๒๓)^{๑๙} หากพนักงานอัยการเห็นสมควรให้ใช้มาตรการดังกล่าวด้วย จะยื่นคำร้องต่อศาลก่อนปล่อยตัวเพื่อมีคำสั่งกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ (มาตรา ๒๔)^{๒๐} และพนักงานคุมประพฤติจะรับผิดชอบดำเนินการตามมาตรการเฝ้าระวังและจัดทำรายงานการเฝ้าระวังเสนอศาล เพื่อให้ศาลพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติม ลดหรือขยายระยะเวลา หรือยกเลิกคำสั่งมาตรการเฝ้าระวัง (มาตรา ๒๖)^{๒๑} ในกรณีที่พฤติการณ์เกี่ยวกับการใช้มาตรการ

^{๑๙} มาตรา ๒๓ ก่อนปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ให้กรมราชทัณฑ์จัดทำรายงานจำแนกลักษณะของนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์เป็นรายบุคคล พร้อมทั้งความเห็นว่าการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดผู้ใดสมควรให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังตามมาตรา ๒๒ เสนอต่อคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำเพื่อพิจารณาว่าสมควรกำหนดให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังตามมาตรา ๒๒ แก่นักโทษเด็ดขาดผู้นั้น รวมทั้งกำหนดวิธีการและระยะเวลาที่เหมาะสมในการใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

เมื่อคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำพิจารณาว่าสมควรกำหนดให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังตามมาตรา ๒๒ กับนักโทษเด็ดขาดผู้ใดแล้ว ให้เสนอรายงานและความเห็นต่อพนักงานอัยการภายในเวลาอันสมควรก่อนปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดเพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลให้กำหนดมาตรการเฝ้าระวัง

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาและจัดทำรายงานตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

^{๒๐} มาตรา ๒๔ เมื่อได้รับรายงานและความเห็นแล้ว หากพนักงานอัยการเห็นสมควรให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ ให้ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในท้องที่เรือนจำหรือสถานที่คุมขังของนักโทษเด็ดขาดก่อนการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดเพื่อมีคำสั่งกำหนดมาตรการเฝ้าระวังดังกล่าว

คำร้องตามวรรคหนึ่งประกอบด้วยคำขอที่มีข้อเสนอและเงื่อนไข ตลอดจนระยะเวลาที่ศาลจะกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ เพื่อประกอบการพิจารณาของศาลในการมีคำสั่งตามมาตราหนึ่งมาตรการใดที่ระบุไว้ในมาตรา ๒๒ วรรคสอง

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณายื่นคำร้องของพนักงานอัยการ ให้เป็นไปตามที่กำหนดโดยข้อบังคับของอัยการสูงสุด

^{๒๑} มาตรา ๒๖ ให้พนักงานคุมประพฤติตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามคำสั่งของศาล โดยให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ปฏิบัติงาน การสืบเสาะและพินิจ และการคุมความประพฤติตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติมาใช้บังคับโดยอนุโลม

หากผู้ถูกเฝ้าระวังไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขที่กำหนดโดยคำสั่งศาล ให้พนักงานคุมประพฤติตรวจสอบถึงเหตุดังกล่าวและแก้ไข

เผื่อระวางนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเปลี่ยนแปลงไป ให้ศาลมีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติม ลดหรือขยายระยะเวลา หรือยกเลิกมาตรการเผื่อระวางนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษบางมาตรการหรือทุกมาตรการก็ได้ (มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง)^{๒๒}

๑.๗ หมวด ๕ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ (มาตรา ๒๘ ถึงมาตรา ๓๖)

กรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความสมควรเชื่อได้ว่านักโทษเด็ดขาดซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง^{๒๓} จะไปกระทำความผิดดังกล่าวโดยไม่มีมาตรการอื่นใดที่ป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดได้ ศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่ผู้นั้นตั้งแต่วันพ้นโทษหรือภายหลังพ้นโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามที่พนักงานอัยการร้องขอ (มาตรา ๒๘)^{๒๔} ในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) กรณีที่คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามมาตรา ๑๖^{๒๕} เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขัง

เมื่อครบกำหนดหกเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งตามมาตรา ๒๒ และในทุกรอบหกเดือนให้พนักงานคุมประพฤติจัดทำรายงานการเผื่อระวางนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเสนอศาล หากศาลเห็นสมควร ศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติม ลดหรือขยายระยะเวลา หรือยกเลิกคำสั่งมาตรการเผื่อระวางนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษก็ได้

เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามมาตรานี้ ให้กรมคุมประพฤติจัดทำฐานข้อมูลในระบบสารสนเทศศูนย์เผื่อระวางความปลอดภัยของประชาชน

^{๒๒} มาตรา ๒๗ ในกรณีที่พฤติการณ์ที่เกี่ยวกับการใช้มาตรการเผื่อระวางนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษของผู้ถูกเผื่อระวางได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อพนักงานอัยการหรือผู้ถูกเผื่อระวางร้องขอหรือศาลเห็นเอง ศาลอาจสั่งแก้ไขเพิ่มเติม ลดหรือขยายระยะเวลา หรือยกเลิกมาตรการเผื่อระวางนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษบางมาตรการหรือทุกมาตรการก็ได้ และเมื่อมีคำสั่งอย่างใดแล้ว ให้ศาลแจ้งให้ผู้ถูกเผื่อระวางและผู้เกี่ยวข้องทราบ

การยื่นคำร้องของพนักงานอัยการตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการโดยพนักงานคุมประพฤติจัดทำรายงานพฤติการณ์ดังกล่าว และความเห็นเสนอต่อคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำเพื่อพิจารณาเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการ

^{๒๓} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๘, ข้างต้น

^{๒๔} มาตรา ๒๘ ศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ตั้งแต่วันพ้นโทษหรือภายหลังพ้นโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามที่พนักงานอัยการร้องขอ หากศาลเห็นว่ามีความสมควรเชื่อได้ว่าผู้จะไปกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ และไม่มีมาตรการอื่นใดที่อาจป้องกันมิให้ผู้นั้นไปกระทำความผิดได้

^{๒๕} มาตรา ๑๖ ให้รัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการคณะหนึ่งหรือหลายคณะ เรียกว่า “คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ” ประกอบด้วยรองปลัดกระทรวงยุติธรรมซึ่งปลัดกระทรวงยุติธรรมมอบหมาย เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนกรมคุมประพฤติ ผู้แทนกรมราชทัณฑ์ และผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เป็นกรรมการ โดยให้อธิบดีแต่งตั้งข้าราชการในกรมคุมประพฤติเป็นเลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการจำนวนไม่เกินสองคน

ภายหลังพ้นโทษเพื่อไม่ให้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง หรือให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษร่วมกับการกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษต่อเนื่องกันไป จึงเสนอรายงานการกำหนดมาตรการเฝ้าระวังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๓ วรรคสอง พร้อมทั้งความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อยื่นคำร้องต่อศาลให้กำหนดมาตรการดังกล่าว (มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่งและวรรคสอง)^{๒๖} ทั้งนี้ ศาลมีอำนาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้ไปกระทำความผิดซ้ำ โดยมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ หรือมีคำสั่งให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังต่อเนื่องกันไปตามที่พนักงานอัยการร้องขอก็ได้ แต่เมื่อนับระยะเวลาทั้งหมดรวมกันแล้วจะต้องมีระยะเวลาไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ (มาตรา ๓๒ วรรคหนึ่งและวรรคสอง)^{๒๗}

(๒) กรณีที่พนักงานคุมประพฤติเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาหรือพนักงานอัยการเห็นสมควรยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่ผู้ถูกเฝ้าระวังเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ในกรณีมีเหตุที่จะขอให้ศาล

^{๒๖} มาตรา ๒๙ ในการจัดทำรายงานการกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๓ หากคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษกับนักโทษเด็ดขาดรายใดเพื่อไม่ให้ผู้นั้นไปกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ให้คณะกรรมการดังกล่าวเสนอรายงานพร้อมทั้งความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาดำเนินการต่อไป โดยให้นำมาตรา ๒๓ และมาตรา ๒๔ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำเห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามวรรคหนึ่งร่วมกับการกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังต่อเนื่องกันไป ให้คณะกรรมการดังกล่าวเสนอรายงานพร้อมทั้งความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาดำเนินการต่อไป โดยให้นำมาตรา ๒๓ และมาตรา ๒๔ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจัดทำรายงานของคณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและการพิจารณายื่นคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๒๙ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงหรือข้อบังคับของอัยการสูงสุด แล้วแต่กรณี

^{๒๗} มาตรา ๓๒ ในการพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษมีกำหนดระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ

ในการพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๒๙ วรรคสอง ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษมีกำหนดระยะเวลาเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นไปกระทำความผิดซ้ำซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันที่พ้นโทษ หรือมีคำสั่งให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังต่อเนื่องกันไปตามที่พนักงานอัยการร้องขอก็ได้ โดยให้นำหมวด ๓ มาตราการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่เมื่อนับระยะเวลาทั้งหมดรวมกันแล้วจะต้องมีระยะเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ

มีคำสั่งกำหนดมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๘^{๒๘} หรือผู้ถูกเฝ้าระวังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ รวมทั้งอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษร่วมกับการกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังต่อเนื่องกันไปก็ได้ (มาตรา ๓๐ วรรคหนึ่งและวรรคสอง)^{๒๙} ทั้งนี้ ศาลมีอำนาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษแก่ผู้ถูกเฝ้าระวังเพียงเท่าที่จำเป็น โดยมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้ถูกเฝ้าระวังถูกควบคุมตัวหรือมีคำสั่งให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังดังกล่าวต่อเนื่องกันไปตามที่พนักงานอัยการร้องขอก็ได้ แต่เมื่อนับระยะเวลาที่ศาลเคยมีคำสั่งให้ใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและระยะเวลาในการใช้มาตรการครั้งนี้ทั้งหมดรวมกันจะต้องมีระยะเวลาไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ และให้ถือว่าคำสั่งมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษของศาลสิ้นสุดลง (มาตรา ๓๓ วรรคหนึ่งและวรรคสอง)^{๓๐}

^{๒๘} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒๔, ข้างต้น

^{๒๙} มาตรา ๓๐ ในระหว่างการดำเนินการตามมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๒ หากมีเหตุที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา ๒๘ หรือผู้ถูกเฝ้าระวังฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ ให้พนักงานคุมประพฤติเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลในท้องที่ที่ผู้ถูกเฝ้าระวังมีที่อยู่หรือท้องที่ที่พบตัวผู้ถูกเฝ้าระวังเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่ผู้ถูกเฝ้าระวังเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

พนักงานคุมประพฤติอาจเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาหรือพนักงานอัยการเห็นสมควรอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษร่วมกับการกำหนดมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังต่อเนื่องกันไปก็ได้

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการทำความเห็นของพนักงานคุมประพฤติและการพิจารณายื่นคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรานี้ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงหรือข้อบังคับของอัยการสูงสุด แล้วแต่กรณี

^{๓๐} มาตรา ๓๓ ในการพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษแก่ผู้ถูกเฝ้าระวังโดยมีกำหนดระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้ถูกเฝ้าระวังถูกควบคุมตัว แต่เมื่อนับระยะเวลาที่ศาลเคยมีคำสั่งให้ใช้มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำและระยะเวลาในครั้งนี้ทั้งหมดรวมกันแล้ว จะต้องมีระยะเวลาไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นโทษ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้ถือว่าคำสั่งการใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษของศาลสิ้นสุดลง ในการพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการตามมาตรา ๓๐ วรรคสอง ศาลอาจสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษแก่ผู้ถูกเฝ้าระวังโดยมีกำหนดระยะเวลาเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งต้องไม่เกินสามปีนับแต่วันที่ผู้ถูกเฝ้าระวังถูกควบคุมตัว หรือมีคำสั่งให้ใช้มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเมื่อครบกำหนดการคุมขังดังกล่าวต่อเนื่องกันไปตามที่พนักงานอัยการร้องขอก็ได้ โดยให้นำหมวด ๓ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่เมื่อนับระยะเวลาที่ศาลเคยมีคำสั่งให้ใช้มาตรการป้องกัน

โดยกรมราชทัณฑ์จะเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการบังคับตามคำสั่งคุมขัง ภายหลังพ้นโทษตาม (๑) และ (๒) ข้างต้น และให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกัน ตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ในกรณีที่พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปหรือเมื่อ ครบระยะเวลาที่กำหนด ให้คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำความผิด ข้ำตามมาตรา ๑๖ พิจารณาเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณายื่นคำร้องขอให้ศาล มีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติม ลดหรือขยายระยะเวลา หรือยกเลิกคำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษ หรือเปลี่ยน คำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษเป็นคำสั่งเฝ้าระวังแทนก็ได้ (มาตรา ๓๔ วรรคหนึ่งและวรรคสาม)^{๓๑}

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งคุมขังผู้ถูกเฝ้าระวัง ถ้าผู้นั้นยังมิได้รับการคุมขังหรือได้รับการ คุมขังแต่ยังไม่ครบถ้วนโดยหลบหนี จะคุมขังผู้นั้นไม่ได้ ถ้าพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันที่ศาล มีคำสั่งหรือนับแต่วันที่ผู้นั้นหลบหนีระหว่างเวลาที่ต้องคุมขัง เป็นอันล่วงเลยการคุมขัง (มาตรา ๓๕)^{๓๒}

๑.๘ หมวด ๖ การคุมขังฉุกเฉิน (มาตรา ๓๗ ถึงมาตรา ๔๑)

ในกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีความเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกเฝ้าระวังจะไป กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ วรรคหนึ่ง^{๓๓} และมีเหตุฉุกเฉิน หากไม่มีมาตรการอื่นใด ที่อาจป้องกันมิให้ผู้ถูกเฝ้าระวังกระทำความผิดดังกล่าวได้ ศาลอาจมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน ผู้ถูกเฝ้าระวังได้ไม่เกินเจ็ดวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งตามที่พนักงานอัยการร้องขอ (มาตรา ๓๗)^{๓๔} โดย พนักงานคุมประพฤติจะเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลในท้องที่

การกระทำความผิดซ้ำและระยะเวลาในครั้งนี้ทั้งหมดรวมกันแล้ว จะต้องมิมีระยะเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ ผู้นั้นพ้นโทษ

^{๓๑} มาตรา ๓๔ ให้กรมราชทัณฑ์เป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการบังคับตามคำสั่งคุมขัง ภายหลังพ้นโทษและให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ โดยอนุโลม

ผู้ใดถูกคำสั่งให้คุมขังภายหลังพ้นโทษ ให้กรมราชทัณฑ์คุมขังไว้ในสถานที่คุมขังที่ไม่ใช่ เรือนจำ และจะปฏิบัติต่อผู้ถูกคุมขังเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้

ในกรณีที่พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป หรือเมื่อครบกำหนดหกเดือนนับแต่วันที่เริ่มมีการคุมขัง ภายหลังพ้นโทษและในทุกรอบหกเดือน ให้คณะกรรมการพิจารณากำหนดมาตรการป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำพิจารณาเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติม ลด หรือขยายระยะเวลา หรือยกเลิกคำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษหรือเปลี่ยนคำสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษ เป็นคำสั่งเฝ้าระวังแทนก็ได้

^{๓๒} มาตรา ๓๕ เมื่อศาลได้มีคำสั่งคุมขังผู้ถูกเฝ้าระวัง ถ้าผู้นั้นยังมิได้รับการคุมขังก็ดี หรือได้รับการคุมขังแต่ยังไม่ครบถ้วนโดยหลบหนีก็ดี ถ้าพ้นกำหนดสามปีนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง หรือนับแต่ วันที่ผู้นั้นหลบหนีระหว่างเวลาที่ต้องคุมขัง เป็นอันล่วงเลยการคุมขัง จะคุมขังผู้นั้นไม่ได้

^{๓๓} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๘, ข้างต้น

^{๓๔} มาตรา ๓๗ กรณีมีความเหตุอันควรเชื่อได้ว่าผู้ถูกเฝ้าระวังจะกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ใน มาตรา ๓ และมีเหตุฉุกเฉิน หากไม่มีมาตรการอื่นใดที่อาจป้องกันมิให้ผู้ถูกเฝ้าระวังกระทำความผิดดังกล่าวได้ เมื่อพนักงานอัยการร้องขอ ศาลอาจสั่งคุมขังฉุกเฉินผู้ถูกเฝ้าระวังได้ไม่เกินเจ็ดวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง

ที่ผู้ถูกเฝ้าระวังมีที่อยู่หรือท้องที่ที่พบตัวผู้ถูกเฝ้าระวังเพื่อให้มีคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน (มาตรา ๓๘ บรรคหนึ่ง)^{๓๕} ให้ศาลพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการโดยเร็วถ้าเป็นที่พอใจ ให้ศาลมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉินผู้ถูกเฝ้าระวังได้ (มาตรา ๓๙ บรรคหนึ่ง)^{๓๖} ซึ่งกรมราชทัณฑ์เป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการบังคับตามคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน (มาตรา ๔๐)^{๓๗} เมื่อศาลมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉินแล้ว พนักงานคุมประพฤติอาจเสนอความเห็นไปยังพนักงานอัยการเพื่อเสนอต่อศาลให้มีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษหรือมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษในระหว่างศาลมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน (มาตรา ๔๑)^{๓๘}

๑.๙ การอุทธรณ์ (มาตรา ๔๒)

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งยกคำร้องของพนักงานอัยการที่ขอให้ศาลมีคำสั่งตามหมวด ๓ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด หมวด ๔ มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ และหมวด ๕ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ ให้คำสั่งศาลเป็นที่สุด แต่ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ใช้มาตรการที่กล่าวมาข้างต้นแก่ผู้กระทำความผิดหรือนักโทษเด็ดขาด ให้บุคคล

^{๓๕} มาตรา ๓๘ ถ้าปรากฏเหตุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๗ ให้พนักงานคุมประพฤติเสนอความเห็นต่อพนักงานอัยการเพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลในท้องที่ที่ผู้ถูกเฝ้าระวังมีที่อยู่หรือท้องที่ที่พบตัวผู้ถูกเฝ้าระวังขอให้ศาลมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน

ก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจจับผู้ถูกเฝ้าระวังตามมาตรา ๗๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ห้ามควบคุมผู้ถูกจับเกินกว่าสี่สิบแปดชั่วโมงนับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับมาถึงที่ทำการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ และเมื่อศาลมีคำสั่งให้คุมขังฉุกเฉินผู้ถูกเฝ้าระวังแล้ว ให้กรมราชทัณฑ์นำตัวผู้ถูกเฝ้าระวังไปคุมขังฉุกเฉินตามคำสั่งศาลต่อไป กรณีเช่นว่านี้ไม่ทำให้คำสั่งตามมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษสิ้นผลไป และให้ดำเนินการตามมาตรการเฝ้าระวังดังกล่าวต่อไปภายหลังพ้นจากการคุมขังฉุกเฉิน

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการทำความเห็นของพนักงานคุมประพฤติและการพิจารณายื่นคำร้องของพนักงานอัยการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงหรือข้อบังคับของอัยการสูงสุด แล้วแต่กรณี

^{๓๖} มาตรา ๓๙ ให้ศาลพิจารณาคำร้องของพนักงานอัยการโดยเร็ว ถ้าเป็นที่พอใจว่ากรณีมีเหตุตามที่บัญญัติในมาตรา ๓๗ ให้ศาลมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉินผู้ถูกเฝ้าระวังได้

ผู้ถูกเฝ้าระวังอาจยื่นคำร้องขอฝ่ายเดียวเพื่อให้ศาลยกเลิกคำสั่งนั้นเสีย ถ้าศาลมีคำสั่งยกเลิกคำสั่งคุมขังฉุกเฉิน คำสั่งเช่นว่านี้ให้เป็นที่สุด

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการมีคำสั่งของศาลตามมาตรานี้ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา

^{๓๗} มาตรา ๔๐ ให้กรมราชทัณฑ์เป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามคำสั่งคุมขังฉุกเฉินและให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม

^{๓๘} มาตรา ๔๑ เมื่อศาลมีคำสั่งคุมขังฉุกเฉินแล้ว ให้พนักงานคุมประพฤติดำเนินการให้มีการเสนอความเห็นไปยังพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาเสนอต่อศาลให้มีคำสั่งแก้ไขเพิ่มเติมมาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษที่ศาลมีคำสั่งตามหมวด ๔ หรือเพื่อเสนอต่อศาลให้มีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามหมวด ๕ เพื่อป้องกันผู้ถูกคุมขังฉุกเฉินกระทำความผิดซ้ำ

ดังกล่าวอุทธรณ์คำสั่งตามที่พนักงานอัยการร้องขอได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว ทั้งนี้ การอุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งของศาลชั้นต้น และให้คำสั่งศาลชั้นอุทธรณ์เป็นที่สุด (มาตรา ๔๒)^{๓๙}

๑.๑๐ บทเฉพาะกาล

เมื่อพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแล้วให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการป้องกัน การกระทำความผิดซ้ำตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ และการคุมขังฉุกเฉิน ไปใช้บังคับแก่คดีที่โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาล และกรณีที่จะมีการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาด ซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ อยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ (มาตรา ๔๓)^{๔๐}

๒. มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

๒.๑ วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา

เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นในสังคม รัฐจะกำหนดโทษเพื่อใช้ปราบปรามผู้กระทำความผิดและกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัยเพื่อใช้ป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิด กล่าวคือ โทษเป็นสภาพบังคับที่รัฐจะบังคับใช้กับบุคคลภายหลังที่บุคคลนั้นได้กระทำความผิดแล้ว แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยเป็นมาตรการที่รัฐนำมาใช้แก่บุคคลที่จะกระทำความผิดหรือได้กระทำความผิดแล้วไม่ให้อีกกลับมากระทำความผิดอีก โดยวิธีการเพื่อความปลอดภัยจะถูกกำหนดขึ้นตามสภาพที่เป็นอันตรายซึ่งบุคคลนั้นแสดงออกมาว่าจะกระทำความผิดขึ้นในอนาคต รัฐจึงต้องหาวิธีการมิให้ความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคมเกิดขึ้นหรือมิให้เกิดขึ้นอีก อันเป็นการป้องกันการกระทำความผิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งรัฐจะนำมาใช้บังคับแก่บุคคลเป็นรายบุคคลเพื่อป้องกันผู้ที่กระทำความผิดหรือผู้ที่มองในแง่อาชญาวิทยาว่าเป็นผู้ที่มีสภาพเป็นอันตรายต่อสังคมมิให้กระทำความผิด การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้บังคับกับผู้กระทำความผิด จะมีการนำพฤติกรรมและประวัติภูมิหลังของผู้กระทำความผิดมาเป็นองค์ประกอบสำคัญในการ

^{๓๙} มาตรา ๔๒ คำสั่งศาลตามหมวด ๓ มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด หมวด ๔ มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ และหมวด ๕ มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งยกคำร้องของพนักงานอัยการ ให้เป็นที่สุด ส่วนคำสั่งตามที่พนักงานอัยการร้องขอ ให้อุทธรณ์ได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง

การยื่นอุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งของศาลชั้นต้น

คำสั่งศาลชั้นอุทธรณ์ ให้เป็นที่สุด

^{๔๐} มาตรา ๔๓ให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับแก่คดีที่โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษผู้กระทำความผิดในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ ที่ค้างพิจารณาอยู่ในศาล และกรณีที่จะมีการปล่อยตัวนักโทษเด็ดขาดซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ อยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

พิจารณานอกเหนือจากความร้ายแรงของพฤติกรรมผู้กระทำความผิด เนื่องจากภูมิหลังของผู้กระทำความผิดทำให้ทราบว่าเป็นการกระทำความผิดครั้งแรกหรือกระทำความผิดซ้ำ สาเหตุของการกระทำความผิด พฤติกรรม และสิ่งแวดล้อมของผู้กระทำความผิด ซึ่งจะทำให้มีการนำบทกำหนดโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้บังคับได้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด^{๔๑}

โดยวิธีการเพื่อความปลอดภัยบัญญัติไว้ในลักษณะ ๑ บทบัญญัติที่ใช้แก่ความผิดทั่วไป หมวด ๓ โทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ส่วนที่ ๒ วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา ๓๙ ถึงมาตรา ๕๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ได้แก่ กักกัน ห้ามเข้าเขตกำหนดเรียกประกันทัณฑ์บน คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และห้ามการประกอบอาชีพบางอย่าง^{๔๒} อาจสรุปได้ดังต่อไปนี้

(๑) การกักกัน คือ การควบคุมผู้กระทำความผิดติดนินัย^{๔๓} ไว้ภายในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อดัดนิสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ (มาตรา ๔๐)^{๔๔} ซึ่งผู้กระทำความผิดติดนินัย (Habitual Offender) ถือว่าเป็นผู้ป่วยและด้วยสภาพจิตใจเช่นนั้น ทำให้มีการกระทำความผิดอาญาซ้ำ เมื่อพิจารณาจากหลักฐานในการกระทำความผิดครั้งก่อน และได้รับการปล่อยตัวแล้วกลับมากระทำความผิดอีก ศาลเห็นว่าบุคคลพวกนี้เป็นอันตราย

^{๔๑} แคทลียา วิเศษรัตน์, การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ในคดีอาญา : ศึกษาการแสวงหาข้อเท็จจริงประกอบการดำเนินคดี, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, พ.ศ. ๒๕๕๑, หน้า ๑-๘.

^{๔๒} มาตรา ๓๙ วิธีการเพื่อความปลอดภัย มีดังนี้

- (๑) กักกัน
- (๒) ห้ามเข้าเขตกำหนด
- (๓) เรียกประกันทัณฑ์บน
- (๔) คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล
- (๕) ห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง

^{๔๓} การควบคุมผู้กระทำความผิดติดนินัยมีที่มาจากตั้งแต่พระราชบัญญัติดัดสันดานคนจรจัดและคนที่เคยต้องโทษหลายครั้ง ร.ศ. ๑๒๗ และพระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. ๒๔๗๙ มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้เอาตัวผู้กระทำความผิดไปควบคุมไว้ในเขตที่กำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิด อันเกิดจากลักษณะของผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย โดยการกักกันตัวไว้ทำการอบรมฝึกฝนให้เป็นพลเมืองดี มีสัมมาอาชีพ และให้ถือเป็นโทษต่างหากจากโทษอาญาที่ได้รับจากการกระทำความผิด ดูข้อมูลเพิ่มเติม จิตติ ดิงศภัทัย, *กฎหมายอาญา ภาค ๑* (พิมพ์ครั้งที่ ๙, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ๒๕๓๖), ๑๐๓๑-๑๐๓๒. ซึ่งปัจจุบันพระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พุทธศักราช ๒๔๗๙ ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติยกเลิกกฎหมายบางฉบับที่ไม่เหมาะสมกับกาลปัจจุบัน พ.ศ. ๒๕๔๖ ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติยกเลิกกฎหมายบางฉบับที่ไม่เหมาะสมกับกาลปัจจุบัน พ.ศ. ๒๕๔๖ ในลำดับที่ ๓๑ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ไม่มีการบังคับใช้เพราะมีกฎหมายใหม่อยู่แล้วหรือเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระพ้นสมัยการใช้บังคับเพราะไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน.

^{๔๔} มาตรา ๔๐ กักกัน คือ การควบคุมผู้กระทำความผิดติดนินัยไว้ในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิด เพื่อดัดนิสัย และเพื่อฝึกหัดอาชีพ

จึงกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่บุคคลนี้ได้^{๔๕} โดยบุคคลดังกล่าวต้องเคยถูกศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้วหรือเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้งในความผิดตามที่ระบุในมาตรา ๔๑ (๑) ถึง (๘) และภายในสิบปีนับแต่วันที่ผู้นั้นได้พ้นจากการกักกันหรือพ้นโทษ แล้วแต่กรณี ผู้นั้นได้กระทำความผิดนั้นอีกจนศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนสำหรับการกระทำความผิด ซึ่งศาลจะพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและไม่เกินสิบปีก็ได้ (มาตรา ๔๑)^{๔๖} โดยการนับระยะเวลาการกักกัน ให้นับแต่วันที่ศาลพิพากษาเป็นวันเริ่มกักกัน ถ้ายังมีโทษจำคุกหรือกักขังที่ผู้ต้องกักกันนั้นจะต้องรับอยู่ ให้จำคุกหรือกักขังเสียก่อน และให้นับวันที่เริ่มกักกันถัดจากวันที่พ้นโทษจำคุกหรือพ้นจากกักขัง โดยระยะเวลากักกันและการปล่อยตัวผู้ถูกกักกัน ให้นำความในมาตรา ๒๑^{๔๗} แห่งประมวล

^{๔๕} แคทลียา วิเศษรัตน์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๔๕.

