

วารสารกฎหมาย

นิติพัฒน์ นิด้า

NITIPAT NIDA LAW JOURNAL

ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2563)

ISSN (Print) 2286-6787

ISSN (Online) 2730-2326

บทความ

หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ
กับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

นวพร เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา

อาชญากรรมคอปกเลื้อยขาว: แนวทางการป้องกันและดำเนินคดี
ภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

อนุวัฒน์ งามประเสริฐกุล

โครงสร้างทางกฎหมายของประเทศไทยในการจัดการปัญหา
หนี้เสียของธนาคาร: ประสิทธิภาพของกฎหมายในการป้องกัน
วิกฤตทางการเงิน

ศวีริกา ลีสุรภานต์

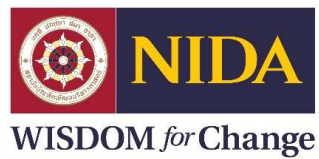
ปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ
หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบ
สิ่งแวดล้อม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพ
สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561

จรัญจิง นะแส

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา
ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

เชาวลิต จันมณี

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2563
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



NITIPAT NIDA Law Journal
Volume 9 No.2 July-December 2020
Graduate School of Law
National Institute of Development Administration

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า
ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2563

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.อัญธิกา ณ พิบูลย์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองบรรณาธิการ

นางสาวประภัตรา ปักกัตตั้ง

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.สรารัฐ ปิตียาศักดิ์

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เสถียรภาพ นาหลวง

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้อำนวยการโครงการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองจัดการ

อาจารย์ ดร.ธนัทเทพ เจริญประสิทธิ์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

อาจารย์ ดร.วิสาขา ภู่อารว

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

NITIPAT NIDA Law Journal (Peer-reviewed Journal)

Volume 9 No.2 July-December 2020

วัตถุประสงค์และขอบเขตการดำเนินงานของวารสาร

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า (NITIPAT NIDA Law Journal) จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นวารสารที่ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ คือ ฉบับที่ 1: มกราคม - มิถุนายน และ ฉบับที่ 2: กรกฎาคม - ธันวาคม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการสนับสนุนนักศึกษา อาจารย์ ข้าราชการ และ นักวิชาการทั่วไปในการนำเสนอและเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงศาสตร์อื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายกับการพัฒนา สังคมวิทยากฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ และนิติปรัชญา เป็นต้น

ประเภทของของผลงานวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ คือ บทความวิชาการ บทความวิจัย ปกิณกะ กฎหมาย และแนะนำหนังสือ โดยบทความวิชาการและบทความวิจัย จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับ ในลักษณะ double-blinded ซึ่งบทความต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน การเผยแพร่วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า มี 2 รูปแบบ กล่าวคือ เผยแพร่ในรูปแบบตัวเล่ม ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่ห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ หรือสั่งซื้อได้ที่ โครงการวารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ “นิติพัฒน์ นิด้า” และเผยแพร่ในรูปแบบออนไลน์ ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่เว็บไซต์ของ Thai Journal Online (ThaiJo)

เจ้าของ:	คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
สถานที่ติดต่อ:	อาคารบุญชนะ อตถากร ชั้น 5 เลขที่ 118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
โทรศัพท์:	02 727 3660 โทรสาร: 02 374 4731
E-mail:	nitipat_lawjournal@nida.ac.th

บทความหรือข้อความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนแต่ละท่านโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ออกแบบและพิมพ์ที่

บริษัท จรัสสินทวงศ์การพิมพ์ จำกัด เลขที่ 219,221,223,225,227,229,231,233

แขวงบางแคเหนือ เขตบางแค กรุงเทพฯ 10160

โทรศัพท์ 0-2809-2281-3 โทรสาร 0-2809-2284

<http://www.fast-books.com> E-mail: info@fast-books.com

ราคาจำหน่ายเล่มละ 150 บาท

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ฉบับนี้ เป็นฉบับปีที่ 9 เล่มที่ 2/2563 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2563) ประกอบด้วย 5 บทความ ซึ่งมีเนื้อหาที่หลากหลาย ดังต่อไปนี้

บทความเรื่องแรก คือ เรื่อง หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เขียนโดย อ.ดร.นวพร เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ผู้เขียนนำเสนอให้เห็นว่าหน้าที่ของรัฐในการให้ความร่วมมือมีบทบาทอย่างไรในบริบทของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ เนื่องจากสามารถนำไปสู่การตกลงหรือการปฏิบัติหน้าที่อื่น ๆ ที่จะส่งผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ โดยผู้เขียนยกตัวอย่างกรณีการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมผ่านข้อพิพาทระหว่างประเทศ โดยกล่าวถึงสาระสำคัญที่ระบุในตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐ และอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันต่อรัฐ เพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะที่สำคัญของรัฐต่อการเกิดขึ้นและการพัฒนาของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมจนเป็นที่ยอมรับ

บทความเรื่องที่สอง คือ เรื่อง อาชญากรรมคอปกสีขาว: แนวทางการป้องกันและดำเนินคดีภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เขียนโดย คุณอนุวัฒน์ งามประเสริฐกุล หัวหน้าและหัวหน้าส่วนคดีและการระงับข้อพิพาท บริษัท บลูเมนทอล ริชเตอร์ แอนด์ สุเมธ จำกัด ผู้เขียนนำเสนอเกี่ยวกับอาชญากรรมคอปกสีขาว (White Collar Crime) ซึ่งเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยผู้บริหารระดับสูงหรือพนักงานที่อยู่ภายในองค์กรเป็นระยะเวลานาน โดยอาศัยช่องว่างที่ตนเองมีอำนาจหน้าที่ที่สามารถเข้าถึงข้อมูล ทำการแก้ไข ดัดแปลง ทำการใด ๆ เพื่อที่จะให้เกิดผลประโยชน์กับตนเองหรือพวกพ้อง องค์กรจึงมีการกำหนดมาตรการเชิงป้องกันและป้องปรามเพื่อมิให้เกิดเหตุทุจริตขึ้นภายในองค์กร เช่น การแจ้งเบาะแสการกระทำผิด การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมของผู้สมัครงาน การตรวจสอบพฤติกรรมและประวัติของผู้สมัครงาน การตรวจสอบการขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างพนักงานกับบุคคลภายนอกที่มีความสัมพันธ์กับองค์กร

แต่อย่างไรก็ตาม กระบวนการตรวจสอบดังกล่าว อาจมีความไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งกำหนดมาตรการในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้สมัครงาน/พนักงาน/อดีตพนักงาน/คู่ค้า และบุคคลอื่น ๆ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้มีการรักษาสมดุลระหว่างการป้องกันและป้องปรามเหตุทุจริตภายในองค์กร และการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อมิให้เกิดคดีความฟ้องร้องบริษัท ซึ่งอาจรวมไปถึงการดำเนินคดีแบบกลุ่ม อันเนื่องมาจากการกระทำ ความผิดที่กระทบต่อข้อมูลส่วนบุคคลจำนวนมาก

บทความเรื่องที่สาม คือ เรื่อง โครงสร้างทางกฎหมายของประเทศไทยในการจัดการปัญหาหนี้เสียของธนาคาร: ประสิทธิภาพของกฎหมายในการป้องกันวิกฤตทางการเงิน เขียนโดย คุณศวีธิกา ลีสุรกันต์ นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้เขียนนำเสนอปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีโครงสร้างทางกฎหมายในการจัดการหนี้เสียของธนาคารไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งส่งผลอย่างมากต่อความเข้มแข็งของระบบสถาบันการเงิน และความมั่นคงของระบบสถาบันการเงินและสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการนำมาตรฐานระหว่างประเทศมาปรับใช้อาจไม่เหมาะสมกับโครงสร้างทางการเงินของประเทศไทย และสามารถนำไปสู่ผลกระทบอื่นอันมีผลเสียต่อระบบการเงินได้ ดังนั้น จึงเสนอแนะให้มีการจัดโครงสร้างทางกฎหมายการเงินที่เกี่ยวข้องกับหนี้เสีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการตั้งเงินกองทุน และเงินกันสำรองหนี้สงสัยจะสูญ ตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 ให้ชัดเจน นอกจากนี้ควรมีการพัฒนาปรับปรุง (1) กฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการบังคับคดี

โดยเฉพาะ กรณีที่ธนาคารมีหนี้เสีย ให้สามารถบังคับคดีได้ในเวลาอันรวดเร็ว (2) กฎหมายหลักประกัน ให้สามารถบังคับชำระหนี้ได้จากหลักประกันได้เป็นการพิเศษ และ (3) กฎเกณฑ์ทางการเงินเกี่ยวกับหนี้สงสัยจะสูญ ให้สามารถปรับลดและเพิ่มอัตราการตั้งเงินสำรองหนี้สงสัยจะสูญ ตามสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจและสถานะทางการเงินของธนาคารได้ เพื่อให้ธนาคารสามารถมีเงินทุนเพียงพอที่จะประกอบกิจการในช่วงเศรษฐกิจขาลงจะสามารถทำให้ลดจำนวนหนี้เสียในธนาคารได้

บทความเรื่องที่สอง คือ เรื่อง ปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 โดย นางสาวจรัสจิ่ง นะแส นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ผู้เขียนนำเสนอปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ที่ไม่ครอบคลุมถึงผลกระทบ มีลักษณะตายตัวไม่ยืดหยุ่น และไม่ทันต่อสถานการณ์วิธีการศึกษาเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ผู้เขียนเสนอแนะให้แก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 โดยเปิดโอกาสให้สามารถใช้การถ่วงดุลโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ในรูปแบบอื่น ๆ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ตามระดับความรุนแรงของผลกระทบที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจ นอกจากการออกประกาศตามอำนาจของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาในรูปแบบของบัญชีรายชื่อเพียงรูปแบบเดียว รวมทั้งเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการเสนอให้บทวนหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เพื่อที่จะสามารถป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุม รวมทั้งมีมาตรการรองรับเพื่อการแก้ไขปัญหาผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม อันเป็นเจตนารมณ์ประการสำคัญของกฎหมายส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ

บทความเรื่องสุดท้าย คือ เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดย นายเชาวลิต จันมณี นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ผู้เขียนนำเสนอปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับ (1) สถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา (2) ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาคืน (3) ปัญหาเกี่ยวกับการเกิดกับสัญญาประกวดราคา และ (4) ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา ผู้เขียนเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยให้นำหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญาเข้ามาพิจารณาปรับใช้ ซึ่งจะทำให้ทราบว่าสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคามีสถานะเป็นสัญญา และในกรณีที่ผู้ที่ได้รับผิดชอบหรือผู้ชนะการประกวดกระทำผิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ หน่วยงานของรัฐ มีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้ำประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอื่นได้อีกด้วย นอกจากนี้หากในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคาภายในกำหนดเวลา และตามหลักเกณฑ์ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด และในส่วนของคำสั่งรับเงินหลักประกันการเสนอราคา ถือเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาสามารถฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อน

คณะผู้จัดทำวารสารกฎหมายนิติพัฒน นิต้า หวังเป็นอย่างยิ่งว่า เนื้อหาสาระของวารสารฉบับนี้ จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านทุกท่าน และขอขอบคุณกองบรรณาธิการ กองจัดการและผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่าน ที่ให้เกียรติพิจารณาประเมินบทความ เพื่อควบคุมคุณภาพและมาตรฐานของวารสาร รวมทั้งขอขอบคุณสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน นิต้า และผู้อ่านทุกท่านที่ให้ความสนใจติดตามวารสารมาโดยตลอด ทั้งนี้ ทางคณะผู้จัดทำยินดีรับข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงวารสารให้มีคุณภาพดียิ่งขึ้นต่อไป

อาจารย์ ดร.อัญธิกา ณ พิบูลย์
บรรณาธิการ

สารบัญ
วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2563

บทความ	หน้า
<ul style="list-style-type: none">● หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม States' Duty to Compliance with International Law and the Environmental Protection <i>นวพร เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา</i>	1
<ul style="list-style-type: none">● อาชญากรรมคอปกสีขาว: แนวทางการป้องกันและดำเนินคดีภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมาย คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล White Collar Crime: How to Prevent and Take Legal Actions under the Personal Data Protection Law Implications <i>อนุวัฒน์ งามประเสริฐกุล</i>	15
<ul style="list-style-type: none">● โครงสร้างทางกฎหมายของประเทศไทยในการจัดการปัญหาหนี้เสียของธนาคาร: ประสิทธิภาพ ของกฎหมายในการป้องกันวิกฤตทางการเงิน Thai Legal Framework for Addressing Non-Performing Loans: The Effectiveness of Thai Laws in Preventing Financial Crisis <i>ศวีธิกา ลีสุรกานต์</i>	31
<ul style="list-style-type: none">● ปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงาน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและ รักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 Problems in Screening in the Environmental Impact Assessment Process to Promotion and Conservation of National Environmental Quality Act (No.2) BE 2561 <i>จริงจิ่ง นะแส</i>	47
<ul style="list-style-type: none">● ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ Legal Problems Concerning Bid Bond in Government Procurement <i>เขาวลิต จันมณี</i>	59
คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า	72
ใบสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า	77

หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม States' Duty to Compliance with International Law and the Environmental Protection

นภาพร เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา *

Nawaporn Seni Wong Na Ayuthaya

วันที่รับบทความ 30 มิถุนายน 2563; วันแก้ไขบทความ 20 สิงหาคม 2563; วันตอบรับบทความ 2 ตุลาคม 2563

บทคัดย่อ

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อม เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดบทบาทหน้าที่ของรัฐในการกระทำบางประการ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งได้มีการพัฒนาและตกผลึกจากหลายบ่อเกิดในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญา คำพิพากษาของศาล หรือตราสารที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่าง ๆ ทั้งในบรรดาหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อม หน้าที่ของรัฐที่สำคัญและเป็นพื้นฐานเบื้องต้นต่อการนำไปสู่การปฏิบัติตามหลักการอื่นนั้น คือ หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐ เนื่องจากหน้าที่ในการให้ความร่วมมือของรัฐย่อมนำไปสู่การตกลงหรือปฏิบัติหน้าที่อื่น ๆ ที่จะส่งผลต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ บทความนี้จึงต้องการนำเสนอที่มา การพัฒนา และความสำคัญของหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐในบริบทที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งทำให้หน้าที่ดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนสำคัญอันจำเป็นต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ

คำสำคัญ: กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อม, หน้าที่ให้ความร่วมมือ, การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

เลขที่ 239 ถนนห้วยแก้ว ตำบลสุเทพ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงใหม่ 50200

E-mail : nawaporn.sa@cmu.ac.th

Abstract

International environmental law is public international law that provides the general principle and rule for States to act or perform the related duty to protect the environment. International environmental law has been developed and crystalized through many sources of international law, including international conventions, cases or non-binding instruments. Among principles or rules of international environmental law, the duty to cooperate is the stepping-stone for States to implement other principles and rule. In this connection, a duty to cooperate may lead to other consent or even an agreement to perform other duties in order to protect the environment. Therefore, this paper will explore the rationale, development and significance of the States' duty to cooperate. The duty that later becomes a necessary duty for the protection of the environment in the international regime.

Keywords: international environmental law, duty to cooperate, protection of the environment

1. บทนำ

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของรัฐให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการบางประการเพื่อคุ้มครอง อนุรักษ์ และป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งหลักกฎหมายประเภทนี้ได้มีการพัฒนาหลักการ (principle) หรือพันธกรณีที่กำหนดหน้าที่ของรัฐ (duty) ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในหลายประการ เช่น หลักการป้องกันไว้ก่อน (precautionary principle)¹ หลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (principle of sustainable development)² หน้าที่ในการใช้ทรัพยากรภายในเขตอำนาจของรัฐโดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมนอกเขตอำนาจของรัฐตน³ (duty to ensure that activities within States' jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction) หน้าที่ในการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (duty to conduct an environmental impact assessment)⁴ รวมไปถึงหน้าที่ในการให้ความร่วมมือ (duty to cooperate)⁵ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ในการให้ความร่วมมือของรัฐเป็นหน้าที่สำคัญประการหนึ่งที่สามารถส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐประการอื่นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่มีการดำเนินกิจการภายในของรัฐที่อาจก่อให้เกิดมลภาวะต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน (transboundary pollution) ซึ่งหมายถึง การที่ทั้งหมดหรือบางส่วนของมลภาวะที่เกิดขึ้นทางกายภาพภายในพื้นที่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐ ผลกระทบในทางร้ายที่ไม่เพียงมีผลกระทบต่อธรรมชาติโดยรวมแล้ว แต่ยังส่งผลกระทบต่อพื้นที่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐอื่น⁶ เนื่องจากในกรณีที่มีมลภาวะข้ามพรมแดนจากกิจการภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่รัฐนั้นปราศจากความร่วมมือในการที่จะดำเนินการตามหลักการ (principles) หรือหน้าที่ (duty) ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศแล้ว อาจทำให้เกิดผลกระทบในทางเสียหายต่อการที่รัฐนั้นจะลดหรือกำจัดปัญหาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมองค์รวมทั้งในและนอกพื้นที่ซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของรัฐนั้น ๆ ได้

บทความนี้จึงเสนอความเข้าใจเกี่ยวกับหน้าที่ในการให้ความร่วมมือของรัฐที่มีบทบาทอย่างยิ่งในบริบทของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ โดยจะมีการยกตัวอย่างการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมผ่านข้อพิพาทระหว่างประเทศเป็นสำคัญ และยกส่วนที่ถูกระบุในตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐ และอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันต่อรัฐ เพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะที่สำคัญต่อรัฐของการพัฒนาหรือการเกิดขึ้นของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมจนเป็นที่ยอมรับ โดยจะมีการอธิบายถึงกรณีศึกษาอันเกี่ยวกับความสำคัญของหน้าที่ในการให้ความร่วมมือที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice หรือ ICJ) คำพิพากษาหรือความเห็นในการ

¹ Rio Declaration on Environment and Development, UN Doc A/CONF.151/26 (vol. I) / 31 ILM 874 (1992) เห็นชอบเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 1992 (ต่อไปเรียกว่า Rio Declaration) Principle 15

² Brodhag Christian & Talière Sophie, 'Sustainable Development Strategies: Tools for Policy Coherence' (2006) 30 *Natural Resources Forum* 136, 136–145.

³ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, U.N. Doc. A/Conf.48/14/Rev.1 (1973), เห็นชอบเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1972 (ต่อไปเรียกว่า Stockholm Declaration) Principle 21; ดูเพิ่มเติม Rio Declaration (n 1) Principle 2

⁴ Rio Declaration (n 1) Principle 17

⁵ Stockholm Declaration (n 3), Principle 24 ; ดูเพิ่มเติม Rio Declaration (n 1) Principle 7

⁶ Agreement on Air Quality, U.S.-Can, Art. 1(2), March 13, 1991, 30 I.L.M. 676, 679 (1991)

ให้คำแนะนำ (Advisory Opinion) ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทางทะเล (International Tribunal on the law of the sea หรือ ITLOS) รวมไปถึงคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Arbitration หรือ PCA) และสุดท้ายจะเป็นบทสรุปที่สามารถวิเคราะห์ถึงหน้าที่ในการให้ความร่วมมือในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่มีความสำคัญต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

2. วิวัฒนาการของหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาล

แม้ว่าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศนั้น ไม่ได้มีบ่อเกิดมาจากคำพิพากษาของศาลเพียงประการเดียวเท่านั้น แต่ยังรวมถึงหลักการหรือหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอื่นซึ่งจะเห็นได้ว่า คำพิพากษาหรือการให้ความเห็นแนะนำของศาลนั้น เป็นบ่อเกิดที่สำคัญของหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) ใช้ในการพิจารณาคดีดังปรากฏในข้อ 38 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่กล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ อันประกอบไปด้วย อนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ คำพิพากษาของศาล กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย⁷ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น ก็ได้มีการแสดงให้เห็นถึงหลักเหตุผลภายใต้คำตัดสินนั้น ๆ รวมไปถึงการพัฒนารูปแบบการต่าง ๆ จนสามารถตกผลึกเป็นบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศได้⁸

หลักฐานว่าการพิจารณาคดีของศาลระหว่างประเทศในเรื่องเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อมที่สำคัญอย่างเห็นได้ชัด คือ “หลักการไม่ทำให้เกิดอันตรายหรือหลักการไม่สร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม” ที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเวลาต่อมา ข้อพิพาทระหว่างประเทศซึ่งได้วางหลักการสำคัญเรื่องนี้ไว้คือ คดี Trail Smelter Arbitration⁹ ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกากับแคนาดาในปี ค.ศ. 1941 โดยในคดีนี้ได้ทำให้เกิดการยอมรับในหลักการที่ทำให้รัฐต้องรับประกัน ว่ากิจกรรมที่เกิดขึ้นภายในเขตอำนาจหรือภายใต้การควบคุมของรัฐนั้นจะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น หรืออาจเรียกโดยย่อว่าหลักการไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม (No harm rule)¹⁰ ในคดีนี้ยังได้มีส่วนในการพัฒนาไปถึงหลักการที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบ หรือความรับผิดของรัฐต่อความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม¹¹ ซึ่งในเวลาต่อมาหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมนั้นก็ได้มีการพัฒนาและยอมรับดังที่เริ่มปรากฏใน Stockholm Declaration¹² ซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมของสหประชาชาติในเรื่องมนุษย์และสิ่งแวดล้อม ในปี ค.ศ. 1972 (United Nations Conference on the Human Environment) ในผลของการเกิดขึ้นของ Stockholm Declaration นั้น กล่าวได้ว่า เป็นการวางหลักการพื้นฐานหลายเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งรวมไปถึงการยืนยันหลักการพื้นฐานในทางจารีตระหว่างประเทศ

⁷ United Nations, Statute of the International Court of Justice, 18 April 1946, (ต่อไปนี้จะเรียกว่า ICJ Statute) ข้อที่ 38 ของ ICJ Statute

⁸ Tim Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (CUP 2009) 14-15.

⁹ Trail Smelter Arbitration (US v. Canada) (1941) 3 RIAA1907, 1911

¹⁰ *ibid*, 1965.

¹¹ Patricia W. Birnie, Alan E. Boyle and Catherine Redgwell, *International Law and the Environment* (3 edn, OUP 2009) 216-217.

¹² Stockholm Declaration (n 3)

ในเรื่องการควบคุมมลภาวะข้ามพรมแดนที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น¹³ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับที่ได้มีการวินิจฉัยในคดี Trail Smelter ที่กล่าวข้างต้น โดยปรากฏในหลักการที่ 21 ของ Stockholm Declaration และหลักการที่ 2 ของ Rio Declaration¹⁴ และหลักการเดียวกันนี้ก็ได้รับการกล่าวถึงว่าเป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อมในการให้ความเห็นแนะนำเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในการขูหรือใช้อาวุธปรมาณูในปี ค.ศ. 1996 (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons)¹⁵

นอกจากนั้น หลักการไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมยังได้ถูกกล่าวอ้างในหลายสนธิสัญญา ระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เช่น ในบทนำของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในปี พ.ศ. 2535 (UNFCCC)¹⁶ หรือในข้อที่ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ พ.ศ. 2535 (CBD)¹⁷ รวมไปถึงในข้อที่ 193 และข้อที่ 194 (2) ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล พ.ศ. 2525 (UNCLOS)¹⁸ และไม่เพียงแต่อนุสัญญาในระดับสากลเท่านั้นที่มีการกล่าวถึงหลัก no harm rule แต่ยังมีปรากฏในอนุสัญญาระดับภูมิภาคด้วย เช่น ในข้อ 3 (5) ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลและพื้นที่ชายฝั่งของภูมิภาคแปซิฟิกตะวันออกเฉียงใต้¹⁹ และในข้อ 3 (6) ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลและพื้นที่ชายฝั่งของภูมิภาคทะเลบอลติก²⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า หลักการไม่ก่อให้เกิดอันตรายหรือหลักการไม่สร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมนั้น ได้ผ่านการพัฒนาจนมาเป็นที่ยอมรับโดยสากล ได้มีการพัฒนาจากหลักการที่ใช้ในการพิจารณาคดีระหว่างประเทศ การถูกกล่าวอ้างในปฏิญญาสากล ซึ่งไม่ได้มีลักษณะที่ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายหรือสร้างภาระหน้าที่ให้กับรัฐที่ร่วมลงนาม จนถูกยอมรับในทางจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และได้รับการบัญญัติในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่สร้างผลผูกพันต่อรัฐภาคี ซึ่งแนวทางการพัฒนาของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ปรากฏให้เห็นในหลายเรื่องเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้ ต้องการเพียงแสดงให้เห็นตัวอย่างลักษณะการเกิดขึ้นของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศที่สำคัญ เพื่อในส่วนถัดไปจะได้แสดงให้เห็นถึงลักษณะของการเกิดขึ้น และได้รับการยอมรับของหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐในบริบทที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเท่านั้น

¹³ Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (n 11) 48-50; ดูประกอบ Stockholm Declaration (n 3) Principle 21; Rio Declaration (n 1)

¹⁴ Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (n 11) 143.

