

วารสารกฤชฎีกา

OCS e-JOURNAL

เล่ม ๔ ตอน ๒

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

OCS e-Journal

April 2024

Volume 4 Part 2



Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

บทบรรณาธิการ

วารสารกฎหมายนิติต้อนรับท่านผู้อ่าน ในช่วงเทศกาลวันหยุดยาวหลายวันแห่งเดือนเมษายน การมีหนังสือวารสารทางกฎหมายดี ๆ สักหนึ่งเล่ม ที่สามารถเดินทางไปพร้อมกับท่านผู้อ่านในการเฉลิมฉลองวันสงกรานต์หรือวันขึ้นปีใหม่ของไทย นั้น กองบรรณาธิการเชื่อว่าน่าจะเป็นการมอบความสุขอย่างหนึ่งให้แก่ผู้อ่านที่ชื่นชอบการอัปเดตความรู้ทางกฎหมายในหลากหลายมิติ วารสารกฎหมาย เล่ม ๔ ตอน ๒ พร้อมเสนอบทความทางกฎหมายที่น่าสนใจและเป็นประโยชน์แก่ท่านผู้อ่าน โดยฉบับนี้มีเรื่องที่น่าสนใจหลายด้าน

กฎหมายว่าด้วยการปรับเป็นพินัยสำหรับประชาชน โดยกองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม ซึ่งจะมาสรุปลงสำคัญของมาตรการการปรับเป็นพินัย ซึ่งเป็นกฎหมายที่เพิ่งจะมีผลใช้บังคับเมื่อไม่นานมานี้ เพื่อช่วยให้ผู้อ่านทุกท่านที่จะเป็นผู้ใช้บังคับกฎหมายในการปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง และท่านผู้อ่านที่อาจจะเป็นผู้ที่ต้องโดนปรับทางพินัย จะได้รู้ว่าคุณควรปฏิบัติอย่างไร

วารสารกฎหมายฉบับนี้ ยังได้นำเสนอบทความทางกฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีดิจิทัล ซึ่งปัจจุบันไม่ใช่เรื่องที่ไกลตัวท่านผู้อ่านอีกต่อไป ในเรื่อง **ตัวตนดิจิทัลกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตน** โดย นายเดชพล มาประเสริฐ ที่ได้เล่าถึงความสำคัญของการพิสูจน์และยืนยันตัวตนตั้งแต่ในอดีต และเมื่อเข้าสู่ยุคดิจิทัล ก็มีความจำเป็นที่ต้องมีการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัล โดยนำเสนอสาระสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ทั้งของต่างประเทศและประเทศไทย ส่วนเรื่อง **ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence :AI) ในกระบวนการร่างกฎหมาย: ตอนที่ ๑ AI และประสบการณ์การใช้งาน AI ในงานกฎหมายของต่างประเทศ** โดย นางสาววรลีย์ อ่อนนุ่ม ก็ได้นำเสนอการนำ AI ไปใช้เพื่อประโยชน์เพื่องานต่าง ๆ โดยเฉพาะงานทางกฎหมาย ซึ่งในตอนแรกจะเป็นเรื่องประสบการณ์ของประเทศไทยต่าง ๆ ที่ได้นำ AI ไปช่วยงานของนักกฎหมายในกระบวนการร่างกฎหมายที่น่าสนใจ

บทความที่น่าสนใจอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งบางท่านอาจคิดว่าเป็นเรื่องค่อนข้างไกลตัว เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการขอสิทธิบัตร แต่ในบทความนี้จะเล่าถึงการขอสิทธิบัตรในเรื่องที่ใกล้ตัวท่านผู้อ่าน คือ เรื่อง **การนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตร** : ข้อพิจารณาจากกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์ โดย นางสาวรัชนิกร ลาภวนิชชาพรหมศักดิ์ ที่ประสงค์จะเสนอมุมมองทางกฎหมายของประเทศไทยสวิตเซอร์แลนด์ เพื่อเป็นทางเลือกในการนำมาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรในกรณีที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาใช้ในการขอรับสิทธิบัตร

เรื่องน่ารู้ในฉบับนี้ เป็นเรื่องที่คุณเขียนบทความชวนให้ท่านผู้อ่านคิดและวิเคราะห์เกี่ยวกับกลไกและผลทางกฎหมายของการมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทน ในเรื่อง **บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ : เรื่อง การมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทนประธานกรรมการสถาบันรับรองคุณภาพโรงพยาบาลในคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข โดย นายสัณทนต์ ภูมิรินทร์**

ท้ายนี้ กองบรรณาธิการขอให้ท่านผู้อ่านทุกท่านรักษาสุขภาพในช่วงฤดูร้อนและเดินทางท่องเที่ยวในเทศกาลวันหยุดยาวของเดือนเมษายน อย่างมีความสุข โดยมีวารสารกฤษฎีกาฉบับดิจิทัลฉบับนี้เป็นเพื่อนร่วมเดินทางไปกับท่านผู้อ่าน และพบกันใหม่ในวารสารกฤษฎีกาเล่ม ๔ ตอน ๓ (กรกฎาคม ๒๕๖๗)

สารบัญ

บทความทางกฎหมาย

- 1 กฎหมายว่าด้วยการปรับเป็นพินัยสำหรับประชาชน
โดย กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม
- 22 ตัวตนดิจิทัลกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตน
โดย เดชพล มาประเสริฐ
- 45 ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence :AI)
ในกระบวนการร่างกฎหมาย : ตอนที่ ๑ AI และประสิทธิภาพ
การใช้งาน AI ในงานกฎหมายของต่างประเทศ
โดย วราลย์ อ่อนนุ่ม
- 60 การนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น
มาใช้ในการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตร : ข้อพิจารณาจาก
กฎหมายสวิตเซอร์แลนด์
โดย รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์

เรื่องน่ารู้

- 79 บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ :
เรื่อง การมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทนประธานกรรมการ
สถาบันรับรองคุณภาพโรงพยาบาลในคณะกรรมการควบคุมคุณภาพ
และมาตรฐานบริการสาธารณสุข ตามพระราชบัญญัติ
หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕ (เรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖)
โดย สักกพล ภูมิรินทร์

กฎหมายว่าด้วยการปรับเป็นพินัยสำหรับประชาชน*

กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม**

ทำไมต้องมี “การปรับเป็นพินัย”

“การปรับเป็นพินัย” เป็นมาตรการใหม่ที่น่าสนใจสำหรับผู้กระทำความผิดที่กระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง และโดยสภาพไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือไม่มีผลกระทบต่อส่วนรวมอย่างกว้างขวาง เช่น การขายของบนทางเท้า การจอดรถในที่ห้ามจอด การไม่ติดแผ่นป้ายหรือเครื่องหมายเลขทะเบียนรถ มาตรการดังกล่าวนำมาใช้แทนการลงโทษอาญา เพื่อให้ผู้กระทำความผิดมีประวัติอาชญากรรมและอาจถูกจำกัดเสรีภาพเหมือนกับผู้กระทำความผิดในคดีอาญาที่ต้องถูกจำคุกหรือกักขัง หากผู้กระทำความผิดยอมรับสารภาพและชำระค่าปรับตามที่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจปรับเป็นพินัยหรือศาลกำหนดแล้ว คดีก็เป็นอันยุติ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๖๖ เป็นต้นมา แต่เจ้าหน้าที่ยังไม่สามารถดำเนินการปรับเป็นพินัยได้จนกว่าจะถึงวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๖ ซึ่งเป็นวันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ได้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายในบัญชี ๑ ที่กำหนดไว้ท้ายพระราชบัญญัตินี้เป็นความผิดทางพินัยตามมาตรา ๓๙^๑ เช่น ความผิดในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติการเล่นแชร์ พ.ศ. ๒๕๓๔ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช ๒๔๘๔ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๒ รวมถึงความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองตามพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. ๒๕๖๒ พระราชบัญญัติเรือไทย พุทธศักราช ๒๔๘๑ และ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (มีนาคม ๒๕๖๗)

^๑ มาตรา ๓๙ เมื่อพ้นกำหนดสามร้อยหกสิบห้าวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายในบัญชี ๑ ท้ายพระราชบัญญัตินี้ เป็นความผิดทางพินัยตามพระราชบัญญัตินี้ และให้ถือว่าอัตราโทษปรับอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว เป็นอัตราค่าปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัตินี้

พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งเป็นกฎหมายในบัญชี ๓ ที่กำหนดไว้ท้ายพระราชบัญญัตินี้ ที่เปลี่ยนเป็นความผิดทางวินัยตามมาตรา ๔๓^๒

คำปรับคืออะไร

ก่อนที่จะกล่าวถึงมาตรการในการปรับเป็นวินัย ควรทำความเข้าใจกันก่อนว่า “คำปรับ” คืออะไรและมีความหมายอย่างไร และมีความเกี่ยวข้องกับคำปรับเป็นวินัยอย่างไร

“คำปรับ” เป็นคำที่ปรากฏในกฎหมายฉบับต่าง ๆ โดยเป็นการลงโทษทางอาญาที่มุ่งบังคับเอาภัยกับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด ด้วยการกำหนดให้ผู้กระทำความผิดชำระเงินให้แก่ทางราชการจากเหตุที่ผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนกฎหมาย และกฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาโดยการปรับเป็นเงินไว้ ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีผู้กระทำความผิดที่มีโทษปรับซึ่งเป็นโทษอาญาตามมาตรา ๑๘^๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเปรียบเทียบปรับ เจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าหน้าที่เทศกิจ เจ้าหน้าที่เทศบาล นายทะเบียน ย่อมมีอำนาจเรียกให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับได้ โดยในการออกคำสั่งให้ชำระค่าปรับ เจ้าหน้าที่จะกำหนดจำนวนเงินที่ต้องชำระ กำหนดเวลาในการชำระค่าปรับ สถานที่หรือเจ้าหน้าที่ซึ่งรับชำระค่าปรับ และเมื่อผู้กระทำความผิดได้ชำระค่าปรับตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่แล้ว คดีย่อมเป็นอันระงับไป เจ้าหน้าที่ที่ไม่สามารถดำเนินคดีผู้กระทำความผิดได้อีก

โดยส่วนใหญ่การที่เจ้าหน้าที่เรียกให้ผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับมักจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง เช่น การตั้งแผงขายของในที่สาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาต เจ้าหน้าที่เทศกิจหรือเจ้าหน้าที่เทศบาลจะสั่งให้รื้อแผงและจ่ายค่าปรับตามกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข หรือกรณีการจอดรถในที่ห้ามจอด เจ้าหน้าที่ตำรวจ

^๒ มาตรา ๔๓ เมื่อพ้นกำหนดสามร้อยหกสิบห้าวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้เปลี่ยนความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายในบัญชี ๓ ท้ายพระราชบัญญัตินี้ เป็นความผิดทางวินัยตามพระราชบัญญัตินี้ และให้ถือว่าอัตราโทษปรับทางปกครองที่บัญญัติไว้ในกฎหมายดังกล่าว เป็นอัตราค่าปรับเป็นวินัยตามพระราชบัญญัตินี้

ในกรณีที่กฎหมายตามวรรคหนึ่งได้กำหนดเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจปรับทางปกครองไว้แล้ว ให้ถือว่ากฎหมายนั้นได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ผู้เป็นผู้อนุญาตปรับเป็นวินัยตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีที่กฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจปรับทางปกครองไว้ ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดตามมาตรา ๑๔ เป็นผู้มีอำนาจปรับเป็นวินัย

^๓ มาตรา ๑๘ โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

- (๑) ประหารชีวิต
- (๒) จำคุก
- (๓) กักขัง
- (๔) ปรับ
- (๕) และริบทรัพย์สิน

อาจลืกล้อและเรียกให้ชำระค่าปรับตามกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบก ซึ่งการกระทำผิดดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะร้ายแรงถึงขนาดที่ผู้กระทำความผิดต้องถูกฟ้องร้องดำเนินคดี หรือถูกจำคุกหรือถูกกักขัง ซึ่งเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพราะการถูกจำคุกหรือกักขังเป็นผลร้ายต่อผู้กระทำความผิด เนื่องจากประวัติการกระทำความผิดจะถูกบันทึกในทะเบียนประวัติอาชญากรรมทำให้กลายเป็น “คนขี้คุก” ซึ่งจะส่งผลเสียต่อการทำงานหรือการสมัครงาน และหากผู้กระทำความผิดไม่ชำระค่าปรับหรือชำระไม่ครบถ้วน เพราะไม่มีเงินชำระค่าปรับ ก็อาจมีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเพื่อชำระค่าปรับได้

เพื่อเป็นการปรับปรุงบทกำหนดโทษอาญาให้เหมาะสมกับสภาพความผิดมาตรา ๗๗^๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงได้กำหนดหลักการในการใช้โทษอาญาตามกฎหมาย โดยบัญญัติว่า “ให้รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง” และสมควรกำหนดมาตรการลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดและฐานะของผู้กระทำความผิด เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักเกินสมควร หรือต้องรับภาระในการรับโทษที่แตกต่างอันเนื่องมาจากฐานะทางเศรษฐกิจ ประกอบกับประเทศต่าง ๆ ได้เริ่มปรับเปลี่ยนบทลงโทษจากโทษอาญาเป็นมาตรการอื่นที่มีโทษอาญา ในการนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๕ จึงได้กำหนดให้มีการเปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวและความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองในกฎหมายตามบัญชี ๑ และบัญชี ๓ ท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นความผิดทางพินัย และกำหนดกระบวนการในการปรับเป็นพินัยขึ้นใหม่เป็นการเฉพาะ ซึ่งในกระบวนการปรับเป็นพินัยนี้ ถ้าผู้กระทำความผิดยอมรับสารภาพ แต่ไม่สามารถชำระค่าปรับได้ในคราวเดียวกัน เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจปรับเป็นพินัยอาจให้ผู้กระทำความผิดผ่อนชำระได้ เพื่อไม่ให้กระทบต่อการดำรงชีวิตและครอบครัวของผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ หากปรากฏว่าผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดเพราะเหตุแห่งความยากจนเหลือทนทาน หรือเพราะความจำเป็นอย่างแสนสาหัส

^๔ มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ในการดำรงชีวิต ศาลอาจสั่งให้ชำระค่าปรับต่ำกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนดก็ได้ หรืออาจสั่งให้ทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัยก็ได้ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพความร้ายแรงของการกระทำความผิดและฐานะของผู้กระทำความผิด อันเป็นการสร้างความเป็นธรรมและลดความเหลื่อมล้ำทางสังคม รวมทั้งไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของผู้กระทำความผิดจากมาตรการกักขังแทนค่าปรับ

ค่าปรับเป็นพินัยคืออะไร

ค่าปรับเป็นพินัยเป็นมาตรการใหม่ที่แตกต่างจากค่าปรับทางอาญาและค่าปรับทางปกครองซึ่งใช้กันมาแต่เดิม คำว่า “พินัย” เป็นคำโบราณที่ปรากฏในกฎหมายตราสามดวง และกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. ๑๒๗ ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ได้ให้ความหมายคำว่า “พินัย” หมายถึง “**เงินค่าปรับที่จ่ายให้ทางราชการ**” ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ได้นำคำว่า “พินัย” มาใช้เรียกการปรับประเภทใหม่นี้ว่า “ปรับเป็นพินัย” เพื่อให้มีความแตกต่างจากค่าปรับอาญาและค่าปรับทางปกครอง โดยกำหนดบทนิยามคำว่า “ปรับเป็นพินัย” ไว้ หมายความว่า สั่งให้ผู้กระทำความผิดทางพินัยต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยไม่เกินที่กฎหมายกำหนด

ค่าปรับเป็นพินัยแตกต่างจากค่าปรับทางอาญาและค่าปรับทางปกครองอย่างไร

(๑) การปรับเป็นพินัยไม่เป็นโทษอาญา

เมื่อผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดทางพินัย พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ได้กำหนดให้ผู้กระทำความผิดนำเงินมาชำระค่าปรับเป็นพินัย โดยมาตรา ๕ วรรคสอง กำหนดให้การปรับดังกล่าวไม่เป็นโทษอาญา ซึ่งมีผลทำให้ไม่อาจนำมาตราการกักขังแทนค่าปรับมาใช้กับผู้กระทำความผิดทางพินัยได้ รวมทั้งไม่มีการบันทึกประวัติการกระทำความผิดในทะเบียนประวัติอาชญากรรม และศาลไม่อาจเพิ่มโทษหรือลดโทษตามประมวลกฎหมายอาญาได้

(๒) การปรับเป็นพินัยและคำสั่งปรับเป็นพินัยไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครอง

แม้ว่าการสั่งให้ชำระค่าปรับเป็นพินัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ได้กำหนดในมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง มิให้ถือว่าคำสั่งดังกล่าวเป็น “คำสั่งทางปกครอง” เพื่อมิให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในการสั่งปรับเป็นพินัยและบุคคลผู้รับคำสั่งปรับเป็นพินัยอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

^๕ มาตรา ๕ การปรับเป็นพินัยตามกฎหมายทั้งปวง ให้ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ โดยไม่ให้ถือว่าการปรับเป็นพินัยหรือคำสั่งปรับเป็นพินัยเป็นการกระทำทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครอง

การปรับเป็นพินัยไม่เป็นโทษอาญา

พ.ศ. ๒๕๓๙ เนื่องจากเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายซึ่งมิใช่ความผิดอาญาและมีใช้การพิจารณาทางปกครองหรือการออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องทั่วไป ดังนี้ ผู้กระทำความผิดจึงไม่อาจอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งปรับเป็นพินัยต่อผู้ออกคำสั่งหรือฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งปรับได้ แต่หากผู้กระทำความผิดปฏิเสธที่จะยอมรับผิดหรือไม่ชำระค่าปรับ เจ้าหน้าที่ก็ต้องเสนอให้พนักงานอัยการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมตามที่กำหนดในมาตรา ๒๘^๖ ไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับเองได้

การกระทำความผิดในกรณีใดที่เป็นความผิดทางพินัย

พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ได้กำหนดบทนิยามคำว่า “ความผิดทางพินัย” ไว้ในมาตรา ๓^๗ ว่า

“ความผิดทางพินัย” หมายความว่า การกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย

บทนิยามดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า “ความผิดทางพินัย” หมายถึง การกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายนั้นกำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย ซึ่งโดยหลักกฎหมายจะกำหนดให้การกระทำความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง และโดยสภาพไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือไม่กระทบต่อส่วนรวมอย่างกว้างขวางเป็น “ความผิดทางพินัย” และเมื่อผู้กระทำความผิดทางพินัยยอมรับผิดและชำระค่าปรับเป็นพินัยแล้ว คดีเป็นอันยุติลง

^๖ มาตรา ๒๘ ให้ศาลแขวง ศาลจังหวัด ศาลอาญาที่มีเขตอำนาจ หรือศาลชั้นอุทธรณ์ ทั้งนี้ตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีความผิดทางพินัย

วิธีพิจารณาความผิดทางพินัยให้เป็นไปตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา

ข้อบังคับตามวรรคสองต้องคำนึงถึงความสะดวก รวดเร็ว เป็นธรรม และไม่เป็นการแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องจนเกินสมควร และจะกำหนดให้ศาลพิจารณาลับหลังจำเลยก็ได้ แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใด จำเลยมีสิทธิแต่งตั้งทนายความหรือบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในข้อบังคับให้มาต่อสู้คดีแทนได้ โดยมีให้ถือว่าเป็นการพิจารณาลับหลังจำเลย และในการส่งเอกสารให้กำหนดให้สามารถส่งทางอิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อเทคโนโลยีสารสนเทศอื่นที่เหมาะสมได้ด้วย ในกรณีสมควร จะกำหนดค่าฤชาธรรมเนียมในการบังคับคดีไว้ด้วยก็ได้ ข้อบังคับดังกล่าวเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

^๗ มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“ความผิดทางพินัย” หมายความว่า การกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย

ฯลฯ

ฯลฯ

ปัจจุบันพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ได้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวและความผิดทางปกครองตามกฎหมายในบัญชี ๑ บัญชี ๒ และบัญชี ๓ ที่กำหนดไว้ท้ายพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ใช้บังคับ เป็นความผิดทางพินัย ดังนี้

๑) การกระทำความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวในกฎหมายตามบัญชี ๑ ท้ายพระราชบัญญัตินี้ จำนวน ๑๖๘ ฉบับ มาตรา ๓๙^๘ ให้เปลี่ยนเป็นความผิดทางพินัยเมื่อพ้นกำหนด ๓๖๕ วันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา (วันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๖)

๒) การกระทำความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวในกฎหมายตามบัญชี ๒ ท้ายพระราชบัญญัตินี้ จำนวน ๓๓ ฉบับ มาตรา ๔๐^๙ ให้เปลี่ยนเป็นความผิดทางพินัยโดยการตราพระราชกฤษฎีกา

๓) การกระทำความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองในกฎหมายตามบัญชี ๓ ท้ายพระราชบัญญัตินี้ จำนวน ๓ ฉบับ มาตรา ๔๓^{๑๐} ให้เปลี่ยนเป็นความผิดทางพินัยเมื่อพ้นกำหนด ๓๖๕ วันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา (วันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๖)

หน้าที่ในการชำระค่าปรับเป็นพินัย

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดทางพินัย และเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจปรับเป็นพินัยหรือศาลสั่งให้ชำระค่าปรับเป็นพินัยแล้ว ผู้กระทำความผิดผู้นั้นมีหน้าที่ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยตามจำนวนเงินที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลกำหนด

ปัญหาที่ผ่านมาในการกำหนดจำนวนค่าปรับตามกฎหมาย

ปัจจุบันการกำหนดค่าปรับของเจ้าหน้าที่ของรัฐมีสภาพปัญหาหลายประการ ดังนี้

๑. การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการกำหนดจำนวนเงินค่าปรับโดยไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ทำให้มีความเสี่ยงที่จะใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นธรรม เช่น การกระทำความผิดอย่างเดียวกัน ผู้กระทำความผิดคนหนึ่งอาจถูกสั่งให้ชำระค่าปรับในอัตราต่ำสุด ในขณะที่ผู้กระทำ

^๘ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

^๙ มาตรา ๔๐ บรรดาความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายในบัญชี ๒ ท้ายพระราชบัญญัตินี้ จะเปลี่ยนเป็นความผิดทางพินัยก็ได้ โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

ก่อนตราพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่ง ให้คณะรัฐมนตรีเสนอร่างพระราชกฤษฎีกานั้นให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหกสิบวัน เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว หากสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาได้มีมติไม่เห็นชอบให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต่อไป

การตราพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งจะเปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวเป็นความผิดทางพินัยตามกฎหมายที่ระบุไว้ในบัญชีบางมาตราหรือทุกมาตรา โดยจะกำหนดเงื่อนไขในการเปลี่ยนไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้

^{๑๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

ความผิดอีกคนหนึ่งอาจถูกสั่งให้ชำระค่าปรับในอัตราสูงสุด เพราะขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

๒. การกำหนดจำนวนเงินค่าปรับที่เท่ากัน อาจส่งผลร้ายจนเกินสมควรแก่ผู้กระทำความผิดบางคน เนื่องจากผู้กระทำความผิดแต่ละคนมีฐานะและรายได้แตกต่างกัน เช่น ค่าปรับจำนวน ๕๐๐ บาท สำหรับผู้กระทำความผิดที่มีรายได้สูงอาจเป็นเงินจำนวนเล็กน้อย แต่หากผู้นั้นเป็นผู้มีรายได้น้อย จำนวนเงินเพียง ๕๐๐ บาท ก็อาจส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตได้

๓. จำนวนเงินค่าปรับไม่สอดคล้องกับผลร้ายที่เกิดขึ้นกับสังคม เนื่องจากการกระทำความผิดหนึ่งหากเกิดในสถานที่ต่างกัน ผลร้ายที่เกิดขึ้นย่อมมีความแตกต่างกัน เช่น การเผาให้เกิดควันใกล้เขตทางซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้สัญจรบนเขตทาง มีโทษปรับไม่เกิน ๑,๐๐๐ บาท ตามกฎหมายว่าด้วยการจราจรทางบก แต่ผลร้ายของการกระทำความผิดนี้หากกระทำในพื้นที่ที่ไม่มีการจราจรหนาแน่น อันตรายที่เกิดขึ้นย่อมแตกต่างจากการกระทำในบริเวณที่มีการจราจรหนาแน่น การสั่งให้ชำระค่าปรับโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยดังกล่าว อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือไม่สามารถป้องปรามหรือยับยั้งการกระทำความผิดนั้นได้

๔. ความถี่ของการกระทำความผิดเป็นปัจจัยหนึ่งที่ไม่ได้นำมาใช้ในการพิจารณา กำหนดค่าปรับ ทำให้ผู้กระทำความผิดอาจเลือกที่จะชำระค่าปรับและกระทำความผิดซ้ำอีก เนื่องจากผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิดมีมากกว่าผลร้ายจากการชำระค่าปรับ

การกำหนดจำนวนค่าปรับเป็นพินัยให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรม

เพื่อแก้ไขปัญหาในการกำหนดจำนวนค่าปรับดังที่กล่าวมาข้างต้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าปรับเป็นพินัยให้มีความเหมาะสมไว้ในมาตรา ๙^{๑๑} โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐและศาลจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ซึ่งเป็นปัจจัยในการกำหนดค่าปรับเป็นพินัย ดังต่อไปนี้

^{๑๑} มาตรา ๙ ในการกำหนดค่าปรับเป็นพินัย ให้พิจารณาให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้

(๑) ระดับความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นแก่ชุมชนหรือสังคมจากการกระทำความผิดทางพินัย และพฤติการณ์อื่นอันเกี่ยวกับสภาพความผิดทางพินัย

(๒) ความรู้ผิดชอบ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อม การกระทำความผิดซ้ำ และสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางพินัย

(๓) ผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยหรือบุคคลอื่นได้รับจากการกระทำความผิดทางพินัย

(๔) สถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดทางพินัย

ในการชำระค่าปรับเป็นพินัย ถ้าผู้กระทำความผิดทางพินัยร้องขอ และเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลเห็นว่าผู้กระทำความผิดไม่อาจชำระค่าปรับในคราวเดียวได้ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลจะให้ผ่อนชำระก็ได้ และในกรณีเช่นนั้นหากผู้กระทำความผิดทางพินัยผิดนัดงวดหนึ่งงวดใดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้การผ่อนชำระเป็นอันยกเลิกและผู้กระทำความผิดต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยที่ยังค้างชำระอยู่ให้ครบถ้วนภายในเวลาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลกำหนด หากไม่ชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา ๒๓ หรือมาตรา ๓๐ แล้วแต่กรณี

รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายซึ่งบัญญัติความผิดทางพินัยจะวางระเบียบเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดค่าปรับเป็นพินัยตามวรรคหนึ่งและการผ่อนชำระตามวรรคสองเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัตินี้และระเบียบของนายกรัฐมนตรีตามมาตรา ๘ วรรคสอง ก็ได้

๑. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ**ระดับความรุนแรงของผลกระทบ**ที่เกิดขึ้นแก่ชุมชนหรือสังคมจากการกระทำความผิดทางพินัย และพฤติการณ์อื่นอันเกี่ยวกับสภาพความผิดทางพินัยตามมาตรา ๙ (๑)

๒. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ**ความรู้ผิดชอบ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ สิ่งแวดล้อม การกระทำความผิดซ้ำ** และสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางพินัยตามมาตรา ๙ (๒)

๓. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ**ผลประโยชน์**ที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยหรือบุคคลอื่นได้รับจากการกระทำความผิดทางพินัยตามมาตรา ๙ (๓)

๔. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ**สถานะทางเศรษฐกิจ**ของผู้กระทำความผิดทางพินัยตามมาตรา ๙ (๔)

นอกจากหลักเกณฑ์การกำหนดค่าปรับเป็นพินัยตามมาตรา ๙ แล้ว ได้มีการออก**ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยระเบียบปฏิบัติในการปรับเป็นพินัย พ.ศ. ๒๕๖๖** เพื่อกำหนดแนวปฏิบัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ในการกำหนดค่าปรับเป็นพินัยด้วย ดังนี้^{๑๒}

๑. การกำหนดจำนวนค่าปรับเป็นพินัยในเบื้องต้น เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องนำข้อเท็จจริงตามมาตรา ๙ (๑) ที่เกี่ยวกับ**ระดับความรุนแรงของผลกระทบ**ที่เกิดขึ้นแก่ชุมชนหรือสังคมจากการกระทำความผิดทางพินัย และพฤติการณ์อื่นอันเกี่ยวกับสภาพความผิดทางพินัยมาพิจารณาก่อน (ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยระเบียบปฏิบัติในการปรับเป็นพินัยฯ ข้อ ๖ (๑))

๒. การลดหรือเพิ่มจำนวนค่าปรับเป็นพินัย เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องนำข้อเท็จจริงตามมาตรา ๙ (๒) ถึง (๔) มาพิจารณาประกอบ (ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยระเบียบปฏิบัติในการปรับเป็นพินัยฯ ข้อ ๖ (๑))

^{๑๒} ข้อ ๖ ในการวางระเบียบเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การกำหนดค่าปรับเป็นพินัยของรัฐมนตรีตามมาตรา ๙ วรรคสาม อย่างน้อยต้องกำหนดให้มีผล ดังต่อไปนี้

(๑) ในการพิจารณากำหนดค่าปรับเป็นพินัย เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงตามมาตรา ๙ (๑) เพื่อกำหนดจำนวนค่าปรับเป็นพินัยในเบื้องต้น จากนั้นจึงพิจารณาข้อเท็จจริงตามมาตรา ๙ (๒) ถึง (๔) ประกอบ เพื่อใช้เป็นเหตุในการลดหรือเพิ่มจำนวนค่าปรับเป็นพินัยที่ได้กำหนดไว้ในเบื้องต้น

(๒) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยได้รับผลประโยชน์จากการกระทำความผิดทางพินัย จำนวนค่าปรับเป็นพินัยต้องไม่ต่ำกว่าผลประโยชน์ที่ได้รับ แต่ต้องไม่เกินอัตราขั้นสูงที่กฎหมายซึ่งบัญญัติความผิดทางพินัยกำหนดไว้

(๓) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยมีฐานะยากจนและกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อยังชีพของตนและครอบครัว ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดค่าปรับเป็นพินัยในอัตราต่ำที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่ต้องไม่ต่ำกว่าห้าสิบบาทหรือไม่น้อยกว่าอัตราขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้ แล้วแต่กรณี โดยมีให้นำความใน (๒) มาใช้บังคับ

๓. การคำนึงถึงการได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิด เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องพิจารณาว่า ถ้าผู้กระทำความผิดได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิด จำนวนค่าปรับเป็นพินัยต้องไม่ต่ำกว่าผลประโยชน์ที่ผู้นั้นได้รับ แต่จะเกินอัตราขั้นสูงตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ได้ (ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยระเบียบปฏิบัติในการปรับเป็นพินัยฯ ข้อ ๖ (๒))

๔. เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดค่าปรับเป็นพินัยในอัตราขั้นต่ำสุดเท่าที่จะปรับได้ ถ้าผู้กระทำความผิดมีฐานะยากจนและกระทำความผิดด้วยความจำเป็นเพื่อยังชีพของตนและครอบครัว แต่การกำหนดอัตราขั้นต่ำนี้ต้องไม่ต่ำกว่าห้าสิบบาทหรือน้อยกว่าอัตราขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด และไม่ต้องพิจารณาประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดจะได้รับ (ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยระเบียบปฏิบัติในการปรับเป็นพินัยฯ ข้อ ๖ (๓))

การลดผลกระทบแก่ผู้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย

โดยที่การปรับเป็นพินัยเป็นมาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง ประกอบกับผู้กระทำความผิดบางคนอาจเป็นผู้มีรายได้น้อย พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ จึงได้กำหนดมาตรการเพื่อลดผลกระทบที่อาจเกิดแก่ผู้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยจำนวน ๓ มาตรการ ได้แก่ การให้ผ่อนชำระค่าปรับเป็นพินัย การขอให้ศาลกำหนดค่าปรับเป็นพินัยต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด และการขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัย

๑. การให้ผ่อนชำระค่าปรับเป็นพินัย

มาตรา ๙ วรรคสอง^{๑๓} บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดทางพินัยสามารถร้องขอผ่อนชำระค่าปรับเป็นพินัยต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งออกคำสั่งปรับเป็นพินัย หรือร้องขอต่อศาลในกรณีที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลจะต้องพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดผู้นั้นสามารถชำระค่าปรับเป็นพินัยในคราวเดียวกันได้หรือไม่ หากไม่อาจชำระค่าปรับในคราวเดียวได้ จึงจะสั่งให้ผ่อนชำระค่าปรับเป็นพินัย

^{๑๓} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๑, ข้างต้น

(๑) เกณฑ์พิจารณาให้ผ่อนชำระค่าปรับ

การพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดไม่อาจชำระค่าปรับในคราวเดียวได้หรือไม่ นั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยระเบียบปฏิบัติในการปรับเป็นพินัยฯ ได้กำหนดเกณฑ์พิจารณาไว้ ๕ ประการ ในข้อ ๗^{๑๔} ดังนี้

๑.๑ ฐานะการเงิน

๑.๒ รายได้

๑.๓ รายจ่าย

๑.๔ ภาระหนี้สิน

๑.๕ มีพฤติการณ์ว่าจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าปรับเป็นพินัยหรือไม่ ซึ่งเป็นเงื่อนไขที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับโอกาสในการผ่อนชำระค่าปรับเป็นพินัย

(๒) จำนวนเงินและจำนวนงวดในการผ่อนชำระ

ผู้กระทำความผิดจะต้องผ่อนชำระค่าปรับเป็นพินัยเป็นจำนวนเงิน จำนวนงวด และภายในระยะเวลาเท่าใดนั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยระเบียบปฏิบัติในการปรับเป็นพินัยฯ ข้อ ๗ วรรคสอง ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาจากจำนวนค่าปรับเป็นพินัย ประกอบกับฐานะการเงิน รายได้ รายจ่าย และภาระหนี้สิน โดยระยะเวลาในการผ่อนชำระต้องเสร็จสิ้นก่อนที่คดีจะขาดอายุความไม่น้อยกว่า ๖๐ วัน

(๓) การผัดผ่อนการผ่อนชำระ

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้รับโอกาสให้ผ่อนชำระค่าปรับเป็นพินัยแล้ว หากผัดผ่อนไม่ผ่อนชำระงวดใดงวดหนึ่งโดยไม่มีเหตุอันสมควร มาตรา ๙ วรรคสอง^{๑๕} กำหนดให้การผ่อนชำระนั้นเป็นอันยกเลิก ซึ่งจะมีผลทำให้ผู้กระทำความผิดต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยที่ค้างชำระอยู่ให้ครบถ้วนภายในระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลกำหนด หากไม่ชำระค่าปรับนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจส่งสำนวนให้พนักงานอัยการเพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาล หรือศาลมีอำนาจออกหมายบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเพื่อนำมาชำระค่าปรับเป็นพินัย

^{๑๔} ข้อ ๗ ในการพิจารณาให้ผู้กระทำความผิดทางพินัยผ่อนชำระตามมาตรา ๙ วรรคสอง ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาฐานะการเงิน รายได้ รายจ่าย และภาระหนี้สิน เว้นแต่ผู้กระทำความผิดทางพินัยมีพฤติการณ์หลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าปรับเป็นพินัย

การกำหนดจำนวนเงินและระยะเวลาในการผ่อนชำระ ให้พิจารณาจากจำนวนค่าปรับเป็นพินัย ประกอบกับฐานะการเงิน รายได้ รายจ่าย และภาระหนี้สิน เพื่อไม่ให้กระทบต่อการดำรงชีวิตของผู้กระทำความผิดทางพินัยและครอบครัว ทั้งนี้ การผ่อนชำระต้องเสร็จสิ้นก่อนขาดอายุความตามมาตรา ๑๑ ไม่น้อยกว่าหกสิบวัน

^{๑๕} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๑, ข้างต้น

๒. การขอลดค่าปรับเป็นพินัย

มาตรา ๑๐ วรรคหนึ่ง^{๑๖} บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้กำหนดค่าปรับเป็นพินัยต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดก็ได้ โดยอ้างเหตุว่าตนยากจนเหลือทนทานหรือเพราะมีความจำเป็นอย่างแสนสาหัสในการดำรงชีวิต ทั้งนี้ การร้องขอให้ลดค่าปรับเป็นพินัยสามารถกระทำได้ทั้งในขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐและการพิจารณาของศาล ดังนี้

(๑) ในขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้กระทำความผิดทางพินัยสามารถยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้สั่งปรับเป็นพินัยเพื่อขอลดค่าปรับ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับคำร้องแล้ว ให้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อพิจารณามีคำสั่งต่อไป

(๒) ในขั้นตอนการพิจารณาของศาล ผู้กระทำความผิดสามารถยื่นคำร้องให้ศาลที่พิจารณาคดีเป็นผู้พิจารณา โดยศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการลงโทษได้ ๓ แนวทาง ดังนี้

๒.๑ กำหนดให้ชำระค่าปรับเป็นพินัยต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด

๒.๒ ว่ากล่าวตักเตือนโดยไม่ปรับเป็นพินัย หรือ

๒.๓ มีคำสั่งให้ผู้นั้นทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัย โดยผู้กระทำความผิดต้องยินยอม แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ไม่ได้กำหนดลักษณะหรือประเภทของการทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ไว้ จึงเป็นอำนาจของศาลที่จะเป็นผู้พิจารณา

๓. การขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัย

มาตรา ๑๐ วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ผู้กระทำความผิดสามารถยื่นคำร้องเพื่อขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัยได้ โดยมีเงื่อนไขที่แตกต่างจากกรณีการขอลดค่าปรับ

(๑) เงื่อนไขของการขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์

เงื่อนไขที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยจะร้องขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์มีดังต่อไปนี้

๑. เป็นบุคคลธรรมดา

๒. ไม่มีเงินชำระค่าปรับเป็นพินัย

๓. มีเหตุผลอันสมควรเพื่อขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัย

^{๑๖} มาตรา ๑๐ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยผู้ใดเป็นบุคคลธรรมดา และกระทำความผิดทางพินัยเพราะเหตุแห่งความยากจนเหลือทนทานหรือเพราะความจำเป็นอย่างแสนสาหัสในการดำรงชีวิต ผู้นั้นอาจยื่นคำร้องเพื่อขอให้กำหนดค่าปรับเป็นพินัยต่ำกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับเป็นพินัยได้

การร้องขอกรณีนี้มีเงื่อนไขที่แตกต่างจากกรณีของการลดค่าปรับเป็นพินัยในส่วนที่สำคัญคือ ผู้กระทำความผิดทางพินัยไม่มีเงินชำระค่าปรับเป็นพินัยและมีเหตุอันสมควรที่จะขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์

(๒) วิธีการยื่นคำร้องขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์

การร้องขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์สามารถกระทำได้ในขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐและการพิจารณาของศาล ดังนี้

๒.๑ ในขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้กระทำความผิดทางพินัยสามารถยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้สั่งปรับเป็นพินัยเพื่อขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัย เมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับคำร้องแล้ว ให้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อพิจารณาคำสั่งต่อไป

๒.๒ ในขั้นตอนการพิจารณาของศาล ผู้กระทำความผิดสามารถยื่นคำร้องให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้นเป็นผู้พิจารณา โดยหากศาลเห็นว่าผู้กระทำความผิดคนนั้นไม่มีเงินชำระค่าปรับและผู้นั้นยินยอมทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ ศาลจะมีคำสั่งให้ทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัย

ทั้งนี้ การสั่งให้ทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์มีลักษณะเป็นการบังคับใช้แรงงาน จึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้กระทำความผิดด้วย

(๓) การเพิกถอนการทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์

ในกรณีที่ศาลสั่งให้ผู้กระทำความผิดเป็นพินัยทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัยแล้ว ต่อมาปรากฏว่าผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือเงื่อนไขที่ศาลกำหนดในการทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ มาตรา ๑๐ วรรคเจ็ด^{๑๗} บัญญัติให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งและออกหมายบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเพื่อนำมาชำระค่าปรับเป็นพินัยได้ โดยจะหักจำนวนวันที่ทำงานมาแล้วออกจากค่าปรับเป็นพินัย