^{๔๖} มาตรา ๔๑ ผู้ใดเคยถูกศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้ว หรือเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้งในความผิดดังต่อไปนี้ คือ

(๑) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๐๙ ถึงมาตรา ๒๑๖

(๒) ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายต่อประชาชน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๑๗ ถึงมาตรา ๒๒๔

(๓) ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๔๐ ถึงมาตรา ๒๔๖

(๔) ความผิดเกี่ยวกับเพศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ ถึงมาตรา ๒๘๖

(๕) ความผิดต่อชีวิตตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘๘ ถึงมาตรา ๒๙๐ มาตรา ๒๙๒ ถึงมาตรา ๒๙๔

(๖) ความผิดต่อร่างกาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙๕ ถึงมาตรา ๒๙๙

(๗) ความผิดต่อเสรีภาพ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐๙ ถึงมาตรา ๓๒๐

(๘) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๓๔ ถึงมาตรา ๓๔๐ มาตรา ๓๔๔ และมาตรา ๓๕๗

และภายในเวลาสิบปีนับแต่วันที่ผู้นั้นได้พ้นจากการกักกันหรือพ้นโทษ แล้วแต่กรณี ผู้นั้นได้กระทำความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่ระบุไว้ข้างต้นอีกจนศาลพิพากษาลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนสำหรับการกระทำความผิดนั้น ศาลอาจถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดติดนิสัย และจะพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปีและไม่เกินสิบปีก็ได้

ความผิดซึ่งผู้กระทำได้กระทำในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี มิให้ถือเป็นความผิดที่จะนำมาพิจารณากักกันตามมาตรา

^{๔๗} มาตรา ๒๑ ในการคำนวณระยะเวลาจำคุก ให้นับวันเริ่มจำคุกรวมคำนวณเข้าด้วย และให้นับเป็นหนึ่งวันเต็มโดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนชั่วโมง

ถ้าระยะเวลาที่คำนวณนั้นกำหนดเป็นเดือน ให้นับสามสิบวันเป็นหนึ่งเดือน ถ้ากำหนดเป็นปี ให้คำนวณตามปีปฏิทินในราชการ

เมื่อผู้ต้องคำพิพากษาถูกจำคุกครบกำหนดแล้ว ให้ปล่อยตัวในวันถัดจากวันที่ครบกำหนด

กฎหมายอาญา มาใช้บังคับโดยอนุโลม (มาตรา ๔๒)^{๔๘} และให้เป็นอำนาจของพนักงานอัยการ ในการฟ้องขอให้กักกัน โดยจะขอรวมกันไปในฟ้องคดีอันเป็นมูลให้เกิดอำนาจฟ้องขอให้กักกันหรือ จะฟ้องภายหลังก็ได้ (มาตรา ๔๓)^{๔๙}

(๒) ห้ามเข้าเขตกำหนด คือ การห้ามมิให้เข้าไปในท้องที่หรือสถานที่ที่กำหนด ไว้ในคำพิพากษา (มาตรา ๔๔)^{๕๐} กล่าวคือ เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใดและศาลเห็นสมควร เพื่อความปลอดภัยของประชาชน ไม่ว่าจะมีความขอหรือไม่ ศาลอาจสั่งในคำพิพากษาว่าเมื่อผู้นั้น พ้นโทษตามคำพิพากษาแล้ว ห้ามผู้นั้นเข้าในเขตกำหนดเป็นเวลาไม่เกินห้าปี (มาตรา ๔๕)^{๕๑}

(๓) การเรียกประกันทัณฑ์บน เป็นกรณีที่ศาลพิจารณาแล้วมีคำสั่งตาม ข้อเสนอของพนักงานอัยการว่า กรณีมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกฟ้องน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิด ภัยอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือจะกระทำความผิดให้เกิดความเสียหายแก่ สิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติตามกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ศาลมีอำนาจที่จะสั่งผู้นั้นให้ทำทัณฑ์บนโดยกำหนดจำนวนเงินไม่เกินห้าหมื่นบาทว่าผู้นั้นจะไม่ก่อ เหตุร้ายหรือจะไม่กระทำความผิดดังกล่าวดำเนินการตลอดเวลาที่ศาลกำหนดแต่ไม่เกินสองปี และจะสั่งให้มี ประกันด้วยหรือไม่ก็ได้ ถ้าผู้นั้นไม่ยอมทำทัณฑ์บนหรือหาประกันไม่ได้ ให้ศาลมีอำนาจสั่งกักขัง ผู้นั้นจนกว่าจะทำทัณฑ์บนหรือหาประกันได้แต่ไม่ให้กักขังเกินกว่าหกเดือนหรือจะสั่งห้ามผู้นั้น เข้าในเขตกำหนดตามมาตรา ๔๕ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นก็ได้ ไม่ว่าศาลจะลงโทษผู้ถูกฟ้อง หรือไม่ (มาตรา ๔๖)^{๕๒} ถ้าผู้ทำทัณฑ์บนกระทำความผิดทัณฑ์บน ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นชำระเงิน

^{๔๘} มาตรา ๔๒ ในการคำนวณระยะเวลาการกักกัน ให้นับวันที่ศาลพิพากษาเป็นวันเริ่มกักกัน แต่ถ้ายังมีโทษจำคุกหรือกักขังที่ผู้ต้องกักกันนั้นจะต้องรับอยู่ก็ให้จำคุกหรือกักขังเสียก่อนและให้นับวันถัดจาก วันที่พ้นโทษจำคุกหรือพ้นจากกักขังเป็นวันเริ่มกักกัน

ระยะเวลากลับกันและการปล่อยตัวผู้ถูกกักกัน ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๒๑ มาใช้บังคับ โดยอนุโลม

^{๔๙} มาตรา ๔๓ การฟ้องขอให้กักกัน เป็นอำนาจของพนักงานอัยการโดยเฉพาะและจะขอ รวมกันไปในฟ้องคดีอันเป็นมูลให้เกิดอำนาจฟ้องขอให้กักกันหรือจะฟ้องภายหลังก็ได้

^{๕๐} มาตรา ๔๔ ห้ามเข้าเขตกำหนด คือการห้ามมิให้เข้าไปในท้องที่หรือสถานที่ที่กำหนดไว้ใน คำพิพากษา

^{๕๑} มาตรา ๔๕ เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใดและศาลเห็นสมควรเพื่อความปลอดภัยของ ประชาชน ไม่ว่าจะมีความขอหรือไม่ ศาลอาจสั่งในคำพิพากษาว่าเมื่อผู้นั้นพ้นโทษตามคำพิพากษาแล้ว ห้ามมิให้ ผู้นั้นเข้าในเขตกำหนดเป็นเวลาไม่เกินห้าปี

^{๕๒} มาตรา ๔๖ ถ้าความปรากฏแก่ศาลตามข้อเสนอของพนักงานอัยการว่าผู้ใดจะก่อเหตุร้าย ให้เกิดอันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือจะกระทำการใดให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมหรือ ทรัพยากรธรรมชาติตามกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ ในการพิจารณาตีความผิดใด ไม่ว่าศาลจะลงโทษผู้ถูกฟ้องหรือไม่ก็ตาม เมื่อมีเหตุอันควรเชื่อว่าผู้ถูกฟ้องน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตราย แก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือจะกระทำความผิดให้เกิดความเสียหายแก่สิ่งแวดล้อมหรือทรัพยากรธรรมชาติ ตามกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งผู้นั้นให้ทำทัณฑ์บน

ไม่เกินจำนวนที่ได้กำหนดไว้ในทัณฑ์บน ถ้าผู้นั้นไม่ชำระให้นำบทบัญญัติในมาตรา ๒๙^{๕๓} และ มาตรา ๓๐^{๕๔} แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ (มาตรา ๔๗)^{๕๕}

(๔) การคุมตัวไว้ในสถานพยาบาล เป็นกรณีที่ศาลเห็นว่าการปล่อยตัวผู้มี จิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือนซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษตามมาตรา ๖๕^{๕๖} จะเป็ นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลก็ได้ และคำสั่งศาลนี้

โดยกำหนดจำนวนเงินไม่เกินกว่าห้าหมื่นบาทว่าผู้นั้นจะไม่ก่อเหตุร้ายหรือจะไม่กระทำความผิดดังกล่าวแล้ว ตลอดเวลาที่ศาลกำหนด แต่ไม่เกินสองปี และจะสั่งให้มีประกันด้วยหรือไม่ก็ได้

ถ้าผู้นั้นไม่ยอมทำทัณฑ์บนหรือหาประกันไม่ได้ ให้ศาลมีอำนาจสั่งกักขังผู้นั้นจนกว่า จะทำทัณฑ์บนหรือหาประกันได้ แต่ไม่ให้กักขังเกินกว่าหกเดือน หรือจะสั่งห้ามผู้นั้นเข้าในเขตกำหนด ตามมาตรา ๔๕ ก็ได้

การกระทำของผู้ซึ่งมีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีมิให้อยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติตามมาตรา

^{๕๓} มาตรา ๒๙ ผู้ใดต้องโทษปรับและไม่ชำระค่าปรับภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาล พิพากษา ผู้นั้นจะต้องถูกยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเพื่อใช้ค่าปรับหรือมิฉะนั้นจะต้องถูก กักขังแทนค่าปรับ แต่ถ้าศาลเห็นเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าปรับ ศาลจะสั่งเรียกประกัน หรือจะสั่งให้กักขังผู้นั้นแทนค่าปรับไปพลางก่อนก็ได้

ความในวรรคสองของมาตรา ๒๔ มิให้นำมาใช้บังคับแก่การกักขังแทนค่าปรับ

^{๕๔} มาตรา ๓๐ ในการกักขังแทนค่าปรับ ให้ถืออัตราห้าร้อยบาทต่อหนึ่งวัน และไม่ว่าในกรณี ความผิดกระทงเดียวหรือหลายกระทง ห้ามกักขังเกินกำหนดหนึ่งปี เว้นแต่ในกรณีที่ศาลพิพากษาให้ปรับตั้งแต่ สองแสนบาทขึ้นไป ศาลจะสั่งให้กักขังแทนค่าปรับเป็นระยะเวลาเกินกว่าหนึ่งปีแต่ไม่เกินสองปีก็ได้

ในการคำนวณระยะเวลานั้น ให้นับวันเริ่มกักขังแทนค่าปรับรวมเข้าด้วยและให้ นับเป็น หนึ่งวันเต็มโดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนชั่วโมง

ในกรณีที่ผู้ต้องโทษปรับถูกคุมขังก่อนศาลพิพากษา ให้หักจำนวนวันที่ถูกคุมขังนั้นออกจาก จำนวนเงินค่าปรับ โดยถืออัตราห้าร้อยบาทต่อหนึ่งวัน เว้นแต่ผู้นั้นต้องคำพิพากษาให้ลงโทษ ทั้งจำคุกและปรับ ในกรณีเช่นว่านี้ ถ้าจะต้องหักจำนวนวันที่ถูกคุมขังออกจากเวลาจำคุกตามมาตรา ๒๒ ก็ให้หักออกเสียก่อน เหลือเท่าใดจึงให้หักออกจากเงินค่าปรับ

เมื่อผู้ต้องโทษปรับถูกกักขังแทนค่าปรับครบกำหนดแล้ว ให้ปล่อยตัวในวันถัดจากวันที่ครบ กำหนด ถ้านำเงินค่าปรับมาชำระครบแล้ว ให้ปล่อยตัวไปทันที

^{๕๕} มาตรา ๔๗ ถ้าผู้ทำทัณฑ์บนตามความในมาตรา ๔๖ กระทำผิดทัณฑ์บน ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ ผู้นั้นชำระเงินไม่เกินจำนวนที่ได้กำหนดไว้ในทัณฑ์บน ถ้าผู้นั้นไม่ชำระให้นำบทบัญญัติในมาตรา ๒๙ และ มาตรา ๓๐ มาใช้บังคับ

^{๕๖} มาตรา ๖๕ ผู้ใดกระทำความผิดในขณะที่ไม่สามารถรู้ผิดชอบ หรือไม่สามารถบังคับตนเอง ได้เพราะมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น

แต่ถ้าผู้กระทำความผิดยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างหรือยังสามารถบังคับตนเองได้บ้าง ผู้นั้น ต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้น แต่ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้

จะเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ (มาตรา ๔๘)^{๕๗} หรือเป็นกรณีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุก หรือพิพากษาว่ามีความผิดแต่รอการกำหนดโทษ หรือรอการลงโทษบุคคลใด ถ้าศาลเห็นว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดเนื่องจากการเสพยาเป็นอาชญา หรือการเป็นผู้ติดยาเสพติดให้โทษ ศาลจะกำหนดในคำพิพากษาว่าบุคคลนั้นจะต้องไม่เสพยาหรือยาเสพติดให้โทษภายในระยะเวลาไม่เกินสองปี นับแต่วันพ้นโทษ หรือวันปล่อยตัวเพราะรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษก็ได้ หากบุคคลดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามที่ศาลกำหนด ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลเป็นเวลาไม่เกินสองปีก็ได้ (มาตรา ๔๙)^{๕๘}

(๕) การห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ เป็นกรณีที่ศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้กระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพหรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และศาลเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไปอาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น มีกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้ (มาตรา ๕๐)^{๕๙}

การนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาบังคับใช้อย่างจริงจังส่งผลทำให้ผู้กระทำความผิดโดยสันดานกลับตัวเป็นคนดี กลับคืนสู่สังคม และใช้ชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข ไม่หวนกลับมากระทำความผิดซ้ำอีก นอกจากนี้ ยังสามารถป้องกันการกระทำความผิดจากผู้กระทำความผิดที่กฎหมายไม่สามารถลงโทษได้เพราะบุคคลนั้นไม่ตอบสนองต่อการลงโทษ เช่น บุคคลวิกลจริต แต่อาจนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลเพื่อบำบัดให้บุคคลวิกลจริตหายเป็นปกติและกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้โดยไม่ก่อภัยอันตรายให้กับคนในสังคม ซึ่งการนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาบังคับใช้ให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด จะกระทำได้อต่อเมื่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญามีความรู้ความเข้าใจในเรื่องปรัชญาการลงโทษ (Philosophy of punishment) และมีข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด

^{๕๗} มาตรา ๔๘ ถ้าศาลเห็นว่าการปล่อยตัวผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษตามมาตรา ๖๕ จะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลก็ได้ และคำสั่งนี้ศาลจะเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้

^{๕๘} มาตรา ๔๙ ในกรณีที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกหรือพิพากษาว่ามีความผิดแต่รอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษบุคคลใด ถ้าศาลเห็นว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดเกี่ยวเนื่องกับการเสพยาเป็นอาชญา หรือการเป็นผู้ติดยาเสพติดให้โทษ ศาลจะกำหนดในคำพิพากษาว่าบุคคลนั้นจะต้องไม่เสพยาหรือยาเสพติดให้โทษอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่างภายในระยะเวลาไม่เกินสองปีนับแต่วันพ้นโทษ หรือวันปล่อยตัวเพราะรอการกำหนดโทษหรือรอการลงโทษก็ได้

ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวในวรรคแรกไม่ปฏิบัติตามที่ศาลกำหนด ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลเป็นเวลาไม่เกินสองปีก็ได้

^{๕๙} มาตรา ๕๐ เมื่อศาลพิพากษาให้ลงโทษผู้ใด ถ้าศาลเห็นว่าผู้นั้นกระทำความผิดโดยอาศัยโอกาสจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือเนื่องจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และเห็นว่าหากผู้นั้นประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้นต่อไปอาจจะกระทำความผิดเช่นนั้นขึ้นอีก ศาลจะสั่งไว้ในคำพิพากษาห้ามการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น มีกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นโทษไปแล้วก็ได้

อย่างเพียงพอ ทั้งประวัติครอบครัวและภูมิหลังทางสังคม (family and social background) บุคลิกลักษณะ (character) ประวัติการกระทำความผิด (prior convictions) สภาพร่างกายและภาวะแห่งจิตใจ (physical and mental condition) โดยข้อมูลที่ได้มาต้องครบถ้วนถูกต้องและปราศจากการบิดเบือน จึงจะทำให้การบังคับใช้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เหมาะสม และอำนวยความสะดวกให้แก่สังคมได้จริง^{๖๐}

๒.๒ กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๑๐^{๖๑} เป็นกฎหมายที่กำหนดวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันซึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา ๔๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยมาตรา ๓^{๖๒} แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดบทนิยามคำว่า “ผู้ถูกกักกัน” และ “เขตกักกัน” ไว้ และกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจกำหนดเขตกักกัน โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา (มาตรา ๔)^{๖๓} ซึ่งปัจจุบันมีเขตกักกันแห่งเดียว คือ สถานกักกันนครปฐม^{๖๔} รวมทั้งกำหนดให้อธิบดีกรมราชทัณฑ์มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และมีอำนาจออกกระเปียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการกักกันและวิธีปฏิบัติต่อผู้ถูกกักกัน เช่น การตัดสินใจ การศึกษา การอบรม และการฝึกหัดอาชีพ การอนามัยและการสุขาภิบาล วิธีการกักกัน การปกครอง วินัย (มาตรา ๕)^{๖๕} ในกรณีที่ผู้ถูกกักกันได้รับการกักกัน

^{๖๐} แคทลียา วิเศษรัตน์, อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๔๑, หน้า ๓.

^{๖๑} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๘๔/ตอนที่ ๑๒๗/ฉบับพิเศษ หน้า ๖/๒๙ ธันวาคม ๒๕๑๐.

^{๖๒} มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

“ผู้ถูกกักกัน” หมายความว่า ผู้ซึ่งถูกศาลพิพากษาให้กักกัน

“เขตกักกัน” หมายความว่า เขตสำหรับควบคุมผู้ถูกกักกัน

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๖๓} มาตรา ๔ รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดเขตกักกันโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

^{๖๔} ปัจจุบันมี “เขตกักกัน” อยู่เพียงแห่งเดียวในประเทศไทย คือ สถานกักกันนครปฐม (Nakhon Pathom Retention Center) คือ หน่วยงานสังกัดกรมราชทัณฑ์ กระทรวงยุติธรรม มีหน้าที่และความรับผิดชอบในการปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการกักกันตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๑๐ สถานกักกันนครปฐมแต่เดิมตั้งอยู่ที่ตำบลพระปฐมเจดีย์ อำเภอเมือง จังหวัดนครปฐม ในบริเวณเดียวกับเรือนจำกลางนครปฐม ตามคำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ ๑๕๔/๒๕๑๑ ลงวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๑๑ เรื่อง “กำหนดเขตกักกันนครปฐม” และนับตั้งแต่เรือนจำกลางนครปฐมย้ายไปที่ตำบลวังตะกั่ว เมื่อเดือนพฤษภาคม ๒๕๕๗ สถานกักกันนครปฐมจึงได้ย้ายตามไปด้วย, <<https://www.moj.go.th/view/28737>>, สืบค้นเมื่อ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๕

^{๖๕} มาตรา ๕ อธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และมีอำนาจออกกระเปียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการกักกันและวิธีปฏิบัติต่อผู้ถูกกักกันในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(๑) การรับและการปล่อยตัว

(๒) การเยี่ยมและการติดต่อ

(๓) ประโยชน์ เงินทดแทน และรางวัล

มาแล้วไม่น้อยกว่าสองในสามของกำหนดการกักกันตามหมายศาล ถ้าผู้ถูกกักกันนั้นมีความประพฤติดี มีความอุทิศสละ มีความก้าวหน้าในการศึกษา และทำการงานเกิดผลดีหรือทำความชอบแก่ราชการเป็นพิเศษ อาจได้รับการพักการกักกันตามเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง (มาตรา ๑๒)^{๖๖}

๒.๓ มาตรการคุมประพฤติและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติ

พระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. ๒๕๕๙^{๖๗} เป็นกฎหมายที่กำหนดงานด้านการคุมประพฤติให้เกิดประสิทธิภาพและเกิดความเรียบร้อยขึ้นในสังคม โดยให้กรมคุมประพฤติมีภารกิจเกี่ยวกับการคุมประพฤติ^{๖๘} ได้แก่ การสืบเสาะและพินิจ การสงเคราะห์ และการคุมความประพฤติผู้ถูกคุมความประพฤติให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดตามคำสั่งหรือหนังสือแจ้งของศาลหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ รวมทั้งการใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และให้พนักงานคุมความประพฤติดำเนินการดังกล่าว เพื่อให้ผู้ถูกคุมความประพฤติปฏิบัติตามเงื่อนไขและสามารถแก้ไขปรับปรุงตนเองได้ เพื่อประโยชน์ในการคุมความประพฤติ การแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด และการป้องกันอาชญากรรม โดยอาจมีการส่งตัวบุคคลดังกล่าว

(๔) การดัดนิสัย การศึกษา การอบรม และการฝึกหัดอาชีพ

(๕) การอนามัย และการสุขาภิบาล

(๖) วิธีการกักกัน

(๗) การปกครอง

(๘) วินัย

(๙) ทรัพย์สินของผู้ถูกกักกัน

(๑๐) ชนิดอาวุธประจำตัวพนักงานเจ้าหน้าที่

(๑๑) อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่

^{๖๖} มาตรา ๑๒ ผู้ถูกกักกันผู้ใดได้รับการกักกันมาแล้วไม่น้อยกว่าสองในสามของกำหนดการกักกันตามหมายศาล ถ้าแสดงให้เห็นว่ามีความประพฤติดี มีความอุทิศสละ มีความก้าวหน้าในการศึกษา และทำการงานเกิดผลดีหรือทำความชอบแก่ราชการเป็นพิเศษ ผู้ถูกกักกันผู้นั้นอาจได้รับการพักการกักกันตามเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

^{๖๗} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๓/ตอนที่ ๘๘ ก/หน้า๑/๓ ตุลาคม ๒๕๕๙.

^{๖๘} มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“การคุมประพฤติ” หมายความว่า การสืบเสาะและพินิจและการคุมความประพฤติผู้ถูกคุมความประพฤติให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามคำสั่งหรือหนังสือแจ้งของศาลหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ รวมทั้งการใช้มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด

ฯลฯ

ฯลฯ

“ผู้ถูกคุมความประพฤติ” หมายความว่า ผู้ต้องหา จำเลย นักโทษเด็ดขาด หรือบุคคลอื่นที่ศาล หรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจกำหนดให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติภายใต้การคุมความประพฤติของพนักงานคุมประพฤติ

ฯลฯ

ฯลฯ

ให้แพทย์ตรวจสอบสุขภาพทั้งร่างกายและจิตใจ การบำบัดรักษาการติดยาเสพติด ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่นตามที่เห็นสมควร (มาตรา ๑๔)^{๖๙} กรมคุมประพฤติ

^{๖๙} มาตรา ๑๔ ให้พนักงานคุมประพฤติดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น และโดยเฉพาะให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) การสืบเสาะและพินิจเกี่ยวกับอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อม สภาพความผิด และเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวกับผู้ถูกสืบเสาะและพินิจ รวมทั้งข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับความเสียหายและความเห็นของผู้เสียหายหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง และจัดทำรายงานและความเห็นเกี่ยวกับความสามารถในการแก้ไขปรับปรุงตนเอง และวิธีการคุมความประพฤติ

(๒) สอดส่อง ติดตาม สอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือ ตักเตือน หรือดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ผู้ถูกคุมความประพฤติปฏิบัติตามเงื่อนไขและสามารถแก้ไขปรับปรุงตนเองได้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันอาชญากรรมและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิด

(๓) ให้การสงเคราะห์ตามพระราชบัญญัตินี้

(๔) กำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติตามเงื่อนไขตามที่ได้ตกลงกับผู้ถูกคุมความประพฤติ เพื่อประโยชน์ในการคุมความประพฤติ

(๕) ส่งตัวผู้ถูกสืบเสาะและพินิจ ผู้ถูกคุมความประพฤติ หรือผู้ได้รับการสงเคราะห์ตามมาตรา ๔๑ ให้แพทย์ตรวจสอบสุขภาพทั้งร่างกายและจิตใจ หรือส่งตัวไปบำบัดรักษาการติดยาเสพติด ความบกพร่องทางกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่นตามที่เห็นสมควร

(๖) จัดการหรือดำเนินการเกี่ยวกับตัวผู้ถูกสืบเสาะและพินิจหรือผู้ถูกคุมความประพฤติ เช่น ถ่ายภาพ พิมพ์ลายนิ้วมือ ตรวจร่างกาย เก็บตัวอย่างปัสสาวะ เส้นผม หรือขน เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์บุคคลและเป็นฐานข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขฟื้นฟู รวมทั้งสั่งหรือจัดให้ผู้ถูกสืบเสาะและพินิจหรือผู้ถูกคุมความประพฤติในคดีที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติด หรือในกรณีที่มีหลักฐานอันควรเชื่อว่าคุณคนดังกล่าวเกี่ยวข้องกับยาเสพติด รับการตรวจหรือทดสอบว่ามียาเสพติดอยู่ในร่างกายหรือไม่ ทั้งนี้ การตรวจหรือทดสอบเกี่ยวกับยาเสพติดให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(๗) ใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์อื่นใดในการติดตามตัวผู้ถูกคุมความประพฤติตามเงื่อนไขที่ศาลหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสั่ง ทั้งนี้ หลักเกณฑ์และวิธีการใช้อุปกรณ์ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๘) เรียกผู้ถูกคุมความประพฤติหรือผู้ได้รับการสงเคราะห์ตามมาตรา ๔๑ เข้ารับการอบรมความรู้และทักษะต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขฟื้นฟูและป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ โดยอาจเชิญบุคคลในครอบครัวของบุคคลดังกล่าวเข้าร่วมการอบรมด้วยก็ได้

(๙) จัดให้ผู้ถูกคุมความประพฤติทำงานบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์

(๑๐) ในกรณีที่ผู้ถูกสืบเสาะและพินิจ ผู้ถูกคุมความประพฤติ หรือผู้ได้รับการสงเคราะห์ตามมาตรา ๔๑ เป็นเด็กหรือเยาวชน ให้มีการให้คำแนะนำแก่บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กหรือเยาวชนดังกล่าวพักอาศัยอยู่ด้วย เกี่ยวกับการเลี้ยงดู การอบรมสั่งสอน และการใด ๆ ที่จำเป็นและเหมาะสม รวมถึงการปรับปรุงตนเองของบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กหรือเยาวชนดังกล่าวพักอาศัยอยู่ด้วย

(๑๑) มอบหมายและกำกับดูแลให้อาสาสมัครคุมประพฤติดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

จะต้องจำแนกบุคคลเพื่อให้มีการแก้ไขฟื้นฟูที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย เพื่อให้สามารถกลับตนเป็นคนดีและสามารถกลับคืนสู่สังคม รวมทั้งการคำนึงถึงความเสี่ยงในการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำผิดซ้ำด้วย (มาตรา ๑๖ และมาตรา ๒๖)^{๗๐} อย่างไรก็ตาม บุคคลที่จะถูกคุมความประพฤติและได้รับการแก้ไขฟื้นฟูตามกฎหมายว่าด้วยการคุมประพฤติ ได้แก่ ผู้ต้องหา จำเลย นักโทษเด็ดขาด หรือบุคคลอื่นที่ศาลหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจ หรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจกำหนดให้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติภายใต้การคุมความประพฤติของพนักงานคุมประพฤติ^{๗๑} แต่ไม่อาจนำไปใช้กับจำเลยซึ่งได้รับโทษจนครบตามคำพิพากษาและพ้นโทษแล้วเพื่อป้องกันมิให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำได้ กรมคุมประพฤติจึงได้จัดตั้งศูนย์เฝ้าระวังความปลอดภัยของประชาชน (Justice Safety Observation ad hoc Center (JSOC)) เพื่อเฝ้าระวังผู้พ้นโทษในคดีที่มีลักษณะเป็นคดีสะท้อนขวัญซึ่งถูกคำพิพากษาคัดขาดให้จำคุกจนพ้นโทษและได้รับการปล่อยตัวกลับคืนสู่สังคมแล้ว เพื่อป้องกันบุคคลเหล่านี้มิให้กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีกได้^{๗๒}

(๑๒) ทำรายงานและความเห็นเกี่ยวกับความประพฤติ การประกอบอาชีพ และพฤติการณ์ของผู้ถูกคุมความประพฤติ

(๑๓) รายงานให้ผู้มีอำนาจเกี่ยวกับการพักการลงโทษหรือการลดวันต้องโทษจำคุกตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์หรือกฎหมายว่าด้วยเรือนจำทหารซึ่งมีคำสั่งทราบ เมื่อนักโทษเด็ดขาดไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข เพื่อให้ผู้มีอำนาจดังกล่าวดำเนินการต่อไป

(๑๔) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามพระราชบัญญัตินี้ ตามที่รัฐมนตรีหรืออธิบดีมอบหมาย หรือตามคำสั่งศาล

^{๗๐} มาตรา ๑๖ ให้กรมคุมประพฤติจำแนกผู้ถูกสืบเสาะและพินิจ ผู้ถูกคุมความประพฤติ และบุคคลที่ศาลหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจมีคำสั่ง ให้อยู่ในความรับผิดชอบของพนักงานคุมประพฤติเพื่อแก้ไขฟื้นฟูให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละราย โดยให้คำนึงถึงความเสี่ยงในการกระทำความผิดซ้ำ

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการจำแนกบุคคลตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด

มาตรา ๒๖ ให้พนักงานคุมประพฤติจัดทำแผนการคุมความประพฤติและแผนการแก้ไขฟื้นฟูให้เหมาะสมกับผู้ถูกคุมความประพฤติแต่ละรายเพื่อให้สามารถกลับตนเป็นคนดีและสามารถกลับคืนสู่สังคม โดยให้ผู้ถูกคุมความประพฤตินมีส่วนร่วมในการจัดทำแผนด้วย

ในกรณีที่ผู้ถูกคุมความประพฤติเป็นเด็กหรือเยาวชน ให้บิดามารดา ผู้ปกครอง บุคคลที่เด็กหรือเยาวชนพักอาศัยอยู่ด้วย บุคคลหรือองค์กรที่รับดูแลเด็กหรือเยาวชน หรือบุคคลที่เด็กหรือเยาวชนร้องขอมีส่วนร่วมในการจัดทำแผนด้วย ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงแผนและเงื่อนไขที่กำหนดโดยศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับแผนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด

^{๗๑} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๖๘, ข้างต้น

^{๗๒} กรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม, แผ่นพับประชาสัมพันธ์ เรื่อง กรมคุมประพฤติร่วมใจสร้างความปลอดภัยให้สังคม, <<https://probation.go.th/contentdl.php?id=52168>> สืบค้นเมื่อ ๔ ตุลาคม ๒๕๖๕

๒.๔ มาตรการพัฒนาพหุติณีสัยผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดีตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์

พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐^{๗๓} เป็นกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุม ขัง หรือจำคุกผู้ต้องขังไว้ในเรือนจำ^{๗๔} ได้แก่ นักโทษเด็ดขาด คนต้องขัง และคนฝาก การแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพหุติณีสัยของผู้ต้องขังที่อยู่ในเรือนจำ และเป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาอื่นในการบริหารจัดการกระบวนการของกรมราชทัณฑ์เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้มีระบบการจำแนกและการพัฒนาพหุติณีสัยของผู้ต้องขังซึ่งอธิบดีกรมราชทัณฑ์จะจัดให้มีระบบการจำแนกลักษณะของผู้ต้องขังเป็นรายบุคคล โดยคำนึงถึงโทษและพฤติการณ์ในการกระทำความผิด ลักษณะความผิด ความรุนแรงของคดี การกระทำความผิดที่ได้กระทำมาก่อน และความประพฤติและวินัยในระหว่างคุมขัง ตลอดจนระยะเวลากำหนดโทษคุมขังที่เหลืออยู่ของผู้ต้องขังดังกล่าว (มาตรา ๔๐)^{๗๕} และเพื่อประโยชน์ในการบริหารจัดการผู้ต้องขังภายในเรือนจำ อธิบดีกรมราชทัณฑ์อาจจัดให้มีระบบการจัดชั้น การจัดกลุ่ม และการแยกคุมขังผู้ต้องขังให้เหมาะสมกับแต่ละประเภทแต่ละชั้นการควบคุม แก้ไข บำบัด ฟื้นฟู

^{๗๓} ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๔/ตอนที่ ๒๑ ก/หน้า๑/๑๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๐.