¹⁵ Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I) 241-242, Paragraph 29

¹⁶ 1992 United Nation Framework Convention on Climate Change, (เห็นชอบเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1992, มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1994), 1771 UNTS 107 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า UNFCCC)

¹⁷ Convention on Biological Diversity, (เห็นชอบเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 1992, มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1993) 1760 UNTS 79 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า CBD)

¹⁸ The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (เห็นชอบเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1982, มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1994) 1833 UNTS 396 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า UNCLOS)

¹⁹ Convention for the Protection of the Marine Environment and Coastal Area of the South-East Pacific, เห็นชอบเมื่อ 12 พฤศจิกายน ค.ศ. 1982, มีผลใช้บังคับเมื่อ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1986

²⁰ Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area, เห็นชอบเมื่อ 22 มีนาคม ค.ศ. 1974, มีผลใช้บังคับ เมื่อ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1980

3. หน้าที่ในการให้ความร่วมมือ (Duty to cooperate)

ความร่วมมือกล่าวได้ว่าเป็นกฎพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ และได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²¹ ที่เป็นเช่นนี้เพราะหน้าที่ในการให้ความร่วมมือนั้นได้ถูกกล่าวอ้างและได้รับการยอมรับในหลายคดีระหว่างประเทศ รวมไปถึงคดี Lac Lanoux²² คดี Gabcikovo-Nagymaros²³ และคดี Plant MOX²⁴ ซึ่งจะกล่าวถึงรายละเอียดในส่วนนี้เช่นกัน นอกจากนี้ ในความรู้ของมาตรฐานทางสังคมทั่วไปย่อมสามารถกล่าวได้ว่า มนุษย์มีสัญชาตญาณในการที่จะร่วมมือกันเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์พิเศษบางประการ²⁵ ซึ่งความรู้เช่นนี้ย่อมไม่ได้ต่างไปจากสิ่งที่ปรากฏในอนุสัญญาหรือความตกลงต่าง ๆ ระหว่างรัฐ ที่ได้ตกลงเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม (multilateral environmental treaties หรือ MEAs) ซึ่งเกิดจากความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิก เพื่อให้บรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้ หน้าที่ในการให้ความร่วมมือของรัฐได้ถูกรวมไว้ในหลายอนุสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญ เช่น ในกฎบัตรสหประชาชาติ ที่ได้กล่าวถึงหลักการให้ความร่วมมือว่าเป็นเสมือนหลักการอันนำไปสู่การสร้างผลประโยชน์อื่น ๆ แก่รัฐ ดังที่ปรากฏในข้อบัญญัติที่ 1 (3) และข้อบัญญัติที่ 13 ของกฎบัตรสหประชาชาติ²⁶ และยังมีการกล่าวถึงหลักการให้ความร่วมมือในข้อบัญญัติที่ 74 ของกฎบัตรสหประชาชาติเช่นกัน ซึ่งหลักการให้ความร่วมมือนี้อาจกล่าวได้ว่ามีพัฒนาการมาจากหลักความเป็นเพื่อนบ้านที่ดี (good-neighbourliness)²⁷

²¹ Nicholas A. Robinson, 'Evolved Norms; A Canon for the Anthropocene' in Christina Voigt (ed), *Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (CUP 2013) 60.

²² Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain), (1957) 12 R.I.A.A. 281, November 16, 1957 (ต่อไปนี้จะเรียกว่าคดี Lake Lanoux)

²³ Case concerning the Gabcikova-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, 7. (ต่อไปนี้จะเรียกว่า คดี Gabcikova-Nagymaros)

²⁴ The MOX Plant Case (Ireland v. UK), ITLOS case No.10 (2001) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า คดี MOX Plant Case)

²⁵ Robinson, 'Evolved Norms; A Canon for the Anthropocene' (n 21) 61.

²⁶ กฎบัตรสหประชาชาติ, เห็นชอบเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ.1945, มีผลใช้บังคับวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1945, 1 UNTS XVI
"Article 1 The Purposes of the United Nations are: ...

(3) To achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion...";

ดูเพิ่มเติมข้อบัญญัติที่ 13 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ

"Article 13

1. The General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of:
 - a. promoting international cooperation in the political field and encouraging the progressive development of international law and its codification;
 - b. promoting international cooperation in the economic, social, cultural, educational, and health fields, and assisting in the realisation of human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion.
2. The further responsibilities, functions, and powers of the General Assembly with respect to matters mentioned in paragraph 1 (b) above are presented in Chapters IX and X."

²⁷ Philippe Sands and Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law* (3rd edn, CUP 2012) 203; ดูเพิ่มเติม Birnie, Boyle and Redgwell, (n11) 137.

นอกเหนือไปจากการที่หลักการให้ความร่วมมือจะถูกกล่าวถึงในกฎบัตรสหประชาชาติแล้ว ข้อพิพาทระหว่างรัฐในประเทศที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายหรืออันตรายใด ๆ ต่อสิ่งแวดล้อมที่ได้มีการพิจารณาในองค์กรระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศทั้งในอดีตและปัจจุบัน เช่น ข้อพิพาทในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice หรือ ICJ) อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Permanent Court of Arbitration หรือ PCA) และศาลระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายทะเล (International Tribunal for the Law of the Sea หรือ ITLOS) ก็ได้มีการกล่าวอ้างและยอมรับถึงหลักการให้ความร่วมมืออยู่บ่อยครั้งว่าการให้ความร่วมมือของรัฐนั้นเป็นสิ่งที่สำคัญเช่นเดียวกับหลักการไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมต่อรัฐอื่นที่กล่าวมาใน ส่วนที่ 2 ข้างต้น หลักการให้ความร่วมมือของรัฐก็ได้รับการพัฒนาจากหลักการในทางจารีตประเพณีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเช่นกัน โดยถูกพัฒนาเรื่อยมาตั้งแต่มีการอ้างถึงในคดีระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ยังได้รับการระบุในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันต่อรัฐ (Treaties, Convention และ Agreement) และตราสารระหว่างประเทศที่ไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐ (non-binding instruments) โดยเป็นการยืนยันความมีอยู่ของหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความร่วมมือ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการยืนยันไปในทางเดียวกัน โดยมีลักษณะที่ผ่านการพัฒนามาจากหลักการเบื้องต้นที่อาจไม่ได้มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยชัดแจ้งหรือเป็นเพียงลักษณะของ Soft-law instruments ดังที่ปรากฏใน Stockholm Declaration และ Rio Declaration จนมาเป็นหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ที่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐภาคีแห่งอนุสัญญา²⁸

ในกรณีของหน้าที่ในการให้ความร่วมมือของรัฐในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ได้มีการกล่าวถึงใน ข้อ 24 ของ Stockholm Declaration ‘...the protection and improvement of the environment should be handled in a co-operative spirit by all countries...’²⁹ ซึ่งหมายความว่าในการคุ้มครองและปรับปรุงสิ่งแวดล้อม ควรจัดการโดยที่ได้รับความร่วมมือจากทุกประเทศ แม้ในเบื้องต้นจะเห็นได้ว่า Stockholm Declaration เป็นเพียงตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีลักษณะก่อให้เกิดผลผูกพันต่อรัฐ แต่การที่หลักการนี้ปรากฏในปฏิญญาสหประชาชาตินี้ เป็นหลักฐานว่ารัฐนั้นควรจะต้องให้ความร่วมมือระหว่างกันในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ หลักการให้ความร่วมมือนี้ก็ได้รับการกล่าวถึงอีกครั้งในปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา หรือ Rio Declaration ในปี พ.ศ. 2535 ซึ่งถือได้ว่าเป็นปีที่สำคัญในการเกิดขึ้นของอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่สำคัญ คือ UNFCCC และ CBD³⁰ อันเป็นผลมาจากประชุมของสหประชาชาติในเรื่องสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา หรือ United Nations Conference on the Environment and Development (UNCED)³¹ โดยหลักการให้ความร่วมมือของรัฐได้ถูกกล่าวถึงในหลายหลักการของ Rio Declaration เช่น หลักการที่ 7 หลักการที่ 9 หลักการที่ 12 ถึงหลักการที่ 14 และหลักการที่ 24

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าเมื่อลักษณะของปฏิญญาสหประชาชาตินั้นไม่ได้มีผลผูกพันหรือก่อให้เกิดหน้าที่ต่อรัฐที่ร่วมลงนามเห็นชอบ แต่ก็มีผลต่อการพัฒนาการของหลักการนี้เช่นกัน โดยข้อความที่ใช้ในปฏิญญาสหประชาชาติจึงเป็นเพียงการใช้คำว่า “ควรจะ” หรือ “should” เมื่อมีการอ้างถึงว่ารัฐ “ควรจะ” ให้ความร่วมมือในเรื่องที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ยกเว้นในหลักการที่ 7 ของ Rio Declaration

²⁸ Dinah Shelton, *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* (OUP 2000) 223-224.

²⁹ Stockholm Declaration (n 3) Principle 24

³⁰ UNFCCC (n 16), CBD (n 17)

³¹ Rio Declaration (n 1)

ที่ใช้คำว่า “ต้อง” ให้ความร่วมมือ หรือ “shall co-operate” ซึ่งอาจอนุมานโดยปริยายได้ถึงความสำคัญของหลักการนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการอนุรักษ์ คุ้มครอง และฟื้นฟูระบบนิเวศ โดยในหลักการที่ 7 ของ Rio Declaration มีใจความสำคัญดังนี้

‘States shall cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem. In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit of sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command’.³² (เน้นโดยผู้เขียน)

ซึ่งข้อความนี้เป็นการกล่าวอย่างชัดเจนว่า “รัฐต้องร่วมมือกันในลักษณะที่เป็นหุ้นส่วนระดับสากล เพื่อที่จะอนุรักษ์ คุ้มครอง และฟื้นฟู สุขลักษณะองค์รวมของระบบนิเวศของโลก” นอกจากนี้ในหลักการที่ 7 ไม่เพียงแต่จะอ้างถึงหลักการให้ความร่วมมือของรัฐ แต่ยังมีอ้างอิงถึงหลักการที่สำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อมหลักการอื่นอีก เช่น หลักการเรื่องความรับผิดชอบร่วมกันที่แตกต่างกัน (common but differentiated responsibilities) รวมไปถึงหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (sustainable development)³³

นอกจากนี้ใน Rio Declaration จะเห็นได้ว่า “ความร่วมมือของรัฐ” เป็นสิ่งสำคัญต่อการอนุรักษ์ คุ้มครอง และฟื้นฟูสิ่งแวดล้อม โดยพิจารณาได้จากหลักการในข้อ 18 และข้อ 19 ของปฏิญญาดังกล่าว³⁴ ซึ่งจะเห็นว่าความร่วมมือนั้นเกี่ยวเนื่องไปถึงหลักการในเรื่องการแจ้งข้อมูล (Notification) และการปรึกษาหารือ (Consultation) ระหว่างรัฐ ในกรณีที่มีเหตุหรืออุบัติภัยทางธรรมชาติ หรือเหตุฉุกเฉินทางธรรมชาติอื่น ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้ เนื่องจากในการแจ้งข้อมูลหรือการปรึกษาหารือระหว่างรัฐ ตั้งแต่สองรัฐขึ้นไปนั้น ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้หากรัฐนั้นปราศจากความร่วมมือระหว่างกัน และแม้ว่าหลักการเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลและปรึกษาหารือระหว่างรัฐจะไม่ได้มีการกล่าวถึงเรื่องความร่วมมือโดยชัดเจน แต่หลักการทั้งสอง (แจ้งข้อมูลและปรึกษาหารือระหว่างรัฐ) ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักการให้ความร่วมมือของรัฐเช่นกัน³⁵ ที่สามารถกล่าวอ้างเช่นนี้ได้สืบเนื่องจากว่า การพิจารณาเช่นนี้ได้เคยถูกพิจารณาในคดี Land Reclamation³⁶ ระหว่างรัฐคูเวตกับซาอุดีอาระเบีย โดยคณะตุลาการในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทางทะเล (ITLOS) ได้พิจารณาเกี่ยวกับประเด็นนี้ว่ารัฐคูเวตกับซาอุดีอาระเบีย “จะต้องร่วมมือกัน

³² *ibid*, Principle 7

³³ Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law* (CUP 2015) 65.

³⁴ Rio Declaration (n 1), Principle 18 and 19

³⁵ Günther Handl, ‘Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration, 1972) and The Rio Declaration on the Environment and Development, 1992’ (United Nations Audiovisual Library of International Law, 5 September 2007)

<http://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf> accessed 5 September 2018 ; ดูเพิ่มเติม Mari Koyano, ‘The Significance of Procedural Obligation in International Environmental Law: Sovereignty and International Co-operation’ (2011) 54 Japanese Yearbook of International Law 117

³⁶ Case Concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), ITLOS Case No 12 (2003) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า คดี Land Reclamation)

และเพื่อการนี้จะต้องเข้าร่วมกระบวนการปรึกษาหารือกัน”³⁷ (“shall cooperate and shall, for this purpose, enter into consultations forth with...”) โดยคณะตุลาการยังได้พรรณนาต่อว่าข้อมูลใด ๆ ระหว่างรัฐ (คู่พิพาท) นั้น ควรที่จะมีการแลกเปลี่ยนกันอย่างเป็นประจำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติ ตามหน้าที่ และในการให้ความร่วมมือระหว่างรัฐที่ศาลกำหนดไว้ในคำสั่ง³⁸

ประเด็นเรื่องความสำคัญของการให้ความร่วมมือก็ได้ถูกกล่าวซ้ำอีกครั้งในคดี Pulp Mills³⁹ ซึ่งในคดีนี้ แม้ว่าประเด็นเกี่ยวกับหน้าที่การให้ความร่วมมือของรัฐจะไม่ใช่ประเด็นหลักแห่งข้อพิพาท แต่ก็กล่าวได้ว่าหลักการ ให้ความร่วมมือของรัฐนั้น มีส่วนต่อการที่รัฐคู่พิพาทจะบรรลุหน้าที่ในการป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหาย ต่อสิ่งแวดล้อม⁴⁰ นอกจากนี้ หน้าที่ในการแจ้งข้อมูลก็ได้ถูกกล่าวถึงเช่นกัน แม้ว่าในคดีนี้หน้าที่ดังกล่าวจะมีสาเหตุ จากการที่รัฐคู่พิพาทได้มีความตกลงในรูปแบบของสนธิสัญญาระหว่างกันก็ตาม โดยในความตกลงนั้นได้กำหนด เกี่ยวกับหน้าที่ในการแจ้งข้อมูลว่า “เป็นเงื่อนไขแห่งความสำเร็จในความร่วมมือระหว่างรัฐคู่สัญญา” โดยมีรายละเอียดดังนี้

“ในความเห็นของศาล หน้าที่ในการแจ้งข้อมูลถูกกำหนดเพื่อเป็นเงื่อนไขแห่งความสำเร็จของความร่วมมือ ระหว่างรัฐคู่สัญญา เพื่อให้รัฐต่าง ๆ นั้น ประเมินผลกระทบของกิจกรรมตามแผนที่มตแม่น้ำบนพื้นฐานของข้อมูลที่ สมบูรณ์ และหากจำเป็น เพื่อให้รัฐคู่สัญญาสามารถเจรจาถึงการปรับปรุงแผนการนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหาย ที่อาจเกิดขึ้น”⁴¹ (เน้นโดยผู้เขียน)

จากที่กล่าวมาข้างต้น พึงสังเกตได้ว่าความเชื่อมโยงของหน้าที่กระทำการต่าง ๆ ในคดีนี้ เช่น การแจ้งข้อมูล นำไปสู่หน้าที่ในการให้ความร่วมมือและเจรจาระหว่างรัฐได้ ซึ่งในคดีนี้ ถึงแม้ว่าหน้าที่ที่กล่าวมานั้นสืบเนื่องจาก การที่รัฐคู่พิพาทได้มีสนธิสัญญาระหว่างกัน แต่ก็กล่าวได้ว่าความเชื่อมโยงอย่างมีนัยยะสำคัญของหน้าที่ ในการให้ความร่วมมือและหน้าที่อื่น ๆ เช่น การแจ้งข้อมูล การเจรจา และการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ดังที่เห็นได้จากย่อหน้าในคำพิพากษาแห่งคดีนี้ข้างต้น สามารถเห็นได้ว่าหน้าที่ให้ความร่วมมืออันมีความเกี่ยวข้อง อย่างใกล้ชิดต่อหน้าที่กระทำการอื่น ๆ รวมไปถึงการแจ้งข้อมูลและแลกเปลี่ยนข้อมูลจนสามารถเข้าใจได้ว่า “ความร่วมมืออันขึ้นอยู่กับ การแจ้งข้อมูลและการปรึกษาหารือ” (“cooperation is hinged on notification and consultation.”)⁴²

จะเห็นได้ว่า ในหลายคดีที่กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับหน้าที่ในการให้ความร่วมมือ ได้แสดงให้เห็น ว่ามีหลายการกระทำหรือหน้าที่อื่น ๆ ของรัฐเช่นกัน ที่ย่อมจำเป็นต่อการที่จะอำนวยความสะดวกและส่งผล ให้หน้าที่ที่ให้ความร่วมมือของรัฐนั้นสมบูรณ์ อันได้แก่ หน้าที่ในการปรึกษาหารือ แจ้ง และแลกเปลี่ยนข้อมูล

³⁷ ibid 27.

³⁸ ibid

³⁹ Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), [2006] ICJ Rep. 113 (ต่อไปนี้เรียกว่า คดี Pulp Mills)

⁴⁰ ibid, paragraph 102

⁴¹ ibid, paragraph 113 โดยมีข้อความเดิมว่า “In the opinion of the Court, the obligation to notify is intended to create the conditions for successful co-operation between the parties, enabling them to assess the plan’s impact on the river on the basis of the fullest possible information and, if necessary, to negotiate the adjustments needed to avoid the potential damage that it might cause.” (เน้นโดยผู้เขียน)

⁴² Phoebe N. Okowa, ‘Procedural Obligations in International Environmental Agreement’ (1996) 67 British Yearbook of International Law, 275-333; ดูเพิ่มเติม คดี Land Reclamation Case (n 36)

ระหว่างรัฐ⁴³ โดยในคดี Lac Lanoux⁴⁴ ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการผันน้ำระหว่างฝรั่งเศสและสเปนก็ได้กล่าวว่า รัฐที่มีกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น (รัฐข้างเคียง) ควรที่จะปรึกษาหารือและให้ความร่วมมือกับรัฐนั้น⁴⁵ อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการปรึกษาหารือและหน้าที่ให้ความร่วมมือระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องนั้น ไม่ได้ต้องการถึงขนาดที่รัฐที่เกี่ยวข้องต้องทำตามหน้าที่นั้นจนสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันในลักษณะของการมีสนธิสัญญาระหว่างกัน จึงจะถือว่าได้ทำตามหน้าที่ให้ความร่วมมือกันแล้ว⁴⁶ หรืออาจกล่าวได้ว่าหน้าที่ในการให้ความร่วมมือของรัฐนั้น เป็นหน้าที่กระทำหรือหน้าที่ที่ต้องการให้มีการกระทำบางอย่าง ซึ่งมีข้อพิจารณาว่าการกระทำนั้นได้เกิดขึ้นอย่างแท้จริง เพื่อให้บรรลุหน้าที่นั้นมากกว่าการที่จะมุ่งหมายให้เกิดผลตามที่ประสงค์จากการกระทำนั้น ๆ⁴⁷ ทั้งนี้ สาระสำคัญของหน้าที่ในการให้ความร่วมมือที่สามารถพิจารณาได้จากคดี Lac Lanoux คือ

1) รัฐต้นกำเนิดของกิจกรรม (ที่อาจก่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม) ต้องปรึกษาและให้ความร่วมมือกับรัฐที่จะได้รับผลกระทบจากกิจกรรมที่เกิดในรัฐต้นกำเนิดของกิจกรรมนั้น และ

2) การปรึกษาหารือและให้ความร่วมมือกันนั้น ไม่ได้หมายความว่ารัฐต้นกำเนิดของกิจกรรม (ที่อาจก่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม) จะต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากรัฐอื่นก่อน เพื่อที่จะสามารถดำเนินกิจกรรมภายในเขตอำนาจแห่งรัฐตน⁴⁸

ในภายหลัง ข้อสรุปข้างต้นนั้นก็ได้กลายมาเป็นหลักในการพิจารณาเบื้องต้นต่อการพัฒนาความตกลงในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้แม่น้ำสากลที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อการเดินเรือ (UN Watercourse Convention)⁴⁹ ซึ่งเป็นอนุสัญญาที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับความร่วมมือในการคุ้มครองทรัพยากรร่วมในเรื่องน้ำเช่นกัน นอกจากนี้ การพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวยังเป็นต้นแบบของการพิจารณาด้านความร่วมมือระหว่างรัฐเพื่อนบ้านที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรร่วม (shared resources) อีกด้วย ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าแม้ในการพิจารณาคดี Lac Lanoux จะไม่ได้มีการยืนยันถึงสถานะทางกฎหมายของหน้าที่ให้ความร่วมมือระหว่างรัฐก็ตาม แต่ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการปรึกษาหารือการให้ความร่วมมือกันนั้น ได้ถูกกล่าวถึงเช่นเดียวกันในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจัดการน้ำอันเป็นทรัพยากรร่วมในคดีที่เกิดขึ้นภายหลังเช่นกัน คือ คดี Gabčíkovo-Nagymaros ซึ่งในคดีนี้ได้มีการกล่าวถึงหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบ (due diligence) ซึ่งในที่นี้ หมายถึงการตรวจสอบเพื่อระมัดระวัง

⁴³ Jon M. Van Dyke and Sherry P. Broder, 'International Agreements and Customary International Principles Providing Guidance for National and Regional Ocean Policies' in Biliana Cicin-Sain, David Vanderzwaag and Miriam C. Balgos (eds), *Routledge Handbook of National and Regional Ocean Policies* (Routledge 2012) 54-55.

⁴⁴ คดี Lake Lanoux (n 22)

⁴⁵ ibid

⁴⁶ ibid 25.

⁴⁷ Okowa, 'Procedural Obligations in International Environmental Agreement' (n 42) 307; ดูเพิ่มเติม Birnie, Boyle and Redgwell (n 11) 178.

⁴⁸ Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (n 11) 178; ดูเพิ่มเติม Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (n 8) 171.

⁴⁹ Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, conclusion on 21 May 1997, 36 ILM 700 (1997) (ต่อไปนี้จะเรียกว่า Watercourse Convention); ดูเพิ่มเติม Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (n 8) 171;

Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (n 11) 177.