^{๑๗} มาตรา ๑๐ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยผู้ใดเป็นบุคคลธรรมดา และกระทำความผิดทางพินัยเพราะเหตุแห่งความยากจนเหลือทนทานหรือเพราะความจำเป็นอย่างแสนสาหัสในการดำรงชีวิต ผู้นั้นอาจยื่นคำร้องเพื่อให้กำหนดค่าปรับเป็นพินัยต่ำกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือขอทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับเป็นพินัยได้

ฯลฯ

ฯลฯ

หากผู้กระทำความผิดทางพินัยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือเงื่อนไขที่ศาลกำหนดในการทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ ศาลจะเพิกถอนคำสั่ง และออกหมายบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินของผู้นั้นเพื่อชำระค่าปรับเป็นพินัยก็ได้ โดยให้หักจำนวนวันที่ทำงานมาแล้วออกจากค่าปรับเป็นพินัย

คำสั่งของศาลตามมาตรานี้ให้เป็นที่สุด

เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัย

การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดจะมีอำนาจปรับเป็นพินัย เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นจะต้องมีหน้าที่และอำนาจรับผิดชอบในการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น และกฎหมายฉบับนั้นกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัย ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายฉบับใดกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัยไว้เป็นการเฉพาะ เนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ซึ่งกำหนดให้การกระทำความผิดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ในลักษณะไม่ร้ายแรงและโดยสภาพไม่มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือไม่มีผลกระทบต่อส่วนรวมอย่างกว้างขวาง เป็นความผิดทางพินัย เพิ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๖๕ และได้มีการเปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวและความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองเป็นความผิดทางพินัยเมื่อวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๖ ดังนั้น ในการแต่งตั้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดมีอำนาจปรับเป็นพินัย จึงเป็นอำนาจของ**รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายฉบับนั้นในการประกาศกำหนดเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัย** ตามมาตรา ๑๔^{๑๔} โดยการประกาศกำหนดบัญชีรายชื่อตำแหน่งข้าราชการและพนักงานของหน่วยงานของรัฐที่มีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าระดับชำนาญการขึ้นไปหรือเทียบเท่าเป็นผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัย

ในการประกาศกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดจะมีอำนาจปรับเป็นพินัย รัฐมนตรีจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานอื่นที่ไม่ได้รับผิดชอบในการปฏิบัติตามกฎหมายนั้นเป็นผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัยมิได้ เว้นแต่จะมีการวางระเบียบที่ออกโดยนายกรัฐมนตรีด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องร่วมกันหรือทำแทนกันในการดำเนินการปรับเป็นพินัย

สำหรับอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปรับเป็นพินัย จะพิจารณาจากจำนวนค่าปรับเป็นพินัยตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ กล่าวคือ ถ้าจำนวนค่าปรับเป็นพินัยตามที่กฎหมายนั้นบัญญัติไว้มีอัตราอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท **เจ้าหน้าที่ของรัฐคนเดียว** จะทำการปรับเป็นพินัย หรือจะทำในรูปขององค์คณะที่ประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่น้อยกว่าสามคนก็ได้ แต่ถ้าในกฎหมายนั้นกำหนดจำนวนค่าปรับเป็นพินัยไว้ในอัตราอย่างสูงเกินหนึ่งหมื่นบาท การพิจารณาปรับเป็นพินัยจะต้องกระทำเป็น**องค์คณะ**

^{๑๔} มาตรา ๑๔ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดจะมีอำนาจปรับเป็นพินัยตามกฎหมายใด ให้เป็นไปตามที่กฎหมายซึ่งบัญญัติความผิดทางพินัยนั้นบัญญัติไว้ ในกรณีที่กฎหมายซึ่งบัญญัติความผิดทางพินัยมิได้บัญญัติไว้ ให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายนั้นประกาศกำหนด

ในการกำหนดเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีอำนาจปรับเป็นพินัยตามวรรคหนึ่ง รัฐมนตรีจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นใดที่มีใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งรับผิดชอบในการปฏิบัติตามกฎหมายนั้นเป็นผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัยมิได้ เว้นแต่เป็นกรณีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๗ วรรคสาม และถ้าค่าปรับเป็นพินัยที่กฎหมายบัญญัติไว้มีอัตราอย่างสูงไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐคนเดียวเป็นผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัยก็ได้ แต่ถ้าค่าปรับเป็นพินัยที่กฎหมายบัญญัติไว้มีอัตราอย่างสูงเกินหนึ่งหมื่นบาท ต้องกำหนดให้การปรับเป็นพินัยกระทำเป็นองค์คณะประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่น้อยกว่าสามคน

หากกฎหมายใดกำหนดให้มีคณะกรรมการเปรียบเทียบสำหรับการกระทำที่มีโทษทางอาญาเดิมซึ่งต่อมาเปลี่ยนเป็นความผิดทางพินัย (ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียว) กรณีนี้ไม่อาจกำหนดให้คณะกรรมการเปรียบเทียบมีอำนาจปรับเป็นพินัยได้ เพราะไม่อยู่ในความหมายของบทนิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้ถูกกล่าวหาสิทธิชี้แจงและแก้ข้อกล่าวหาอย่างไร

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีอำนาจปรับเป็นพินัยพบเห็นว่ามีบุคคลกำลังกระทำความผิดทางพินัย หรือมีพยานหลักฐานซึ่งแทบจะไม่มี ความสงสัยว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดทางพินัย กฎกระทรวงการแสวงหาข้อเท็จจริง การรวบรวมพยานหลักฐาน และการชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหา พ.ศ. ๒๕๖๖ กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐแจ้งข้อกล่าวหาเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ พร้อมทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางพินัย และแจ้งด้วยว่าผู้ถูกกล่าวหาสิทธิที่จะให้การทันทีหรือให้ถ้อยคำในภายหลังภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง แต่ถ้าไม่ใช่กรณีข้างต้นที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้พบเห็นว่ามีบุคคลกำลังกระทำความผิดทางพินัยในขณะนั้นทันทีหรือที่เรียกว่าเป็นความผิดซึ่งหน้า หรือเป็นการกระทำความผิดทางพินัยที่กฎหมายกำหนดค่าปรับเป็นพินัยในอัตราอย่างสูงเกินหนึ่งหมื่นบาท ซึ่งต้องกระทำเป็นองค์คณะ กรณีนี้ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้นเป็นผู้แจ้งข้อกล่าวหาตามข้อ ๘^{๑๙} โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับการแจ้งข้อกล่าวหาตามหนังสือแจ้งข้อกล่าวหาการกระทำความผิดทางพินัยตามที่กำหนดไว้ท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยระเบียบปฏิบัติในการปรับเป็นพินัยฯ ประกอบกับข้อ ๑๓^{๒๐}

^{๑๙} ข้อ ๘ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐพบเห็นว่ามีบุคคลกำลังกระทำความผิดทางพินัย หรือมีพยานหลักฐานซึ่งแทบจะไม่มี ความสงสัยว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดทางพินัย และเจ้าหน้าที่ของรัฐคนเดียวเป็นผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัย ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐแจ้งเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ พร้อมทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางพินัย และแจ้งด้วยว่าผู้ถูกกล่าวหาสิทธิที่จะให้การทันทีหรือจะให้ถ้อยคำภายหลังภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งก็ได้ หากผู้ถูกกล่าวหายอมรับสารภาพและมิได้มีข้อโต้แย้ง ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบันทึกการรับสารภาพและการไม่ได้แย้งนั้นไว้ และให้ผู้กระทำความผิดลงนามไว้เป็นหลักฐาน แล้วออกคำสั่งปรับเป็นพินัยตามมาตรา ๒๐ เว้นแต่กรณีการออกคำสั่งปรับเป็นพินัยต้องกระทำเป็นองค์คณะ ให้เสนอองค์คณะเพื่อพิจารณาออกคำสั่งปรับเป็นพินัยต่อไป

เมื่อมีผู้กระทำความผิดทางพินัย และมีใช่เป็นกรณีที่ดำเนินการได้ตามวรรคหนึ่ง ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐหรือผู้ซึ่งหัวหน้าหน่วยงานของรัฐมอบหมายแจ้งข้อกล่าวหา พร้อมทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางพินัยต่อผู้ถูกกล่าวหาเป็นหนังสือ และแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหาภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นนิติบุคคล การแจ้งตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้แจ้งต่อผู้จัดการหรือผู้แทนอื่นของนิติบุคคลนั้น

^{๒๐} ข้อ ๑๓ หนังสือแจ้งข้อกล่าวหาอย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญตามแนวทางที่ระบุไว้ท้ายระเบียบนี้ คำสั่งปรับเป็นพินัยตามมาตรา ๒๐ อย่างน้อยต้องมีรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๑ (๑) ถึง (๕) และจะมีรายละเอียดตามแนวทางที่ระบุไว้ท้ายระเบียบนี้ด้วยก็ได้

ในส่วนของการชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหาของผู้ถูกกล่าวหา นั้น กฎกระทรวง การแสวงหาข้อเท็จจริง การรวบรวมพยานหลักฐาน และการชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหา กำหนดให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถชี้แจง หรือแก้ข้อกล่าวหา หรือยอมรับสารภาพ ด้วยวาจา หรือทำเป็น หนังสือ หรือทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ตามข้อ ๙^{๒๑} ในกรณีที่ทำด้วยวาจา ให้เจ้าหน้าที่ ของรัฐบันทึกและให้ผู้ถูกกล่าวหาลงนาม นอกจากนี้ ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิทำหนังสือแต่งตั้ง ทนายความหรือบุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะเป็นผู้ชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหาแทนตนหรือร่วมกับตนได้ ตามข้อ ๑๐^{๒๒} แต่บุคคลดังกล่าวไม่สามารถรับสารภาพแทนผู้กระทำความผิดได้ เพราะการรับสารภาพ เป็นเรื่องเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิด

ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่เห็นด้วยกับคำสั่งปรับเป็นพินัย ผู้กระทำความผิด ไม่สามารถอุทธรณ์คำสั่งปรับเป็นพินัยได้ และไม่อาจนำคำสั่งปรับไปฟ้องต่อศาลปกครองขอให้ เพิกถอนได้ เนื่องจากมาตรา ๕^{๒๓} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ บัญญัติไม่ให้ถือว่าการปรับเป็นพินัยหรือคำสั่งปรับเป็นพินัยเป็นการกระทำทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครอง ในกรณีเช่นนี้ ผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งปรับเป็นพินัย แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะเป็นผู้เสนอสำนวนให้พนักงานอัยการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อพิจารณาพิพากษาว่าผู้กระทำความผิด ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยหรือไม่ เป็นจำนวนเงินเท่าใด ต่อไป

^{๒๑} ข้อ ๙ การชี้แจง การแก้ข้อกล่าวหา หรือการยอมรับสารภาพต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ถูกกล่าวหาจะทำเป็นหนังสือ หรือทำด้วยวาจา หรือทำโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ ในกรณีที่ทำด้วยวาจา ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบันทึกไว้และให้ผู้ถูกกล่าวหาลงนามไว้เป็นหลักฐาน

^{๒๒} ข้อ ๑๐ ผู้ถูกกล่าวหาที่มีสิทธิทำหนังสือแต่งตั้งทนายความหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วให้เป็นผู้ชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหาแทนตนหรือร่วมกับตนได้

^{๒๓} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๕, ข้างต้น

คดีความผิดทางพินัยเป็นอันยุติในกรณีใดบ้าง

คดีความผิดทางพินัยเป็นอันยุติด้วยเหตุตามมาตรา ๓๓^{๒๔} ดังต่อไปนี้

๑. เมื่อผู้กระทำความผิดชำระค่าปรับเป็นพินัยหรือทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนการชำระค่าปรับเป็นพินัยจนครบถ้วนแล้ว

๒. ผู้กระทำความผิดทางพินัยตาย

๓. ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดทั้งที่เป็นความผิดทางพินัยและความผิดอาญา เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทำการเปรียบเทียบคดีความผิดอาญา โดยผู้กระทำความผิดได้ชำระค่าปรับตามที่เปรียบเทียบแล้ว มีผลทำให้คดีความผิดทางพินัยยุติลง

๔. คดีขาดอายุความในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้มีคำสั่งปรับเป็นพินัยหรือดำเนินการฟ้องร้องภายในสองปีนับแต่วันกระทำความผิด เว้นแต่กฎหมายซึ่งบัญญัติความผิดทางพินัยจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

๕. ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้ชำระค่าปรับเป็นพินัย หรือชำระค่าปรับเป็นพินัยแล้วแต่ยังชำระไม่ครบถ้วน และเจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่ได้บังคับตามคำสั่งหรือคำพิพากษาดังกล่าว จนเกินกำหนดห้าปีนับแต่วันที่มีคำสั่งหรือคำพิพากษา

ช่องทางการชำระค่าปรับเป็นพินัย

ตามข้อ ๒ วรรคหนึ่ง^{๒๕} แห่งกฎกระทรวงการชำระค่าปรับเป็นพินัยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๕๖ กำหนดให้ผู้กระทำความผิดทางพินัยสามารถชำระค่าปรับผ่านช่องทางดังต่อไปนี้

^{๒๔} มาตรา ๓๓ คดีความผิดทางพินัยเป็นอันยุติ ด้วยเหตุต่อไปนี้

(๑) เมื่อมีการชำระค่าปรับเป็นพินัยหรือทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับเป็นพินัยครบถ้วนแล้ว

(๒) โดยความตายของผู้กระทำความผิดทางพินัย

(๓) เมื่อมีการเปรียบเทียบความผิดอาญาตามมาตรา ๑๖ (๔)

(๔) เมื่อคดีขาดอายุความตามมาตรา ๑๑ หรือพ้นกำหนดเวลาตามมาตรา ๑๒ แล้วแต่กรณี

^{๒๕} ข้อ ๒ การชำระค่าปรับเป็นพินัยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ให้ชำระตามจำนวนที่ระบุไว้ในคำสั่งปรับเป็นพินัยหรือคำสั่งให้ผ่อนชำระค่าปรับเป็นพินัย ณ สถานที่หรือโดยวิธีการที่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบกฎหมายซึ่งบัญญัติความผิดทางพินัยกำหนดไว้ในคำสั่งดังกล่าว ผ่านช่องทาง ดังต่อไปนี้

(๑) ธนาคาร

(๒) หน่วยบริการรับชำระเงินที่เป็นของรัฐหรือเอกชนตามที่หน่วยงานของรัฐกำหนด

(๓) เครื่องรับจ่ายเงินอัตโนมัติ (ATM)

(๔) บัตรอิเล็กทรอนิกส์

(๕) โมบายล์แบงกิง (Mobile Banking)

(๖) อินเทอร์เน็ตแบงกิง (Internet Banking)

(๗) สถานที่หรือวิธีการอื่นใดที่สามารถเข้าถึงการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้

ฯลฯ

ฯลฯ

๑. โอนเงินเข้าบัญชีธนาคาร
๒. ชำระเงิน ณ หน่วยบริการรับชำระเงินของรัฐหรือเอกชน หรือ ณ จุดรับชำระค่าปรับเป็นพินัยของหน่วยงานของรัฐ
๓. ชำระเงินผ่านเครื่องรับจ่ายเงินอัตโนมัติ (ATM) ตามบาร์โคดหรือคิวอาร์โคดที่กำหนด
๔. ชำระเงินด้วยบัตรอิเล็กทรอนิกส์ เช่น บัตรเครดิต บัตรเดบิต บัตรสมาร์ตการ์ด
๕. ชำระเงินผ่านระบบโมบายล์แบงกิง (Mobile Banking) ตามบาร์โคดหรือคิวอาร์โคดที่กำหนด
๖. ชำระเงินผ่านระบบอินเทอร์เน็ตแบงกิง (Internet Banking)
๗. ชำระเงิน ณ สถานที่หรือวิธีการอื่นใดที่สามารถเข้าถึงการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้

การดำเนินการกรณีผู้ถูกกล่าวหาปฏิเสธข้อกล่าวหาหรือไม่ชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในระยะเวลาที่กำหนด

กรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาปฏิเสธข้อกล่าวหาหรือไม่ชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนด เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งปรับเป็นพินัยเองได้โดยการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพราะคำสั่งปรับเป็นพินัยไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องจัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย พยานหลักฐาน และส่งสำนวนให้พนักงานอัยการเพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมตามที่กำหนดในมาตรา ๒๓^{๒๖} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ เท่านั้น อย่างไรก็ตาม บางกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจฟ้องผู้ถูกกล่าวหาเองได้ หากความผิดทางพินัยตามกฎหมายในเรื่องนั้นได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจฟ้องคดีเองได้ เช่น กรณีตามมาตรา ๓๙^{๒๗} และ

^{๒๖} มาตรา ๒๓ ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาตามมาตรา ๒๐ ปฏิเสธข้อกล่าวหา หรือไม่ชำระค่าปรับเป็นพินัยภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย พยานหลักฐาน และส่งสำนวนให้พนักงานอัยการเพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลต่อไป เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายซึ่งบัญญัติความผิดทางพินัยได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลได้เอง เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจดำเนินการฟ้องคดีโดยไม่ต้องส่งให้พนักงานอัยการ

^{๒๗} มาตรา ๓๙ ในกรณีที่คณะกรรมการเห็นสมควรเข้าดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค หรือเมื่อได้รับคำร้องจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิ ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าการดำเนินคดีนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการโดยความเห็นชอบของอธิบดีกรมอัยการ หรือข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีคุณสมบัติไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้มีหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคในศาล และเมื่อคณะกรรมการได้แจ้งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้

ในการดำเนินคดีในศาล ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สิน หรือค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ร้องขอได้ด้วย และในการนี้ให้ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมทั้งปวง

มาตรา ๓๙/๑^{๒๘} แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีตามที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค แล้วแต่กรณี มอบหมายได้

การดำเนินการของพนักงานอัยการ

เมื่อพนักงานอัยการได้รับสำนวนคดีความผิดทางพินัยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว หากพนักงานอัยการเห็นควรสั่งฟ้อง สามารถดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลโดยจะมีหรือไม่มีตัวผู้ถูกกล่าวหาไปศาลก็ได้ การที่กฎหมายกำหนดให้พนักงานอัยการฟ้องต่อศาลได้โดยไม่ต้องผ่านการสอบสวนของพนักงานสอบสวนอย่างคดีอาญา ก็เพื่อให้การดำเนินคดีความผิดทางพินัยเป็นไปอย่างสะดวก รวดเร็ว เป็นธรรม และไม่เป็นภาระแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องจนเกินสมควร ประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ ต้องการที่จะผลักดันการพิสูจน์ในชั้นศาลให้เป็นหน้าที่ของพนักงานอัยการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเป็นผู้พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่ามีความผิดฐานที่น่าเชื่อถือถือว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดทางพินัย จึงจะสามารถพิพากษาลงโทษได้ ซึ่งแตกต่างจากคดีปกครองที่เมื่อฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองไปแล้ว หากผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เห็นด้วยกับคำสั่งทางปกครอง ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองต่อฝ่ายปกครอง รวมทั้งหากฝ่ายปกครองพิจารณาคำอุทธรณ์แล้วยังยืนยันตามคำสั่งทางปกครองโดยยกอุทธรณ์ ภาระในการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งก็ตกไปอยู่ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งกรณีดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้รับคำสั่งปรับเป็นพินัยที่จะต้องเป็นผู้รับภาระในการฟ้องคดีหากไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวหาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือไม่ชำระค่าปรับภายในระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนด

^{๒๘} มาตรา ๓๙/๑ นอกจากคณะกรรมการมีอำนาจดำเนินคดีตามมาตรา ๓๙ และกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคแล้ว ให้เลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคแทนผู้บริโภคได้ด้วย โดยมีอำนาจแต่งตั้งข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีคุณสมบัติไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้มีหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคในศาล และเมื่อเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้แจ้งไปยังสำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีตามที่เลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมายได้ ทั้งนี้ การดำเนินคดีของเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ในการดำเนินคดีในศาล เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สินหรือค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ร้องขอได้ด้วย และในการนี้ให้ได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมทั้งปวง

ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคเกี่ยวกับการฟ้องคดีและการดำเนินคดีของคณะกรรมการ และข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาในเรื่งดังกล่าวมาใช้บังคับแก่กรณีที่เลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคฟ้องคดีตามมาตรา ๓๙/๑ ด้วย

เมื่อพนักงานอัยการมีหน้าที่และอำนาจในการดำเนินคดีความผิดทางพินัยซึ่งมีวิธีดำเนินคดีที่แตกต่างไปจากการดำเนินคดีอาญา อัยการสูงสุดจึงได้ออกระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีความผิดทางพินัยของพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๖๖ เพื่อกำหนดกระบวนการในการดำเนินการต่าง ๆ ทั้งในส่วนของการก่อนฟ้องคดี กระบวนการภายหลังมีคำสั่งฟ้อง และกระบวนการภายหลังศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง นอกจากนี้ ในการกระทำความผิดแต่ละครั้งอาจเป็นความผิดตามกฎหมายหลายบทพร้อมกัน ดังนั้น หากพนักงานอัยการเห็นว่า สำนวนความผิดทางพินัยของผู้ถูกกล่าวหาที่ได้รับมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นความผิดอาญาหรือมีการกระทำความผิดอาญารวมอยู่ด้วย พนักงานอัยการมีหน้าที่ต้องแจ้งให้พนักงานสอบสวนเพื่อพิจารณาดำเนินคดีในส่วนของคดีอาญาต่อไป เพราะถือว่าความผิดในส่วนนี้ยังอยู่ในอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนที่จะเป็นผู้ดำเนินการ เนื่องจากพนักงานอัยการจะยื่นฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้จะต้องมีการสอบสวนความผิดในเรื่องนั้นมาก่อน ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๒๐^{๒๙} แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในทางกลับกัน สำนวนคดีความผิดอาญาที่ได้รับมาจากพนักงานสอบสวน หากพนักงานอัยการเห็นว่ามีความผิดทางพินัยหรือมีการกระทำความผิดเป็นพินัยรวมอยู่ด้วย พนักงานอัยการมีหน้าที่แจ้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจปรับเป็นพินัยสำหรับความผิดทางพินัยตามกฎหมายนั้น เป็นผู้พิจารณาดำเนินการปรับเป็นพินัยต่อไปก่อน มิฉะนั้นแล้วพนักงานอัยการก็ไม่สามารถดำเนินการฟ้องคดีสำหรับความผิดทางพินัยในเรื่องนั้นได้เช่นกัน เพราะถือว่ายังไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ

ข้อสำคัญที่ประชาชนที่ตกเป็นผู้กระทำความผิดทางพินัยควรรู้ คือ ในชั้นของพนักงานอัยการนี้ หากผู้กระทำความผิดทางพินัยชำระค่าปรับเป็นพินัยครบถ้วนตามจำนวนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดแล้ว กฎหมายให้ถือว่าความผิดทางพินัยเป็นอันยุติทันที ถ้าพนักงานอัยการยังไม่ได้ฟ้องคดีต่อศาลก็จะฟ้องคดีต่อไปไม่ได้ หรือถ้าพนักงานอัยการได้ฟ้องคดีต่อศาลแล้ว หากศาลยังไม่มีคำพิพากษา ศาลก็ต้องสั่งจำหน่ายคดี

การดำเนินคดีในชั้นศาล

เนื่องจากคดีความผิดทางพินัยจะใช้บังคับกับการกระทำความผิดเล็กน้อยที่มีโทษปรับสถานเดียว ส่งผลให้การพิจารณาคดีความผิดทางพินัยของศาลยุติธรรมจึงไม่ควรต้องใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาเช่นเดียวกับคดีอาญาทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น มาตรา ๒๘^{๓๐} วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัยฯ จึงกำหนดให้วิธีพิจารณาคดีความผิดทางพินัยให้เป็นไปตามข้อบังคับของประธานศาลฎีกา

^{๒๙} มาตรา ๑๒๐ ห้ามมิให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีใดต่อศาล โดยมิได้มีการสอบสวนในความผิดนั้นก่อน

^{๓๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๖, ข้างต้น

โดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ซึ่งปัจจุบันประธานศาลฎีกาได้มีการออกข้อบังคับดังกล่าว คือ ข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีความผิดทางพนัน พ.ศ. ๒๕๖๖ ที่กำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในศาลชั้นต้น การอุทธรณ์ และคำอุทธรณ์แนบ โดยการพิจารณาคดีตามข้อบังคับนี้ ศาลจะใช้วิธีดำเนินการโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นหลัก โดยวิธีปฏิบัติในทางธุรการของศาล เช่น การส่งคำคู่ความและเอกสารต่อศาลทางอิเล็กทรอนิกส์จะดำเนินการผ่านระบบบริการออนไลน์ศาลยุติธรรม (Court Integral Online Service : CIOS) ตามที่กำหนดไว้ในประกาศสำนักงานศาลยุติธรรม เรื่อง การใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในการดำเนินคดีความผิดทางพนัน ลงวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๖๖ ทั้งนี้ การพิจารณาคดีของศาลนั้น ศาลไม่จำเป็นต้องนั่งพิจารณาหรือกระทำต่อหน้าโจทก์หรือจำเลยพร้อมกันก็ได้ แต่ต้องให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งมีโอกาสโต้แย้งกระบวนการพิจารณานั้น และการพิจารณาของศาลนั้นศาลจะชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง ซึ่งการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานดังกล่าวจะแตกต่างจากการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานในคดีอาญาที่ต้องถึงขั้นปราศจากข้อสงสัยเลย่ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง แต่คดีความผิดทางพนันนั้นเพียงแค่น่าเชื่อถือว่าจำเลยกระทำความผิด ศาลก็สามารถพิพากษาให้ชำระค่าปรับเป็นพนันได้แล้ว

เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้ชำระค่าปรับเป็นพนันหรือมีคำสั่งให้ทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับเป็นพนันแล้ว ศาลจะกำหนดระยะเวลาให้ปฏิบัติตามคำพิพากษา หากไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษากายในกำหนดเวลาดังกล่าว จะถูกบังคับคดีโดยการยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องเพื่อชำระค่าปรับเป็นพนันต่อไป

ทั้งนี้ ผู้กระทำความผิดทางพนันจะอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลในปัญหาข้อเท็จจริงและจำนวนค่าปรับไม่ได้ มีสิทธิอุทธรณ์เพียงปัญหาข้อกฎหมายตามเงื่อนไขที่กำหนดในข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีความผิดทางพนัน^{๓๑} เท่านั้น และคำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

^{๓๑} ข้อ ๒๒ ปัญหาข้อกฎหมายที่อุทธรณ์ต้องเป็นปัญหาสำคัญที่ศาลชั้นอุทธรณ์ควรวินิจฉัย ปัญหาสำคัญตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงกรณี ดังต่อไปนี้

(๑) การโต้แย้งว่าการแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานของเจ้าหน้าที่ของรัฐขัดต่อกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง

(๒) การโต้แย้งว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นขัดต่อกฎหมายและข้อบังคับนี้

(๓) เมื่อคำพิพากษาของศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยข้อกฎหมายที่สำคัญขัดกัน หรือขัดกับแนวบรรทัดฐาน ของคำพิพากษาศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกา

(๔) เมื่อคำพิพากษาของศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยข้อกฎหมายที่สำคัญซึ่งยังไม่มีแนวคำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลฎีกามาก่อน

(๕) เมื่อคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายขัดกับคำพิพากษาหรือ คำสั่งอันถึงที่สุดของศาลอื่น

(๖) เมื่อพิจารณาข้อกฎหมายที่ยกขึ้นอ้างในอุทธรณ์แล้วอาจมีผลเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้น

(๗) ปัญหาข้อกฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะ

การบังคับคดีตามคำสั่งศาลในคดีความผิดทางพินัยหากผู้ต้องคำพิพากษาให้ชำระค่าปรับเป็นพินัยไม่ชำระค่าปรับภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ซึ่งรวมถึงกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้ทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์แทนค่าปรับเป็นพินัยและต่อมาศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเนื่องจากผู้กระทำความผิดทางพินัยฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดในการทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์นั้น ศาลจะออกหมายบังคับคดีเพื่อยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องของผู้นั้นเพื่อชำระค่าปรับเป็นพินัย โดยหากเป็นกรณีศาลเพิกถอนคำสั่งทำงานบริการสังคมหรือทำงานสาธารณประโยชน์ จะมีการหักจำนวนวันที่ทำงานมาแล้วออกจากค่าปรับทางพินัยที่จะถูกบังคับคดี โดยให้เจ้าพนักงานศาลที่ได้รับแต่งตั้งและพนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการบังคับคดี และให้เจ้าพนักงานบังคับคดีมีอำนาจหน้าที่ยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องรวมทั้งขายทอดตลาดทรัพย์สินตามที่ได้รับแจ้งจากศาลหรือพนักงานอัยการ ทั้งนี้ การตรวจสอบหาทรัพย์สินดังกล่าวโดยพนักงานอัยการเพื่อการบังคับคดีจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีความผิดทางพินัยของพนักงานอัยการ พ.ศ. ๒๕๖๖



ตัวตนดิจิทัลกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตน *

เดชพล มาประเสริฐ **

๑. บทนำ

การพิสูจน์และยืนยันตัวตนไม่ได้เป็นสิ่งที่เพิ่งเกิดขึ้นในยุคปัจจุบัน แต่ความสำคัญของการทราบถึงว่าบุคคลที่เราติดต่อด้วยเป็นใคร เป็นบุคคลคนเดียวกับที่เราติดต่อด้วยหรือไม่ มีความน่าเชื่อถือแค่ไหน บุคคลดังกล่าวมีสถานะ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบอย่างไรหรือไม่ นั้นมีรากฐานและพัฒนาการมาตั้งแต่สมัยโบราณ ในยุคอียิปต์โบราณนั้นคนทั่วไปเริ่มมีการใช้แหวนตราสัญลักษณ์ (signet ring) ในการบ่งบอกว่าบุคคลดังกล่าวเป็นใคร มีสถานะอย่างไร นอกจากนี้แหวนตราดังกล่าวยังถูกนำมาใช้ในการประทับลงในเอกสารเพื่อยืนยันความถูกต้องและยืนยันว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้เขียนขึ้นจริง^๑ ต่อมาในยุคกลางก็เริ่มมีการออกเอกสารที่ใช้ในการยืนยันตัวตนสำหรับการเดินทาง โดยพระเจ้าเฮนรีที่ ๕ ได้มีการออกกฎหมายในปี ค.ศ. ๑๔๑๔ เกี่ยวกับการออกเอกสารในการใช้เดินทางหรือผ่านทางให้แก่บุคคลเพื่อใช้ในการเดินทางอย่างปลอดภัย^๒ ซึ่งเอกสารที่ใช้ในการผ่านทางนี้ต่อมาได้มีการพัฒนาให้มีการระบุรายละเอียดที่บ่งชี้ถึงตัวของผู้ถือเอกสาร เช่น ชื่อ อายุ และลักษณะทางกายภาพอื่น ๆ ไว้ ซึ่งต่อมาได้พัฒนากลายมาเป็นหนังสือเดินทาง (passport) ที่เรารู้จักกันในปัจจุบัน ประเทศในทวีปเอเชียเองก็ได้มีการให้ความสำคัญกับเรื่องของการพิสูจน์และยืนยันตัวตน ตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่นในสมัยเอโดะได้เริ่มมีการนำเอาตราประทับมาใช้ประทับลงในเอกสารเพื่อเป็นการยืนยันตัวตนและความถูกต้องของเอกสาร^๓ ซึ่งวัฒนธรรมการใช้ตราประทับในประเทศญี่ปุ่นยังคงใช้สืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ขณะที่ประเทศไทยก็มีพัฒนาการระบุและยืนยันตัวตนมายาวนานที่อาจสืบรากไปได้ถึงตั้งแต่สุโขทัย โดยตัวอย่างที่เห็นได้เด่นชัด คือ การสักเลกหมายหมู่ไพร่ที่ปรากฏสืบต่อมาจนกระทั่งถึง

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ ฝ่ายกฎหมายเทคโนโลยีและการพลังงาน กองกฎหมายเทคโนโลยีและการคมนาคม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (มีนาคม ๒๕๖๗)

^๑ Martha Ameri et al, “Seals and Sealing in the Ancient world” (Cambridge University Press 2018). p 231 – 235.

^๒ A History of Passports (Wall Street Journal) <<https://www.wsj.com/articles/SB112506690121624172>> สืบค้นเมื่อ ๙ ตุลาคม ๒๕๖๖

^๓ LISA WALLIN, “The History of Hanko: A Guide to Japan’s Ink Seals” (Tokyo weekender, 2019) <https://www.tokyoweekender.com/art_and_culture/japanese-culture/the-history-of-hanko-a-guide-to-japans-ink-seals/> สืบค้นเมื่อ ๙ ตุลาคม ๒๕๖๖

สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๕^๔ โดยการสักระบายหมายหมู่ไพร่นั้น จะสักกันเพื่อบ่งบอกหรือแสดงเลขหมายหมู่ที่ไพร่นั้นสังกัด เพื่อใช้ระบุและยืนยันตัวตนของไพร่ ดังกล่าวว่าสังกัดอยู่ที่ใด ขึ้นกับกรม กอง หรือมูลนายรายใด เมื่อใดที่ทางการต้องการเกณฑ์แรงงานไพร่ไปใช้ในกิจการราชการต่าง ๆ ก็จะมีการเรียกไพร่เข้ารับราชการ เป็นต้น^๕

เห็นได้ว่าการพิสูจน์และยืนยันตัวตนเพื่อบ่งบอกว่าบุคคลดังกล่าวนั้นเป็นใคร ถูกใช้เป็นเครื่องมือมาตั้งแต่สมัยโบราณ ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการจัดระเบียบการปกครอง หรือเพื่อยืนยันความถูกต้องของตัวบุคคล โดยนอกจากการไปแสดงตัวตนเพื่อพิสูจน์ว่าเราเป็นใครแล้ว สิ่งที่ใช้ในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนในอดีตนั้นมักจะอยู่ในรูปของสิ่งที่จับต้องได้ (tangible) เช่น เอกสาร ตราประทับ หรือแม้กระทั่งรอยสัก อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันเพียงแค่การแสดงตัวตนและแสดงสิ่งที่ใช้พิสูจน์ตัวตนดังกล่าวนี้อาจไม่เพียงพอต่อการสร้างความน่าเชื่อถือต่อไป เพราะการปลอมแปลงเอกสารหรือสิ่งที่ใช้พิสูจน์ตัวตนมีพัฒนาการและจำนวนที่เพิ่มขึ้นมาก เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงได้มีการพัฒนากระบวนการในการพิสูจน์ตัวตนขึ้น มีการสร้างระบบเพื่อใช้ในการตรวจสอบข้อมูลกับสิ่งที่ใช้ในการพิสูจน์ตัวตน เพื่อที่จะช่วยยืนยันว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลเดียวกับที่กล่าวอ้างจริง เช่น การแสดงตัวพร้อมแสดงบัตรประจำตัวประชาชนเพื่อพิสูจน์ว่าเราเป็นใครนั้นอาจไม่เพียงพออีกต่อไป รัฐจึงได้มีการบรรจุข้อมูลต่าง ๆ ลงในชิปข้อมูลที่อยู่บนบัตรประชาชน เพื่อให้ผู้ให้บริการจะได้ตรวจสอบข้อมูลที่รับแจ้งกับฐานข้อมูลที่เชื่อมต่อกับบัตรประชาชนดังกล่าว ในการที่จะใช้ยืนยันว่าบุคคลนั้นเป็นจริง

ต่อมาเมื่อบริการต่าง ๆ ถูกพัฒนารูปแบบขึ้นไปอยู่ในรูปแบบของแพลตฟอร์มออนไลน์ บริการต่าง ๆ ในรูปแบบของดิจิทัลและการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-commerce) ได้รับการตอบรับอย่างแพร่หลาย ส่งผลให้การทำนิติกรรมหรือธุรกรรมที่แต่เดิมต้องอาศัยการไปแสดงตัวตนหรือไปยืนยันความถูกต้องของข้อมูลก็ถูกปรับเปลี่ยนรูปแบบไปด้วย ปัจจุบันเราสามารถทำธุรกรรมหรือนิติกรรม เช่น การเข้าถึงบริการทางการเงิน การซื้อขายสินค้า การลงนามในเอกสาร หรือแม้กระทั่งการเข้าออกสถานที่ต่าง ๆ ผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ ได้ง่ายดายเพียงแค่ปลายนิ้วผ่านโทรศัพท์มือถือ กระนั้นในการทำธุรกรรมหรือนิติกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ได้มีการพบปะหรือเห็นหน้ากัน อีกฝ่ายหนึ่งจะทราบได้อย่างไรว่าบุคคลที่ติดต่อด้วยนั้นเป็นบุคคลผู้มีตัวตนจริง และไม่ได้ถูกแอบอ้างหรือนำข้อมูลไปใช้โดยบุคคลนั้นไม่รับทราบ เมื่อบุคคลดังกล่าวไม่ได้ไปปรากฏตัวหรือแสดงสิ่งที่ใช้พิสูจน์ตัวตนให้ทราบ เพราะสิ่งที่ใช้แสดงตัวตนของบุคคลบนโลกดิจิทัลนั้นเป็นเพียงตัวตนดิจิทัลซึ่งประกอบขึ้นจากชุดของข้อมูลเท่านั้น เพื่อให้ทราบถึงกลไกและสิ่งที่จะใช้ในการกำกับดูแลการใช้ตัวตนดิจิทัล บทความนี้จะพยายามจะแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวในลำดับต่อไป

^๔ ปิยะฉัตร ปิตะวรรณ, สภาพสังคมไทยสมัยรัตนโกสินทร์ ระหว่าง พ.ศ. ๒๓๙๕ - ๒๓๙๘ ใน ธรรมศักดิ์ พ่วงพิศ และคณะ (บรรณาธิการ) ในสังคมไทย ใน ๒๐๐ ปี (เจ้าพระยาการพิมพ์ ๒๕๒๖) ๖๖ - ๖๙.

^๕ อ้างแล้ว.