^{๗๔} มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“เรือนจำ” หมายความว่า ที่ซึ่งใช้ควบคุม ขัง หรือจำคุกผู้ต้องขังกับทั้งสิ่งที่ใช้ต่อเนื่องกัน และให้หมายความรวมถึงที่อื่นใดซึ่งรัฐมนตรีได้กำหนดและประกาศในราชกิจจานุเบกษาวางอาณาเขตไว้โดยชัดเจนด้วย

“ผู้ต้องขัง” หมายความว่า นักโทษเด็ดขาด คนต้องขัง และคนฝาก

“นักโทษเด็ดขาด” หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกกักขังไว้ตามหมายจำคุกภายหลังคำพิพากษาถึงที่สุด และให้หมายความรวมถึงบุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายให้ลงโทษด้วย

“คนต้องขัง” หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกขังไว้ตามหมายขัง

“คนฝาก” หมายความว่า บุคคลซึ่งถูกฝากให้ควบคุมไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือกฎหมายอื่นโดยไม่มีหมายอาญา

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๗๕} มาตรา ๔๐ เพื่อประโยชน์ในการจัดชั้น จัดกลุ่ม ควบคุม แยกคุมขัง แก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพหุติณีสัยผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดี และการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อยตัวผู้ต้องขัง ให้อธิบดีจัดให้มีระบบการจำแนกลักษณะของผู้ต้องขัง โดยให้คำนึงถึงโทษและพฤติการณ์ในการกระทำความผิด ลักษณะความผิด ความรุนแรงของคดี การกระทำความผิดที่ได้กระทำมาแล้ว และความประพฤติและวินัยในระหว่างคุมขัง ตลอดจนระยะเวลากำหนดโทษคุมขังที่เหลืออยู่ของผู้ต้องขังดังกล่าว และให้อธิบดีมีอำนาจย้ายผู้ต้องขังตามระบบการจำแนกและการแยกคุมขังดังกล่าวด้วยทั้งนี้ ให้เป็นไปตามกฎกระทรวงโดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

ระบบการจำแนกลักษณะของผู้ต้องขังเกี่ยวกับพฤติการณ์การกระทำความผิด ลักษณะความผิด และความรุนแรงของคดีตามวรรคหนึ่ง อย่างน้อยต้องกำหนดถึงเรื่องการกระทำความผิดโดยบันดาลโทษ โดยไตร่ตรองไว้ก่อน หรือความเป็นอาชญากรโดยสันดาน

และพัฒนาพหุตินิสัยของผู้ต้องขัง ตลอดจนการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อย (มาตรา ๔๑)^{๗๖} รวมทั้งเพื่อประโยชน์ในการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพหุตินิสัยของผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดี อธิบดีกรมราชทัณฑ์อาจจัดให้มีระบบการพัฒนาพหุตินิสัยผู้ต้องขังด้วยวิธีการและแนวทางที่เหมาะสมเกี่ยวกับการพัฒนาพหุตินิสัยผู้ต้องขัง โดยให้ได้รับการศึกษา การอบรมทางด้านคุณธรรมและจริยธรรม การทำงาน การฝึกวิชาชีพ การปฏิบัติศาสนกิจ การเรียนรู้วัฒนธรรมอันดีงาม กิจกรรมสันทนาการกีฬา และต้องมีโอกาสได้รับการติดต่อกับครอบครัว ญาติมิตร องค์กรเอกชนที่มีภารกิจเพื่อการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพหุตินิสัยผู้ต้องขัง (มาตรา ๔๒)^{๗๗} นอกจากนี้ นักโทษเด็ดขาดซึ่งมีความประพฤติดี มีความอดสาหัส ความก้าวหน้าในการศึกษา ทำการงานเกิดผลดี ทำความชอบแก่ทางราชการเป็นพิเศษอาจได้รับประโยชน์ตามกฎหมายนี้ เช่น การเลื่อนชั้น ลา ลดวันต้องโทษจำคุก พักการลงโทษ ตลอดจนการได้รับอนุญาตให้ออกไปฝึกวิชาชีพในสถานประกอบการหรือรับการศึกษาอบรมนอกเรือนจำ (มาตรา ๕๒)^{๗๘}

^{๗๖} มาตรา ๔๑ ภายใต้บังคับมาตรา ๔๐ เพื่อประโยชน์ในการบริหารจัดการผู้ต้องขังภายในเรือนจำ ให้อธิบดีจัดให้มีระบบการจัดชั้น การจัดกลุ่มผู้ต้องขัง และการแยกคุมขัง โดยต้องคำนึงถึงประเภทหรือชั้นของเรือนจำที่ได้จำแนกไว้ตามมาตรา ๓๑ และความเหมาะสมกับผู้ต้องขังแต่ละประเภท แต่ละชั้น การควบคุม แก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพหุตินิสัยผู้ต้องขัง ตลอดจนการเตรียมความพร้อมก่อนปล่อย ทั้งนี้ให้เป็นไปตามกฎกระทรวงโดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

^{๗๗} มาตรา ๔๒ เพื่อประโยชน์ในการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพหุตินิสัยผู้ต้องขังให้กลับตนเป็นคนดี ให้อธิบดีจัดให้มีระบบการพัฒนาพหุตินิสัยผู้ต้องขังด้วยวิธีการและแนวทางที่เหมาะสมเกี่ยวกับการพัฒนาพหุตินิสัยผู้ต้องขัง โดยให้ผู้ต้องขังได้รับการศึกษา การอบรมทั้งด้านคุณธรรมและจริยธรรม การทำงาน การฝึกวิชาชีพ การปฏิบัติศาสนกิจ การเรียนรู้วัฒนธรรมอันดีงาม กิจกรรมสันทนาการ กีฬา รวมทั้งจะต้องมีโอกาสดูแลการติดต่อกับครอบครัว ญาติมิตร องค์กรเอกชนที่มีภารกิจเพื่อการแก้ไข บำบัด ฟื้นฟู และพัฒนาพหุตินิสัยผู้ต้องขังและรับรู้ถึงข่าวสารและความเปลี่ยนแปลงของโลกภายนอก ทั้งนี้ให้เป็นไปตามระเบียบกรมราชทัณฑ์โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

^{๗๘} มาตรา ๕๒ นักโทษเด็ดขาดคนใดแสดงให้เห็นว่ามีความประพฤติดี มีความอดสาหัส ความก้าวหน้าในการศึกษา และทำการงานเกิดผลดี หรือทำความชอบแก่ทางราชการเป็นพิเศษ อาจได้รับประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (๑) ได้รับความสะดวกในเรือนจำตามระเบียบกรมราชทัณฑ์
- (๒) เลื่อนชั้น
- (๓) ได้รับแต่งตั้งให้มีตำแหน่งหน้าที่ช่วยเหลือเจ้าพนักงานเรือนจำ
- (๔) ลาไม่เกินเจ็ดวันในคราวหนึ่ง โดยไม่นับรวมเวลาที่ต้องใช้ในการเดินทางเข้าด้วย เมื่อมีความจำเป็นเห็นประจักษ์เกี่ยวกับกิจธุระสำคัญหรือกิจการในครอบครัว แต่ห้ามมิให้ออกไปนอก

ราชอาณาจักรและต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในระเบียบกรมราชทัณฑ์ ระยะเวลาที่อนุญาตให้ลาครั้งนี้มิให้หักออกจากการคำนวณกำหนดโทษ ถ้านักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับอนุญาตให้ลาออกไปไม่กลับเข้าเรือนจำภายในเวลาที่กำหนดเกินกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมง ให้ถือว่านักโทษเด็ดขาดผู้นั้นหลบหนีที่คุมขังตามประมวลกฎหมายอาญา

สำหรับต่อไป ผู้เขียนจะขอเสนอผลการศึกษเกี่ยวกับแนวทางในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามกฎหมายต่างประเทศ มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และการวิเคราะห์มาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามพระราชบัญญัตินี้

(๕) ลดวันต้องโทษจำคุกให้เดือนละไม่เกินห้าวัน แต่การลดวันต้องโทษจำคุกจะพึงกระทำได้ต่อเมื่อนักโทษเด็ดขาดได้รับโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือนหรือหนึ่งในสามของกำหนดโทษตามหมายศาลในขณะนั้นแล้วแต่อย่างใดจะมากกว่า หรือไม่น้อยกว่าสิบปีในกรณีที่ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตที่มีการเปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลา ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยลดวันต้องโทษจำคุก

(๖) ลดวันต้องโทษจำคุกลงอีกไม่เกินจำนวนวันที่ทำงานสาธารณะหรือทำงานอื่นใดเพื่อประโยชน์ของทางราชการนอกเรือนจำตามมาตรา ๔๙ และอาจได้รับเงินรางวัลด้วยก็ได้

(๗) พักการลงโทษเมื่อนักโทษเด็ดขาดได้รับโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าหกเดือนหรือหนึ่งในสามของกำหนดโทษตามหมายศาลในขณะนั้นแล้วแต่อย่างใดจะมากกว่า หรือไม่น้อยกว่าสิบปีในกรณีที่ต้องโทษจำคุกตลอดชีวิตที่มีการเปลี่ยนโทษจำคุกตลอดชีวิตเป็นโทษจำคุกมีกำหนดเวลา และกำหนดระยะเวลาที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขให้กำหนดเท่ากับกำหนดโทษที่ยังเหลืออยู่ ทั้งนี้ ในการคำนวณระยะเวลาการพักการลงโทษ ถ้ามีวันลดวันต้องโทษจำคุกตาม (๖)ให้นำมารวมกับระยะเวลาในการพักการลงโทษด้วย โดยในการพักการลงโทษ ให้คณะกรรมการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาวินิจฉัยการพักการลงโทษ

(๘) ได้รับการพิจารณาอนุญาตให้ออกไปฝึกวิชาชีพในสถานประกอบการหรือรับการศึกษาอบรมนอกเรือนจำโดยมีหรือไม่มีผู้ควบคุมก็ได้ แต่การอนุญาตให้ออกไปฝึกวิชาชีพหรือรับการศึกษาอบรมนอกเรือนจำจะพึงกระทำได้ต่อเมื่อนักโทษเด็ดขาดได้รับโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของกำหนดโทษตามหมายจำคุก เมื่อคดีถึงที่สุดนั้น และเหลือโทษจำคุกไม่เกินสามปีหกเดือน ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงประโยชน์ในการศึกษาอบรมและแก้ไขพัฒนาพฤติกรรมสัยของนักโทษเด็ดขาดและความปลอดภัยของสังคมประกอบกัน แต่ถ้านักโทษเด็ดขาดซึ่งได้รับอนุญาตให้ออกไปฝึกวิชาชีพในสถานประกอบการหรือรับการศึกษาอบรมนอกเรือนจำโดยไม่มีผู้ควบคุมไม่กลับเข้าเรือนจำภายในเวลาที่กำหนดเกินกว่ายี่สิบสี่ชั่วโมง ให้ถือว่านักโทษเด็ดขาดผู้นั้นหลบหนีที่คุมขังตามประมวลกฎหมายอาญา

การดำเนินการตาม (๒) (๓) (๕) (๖) (๗) และ (๘) ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ และต้องนำพฤติการณ์การกระทำความผิด ลักษณะความผิดและความรุนแรงของคดี รวมตลอดทั้งการกระทำความผิดที่ได้กระทำมาก่อนแล้วตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๐ มาประกอบการพิจารณาด้วย

เทคนิคการจัดทำความเห็นทางกฎหมาย*

สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน**

บทความนี้เกิดขึ้นเนื่องจากสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชนได้ตระหนักถึงความสำคัญของการปฏิบัติหน้าที่ของนักกฎหมายภาครัฐในหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐที่ต้องมีการเสนอความเห็นทางกฎหมายต่อผู้บังคับบัญชาเพื่อประกอบการพิจารณาการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่หรือเพื่อการบังคับใช้กฎหมาย ทั้งได้มีนักกฎหมายภาครัฐสนใจสอบถามแนวทางในการจัดทำความเห็นทางกฎหมายเพื่อนำไปเป็นตัวอย่างในการปฏิบัติงาน บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์มุ่งเน้นไปที่การพัฒนานักกฎหมายภาครัฐซึ่งเป็นกลไกสำคัญของหน่วยงานของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายที่อาจต้องมีการเสนอความเห็นทางกฎหมายต่อผู้บังคับบัญชาเพื่อประโยชน์ในการเสนอความเห็นต่อผู้บังคับบัญชาหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาประเด็นกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบ หรือได้รับมอบหมายให้ค้นคว้าประเด็นทางกฎหมายในบางเรื่อง โดยจะอธิบายเทคนิคที่สำคัญในการจัดทำความเห็นทางกฎหมาย การให้เหตุผลทางกฎหมาย ขั้นตอนของการให้เหตุผลทางกฎหมาย และการตีความกฎหมาย พร้อมทั้งตัวอย่างความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่จะไม่ลงรายละเอียดในเรื่องรูปแบบการจัดทำความเห็นทางกฎหมาย ซึ่งจะขึ้นอยู่กับลักษณะของการทำความเห็นทางกฎหมายของแต่ละองค์กร

๑. บทนำ

การดำเนินการต่าง ๆ ของหน่วยงานรัฐย่อมต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย แม้ว่าบางหน่วยงานอาจไม่มีกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบก็ตาม แต่ในการปฏิบัติหน้าที่ก็ต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่นักกฎหมายที่ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานรัฐเหล่านั้นย่อมต้องมีโอกาสได้เสนอความเห็นทางกฎหมาย อาจจะเป็นรูปแบบด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษร ซึ่งในบางครั้งผู้ปฏิบัติงานอาจนึกไม่ออกว่าจะเริ่มต้นให้ความเห็นทางกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ อย่างไรหรือบางครั้งอาจพบเห็นการให้ความเห็นทางกฎหมายที่มีแต่การสรุปเพียงว่า เมื่อกฎหมาย

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** ฝ่ายบริหารหลักสูตร สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ตุลาคม ๒๕๖๕)

บัญญัติไว้อย่างนี้ จึงต้องเป็นอย่างนี้ โดยไม่อธิบายเหตุผลทางกฎหมายซึ่งนั้นไม่ใช่การเขียนความเห็นทางกฎหมายที่ดี เพราะไม่ได้ให้เหตุผลอะไรเลย การที่กฎหมายได้บัญญัติเรื่องต่าง ๆ ไว้นั้น ย่อมต้องมีเหตุผลของการมีกฎหมาย และหากทุกคนอ่านกฎหมายแล้วเข้าใจได้เหมือนกัน ก็คงไม่เกิดปัญหาเหล่านี้ขึ้น ดังนั้น ในการจัดทำความเห็นทางกฎหมาย จึงย่อมต้องมีการให้เหตุผลทางกฎหมายเพื่ออธิบายให้ผู้อ่านความเห็นนั้นเข้าใจอย่างชัดเจน

การคิดวิเคราะห์และการให้เหตุผลทางกฎหมายเพื่อหาคำตอบอันเป็นข้อสรุปของการปรับข้อกฎหมายกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง หากมิได้มีการฝึกฝนหรือเรียนรู้ก็อาจทำได้ไม่ดี โดยขอเปรียบเทียบให้เห็นชัดเจนจากกรณีที่นักศึกษากฎหมายต่างก็ต้องเจอเมื่อเวลาที่ต้องตอบข้อสอบกฎหมายว่าจะเริ่ม คิด วิเคราะห์ อย่างไร ซึ่งในเรื่องนี้ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายวิธีการตอบคำถามที่เป็นการตั้งอุทาหรณ์ให้ตอบว่า มีวิธีคิดตามตำราการตอบปัญหาทางกฎหมายของเยอรมัน ๒ วิธี คือ ๑) การคิดโดยเรียงตามลำดับเวลาก่อนหลัง โดยจะเริ่มคิดว่าเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามลำดับเวลานั้น ๆ เป็นเรื่องอะไรที่เกิดขึ้นบ้าง แล้วปรับกฎหมายตามลำดับของเหตุการณ์ และพิจารณาผลตามลำดับเหตุการณ์นั้น และ ๒) การคิดโดยพิจารณาจากเรื่อง โดยคิดว่าเป็นเรื่องอะไร มีกฎหมายบัญญัติเรื่องนั้นอย่างไร และเมื่อยกกฎหมายมาปรับแก้ข้อเท็จจริงแล้ว จะมีผลทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งการจะนำวิธีใดไปใช้นั้นคงขึ้นอยู่กับลักษณะของแต่ละเรื่อง แต่ละปัญหา ที่สามารถเลือกนำแต่ละวิธีไปปรับใช้ให้เหมาะสมได้^๑

การศึกษากฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาก็เช่นเดียวกัน ก็มีการสอนวิธีคิดในการตอบปัญหากฎหมาย โดยส่วนมากนิยมนำหลัก IRAC มาใช้ ซึ่งมาจาก Issue, Rule, Application และ Conclusion หรือบางตำราอาจเรียกว่า IRFAC ซึ่งมาจาก Issue, Rule Fact, Analysis และ Conclusion ซึ่งไม่เพียงแต่นักศึกษากฎหมายจะนำวิธีคิดแบบนี้ไปใช้บรรดาที่ปรึกษากฎหมายหรือนักกฎหมายที่ให้ความเห็นทางกฎหมายแก่ลูกค้า และแม้แต่ในการตัดสินคดีของผู้พิพากษา ต่างก็นำรูปแบบนี้ไปใช้ในการเขียนความเห็นทางกฎหมายหรือคำพิพากษาเช่นกัน

บรรดานักกฎหมายในประเทศไทยเอง ก็ใช้หลักการคิดวิเคราะห์และหาเหตุผลเพื่อหาข้อสรุปของการปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องในทำนองเดียวกับแนวคิดของทางเยอรมันหรือสหรัฐอเมริกา โดยจะเห็นได้จากคำอธิบายของอาจารย์หยุด แสงอุทัยถึงวิธีการใช้กฎหมายแก้ข้อเท็จจริง ในหนังสือความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปว่า การจะให้ความเห็นทางกฎหมายเพื่อการใช้กฎหมายนั้น จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ทั่วไปว่า

^๑ หยุด แสงอุทัย, อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพศาสตราจารย์ หยุด แสงอุทัย, หน้า ๒๗๑ - ๒๗๔.

๑) เป็นเรื่องอะไร ๒) มีหลักเกณฑ์ของกฎหมายสำหรับเรื่องนี้อย่างไร ๓) ข้อเท็จจริงเข้ากับหลักเกณฑ์ของกฎหมายนั้นหรือไม่ และ ๔) ถ้าข้อเท็จจริงเข้าหลักเกณฑ์ของกฎหมายแล้วได้ผลอย่างไร^๒ หรือรูปแบบการให้ความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเอง ก็จะมีการกำหนดหัวข้อเป็น ๑) ข้อเท็จจริงที่มีการหารือปัญหาข้อกฎหมาย ๒) ความเห็น ซึ่งอาจแตกย่อยเป็นการสรุปข้อเท็จจริงใหม่ในกรณีที่ข้อเท็จจริงที่ได้มานั้นมีความสับสนหรือมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในระหว่างการพิจารณา การกำหนดประเด็น และการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่หารือ

ส่วนรูปแบบของการจัดทำความเห็นทางกฎหมายนั้น แต่ละหน่วยงานก็จะกำหนดรูปแบบไว้แตกต่างกันหรืออาจไม่กำหนดรูปแบบไว้ก็ได้ ขึ้นอยู่กับลักษณะงานของแต่ละองค์กร แต่หลักในการเขียนความเห็นทางกฎหมายของแต่ละองค์กรย่อมไม่แตกต่างกัน ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

๒. การให้เหตุผลทางกฎหมาย (Legal Reasoning)

การให้เหตุผลทางกฎหมาย คือ การคิดอย่างสมเหตุสมผล การนำกฎเกณฑ์และเหตุผลทางกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริง ซึ่งหลักของการให้เหตุผลทางกฎหมายจะนำไปใช้ได้ในทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นในการพิจารณาพิพากษาคดีหรือในการให้ความเห็นทางกฎหมายขององค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด หรือแม้แต่ในการให้ความเห็นทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

แม้ว่าจะมีแนวคิดทางปรัชญากฎหมายอยู่ ๒ สำนัก คือ ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (the Natural Law theory) ที่เห็นว่า กฎหมายขึ้นอยู่กับเหตุผล (reason) ซึ่งมีอยู่ในธรรมชาติ ความถูกต้อง ไม่อาจเปลี่ยนแปลงโดยอำเภอใจ หรือผู้มีอำนาจได้ กับอีกแนวคิดคือ ปรัชญากฎหมายบ้านเมือง (the Positive Law Theory) ที่เห็นว่ากฎหมายเป็นคำบัญชาของผู้มีอำนาจสูงสุด เป็นไปตามอำเภอใจของผู้บัญญัติกฎหมายก็ตาม แต่หากพิจารณาให้ถ่องแท้แล้ว แม้กฎหมายจะออกตามอำเภอใจตามแนวคิดปรัชญากฎหมายบ้านเมือง ก็ยังต้องอยู่ในกรอบของเหตุผลเช่นกัน การวินิจฉัยคดีก็ย่อมต้องมีเหตุผล และการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา ก็ย่อมต้องมีเหตุผล กฎหมายต้องตราขึ้นภายใต้กรอบของเหตุผล หากปราศจากเหตุผล ย่อมปราศจากหลักเกณฑ์ที่หาความแน่นอนไม่ได้^๓ ดังนั้น เมื่อต้องวินิจฉัยปัญหากฎหมายในเรื่องใดแล้ว ก็ย่อมต้องให้เหตุผลทางกฎหมายไว้เช่นกัน

^๒ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า ๙๕-๙๖.

^๓ วิชา มหาคุณ, การใช้เหตุผลในทางกฎหมาย (Legal Reasoning), หน้า ๒ - ๕.

รูปแบบการนำการให้เหตุผลทางตรรกศาสตร์มาใช้ในการให้ความเห็นกฎหมายที่เป็นที่นิยม มี ๓ วิธี คือ

๑) การให้เหตุผลโดยวิธีอุปนัย (reasoning by induction) เป็นวิธีการให้เหตุผลที่มีมาตั้งแต่สมัยที่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีวิธีการคิดวิเคราะห์จากการตัดสินคดีในแต่ละเรื่องที่ผ่านมา และหาข้อสรุปจากคดีต่าง ๆ เหล่านั้นเพื่อให้ได้ข้อสรุปเป็นหลักกฎหมาย^๔ หรืออาจอธิบายได้อย่างง่าย ๆ ว่า การคิดหาเหตุผลโดยวิธีนี้จะเริ่มจากข้อเท็จจริงที่มีอยู่ หรือคำตัดสินคดีที่ปรากฏในแต่ละคดี ซึ่งจะเรียกว่าเป็นเรื่องของแต่ละสิ่ง แต่ในแต่ละสิ่งนั้นมีสิ่งที่เหมือนกัน เมื่อเอามาคิดวิเคราะห์จากแต่ละสิ่งก็จะได้ข้อสรุปที่เป็นหลักกฎหมายที่เหมือนกัน การให้เหตุผลตามวิธีนี้จะนำมาซึ่งความรู้ใหม่ ซึ่งเคยมีการเปรียบเทียบว่า วิธีการให้เหตุผลเช่นนี้เหมาะกับการให้เหตุผลทางวิทยาศาสตร์ เช่น $A+B+C =$ ข้อสรุป หรือที่อาจารย์ วิษณุ เครืองาม^๕ สรุปไว้ว่าเป็นใช้วิธีการสรุปหลักกฎหมายจากคดีก่อนตามทฤษฎีว่าด้วยบรรทัดฐานแห่งคดี (doctrine of precedent induction) เป็นการโยงจากสิ่งที่พบเห็นได้ไปยังสิ่งที่ยังไม่อาจพบเห็นได้

๒) การให้เหตุผลโดยวิธีนิรนัย (reasoning by deductive) เป็นวิธีการที่ใช้หลักซึ่งมีอยู่ก่อนแล้ว เช่น ตัวบทกฎหมาย แล้วจึงปรับหลักดังกล่าวไปสู่คดีแต่ละเรื่อง นิยมใช้ตัวบทกฎหมายเป็นข้ออ้างหลัก^๖ ซึ่งก็คือการนำสิ่งที่รู้อยู่แล้ว เพื่อไปหาข้อสรุปของข้อเท็จจริงแต่ละเรื่อง การให้เหตุผลประเภทนี้ก็จะนิยมใช้กลุ่มประเทศที่มีการใช้กฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร

๓) การให้เหตุผลโดยการเทียบเคียง (reasoning by analogy) เป็นวิธีที่นิยมในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยจะเห็นจากศาลในแต่ละมลรัฐของสหรัฐอเมริกาเลือกนำคำพิพากษาของศาลต่างมลรัฐในคดีที่มีข้อเท็จจริงมาปรับใช้ได้ตามความเหมาะสม โดยวิธีเทียบเคียง คือ “ความเหมือนกัน” (symmetry) ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันควรได้รับการปรับใช้อย่างเดียวกัน และนำไปสู่ผลลัพธ์อย่างเดียวกัน^๗

จากวิธีการให้เหตุผลทางกฎหมายทั้ง ๓ วิธีข้างต้น แม้อาจมีผู้กล่าวว่า วิธีการให้เหตุผลโดยวิธีนิรนัย (reasoning by deductive) จะเป็นวิธีที่นิยมใช้ในกลุ่มประเทศที่ใช้

^๔ Kent Sinclair Jr., Legal reasoning : In Search of an Adequate Theory of Argument, 59 CALIF. L. REV. 827.

^๕ วิษณุ เครืองาม, การนำวิธีการให้เหตุผลทางตรรกศาสตร์มาใช้ในทางนิติศาสตร์ ใน รฟสาร ๔๙ หน้า ๔.

^๖ เฟิงอ้าง, หน้า ๕.

^๗ เฟิงอ้าง, หน้า ๑.

กฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่ในประเทศไทยเราเองก็มีการนำวิธีการให้เหตุผลโดยทางเทียบเคียง (reasoning by analogy) มาใช้ควบคู่กันไปด้วย

๓. กระบวนการให้เหตุผลทางกฎหมาย

กระบวนการให้เหตุผลทางกฎหมายอาจสรุปได้จากที่กล่าวมาในบทนำ ไม่ว่าจะเป็นแนวคิดของประเทศเยอรมัน สหรัฐอเมริกา หรือประเทศไทย ว่ากระบวนการที่สำคัญที่ต้องมี ได้แก่ (๑) ข้อเท็จจริง (๒) การกำหนดประเด็น (๓) หลักกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ และ (๔) การวิเคราะห์และให้เหตุผลทางกฎหมาย ดังต่อไปนี้

๓.๑ ข้อเท็จจริง

โดยที่ข้อเท็จจริงที่นำมาสู่ประเด็นในการจัดทำความเห็นทางกฎหมายเป็นเรื่องที่สำคัญ จำเป็นต้องมีข้อเท็จจริงที่ครบถ้วน ต้องแสดงให้เห็นถึงประเด็นที่เป็นประเด็นโต้เถียงกัน และจากข้อเท็จจริงที่ได้มาจะฟังข้อเท็จจริงนั้นเป็นที่ยุติอย่างไร^๔ ข้อเท็จจริงของเรื่องจึงเป็นส่วนสำคัญมาก ที่จะต้องได้ข้อเท็จจริงให้ครบถ้วนทุกแง่มุม ซึ่งการเขียนข้อเท็จจริงในส่วนนี้ หากเป็นงานจัดทำความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วก็ต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากหน่วยงานที่หารือปัญหาข้อกฎหมายหรือสอบถามเพิ่มเติมจากหน่วยงานที่หารือปัญหาข้อกฎหมายนั้น เพื่อให้ข้อเท็จจริงอย่างแจ่มชัด แต่สำหรับองค์กรที่มีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายโดยเฉพาะหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายต่าง ๆ ต้องแสวงหาข้อเท็จจริงของเรื่องมาให้ครบถ้วน ซึ่งหากข้อเท็จจริงไม่ครบถ้วนหรือตกหล่นอาจทำให้การวินิจฉัยปัญหาดกหล่นหรือผิดพลาดได้ ส่วนการเขียนข้อเท็จจริงในส่วนนี้จะเขียนแบบใดนั้น ก็จะขึ้นอยู่กับลักษณะของปัญหา ในบางเรื่องจำเป็นต้องสรุปข้อเท็จจริงให้เห็นลำดับขั้นตอนตามช่วงเวลาลำดับเหตุการณ์ แต่ในบางเรื่องเพียงแค่สรุปข้อเท็จจริงให้เข้าใจเรื่องและประเด็นที่ปัญหาก็เพียงพอ ซึ่งการเขียนข้อเท็จจริงอาจสรุปเทคนิคต่าง ๆ ได้ ดังนี้

(๑) เทคนิคการได้ข้อเท็จจริงให้ครบถ้วน นักกฎหมายต้องมีคุณลักษณะเป็นคนที่ช่างสังเกต ช่างสงสัย และจดจำรายละเอียด ต้องทำความเข้าใจข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น หากข้อเท็จจริงที่ได้มามีความคลุมเครือ ไม่อาจทำความเข้าใจได้อย่างกระจ่างแล้ว ต้องมีการสอบถามจากผู้ที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติม และนักกฎหมายควรจรรู้ประเด็นข้อกฎหมายในเบื้องต้น เพื่อให้การแสวงหาข้อเท็จจริงได้ครบถ้วนตรงตามประเด็นแห่งปัญหา

(๒) เทคนิคในการตรวจสอบข้อเท็จจริง ต้องมีการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ได้มาเท่าที่จะกระทำได้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวถูกต้องหรือไม่ และแสวงหาข้อเท็จจริงให้ครบถ้วนตามประเด็นอันเป็นปัญหาข้อกฎหมาย

^๔ อ้างแล้ว เชิงอรรถ ๒, หน้า ๙๕.