ไม่ให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม โดยได้มีการกล่าวอ้างถึงหน้าที่ในการให้ความร่วมมือเช่นกันว่า “ในกรณีที่มีการตรวจสอบ (due diligence) เป็นหน้าที่ลำดับแรกที่ต้องใช้เพื่อพิจารณาถึงการจัดการความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน การให้ความร่วมมือย่อมเป็นหน้าที่ลำดับที่สอง”⁵⁰

ในคดี Gabčíkovo-Nagymaros ซึ่งมีข้อพิพาทว่า รัฐคู่พิพาทนั้น มีหน้าที่ในการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทั้งก่อนและหลังจากที่มีการดำเนินกิจกรรมของรัฐ เพื่อที่จะได้มีการดูแล (monitor) ความเสี่ยงที่อาจเกิดหรือเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม⁵¹ ซึ่งในกรณีนี้ หน้าที่ในการให้ความร่วมมือและเจรจา ก็เป็นหน้าที่ที่สำคัญอย่างยิ่ง เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรน้ำร่วมกัน โดยศาลที่พิจารณาคดีนี้ก็ได้อาศัยหลักการให้ความร่วมมือดังที่ได้ปรากฏในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้แม่น้ำสากล ที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อการเดินเรือ แม้ว่าในเวลาทีพิจารณาคดี อนุสัญญาดังกล่าวยังไม่ได้มีผลใช้บังคับก็ตาม โดยส่วนของคำพิพากษาในคดีที่มีการอ้างถึงอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้แม่น้ำสากลที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อการเดินเรือปรากฏในย่อหน้าที่ 147 ของคำพิพากษา โดยมีข้อความดังต่อไปนี้

“การเกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่งของมาตรการร่วมกันสามารถที่จะสะท้อนถึงประโยชน์สูงสุดของความเข้าใจในการใช้ทรัพยากรน้ำร่วมกัน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หลายด้านที่กำหนดในสนธิสัญญา (ระหว่างรัฐคู่พิพาท) ซึ่งเป็นไปตามข้อ 5 วรรคที่ 2 ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการใช้แม่น้ำสากลที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อการเดินเรือซึ่งได้กำหนดว่า

“รัฐในทางน้ำต้องเข้ามีส่วนร่วมในการใช้ พัฒนา และคุ้มครองแม่น้ำสากล ในลักษณะที่เป็นธรรมและเหมาะสมในการเข้าร่วมนั้น รวมไปถึงทั้งสิทธิในการใช้และหน้าที่ในการให้ความร่วมมือในการคุ้มครองและพัฒนาแม่น้ำด้วย ตามที่กำหนดในอนุสัญญานี้ (อ้างถึงเอกสาร General Assembly doc. A/51/869 ลงวันที่ 11 เมษายน ค.ศ. 1997)”⁵²

ในกรณีข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้การใช้หลักการให้ความร่วมมือของรัฐในการพิจารณาเรื่องการจัดการทรัพยากรน้ำร่วมกันมีความสำคัญเป็นอย่างมากในคดี Lac Lanoux และคดี Gabčíkovo-Nagymaros⁵³ การใช้หลักการนี้ก็ยังคงปรากฏในบริบทอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เช่น การจัดการหรือการป้องกันมลภาวะข้ามพรมแดนเช่นกัน⁵⁴ ซึ่งทั้งหมดนี้ ย่อมแสดงให้เห็นถึงหลักฐานว่า หลักการให้ความร่วมมือของรัฐนั้นเป็นส่วนที่สำคัญอย่างยิ่งของหน้าที่ของรัฐที่จะต้องป้องกันไม่ให้เกิดมลภาวะข้ามพรมแดน อันเป็นหลักการเบื้องต้นดั้งเดิมในการพิจารณาเรื่องการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ที่จะส่งผลกระทบต่อรัฐอื่นในคดี Trail Smelter ที่กล่าวไปเบื้องต้น เพราะลักษณะของสิ่งแวดล้อมนั้นแท้จริงแล้วมีความเชื่อมโยงกันอย่างไร้พรมแดน

ทั้งนี้ ส่วนคำอธิบายเพิ่มเติมที่เกี่ยวกับการให้ความร่วมมือของรัฐ ในประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าหน้าที่ของรัฐที่ต้องเข้าเจรจา (กับรัฐที่เกี่ยวข้อง) นั้นควรเป็นอย่างไร ก็ได้รับการขยายความมากขึ้น โดยมีการกล่าวถึง

⁵⁰ Ibid, 175. โดยมีข้อความเดิมคือ “it is stated that due diligence includes the duty to perform an EIA and the duty to notify the risk”

⁵¹ คดี Gabčíkovo-Nagymaros (n 23)

⁵² ibid paragraph 147

⁵³ Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (n 8) บทที่ 6; ดูเพิ่มเติม Alan E. Boyle, ‘The Principle of Co-operation: The Environment’ in Vaughan Lowe and Colin Warbrick (eds), *The United Nations and the Principle of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst* (Routledge 1994) 122.

⁵⁴ ibid (n 53) 124-126.

หน้าที่ในการเจรจาในคดี North Sea Continental Shelf ซึ่งได้กล่าวถึงการเจรจาระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องในคดีว่า ในการเจรจานั้น “ควรเป็นการเจรจาที่มีความหมาย ซึ่งไม่อาจเกิดขึ้นได้หากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ยืนยันในความเห็นของตนเพียงอย่างเดียวโดยไม่มีการปรับเปลี่ยนเพิ่มเติม”⁵⁵ อย่างไรก็ตาม ในการเจรจาระหว่างรัฐ ที่กำลังเกิดขึ้นอยู่ หรือจะเกิดขึ้นนั้น ไม่ได้ถูกกำหนดว่าในการเจรจานั้นจะต้องนำไปสู่ข้อตกลงในรูปแบบของสนธิสัญญาเมื่อได้เจรจาแล้ว หรือแม้กระทั่งได้มีคำพิพากษาให้มีการเจรจาแล้วก็ตาม⁵⁶ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นไปในการเดียวกันกับการพิจารณาเกี่ยวกับรายละเอียดของการเจรจาของรัฐในคดี Lac Lanoux ที่กล่าวมาข้างต้นเช่นกัน

นอกจากนี้ หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐก็ได้ถูกเน้นย้ำถึงความสำคัญอีกครั้งในคดี MOX Plant⁵⁷ อันเป็นข้อพิพาทระหว่างสหราชอาณาจักรกับไอร์แลนด์ ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับการพิจารณาข้อกำหนดแห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (UNCLOS) โดยได้มีการพิจารณาถึงหน้าที่ให้ความร่วมมือไว้เช่นกัน เนื่องจากหน้าที่ให้ความร่วมมือก็ได้ถูกระบุอยู่ใน UNCLOS ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในการพิจารณา คดีนี้บทบาทของหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐได้ถูกกล่าวถึง ดังนี้

“หน้าที่ให้ความร่วมมือเป็นหลักการพื้นฐานในการป้องกันมลภาวะต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเล ภายใต้บทบัญญัติในภาค 12 ของอนุสัญญานี้ และหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งย่อมส่งผลให้คณะตุลาการย่อมพึงรักษาหลักการนั้นไว้ภายใต้ข้อ 290 ของอนุสัญญานี้”⁵⁸

ในคดีนี้ได้อธิบายเพิ่มเติมถึงหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐภาคว่าจะต้องประกอบไปด้วย “การแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายหรือผลกระทบของการดำเนินกิจกรรมของการทำ MOX”⁵⁹ ซึ่งข้อความที่อ้างถึงนี้เกี่ยวข้องกับหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐที่เป็นพื้นฐานของการป้องกันมลภาวะและหลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากการมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งในกรณีนี้อาจเป็นเหตุผลในการพิจารณาข้อพิพาทภายใต้ UNCLOS นี้ โดยให้ถือว่าหลักการให้ความร่วมมือของรัฐนั้นเป็นไปเพื่อการคุ้มครองและอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมทางทะเล ดังที่ปรากฏในข้อ 197 ในภาค 12 ของ UNCLOS⁶⁰ ที่มีการสรุปเช่นนี้ เนื่องจากข้อพิพาทอยู่ภายใต้บริบทที่คณะผู้พิพากษาต้องอาศัยบทบัญญัติภายใต้ UNCLOS ในการวินิจฉัย และอ้างอิงถึงตัวบทกฎหมายแห่งอนุสัญญาอันเป็นกฎหมายที่ต้องใช้ในการพิจารณา

⁵⁵ North Sea continental Shelf (Germany v Denmark), 1969 I.C.J. Reports 3 (ต่อไปนี้จะเรียกว่าคดี North Sea continental Shelf) p. 47, ย่อหน้า 85 ข้อความดั้งเดิมคือ “..meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its position without contemplating any modification of it.”

⁵⁶ Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (n 11) 179.; ดูเพิ่มเติม Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (n 8) 185-186.

⁵⁷ คดี MOX Plant Case (n 24)

⁵⁸ ibid paragraph 82 ซึ่งมีข้อความเดิมคือ “the duty to cooperate is a fundamental principle in the prevention of pollution of the marine environment under Part XII of the Convention and general international law and that right arose therefrom which the Tribunal may consider appropriate to preserve under article 290 of the Convention”

⁵⁹ ibid, paragraph 84 ซึ่งมีข้อความเดิมคือ “exchanging information concerning the risks or effects of the operation of the MOX Plant.”

⁶⁰ UNCLOS (n 18) Article 197

4. บทสรุป

จากคดีระหว่างประเทศหลายคดีที่ได้มีการอ้างอิงไปข้างต้น เช่น คดี MOX Plant หรือ Pulp Mill ได้แสดงให้เห็นว่า หลักการให้ความร่วมมือของรัฐนั้นเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในบริบทที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการให้ความร่วมมือของรัฐที่ได้มีการกล่าวถึงในคดีระหว่างประเทศในช่วงแรกเริ่มนั้น จะเห็นได้ว่าอยู่ในบริบทที่เป็นข้อกำหนดให้มีความร่วมมือกันในระดับภูมิภาคหรืออยู่ในวงจำกัดเพียงรัฐที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี ซึ่งเหตุผลส่วนหนึ่งเป็นเพราะศาลยังไม่อาจกำหนดหรือพิจารณาให้การที่รัฐต้องทำตามหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งนั้น มีผลผูกพันต่อรัฐอื่นที่ไม่ใช่รัฐคู่พิพาทในคดีที่ศาลกำลังพิจารณาอยู่ได้ แต่เป็นที่น่าสนใจว่า ในการให้ความเห็นแนะนำเกี่ยวกับองค์การประมงระดับอนุภูมิภาค (การให้ความเห็นสำหรับ SRFC)⁶¹ ซึ่งได้มีการเสนอขอคำแนะนำต่อ ITLOS ในปี พ.ศ. 2558 เพื่อให้พิจารณาเกี่ยวกับหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรธรรมชาติภายใต้บริบทของ UNCLOS และอนุสัญญาระดับภูมิภาคและระดับอนุภูมิภาค ในการจัดการเกี่ยวกับการประมงที่ผิดกฎหมาย ขาดการรายงาน และขาดการควบคุม (illegal unreported and unregulated fishing หรือ IUU fishing) นั้น ศาลได้ให้ความเห็นอันเกี่ยวกับการให้ความร่วมมือของภูมิภาคแห่งอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องในการจัดการทรัพยากรปลาร่วมกันระหว่างรัฐในองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาค หรือระดับอนุภูมิภาค ตามที่กำหนดในข้อ 63 ของ UNCLOS รวมไปถึงการให้ความร่วมมือในการอนุรักษ์ปลาที่มีลักษณะการย้ายถิ่นอย่างมากตามข้อ 64 ของ UNCLOS⁶² โดยในการพิจารณาให้ความเห็นแนะนำของศาลมีความมุ่งหมายในการวินิจฉัยเกี่ยวกับหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐ โดยเห็นไปในทางพิจารณาเช่นกันว่า หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐนั้น มีนัยยะสำคัญและเกี่ยวข้องกับหน้าที่ของรัฐในการอนุรักษ์และจัดการทรัพยากรร่วมกันภายใต้ข้อ 61 และข้อ 62 ของ UNCLOS รวมไปถึงหน้าที่ทั่วไปในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลตามที่กำหนดในข้อ 192 ของ UNCLOS ด้วย⁶³ โดยเมื่อเป็นการพิจารณาให้ความเห็นแนะนำ ลักษณะของการวินิจฉัยจึงมีผลเป็นการทั่วไปที่มุ่งหมายให้การตีความหรือพรรณถึงหลักการให้ความร่วมมือของรัฐ ซึ่งสามารถใช้ได้กับทุกรัฐที่เป็นภาคีใน UNCLOS ไม่ใช่เพียงแต่มุ่งหมายให้มีผลต่อรัฐคู่พิพาทเท่านั้น

นอกเหนือไปจากการเน้นย้ำถึงหน้าที่การให้ความร่วมมือของรัฐตามกฎหมายที่ถูกใช้ในการพิจารณาคดีระหว่างรัฐคู่พิพาทที่แสดงในคดีต่าง ๆ ข้างต้นแล้ว หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐนั้นยังได้ถูกระบุหรือกำหนดให้เป็นหน้าที่ที่สำคัญในหลายข้อของอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีรัฐภาคีเป็นจำนวนมาก เช่น หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐปรากฏในข้อ 197 ของ UNCLOS ในข้อ 5 ของ CBD และข้อ 5 ของอนุสัญญาว่าด้วยพื้นที่ชุ่มน้ำ (Wetland Convention)⁶⁴ และยังมีปรากฏในตราสารระหว่างประเทศที่ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย (non-binding instruments) เช่น ในเอกสารแนวทางสำหรับพื้นที่อนุรักษ์ทางทะเลที่จัดทำโดย IUCN⁶⁵

ความสำคัญและการพิจารณาเกี่ยวกับหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐนั้น ที่ได้ปรากฏอยู่ในทั้งคดีระหว่างประเทศ และเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศต่าง ๆ เป็นการยืนยันถึงการพัฒนาของหลักการ

⁶¹ Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, ITLOS คดีหมายเลขที่ 21, เมษายน ค.ศ. 2015 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า การให้ความเห็นสำหรับ SRFC)

⁶² *ibid* paragraphs 199, 203, 207

⁶³ *ibid* paragraphs 207, 219

⁶⁴ Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat (ลงนามเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1971, มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1975) 996 UNTS 245 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า Wetland Convention)

⁶⁵ Graeme Kelleher, *Guidelines for Marine Protected Areas* (IUCN 1999) 1-2.

ให้ความร่วมมือ ซึ่งอาจเริ่มจากการอยู่ในสถานะเป็นเพียงหลักการทั่วไป (general principle) จนนำไปสู่การถูกบัญญัติไว้ในอนุสัญญาต่าง ๆ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอันมีสภาพบังคับต่อรัฐภาคี ดังที่ปรากฏในหลายอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมดังที่กล่าวข้างต้น⁶⁶ นอกจากนี้ ไม่เพียงแต่หน้าที่ในการให้ความร่วมมือของรัฐจะมีความชอบด้วยกฎหมายในบริบทที่ถูกนำไปบัญญัติไว้ในอนุสัญญาต่าง ๆ แล้ว จะเห็นได้จากในคดีระหว่างประเทศที่ยกมาเป็นตัวอย่างในการอธิบายถึงรายละเอียดของหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐนี้ว่ามีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในหลาย ๆ คดี เช่น ในคดี Gabcikova-Nagymaros และการให้ความเห็นแนะนำเกี่ยวกับองค์การประมงระดับอนุภูมิภาค (Advisory Opinion for SRFC) ซึ่งก็ได้พรรณนาให้เห็นว่า รายละเอียดของหน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐนั้น รวมไปถึงการเจรจา⁶⁷ การปรึกษาหารือ การแจ้งข้อมูล⁶⁸ และแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน⁶⁹ โดยในรายละเอียดทั้งหมดที่กล่าวรวมกันแล้ว ได้แสดงให้เห็นว่า แท้จริงแล้วหลักการให้ความร่วมมือของรัฐเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่ง และพัฒนาการของหน้าที่นี้เป็นรากฐานสำคัญ ดังที่ปรากฏในอนุสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ และถูกเน้นย้ำหลายครั้งในหลายคดี จนอาจกล่าวได้ว่า หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐนั้นมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม⁷⁰ ซึ่งการที่หน้าที่การให้ความร่วมมือมีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ย่อมจะมีผลผูกพันต่อรัฐทุกรัฐ⁷¹ ถึงแม้รัฐนั้นอาจจะได้เป็นรัฐภาคีในอนุสัญญาที่มีบทบัญญัติให้รัฐต้องให้ความร่วมมือก็ตาม

⁶⁶ Shelton, *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in the International Legal System* (n 28) 223-224.

⁶⁷ คดี North Sea continental Shelf (n 55) paragraph 85

⁶⁸ คดี Pulp Mills Case (n 39) paragraph 113

⁶⁹ คดี Lake Lanoux Arbitration (n 22)

⁷⁰ Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (n 8) 4; ดูเพิ่มเติม Birnie, Boyle and Redgwell, *International Law and the Environment* (n 11) 175.

⁷¹ Rosalyn Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use It* (OUP 1995) 18-19; ดูเพิ่มเติม Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (OUP 2004) บทที่ 3

อาชญากรรมคอปกเสื้อขาว: แนวทางการป้องกันและดำเนินคดีภายใต้ข้อจำกัด
ตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล
White Collar Crime: How to Prevent and Take Legal Actions under the
Personal Data Protection Law Implications

อนุวัฒน์ งามประเสริฐกุล*
Anuwat Ngamprasertkul

วันที่รับบทความ 8 สิงหาคม 2563; วันแก้ไขบทความ 25 กันยายน 2563; วันตอบรับบทความ 5 ตุลาคม 2563

บทคัดย่อ

อาชญากรรมคอปกเสื้อขาว (White Collar Crime) เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจที่ตรวจสอบพบมากขึ้นในปัจจุบัน และเป็นอาชญากรรมที่ส่งผลกระทบต่อชื่อเสียง เงินทอง และความเชื่อมั่นต่อนักลงทุนและบุคคลภายนอก และรวมไปถึงขวัญกำลังใจของพนักงานเป็นอย่างมาก โดยที่การกระทำความผิดประเภทนี้มักกระทำโดยผู้บริหารระดับสูง หรือพนักงานที่อยู่ภายในองค์กรเป็นระยะเวลาสั้น โดยอาศัยช่องว่างที่ตนเองมีอำนาจหน้าที่ที่สามารถเข้าถึงข้อมูล ทำการแก้ไข ดัดแปลง ทำการใด ๆ รวมถึงการอนุมัติให้สิ่งที่ไม่ถูกต้องเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เพื่อที่จะให้เกิดผลประโยชน์กับตนเองหรือพวกพ้อง ซึ่งการทุจริตโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ (Occupational Crime) นี้ มักจะใช้วิธีที่แยบยล หรือซับซ้อนเพื่อปกปิดความผิดของตน หรือทำให้ยากต่อการตรวจสอบ ซึ่งตัวอย่างของอาชญากรรมคอปกเสื้อขาว ได้แก่ การตกแต่งบัญชีโดยผู้บริหารเพื่อให้บริษัทมีมูลค่าสูงขึ้น การสมรู้ร่วมคิดระหว่างพนักงานกับคู่ค้าอันเนื่องมาจากผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) เป็นต้น

ต้นเหตุของอาชญากรรมคอปกเสื้อขาวมีการวิจัยและวางหลักการไว้เกี่ยวกับ สามเหลี่ยมทุจริต (The Fraud Triangle) ซึ่งประกอบไปด้วยปัจจัย 3 ประการที่สำคัญ ได้แก่ ความกดดันหรือแรงจูงใจ (Motivation) โอกาสในการกระทำความผิด (Opportunity) และการมีข้ออ้างหรือเหตุผลที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกดีขึ้น (Rationalization) ด้วยเหตุนี้ บริษัทโดยส่วนใหญ่จะมีการกำหนดนโยบายสำหรับมาตรการเชิงป้องกันและป้องปรามเพื่อมิให้เกิดเหตุทุจริตขึ้นภายในองค์กร เช่น การแจ้งเบาะแสการกระทำผิด (Whistle Blowing) การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมของผู้สมัครงาน การตรวจสอบพฤติกรรมและประวัติของผู้สมัครงาน การตรวจสอบการขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างพนักงานกับบุคคลภายนอกที่มีความสัมพันธ์กับองค์กร การสืบสวนและสอบสวนพนักงานและผู้กระทำผิดที่เกี่ยวข้องการดำเนินคดีแรงงาน คดีแพ่ง และคดีอาญา อย่างจริงจัง เพื่อลดโอกาสในการกระทำความผิดลง

* หุ้นส่วน และหัวหน้าส่วนคดีและการระงับข้อพิพาท บริษัท บลูเมนทอล ริชเตอร์ แอนด์ สุมธ จำกัด
ที่อยู่ : บริษัท บลูเมนทอล ริชเตอร์ แอนด์ สุมธ จำกัด เลขที่ 990 อาคารอับดุลราฮิมเพลส ชั้น 31 ห้อง 3101
ถนนพระรามสี่ แขวงสีลม บางรัก กรุงเทพมหานคร 10500
Email : anuwat@brslawyers.com

แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้มีการอ้างอิงหลักการของ “General Data Protection Regulation” (GDPR) ซึ่งเป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยมาตรการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคล โดยได้นำมาประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 (Personal Data Protection Act: PDPA) ในราชกิจจานุเบกษาไปเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 และจะมีผลบังคับใช้อย่างเต็มรูปแบบในวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2564 เป็นต้นไป ซึ่งกฎหมายนี้จะควบคุมบริษัทในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของผู้สมัครงาน/พนักงาน/อดีตพนักงาน/คู่ค้า และบุคคลอื่น ๆ ที่บริษัทได้นำมาใช้เพื่อดำเนินการตามมาตรการเชิงป้องกันและป้องปรามเพื่อมิให้เกิดเหตุทุจริตขึ้นภายในองค์กรนี้ ด้วยเหตุดังกล่าว การรักษาสสมดุลระหว่างการป้องกันและปราบปรามเหตุทุจริตภายในองค์กร และการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจึงต้องดำเนินการต่อไปด้วยความระมัดระวังมากขึ้น เพื่อมิให้เกิดคดีความฟ้องร้องกับบริษัท ซึ่งอาจรวมไปถึงการดำเนินคดีแบบกลุ่ม อันเนื่องมาจากการกระทำความผิดที่กระทบกับข้อมูลส่วนบุคคลจำนวนมาก อันขัดกับกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

คำสำคัญ: อาชญากรรมคอปกเสื้อขาว, สามเหลี่ยมทุจริต, การแจ้งเบาะแสการกระทำผิด, การขัดกันของผลประโยชน์, กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

Abstract

White collar crime is an economic crime that is increasingly coming under investigation. It is an offense that can affect a company's reputation and trustworthiness in the eyes of investors and other third parties, and it can reduce employee morale and cause financial loss. This kind of offense is usually committed by senior management or employees who have been part of the organization for a long time, by relying on gaps in which they have the authority to access information and make modifications, including approving erroneous things as correct for personal gain. Ingenious or complicated methods are often used to conceal one's mistakes or make them difficult to verify. Also known as occupational crimes, examples of white collar crimes include fraudulent accounting practices by executives in order to increase company value, procurement fraud due to a conflict of interest between employees and business partners and so on.

The causes of white collar crime are generally referred to as the Fraud Triangle, which consists of Motivation, Opportunity and Rationalization. Most companies have policies in place to prevent these causes of fraud within the organization, such as whistle blowing, checking any criminal records of job applicants, checking references of job applicants, conducting conflict of interest checks between employees and outsiders who have relationships with the organization, conducting investigations on employees and related offenders and talking about serious civil, criminal and litigation labor cases.

A novel factor in white collar crime in Thailand is the country's introduction of the Personal Data Protection Act (PDPA) which is similar to the European Union's General Data Protection Regulation and will come into full force on June 1, 2021. Under the PDPA, a company will be considered as a personal data controller when it collects uses or discloses the personal data of job applicants, employees, former employees, partners and other persons for the purpose of implementing measures to prevent fraud inside the organization. Therefore, greater caution is needed in the balance between preventing corruption within the organization and protecting personal information in order to prevent counter lawsuits against the company which could even be stepped up to class action litigation.