๒ ตัวตนดิจิทัล คืออะไร

“บนอินเทอร์เน็ตไม่มีใครรู้ว่าคุณเป็นสุนัข” ถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในภาพการ์ตูนซึ่งถูกตีพิมพ์ในลงนิตยสาร The New Yorker เมื่อปี ๑๙๙๓ ซึ่งเป็นยุคที่อินเทอร์เน็ตเริ่มเข้ามามีบทบาทในชีวิตของผู้คนมากขึ้น และถือเป็นหนึ่งในภาพ iconic ที่มีการหยิบยกขึ้นมาพูดคุยกันอย่างแพร่หลายถึงสิ่งที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เพราะภาพดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงโลกในยุคปัจจุบันที่อินเทอร์เน็ตกลายเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตคนทุกคนตั้งแต่ตื่นจนถึงเวลาเข้านอน แต่บนอินเทอร์เน็ตกลับไม่มีใครรู้ว่าตัวตนของเราจริง ๆ เป็นใคร เพราะอินเทอร์เน็ตได้สร้างโลกเสมือน (Virtual World) ซึ่งเป็นพื้นที่เปิดโอกาสคนทุกคนมีอิสระในการแสดงตัวตน ถ่ายทอดความคิด ความสร้างสรรค์ และแนวคิดต่าง ๆ ให้คนอื่นเห็นหรือเข้าใจได้ตามที่เราต้องการ ผ่านตัวตนเสมือน (Virtual Identity) หรืออีกชื่อหนึ่งที่เรียกกันว่า ตัวตนดิจิทัล (Digital Identity) ซึ่งความน่าเชื่อถือของการใช้ตัวตนดิจิทัลนั้นขึ้นอยู่กับประเภทของบริการหรือสิ่งที่เกิดขึ้นผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ บริการบางประเภทผู้ให้บริการอาจไม่จำเป็นที่จะต้องทราบถึงตัวตนที่แท้จริงของผู้ใช้บริการว่าเป็นใคร ผู้ใช้บริการ (User) เองก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิสูจน์ตัวตนว่าตนเองเป็นใครในการที่จะใช้บริการดังกล่าว ซึ่งสิ่งที่แตกต่างระหว่างตัวตนดิจิทัลกับผู้ให้บริการ คือ “ตัวตนดิจิทัล (digital Identity)” เป็นสิ่งที่แสดงถึงความสัมพันธ์แบบหนึ่งต่อหนึ่งระหว่างบุคคลและการมีอยู่ทางดิจิทัลของบุคคลนั้น การมีอยู่ทางดิจิทัลอาจประกอบไปด้วยบัญชี ชุมข้อมูล และสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้น^๖ โดยตัวตนดิจิทัลมักจะประกอบขึ้นจากข้อมูลส่วนบุคคลที่ผู้ให้บริการร้องขอ^๗ เช่น ชื่อ-นามสกุล วัน/เดือน/ปีเกิด อายุ เพศ เลขบัตรประจำตัวประชาชน บางกรณีอาจรวมถึงข้อมูลทางชีวมาตร (biometrics) เช่น ลายนิ้วมือ รูปภาพใบหน้า และอาจรวมถึงประวัติหรือพฤติกรรมการใช้งานด้วย ผู้ให้บริการจะทำการสร้างชุดข้อมูล (Credentials) ขึ้นมาจากข้อมูลที่เราได้ให้ไว้ โดยชุดข้อมูลนี้จะเป็น “อัตลักษณ์” ที่สามารถใช้บ่งชี้ว่าเจ้าของชุดข้อมูลนี้คือคนคนเดียวกับเจ้าของตัวตนดิจิทัล ซึ่งในการที่เราจะเข้าใช้บริการก็ต้องทำยืนยันตัวตน (Authentication) ว่าเราคือเจ้าของชุดข้อมูลดังกล่าว โดยใช้สิ่งยืนยันตัวตน (Authenticator) ที่อาจอยู่ในรูปแบบต่าง ๆ ขึ้นอยู่กับทางผู้ให้บริการกำหนดไว้ ซึ่งสิ่งที่ใช้ในการยืนยันตัวตน^๘ นั้น มักจะนำมาจาก **สิ่งที่เรามี** (Something you have) เช่น บัตรประชาชน หรือ ใบขับขี่ หรือโทรศัพท์มือถือ หรือ **สิ่งที่เรารู้** (Something you know) เช่น รหัสผู้ใช้งานและรหัสผ่าน (Username & Password) รหัส PIN code หรือคำถามเพื่อความปลอดภัย หรือ **สิ่งที่我们是** (Something you are) เช่น ลายนิ้วมือ ภาพใบหน้า หรือเสียง

^๖ “Definition of Digital Identity”. BeyondTrust <<https://www.beyondtrust.com/resources/glossary/digital-identity>>

^๗ International Telecommunication Union, “Digital Identity Roadmap Guide”. p 3. <<https://www.itu.int/hub/publication/d-str-digital-01-2018/>> สืบค้นเมื่อ ๙ ตุลาคม ๒๕๖๖

^๘ “Multi-Factor Authentication: What It Is and Why You Need It” (Carnegie Mellon University, 25 September 2019) <<https://www.cmu.edu/iso/news/2019/mfa-article.html>> สืบค้นเมื่อ ๙ ตุลาคม ๒๕๖๖

การใช้ประโยชน์จากตัวตนดิจิทัลได้ขยายขอบเขตออกไปไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะแค่การใช้เป็นตัวแทนของเราบนโลกออนไลน์เท่านั้น แต่ตัวตนดิจิทัลได้ถูกพัฒนาให้กลายเป็นสิ่งที่สามารถใช้แทนตัวตนของเราในการทำนิติกรรมหรือธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในโลกแห่งความเป็นจริงได้ตามกฎหมาย ปัจจุบันทั่วโลกมีการนำตัวตนดิจิทัลมาใช้ประโยชน์ในการเพิ่มโอกาสในการเข้าถึงสิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตนให้แก่คนในประเทศ สหประชาชาติเองได้มีการกำหนดให้การที่ทุกคนบนโลกต้องเข้าถึงสิ่งที่สามารถใช้พิสูจน์และยืนยันตัวตนได้ตามกฎหมายเป็นหนึ่งในเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals (SDGs)) ที่ต้องดำเนินการให้สำเร็จภายในปี ๒๐๓๐ (เป้าหมายที่ ๑๖.๙) เนื่องจากปัจจุบันคนจำนวนกว่าพันล้านคนที่อาศัยอยู่ในประเทศด้อยพัฒนาและประเทศกำลังพัฒนามีชีวิตอยู่โดยปราศจากสิ่งที่สามารถใช้พิสูจน์และยืนยันตัวตน^๙ คนเหล่านั้นไม่มีทั้งบัตรประชาชน สูติบัตร เอกสารหรือสิ่งที่สามารถแสดงถึงการมีอยู่ของตัวตน ส่งผลให้กลุ่มคนเหล่านี้ไม่สามารถเข้าถึงบริการของภาครัฐและภาคเอกชน รวมถึงไม่สามารถเข้าถึงสวัสดิการต่าง ๆ ที่มีตามกฎหมายได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้ ธนาคารโลก (World Bank) ยังได้มีการริเริ่มจัดทำโครงการ Identification for Development (ID4D) เพื่อผลักดันให้คนสามารถเข้าถึงสิ่งที่ใช้พิสูจน์และยืนยันตัวตนได้ แต่สิ่งที่ใช้พิสูจน์และยืนยันตัวตนนั้นจะไม่ได้อยู่ในรูปแบบของสิ่งที่จับต้องได้ เช่น บัตรประชาชน หรือใบขับขี่ หากแต่จะอยู่ในรูปแบบของตัวตนดิจิทัล โครงการดังกล่าวส่งเสริมให้ประเทศต่าง ๆ สร้างตัวตนดิจิทัล (digital identity) ให้แก่ประชาชนในประเทศ เพื่อให้กลุ่มคนเหล่านั้นสามารถเข้าถึงและมีสิ่งที่ใช้ในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนเพื่อใช้ในการเข้าถึงบริการและสวัสดิการต่าง ๆ^{๑๐} ประโยชน์ของตัวตนดิจิทัลจึงไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงการใช้ประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกในการทำธุรกรรมหรือนิติกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์อีกต่อไป แต่เป็นหนึ่งในกลไกที่จะส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมขึ้นในสังคมตามสิทธิที่บุคคลทั่วไปพึงจะได้รับซึ่งสิทธิที่จะมีซึ่งตัวตน^{๑๑} และสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ^{๑๒}

^๙ Bronwen Manby, “The Sustainable Development Goals and ‘Legal Identity for All’: ‘First, Do No Harm’”, World Development, Vol. 139, March 2021. <https://eprints.lse.ac.uk/108197/1/The_Sustainable_Development_Goals_and_legal_identity_for_all_.pdf> สืบค้นเมื่อ ๑๒ ตุลาคม ๒๕๖๖

^{๑๐} Ibid.

^{๑๑} ดู Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) art 6., ดูประกอบ International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) art 16., ดูประกอบ ASEAN Human Rights Declaration (adopted 10 December 1948) art 3.

^{๑๒} Ibid, art 1, art 2, art 7. ดูประกอบ International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) art 14., ดูประกอบ ASEAN Human Rights Declaration (adopted 10 December 1948) art 3.

อย่างไรก็ตาม การใช้ตัวตนดิจิทัลยังคงมีข้อจำกัดและความเสี่ยงบางประการที่ต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วน เช่น ความเสี่ยงด้านความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัยของการใช้ตัวตนดิจิทัลที่หากเกิดการโจมตีระบบการเก็บข้อมูลของผู้ให้บริการ ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้บริการก็อาจถูกนำไปใช้ในการก่ออาชญากรรมต่าง ๆ หรือการถูกนำตัวตนดิจิทัลไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการฟอกเงิน การฉ้อโกงทางอินเทอร์เน็ต หรือการเข้าถึงข้อมูลอื่นที่เป็นความลับได้ ดังนั้น การสร้างมาตรฐานหรือการมีแนวทางในการคุ้มครองและรักษาความปลอดภัยเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้งานตัวตนดิจิทัลจึงมีความจำเป็น ทำให้กระบวนการในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลได้รับความสำคัญมากขึ้นตามไปด้วยเพราะเป็นกลไกหนึ่งที่จะช่วยในการป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้งานตัวตนดิจิทัล อีกทั้งเมื่อเทคโนโลยีกลายมาเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตที่บุคคลแต่ละคนต่างมีตัวตนดิจิทัลมากกว่าหนึ่งตัวตน และการระบุและยืนยันตัวตนสามารถทำจากที่ไหนในโลกก็ได้ เราจะมีวิธีการทราบได้อย่างไรว่าบุคคลที่เข้ารับบริการหรือทำธุรกรรมนั้นคือบุคคลนั้นจริง

๓ การพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัล

ปัจจุบันภาครัฐและภาคเอกชนมีการนำเทคโนโลยีเข้ามาปรับเปลี่ยนรูปแบบของการให้บริการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชน ความสำคัญของตัวตนดิจิทัลไม่เพียงแต่จะเป็นสิ่งที่ใช้เพื่อแสดงตัวตนบนโลกออนไลน์เท่านั้น แต่ตัวตนดิจิทัลได้กลายเป็นหนึ่งในสิ่งที่ใช้เพื่อเข้าถึงบริการ รวมถึงสวัสดิการต่าง ๆ ได้จากทุกที่ทุกเวลา ตั้งแต่บริการเพื่อความบันเทิงทั่วไปอย่างบริการสื่อโซเชียลมีเดีย บริการสตรีมมิ่ง ไปจนถึงบริการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรม เช่น การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ การเปิดบัญชีธนาคาร การเข้าถึงข้อมูลการรักษาพยาบาล หรือการเข้าถึงสวัสดิการจากภาครัฐ หลายธุรกรรมที่เกิดขึ้นต้องอาศัยการแสดงตัวตนและสิ่งที่ใช้พิสูจน์ตัวตนของผู้ใช้บริการเป็นสาระสำคัญ ส่งผลให้ผู้ให้บริการจำเป็นต้องมีกระบวนการพิสูจน์และยืนยันตัวตนเพื่อใช้ยืนยันว่าผู้ใช้บริการกับตัวตนดิจิทัลที่มีคำขอเข้าใช้บริการเป็นบุคคลคนเดียวกัน

คำว่า “การพิสูจน์และยืนยันตัวตน” จึงมักจะถูกนำมาใช้คู่กันเสมอ อย่างไรก็ตามทั้งสองอย่างนี้เป็นคนละขั้นตอนกัน โดยที่การพิสูจน์ตัวตนเป็นกระบวนการของการตรวจสอบความถูกต้องเพื่อที่จะยืนยันว่าบุคคลดังกล่าวนี้เป็นบุคคลเดียวกับที่เป็นเจ้าของชุดข้อมูลหรือตัวตนดิจิทัลนั้นจริง ทว่าไปแล้วขั้นตอนดังกล่าวจะเกิดขึ้นในช่วงเริ่มต้นก่อนการเริ่มใช้บริการ ในการพิสูจน์ตัวตนนั้นผู้ให้บริการอาจจะทำการขอหลักฐาน เอกสาร หรือข้อมูลส่วนบุคคลที่สามารถใช้ระบุอัตลักษณ์จากผู้ให้บริการเพื่อรวบรวมข้อมูล เช่น สำเนาบัตรประจำตัว หมายเลขโทรศัพท์ หรืออาจเป็นข้อมูลชีวมาตร และทำการตรวจสอบความเชื่อมโยงระหว่างบุคคลกับข้อมูลระบุอัตลักษณ์ที่ได้รับมาว่าถูกต้องตรงกันหรือไม่ หลังจากที่ได้มีการพิสูจน์ตัวตนแล้ว ก่อนที่จะสามารถเข้าใช้บริการได้ก็จะต้องมีกระบวนการในการยืนยันตัวตนว่า ผู้ใช้บริการดังกล่าวเป็นบุคคลคนเดียวกับที่กล่าวอ้างจริง เปรียบเทียบกับกรณีของการเปิดบัญชีธนาคารที่แต่เดิมผู้ที่เปิดบัญชีต้อง

เดินทางไปแสดงตัวที่ธนาคารพร้อมทั้งยื่นเอกสารต่าง ๆ ที่สามารถใช้ระบุตัวตนของผู้ที่มาขอเปิดบัญชี เช่น บัตรประจำตัวประชาชน ใบขับขี่ สำเนาทะเบียนบ้าน และธนาคารจะตรวจสอบและพิจารณาข้อมูลดังกล่าว เพื่อที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลเดียวกันจริง (Identity Verification) กับผู้ที่ขอเปิดบัญชี หากพิจารณาและตรวจสอบจากข้อมูลแล้วเห็นว่าเชื่อถือได้ ธนาคารจึงจะทำการเปิดบัญชีให้และผู้ใช้บริการก็สามารถใช้บัญชีดังกล่าวในการทำธุรกรรมต่าง ๆ ได้

กรณีของตัวตนดิจิทัลนั้น เมื่อตัวตนดิจิทัลประกอบขึ้นจากชุดของข้อมูลที่สามารถใช้ระบุอัตลักษณ์ของเจ้าของตัวตนได้เท่านั้น การพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลจึงเป็นขั้นตอนกระบวนการในการพิสูจน์และยืนยันว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลเดียวกับเจ้าของตัวตนดิจิทัลจริง โดยการอาศัยข้อมูลและหลักฐานดิจิทัลที่เชื่อถือได้ว่าข้อมูลอัตลักษณ์ที่ได้รับกับข้อมูลในระบบฐานข้อมูลถูกต้องตรงกันหรือไม่ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวถูกพัฒนาขึ้นภายใต้หลักการของความปลอดภัยและเคารพความเป็นส่วนตัว ที่มีจุดประสงค์เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้ผู้ให้บริการและผู้ให้บริการมั่นใจว่าธุรกรรมที่ทำผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์นั้นถูกต้อง ไม่ได้เกิดขึ้นจากการแอบอ้างของบุคคลอื่น และบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลเดียวกับผู้ที่เป็นเจ้าของตัวตนดิจิทัลนั้น สำหรับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลที่มีการใช้กันอยู่ในปัจจุบันนี้มีรูปแบบที่หลากหลายขึ้นอยู่กับบริบทและระดับความน่าเชื่อถือที่ต้องการ โดยมักจะอาศัยปัจจัยจาก **สิ่งที่เรารู้** (Something you know) เช่น รหัสผู้ใช้และรหัสผ่าน (Username & Password) รหัส PIN code หรือคำถามเพื่อความปลอดภัย หรือ **สิ่งที่เรามี** (Something you have) เช่น บัตรประชาชน หรือ ใบขับขี่ หรือ โทรศัพท์มือถือ หรือ **สิ่งที่เราเป็น** (Something you are) เช่น ลายนิ้วมือ ภาพใบหน้า หรือเสียง ทั้งนี้ ระบบที่ใช้ในการยืนยันตัวตนดิจิทัลอาจแบ่งได้เป็นแบบต่าง ๆ ขึ้นอยู่กับบริบทความจำเป็นในแง่ของความต้องการความน่าเชื่อถือและความปลอดภัยของธุรกรรม ดังนี้

๓.๑ การพิสูจน์และยืนยันตัวตนแบบปัจจัยเดียว (Single-factor authentication)

เป็นกลไกในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนที่มีการใช้กันอย่างแพร่หลายมากที่สุด ซึ่งอาศัยปัจจัยเพียงขั้นตอนเดียวในการยืนยันตัวตนก่อนการเข้าใช้บริการ ซึ่งการยืนยันตัวตนที่เราคุ้นเคยกันในปัจจุบัน คือ การใช้ชื่อผู้ใช้บริการและรหัสผ่าน (username & password) ที่ถือเป็นระบบการใช้พิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลที่มีใช้กันแพร่หลายที่สุด และถูกใช้มาตั้งแต่ระยะเริ่มต้นของการมีอินเทอร์เน็ต ซึ่งผู้ให้บริการเว็บไซต์ต่าง ๆ ได้เปิดให้ผู้ให้บริการสมัครสมาชิกหรือสร้างบัญชีกับทางเว็บไซต์ โดยชื่อบัญชีสมาชิกดังกล่าวจะใช้เพื่อแยกผู้ให้บริการแต่ละรายออกจากกัน การสมัครสมาชิกหรือมีบัญชีกับเว็บไซต์ก็เป็นการสร้างตัวตนดิจิทัลของเราขึ้นเพื่อใช้บริการเว็บไซต์นั้น ๆ การที่ผู้ใช้บริการเข้าสู่บัญชีด้วยการกรอกรหัส Username และ Password เป็นการพิสูจน์และยืนยันตัวตนกับทางผู้ให้บริการเว็บไซต์ว่า ฉันทเป็นบุคคลเดียวกันกับเจ้าของบัญชี (ตัวตนดิจิทัล) นี้ สำหรับพิสูจน์และยืนยันตัวตนแบบปัจจัยเดียว นั้น ผู้ให้บริการจะเป็นผู้ที่ทำการเก็บชุดข้อมูลของผู้ใช้บริการไว้เอง และต่างก็มีระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวของตนเอง ทำให้มี

ลักษณะระบบแบบรวมศูนย์ซึ่งเมื่อเราจะใช้บริการของผู้ให้บริการรายใดก็ต้องสร้างบัญชีหรือสมัครสมาชิกกับผู้ให้บริการรายนั้นเพื่อพิสูจน์และยืนยันตัวตนเป็นรายบริการไป

๓.๒ ระบบ Multi-factor Authentication (MFA)

Forbes ได้รายงานว่าภายในปี ๒๐๓๐ ผู้คนกว่า ๗.๕ พันล้านคนจะเข้าถึงและใช้บริการต่าง ๆ ออนไลน์ผ่านตัวตนดิจิทัล^{๑๓} ซึ่งจำนวนผู้ใช้บริการที่มากขึ้นส่งผลให้ความเสี่ยงในการโจรกรรมหรือโจมตีทางดิจิทัลเพิ่มมากขึ้นไปด้วยประกอบกับแนวคิดเรื่องความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัยของเจ้าของข้อมูลที่ได้รับการตระหนักมากขึ้นในปัจจุบัน^{๑๔} ทำให้ความสำคัญในเรื่องของความปลอดภัยในการเข้าถึงตัวตนดิจิทัลมีเพิ่มขึ้น การเข้าถึงตัวตนดิจิทัลได้รับการยกระดับความปลอดภัยมากขึ้น โดยมีการเพิ่มเติมขั้นตอนในการตรวจสอบความปลอดภัยเข้ามาทำให้ในการเข้าถึงบริการหรือตัวตนดิจิทัลนั้นจะต้องอาศัยสิ่งที่ใช้ในการยืนยันตัวตนมากกว่าเพียงแค่รหัสผ่านหรือรหัสลับเท่านั้น^{๑๕} แต่จะต้องใช้**สิ่งที่เรามี** (Something you have) หรือ **สิ่งที่เรารู้** (Something you know) หรือ **สิ่งที่เราเป็น** (Something you are) ประกอบกันมากกว่าหนึ่งขั้นตอนในการเข้าถึงระบบหรือบริการต่าง ๆ ซึ่งจะเป็นการสร้างอุปสรรคและทำให้ผู้ที่โจรกรรมข้อมูลทำได้ยากยิ่งขึ้น เพราะผู้ที่โจรกรรมข้อมูลอาจทราบถึงรหัสผ่านของเราแต่ก็อาจจะไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลหรือใช้ตัวตนดิจิทัลของเราได้หากไม่มีโทรศัพท์หรือสิ่งอื่นที่ต้องใช้ประกอบการยืนยันตัวตน

นอกจากนี้เมื่อบริการออนไลน์บนแพลตฟอร์มต่าง ๆ มีจำนวนมากขึ้นส่งผลให้เกิดภาระให้แก่ทั้งผู้ใช้บริการที่ต้องจดจำสิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตน (Authenticator) จำนวนมากในการเข้าถึงบริการต่าง ๆ และก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ให้บริการในเรื่องของต้นทุนการบริหารจัดการฐานข้อมูล ทำให้เกิดแนวความคิดที่จะอำนวยความสะดวก สร้างประสบการณ์ที่ดีแก่ผู้ใช้บริการจึงเกิดการพัฒนาในเรื่องของระบบ Single-sign on (SSO) โดยที่ผู้ใช้บริการไม่จำเป็นต้องมีตัวตนดิจิทัลเพื่อใช้สำหรับการเข้าใช้บริการทุกบริการ แต่ผู้ให้บริการจะมีการตกลงเชื่อมต่อฐานข้อมูลระหว่างผู้ให้บริการแต่ละรายเข้าด้วยกัน ตัวอย่างเช่น การเข้าใช้บริการออนไลน์ต่าง ๆ โดยอาศัยบัญชี facebook หรือ google ของเรา ซึ่งระบบดังกล่าวเป็นการอาศัยระบบการพิสูจน์ตัวตนดิจิทัลของอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อใช้ในการยืนยันตัวตนดิจิทัลเพื่อเข้าถึงบริการของตนเอง เป็นการช่วยลด

^{๑๓} Ibid.

^{๑๔} Custers, B. H. M. “The General Data Protection Regulation: Changes and implications for personal data processing and the role of the Data Protection Officer”. Computer Law & Security Review, 33(2), 2017. P.179-194.

^{๑๕} Joe Burton. “Digital Identity: Where We Began, Where We Are And Where We Are Going” (Forbes, 24 March 2022) <<https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2022/03/24/digital-identity-where-we-began-where-we-are-and-where-we-are-going/?sh=c3f9afa75a78>> สืบค้นเมื่อ ๑๒ ตุลาคม ๒๕๖๖

ต้นทุนในการบริหารจัดการฐานข้อมูลที่ซ้ำซ้อนกันของผู้ให้บริการ ทั้งนี้ เป็นเรื่องระหว่างผู้ให้บริการที่ตกลงเชื่อถือในมาตรฐานของระบบพิสูจน์และยืนยันตัวตนของกันและกัน กลไกของ Identity Provider (IDP) จึงได้ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อทำหน้าที่ Third Party ในการให้บริการการพิสูจน์และยืนยันตัวตนของผู้ใช้บริการแทนผู้ให้บริการ ซึ่งผู้ให้บริการอาจจะทำการสร้างตัวตนดิจิทัลไว้กับทาง Identity Provider (IDP) และเมื่อจะเข้าใช้บริการทางผู้ให้บริการก็จะส่งคำขอพิสูจน์และยืนยันตัวตนไปยัง Identity Provider (IDP) ซึ่งเมื่อได้รับคำขอก็ทำการจะพิสูจน์และยืนยันตัวตน ก่อนที่จะส่งผลการพิสูจน์และยืนยันตัวตนไปยังผู้ให้บริการว่าผู้ให้บริการคือเจ้าของตัวตนดิจิทัลจริง ผู้ให้บริการจึงจะเปิดให้ผู้ให้บริการเข้าถึงบริการต่าง ๆ ได้

๓.๓ ระบบ Blockchain

แม้ว่าระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนจะมีพัฒนาการเพื่อความปลอดภัยที่มากขึ้นตามลำดับ กระนั้นระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนที่ใช้แพร่หลายอยู่ในปัจจุบันยังมีข้อจำกัดเนื่องจากฐานข้อมูลตัวตนดิจิทัลยังคงถูกจัดเก็บไว้โดยผู้ให้บริการรายใดรายหนึ่งอยู่ ก่อให้เกิดแนวความคิดที่จะทำให้อำนาจในการควบคุมดูแลข้อมูลระบุอัตลักษณ์ที่ใช้ในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลของบุคคลขึ้นอยู่กับเจ้าของตัวตนดิจิทัลเอง ส่งผลให้เริ่มมีความพยายามที่จะหาทางเลือกอื่นในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัล ประจวบเหมาะกับการที่เทคโนโลยีการจัดเก็บข้อมูลแบบ distributed Ledger มีการพัฒนาอย่างก้าวกระโดด ทำให้เริ่มมีการนำเทคโนโลยี blockchain ซึ่งเป็นเทคโนโลยีฐานข้อมูลแบบไร้ตัวกลางมาประยุกต์ใช้กับการพิสูจน์และยืนยันตัวตนโดยไม่มีตัวกลางที่จัดเก็บข้อมูล^{๑๖} เป็นการพิสูจน์และยืนยันตัวตนผ่านห่วงโซ่ blockchain ซึ่งมีความปลอดภัยและมีความน่าเชื่อถือสูง ส่งผลให้เจ้าของตัวตนดิจิทัลมีอำนาจในการบริหารจัดการข้อมูลระบุอัตลักษณ์ของตนเองและสามารถควบคุมดูแลการเข้าถึงข้อมูลของตนเองได้อย่างแท้จริงอย่างไรก็ตามเทคโนโลยีดังกล่าวยังอยู่ในระยะเริ่มต้น แต่ก็มีความเป็นไปได้ที่จะกลายเป็นระบบที่จะใช้เพื่อพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลอย่างแพร่หลายในอนาคต

๔ กฎหมายเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตน

ความสำคัญของตัวตนดิจิทัลในปัจจุบันส่งผลให้การพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลได้กลายเป็นหนึ่งในขั้นตอนสำคัญของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่การดำเนินการดังกล่าวย่อมเป็นภาระแก่ทั้งผู้ให้บริการและผู้ให้บริการดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จึงได้เริ่มมีการพัฒนาระบบการบริการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลขึ้นเพื่อให้บริการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลให้แก่องค์กรหรือธุรกิจอื่น ทำให้เมื่อเจ้าของตัวตนดิจิทัลได้มีการพิสูจน์ตัวตนทางดิจิทัลกับผู้ให้บริการระบบเพียงแห่งเดียวก็สามารถที่จะใช้ตัวตนดิจิทัลในการติดต่อหรือทำธุรกรรมกับองค์กรหรือธุรกิจอื่น ๆ ได้แทนการที่จะต้องพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลกับแต่ละองค์กรหรือ

^{๑๖} Blue, Juanita et al. "A Review of Identity, Identification and Authentication" International Journal for Information Security Research. ๘ (๒): p 794–804.

ธุรกิจที่ประสงค์จะติดต่อหรือใช้บริการ หลายประเทศรวมถึงประเทศไทยจึงได้มีการออกกฎระเบียบมาเพื่อใช้เป็นกรอบในการรับรองและกำกับดูแลเกี่ยวกับเรื่องของตัวตนดิจิทัลและบริการรับรองความน่าเชื่อถือ เช่น

๔.๑ สหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปถือว่าเป็นกลุ่มประเทศที่มีพัฒนาการด้านการรองรับเทคโนโลยีที่ก้าวหน้ามาอย่างยาวนาน เห็นได้จากการที่ได้มีการออก The e-Signature Directive (Directive 1999/93/EC) มาตั้งแต่ช่วงต้นของยุค ๒๐๐๐ อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่และกลไกการดำเนินการของหน่วยงานกำกับดูแลภายในของแต่ละประเทศไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งไม่ได้แก้ไขปัญหในเรื่องความสอดคล้องกันของเทคโนโลยีระหว่างประเทศสมาชิก และยังไม่ได้ครอบคลุมถึงเทคโนโลยีใหม่ ๆ ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน เช่น โทรศัพท์มือถือ หรือการใช้ cloud สหภาพยุโรปจึงได้มีการออก The Electronic Identification, Authentication and Trust Services (eIDAS) Regulation เพื่อมาใช้แทนกฎหมายฉบับเดิมที่ค่อนข้างจะไม่เท่าทันต่อพัฒนาการของเทคโนโลยี กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดกรอบหลักเกณฑ์ (framework) สำหรับการใช้งานตัวตนดิจิทัล ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ และบริการรับรองความน่าเชื่อถือ (trust service) สำหรับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ โดยถูกเขียนขึ้นภายใต้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสร้างความเชื่อมั่นในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้เกิดขึ้น และเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ภาคธุรกิจและประชาชนในการใช้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ในกลุ่มประเทศสมาชิกได้อย่างมีประสิทธิภาพ กฎหมายฉบับดังกล่าวยังคงไว้ซึ่งความเป็นกลางทางเทคโนโลยีเนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดระบุเฉพาะเจาะจงถึงชนิดของเทคโนโลยีที่จะใช้บังคับไว้เพื่อเปิดโอกาสให้มีการใช้วิธีการและเทคโนโลยีที่หลากหลายในอนาคตอีกด้วย ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้สร้างกรอบและกำหนดมาตรฐานพื้นฐานด้านความน่าเชื่อถือและความมั่นคงปลอดภัยของข้อมูลเรื่องของตัวตนดิจิทัลและบริการรับรองความน่าเชื่อถือไว้อย่างครอบคลุม และเกิดผลลัพธ์ในการส่งเสริมการใช้ตัวตนดิจิทัลที่เป็นรูปธรรมจากการรับรู้และยอมรับร่วมกันของประเทศสมาชิก ส่งผลให้หลายประเทศ เช่น สหราชอาณาจักร^{๑๓๗} สวิตเซอร์แลนด์^{๑๓๘} เกาหลีใต้^{๑๓๙} ได้มีการนำเอาแนวทางของ eIDAS Regulation ไปใช้เป็นแม่แบบในการจัดทำกฎหมายเพื่อกำกับดูแลเรื่องของตัวตนดิจิทัลในประเทศตนเอง โดย eIDAS Regulation มีสาระสำคัญที่ควรกล่าวถึง ดังต่อไปนี้

^{๑๓๗} The Electronic Identification and Trust Services for Electronic Transactions (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019 (entered into force 22 January 2019)

^{๑๓๘} Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur und anderer Anwendungen digitaler Zertifikate (Bundesgesetz über die elektronische Signatur) (entered into force 18 March 2011)

^{๑๓๙} DIGITAL SIGNATURE ACT (entered into force 9 June 2020)

๔.๑.๑ นิยามและขอบเขตการบังคับใช้

นิยาม กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้มีการกำหนดบทนิยามของคำว่า “ตัวตนดิจิทัล” (digital identity) ไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจน แต่ได้มีการกล่าวถึง “การระบุตัวตนอิเล็กทรอนิกส์” (electronic identification) ไว้ใน article 3 (1) หมายถึง กระบวนการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ในการบ่งชี้เพื่อระบุตัวตนของบุคคลในโลกความเป็นจริง ซึ่งอาจประกอบด้วยกลไกหลายขั้นตอนในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนของบุคคลดังกล่าวบนโลกออนไลน์ ขณะที่ “เครื่องมือที่ใช้ในการระบุตัวตนอิเล็กทรอนิกส์” (electronic identification means) หมายถึง วัตถุทั้งที่เป็นรูปธรรมและไม่เป็นรูปธรรม (material and/or immaterial) ซึ่งบรรจุข้อมูลสำหรับการระบุตัวตนและใช้สำหรับการยืนยันตัวตนสำหรับการให้บริการออนไลน์

ขณะที่ “ข้อมูลส่วนบุคคลที่ใช้ในการระบุตัวตนอิเล็กทรอนิกส์” (personal identification data) นั้น ได้มีการให้นิยามว่า หมายถึง ชุดข้อมูลใช้ในการระบุตัวตนของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาที่เป็นตัวแทนของนิติบุคคล โดยคณะกรรมการการ (Commission implementing regulation (EU) 2015/1501 of 8 September 2015) ซึ่งข้อกำหนดขั้นต่ำเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลที่จะใช้นั้น ต้องประกอบไปด้วย ๑) ชื่อ-นามสกุล ๒) วัน/เดือน/ปี เกิด ๓) สิ่งบ่งเฉพาะที่รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของการพิสูจน์ตัวตนข้ามพรมแดน และนอกจากนี้อาจกำหนดเพิ่มเติมคุณลักษณะอื่น ๆ เช่น สถานที่เกิด ที่อยู่ หรือ เพศ ก็ได้

สำหรับการยืนยันตัวตน (authentication) กฎหมายฉบับนี้ก็ได้ใช้นิยามไว้ใน article 3 (5) ว่าหมายถึง กระบวนการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ช่วยให้สามารถระบุตัวตนทางอิเล็กทรอนิกส์ของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือสามารถยืนยันที่มาและความสมบูรณ์ของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์นั้นได้ ซึ่งก็สะท้อนให้เห็นถึงความต้องการสร้างความมั่นใจในการพิสูจน์ตัวตนของบุคคลและการรับรองความถูกต้องของบริการออนไลน์นั้น ว่าข้อมูลที่นำมาใช้มีความถูกต้องสมบูรณ์ไม่ถูกแก้ไขหรือดัดแปลง

ขอบเขตการบังคับใช้ กฎหมายฉบับนี้ใช้กับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทุกประเภทที่เกิดขึ้นภายในสหภาพยุโรป รวมถึงธุรกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างธุรกิจหรือบุคคลที่มีตั้งอยู่ภายในสหภาพยุโรปกับธุรกิจหรือบุคคลที่อยู่นอกสหภาพยุโรปด้วย กฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญครอบคลุมถึงมิติของตัวตนดิจิทัล ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ และบริการรับรองความน่าเชื่อถือ โดยสร้างหลักเกณฑ์เรื่องความปลอดภัยและการสร้างความน่าเชื่อถือของการใช้งานการระบุตัวตนอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งประเทศภาคีสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องรับรู้ร่วมกัน โดยได้มีการกำหนดกรอบหลักเกณฑ์ในระดับต่าง ๆ ไว้

๑) ระดับต่ำ (low) อาจถือได้ว่าเป็นตัวตนดิจิทัลที่มีความปลอดภัยระดับน้อยที่สุด โดยในการยืนยันตัวตนนั้น สามารถใช้เพียงแค่การยืนยันตัวตนของบุคคลผู้เป็นเจ้าของขั้นตอนเดียวก็เพียงพอ โดยตัวตนดิจิทัลประเภทนี้มักจะเหมาะกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีความเสี่ยงต่ำ เช่น การเข้าถึงบริการสื่อสังคมออนไลน์ การซื้อของทางอินเทอร์เน็ต

๒) ระดับมีความสำคัญ (substantial) เป็นตัวตนดิจิทัลที่มีความปลอดภัยสูงขึ้นมา มีความน่าเชื่อถือในระดับที่สามารถใช้พิสูจน์และยืนยันตัวตนของบุคคลผู้เป็นเจ้าของได้ ซึ่งขั้นตอนที่ใช้ในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนนั้นต้องมีขั้นตอนมากกว่าหนึ่งขั้นตอนขึ้นไป โดยตัวตนดิจิทัลประเภทนี้มักจะเหมาะกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ต้องการความน่าเชื่อถือเพิ่มมากขึ้น เช่น การใช้งานธนาคารอิเล็กทรอนิกส์ การเข้าถึงบริการของภาครัฐ (e-government)

๓) ระดับสูง (high) เป็นตัวตนดิจิทัลที่มีความปลอดภัยสูงมาก ซึ่งต้องการพิสูจน์และยืนยันตัวตนนั้นต้องมีขั้นตอนมากกว่าหลายขั้นตอนขึ้นไป เช่น อาจต้องมีการใช้ทั้งชื่อผู้ใช้และรหัสผ่าน ประกอบกับข้อมูลชีวมาตร และใบรับรองอิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงผู้ให้บริการยังจะต้องมีระบบในการป้องกันการโจมตี คัดลอก หรือโจรกรรมข้อมูลด้วย สำหรับตัวตนดิจิทัลประเภทนี้มักใช้กับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ต้องการความปลอดภัยและความน่าเชื่อถือมากที่สุด เช่น การลงนามในสัญญาต่าง ๆ ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ การโอนเงินจำนวนมาก

โดยเมื่อกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกหรือบริการของภาครัฐกำหนดให้มีการนำกระบวนการพิสูจน์ตัวตนอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการใช้**เครื่องมือที่ใช้ในการระบุตัวตนอิเล็กทรอนิกส์** (electronic identification means) และการยืนยันตัวตน (authentication) มาใช้นั้น รัฐดังกล่าวก็ต้องยอมรับ (recognize) เครื่องมือที่ใช้ในการระบุตัวตนอิเล็กทรอนิกส์ของรัฐภาคีสมาชิกอื่นที่ออกมาเพื่อใช้ยืนยันตัวตนออนไลน์ข้ามพรมแดนด้วย ซึ่งในกลไกที่จะทำให้เกิดการยอมรับการใช้ตัวตนอิเล็กทรอนิกส์ข้ามพรมแดน (cross-border) ระหว่างประเทศสมาชิกก็ต้องอาศัยการยอมรับและมาตรฐานที่เห็นชอบร่วมกัน ดังต่อไปนี้

๑) เครื่องมือที่ใช้ในการระบุตัวตนที่ออกโดยประเทศสมาชิกจะต้องเป็นไปตามรูปแบบที่ได้มีการกำหนดและแจ้งต่อทางคณะกรรมการธิการแล้ว ตาม article 9 ของ eIDAS Regulation แล้ว

๒) ระดับความน่าเชื่อถือของเครื่องมือที่ใช้จะต้องมีมาตรฐานสอดคล้องกันกับระดับหรือความต้องการขั้นต่ำของการเข้าถึงบริการออนไลน์ของประเทศสมาชิกอื่นจึงจะสามารถใช้ได้ เช่น ประเทศ ก. ต้องการให้การเข้าถึงบริการภาครัฐผ่านตัวตนดิจิทัลนั้นจะต้องใช้เครื่องมือที่มีความน่าเชื่อถือไม่ต่ำกว่าระดับมีความสำคัญ (substantial) ดังนั้น หากคนชาติของประเทศ ข. จะใช้วิธีการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลเพื่อเข้าถึงบริการภาครัฐของประเทศ ก. ก็จะต้องใช้เครื่องมือที่ออกโดยประเทศ ข. ที่มีระดับความน่าเชื่อถือไม่ต่ำกว่าที่ประเทศ ก. กำหนด

๓) แม้ว่าจะมีการยอมรับให้มีการใช้ตัวตนดิจิทัลเพื่อเข้าถึงบริการภาครัฐ แต่ประเทศสมาชิกอาจกำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงบริการของรัฐหรือหน่วยงานภาครัฐไว้เป็นการเฉพาะ โดยอาจมีการสงวนบริการบางอย่างไว้ให้แต่เฉพาะคนชาติก็ได้

นอกจากนี้ eIDAS Regulation ยังได้กำหนดให้มีการจัดแบ่งประเภทของบริการรับรองความน่าเชื่อถือแบ่งออกเป็น บริการลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ (electronic

signature service) บริการตราประทับ (sealing service) และบริการประทับเวลาอิเล็กทรอนิกส์ (time stamping service) ซึ่งผู้ให้บริการรับรองความน่าเชื่อถือดังกล่าวจะต้องดำเนินการ^{๒๐} ตามมาตรฐานและกลไกที่กำหนดไว้ เช่น ต้องมีความน่าเชื่อถือ ต้องมีคุณสมบัติทางเทคนิคและโครงสร้างองค์กรตามที่กำหนดไว้ ต้องจัดให้มีมาตรการด้านความปลอดภัยในการป้องกันระบบและข้อมูล ไปจนถึงการกำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบอยู่เป็นประจำ

๔.๑.๒ กลไกในการกำกับดูแลและหน้าที่ของผู้ให้บริการ eIDAS Regulation ได้กำหนดกรอบหลักเกณฑ์และมาตรการในการกำกับดูแลตัวตนดิจิทัลและบริการรับรองความน่าเชื่อถือไว้ ซึ่งผู้ให้บริการจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และมาตรการที่กฎหมายกำหนดไว้ ประกอบด้วย

การกำกับดูแลด้านกฎระเบียบ ได้กำหนดกรอบหลักเกณฑ์สำหรับหน่วยงานภายในของรัฐที่จะใช้ในการกำกับดูแล และหน้าที่ความรับผิดชอบในการดูแลผู้ให้บริการรับรองความน่าเชื่อถือจะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ซึ่งหน่วยงานภายในของแต่ละประเทศสมาชิกจะมีหน้าที่ในการออกใบรับรอง หรือเพิกถอนสถานะของผู้ให้บริการรับรองความน่าเชื่อถือในประเทศของตนเอง

การรองรับการให้บริการข้ามพรมแดน eIDAS Regulation ได้สร้างกรอบของการรองรับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ข้ามพรมแดนภายในสหภาพยุโรปไว้ โดยได้ให้การรับรองแก่ผู้ให้บริการรับรองความน่าเชื่อถือที่ได้รับการรับรองหรืออนุญาตจากหน่วยงานของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถให้บริการแก่ผู้ใช้บริการที่อยู่ต่างประเทศได้ ซึ่งเป็นการขจัดอุปสรรคในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ข้ามพรมแดนออกไป

ผู้ให้บริการรับรองความน่าเชื่อถือที่ได้รับการรับรอง ถือเป็นส่วนที่มีบทบาทสำคัญในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางอิเล็กทรอนิกส์ เนื่องจากเป็นผู้ที่ทำการออกใบรับรองลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์และใบรับรองตราประทับอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานความปลอดภัย มาตรฐานการให้บริการ และหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยผู้ให้บริการรับรองความน่าเชื่อถือจะต้องปฏิบัติตามที่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อรักษาความลับและความน่าเชื่อถือของข้อมูลและบริการ

มาตรฐานในด้านความปลอดภัย แม้ว่ากฎหมายจะเปิดโอกาสให้สามารถใช้เทคโนโลยีอย่างใดก็ได้ในการให้บริการ แต่มีการกำหนดมาตรฐานด้านความปลอดภัยที่ผู้ให้บริการต้องมีในการให้บริการของตน เช่น กระบวนการเข้ารหัส (cryptography) เพื่อการป้องกันข้อมูลส่วนบุคคลและข้อมูลที่ความอ่อนไหวที่ใช้ในธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ต้องเป็นไปตามมาตรฐานการเข้ารหัส (EN 319 401) ซึ่งกำหนดมาตรฐานความปลอดภัยสำหรับผู้ให้บริการที่เชื่อถือได้รวมถึงอัลกอริทึมของการเข้ารหัสและขนาดคีย์ หรือวิธีการในการเข้ารหัสจะต้องได้มาตรฐาน (EN 319 411-1 - Cryptographic Techniques) ที่กำหนดเทคนิคการเข้ารหัสและ

^{๒๐} Ibid. art ๑๐.