(๓) เทคนิคในการเขียนข้อเท็จจริง

- การเขียนข้อเท็จจริงในการทำความเข้าใจทางกฎหมาย ควรจะเขียนในลักษณะการสรุปข้อเท็จจริง โดยการย่อความ แต่ต้องมีข้อเท็จจริงให้ครบถ้วน ซึ่งอาจนำแนวคิดที่ว่า ข้อเท็จจริงของเรื่อง คือ ใคร ทำอะไร ที่ไหน เมื่อไหร่ เหตุใด และอย่างไร (who, what, where, when, why, how)

- ข้อเท็จจริงที่นำมาเขียน ต้องแยกให้ชัดเจนว่าเป็นข้อเท็จจริงที่มาจากที่ใด เช่น ข้อเท็จจริงที่ได้มาจากหน่วยงานมีหนังสือถามมา หรือข้อเท็จจริงที่ได้มาเพิ่มเติมโดยเจ้าหน้าที่จากการซักถามเพิ่มเติม หรือหาข้อมูลเพิ่มเติม

- เทคนิคการสรุปข้อเท็จจริงของแต่ละเรื่อง ขึ้นอยู่กับบริบทและปัญหาที่เป็นประเด็นพิจารณา โดยบางกรณีใช้วิธีสรุปความเรียงตามวันเวลา หรือสรุปเรื่องตามประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องที่จะพิจารณา บางกรณีจำเป็นต้องมีข้อเท็จจริงโดยละเอียดเพื่อใช้ในการในการพิจารณา โดยเฉพาะการทำความเข้าใจเสนอองค์กรณีที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท เช่น คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ต่าง ๆ

- ภาษาที่ใช้ต้องเป็นไปตามหลักการใช้ภาษาไทย มีรูปประโยคที่ถูกต้อง กระชับ และชัดเจน ไม่จำเป็นต้องมีถ้อยคำฟุ่มเฟือย เพื่อขยายคำในประโยคมากเกินไป เพราะอาจทำให้เข้าใจคลาดเคลื่อนได้ เลือกใช้คำเชื่อมประโยคที่ต้องการ หลีกเลี่ยงการใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกำกวม วกวน ใช้ภาษาที่อ่านแล้วเข้าใจได้ง่าย

๓.๒ การกำหนดประเด็น

การกำหนดประเด็นปัญหาเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง ในบางครั้งกรณีที่มีหน่วยงานหรือองค์กรอื่นเป็นผู้สอบถามปัญหาก็อาจจะกำหนดประเด็นคำถามมาไว้แล้ว ซึ่งในส่วนนี้จำเป็นที่ต้องตรวจสอบว่าประเด็นคำถามนั้น เป็นประเด็นปัญหาจริง ๆ หรือไม่ หรือการตอบประเด็นปัญหาตามที่ตั้งประเด็นมา ไม่ใช่การกำหนดประเด็นที่ถูกต้อง ก็ต้องมีการกำหนดประเด็นใหม่ที่ต้องเหมาะสม ตรงตามกับปัญหาที่ผู้ถามประสงค์จะทราบอย่างแท้จริง ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นให้ลึกซึ้งว่า แท้จริงแล้วประเด็นปัญหาของเรื่องคือประเด็นใด เพราะในบางครั้งผู้ถามปัญหาไมใช่นักกฎหมายอาจตั้งประเด็นคำถามได้ไม่ครบถ้วน ไม่ตรงประเด็นที่ประสงค์จะขอหารือมาก็เป็นได้ นอกจากนั้นต้องตรวจสอบด้วยว่าประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นประเด็นปัญหาข้อกฎหมายหรือไม่ หรือเป็นเพียงประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้น

๓.๓ หลักกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ

การจัดทำความเข้าใจทางกฎหมายของหน่วยงานของรัฐจำเป็นต้องพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับให้รอบคอบ ไม่จำกัดอยู่เฉพาะแต่บทบัญญัติ

กฎหมายที่ผู้ถามประเด็นปัญหาตั้งคำถามมาเท่านั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรง บทบัญญัติที่ใช้ในปัจจุบัน บทบัญญัติที่ใช้ในขณะที่มีปัญหาข้อกฎหมาย บทเฉพาะกาล บทบัญญัติในกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน ต้องพิจารณาให้รอบด้านว่ามีกฎหมายอื่นใดเกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ โดยเฉพาะกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎหมายกลางของแต่ละเรื่อง

๓.๔ การวิเคราะห์และให้เหตุผลทางกฎหมาย

ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนการนำกฎหมายมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริง ซึ่งในหัวข้อที่ ๒ ได้อธิบายถึงการให้เหตุผลทางกฎหมายมาแล้วว่า ในประเทศที่ใช้กฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรจะนำหลักการให้เหตุผลโดยวิธีนัย (reasoning by deductive) ซึ่งเป็นวิธีการปรับหลักกฎหมายที่มีอยู่ไปกับข้อเท็จจริงของแต่ละเรื่อง แต่ในการปรับหลักกฎหมายที่มีอยู่นั้น หากเป็นเรื่องที่ซับซ้อน เข้าใจกฎหมายได้ตรงกัน ก็สามารถปรับหลักกฎหมายนั้นได้เลย แต่ในบางกรณีถ้อยคำในกฎหมายมีความไม่ชัดเจน คลุมเครือ หรือมีสถานการณ์บางอย่างเปลี่ยนแปลงไป ทำให้การพิจารณาบทบัญญัติที่ใช้บังคับมานานแล้ว ที่อาจมีการใช้ถ้อยคำที่ไม่ครอบคลุมถึงเรื่องในปัจจุบัน จึงทำให้เกิดการตีความกฎหมายขึ้น ในหัวข้อต่อไปจะกล่าวถึงการนำหลักการตีความกฎหมายมาใช้ในการให้เหตุผลทางกฎหมาย

๔. หลักกฎหมายที่ใช้ในการตีความกฎหมาย

ในการตีความกฎหมายนั้น เป็นการค้นหาเพื่อที่จะชี้ความหมาย (meaning) และขอบเขต (scope) ของถ้อยคำหรือข้อความที่ใช้ในตัวบทกฎหมาย นอกจากนี้การวิเคราะห์ปัญหาการตีความในกฎหมายพิจารณารวมถึงกรณีการอุดช่องว่างของกฎหมาย และเรื่องการจัดแย้งกันของกฎหมายด้วย การตีความกฎหมายไม่ใช่เป็นการสร้างหรือตรากฎหมายขึ้นใหม่ ไม่ใช่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย แต่เป็นการให้ความกระจ่างในสิ่งที่ไม่ชัดเจน เพราะความคลุมเครือของถ้อยคำที่ใช้หรือถ้อยคำที่ใช้เข้าใจได้หลายแง่หลายมุม ทั้งนี้ โดยแปลความหมายถึงสิ่งที่ถ้อยคำมิได้กล่าวไว้ชัดเจนโดยตรงด้วยการอาศัยตรรกะและเทคนิคการตีความ^๙ จำเป็นต้องพิจารณาและเข้าใจกับนิติวิธีของระบบกฎหมาย

นิติวิธี (Juristic Method) หรือการใช้การตีความกฎหมาย ซึ่งหมายถึงความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน กล่าวคือทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี คำพิพากษา หลักกฎหมายทั่วไป รวมตลอดจน

^๙ อรุณ ภาณุพงศ์, “การตีความกฎหมาย”, ในวารสารนิติศาสตร์, ปีที่ ๒๖ ฉบับที่ ๓, พ.ศ. ๒๕๓๙, หน้า ๕๔๗.

วิธีคิด วิธีใช้วิธีตีความ วิธีบัญญัติกฎหมาย วิธีสอน วิธีศึกษา และวิธีการพัฒนาหลักกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปตามกาลเวลา^{๑๐} ซึ่งระบบกฎหมายมี ๒ ระบบ ได้แก่^{๑๑}

๑. ระบบกฎหมายอังกฤษ (ระบบ Common Law) ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย อินเดีย และประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากการปกครองของประเทศไทย

๒. ระบบกฎหมายในประเทศยุโรป (ระบบ Civil Law) ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน เนเธอร์แลนด์ เบลเยียม อิตาลี สเปน และประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายโรมันเดิม

ในระบบ Common Law หลักกฎหมายจะเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลสูง (Case Law) ที่เป็นการวางบรรทัดฐานเป็นหลักกฎหมาย เมื่อเกิดข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันศาลก็จะใช้หลักกฎหมายที่เคยตัดสินวางบรรทัดฐานไว้ในคดีก่อน ๆ (Precedent) มาตัดสิน อย่างไรก็ตาม ประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ก็ยังคงมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรออกใช้บังคับ (Statute) แต่มิใช่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปเหมือนหลักกฎหมายที่ศาลสูงได้วางเอาไว้^{๑๒} นิติวิธีในการใช้และตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศที่ใช้ระบบ Common Law คือกฎหมายที่เกิดจาก Act of Parliament หรือ Statute จะตีความในลักษณะการตีความเคร่งครัดตามตัวอักษร ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักคิดที่ว่ากฎหมายที่ผ่านรัฐสภาซึ่งเป็น Statute เป็นกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องเพื่อยกเว้นหลักกฎหมาย Common Law ซึ่งเป็นหลักทั่วไป โดยระบบนี้จะมีหลักการตีความ ๓ หลัก^{๑๓} คือ ๑) Literal Rule เป็นหลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษร ๒) Golden Rule เป็นการปรับปรุงหลัก Literal Rule เพื่อไม่ให้เกิดการใช้หลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษรก่อให้เกิดผลที่ประหลาด (absurd) หรือไม่สอดคล้องสมเหตุสมผล^{๑๔} และ ๓) Mischief Rule เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Statute) ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้หลักกฎหมายที่เกิดจาก Common Law บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นได้^{๑๕}

^{๑๐} กิตติศักดิ์ ปรกติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, พิมพ์ครั้งที่ ๓, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๕๑, หน้า ๑๕.

^{๑๑} ศาสตราจารย์ ดร. อักษราทร จุฬารัตน์, *การตีความกฎหมาย*, ๒๕๔๑, หน้า ๒.

^{๑๒} เพิ่งอ้าง, หน้า ๓-๔.

^{๑๓} เพิ่งอ้าง, หน้า ๑๐-๑๒.

^{๑๔} เพิ่งอ้าง, หน้า ๑๘.

^{๑๕} เพิ่งอ้าง, หน้า ๒๒.

ส่วนในระบบ Civil Law หลักกฎหมายมีที่มาจากระบบกฎหมายโรมันและได้รับการพัฒนาต่อมา โดยจะอยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีประมวลกฎหมาย (Code) ซึ่งวางหลักกฎหมายในลักษณะเป็นการทั่วไปอย่างกว้างโดยครบถ้วนและชัดเจน มีบทบัญญัติที่อยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (พระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง) เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นผู้พิพากษาจึงมีหน้าที่แปลหรือตีความบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อปรับใช้ในแต่ละคดี^{๑๖} อย่างไรก็ตาม การตีความกฎหมายของทั้งสองระบบต่างก็มุ่งไปสู่วัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน นั่นก็คือ เพื่อให้ทราบถึงความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย อันจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรม^{๑๗}

สำหรับระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้นเกิดขึ้นโดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเป็นผู้ทรงตัดสินใจเมื่อปี พ.ศ. ๒๔๔๐ เพื่อให้ง่ายต่อการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาล แม้ในระยะแรกผู้ที่ได้มีโอกาสไปศึกษากฎหมายมักศึกษาในประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษซึ่งเป็นวิชาการในทางระบบกฎหมาย Common Law และส่งผลให้ระบบกฎหมาย Common Law มีอิทธิพลต่อการศึกษาในมหาวิทยาลัยรวมถึงต่อผู้ปฏิบัติงานในทางกฎหมายของประเทศ แต่ได้มีการปรับแนวความคิดรวมถึงการสอนในมหาวิทยาลัยเพื่อให้เป็นไปตามระบบกฎหมายที่ถูกต้องในที่สุด^{๑๘}

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่าประเทศไทยมีระบบกฎหมายเป็นแบบ Civil Law ดังจะเห็นได้จากการมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา รวมถึงมีการแบ่งประเภทของกฎหมายคือแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน เนื่องจากมีนิติสัมพันธ์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนมีฐานะเท่าเทียมกัน จึงต้องใช้หลักความตกลงสมัครใจของคู่กรณี ในขณะที่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนหรือระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน เป็นเรื่องที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ดูแลรักษาผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวมกับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งต้องรักษาสีทธิประโยชน์ของตน จึงต้องใช้หลักกฎหมายมหาชนเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์ส่วนรวมกับการรักษาสีทธิประโยชน์ของเอกชน^{๑๙}

หลักการตีความในระบบกฎหมาย Civil Law นั้น มีหลักสำคัญ ๒ ประการคือ ๑) หลักการตีความตามตัวอักษร (Grammatical Interpretation) และ ๒) หลักการตีความ

^{๑๖} เฟื่องอ้าง, หน้า ๔.

^{๑๗} ปกรณ์ นิลประพันธ์, ความเป็นกลางในการตีความกฎหมาย, ๑๓ มกราคม ๒๕๕๗, http://lawdrafter.blogspot.com/2014/01/blog-post_13.html, สืบค้นเมื่อ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๕.

^{๑๘} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๑, หน้า ๘-๙.

^{๑๙} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๑, หน้า ๕.

ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Logical Interpretation หรือ Purpose Approach) โดยการใช้และการตีความกฎหมายจะกระทำโดยพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่ไปกับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ^{๒๐} ซึ่งการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายสามารถเริ่มจากการพิจารณาโครงสร้างของกฎหมายว่าบทกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความมีกี่วรรค แต่ละวรรคมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันอย่างไร เป็นเหตุเป็นผลกันหรือไม่ อยู่ในหมวดใด ส่วนใด หรือบรรพใดของกฎหมาย มีการกำหนดให้นำบทบัญญัติมาตรานี้ หรือในหมวดอื่นมาใช้บังคับโดยอนุโลมหรือไม่ เพราะองค์ประกอบเหล่านี้เป็นสิ่งที่อยู่ในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะทำให้ผู้ตีความกฎหมายสามารถใช้และตีความได้อย่างมีเหตุผลและเป็นระบบยิ่งขึ้น^{๒๑}

นอกจากการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายสามารถเริ่มจากการพิจารณาโครงสร้างของกฎหมายแล้ว ยังอาจพิจารณาประวัติศาสตร์ความเป็นมาของการจัดทำกฎหมาย (Historical Interpretation) นั้น ๆ ซึ่งสามารถค้นได้จากร่างกฎหมายเดิมของหน่วยงานผู้บังคับใช้กฎหมาย ร่างกฎหมายที่เสนอเข้าสู่สภา บันทึกละเอียดและเหตุผล บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างกฎหมาย สรุปผลการรับฟังความคิดเห็นและรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากร่างพระราชบัญญัติ^{๒๒} รวมถึงรายงานการประชุม

^{๒๐} อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๑, หน้า ๓๑-๓๒.

^{๒๑} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้การตีความกฎหมายมหาชน”, ใน การใช้และการตีความกฎหมายพิมพ์ครั้งที่ ๔ : ธันวาคม ๒๕๖๓, สำนักพิมพ์วิญญูชน, หน้า ๓๔๐-๓๔๑.

^{๒๒} ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. ๒๕๖๒

ข้อ ๑๑๐ ร่างพระราชบัญญัติต้องแบ่งเป็นมาตรา และต้องมีบันทึกประกอบ ดังต่อไปนี้

(๑) หลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติ

(๒) เหตุผลในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ

(๓) บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ

สรุปผลการรับฟังความคิดเห็นและรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากร่างพระราชบัญญัติ ให้เสนอมาพร้อมบันทึกประกอบตามวรรคหนึ่ง

หลักการแห่งร่างพระราชบัญญัตินั้น ให้กำหนดโดยชัดแจ้ง

ก่อนบรรจุระเบียบวาระการประชุมร่างพระราชบัญญัติที่มีผู้เสนอตามมาตรา ๑๓๓ (๒) หรือ (๓) ของรัฐธรรมนูญ การพิจารณาความจำเป็นที่จะต้องรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ ที่อาจเกิดขึ้นจากร่างพระราชบัญญัติ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ประธานสภากำหนด ซึ่งต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

ในชั้นการพิจารณาร่างกฎหมาย เป็นต้น^{๒๓} นอกจากนี้ ในกรณีที่กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ ไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากกฎหมายนั้นออกมาใช้บังคับ เป็นเวลานาน ผู้ตีความยังอาจพิจารณาถึงสภาพการณ์ของสังคมและเศรษฐกิจในขณะนั้น ซึ่งเป็นการตีความโดยพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่เป็นความมุ่งหมาย (Purposes) ของกฎหมาย เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายเองมิใช่เป็นเจตนาของผู้บัญญัติหรือเจตนาของรัฐสภาในขณะที่ บัญญัติกฎหมายนั้น ๆ^{๒๔} (ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย อธิบายว่าเกิดกรณีการตีความตาม ตัวอักษรกับการตีความตามเจตนารมณ์ขัดแย้งกัน กล่าวคือในบางกรณีขณะร่างกฎหมาย อาจจะยังไม่มีผู้ใดรู้จักหรือยังไม่มีใครทราบถึงการกระทำหรือเหตุการณ์นั้น ๆ ได้ ยิ่งในยุคที่มี การเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี ที่ส่งผลต่อเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม^{๒๕} จึงต้องถือเอา การตีความตามเจตนารมณ์เป็นใหญ่ เพราะเป็นการตีความได้ผลสมตามความมุ่งหมายของ กฎหมาย) แล้วตีความกฎหมายให้ Adaptability^{๒๖} เพื่อยืดหยุ่นเข้ากับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ใหม่ ๆ โดยไม่ตีความให้เกิดผลประหลาด รวมทั้งต้องถือว่ากฎหมายมีความมุ่งหมายในทางที่จะ ใช้บังคับได้ ซึ่งเป็นกรณีที่มีความสงสัยสามารถตีความไปได้สองทางคือทางที่จะให้กฎหมาย นั้นมีผลใช้บังคับได้และทางที่จะทำให้กฎหมายนั้นไร้ผล จึงต้องถือว่ากฎหมายนั้นมีความมุ่งหมาย หรือเจตนารมณ์ที่จะให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับได้ มิฉะนั้นคงไม่บัญญัติกฎหมายขึ้น^{๒๗} ดังจะเห็นได้จากการวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังต่อไปนี้

- บันทึก เรื่อง การตีความในพระราชบัญญัติคินยศ บรรดาศักดิ์ เครื่องราช-อิสริยาภรณ์และสิทธิในการรับเบี้ยหวัด บำเหน็จและบำนาญ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๔๙๑ (เรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๔๙๒) ซึ่งมีประเด็นว่า มาตรา ๔ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติคินยศ บรรดาศักดิ์ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ และสิทธิในการรับเบี้ยหวัด บำเหน็จและบำนาญ พุทธศักราช ๒๔๘๙ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคินยศ บรรดาศักดิ์ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ และสิทธิในการรับเบี้ยหวัด บำเหน็จและบำนาญฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๔๙๑) ที่ว่า “ถ้าบุคคลดังกล่าวเคยเป็นข้าราชการประจำมาก่อน และยังไม่ได้รับเบี้ยหวัด บำเหน็จ หรือบำนาญ ก็ให้ได้รับเบี้ยหวัด บำเหน็จ หรือบำนาญเฉพาะเหตุทดแทนตาม กฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญในปัจจุบัน” แต่กฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญที่ใช้อยู่ใน

^{๒๓} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๑, หน้า ๓๕-๓๖.

^{๒๔} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๙, หน้า ๕๖๑-๕๖๒.

^{๒๕} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒, หน้า ๑๐๕.

^{๒๖} ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, หลักการตีความกฎหมายตาม ครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม, จุลนิติ ก.ค. - ส.ค. ๕๓, หน้า ๓๓.

^{๒๗} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒, หน้า ๑๐๔.

ขณะนั้นไม่มีบทบัญญัติถึงการคำนวณเบี้ยหวัดแต่อย่างใด ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายกองที่ ๑) ได้วินิจฉัยสรุปได้ว่า “จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายมีเจตนารมณ์จะให้ประโยชน์แก่ผู้ที่ต้องโทษทางการเมืองหรือเสียสิทธิเพราะการกระทำทางการเมือง ถ้าผู้ใดอยู่ในเกณฑ์ที่จะได้รับเบี้ยหวัด บำเหน็จ หรือบำนาญ แต่ยังไม่ได้รับเพราะเหตุที่ต้องโทษ หรือเสียสิทธิดังกล่าว ก็ให้ได้รับเบี้ยหวัด บำเหน็จ หรือบำนาญ แล้วแต่กรณี ส่วนการคำนวณเบี้ยหวัด บำเหน็จ หรือบำนาญนั้น ก็ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ ณ ที่นั้น ๆ เมื่อปรากฏว่าสำหรับเบี้ยหวัดนั้น ได้วางหลักเกณฑ์เป็นข้อบังคับไว้โดยเฉพาะต่างหากอยู่แล้ว ดังนั้น คำว่า “ตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญในปัจจุบัน” ในมาตรา ๔ วรรค ๒ จึงเป็นคำประกอบคำว่า “บำเหน็จหรือบำนาญ” อย่างเดียวเท่านั้น หาใช่เป็นคำประกอบคำว่า “เบี้ยหวัด” ด้วยไม่

อนึ่ง หลักทั่วไปในการตีความก็มีอยู่ว่า ถ้าข้อความใดอาจตีความได้เป็นสองนัย นัยไหนจะทำให้เป็นผลบังคับได้ ก็ให้ถือเอาตามนัยนั้นดีกว่าที่จะถือเอาที่ไร้ผล การตีความตามนัยที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น นอกจากเป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วยังเห็นได้ชัดว่าเป็นนัยที่จะทำให้เป็นผลบังคับได้ จึงเป็นการตีความที่ถูกต้องตามหลักทั่วไปดังกล่าวนี้ด้วย

จากบันทึกความเห็นดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กรรมการร่างกฎหมายกองที่ ๑ ได้สรุปหลักทั่วไปของการตีความเอาไว้ในตอนท้ายอย่างชัดเจนโดยให้ความเห็นว่าจะต้องตีความในทางที่จะทำให้มีผลใช้บังคับได้ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานราชการผู้ขอหารมากกว่าจะตีความและให้ความเห็นทางกฎหมายในทางที่จะทำให้กฎหมายนั้นไร้ผล

หลักการดังกล่าวยังปรากฏในตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ตีความทางที่จะให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับได้ ตามวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังต่อไปนี้

- บันทึก เรื่อง การจำหน่ายซากของสัตว์ป่าคุ้มครองไปยังต่างประเทศตาม มาตรา ๖๑ และมาตรา ๖๗ แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ (เรื่องเสร็จที่ ๖๙๐/๒๕๓๖) ซึ่งมีประเด็นว่า กรณีผู้ที่ครอบครองซากสัตว์ป่าคุ้มครองเพื่อการค้าซึ่งมิได้มาจากการเพาะพันธุ์และจะต้องจำหน่ายซากสัตว์ป่าให้เสร็จสิ้นภายในสามปีตามมาตรา ๖๑ (๒) แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ และกรณีผู้ได้รับใบอนุญาตให้ค้าซากสัตว์ป่าคุ้มครองซึ่งมิได้มาจากการเพาะพันธุ์ และจะต้องจำหน่ายซากสัตว์ป่าให้เสร็จสิ้นภายในสามปีตามมาตรา ๖๗ (๕) แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ นั้น จะสามารถจำหน่ายซากสัตว์ป่าคุ้มครองดังกล่าวโดยการส่งออกไปยังต่างประเทศตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ได้หรือไม่

ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๓) ได้วินิจฉัยสรุปได้ว่า “...ในทาง การค้าปกติของหนังสือนี้จะเป็นการส่งออกไปยังต่างประเทศทั้งสิ้น ซึ่งหากตีความกฎหมาย ไปในทางที่ห้ามส่งออกซากของสัตว์ป่าคุ้มครองไปยังต่างประเทศแล้ว ผู้ขายก็ต้องจำหน่าย ซากของสัตว์ป่าคุ้มครองภายในประเทศเท่านั้น ซึ่งไม่อาจกระทำได้นี้เนื่องจากมาตรา ๑๙ แห่ง พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ห้ามมิให้ผู้ใดมีซากของสัตว์ป่าคุ้มครองไว้ใน ครอบครอง จึงไม่มีผู้ใดสามารถจะซื้อซากของสัตว์ป่าดังกล่าวได้เพราะเป็นการขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น การตีความที่ห้ามส่งหนังสือออกนอกราชอาณาจักร จึงเป็นการตีความในทางที่ทำให้เกิด การไร้ผลในทางปฏิบัติ...”

- บันทึก เรื่อง ทหหรือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับซากของสัตว์ป่าที่บุคคลมีไว้ใน ครอบครองก่อนการกำหนดให้เป็นสัตว์ป่าคุ้มครองตามกฎหมาย (เรื่องเสร็จที่ ๘๘/๒๕๓๙) คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๓) ได้วินิจฉัย สรุปได้ว่า “การที่บริษัทแอลพี แอนด์ พี (ไทยแลนด์) และนายประเสริฐฯ แจ้งการครอบครองซากของ สัตว์ป่าคุ้มครองเป็นหนังสือโดยไม่ใช้แบบตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ตามมาตรา ๓๗ แห่ง พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๐๓ และพนักงานเจ้าหน้าที่รับดำเนินการ ต่อมาภายหลังจากพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ ใช้บังคับแล้ว จึงถือได้ว่าเป็นการรับดำเนินการในฐานะการรับแจ้งตามบทเฉพาะกาลในมาตรา ๖๗ ประกอบกับมาตรา ๖๑ (๒) แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งยังไม่มีกฎกระทรวงกำหนดแบบและวิธีการแจ้งตามมาตรา ๖๗ วรรคสอง ดังนั้น บริษัทฯ และนายประเสริฐฯ สามารถดำเนินการจำหน่ายซากของสัตว์ป่าคุ้มครองให้เสร็จสิ้นภายใน สามปีตามมาตรา ๖๗ (๒) ประกอบกับมาตรา ๖๑ (๒) แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครอง สัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ ในการนี้บริษัทฯ และนายประเสริฐฯ สามารถส่งออกซากของสัตว์ป่า คุ้มครอง (หนังเหี้ย) ออกไปยังต่างประเทศได้ เพราะถ้ากฎหมายยอมให้ผู้ที่มีซากของสัตว์ป่า คุ้มครองอยู่ในความครอบครองก่อนกฎหมายกำหนดให้เป็นสัตว์ป่าคุ้มครองสามารถ ครอบครองซากของสัตว์ป่าคุ้มครองนั้นต่อไปได้และสามารถค้าซากของสัตว์ป่าคุ้มครองนั้นได้ แต่ไม่ยอมให้ส่งออกซากของสัตว์ป่าคุ้มครองนั้นย่อมเป็นการแปลความกฎหมายที่ทำให้เกิด การไร้ผลในทางปฏิบัติ”

จากการตีความกฎหมายและให้ความเห็นตามแนวทางของระบบกฎหมาย Civil Law แล้วการทำความเข้าใจทางกฎหมายยังต้องพิจารณาถึงประเภทของกฎหมายดังจะได้ กล่าวในหัวข้อต่อไป

๕. หลักการตีความโดยแบ่งตามประเภทของกฎหมาย

๕.๑ หลักการตีความกฎหมายแพ่ง มาตรา ๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดหลักการตีความกฎหมายแพ่งและการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้ว่า

“อันกฎหมายนั้น ท่านว่าต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

ถ้าและไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ท่านให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีด้วยไซ้ ท่านให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

จากบทบัญญัติมาตรา ๔ ดังกล่าวสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้^{๒๘}

๕.๑.๑ กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

๕.๑.๒ ในกรณีไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ก็จะต้องวินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น

๕.๑.๓ ถ้าไม่มีจารีตประเพณีต้องตีความโดยอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

๕.๑.๔ ถ้าไม่มีบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป โดยหลักกฎหมายทั่วไปนี้จะปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกา สุขาจิตกฎหมาย หรือตำรากฎหมายต่าง ๆ ซึ่งมีคุณลักษณะร่วมกันตามที่ศาสตราจารย์พิเศษธานินทร์ กรัยวิเชียร อธิบายไว้คือมีความสอดคล้องด้วยสามัญสำนึก^{๒๙} ซึ่งเห็นได้จากการที่มาตรา ๑๓๔ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติรองรับเอาไว้ว่า “ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าหากไม่มีตัวบทกฎหมายใดที่สามารถปรับใช้แก่คดีแล้ว ศาลมีหน้าที่ต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป หากไม่สามารถค้นหาได้ก็ต้องถือเอาสามัญสำนึกเป็นสำคัญ^{๓๐}

^{๒๘} ศาสตราจารย์พิเศษธานินทร์ กรัยวิเชียร และดร.อภิชน จันทระเสน, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ ๖, ๒๕๖๒, หน้า ๒๐๔.

^{๒๙} เพิ่งอ้าง, หน้า ๒๐๗.

^{๓๐} เพิ่งอ้าง, หน้า ๒๐๙.

๕.๒ หลักการตีความกฎหมายอาญา การตีความกฎหมายอาญาในประเทศไทย ซึ่งเป็นระบบ Civil Law ก็ยังคงเป็นการตีความตามตัวอักษรและตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย^{๓๑} แต่จะมีหลักการตีความที่แตกต่างไปจากการตีความกฎหมายแพ่ง กล่าวคือ กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสังคม จะเห็นได้จากถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย มีลักษณะการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด กฎหมายอาญาจึงกำหนดความผิด และกำหนดโทษซึ่งถือเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องรับโทษอาญาโดยแท้ การตีความจึงต้องตีความโดยเคร่งครัดตามตัวอักษรเท่านั้น หากการกระทำนั้นไม่ตรงกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามตัวอักษร จะถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดอาญาไม่ได้^{๓๒}

หลักการดังกล่าวได้มีการรับรองเอาไว้ในมาตรา ๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่บัญญัติว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้น ไม่เป็นความผิดต่อไป ให้ผู้ที่ได้กระทำการนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิดและถ้าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดนั้น ถ้ารับโทษอยู่ก็ให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลง”

นอกจากบทบัญญัติในมาตรา ๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญาแล้ว มาตรา ๓ ยังเป็นบทบัญญัติการใช้กฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “มาตรา ๓ ถ้ากฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างกับกฎหมายที่ใช้ในภายหลังการกระทำความผิด ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด ไม่ว่าในทางใด...”

จากหลักการตีความตามกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดนี้ สามารถแบ่งหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้^{๓๓}

๕.๒.๑ การตีความกฎหมายอาญาจะขยายความในบทบัญญัติเพื่อลงโทษหรือเพิ่มโทษให้หนักขึ้นไม่ได้ ซึ่งศาสตราจารย์จิติ ตังศภัทย์ ได้ให้ความเห็นว่า หลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดจะขยายความไม่ได้ นั้น หมายความว่าความเฉพาะกรณีที่หาก

^{๓๑} กุสุมา เมฆเมฆา และอำนาจเนตยสุภา, การตีความกฎหมายอาญา, ในการใช้และการตีความกฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ ๔ : ธันวาคม ๒๕๖๓, สำนักพิมพ์วิญญูชน, หน้า ๒๕๕.

^{๓๒} อ่างแล้ว เชิงอรธที่ ๒๘, หน้า ๑๙๙.

^{๓๓} เพ็งอ้ง, หน้า ๒๐๐-๒๐๓.

ขยายความตัวบทออกไปจะเป็นผลร้ายแก่จำเลยหรือผู้ต้องหาเท่านั้น ไม่หมายถึงการตีความโดยขยายความในเมื่อเป็นความประสงค์ของตัวบทกฎหมายนั้น ๆ ได้

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักการตีความกฎหมายแพ่งที่สามารถเทียบเคียงกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง จารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการตีความและอุดช่องว่างของกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักประการสำคัญของการตีความกฎหมายอาญาคือต้องตีความโดยเคร่งครัดหากเป็นการตีความในทางที่เป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิดนั้น จะตีความโดยนำหลักการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้บังคับเป็นผลร้ายมิได้^{๓๔} แต่หากนำมาใช้เพื่อเป็นคุณแล้วไม่มีข้อห้าม นอกจากนี้ จะนำจารีตประเพณีมาใช้เป็นผลร้ายไม่ได้เนื่องจากกฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่เกิดจากการปฏิบัติที่ต่อเนื่องกันมาอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานานจนเป็นที่ยอมรับกัน มิได้เกิดจากการบัญญัติจึงต้องห้ามมิให้นำมาใช้เพื่อลงโทษในทางอาญา เพราะจะเป็นการขัดกับบทบัญญัติในมาตรา ๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญา สำหรับการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการตีความกฎหมายอาญาก็เช่นเดียวกันคือจะนำมาใช้เป็นผลร้ายไม่ได้ แต่หากนำมาใช้เพื่อเป็นคุณยอมทำได้ เช่น การนำหลักเรื่องความยินยอมมาใช้เพื่อยกเว้นความผิดได้ในบางกรณี^{๓๕}

๕.๒.๒ การตีความกฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลใดไม่ได้

๕.๒.๓ กรณีกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้ในภายหลังกระทำความผิด ให้ใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแก่ผู้กระทำความผิด

๕.๒.๔ เมื่อกฎหมายใหม่ระบุไว้ไม่ชัดเจน จะตีความให้เป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิดไม่ได้

ตัวอย่างของการตีความกฎหมายอาญา ที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้แก่

- บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การพิจารณานำหลักกฎหมายอาญาและกฎหมายปกครองมาใช้บังคับกับการกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจที่เกิดขึ้นก่อนวันที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ มีผลใช้บังคับ (เรื่องเสร็จที่ ๖๑๗/๒๕๖๒) โดยมีประเด็นที่ขอหารือในประเด็นแรกว่า ในกรณีที่มิใช่ผู้ฝ่าฝืนมาตรา ๒๙ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งมีโทษทางอาญาและอยู่ในระหว่างการดำเนินการของคณะอนุกรรมการสอบสวนและสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า แต่ต่อมามีการยกเลิกพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยตราพระราชบัญญัติ

^{๓๔} อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๑, หน้า ๒๕๗.

^{๓๕} เพิ่งอ้าง, หน้า ๒๖๓.

การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ขึ้นใช้บังคับ และกำหนดให้การกระทำความผิดนั้นมิใช่โทษทางปกครองแทน คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะสามารถนำโทษทางปกครองตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเดิมได้หรือไม่ และประเด็นที่สอง ในกรณีที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดโทษทางอาญาไว้แตกต่างจากพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าจะสามารถลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ แก่ผู้กระทำความผิดตามกฎหมายเดิมได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้วินิจฉัยในประเด็นแรกสรุปได้ว่า “การปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าว แม้จะยังคงหลักการกำหนดความผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมไว้ แต่ได้ปรับเปลี่ยนองค์ประกอบความผิดของการกระทำ ตลอดจนบทกำหนดโทษจากเดิมที่กำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนต้องรับโทษทางอาญา เป็นการกำหนดให้มีเฉพาะโทษทางปกครองเท่านั้น ย่อมเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับในภายหลังไม่ประสงค์ให้ความผิดดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นความผิดทางอาญาอีกต่อไป ซึ่งมีผลให้ผู้ที่ได้กระทำความผิดนั้นพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญา ทั้งนี้ ตามมาตรา ๒ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

สำหรับการกำหนดโทษทางปกครองแทนโทษอาญานั้น พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ มิได้มีบทเฉพาะกาลบัญญัติรองรับการนำโทษทางปกครองตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้กับบรรดาความผิดที่ได้กระทำในขณะที่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ มีผลใช้บังคับ ประกอบกับได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๙๖/๒๕๓๙ วางหลักเกี่ยวกับการนำบทบัญญัติมาตรา ๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับในฐานกฎหมายที่เป็นคุณ โดยให้กระทำได้เฉพาะการใช้บังคับแก่ความรับผิดทางอาญาของผู้กระทำความผิดเท่านั้น ดังนั้น คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าไม่อาจนำโทษทางปกครองตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ มาใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ ในฐานะบทกฎหมายที่เป็นคุณได้

คำวินิจฉัยในประเด็นที่สอง สรุปได้ว่า พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดความผิดและโทษทางอาญาสำหรับการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งเดิมกำหนดเป็นความผิดและโทษทางอาญาไว้ตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ ย่อมเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับในภายหลังยังประสงค์ให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดทาง

อาญาอยู่ต่อไป คณะกรรมการการแข่งขันการค้าจึงต้องนำกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณมาใช้ บังคับแก่ผู้กระทำความผิด ไม่ว่าส่วนที่เป็นคุณนั้นจะอยู่ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ หรือพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็ตาม ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา”

นอกจากนี้ หลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดยังรวมถึงการตีความ บทยกเว้นโดยเคร่งครัด ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในบันทึก เรื่อง การทำให้ หยึ่งที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูก (ปัญหาเกี่ยวกับมาตรา ๓๐๕ (๑) แห่งประมวลกฎหมายอาญา) (เรื่อง เสร็จที่ ๑๒/๒๕๓๓) โดยมีประเด็นว่า แพทย์จะอาศัยมาตรา ๓๐๕ (๑) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ทำให้หยึ่งที่เป็นโรคเอดส์แท้งลูกโดยไม่มี ความผิดได้หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๕) ได้วินิจฉัยสรุปได้ว่า “ประมวล กฎหมายอาญาได้บัญญัติให้หยึ่งที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกหรือ ผู้ที่ทำให้หยึ่งแท้งลูก เป็นผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกและต้องรับโทษอาญาตามที่ กฎหมายกำหนด ได้บัญญัติยกเว้นให้ผู้กระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูกในมาตรา ๓๐๑ และ มาตรา ๓๐๒ ไม่ต้องมีความผิดไว้ในมาตรา ๓๐๕ ถ้าการกระทำความผิดดังกล่าวเป็นการกระทำของ แพทย์และจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพของหยึ่งนั้นหรือหยึ่งมีครรภ์เนื่องจากการกระทำ ความผิดอาญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ มาตรา ๒๗๗ มาตรา ๒๘๒ มาตรา ๒๘๓ หรือ มาตรา ๒๘๔ การตีความมาตรา ๓๐๕ ซึ่งเป็นบทยกเว้นความผิดดังกล่าวในประมวลกฎหมาย อาญาจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด บทยกเว้นที่ว่า “จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากสุขภาพ ของหยึ่งนั้น” ตามมาตรา ๓๐๕ (๑) จึงหมายความว่า แพทย์อาจทำให้หยึ่งแท้งลูกได้โดย ไม่มีความผิดเฉพาะในกรณีจำเป็นเนื่องจากการมีครรภ์จะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหยึ่งนั้น เท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงสุขภาพของทารกที่จะเกิดมาแต่อย่างใดด้วย แพทย์จึงไม่อาจ อาศัยมาตรา ๓๐๕ (๑) ทำให้หยึ่งที่เป็นเอดส์แท้งลูกได้โดยไม่มี ความผิด”

๕.๓ การตีความกฎหมายมหาชน ความแตกต่างของกฎหมายมหาชน (Public Law) คือ เป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ กับเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐด้วยตนเอง ในสถานะที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจ เหนือกว่าเอกชน (ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่าง เอกชนกับเอกชนในสถานะที่เท่าเทียมกัน ซึ่งรวมถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐ กับเอกชนในฐานะเท่าเทียมกันด้วย)

ในระบบกฎหมาย Civil Law การตีความกฎหมายมหาชนใช้หลักการ เดียวกันกับการตีความกฎหมายเอกชน คือการตีความตามตัวอักษร การตีความตาม เจตนารมณ์ และการตีความโดยมุ่งต่อผลให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

โดยมุ่งเน้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก จึงต้องให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นกับส่วนรวมด้วยซึ่งต่างจากการตีความตามกฎหมายเอกชนที่พิจารณาถึงสิทธิของเอกชนแต่ละฝ่ายเป็นหลัก^{๓๖} ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใดที่จะสามารถปรับใช้ในการตีความการตีความกฎหมายมหาชนก็ใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งต้องอยู่ในกรอบของการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะประกอบกับคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน^{๓๗}

จากขอบเขตของกฎหมายมหาชนที่เป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง ในสถานะที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนนี้เอง จึงอาจกล่าวได้ว่านอกจากกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครองแล้ว กฎหมายวิธีสบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นตามกฎหมายสารบัญญัติแล้วจะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้อย่างไร เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยนัยนี้ก็ถูกจัดว่าเป็นกฎหมายมหาชน เนื่องจากเป็นเรื่องการดำเนินการของรัฐ ซึ่งในเรื่องดังกล่าวคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยในลักษณะการตีความแบบขยายความ (extensive interpretation หรือ golden rule) ได้แก่

- บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่อง **หารือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการยึดและอายัดสิ่งของที่ค้นพบ (เรื่องเสร็จที่ ๕๒๙/๒๕๔๗)** โดยมีประเด็นที่ขอหารือว่า เนื่องจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติประสงค์จะฟ้องคดีแพ่งกับบริษัท ค. จำกัด จึงขอหารือว่า คำว่า “ยึด” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๓๒ (๔) จะหมายความรวมถึงการ “อายัด” สิ่งของที่ค้นพบ หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) ได้วินิจฉัยสรุปได้ว่า “แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จะมีได้กำหนดบทนิยามคำว่า “ยึด” หรือ “อายัด” ไว้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณา มาตรา ๒ (๑๑) มาตรา ๑๓๑ และมาตรา ๑๓๒ ประกอบกันแล้ว จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดกระบวนการและขั้นตอนต่าง ๆ ในการสอบสวนไว้เป็นลำดับ ดังนั้น แม้ว่ามาตรา ๑๓๒ (๔) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะกำหนดให้อำนาจพนักงานสอบสวนยึดไว้ซึ่งสิ่งของที่ค้นพบหรือส่งมาเท่านั้น โดยมีได้กำหนดถึงกรณีอายัดไว้ด้วยก็ตาม แต่ก็ต้องตีความในความหมายอย่างกว้างให้ คำว่า “ยึด” ตามมาตรา ๑๓๒ (๔) มีความหมายรวมถึง “อายัด” ด้วย มิฉะนั้นทรัพย์ของกลางที่มีขนาดใหญ่ซึ่งไม่สะดวกแก่การ

^{๓๖} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒๖, หน้า ๓๔-๓๕.

^{๓๗} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒๑, หน้า ๓๕๑-๓๕๒.

เคลื่อนย้ายเพื่อนำมาเก็บรักษาไว้ที่พนักงานสอบสวน จะไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ ทั้งนี้ ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๓๗/๒๕๕๒ วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้แล้ว”

๖. หลักการตีความอื่น ๆ

นอกจากการตีความตามประเภทของกฎหมายแล้ว อาจกล่าวได้ว่าการตีความกฎหมายของระบบกฎหมาย Civil Law ยังมีหลักอื่น ๆ ที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายได้ ซึ่งผู้ให้ความเห็นทางกฎหมายจำเป็นต้องเข้าใจประเด็นข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างถ่องแท้ จึงจะสามารถนำหลักต่าง ๆ ใช้ได้อย่างถูกต้องโดยขอยกหลักที่มักใช้ประกอบการตีความกฎหมาย ดังนี้

๖.๑ หลัก Eiusdem Generis Rule เป็นหลักพื้นฐานสากลที่ใช้ตีความกฎหมายกรณีที่กฎหมายมีบทบัญญัติเรียงกันหรือต่อเนื่องกัน และคำสุดท้ายหรือลำดับสุดท้ายมีความหมายทั่วไป ต้องตีความว่าบทบัญญัติภายหลังหรือลำดับสุดท้ายที่มีความหมายทั่วไปมีความหมายทำนองเดียวกับบทบัญญัติที่มาก่อนเพราะเป็นความเดียวกันหรือต่อเนื่องกัน โดยทั่วไปหลักการตีความนี้จะใช้ในบริบทที่กฎหมายบัญญัติถ้อยคำเฉพาะระบุชนิด ประเภทไว้ และตามด้วยถ้อยคำปิดท้ายที่มีความหมายทั่ว ๆ ไปไว้เพื่ออุดช่องว่างกฎหมายที่ไม่อาจจะเขียนให้ครอบคลุมถึงได้^{๓๘}

ตัวอย่างการตีความโดยใช้หลัก Eiusdem Generis Rule ที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา (ซึ่งมักตีความตามเจตนารมณ์รายมาตรา) ดังนี้

- บันทึก เรื่อง ปัญหาการตีความ มาตรา ๑๐๓ (๕) แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ (เรื่องเสร็จที่ ๒๒/๒๕๔๒) โดยมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาว่าบุคคลที่ถูกธนาคารแห่งประเทศไทยสั่งการโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๕๗ ทวิ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๐ หรือมาตรา ๒๔ ตริ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๐ ถอดถอนจากการดำรงตำแหน่งในบริษัทเงินทุนหรือธนาคารพาณิชย์ แล้วแต่กรณี จะเป็นบุคคลที่มีลักษณะต้องห้ามตามความหมายของมาตรา ๑๐๓ (๕) แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และ

^{๓๘} อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ ๙, หน้า ๕๕๖-๕๕๗.

ตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ และไม่สามารถดำรงตำแหน่งในบริษัทหลักทรัพย์ได้ เนื่องจากเคยถูกถอดถอนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๑) ได้วินิจฉัยสรุปได้ว่า “มาตรา ๑๐๓ (๕) แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ได้กำหนดห้ามมิให้บริษัทหลักทรัพย์แต่งตั้งหรือยอมให้บุคคลที่เคยถูกถอดถอนจากการเป็นประธานกรรมการกรรมการหรือผู้จัดการตามมาตรา ๑๔๔ หรือมาตรา ๑๔๕ แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ หรือเคยถูกถอดถอนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น เป็นหรือทำหน้าที่กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการหรือที่ปรึกษาของบริษัทหลักทรัพย์ ซึ่งคำว่า “ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น” นั้น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ มิได้กำหนดไว้ว่าหมายถึงบทบัญญัติของกฎหมายใดบ้าง หรือมีขอบเขตแค่ไหน ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักการตีความกฎหมายที่ว่า กรณีบทบัญญัติของกฎหมายมีถ้อยคำต่อเนื่องกันและคำสุดท้ายเป็นคำที่มีความหมายทั่วไปต้องตีความคำสุดท้ายให้มีความหมายทำนองเดียวกับคำที่มาก่อน (ejusdem generis rule) ดังนั้น การถูกถอดถอนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นตามกรณีนี้จึงต้องเทียบเคียงจากกรณีการถูกถอดถอนตามบทบัญญัติของมาตรา ๑๔๔ หรือมาตรา ๑๔๕ แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของมาตรา ๑๔๔ หรือมาตรา ๑๔๕ แล้วจะเห็นได้ว่าการถอดถอนตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้มีเหตุเนื่องมาจากผู้บริหารของบริษัทหลักทรัพย์คนใดคนหนึ่งเป็นต้นเหตุทำให้บริษัทหลักทรัพย์มีฐานะหรือมีการดำเนินงานในลักษณะอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชน หรือเป็นต้นเหตุในการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามมาตรา ๑๔๑ หรือมาตรา ๑๔๕ แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ซึ่งเหตุของการถอดถอนทั้งสองกรณีนี้อาจเทียบเคียงได้กับเหตุของการถอดถอนกรรมการ ผู้จัดการหรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของบริษัทเงินทุนตามมาตรา ๕๗ ทวิ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนฯ หรือของธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา ๒๔ ตริ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ”

- บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การห้ามแสดงผลิตภัณฑ์ยาสูบ ณ จุดขาย (เรื่องเสร็จที่ ๗๑๘/๒๕๔๘) ซึ่งมีประเด็นว่า การแสดงผลิตภัณฑ์ยาสูบ ณ จุดขายเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้สรุปได้ว่า “การแสดงสินค้า ณ จุดขาย เป็นประเพณีปฏิบัติในทางการค้า เพื่อให้

ผู้บริโภคได้มีอิสระในการเลือกหาสินค้าอันเป็นสิทธิอย่างหนึ่งของผู้บริโภคที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา ๔ (๒) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ แต่โดยที่ผลิตภัณฑ์ยาสูบเป็นสินค้าที่ทำให้เกิดโรคร้ายแรงแก่ผู้บริโภค จึงมีกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับการขายและการโฆษณาผลิตภัณฑ์ยาสูบ และเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบฯ แล้วเห็นว่า การห้ามแสดงผลิตภัณฑ์ยาสูบหรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของผลิตภัณฑ์ยาสูบในสิ่งพิมพ์ ทางวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือสิ่งอื่นใดที่ใช้เป็นการโฆษณาได้นั้น จะต้องเป็นการโฆษณาที่สามารถถ่ายทอดไปยังประชาชนซึ่งส่งผลให้เป็นการจูงใจหรือกระตุ้นให้ประชาชนมีการบริโภคยาสูบ และคำว่า “สิ่งอื่นใดที่ใช้เป็นการโฆษณาได้” นั้น ต้องมีความหมายในลักษณะที่ประสงค์จะใช้สิ่งอื่นใดนั้นเป็นสื่อโฆษณาทำนองเดียวกับการโฆษณาในสิ่งพิมพ์ ทางวิทยุกระจายเสียง หรือวิทยุโทรทัศน์ด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการตีความกฎหมายที่ว่า กรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมีถ้อยคำต่อเนื่องกัน และคำสุดท้ายเป็นคำที่มีความหมายทั่วไปต้องตีความคำสุดท้ายให้มีความหมายทำนองเดียวกับคำที่มาก่อน (Ejusdem generis rule)”

๖.๒ หลักกฎหมายพิเศษ (หรือกฎหมายเฉพาะ) ยกเว้น (มาก่อน) กฎหมายทั่วไป (lex specialis generali derogat) หมายความว่า ในกรณีที่มีกฎหมายหลายฉบับบัญญัติในเรื่องเดียวกันที่มีผลแตกต่างกัน ควรต้องให้มีผลดังที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพิเศษ^{๓๙} ซึ่งท่านอาจารย์สุตา วิสฤตพิชญ์ ได้ยกตัวอย่างกรณีมาตรา ๘๑๖ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติลักษณะทั่วไปของสัญญาประกันภัยว่า “มาตรา ๘๑๑ อันว่าสัญญาประกันภัยนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งตกลงจะใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือใช้เงินจำนวนหนึ่งให้ในกรณีวินาศภัยหากมีขึ้น หรือในเหตุอย่างอื่นในอนาคตดังได้ระบุไว้ในสัญญา และในการนี้บุคคลอีกคนหนึ่งตกลงจะส่งเงินซึ่งเรียกว่า เบี้ยประกันภัย” โดยมีได้กำหนดว่าผู้รับประกันภัยต้องเป็นบริษัท ในขณะที่พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. ๒๕๓๕ และพระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. ๒๕๓๕ บัญญัติให้ผู้รับประกันภัยเป็นบริษัทและต้องได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันภัยด้วย ดังนั้น ในการใช้กฎหมายเมื่อจะทำสัญญาประกันภัย คู่สัญญาฝ่ายผู้รับประกันภัยต้องเป็นบริษัทและต้องมีใบอนุญาตประกอบธุรกิจตามที่พระราชบัญญัติทั้งสองฉบับซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เท่านั้น

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้นำหลักกฎหมายนี้มาวินิจฉัยกับกรณีที่มีกฎหมายเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ขอหารือ นั้น ๆ หลายฉบับ และแต่ละฉบับมีเจตนารมณ์แตกต่างกัน แต่เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและเป็นไปตามเหตุผลของเรื่อง

^{๓๙} สุตา วิสฤตพิชญ์, “การตีความกฎหมายเอกชน : ประกันภัย”, ใน การใช้และการตีความกฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ ๔ : ธันวาคม ๒๕๖๓, สำนักพิมพ์วิญญูชน, หน้า ๑๗๓.

จึงวินิจฉัยว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดบังคับใช้กับเรื่องใด ส่วนกฎหมายอีกฉบับเป็นกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องใด ดังนั้น เมื่อประเด็นที่เป็นปัญหานั้น ๆ เกี่ยวข้องกับกฎหมายทั้งสองฉบับ การบังคับใช้ควรเป็นไปอย่างไร เจตนารมณ์ของมาตรานั้น ๆ มีอย่างไร เพื่อชี้ให้เห็นว่าเจตนารมณ์ใดมีความสำคัญ เป็นธรรมและเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมมากกว่า ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างต่อไปนี้

- **บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การนำสินค้าประเภทสัตว์หรือซากสัตว์เข้าไปในเขตปลอดอากร (เรื่องเสร็จที่ ๗๑๐/๒๕๖๒)** ซึ่งมีประเด็นที่ขอหารือว่า การนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านราชอาณาจักรซึ่งสินค้าประเภทสัตว์หรือซากสัตว์ต้องปฏิบัติตามมาตรา ๓๑ แห่งพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. ๒๕๕๘ และหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านราชอาณาจักรซึ่งสัตว์หรือซากสัตว์ที่กรมปศุสัตว์กำหนดหรือไม่ เพียงใด หรือได้รับการยกเว้นไม่อยู่ในบังคับกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้อง การควบคุมการนำเข้าในราชอาณาจักร การส่งออกนอกราชอาณาจักรตามมาตรา ๑๕๒ แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. ๒๕๖๐ (การนำเข้า ส่งออก หรือนำผ่านราชอาณาจักรซึ่งสินค้าประเภทสัตว์หรือซากสัตว์ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. ๒๕๕๘ และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง และอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. ๒๕๖๐) ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๓) ได้วินิจฉัยสรุปได้ว่า “พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. ๒๕๕๘ เป็นกฎหมายพิเศษที่มุ่งคุ้มครองสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยของประชาชนและประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศ จากการระบาดของโรคจากสัตว์หรือซากสัตว์ซึ่งอาจลุกลามเป็นวงกว้างอย่างรวดเร็ว อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สิน และกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศ การนำสัตว์หรือซากสัตว์เข้ามาในราชอาณาจักรจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ฯ ที่วางกลไกการป้องกันและควบคุมโรคระบาดอย่างเคร่งครัดเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการป้องกันโรคระบาดอันมีความเสี่ยงที่จะแพร่กระจายในวงกว้างได้ตลอดเวลา ส่วนพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. ๒๕๖๐ เป็นกฎหมายเศรษฐกิจที่กำหนดให้ผู้ประกอบการต้องดำเนินพิธีการศุลกากรและการดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับมาตรฐานสากล อันจะเป็นการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ ซึ่งมาตรา ๑๕๒ แห่งพระราชบัญญัติศุลกากรฯ กำหนดยกเว้นกรณีการนำเข้าเข้ามาในราชอาณาจักรหรือนำวัตถุดิบภายในราชอาณาจักรเข้าไปในเขตปลอดอากรเพื่อผลิต ผสม ประกอบ บรรจุ หรือดำเนินการด้วยวิธีอื่นใดกับของนั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งออกนอกราชอาณาจักร ให้ของนั้นได้รับยกเว้นไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมมาตรฐานหรือคุณภาพ การประทับตราหรือเครื่องหมายใด ๆ แก่ของนั้น การยกเว้นการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางประการนั้น

มีเจตนารมณ์เพื่อลดภาระของผู้ประกอบการในการปฏิบัติตามกฎหมายและเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกอบการในด้านพิธีการศุลกากร เนื่องจากของที่ผลิต ผสม ประกอบ บรรจุ หรือดำเนินการด้วยวิธีอื่นใดขึ้นภายในเขตปลอดอากรในกรณีนี้มุ่งประสงค์จะส่งออกไปนอกราชอาณาจักรซึ่งจำต้องปฏิบัติตามมาตรฐานของประเทศที่นำเข้าอยู่แล้ว การกำหนดให้ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายในเรื่องนี้อีกจึงเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้ประกอบการมากเกินไป แต่การยกเว้นการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวตามมาตรา ๑๕๒ แห่งพระราชบัญญัติศุลกากรฯ นั้น ไม่รวมถึงการยกเว้นการควบคุมการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสัตว์หรือซากสัตว์ตามพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ฯ อันมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและควบคุมโรคระบาดจากสัตว์หรือซากสัตว์เพื่อคุ้มครองสุขภาพอนามัยของประชาชนซึ่งเป็นคนละวัตถุประสงค์กับพระราชบัญญัติศุลกากรฯ เพราะในการนำสัตว์หรือซากสัตว์เข้ามาในราชอาณาจักรแม้ว่าจะอยู่ในเขตปลอดอากรแต่เชื้อโรคจากสัตว์หรือซากสัตว์ก็อาจแพร่กระจายออกไปสู่ภายนอกเขตปลอดอากรได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ฯ จึงใช้บังคับแก่กรณีการนำสัตว์หรือซากสัตว์เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อนำเข้าไปในเขตปลอดอากรด้วย”

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการวินิจฉัยว่าในประเด็นที่เป็นปัญหานั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องสองฉบับ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะและกฎหมายทั่วไป แต่หากกฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ก็ต้องกลับไปใช้บทบัญญัติของกฎหมายทั่วไป ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยดังต่อไปนี้

- บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การกำหนดและการควบคุมราคาและเวชภัณฑ์ตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๑ และพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ (เรื่องเสร็จที่ ๗๗๘/๒๕๖๓) ซึ่งในเรื่องนี้มีประเด็นว่าการกำหนดและการควบคุมราคาและเวชภัณฑ์ของโรงพยาบาลเอกชนตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๑ ต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งมีผลให้ต้องปฏิบัติตามประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ ฉบับที่ ๕๓ พ.ศ. ๒๕๖๒ เรื่อง การกำหนดสินค้าและบริการควบคุม ลงวันที่ ๓ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๖๒ และประกาศคณะกรรมการกลางว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ ฉบับที่ ๘๗ พ.ศ. ๒๕๖๒ เรื่อง การแจ้งราคา การกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขเกี่ยวกับการจำหน่ายยารักษาโรค เวชภัณฑ์ ค่าบริการรักษาพยาบาล บริการทางการแพทย์และบริการอื่นของสถานพยาบาล ลงวันที่ ๔ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๖๒ โดยกำหนดให้ยารักษาโรคและเวชภัณฑ์เกี่ยวกับการรักษาโรค บริการรักษาพยาบาล บริการทางการแพทย์ และบริการอื่นของสถานพยาบาลเกี่ยวกับการรักษาโรค เป็นสินค้าและบริการควบคุมหรือไม่

โดยข้อหาหรือนี้คณะกรรมการการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) ได้วินิจฉัยสรุปได้ว่า “บทบัญญัติในหมวด ๓ การกำหนดราคาสินค้าและบริการ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการกำหนดราคาสินค้าและบริการให้เป็นธรรมเพื่อรักษาประโยชน์ของผู้บริโภค โดยได้กำหนดบทนิยามคำว่า “สินค้า” หมายความว่า สิ่งของที่อาจใช้ในการอุปโภคหรือบริโภค รวมทั้งเอกสารแสดงสิทธิในสิ่งของ และคำว่า “บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำการทำงาน การให้สิทธิใด ๆ การให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงิน หรือผลประโยชน์อื่น ดังนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงเป็นกฎหมายทั่วไปที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับราคาสินค้าและบริการ ส่วนพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๑ มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมกิจการสถานพยาบาล เพื่อคุ้มครองประชาชนผู้รับบริการจากสถานพยาบาล และเพื่อให้มีการประกอบกิจการในลักษณะที่ให้บริการทางสาธารณสุขที่เป็นประโยชน์แก่ประชาชนอย่างแท้จริง โดยได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับกิจการสถานพยาบาลไว้ พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๑ จึงเป็นกฎหมายที่กำหนดในเรื่องการควบคุมการประกอบกิจการสถานพยาบาลไว้เป็นการเฉพาะ สำหรับการกำหนดและการควบคุมราคาและเวชภัณฑ์นั้น ไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๑ ที่ให้อำนาจในการกำหนดราคาและเวชภัณฑ์ ค่าบริการทางการแพทย์ หรือค่าบริการอื่นของสถานพยาบาล ...การดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายทั่วไป ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. ๒๕๔๒ ...”

๖.๓ หลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า (lex posteriori priori derogat) เป็นกรณีที่กฎหมายใหม่และกฎหมายเก่ากำหนดในเรื่องเดียวกันและเป็นกฎหมายประเภทเดียวกัน โดยกฎหมายใหม่ไม่ได้มีบทกำหนดยกเลิกกฎหมายเก่าไว้โดยตรง หลักนี้ก็นำมาปรับใช้ได้^{๔๐} ตัวอย่างของการนำหลักนี้มาใช้ได้แก่

- บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจของนายกรัฐมนตรี ในการออกกฎกระทรวงและอำนาจของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติในการวางระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา (เรื่องเสร็จที่ ๖๖/๒๕๕๓) ซึ่งมีประเด็นว่าข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยระเบียบการดำเนินคดีอาญา พ.ศ. ๒๕๒๓ หรือหนังสือสั่งการของกระทรวงมหาดไทยต่าง ๆ (กฎหมายเก่า) ซึ่งไม่สอดคล้องกับกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๘ หรือ

^{๔๐} เฟื่องอ้าง, หน้า ๑๗๕.