Keywords: white collar crime, fraud triangle, whistles blowing, conflict of interest, personal data protection act,

บทนำ

อาชญากรรมคอปกเสื้อขาว (White Collar Crime) เป็นคำศัพท์ที่ Mr. Edward Sutherland นักอาชญาวิทยาและนักสังคมวิทยาเป็นบุคคลแรกที่ใช้คำนี้ โดยให้คำนิยามไว้ว่าเป็น อาชญากรรมที่กระทำโดยบุคคลมีสถานะทางสังคมระดับสูงและเป็นที่เคารพนับถือโดยอาศัยโอกาสหรืออาชีพของตนในการกระทำผิด ซึ่งรวมถึงการกระทำผิดโดยบริษัทหรือนิติบุคคลอื่นด้วย ซึ่งต่อมา กระทรวงยุติธรรมสหรัฐ (Department of Justice) ได้ให้คำนิยาม White Collar Crime ว่าหมายถึง การกระทำความผิดที่ไม่ใช่ความผิดรุนแรง เพื่อให้ได้ผลประโยชน์ทางการเงิน โดยวิธีการฉ้อโกงของบุคคลหรือคณะบุคคลผู้ซึ่งมีสถานะประกอบอาชีพในฐานะผู้เป็นเจ้าของกิจการ หรือมีวิชาชีพ หรือกึ่งวิชาชีพเฉพาะ โดยใช้วิธีการทั้งหลายซึ่งจะต้องมีความชำนาญเฉพาะและโอกาสในการกระทำความผิด นอกจากนี้ ยังรวมความถึงการกระทำความผิดที่ไม่รุนแรง เพื่อให้ได้ประโยชน์ทางการเงินโดยใช้วิธีการอันเป็นการฉ้อโกง และกระทำความผิดโดยบุคคลใดก็ตาม ซึ่งมีความรู้พิเศษหรือทางเทคนิควิธีการทางธุรกิจและทางการบริหารงาน โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะมีอาชีพอะไร ซึ่งตัวอย่างคดีที่พบจะมีดังต่อไปนี้

- ความผิดของบริษัทหรือนิติบุคคลอื่น และปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริษัท
- ความผิดฐานสมคบ (Conspiracy) ที่เกี่ยวกับคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจอื่น ๆ
- ความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกงโดยวิธีการทางจดหมาย (Mail Fraud) การฉ้อโกงเงินผ่านระบบธนาคาร (Wire Fraud) การฉ้อโกงธนาคาร (Bank Fraud) การฉ้อโกงประกันภัย (Health Care Fraud) และการฟ้องคดีอันเป็นเท็จ (False Government Claims) การแจ้งล้มละลายอันเป็นการฉ้อโกง (Bankruptcy Fraud)
- การฉ้อโกงหลักทรัพย์ (Securities Fraud)
- อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ (Computer crime)
- ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (Environmental Crimes)
- การติดสินบนเจ้าพนักงาน (Bribery and Gratuities)
- ความผิดฐานกรรโชก (Extortion)
- การแจ้งความอันเป็นเท็จ (False Statements) โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับภาษีและความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน
- การเบิกความอันเป็นเท็จต่อศาล (Perjury)
- ความผิดฐานขัดขวางกระบวนการยุติธรรม (Obstruction of Justice)
- การกระทำผิดเกี่ยวกับทางภาษี (Tax Crimes)
- การกระทำผิดเกี่ยวกับการรายงานธุรกรรมทางการเงิน (Currency Transaction Reporting Crimes) ซึ่งเป็นมาตรการที่เกี่ยวข้องกับความผิดในฐานฟอกเงิน
- ความผิดฐานฟอกเงิน (Money Laundering) เป็นต้น¹

¹ ศิริพล กุศลศิลป์วุฒิ, ‘กฎหมายอาชญากรรมทางเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา’ (Siriphonku's Blog, 27 สิงหาคม 2551) <<https://siriphonku.wordpress.com/2008/08/27>> สืบค้นวันที่ 22 กรกฎาคม 2563

ทั้งนี้ อาชญากรรมคอปกเสื้อขาวในบางครั้งก็จัดให้อยู่ในประเภทคืออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Crime) ซึ่งสามารถแบ่งประเภทย่อยออกมาได้อีก 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ การทุจริตโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ (occupational crime) ซึ่งเป็นความผิดที่พนักงานกระทำต่อบริษัท และอาชญากรรมองค์กร (organizational crime) ซึ่งเป็นความผิดที่บริษัทกระทำต่อสาธารณชนหรือลูกค้าของบริษัท²

โดยจากผลการสำรวจเกี่ยวกับการทุจริตและอาชญากรรมทางเศรษฐกิจของ PricewaterhouseCoopers³ ในปี พ.ศ. 2562 ที่ทำการสำรวจบริษัทในประเทศไทยพบข้อมูลเชิงสถิติที่น่าสนใจว่า

- การทุจริตในตำแหน่งหน้าที่ (occupational crime) โดยพนักงานภายในบริษัทมีสัดส่วนมากถึงร้อยละ 59 และระหว่างพนักงานภายในร่วมกับบุคคลภายนอกอีกร้อยละ 18 และเมื่อเทียบกับอาชญากรรมที่กระทำโดยบุคคลนอกองค์กรจะมีเพียงร้อยละ 18 จะเห็นได้ว่าการทุจริตในตำแหน่งหน้าที่ (occupational crime) โดยพนักงานภายในไม่ว่าด้วยตนเองหรือร่วมกับบุคคลอื่นจะมีสัดส่วนมากที่สุด
- ตำแหน่งที่ตรวจสอบพบว่ากระทำทุจริตจะเป็นพนักงานระดับปฏิบัติการประมาณร้อยละ 46 ระดับผู้บริหารระดับกลางที่ร้อยละ 35 และผู้บริหารระดับสูงที่ร้อยละ 17
- ความผิดที่เกิดขึ้นและตรวจพบเป็นจำนวนสัดส่วนที่สูงที่สุดคือ ความผิดเกี่ยวกับการยกยอทรัพย์สิน (Asset Misappropriation) ถึงร้อยละ 62 ซึ่งสูงขึ้นกว่าผลสำรวจในปี พ.ศ. 2561 ถึงร้อยละ 24 และรองลงมาคือ ความผิดที่เกิดจากการจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement Fraud) ในสัดส่วนร้อยละ 33 ซึ่งสูงขึ้นกว่าผลสำรวจในปี พ.ศ. 2561 ถึงร้อยละ 17 และความผิดที่มีสัดส่วนใกล้เคียงกันคือ ความผิดฐานการติดสินบนและคอร์รัปชัน (Bribery and Corruption) ที่ร้อยละ 31 และความผิดฐานการตกแต่งบัญชี (Accounting/Financial Statement Fraud) ที่ร้อยละ 29 ซึ่งสูงขึ้นกว่าผลสำรวจในปี พ.ศ. 2561 ถึงร้อยละ 13 และ 14 ตามลำดับ

โดยที่การกระทำความผิดสำหรับการทุจริตในตำแหน่งหน้าที่เป็นความผิดที่บุคคลภายในใช้อำนาจหน้าที่ที่ทำงานของตนก่อให้เกิดลาภอันมิควรได้ หรือการใช้ทรัพยากรบุคคลหรือทรัพย์สินขององค์กรโดยผิดวัตถุประสงค์ เช่น การค้าหุ้นโดยใช้ข้อมูลภายในเพื่อแสวงหาผลประโยชน์จากการซื้อขายหลักทรัพย์ (Insider Trading Fraud) การยกยอเงิน (Embezzlement) การทำใบเสร็จรับเงินเท็จ (False Billing Schemes) การทุจริตเกี่ยวกับหลักทรัพย์ (Securities Fraud) การปลอมแปลงลายมือหรือเอกสาร (Forgery) การคอร์รัปชันอันเนื่องมาจากการขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest) โดยเฉพาะในการจัดซื้อจัดจ้าง การทุจริตในงบการเงิน (Fraudulent Statement) ในการตกแต่งบัญชีให้มีสถานะทางการเงินดีกว่าที่เป็นจริง การจ่ายค่าสินค้าหรือบริการที่ไม่มีจริงหรือสูงเกินจริง (Overinflated invoices or payments for Phantom services) การจ่ายเงินให้กับพนักงานที่ไม่มีตัวตน (Ghost Employees) เป็นต้น

² Sarah Soley, 'White Collar Crime: The Role Of The Firm In Occupational Crime' (University of Pennsylvania, 2017) <https://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=joseph_wharton_scholars> assessed 22 July 2020

³ PwC, 'PwC's Thailand Economic Crime and Fraud Survey 2020' (PwC, 2020) <<https://www.pwc.com/th/en/consulting/forensic/assets/GECS-report-2020-th-5.pdf>> assessed 22 July 2020

ทั้งนี้ หากทำการวิเคราะห์ต่อไปถึงมูลเหตุที่ก่อให้เกิดความผิดสำหรับการทุจริตในตำแหน่งหน้าที่ส่วนใหญ่จะมีมูลเหตุหรือปัจจัยทุจริตหลัก 3 ประการ ที่เรียกว่า สามเหลี่ยมทุจริต (The Fraud Triangle) ได้แก่

- **ความกดดันหรือแรงจูงใจ (Motivation)** เช่น ความกดดันจากการปฏิบัติงาน และความกดดันและแรงจูงใจส่วนตัว เช่น เป้ายอดขาย ภาระหนี้สิน หรืออุปนิสัยส่วนตัว
- **โอกาสในการกระทำความผิด (Opportunity)** เช่น โอกาสในการกระทำทุจริต โอกาสที่จะปกปิดการกระทำความผิด และโอกาสที่จะแปลงสภาพทรัพย์สินที่ได้จากการทำทุจริต โอกาสในการกระทำผิดอันเกิดจากจุดอ่อนในการควบคุมภายในที่จะป้องกันและปราบปรามการกระทำทุจริต ขาดการแบ่งแยกหน้าที่ที่มีความเสี่ยงต่อความเสียหายขององค์กร เพื่อถ่วงดุลอำนาจ เป็นต้น
- **ข้ออ้างหรือเหตุผลที่ทำให้ผู้กระทำมีความรู้สึกดีขึ้น (Rationalization)** เช่น อ้างความจำเป็น เตือนร้อนส่วนตัว อ้างว่าเป็นประเพณีทางธุรกิจ ไม่ทราบว่าเป็นความผิดเพราะเป็นสิ่งที่ใคร ๆ ก็ทำ หรืออ้างว่าทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม เช่น ตกแต่งงบการเงินให้มีผลกำไรเพื่อให้ผู้ถือหุ้นพอใจ เพราะได้รับเงินปันผลและราคาหุ้นสูงขึ้น หรืออ้างว่าทำเพื่อไม่ให้กิจการล้มละลาย เป็นต้น

ทั้งนี้ การที่จะป้องกันและป้องปรามการเกิดขึ้นของอาชญากรรมคอปกเสื่อขาว จึงควรที่จะพิจารณาถึงมูลเหตุแต่ละปัจจัยในสามเหลี่ยมทุจริต โดยเฉพาะการกำจัดโอกาสที่จะเกิดขึ้นของการกระทำทุจริต โดยมีขั้นตอนที่สำคัญ ได้แก่

1. การป้องกัน (Prevention) การพิจารณาความเสี่ยงจากการทุจริตและหาวิธีป้องกันผ่านระบบการควบคุมภายในเพื่อไม่ให้เกิดเหตุทุจริตขึ้น เช่น การจัดฝึกอบรมพนักงานและส่งสัญญาณว่ามีกรณีผิดตามปัญหาการทุจริต

2. การตรวจจับ (Detection) การพบทุจริตภายในองค์กรมักจะมาจากการให้ข้อมูลของพนักงานหรือที่เรียกว่า Whistle Blowing ซึ่งเป็นช่องทางในการแจ้งเหตุทุจริตที่มีประสิทธิภาพ ซึ่งบริษัทต้องสามารถรักษาความลับและรับรองความปลอดภัยให้กับผู้แจ้งได้

3. การตอบสนอง (Response) โดยตอบสนองในรูปแบบต่าง ๆ เช่น บทลงโทษที่เข้มงวดพนักงานที่ทุจริตจะต้องรับผิดชอบและถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเป็นการส่งสัญญาณถึงความจริงจังของฝ่ายบริหาร ขั้นตอนการสืบสวนสอบสวน และการตั้งคณะกรรมการเพื่อหาข้อสรุปต้องมีความชัดเจนและยุติธรรม เพื่อป้องกันการถูกฟ้องกลับว่ามีกรกล่าวหาอย่างไม่ถูกต้อง⁴

ทั้งนี้ โดยจากผลการสำรวจเกี่ยวกับ การทุจริต และ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจของ PricewaterhouseCoopers ในปี พ.ศ. 2562 ข้างต้นยังสำรวจพบต่อไปอีกว่าการตรวจจับเหตุทุจริตภายในองค์กรที่มีประสิทธิภาพและตรวจสอบได้มากที่สุดในประเทศไทยเกิดจากการแจ้งเบาะแสการกระทำผิด (Whistle Blowing) มากที่สุดถึงร้อยละ 30 แต่อย่างไรก็ตาม การที่พนักงานภายในบริษัทจะทำการแจ้งเหตุทุจริตภายในองค์กรก็เป็นเรื่องยาก เพราะในบางครั้งก็มีความกังวลเกี่ยวกับเรื่องความปลอดภัยของตนเอง ข้อมูลส่วนบุคคลต่าง ๆ ที่ได้ให้ไป ความใกล้ชิดหรืออิทธิพลของบุคคลที่กระทำความผิด⁵ เป็นต้น

⁴ โอฟาร จันท์คำ, 'จรรยาบรรณและแนวทางปฏิบัติที่ดีในการให้บริการ พร้อมทั้งกรณีศึกษา' (สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย, 2562)

<<http://www.oic.or.th/sites/default/files/content/85944/bth6.pdf>> สืบค้นวันที่ 22 กรกฎาคม 2563

⁵ Richard Waters, 'The importance of whistleblowers in the war on white-collar crime' (Macquarie Business School, 15 January 2020) <<https://lighthouse.mq.edu.au/article/january-2020/the-importance-of-whistleblowers-in-the-war-on-white-collar-crime>> assessed 22 July 2020

แต่อย่างไรก็ตาม นอกเหนือไปจากการแจ้งเบาะแสการกระทำผิด (Whistle Blowing) บริษัทควรที่จะดำเนินการมาตรการเชิงป้องกันและป้องปรามเพื่อมิให้เกิดเหตุทุจริตขึ้นภายในองค์กร เช่น การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมของผู้สมัครงาน การตรวจสอบพฤติกรรมและประวัติของผู้สมัครงาน การมีระบบตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ การตรวจสอบการขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างพนักงานกับบุคคลภายนอกที่มีความสัมพันธ์กับองค์กร โดยเฉพาะการจัดซื้อจัดจ้างที่อาจเกิดการให้เงินทอนหรือส่วนแบ่ง (Kickback) การตรวจสอบคู่ค้า (Vendor Due Diligence) การสืบสวนและสอบสวนพนักงานและผู้กระทำผิดที่เกี่ยวข้องการดำเนินคดีแรงงาน คดีแพ่ง และคดีอาญา ซึ่งทั้งหมดจำต้องเกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคลเป็นจำนวนมาก ซึ่งในปัจจุบันได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 (Personal Data Protection Act: PDPA) ในราชกิจจานุเบกษาไปเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 แล้วในบางส่วน โดยเริ่มแรกได้กำหนดให้วันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2563 เป็นวันที่กฎหมายนี้มีผลบังคับใช้ตามกฎหมายทั้งฉบับ แต่อย่างไรก็ดี ในวันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ. 2563 ได้มีการประกาศพระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานและกิจการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐและองค์กรธุรกิจรวม 22 กิจการไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลตั้งแต่วันที่ 27 พฤษภาคม พ.ศ. 2563 ถึง วันที่ 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2564 ดังนั้น วันที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนี้จะมีผลบังคับใช้อย่างเต็มรูปแบบ คือ ตั้งแต่วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2564 เป็นต้นไป

โดยสรุปแล้ว กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทยอ้างอิงหลักการของ “General Data Protection Regulation” (GDPR) ซึ่งเป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยมาตรการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคล โดยที่บทบัญญัติส่วนใหญ่ของพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะอ้างอิงมาจาก GDPR⁶ ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานที่เป็นหลักการสำคัญดังกล่าวคือข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานต่อไปนี้⁷

1. ถูกประมวลผลโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นธรรม และด้วยวิธีการอันโปร่งใสเมื่อสัมพันธ์กับผู้ถูกประมวลผล (“ความชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นธรรม และความโปร่งใส” / “Lawfulness, fairness and transparency”)
2. ถูกรวบรวมเพื่อวัตถุประสงค์ที่เฉพาะ ชัดเจน และชอบธรรม และไม่ถูกประมวลผลนอกเหนือไปจากที่ตกลงกันไว้ตั้งแต่ต้น (“การกำหนดขอบเขตของวัตถุประสงค์” / “Purpose limitation”)
3. เพียงพอ เกี่ยวเนื่อง และอยู่ในขอบเขตที่จำเป็นโดยสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ข้อมูลถูกประมวลผล (“การใช้ข้อมูลให้น้อยที่สุด” / “data minimization”)
4. แม่นยำและเป็นปัจจุบันเสมอ หากจำเป็น ขั้นตอนที่จำเป็นทั้งหมดจะต้องถูกปฏิบัติเพื่อรับประกันว่าข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่แม่นยำจะถูกลบหรือแก้ไขโดยไม่ล่าช้า (“ความแม่นยำ” / “Accuracy”)

⁶ John P. Formichella, ‘Comparing Privacy Laws: GDPR v. Thai Personal Data Protection Act’ (Blumenthal Richter & Sumet, 2562) <<https://brslawyers.com/news/comparing-privacy-laws-gdpr-v-thai-personal-data-protection-act/>> สืบค้นวันที่ 31 กรกฎาคม 2563

⁷ นคร เสรีรักษ์, ผู้แปล. ‘GDPR ฉบับภาษาไทย’ (Privacy Thailand, 2562) <<https://www.kas.de/documents/274654/4437066/Publication++PT++GDPR+Thai+Version.pdf/9a712458-cc1d-3921-a802-78ec21dbdeac?version=1.1&t=1580789255309>> สืบค้นวันที่ 31 กรกฎาคม 2563

5. โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ที่ข้อมูลถูกประมวลผล ถูกเก็บรักษาในรูปแบบที่อนุญาตให้การระบุตัวตนของผู้ถูกประมวลผลข้อมูลไม่เป็นไปนานกว่าที่จำเป็นสำหรับวัตถุประสงค์ที่ข้อมูลส่วนบุคคลถูกประมวลผล (“การกำหนดขอบเขตการเก็บรักษา” / “Storage limitation”)

6. ถูกประมวลผลด้วยวิธีการที่รับประกันความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลตามสมควรอันรวมถึงการคุ้มครองจากการประมวลผลที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายและจากการสูญเสีย การถูกทำลาย หรือความเสียหายโดยอุบัติเหตุ โดยใช้มาตรการทางเทคนิคหรือการจัดการองค์กรตามสมควร (“ความสมบูรณ์ และเป็นความลับ”/ “Integrity and confidentiality”)

จากหลักการข้างต้นนำมาสู่บทนิยามและพื้นฐานสำคัญในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของประเทศไทย อันอาจจะกล่าวได้โดยสรุปดังต่อไปนี้

ข้อมูลส่วนบุคคล (Personal Data) คือ ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลซึ่งทำให้สามารถระบุตัวบุคคลนั้นได้ ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม แต่ไม่รวมถึงข้อมูลของผู้ถึงแก่กรรมโดยเฉพาะ (มาตรา 6) เช่น ชื่อ - นามสกุล, เลขประจำตัวประชาชน, ที่อยู่, เบอร์โทรศัพท์, วันเกิด, อีเมล, การศึกษา, เพศ, อาชีพ, รูปภาพ, ข้อมูลทางการเงิน

ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความละเอียดอ่อน (Sensitive Personal Data) (มาตรา 26) ได้แก่ เชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในลัทธิ ศาสนาหรือปรัชญา พฤติกรรมทางเพศ ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลสุขภาพ ความพิการ ข้อมูลสหภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพ หรือข้อมูลอื่นใดซึ่งกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในทำนองเดียวกันตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

บุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคล ได้แก่

เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Data Subject) คือ บุคคลธรรมดาที่เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Data Controller) คือ บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ “ตัดสินใจ” เกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล

ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล (Data Processor) คือ บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล “ตามคำสั่งหรือในนามของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” ทั้งนี้บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการดังกล่าว ต้องไม่เป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

บริษัทในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองส่วนบุคคล โดยดำเนินการดังต่อไปนี้

1. การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย ข้อมูลส่วนบุคคลต้องเก็บโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ภายใต้ฐานตามที่กฎหมายกำหนด ดังต่อไปนี้

1.1 ความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Consent) โดยการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องทำภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

- ความยินยอมโดยชัดแจ้ง เป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ (a clear affirmative action) เว้นแต่ โดยสภาพไม่อาจขอความยินยอมด้วยวิธีการดังกล่าวได้

- การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไปด้วย (informed)

- การขอความยินยอมนั้น ต้องแยกส่วนออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน (Separate from other terms and conditions)

- มีแบบหรือข้อความที่เข้าถึงได้ง่ายและเข้าใจได้ รวมทั้งใช้ภาษาที่อ่านง่าย และไม่เป็นการหลอกลวง หรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว (Unambiguous – concise, easy to understand and user-friendly)

- ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม (Freely given)

- ในการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ (Not a precondition of signing up to a service)

- หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นผู้เยาว์ ผู้ไร้ความสามารถ หรือผู้เสมือนไร้ความสามารถ ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์ (แล้วแต่กรณี) เว้นแต่เป็นกรณีผู้เยาว์ที่มีอายุตั้งแต่ 10 ปีขึ้นไป อาจให้ความยินยอมโดยลำพังได้ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Parental Consent)

1.2 การจัดทำเอกสารประวัติศาสตร์หรือจดหมายเหตุ เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือที่เกี่ยวกับการศึกษาวิจัยหรือสถิติซึ่งได้จัดให้มีมาตรการป้องกันที่เหมาะสม เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Archives, research or statistics for public interest)

1.3 เพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคล (Vital interest)

1.4 เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญา หรือเพื่อใช้ในการดำเนินการตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเข้าทำสัญญานั้น (Performance of contract) เช่น การปฏิบัติตามสัญญาจ้างพนักงาน หรือสัญญาที่ทำกับคู่ค้า เป็นต้น

1.5 เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐที่ได้มอบให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Public task)

1.6 เป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือของบุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่ประโยชน์ดังกล่าวมีความสำคัญน้อยกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Legitimate interest) โดยควรต้องดำเนินการศึกษาวิเคราะห์ความเหมาะสมของการใช้ฐานประโยชน์อันชอบธรรม (Legitimate Interests Assessment) ว่าเป็นไปตามกฎหมายโดยตรวจสอบใน 3 ด้านที่สำคัญ ได้แก่ การตรวจสอบวัตถุประสงค์ (Purpose test) การตรวจสอบความจำเป็น (Necessity Test) และการตรวจสอบความเหมาะสม (Balancing Test)

1.7 เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (Legal obligation) ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้บริษัทต้องดำเนินการใด ๆ ให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น การแจ้งข้อมูลไปยังสำนักงานประกันสังคม หรือกรมสรรพากร ตามที่กฎหมายกำหนด

2. การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความละเอียดอ่อน (Sensitive Personal Data) จะต้องกระทำภายใต้ฐานตามที่กฎหมายกำหนด

หากบริษัทจะดำเนินการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความละเอียดอ่อน บริษัทต้องอาศัยฐานตามกฎหมายที่มีความเฉพาะเจาะจงมากกว่าข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป ดังต่อไปนี้

2.1 ความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Explicit Consent)

2.2 เพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคลซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม (Vital Interest)

2.3 เป็นการดำเนินกิจกรรมโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีการคุ้มครองที่เหมาะสมของมูลนิธิ สมาคม หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการเมือง ศาสนา ปรัชญา หรือสุขภาพแรงงาน

ให้แก่สมาชิก ผู้ซึ่งเคยเป็นสมาชิกหรือผู้ซึ่งมีการติดต่ออย่างสม่ำเสมอกับมูลนิธิ สมาคม หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวโดยไม่ได้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นออกไปภายนอกมูลนิธิ สมาคม หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรนั้น (Social Protection & Non-profit)

2.4 เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะด้วยความยินยอมโดยชัดแจ้งของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Manifestly made public)

2.5 เป็นการจำเป็นเพื่อการก่อตั้งสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย การปฏิบัติตาม หรือการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือการยกขึ้นต่อสู้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย (Legal Claim) ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิเรียกร้องอยู่ระหว่างการเตรียมคำฟ้องเพื่อขอให้ศาลยุติธรรมบังคับการตามสิทธิเรียกร้องของตน ซึ่งการเตรียมคำฟ้องดังกล่าวนี้หนายความผู้รับมอบอำนาจอาจมีความจำเป็นที่จะต้องเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลที่สาม⁸

2.6 เป็นการจำเป็นในการปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เกี่ยวกับ

2.6.1 เวชศาสตร์ป้องกันหรืออาชีวเวชศาสตร์ การประเมินความสามารถในการทำงานของลูกจ้าง การวินิจฉัยโรคทางการแพทย์ การให้บริการด้านสุขภาพหรือด้านสังคม การรักษาทางการแพทย์ การจัดการด้านสุขภาพ หรือระบบและการให้บริการด้านสังคมสงเคราะห์ ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่ใช่การปฏิบัติตามกฎหมาย และข้อมูลส่วนบุคคลนั้นอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ประกอบอาชีพ หรือวิชาชีพ หรือผู้มีหน้าที่รักษาข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไว้เป็นความลับตามกฎหมาย ต้องเป็นการปฏิบัติตามสัญญาาระหว่างเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลกับผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ (Preventive or Occupational Medicine)

2.6.2 ประโยชน์สาธารณะด้านการสาธารณสุข เช่น การป้องกันด้านสุขภาพจากโรคติดต่ออันตรายหรือโรคระบาดที่อาจติดต่อหรือแพร่เข้ามาในราชอาณาจักร หรือการควบคุมมาตรฐานหรือคุณภาพของยา เวชภัณฑ์ หรือเครื่องมือแพทย์ ซึ่งได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมและเจาะจง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะการรักษาความลับของข้อมูลส่วนบุคคลตามหน้าที่หรือตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ (Public Health)

2.6.3 การคุ้มครองแรงงาน การประกันสังคม หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลของผู้มีสิทธิตามกฎหมาย การคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ หรือการคุ้มครองทางสังคม ซึ่งการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสิ่งจำเป็นในการปฏิบัติตามสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Health or Social Care System)

2.6.4 การศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ หรือสถิติ หรือประโยชน์สาธารณะอื่น ทั้งนี้ ต้องกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด (Archiving, Scientific or Historical Research)

2.6.5 ประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ โดยได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (Substantial Public Interest) โดยสามารถยกตัวอย่างได้ เช่น การป้องกันการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การคุ้มครองสาธารณสุขจากการกระทำอันไม่สุจริต

⁸ ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 'แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล Thailand Data Protection Guidelines 2.0'

<<https://www.law.chula.ac.th/wpcontent/uploads/2019/10/TDPG2.0-C5-20191009.pdf>>