โปรโตคอลที่เกี่ยวข้องสำหรับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์และตราประทับ รวมถึงกลไกสำหรับการสร้างและตรวจสอบลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ผ่านการรับรอง หรือมาตรฐาน (ETSI TS 119 341 - Policy Requirements for Trust Service Providers) ที่กำหนดนโยบายสำหรับผู้ให้บริการด้านความน่าเชื่อถือไว้ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีข้อกำหนดให้ระบบเครือข่ายที่ใช้จะต้องสามารถป้องกันการถูกโจมตี ขโมยข้อมูล หรือทำลายข้อมูลที่เก็บไว้ได้ ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ความปลอดภัยที่แตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับระดับและประเภทของธุรกรรมที่ต้องการความน่าเชื่อถือ

มาตรฐานด้านการจัดการความเสี่ยง กำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบและบริการจัดการความเสี่ยงและมีมาตรการรับมือความเสี่ยงที่มีประสิทธิภาพตามที่ eIDAS Regulation กำหนด และมีแผนในการตอบโต้หรือดำเนินการหากเกิดเหตุขึ้น

การตรวจสอบและรายงาน กำหนดให้ผู้ให้บริการจะต้องมีการตรวจสอบและรายงานผลการดำเนินงานและผลการตรวจสอบอยู่เป็นประจำ

นอกจากหลักเกณฑ์เงื่อนไขทั่วไปแล้ว eIDAS Regulation ยังได้กำหนดเงื่อนไขเฉพาะด้านความปลอดภัยสำหรับบริการแต่ละประเภทไว้ด้วย เช่น กำหนดให้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์จะต้องเชื่อมโยงกับบุคคลผู้ลงนามในลักษณะที่เป็นเอกลักษณ์และตรวจสอบได้ และต้องสามารถใช้ระบุตัวตนของผู้ลงนามได้ เช่น การใช้งานลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นได้มีการแบ่งระดับของความปลอดภัยออกเป็น กำหนดเกณฑ์สำหรับลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ขั้นสูง (Advanced Electronic Signatures (AES)) ซึ่งเป็นลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่งที่มีคุณสมบัติความปลอดภัยเฉพาะ คุณสมบัติเหล่านี้รวมถึงการรับรองว่าลายมือชื่อนั้นเชื่อมโยงกับผู้ลงนามโดยเฉพาะ สามารถระบุผู้ลงนามได้ สร้างขึ้นโดยใช้ข้อมูลจากผู้ลงนามสามารถเก็บไว้ภายใต้การควบคุม และสามารถเชื่อมโยงกับข้อมูลที่ลงนามในลักษณะที่สามารถตรวจพบการเปลี่ยนแปลงที่ตามมาในภายหลัง หรือ การใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่ผ่านการรับรอง (Qualified Electronic Signatures (QES)) ที่เป็นอิเล็กทรอนิกส์ขั้นสูงประเภทเฉพาะที่มีความถูกต้องทางกฎหมายในระดับสูงสุด โดยจะต้องได้รับใบรับรองดิจิทัลที่ผ่านการรับรองซึ่งออกโดยผู้ให้บริการรับรองความน่าเชื่อถือได้ที่ผ่านการรับรองแล้วเท่านั้น และใบรับรองที่ผ่านการรับรองจะต้องประกอบด้วยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ลงนาม และการสร้าง การจัดเก็บ และการป้องกันจะต้องเป็นไปตามมาตรฐานความปลอดภัยที่กฎหมายระบุไว้ หรืออย่างกรณีของผู้ให้บริการรับรองความน่าเชื่อถือที่จะต้องได้รับการรับรองจากหน่วยงานที่กำกับดูแลในการดำเนินการตามที่กฎหมายนี้กำหนดไว้

๔.๑.๓ บทกำหนดโทษ eIDAS Regulation ไม่ได้มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามไว้ แต่การกำหนดบทลงโทษขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะกำหนดไว้ตามกฎหมายภายใน ซึ่งบทลงโทษอาจเป็นทั้งโทษปรับหรือโทษจำคุก หรือการดำเนินการทางกฎหมายอื่นใดแก่ผู้ให้บริการรับรองความน่าเชื่อถือที่ไม่ได้มาตรฐานในเรื่องของความปลอดภัยและการให้บริการตามที่กฎหมายกำหนด

๔.๒ สหรัฐอเมริกา

๔.๒.๑ The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (ESIGN)

สหรัฐอเมริกาได้มีการออกกฎหมาย The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (ESIGN) เป็นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ที่มีจุดมุ่งหมายอำนวยความสะดวกในการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในการค้าระหว่างรัฐและต่างประเทศ โดยให้การรับรองว่าการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เป็นการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งในและระหว่างประเทศมีผลตามกฎหมายเช่นเดียวกับการลงนามในเอกสาร^{๒๑} และได้กำหนดกรอบในการใช้งานลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในการทำธุรกรรมไว้ โดยกลไกตามกฎหมายฉบับนี้ประกอบไปด้วย ๓ หลักการสำคัญ ได้แก่

๑) ความยินยอม (consent) ผู้ลงลายมือชื่อจะต้องให้ความยินยอมในการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ โดยที่อาจจะเป็นการยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยนัยก็ได้ และอาจถอนการให้ความยินยอมในการใช้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เมื่อใดก็ได้

๒) อัตลักษณ์ (attribute) โดยกำหนดให้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นจะต้องสามารถที่จะเชื่อมโยงหรือระบุถึงอัตลักษณ์เฉพาะตัวของผู้ลงลายมือชื่อได้เพื่อให้ทราบได้ว่าลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นของบุคคลคนเดียวกันกับเจ้าของอัตลักษณ์ดังกล่าว ทั้งนี้ สามารถทำได้โดยใช้ลายมือชื่อดิจิทัล PIN หรือวิธีการอื่นก็ได้

๓) การจัดเก็บข้อมูล (record retention) ที่กำหนดให้เจ้าของลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ต้องสามารถที่จะเก็บประวัติการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์และธุรกรรมที่เกี่ยวข้องได้

อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ทางเทคนิคที่ใช้ในการสร้างหรือพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลไว้ว่าจะต้องเป็นอย่างไร แต่มีการกำหนดให้ลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์จะต้องเป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนด เช่น ต้องอยู่ในรูปแบบที่สามารถเก็บรักษาเชื่อมโยงและพิสูจน์ไปถึงตัวตนของเจ้าของลายมือชื่อดังกล่าวได้ จึงมีความพยายามที่จะปรับปรุงและเพิ่มเติมกลไกของกฎหมายให้มีความรัดกุมและรอบคอบรองรับการใช้ตัวตนดิจิทัลให้มีความปลอดภัยมากยิ่งขึ้น

^{๒๑} The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (ESIGN), section 101(a) IN GENERAL.—Notwithstanding any statute, regulation, or other rule of law (other than this title and title II), with respect to any transaction in or affecting interstate or foreign commerce—

(1) a signature, contract, or other record relating to such transaction may not be denied legal effect, validity, or enforceability solely because it is in electronic form; and

(2) a contract relating to such transaction may not be denied legal effect, validity, or enforceability solely because an electronic signature or electronic record was used in its formation

๔.๒.๒ Improving Digital Identity Bill of 2023

สืบเนื่องจากสหรัฐอเมริกาเองยังไม่ได้มีกฎหมายที่ออกมากำกับดูแลและสร้างมาตรฐานในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลเป็นการเฉพาะ ประกอบกับอาชญากรรมที่เกี่ยวกับการโจรกรรมข้อมูลและการใช้ข้อมูลปลอมในสหรัฐอเมริกามีอัตราเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง ทางวุฒิสภา (senate) จึงได้มีความพยายามที่จะผลักดันร่างกฎหมายเพื่อออกมาแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยร่างกฎหมายฉบับนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาในชั้นคณะกรรมการธิการของวุฒิสภา ก่อนที่จะมีการเสนอต่อรัฐสภาต่อไป ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ตัวตนดิจิทัลในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพได้มาตรฐาน และมีความปลอดภัย เห็นได้จากคำปรารภในส่วนต้นของร่างกฎหมายที่กล่าวว่า

“Congress finds the following: (1) the lack of an easy, affordable, reliable, and secure way for organizations, businesses, and government agencies to identify whether an individual is who they claim to be online creates an attack vector that is widely exploited by adversaries in cyberspace and precludes many high-value transactions from being available online... (5) The inadequacy of current digital identity solutions degrades security and privacy for all people in the United States, and next generation solutions are needed that improve security, privacy, equity, and accessibility.”

ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้ให้ความสำคัญกับการทำให้การใช้งานตัวตนดิจิทัลในภาคส่วนต่าง ๆ เป็นไปอย่างปลอดภัย มีประสิทธิภาพและยึดถือผู้ใช้บริการเป็นศูนย์กลาง ซึ่งได้มีการกำหนดนิยามของ “การพิสูจน์ตัวตนดิจิทัล” ไว้ หมายถึง กระบวนการที่ใช้การพิสูจน์ตัวตนหรือพิสูจน์อัตลักษณ์ของบุคคลที่ใช้ในการเข้าถึงบริการออนไลน์หรือเข้าถึงบริการอื่นทางอิเล็กทรอนิกส์^{๒๒} ซึ่งกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะกิจ (task force) ขึ้นภายใต้การกำกับของประธานาธิบดี มีระยะเวลาในการดำเนินงาน ๓ ปี ทำหน้าที่ในการสร้างและส่งเสริมความร่วมมือระหว่างหน่วยงานภาครัฐในการพัฒนาระบบที่ใช้ในการเข้าถึงและปลอดภัยสำหรับการใช้งานตัวตนดิจิทัล โดยหน่วยงานนี้จะต้องจัดทำแนวทางและข้อเสนอแนะในด้านการสร้างความปลอดภัยในการใช้และการพิสูจน์ตัวตนดิจิทัล รายงานประสิทธิภาพของการดำเนินงานของหน่วยงานกลาง พร้อมทั้งข้อเสนอแนะในการเพิ่มพูนประสิทธิภาพด้วย และทางสำนักบริหารและงบประมาณ (the Office of Management and Budget) จะนำเอารายงานดังกล่าวไปจัดทำเป็นแนวทางสำหรับหน่วยงานของรัฐในการนำตัวตนดิจิทัลมาใช้ต่อไป

^{๒๒} SEC. ๓. DEFINITIONS. (๒) DIGITAL IDENTITY VERIFICATION.—The term “digital identity verification” means a process to verify the identity or an identity attribute of an individual accessing a service online or through another electronic means.

๔.๓ ประเทศไทย

ประเทศไทยให้การยอมรับว่าการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีผลตามกฎหมายดังที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔^{๒๓} แต่เมื่อลักษณะของการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบันมักจะอยู่ในรูปแบบของการดำเนินการผ่านอินเทอร์เน็ต แพลตฟอร์ม หรือแอปพลิเคชันต่าง ๆ บนโทรศัพท์มือถือ ทำให้การตรวจสอบและยืนยันถึงความถูกต้องของตัวบุคคลที่เป็นผู้ทำธุรกรรมเป็นเรื่องยาก โดยเฉพาะกับธุรกรรมบางประเภทที่ความถูกต้องของตัวบุคคลเป็นเรื่องสำคัญ ที่เดิมอาศัยการไปแสดงตัวและส่งเอกสารต่อหน้าผู้ให้บริการ การพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการมีมาตรฐานและมีการกำกับดูแลเพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่ผู้ใช้บริการในการทำธุรกรรม มาตรา ๓๔/๔^{๒๔} แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๖๒ จึงได้กำหนดให้การประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลเป็นการประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ต้องได้รับใบอนุญาตก่อน ซึ่งต่อมาได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลที่ต้องได้รับใบอนุญาต พ.ศ. ๒๕๖๕ ขึ้น^{๒๕} เพื่อใช้ในการกำกับดูแลและควบคุมบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างความมั่นคงทางการเงินและการพาณิชย์ เสริมสร้างความน่าเชื่อถือและยอมรับในระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล และป้องกันความเสียหายต่อสาธารณชน โดยพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวมีสาระสำคัญที่ควรพิจารณา ดังนี้

^{๒๓} มาตรา ๗ ห้ามมิให้ปฏิเสธความมีผลผูกพันและการบังคับใช้ทางกฎหมายของข้อความใด เพียงเพราะเหตุที่ข้อความนั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

^{๒๔} มาตรา ๓๔/๔ ในกรณีที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงทางการเงินและการพาณิชย์ หรือเพื่อประโยชน์ในการเสริมสร้างความน่าเชื่อถือและยอมรับในระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล หรือเพื่อป้องกันความเสียหายต่อสาธารณชน ให้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้การประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลใดเป็นการประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ต้องได้รับใบอนุญาตก่อน และให้นำบทบัญญัติในหมวด ๓ ธุรกิจบริการเกี่ยวกับธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

พระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งอาจกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ที่ผู้ประกอบการธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลจะต้องปฏิบัติ และให้มีอำนาจพิจารณาคำสั่งและดำเนินการอื่นใดตามมาตรา ๓๔ ในกรณีที่ผู้ได้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือปฏิบัติไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจก็ได้

^{๒๕} สามารถดู infographic ของฝ่ายกฎหมายเทคโนโลยีและการพลังงาน กองกฎหมายเทคโนโลยี และคมนาคม ท้ายบทความนี้ประกอบ

๔.๓.๑ นิยามและขอบเขตการบังคับใช้

นิยาม กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดบทนิยามของตัวตนดิจิทัลไว้ว่าหมายถึงอะไร แต่ได้มีการกำหนดบทนิยามของคำว่า “อัตลักษณ์” ไว้ หมายถึง ลักษณะเฉพาะของบุคคลซึ่งสามารถบ่งบอกหรือจำแนกได้โดยคุณลักษณะหรือชุดของคุณลักษณะที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลนั้น และยังมีการกำหนดบทนิยามของกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการพิสูจน์และยืนยันตัวตน^{๒๖} ไว้ด้วย

ขอบเขตการบังคับใช้ กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับกับผู้ที่จะประสงค์จะประกอบธุรกิจในการให้บริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลต้องขออนุญาตในการให้บริการ โดยการให้บริการที่จะต้องขออนุญาต ได้แก่ (๑) บริการพิสูจน์ตัวตน (๒) บริการออกแบบและบริหารจัดการสิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตน (๓) บริการยืนยันตัวตน และ (๔) บริการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลที่เป็นเครือข่ายหรือระบบเพื่อการเชื่อมโยงและแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลแต่ไม่รวมถึงบริการของบุคคลที่เป็นสื่อกลาง อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดข้อยกเว้นของการใช้บังคับไว้ โดยผู้ให้บริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลบางประเภทไม่จำเป็นต้องขอรับอนุญาตก่อนการประกอบกิจการตามกฎหมายนี้ อันประกอบไปด้วยผู้ให้บริการออกใบรับรองเพื่อสนับสนุนลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือการใช้เพื่อประโยชน์ภายในกิจการของบุคคล โดยไม่ได้ให้บริการแก่บุคคลภายนอก รวมถึงผู้ให้บริการอื่นที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

๔.๓.๒ ขั้นตอนและกลไกการขออนุญาตประกอบธุรกิจ

การขออนุญาต ผู้ที่จะขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลจะต้องเป็นนิติบุคคลที่เป็นบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด หรือนิติบุคคลอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเท่านั้น โดยจะต้องยื่นเอกสารและข้อมูลซึ่งต้องประกอบไปด้วยรายละเอียดของระบบและแผนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของข้อมูลผู้ใช้งาน เช่น แผนการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล แผนและมาตรการควบคุมดูแลและป้องกันการทุจริตหรือการฉ้อโกงจากการใช้งานระบบ แผนและมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการ

^{๒๖} มาตรา ๓ ในพระราชกฤษฎีกานี้

“การพิสูจน์ตัวตน” หมายความว่า กระบวนการรวบรวมและตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับอัตลักษณ์ของบุคคล และการตรวจสอบความเชื่อมโยงระหว่างบุคคลกับข้อมูลเกี่ยวกับอัตลักษณ์นั้น

“สิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตน” หมายความว่า สิ่งที่ใช้เชื่อมโยงอัตลักษณ์กับบุคคล ซึ่งบุคคลนั้นครอบครองและควบคุมเพื่อใช้ในการยืนยันตัวตน เช่น รหัสผ่าน ข้อมูลชีวภาพ

“การออกและบริหารจัดการสิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตน” หมายความว่า กระบวนการเชื่อมโยงอัตลักษณ์ของบุคคลที่ผ่านการพิสูจน์ตัวตนแล้วเข้ากับสิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตน และการบริหารจัดการสิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตนนั้น

“การยืนยันตัวตน” หมายความว่า กระบวนการยืนยันอัตลักษณ์ของบุคคลด้วยการตรวจสอบสิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตนของบุคคลนั้น

การพิจารณา เมื่อได้รับข้อมูลพร้อมทั้งเอกสารแล้ว สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จะตรวจสอบความถูกต้องและครบถ้วนของเอกสาร ก่อนที่จะเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ต่อไป แต่หากคำขอหรือเอกสารไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ สำนักงานฯ ต้องแจ้งผู้ขอรับใบอนุญาตเพื่อดำเนินการแก้ไขภายในกำหนดระยะเวลา ทั้งนี้ ในการออกใบอนุญาตทางคณะกรรมการฯ อาจกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจเพื่อให้ผู้ขอรับใบอนุญาตดำเนินการตามได้

ก่อนการเริ่มประกอบธุรกิจ ก่อนเริ่มให้บริการ ผู้รับใบอนุญาตจะต้องจัดทำรายงานผลการตรวจประเมินการเตรียมความพร้อมในการประกอบธุรกิจ และส่งให้สำนักงานฯ พิจารณาอีกครั้งหนึ่งก่อน ภายใน ๑๘๐ วันนับแต่วันได้รับใบอนุญาต และเมื่อสำนักงานฯ พิจารณาแล้วให้แจ้งให้ผู้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจได้ แต่ถ้าสำนักงานฯ เห็นว่าผู้รับใบอนุญาตยังไม่มีความพร้อมในการประกอบธุรกิจ ให้สำนักงานฯ แจ้งให้ผู้รับใบอนุญาตแก้ไขเรื่องดังกล่าว และจัดส่งรายงานผลการตรวจประเมินความพร้อมในการประกอบธุรกิจอีกครั้งภายในระยะเวลาที่สำนักงานฯ กำหนด

๔.๓.๓ หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาต นอกเหนือจากที่ผู้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจบริการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลจะต้องไม่แต่งตั้งเป็นผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามเป็นกรรมการหรือผู้จัดการที่รับผิดชอบ และการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยและการคุ้มครองผู้ใช้บริการแล้ว กฎหมายยังได้กำหนดหน้าที่บางประการให้ผู้รับใบอนุญาตต้องมีการดำเนินการ ได้แก่

การแจ้ง ผู้ประกอบธุรกิจให้บริการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลมีหน้าที่ในการแจ้งต่อสำนักงานฯ ในกรณีต่อไปนี้

- ๑) กรณีที่มีการใช้บริการจากบุคคลภายนอกในการรวบรวมหรือเก็บรักษาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ
- ๒) กรณีมีการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดในเรื่องของทุนจดทะเบียน กรรมการหรือผู้จัดการที่รับผิดชอบ ระบบที่ส่งผลต่อการให้บริการ
- ๓) กรณีที่ได้รับการร้องเรียนหรือฟ้องร้องที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของผู้รับใบอนุญาต

การเก็บข้อมูลและการตรวจสอบ ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่จะต้องจัดเก็บข้อมูลตามที่กำหนดเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ และจัดให้มีการตรวจประเมินระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลตามที่สำนักงานฯ กำหนดไว้

การจัดให้มีมาตรการเพื่อบรรเทาความเสียหายและชดเชยเยียวยาผู้ได้รับความเสียหาย ซึ่งผู้รับใบอนุญาตจะต้องจัดให้มีช่องทางการให้ความช่วยเหลือผู้ใช้บริการที่ได้รับความเสียหาย กลไกในการดูแลผู้ได้รับความเสียหาย และต้องกำหนดรายละเอียดเหล่านี้ไว้ในข้อกำหนดหรือเงื่อนไขในการให้บริการด้วย

การเลิกประกอบธุรกิจ ผู้รับใบอนุญาตที่ต้องการจะเลิกประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งให้สำนักงานฯ ทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า ๖๐ วันก่อนวันที่คาดว่าจะเลิกประกอบธุรกิจ และเพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ผู้รับใบอนุญาตจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด และเมื่อดำเนินการแล้วจะต้องแจ้งผลการปฏิบัติให้สำนักงานฯ ทราบ โดยเมื่อคณะกรรมการฯ อนุญาตให้เลิกประกอบธุรกิจแล้ว ให้ผู้รับใบอนุญาตแจ้งให้ผู้ให้บริการทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามสิบวันก่อนวันที่ได้รับอนุญาตให้เลิกประกอบธุรกิจ และใบอนุญาตสิ้นผลไปนับแต่วันที่ได้รับอนุญาต

๔.๓.๔ การพักใช้และเพิกถอนใบอนุญาต

กฎหมายได้กำหนดกรณีที่คณะกรรมการฯ อาจพักใช้และเพิกถอนใบอนุญาตประกอบธุรกิจไว้ ซึ่งหากสำนักงานฯ ได้มีการสั่งให้ผู้รับใบอนุญาตดำเนินการแก้ไขการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและผู้รับใบอนุญาตไม่ทำการแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ก็อาจถูกพักใช้ใบอนุญาตได้

กล่าวโดยสรุปกฎหมายทั้งสามฉบับที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อให้การยอมรับและส่งเสริมการใช้งานตัวตนดิจิทัลให้เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม บริบทของขอบเขตและการใช้บังคับอาจจะมีจุดที่แตกต่างกันอยู่บ้าง ขณะที่ eIDAS Regulation มีจุดประสงค์ในการสร้างมาตรฐานสำหรับการใช้งานตัวตนดิจิทัลและการพิสูจน์และยืนยันตัวตนของประเทศสมาชิกให้อยู่ภายใต้กรอบหลักเกณฑ์และมาตรฐานเดียวกัน เพื่อให้เกิดความมั่นใจและความน่าเชื่อถือในการใช้งานตัวตนดิจิทัลเพื่อเข้าถึงบริการออนไลน์ต่าง ๆ กฎหมาย ESIGN ของสหรัฐอเมริกาเน้นเป็นการออกมาเพื่อให้การยอมรับถึงการใช้งานลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ให้มีผลทางกฎหมายที่จะช่วยอำนวยความสะดวกในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ให้เกิดขึ้น แต่อาจจะยังไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานในการใช้งานที่เป็นรูปธรรมเท่ากับ eIDAS Regulation เว้นแต่ในกรณีของการขอความยินยอม ขณะที่พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลที่ต้องได้รับใบอนุญาต พ.ศ. ๒๕๖๕ ของประเทศไทยนั้น มีจุดประสงค์เพื่อการกำกับดูแลผู้ประกอบการที่ให้บริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล โดยใช้กลไกการอนุญาตในการกำกับดูแลผู้ให้บริการให้ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสามฉบับมีจุดที่แตกต่างกันอยู่บ้าง ไม่ว่าจะเป็นส่วนของวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ขอบเขตการใช้บังคับ และกลไกหรือวิธีการที่ใช้ในการกำกับดูแล อย่างไรก็ตาม คงสามารถกล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสามฉบับนั้น ล้วนแต่เป็นกฎหมายที่มุ่งเน้นในการสร้างความน่าเชื่อถือของการใช้งานตัวตนดิจิทัล และส่งเสริมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ข้ามพรมแดนอย่างปลอดภัยให้เกิดขึ้น ซึ่งเรื่องดังกล่าวถือเป็นปัจจัยสำคัญที่จะทำให้การใช้ประโยชน์จากตัวตนดิจิทัลมีประสิทธิภาพและสามารถตอบโจทย์ในการพัฒนาการทางเศรษฐกิจและสังคมในยุคดิจิทัลได้

๕ สรุป

แนวโน้มของบริการของทั้งภาครัฐและเอกชนมุ่งไปสู่การให้บริการผ่านแพลตฟอร์มออนไลน์มากขึ้น ส่งผลให้การเข้าถึงบริการต่าง ๆ เป็นไปได้อย่างสะดวกรวดเร็วและครอบคลุมมากขึ้น แต่ในการเข้าถึงนั้นต้องอาศัยตัวตนดิจิทัลที่สร้างขึ้นโดยประกอบจากชุดข้อมูลเป็นสำคัญ ซึ่งความสะดวกรวดเร็วดังกล่าวก็แลกมากับความเสี่ยงของการถูกโจรกรรมข้อมูล การถูกนำตัวตนดิจิทัลไปใช้ก่ออาชญากรรม หรือการกระทำผิดกฎหมายอื่น ๆ ทำให้กลไกการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลกลายเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ การสร้างมาตรฐานในการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลเป็นสาระสำคัญที่จะทำให้เกิดความน่าเชื่อถือในการนำตัวตนดิจิทัลไปใช้ในการทำธุรกรรมที่สำคัญ ดังนั้น เพื่อให้เกิดมาตรฐานและกลไกที่ทุกฝ่ายเห็นชอบร่วมกัน ทั้งในส่วนของภาครัฐ ผู้ให้บริการ และผู้ใช้บริการ การออกกฎหมายเพื่อกำกับดูแลและควบคุมการใช้ตัวตนดิจิทัลจึงถือเป็นหนึ่งในวิธีการที่มีการถูกนำมาใช้เพื่อเป็นเครื่องมือในการป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นและสร้างความน่าเชื่อถือในการทำธุรกรรมผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ให้แก่ทุกฝ่าย

สหภาพยุโรปเป็นหนึ่งในผู้ริเริ่ม (pioneer) การให้การยอมรับการทำธุรกรรมผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์และมีการนำกฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลเรื่องดังกล่าวมาใช้บังคับ โดยหนึ่งในกฎหมายสำคัญที่เป็นแม่แบบให้ประเทศอื่น ๆ นำไปปรับใช้ คือ The Electronic Identification, Authentication and Trust Services (eIDAS) Regulation ซึ่งวางมาตรฐานในการใช้ตัวตนดิจิทัล การพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลขึ้น เพื่อใช้ในการทำธุรกรรมต่าง ๆ ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกัน ซึ่งหลายประเทศได้รับหลักการดังกล่าวนำไปปรับใช้และออกกฎหมายเพื่อกำกับดูแลในเรื่องดังกล่าวในประเทศตนเอง ขณะที่สหรัฐอเมริกาเองก็เริ่มมีการปรับตัวและให้ความสำคัญกับการใช้งานตัวตนดิจิทัลเพิ่มมากขึ้น และมีแนวโน้มในการที่จะส่งเสริมให้เกิดการใช้งานตัวตนดิจิทัลอย่างมีประสิทธิภาพและมีความปลอดภัยในการใช้และการพิสูจน์ตัวตนดิจิทัล ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปกำลังอยู่ระหว่างการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับเป้าหมายการพัฒนาด้านดิจิทัลของสหภาพยุโรป (EU digital Strategy ‘Shaping Europe’s Digital Future’) ซึ่งมุ่งเน้นให้เกิดการนำตัวตนดิจิทัลมาใช้งานในการเข้าถึงบริการออนไลน์ต่าง ๆ อย่างมีประสิทธิภาพและครอบคลุมประชากรทั้งหมด คณะกรรมาธิการยุโรปได้มีการดำเนินการเพื่อปรับปรุงให้ eIDAS Regulation มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยขยายขอบเขตให้ครอบคลุมกับบริการพิสูจน์และยืนยันตัวตนดิจิทัลที่หลากหลายเพิ่มมากขึ้น รวมไปถึงการตรวจสอบตัวตนข้ามพรมแดน การให้ความยินยอมในการแบ่งปันข้อมูลส่วนบุคคลที่เฉพาะเจาะจงมากขึ้น ซึ่งก็เป็นเรื่องที่น่าติดตามว่ากฎหมายดังกล่าวจะมีพัฒนาการอย่างไร และจะก่อให้เกิดแรงกระตุ้นให้ประเทศต่าง ๆ มีการปรับตัวอย่างไรต่อไปในอนาคต

ประเทศไทยก็ได้มีการรับเอาหลักการและแนวคิดในการป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้งานตัวตนดิจิทัลมาใช้ โดยหนึ่งในกฎหมายที่มีการออกมาเพื่อกำกับดูแลการใช้งานตัวตนดิจิทัล คือ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลที่ต้องได้รับใบอนุญาต พ.ศ. ๒๕๖๕ ซึ่งถือเป็นก้าวแรกของการสร้างความน่าเชื่อถือและความปลอดภัยในการใช้งานตัวตนดิจิทัลให้เกิดขึ้นในประเทศไทย กฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นการกำกับดูแลผู้ให้บริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล ทั้งผู้ที่เป็นผู้บริการพิสูจน์ตัวตน ผู้บริการออกแบบและบริหารจัดการสิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตน ผู้ให้บริการยืนยันตัวตน และผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลที่เป็นเครือข่ายหรือระบบเพื่อการเชื่อมโยงและแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลเป็นสำคัญ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้เกิดขึ้นแก่ผู้ใช้บริการ โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานของผู้ที่จะให้บริการดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีการกำหนดกลไกที่สำคัญในการพัฒนาและปรับปรุงการดำเนินการธุรกรรมออนไลน์และการให้บริการออนไลน์ขึ้นภายในประเทศแล้ว แต่การดำเนินการตามกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างเต็มรูปแบบนั้นทั้งภาครัฐ ผู้ให้บริการ และผู้ใช้บริการ ก็คงยังจะต้องใช้เวลาในการเรียนรู้ทำความเข้าใจเพื่อที่จะได้ปฏิบัติตามกฎระเบียบต่าง ๆ ที่มีได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป



Digital ID

ผู้รักษาการ

รัฐมนตรีกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม

วันใช้บังคับ

21/06/66

OVERVIEW

● Digital ID คืออะไร ?

Digital ID คือ คุณลักษณะ หรือชุดของคุณลักษณะที่ได้รับการรวบรวม และบันทึกในรูปแบบดิจิทัล ซึ่งสามารถใช้ระบุตัวบุคคลในบริบทที่กำหนด และสามารถใช้ในการธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์

● ทำไมถึงต้องมี Digital ID ?

เพื่อเป็นเครื่องมือที่ประชาชนและภาคธุรกิจจะสามารถใช้ยืนยันตัวตน เพียงครั้งเดียว ก็สามารถทำธุรกรรมต่าง ๆ ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ได้อย่างสะดวก โดยไม่ต้องเดินทางไปแสดงตนเพื่อติดต่อกับส่วนราชการ หรือหน่วยงานต่าง ๆ ซึ่งจะเป็นการช่วยลดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการเดินทาง เวลา และต้นทุนต่าง ๆ ของประชาชนและภาคธุรกิจ



● Digital ID กับการพิสูจน์และยืนยันตัวตน

Digital ID ที่ผ่านกระบวนการพิสูจน์และยืนยันตัวตน ซึ่งปลอดภัยและมีมาตรฐานจะมีความน่าเชื่อถือ

● Digital ID กับการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

Digital ID ที่ผ่านการพิสูจน์ตัวตนทางดิจิทัลแล้ว สามารถใช้เพื่อยืนยันตัวตนทางดิจิทัลเพื่อทำธุรกรรม ทางอิเล็กทรอนิกส์ได้อย่างปลอดภัย

● กฎหมายอะไรกำกับดูแลเรื่องนี้ ?

พระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์ และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลที่ต้องได้รับใบอนุญาต พ.ศ. 2565

● บริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล คืออะไร ?

คือ การให้บริการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลให้แก่องค์กรหรือธุรกิจอื่น ทำให้เมื่อเจ้าของ Digital ID พิสูจน์ตัวตนทางดิจิทัลกับผู้ให้บริการระบบ เพียงแห่งเดียว ก็สามารถที่จะใช้ Digital ID เพื่อติดต่อหรือทำธุรกรรมกับ องค์กรหรือธุรกิจอื่น ๆ ได้ แทนการที่เจ้าของ Digital ID จะต้องพิสูจน์และ ยืนยันตัวตนทางดิจิทัลกับแต่ละองค์กรหรือธุรกิจที่ประสงค์จะติดต่อหรือใช้ บริการ

● ทำไมต้องมีการกำกับดูแลบริการระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตน

เพื่อให้การใช้ Digital ID ในการทำธุรกรรม ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์มีความน่าเชื่อถือ ปลอดภัย มีมาตรฐาน รวมถึงป้องกันรักษา ความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคล เพราะการ พิสูจน์และยืนยันตัวตนถือเป็นขั้นตอนสำคัญ ในการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้ระบุ และยืนยันว่าผู้ทำธุรกรรมเป็นบุคคลนั้นจริง



การกำกับดูแลผู้ให้บริการระบบฯ

● ผู้ที่จะให้บริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล ต้องได้รับใบอนุญาต

- * ธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัลที่ต้องได้รับใบอนุญาต พ.ศ. 2565
- * บริการที่ต้องได้รับใบอนุญาต ได้แก่ บริการพิสูจน์ตัวตน บริการออกและบริหารจัดการสิ่งที่ใช้ยืนยันตัวตน บริการยืนยันตัวตน หรือบริการแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล (ม. 7)
- * **เว้นแต่** บริการของผู้ให้บริการออกใบรับรองเพื่อสนับสนุนลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ บริการที่ให้แก่บุคคลภายในกิจการ หรือบริการในกิจการที่คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ประกาศกำหนดไม่ต้องได้รับใบอนุญาต (ม. 8)
- * ผู้รับใบอนุญาตต้องเป็นนิติบุคคลที่เป็นบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด หรือนิติบุคคลอื่นตามที่คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ประกาศกำหนด (ม. 9)



หน้าที่ของผู้รับใบอนุญาต

- * ห้ามแต่งตั้งผู้มีลักษณะต้องห้ามเป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบ (ม. 18)
- * **แจ้ง สพร.** เมื่อมีการใช้บริการจากบุคคลภายนอก (ม. 19) มีเปลี่ยนแปลงข้อมูลตามที่กำหนด (ม. 20) หรือมีการร้องเรียน หรือฟ้องร้องเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ (ม. 21)
- * จัดเก็บข้อมูลตามที่กำหนดเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ (ม. 22)
- * จัดให้มีการตรวจสอบประเมินระบบตามหลักเกณฑ์ เชื้อไข และระยะเวลาที่ สพร. ประกาศกำหนด (ม. 23)
- * ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์กำหนด (ม. 24)
- * ส่งรายงานการเงินและสรุปผลการดำเนินงานเกี่ยวกับการให้บริการต่อ สพร. อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง (ม. 26)



หากจะเลิกประกอบธุรกิจจะต้องดำเนินการอะไรบ้าง ?

- * แจ้งให้ สพร. ทราบไม่น้อยกว่าหกสิบวันก่อนวันที่คาดว่าจะเลิกประกอบธุรกิจ (ม. 29)
- * ดำเนินการตามที่คณะกรรมการกำหนดเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ใช้บริการ เพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการ หรือเพื่อความต่อเนื่องในการใช้งานของผู้ใช้บริการ (ม. 30)
- * แจ้งผลการดำเนินการต่อ สพร. (ม. 31)
- * เมื่อคณะกรรมการอนุญาตให้เลิกประกอบธุรกิจแล้ว ให้ผู้รับใบอนุญาตแจ้งให้ผู้ใช้บริการทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามสิบวันก่อนวันที่ได้รับอนุญาตให้เลิกประกอบธุรกิจ และใบอนุญาตสิ้นผลนับแต่วันที่ได้รับอนุญาตให้เลิก (ม. 32)



ที่มา: 1. พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการควบคุมดูแลธุรกิจบริการเกี่ยวกับระบบการพิสูจน์และยืนยันตัวตนทางดิจิทัล พ.ศ. 2565
2. ข้อมูลจาก WEBSITE ของ DGA
3. ข้อมูลจาก WEBSITE ของ ETDA
ฝ่ายกฎหมายเทคโนโลยีและการเงิน กองกฎหมายเทคโนโลยีและการเงิน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

WWW.PRISODHA.GOV.TH
WWW.REFORM1.GOV.TH
SARABAN@OCS.GOV.TH
โทร. 0 222 0206 - 9
FACEBOOK : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

OCS สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
Office of the Council of State

ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence :AI) ในกระบวนการร่างกฎหมาย: ตอนที่ ๑ AI และประสบการณ์การใช้งาน AI ในงานกฎหมายของต่างประเทศ*

วรลัย อ่อนนุ่ม**

บทนำ

ก่อนที่จะเริ่มเข้าสู่เนื้อหาของบทความ เรามองตั้งคำถามกันก่อนว่า ผู้อ่านท่านใด ยังไม่เคยรู้จักหรือลองใช้ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence :AI) หรือบางทีอาจนึกไม่ถึงว่า กิจกรรมบางอย่างในชีวิตประจำวันของเราตั้งแต่เริ่มต้นนอนได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับ AI เช่น การใช้ระบบสแกนใบหน้าก่อนเข้าทำงาน การใช้ระบบนำทางในการเดินทาง การค้นคว้าข้อมูลต่าง ๆ การแปลภาษา การจดบันทึกหรือการทำสรุปย่อการประชุม การตรวจสอบการเขียน ตรวจสอบ ภาษา การช่วยเขียนบทความและการทำคอนเทนต์^๑ ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้ล้วนเป็นใช้งาน ปัญญาประดิษฐ์ทั้งในชีวิตประจำวันและการทำงาน ซึ่งในงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายก็มีการนำ ปัญญาประดิษฐ์มาใช้แล้วในงานหลากหลายประเภทเช่นกัน

แต่ที่น่าสนใจไม่น้อยเลยทีเดียวสำหรับนักกฎหมายในวงการการร่างกฎหมาย เมื่อมีการเผยแพร่ข่าวในช่วงเดือนธันวาคม ๒๕๖๖ ว่า ประมาณเดือนพฤศจิกายน ๒๕๖๖ สภาของเมือง Porto Alegre ของประเทศบราซิลมีการผ่านร่างกฎหมายที่ต้องการลดภาระของประชาชนในการ เสียค่าใช้จ่ายเพื่อเปลี่ยนมิเตอร์น้ำที่ถูกขโมยไป โดยไม่รู้เลยว่าร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวถูกเขียน ขึ้นโดย AI และต่อมาผู้เสนอร่างกฎหมายนั้นได้เปิดเผยในภายหลังหลังจากที่ร่างกฎหมายได้ผ่าน ความเห็นชอบจากสภาแล้วว่าได้ให้ ChatGPT เขียนร่างกฎหมายให้ทั้งฉบับ ซึ่งก่อให้เกิดข้อถกเถียง ในสภาของเมือง Porto Alegre เป็นอย่างมากหลังจากที่รู้ความจริงว่า ChatGPT เป็นผู้ร่าง กฎหมาย โดยไม่มีการวิเคราะห์ ระดมความคิดเห็น หรือมีการพูดคุยทางนโยบายแต่อย่างใด^๒

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** ผู้อำนวยการฝ่ายบริหารหลักสูตร, สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน, Masters of Law : Intellectual Property law and Policy, University of Washington, Seattle, United states of America.