ระเบียบที่ออกตามมาตรา ๑๑ (๔) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๗ (กฎหมายใหม่) จะมีผลใช้ได้ต่อไปหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) ได้วินิจฉัยสรุปได้ว่า “นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงหรือผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมีอำนาจวางระเบียบเกี่ยวกับการสอบสวนในส่วนของการตรวจโดยเฉพาะได้ ดังนั้น กรณีที่มีเนื้อหาใดในข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยและหนังสือสั่งการของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงหรือระเบียบที่จะออกขึ้นใหม่ เนื้อหานั้นก็ย่อมสิ้นผลใช้บังคับลงตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า แต่เนื้อหาส่วนใดที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงระเบียบ หรือคำสั่งที่จะออกใหม่ย่อมยังคงใช้บังคับได้ต่อไป”

- บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ผลทางกฎหมายของคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ตามมาตรา ๑๑ (๔) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๗ (เรื่องเสร็จที่ ๒๑๖/๒๕๕๙) มีประเด็นว่า กรณีคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ ๔๑๙/๒๕๕๖ ลงวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๕๖ เรื่อง การอำนวยความสะดวกในคดีอาญา การทำสำนวนการสอบสวน และมาตรการควบคุม ตรวจสอบ เฝ้าระวังการสอบสวนคดีอาญา ซึ่งคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติดังกล่าวได้กำหนดเรื่องการเข้าควบคุมการสอบสวนของผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจไว้โดยเฉพาะ โดยเปลี่ยนอำนาจจากผู้บังคับบัญชาเดิมที่เป็นฝ่ายปกครองมาเป็นอำนาจผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจเอง ซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่เนื้อหาตามข้อ ๑๒.๔ – ๑๒.๗ ของข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยระเบียบการดำเนินคดีอาญา พ.ศ. ๒๕๒๓ (กฎหมายเก่า) ขัดแย้งกับคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติดังกล่าว หากฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจเข้าควบคุมการสอบสวนคดีความผิดเกี่ยวกับป่าไม้ และทรัพยากรของชาติ ในฐานะเป็นหัวหน้าพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในคดีที่พนักงานสอบสวนฝ่ายตำรวจดำเนินการสอบสวนอยู่ จะขัดกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๘ และมาตรา ๑๔๐ หรือไม่ และผลตามกฎหมายจะเป็นเช่นไร ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) วินิจฉัยสรุปได้ว่า “อำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวนตามมาตรา ๑๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นั้น เป็นไปตามกฎกระทรวงซึ่งออกตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือข้อบังคับซึ่งออกตามมาตรา ๑๖ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แล้วแต่กรณี สำหรับคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ ๔๑๙/๒๕๕๖ ย่อมมีผลใช้บังคับเฉพาะกับการสอบสวนในส่วนของการตรวจเท่านั้น ดังนั้น ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยระเบียบการดำเนินคดีอาญา เฉพาะส่วนที่เป็นการกำหนดระเบียบแบบแผนการปฏิบัติราชการของตำรวจซึ่งขัดหรือแย้งกับคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติดังกล่าว ย่อมสิ้นผลใช้บังคับเฉพาะส่วนนั้น ตามหลักกฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า”

๖.๔ การตีความโดยใช้เหตุผลแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น (argumentum a fortiori) การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยให้เหตุผลในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นได้ ๒ กรณีคือการให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” จากสิ่งที่ใหญ่กว่าไปสู่สิ่งเล็กกว่า (argumentum a maiore ad minus) เช่น ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างสามารถเลิกจ้างลูกจ้างได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเพราะมีเหตุสำคัญเกิดขึ้นแก่ลูกจ้าง หากนายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างเพราะมีเหตุสำคัญเกิดขึ้นแก่ลูกจ้างโดย บอกกล่าวล่วงหน้า นายจ้างย่อมยิ่งจะต้องกระทำได้^{๔๑} และการให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” จากสิ่งทีเล็กกว่าไปสู่สิ่งทีใหญ่กว่า (argumentum a minore ad maius) เช่น ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้ถูกเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์สาธารณะย่อมมีสิทธิได้รับ ค่าทดแทนความเสียหายแม้การเวนคืนนั้นจะกระทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายกรณีย่อมต้องหมายความว่าหากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์สาธารณะได้กระทำลงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ที่ถูกเวนคืนยิ่งย่อมจะต้องมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายด้วย^{๔๒} การอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีเช่นนี้เพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายได้ หากพิจารณาจากเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายแล้ว เห็นได้ชัดว่าข้อเท็จจริงที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ได้บัญญัติถึงนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติที่กฎหมายบัญญัติไว้^{๔๓}

ตัวอย่างของการใช้เหตุผลแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น ได้แก่

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๗๕/๒๕๕๐ สรุปได้ว่า แม้ระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการลงโทษนักเรียนหรือนักศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๓ จะมีได้ระบุไว้ชัดเจนแจ้งให้การกระทำความผิดอาญาเป็นความผิดที่โรงเรียนหรือสถานศึกษาสามารถลงโทษได้ แต่เมื่อพิจารณาลักษณะของการกระทำผิดตามระเบียบแล้ว เห็นว่าล้วนแต่เป็นการกระทำอันเนื่องมาจากความประพฤติของผู้กระทำผิด ที่ไม่รักษาข้อบังคับของสถานศึกษาหรือระเบียบของกระทรวงศึกษาธิการ การพิจารณาความผิดจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะประเภทความผิด แต่ขึ้นอยู่กับผลการกระทำว่าก่อให้เกิดความเสื่อมเสียหรือเสียหายแก่โรงเรียน ครู รวมทั้งนักเรียนด้วย (คือ การกระทำความผิดอาญาถือว่าการกระทำความผิดระเบียบดังกล่าวด้วยแม้ระเบียบจะมีได้กำหนดไว้ก็ตาม)^{๔๔}

^{๔๑} รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน”, ในจุลนิติ ก.ค. - ส.ค. ๕๓, หน้า ๗๗.

^{๔๒} เพิ่งอ้าง.

^{๔๓} อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒๑, หน้า ๓๕๓.

^{๔๔} ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง, <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1605>, สืบค้นเมื่อ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๕.

๗. บทสรุป

การตีความกฎหมายสำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมาย Civil Law จะใช้หลักการตีความตามตัวอักษรประกอบกันกับการตีความตามเจตนารมณ์ และตีความโดยมุ่งต่อผลให้เหมาะกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองในสถานการณ์นั้น ๆ^{๔๕} ผู้ตีความต้องพิจารณาว่าปัญหาในเรื่องนั้น ๆ มีข้อเท็จจริงอย่างไร ข้อเท็จจริงนั้นอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายอะไรและในเรื่องใด โดยพิจารณาจากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหานั้น ๆ รวมทั้งเจตนารมณ์ของกฎหมายที่นำมาใช้วินิจฉัย มีหลักใดที่นำมาใช้ประกอบการตีความ และเมื่อนำมาปรับใช้แล้วเกิดผลอย่างไร ถูกต้องเหมาะสมตามเหตุผลของเรื่องหรือไม่ ทั้งนี้ การให้เหตุผลประกอบการจัดทำความเห็นทางกฎหมายที่ดีจะต้องยึดถือหลักกฎหมายที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยเหตุผลดังกล่าวต้องมีความชัดเจน ถูกต้องตามหลักกฎหมายโดยมุ่งถึงความเป็นธรรมและเกิดความสุขในสังคม เพื่อนำมาสู่การจัดทำความเห็นทางกฎหมายที่ดีที่มีการให้เหตุผลทางกฎหมายไว้ด้วย โดยประกอบด้วยส่วนที่เป็นข้อเท็จจริง การกำหนดประเด็น การค้นหาคำบัญญัติของกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ และการวิเคราะห์และให้เหตุผลทางกฎหมาย ซึ่งกระบวนการในการให้เหตุผลทางกฎหมายอาจจำเป็นต้องมีการตีความกฎหมายเกิดขึ้น ที่ผู้จัดทำความเห็นทางกฎหมายต้องหลักการตีความกฎหมายต่าง ๆ มาใช้ให้เหมาะสม แล้วจึงสรุปความเห็นทางกฎหมาย ซึ่งหากนักกฎหมายสามารถจัดทำความเห็นทางกฎหมายได้ครบถ้วนตามกระบวนการเหล่านี้ย่อมยากที่จะมีการโต้แย้งความเห็นทางกฎหมายนั้นได้

^{๔๕} อ่างแก้ว เชิงอรุณที่ ๒๖, หน้า ๓๔.

โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๐
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์

เรื่อง ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๑ (๘)
แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ : การตรวจสอบความจำเป็น
และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย*

วณิช ว่องไว**

โดยที่มาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น ยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ และจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด รวมทั้งกำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เหมาะสม ดังนั้น เพื่อให้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๑ (๘)^๑ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งเป็นการวางระเบียบปฏิบัติราชการที่ขณะนี้มีอยู่เป็นจำนวนมาก ให้มีเพียงเท่าที่จำเป็นและสามารถใช้ในการปฏิบัติราชการได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงสมควรที่จะจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่มีอยู่ในปัจจุบันตามหลักเกณฑ์ในบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๑ ความเป็นมาและสภาพปัญหา

โดยที่มาตรา ๑๑ (๘) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ได้บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการวางระเบียบปฏิบัติราชการ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น ซึ่งการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีในการวางระเบียบปฏิบัติราชการตามบทบัญญัติดังกล่าวตั้งแต่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ มีผลใช้บังคับจนถึงในปัจจุบันมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่อาศัยอำนาจตามมาตราดังกล่าวเป็น

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นิติกรปฏิบัติการ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๐ (มิถุนายน ๒๕๖๕)

^๑ มาตรา ๑๑ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

๑.๑

๑.๑

(๘) วางระเบียบปฏิบัติราชการ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น

๑.๑

๑.๑

จำนวนมาก ซึ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีส่วนใหญ่มีสาระสำคัญเป็นการวางระเบียบปฏิบัติราชการที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน การเงินการคลัง การพาณิชย์และอุตสาหกรรม การศึกษาและวัฒนธรรม การต่างประเทศ ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เทคโนโลยี และการคมนาคม และสวัสดิการสังคม ตลอดจนการจัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะเรื่องซึ่งอาจอยู่ในรูปของคณะกรรมการที่กำหนดนโยบาย หรือคณะกรรมการที่ต้องการการระดมความรู้ และความคิดเห็นจากผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญหรือเป็นเรื่องเทคนิค^๒ ซึ่งด้วยจำนวนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีจำนวนมากที่เป็นการกำหนดกลไกการบริหารราชการแผ่นดินในด้านต่าง ๆ และกำหนดให้มีคณะกรรมการหลายคณะเพื่อทำหน้าที่บูรณาการการทำงานในเรื่องต่าง ๆ อาจส่งผลให้กลไกที่ถูกสร้างขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีอาจมีความซ้ำซ้อนกับหน้าที่และอำนาจของกระทรวงต่าง ๆ ที่มีหน้าที่และอำนาจในเรื่องนั้น ๆ อยู่แล้ว และอาจเป็นการสร้างขั้นตอนในการทำงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐมากขึ้นที่เพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็น นอกจากนี้เนื่องจากพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ มิได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายสำหรับกฎหมายในระดับระเบียบ จนอาจทำให้หน่วยงานของรัฐไม่ได้ให้ความสำคัญกับการแก้ไขปรับปรุงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีให้มีประสิทธิภาพและทันสมัยเท่าที่ควร

๒. แนวทางในการแก้ไขปัญหา

จากความเป็นมาและสภาพปัญหาตามข้อ ๑. เพื่อให้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีเพียงเท่าที่จำเป็น เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน และสามารถเป็นกลไกในการวางระเบียบบริหารราชการแผ่นดินให้มีประสิทธิภาพได้อย่างแท้จริง ตามหลักการในมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวมทั้งสอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติด้านการปรับสมดุลและพัฒนาระบบการบริหารจัดการภาครัฐที่มีเป้าหมายในการให้ภาครัฐมีขนาดเล็กลงและมีความทันสมัย จึงสมควรให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องดำเนินการปรับปรุงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีในความรับผิดชอบของตนในประเด็นดังต่อไปนี้

๒.๑ การพิจารณาปรับปรุงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีให้สอดคล้องกับการพัฒนาการทำงานของรัฐไปสู่รัฐบาลดิจิทัล

เนื่องจากปัจจุบันหน่วยงานของรัฐได้มีการนำระบบดิจิทัลเข้ามาใช้ในกระบวนการทำงานมากขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายรัฐบาลในการพัฒนาการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐให้ไปสู่รัฐบาลดิจิทัล ทั้งในแง่ของการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนและ

^๒ สันติ สุคันธวงศ์. อำนาจนายกรัฐมนตรีในการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๑ (๘) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔. [ออนไลน์]. จากเว็บไซต์สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา: <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act13435.pdf>. (สืบค้นข้อมูล: ๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕).

สร้างเสริมประสิทธิภาพในการทำงานระหว่างหน่วยงานของรัฐ ซึ่งที่ผ่านมาได้มีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยงานสารบรรณ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๖๔ ซึ่งได้กำหนดให้การติดต่อราชการให้ดำเนินการด้วยระบบสารบรรณอิเล็กทรอนิกส์เป็นหลัก^๓ ดังนั้น จึงสมควรมีการพิจารณาปรับปรุงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อระหว่างส่วนราชการให้สอดคล้องกับระเบียบดังกล่าว อันจะส่งผลให้การติดต่อระหว่างส่วนราชการมีความทันสมัยและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เช่น ข้อ ๘ วรรคสองและวรรคสาม^๔ แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการประกาศเรื่องในราชกิจจานุเบกษา พ.ศ. ๒๕๔๗ บัญญัติให้การส่งเรื่องมาประกาศในราชกิจจานุเบกษา ประเภท ก ฉบับกฤษฎีกา หากกรณีที่มีเอกสารแนบรวมอยู่ด้วย ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องจัดพิมพ์เอกสารแนบท้ายและจัดส่งไปเพื่อดำเนินการ และกรณีที่เอกสารแนบเป็นแผนที่ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องจัดทำแผนที่ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้การส่งเรื่องมาประกาศในราชกิจจานุเบกษาบางเรื่องไม่สามารถดำเนินการผ่านระบบสารบรรณอิเล็กทรอนิกส์ได้ทั้งหมด จึงสมควรปรับปรุงบทบัญญัติของระเบียบดังกล่าวโดยปรับปรุงให้การส่งเรื่องที่มีเอกสารแนบท้ายหรือแผนที่สามารถดำเนินการด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมดได้ อันจะทำให้การส่งเรื่องมาประกาศในราชกิจจานุเบกษาของหน่วยงานสามารถดำเนินการได้

^๓ มาตรา ๗ ให้ยกเลิกความในข้อ ๒๙ แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ. ๒๕๒๖ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยงานสารบรรณ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๘ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ข้อ ๒๙ การติดต่อราชการให้ดำเนินการด้วยระบบสารบรรณอิเล็กทรอนิกส์เป็นหลัก เว้นแต่กรณีที่ เป็นข้อมูลข่าวสารลับชั้นลับที่สุดตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ หรือเป็นสิ่งที่ เป็นความลับของทางราชการชั้นลับที่สุดตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดที่ไม่สามารถดำเนินการด้วยระบบสารบรรณอิเล็กทรอนิกส์ได้...”

^๔ ข้อ ๘ ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องส่งเรื่องตามลำดับก่อนหลังของแต่ละเรื่อง และเอกสารแนบไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเป็นข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีกำหนด

เรื่องที่เข้าลักษณะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษามาตามข้อ ๖ (๑) หากเป็นกรณีมีเอกสารแนบรวมอยู่ด้วย ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องจัดพิมพ์เอกสารแนบด้วยเครื่องพิมพ์แท่นบน กระดาษขนาดไม่ต่ำกว่า ๖๐ แกรม และจัดส่งไปเพื่อดำเนินการตามลักษณะ ขนาด จำนวนและวิธีการที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีกำหนดด้วย

กรณีเอกสารแนบเป็นแผนที่ ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องจัดทำโดยระบุพิกัด เครื่องหมายที่เป็นสากล และรายละเอียดอื่น ๆ ไว้ในแผนที่ และให้มีรายชื่อตำแหน่งของหมุด หลักฐานตามแนวขอบเขตเป็นค่าพิกัดและระดับความจำเป็นของงาน โดยให้ใช้พิกัดระบบค่าภูมิศาสตร์ หรือระบบยู ที เอ็ม และใช้มาตราส่วน ๑ : ๔,๐๐๐ ๑ : ๕๐,๐๐๐ ๑ : ๒๕๐,๐๐๐ อย่างใดอย่างหนึ่งด้วย เว้นแต่มีเหตุจำเป็นหรือเหตุสุดวิสัยไม่สามารถปฏิบัติได้ ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องทำความเข้าใจกับสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเป็นกรณี ๆ ไป

อย่างรวดเร็วมากยิ่งขึ้น รวมทั้งเป็นการลดขั้นตอนการจัดพิมพ์เอกสารดังกล่าวซึ่งจะช่วยลดค่าใช้จ่ายของภาครัฐในการผลิตเอกสารดังกล่าวอีกด้วย เป็นต้น

๒.๒ การพิจารณายกเลิกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่อาจไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป

โดยที่มาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติถึงหลักการในการมีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ไว้ โดยในปัจจุบันได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ได้กำหนดกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินและคณะกรรมการต่าง ๆ ไว้เป็นจำนวนมาก ซึ่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวได้ถูกตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่เกิดขึ้นในขณะนั้นและอาจมีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีบางฉบับที่ไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปเนื่องจากสภาพการณ์ของปัญหาได้เปลี่ยนแปลงไป หรือมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวเป็นการเฉพาะแล้ว ดังนั้น จึงสมควรมีการพิจารณาดำเนินการตรวจสอบระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่ายังมีความจำเป็นหรือซ้ำซ้อนกับกฎหมายอื่นหรือไม่ เช่น เนื่องจากได้มีการตราพระราชบัญญัติการพัฒนาเด็กปฐมวัย พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งเป็นการกำหนดเกี่ยวกับบทบาทและหน้าที่ของรัฐในการพัฒนาเด็กปฐมวัย รวมทั้งกำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาเด็กปฐมวัยเพื่อกำหนดนโยบายระดับชาติด้านการพัฒนาเด็กปฐมวัย^๕ จึงสมควรที่จะมีพิจารณาบทบาทความจำเป็นของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัฒนาเด็กปฐมวัย พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งบัญญัติในเรื่องเดียวกันไว้ เป็นต้น

๒.๓ การพิจารณาความเหมาะสมของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าเหมาะสมหรือไม่

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีหลายฉบับได้กำหนดให้มีคณะกรรมการต่าง ๆ ขึ้น เพื่อดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ โดยแม้ว่าคณะกรรมการอาจมีข้อดีหลายประการ เช่น สามารถระดมความรู้จากบุคคลหลาย ๆ กลุ่มได้ ไม่เป็นการผูกขาดอำนาจตัดสินใจไว้กับบุคคลเดียว มีประโยชน์ในการประสานงานและนโยบายจากหลายหน่วยงาน เป็นต้น แต่การดำเนินงานในรูปแบบคณะกรรมการก็มีข้อเสียเพราะว่าการทำงานของคณะกรรมการนั้นมีค่าใช้จ่ายสูงทั้งด้านการเงินและระยะเวลา และอาจส่งผลให้การตัดสินใจบางเรื่องเป็นไปอย่างล่าช้าได้ โดยเฉพาะคณะกรรมการที่มีนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ ดังนั้น จึงควรมี

^๕ มาตรา ๑๔ คณะกรรมการมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(๑) จัดทำนโยบายระดับชาติด้านการพัฒนาเด็กปฐมวัยซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ ยุทธศาสตร์ชาติ และแผนการปฏิรูปประเทศ และให้ความเห็นชอบแผนพัฒนาเด็กปฐมวัยเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ เพื่อให้หน่วยงานและบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับเด็กปฐมวัยได้นำไปปฏิบัติ

การพิจารณาว่าคณะกรรมการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีใดบ้างที่ยังสมควรต้องดำเนินการในรูปแบบคณะกรรมการ หรือสมควรแก้ไของค์ประกอบของคณะกรรมการเพื่อให้การทำงานของคณะกรรมการมีความรวดเร็วยิ่งขึ้น เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์แห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๑ ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์” ซึ่งประกอบด้วยนายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขและปลัดกระทรวงสาธารณสุข เป็นรองประธานกรรมการ และกรรมการโดยตำแหน่งอื่นจำนวน ๑๙ คน รวมทั้งให้มีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนไม่เกิน ๑๑ คน^๖ ซึ่งในปัจจุบันสถานการณ์ปัญหาเอดส์ได้มีสถานการณ์ที่ดีขึ้น ทั้งในด้านความรู้ของประชาชนและเทคโนโลยีด้านการแพทย์ที่ดีขึ้น จึงสมควรที่จะมีการพิจารณาว่าการทำงานของคณะกรรมการดังกล่าวมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดในปัจจุบัน และหากยังมีความจำเป็นอยู่ ก็สมควรพิจารณาแก้ไของค์ประกอบให้มีจำนวนที่น้อยลงและสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ โดยอาจเปลี่ยนให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นประธานกรรมการ และปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นรองประธานกรรมการ เป็นต้น

๓. ข้อเสนอแนะ

เนื่องจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๑ (๘) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ในปัจจุบันมีเป็นจำนวนมาก จึงสมควรที่จะมีการตรวจสอบความจำเป็นและประเมินผลสัมฤทธิ์ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่มีอยู่ในประเด็นต่าง ๆ เช่น พิจารณาปรับปรุงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีให้สอดคล้องกับการพัฒนาการทำงานของรัฐไปสู่รัฐบาลดิจิทัล พิจารณายกเลิกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

^๖ ข้อ ๕ ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาเอดส์” เรียกโดยย่อว่า “คช.ปอ.” ประกอบด้วย

(๑) นายกรัฐมนตรี เป็นประธานกรรมการ

(๒) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข เป็นรองประธานกรรมการคนที่หนึ่ง

(๓) ปลัดกระทรวงสาธารณสุข เป็นรองประธานกรรมการคนที่สอง

(๔) กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ ปลัดกระทรวงกลาโหม ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ ปลัดกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา ปลัดกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ปลัดกระทรวงคมนาคม ปลัดกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงแรงงาน ปลัดกระทรวงวัฒนธรรม ปลัดกระทรวงศึกษาธิการ เลขาธิการคณะกรรมการการอุดมศึกษา เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ อธิบดีกรมประชาสัมพันธ์ เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ผู้อำนวยการสำนักงานกิจการสตรีและสถาบันครอบครัว ผู้อำนวยการสำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส คนพิการ และผู้สูงอายุ ปลัดกรุงเทพมหานคร และเลขาธิการสภาการศึกษา

(๕) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนไม่เกินสิบเอ็ดคน ซึ่งนายกรัฐมนตรีแต่งตั้ง

ที่อาจไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป พิจารณาความเหมาะสมของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าเหมาะสมหรือไม่ เป็นต้น นอกจากนี้ หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ อาจต้องมีการปรับปรุงกระบวนการทำงานระหว่างหน่วยงานให้มีประสิทธิภาพและบูรณาการการทำงานกันมากยิ่งขึ้น เพื่อลดการจัดตั้งคณะกรรมการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่จะต้องมีการบูรณาการการทำงานระหว่างหน่วยงานของรัฐ อันจะสอดคล้องกับหลักการที่กำหนดให้มีคณะกรรมการเท่าที่จำเป็นตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๔. บทสรุป

หลักการตรวจสอบความจำเป็นและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มิได้จำเป็นต้องดำเนินการกับเฉพาะกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น แต่สมควรที่จะดำเนินการกับกฎหมายทุกระดับ โดยนอกจากการประเมินถึงผลกระทบและภาระที่อาจเกิดขึ้นกับประชาชนแล้ว ยังจะต้องมีการประเมินถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของกฎหมายด้วย โดยบทความนี้สามารถนำไปเป็นแนวทางเบื้องต้นในการพิจารณายกเลิกหรือปรับปรุงระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่มีจำนวนมากในปัจจุบัน รวมทั้งอาจนำไปเป็นหลักการเบื้องต้นในการพิจารณาก่อนจัดทำร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งด้วย

โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๐
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์

เรื่อง การคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทตามมาตรา ๕๕
แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๕*

ศิริวัฒนา สุวรรณนาเวช**

มาตรา ๗๗^๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่วางหลักว่าให้มีกฎหมายเท่าที่จำเป็น โดยยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เป็นปัญหาอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน ให้ใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะเท่าที่จำเป็น กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ในกฎหมายให้ชัดเจน และกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ มีผลใช้บังคับวันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๖๒ และยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ (ฉบับเดิม) โดยกฎหมายฉบับใหม่ได้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทไว้ด้วย ซึ่งบทบัญญัติมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติเวนคืนฉบับใหม่ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อพิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท ซึ่งกรรมการในคณะกรรมการประกอบด้วย

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นิตกรชำนาญการ กรมทางหลวงชนบท ผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๐ (มิถุนายน ๒๕๖๕)

^๑ มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เหมาะสม พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ผู้แทนจากหลายหน่วยงาน อีกทั้งยังมีขั้นตอน ระยะเวลา ในการพิจารณาค่อนข้างมาก ส่งผลให้เป็นการเพิ่มขึ้นขั้นตอนวิธีการในการพิจารณาคืนอสังหาริมทรัพย์ทำให้เกิดความล่าช้า สิ้นเปลืองทรัพยากรบุคคล สิ้นเปลืองงบประมาณในการจ่ายค่าเบี้ยประชุม ใช้ทรัพยากรต่าง ๆ ในการจัดสรรวันประชุม การเตรียมการประชุมมากเกินไป ทั้งที่หน่วยงานที่เวนคืนเพียงหน่วยงานเดียวสามารถพิจารณาประเด็นว่า “หน่วยงานมีความจำเป็นต้องใช้ที่ดินส่วนที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนอีกหรือไม่” ข้อมูลในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว กรรมการจากหน่วยงานอื่นไม่มีข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้พิจารณาคืนอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด บทบัญญัติตามมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ฯ จึงอาจไม่สอดคล้องกับมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นที่มาของการจัดทำโครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของเดิมหรือทายาทตามมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ (เดิม) ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการคืนที่ดินให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทไว้ เมื่อมีการเวนคืนที่ดินของผู้ถูกเวนคืนแล้วไม่ได้นำที่ดินที่เวนคืนไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนเจ้าของเดิมหรือทายาทจะต้องฟ้องศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาคืนที่ดินดังกล่าวให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท ต่อมาพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ ประกาศใช้บังคับและยกเลิกกฎหมายเวนคืนฉบับเดิม พร้อมทั้งได้เพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของเดิมหรือทายาทไว้ด้วยซึ่งสอดคล้องกับความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายกำหนดเรื่องการคืนที่ดินให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทเพราะจะช่วยให้เกิดความสะดวก รวดเร็วโดยให้การพิจารณาคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของเดิมหรือทายาท ตามมาตรา ๕๕^๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วย

^๒ มาตรา ๕๕ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอคืนที่ดินตามมาตรา ๕๓ ให้เจ้าหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วย เจ้าหน้าที่ที่เวนคืนเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานงบประมาณ ผู้แทนกรมธนารักษ์ ผู้แทนกรมที่ดิน และผู้แทนสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นกรรมการเพื่อทำหน้าที่พิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทโดยให้คณะกรรมการพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง และให้เจ้าหน้าที่แจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ยื่นคำร้องขอทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะกรรมการมีมติ

ในกรณีมีเหตุจำเป็นรัฐมนตรีจะขยายระยะเวลาการพิจารณาของคณะกรรมการตามวรรคหนึ่งออกไปอีกได้ไม่เกินหกสิบวัน และให้เจ้าหน้าที่แจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องขอทราบการขยายระยะเวลาด้วย

ในกรณีที่จะต้องคืนที่ดินให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท ให้เจ้าหน้าที่แจ้งให้เจ้าของเดิมหรือทายาททราบถึงจำนวนเงินค่าทดแทนพร้อมด้วยดอกเบี้ยที่จะต้องคืนและแจ้งให้เจ้าของเดิมหรือทายาทกำหนดวันขอรับโอนที่ดินและแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน แต่ต้องไม่ช้ากว่าหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ แต่ในกรณีมีเหตุจำเป็นเจ้าของเดิมหรือทายาทจะขอขยายระยะเวลา

การเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในการพิจารณาคืนอสังหาริมทรัพย์โดยไม่ต้องใช้วิธีการฟ้องศาลให้เกิดความเดือดร้อนต่อเจ้าของเดิมหรือทายาท ไม่ต้องเสียเงินค่าว่าจ้างทนายความ หรือจัดเตรียมเอกสารหลักฐานเพื่อประกอบการฟ้องคดีต่อศาล โดยใช้ระบบคณะกรรมการเพื่อพิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท หากพิจารณาจากคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมายซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมายตามข้อ ๑ (๓) ว่า “ระบบคณะกรรมการในกฎหมายที่ก่อให้เกิดการบริการประชาชนหรือการปฏิบัติหน้าที่ราชการเกิดขึ้นตอนมากขึ้นโดยไม่จำเป็น ลำช้า หรือเกิดความล่าช้า เป็นการใช้ระบบคณะกรรมการโดยไม่จำเป็น” ประกอบกับสาระสำคัญในการใช้ระบบคณะกรรมการตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๙๑๓/๒๒๙ ลงวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๖๔ เรื่อง แนวทางการใช้ระบบคณะกรรมการเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล วางหลักการว่า “การใช้ระบบคณะกรรมการก่อให้เกิดประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยเป็นกลไกที่นำความรู้ความเชี่ยวชาญในสาขาวิชาที่หลากหลายของผู้ร่วมเป็นกรรมการมาปรับใช้ในการกำหนดนโยบายหรือแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ซึ่งจะช่วยให้การพิจารณาเกิดความรอบคอบอย่างใดก็ตาม การใช้ระบบคณะกรรมการเหมาะกับกรณีที่ต้องระดมความคิดเห็นของผู้เชี่ยวชาญในด้านต่าง ๆ หรือเพื่อให้เกิดการใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมเท่านั้น ไม่เหมาะที่จะใช้กับการดำเนินงานที่เป็นงานในลักษณะประจำ (routine) เพราะจะทำให้เกิดความล่าช้าขึ้นได้และเป็นภาระด้านงบประมาณของรัฐเนื่องจากจะมีค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ระบบคณะกรรมการหลายประการ เช่น ค่าเบี้ยประชุม และค่าบริหารจัดการต่าง ๆ และการใช้ระบบคณะกรรมการอาจกำหนดตัวบุคคลผู้รับผิดชอบโดยตรงได้ยาก นอกจากนี้ การเดินทางไปประชุมยังมีส่วนในการเพิ่ม carbon footprint ด้วย” ซึ่งจากการลงมือปฏิบัติงานเกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทก็พบว่าเป็นการเพิ่มขึ้นขั้นตอนวิธีการที่ทำให้เกิดความล่าช้าและ