สืบค้นเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม 2563

(ซึ่งหมายรวมถึงการดำเนินการของสื่อมวลชนเกี่ยวกับการกระทำอันไม่สุจริต) การป้องกันการฉ้อโกง การต้องสงสัยเกี่ยวกับการสนับสนุนทางการเงินสำหรับการก่อการร้ายหรือการฟอกเงิน⁹

3. การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล ให้เก็บรวบรวมได้เท่าที่จำเป็นภายใต้วัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล และในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบก่อน หรือในขณะเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลถึงรายละเอียด ดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ทราบถึงรายละเอียดนั้นอยู่แล้ว

3.1 วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมเพื่อการนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้หรือเปิดเผยซึ่งรวมถึงวัตถุประสงค์ตามที่มาตรา 24 ให้อำนาจในการเก็บรวบรวมได้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

3.2 แจ้งให้ทราบถึงกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายหรือสัญญา หรือมีความจำเป็นต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อเข้าทำสัญญา รวมทั้งแจ้งถึงผลกระทบที่เป็นไปได้จากการไม่ให้ข้อมูลส่วนบุคคล

3.3 ข้อมูลส่วนบุคคลที่จะมีการเก็บรวบรวมและระยะเวลาในการเก็บรวบรวมไว้ ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่สามารถกำหนดระยะเวลาดังกล่าวได้ชัดเจน ให้กำหนดระยะเวลาที่อาจคาดหมายได้ตามมาตรฐานของการเก็บรวบรวม

3.4 ประเภทของบุคคลหรือหน่วยงานซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมอาจจะถูกเปิดเผย

3.5 ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล สถานที่ติดต่อ และวิธีการติดต่อในกรณีที่มีตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ให้แจ้งข้อมูล สถานที่ติดต่อ และวิธีการติดต่อของตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย

3.6 สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามกฎหมาย (Data Subject) ได้แก่

- สิทธิขอถอนความยินยอม (Consent Withdrawal)
- สิทธิได้รับการแจ้งให้ทราบ (Right to be informed)
- สิทธิขอเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล (Right of access) โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล

ต้องปฏิบัติตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยจะปฏิเสธคำขอได้เฉพาะในกรณีที่เป็นการปฏิเสธตามกฎหมายหรือคำสั่งศาล และการเข้าถึงและขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลนั้นจะส่งผลกระทบต่อโอกาสก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

- สิทธิในการขอให้โอนข้อมูลส่วนบุคคล (Right to data portability)
- สิทธิคัดค้านการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล (Right to object)
- สิทธิขอให้ลบหรือทำลาย หรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลเป็นข้อมูลที่ไม่สามารถระบุตัวบุคคลได้

(Right to erasure / right to be forgotten) ในกรณีที่มิเหตุตามที่กฎหมายกำหนด ยกเว้นในกรณีการเก็บรักษาไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การเก็บรักษาไว้เพื่อวัตถุประสงค์ตามมาตรา 24 (1) หรือ (4) หรือ มาตรา 26 (5) (ก) หรือ (ข) การใช้เพื่อการก่อตั้งสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย การปฏิบัติตามหรือการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือการยกขึ้นต่อสู้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมาย

- สิทธิขอให้ระงับการใช้ข้อมูล (Right to restrict processing)
- สิทธิในการขอให้แก้ไขข้อมูลส่วนบุคคล (Right of rectification)
- สิทธิร้องเรียน

⁹ เพิ่งอ้าง

4. บทลงโทษหากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

4.1 ความรับผิดทางแพ่ง ตามความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง และอาจต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพิ่มขึ้นอีก โดยสูงสุดไม่เกิน 2 เท่าของค่าเสียหายที่แท้จริงที่ขึ้นอยู่กับการพิสูจน์ของศาล

4.2 โทษทางอาญา กับบริษัทรวมถึงกรรมการและบุคคลที่มีหน้าที่สั่งการ โดยมีโทษจำคุกสูงสุดไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามฐานความผิดทางอาญาที่ได้รับไว้

4.3 โทษทางปกครอง ปรับสูงสุดไม่เกิน 5 ล้านบาท ตามฐานความผิดทางปกครองที่กำหนดไว้

นอกจากนี้ การดำเนินคดีแพ่งในคดีเกี่ยวกับความผิดเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวยังอาจเข้าเกณฑ์ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม (Class Action) ซึ่งเป็นการดำเนินคดีแพ่งรูปแบบหนึ่งที่มีผู้เสียหายจำนวนมาก ซึ่งได้รับผลกระทบจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอย่างเดียวกันหรือมีเหตุกระทำเดียวกัน โดยมีโจทก์ที่เป็นตัวแทนของกลุ่มในการดำเนินการฟ้องร้องคดี ซึ่งเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว ผลของคำพิพากษาจะผูกพันสมาชิกทุกคนในกลุ่มที่ได้รับความเสียหายจากเหตุเดียวกัน แม้จะไม่ได้เข้ามาเป็นคู่ความในคดีด้วยก็ตาม¹⁰ ซึ่งการดำเนินคดีแบบกลุ่มสามารถนำไปบังคับใช้ได้กับการดำเนินคดีแพ่งที่ครอบคลุมฐานความผิดที่มีขอบเขตกว้างขวางอย่างมาก¹¹

5. บทวิเคราะห์

จากที่ได้อ่านหลักการไว้ข้างต้นเกี่ยวกับ อาชญากรรมคอปกเสื้อขาว สามเหลี่ยมทูลุจรีต และข้อจำกัดตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ามาตรการเชิงป้องกันและป้องปรามเพื่อมิให้เกิดเหตุทุจริตขึ้นภายในองค์กรของแต่ละบริษัทได้ดำเนินการอยู่ในปัจจุบัน เพื่อลดโอกาสการเกิดขึ้นของอาชญากรรมคอปกเสื้อขาว โดยเฉพาะในการกระทำความผิดของพนักงานซึ่งมีอัตราส่วนที่มีนัยสำคัญที่ก่อเหตุทุจริตภายในองค์กรด้วยตนเอง หรือร่วมกับบุคคลภายนอกนั้น จำต้องพิจารณาภายใต้บริบทของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้ประกาศใช้และกำลังจะมีผลใช้บังคับในประเทศไทยอีกด้วย ทั้งนี้ บริษัทในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจำต้องตระหนักถึงข้อจำกัดภายใต้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งเรื่องการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลของพนักงานและบุคคลที่เกี่ยวข้องว่ามีวัตถุประสงค์ที่เฉพาะชัดเจน และชอบธรรม มีฐานตามกฎหมายที่สามารถทำได้ เก็บเท่าที่จำเป็นเพียงพอเกี่ยวเนื่อง และอยู่ในขอบเขตที่จำเป็นโดยสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ข้อมูลถูกประมวลผล แม่นยำ และเป็นปัจจุบันเสมอ ภายใต้ระยะเวลาที่เหมาะสม เก็บโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และเคารพสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม ซึ่งเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความละเอียดอ่อนหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ การรักษาสอดคล้องระหว่างมาตรการเชิงป้องกันและป้องปรามเพื่อมิให้เกิดเหตุทุจริตกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลจึงจำเป็นต้องกระทำโดยพิจารณาอย่างถี่ถ้วน เพื่อมิให้เกิดเหตุที่ผู้กระทำความผิดจะยกกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อฟ้องร้อง หรือดำเนินคดีโต้กลับบริษัทที่ดำเนินคดีแรงงาน

¹⁰ ธนพร ฟาร์รุ่งสา, 'สรุปสาระสำคัญของการดำเนินคดีแบบกลุ่มตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Class Action)' (สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, 28 มกราคม 2563)

<<https://www.sec.or.th/TH/Documents/LawsandRegulations/ClassAction-summary.pdf>>

สืบค้นเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม 2563

¹¹ นนทวิชร์ นวตระกูลพิสุทธ์, "การดำเนินคดีแบบกลุ่ม": ข้อเสนอแนะบางประการเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำเนินคดีแบบกลุ่มของไทยและบทบาท "ใหม่" ของศาล (วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มิถุนายน 2554)

<[http://digi.library.tu.ac.th/journal/0022/40-2-2554.pdf?_ga=2.124842894.503040098.1578889160-](http://digi.library.tu.ac.th/journal/0022/40-2-2554.pdf?_ga=2.124842894.503040098.1578889160-611977851.1558665468)

611977851.1558665468> สืบค้นเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม 2563

คดีแพ่ง และคดีอาญา ซึ่งอาจรวมไปถึงการดำเนินคดีแบบกลุ่มที่อาจเกิดขึ้นได้ หากบริษัทได้ดำเนินการใด ๆ ไปโดยมิได้พิจารณาถึงข้อจำกัดภายใต้กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว

ทั้งนี้ มาตราการเชิงป้องกันและปราบปรามเพื่อมิให้เกิดเหตุทุจริตขึ้นภายในองค์กรที่สำคัญ เช่น การแจ้งเบาะแสการกระทำผิด (Whistle Blowing) การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมของผู้สมัครงาน การตรวจสอบพฤติกรรมและประวัติของผู้สมัครงาน การตรวจสอบการขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างพนักงานกับบุคคลภายนอกที่มีความสัมพันธ์กับองค์กร โดยเฉพาะการจัดซื้อจัดจ้าง การตรวจสอบคู่ค้า (Vendor Due Diligence) การสืบสวนและสอบสวนพนักงานและผู้กระทำผิดที่เกี่ยวข้อง จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงประเด็นปัญหาทางข้อกฎหมายตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ดังนี้

1. การเก็บรวบรวมข้อมูลของผู้สมัครงาน/พนักงาน

ในเบื้องต้น การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของผู้สมัครงานหรือพนักงานโดยตรง ย่อมกระทำได้ที่จำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามความจำเป็น เพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญา หรือเพื่อใช้ในการดำเนินการตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเข้าทำสัญญานั้น (Performance of contract) ทั้งนี้ “ความจำเป็น” ในที่นี้จำกัดอยู่แค่เพียง “การปฏิบัติตามสัญญา” ตามปกติของการดำเนินงานให้เป็นไปตามสัญญาเท่านั้น แต่หากบริษัทประสงค์จะเก็บข้อมูลส่วนบุคคลจากผู้สมัครงานหรือพนักงานที่นอกเหนือไปจากความจำเป็นในการปฏิบัติตามสัญญา จำเป็นต้องได้รับความยินยอม (Consent) จากผู้สมัครงานหรือพนักงานเพิ่มเติมอีกด้วย ซึ่งในการขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ข้อมูลส่วนบุคคล ระหว่างบริษัทและผู้สมัครงานหรือพนักงานนั้น อาจพิจารณาได้ว่าเป็นกรณีที่มีความยินยอมไม่เป็นไปตามกฎหมายอย่างแท้จริง เนื่องจากเกิดจากบุคคลที่มีอำนาจต่อรองไม่เท่ากัน และความยินยอมไม่ได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจอย่างแท้จริง ยกเว้นแต่ในกรณีที่เจ้าของข้อมูลสามารถมีทางเลือกในการปฏิเสธที่จะไม่ให้ข้อมูลได้จริง ๆ

ดังนั้น บริษัทจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นของบริษัทในการเก็บข้อมูลเพิ่มเติมดังกล่าว ในกรณีที่เป็นต่อการดำเนินการเพื่อประโยชน์อันชอบธรรม (Legitimate Interest) ของผู้ควบคุมข้อมูล และบุคคลอื่นโดยไม่เกินขอบเขตที่เจ้าของข้อมูล สามารถคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผล เช่น การป้องกันอาชญากรรมและการฉ้อโกง การส่งต่อในเครือบริษัทเพื่อการบริหารจัดการภายในองค์กรที่ไม่รวมการส่งไปต่างประเทศ ทั้งนี้ บางบริษัทมีการเฝ้าระวังการใช้งานอินเทอร์เน็ตของพนักงาน เพื่อป้องกันไม่ให้พนักงานใช้ทรัพยากรไอทีของบริษัทไปเพื่อการส่วนตัวมากเกินไป ข้อมูลที่เก็บรวบรวมเพื่อการเฝ้าระวังนี้ รวมถึงข้อมูลลูกก็ที่แสดงประวัติการเข้าชมเว็บไซต์และการดาวน์โหลด การเฝ้าระวังนี้ หากกระทำโดยมิได้แจ้งให้พนักงานหรือสหภาพแรงงานทราบก่อน และไม่ได้แจ้งรายละเอียดของการประมวลผลข้อมูลอย่างชัดเจน ในกรณีเช่นนี้แม้บริษัทจะมีผลประโยชน์อันชอบธรรม แต่ว่าเป็นการขัดกับสิทธิความเป็นส่วนตัวของพนักงานอย่างมาก รวมไปถึงการเก็บรวบรวมข้อมูลอาจกระทำเกินจำเป็นไม่ได้สัดส่วน และไม่โปร่งใส อีกทั้งยังมีวิธีอื่นที่ละเมิดสิทธิของพนักงานน้อยกว่า เช่น จำกัดการเข้าชมเว็บไซต์บางประเภทจากคอมพิวเตอร์ของบริษัท เป็นต้น จึงไม่สามารถอ้างฐานผลประโยชน์อันชอบธรรมได้¹²

2. การเก็บข้อมูลของบุคคลในครอบครัวและบุคคลที่เกี่ยวข้องของผู้สมัครงาน/พนักงาน เพื่อทำการตรวจสอบความขัดแย้งทางผลประโยชน์กับคู่ค้า

บางบริษัททำการเก็บข้อมูลของบุคคลในครอบครัว ได้แก่ คู่สมรส บิดา มารดา บุตร และญาติ ผ่านผู้สมัครงานหรือพนักงาน เพื่อทำการตรวจสอบความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ดังนั้น การเก็บข้อมูล

¹² ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ‘แนวปฏิบัติเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล Thailand Data Protection Guidelines 2.0’ (n 9)

ดังกล่าวย่อมเป็นการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่จากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง ดังนั้น บริษัท จำต้องปฏิบัติตามกฎหมายเพิ่มเติมในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคล ได้แก่ การแจ้งถึงการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบโดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่เก็บรวบรวมและได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่า เป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลด้วยความยินยอม หรือเป็นที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องขอความยินยอมตามมาตรา 24 หรือมาตรา 26 เช่น ใช้ฐานความยินยอม หรือฐานผลประโยชน์อันชอบธรรม (ซึ่งจะต้องมีการประเมินแล้วว่าผลประโยชน์ที่เกิดแก่คู่สัญญา หรือบริษัทนั้นไม่ขัดกับสิทธิและประโยชน์ของเจ้าของข้อมูล (ในที่นี้คือคู่สมรส บิดา มารดา บุตร และญาติ) โดยไม่เกินขอบเขตที่ตัวเจ้าของข้อมูลสามารถคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผลด้วย)¹³

ทั้งนี้ มาตราการอีกส่วนหนึ่งที่บริษัทมักกระทำควบคู่กัน คือ การประกาศนโยบายความขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of Interest Policy) โดยกำหนดให้กรรมการ ผู้บริหาร และพนักงานพึงหลีกเลี่ยงการกระทำใด ๆ อันเป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของบริษัท ไม่ว่าจะเกิดจากการติดต่อกับผู้เกี่ยวข้องทางการค้า ของบริษัท เช่น คู่ค้า ลูกค้า คู่แข่งขัน หรือจากการใช้โอกาสหรือข้อมูลที่ได้จากการเป็นกรรมการ ผู้บริหาร หรือพนักงานในการหาประโยชน์ส่วนตน และในเรื่องการทำธุรกิจที่แข่งขันกับบริษัทหรือการทำงานอื่นนอกเหนือจากงานของบริษัท ซึ่งส่งผลกระทบต่องานในหน้าที่ โดยทำการตรวจสอบความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างคู่ค้า กับพนักงานของบริษัท (Vendor Due Diligence) โดยการขอให้พนักงาน และคู่ค้าดำเนินการเปิดเผยข้อมูล หากจะมีกรณีที่ข้อสงสัยว่าจะมีความขัดแย้งทางผลประโยชน์เกิดขึ้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวกับคู่ค้าอาจจะพิจารณาถึงฐานตามกฎหมาย (Legal Obligation) หากเป็นบริษัทที่จดทะเบียนอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ฯ หรือฐานตามสัญญา (Contractual Obligation) โดยกำหนดไว้ให้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญา หรือฐานผลประโยชน์อันชอบธรรม (Legitimate Interest) โดยจะต้องมีการแจ้งนโยบายความเป็นส่วนตัว (Privacy Notice) ให้กับคู่ค้าทราบ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ และรายละเอียดที่เกี่ยวข้องต่างๆ

3. การตรวจสอบประวัติอาชญากรรม รวมไปถึงการตรวจสอบประวัติการทำงานกับอดีตนายจ้างของผู้สมัครงาน/พนักงาน

วิธีการหนึ่งในปัจจุบันที่บริษัทหลายแห่งได้นำมาใช้เพื่อป้องกันเหตุทุจริตที่จะเกิดขึ้นภายในองค์กร คือ การคัดสรรคนจากบุคคลผู้อ้างอิง อดีตนายจ้าง และประวัติอาชญากรรม เพื่อให้สามารถป้องกันปัญหาทุจริตภายในองค์กร¹⁴ โดยบางบริษัทตรวจสอบประวัติในอดีตที่ผ่านมา ทั้งประวัติการทำงาน และประวัติอาชญากรรมของผู้สมัครงาน เพื่อคัดกรองเบื้องต้นว่าเคยมีประวัติไม่ดีที่ไม่เหมาะสมในการให้เข้ามาทำงานด้วยหรือไม่ โดยเฉพาะในตำแหน่งหน้าที่ที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับด้านการเงิน ทั้งนี้ ภายใต้บริบทกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การตรวจสอบดังกล่าวต้องพิจารณาถึงความยินยอมของผู้สมัครงานเป็นสำคัญ ซึ่งประเด็นที่มีข้อควรระวัง เนื่องจากการขอความยินยอมนั้นจำต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม (Freely given) และต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีเจตนาจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญารวมถึงการให้บริการนั้น ๆ ซึ่งนอกเหนือไปจากอำนาจต่อรองที่ต่างกันของผู้สมัครงาน

¹³ เฟ็งอั้ง

¹⁴ Piotr Foitzik, 'How to 'Background Check' under the GDPR International Association of Privacy Professionals' (1 October 2019) <<https://iapp.org/news/a/how-to-background-check-under-the-gdpr/>> assessed 22 July 2020

ทั้งนี้ บางบริษัทประสงค์ที่จะตรวจสอบประวัติการทำงานในอดีตของผู้สมัครงานโดยใช้วิธีสอบถามไปยังอดีตนายจ้างโดยตรง ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงกรอบทางกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแล้ว จะมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทใหม่และอดีตนายจ้างว่าได้ปฏิบัติโดยถูกต้องหรือไม่ สำหรับในส่วนของอดีตนายจ้าง หากยังเก็บข้อมูลส่วนบุคคลไว้จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงฐานตามกฎหมาย และระยะเวลาที่กำหนดให้อดีตนายจ้าง ยังคงสามารถเก็บข้อมูลนั้นต่อไปได้ และฐานตามกฎหมายที่จะเปิดเผยข้อมูลดังกล่าว ซึ่งในเบื้องต้น อดีตนายจ้างอาจไม่สามารถเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของอดีตลูกจ้างให้กับบริษัทได้ เนื่องจากไม่อาจหาฐานตามกฎหมายใด ๆ ที่ให้อนายจ้างกระทำการดังกล่าว โดยหากจะอ้างอิงไปถึงฐานประโยชน์อันชอบธรรม ก็อาจจะไม่ผ่านเกณฑ์ในการใช้ได้ เนื่องจากอาจกระทบสิทธิกับอดีตพนักงานเกินสมควร ด้วยเหตุนี้ บริษัทใหม่ อาจพิจารณาดำเนินการจัดทำหนังสือยินยอมจากผู้สมัครงาน เพื่อให้บริษัทสามารถขอข้อมูลไปยังอดีตนายจ้าง รวมทั้งขยายขอบเขตความยินยอมไปถึงอดีตนายจ้าง เพื่อให้เปิดเผยข้อมูลตามที่ระบุไว้ให้กับบริษัทได้ แต่อย่างไรก็ตาม หนังสือยินยอมดังกล่าวคงเป็นเพียงการเพิ่มน้ำหนักในการร้องขอข้อมูลจากอดีตนายจ้าง เนื่องจากอดีตนายจ้างไม่ได้มีหน้าที่ใด ๆ ตามกฎหมายที่จะต้องดำเนินการดังกล่าว¹⁵ เว้นแต่ว่า ผู้สมัครงาน จะได้ดำเนินการร้องขอไปยังอดีตนายจ้างให้ดำเนินการโอนถ่ายข้อมูลตามสิทธิของตนภายใต้กฎหมายคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลไปยังบริษัท ซึ่งอาจต้องคำนึงถึงความยินยอมว่าเป็นไปด้วยความสมัครใจหรือเป็นเงื่อนไข ในการรับสมัครงานหรือไม่ เนื่องจากอาจจะทำให้ความยินยอมดังกล่าวเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

4. การแจ้งเบาะแสการกระทำผิด (Whistle Blowing)

หลักการสำคัญของการแจ้งเบาะแสการกระทำผิด (Whistle Blowing) คือ การเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสีย ทั้งภายในและภายนอกองค์กร แจ้งเบาะแสหรือข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการกระทำผิดกฎหมาย จรรยาบรรณ รายงานทางการเงินที่ไม่ถูกต้อง หรือระบบควบคุมภายในที่บกพร่องต่อผู้บริหารสูงสุดขององค์กร หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมาย เพื่อที่จะดำเนินการสอบสวนการกระทำผิด รวมทั้งคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสไม่ให้ถูกละเมิดสิทธิ โดยข้อมูลที่ได้รับจากการแจ้งเบาะแส บริษัทต้องมีการประกาศนโยบายการแจ้งเบาะแสการกระทำผิด (Whistle Blowing Policy) ไว้ ให้มีความชัดเจน และต้องดำเนินการรักษาข้อมูลที่ได้รับแจ้งดังกล่าวให้เป็นความลับ และไม่มีเปิดเผยชื่อ ผู้ที่แจ้งเบาะแส หรือผู้ร้องเรียนต่อสาธารณชนหากไม่ได้รับความยินยอม รวมทั้งผู้แจ้งเบาะแส หรือ ข้อร้องเรียน จะได้รับการคุ้มครองสิทธิ ไม่ว่าจะ เป็นพนักงานบริษัท หรือบุคคลภายนอก จึงจะทำให้เกิดผลสัมฤทธิ์ ในการดำเนินการมาตรการป้องปรามการกระทำผิดภายในองค์กร

ทั้งนี้ การดำเนินการรับแจ้งเบาะแสการกระทำผิดต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเช่นกัน โดยที่การเก็บข้อมูลจากผู้ร้องเรียนและดำเนินการสอบสวนผู้ต้องสงสัย โดยอาจอ้างอิงจากฐานผลประโยชน์อันชอบธรรม ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบของการใช้ ฐานผลประโยชน์อันชอบธรรมให้รัดกุม เนื่องจากเป็นฐานตามกฎหมายที่ต้องใช้ด้วยความระมัดระวัง มิให้ส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้ต้องสงสัยเกินควร โดยจำเป็นต้องพิจารณาถึงพยานหลักฐานได้รับมา จากการแจ้งเบาะแส และที่ได้จากการสืบสวนสอบสวนเพิ่มเติม ซึ่งหากเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความละเอียดอ่อน (Sensitive Personal Data) ก็อาจสามารถอ้างอิงไปถึงฐานความจำเป็นเพื่อการก่อตั้งสิทธิเรียกร้อง ตามกฎหมาย การปฏิบัติตามหรือการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือการยกขึ้นต่อสู้สิทธิเรียกร้อง

¹⁵ Waterfront Solicitors LLP, 'UK: Asking For Employer References – What Can You Ask, And When? GDPR And Other Legal Considerations' (Mondaq, 9 October 2018)<<https://www.mondaq.com/uk/employee-rights-labour-relations/743916/asking-for-employer-references-what-can-you-ask-and-when-gdpr-and-other-legal-considerations>> assessed 22 July 2020

ตามกฎหมาย (Legal Claim) ได้อีกด้วย¹⁶ ทั้งนี้ จำต้องพิจารณาฐานกฎหมายในแต่ละมุมมองของผู้ที่แจ้งเบาะแสว่าเป็นการให้ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้อื่นให้กับบริษัท และผู้บริหารที่นำข้อมูลดังกล่าวมาใช้เป็นกรณี ๆ ไป เพื่อให้เกิดความชัดเจน