^๑ <https://www.dia.co.th/articles/ai-in-daily-life/> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ ๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗

^๒ María Luisa Paúl, A Brazilian city passed a law about water meters, <https://www.washingtonpost.com/nation/2023/12/04/ai-written-law-porto-alegre-brazil/> <https://www.forbes.com/sites/mollybohannon/2023/06/08/lawyer-used-chatgpt-in-court-and-cited-fake-cases-a-judge-is-considering-sanctions/?sh=4b8ec2c37c7f>, เข้าถึงล่าสุดกุมภาพันธ์ ๒๕๖๗

ผู้เขียนไม่อาจหาร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวที่เขียนขึ้นโดย ChatGPT มาศึกษาได้ว่า รูปแบบการร่างกฎหมายและเนื้อหาของกฎหมายที่ทำโดย ChatGPT ของเมือง Porto Alegre มีลักษณะอย่างไร และเหตุใดในการผ่านร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวจึงไม่มีผู้ใดเกิดข้อสงสัยว่าเป็นร่างกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดย AI แต่ผู้เขียนได้ทำการทดลองเขียนคำสั่งให้ ChatGPT ยกร่างกฎหมายในลักษณะดังกล่าวไว้ ซึ่งจะได้นำมาวิเคราะห์ในเนื้อหาของตอนที่ ๒ ของบทความนี้ต่อไป แต่ก็นับได้ว่าเป็นเรื่องที่จุดประกายขึ้นได้ว่า ในอนาคต AI อาจมีความสามารถในการยกร่างกฎหมายขึ้นได้ ด้วยข้อมูลที่ผ่านการวิเคราะห์ ระดมความคิดเห็น หรือผ่านความเห็นชอบหรือการตกลงกันทางนโยบายมาก่อนได้

นอกจาก AI จะมีประโยชน์ต่อการใช้ชีวิตประจำวันและการทำงานของมนุษย์แล้ว การใช้ประโยชน์จาก AI ต้องใช้ด้วยความระมัดระวัง และมีการตรวจสอบข้อมูลให้ไปถึงขั้นข้อมูลตั้งต้นให้ได้ เพราะหากวางใจนำข้อมูลที่ AI ได้สืบค้นและเรียบเรียงหาคำตอบให้ อาจเกิดผลเสียเหมือนดังเช่นในคดีที่เกิดขึ้นเมื่อราวปี พ.ศ. ๒๕๖๖ ที่ผู้โดยสารของสายการบินแห่งหนึ่ง ได้ฟ้องสายการบินด้วยเหตุที่ได้รับบาดเจ็บจากการถูกชนโดยรถเข็นเสิร์ฟอาหารที่ทำด้วยโลหะบนเครื่องบิน ในคดีดังกล่าวทนายความแห่งเมืองนิวยอร์กของผู้โดยสารได้อ้างคดีที่ไม่ได้เกิดขึ้นจริงเพื่อใช้เป็นคดีบรรทัดฐานของแนวทางการพิพากษาต่อศาล และต่อมาศาลได้พบว่าคดีที่อ้างถึงนั้นไม่มีอยู่จริง จึงต้องมีการพิจารณาเพื่อหาบทลงโทษทนายความที่อ้างคดีอันเป็นเท็จนั้น โดยทนายความคนดังกล่าวได้ยอมรับว่า ได้ใช้ ChatGPT ค้นหาข้อมูล และอ้างว่า เป็นการใช้ ChatGPT โดยไม่เข้าใจว่าเครื่องมือดังกล่าวไม่ใช่เครื่องมือค้นหาข้อมูล แต่เป็นเครื่องมือประมวลผลภาษาที่สร้างสรรค์ “did not understand it was not a search engine, but a generative language-processing tool.” จากคดีนี้ ทำให้เห็นว่าหากผู้ใช้งาน AI โดยไม่เข้าใจกลไกการทำงานของ AI โดยไม่มีการตรวจทานข้อมูล ย่อมก่อให้เกิดผลเสียที่อาจคาดไม่ถึงได้^๓ อย่างไรก็ตาม ก็เป็นที่น่าขบคิดว่า ปัญหาดังกล่าว เป็นเพราะผู้ใช้งาน AI ไม่ตรวจสอบข้อมูลให้ถี่ ใ้ วางไว้ข้อมูลที่ AI สร้างขึ้นมา ไม่ใช่ความผิดของ AI หรือไม่ เช่นกัน^๔

จากที่ในปัจจุบันมีการนำ AI โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Generative AI มาช่วยในการทำงาน เพราะอย่างน้อยก็ช่วยลดเวลาในการทำงานบางอย่างลง ในบทความนี้ จึงมีความจำเป็นที่

^๓ Lawyer Used ChatGPT In Court—And Cited Fake Cases. A Judge Is Considering Sanctions, Molly Bohannon , <https://www.forbes.com/sites/mollybohannon/2023/06/08/lawyer-used-chatgpt-in-court-and-cited-fake-cases-a-judge-is-considering-sanctions/?sh=4b8ec2c37c7f> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ ๑๐ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗

^๔ Bob Ambrogi, Why the Avianca ‘Bogus Cases’ News Is Not About Either Generative AI or Lawyers’ Tech Competence, <https://www.lawnext.com/2023/05/why-the-avianca-bogus-cases-news-is-not-about-either-generative-ai-or-lawyers-tech-competence.html> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ ๒๐ มกราคม ๒๕๖๗

ต้องอธิบายความหมายของ AI และ Generative AI เพื่อให้ผู้อ่านได้เข้าใจกลไกการทำงานของปัญญาประดิษฐ์ ซึ่งผู้เขียนได้พยายามหาความหมายที่มีผู้สรุปไว้และทำให้ผู้อ่านหรือแม้แต่ผู้เขียนเองซึ่งไม่ใช่ นักพัฒนาโปรแกรมสามารถเข้าใจได้โดยง่าย และยกตัวอย่างประเภท AI ที่นำมาใช้งานในงานด้านกฎหมาย โดยมุ่งเน้นไปที่กระบวนการร่างกฎหมาย สำหรับภาคต่อไปของบทความนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการนำ AI มาใช้ในกระบวนการร่างกฎหมายของประเทศไทยว่าเป็นไปได้เพียงใด จะนำ Generative AI ที่มีการพัฒนาไว้แล้วมาใช้ในการร่างกฎหมาย หรืออาจต้องมีการพัฒนา AI โดยเฉพาะ เพื่อให้สามารถช่วยงานด้านร่างกฎหมายจนเป็นผลสำเร็จ

ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence :AI)

ปัญญาประดิษฐ์^๕ เป็นเทคโนโลยีที่จะทำให้เครื่องจักรกลสามารถคิดและรับรู้โลกทางกายภาพได้เสมือนกับมนุษย์ คอมพิวเตอร์เปรียบเสมือนกับสมองมนุษย์ การทำงานของคอมพิวเตอร์ต้องอาศัยชุดคำสั่งหรือโปรแกรมที่เขียนขึ้นโดยมนุษย์เพื่อให้คอมพิวเตอร์ทำงาน เช่น การคำนวณ หรือสร้างเอกสาร ปัจจุบันเทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์ก้าวหน้ามากขึ้น สามารถแยกแยะภาษามนุษย์ หรือจำแนกความแตกต่างในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งนอกจากจะมีความสามารถในการเลียนแบบมนุษย์แล้ว เทคโนโลยีปัญญาประดิษฐ์สามารถพัฒนาความสามารถของตนเองด้วยการเรียนรู้จากตัวอย่างในอดีต ผ่านกระบวนการที่เรียกว่า Machine learning หรือ Deep learning ซึ่ง Deep learning มาจากหลักการที่นักคอมพิวเตอร์พยายามที่จะจำลองการทำงานของเซลล์ประสาทมนุษย์ลงไปในคอมพิวเตอร์ โดยพยายามออกแบบกระบวนการทางโปรแกรม กระบวนการสร้างข้อมูล และขั้นตอนการทำงาน ซึ่งเรียกเทคโนโลยีนี้ว่า “Neural Network” หรือโครงข่ายประสาทเทียม ซึ่งเมื่อมีข้อมูลเข้ามาใน Neuron ก็จะประมวลผลตามสมการ และปล่อยข้อมูลออกไปยัง neuron ที่เชื่อมต่ออยู่ และมีการประมวลผลกันเป็นลูกโซ่ต่อไป จนถึงขั้นสุดท้าย ก็จะได้เป็นผลลัพธ์

Deep learning มาจากคำว่า “Deep” และ “learning” โดยคำว่า “ลึก” คือจำนวนชั้นของ neuron ต่อซ้อนกันหลายชั้น และในแต่ละชั้นจะมี neuron ตามจำนวนที่จะออกแบบ แต่การมีจำนวน neuron จำนวนมาก จะทำให้โครงข่ายประสาทเทียมเรียนรู้ และคิดคำนวณได้แม่นยำขึ้น ส่วนคำว่า “การเรียนรู้” นั้น เป็นการเรียนรู้จากข้อมูล(อดีต) ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องให้มนุษย์คิดสูตรคำนวณหาคำตอบให้แบบตายตัว แต่อาศัยการปรับแต่งพารามิเตอร์ให้เหมาะสมเองจากข้อมูล จึงเรียกว่า ปัญญาประดิษฐ์ ซึ่งคือปัญญาที่ถูกประดิษฐ์ขึ้นให้เรียนรู้พัฒนาได้ด้วยตนเองจากข้อมูลที่ป้อนให้ได้

^๕ ดร. สุพจน์ ครอบงำ และ ดร. มนต์ศักดิ์ โชเจริญธรรม, โลกดิจิทัล, กระบวนทัศน์พระพุทธศาสนาในโลกดิจิทัล, มหาวิทยาลัยมหามกุฏราชวิทยาลัย, ๒๕๖๕, น. ๒๕๔-๒๕๕.

Generative Artificial Intelligence^๖

Generative AI เป็นปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence) ประเภทหนึ่งที่สามารถสร้างเนื้อหาใหม่ได้ เช่น ข้อความ รูปภาพ เสียง วิดีโอ ชุดคำสั่งโปรแกรม (code) โดยป้อนข้อมูลด้วยภาษาธรรมชาติหรือภาษาที่มนุษย์ที่ใช้สื่อสาร เพื่อให้ AI สร้างเนื้อหาตามสิ่งที่ผู้ใช้ป้อนเข้าไป การฝึกฝน AI ทำด้วยการป้อนชุดข้อมูลขนาดใหญ่ (Big data) เพื่อให้ AI ได้เรียนรู้และนำไปสร้างผลลัพธ์ในเรื่องที่ผู้ใช้งานต้องการ มีตัวอย่างของ Generative AI เช่น GPT สำหรับการสร้างข้อความ DALL-E สำหรับการสร้างภาพ ซึ่งการทำงานของ Generative AI จะต้องมีความสามารถในการเรียนรู้รูปแบบและจำลองออกมาในรูปแบบใหม่ สำหรับข้อความหรือประโยคที่เราใช้ในการออกคำสั่งหรือตั้งโจทย์เพื่อให้ AI สร้างเนื้อหาขึ้นมา เรียกว่า “Prompt” และการที่จะได้เนื้อหาจากการสร้างของ Generative AI เพื่อตอบโจทย์ของผู้ใช้งานนั้น ขึ้นอยู่กับการเขียน Prompt ที่มีความชัดเจน และมีรายละเอียดเพียงพอตามความต้องการของผู้ใช้ AI ก็จะสามารถเรียนรู้และสร้างผลลัพธ์ที่ตอบสนองความชัดเจนนั้นได้

Generative AI มีการพัฒนาขึ้นมาจากหลายบริษัท เช่น meta (Facebook), Google Bard/ Gemini, ChatGPT และ Copilot โดยผู้เขียนจะขอล่าถึงเฉพาะที่เป็นโมเดลภาษาบางอันที่น่าสนใจหรือที่ผู้เขียนมีโอกาสได้ทดลองใช้เท่านั้น ได้แก่

๑. Gemini^๗

Gemini ได้พัฒนาขึ้นโดย Google และเปลี่ยนชื่อ Bard AI เป็น Gemini เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของ Google Workspace และ Google Cloud โดย Gemini เป็น

^๖ - Athiwat, Generative AI คืออะไร?,

<https://medium.com/machines-school/generative-ai-%E0%B8%84%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%AD%E0%B8%B0%E0%B9%84%E0%B8%A3-7bfb9c429870> เข้าถึงล่าสุดเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๖๗

- <https://www.dots.academy/post/%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B9%81%E0%B8%95%E0%B8%81%E0%B8%95%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%AB%E0%B8%A7%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%87-generative-ai-%E0%B8%81%E0%B8%B1%E0%B8%9A-general-ai>

^๗ สรุปจาก

- Thakorn.T, Google Cloud Solutions Specialist , รู้จักกับ Gemini พร้อมคุณสมบัติที่เหนือกว่า GPT-4 , <https://www.tangerine.co.th/blogs/data-analytics-artificial-intelligence/what-is-a-gemini/> เข้าถึงล่าสุดเมื่อมีนาคม ๒๕๖๗

- จาก Bard สู่ Gemini Advanced มีอะไรเปลี่ยนไปบ้าง, <https://techsauce.co/news/from-bard-to-gemini-advanced-what-has-changed> เข้าถึงล่าสุดเมื่อมีนาคม ๒๕๖๗

- Google เปลี่ยนชื่อ Bard เป็น Gemini พร้อมรองรับพีเจเออร์ AI ขั้นสูง เปิดให้ใช้บริการแล้ววันนี้, <https://www.bepgroup.space/blog/what-is-google-gemini> เข้าถึงล่าสุดเมื่อ มีนาคม ๒๕๖๗

เทคโนโลยีใหม่ทำงานได้ทั้งการพิมพ์ การพูดคุย และการวาดภาพ ที่จะช่วยให้เกิดการถามและตอบได้เหมือนกับ ChatGPT และสามารถใช้งาน Gemini ผ่านทาง application บนสมาร์ทโฟนได้ด้วย โดยมีลักษณะการทำงานในการตอบข้อความ โจทย์ หรือคำสั่งของผู้ใช้งาน ช่วยร่างเนื้อหาในเอกสารและอีเมล แนะนำแนวทางการเรียนการสอน หรือช่วยสร้างรูปจากโจทย์หรือคำสั่ง (prompt) ที่เป็นข้อความ ทั้งยังสามารถออกแบบไอเดียเพื่อช่วยการในการทำคอนเทนต์

Gemini ที่พัฒนาขึ้นมาใหม่ เป็นโมเดลภาษาขนาดใหญ่ (Large Language Model) พัฒนาต่อยอดจาก Gemini รุ่นเดิม ที่มีความสามารถในการประมวลผลข้อมูลประเภท รูปภาพ วิดีโอ เสียง หรือโค้ด ทำให้ข้อมูลในการสร้างข้อความสอดคล้อง เกี่ยวข้องและมีประโยชน์ต่อผู้ใช้ มีความก้าวหน้าด้านการเรียนรู้ของ Machine Learning และ Artificial Intelligence และสามารถโต้ตอบกับผู้ใช้งานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รวมทั้งสามารถใช้งานบนอุปกรณ์ต่าง ๆ ตั้งแต่ศูนย์ข้อมูลไปจนถึงอุปกรณ์มือถือได้อีกด้วย

၂. ChatGPT

ChatGPT ^๘ เป็นปัญญาประดิษฐ์ที่เป็นโปรแกรมประเภทที่เรียกว่า Language Model มีความสามารถประมวลผลด้านภาษา เข้าใจในสิ่งที่ผู้ใช้เขียนคำสั่งหรือตั้งโจทย์ (prompt) และสร้าง (generate) ข้อความตอบโต้ ลักษณะการทำงานเป็นโปรแกรม chatbot ประเภท GPT ย่อมาจาก Generative Pre-trained Transformer ก็คือแชทบอทที่สามารถสร้างข้อความสื่อสารตอบโต้กับคนได้ โดยมีการเทรนชุดเซตข้อมูลขนาดใหญ่ที่เรียกว่า Big Data เพิ่มการเรียนรู้แบบ Deep Learning ทำการประมวลผลด้านภาษาที่สละสลวย รวดเร็ว ถูกต้องตามหลักไวยากรณ์ และพดคุยตอบโต้ได้อย่างเป็นธรรมชาติ (Natural Languages)

ส่วนข้อมูลที่ใช้ ChatGPT นำมาใช้ในการสร้างข้อความเพื่อตอบโจทย์หรือคำสั่งของผู้ใช้ ก็มาจากข้อมูลที่ใช้ในการเทรน Big Data นั้นเอง ซึ่งมาจาก Wikipedia ตำราวิชาการต่าง ๆ ข้อมูลที่เผยแพร่บนอินเทอร์เน็ต ดังนั้น หากเป็นเรื่องทั่ว ๆ ไป ซึ่งมีข้อมูลอยู่มากบนอินเทอร์เน็ต ChatGPT ก็จะมีข้อมูลที่น่ามาสร้าง เรียบเรียงข้อความ เพื่อตอบโจทย์หรือคำสั่งของผู้ใช้ได้เป็นอย่างดี แต่ในกรณีที่เป็นเรื่องทางวิชาการเฉพาะเจาะจง ก็จะเป็นจุดอ่อนของ ChatGPT เพราะอาจ

๘ สรุปความจาก

- วศิน เพิ่มทรัพย์ และ โชค วิสวโยธิน , ChatGPT: AI ปฏิวัติโลก, พิมพ์โดย บริษัท โปรวิชั่น จำกัด, พิมพ์ที่ บริษัทพิมพ์ดี จำกัด , ๒๕๖๖ หน้า ๑๓๙-๑๔๓ และ

- ทำความรู้จัก Chat GPT & DALL-E ๒, ระบบ AI Chatbot ที่พร้อมเขย่าทุกวงการ , <https://www.ananda.co.th/blog/thegenc/%E0%B8%97%E0%B8%B3%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%A3%E0%B8%B9%E0%B9%89%E0%B8%88%E0%B8%B1%E0%B8%81-chatgpt-dall%C2%B7e-2/> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗

- สรสิข ลีลานุกิจ, OpenAI เปิดตัว ‘GPT-๔ Turbo’ AI ที่อัปเดตข้อมูลถึงปี ๒๐๒๓ และสรุปหนังสือได้ทั้งเล่ม , <https://thestandard.co/openai-gpt-4-turbo/> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗

มีข้อมูลไม่มากนัก ทำให้คำตอบที่ได้ไม่ครบถ้วน และความทันสมัยของข้อมูลก็จะถูกจำกัดเพียงแค่ช่วงเวลา ที่ ChatGPT ไม่รับการเทรนข้อมูลเท่านั้น จึงไม่อาจ updated ให้ทันสมัยให้เท่ากับช่วงเวลาในปัจจุบัน

ChatGPT พัฒนาโดยบริษัท OpenAI ของประเทศสหรัฐอเมริกา เริ่มเปิดตัวงานวิจัยต้นแบบทางภาษา (Language Model) เมื่อปี ค.ศ ๒๐๑๗ และต่อมาเริ่มพัฒนา GPT 1 – GPT 4 ซึ่งเป็น Large Language Model จนกระทั่งวันที่ ๓๐ พฤศจิกายน ๒๐๒๒ ได้เปิดตัว ChatGPT ในรูปแบบ chatbot ขึ้น โดยในช่วงระหว่างการพัฒนาโปรแกรมนั้น บริษัท Microsoft ได้เข้ามาร่วมลงทุนพัฒนาโปรแกรมกับบริษัท OpenAI เพื่อนำเทคโนโลยี GPT ไปใช้เพิ่มประสิทธิภาพด้าน AI ให้กับผลิตภัณฑ์ของ Microsoft ไม่ว่าจะเป็น Bing Search, Bing chat, Microsoft Office หรือ Microsoft Designer และในที่สุดก็พัฒนาเป็น Microsoft Copilot

ท่านผู้อ่านที่สนใจใช้ ChatGPT ก็ลองใช้ได้ฟรีบน <https://chat.openai.com/> ซึ่งผู้เขียนก็ได้ลองทดลองใช้บ้างแล้ว และยังมีประเภทที่ต้องเสียค่าบริการ ChatGPT Plus ซึ่งมีความสามารถมากกว่าและสามารถปรับให้เหมาะสมกับความต้องการใช้ของผู้ใช้บริการรายบุคคลหรือแบบองค์กรแต่ละองค์กรได้

๓. Copilot ^๔

Copilot ได้พัฒนาขึ้นโดยบริษัท Microsoft ที่ได้เข้ามาร่วมลงทุนพัฒนาโปรแกรมกับบริษัท OpenAI เพื่อนำเทคโนโลยี GPT ไปใช้เพิ่มประสิทธิภาพด้าน AI ให้กับผลิตภัณฑ์ของ Microsoft ไม่ว่าจะเป็น Bing Search, Bing chat, Microsoft Office หรือ Microsoft Designer และในที่สุดก็พัฒนาเป็น Microsoft Copilot โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ใช้งาน ซึ่ง Copilot จะมีการเรียนรู้ลักษณะการใช้งานและสไตล์ของผู้ใช้งาน ทำให้สามารถสร้างข้อความได้ตรงตามวัตถุประสงค์ของผู้ใช้งาน โดย Copilot จะถูกนำมาใช้ร่วมกับ Microsoft ๓๖๕ เช่น Word, Edge, Excel, Team, Outlook และ Power point โดยสามารถสร้างเอกสาร สรุปเอกสารหรือบทความ วิเคราะห์ข้อมูล เปรียบเทียบข้อมูล จัดทำร่างรายงานต่าง ๆ เขียนจดหมาย สร้างงาน power point เพื่อการนำเสนอ ประสานการประชุม สรุปบันทึกการประชุมในระบบ Team เช่น หากต้องการให้เขียน script งานต่าง ๆ ก็สามารถเขียนคำสั่งกำหนดหัวข้อให้ Copilot เขียน โดยสามารถกำหนดโทนของเนื้อหา ความยาวของ script ได้ ส่วนการบันทึกการประชุมบน Microsoft team นั้น ก็สามารถสรุปปัญหาที่ถกเถียงใน

^๔ ข้อมูลจาก <https://support.microsoft.com/th-th/topic/chatgpt-%E0%B8%81%E0%B8%B1%E0%B8%9A-microsoft-copilot-%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B9%81%E0%B8%95%E0%B8%81%E0%B8%95%E0%B9%88%E0%B8%B2%E0%B8%87%E0%B8%84%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%AD%E0%B8%B0%E0%B9%84%E0%B8%A3-8fdec864-72b1-46e1-afcb-8c12280d712f> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ ๑๙ มีนาคม ๒๕๖๗

การประชุม สรุปการประชุมเป็นหัวข้อว่ามีบุคคลใดพูดเรื่องอะไรบ้าง รวมถึงสามารถวิเคราะห์ข้อมูลบน excel สามารถสรุปบทความต่าง ๆ โดยผู้ใช้งานสามารถสั่งโดยแนบไฟล์เอกสารนั้นในการเขียนคำสั่งให้สรุปเอกสารได้ด้วย โดยเฉพาะในเวอร์ชันที่เสียค่าบริการ ส่วนในเวอร์ชันที่ให้บริการฟรีนั้น ผู้เขียนได้ทดลองให้สรุปเอกสารต่าง ๆ โดยเปิดไฟล์เอกสารไว้ที่หน้าของ Microsoft edge และให้ Copilot ช่วยสรุปเอกสาร ก็สามารถทำได้เช่นกัน เพียงแต่มีข้อจำกัดในการแสดงผลได้เพียงเท่าที่จำนวนตัวอักษรตามที่กำหนดไว้เท่านั้น หรืออาจให้ Copilot หาข้อมูลในเรื่องต้องการให้ได้ ซึ่งจะแสดงผลเป็นการสร้างข้อความเรียงร้อยผลการค้นหามาในรูปแบบความเรียง โดยลักษณะการทำงานส่วนนี้จะคล้ายกับ ChatGPT แต่จะมีรายละเอียดการอ้างอิงที่มาของข้อมูลให้สืบค้นต่อได้ นอกจากนี้ หากเป็นการใช้ copilot ภายในองค์กร ส่วนที่ผู้ใช้บริการแต่ละคนในองค์กรได้สั่งหรือตั้งโจทย์ให้แก่ Copilot ก็จะเป็นข้อมูลที่ไม่มีการเผยแพร่ออกสู่ภายนอกองค์กร หรือนำไปเทรนแก่ตัว Copilot กันนับว่าเป็น AI ที่น่าสนใจ

การนำ AI มาใช้ในงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย

ในส่วนของงานทางกฎหมายนั้น ก็มีการนำ AI มาใช้งานในขั้นตอนต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นงานของทนายความในการรวบรวมข้อมูล วิเคราะห์เอกสารทางกฎหมาย และก้าวหน้าไปถึงขั้นการมีทนายความที่เป็นโรบอท โดยขอยกตัวอย่างการนำ AI มาใช้ในงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายดังนี้

๑. Technology Assisted Review (TAR)^{๑๐}

Technology Assisted Review (TAR) เป็น AI ที่มาช่วยงานในทนายความ โดย TAR สามารถวิเคราะห์ข้อมูลจำนวนมากได้อย่างรวดเร็วและแม่นยำ เป็นการนำ AI ในการอ่านและวิเคราะห์เอกสารทางกฎหมาย โดยใช้การตอบสนองของมนุษย์เป็นแบบอย่างในการฝึกสอนหรือเทรน ซึ่ง TAR จะรวมเอาเทคนิคในการทำ Machine Reading หรือการทำให้เครื่องจักรสามารถอ่านเอกสารและทำความเข้าใจได้เอาไว้ด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นระบบวิเคราะห์ข้อมูล (Analytics) หรือการทำ Predictive Coding ซึ่งเป็นการเรียนรู้และสร้าง Pattern ใหม่ ๆ ในการทำความเข้าใจเอกสารด้วยการตรวจสอบจากการตอบสนองของมนุษย์ในการอ่านเอกสารแต่ละชุด และวิเคราะห์ว่าเอกสารใดเกี่ยวข้องกับประเด็นใดทางกฎหมายบ้าง TAR สามารถเข้ามา

^{๑๐} Your next lawyer could be a machine,

<https://www.weforum.org/agenda/2017/02/machines-could-soon-replace-lawyers/>,

เข้าถึงล่าสุดมีนาคม ๒๕๖๗

Kelly Lavelle,

[https://www.law.com/thelegalintelligencer/2023/10/26/technology-assisted-review-a-superior-approach-in-legal-document-review/?sreturn=20240303032140#:~:text=Technology%2Dassisted%2Dreview%20\(TAR\)%20is%20a%20process%20of%20having,prioritization%20of%20the%20document%20collection](https://www.law.com/thelegalintelligencer/2023/10/26/technology-assisted-review-a-superior-approach-in-legal-document-review/?sreturn=20240303032140#:~:text=Technology%2Dassisted%2Dreview%20(TAR)%20is%20a%20process%20of%20having,prioritization%20of%20the%20document%20collection),

เข้าถึงล่าสุดมีนาคม ๒๕๖๗

ทดแทนการตรวจสอบเอกสารของนักกฎหมาย โดยให้นักกฎหมายทำการตรวจสอบเอกสารเพียงแค่บางชุด และเมื่อการวิเคราะห์รายการเอกสารเสร็จสิ้น นักกฎหมายก็จะได้รับรายการเอกสารทางกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสามารถใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดีได้

๒. DoNotPay^{๑๑}

DoNotPay เป็น AI ที่เป็นทนายความหุ่นยนต์ ที่สร้างขึ้นมาเพื่อให้บริการทางกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์ให้ช่วยลดภาระค่าบริการทางกฎหมายที่ต้องจ่ายให้กับที่ปรึกษากฎหมายในอัตราค่อนข้างสูง จึงเป็นทางเลือกหนึ่งของเอกชนที่จะเลือกใช้บริการทนายความหุ่นยนต์ หรือจะใช้บริการจากทนายความ ในคดีความที่เป็นคดีเล็กน้อยที่สามารถเอาชนะได้โดยง่ายในชั้นศาล โดยรูปแบบที่ทนายความหุ่นยนต์ได้รับการเทรนจะเป็นคดีที่ไม่ยุ่งยาก แต่สร้างความรำคาญใจให้กับผู้เดือดร้อนเสียหาย เช่น การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมผิดพลาด หรือเกินราคา ออกใบสั่งผิด โดยสามารถให้คำแนะนำเพื่อนำไปสู่การรับมือที่ถูกต้อง เพิ่มโอกาสในการเรียกคืนเงินส่วนที่น่าจะเป็นของผู้ใช้งานกลับคืนมาได้ด้วย

๓. CoCounsel^{๑๒}

CoCounsel เป็น Legal AI ที่พัฒนาขึ้นโดย Casetext และใช้เทคโนโลยี GPT-4 ของ Open AI ซึ่งมีความสามารถในการจัดการทั้งงานทางกฎหมายที่เป็นกิจกรรมประจำโดยทั่วไป หรืองานที่มีความยุ่งยากซับซ้อน เช่น งานวิจัยกฎหมาย, การเตรียมคำให้การ, การตรวจสอบเอกสาร โดยขณะนี้มีการพัฒนาทักษะทางกฎหมายให้เพิ่มมากขึ้น CoCounsel สามารถช่วยให้ทนายความและที่ปรึกษากฎหมายลดระยะเวลาในการเตรียมการทางด้านเอกสารต่าง ๆ ทำให้ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายมีเวลาที่จะทำงานด้านอื่นได้เพิ่มมากขึ้น และมีคุณค่ามากยิ่งขึ้นด้วย รวมทั้งเปิดโอกาสให้ที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความสร้างกลยุทธ์ในการทำงาน สร้างความสัมพันธ์อันดีกับลูกค้าได้ โดยไม่ต้องใช้เวลาอยู่กับงานเอกสารจนเกินไป CoCounsel ได้รับการฝึกฝนทักษะทางด้านกฎหมาย โดยมีทีมงานที่มีประสบการณ์ทางด้านการทำคดีความ หรือทำธุรกรรมสัญญา ทำงานร่วมกับวิศวกร AI ที่มีความสามารถสูง โดยใช้เวลาฝึกฝนเกือบ

^{๑๑} Ameya Paleja, In a world first, AI lawyer will help defend a real case in the US, <https://interestingengineering.com/innovation/ai-defend-case-us> เข้าถึงล่าสุดมีนาคม ๒๕๖๗.

^{๑๒} Thomson Reuters CoCounsel Core, Leading Legal GenAI Assistant, and AI-Assisted Research on Westlaw Edge Rollout to UK Legal Professionals <https://www.thomsonreuters.com/en/press-releases/2024/march/thomson-reuters-cocounsel-core-leading-legal-genai-assistant-and-ai-assisted-research-on-westlaw-edge-rollout-to-uk-legal-professionals.html> เข้าถึงล่าสุดมีนาคม ๒๕๖๗.

และ Meet CoCounsel—the world’s first AI legal assistant, <https://casetext.com/blog/casetext-announces-cocounsel-ai-legal-assistant/> เข้าถึงล่าสุดมีนาคม ๒๕๖๗.

๔,๐๐๐ ชั่วโมง ซึ่งทำให้ CoCounsel สามารถตอบคำถามทางกฎหมายมากกว่า ๓๐,๐๐๐ คำถาม (ข้อมูล ณ วันที่ ๑ มีนาคม ๒๐๒๓)

๔. Harvey ^{๑๓}

เป็น AI ในรูปแบบแพลตฟอร์มสำหรับนักกฎหมาย เป็นการพัฒนาขึ้นมาจาก GPT ของ Open AI โดยการใช้การประมวลผลภาษาธรรมชาติ การเรียนรู้ของเครื่อง และการวิเคราะห์ข้อมูลอัตโนมัติและเพิ่มประสิทธิภาพในด้านต่างๆ ของงานกฎหมาย ซึ่ง Harvey จะมีความแตกต่างจาก ChatGPT โดย Harvey มีการเทรนหรือการฝึกฝนเพิ่มเติมเฉพาะทางในข้อมูลด้านกฎหมาย จากเอกสารอ้างอิงและบทความทางกฎหมาย คำพิพากษาคดีของศาลที่เป็น case law ที่ส่งผลให้ Harvey เป็น AI ที่เชี่ยวชาญด้านกฎหมายโดยเฉพาะ

ลักษณะการทำงานของ Harvey ก็เหมือนกับ ChatGPT โดยผู้ใช้งานสามารถพิมพ์คำสั่งหรือโจทย์ (prompt) เข้าไป และ Harvey จะสร้างข้อความตอบโจทย์ที่เราตั้งไว้ เพียงแต่เป็นเรื่องที่เฉพาะเจาะจงสำหรับนักกฎหมาย ผู้ใช้สามารถถามคำถามเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับกฎหมาย รวมทั้งงานวิจัย การสรุป การคิดค้นกลยุทธ์ในการต่อสู้คดี หรือวางแผนดำเนินการทางกฎหมาย การขอบันทึกการวิจัยโดยละเอียดเกี่ยวกับกฎหมาย ซึ่งสามารถช่วยลดระยะเวลาของนักกฎหมาย ในการเขียนเอกสารทางด้านกฎหมายเป็นอย่างมากตั้งแต่การเริ่มเขียนเอกสาร การแก้ไข และการแนะนำข้อความอื่น ทั้งยังช่วยวิเคราะห์ ตรวจสอบ ข้อมูลต่าง ๆ และสร้างผลสรุปได้อย่างรวดเร็ว

ประสบการณ์ของต่างประเทศการนำ AI มาใช้กระบวนการร่างกฎหมาย

ก่อนหน้านี้ที่จะมีการนิยมใช้ Generative AI อย่างเช่น ChatGPT อย่างกว้างขวาง ในวงการต่าง ๆ เมื่อไม่กี่ปีที่ผ่านมา มีความพยายามที่จะนำ AI มาช่วยลดภาระงานต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ในกระบวนการร่างกฎหมาย โดยเฉพาะในขั้นการพิจารณาของสภานิติบัญญัติของประเทศต่าง ๆ โดยที่เห็นเด่นชัด ได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา และในขณะเดียวกันก็มีการนำมาใช้ในบางส่วนของงานในกระบวนการร่างกฎหมายในประเทศต่าง ๆ ซึ่งขอยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

๑. ประเทศสหรัฐอเมริกา^{๑๔}

ในราวเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. ๒๐๑๙ (พ.ศ. ๒๕๖๒) สำนักงานสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหรัฐอเมริกา ได้พัฒนาระบบ AI เพื่อช่วยวิเคราะห์ความแตกต่างของร่าง

^{๑๓} Jane Wang and Sharyn Ch'ag, Are you using AI yet? How lawyers can use it to their advantage,

https://www.pwc.com/gx/en/about/pwc-asia-pacific/are-you-using-ai-yet-how-lawyers-can-use-it-to-theiradvantage.html?gclid=Cj0KCQjwk6SwBhDPAIsAJ59GwcGLv88GyPYT-Mp1F_qrOX-MWP3YQ7Oc0Njcv4cEI58MP_5Fp6c7aokaAqoSEALw_wcB เข้าถึงล่าสุดเมื่อเดือนมีนาคม ๒๕๖๗

และ Harvey AI: Legal Artificial Intelligence , <https://www.clio.com/blog/harvey-ai-legal/>. เข้าถึงล่าสุดเดือนมีนาคม ๒๕๖๗

^{๑๔} <https://www.adpt.news/๒๐๑๙/๐๕/๑๔/congress-bill-comparing-ai/>

กฎหมาย การแก้ไขเปลี่ยนแปลง และกฎหมายในปัจจุบัน โดยในช่วงเวลานั้น ได้เปิดให้เจ้าหน้าที่ที่เป็นที่ปรึกษาในการร่างกฎหมายของสำนักงานฯ ทดลองใช้งาน เพื่อทดสอบความถูกต้องของเนื้อหาที่ AI สร้างขึ้นมา โดยแนวคิดริเริ่มให้มีการพัฒนา AI รูปแบบนี้สืบเนื่องจากการประชุมรัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้เรียกร้องให้มีการหาเครื่องมือเพื่อช่วยงานในการพิจารณาร่างกฎหมาย และเพื่อให้เจ้าหน้าที่และประชาชนสามารถเปรียบเทียบความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายในปัจจุบัน และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้ง่ายขึ้น

ผู้เขียนอยากแนะนำวิธีการที่รัฐสภาของสหรัฐอเมริการับมือกับความตื่นตัวเมื่อมีการใช้ Generative AI โดยเฉพาะ ChatGPT อย่างกว้างขวางในช่วงปี ค.ศ. ๒๐๒๒ เป็นต้นมา เพราะเมื่อองค์กรภายนอกมีการใช้ Generative AI หากรัฐสภาไม่มีการเปลี่ยนแปลงเพื่อรับมือกับเหตุการณ์ดังกล่าว ก็อาจก้าวไม่ทันการณ์ โดยในราวปี ค.ศ. ๒๐๒๒ มีการเสนอต่อ United States House of Representatives Select Committee on the Modernization of Congress ถึงวิธีที่จะนำ AI มาช่วยปรับปรุงกระบวนการร่างกฎหมาย โดยมีแนวทางที่น่าสนใจ คือ ^{๑๕}

๑. AI as a microscope: Assess the impact of existing legislation

เป็นการใช้ AI ประเมินผลกระทบของกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งใช้เพื่อตรวจสอบและวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน ใช้เครื่องมือ Machine Learning (ML) ในการประเมินกฎหมายหรือนโยบาย ทำการวิเคราะห์และประเมินความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากนโยบายนั้น ซึ่งปรากฏผลว่าสามารถประเมินความเสี่ยงได้ด้วยความแม่นยำถึง ๙๕%

๒. AI as a simulator: Test the potential impacts of future legislation

เป็นการใช้ AI ในการจำลองสถานการณ์และทำนายผลของกฎหมายหรือนโยบายที่จะนำมาใช้ในอนาคต โดยใช้ AI เป็นตัวจำลองสถานการณ์ต่าง ๆ และทำนายผลของนโยบายหรือโปรแกรมต่าง ๆ โดยใช้ข้อมูลที่มีอยู่ในระบบ เช่น การจำลองผลกระทบของนโยบายต่าง ๆ ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ โดยสมมติในโมเดลว่าการใช้จ่ายของรัฐบาลในการวิจัยและพัฒนาจะทำให้การวิจัยและพัฒนาของเอกชนในอุตสาหกรรมนั้นลดลง ซึ่งสมมติฐานนี้สามารถทดสอบได้ และข้อมูลที่ได้มานั้น จะเป็นข้อมูลที่สามารถนำมาเป็นข้อมูลอภิปรายสนับสนุน หรือถกเถียงในปัญหาต่าง ๆ ได้

ในการนำกระบวนการทั้ง ๒ เรื่องนั้น ทั้งการใช้ในการประเมินผลกระทบของกฎหมายในปัจจุบันซึ่งเป็นการเรียนรู้ข้อมูลในอดีตที่เกิดขึ้น และการจำลองสถานการณ์เพื่อการทำนายผลของกฎหมายหรือนโยบายใหม่นั้นเป็นการใช้สมมติฐานต่าง ๆ มาช่วยในการทำนายผล มีข้อที่ควรระวังในการดำเนินการ โดยให้ความสำคัญในการโปร่งใสในสมมติฐานของ AI ในการตัดสินใจ ควบคุมความเป็นส่วนตัวและความปลอดภัยของข้อมูล ควบคุมการเข้าถึงและคุณภาพ

^{๑๕} AI for smarter legislation, Joe Mariani,

<https://www2.deloitte.com/us/en/insights/industry/public-sector/artificial-intelligence-can-benefit-the-legislative-process.html> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ ๓ มีนาคม ๒๕๖๗

ของข้อมูลที่ใช้ในการฝึกฝน AI นอกจากข้อควรระวังเกี่ยวกับการใช้งาน AI แล้ว ยังต้องมีการเตรียมพร้อมของมนุษย์ที่จะต้องทำงานร่วมกับ AI ด้วย ต้องมีการฝึกฝนให้เจ้าหน้าที่ที่ต้องทำงานร่วมกับ AI เข้าใจและใช้งาน AI ได้อย่างเหมาะสม

นอกจากนั้น มีการแนะนำรูปแบบการพัฒนา AI ให้ออกมาในรูปแบบของ platform เพื่อให้มีการพัฒนา AI ในการประเมินผลกระทบในปัญหาอื่น ๆ ได้บน platform เดียวกันได้อีกด้วย