หนึ่งร้อยแปดสิบวันออกไปอีกก็ได้ แต่ต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบก่อนครบกำหนดเวลาและเมื่อรวมเวลาที่ขอขยายแล้วต้องไม่เกินสามร้อยหกสิบวัน

การโอนที่ดินคืนให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทให้กระทำได้เมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับเงินค่าทดแทนและดอกเบี้ยแล้ว และให้เจ้าหน้าที่ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามประมวลกฎหมายที่ดิน และได้รับการยกเว้นค่าอากรแสตมป์โดยให้ดำเนินการตามที่กำหนดในประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ ในกรณีที่ดินที่จะโอนนั้นตกเป็นที่ราชพัสดุแล้ว ให้โอนได้โดยไม่ต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยที่ราชพัสดุ

เจ้าของเดิมหรือทายาทผู้ใดไม่ไปรับโอนพร้อมทั้งชำระคืนเงินค่าทดแทนและดอกเบี้ยตามวันเวลาที่ตนกำหนดหรือไม่แจ้งกำหนดวันขอรับโอนตามวรรคสาม ให้ถือว่าเจ้าของเดิมหรือทายาทสละสิทธิที่จะขอคืนที่ดินนั้น

สิ้นเปลืองงบประมาณในการจัดประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาคืนอสังหาริมทรัพย์โดยไม่จำเป็น เนื้อหาของกฎหมายที่กำหนดให้ระบบคณะกรรมการดังกล่าวจึงไม่เหมาะสม เนื่องจากประชาชนที่ขอคืนที่ดินมักจะมีแผนในการใช้ที่ดินที่ขอคืนเพื่อประกอบกิจการหรือใช้ประโยชน์ที่ดินส่วนที่ขอคืนนั้นอยู่แล้ว โดยหลังจากที่ส่งคำร้องขอคืนที่ดินแล้วผู้ร้องจะคอยติดตามผลการพิจารณาว่าขณะนี้อยู่ในขั้นตอนใด จะได้รับที่ดินคืนเมื่อใด ประชาชนต้องรอให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการระยะเวลาในการแต่งตั้งคณะกรรมการจำนวน ๖๐ วัน ระยะเวลาในการพิจารณาอีก ๑๒๐ วัน หรือหากมีการขยายระยะเวลาในการพิจารณาออกไปอีกก็ต้องเพิ่มระยะเวลาอีก ๖๐ วัน เมื่อคณะกรรมการมีมติแล้วให้เจ้าหน้าที่แจ้งผลให้ผู้ร้องทราบภายใน ๑๕ วัน รวมกระบวนการในการพิจารณาคืนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ทั้งสิ้น ๒๕๕ วัน หลังจากคณะกรรมการมีมติให้คืนที่ดินแล้วยังต้องดำเนินการรังวัดที่ดินเพื่อให้ทราบเนื้อที่ที่แน่นอนจากสำนักงานที่ดินว่าที่ดินส่วนที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์นั้นมีเนื้อที่เท่าใดและนำเนื้อที่ที่รังวัดได้มาคำนวณเงินพร้อมดอกเบี้ยที่ผู้ร้องจะต้องคืนให้แก่หน่วยงาน แจ้งให้ผู้ร้องทราบและให้ผู้ร้องนัดหมายวันเวลาในการคืนเงิน นัดหมายการจดทะเบียนแก้ไขโฉนดที่ดินกลับมาเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของเดิมหรือทายาท ทั้งหมดกระบวนการนี้ใช้ระยะเวลาไม่ต่ำกว่า ๑ ปี ระยะเวลาที่ยาวนานย่อมเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของเจ้าของเดิมหรือทายาทที่ขอคืนที่ดิน เมื่อเทียบกับระยะเวลาในการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอคืนที่ดินที่ใช้ระยะเวลาค่อนข้างมากตามกระบวนการของศาลแล้ววิธีการคืนที่ดินตามกฎหมายควรที่จะแก้ไขปัญหาดังเดิมที่เคยเกิดขึ้นจากการฟ้องศาลเพื่อขอคืนที่ดินให้มากที่สุด แต่การใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมายนี้กลับสร้างขั้นตอนวิธีการที่ยุ่งยากและใช้เวลามากจนเกินควรโดยไม่จำเป็น

เมื่อหน่วยงานของรัฐเวนคืนที่ดินของประชาชนมาเพื่อใช้ในกิจการสาธารณูปโภคหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วไม่ได้นำไปใช้ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนก็ย่อมไม่มีอำนาจที่จะเหนี่ยวรั้งกรรมสิทธิ์อันเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนุญให้ความรับรองและคุ้มครองอันถือเป็นสิทธิสำคัญอันบุคคลอื่นมีอาจก้าวล่วงหรือละเมิดได้ตามกฎหมาย แต่กรณีนี้กลับเป็นฝ่ายรัฐเสียเองที่กระทำการละเมิดในกรรมสิทธิ์ในที่ดินของประชาชนจนไม่อาจใช้ประโยชน์ที่ดินของตนได้ มิหนำซ้ำเมื่อหน่วยงานไม่ได้ใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวก็ยังหวังค่าการคืนที่ดินไว้เช่นนี้ย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถูกเวนคืน ไม่สร้างความเป็นธรรมให้กับสังคม ดังคำกล่าวที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าคือความอยุติธรรม” กรณีเจ้าของเดิมเสียชีวิตไปแล้วทายาทต้องมาร้องขอคืนที่ดินแทนเจ้าของเดิม จากเดิมที่ต้องรอคอยกระบวนการทางศาลที่ใช้ระยะเวลานานอยู่แล้ว เมื่อมีกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทเพื่อไม่ให้เกิดความล่าช้า แต่มีการใช้ระบบคณะกรรมการในกฎหมาย ขั้นตอนในการดำเนินการคืนที่ดินให้แก่ผู้ร้องก็ยังใช้ระยะเวลานานและล่าช้า ไม่อาจอำนวยความสะดวกอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมให้แก่ประชาชนที่ร้องขอคืนที่ดินได้ ความล่าช้าดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าของเดิมหรือทายาทด้วยหากว่าเจ้าของเดิมหรือทายาทมีโครงการหรือแผนการดำเนินธุรกิจด้วยการใช้ที่ดินที่ขอคืนเป็นสถานที่หลักในการดำเนินโครงการหรือธุรกิจ ย่อมส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมไปด้วย ขั้นตอนที่ยุ่งยากและใช้

ระยะเวลามากเกินไปทำให้กิจการของเจ้าของเดิมหรือทายาทไม่อาจดำเนินกิจการไปได้ด้วยความรวดเร็ว ทั้งที่หากที่ดินดังกล่าวไม่ถูกเวนคืนเจ้าของเดิมหรือทายาทก็สามารถใช้ประโยชน์จากที่ดินได้ตามที่ตนมีกรรมสิทธิ์ เมื่อถูกตัดกรรมสิทธิ์ไปด้วยเหตุเวนคืนก็เสียสิทธิที่จะได้ใช้ประโยชน์ทรัพย์สินของตนไปแล้วครั้งหนึ่ง ครั้นเมื่อจะขอที่ดินคืนกลับมีการทวงซ้ำไว้ด้วยการใช้ระบบคณะกรรมการที่ต้องอาศัยระยะเวลาและขั้นตอนต่าง ๆ ก่อนที่จะสามารถพิจารณาคืนที่ดินให้แก่ผู้ร้องได้ ความล่าช้าเหล่านี้ย่อมทำให้เศรษฐกิจในระดับบุคคลได้รับผลกระทบซึ่งจะส่งผลกระทบต่อไปยังเศรษฐกิจระดับประเทศด้วย การเอื้อให้ประชาชนมีปัจจัยพร้อมสำหรับดำเนินกิจการของตนเองจึงเป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้องสนับสนุนให้เกิดขึ้น เพื่อให้เศรษฐกิจดำเนินต่อไปได้ด้วยดี ทำให้ประชาชนมีความหวังในการประกอบอาชีพและเจริญก้าวหน้าในประเทศชาติบ้านเมืองนี้ซึ่งจะส่งผลให้สภาพแวดล้อมด้านต่าง ๆ ของสังคมดีขึ้นตามไปด้วย

๒. แนวทางในการแก้ไขปัญหา

จากการศึกษาพบว่าหน่วยงานที่เวนคืนเพียงหน่วยงานเดียวสามารถรวบรวมข้อมูลและข้อเท็จจริงต่าง ๆ เกี่ยวกับที่ดินที่ขอคืนเพื่อใช้พิจารณาว่าจะคืนที่ดินหรือไม่คืนที่ดินให้แก่ผู้ยื่นคำร้องขอคืนที่ดินได้แล้ว เนื่องจากเหตุผลในการพิจารณาที่สำคัญมีเพียงประการเดียวเท่านั้น คือ “หน่วยงานจะต้องใช้ที่ดินดังกล่าวเพื่อดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนอีกหรือไม่” หากไม่ได้ใช้ประโยชน์ก็สามารถคืนที่ดินให้แก่ผู้ร้องได้ทันที ซึ่งขณะนี้มีบทบัญญัติเรื่องการแก้ไขกฎหมายเรื่องการคืนที่ดินให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทอยู่ระหว่างการแก้ไขกฎหมาย แต่การแก้ไขดังกล่าวเป็นเพียงการแก้ไขเพื่อลดจำนวนหรือองค์ประกอบของคณะกรรมการเท่านั้น โดยมีผู้แทนจาก ๒ หน่วยงานที่ไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคืนที่ดินให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท ได้แก่ ผู้แทนสำนักงานประมาณ และผู้แทนสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งในการปฏิบัติงานของผู้เข้าอบรมที่ได้ดำเนินการจัดประชุมคณะกรรมการพิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทเรียบร้อยแล้ว จึงได้แจ้งผลการพิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้ผู้ร้องทราบ เหลือเพียงขั้นตอนการดำเนินการเพื่อให้มีการรังวัดที่ดินเพื่อให้ทราบเนื้อที่ที่ต้องคืนให้แก่ผู้ร้องและคำนวณจำนวนเงินค่าทดแทนพร้อมดอกเบี้ยที่ต้องจ่ายคืนให้แก่หน่วยงานเพื่อจะได้จดทะเบียนโอนที่ดินคืนให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทเท่านั้น จึงได้พบว่าในการประชุมคณะกรรมการพิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทกับผู้แทนกรมธนารักษ์ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ดูแลที่ราชพัสดุ แต่ปรากฏว่าภายหลังจากคณะกรรมการมีมติให้คืนที่ดินให้แก่ผู้ถูกเวนคืน ที่ดินส่วนที่เหลือจากการเวนคืนที่หน่วยงานส่งไปขึ้นทะเบียนเป็นที่ราชพัสดุกับกรมธนารักษ์ก็ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ และพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. ๒๕๖๒ ที่บัญญัติเพื่อรองรับไว้แล้วทั้งสิ้นจึงไม่จำเป็นจะต้องมีการประชุมร่วมกับผู้แทนกรมธนารักษ์แต่อย่างใด ดังนั้น หน่วยงานเวนคืนสามารถพิจารณาคืนที่ดินให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทได้เอง แล้วมีหนังสือแจ้งผลการพิจารณาไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้ดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์คืนให้แก่เจ้าของเดิมหรือ

ทายาทได้ตามกฎหมายก็เพียงพอ กรณีของกรมที่ดินก็เช่นเดียวกันสามารถดำเนินการจดทะเบียนแก้ไขหลักฐานทางทะเบียนได้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยไม่ต้องเข้าร่วมประชุมพิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทแต่อย่างใด แนวทางในการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวจึงควรยกเลิกการใช้ระบบคณะกรรมการ โดยกำหนดให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่เวนคืนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท ซึ่งจะทำให้ลดขั้นตอน ลดระยะเวลา ลดการใช้เงินงบประมาณ ลดการสิ้นเปลืองทรัพยากรบุคคล ลดระยะเวลาในการปฏิบัติราชการลงไปได้มาก และส่งผลให้การดำเนินการพิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทเป็นไปได้โดยสะดวก รวดเร็ว และทันต่อความต้องการของผู้ยื่นคำร้องขอคืนที่ดิน อีกทั้งยังเป็นการพัฒนากฎหมายที่จะช่วยพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชน และปรับปรุงการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ให้มีประสิทธิภาพไปในขณะเดียวกันได้

๓. ข้อเสนอแนะ

แก้ไขมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ ดังนี้

“มาตรา ๕๕ ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอคืนที่ดินตามมาตรา ๕๓ ให้เจ้าหน้าที่หรือพนักงานเจ้าหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงและเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเพื่อพิจารณาการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท โดยให้เจ้าหน้าที่หรือพนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน นับแต่วรรวบรวมข้อเท็จจริงและเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องทั้งหมดครบถ้วนแล้ว และให้เจ้าหน้าที่หรือพนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ยื่นคำร้องทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่พิจารณาแล้วเสร็จ

ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นรัฐมนตรีจะขยายระยะเวลาการรวบรวมข้อเท็จจริงและเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องตามวรรคหนึ่งออกไปอีกได้ไม่เกินหกสิบวัน และให้เจ้าหน้าที่หรือพนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งให้ผู้ยื่นคำร้องขอทราบการขยายระยะเวลาพร้อมด้วยเหตุผล”

สำหรับข้อความในมาตรา ๕๕ วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า คงเดิม

ทั้งนี้ หากสามารถกระทำได้ควรมีการแก้ไข ปรับปรุง กฎหมายลำดับรองในส่วนที่เกี่ยวข้อง คือกฎกระทรวงการขอคืนที่ดินที่ถูกเวนคืน พ.ศ. ๒๕๖๔ เพื่อให้มีความสอดคล้องกันกับกฎหมายที่มีการยกเลิกระบบคณะกรรมการไปด้วย เพื่อให้การแก้ไขเป็นไปทั้งระบบโดยไม่มี การลักลั่นของกฎหมาย

๔. บทสรุป

หากสามารถแก้ไขกฎหมายดังกล่าวได้ ย่อมทำให้ประชาชนได้รับบริการในการขอคืนที่ดินด้วยความสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม นำมาซึ่งระบบการปฏิบัติงานของหน่วยงานที่สะดวก รวดเร็ว ตอบสนองความต้องการของประชาชนได้ทันทั่วถึง ลดต้นทุนในการปฏิบัติงานได้หลายประการ อาทิ ลดการใช้จ่ายเงินงบประมาณในส่วนของเบี้ยประชุมคณะกรรมการ ลดการ

ใช้ทรัพยากรบุคคลในการเข้าร่วมการประชุมที่ไม่ได้มีความจำเป็นต้องใช้ระบบคณะกรรมการลดการใช้ทรัพยากรในการเชิญประชุม การนัดหมายการประชุม การจัดทำเอกสารประกอบในขั้นตอนต่าง ๆ ของการดำเนินการด้วยระบบคณะกรรมการซึ่งไม่มีความจำเป็น ลดระยะเวลาในการพิจารณาค้นข้อหาหรือทรัพย์สินให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท ประชาชนย่อมได้รับประโยชน์จากการดำเนินการที่สะดวกรวดเร็วของหน่วยงานพิจารณาเป็นการอำนวยความสะดวกและส่งเสริมให้ประชาชนมีปัจจัยครบถ้วนเพื่อใช้ในการประกอบอาชีพและกิจการ ซึ่งจะส่งผลโดยตรงต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศต่อไป

โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๑
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์

เรื่อง การบังคับใช้มาตรา ๖ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐*

แพรวไพลิน มาลี**

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๗๗^๑ กำหนดให้รัฐพึงมีกฎหมายเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ หรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด เมื่อปรากฏว่าบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการ แนวคิด และนโยบายทางอาญาของประเทศแตกต่างจากหลักการในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช ๒๔๗๙ ซึ่งใช้บังคับมาเป็นเวลานานกว่า ๘๐ ปี โดยมุ่งพัฒนาการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังและการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายและกฎเกณฑ์และมาตรฐานสากล รวมทั้งให้อำนาจการบริหารจัดการโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะในมาตรา ๖^๒ ซึ่งให้อำนาจกรมราชทัณฑ์ใช้มาตรการบังคับโทษ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นิตกรปฏิบัติการ กรมราชทัณฑ์ ผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๑ (กรกฎาคม ๒๕๖๕)

^๑ มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่มีกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

^๒ มาตรา ๖ กรมราชทัณฑ์อาจดำเนินการให้มีมาตรการบังคับโทษด้วยวิธีการอื่นนอกจากการควบคุม ขัง หรือจำคุกไว้ในเรือนจำแต่มาตรการดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ

โดยวิธีการอื่นซึ่งไม่ใช่การควบคุม ชังหรือจำคุกไว้ในเรือนจำ สอดคล้องกับแนวคิดที่เนื่องมาจากการตระหนักถึงผลในทางลบของระบบการจำคุกในเรือนจำ อาทิ การแก้ไขพัฒนาพหุตินิสัยให้เหมาะสมกับผู้ต้องชังเฉพาะรายเฉพาะคดี การสูญเสียงบประมาณของภาครัฐในการคุมขังผู้กระทำผิดสำหรับคดีความผิดบางประเภท ปัญหานักโทษล้นคุก^๓ ซึ่งก่อนหน้าการบังคับใช้พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ ไม่ปรากฏบทบัญญัติใดที่ให้อำนาจให้กรมราชทัณฑ์สามารถกำหนดมาตรการบังคับโทษโดยวิธีการอื่นซึ่งไม่ใช่การควบคุม ชังหรือจำคุกไว้ในเรือนจำ นอกเหนือไปจากการปฏิบัติตามคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาล แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันพบว่าไม่มีการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐^๔ รวมถึงยังไม่มีการออกกฎกระทรวงที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ซึ่งการตรามาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ เป็นหลักการที่ดีและแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาระบบการบังคับโทษทางอาญาของไทยให้มีความสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่เป็นสากล และพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่ไม่อาจบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายได้ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาถึงความเหมาะสม (Appropriateness) ประสิทธิภาพของการบังคับใช้ (Effectiveness) และความจำเป็นของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว จึงสมควรจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์บทบัญญัติมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ เพื่อพิจารณาว่าสมควรดำเนินการปรับปรุง ยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมาย

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

บทบัญญัติมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ มีแนวคิดที่มีวัตถุประสงค์ในการใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือกเพื่อแก้ไขกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักในปัจจุบัน ซึ่งการลงโทษโทษผู้กระทำผิดโดยการควบคุมตัวไว้ในเรือนจำ ก่อให้เกิดปัญหาความแออัดของนักโทษในเรือนจำ ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดด้วยวิธีการเฉพาะรายเฉพาะคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นอุปสรรคต่อการแก้ไข ฟื้นฟูผู้กระทำผิดให้กลับคืนสู่สังคมได้ จากการศึกษาพบว่าหลักการในมาตราดังกล่าวสอดคล้องกับแนวทางตามกฎมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุม (United Nation Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures) หรือ กฎโตเกียว (The Tokyo Rules) ซึ่งได้

อาญารวมตลอดถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

^๓ ศิริดา เต็งประทีป. มาตรการแทนการลงโทษจำคุก: ศึกษากรณีคำสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหาย. [ม.ป.ท.]:มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561. สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๖๕.จาก http://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:165982.

^๔ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

กำหนดหลักการพื้นฐานที่ส่งเสริมมาตรการการไม่ควบคุมตัว และควบคุมไปกับการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองบุคคลที่ต้องถูกใช้มาตรการทางเลือกอื่นที่ใช้แทนโทษจำคุก และกำหนดให้ประเทศสมาชิกพัฒนาให้มีมาตรการไม่ควบคุมตัวไว้ในระบบกฎหมาย เพื่อลดการใช้โทษจำคุก และส่งเสริมให้มีมาตรการหลากหลายเพื่อนำมาใช้ในการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด เฉพาะรายเฉพาะคดีได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งการตราพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการพัฒนากฎหมายบังคับโทษให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล และพันธกรณีระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการพยายามพัฒนาระบบการยุติธรรมทางอาญาตามหลักสากลโดยนำเอามาตรการไม่ควบคุมตัว และมาตรการอื่นที่ใช้แทนโทษจำคุก อันเป็นข้อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำขององค์การสหประชาชาติ ตามกฎโตเกียว มาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๖ แล้ว แต่ปรากฏว่า ปัจจุบันแม้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวใช้บังคับมาแล้ว ๕ ปีแล้ว แต่ปรากฏว่ายังไม่มีมีการดำเนินการใดตามมาตรา ๖ หรือแม้กระทั่งการออกกฎกระทรวง เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว จึงอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีปัญหาในเรื่องประสิทธิภาพของการใช้บังคับกฎหมาย (Effectiveness) เมื่อปรากฏว่าการที่กฎหมายมาตราดังกล่าวไม่สามารถใช้บังคับให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ได้

เมื่อพิจารณาถึงสาเหตุของการที่ไม่สามารถใช้บังคับบทบัญญัติมาตราดังกล่าวแล้ว พบว่าบทบัญญัติมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ ไม่สามารถบังคับใช้ได้ เนื่องจากสาระของบทบัญญัตินี้ขัดกับหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ดี (Good law)^๕ จึงไม่สามารถแก้ไขปัญหามุ่งประสงค์ได้ และอาจจะมีประเด็นปัญหาในเรื่องความเหมาะสมของกฎหมาย (Appropriateness) ซึ่งแยกพิจารณาเป็นประเด็นได้ ดังนี้

๑.๑ ความเหมาะสมของเนื้อหาของกฎหมาย (substantive)

เมื่อพิจารณาในเนื้อหาของกฎหมาย มาตรา ๖ ซึ่งกำหนดให้กรมราชทัณฑ์ในฐานะองค์กรผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายมาตราดังกล่าว อาจกำหนดให้มีมาตรการบังคับโทษด้วยวิธีการอื่นนอกจากการควบคุม ชัง หรือจำคุกไว้ในเรือนจำ แต่จะต้องไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา รวมตลอดถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามาตรการอื่นที่กรมราชทัณฑ์อาจใช้นั้น ควรถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายและมีหลักเกณฑ์เงื่อนไขอย่างชัดเจน เช่นเดียวกับมาตรา ๕๖ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และ ๘๙/๒^๖ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

^๕ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “การพัฒนากฎหมาย (Legal development),” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ ๒๔ ตอน ๓ (พ.ศ. ๒๕๔๓-พ.ศ. ๒๕๔๗)

^๖ มาตรา ๘๙/๒ ในกรณีที่มีเหตุจำเป็น เมื่อพนักงานอัยการ ผู้บัญชาการเรือนจำ หรือเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่จัดการตามหมายจำคุกร้องขอ หรือเมื่อศาลเห็นสมควร ศาลจะมีคำสั่งให้จำคุกผู้ซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดที่ได้รับโทษจำคุกมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของกำหนดโทษตามที่ระบุไว้ในหมายศาลที่ออกตามคำพิพากษานั้น หรือไม่น้อยกว่าสิบปี ในกรณีต้องโทษจำคุกเกินสามสิบปีขึ้นไป หรือจำคุกตลอดชีวิตโดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ก็ได้

ความอาญา เนื่องจากมาตรการอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การบัญญัติลักษณะดังกล่าวให้ดุลพินิจกรมราชทัณฑ์มากเกินไป

๑.๒ ความเหมาะสมกลไกการบังคับใช้กฎหมาย (Mechanism)

(ก) ในแง่การยอมรับจากสมาชิกในสังคม (Acceptable)

โดยทั่วไปเมื่อศาลมีคำสั่งขัง สั่งจำคุกบุคคลแล้ว กรมราชทัณฑ์มีหน้าที่คุมขังบุคคลตามคำสั่งหรือหมายของศาลให้ ขัง หรือจำคุกในเรือนจำ ดังนั้น การกำหนดให้กรมราชทัณฑ์มีดุลพินิจในการกำหนดให้ใช้มาตรการอื่นนอกเหนือจากการขัง จำคุก ตามคำสั่งศาล เป็นการที่หน่วยงานของรัฐใช้อำนาจบริหารกำหนดให้แตกต่างไปจากคำสั่ง หรือคำพิพากษาของศาล อันมีลักษณะคล้ายการไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล จะถือเป็นการก้าวล่วงอำนาจตุลาการหรือไม่ และย่อมก่อให้เกิดปัญหาเรื่องการยอมรับของประชาชนในการใช้ดุลพินิจพิจารณาการกำหนดมาตรการลงโทษของหน่วยงานรัฐซึ่งอยู่ภายใต้รัฐบาล ว่ามีความเป็นอิสระ โปร่งใส ขอบธรรม ปราศจากการแทรกแซงที่ไม่ชอบธรรมหรือไม่ การกำหนดให้กรมราชทัณฑ์เป็นองค์กรตั้งต้นที่มีอำนาจกำหนดมาตรการบังคับโทษที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิบางประการของบุคคล จึงมีประเด็นต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมขององค์กรผู้ใช้อำนาจ โดยจากการศึกษาเทียบเคียงกับการกำหนดมาตรการอื่นที่เป็นมาตรการเล็งโทษจำคุกในต่างประเทศ โดยทั่วไปจะให้องค์กรผู้พิจารณาพิพากษาคดี (ศาล) เป็นผู้ที่มีอำนาจสั่งใช้มาตรการบังคับโทษโดยวิธีการอื่นกับจำเลยตลอดทั้งกระบวนการก่อนและหลังมีคำพิพากษา รวมถึงมีกฎหมายว่าด้วยการบังคับโทษ กำหนดให้ใช้มาตรการใด ลงโทษจำเลยได้บ้าง เช่น บ้านกึ่งวิถี (Halfway house) การทำงานบริการสังคม การควบคุมในวันหยุดหรือการควบคุมเป็นระยะ (Periodic Detention or Weekend Imprisonment)

(๑) ให้จำคุกไว้ในสถานที่อื่นตามที่บุคคลดังกล่าวร้องขอหรือตามที่ศาลเห็นสมควรนอกจากเรือนจำหรือสถานที่ที่กำหนดไว้ในหมายจำคุก ทั้งนี้ ลักษณะของสถานที่ดังกล่าวให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งต้องกำหนดวิธีการควบคุมและมาตรการเพื่อป้องกันการหลบหนีหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นด้วย

(๒) ให้จำคุกไว้ในเรือนจำหรือสถานที่ที่กำหนดไว้ในหมายจำคุกหรือสถานที่อื่นตาม (๑) เฉพาะวันที่กำหนดตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๓) ให้จำคุกโดยวิธีการอื่นที่สามารถจำกัดการเดินทางและอาณาเขตของผู้นั้นได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในการพิจารณาของศาลตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลคำนึงถึงฐานความผิด ความประพฤติ สวัสดิภาพของผู้ซึ่งต้องจำคุก ตลอดจนสวัสดิภาพและความปลอดภัยของผู้เสียหายและสังคมด้วย ทั้งนี้ ให้ศาลดำเนินการไต่สวนหรือสอบถามผู้เสียหาย เจ้าพนักงานที่เกี่ยวข้องตามหมายจำคุก พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจในท้องถิ่นนั้น หรือผู้ซึ่งศาลเห็นว่ามีส่วนเกี่ยวข้อง

คำสั่งของศาลตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลกำหนดให้เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่จัดการตามหมายนั้น เป็นผู้ที่มีหน้าที่และรับผิดชอบในการดำเนินการตามคำสั่ง และให้นำความในมาตรา ๘๙/๑ วรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การคุมขังผู้ต้องโทษไว้ในที่อยู่อาศัย (Home Incarceration or House Arrest)^๗ เป็นต้น ขณะเดียวกันในกฎหมายไทยเองก็มีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นมาตรการบังคับโทษโดยวิธีการอื่น อันเป็นการเลี้ยงโทษจำคุก แบ่งเป็น ๑) กระบวนการก่อนมีคำพิพากษา ได้แก่ การรอลงอาญา ตามมาตรา ๕๖^๘ แห่งประมวลกฎหมายอาญา สำหรับผู้ที่ศาลเห็นว่ามีความผิดแต่เห็นควร

^๗ ศิริดา เต็งประทีป, อ้างแล้ว เิงอรธที่ ๓

^๘ มาตรา ๕๖ ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุก ไม่เกินห้าปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น

(๑) ไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือ

(๒) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ

(๓) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

และเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอันควรปรานีแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษ หรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ ไม่ว่าจะเป็นโทษจำคุกหรือปรับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่าง เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนดแต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้

เงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ศาลอาจกำหนดข้อเดียวหรือหลายข้อตามควรแก่กรณีได้ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้ไปรายงานตัวต่อเจ้าพนักงานที่ศาลระบุไว้เป็นครั้งคราว เพื่อเจ้าพนักงานจะได้สอบถาม แนะนำ ช่วยเหลือ หรือตักเตือนตามที่เห็นสมควรในเรื่องความประพฤติและการประกอบอาชีพ หรือจัดให้กระทำกิจกรรมบริการสังคมหรือสาธารณประโยชน์

(๒) ให้ฝึกหัดหรือทำงานอาชีพอันเป็นกิจจะลักษณะ

(๓) ให้ละเว้นการคบหาสมาคมหรือการประพฤติอันอาจนำไปสู่การกระทำความผิดในทำนองเดียวกันอีก

(๔) ให้ไปรับการบำบัดรักษาการติดยาเสพติดให้โทษ ความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจ หรือความเจ็บป่วยอย่างอื่น ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(๕) ให้เข้ารับการฝึกอบรม ณ สถานที่และตามระยะเวลาที่ศาลกำหนด