5. การดำเนินคดีของบริษัทกับข้อโต้แย้งของพนักงาน

โดยปกติ เมื่อบริษัทได้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนพนักงานที่ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดภายในองค์กร การดำเนินการในขั้นต่อไป คือการดำเนินการลงโทษทางวินัยแก่พนักงานตามลำดับชั้นความร้ายแรงของการกระทำ ตั้งแต่ตักเตือนจนกระทั่งเลิกจ้างโดยให้มีผลทันทีและไม่จ่ายค่าชดเชย และควบคู่ไปกับการดำเนินคดีทางแพ่งเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย และดำเนินคดีทางอาญาเพื่อลงโทษต่อผู้กระทำความผิดรวมไปถึงบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ มาตรการนี้ถือเป็นมาตรการที่ส่งผลต่อการป้องปรามอาชญากรรมภายในองค์กรเป็นอย่างดี

แต่อย่างไรก็ดี บริษัทจำต้องพิจารณาและวางเกณฑ์ปฏิบัติในการดำเนินการทั้งทางแรงงาน ทางคดีแพ่ง และคดีอาญาอย่างรัดกุม เพื่อป้องกันมิให้เกิดคดีความฟ้องร้องกลับมายังบริษัท เช่น คดีแรงงานจากเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม คดีแพ่ง และคดีอาญา อันเนื่องมาจากการข่มขืนใจให้ลงนามในเอกสารใด ๆ หนึ่งประมาณ เป็นต้น นอกเหนือไปจากนั้น เมื่อกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลมีผลใช้บังคับ บริษัทก็จำต้องพิจารณาถึงสิทธิของพนักงาน/อดีตพนักงานในฐานะเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และหน้าที่ของบริษัทในฐานะผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอีกด้วย เช่น หากพนักงาน/อดีตพนักงาน ขอใช้สิทธิขอให้ลบหรือทำลาย (Right to be forgotten) ก่อนหรือระหว่างดำเนินคดี หรือโต้แย้งเรื่องกำหนดระยะเวลาในการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของพนักงานของบริษัท ก็ต้องมีการจัดการภายในเพื่อตอบสนอง หรือปฏิเสธการใช้สิทธิของพนักงานได้ต่อไป

¹⁶ Lara White, Andrew Reeves and Sarah Greenwood, 'GDPR: What are the grounds for processing personal data during an investigation?' (The FCPA Blog, September 10, 2019)

<<https://fcpcbog.com/2019/09/10/gdpr-what-are-the-grounds-for-processing-personal-data-durin/>>
assessed 22 July 2020

โครงสร้างทางกฎหมายของประเทศไทยในการจัดการปัญหาหนี้เสียของธนาคาร:
ประสิทธิภาพของกฎหมายในการป้องกันวิกฤตทางการเงิน
Thai Legal Framework for Addressing Non-Performing Loans:
The Effectiveness of Thai Laws in Preventing Financial Crisis

ศวีธิกา ลีสุรگانต์*

Saveethika Leesurakarn

วันที่รับบทความ 12 มิถุนายน 2563; วันที่แก้ไขบทความ 15 สิงหาคม 2563; วันตอบรับบทความ 5 ตุลาคม 2563

บทคัดย่อ

จำนวนหนี้เสียหรือสินทรัพย์ด้อยคุณภาพ (non-performing loans) ของธนาคารนอกจากจะเป็นตัวชี้วัด (indicator) คุณภาพทรัพย์สินของธนาคารอันเป็นข้อมูลในการตัดสินใจที่สำคัญของนักลงทุนแล้ว จำนวนหนี้เสีย ยังแสดงถึงความเข้มแข็งของระบบสถาบันการเงินในประเทศนั้น ๆ อีกด้วย ปัญหาหนี้เสียอันเกิดจากการผิดนัดชำระหนี้หากมีจำนวนมากจะกระทบต่อกำไรของธนาคาร และกรณีที่หนี้เสียมีจำนวนมากอาจนำไปสู่การล้มละลายของธนาคาร จึงส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของระบบสถาบันการเงินและสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศ นอกจากนี้ หากมีสถาบันทางการเงินล้มละลายหรือปิดกิจการจำนวนมากก็จะนำไปสู่วิกฤตทางการเงินของประเทศ ซึ่งอาจก่อให้เกิด (contagion) วิกฤตทางการเงินของโลกได้ เนื่องจากธุรกรรมทางการเงินของธนาคารมีลักษณะของระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีมาตรการในการจัดการหนี้เสียอย่างเป็นระบบ

แต่ประเทศไทยมิได้วางโครงสร้างทางกฎหมายจัดการหนี้เสียของธนาคารไว้เป็นการเฉพาะ เช่น การจำหน่ายหนี้เสียหรือการบังคับชำระหนี้ งานวิจัยนี้ได้ศึกษาโครงสร้างกฎหมายการเงินในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับหนี้เสีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการตั้งเงินกองทุน (capital requirements) และเงินกันสำรองหนี้สงสัยจะสูญ (loan loss provision) ตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 ในมิติที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการลดจำนวนหนี้เสียของธนาคาร โดยศึกษาความเป็นไปได้ของการบังคับใช้กฎหมายกำกับดูแลสถาบันการเงินในการจัดการหนี้เสีย

คำสำคัญ: หนี้เสีย, เงินกองทุน, เงินกันสำรองหนี้สงสัยจะสูญ, พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินฯ

* PhD Candidate, University of Warwick, UK; นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา; เนติบัณฑิตไทย

ที่อยู่ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขที่ 1 ถนนพระอาทิตย์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

E-mail : saveety.lee@gmail.com

Abstract

The non-performing loans ratio of banks is not only an indicator of their assets, which is essential for investors to make their business decision but also it shows the stability of the banking system in each country. When the non-performing loans are high, it gives effect to banks' profits and could lead to bank insolvency, which has an impact on financial stability and economic status. Moreover, when financial institutions are bankrupt or fail, it can lead to the financial crisis, which can be contagious and eventually cause the global financial crisis. Therefore, it is vital to have a systematic NPL management measure.

However, there is no legal framework on NPL management, such as the sale of NPL or the execution. This research will examine the current solutions which relevant to NPLs specific to bank regulations on capital requirements and loan loss provision (LLP) under the Financial Institution Business Act through the lens of the efficiency in NPL management.

Keywords: Non-performing loans, Capital requirements, Loan loss provision, the Financial Institution Business Act

1. บทนำ

การจัดการหนี้เสียในประเทศไทย หลังจากวิกฤตการณ์ต้มยำกุ้งในปี พ.ศ. 2540 มีการจัดตั้งบริษัทบริหารสินทรัพย์¹ (บปส.) เพื่อแก้ไขปัญหาสินทรัพย์ด้อยคุณภาพ โดยรับซื้อหรือรับโอนสินทรัพย์ด้อยคุณภาพจากสถาบันการเงิน อันเป็นมาตรการสำคัญในการจัดการหนี้เสียที่เกิดขึ้นภายหลังวิกฤตการณ์ทางการเงิน อย่างไรก็ตาม มาตรการป้องกันการเกิดหนี้เสียก่อนการเกิดวิกฤตทางการเงิน (Ex-ante Measure) ก็มีความสำคัญต่อความมั่นคงของระบบสถาบันการเงินอย่างยิ่ง

โดยที่ประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์การวางเงินสำรองสำหรับหนี้สูญและการกันเงินสำรองตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 (“พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินฯ”) แต่ประเทศไทยมิได้มีมาตรการจัดการหนี้เสียของธนาคารไว้เป็นการเฉพาะ ดังจะเห็นได้จากความสำคัญในการบริหารจัดการหนี้เสียในภาคพื้นยุโรป อียูได้ประกาศให้การบริหารจัดการหนี้เสียเป็นมาตรการที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงทางการเงิน และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ² เนื่องจากประเทศในทวีปยุโรปมีการเพิ่มขึ้นของจำนวนหนี้เสียในอัตราที่สูงมาก เช่น ประเทศกรีซและประเทศสเปน โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกมีมาตรการจัดการหนี้เสียของธนาคารเป็นการเฉพาะ เช่น การกันเงินสำรองกันหนี้สูญโดยสามารถนำหลักประกันแบบลอยมาหักมูลค่าเงินสำรองได้ และแก้ไขกระบวนการบังคับคดีไว้ต่างจากคดีแพ่งทั่วไป จึงสามารถทำให้อาคารสามารถบังคับชำระหนี้ได้อย่างรวดเร็ว นอกจากนี้อียูยังกำหนดให้มีการแก้ไขกฎหมายการบังคับคดี มีหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งบริษัทรับซื้อหนี้สินด้อยคุณภาพ³

บทความนี้ มุ่งศึกษาการจัดการหนี้เสียของธนาคาร โดยมุ่งที่จะเสนอโครงสร้างทางกฎหมายที่จะช่วยในการลดจำนวนหนี้เสียและเสริมสร้างเสถียรภาพทางการเงิน รวมไปถึงกระตุ้นเศรษฐกิจ การวิจัยนี้ได้ตรวจสอบมาตรการที่ใช้ในการแก้ปัญหาหนี้เสียในปัจจุบันเกี่ยวกับกฎหมายธนาคารตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินฯ ซึ่งถือเป็นกฎหมายหลักที่กำกับดูแลธุรกิจสถาบันการเงิน ในส่วนของเงินกันสำรองหนี้สูญ (Loan loss provision) และเงินกองทุนภายใต้พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน นอกจากนี้ ผู้เขียนยังศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับกองทุนสำรองภายใต้อนุสัญญาบาเซล (The Basel Convention)⁴ เพื่อศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ในการเสริมสร้างความมั่นคงทางการเงินภายใต้หลักกองทุนดังกล่าว และวัตถุประสงค์ในการลดความเสี่ยงในการผิดนัดของกฎหมายหลักประกัน เนื่องจากประเทศไทยได้นำหลักการดำรงเงินกองทุนดังกล่าวมาปรับใช้กับหลักเกณฑ์การดำรงเงินกองทุนของประเทศไทย⁵ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันหนี้เสียยังคงมีปริมาณเพิ่มขึ้น

¹ พระราชกำหนดบริษัทบริหารสินทรัพย์ พ.ศ. 2541 กำหนดให้บริษัทบริหารสินทรัพย์ (บปส.) สามารถรับซื้อ รับโอน หรือรับจ้างบริหารสินทรัพย์ด้อยคุณภาพ

² European Banking Authority, ‘Final Report on Final Guidelines on Management of Non-performing and Forborne Exposures’ (EBA, 31 October 2018)
<<https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2425705/371ff4ba-d7db-4fa9-a3c7-231cb9c2a26a/Final%20Guidelines%20on%20management%20of%20non-performing%20and%20forborne%20exposures.pdf>> accessed 17 September 2020

³ European Central Bank, ‘Stocktake of National Supervisory Practices and Legal Frameworks Related to NPLs’ (ECB, June 2017) <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.stock_taking2017.en.pdf> accessed 17 September 2020

⁴ หลักเกณฑ์ Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems (Revised version: June 2011) (Basel III) ของ Basel Committee on Banking Supervision (BCBS)

⁵ ประกาศ สปท. ที่ สนส. 12/2555 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเงินกองทุนสำหรับธนาคารพาณิชย์ ได้ปรับปรุงหลักเกณฑ์การคำนวณสินทรัพย์เสี่ยงด้านเครดิต เพื่อให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในเรื่ององค์ประกอบของเงินกองทุนที่มีการปรับปรุงใหม่

และนอกจากหนี้เสียจะเป็นสัญญาณเตือนถึงความอ่อนแอของความมั่นคงทางการเงินของระบบการเงิน ก่อนที่จะเกิดวิกฤตทางการเงินแล้ว และในก่อนเกิดวิกฤตทางการเงินมักจะมีเหตุการณ์ (trigger) ที่เปลี่ยน สถานการณ์ให้ยากต่อการควบคุมธุรกรรมทางการเงินโดยกฎหมายที่บังคับใช้ปัจจุบัน ทั้งจากการหลีกเลี่ยง กฎหมายและช่องโหว่ทางกฎหมายของทั้งบุคคลและองค์กรทางธุรกิจ โดยผู้เขียนได้ปรับใช้ทฤษฎี Legal Functionalism เนื่องจากการพิจารณาหน้าที่ของกฎหมายจะสามารถนำไปสู่การวิเคราะห์ความมีประสิทธิภาพ ของโครงสร้างกฎหมายไทยว่าสามารถแก้ปัญหาหนี้เสียและลดความเสี่ยงของธนาคาร รวมถึงเพิ่มเสถียรภาพ ทางของระบบการเงินได้หรือไม่ โดยผู้เขียนจะวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายโดยใช้ทฤษฎีดังกล่าว กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ จะดำเนินการพิจารณาว่าการบังคับใช้กฎหมายสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายนั้น หรือไม่ อย่างไร ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นที่จะต้องมีการพัฒนาโครงสร้างกฎหมายทางการเงิน เพื่อให้กฎหมาย เกี่ยวกับสถาบันการเงินมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะป้องกันการเกิดวิกฤตการเงินได้ เนื่องจากโครงสร้าง ทางกฎหมายที่เป็นระบบสามารถป้องกันวิกฤตทางการเงินที่เกิดจากการที่ธนาคารพาณิชย์ล้มละลาย หรือปิดกิจการลง อันมีผลทำให้ผู้ฝากเงินหรือประชาชนกลายเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงในเงินฝากนั้น ซึ่งสาเหตุ ของวิกฤตการเงินมาจากการที่ธนาคารมีหนี้เสียจำนวนมากจนไม่สามารถจัดการได้ ดังนั้น รัฐบาลมีความจำเป็น ในการกำกับดูแลธนาคารอย่างใกล้ชิดและกฎหมายหลักประกันสามารถนำมาใช้ในการแก้ปัญหาหนี้เสียได้

อย่างไรก็ดี โครงสร้างนี้จำเป็นที่จะต้องพิจารณาให้ความคุ้มครองลูกหนี้อย่างรอบคอบ รวมถึงลักษณะ ทางเศรษฐกิจ และระบบกฎหมายของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่ารัฐบาลควรใช้มาตรการนี้สำหรับการควบคุม การให้สินเชื่อของธนาคารและจะสามารถลดปริมาณหนี้เสียลงได้

ในการนี้ ผู้เขียนได้ตรวจสอบมาตรการที่ใช้ในการแก้ปัญหาหนี้เสียในปัจจุบันเกี่ยวกับกฎหมายธนาคาร ในส่วนของเงินสำรอง (Loan loss provision) และเงินกองทุนภายใต้พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินฯ เพื่อวิเคราะห์ว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเพียงพอหรือไม่ และมีความจำเป็นในการปรับปรุง กฎหมายไทยเพื่อจัดการหนี้เสียได้ทันทั่วถึง และให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น รวมทั้งป้องกันการเกิดวิกฤตการเงินได้ ในอนาคตหรือไม่

2. วัตถุประสงค์ในการวิจัย

(1) ศึกษาประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายจัดการปัญหาหนี้เสีย ตามพระราชบัญญัติธุรกิจ สถาบันการเงินฯ โดยเน้นพิจารณาจากเงินกองทุนและเงินกันสำรองหนี้สงสัยจะสูญ

(2) ศึกษาโครงสร้างกฎหมายที่สามารถบริหารจัดการหนี้เสีย เพื่อป้องกันการล้มของธนาคาร และวิกฤตทางการเงิน โดยพิจารณาจากหน้าที่ของกฎหมายการเงินการธนาคาร และหน้าที่ของระบบการเงินการธนาคาร

3. หนี้เสียคืออะไร และเหตุใดจึงมีความสำคัญ

3.1 ความหมาย

โดยทั่วไปคำว่า หนี้เสียหรือหนี้ด้อยคุณภาพ หมายถึง หนี้ประเภทที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามระยะเวลาที่กำหนด โดย Bholat et al⁶(2016) กล่าวว่า ประเทศส่วนใหญ่กำหนดให้หนี้เสีย หมายถึง หนี้ที่ค้างชำระอย่างน้อยสามเดือน ในกรณีการให้สินเชื่อของธนาคาร หนี้เสียจึงหมายถึง กรณีที่ผู้กู้ไม่ชำระหนี้เงินกู้หรือดอกเบี้ยคืนแก่ธนาคารเกินกว่าสามเดือน ทั้งนี้ Bloem และ Gorter⁷ อ้างว่าองค์ประกอบของหนี้เสียที่ใช้โดยหน่วยงานของรัฐสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภทคือ 1. องค์ประกอบเชิงปริมาณ (quantitative criteria) เช่น จำนวนวันที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ และ 2. องค์ประกอบเชิงคุณภาพ (qualitative criteria) เช่น ข้อมูลทางสถานะเกี่ยวกับสถานะทางการเงินของลูกหนี้หรือการพิจารณาถึงการชำระหนี้ในอนาคตของลูกหนี้ องค์ประกอบของคำว่า “หนี้เสีย” สามารถแบ่งได้ 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่หนึ่ง ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เป็นระยะเวลาเกินกว่าสามเดือนหรือเก้าสิบวัน การที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามชำระหนี้ในสัญญากู้ยืมเงินระหว่างธนาคารผู้ให้และผู้กู้ เมื่อผู้ให้กู้หรือธนาคารนำเงินออกให้ผู้กู้ทำการกู้ยืม ผู้ให้กู้หรือลูกหนี้มีหน้าที่ตามกฎหมายในการชำระหนี้เงินกู้คืนแก่ธนาคาร หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เงินคืนภายในกำหนดถือว่าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ โดยระยะเวลาสามเดือนหรือเก้าสิบวันนั้น ถัดตามจำนวนวันที่กำหนดไว้ในปฏิทิน หรือ

กรณีที่สอง ลูกหนี้มีพฤติกรรมที่จะไม่ชำระหนี้ เช่น มีปัญหาทางการเงิน ได้แก่ มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือล้มละลาย

จากนิยามดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า องค์ประกอบสำคัญของหนี้ด้อยคุณภาพ คือ ระยะเวลาการผิดนัดชำระหนี้และพฤติกรรมของลูกหนี้จะไม่ชำระหนี้ อย่างไรก็ตาม นิยามคำว่า หนี้เสีย กลายเป็นอุปสรรคในการบังคับใช้มาตรฐานระหว่างประเทศในการกำกับดูแลหนี้เสียของธนาคารเนื่องจากธนาคารต้องการที่จะเพิ่มกำไรและการลงทุน จึงตั้งเกณฑ์การผิดนัดไว้ต่ำกว่ามาตรฐานสากล เพื่อที่จะได้ไม่ต้องดำรงเงินกองทุนและกันเงินสำรองจำนวนมากตามที่มาตรฐานสากลกำหนดไว้ และนำเงินส่วนต่างเหล่านั้นไปลงทุน แต่ในทางกลับกันก็เป็นการเพิ่มความเสี่ยง ทำให้เสถียรภาพและความมั่นคงของธนาคารเหล่านั้นลดลง นอกจากนี้ ก็อาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดของนักลงทุนและบุคคลภายนอกในข้อมูลทางการเงินของธนาคาร (arbitrary) เช่น มีจำนวนหนี้เสียสูงกว่าเกณฑ์ แต่เนื่องจากกำหนดนิยามคำว่า หนี้เสียไว้ต่ำกว่ามาตรฐาน เช่น ลูกหนี้ค้างชำระหนี้เงินกู้เกินกว่าห้าเดือน เป็นต้น ทำให้นักลงทุนเข้าใจว่าธนาคารนั้นมีความมั่นคงที่จะร่วมลงทุน

โดยทั่วไปข้อมูลทางการเงินของธนาคาร⁸ (financial statements) จะแสดงจำนวนหนี้เสีย⁹ (NPLs ratio) โดยธนาคารจะกำหนดหลักเกณฑ์นิยามคำว่า หนี้เสียตามที่หน่วยงานกำกับดูแลกำหนด

⁶ David Bholat, Rosa Lastra, Sheri Markose, Andrea Miglionico and Kallol Sen, 'Non-performing loans: regulatory and accounting treatments of assets' (2016) Bank of England Staff Working 594, 2.

⁷ Adriczcm Bloem and Cornelis Gorter, 'The Treatment of Nonperforming Loans in Macroeconomic Statistics' (2001) The IMF Working Paper WP/O l /209

⁸ ข้อมูลทางการเงินจะแสดงอยู่ในรายงานประจำปี (Annual Report) ได้แก่ งบดุล (Balance Sheet) เป็นวันที่แสดงฐานะทางการเงินของกิจการ ณ วันใดวันหนึ่งประกอบด้วยสินทรัพย์ หนี้สิน และทุน ส่วนงบกำไรขาดทุน (Income Statement) คือ งบการเงินที่แสดงผลการดำเนินงานของกิจการ ประกอบด้วย รายได้ ค่าใช้จ่าย และกำไรหรือขาดทุนสุทธิ ในรอบบัญชีของกิจการ ทั้งนี้ การจัดทำรายงานทางการเงินเหล่านี้ของธนาคารพาณิชย์จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่หน่วยงานกำกับดูแลกำหนด ในประเทศไทยก็คือ ธนาคารแห่งประเทศไทย (ธปท.) โดยแต่ละประเทศจะกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำรายงานทางการเงินตามมาตรฐานทางการบัญชีสากล International Accounting Standards

⁹ จำนวนหนี้เสียของธนาคารจะแสดงอยู่ในงบดุลของธนาคารแต่ละแห่ง

ซึ่งอัตราหนี้เสียของธนาคารมีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากทำหน้าที่เป็นตัวชี้วัดความมีเสถียรภาพและความสามารถในการดำเนินธุรกิจของธนาคารนั้นว่า มีหนี้ด้อยคุณภาพที่เรียกบังคับชำระหนี้ไม่ได้จนถึงขั้นทำให้ธนาคารขาดความคล่องตัวทางการเงิน (leverage) หรือไม่ ทั้งนี้ หน่วยงานที่กำกับดูแล นักลงทุน และผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง (stakeholders) จะใช้ข้อมูลทางการเงินในส่วนจำนวนหนี้เสียดังกล่าวเพื่อให้ทราบถึงคุณภาพของธนาคารนั้น ๆ ว่ามีการบริหารจัดการความเสี่ยงที่มีประสิทธิภาพ (risk management) เพียงใด ทั้งนี้ เนื่องจากเงินให้กู้ยืม¹⁰ ถือเป็นสินทรัพย์ที่สำคัญ ดังนั้น จึงมีการจัดคุณภาพสินทรัพย์ขึ้น (asset classification) เช่น ปกติ กล่าวถึงเป็นพิเศษ ต่ำกว่ามาตรฐาน สงสัย สงสัยจะสูญ สูญ ทั้งนี้ ยังไม่มีหลักเกณฑ์การจัดชั้นสินทรัพย์ที่เป็นสากลแต่อย่างใด การจัดชั้นดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับธนาคารกลางของประเทศนั้น ๆ จะกำหนดหลักเกณฑ์ ส่งผลให้ขาดความเป็นสากลของการจัดลำดับสินทรัพย์ของธนาคาร และจากการที่คำว่า หนี้เสีย ในแต่ละประเทศยังมีความหมายแตกต่างกัน ทำให้ไม่มีนิยาม “หนี้ด้อยคุณภาพ” ที่ใช้เป็นการสากล¹¹

เพราะเหตุใดความเป็นสากลของนิยามคำว่า หนี้เสีย และการจัดชั้นสินทรัพย์ของธนาคาร จึงมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและความมีเสถียรภาพของระบบการธนาคารนั้น สืบเนื่องจากการที่ไม่มีนิยามที่ใช้เป็นการสากลดังกล่าว ส่งผลให้การควบคุมจำนวนหนี้เสียโดยใช้มาตรการดำรงเงินกองทุนและการกันสำรองหนี้สงสัยจะเสียขาดประสิทธิภาพ เนื่องจากจำนวนหนี้ที่ผิดนัดจะต้องนำไปใช้ในการคำนวณความเสี่ยงเพื่อที่จะปรับใช้เครื่องมือในการบริหารความเสี่ยงทั้งสองประเภทดังกล่าวของธนาคาร และการขาดมาตรฐานสากลนี้ทำให้หน่วยงานกำกับดูแลไม่สามารถปรับใช้มาตรฐานได้¹² กล่าวคือ บางประเทศอาจใช้ช่องว่างในการที่กำหนดแตกต่างกันในการเปิดเผยการแสดงผลข้อมูลทางการเงิน เช่น ธนาคารมีหนี้ด้อยคุณภาพจำนวนมาก แต่ต้องการหลีกเลี่ยงที่จะแสดงข้อมูลหนี้เสียที่แท้จริงของธนาคาร ธนาคารอาจกำหนดให้หนี้ด้อยค่าหมายถึงหนี้ที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เกินกว่าห้าเดือน

¹⁰ ธปท. ให้ความหมายคำว่า “เงินให้กู้ยืม” (Loans) ประกอบด้วยเงินเบิกเกินบัญชีของลูกค้า เงินให้กู้ยืมทั่วไป เงินให้กู้ยืมในรูปตัวเงินที่เปลี่ยนมือไม่ได้ (non-negotiable) โดยเป็นเงินให้กู้ยืมทั้งที่เป็นเงินบาทและเงินตราต่างประเทศ และตัวเลขเงินให้กู้ยืมจะรวมดอกเบี้ยค้างรับด้วย