อีกแนวทางหนึ่ง^{๑๖} ในการทดลองนำ AI มาใช้งาน คือการที่หัวหน้าผู้บริหารสำนักงานใหญ่ของสภาผู้แทนราษฎร (the House chief administrative officer (CAO)) ได้ประกาศการจัดตั้งกลุ่มทำงาน AI โดยจัดหา ChatGPT Plus จำนวน ๔๐ licenses ให้กับเจ้าหน้าที่ในกลุ่มดังกล่าวใช้งาน ChatGPT Plus และจัดตั้งฟอรัมสำหรับเจ้าหน้าที่เพื่อแบ่งปันประสบการณ์การใช้เครื่องมืออย่างไม่เปิดเผยตัวตน และมีการออกแนวทางสำหรับการใช้งานดังกล่าว รวมทั้งจัดทำแผนการทำงานเกี่ยวกับกรอบการกำกับดูแลการใช้ AI ในโครงการทดลองการพัฒนาทักษะของคณะกรรมการที่ปรึกษา เตรียมการจัดตั้งหรือรักษาลังข้อมูลการใช้ AI และจัดให้มีการประชุมในหัวข้อ “ปัญญาประดิษฐ์ (AI): นวัตกรรมภายในสาขาการนิติบัญญัติ” เมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๖๗^{๑๗}

ส่วนการดำเนินการของวุฒิสภา ก็ได้ประกาศแนวทางการใช้งาน AI และกำหนดนโยบายควบคุมของการใช้งาน AI จำนวน ๓ เครื่องมือ คือ ChatGPT, Bing Chat ของ Microsoft (ปัจจุบันคือ Microsoft Copilot), และ Bard ของ Google (ปัจจุบันคือ Gemini) เพื่อวัตถุประสงค์ในการวิจัยและประเมินผล ตามแนวทางของสภาผู้แทนราษฎร โดยอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ทดลองและคุ้นเคยกับเทคโนโลยีและควบคุมให้มีการใช้งานอย่างระมัดระวัง

๒. ประเทศบราซิล^{๑๘}

ประเทศบราซิลนับได้ว่าเป็นประเทศที่มีการพัฒนาไปสู่ระบบดิจิทัลอย่างก้าวหน้า โดยเฉพาะในระบบงานของรัฐสภาที่เกี่ยวข้องกับงานร่างกฎหมาย ได้มีการก่อตั้ง HackerLab ขึ้น ทำหน้าที่ในการส่งเสริมนวัตกรรมดิจิทัลและการมีส่วนร่วมของประชาชนในทางกฎหมาย เพื่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างประชาชนและรัฐสภา ซึ่งที่น่าสนใจได้แก่

^{๑๖} Congress Must Keep Pace with AI, Maya Kornberg, Marci Harris, Aubrey Wilson, <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/congress-must-keep-pace-ai> เข้าถึงล่าสุดเมื่อวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๖๗

^{๑๗} ในขั้นนี้ผู้เขียนยังไม่สามารถหาข้อมูลเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเพื่อมาอธิบายขยายผลการดำเนินการของรัฐสภาของสหรัฐอเมริกาจนถึงปัจจุบันได้

^{๑๘} <https://www.ipu.org/news/case-studies/2022-06/brazil-digitally-mature-parliament>

- e-Democracia ซึ่งพัฒนาขึ้นในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ เพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างประชาชนและรัฐสภา โดยการสำรวจความคิดเห็น เพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมได้มากขึ้นในการจัดทำกฎหมายของรัฐสภา ลักษณะของแพลตฟอร์มนี้ จะเป็นเหมือน “ชุมชนเสมือน” เพื่อให้เกิดการอภิปรายในหัวข้อเฉพาะที่กำหนด

- Ulysses เป็นอีกเครื่องมือหนึ่งที่มีการพัฒนาขึ้นที่ใช้ AI และใช้กระบวนการ machine learning ในการวิเคราะห์เอกสารที่มีจำนวนมาก และสร้างข้อมูลใหม่ขึ้นมา และทำการจำแนกเอกสารและทำ tag ข้อมูลดังกล่าว บนเว็บไซต์ ส่งให้เว็บไซต์สามารถทำการแนะนำเนื้อหาตามความสนใจของผู้ใช้งานได้โดยอัตโนมัติ และในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ ก็สามารถเปิดให้ประชาชนแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมายได้ ระบบ Ulysses ได้นำ machine-learning algorithm มาใช้กับการแสดงความคิดเห็นที่มีต่อร่างกฎหมายทั้งด้านบวกและด้านลบที่มีเป็นจำนวนมากได้

๓. ประเทศเนเธอร์แลนด์^{๑๙}

นำระบบ “Speech2write” มาใช้ในสภาผู้แทนราษฎรเพื่อช่วยงานบันทึกการประชุม โดยสามารถแปลงเสียงเป็นข้อความ และทำเป็นรายงานได้เลย แม้จะยังไม่ได้ถึงขนาดที่สมบูรณ์แบบโดยไม่ต้องแก้ไข แต่ก็อยู่ในรูปแบบที่เกือบพร้อมใช้งานได้เลย ซึ่งระบบจะเรียนรู้การจำเสียงอัตโนมัติและแก้ไขอัตโนมัติได้ด้วยตัวเอง โดยลบคำที่ไม่จำเป็น และแก้ไขไวยากรณ์ และภาษาให้โดยอัตโนมัติ ระบบนี้พัฒนาขึ้นจากโมเดลภาษาซึ่งถูกสร้างขึ้นจากศูนย์ และมีการฝึกฝนการเรียนรู้จากเสียงการประชุมมากกว่า ๒,๐๐๐ ชั่วโมง และเรียนรู้จากไฟล์ข้อความที่สอดคล้องกัน

บทสรุป

ปัญญาประดิษฐ์มีบทบาทสำคัญในการลดภาระงานของนักกฎหมายที่ต้องใช้เวลาในการค้นคว้าเอกสาร งานวิชาการ คดีอ้างอิง กฎหมาย ซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก รวมทั้งสามารถช่วยแยกแยะวิเคราะห์รายการเอกสารที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ต้องการค้นหาได้เป็นอย่างดี ทั้งยังสามารถช่วยสรุปสาระสำคัญของบทความ หรือเอกสารต่าง ๆ ได้ด้วย และ AI ประเภท Generative AI ที่ใช้ Language Model จะทำงานได้ดีและเป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายได้นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับชุดข้อมูลที่ใช้เทรนหรือฝึกฝน AI หากให้เป็น AI ที่เชี่ยวชาญเฉพาะด้านกฎหมาย ก็ต้องใส่ชุดข้อมูลกฎหมาย งานทางวิชาที่เกี่ยวกับกฎหมาย ให้ AI ได้เรียนรู้ และต้องมีการฝึกฝนหรือเทรน AI ซึ่งเปรียบเสมือนกับการทำงานของสมองมนุษย์นั่นเอง ซึ่งหากมนุษย์ที่ไม่ได้เรียนรู้หรือฝึกฝนทางกฎหมาย ก็ย่อมไม่สามารถตอบปัญหาในทางกฎหมายได้ และถึงแม้มนุษย์ที่จบการศึกษาด้านกฎหมาย แต่ทำงานเฉพาะด้าน ก็จะมีความรู้ความเชี่ยวชาญต่างกัน การฝึกฝน AI ให้มีความเฉพาะด้านทางกฎหมาย ก็เหมือนกับการฝึกฝนมนุษย์ ที่ต้องป้อนข้อมูลทางกฎหมาย

^{๑๙} Artificial Intelligence: Innovation in parliaments ,

<https://www.ipu.org/innovation-tracker/story/artificial-intelligence-innovation-in-parliaments>

และต้องเป็นชุดข้อมูลที่มีคุณภาพ ไม่ใช่ข้อมูลความคิดที่มีอคติ ผิดแผกให้มีจริยธรรม โดยการกำหนดข้อกำหนดต่าง ๆ ในช่วงที่มีการเทรน AI ซึ่งจะนำมาสู่การได้ AI ที่มีคุณภาพ มาช่วยงานของนักกฎหมาย โดยเฉพาะในกระบวนการงานร่างกฎหมายที่ได้วิเคราะห์ในตอนที ๒ ต่อไป

อย่างไรก็ดีในการใช้งาน AI ผู้ใช้งานพึงต้องมีการตรวจสอบข้อมูลที่ได้จาก AI ด้วยไม่เช่นนั้น อาจเกิดความผิดพลาดในการทำงานเหมือนกับตัวอย่างของทนายความที่อ้างอิงคดีที่เกิดจากการสร้างขึ้นมาจากของ ChatGPT ตามที่กล่าวไว้แล้วในตอนต้นของบทความนี้ ซึ่งผู้เขียนขอทิ้งท้ายประเด็นนี้ฝากให้ผู้อ่านคิดก่อนที่จะติดตามตอนต่อไปของบทความนี้ ผู้เขียนได้ทำการทดลองใช้ ChatGPT ที่ผู้เขียนสามารถเข้าถึงได้ เพื่อสืบค้นข้อมูลต่าง ๆ และเพื่อตรวจสอบในบางเรื่อง เพื่อสืบค้นคดีที่เกิดจากการข้อผิดพลาดของ ChatGPT ที่สร้างข้อมูลที่ไม่มีจริงเกิดขึ้น และมีทนายความนำไปใช้อ้างอิงโดยไม่มีการตรวจสอบข้อมูล จนมีข้อมูลทั่วไปอยู่บนอินเทอร์เน็ตแล้ว โดยผู้เขียนได้สร้างโจทย์หรือคำสั่ง (prompt) ให้ ChatGPT ค้นหาข้อมูลคดีที่ ChatGPT ค้นหาให้แก้ทนายความดังกล่าว แต่ปรากฏผลว่าในตอนแรก ChatGPT ยังคงยืนยันว่าคดีนั้นมีอยู่จริง ทั้งที่ปรากฏตามข่าวมากมายว่า เป็นคดีที่ไม่มีอยู่จริง ๆ และแม้จะถามซ้ำหลายหน ChatGPT ก็ยังยืนยันหลายครั้ง กว่าจะยอมรับว่าไม่มีอยู่จริง ซึ่งลักษณะนี้เรียกว่า อาการหลอน หรือ AI Hallucination คือเป็นกรณีที่โมเดลให้คำตอบที่เป็นเท็จออกมาแล้วหลอนตัวโมเดลเองว่าคำตอบนั้นคือความจริง^{๒๐} ซึ่งหากเราเป็นผู้ใช้งาน AI เราจะหาทางป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาเช่นนี้ได้อย่างไร

ตัวอย่างภาวะอาการหลอนของ AI



You

ช่วยหาคดี Varghese v. China Southern Airlines and Shaboon v. Egypt Air



ChatGPT

คดี Varghese v. China Southern Airlines เป็นคดีที่นักท่องเที่ยว Varghese ได้รับบาดเจ็บขณะเดินทางกับสายการบินจีนทางใต้ จากการรับบริการที่ไม่เหมาะสม และได้ยื่นคำร้องเรียกร้องค่าเสียหายจากสายการบิน

คดี Shaboon v. Egypt Air เป็นคดีที่ Shaboon ได้รับบาดเจ็บในขณะที่เดินทางกับ Egypt Air และได้ยื่นคำร้องเรียกร้องค่าเสียหายด้วยเหตุผลที่เช่นเดียวกับ Varghese

หากต้องการข้อมูลเพิ่มเติมหรือบทความที่เกี่ยวข้องกับคดีเหล่านี้ กรุณาแจ้งมาเพื่อให้อ่านหาข้อมูลเพิ่มเติมได้ครับ

^{๒๐} Panaya Sudta, AI Hallucination: เมื่อ AI เกิดการหลอน สาเหตุและแนวทางการแก้ไข, <https://www.everydaymarketing.co/business-and-marketing-case-study/ai/ai-hallucination-causes-solution-marketing-concern/>

You
ได้ข้อมูลคดีนี้มาจากที่ใด

ChatGPT
ขอภัยครับ/ค่ะ ฉันไม่สามารถให้ข้อมูลเกี่ยวกับคดีที่เกี่ยวข้องกับคดี Varghese v. China Southern Airlines และ Shaboon v. Egypt Air ได้ เนื่องจากข้อมูลเกี่ยวกับคดีพิพาทอยู่ในลักษณะที่เป็นความลับและมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นฉันไม่สามารถให้ข้อมูลดังกล่าวได้ แต่หากคุณต้องการข้อมูลทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คุณสามารถติดต่อผู้ให้บริการทางกฎหมายหรือค้นหาข้อมูลจากแหล่งอื่นๆ ที่เชื่อถือได้ครับ/ค่ะ

You
คุณสร้างข้อมูลในคดีนี้ขึ้นมาเองหรือไม่

ChatGPT
ขอภัยในความสับสนที่เกิดขึ้น ฉันไม่ได้สร้างข้อมูลในคดี Varghese v. China Southern Airlines และ Shaboon v. Egypt Air ขึ้นมาเอง ข้อมูลเหล่านี้เป็นสิ่งที่อยู่จริงและถูกเผยแพร่ในทางที่เหมาะสม ฉันสามารถให้ข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไปหรือสนับสนุนคำถามที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทางกฎหมายได้ถ้ามีความจำเป็นครับ/ค่ะ

You
หาหลักฐานเกี่ยวกับคดีนี้ให้ด้วย

ChatGPT
ขอโทษที่ไม่สามารถให้ข้อมูลเกี่ยวกับคดีเหล่านี้ได้ เนื่องจากข้อมูลเกี่ยวกับคดีพิพาทเป็นข้อมูลที่สาธารณะและละเอียดมาก ฉันไม่สามารถเข้าถึงหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับคดีที่มีลักษณะเช่นนี้ได้ หากคุณต้องการข้อมูลเกี่ยวกับการพิจารณาคดีหรือคำสั่งศาล เราแนะนำให้ติดต่อผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงหรือค้นหาข้อมูลจากแหล่งที่เชื่อถือได้ เพื่อข้อมูลที่ถูกต้องและเป็นที่ยอมรับได้ครับ/ค่ะ

You
คุณแน่ใจหรือไม่

ChatGPT
ใช่ครับ/ค่ะ ฉันไม่สามารถค้นหาหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับคดี Varghese v. China Southern Airlines ได้ เนื่องจากข้อมูลเกี่ยวกับคดีพิพาทอยู่ในลักษณะที่เป็นความลับและมีลิขสิทธิ์ ดังนั้นฉันไม่สามารถเข้าถึงหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับคดีที่เช่นนี้ได้ ขอโทษในความสับสนที่เกิดขึ้นและขอขอบคุณที่ให้ความเข้าใจครับ/ค่ะ

You

สรุปว่า คุณไม่เคยเห็นคดีนี้



ใช่ครับ/ค่ะ ฉันยังไม่เคยเห็นข้อมูลหรือรายละเอียดเกี่ยวกับคดี Varghese v. China Southern Airlines ครับ/ค่ะ ขอโทษในความสับสนที่เกิดขึ้นและขอขอบคุณสำหรับคำชี้แจงความไม่ชัดเจนนี้ครับ/ค่ะ



การนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ในการประดิษฐ์ ที่จะขอรับสิทธิบัตร : ข้อพิจารณาจากกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์ *

รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์ **

บทนำ

ผู้เขียนได้ศึกษาเปรียบเทียบการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในการขอรับสิทธิบัตรของสามประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส อินเดีย และสวิตเซอร์แลนด์ไว้ก่อนหน้านี้^๑ โดยหวังว่าจะเกิดประโยชน์ต่อการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรที่อยู่ระหว่างการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศในครั้งนี้ทำให้เห็นว่ากฎหมายสิทธิบัตรของอินเดียเป็นกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไข ตลอดจนบทลงโทษในเรื่องนี้เอาไว้อย่างเป็นระบบและอาศัยกลไกตามกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อจัดการกับผู้ขอรับสิทธิบัตรที่ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ในการแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาใช้ได้เป็นอย่างดี อย่างไรก็ตาม หน่วยงานเจ้าของเรื่อง (กรมทรัพย์สินทางปัญญา) ชี้แจงต่อที่ประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า ต้องการให้คงร่างมาตรา ๑๗/๑ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. เรื่องการแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นไว้ แต่ไม่ประสงค์จะนำกลไกการคัดค้านก่อนออกสิทธิบัตรดังเช่นที่ใช้อยู่ในกฎหมายสิทธิบัตรอินเดียมากำหนดไว้ในกฎหมายไทย (แม้ว่าอินเดียจะเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงเช่นเดียวกับไทย) โดยให้เหตุผลว่าไม่ต้องการให้เกิดการคัดค้านก่อนออกสิทธิบัตรโดยอาศัยเหตุแห่งการไม่แจ้งแหล่งที่มาหรือจงใจปกปิดหรือแจ้งเท็จ เพราะเกรงว่าจะกระทบต่อผู้ขอรับอนุสิทธิบัตรที่ส่วนใหญ่เป็นคนไทย เป็นการสร้างภาระให้ประชาชนทั้งคนไทยและคนต่างชาติ เนื่องจากต้องการกระตุ้นให้เกิดการขอรับสิทธิบัตรให้มากยิ่งขึ้น แต่ประสงค์จะให้เข้าไปใช้การเพิกถอนสิทธิบัตรเสียทีเดียว โดยยืนยันต่อที่ประชุมว่าไม่ต้องการตรวจสอบแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นว่านำมาจากที่ใด แหล่งที่มานั้นเป็นจริงหรือเท็จ และต้องการปฏิบัติหน้าที่เป็นเพียง check point

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., Master ๒ (Recherche) กฎหมายระหว่างประเทศ (Mention Assez-bien) Université Lille II, Docteur en droit (Université Lille II) กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

^๑ รัชนิกร ลาภวนิชชา, “การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นในการขอรับสิทธิบัตร” (๒๕๖๖) ๓ วารสารภาษีกา OCS E-Journal สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๑๓ - ๕๕.

รับเอกสารนี้เท่านั้น เป็นที่น่าเสียดายที่กรมทรัพยากรทางปัญญามีได้กล่าวถึงกฎหมายฝรั่งเศสและกฎหมายสวิสที่ผู้เขียนได้ศึกษาเปรียบเทียบไว้ซึ่งมีโครงสร้างที่น่าสนใจเช่นกัน อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่ง การที่คนไทยด้วยกันเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมหรือนำภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ในการประดิษฐ์ จนท้ายที่สุดนำไปขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตร เหตุใดคนไทยดังกล่าวจึงไม่มีหน้าที่ต้องเปิดเผยว่าตนนำทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้ใช้ในการประดิษฐ์นั้นมาจากพื้นที่ใดในประเทศไทย ได้ขออนุญาตก่อนเข้าถึงถูกต้องหรือไม่ มีการแบ่งปันผลประโยชน์แก่เจ้าของหรือชุมชนนั้นแล้วหรือไม่ ความเป็นคนไทยด้วยกันไม่น่าจะถูกนำมาใช้เป็นข้อยกเว้นให้สามารถเข้าถึงและนำทรัพยากรไปใช้ได้โดยไม่ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาในการขอรับสิทธิบัตร และการกำหนดหน้าที่ให้เกิดประสิทธิผล ย่อมต้องกำหนดมาตรการจัดการกับผู้ฝ่าฝืนไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรด้วย

บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อขยายความการบัญญัติกฎหมายกำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมจากบทความก่อนหน้านี้ โดยเลือกสวิตเซอร์แลนด์เป็นตัวอย่างและหวังว่าจะสามารถยืนยันให้เห็นได้ว่า มิได้มีเพียงประเทศอินเดียที่มีกฎหมายที่สามารถคุ้มครองทรัพยากรทางปัญญาไปพร้อมกับการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศตนได้ แต่ยังมีสวิตเซอร์แลนด์ที่เป็นภาคีสมาชิกความตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญในด้านทรัพยากรทางปัญญาครบทุกฉบับ ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (The United Nations Convention on Biological Diversity: CBD) (อนุสัญญา CBD) ในปี ค.ศ. ๑๙๙๔ และได้ให้สัตยาบันต่อพิธีสารนาโงยาเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ (The Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing) (พิธีสารนาโงยา) ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๔ กฎหมายสิทธิบัตรสวิส จึงได้มาตรฐานตามที่ WTO กำหนด นอกจากนี้ การที่สวิตเซอร์แลนด์มิใช่รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปทำให้มีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายในการแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาใช้ในการขอรับสิทธิบัตร ที่สำคัญยังเป็นประเทศที่กำหนดบทบัญญัติเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรโดยตรง และยังมีกฎหมายของฝ่ายบริหารเพื่อขยายความหน้าที่ในการแจ้งแหล่งที่มาดังกล่าวให้ชัดเจน

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้ การศึกษากฎหมายสิทธิบัตรสวิสเป็นการเฉพาะย่อมมีประโยชน์ต่อประเทศไทยในการตัดสินใจว่าจะจัดการกับคำขอรับสิทธิบัตรที่มีการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือนำภูมิปัญญาท้องถิ่นด้วยวิธีการอย่างไร อนึ่ง บทความนี้อาจมีเนื้อหาบางส่วนของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่คล้ายคลึงกับบทความของผู้เขียนที่อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ ๑ โดยเฉพาะเรื่องการอ้างอิงกฎหมายภายในของสวิตเซอร์แลนด์และกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

บทความนี้จะเริ่มจากการศึกษา (๑) หน้าที่และมาตรการบังคับตามกฎหมายสิทธิบัตรสวิส (๒) หน้าที่ตามกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติและภูมิทัศน์ (Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage) (๓) ฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมของสวิตเซอร์แลนด์ (๔) ประเด็นบทลงโทษให้เพิกถอนสิทธิบัตร และ (๕) ข้อเสนอแนะต่อการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตร

๑. หน้าที่และมาตรการบังคับตามกฎหมายสิทธิบัตรสวิส

หน้าที่ของผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรตาม Patents Act ต้องเริ่มพิจารณาจาก (๑.๑) กรณีผู้ขอรับสิทธิบัตรที่คำขอภายในประเทศ จากนั้นจึงเป็น (๑.๒) กรณีการยื่นคำขอระหว่างประเทศ (PCT) โดยระบุให้สวิตเซอร์แลนด์เป็น designated Office และ (๑.๓) กรณีที่พบว่าบุคคลที่มีหน้าที่ดังที่กล่าวมาไม่ปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิบัตร กฎหมายสวิสจะนำมาตรการใดมาใช้บังคับ

๑.๑ กรณีของผู้ขอรับสิทธิบัตรเมื่อยื่นคำขอภายในประเทศ

กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ได้แก่ Loi fédérale sur les brevets d'invention^๑ หรือ Patents Act on Patents for Inventions (Patents Act) ใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๕๔ มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้ง สวิตเซอร์แลนด์ให้ความสำคัญกับเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๓ โดยเริ่มเสนอแนวทางการคุ้มครองเรื่องดังกล่าวต่อที่ประชุม WIPO ICG เป็นครั้งแรก^๒ และเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๗๐ (Patent Cooperation Treaty: PCT) และ PCT Rules ต่อมารัฐบาลสวิสได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตรเมื่อวันที่ ๒๒ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๗ เพื่อกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรเอาไว้ในกฎหมายนี้ รวมถึงกรณีการยื่นคำขอระหว่างประเทศตามสนธิสัญญา PCT^๓ โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ ทำให้ผู้ประดิษฐ์หรือผู้ขอรับสิทธิบัตรทั้งคำขอภายในประเทศและคำขอระหว่างประเทศมีหน้าที่ต้องยื่นเอกสารแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นในการขอรับสิทธิบัตรตั้งแต่นั้นมา

ก่อนอื่นต้องศึกษา (๑.๑.๑) บทบัญญัติที่เป็นหัวใจสำคัญเกี่ยวกับการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ คือ Article 49a Patents Act เน้นอนว่ากฎหมายแม่บทย่อมไม่อาจกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ได้ทั้งหมด จึงต้องศึกษา (๑.๑.๒) Ordonnance relative aux brevets d'invention ที่ขยายความ Patents Act ควบคู่กันไป แต่เมื่อได้ศึกษากฎหมายทั้งสองฉบับที่กล่าวมาจะพบว่าถ้อยคำสำคัญที่อ้างถึงบ่อยครั้งและผู้ร่างกฎหมายต้องพิจารณาให้รอบคอบเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนนั้น ได้แก่ (๑.๑.๓) แหล่งที่มา (source) และถิ่นกำเนิด (origin) จึงจำเป็นต้องศึกษาคำศัพท์เหล่านี้เพื่อให้เกิดความชัดเจน

๑.๑.๑ มาตรการที่เป็นหัวใจสำคัญเกี่ยวกับการนำทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นมาใช้ ได้แก่ Article 49a

โดยบัญญัติไว้ในส่วน “Grant of the Patent Section 1 The Patent Application” ใน Article 49a para. 1a. กำหนดว่า ในคำขอรับสิทธิบัตรต้องระบุแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่ผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นคำขอได้เข้าถึง และต้องแจ้งด้วยว่า

สิ่งประดิษฐ์นั้นมีพื้นฐานหรือที่มาจากทรัพยากรนั้นโดยตรง^๕ Article 49a para. 1b กำหนดเรื่องการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม (Traditional Knowledge associated with Genetic Resources: ATK) มาใช้ วรรคนี้กำหนดว่า ในคำขอรับสิทธิบัตรต้องระบุแหล่งที่มาของภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นของชนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นคำขอได้เข้าถึงและต้องแจ้งด้วยว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นมีพื้นฐานหรือได้ใช้ภูมิปัญญานั้นในการประดิษฐ์โดยตรง นอกจากนี้ กฎหมายสิทธิบัตรสวิสยังได้กำหนดเรื่องการนำสารพันธุกรรม (biological material) มาใช้ในการประดิษฐ์เอาไว้เป็นการเฉพาะใน Article 50a ซึ่งมาตรานี้ถูกเพิ่มมาในคราวเดียวกันกับการเพิ่ม Article 49a ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตร เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๗

ประเด็นที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาห่วงกังวลว่า จะต้องแจ้งแหล่งที่มาเพียงใด และยืนยันว่าไม่ต้องการเข้าไปตรวจสอบว่าที่มานั้นจริงหรือเท็จประการใด ในกฎหมายสิทธิบัตรสวิส Article 49a para.2^๖ มีทางออกสำหรับเรื่องนี้ว่า หากผู้ประดิษฐ์หรือผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่อาจทราบแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องทำหนังสือยืนยันต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา (The Swiss Federal Institute of Intellectual Property (IPI))

๑.๑.๒ การขยายความ Patents Act โดย Ordonnance relative aux brevets d'invention du ๑๙ octobre ๑๙๗๗^๗ (Swiss Patent Regulations)

ในการกำหนดหน้าที่เปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นในการขอรับสิทธิบัตรนั้น มีการกำหนดรายละเอียดที่จำเป็นเพื่อรองรับการปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิบัตรเอาไว้ในกฎหมายอีกฉบับที่ตราโดยสภาแห่งสมาพันธรัฐ (Federal Council) คือ Ordonnance relative aux brevets d'invention (Ordonnance) กฎหมายฉบับนี้จะตอบคำถามเรื่องขั้นตอนในกรณีที่ Article 49a para.2 กำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องทำหนังสือยืนยันต่อ IPI หากผู้ประดิษฐ์หรือผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่อาจทราบแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนขอแนะนำให้ศึกษา “Examen quant au fond des demandes de brevet nationales – Directives”^๘ ซึ่งเป็นเสมือนคู่มือการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรของ IPI ประกอบกันไป ทำให้เข้าใจวิธีการตรวจสอบการประดิษฐ์มากยิ่งขึ้น

Article 67.2 Ordonnance เป็นที่กำหนดรายละเอียดในการตรวจสอบของ IPI นั้นสามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่า

๑) IPI ตรวจสอบก่อนว่าคำขอรับสิทธิบัตรนั้นเป็นกรณีคำขอที่ต้องมีการแจ้ง (notification) ตามที่กำหนดไว้ใน Article 59 para1. Patents Act หรือไม่ หากเป็นกรณีดังกล่าว IPI ต้องปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรเมื่อผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่สามารถโต้แย้งหรือแก้ต่างคำคัดค้านที่ยกขึ้นตามมาตรานั้นได้โดยการแก้ไขส่วนประกอบทางเทคนิคหรือโดยวิธีการอื่น เมื่อตรวจสอบ Patents Act พบว่า Article 59 อยู่ในส่วนของตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรว่าจะต้องตรวจสอบสิ่งใดบ้าง ในวรรคแรกของมาตรานี้กำหนดว่า หากสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตร

ไม่สอดคล้องหรือไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Article 1, 1a, 1b และ 2 ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน IPI ต้องแจ้งข้อมูลดังกล่าวต่อผู้ยื่นคำขอโดยให้เหตุผลและกำหนดระยะเวลาให้ชี้แจงต่อ IPI^๙ เมื่อพิจารณา Article 1, 1a, 1b และ 2 เป็นเรื่องของเงื่อนไขเกี่ยวกับความใหม่ ไม่เคยเปิดเผยมาก่อน เป็นการประดิษฐ์ขั้นสูง สิ่งที่ไม่รับจดสิทธิบัตร เช่น ร่างกายมนุษย์และตัวอ่อน สิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ

๒) เมื่อผ่านการตรวจสอบใน ๑) มาแล้ว แต่ IPI ตรวจสอบพบว่า คำขอรับสิทธิบัตรไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Article 49a, 50a และมาตราอื่น ๆ (ไม่ขอลำดับถึง เนื่องจากไม่อยู่ในขอบเขตของการศึกษา) ของ Patents Act รวมถึงไม่ปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ใน Ordonnance นี้ IPI จะกำหนดระยะเวลาให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรแก้ไขเรื่องดังกล่าวให้ถูกต้อง หากพบว่าเรื่องที่เป็นปัญหาได้ถูกแก้ไขมาเพียงบางส่วน (ซึ่งยังไม่ครบ) IPI ต้องแจ้งให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรทราบ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า Article 67 Ordonnance ไม่ได้กำหนดต่อไปว่าจะให้แจ้งอีกครั้ง มีกำหนดเวลาหรือไม่ ท้ายที่สุดหากไม่สามารถแจ้งแหล่งที่มาได้ก็จะต้องไปอาศัยช่องทางตาม Article 49a.2 คือผู้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องทำหนังสือยืนยันต่อ IPI ว่าไม่ทราบแหล่งที่มา เพราะลำดับถัดจาก Article 67 ก็เป็นเรื่องของการตรวจสอบเสร็จสิ้นและขั้นตอนการออกสิทธิบัตร นอกจากนี้ ในตัวบทไม่ได้มีถ้อยคำที่สื่อว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรต้องใช้ความพยายามแล้ว หรือใช้ความพยายามสืบค้นแหล่งที่มาถึงขนาดไหน จึงต้องตีความว่าหากทราบแหล่งที่มาแจ้ง หากไม่ทราบก็ทำหนังสือยืนยัน แต่ถ้าผู้ขอรับสิทธิบัตรมีเจตนาปกปิดหรือแจ้งแหล่งที่มาอันเป็นเท็จ Patents Act ได้กำหนดบทลงโทษเอาไว้ดังที่จะได้กล่าวต่อไปในตอนท้าย

๑.๑.๓ แหล่งที่มา (source) และถิ่นกำเนิด (origin)

คำที่ใช้ในกฎหมายสิทธิบัตรสวิสคือคำว่า la source des ressources génétique et des savoir traditionnels ซึ่งคำว่า la source หรือ the source แปลว่า “แหล่งที่มา” หากพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าวจะทำให้เข้าใจได้หรือไม่ว่าหน้าที่ในการแจ้งตาม Patents Act เป็นเพียงการแจ้งที่มาเท่านั้น มิใช่ถิ่นกำเนิด (l'origine) เพราะแหล่งที่มานั้น ขอเพียงทราบว่า นำทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมาจากพื้นที่ใด ประเทศใด ก็สามารถระบุพื้นที่หรือประเทศดังกล่าวได้ว่าเป็นแหล่งที่มา ในขณะที่ถิ่นกำเนิดดูจะมีความหมายที่ลึกซึ้งกว่าเพราะหมายถึงต้นตอดั้งเดิม อันเป็นแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น เมื่อศึกษาจากเอกสารที่สวิตเซอร์แลนด์ได้เสนอต่อที่ประชุม WIPO IGC พบว่า ผู้ร่างกฎหมายสิทธิบัตรสวิสมีความประสงค์ให้ WIPO IGC ยอมรับ

^๙ Article 59

1 Si l'objet d'une demande de brevet n'est pas ou n'est que partiellement conforme aux art. 1, 1a, 1b et 2 l'IPI en informe le requérant en lui indiquant les raisons et lui impartit un délai pour répondre.

คำว่าแหล่งที่มา (source) ในความหมายอย่างกว้างทั้งแหล่งที่มาปฐมภูมิและหัตถภูมิ^{๑๐} ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป อนึ่ง ผู้เขียนย้ำเรื่อง source และ origin หลายครั้ง เนื่องจากพบว่ามีการแปล Ordonnance relative aux brevets d'invention เป็นภาษาอังกฤษแต่แปลคำว่า la source เป็น the origin ซึ่งสองคำนี้มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญและสร้างภาระการพิสูจน์แก่ผู้ขอรับสิทธิบัตรคนละระดับกัน ผู้ร่างกฎหมายจึงควรให้ความสำคัญกับคำศัพท์เหล่านี้

ตามที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่าใน Patents Act มิได้กำหนดนิยามศัพท์ที่เกี่ยวกับการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมไว้และภูมิปัญญาท้องถิ่นเอาไว้ การจะทราบว่า “แหล่งที่มา” หมายความว่าอย่างไรจึงต้องอาศัย Ordonnance ฉบับที่กล่าวมาข้างต้น โดย Article 45a Ordonnance ได้ขยายความ “แหล่งที่มา” (source) ที่กำหนดให้เปิดเผยในคำขอรับสิทธิบัตรตาม Article 49a Patents Act กล่าวคือ กำหนดว่า “แหล่งที่มา” ให้หมายถึงสิ่งหนึ่งสิ่งใดที่จะกล่าวต่อไปนี้

(๑) ประเทศซึ่งให้ทรัพยากรพันธุกรรม (le pays fournisseur) ตามนัยยะของ Article 2 และ Article 15 ของอนุสัญญา CBD ซึ่ง Article 2 เป็นบทนิยามศัพท์ได้แก่ “Country providing genetic resources” คือ ประเทศซึ่งให้ทรัพยากรพันธุกรรม หมายถึง ประเทศซึ่งสำรองทรัพยากรพันธุกรรมรวบรวมสะสมได้จากแหล่งซึ่งอยู่ในถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ (in situ) รวมถึงประชากรของชนิดพันธุ์ทั้งที่อยู่ในธรรมชาติและที่เพาะเลี้ยงหรือปลูก หรือทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้จากแหล่งซึ่งอยู่นอกถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติซึ่งอาจจะไม่ได้ถือกำเนิดในประเทศนั้น (ex situ)

ส่วน Article 15 เป็นเรื่องของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม พิจารณาจากตัวบทแล้วเห็นว่า ส่วนที่เกี่ยวข้องกับแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม ได้แก่ Article 15.3 ส่วนที่กำหนดถึงประเทศภาคีซึ่งเป็นถิ่นกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น และประเทศภาคีซึ่งได้รับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมาโดยสอดคล้องกับอนุสัญญา CBD กล่าวได้ว่า “แหล่งที่มา” ตามกฎหมายสิทธิบัตรสวิสนั้น ขอเพียงเป็นประเทศซึ่งให้ทรัพยากรพันธุกรรมก็เพียงพอแล้ว ด้วยความหมายที่ค่อนข้างกว้าง จึงไม่น่าจะยากเกินความสามารถของผู้ขอรับสิทธิบัตรที่จะทราบได้ว่าทรัพยากรพันธุกรรมที่ตนนำมาใช้นั้นมาจากประเทศใด ในทางตรงกันข้ามการแจ้งแหล่งที่มาน่าจะยุ่งยากมากขึ้นหากกฎหมายกำหนดให้ต้องแจ้ง “ถิ่นกำเนิด” (origin) เพราะตามความหมายของอนุสัญญา CBD ประเทศแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรม หมายถึง ประเทศซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านั้นในสภาพตามถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ หากประเทศไทยยอมรับการแจ้งแหล่งที่มาตามที่กล่าวมานี้ หากเกิดกรณี เช่น นำผักตบชวาที่เก็บได้จากแม่น้ำท่าจีนที่ไหลผ่านหลายจังหวัด แต่ตามตัวอย่างนี้เก็บมาจากแถวจังหวัดนครปฐม และนำไปทำการทดลองผลิตครีมบรรเทาปวดข้อเข้า เมื่อประสบความสำเร็จจะขอรับอนุสิทธิบัตรแหล่งที่มา (source) ที่ต้องแจ้งคือ จังหวัดนครปฐม ประเทศไทย แต่ถ้ากำหนดว่าต้องเปิดเผย

^{๑๐} Proposal by Switzerland regarding the Declaration of the source of Genetic Resources and Traditional Knowledge in Patent Applications, Geneva, June 3, 2005, WIPO/IP/GR/05/INF/4, p. 3.

ประเทศถิ่นกำเนิด (origin) อาจเกิดกรณีว่าผักตบชวานั้นแท้จริงแล้วมีถิ่นกำเนิดจากกลุ่มน้ำแอมะซอน (บราซิล) และไทยนำเข้ามาจากอินโดนีเซียจึงเรียกว่าผักตบชวา^{๑๑} นอกจากนี้ ผักตบชวชนิดนี้ได้แพร่พันธุ์ในประเทศเขตร้อนอีกหลายประเทศ เช่น อินเดีย คองโก แอฟริกาใต้ มาเลเซีย การกำหนดให้ระบุแหล่งที่มาหรือ source จึงมีความยืดหยุ่นมากกว่า หรือจะกำหนดทั้งสองอย่างก็ได้ แต่ให้เลือกได้ว่าจะแจ้งถิ่นกำเนิด (origin) หรือแหล่งที่มา (source)

ในประเด็นว่าจะต้องขออนุญาตก่อนเข้าถึงหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับว่า ทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวนั้นมีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องขออนุญาตหรือต้องดำเนินการแบ่งปันผลประโยชน์หรือไม่ หากเป็นพืชตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็ต้องดำเนินการทุกขั้นตอนตามนั้นก่อน ในประเด็นขอบเขตการคุ้มครอง ต้องคำนึงด้วยว่าจำเป็นถึงขนาดที่ต้องให้ความคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศอื่น ๆ ด้วยหรือไม่ เพราะบางประเทศก็กำหนดให้แจ้งเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมที่มาจากประเทศของตนเท่านั้น เช่น อินเดีย^{๑๒} ฝรั่งเศส^{๑๓}

(๒) ระบบพหุภาคีของการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ ตาม Article 10.2 ของสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: TPGRFA)^{๑๔} ซึ่งสวิตเซอร์แลนด์เป็นรัฐภาคี โดย Article 10.2 กำหนดเรื่องของการใช้สิทธิอธิปไตยของรัฐภาคีที่จะต้องจัดให้มีระบบพหุภาคีที่มีประสิทธิภาพ มีความโปร่งใส เพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อใช้เป็นอาหารและเพื่อการเกษตรและต้องแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านั้นอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม อย่างไรก็ตาม หากต้องการทราบว่าประเทศที่อยู่ในความหมายของ Multilateral System ตาม Article 10.2 คือประเทศใด ต้องอ่าน Article 11 ประกอบกัน จึงได้ความว่าหมายถึงประเทศภาคีที่จัดการและควบคุมพืชตาม Annex I ที่ถูกนำไปใช้ในการประดิษฐ์

(๓) ชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น (les communautés autochtones et locales) ตาม Article 8 (j) ของอนุสัญญา CBD เนื่องจากอนุสัญญาฯ มิได้ให้นิยามคำว่า “ชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น” จึงต้องอาศัย Article 8 (j) ซึ่งสรุปได้ว่า กฎหมายภายในของรัฐภาคีจะต้องเคารพ ส่งเสริมและดำรงไว้ซึ่งภูมิปัญญา นวัตกรรม และทางปฏิบัติของชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่นซึ่งปรากฏอยู่ในวิถีชีวิตที่สืบทอดมาตามประเพณีซึ่งเกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์และการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน และต้องส่งเสริมการประยุกต์ใช้โดยได้รับความเห็นชอบและการมีส่วนร่วมของผู้ทรงความรู้หรือเจ้าของภูมิปัญญา นวัตกรรมหรือทางปฏิบัตินั้น และต้องสนับสนุนการแบ่งปันอย่างเท่าเทียมซึ่งผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์จากความ

^{๑๑} สำนักงานสิ่งแวดล้อมภาคที่ ๕, คู่มือการจัดการผักตบชวา (พิมพ์ครั้งที่ ๑, ๒๕๕๔) ๖ - ๗.

^{๑๒} รัชนีกร ลาภนิชชา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑*, หน้า ๒๔ - ๓๓.

^{๑๓} *เพ็งอ้าว*, หน้า ๔๐ - ๔๗.