(๖) ห้ามออกนอกสถานที่อยู่อาศัย หรือห้ามเข้าในสถานที่ใดในระหว่างเวลาที่ศาลกำหนด ทั้งนี้ จะใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์หรืออุปกรณ์อื่นใดที่สามารถใช้ตรวจสอบหรือจำกัดการเดินทางด้วยก็ได้

(๗) ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายโดยวิธีอื่นให้แก่ผู้เสียหายตามที่ผู้กระทำความผิดและผู้เสียหายตกลงกัน

(๘) ให้แก้ไขฟื้นฟูหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดแก่ทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม หรือชดใช้ค่าเสียหายเพื่อการดังกล่าว

ให้รอกำหนดโทษหรือรอกำหนดลงโทษไว้ หรือการให้ศาลอาจสั่งคุมประพฤติโดยกำหนดเงื่อนไข เช่น การบริการสังคม การห้ามเข้าเขตที่กำหนด การสั่งให้ประกอบอาชีพ เป็นต้น แต่ทบทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นมาตรการภายใต้เงื่อนไขที่จำกัด และ ๒) กระบวนการภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ได้แก่ มาตรา ๘๙/๒ ในกรณีมีเหตุจำเป็น โดยศาลอาจสั่งให้ดำเนินการจำคุกโดยวิธีการอื่นนอกจากคุมขังไว้ในเรือนจำ ซึ่งในการที่ศาลสั่งโดยกำหนดเงื่อนไขซึ่งเป็นมาตรการอื่นระหว่างรอลงอาญาและภายหลังมีคำพิพากษาสมาารถกระทำได้ และไม่เกิดข้อเคลือบแคลงใจในหมู่ประชาชนในการดำเนินการดังกล่าว

(ข) ในแง่ภาระ (Cost and benefit)

จากประเด็นปัญหาเรื่องปัญหาความโปร่งใส ปัญหาเรื่องการแบ่งแยกอำนาจการยอมรับของสมาชิกในสังคม รวมถึงปัญหาองค์กรผู้ใช้อำนาจไม่กล้าใช้ดุลพินิจย่อมก่อให้เกิดกระบวนการสร้างกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงาน ดังนั้นหากมีการดำเนินการตามมาตรา ๖ รัฐย่อมมีต้นทุนที่เกิดจากการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว กล่าวคือ ต้องมีต้นทุนการศึกษาด้านวิชาการ การวิจัยเชิงอาชญาวิทยา และสังคมวิทยาอย่างจริงจัง เพื่อศึกษามาตรการทางเลือกอื่นที่เหมาะสมจะนำมาใช้ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น และต้องมีการวางระบบการบริหารโทษขึ้นใหม่ นอกจากนี้ การดำเนินการตามมาตรา ๖ ไม่ใช่เพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข ที่ต้องผ่านการเห็นชอบของคณะกรรมการราชทัณฑ์ แต่การพิจารณาหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข จะก่อให้เกิดการพิจารณาในรูปแบบคณะกรรมการซึ่งต้องประกอบด้วยคณะกรรมการจากหลายองค์กร มีความไม่คล่องตัว สร้างขั้นตอน และใช้ระยะเวลานาน ในขณะที่การพิจารณาสั่งใช้มาตรการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๖ บัญญัติให้ศาลเพียงองค์กรเดียวที่สามารถดำเนินการได้

๒. แนวทางในการแก้ไขปัญหา

เมื่อปรากฏว่ามาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ ไม่สามารถบังคับใช้ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามหลักสากล

(๙) ให้ทำทัณฑ์บนโดยกำหนดจำนวนเงินตามที่ศาลเห็นสมควรว่าจะไม่ก่อเหตุร้าย หรือก่อให้เกิดภัยอันตรายแก่บุคคลอื่นหรือทรัพย์สิน

(๑๐) เงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรกำหนดเพื่อแก้ไข ฟื้นฟู หรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกาสกระทำความผิดขึ้นอีก หรือเงื่อนไขในการเยียวยาผู้เสียหายตามที่เห็นสมควร

เงื่อนไขตามที่ศาลได้กำหนดตามความในวรรคสองนั้น ถ้าภายหลังความปรากฏแก่ศาลตามคำขอของผู้กระทำความผิด ผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้นั้น ผู้อนุบาลของผู้นั้น พนักงานอัยการหรือเจ้าพนักงานว่าพฤติการณ์ที่เกี่ยวแก่การควบคุมความประพฤติของผู้กระทำความผิดได้เปลี่ยนแปลงไป เมื่อศาลเห็นสมควรศาลอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนข้อหนึ่งข้อใดเสียก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขข้อใดตามที่กล่าวในวรรคสองที่ศาลยังมีได้กำหนดไว้เพิ่มเติมขึ้นอีกก็ได้ หรือถ้ามีการกระทำผิดทัณฑ์บนให้นำบทบัญญัติมาตรา ๔๗ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

โดยกำหนดให้มีการใช้มาตรการอื่นนอกจากการควบคุม ชั่ง หรือจำคุกไว้ในเรือนจำได้ และอาจก่อให้เกิดการลักลั่นกันระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจ โดยหน่วยงานผู้บังคับใช้กฎหมายไม่กล้าใช้ดุลพินิจ และอาจก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์กันในหมู่ประชาชนถึงความชอบ ความโปร่งใส และความเหมาะสมของการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานรัฐ ในกรณีที่องค์กรฝ่ายบริหารจะเป็นผู้มีอำนาจกำหนดมาตรการการบังคับโทษแตกต่างไปจากคำพิพากษา หรือคำสั่งขององค์กรตุลาการ และเกิดปัญหาผู้ใช้บังคับกฎหมาย (กรมราชทัณฑ์) ไม่กล้าใช้อำนาจดังกล่าว ดังนั้น องค์กรที่เหมาะสมที่สุดในการกำหนดมาตรการบังคับโทษด้วยวิธีการอื่นนอกจากการควบคุม ชั่ง หรือจำคุกไว้ในเรือนจำ ควรเป็นองค์กรศาล เพื่อให้สอดคล้องกับทฤษฎีการลงโทษ ภูมิหลัง พฤติการณ์ การกระทำความผิด ลักษณะความผิด ความเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดเฉพาะราย และสอดคล้องกับแนวทางของต่างประเทศในกลุ่มประเทศยุโรป เช่น สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่มีมาตรการทางเลือกในการลงโทษผู้กระทำความผิดจึงเห็นสมควรปรับปรุงกฎหมายมาตราดังกล่าวให้สามารถดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการพัฒนากฎหมายให้มีความสอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน และสอดคล้องกับมาตรฐานสากลและพันธกรณีระหว่างประเทศ

๓. ข้อเสนอแนะ

จากการไม่สามารถบังคับใช้มาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงเห็นควรแก้ไขโดยแบ่งได้เป็นสองแนวทาง คือ การยกเลิกมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้วนำหลักการเรื่องมาตรการลงโทษด้วยวิธีการอื่นนอกจากคุมขังไว้ในเรือนจำไปแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมาย หรือการยกเลิกมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้วให้มีกฎหมายกลางเกี่ยวกับการบังคับโทษ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

แนวทางที่หนึ่ง การยกเลิกมาตรา ๖ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ และอาจนำหลักการเรื่องมาตรการลงโทษด้วยวิธีการอื่นนอกจากคุมขังไว้ในเรือนจำ ไปแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายอาญาหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในบทบัญญัติเรื่องเกี่ยวข้อง ดังนี้

๑) มาตรา ๕๖^๙ ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเกี่ยวกับมาตรการทางเลือกสำหรับการรอลงอาญาแทนการจำคุก เช่น งานบริการสังคม จำกัดการเดินทาง การเข้าค่ายฝึกอบรม เป็นต้น

๒) มาตรา ๘๙/๒^{๑๐} ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งให้อำนาจศาลบริหารโทษสำหรับกระบวนการหลังมีคำพิพากษาให้จำคุก โดยอาจเพิ่มเติมมาตรการทางเลือกอื่นให้มีความหลากหลาย พร้อมทั้งปรับปรุงหลักเกณฑ์เงื่อนไขให้สามารถใช้บังคับกับกรณีได้กว้างขึ้น

^๙ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๘, ข้างต้น

^{๑๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๖, ข้างต้น

๓) อาจเพิ่มเติมไว้ในเรื่องโทษตามมาตรา ๑๘ ประมวลกฎหมายอาญา โดยให้ศาลมีอำนาจพิจารณาลงโทษจำเลย โดยกำหนดมาตรการอื่นๆ เป็นโทษที่ศาลสามารถลงแก่ผู้กระทำได้

แนวทางที่สอง การยกเลิกมาตรา ๖ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ และให้มีกฎหมายกลางเกี่ยวกับการบังคับโทษ โดยกำหนดมาตรการบังคับโทษทางเลือกอื่นนอกจากการจำคุกไว้ในเรือนจำ หลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการ รวมทั้งอำนาจหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจในกระบวนการยุติธรรม ได้แก่ ตำรวจ อัยการ ศาล ราชทัณฑ์ ให้สามารถปฏิบัติภารกิจในลักษณะบูรณาการร่วมกัน เพื่อให้กระบวนการมีประสิทธิภาพ และมีเอกภาพมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ ในการดำเนินการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ฯ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกรมราชทัณฑ์จะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องและศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบอื่นที่อาจเกิดขึ้นจากการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามหลักการในมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย

๔. บทสรุป

จากการวิเคราะห์พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๖ ที่ไม่สามารถใช้บังคับได้แม้พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. ๒๕๖๐ ใช้บังคับมานานกว่า ๕ ปีแล้ว แสดงให้เห็นว่าการพัฒนากฎหมายโดยมีหลักการที่ดี แต่วิธีการบังคับใช้ยังใช้ไม่ถูกต้อง ส่งผลให้กฎหมายไม่มีผลสัมฤทธิ์ที่ดีไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ บทความนี้สามารถนำไปใช้ในการพัฒนากฎหมายในความรับผิดชอบของหน่วยงาน โดยคำนึงถึงความจำเป็นประสิทธิภาพของกฎหมาย และผลกระทบที่อาจสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควร

โครงการตีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๑

โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์

เรื่อง การแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือ
เกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามมาตรา ๓๐ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติ
การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๑๘*

ภัทรวดี เมฆพัฒน์**

มาตรา ๗๗^๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งเป็น
บทบัญญัติในหมวด ๖ แนวนโยบายแห่งรัฐ ที่มีจุดมุ่งหมายในการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่เห็น
ว่าหมดความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ หรือกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต
หรือการประกอบอาชีพ เพื่อไม่ให้เป็นการระงับประชาชน รวมทั้งไม่ให้เกิดอุปสรรคและปัญหากับ
ผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย อีกทั้งรัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและ
สามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ทั้งนี้ มาตรการสำคัญประการหนึ่ง
ในการตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้แก่
การใช้ระบบอนุญาตเฉพาะกรณีที่สำคัญ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและ
บรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นิตกรชำนาญการ สำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานัก
กฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๑ (กรกฎาคม ๒๕๖๕)

^๑ มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมด
ความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ
โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการระงับประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดย
สะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์
ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็น
และการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน
เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว

รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟัง
ความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่างๆ
ที่เปลี่ยนแปลงไป รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น พึงกำหนดหลัก
เกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ใน
กฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ดังนั้น ตามที่ข้อ ๗^๒ แห่งระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (คปก.) ว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการอนุญาตและการให้ผู้รับอนุญาตถือปฏิบัติในการใช้ที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์สำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๔๑ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๓๐ วรรคห้า^๓ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๑๘ กำหนดให้ใช้ระบบคณะกรรมการในการพิจารณาอนุญาต ทำให้การปฏิบัติงานเป็นไปด้วยความล่าช้า ใช้งบประมาณในการจัดประชุมค่อนข้างมาก และเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตของประชาชน เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา ๗๗ ที่จะช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนมากยิ่งขึ้น และปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ จึงมีความจำเป็นจะต้องมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

ประเทศไทยได้จัดให้มีการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมมาระยะหนึ่งแล้ว แต่การดำเนินการยังมีอุปสรรคทำให้การปฏิบัติงานไม่เป็นไปโดยเหมาะสมและไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นอยู่ของเกษตรกรในเขตปฏิรูปที่ดิน จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๒ เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๓๐ วรรคห้าของพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๑๘ โดยขยายขอบเขตการจัดที่ดินในการปฏิรูปที่ดินให้กว้างขวางขึ้นเพื่อให้สามารถช่วยเหลือผู้ที่ประสงค์จะเป็นเกษตรกรได้ และอาจจัดที่ดินให้แก่บุคคล

^๒ ข้อ ๗ ให้คณะกรรมการปฏิรูปที่ดินจังหวัดเป็นผู้พิจารณาอนุญาตคำขอรับอนุญาตตามระเบียบนี้ ถ้าผู้รับอนุญาตเป็นคนต่างด้าวจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการก่อน และคณะกรรมการจะอนุญาตให้คนต่างด้าวได้เฉพาะการเช่าหรือเช่าทำประโยชน์เท่านั้น

^๓ มาตรา ๓๐ บรรดาที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่ ส.ป.ก. ได้มา ให้ ส.ป.ก. มีอำนาจจัดให้เกษตรกรหรือสถาบันเกษตรกรได้ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด ทั้งนี้ ตามขนาดการถือครองในที่ดินดังกล่าวต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

นอกจากการจัดที่ดินให้แก่บุคคลตาม (๑) (๒) และ (๓) ให้ ส.ป.ก. มีอำนาจจัดที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลใดเช่า เช่าซื้อ ซื้อ หรือเช่าทำประโยชน์ เพื่อใช้สำหรับกิจการอื่นที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษาได้ ทั้งนี้ ตามขนาดการถือครองในที่ดินที่คณะกรรมการเห็นสมควร ซึ่งต้องไม่เกินห้าสิบไร่ ส่วนหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการอนุญาตหรือการให้ผู้ได้รับอนุญาตถือปฏิบัติให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

ฯลฯ

ฯลฯ

อื่นที่มีใช้เกษตรกรแต่เป็นผู้ประกอบกิจการสนับสนุนและเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินได้ด้วย เพื่อให้การดำเนินงานจัดที่ดินเพื่อเกษตรกรเป็นไปอย่างครบวงจรของภาคเกษตรกรรม และต่อมา มีระเบียบ คปก. ว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการอนุญาตและการให้ผู้รับอนุญาตถือปฏิบัติในการใช้ที่ดินหรือสหกรณ์ทรัพย์สำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกร พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการยื่นคำขออนุญาตประกอบกิจการสนับสนุนเกี่ยวเนื่องฯ โดยให้ ส.ป.ก. มีอำนาจจัดที่ดินให้แก่บุคคลใด เช่า เช่าซื้อ หรือเช่าทำประโยชน์ เพื่อใช้สำหรับกิจการอื่นที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ส่วนหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการอนุญาตหรือการให้ผู้ได้รับอนุญาต ถือปฏิบัติให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดกิจการอื่นที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรตามมาตรา ๓๐ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกร พ.ศ. ๒๕๑๘ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๒ ข้อ ๑ กิจการอื่นที่เป็นการสนับสนุนการปฏิรูปที่ดิน ให้หมายถึงกิจการ ดังนี้

๑.๑ กิจการทางวิชาการเกษตร การสาธิต การทดลอง เพื่อประโยชน์ทางการเกษตร

๑.๒ กิจการที่ส่งเสริม หรือประกันราคาพืชผลการเกษตร หรือลดต้นทุนการผลิตทางการเกษตร

๑.๓ กิจการที่เป็นข้อตกลงร่วมกับ ส.ป.ก. ในการดำเนินการผลิตและการจำหน่ายผลิตผลทางการเกษตร

๑.๔ กิจการที่เป็นการพัฒนาอาชีพเกษตรกร และปัจจัยการผลิตตลอดจนการผลิต การจำหน่าย และการตลาดให้เกิดผลดียิ่งขึ้น

๑.๕ กิจการที่เป็นการบริการหรือเกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของเกษตรกรด้านเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งอยู่ในพื้นที่ที่กำหนดให้ประกอบกิจการได้

โดยกิจการตามประกาศข้อ ๑.๑ - ๑.๔ จะอยู่ในพื้นที่สำหรับประกอบเกษตรกรรม ส่วนข้อ ๑.๕ จะอยู่ในพื้นที่ที่ คปก. ประกาศกำหนดไว้ให้เป็นวงรอบที่ดินชุมชน และให้ ส.ป.ก. จัดที่ดินให้เกษตรกรเป็นพื้นที่อยู่อาศัย โดยผู้ที่สามารถยื่นคำขอประกอบกิจการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องฯ จะเป็นเกษตรกรหรือบุคคลอื่นที่มีได้ประกอบอาชีพเกษตรกรรมก็สามารถยื่นคำขอได้ ทั้งนี้เป็นไปตาม

บทนิยามของคำว่า ผู้รับอนุญาต ในข้อ ๓^๔ แห่งระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการอนุญาตและการให้ผู้รับอนุญาตถือปฏิบัติในการใช้ที่ดิน หรืออสังหาริมทรัพย์สำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๔๑ โดยการประกอบกิจการของผู้ยื่นคำขอต้องอยู่ภายใต้การดำเนินการ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมเท่านั้นและมุ่งหมายให้ชุมชนส่วนรวมที่เกษตรกรอาศัย อยู่ได้รับประโยชน์จากกิจการที่ขออนุญาต

จากข้อกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ผู้ยื่นคำขอเพื่อประกอบกิจการ สนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนั้น จะเป็นบุคคลใดก็ได้ ผู้ที่ได้รับ ผลกระทบจากกฎหมายฉบับดังกล่าวจึงเป็นประชาชนทั่วไป มิได้จำกัดเฉพาะกลุ่มเกษตรกรเท่านั้น ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินจังหวัด (คปจ.) ในการพิจารณา อนุญาตกิจการดังกล่าว ทำให้เกิดความล่าช้าในการปฏิบัติงานเป็นอย่างมาก เนื่องจากความถี่ ในการจัดประชุมของ คปจ.ในแต่ละจังหวัดจะจัดขึ้นประมาณปีละ ๒ - ๔ ครั้ง ซึ่งเมื่อเทียบกับจำนวนคำขอ ในกิจการสนับสนุนเกี่ยวเนื่องฯ ที่มีการยื่นคำขอต่อจังหวัดเฉลี่ยประมาณเดือนละ ๕ - ๑๐ ราย ทำให้ เป็นภาระแก่ผู้ยื่นคำขออนุญาตที่จะต้องรอให้ คปจ. จัดประชุมและมีมติอนุญาตก่อนจึงจะสามารถ ดำเนินกิจการได้ ซึ่งโดยเฉลี่ยจะใช้ระยะเวลาอย่างน้อย ๙๐ วัน นับตั้งแต่ยื่นคำขอจนถึงวันที่ลงนาม ในสัญญา ข้อกำหนดให้ คปจ. เป็นคณะกรรมการ ที่มีหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาตจึงเป็นบทบัญญัติ ที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์และบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่เป็นไปตามจุดมุ่งหมาย ของมาตรา ๗๗ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นอกจากนี้ ตัวอย่างผลกระทบทางลบจาก บทบัญญัติดังกล่าวที่เกิดขึ้นกับประชาชน เช่น การขออนุญาตดำเนินกิจการลานตากผลผลิตทาง การเกษตร หากใช้ระบบคณะกรรมการในการพิจารณาจะใช้ระยะเวลามากถึง ๙๐ วัน อาจส่งผลเสีย ให้เกษตรกรไม่สามารถตากผลผลิตได้ทันในช่วงฤดูเก็บเกี่ยว ทำให้ผลผลิตทางการเกษตรเสียหาย ไม่สามารถนำไปจำหน่ายได้ อีกทั้งงบประมาณในการจัดประชุมของ คปจ. เฉลี่ยครั้งละประมาณ ๒๐,๐๐๐ - ๓๐,๐๐๐ บาท สร้างภาระค่าใช้จ่ายแก่รัฐค่อนข้างมาก เมื่อวิเคราะห์ถึงผลกระทบดังกล่าว ข้างต้นจึงถือเป็นกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน

สภาพปัญหาอีกประการหนึ่งได้แก่ ความขัดแย้งกันของกฎหมายลำดับรองกับ กฎหมายแม่บท โดยระเบียบ คปจ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการอนุญาตและการให้ ผู้รับอนุญาตถือปฏิบัติในการใช้ที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์สำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือ

^๔ ข้อ ๓ ในระเบียบนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“ผู้รับอนุญาต” หมายความว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้เช่า เช่าซื้อ ซื้อ หรือเช่าทำประโยชน์ในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ของสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมเพื่อประกอบ กิจการ

ฯลฯ

ฯลฯ

เกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๔๑ กำหนดให้อำนาจของผู้พิจารณาคำขอประกอบกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เป็นอำนาจของคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินจังหวัด (คปจ.) ซึ่งเป็นไปตามมาตรา ๒๐ (๕)^๕ แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ ที่กำหนดให้ คปจ. มีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการดำเนินการเกี่ยวกับการเงินและกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามระเบียบหรือข้อบังคับหรือมติของคณะกรรมการหรือตามที่คณะกรรมการมอบหมาย แต่เมื่อพิจารณามาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๑๘ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดให้ ส.ป.ก. เป็นทบวงการเมืองมีฐานะเทียบเท่ากรม โดยมีเลขาธิการ ส.ป.ก. เป็นหัวหน้าสำนักงานประกอบมาตรา ๘ ที่กำหนดให้ ส.ป.ก. มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมแล้วจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๑๘ ให้อำนาจกับเลขาธิการ ส.ป.ก. ซึ่งเป็นหัวหน้าสำนักงานให้มีหน้าที่ในการดำเนินการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ดังนั้น ระเบียบ คปจ. ฉบับดังกล่าวจึงไม่เป็นไปตามหลักการที่พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ กำหนดไว้ และทำให้เกิดความขัดแย้งของกฎหมาย

๒. แนวทางในการแก้ไขปัญห

จากสภาพปัญหาของการบังคับใช้ระเบียบ คปจ. ว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการอนุญาตและการให้ผู้รับอนุญาตถือปฏิบัติในการใช้ที่ดินหรือสิ่งสาธารณูปโภคสำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งเป็นกฎหมายในลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการยื่นคำขออนุญาตประกอบกิจการสนับสนุนเกี่ยวเนื่องฯ แต่ด้วยเงื่อนไขในระเบียบที่กำหนดให้ คปจ. เป็นผู้พิจารณาอนุญาตคำขอในกิจการดังกล่าว ทำให้กฎหมายฉบับดังกล่าวขาดประสิทธิภาพ และทำให้การปฏิบัติงานขาดความคล่องตัวเป็นไปด้วยความล่าช้า เนื่องจากการพิจารณาด้วยระบบคณะกรรมการมีข้อเสียหลายประการ เช่น และค่าใช้จ่ายสูง ใช้เวลายาวนานกว่าการตัดสินใจของบุคคลเพียงคนเดียว อีกทั้งคณะกรรมการแต่ละคนต่างมีภารกิจมาก การนัดประชุมมีความยากลำบากไม่ทันต่อการแก้ไขปัญหาหรือไม่ทันต่อการประกอบกิจการของเกษตรกร ดังเช่นกรณีเกษตรกรขออนุญาตประกอบกิจการลานตากผลผลิตทางการเกษตรที่กล่าวไว้ข้างต้น

^๕ มาตรา ๒๐ ให้คณะกรรมการปฏิรูปที่ดินจังหวัดมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการกำหนดมาตรการและวิธีปฏิบัติงานของสำนักงานการปฏิรูปที่ดินจังหวัด และให้อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบ ดังต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(๕) ดำเนินการเกี่ยวกับการเงินและกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามระเบียบหรือข้อบังคับหรือมติของคณะกรรมการหรือตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

๑.ล๑

๑.ล๑

เมื่อพิจารณาข้อเสียของระบบคณะกรรมการข้างต้นจึงเห็นว่าหากยกเลิกการใช้ระบบคณะกรรมการ (ระดับจังหวัด) ในการพิจารณาอนุญาต โดยแก้ไขเพิ่มเติมให้เลขาธิการ ส.ป.ก. สามารถมอบอำนาจให้ปฏิรูปที่ดินจังหวัด (ปทจ.) เป็นผู้พิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการสนับสนุนเกี่ยวเนื่องฯ แทน คปจ. จะทำให้การปฏิบัติงานมีประสิทธิภาพ และลดงบประมาณในการจัดประชุม โดยมีได้มีผลกระทบกับภาพรวมของการดำเนินงานปฏิรูปที่ดินของ ส.ป.ก. เนื่องจากการพิจารณาคำขออนุญาตในเรื่องนี้มิได้นั้นคุณสมบัติเฉพาะบุคคลของผู้ยื่นคำขอจะต้องเป็นเกษตรกรเท่านั้น แต่เน้นประโยชน์ส่วนรวมของชุมชน ดังนั้น ไม่ว่าบุคคลผู้มายื่นคำขอจะเป็นบุคคลใดก็ตาม หากกิจการนั้นมีความเหมาะสมและเกี่ยวข้องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ปทจ. ก็สามารถพิจารณาอนุญาตได้

ประโยชน์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการยกเลิกระบบคณะกรรมการคือ ลดระยะเวลาในการปฏิบัติงาน เพราะหากนับระยะเวลาตั้งแต่เจ้าหน้าที่รับคำขอจากเกษตรกรจนถึงขั้นตอนสุดท้ายซึ่งได้แก่ การจัดทำสัญญาเช่าที่ดินหรือสัญญาเช่าทำประโยชน์ในที่ดิน จะใช้ระยะเวลาประมาณ ๓๐ - ๔๐ วัน อีกทั้งประกาศ คปจ. เรื่อง รายการกิจการอื่นที่เป็นสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ประกาศกำหนดตามมาตรา ๓๐ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๑๘ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๒ พ.ศ. ๒๕๖๓ ซึ่งมีการประกาศกำหนดกิจการต่าง ๆ ไว้ชัดเจนแล้วว่ากิจการใดบ้างที่สามารถยื่นคำขออนุญาตประกอบกิจการฯ ได้ ซึ่งช่วยลดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ และไม่จำเป็นต้องใช้การพิจารณาด้วยระบบคณะกรรมการแต่อย่างใด อีกทั้งวิธีการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในที่ดินเพื่อคำนวณค่าเช่าในที่ดินเอกชนและที่ดินของรัฐ ส.ป.ก. ได้ดำเนินการจัดฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ให้สามารถดำเนินการได้ในระดับจังหวัดและเมื่อ ส.ป.ก. จังหวัด ส่งสัญญาเช่า หรือสัญญาเช่าทำประโยชน์ (ฉบับร่าง) ไปที่สำนักกฎหมาย ก็จะมีการตรวจสอบความถูกต้องอีกครั้งหนึ่งก่อนที่จะให้เกษตรกรลงนามในสัญญาต่อไป

ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์สภาพปัญหาข้างต้นจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าหากยกเลิกการใช้ระบบคณะกรรมการในการพิจารณาอนุญาตกิจการดังกล่าวจะทำให้การปฏิบัติงานเป็นไปด้วยความสะดวกและรวดเร็วมากยิ่งขึ้น โดยคาดว่าจะลดระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตได้จากเดิม ๙๐ วัน ให้คงเหลือ ๔๐ วัน ไม่เป็นการเพิ่มขั้นตอนในการปฏิบัติงาน ลดค่าใช้จ่ายภาครัฐ และอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน นอกจากนี้ เหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ควรแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ คือ การลดเกิดความขัดแย้งกันของกฎหมาย หากมีการแก้ไขระเบียบฯ โดยให้เลขาธิการ ส.ป.ก. เป็นผู้มียอำนาจในการพิจารณาอนุญาตคำขอประกอบกิจการอื่นที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม แทน คปจ. ก็จะทำให้กฎหมายมีความสอดคล้องกันส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อันเป็นการบรรลุวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๓. ข้อเสนอแนะ

แก้ไขเพิ่มเติมข้อ ๗ แห่งระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการอนุญาตและการให้ผู้รับอนุญาตถือปฏิบัติในการใช้ที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์สำหรับกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. ๒๕๔๑ โดยแก้ไขบทบัญญัติในส่วนของผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตคำขอรับอนุญาตตามระเบียบฯ ดังนี้

“ข้อ ๗ ให้คณะกรรมการปฏิรูปที่ดินจังหวัด เลขาธิการสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตคำขอรับอนุญาตตามระเบียบนี้ ... ”

ทั้งนี้ หน่วยงานจะต้องดำเนินการออกประกาศสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมที่ออกตามความในข้อ ๗ ของระเบียบดังกล่าวด้วย ซึ่งได้แก่ ประกาศสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เรื่อง การมอบอำนาจให้ปฏิรูปที่ดินจังหวัดปฏิบัติราชการแทนเลขาธิการสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เนื่องจากคำขอดำเนินการดังกล่าวมีค่อนข้างมากเพื่อลดระยะเวลาในการพิจารณา และทำให้การปฏิบัติงานเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น และอาจให้ระบุเพิ่มเติมว่าภายหลังจากที่ปฏิรูปที่ดินจังหวัดได้พิจารณาอนุญาตคำขอแล้ว ให้รายงานผลการปฏิบัติงานให้เลขาธิการ ส.ป.ก. ทราบ เพื่อเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่

๔. บทสรุป

โครงการประเมินผลสัมฤทธิ์โดยวิเคราะห์หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมทำให้ทราบถึงความเป็นมาและสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้ระบบคณะกรรมการในการอนุญาตคำขอประกอบกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ซึ่งสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมอาจใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงระเบียบฯ โดยให้มีการใช้ระบบคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็น และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนหรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตของประชาชน และเป็นการลดต้นทุนของหน่วยงานภาครัฐในการจัดประชุมคณะกรรมการ เบี้ยประชุมค่าเอกสารที่ใช้ประกอบในการพิจารณา รวมทั้งลดระยะเวลาในการพิจารณาคำขอรับอนุญาตเพื่อประกอบกิจการที่เป็นการสนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมด้วย

ที่ปรึกษา

นายปกรณ์ นิลประพันธ์

บรรณาธิการ

นางสมาพร นิลประพันธ์

กองบรรณาธิการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย

นางสาวดณีนิจ แซ่เฮง

นางสาวธมณณ์ฎฐิ พราหมณ์ดี

นางสาวเสาวนีย์ จันทริขวลิต

นางสุปราณี เพ็งหนู

นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์

นางสาวรัชนิกร ลาภวณิชชา

นางสาวพรรณพร สนั่นไชย

ผู้จัดการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

แรัญญิก

นางสาวศิริพรรณ พวงทอ

OCS

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน
Advanced Legal Training Institute