<https://www.bot.or.th/App/BTWS_STAT/statistics/DownloadFile.aspx?file=EC_MB_013_S2_TH.PDF>

¹¹ David Bholat, Rosa Lastra, Sheri Markose, Andrea Miglionico and Kallol Sen, 'Non-Performing Loans: Regulatory and Accounting Treatments of Assets' Bank of England Staff Working 594

¹² Basel Committee on Banking Supervision, 'Guideline Prudential treatment of problem assets definitions of non-performing exposures and forbearance' (2016)

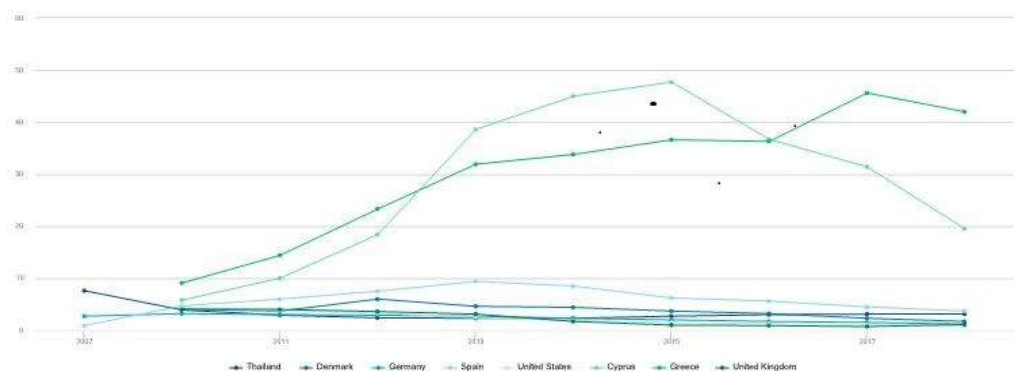
3.2 จำนวนหนี้เสียในประเทศไทยและต่างประเทศ

ผู้เขียนได้รวบรวมจากข้อมูลจำนวนหนี้เสียจากธนาคารโลก (World Bank) ที่แสดง Non-performing loans to total gross loans จำนวน 8 ประเทศ ได้แก่ ประเทศไทย ประเทศเดนมาร์ก ประเทศเยอรมัน ประเทศสเปน ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศไซปรัส ประเทศกรีซ และประเทศสหราชอาณาจักร

	2007	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Thailand	7.6	3.9	2.9	2.4	2.3	2.3	2.7	3.0	3.1	3.1
Denmark	..	4.1	3.7	6.0	4.6	4.4	3.7	3.2	2.3	1.7
Germany	2.7	3.2	3.0	2.9	2.7	2.3	2.0	1.7	1.5	1.2
Spain	0.9	4.7	6.0	7.5	9.4	8.5	6.2	5.6	4.5	3.7
United States	..	4.4	3.8	3.3	2.5	1.9	1.5	1.3	1.1	0.9
Cyprus	..	5.8	10.0	18.4	38.6	45.0	47.7	36.7	31.4	19.5
Greece	..	9.1	14.4	23.3	31.9	33.8	36.6	36.3	45.6	42.0
United Kingdom	..	4.0	4.0	3.6	3.1	1.7	1.0	0.9	0.7	1.1

Created from: World Development Indicators

Series: Bank nonperforming loans to total gross loans (%)



Series : Bank nonperforming loans to total gross loans (%)
Source: World Development Indicators
Created on: 01/22/2020

จากข้อมูลของธนาคารโลกดังกล่าว ผู้เขียนได้แบ่งกลุ่มประเทศออกเป็น 3 กลุ่ม ตามจำนวนอัตราหนี้เสีย ที่สูงสุด ระดับกลาง และระดับต่ำสุด ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ประเทศไซปรัส ประเทศกรีซ สูงกว่า 30.0%

กลุ่มที่ 2 ประเทศไทย ประเทศสเปน สูงกว่า 3.0%

กลุ่มที่ 3 ประเทศเดนมาร์ก ประเทศเยอรมัน ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสหราชอาณาจักร ไม่เกิน 2.0%

เห็นได้ว่า หลังจากวิกฤตการเงินเมื่อปี 2007 อัตรา Non-performing loans to total gross loans มีแนวโน้มสูงขึ้นทั่วโลกในอัตราที่แตกต่างกันไป

3.3 ผลกระทบจากหนี้เสีย

ในปัจจุบัน หนี้เสียหรือหนี้ด้อยคุณภาพได้รับการให้ความสำคัญจากแนวนโยบายแห่งรัฐในหลายประเทศ เนื่องด้วยอัตราหนี้เสียที่สูงขึ้นส่งผลโดยตรงต่อการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ มีแนวความคิดว่าหนี้เสีย ก่อให้เกิดความอ่อนแอ (vulnerabilities) ต่อระบบการเงิน โดยส่งผลต่อเสถียรภาพของธนาคารและพฤติกรรมในการปล่อยสินเชื่อของธนาคาร ทั้งก่อนวิกฤตการเงินและหลังวิกฤตการเงิน โดยผู้เขียนขอจำแนกผลกระทบของหนี้เสียต่อระบบการเงินเป็นในสองกรณี ดังต่อไปนี้

1. ก่อนวิกฤตการเงิน

เนื่องจากหนี้เสียเป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อกำไรและความมั่นคงของธนาคารเนื่องจากจำนวนหนี้เสีย โดยที่จำนวนหนี้เสียของธนาคารกระทบต่อการปล่อยสินเชื่อและการบริหารจัดการความเสี่ยงภายในของธนาคาร กล่าวคือ จำนวนหนี้เสียส่งผลต่อการกำกับดูแลเสถียรภาพทางการเงินของสถาบันการเงินในการตั้งจำนวนเงินกันสำรองหนี้จะสูงและเงินทุน ซึ่งมาตรการการกำกับดูแลดังกล่าวจะกระทบต่อการลงทุน กำไรและเงินของธนาคาร¹³ หากมีหนี้เสียจำนวนมาก ธนาคารจำเป็นต้องตั้งเงินสำรองหนี้สูงจะสูงและเงินกองทุนสูงขึ้นตามไปด้วย เนื่องจากมีความเสี่ยงในการผิดนัดชำระหนี้ของลูกค้าหนี้ (credit risk) ทำให้ธนาคารที่มีความเสี่ยงสูง มีสภาพคล่องทางการเงินลดลง จากการจำเป็นต้องลดเงินทุนอันมาจากการเพิ่มเงินสำรองและเงินกองทุนดังกล่าว อันทำให้เกิดแนวคิดว่าหนี้เสียเป็นสาเหตุของวิกฤตการเงิน¹⁴

2. หลังวิกฤตการเงิน

จำนวนหนี้เสียของธนาคารที่เพิ่มสูงขึ้นในช่วงที่เกิดปัญหาทางการเงิน จนทำให้ธนาคารหลายแห่งต้องปิดกิจการลงเพราะล้มละลาย และเหตุการณ์นี้เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นซ้ำ ๆ (recurring event) ในวัฏจักรทางธุรกิจ (business cycle) จะเห็นได้จากทั้งในกรณีวิกฤตต้มยำกุ้งและวิกฤตแฮมเบอร์เกอร์ที่ภายหลังจากเศรษฐกิจตกต่ำลง ทำให้ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ทำให้ธนาคารมีสินทรัพย์ด้อยค่าสูงขึ้นจนขาดดุลทางการเงิน มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินและล้มละลายในที่สุด ในทางวิชาการมีแนวความคิดว่า หนี้เสียเป็นทั้งที่มาและผลกระทบของวิกฤตการเงิน มีแนวคิดว่า หนี้เสียเป็นสาเหตุให้เกิดวิกฤตทางการเงิน โดยหนี้เสียที่เพิ่มขึ้นเป็นสัญญาณของการเกิดวิกฤตการเงิน ในทางตรงกันข้าม มีแนวความคิดว่า หนี้เสียเป็นผลมาจากวิกฤตการเงิน อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าหนี้ด้อยคุณภาพเหล่านี้ ส่งผลกระทบกับทั้งเสถียรภาพของธนาคาร (micro-prudential perspective) ในด้านบุคคลซึ่งมีผลต่อความมั่นคงและสถานะทางการเงินของธนาคารอันเป็นเหตุให้ปิดกิจการลง หนี้เสียที่มีจำนวนสูงเกินไปส่งผลต่อระบบสถาบันการเงินในภาพรวมและการเติบโตทางเศรษฐกิจด้วย

ด้วยเหตุนี้ ภาครัฐจึงควรให้ความสำคัญกับหนี้เสียในการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจและเสถียรภาพทางการเงิน โดยหน่วยงานกำกับดูแลควรที่จะให้ความสำคัญกับการประเมินความเป็นไปได้ในการผิดนัดชำระหนี้ (probability of default) และระบบการประเมินคุณภาพสินทรัพย์ (asset quality system) ของสินทรัพย์หลักของธนาคาร อันจะสามารถแก้ปัญหาการเปิดเผยข้อมูลและความไม่เท่าเทียมกันในการเข้าถึงข้อมูล (asymmetries) สำหรับการกันเงินสำรองและเงินกองทุนอันเป็นมาตรการในการลดความเสี่ยงของธนาคาร

¹³ Benton Gup and James Kolari, *Commercial Banking: The Management of Risk* (John Wiley & Sons 2005); Abdus Samad, 'Credit Risk Determinants of Bank Failure: Evidence from US Bank Failure' (2012) 5 International Business Research 10; Rebel Cole and Lawrence White, 'Déjà Vu All Over Again: The Causes of US Commercial Bank Failures This Time Around' (2012) 42 Journal of Financial Services Research 5-29.

¹⁴ Andrew Campbell, 'Bank Insolvency and the Problem of Nonperforming Loans' (2017) 9 Journal of Banking Regulation 25

3.4 การบริหารจัดการหนี้เสียภายใต้กรอบกฎหมายไทย

แม้การบริหารจัดการหนี้เสียของธนาคารจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการความเสี่ยงของแต่ละธนาคาร แต่เนื่องจากการประกอบธุรกิจของธนาคารมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศและประชาชน หากธนาคารล้มละลายหรือขาดสภาพคล่องย่อมส่งผลกระทบต่อผู้ฝากเงิน ดังนั้น การดำเนินการของธนาคารพาณิชย์อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานที่รับผิดชอบ ได้แก่ ธนาคารแห่งประเทศไทยและกระทรวงการคลัง

จากการตรวจสอบบทบัญญัติและโครงสร้างกฎหมายการเงินในประเทศไทยที่เกี่ยวกับการจัดการหนี้เสียรวมทั้งกฎหมายของ ธปท. ผู้เขียนพบว่า ประเทศไทยมิได้มีบทบัญญัติกฎหมายใดที่ควบคุมและจัดการจำนวนหนี้เสียหรือต่อคุณภาพของธนาคารพาณิชย์เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตามพบว่ามีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินฯ ดังนี้

พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2550

บทความฉบับนี้ มุ่งพิจารณามาตรการการดำรงเงินกองทุนและเงินกันสำรองที่ผู้สู่อันเป็นการกำกับดูแลธนาคารพาณิชย์ และเป็นการจัดการความเสี่ยงในการเกิดหนี้เสียทางอ้อม ดังต่อไปนี้

(1) การดำรงเงินกองทุน (Capital Requirements)

การดำรงเงินกองทุนขั้นต่ำของธนาคารพาณิชย์เป็นมาตรการหนึ่งที่หน่วยงานที่กำกับดูแลใช้ในการบริหารจัดการความเสี่ยงของธนาคาร เพื่อรักษาเสถียรภาพของธนาคารไม่ให้ดำเนินกิจการที่มีความเสี่ยงมากจนเกินไป ดังที่ได้กล่าวไปในตอนต้นแล้วว่า ธนาคารเป็นองค์กรธุรกิจหนึ่งที่ตั้งขึ้นเพื่อแสวงหากำไร แต่เนื่องจากในการประกอบธุรกิจของธนาคารมีผลกระทบต่อประชาชน และเศรษฐกิจของประเทศในวงกว้าง จึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์กำกับดูแลเงินกองทุนของธนาคาร เพื่อเป็นหลักประกันว่าในการประกอบธุรกิจของธนาคารนั้น มีเงินเพียงพอที่จะรองรับความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจ และค่าใช้จ่ายในกรณีที่จะเลิกกิจการ ทั้งนี้ การดำรงเงินกองทุนจะคำนวณจากระดับความเสี่ยงของธุรกรรมของธนาคาร หากธุรกรรมมีความเสี่ยงสูง ธนาคารจำเป็นต้องดำรงเงินกองทุนที่มีสัดส่วนสูงขึ้นไปตามอัตราที่สูงขึ้น ในขณะที่หากมีความเสี่ยงต่ำก็จะดำรงเงินกองทุนที่ต่ำลงมาตามลำดับ¹⁵

โดยที่มาตรา 29¹⁶ กำหนดให้ธนาคารต้องกันเงินทุนสำรองตามที่ ธปท. กำหนด และ ธปท. ได้ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์การกำกับดูแลเงินกองทุนสำหรับธนาคารพาณิชย์¹⁷ ทั้งนี้ กฎเกณฑ์การดำรงเงินกองทุนที่ ธปท. กำหนดเป็นการปรับใช้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ Basel III : A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems อันเป็นหลักเกณฑ์สากลในการกำกับดูแลธนาคารที่กำหนดขึ้นโดยคณะกรรมการด้านการกำกับดูแลสถาบันการเงินภาคการธนาคาร (The Basel Committee on Banking Supervision (BCBS))

¹⁵ การประกอบธุรกิจของธนาคารมีความเสี่ยง เช่น ในการให้กู้ยืมเงินของธนาคาร ย่อมมีความเสี่ยงด้านเครดิตที่จะไม่ได้รับชำระหนี้คืน (credit risk) และธุรกรรมที่มีความเสี่ยงสูงย่อมมีโอกาสที่จะได้รับผลตอบแทนที่สูงตามไปด้วย ธนาคารในฐานะที่เป็นองค์กรมุ่งหวังผลตอบแทนจำนวนสูง เพื่อทำกำไรจึงอาจวางแผนธุรกิจทำธุรกรรมที่มีความเสี่ยงสูงมากจนอาจทำให้ธนาคารขาดสภาพคล่องได้ อันจะเกิดผลกระทบต่อประชาชนผู้ฝากเงินและระบบเศรษฐกิจ จึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์กำกับดูแล (Prudential regulations) การวางแผนธุรกิจของธนาคารและการบริหารจัดการความเสี่ยงของธนาคาร ให้ธนาคารแข็งแกร่งและมีเสถียรภาพ

¹⁶ มาตรา 29 สถาบันการเงินต้องดำรงเงินกองทุนตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศ กำหนดให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจประกาศกำหนดประเภทและชนิดของเงินกองทุน รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการคำนวณเงินกองทุนของสถาบันการเงิน

¹⁷ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 12/2555 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเงินกองทุนสำหรับธนาคารพาณิชย์.

ซึ่ง Basel III มีมาตรการให้ความสำคัญกับความเสถียรเชิงระบบที่ธนาคารพาณิชย์อาจได้รับผลกระทบจากธนาคารที่นัยสำคัญสูง และให้ความสำคัญกับความเชื่อมโยงของระบบสถาบันการเงินกับเศรษฐกิจมหภาค¹⁸

หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเงินกองทุนดังกล่าว ได้กำหนดหลักการสำคัญของการกำกับดูแลเงินกองทุนของธนาคารพาณิชย์ไว้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่สำคัญตามแนวทาง Basel II ประกอบด้วย 3 Pillars ได้แก่

Pillar 1 การดำรงเงินกองทุนขั้นต่ำและเงินกองทุนส่วนเพิ่ม (Minimum capital requirement and capital buffer)

Pillar 2 การกำกับดูแลโดยทางการ (Supervisory review process)

Pillar 3 การใช้กลไกตลาดในการกำกับดูแล (Market discipline)

โดยที่ ธปท. ได้กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงเงินกองทุน ส่วนเพิ่ม 2 ประเภทนอกเหนือจากการดำรงเงินกองทุนขั้นต่ำ ได้แก่

การดำรงเงินกองทุนส่วนเพิ่มเพื่อรองรับผลขาดทุนในภาวะวิกฤต (Conservation buffer) เพื่อให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงเงินกองทุนเพิ่มเติมในช่วงภาวะเศรษฐกิจปกติ เพื่อให้วันนำไปใช้ในภาวะที่ธนาคารพาณิชย์ประสบผลขาดทุนหรืออยู่ในช่วงภาวะวิกฤต อีกทั้งช่วยลดโอกาสที่ระดับอัตราส่วนเงินกองทุนจะต่ำกว่าเกณฑ์ขั้นต่ำตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดด้วย และ

การดำรงเงินกองทุน ส่วนเพิ่มเพื่อรองรับความเสี่ยงเชิงระบบที่อาจเกิดขึ้นในช่วงเศรษฐกิจซาลง (Countercyclical buffer) เพื่อให้ธนาคารพาณิชย์ ดำรงเงินกองทุนในลักษณะที่สอดคล้องกับความเสี่ยงที่จะก่อตัวเป็นความเสียหายกับระบบโดยรวม (System-wide risk) เช่น ในยามที่เศรษฐกิจมีอัตราการเติบโตสูงเกินไปในระบับร้อนแรง (Excessive credit growth) เพื่อป้องกันความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นกับธนาคารพาณิชย์จากเหตุดังกล่าว

หากพิจารณาในเชิงการกำกับดูแลความมั่นคงของสถาบันการเงินแบบจุลภาคหรือแบบสถาบันการเงินแต่ละแห่ง (micro-prudential perspective) การกำหนดเงินกองทุนขั้นต่ำนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประกันว่าธนาคารแต่ละแห่งมีเงินกองทุนสำรองสำหรับสินทรัพย์ที่มีความเสี่ยง¹⁹ เช่น หนี้ให้กู้ยืมที่มีแนวโน้มว่าจะสูญ ในขณะที่หากพิจารณาในเชิงการกำกับดูแลแบบมหภาคหรือเชิงระบบแล้ว หน่วยงานที่กำกับดูแลจะเน้นการให้ความสำคัญกับการเพิ่มความปลอดภัยและความเข้มแข็งของระบบการเงิน²⁰ อย่างไรก็ตาม แม้ว่านักวิชาการจะปฏิเสธว่า หลักเกณฑ์เรื่องการดำรงเงินกองทุนสำรองจะสามารถลดความเสี่ยงจากการประกอบธุรกิจของธนาคารได้²¹ แต่นักวิชาการทางเศรษฐศาสตร์หลายท่านได้โต้แย้งว่า การควบคุมการเคลื่อนย้ายของทุนเป็นมาตรการหนึ่ง

¹⁸ เหตุผลสำคัญที่ทำให้มีการปรับปรุงหลักเกณฑ์การกำกับดูแลเงินกองทุนสำหรับธนาคารพาณิชย์ จากเดิมที่ใช้หลักเกณฑ์ตาม Basel II มาเป็น Basel III เนื่องจากวิกฤตการเงินของโลกในช่วงปี 2551 ซึ่งหลักการใหม่ตาม Basel III มีการแก้ไขหลักเกณฑ์การดำรงเงินกองทุนให้ทันต่อสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนไป สาเหตุหลักของการเกิดวิกฤตการเงินดังกล่าว เชื่อว่าเกิดจากการขาดหลักเกณฑ์ที่ดูแลการเงินทั้งระบบ และไม่ให้ความสำคัญกับระบบเศรษฐกิจแบบมหภาค กล่าวคือให้ความสำคัญกับเศรษฐกิจแบบจุลภาคมากเกินไปจนเกิดช่องว่างทำให้เกิดวิกฤตการเงินไปทั่วโลก

¹⁹ Hal Scott and Anna Gelper, *International Finance: Law and Regulation* (3rd edn, Sweet & Maxwell 2012)

²⁰ Larisa Dragomir, *European Prudential Banking Regulation and Supervision: The Legal Dimension* (Routledge 2010) 126-127; Mads Andenas and Iris Chiu, *The Foundations and Future of Financial Regulation* (Routledge 2014) and Kern Alexander, 'The Role of Capital in Supporting Bank Stability' in Niamh Moloney, Eilis Ferran and Jennifer Payn (eds), *Oxford Handbook of Financial Regulation* (OUP 2015) 342-347.

²¹ Ed Scott, *Capital Adequacy Beyond Basel* (OUP 2005) ; Barth Caprio and Levine, *Rethinking Banking Regulation* (CUP 2006)

ที่จะสามารถจัดการวิกฤตการเงินได้ (Edwards 1999)²² และเงินกองทุนจะสามารถลดความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อจำเป็นต้องเพิ่มเงินสดในสภาวะการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ โดยกองทุนจะช่วยให้ธนาคารมีสภาพคล่องทางการเงินที่เพิ่มมากขึ้น (Davies 2015)²³

การกำกับดูแลเงินกองทุนตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2550 ใช้ระบบผสมทั้ง Risk-based approach และ Principles-based approach ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1993 สปท. นำหลักการและวิธีการคำนวณความเสี่ยงมาจากหลักสากลของธนาคารเพื่อการชำระหนี้ระหว่างประเทศ International Settlements (BIS) guidelines²⁴

คำถามในที่นี้ คือ หลักการดำรงเงินกองทุนที่ประเทศไทยดำเนินการตามหลักการและการคำนวณความเสี่ยงนั้นจะสามารถจัดการกับหนี้ด้อยคุณภาพของธนาคารในประเทศไทยได้หรือไม่ โดยเฉพาะในกรณีที่เศรษฐกิจอยู่ในภาวะวิกฤต

ผู้เขียนเห็นว่า แม้จะมีการปรับปรุงหลักเกณฑ์การกันเงินสำรองตาม Basel III ดังกล่าว ก็เป็นเพียงมาตรการในการอุดช่องโหว่ที่เกิดขึ้นจากการปรับใช้ตาม Basel II แต่หลักเกณฑ์การกันเงินสำรองเพิ่มเพื่อรองรับผลขาดทุนในภาวะวิกฤตและเพื่อรองรับความเสี่ยงเชิงระบบที่อาจเกิดขึ้นในช่วงเศรษฐกิจขาลงดังกล่าวยังไม่สามารถวางใจเพื่อใช้เป็นมาตรการป้องกันการเกิดวิกฤตทางการเงินได้ เพราะแม้จะมีการดำรงเงินกองทุนเพิ่มรองรับผลขาดทุนในช่วงเกิดภาวะวิกฤต ก็ยังมีช่องว่างในการตีความว่า พฤติการณ์ หรือกรณีใดบ้างที่ถือเป็นภาวะวิกฤตหรือเศรษฐกิจขาลง อันเป็นอุปสรรคในการปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว

นอกจากนี้ มีการกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างเงินกองทุนและหลักประกันกล่าวคือ เมื่อ Basel Convention กำหนดให้ธนาคารจะต้องถือเงินกองทุนตามสัดส่วนความเสี่ยงของหนี้ (Risk Weight) ดังนั้น หากธนาคารมีหนี้ที่มีความเสี่ยงสูง ธนาคารจะต้องกันเงินกองทุนไว้ในสัดส่วนที่กำหนดตามมาตรฐานระหว่างประเทศ ซึ่งอาจส่งผลเสียกับธนาคารขนาดเล็ก เนื่องจากกฎดังกล่าวได้ถูกออกแบบมาโดยคณะกรรมการ G20 มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อป้องกันธนาคารขนาดใหญ่ขาดเสถียรภาพจากการลงทุนและการปล่อยกู้ แต่ในทางปฏิบัติหลักการดังกล่าวจะต้องถูกนำมาใช้กับประเทศกำลังพัฒนาและธนาคารขนาดเล็กและขนาดย่อม ซึ่งส่งผลกระทบต่อการแข่งขันและการไม่เท่าเทียมกัน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากสามารถขับเคลื่อนการบังคับใช้กฎหมายการบังคับหลักประกันที่วางไว้กับธนาคารได้ และนำมูลค่าหลักประกันมาหักลดจำนวนเงินกองทุนที่ธนาคารจะต้องกันไว้ ก็จะสามารถเพิ่มขีดความสามารถของธนาคารและลดจำนวนหนี้เสียได้ไปในคราวเดียวกัน

(2) การกันเงินสำรองหนี้สงสัยจะสูญ

การจัดชั้นสินทรัพย์และการกันเงินสำรองเป็นมาตรการหนึ่งในการลดความเสี่ยงด้านเครดิตของธนาคาร วัตถุประสงค์สำคัญของกฎเกณฑ์ในการกันเงินกันสำรองหนี้สูญ คือ สถาบันทางการเงินมีเงินสำรองสำหรับสินทรัพย์ที่ด้อยค่าโดยเฉพาะสำหรับหนี้เงินให้กู้ยืม ซึ่งเป็นสินทรัพย์สำคัญของสถาบันการเงิน

²² Sebastian Edwards, 'How Effective are Capital Controls?' (1999) 13 The Journal of Economic Perspectives 65, 65-84.