^{๑๔} สนธิสัญญาระหว่างประเทศภายใต้การนำขององค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) โดยมีหลักการสำคัญคือ รัฐสมาชิกจะต้องให้การคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช รับรองสิทธิในการร่วมแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช รับรองสิทธิในการร่วมตัดสินใจเรื่องการอนุรักษ์การใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชในระดับประเทศ

หรือนวัตกรรมหรือทางปฏิบัตินั้น ดังนั้น หากเข้าใจ “ชุมชนพื้นเมืองและท้องถิ่น” ตามอนุสัญญา CBD อย่างไร สวิตเซอร์แลนด์ก็กำหนดให้แหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นตามความหมายนั้น

(๔) ประเทศแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรม (le pays d'origine des ressources génétiques) หรือ Country of origin of genetic resources ตามนิยามใน Article 2 ของอนุสัญญา CBD กล่าวคือ ประเทศซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านั้นในสภาพตามถิ่นที่อยู่อาศัยตามธรรมชาติ

(๕) แหล่งที่มา *ex situ* (les sources *ex situ*) ได้แก่ สวนพฤกษศาสตร์หรือธนาคารเชื้อพันธุ์ การที่สวิตเซอร์แลนด์ยอมรับการเปิดเผยแหล่งที่มาเช่นนี้ได้ ย่อมเป็นการผ่อนปรนแก่ผู้ขอรับสิทธิบัตรเป็นอย่างมาก เนื่องจากอาจมีกรณีที่ไม่ทราบว่าต้นตอหรือแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นแท้จริงแล้วอยู่ในประเทศหรือดินแดนใด เพราะนำมาจากธนาคารเชื้อพันธุ์ในประเทศหนึ่งนี้อาจจะไม่ใช่ถิ่นกำเนิดหรือแหล่งที่มาของทรัพยากรดังกล่าว อาจเป็นได้ว่าทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวนั้นได้สูญพันธุ์ไปแล้วในถิ่นกำเนิด แต่ถูกนำมาเพาะเลี้ยงขยายพันธุ์ในอีกประเทศหนึ่ง หรือแม้แต่ว่าจะนำมาจากสวนพฤกษศาสตร์ก็ถือว่ายอมรับได้

(๖) งานวรรณกรรมทางวิทยาศาสตร์ (la littérature scientifique) ก็คืองานวิจัย ตำราทางวิชาการต่าง ๆ

เมื่อพิจารณาจาก Ordonnance relative aux brevets d'invention แล้วจึงสามารถสรุปได้ว่า “แหล่งที่มา” ที่ต้องแจ้งไว้ในคำขอรับสิทธิบัตรสวิสนั้นมีได้หลายอย่างขอเพียงระบุอย่างใดอย่างหนึ่งก็เพียงพอแล้ว ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายสิทธิบัตรสวิสเห็นว่าอาจเกิดกรณีที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่อาจทราบหรือไม่อาจเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจากแห่งปฐมภูมิ (origin) ได้จริง ๆ จึงได้ให้โอกาสด้วยการกำหนดแหล่งอื่น ๆ ที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรหรือผู้ประดิษฐ์ได้นำทรัพยากรนั้นมาซึ่งอาจเป็นแหล่งทุติยภูมิก็ได้^{๑๕} ในแนวทางการตรวจสอบการประดิษฐ์^{๑๖} ระบุชัดเจนว่าผู้ตรวจสอบต้องตรวจสอบการแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่น หากพบว่าคำขอรับสิทธิบัตรนั้นมีการกล่าวถึงทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นเอาไว้ในคำบรรยายวิธีการประดิษฐ์หรือข้อถ้อยสิทธิ ในกรณีนี้ แหล่งที่มาที่ต้องระบุอย่างแรกคือประเทศผู้ให้ทรัพยากรตาม (๑) ของ Article 45a Ordonnance และผู้เขียนพบว่าผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรต้องยึดแนวทางตาม Message concernant la modification de la loi sur les brevets et

^{๑๕} Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, « Message concernant la modification de la loi sur les brevets... », *Op.cit. supra note 4*, p. 76.

^{๑๖} Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, « Examen quant au fond des demandes de brevet nationales – Directives », Berne, le 1er janvier 2021, p. 95 <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/patente/f/directives_brevets/RiLi_Sachpruefung_CH-Patent_FR_202101.pdf> เป็นแนวทางที่ IPI ประกาศใช้เพื่อให้ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรมีแนวทางในการปฏิบัติงานตรวจสอบการประดิษฐ์ในเชิงลึก

l'arrêté fédéral portant approbation du Traité sur le droit des brevets et du Règlement d'exécution du 23 novembre 2005 ที่ประธานาธิบดีแห่งสมาพันธรัฐสวิส แลงไว้ต่อรัฐสภาในคราวเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตรมาใช้ในการตรวจสอบด้วย นอกจากนี้ ผู้ตรวจสอบสามารถใช้ดุลพินิจในกรณีที่พบว่าผู้ขอรับสิทธิบัตรไม่สามารถทราบแหล่งที่มาปฐมนิยามได้จริง ๆ หรือหากจะตรวจสอบแหล่งที่มาปฐมนิยามได้จะต้องเผชิญกับค่าใช้จ่ายหรือความยากอันเกินสมควรกว่าเหตุ เช่นนี้จึงจะยอมให้ระบุแหล่งที่มาปฐมนิยามได้ เช่น ธนาคาร เชื้อพันธุ์ บริษัทจำหน่ายเมล็ดพันธุ์ ซึ่งรายละเอียดเหล่านี้ย่อมไม่ปรากฏใน Patents Act ที่เป็นกฎหมายฉบับหลัก และขยายความต่อไปว่าผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรจะต้องตรวจว่าได้มีการแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีผลต่อการพัฒนาหรือสร้างสรรค์การประดิษฐ์นั้นด้วย หากตรวจพบว่าไม่ได้แจ้งเอาไว้ในคำขอรับสิทธิบัตร ผู้ตรวจสอบจะต้องแจ้งให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรแก้ไข ซึ่งสอดคล้องกับที่กำหนดใน Article 59.2 Patents Act แต่ในคู่มือไม่ได้กำหนดว่าจะกำหนดระยะเวลาให้แก้ไขภายในกี่วัน

หากประเทศไทยจะยอมรับรายการแหล่งที่มาเหล่านี้ได้บ้าง บางรายการ ย่อมเป็นผลดีต่อการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นโดยเฉพาะที่เป็นของประเทศไทยหรือพบได้ในประเทศไทย เมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ประเทศจะได้รับจะเห็นได้ว่าการกำหนดในกฎหมายสิทธิบัตรให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรต้องแจ้งแหล่งที่มาเหล่านี้เพียงหนึ่งแหล่งที่มาที่ยอมรับไม่ได้เป็นภาระหรือสร้างความยุ่งยากอย่างยิ่งให้แก่ประชาชนหรือแม้แต่กรมทรัพย์สินทางปัญญาถึงขนาดที่ไม่อาจยอมรับได้แต่ประการใด ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายสวิสว่าการเขียนย้อนหรือเขียนอ้างถึงบรรดานิยามตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นสมาชิก หากผู้ขอรับสิทธิบัตรมีความเกี่ยวข้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่กล่าวมา ก็อาจไม่ยุ่งยากมากนัก แต่ถ้าไม่ได้เป็นสมาชิกของรัฐสมาชิกก็น่าจะต้องเผชิญกับความยุ่งยากอยู่บ้าง ซึ่งรายละเอียดเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อผู้ขอรับสิทธิบัตรที่ยื่นคำขอระหว่างประเทศ (PCT) ที่ยื่นผ่าน IPI ของสวิสด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม แนวทางการร่างกฎหมายไทยจะไม่ได้อ้างถึงความตกลงระหว่างประเทศเอาไว้ในกฎหมายโดยตรง แต่ในเมื่อไทยมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศฉบับใดแล้วก็สามารถนำข้อความที่ต้องการมากำหนดไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายนั้นได้

๑.๒ หน้าที่ของผู้ขอรับสิทธิบัตรเมื่อยื่นคำขอ PCT กรณีที่ระบุให้สวิตเซอร์แลนด์เป็น designated Office

สนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๗๐ (Patent Cooperation Treaty: PCT) (สนธิสัญญา PCT) สนธิสัญญา PCT เป็นความตกลงพหุภาคีที่มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ระหว่างประเทศและคำขอรับอนุสิทธิบัตรระหว่างประเทศ รวมถึงการสืบค้นข้อมูลเบื้องต้นเพื่อการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรในประเทศปลายทาง (designated State) แต่ไม่ใช้การจดทะเบียนระหว่างประเทศ ดังนั้น ผู้ยื่น

คำขอ PCT จะได้รับการคุ้มครองในประเทศปลายทางที่ยื่นขอรับการคุ้มครองหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับ การตรวจสอบตามกฎหมายสิทธิบัตรของสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศนั้น ๆ การขอจดสิทธิบัตรในประเทศหนึ่งได้ จึงไม่ได้หมายความว่า จะต้องได้รับสิทธิบัตรจากอีกประเทศ โดยอัตโนมัติ ประเทศไทยก็ได้เข้าเป็นภาคีและให้สัตยาบันตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๒ โดยมีการประกาศใช้กฎหมายอนุวัติการเป็นกฎหมายลำดับรอง คือ กฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับ ความคุ้มครองการประดิษฐ์ตามสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๕๒ และได้มี การเพิ่มหมวดการขอรับความคุ้มครองการประดิษฐ์ภายใต้สนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร ไว้ในร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ที่อยู่ระหว่างการตรวจพิจารณาของสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา

สวิตเซอร์แลนด์เป็นภาคีและอนุวัติการสนธิสัญญา PCT ใน Patents Act บทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับ Article 49a Patents Act เรื่องการแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากร พันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นปรากฏอยู่ในส่วน International Patent Applications เรียกว่า “เงื่อนไขด้านรูปแบบ” ตาม Article 138 (b)^{๓๗} ซึ่งเป็นกรณีการยื่นคำขอคุ้มครองระหว่างประเทศ เช่นกัน ดังนั้น การยื่นคำขอ PCT ผ่านรัฐสมาชิกอื่น (International Application) เพื่อขอรับ สิทธิบัตรในสวิตเซอร์แลนด์ในฐานะ designated Office ตามความตกลง PCT นั้น ผู้ยื่นคำขอ มีหน้าที่เปิดเผยแหล่งที่มาเช่นเดียวกันกับการยื่นคำขอต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาสวิส เมื่อพิจารณาตามมาตรานี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้ผู้ยื่นคำขอต้องยื่นเอกสารตามที่กำหนดไว้ ภายใน ๓๐ เดือนนับจากวันยื่นคำขอหรือวันขอถือสิทธิวันยื่นคำขอครั้งแรก (Priority Date) ซึ่งตรงกับที่กำหนดไว้ใน Article 22 ของสนธิสัญญา PCT เห็นได้ว่าการเปิดโอกาสให้ผู้ยื่น คำขอรับสิทธิบัตรสามารถรวบรวมเอกสารหลักฐานได้ ต่างจากบางประเทศที่เข้มงวดในเรื่องนี้ อย่างอินเดีย เนื่องจากรัฐบัญญัติความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๒๐๐๒ ของอินเดียกำหนดไว้ ว่าการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ในงานทรัพย์สินทางปัญญาต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงาน ของรัฐก่อนเสมอ^{๓๘} ทำให้กรณีของอินเดียจะต้องมีเอกสารอนุญาตจากทางราชการก่อน จึงจะนำ ทรัพยากรพันธุกรรมมาใช้ในการประดิษฐ์ แต่สวิตเซอร์แลนด์ยังให้โอกาสนำเอกสารหลักฐาน มายื่นภายในระยะเวลา ๓๐ เดือนนับจากวันยื่นคำขอหรือวันยื่นคำขอครั้งแรกในกรณีที่มีการ

^{๓๗} Article 138 “Within 30 months of the filing or priority date, the applicant must:

a. provide written confirmation of the name of the inventor;

b. provide information on the source (Art. 49a);

c. pay the filing fee;

d. file a translation in an official Swiss language, provided the international ap-
plication is not made in such a language.”

^{๓๘} รัฐนิกร ลาภวนิชชา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ ๑*, หน้า ๒๙.

claim priority เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้ขอรับสิทธิบัตรที่ยื่นคำขอ PCT ในสวิสโดยมิได้ทิ้งระยะเวลาเนิ่นนานเกินไปนับจากวันยื่นคำขอครั้งแรกยังคงมีโอกาสในการรวบรวมหลักฐานการขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมาแสดง ในประเด็นนี้ หากกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของไทยจะกำหนดในกฎหมายคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพให้ต้องขออนุญาตก่อนเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมก่อนนำไปใช้ในงานทรัพย์สินทางปัญญาก็จะช่วยให้เกิดความสอดคล้องกับกฎหมายสิทธิบัตรที่กำลังปรับปรุงอยู่นี้ และสอดคล้องกับร่างข้อบ่งชี้ด้านทรัพยากรพันธุกรรมของ WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (WIPO IGC)^{๑๙} ที่อยู่ระหว่างการเจรจาและมีแนวโน้มว่าจะยุติได้ในเร็ว ๆ นี้

ในส่วนของหลักการอื่น ๆ ตามอนุสัญญา CBD และพิธีสารนาโงยา ไม่ว่าจะเป็นการขออนุญาตก่อนเข้าถึง prior informed consent หรือการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ Benefit sharing ผู้ร่างกฎหมายสิทธิบัตรสวิสเห็นว่าไม่จำเป็นต้องนำมากำหนดไว้ในกฎหมายนี้ เพราะถึงอย่างไรผู้ขอรับสิทธิบัตรก็ต้องดำเนินการตามที่กฎหมายอื่นที่อนุวัติการอนุสัญญา CBD และพิธีสารนาโงยากำหนดไว้ในเรื่องนี้อยู่แล้ว จึงไม่ได้กำหนดให้ต้องแสดงหลักฐานการขออนุญาตก่อนเข้าถึงและข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์มาพร้อมคำขอรับสิทธิบัตร^{๒๐}

๑.๓ มาตรการที่นำมาใช้ในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายสิทธิบัตร

สวิตเซอร์แลนด์เลือกใช้มาตรการที่น่าสนใจโดยกำหนดไว้ใน Patents Act ได้แก่ (๑.๓.๑) ปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตร และ (๑.๓.๒) กำหนดโทษปรับทางอาญาตามกฎหมายสิทธิบัตร

๑.๓.๑ ปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตร

หากอ่านเฉพาะ Article 49a ที่กำหนดหน้าที่ในการแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นแล้ว อาจเกิดข้อสงสัยว่าหากไม่แจ้งไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม จะเกิดผลอย่างไรขึ้นหรือไม่ ตามปกติแล้วกลไกของกฎหมายสิทธิบัตรนานาชาติประเทศมักจะกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรที่บกพร่องต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดต้องได้รับผลร้ายอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น ถูกปฏิเสธคำขอ หรือต้องแก้ไขคำขอ คำตอบของคำถามนี้ปรากฏอยู่ใน Article 59 ซึ่งเป็นมาตราที่กำหนดเรื่องการตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรว่าจะต้องตรวจเรื่องใดบ้าง โดย Article 59.2 กำหนดว่า หากคำขอรับสิทธิบัตรไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้ หรือ Ordonnance IPI ต้องแจ้งให้ผู้ขอทราบโดยกำหนดเวลาให้แก้ไขข้อผิดพลาดนั้นให้ถูกต้อง

^{๑๙} WIPO/GRTKF/IC/43/5 (“Chair’s Text of a Draft International Legal Instrument Relating to Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources”) <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_ss_ge_23/wipo_grtkf_ic_ss_ge_23_2.docx> accessed 1st March 2014.

^{๒๐} Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, « Message concernant la modification de la loi sur les brevets... », *Op.cit. supra note 4*, p. 78.

สังเกตได้ว่ามาตรานี้กำหนดขอบเขตสิ่งที่ผิดพลาดและต้องแก้ไขไว้อย่างกว้าง ไม่ได้กำหนดเฉพาะไว้ว่าต้องเป็นความผิดพลาดในเรื่องใด และเมื่อพิจารณาต่อไปในมาตรา Article 59a ซึ่งกำหนดกรณีที่ตรวจสอบการประดิษฐ์แล้วเห็นว่าครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดสามารถออกสิทธิบัตรให้ได้ ให้ IPI แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบ อย่างไรก็ตาม IPI ปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรนั้นได้ หากพบว่าเป็นกรณีต่อไปนี้ ๑) ไม่มีการถอนคำขอรับสิทธิบัตร แม้ว่าจะเป็นกรณีที่ไม่อาจออกสิทธิบัตรได้เนื่องจากเป็นกรณีที่ต้องห้ามตามกฎหมาย Article 1, 1a, 1b และ 2 (ร่างกายมนุษย์ พันธุกรรมมนุษย์ ขัดต่อความสงบเรียบร้อย) หรือ ๒) ผู้ขอรับสิทธิบัตรมิได้แก้ไขข้อผิดพลาดตาม Article ๕๙.๒ ที่เจ้าหน้าที่ได้แจ้งให้แก้ไขภายในกำหนดระยะเวลา เมื่อพิจารณาสองมาตรานี้ ประกอบกันเห็นว่า IPI มีอำนาจปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรได้โดยอาศัย Article 59a para. 3 (b) ที่กล่าวมา เนื่องจาก IPI สามารถสั่งให้ผู้ขอรับสิทธิบัตรแจ้งแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาใช้ได้ หากไม่แจ้งไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม ย่อมเป็นอำนาจของ IPI ที่จะปฏิเสธไม่รับคำขอ^{๒๑}

๑.๓.๒ ความผิดอาญาตามกฎหมายสิทธิบัตร

ในปี ค.ศ. ๒๐๐๗ ที่ได้มีการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตร การประดิษฐ์ครั้งใหญ่ โดยเพิ่ม Article 49a ที่ได้กล่าวมาข้างต้น ในครั้งนั้นผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดมาตรการบังคับเอาไว้ในหมวดว่าด้วยความผิดอาญาตามกฎหมายสิทธิบัตรใน Article 81a^{๒๒} (False information concerning the source) โดยกำหนดเงื่อนไขเป็นองค์ประกอบภายในว่า บุคคลใดมีเจตนาแจ้งแหล่งที่มาอันเป็นเท็จของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรตาม Article 49a จึงจะถูกลงโทษตามมาตรานี้ โดยกำหนดโทษปรับขั้นสูง ๑๐๐,๐๐๐ ฟรังก์สวิส (ประมาณ ๔,๐๘๗,๒๕๐ บาท) และศาลอาจสั่งให้เผยแพร่คำพิพากษาของคดีนี้ต่อสาธารณะได้ อย่างไรก็ตาม ต้องไม่ลืมว่า Patents Act ยังคงเหลือพื้นที่ให้แก่ผู้ขอรับสิทธิบัตรในกรณีที่ไม้อาจระบุหรือไม่ทราบที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นนั้นจริง ๆ ผู้ขอรับสิทธิบัตรหรือผู้ประดิษฐ์สามารถทำหนังสือยืนยันต่อ IPI ได้ตาม Article 49a ดีกว่าแจ้งแหล่งที่มาอันเป็นเท็จ

ผู้เขียนมีข้อสังเกตถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายสิทธิบัตรสวิส และอินเดียว่า กฎหมายสิทธิบัตรอินเดียกำหนดให้สามารถนำการปกปิด ให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ หรือไม่เปิดเผยที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ใช้ในสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตร

^{๒๑} Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, « Message concernant la modification de la loi sur les brevets... », *Op.cit. supra note 4*, p. 77 ; FRANCK AMIOT, « Modalités d'application et portée de l'article 49a LBI » *sic!*, 2-2020 <https://www.sic-online.ch/fileadmin/user_upload/Sic-Online/2020/documents/075.pdf> accessed 2nd March 2024.

^{๒๒} Article 81a

1 Any person who willfully provides false information under Article 49a is liable to a fine of up to 100,000 francs.

2 The court may order the publication of the judgment.

มาใช้เป็นเหตุแห่งการคัดค้านการออกสิทธิบัตรได้ หรือหากพ้นจากขั้นตอนนี้ไปแล้วก็สามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อขอเพิกถอนสิทธิบัตรได้ แต่กฎหมายสวิสมีได้กำหนดเหตุนี้ เป็นเหตุที่จะคัดค้านการออกสิทธิบัตร ส่วน IPI จะมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิบัตรหรือไม่นั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ เพียงแต่เปิดช่องให้สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลด้วยเหตุแห่งการไม่เปิดเผยที่มาหรือเจตนาให้ข้อมูลเท็จได้ ดังนั้น ผู้ที่มีอำนาจในการเพิกถอนสิทธิบัตรจึงอยู่ในกระบวนการสุดท้าย คือ ศาล ไม่ใช่ IPI อนึ่ง เหตุในการคัดค้านการออกสิทธิบัตรตามกฎหมายสวิสนั้นถูกจำกัดไว้เพียงเรื่องของการฝ่าฝืน Article 1a Article 1b และ Article 2 ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับบรรดาสิ่งหรือสิ่งประดิษฐ์ที่ต้องห้ามนำมาขอรับสิทธิบัตร ตลอดจนเรื่องความสงบเรียบร้อย

๒. หน้าทีตามกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติและภูมิทัศน์ (Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage) หรือ the Protection of Nature and Cultural Heritage Act (NCHA)

กฎหมายที่เป็นหลักหรือเป็นกฎหมายกลางในการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ คุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม (Traditional Knowledge associated with Genetic Resources: ATK) ของสวิตเซอร์แลนด์ คือ กฎหมายคุ้มครองธรรมชาติและภูมิทัศน์ ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่หลักในการขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเอาไว้ ดังนั้น จึงสมควรต้องศึกษา (๒.๑) หน้าที่ในการขออนุญาตเพื่อเข้าถึงและนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ไม่ว่าจะใช้เพื่อวัตถุประสงค์ใดตามกฎหมายนี้ โดยมีการกำหนด (๒.๒) หน้าที่แจ้ง (Notification requirement) เพื่อเป็นกรอบให้ผู้ใช้ต้องปฏิบัติ และกฎหมายนี้มี (๒.๓) มาตรการลงโทษเป็นของตนเองแยกจากมาตรการลงโทษตามกฎหมายสิทธิบัตร

๒.๑ กำหนดหน้าที่หลักในการขออนุญาตเข้าถึงในกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

สืบเนื่องมาจากการที่สวิตเซอร์แลนด์เป็นสมาชิกอนุสัญญา CBD และต่อมาได้ให้สัตยาบันต่อพิธีสารนาโงยาในปี ค.ศ. ๒๐๑๔ ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญของสมาพันธรัฐ Article 78 para. 4 จึงกำหนดหน้าที่ในการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติรวมถึงการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมให้แก่ชุมชนท้องถิ่นตามพิธีสารนาโงยาเอาไว้ด้วย ในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแม่บทเรื่องการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ใช้ (users) เอาไว้อย่างชัดเจน แม้มิได้ระบุเรื่องการนำไปใช้เพื่อขอรับสิทธิบัตร แต่เนื่องจากได้กำหนดเรื่องการนำไปใช้เอาไว้อย่างกว้าง จึงต้องรวมถึงการนำไปแสวงประโยชน์เชิงพาณิชย์ด้วย ใน NCHA มีหมวดทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นการเฉพาะ โดย Article 23n 1 ที่อยู่ใน Section mc Genetic Resources กำหนดหน้าที่ไว้ดังต่อไปนี้

(๑) บุคคลตามที่กำหนดไว้ในพิธีสารนาโงยาที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมหรือได้รับประโยชน์โดยตรงจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมมีหน้าที่ต้องตรวจสอบว่าตนได้เคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขต่อไปนี้ ก. การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

และ ข. ได้มีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมโดยมีเงื่อนไขต่าง ๆ อย่างครบถ้วน^{๒๓}

(๒) ในกรณีต่อไปนี้ อาจไม่จำเป็นต้องตรวจสอบการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม

เอ. มีแหล่งกำเนิดจากประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีของพิธีสารนาโงยา

บี. มีแหล่งกำเนิดจากประเทศที่ไม่มีการเข้าถึงภายในประเทศ

และกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์

ซี. มีแหล่งกำเนิดจากพื้นที่ที่มีได้อยู่ในดุลอาณานิคมของรัฐบาลใด ๆ

ของพิธีสารนาโงยา

ดี. ถูกนำไปใช้เป็นการเฉพาะตาม Article ๔ ของพิธีสารนาโงยา

อี. เป็นพันธุกรรมของมนุษย์

เอฟ. เป็นโรคภัยหรือสินค้าโดยไม่ได้ถูกนำไปใช้ในฐานะ
ทรัพยากรพันธุกรรมตามนโยบายของพิธีสารนาโงยา

(๓) การใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในวรรคหนึ่งหมายความว่า การใช้เพื่อ
การวิจัยและพัฒนาในด้านพันธุกรรมหรือชีวเคมีที่เป็นส่วนประกอบของทรัพยากรพันธุกรรม รวมถึง
การใช้ในทางเทคโนโลยีชีวภาพด้วย

(๔) การเข้าถึงตามวรรคหนึ่งจะถือว่าชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็น
การเข้าถึงที่สอดคล้องกับการเข้าถึงภายในประเทศและการแบ่งปันผลประโยชน์ตามที่กฎหมายของ
รัฐบาลที่ให้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นกำหนดไว้

(๕) กรณีที่ไม่อาจปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง เอ และบี ได้
ผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมต้องมั่นใจว่าจะสามารถปฏิบัติตามได้ในภายหลัง หรือไม่เช่นนั้นจะต้อง
งดการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม หรืองดการแสวงประโยชน์โดยตรงจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมดัง
กล่าว ในกรณีฉุกเฉิน Federal Council สามารถชะลอระยะเวลาในการปฏิบัติตามเงื่อนไข
ที่กล่าวมาให้ช้าออกไปได้สำหรับทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นสิ่งมีชีวิตที่ทำให้เกิดโรคหรือเกิดอันตราย

(๖) Federal Council มีหน้าที่กำกับดูแลว่าข้อมูลการใช้ทรัพยากร
พันธุกรรมใดจะต้องมีการบันทึกไว้และส่งต่อไปยังผู้ใช้อย่างต่อไป

๒.๒ หน้าที่แจ้ง (Notification requirement)

(๑) กรณีทรัพยากรพันธุกรรม กำหนดไว้ใน Article 23o ว่า ผู้ใช้
ทรัพยากรพันธุกรรมมีหน้าที่ต้องแจ้งการตรวจสอบตาม Article ๒๓n ต่อ Federal Office for
the Environment (FOEN) ก่อนได้รับอนุญาตให้วางจำหน่ายในตลาด หรือกรณีที่ไม่จำเป็นต้อง
ขออนุญาต ให้แจ้งก่อนทำการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาขึ้นบนพื้นฐานของการใช้ทรัพยากร
พันธุกรรม ทั้งนี้ Article 23o เป็นการกำหนดกรณีต่าง ๆ ที่ผู้เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องแจ้งการนำ
ทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ อันมีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้ ๑) ต้องแจ้งต่อหน่วยงานผู้รับผิดชอบถึง

^{๒๓} Article 23n <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1966/1637_1694_1679/fr>

การนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ ก่อนที่จะได้รับอนุญาตให้นำเข้าสู่ตลาด หากสิ่งที่ทำนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาต จะต้องแจ้งการนำไปใช้ก่อนการจำหน่ายเชิงพาณิชย์ซึ่งผลิตภัณฑ์ที่มีการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้เป็นส่วนประกอบ ๒) ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามหน้าที่อาจถูกส่งไปยังศูนย์ข้อมูลระหว่างประเทศตามข้อบท ๑๔ แห่งพิธีสารนาโงยา รวมถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของรัฐสมาชิกแห่งพิธีสารนี้ อนึ่ง ชื่อผู้แจ้ง ผลิตภัณฑ์ที่วางจำหน่าย ทรัพยากรพันธุกรรมที่ใช้ วันที่เข้าถึงทรัพยากรดังกล่าว และที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ

(๒) กรณียุติปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรม

(Traditional Knowledge associated with Genetic Resources) ใน Article 23p NCHA กำหนดว่าให้นำบทบัญญัติใน Article 23n (ทรัพยากรพันธุกรรม) และ Article 23o (หน้าที่แจ้ง) มาใช้บังคับกับการนำภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมซึ่งเป็นของชุมชนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่นไปใช้ด้วยเช่นกัน ตราบเท่าที่ภูมิปัญญาดังกล่าวยังไม่แพร่หลายต่อสาธารณชน^{๒๔}

๒.๓ มาตราการลงโทษตามกฎหมายคุ้มครองธรรมชาติและภูมิทัศน์

เป็นมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญา CBD โดยตรง เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรองรับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา CBD และพิธีสารนาโงยา โดย Article 24a para.2 กำหนดบทลงโทษทางอาญา (criminal law provisions) ในกรณีที่บุคคลที่มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลตามที่กำหนดไว้ใน Article 23o จงใจเพิกเฉยไม่เปิดเผยข้อมูลหรือจงใจให้ข้อมูลเท็จ โดยกฎหมายกำหนดค่าปรับไว้ที่จำนวนไม่เกิน ๑๐๐,๐๐๐ ฟรังก์สวิส (ประมาณ ๔,๐๘๗,๒๕๐ บาท) และในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดโดยประมาท กฎหมายกำหนดค่าปรับไว้ไม่เกิน ๔๐,๐๐๐ ฟรังก์สวิส และศาลจะสั่งให้เผยแพร่คำพิพากษานั้นสู่สาธารณะก็ได้ ซึ่งบทลงโทษในส่วนนี้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับการให้สัตยาบันพิธีสารนาโงยา และเริ่มใช้บังคับโทษนี้ในปี ค.ศ. ๒๐๑๔

จากการศึกษากฎหมายคุ้มครองธรรมชาติและภูมิทัศน์ทำให้สามารถยืนยันได้ว่า กฎหมายแต่ละฉบับสามารถกำหนดบทลงโทษและมาตรการบังคับเป็นของตนเองได้ ไม่จำเป็นว่าการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องเป็นภารกิจของกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเสมอไป จึงไม่ใช่เรื่องผิดปกติหากกฎหมายสิทธิบัตรของไทยจะกำหนดมาตรการบังคับและบทลงโทษตามความเหมาะสมเพื่อให้สามารถบังคับใช้มาตรา ๑๗/๑ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

๓. ฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมของสวิตเซอร์แลนด์

สวิตเซอร์แลนด์มีฐานข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรม คือ National information system for the Conservation and Sustainable Utilization of Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (PGRFA-NIS) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของธนาคารเชื้อพันธุ์พืชสวิส

^{๒๔} Article 23p <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1966/1637_1694_1679/fr>

โดยเปิดเผยข้อมูลให้ตรวจสอบได้ผ่านเว็บไซต์^{๒๕} ข้อมูลทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวจะแสดงรายการพันธุ์พืชที่มีถิ่นกำเนิดหรือเพาะพันธุ์ได้ในสวิตเซอร์แลนด์ โดยแบ่งเป็นรายการต่าง ๆ ได้แก่ Conservation collections In situ conservation areas Variety lists Accession lists Multiply lists หรือจะสืบค้นจาก Genus and species ก็ได้เช่นกัน โดยแต่ละรายการจะมีภาพถ่ายประกอบ และมีชื่อผู้ติดต่อ (contact) เพื่อให้ผู้ที่ประสงค์จะนำไปใช้ทราบได้ว่าต้องติดต่อหน่วยงานใดหรือบุคคลใด อาจมีทั้งภาครัฐ เช่น Federal Office for Agriculture หรือ Agroscope และภาคเอกชน เช่น Verein Nussdorf Frumsen บริษัทพัฒนาพันธุ์วอลนัท หรือ UNA Bern (Atelier for Nature Conservation and Environmental Issues) เป็นการรวมกลุ่มผู้เชี่ยวชาญด้านสิ่งแวดล้อม (นักพฤกษศาสตร์ นักสัตววิทยา และด้านอื่น ๆ) เพื่อให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานรัฐและเอกชนในเรื่องทรัพยากรธรรมชาติของสวิตเซอร์แลนด์ (พืช สัตว์ น้ำ ธรณีวิทยา)

สวิตเซอร์แลนด์ไม่มีฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นของตน แต่ที่ผ่านมารัฐบาลได้สนับสนุนการรวบรวมข้อมูลและการสร้างแพลตฟอร์มเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลภูมิปัญญาที่เป็นของชุมชนท้องถิ่นและชนพื้นเมืองภายใต้ WIPO IGC มาโดยตลอด^{๒๖} ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เชื่อมโยงกับทรัพยากรพันธุกรรมของสวิส โดยมากเป็นภูมิปัญญาการใช้พืชป่าและสมุนไพรที่ปลูกหรือพบได้ในเทือกเขาแอลป์เพื่อรักษาอาการของโรค^{๒๗} รวมถึงภูมิปัญญาในการเพาะปลูกในเขตป่าสนบนเทือกเขาแอลป์ (mountain farming)

๔. ประเด็นบทลงโทษให้เพิกถอนสิทธิบัตร

แม้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรสวิสจะไม่ได้ให้มีกระบวนการคัดค้านการออกสิทธิบัตรดังเช่นอินเดีย แต่ก็ยอมรับให้สามารถเพิกถอนสิทธิบัตรได้ในชั้นศาล ในร่างข้อบท GRs ของ WIPO

^{๒๕} Swiss PGRFA Information System (Federal Office for Agriculture) <<https://www.pgrrel.admin.ch/pgrrel/#search/simple>> accessed 29 February 2024.

^{๒๖} The Swiss Federal Institute of Intellectual Property (IPI), “Traditional knowledge and indigenous people” <<https://www.ige.ch/en/law-and-policy/international-ip-law/ip-organisations/wipo/biodiversity-and-sustainable-development/traditional-knowledge-and-indigenous-peoples>> accessed 2nd March 2024.

^{๒๗} Maja Dal Cero, Reinhard Saller, Caroline S. Weckerle, “The use of the local flora in Switzerland: A comparison of past and recent medicinal plant knowledge” (2014) 151 Journal of Ethnopharmacology, Issue 1, 10 January 2014, 253-264. <<https://doi.org/10.1016/j.jep.2013.10.035>> accessed 2nd March 2024.

IGC^{๒๘} ที่เจรจามานานจนเรียกได้ว่าใกล้จะบรรลุเป้าหมายในเร็ว ๆ นี้ แม้ว่าจะยังไม่สิ้นสุดกระบวนการจนถึงขั้นลงนามรับรอง แต่ก็สามารถนำมาใช้ประกอบการพิจารณาในการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรของไทยได้ หากในอนาคตประเทศไทยร่วมลงนามในร่างข้อบทย่อยมีผลผูกพันและก่อพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อไทย ซึ่ง Article 6.3 บทลงโทษและมาตรการเยียวยา วางหลักไว้ว่าภายใต้ Article 6.4 จะไม่มีการลงโทษด้วยการเพิกถอนสิทธิบัตรเพียงเพราะผู้ขอรับสิทธิบัตรล้มเหลวในการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และเมื่อพิจารณา Article 6.4 กำหนดว่ารัฐภาคีมีอำนาจใช้มาตรการลงโทษหลังออกสิทธิบัตร (post grant sanctions) ได้ หากพบว่าผู้ทรงสิทธิบัตรมีเจตนาแจ้งแหล่งที่มาอันเป็นเท็จ ซึ่งให้เป็นไปตามที่กฎหมายภายในของรัฐภาคีกำหนดไว้ ร่างข้อบทย่อยนี้จึงไม่ได้ห้ามการกำหนดมาตรการลงโทษโดยวิธีการเพิกถอนสิทธิบัตร เพียงแต่ต้องอยู่ในเงื่อนไขที่กล่าวมา และเมื่อพิจารณาจากท่าทีของประเทศสมาชิก WIPO IGC ที่มีต่อร่างข้อบทย่อยพบว่ามาตรการเพิกถอนสิทธิบัตรได้รับการสนับสนุนจากประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูงดังเช่น บราซิล และกลุ่มประเทศแอฟริกัน ส่วนประเทศที่ไม่ต้องการมาตรการนี้เป็นประเทศพัฒนาแล้ว เช่น สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป โดยให้เหตุผลว่าจะเป็นการกระทบต่อสิทธิของผู้ทรงสิทธิบัตรเกินควรและจะกระทบต่อการสร้างนวัตกรรมและการประดิษฐ์ ในประเด็นนี้ประเทศไทยควรคำนึงและชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ การเคารพเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมส่วนหนึ่ง และการสร้างสรรค์นวัตกรรมอีกส่วนหนึ่งว่าควรให้ความสำคัญกับสิ่งใดมากกว่า

ในเรื่องการกำหนดโทษเพราะเหตุการไม่ขออนุญาตก่อนเข้าถึงทรัพยากรนี้ แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ แต่ในกฎหมายเฉพาะดังเช่นพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็ได้กำหนดบทลงโทษในกรณีนี้ไว้ ตลอดจนกำหนดหน้าที่ในการขออนุญาตเข้าถึงพันธุ์พืชบางกลุ่มและต้องทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนมีบทลงโทษกรณีฝ่าฝืน ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดมาตรการคัดค้านการออกสิทธิบัตรและการเพิกถอนสิทธิบัตรเป็นภารกิจตามกฎหมายสิทธิบัตรที่จะช่วยถ่วงดุลการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นได้อีกชั้นหนึ่ง เนื่องจากปัจจุบันกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการปรับปรุงพันธุ์ทำให้พันธุ์พืชใหม่ไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องขออนุญาตเข้าถึงเพื่อนำไปใช้ หมายความว่า หากนำพันธุ์พืชใหม่ที่ได้จากการปรับปรุงพันธุ์ของไทยไปใช้ในการประดิษฐ์และนำมาขอรับสิทธิบัตร ก็ไม่มีหน้าที่ต้องขออนุญาต หรือแบ่งปันผลประโยชน์ตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งนับเป็นช่องว่างที่อาจทำให้ประเทศไทยเสียผลประโยชน์ได้ ดังนั้น การกำหนดกลไกที่รัดกุมในกฎหมายสิทธิบัตรอาจมีส่วนช่วยอุดช่องว่างดังกล่าวได้

^{๒๘} WIPO/GRTKF/IC/43/5 (“Chair’s Text of a Draft International Legal Instrument Relating to Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources”), *Op.cit. supra* note 17.

๕. ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรไทย

๑) การกำหนดให้ระบุแหล่งที่มาหรือ source จึงมีความยืดหยุ่นมากกว่า หรือจะกำหนดทั้งสองอย่างก็ได้ แต่ให้เลือกได้ว่าจะแจ้งถิ่นกำเนิด (origin) หรือแหล่งที่มา (source)

๒) กำหนดให้สามารถระบุแหล่งที่มาลำดับรองได้ หากไม่ทราบแหล่งที่มาปฐมภูมิ และกรณีที่ไม่ทราบแหล่งที่มา ให้ทำหนังสือยืนยันต่อกรมทรัพย์สินทางปัญญา

๓) กรณีที่เอกสารแจ้งแหล่งที่มาไม่ครบถ้วนหรือไม่ได้แจ้ง ต้องเปิดโอกาสให้ผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรสามารถยื่นเอกสารหลักฐานเพิ่มเติมได้ภายในระยะเวลาที่กฎหมายสิทธิบัตรกำหนด ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขไว้ในกฎหมายสิทธิบัตรจะเป็นการสอดคล้องกับร่างข้อบท WIPO IGC (Article 6.2) ที่ประเทศไทยกำลังจะลงนามรับรอง

๔) กำหนดให้ปฏิเสธไม่รับคำขอรับสิทธิบัตรได้ หากพบว่าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขเรื่องการเปิดเผยแหล่งที่มา โดยให้มาตรา ๑๗/๑ เป็นมาตราที่ต้องตรวจสอบ หรือไม่เช่นนั้น ควรต้องนำกลไกการคัดค้านก่อนออกสิทธิบัตร (ดังเช่นกฎหมายอินเดีย) มาใช้เพื่อลดภาระของกรมฯ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียจะได้ช่วยตรวจสอบได้ ซึ่งไม่ต่างจากกรณีอื่นที่กรมฯ ยอมให้นำมาเป็นเหตุแห่งการคัดค้าน (อาทิ สิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ ผู้ขอรับสิทธิบัตรขาดคุณสมบัติ หรือไม่ใช้บุคคลที่กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิขอรับสิทธิบัตร) หากคิดว่าการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศไทยเป็นเรื่องสำคัญของชาติ

๕) กำหนดโทษปรับในอัตราที่เหมาะสม กรณีที่แจ้งแหล่งที่มาอันเป็นเท็จหรือจงใจปกปิด เช่น ทำหนังสือยืนยันว่าไม่ทราบแหล่งที่มา แต่ที่จริงแล้วทราบ

๖) การเพิกถอนสิทธิบัตรอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๑๗/๑ ต้องเป็นกรณีที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรมีเจตนาปกปิดหรือแจ้งข้อมูลเท็จ (สอดคล้องกับร่างข้อบท WIPO IGC Article 6.3 และ Article 6.4 post grant sanctions) และหากจะกำหนดมาตรการเพิกถอนสิทธิบัตรก็ควรต้องใช้ควบคู่กับการปฏิเสธไม่รับคำขอหรือการคัดค้านการออกสิทธิบัตร เนื่องจากหากไม่กำหนดกลไกเพื่อการถ่วงดุลการแจ้งแหล่งที่มาเอาไว้ในเบื้องต้น แต่รอให้เกิดปัญหาแล้วจึงสั่งเพิกถอนสิทธิบัตร ย่อมสร้างความเสียหายให้แก่ผู้ทรงสิทธิบัตรมากกว่าอย่างแน่นอน

๗) อาจกำหนดให้แจ้งเฉพาะแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นของไทย เพื่อให้กรมฯ ไม่ต้องการรับภาระมากเกินไป

๘) ในหมวดการขอรับความคุ้มครองการประดิษฐ์ภายใต้สนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร (PCT) เห็นว่าอาจไม่จำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดดังเช่นกฎหมายสิทธิบัตรสวิส เนื่องจากได้กำหนดให้นำหมวดสิทธิบัตรการประดิษฐ์และหมวดอนุสิทธิบัตรมาใช้โดยอนุโลมแล้ว การตรวจสอบการประดิษฐ์ย่อมเป็นไปตามหมวดนั้น ๆ

บทส่งท้าย

หน้าที่ในการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้นำมาใช้กับการประดิษฐ์เพื่อขอรับสิทธิบัตรนั้น นอกไปจากวัตถุประสงค์เรื่องการให้ความเคารพต่อที่มาของทรัพยากรหรือเจ้าของภูมิปัญญาดังกล่าวแล้ว สิ่งสำคัญคือเพื่อรักษาไว้ซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศ ซึ่งมีใช้หน้าที่ของกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง หากทุกภาคส่วนร่วมมือกันดูแลรับผิดชอบในส่วนที่เกี่ยวข้อง ย่อมช่วยให้ประเทศไทยมีทั้งนวัตกรรมที่ก้าวหน้าไปพร้อมกับการช่วยให้ชุมชนท้องถิ่นของไทยไม่ถูกเอาเปรียบไม่ว่าจากคนต่างชาติหรือแม้แต่คนไทยด้วยกัน



บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ :
เรื่อง การมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทนประธานกรรมการสถาบันรับรองคุณภาพ
โรงพยาบาลในคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข
ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕ (เรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖) *

สักรพล ภูมิรินทร์ **

ระบบคณะกรรมการได้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายหลายฉบับ โดยเป็นรูปแบบขององค์กรกลุ่มที่กำหนดขึ้นเพื่อดำเนินงานในแบบหมู่คณะ และโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมายที่จัดรูปแบบองค์กรในรูปคณะกรรมการนั้น จะประกอบไปด้วยส่วนต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ (๑) ประธานกรรมการ (๒) กรรมการโดยตำแหน่ง (๓) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ (๔) เลขานุการ ซึ่งคณะกรรมการจะปฏิบัติหน้าที่ได้ต่อเมื่อมีองค์ประกอบครบถ้วน และโดยหลักแล้วกรรมการจะต้องมาปฏิบัติหน้าที่ กล่าวคือ ต้องมาประชุมด้วยตนเอง เนื่องจากการที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลหรือผู้ดำรงตำแหน่งใดเป็นกรรมการก็ด้วยประสงค์ที่จะให้บุคคลหรือผู้ดำรงตำแหน่งนั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการอาจมีกรณีที่บุคคลหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่เป็นกรรมการไม่อาจเข้าประชุมได้ จึงมีปัญหาคือจะต้องพิจารณาว่าผู้ที่เป็นการกรรมการนั้นจะมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทนได้หรือไม่ โดยบทความนี้จะเป็นการวิเคราะห์เกี่ยวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖ ในการใช้และการตีความเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการ และการมอบให้ผู้อื่นเข้าประชุมแทนซึ่งจะเป็นแนวทางในการพิจารณาวินิจฉัยและตีความเรื่องการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการในกฎหมายต่าง ๆ ต่อไปด้วย

๑. ความเป็นมาและสาระสำคัญของเรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้มีมูลเหตุมาจากการที่สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.) มีปัญหาข้อกฎหมายที่ขอหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าองค์ประกอบของคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุขตามมาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง (๑)^๓ แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕ ประกอบด้วย อธิบดีกรมการแพทย์ เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา ประธานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาล และผู้อำนวยการกองการประกอบโรคศิลปะ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

โดยในส่วนประธานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาล^๒ (ประธานสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล) เป็นกรรมการประเภทใด และจะมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุขตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติฯ แทนได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) ได้วินิจฉัยไว้ว่า มาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติฯ บัญญัติไว้โดยระบุเพียงตำแหน่งของกรรมการย่อมมุ่งประสงค์ถึงองค์ความรู้ของหน่วยงานของผู้ดำรงตำแหน่งตามที่ได้ระบุไว้เป็นสำคัญ ดังนั้น ประธานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาลจึงเป็นกรรมการโดยตำแหน่งในคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุขเช่นเดียวกับอธิบดีกรมการแพทย์ เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา และผู้อำนวยการกองการประกอบโรคศิลปะ และสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาลเป็นองค์การมหาชน การดำเนินการจะต้องมีความคล่องตัวและมีการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรและบุคลากรให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดตลอดจนบูรณาการให้ผู้เกี่ยวข้องทั้งหมดทำงานร่วมกันอย่างมีเอกภาพและประสานงานกันเพื่อความรวดเร็วในการดำเนินงาน การมอบอำนาจของคณะกรรมการองค์การมหาชนที่ดำเนินการตามมติของคณะกรรมการองค์การมหาชนและทำเป็นหนังสือ อีกทั้งการมอบอำนาจให้บุคคลเข้าประชุมแทนก็ได้ระบุตัวบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติที่เหมาะสมกับลักษณะงานด้วย จึงเป็นการมอบอำนาจตามแนวทางที่เทียบเคียงได้กับการมอบอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ดังนั้น ประธานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาล จึงมอบอำนาจให้ผู้อื่นเข้าประชุมคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติฯ แทนได้ นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) มีข้อสังเกตว่า สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลองค์การมหาชนควรจัดให้มีระเบียบว่าด้วยการมอบอำนาจของคณะกรรมการองค์การมหาชนให้สอดคล้องกับแนวทางที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙ แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. ๒๕๕๐ เพื่อให้การปฏิบัติงานขององค์การมหาชนเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี อันจะทำให้การบริหารงานและการปฏิบัติภารกิจขององค์การมหาชนมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลยิ่งขึ้น

^๒ สถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาล (พรพ.) เป็นหน่วยงานในสังกัดสถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข (สวรส.) ใช้ชื่อตำแหน่งประธานว่า “ประธานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาล” ต่อมาในปี ๒๕๕๒ ได้มีการปรับหน่วยงานออกมาเป็นองค์การมหาชนตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๕๒ ใช้ชื่อว่า สถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล (องค์การมหาชน) (สรพ.) ใช้ชื่อตำแหน่งประธานว่า “ประธานกรรมการสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล”

๒. บทวิเคราะห์ความเห็น เรื่อง การมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทนประธานกรรมการสถาบันรับรองคุณภาพโรงพยาบาลในคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุขตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕ (เรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖)

จากบันทึกความเห็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่ามีความประเด็นที่น่าสนใจและควรแก่การนำมาวิเคราะห์ ดังต่อไปนี้

๒.๑ องค์ประกอบของคณะกรรมการ

คณะกรรมการเป็นองค์กรกลุ่ม (Collective Organ) ประกอบด้วยสมาชิกหลายคน การตัดสินใจและการแสดงเจตนามีความซับซ้อนมากกว่าองค์กรเดี่ยว คณะกรรมการจึงมีองค์ประกอบที่สำคัญสามส่วน คือ องค์ประกอบ องค์ประชุม และองค์มติ^๓ โดยองค์ประกอบของคณะกรรมการเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อความสมบูรณ์ของการจัดรูปองค์กร ในแบบคณะกรรมการและการกระทำที่ออกในรูปของมติของคณะกรรมการ ซึ่งองค์ประกอบของคณะกรรมการที่จัดตั้งในกฎหมายจะประกอบไปด้วยส่วนสำคัญต่าง ๆ ๔ ส่วน ดังนี้^๔

๒.๑.๑ ประธานกรรมการ

ผู้ที่อาจกำหนดให้เป็นประธานกรรมการได้ มี ๓ ประเภท คือ

(๑) ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี หรือรองนายกรัฐมนตรี ซึ่งนายกรัฐมนตรีมอบหมาย หรือรัฐมนตรีเป็นประธาน เช่น พระราชบัญญัติระบบสุขภาพปฐมภูมิ พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๕ บัญญัติให้มีคณะกรรมการระบบสุขภาพปฐมภูมิ โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นประธาน

(๒) ข้าราชการประจำ ได้แก่ ปลัดกระทรวง หรือในกรณีเห็นว่าผู้ดำรงตำแหน่งอธิบดีเหมาะสมที่จะเป็นประธานกรรมการ กฎหมายก็สามารถกำหนดได้ เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๑๔ บัญญัติให้อธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมือง เป็นประธานกรรมการในคณะกรรมการควบคุมอาคาร

(๓) ผู้ทรงคุณวุฒิ ได้แก่ บุคคลซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง ส่วนใหญ่จะเป็นคณะกรรมการที่เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น คณะกรรมการวิชาชีพ คณะกรรมการบริหารรัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการบริหารองค์การมหาชน คณะกรรมการบริหารกองทุน หรือ คณะกรรมการตรวจสอบติดตามและประเมินผล คณะกรรมการส่งเสริมกิจการมหาวิทยาลัย เช่น พระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการวิจัย พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๙ บัญญัติให้มีคณะกรรมการนโยบายกองทุนสนับสนุนการวิจัย โดยผู้เป็นประธานกรรมการ ได้แก่ ผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความรู้และประสบการณ์สูงด้านการวิจัยซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้ง

^๓ สมยศ เชื้อไทย, *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ ๑๔, มิถุนายน ๒๕๖๓, ๒๓๒-๒๓๖.

^๔ สำนักหลักนิติบัญญัติ, *คู่มือแบบการร่างกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการ*, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๕๕๔, ๑๒-๓๑.

การที่จะกำหนดให้บุคคลใดเป็นประธานกรรมการจะขึ้นอยู่กับกลไกหรือความสำคัญของกฎหมายนั้นด้วย กล่าวคือ หากต้องการให้ฝ่ายการเมืองเข้ามารับผิดชอบในการตัดสินใจก็ให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ หากไม่ต้องการเรื่องการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องก็กำหนดให้ข้าราชการประจำเป็นประธานกรรมการ นอกจากนี้ หากไม่ต้องการให้การบริหารยังคงยึดติดอยู่กับระบบราชการก็กำหนดให้ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งเป็นประธานกรรมการ ดังเช่นกรณีขององค์การมหาชน เป็นต้น^๕

๒.๑.๒ กรรมการโดยตำแหน่ง การที่กฎหมายกำหนดให้มีกรรมการโดยตำแหน่ง ซึ่งส่วนมากมาจากหน่วยงานของรัฐก็เข้าไปเพื่อประโยชน์ในการประสานนโยบายของทางราชการเข้ากับการทำงานหรือตัดสินใจของคณะกรรมการ กรรมการโดยตำแหน่งจะทำหน้าที่เป็นผู้สื่อสารนโยบายของทางราชการ นอกจากนี้ การเป็นกรรมการโดยตำแหน่งจะลาออกก็ไม่ได้ และจะพ้นจากตำแหน่งกรรมการก็ไม่ได้เช่นกัน ทั้งนี้ เพราะตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐทางราชการย่อมมีอยู่ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินหรือกฎหมายเฉพาะ ถ้าจะไม่มีหรือสูญไปก็มีอยู่ทางเดียวเท่านั้น คือ มีกฎหมายบัญญัติให้ยุบเลิกตำแหน่งนั้นเสีย อนึ่ง คำว่า “กรรมการโดยตำแหน่ง” (ex officio) หมายความว่าที่มีภาวะเป็นกรรมการนั้นก็ด้วยอำนาจแห่งตำแหน่งของผู้นั้น (by virtue of one’s office of position) เมื่อตำแหน่งยังมีอยู่ก็ยังไม่ยุบเลิกยังคงเป็นกรรมการอยู่อย่างนั้น^๖ ตำแหน่งต่าง ๆ ที่กฎหมายมักจะกำหนดไว้เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง ส่วนมากจะกำหนดไว้เป็นตำแหน่งที่มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย เช่น ปลัดกระทรวง อธิบดี ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณ หรือตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่น เช่น ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ เป็นต้น

๒.๑.๓ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญมีประสบการณ์หรือมีผลงานเป็นที่ประจักษ์ในด้านใดด้านหนึ่ง และมักจะกำหนดไว้ในเกือบทุกคณะกรรมการ สำหรับการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอาจเป็นการแต่งตั้งโดยคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี คณะกรรมการหรือประธานกรรมการแล้วแต่ความสำคัญของเรื่อง นอกจากนี้ ในกฎหมายบางฉบับได้กำหนดให้กรรมการที่คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งยังต้องผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาด้วย เช่น มาตรา ๒๔ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติให้ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากบุคคล ซึ่งมีความเชี่ยวชาญในทางเศรษฐศาสตร์ การเงินการคลัง กฎหมาย สาขาใดสาขาหนึ่งที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้โดยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามลำดับ

^๕ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *คู่มือแบบการร่างกฎหมาย (Legislative Drafting Manual)*, ๒๕๕๑, ๔๓๙.

^๖ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การแต่งตั้งกรรมการในรัฐวิสาหกิจ (เรื่องเสรีที่ ๒๗๖/๒๕๑๘).

๒.๑.๔ เลขานุการ การกำหนดให้มีเลขานุการของคณะกรรมการเป็นสิ่งสำคัญในการดำเนินการในรูปแบบของคณะกรรมการ เพราะเป็นผู้เสนอข้อมูลต่อคณะกรรมการ ติดตามผลการดำเนินการตามมติของคณะกรรมการตลอดจนดำเนินงานในทางธุรการต่าง ๆ ของคณะกรรมการ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มักจะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งเป็นกรรมการและเป็นเลขานุการโดยตำแหน่ง เช่น “ให้ปลัดกระทรวง...เป็นกรรมการและเลขานุการ” แต่มีบางกรณีที่กำหนดให้คณะกรรมการหรือประธานกรรมการหรือผู้บังคับบัญชาสูงสุดของหน่วยงานเป็นผู้แต่งตั้งเลขานุการ โดยแต่งตั้งจากข้าราชการในหน่วยงานนั้น ซึ่งในกรณีนี้จะใช้ถ้อยคำ “ให้คณะกรรมการ/ ประธานกรรมการ/ ปลัดกระทรวงแต่งตั้งข้าราชการของกรม...เป็นกรรมการและเลขานุการ”

สำหรับการแต่งตั้งกรรมการโดยตำแหน่งไม่จำเป็นต้องมี “...หรือผู้แทน” ต่อท้ายของตำแหน่งแต่อย่างใด เช่น ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์หรือผู้แทน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือผู้แทน เพราะการประชุมหรือการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการถือเป็นการปฏิบัติราชการผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวสามารถมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทนได้ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน^๗

สำหรับเรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖ มีประเด็นเรื่ององค์ประกอบของคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุขในส่วน of ประสานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาลตามมาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง (๑)^๘ แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ^๙ เป็นการแต่งตั้งกรรมการโดยตำแหน่งหรือเป็นการแต่งตั้งตัวบุคคล ในประเด็นนี้ กรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) วินิจฉัยไว้ว่า มาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ^{๑๐} บัญญัติไว้โดยระบุเพียงตำแหน่งของกรรมการย่อมมุ่งประสงค์ถึงองค์ความรู้ของหน่วยงานของผู้ดำรงตำแหน่งตามที่ได้ระบุไว้เป็นสำคัญ ดังนั้น ประสานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาล จึงเป็นกรรมการโดยตำแหน่งในคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุขเช่นเดียวกับอธิบดีกรมการแพทย์ เลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา และผู้อำนวยการกองการประกอบโรคศิลปะ

ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายได้บัญญัติองค์ประกอบของกรรมการโดยตำแหน่งไว้ย่อมมีความมุ่งหมายที่ต้องการให้ “ตำแหน่ง” นั้น ๆ มาทำหน้าที่กรรมการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายต้องการความรู้ความสามารถของตัวตำแหน่งเป็นสำคัญ ผู้ที่มาดำรงตำแหน่งนั้นย่อมเข้ามาเป็นกรรมการโดยอัตโนมัติ และตราบใดที่ไม่ได้มีการยกเลิก “ตำแหน่ง” องค์ประกอบกรรมการโดยตำแหน่งย่อมไม่หายไป ส่วนการที่ตำแหน่งนั้นได้ถูกปรับเปลี่ยนไปเป็นสถานะอย่างอื่น เช่น เปลี่ยนจากจากส่วนราชการไปเป็นองค์การมหาชนหรือรัฐวิสาหกิจ หรือเปลี่ยนชื่อตำแหน่ง เช่น “ผู้อำนวยการกอง” เป็น “ผู้อำนวยการสำนักงาน” หรือเปลี่ยนชื่อจาก “อธิบดี” เป็นชื่อตำแหน่งอย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากัน ย่อมไม่ทำให้ตำแหน่งนั้นหายไป

^๗ บันทึกรายการ เรื่อง การมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทนกรรมการอื่นที่กฎหมายแต่งตั้งโดยระบุตำแหน่ง (เรื่องเสร็จที่ ๔๒๕/๒๕๓๕)

^๘ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

กรรมการจึงยังคงครอบงำประกอบและสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ เห็นได้จากเรื่องเสร็จดังกล่าวนี้ที่จากเดิมใช้ชื่อตำแหน่งว่า “ประธานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาล” ซึ่งเป็นส่วนงานในสังกัดของสถาบันวิจัยระบบสาธารณสุขซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๓๕ มาเป็นชื่อตำแหน่ง “ประธานกรรมการสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล” ซึ่งเป็นองค์การมหาชนที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๕๒ ประกอบกับพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวยังได้กำหนดบทเฉพาะกาลรองรับบุคลากรจากหน่วยงานเดิมมาเป็นบุคลากรของหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นใหม่ยิ่งทำให้เห็นว่าการเปลี่ยนชื่อตำแหน่งและการเปลี่ยนสถานะขององค์กรไม่ได้ทำให้องค์ประกอบของคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุขหายไป ซึ่งประเด็นนี้ กรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) ได้เคยวินิจฉัยไว้ในเรื่องเสร็จที่ ๓/๒๕๕๓^๙ ที่ได้ให้ความเห็นไว้ว่าพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาลฯ เป็นกฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนมีใช้กฎหมายที่มีผลยกเลิกอำนาจหน้าที่ของสถาบันวิจัยระบบสาธารณสุขในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติงานด้านการพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาล องค์ประกอบคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุขในส่วนของประธานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาลตามมาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง (๑)^{๑๐} แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติฯ จึงยังคงมีอยู่เช่นเดิม

อย่างไรก็ตาม ถ้าการยุบเลิกตำแหน่งหรือองค์กรของตำแหน่งนั้นเป็นการยุบเลิกไปแบบถาวร เช่น ตรากฎหมายยุบเลิกองค์กรหรือยุบเลิกตำแหน่ง ย่อมทำให้องค์ประกอบกรรมการในส่วนนี้หายไป องค์ประกอบของกรรมการจึงมีเฉพาะกรรมการที่เหลืออยู่เท่านั้น

๒.๒ การมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทน

การที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลหรือผู้ดำรงตำแหน่งใดเป็นกรรมการก็ด้วยประสงค์ที่จะให้บุคคลหรือผู้ดำรงตำแหน่งนั้นปฏิบัติหน้าที่ในฐานะกรรมการ อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่บุคคลหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่เป็นกรรมการไม่อาจเข้าประชุมได้ เรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖ มีประเด็นว่าองค์ประกอบของกรรมการที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๘ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติฯ ไม่ได้ระบุคำว่า “หรือผู้แทน” จึงมีปัญหว่าประธานสถาบันพัฒนาและรับรองคุณภาพโรงพยาบาลซึ่งเป็นกรรมการในคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข จะมอบให้ผู้อื่นเข้าประชุมแทนได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่ากรรมการจะมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทนได้หรือไม่ นั้น จะต้องแยกพิจารณาตามประเภทของกรรมการนั้นว่าเป็นกรรมการประเภทใด ดังนี้

^๙ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง องค์ประกอบคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุข ส่งพร้อมหนังสือ ที่ นร ๐๙๐๑/๐๐๐๔ ลงวันที่ ๕ มกราคม ๒๕๕๓ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

^{๑๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

๒.๒.๑ กรรมการโดยตำแหน่ง

การเป็นกรรมการโดยตำแหน่งนั้นกฎหมายมุ่งประสงค์ถึงอำนาจของตำแหน่งหน้าที่นั้นเป็นสำคัญซึ่งการเป็นกรรมการโดยตำแหน่งนั้นไม่อาจที่จะลาออกหรือพ้นจากตำแหน่งได้ เนื่องจากตำแหน่งของกรรมการโดยตำแหน่งนั้นย่อมมีอยู่ตามกฎหมาย กรรมการโดยตำแหน่งจะพ้นจากตำแหน่งได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายบัญญัติให้ยุบเลิกตำแหน่งนั้น^{๑๑}

สำหรับกรรมการโดยตำแหน่งซึ่งเป็นผู้ที่ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการ ไม่อาจเข้าประชุมได้ สามารถมอบให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทนได้โดยอาศัยการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ พ.ศ. ๒๕๕๐ อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจดังกล่าวใช้กับการมอบอำนาจของกรรมการที่ดำรงตำแหน่งในส่วนราชการเท่านั้น เนื่องจากมาตรา ๒๙^{๑๒} แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่า หากจะนำการมอบอำนาจตามพระราชกฤษฎีกานี้ไปใช้กับผู้ดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการรัฐวิสาหกิจหรือคณะกรรมการขององค์การมหาชน จะต้องเสนอให้คณะรัฐมนตรีออกกระเบียบว่าด้วยการมอบอำนาจให้สอดคล้องกับที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ ซึ่งผู้เขียนได้ตรวจสอบแล้วยังไม่ปรากฏว่ามีการออกกระเบียบในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงมีปัญหาคือจะต้องพิจารณาต่อไปว่า ผู้ที่ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจหรือองค์การมหาชนและมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นกรรมการตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง จะสามารถมอบให้ผู้อื่นเข้าประชุมแทนตนเองได้หรือไม่

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า โดยหลักของการมอบอำนาจนั้นผู้ที่ดำรงตำแหน่งจะต้องใช้อำนาจด้วยตนเองหากไม่มีกฎหมายกำหนดให้มอบอำนาจหรือมอบหมายไว้ก็ไม่อาจกระทำได้ ทั้งนี้ เพื่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะของการใช้อำนาจรัฐ เมื่อพิจารณามาตรา ๔^{๑๓}

^{๑๑} สำนักหลักนิติบัญญัติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔, ๑๔.

^{๑๒} มาตรา ๒๙ เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกในการบริการประชาชน คณะรัฐมนตรีจะมีมติให้คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนดำเนินการให้มีระเบียบว่าด้วยการมอบอำนาจให้สอดคล้องกับแนวทางตามพระราชกฤษฎีกานี้ โดยจะกำหนดให้ระเบียบดังกล่าว อย่างน้อยต้องกำหนดให้การใช้อำนาจของผู้รับมอบอำนาจในเขตจังหวัดใดต้องสอดคล้องกับนโยบายและแผนพัฒนาจังหวัดนั้นด้วยก็ได้

^{๑๓} มาตรา ๔ ให้จัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ดังนี้

- (๑) ระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง
- (๒) ระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค
- (๓) ระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น

และมาตรา ๓๘^{๑๔} แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ ประกอบกับนิยามคำว่า “มอบอำนาจ” ตามมาตรา ๓^{๑๕} แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า การมอบอำนาจเป็นเรื่องของส่วนราชการเท่านั้น หน่วยงานหรือองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ส่วนราชการไม่อาจใช้มาตรา ๓๘^{๑๖} แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ มาใช้ในเรื่องมอบอำนาจได้

อย่างไรก็ตาม การบริหารราชการแผ่นดินและการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ผู้ที่เป็นกรรมการโดยตำแหน่งที่ไม่ใช่ข้าราชการจึงไม่สามารถอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ มอบอำนาจให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทน โดยกรรมการโดยตำแหน่งที่เป็นบุคคลในรัฐวิสาหกิจหรือองค์การมหาชนจะ “มอบ” ให้บุคคลเข้าประชุมแทนโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในสองลักษณะ คือ

^{๑๔} มาตรา ๓๘ อำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่นที่ผู้ดำรงตำแหน่งใดจะพึงปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศหรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใด ถ้ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้นหรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้กำหนดเรื่องการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่น หรือมิได้ห้ามเรื่องการมอบอำนาจไว้ ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นอาจมอบอำนาจให้ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นในส่วนราชการเดียวกันหรือส่วนราชการอื่น หรือผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทนได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งอาจกำหนดให้มีการมอบอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งตลอดจนการมอบอำนาจให้ทำนิติกรรมสัญญา ฟ้องคดีและดำเนินคดี หรือกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการหรือเงื่อนไขในการมอบอำนาจหรือที่ผู้รับมอบอำนาจต้องปฏิบัติก็ได้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับอำนาจในการอนุญาตตามกฎหมายที่บัญญัติให้ต้องออกใบอนุญาตหรือที่บัญญัติผู้มีอำนาจอนุญาตไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีเช่นนั้นให้ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวมีอำนาจมอบอำนาจให้ข้าราชการซึ่งเป็นผู้ได้บังคับบัญชาและผู้ว่าราชการจังหวัดได้ตามที่เห็นสมควร หรือตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด ในกรณีมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด มีอำนาจมอบอำนาจได้ต่อไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ผู้มอบอำนาจกำหนด

ในกรณีตามวรรคสาม เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนจะตราพระราชกฤษฎีกากำหนดรายชื่อกฎหมายที่ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวอาจมอบอำนาจตามวรรคหนึ่งตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวก็ได้

^{๑๕} มาตรา ๓ ในพระราชกฤษฎีกานี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“มอบอำนาจ” หมายความว่า การที่ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจหน้าที่ที่จะพึงปฏิบัติ หรือดำเนินการตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งใด หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องใดเว้นแต่การอนุญาตตามมาตรา ๓๘ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินพ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ ๗) พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้มอบอำนาจในการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การปฏิบัติราชการหรือการดำเนินการอื่นใดตามกฎหมาย กฎ ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งนั้น หรือมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น ให้แก่ผู้ดำรงตำแหน่งอื่นปฏิบัติราชการแทน

^{๑๖} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๔, ข้างต้น

๑) กฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนหรือกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ หรือ
 ๒) ระเบียบว่าด้วยการมอบอำนาจของคณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจ
 หรือองค์การมหาชนที่ออกตามความในมาตรา ๒๙^{๑๗} แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจ
 สำหรับกรรมการโดยตำแหน่งที่เป็นเอกชนจะมอบให้ผู้อื่นเข้าประชุม
 แทนได้ตามหลักตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในเรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖ นี้ ไม่ปรากฏว่าสถาบันรับรองคุณภาพ
 สถานพยาบาล (องค์การมหาชน) ซึ่งรวมไปถึงองค์การมหาชนอื่น ๆ จะมีระเบียบว่าด้วยการมอบ
 อำนาจของกรรมการองค์การมหาชนแต่อย่างใด และเมื่อพิจารณากฎหมายจัดตั้งสถาบันรับรอง
 คุณภาพสถานพยาบาล (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๕๒ และกฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนอื่น ๆ
 พบว่าจะมีบทบัญญัติในเรื่องการมอบอำนาจเฉพาะแต่การมอบอำนาจของผู้อำนวยการซึ่งเป็น
 ผู้บริหารองค์การมหาชนและเป็นผู้แทนขององค์การมหาชนกับเจ้าหน้าที่ขององค์การมหาชนนั้น ๆ
 เท่านั้น เช่น การมอบอำนาจของสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล (องค์การมหาชน)
 เป็นไปมาตรา ๒๗/๑^{๑๘} แห่งพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาล
 (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันรับรองคุณภาพ
 สถานพยาบาล (องค์การมหาชน) (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๒ และได้มีการออกระเบียบคณะกรรมการ
 สถาบันรับรองคุณภาพสถานพยาบาลว่าด้วยการรักษาการแทนและการมอบให้ปฏิบัติงาน
 ของสถาบันปฏิบัติงานแทนผู้อำนวยการ พ.ศ. ๒๕๖๓ แต่จะไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจ
 ของกรรมการองค์การมหาชนแต่อย่างใด

๒.๒.๒ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิหรือกรรมการที่เป็นผู้แทนที่มาจาก การเลือกกันเอง

โดยสภาพของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิหรือกรรมการที่เป็นผู้แทนที่มาจาก
 การเลือกกันเองเป็นกรณีที่กฎหมายต้องการความรู้ความสามารถเฉพาะตัวของบุคคลนั้น ๆ
 เป็นสำคัญเพื่อให้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายในคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้น ผู้เขียนเห็นว่า
 กรรมการประเภทนี้ไม่อาจที่จะมอบอำนาจให้บุคคลอื่นเข้าประชุมแทนตนเองได้ อย่างไรก็ตาม
 หากว่ากรรมการประเภทนี้ยังคงมีอยู่ไม่ได้ลาออกหรือว่างลงเพียงแต่ไม่ได้มอบให้ใครมาประชุม
 แทนเพราะไม่สามารถมอบให้บุคคลอื่นมาประชุมแทนได้ ก็ไม่ทำให้กรรมการชุดนั้นขาดองค์ประกอบ
 แต่อย่างใด เพียงแต่ในการประชุมแต่ละครั้งจะต้องมีองค์ประชุมครบตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

^{๑๗} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๒, ข้างต้น

^{๑๘} มาตรา ๒๗/๑ ในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการหรือผู้อำนวยการไม่อาจปฏิบัติ
 หน้าที่ได้ ให้รองผู้อำนวยการที่มีอาวุโสตามลำดับรักษาการแทน ถ้าไม่มีรองผู้อำนวยการหรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติ
 หน้าที่ได้ ให้คณะกรรมการแต่งตั้งกรรมการหรือผู้ปฏิบัติงานของสถาบันคนหนึ่งเป็นผู้รักษาการแทน

ให้ผู้รักษาการแทนตามวรรคหนึ่งมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้อำนวยการ

ในกรณีที่มิกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือคำสั่งอื่นแต่งตั้งให้ผู้อำนวยการเป็นกรรมการ
 หรือให้มีอำนาจหน้าที่อย่างใด ให้ผู้รักษาการแทนเป็นกรรมการหรือมีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับผู้อำนวยการด้วย
 แล้วแต่กรณี

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การมอบอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินหรือการมอบหมายต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งมักจะถูกใช้เป็นคำอธิบายเรื่องการมอบให้ดำเนินการต่าง ๆ นั้น อยู่บนพื้นฐานของ “คำสั่ง” หรือ “การใช้อำนาจบังคับบัญชา” หรือ “อำนาจกำกับดูแล” ส่วนการมอบอำนาจหรือมอบหมายตามหลักตัวการตัวแทนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่บนพื้นฐานของ “สัญญา” หรือที่เรียกว่า “สัญญาตัวแทน” ด้วยความสมัครใจเป็นสำคัญ กรณีตามเรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖ นี้ ไม่อาจปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการมอบอำนาจได้โดยตรง และคณะรัฐมนตรีก็ยังไม่มีการวางแนวปฏิบัติในการมอบอำนาจหรือการมอบหมายของคณะกรรมการองค์การมหาชนไว้เป็นการเฉพาะ ก.พ.ร. ในฐานะที่เป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลและติดตามการตรวจสอบการมอบอำนาจตามพระราชกฤษฎีกานี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๑^๙ แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ จึงอาจมีข้อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาวางแนวทางการมอบอำนาจหรือมอบหมายของคณะกรรมการองค์การมหาชนให้สอดคล้องกับที่มาตรา ๒๙^{๒๐} แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ บัญญัติไว้ และยังสอดคล้องกับแนวทางการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๖ อีกด้วย ซึ่งกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) ได้มีการตั้งข้อสังเกตทำนองนี้ไว้ในเรื่องเสร็จดังกล่าวแล้ว

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า แม้เรื่องเสร็จที่ ๑๑๙๔/๒๕๖๖ นี้จะเป็นการตีความเพื่อแก้ไขปัญหาเพื่อให้การบริหารงานขององค์กรและหน่วยงานของรัฐดำเนินการต่อไปได้อันเป็นไปตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ แต่ไม่ใช่การแก้ไขปัญหาก็ยังยืน เพราะตัวบทกฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนไม่ได้บัญญัติเรื่องการมอบอำนาจของคณะกรรมการองค์การมหาชนไว้ และยังไม่ปรากฏว่าได้มีการออกกระเปาะว่าด้วยการมอบอำนาจของคณะกรรมการองค์การมหาชนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๙ แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ หากเกิดมีปัญหาก็ขึ้นกับองค์การมหาชนอื่นใดซึ่งอาจมีกรณีข้อพิพาท

^{๑๙} มาตรา ๑๑ ให้ ก.พ.ร. มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลและติดตามตรวจสอบการมอบอำนาจของผู้ดำรงตำแหน่งใด ๆ เพื่อให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกานี้ อำนาจหน้าที่เช่นว่านี้ให้รวมถึง

(๑) แนะนำให้ผู้มอบอำนาจดำเนินการปรับปรุงหรือแก้ไขการมอบอำนาจให้ถูกต้อง

(๒) กำหนดให้ส่วนราชการรายงานข้อมูลเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ทราบตามที่เห็นสมควร

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกานี้ ให้ ก.พ.ร. เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย คำวินิจฉัยของ ก.พ.ร. ให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์แก่การปฏิบัติราชการเรื่องใดที่ไม่อาจใช้หลักเกณฑ์การมอบอำนาจตามพระราชกฤษฎีกานี้ได้ ให้ ก.พ.ร. เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการมอบอำนาจการปฏิบัติราชการในเรื่องนั้นไว้เป็นการเฉพาะ

^{๒๐} โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๒, ข้างต้น

ขึ้นสู่การพิจารณาขององค์กรอื่นหรือองค์กรตุลาการซึ่งอาจจะตีความเป็นอย่างอื่นอันจะก่อให้เกิดปัญหาแก่การดำเนินงานและการจัดทำบริการสาธารณะได้ จึงควรที่ ก.พ.ร. ในฐานะที่มีหน้าที่กำกับดูแลและติดตามตรวจสอบการมอบอำนาจตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ เร่งเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติให้คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนดำเนินการให้มีระเบียบว่าด้วยการมอบอำนาจให้สอดคล้องกับแนวทางตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการมอบอำนาจฯ ทั้งนี้ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินและการจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างต่อเนื่องอันจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชน

๓. ข้อพิจารณาอื่น ๆ

การที่กรรมการตามกฎหมายซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๙^{๒๒} แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ แต่สำหรับคำตอบแทนหรือ “เบี้ยประชุม” ที่กรรมการคนดังกล่าวได้รับไปแล้วมีปัญหาว่าจะต้องนำมาคืนหรือไม่

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่กรรมการผู้นั้นได้ขาดคุณสมบัติ มีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่มีสิทธิได้รับเบี้ยประชุม การรับเบี้ยประชุมของกรรมการผู้นั้นย่อมปราศจากมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้ จึงต้องคืนเบี้ยประชุมตามมาตรา ๔๐๖^{๒๓} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฐานลามิควรได้ เว้นแต่กรรมการผู้นั้นได้รับเบี้ยประชุมไว้โดยสุจริต ให้คืนเบี้ยประชุมซึ่งได้รับมาเพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเรียกคืนตามนัยมาตรา ๔๑๒^{๒๔} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะให้เรียกคืนเบี้ยประชุมจากกรรมการ ก็ต้องไปฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเพื่อเรียกเงินคืนฐานลามิควรได้ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว

^{๒๒} มาตรา ๑๙ ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่

^{๒๓} มาตรา ๔๐๖ บุคคลใดได้มาซึ่งทรัพย์สินสิ่งใดเพราะการที่บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำเพื่อชำระหนี้ก็ได้ หรือได้มาด้วยประการอื่นก็ดี โดยปราศจากมูลอันจะอ้างตามกฎหมายได้ และเป็นทางให้บุคคลอีกคนหนึ่งนั้น เสียเปรียบไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นจำต้องคืนทรัพย์สินให้แก่เขา อนึ่ง การรับสภาพหนี้นั้นว่ามิอยู่จริงหรือไม่นั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อชำระหนี้ด้วย

บทบัญญัติอันนี้ท่านให้ใช้บังคับตลอดถึงกรณีที่ได้ทรัพย์สินมาเพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีได้เป็นขึ้น หรือเป็นเหตุที่ได้สิ้นสุดไปเสียก่อนแล้วนั้นด้วย

^{๒๔} มาตรา ๔๑๒ ถ้าทรัพย์สินซึ่งได้รับไว้เป็นลามิควรได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่เมื่อบุคคลได้รับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลามิควรได้เพียงส่วนที่ยังมีอยู่ในขณะเมื่อเรียกคืน

อย่างไรก็ตาม การเรียกคืนเงินที่รับไปโดยไม่มีสิทธิกรณีที่เงินนั้นเป็น “เงินของรัฐ” เดิมศาลยุติธรรมปรับใช้เรื่องลามิควรได้ คือ อายุความ ๑ ปี นับแต่รู้เรื่องราวตามมาตรา ๔๑๙^{๒๕} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และคำนึงถึงหลักสุจริตตามหลักลามิควรได้ที่ทราบกันดี คือ เหลือเท่าไร คั้นเท่านั้น แต่ปัจจุบันแนววินิจฉัยของศาลยุติธรรมเปลี่ยนมาอีกแนวหนึ่ง เรียกว่าน่าจะเป็นแนววินิจฉัยที่นิ่งแล้ว ณ ปัจจุบันนี้ คือ ใช้หลักกรรมสิทธิ์ตามมาตรา ๑๓๓๖^{๒๖} ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผลคือไม่มีอายุความและเรียกได้เต็มจำนวน^{๒๗} ส่วนข้อวิจารณ์ทางวิชาการว่า แนวการวินิจฉัยเช่นนี้จะถูกหรือไม่ เพราะจะทำให้หลักลามิควรได้ไม่มีที่ใช้ก็ดี เงินไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งก็ดี การปรับใช้กฎหมายแบบนี้อาจไม่เป็นธรรมแก่ผู้สุจริตก็ดี ก็ต้องวิพากษ์วิจารณ์กันไปตามหลักวิชาการ ซึ่งในคณะนิติศาสตร์หลายสถาบันการศึกษาต่างก็จัดสัมมนาเรื่องนี้ไปแล้วหลายครั้ง ผู้สนใจสามารถศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมได้ ซึ่งผู้เขียนจะได้อธิบายเรื่องนี้ในโอกาสต่อไป



ที่ปรึกษา

นายปกรณ์ นิลประพันธ์

บรรณาธิการ

นางสมาพร นิลประพันธ์

กองบรรณาธิการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย

นางสาวดณีนิจ แซ่เฮง

นางสาวอมณณ์ภูฏี พรหมมณีดี

นางสาวเลาวันย์ จันทิขวลิต

นางสุปราณี เพ็งหนู

นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์

นางสาวรัชนิกร ลาภวณิชชา

นางสาวพรรณพร สนิธิไชย

ผู้จัดการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

เหรียญก

นางสาวศิริพรรณ พวงทอง

OCS

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

Better Regulation for Better Life
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน
Advanced Legal Training Institute