²³ Paul Davies, The Fall and Rise of Debt: Bank Capital Regulation after the Crisis (May 6, 2015). Oxford Legal Studies Research Paper No. 53/2015 < <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2670052> > accessed 6 November 2018

²⁴ Jonathan Leightner and Knox Lovell, 'The Impact of Financial Liberalization on the Performance of Thai Banks' (1998) 50 Journal of Economics and Business 115, 118.

มาตรา 60²⁵ แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2550 บัญญัติเรื่องการจัดชั้นสินทรัพย์และการกันเงินสำรองไว้ โดยกำหนดหน้าที่ของสถาบันการเงินในการจัดชั้นสินทรัพย์และภาระผูกพันที่เสียหายหรืออาจเสียหาย และมีหน้าที่ให้เงินสำรองไว้สำหรับสินทรัพย์ที่ด้อยคุณภาพ

หลักการจัดชั้นสินทรัพย์และการกันเงินสำรองวางหลักเกณฑ์ที่จะให้สถาบันการเงินดำรงเงินกันสำรองไว้เพียงพอสำหรับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตที่อาจเกิดขึ้นกับสินทรัพย์ของสถาบันการเงิน เนื่องจากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากหนี้เสียมีผลกระทบต่อความสามารถของธนาคารในการสร้างกำไรและดำรงเงินกองทุน ดังนั้น จึงมีความสำคัญที่ธนาคารควรที่จะให้ความสำคัญในการรับทราบถึงจำนวนหนี้เสียและวิธีการบริหารจัดการกับหนี้เสีย ดังที่ได้กล่าวไปแล้วถึงความสำคัญของการลำดับจัดชั้นสินทรัพย์ที่มีต่อการบังคับใช้มาตรการจัดการหนี้เสีย หลักเกณฑ์ในการจัดลำดับสินทรัพย์จะทำให้ธนาคารทราบถึงหนี้สินที่แท้จริงและสถานะความเข้มแข็งของธนาคาร

4. บทวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายในการบริหารจัดการหนี้เสียของธนาคารพาณิชย์ภายใต้กรอบทฤษฎี Legal Functionalism

เนื่องจากบทความนี้ผู้เขียนได้ปรับใช้ทฤษฎี Legal Functionalism ในการพิจารณาหน้าที่ของโครงสร้างกฎหมายและความมีประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาหนี้เสียของธนาคารพาณิชย์ ดังนั้น ก่อนที่จะวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินฯ ในช่วงต้นของส่วนนี้จะขออธิบายทฤษฎีดังกล่าวเพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจระเบียบวิธีวิจัยที่ใช้ในบทความนี้

ทฤษฎี Functionalism เข้าใจกฎหมายในเหตุผลเชิงอรรถวิทยาว่า เป็นสิ่งที่ทำขึ้นเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์²⁶ คำถามที่จะต้องนำมาพิจารณาในที่นี้ คือ วัตถุประสงค์ในการบัญญัติกฎหมายคืออะไร และใครเป็นผู้กำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายเหล่านั้น โดยนักทฤษฎี Functionalism เชื่อว่า หน้าที่ของกฎหมายนั้นเป็นไปเพื่ออภัยกับดูแลสังคมให้สามารถดำเนินต่อไปได้²⁷ ในที่นี้จะใช้คำว่า ความต่อเนื่อง หรือการผลิตซ้ำ (reproduction) โดย Luhmann²⁸ ได้พัฒนาทฤษฎี functionalism นี้ เห็นว่า การดำเนินต่อไปได้ของสังคม เช่นเดียวกับการทำงานของระบบเซลล์ในร่างกาย ในทางชีววิทยา จะต้องพิจารณาจากทั้งระบบมากกว่าที่จะพิจารณาในแต่ละหน่วยของสังคม ในบทความนี้จะรับหลักการนี้มาปรับใช้ในการวิเคราะห์ผลกระทบกฎหมายการเงินการธนาคารต่อระบบการเงิน โดยจะพิจารณาผลกระทบจากการปรับใช้มาตรการกฎหมายกับระบบการเงินด้วยแทนที่จะพิจารณาผลของการแก้ไขหลักเกณฑ์เงินกองทุนและเงินสำรองของธนาคารที่มีต่อธนาคารนั้นเท่านั้น

²⁵ มาตรา 60 ให้สถาบันการเงินจัดชั้นสินทรัพย์และภาระผูกพันที่เสียหายหรืออาจเสียหายและให้ตัดออกจากบัญชีหรือกันเงินสำรองไว้สำหรับสินทรัพย์และภาระผูกพันดังกล่าวตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

ในกรณีที่ปรากฏว่า เมื่อนำสินทรัพย์จัดชั้นหรือภาระผูกพันในส่วนที่ยังมิได้ตัดออกจากบัญชีหรือกันเงินสำรองไว้มาหักออกจากเงินกองทุนแล้ว เงินกองทุนมีจำนวนต่ำกว่าที่ต้องดำรงไว้ตามมาตรา 30 ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจกำหนดมาตรการที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สถาบันการเงินนั้นปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่ง

²⁶ Leon Duguit, 'The Law and the State' (1917) 31 Harvard LR 24; Ralf Michaels, 'The Functional Method of Comparative Law' in Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (eds), *Oxford Handbook of Comparative Law* (OUP 2007) 339, 343.

²⁷ Law and the Welfare State: Formalism, 'Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law' (2008) 56 American Journal of Comparative Law 769-805.

²⁸ Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 1* (Westdeutscher Verlag GmbH 1970) 114.

ในบทความนี้ผู้เขียนปรับใช้กรอบแนวคิดและแนวทางการปรับใช้ทฤษฎีของ Steven Schwarz²⁹ ในการวิเคราะห์ประสิทธิภาพของมาตรการทางกฎหมาย Steven เริ่มต้นด้วยการพิจารณาหน้าที่ของระบบการเงินและหน้าที่ของกฎหมาย โดยได้กล่าวว่หน้าที่สำคัญของระบบการเงิน คือ หน้าที่ในทางเศรษฐศาสตร์ (Economic functions) ในการจัดสรรแบ่งและหาเงินทุน (capital) และหน้าที่ของกฎหมายการเงินการธนาคาร เป็นการทำให้ระบบการเงินการธนาคารดำเนินต่อไปได้ โดยการแก้ไขข้อบกพร่องที่อาจเกิดขึ้นจากระบบการธนาคาร และที่สำคัญจะต้องทำหน้าที่ลดความเสี่ยง (risk) ที่อาจเกิดขึ้นในระบบการเงิน ในการให้กฎหมายทำหน้าที่ต่อไปได้จำเป็นต้องมีโครงสร้างกฎหมายที่ดี โดยเค้าได้นำเสนอข้อบกพร่องของกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยแบ่งตามช่วงเวลา กล่าวคือ

1. ข้อบกพร่องที่ร่างกฎหมายเพื่อตอบสนองจุดบกพร่องที่เกิดขึ้นในอดีต เป็นการออกกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นแล้ว เช่น Global Financial Crisis ที่เกิดขึ้นช่วงวิกฤตแฮมเบอร์เกอร์ได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นหลายฉบับ แต่กฎหมายเหล่านั้นก็จะมีมาตรการทางกฎหมายที่แก้ไขปัญหบางอย่างที่เกิดขึ้น อันเป็นการผูกกฎหมายไว้กับปัญหาในอดีต แต่เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของระบบการเงินการธนาคาร จะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงอันเป็นพลวัตรที่ไม่หยุดนิ่งตลอดเวลา ทั้งรูปแบบทางธุรกรรม วิธีการค้าขาย และลักษณะของสินค้า รวมไปถึงการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนหรือผู้บริหารเพื่อหากำไรจากช่องว่างทางกฎหมาย

2. ข้อบกพร่องที่เกิดจากการร่างกฎหมายตามโครงสร้างองค์กรในปัจจุบัน (Financial architecture) อันเป็นสิ่งที่ดีต่อการกำกับดูแล อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวจะมีความล้าสมัยและไม่ทันต่อเหตุการณ์ปัจจุบันได้ หากขาดการตรวจสอบและพัฒนากฎหมายให้ทันสมัยอย่างต่อเนื่อง เนื่องจากการลักษณะของระบบการเงินการธนาคารมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา

ดังนั้น Steven จึงเสนอให้มีการตรวจสอบกฎหมายและแก้ไขกฎหมายให้ตอบสนองความต้องการและความจำเป็นอยู่เสมอ เนื่องจากจะสามารถทำให้กฎหมายสามารถบรรลุเป้าหมายในการทำให้ระบบการเงินการธนาคารสามารถดำเนินต่อไปได้อย่างไม่ติดขัด ผู้เขียนเห็นว่า ข้อเสนอแนะนี้เป็นประโยชน์ต่อการร่างกฎหมาย จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยได้กำหนดให้ในส่วนของกำกับการกำกับดูแลเงินทุนและเงินสำรองของธนาคารเป็นไปตามที่กฎหมายลูกบทกำหนด เมื่อพิจารณาตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งมีข้อดี คือ ง่ายต่อการแก้ไข และใช้เวลาน้อยลงในการแก้ไขหลักเกณฑ์ อีกทั้ง การกำหนดให้หน่วยงานกำกับดูแลซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบสถาบันการเงินทำหน้าที่นั้นเหมาะสมแล้ว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า หลักการนี้สามารถนำไปปรับใช้กับการกำหนดเงินสำรองเพื่อหนี้สูญได้โดยตรง เพื่อลดความร้อนแรงทางเศรษฐกิจ หากกำหนดให้ธนาคารสามารถกันเงินสำรองในจำนวนที่สูงขึ้น ก็จะสามารถกำกับดูแลธนาคารให้พิจารณาการปล่อยกู้ได้อย่างเหมาะสมมากยิ่งขึ้น ในขณะที่หากเศรษฐกิจเริ่มหดตัว เช่น ในขณะที่มีโรคระบาดหรือมีอัตราการว่างงานที่ต่ำ หากกำหนดให้ธนาคารสามารถกันเงินสำรองในจำนวนที่ต่ำลง เพื่อช่วยให้ธนาคารสามารถมีความสามารถในการทำกำไรและรักษาเสถียรภาพได้ดียิ่งขึ้น ทั้งนี้ อุปสรรคอย่างหนึ่งที่อาจเกิดขึ้น คือ การที่ประเทศไทยดำเนินการตามมาตรฐานระหว่างประเทศทางบัญชีที่ใช้ forward-looking model จึงอาจเกิดความไม่ชัดเจนในการเปลี่ยนแปลงอัตราส่วนเงินสำรอง และการกำหนดเงื่อนไขของการที่เศรษฐกิจถดถอยเพื่อเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวด้วย

²⁹ Steven Schwarz, 'Regulating Financial Change: A Functional Approach' (2016) 206 Minnesota Law Review 1442

ในการวิเคราะห์ความมีประสิทธิภาพของกฎหมายนั้นในเบื้องต้น เมื่อพิจารณาหน้าที่หลักของระบบการเงิน การธนาคารนั้น จะเห็นได้ว่า ระบบการเงินควรมีหน้าที่ให้ธุรกิจสามารถเข้าหาเงินทุนได้ และจัดสรรการเข้าถึง เงินทุนเหล่านั้น เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศ เช่น ธนาคารมีหน้าที่ในการปล่อยสินเชื่อเพื่อให้ธุรกิจ เข้าถึงเงินทุนในการประกอบธุรกิจ และเมื่อพิจารณาหน้าที่ของกฎหมาย ในกรณีนี้ มาตราการทางกฎหมาย ในการบริหารจัดการหนี้เสีย คือ การดำรงเงินกองทุนและการกันเงินสำรองสำหรับหนี้สูญ ดังนั้นในการที่จะวิเคราะห์ ประสิทธิภาพของกฎหมายดังกล่าวจึงจำเป็นต้องพิจารณาหน้าที่ของกฎหมาย จากการตรวจสอบกฎหมาย ลูกบทที่ออกตามพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงินฯ ตามคำสั่งธนาคารแห่งประเทศไทยแล้ว พบว่ากฎหมาย ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์สำคัญ ดังต่อไปนี้

3. เพื่อให้ธนาคารพาณิชย์มีกองทุนที่มีคุณภาพในระดับสูง เพื่อสร้างความแข็งแกร่งให้กับธนาคารพาณิชย์ และเพื่อให้ระบบการเงินมีเสถียรภาพ³⁰

4. เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้ระบบสถาบันการเงินไทยมีภูมิคุ้มกันต่อวิกฤตการณ์ที่อาจเกิดขึ้น ในอนาคต และช่วยให้ธนาคารพาณิชย์เป็นที่ยอมรับในเวทีสากล โดยได้นำหลักเกณฑ์ที่เข้มข้นขึ้นตามแนวทาง Basel III มาใช้ในประเทศไทย³¹

5. เพื่อให้มาตรฐานการรายงานทางการเงินของไทย มีความสอดคล้องกับมาตรฐานการรายงานทางการเงิน ระหว่างประเทศ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อวิธีการจัดชั้น การกันเงินสำรอง และการตัดสินใจออกจากบัญชี ของสถาบันการเงิน³²

จากวัตถุประสงค์ดังกล่าว เห็นได้ว่า เครื่องมือทางกฎหมายดังกล่าว ในการกำหนดเงินกองทุนขั้นต่ำ และการกันเงินสำรองสำหรับหนี้สูญนั้น มุ่งที่จะเสริมสร้างความแข็งแกร่งให้กับสถาบันการเงิน โดยให้มีเงินกองทุน และเงินสำรองเพื่อรองรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการผิดนัดชำระหนี้ และความร้อนแรงทางเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการและหลักการในการออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นว่า รูปแบบการคำนวณ เงินกองทุนและเงินสำรองหนี้สูญนั้น ประเทศไทยได้ดำเนินการให้เป็นไปตามที่องค์กรระหว่างประเทศกำหนด กล่าวคือ Basel Convention และ IFRS 9³³ โดยในส่วนของเงินสำรองหนี้สูญ ได้มีการออกมาตรฐานการ รายงานทางการเงิน ฉบับที่ 9 เรื่อง เครื่องมือทางการเงิน (IFRS 9) เพื่อปรับใช้หลักเกณฑ์ทางบัญชีใหม่ด้วย

สืบเนื่องจากการออกกฎเกณฑ์ดังกล่าว ทำให้ธนาคารพาณิชย์ต้องกันเงินกองทุนเพิ่มมากขึ้น และมีวิธีการ คำนวณเงินกองทุนแบบใหม่เพื่อให้มีเงินกองทุนที่มีประสิทธิภาพในการรองรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น ในอนาคตและในส่วนเงินสำรองนั้น ด้วยวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการกันเงินสำรองเพียงพอและรองรับความเสี่ยง ที่อาจเกิดขึ้นจากการด้อยค่าของสินทรัพย์ที่ถือครองอยู่ตามแนวทาง forward-looking information นั้น ได้มีการออกกฎในการกำหนดสินทรัพย์ด้อยค่าตามระบบการกำหนดคุณภาพสินทรัพย์ของธนาคารแบบใหม่ และมีการกำหนดนิยามคำว่า “หนี้เสีย” ขึ้นใหม่ โดยที่ IFRS 9 กำหนดให้แบ่งลูกหนี้เป็นสามประเภท ได้แก่

- 1) ลูกหนี้ปกติ (Performing)
- 2) ลูกหนี้ที่มีความเสี่ยงด้านเครดิตเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ (Under Performing) และ
- 3) ลูกหนี้ที่มีความเสี่ยงด้านเครดิตเพิ่มขึ้นสูงมาก (Non-Performing)

³⁰ ประกาศ ธพท. ที่ สนส. 12/2555 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเงินกองทุนสำหรับธนาคารพาณิชย์

³¹ ประกาศ ธพท. ที่ สนส. 12/2555 เรื่อง หลักเกณฑ์การกำกับดูแลเงินกองทุนสำหรับธนาคารพาณิชย์

³² ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 23/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดชั้นและการกันเงินสำรองของสถาบันการเงิน

³³ International Accounting Standards Board (IASB) ได้ออกมาตรฐานการรายงานทางการเงินฉบับใหม่ 9 เพื่อใช้แทน IAS 39 เรียกว่า IFRS 9 เนื่องจากวิกฤตการณ์การเงินโลกปี 2551 โดยได้ปรับปรุงหลักการและวิธีการทางบัญชีสำหรับเครื่องมือ ทางการเงิน ให้มีการบริหารความเสี่ยงของกิจการและมีความโปร่งใสมากยิ่งขึ้น

ประเด็นที่น่าสนใจ คือ การกำหนดไว้ว่าหากกรณีที่มีความเสี่ยงเพิ่มขึ้นและเข้าหลักเกณฑ์หนี้เสีย ธนาคารจะต้องกันเงินสำรองหนี้เมื่อจะสูญตลอดอายุของสัญญา หรือ Lifetime Expected Credit Loss (ECL) เมื่อทำการตรวจสอบพบว่า การปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าว พบว่า การดำรงเงินกองทุนและเงินสำรองตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดตามมาตรฐานระหว่างประเทศนั้น เมื่อส่งผลให้ธนาคารต้องกันเงินเพิ่มขึ้นตามหลักกฎหมายดังกล่าว แม้จะทำให้ลดความเสี่ยงในการผิดนัดชำระหนี้ของผู้กู้ลดลง แต่ส่งผลกระทบต่อให้ธนาคารปล่อยกู้้น้อยลง และในที่สุดส่งผลให้ธนาคารมีกำไรน้อยลงด้วย³⁴ เห็นได้ว่า เมื่อเงินทุนในระบบเศรษฐกิจลดลงอันเป็นผลมาจากการออกกฎหมายว่าด้วยเงินกองทุนและเงินสำรองดังกล่าว ทำให้หน้าที่ของระบบการเงินการธนาคารหยุดชะงัก หรือมีประสิทธิภาพลดลง และย่อมส่งผลถึงเสถียรภาพของระบบการเงิน เนื่องจากหากธนาคารมีกำไรน้อยลง ย่อมส่งผลถึงความมั่นคงของธนาคาร ดังนั้น แม้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวจะเป็นเครื่องมือที่สามารถลดความเสี่ยงของธนาคาร แต่เมื่อพิจารณาหน้าที่ของระบบการเงินการธนาคาร และองค์กรทั้งหมดในระบบการเงินนั้น จะเห็นได้ว่า เครื่องมือดังกล่าวอาจส่งผลกระทบการขยายปัญหาทางการเงินที่อาจเกิดขึ้นหรือที่มีอยู่แล้วได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า อาจจะต้องมีการพิจารณาหน้าที่ของระบบการเงินการธนาคารประกอบควบคู่กันไปด้วย เพราะแม้เครื่องมือจะเป็นมาตรการที่ดี แต่การปรับใช้อาจส่งผลกระทบต่อทางอ้อมที่ไม่ได้ตั้งใจได้ (unintended consequences)

เพื่อที่จะแก้ปัญหาหนี้เสียในองค์กรรวมทั้งกระบวนการ ตั้งแต่การบริหารจัดการความเสี่ยงของธนาคาร การให้สินเชื่อของธนาคาร การผ่อนชำระหนี้ การผิดนัดชำระหนี้ การฟ้องร้องคดี การดำเนินคดีในศาล และการบังคับคดี ผู้เขียนขอเสนอให้มีการนำหลักประกันและการบังคับคดีมาบังคับใช้ เพื่อแก้ไขปัญหาหนี้เสียของธนาคารพาณิชย์ โดยอาจมีการพัฒนากฎหมายดังกล่าว เพื่อให้สามารถมีหลักประกันที่หลากหลายมากขึ้น และมีการบังคับคดีที่รวดเร็วขึ้น

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าปัญหาการจัดการหนี้เสียของธนาคารจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลเสถียรภาพและความเสี่ยงของธนาคาร แต่หากมีมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ป้องกันและจัดการจำนวนหนี้เสียที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วได้นอกจากการจัดตั้งบริษัทบริหารสินทรัพย์ขึ้นเพื่อรับซื้อหนี้ด้วยคุณภาพอันเป็นการขายหนี้เสียทิ้งแล้ว ประเทศไทยก็จะได้รับประโยชน์ในการมีเครื่องมือทางกฎหมายที่สามารถจัดการหนี้เสียได้อย่างยั่งยืน อันจะก่อให้เกิดผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศในระยะยาวได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า โครงสร้างทางกฎหมายที่เป็นระบบสามารถป้องกันวิกฤตทางการเงินที่เกิดจากการที่ธนาคารล้มละลายหรือปิดกิจการลง อันมีผลทำให้ผู้ฝากเงินหรือประชาชนกลายเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงในเงินฝากนั้น ซึ่งสาเหตุของวิกฤตการเงินมาจากกรณีที่ธนาคารมีหนี้เสียจำนวนมากจนไม่สามารถจัดการได้ ดังนั้น รัฐบาลมีความจำเป็นในการกำกับดูแลธนาคารอย่างใกล้ชิดและแก้ไขให้มีกฎหมายในการแก้ปัญหาหนี้เสียเป็นการเฉพาะ

อย่างไรก็ดี การนำแบบของมาตรฐานระหว่างประเทศมาปรับใช้อาจไม่เหมาะสมกับโครงสร้างทางการเงินของประเทศไทย และสามารถนำไปสู่ผลกระทบอื่นอันมีผลเสียต่อระบบการเงินได้ ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายทางการเงินการธนาคารจะต้องมีความเหมาะสมกับองค์กรทางการเงินต่าง ๆ ด้วย หากมีการนำหลักเกณฑ์จากต่างประเทศมาใช้บังคับอาจต้องมีการปรับหลักเกณฑ์ดังกล่าวให้เหมาะสมกับประเทศไทยด้วย และจะต้องพิจารณาผลกระทบจากการบังคับใช้มาตรการเหล่านั้นอีกด้วย

³⁴ ข่าวสำนักไทยพับลิกา 'สปท. ชี้เอ็นพีแอลทรงตัว สินเชื่อพลิกเติบโตสอดคล้องจีดีพี แต่กำไรลด' (ไทยพับลิกา 15 พฤษภาคม 2018) <<https://thaipublica.org/2018/05/bot-14-5-2561/>> สืบค้นวันที่ 10 มกราคม 2563

จะเห็นได้ว่า ประเทศไทยได้มีโครงสร้างทางกฎหมายหรือนโยบายที่ชัดเจนในการบริหารจัดการหนี้เสียของธนาคาร ซึ่งถือว่าเป็นช่องโหว่ทางกฎหมายในกรณีที่เกิดหนี้ด้วยคุณภาพขึ้น ในขณะที่ให้ความสำคัญกับนโยบายในการจัดการหนี้เสียที่จะต้องทำอย่างเป็นระบบ โดยจะเริ่มตั้งแต่ต้นนโยบายการปล่อยสินเชื่อของธนาคาร การติดตามหนี้สิน การกำหนดนิยามคำว่า หนี้เสีย การบังคับค่าพิพาท และการบังคับหลักประกัน ประกอบกับกระบวนการล้มละลายของธนาคารก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับกรณีบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลล้มละลาย ในขณะที่บางประเทศมีกระบวนการล้มละลายของธนาคารแยกออกมาต่างหาก Bank Resolution³⁵ อันสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญของระบบการธนาคารที่มีต่อการเติบโตทางเศรษฐกิจ ในกรณีนี้เห็นว่า หากมีการพัฒนาปรับปรุง (1) กฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการบังคับคดีโดยเฉพาะ กรณีที่ธนาคารมีหนี้เสียให้สามารถบังคับคดีได้ในเวลาอันรวดเร็ว (2) กฎหมายหลักประกัน ให้สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากหลักประกันได้เป็นการพิเศษ และ (3) กฎเกณฑ์ทางการเงินเกี่ยวกับหนี้สงสัยจะสูญให้สามารถปรับลดและเพิ่มอัตราการตั้งเงินสำรองหนี้สงสัยจะสูญตามสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจและสถานะทางการเงินของธนาคารได้ เพื่อให้ธนาคารสามารถมีเงินทุนเพียงพอที่จะประกอบกิจการในช่วงเศรษฐกิจขาลง จะสามารถทำให้ลดจำนวนหนี้เสียในธนาคารได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าจำเป็นต้องมีโครงสร้างกฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อจัดการหนี้เสียที่เกิดขึ้นในธนาคาร นอกเหนือไปจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ปัจจุบัน โดยจะขอเสนอแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายบังคับคดีกฎหมายว่าด้วยหลักประกัน และกฎเกณฑ์ทางการเงินในการกันสำรองหนี้สงสัยจะสูญ เพื่อนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการลดจำนวนหนี้เสียของธนาคาร

³⁵ เช่น ประเทศอังกฤษ มีบทบัญญัติเฉพาะกรณีธนาคารล้มละลาย โปรดดู John Raymond Labrosse, Rodrigo Olivares-Caminal and Dalvinder Singh, *Financial Crisis Management and Bank Resolution* (Routledge 2009)

ปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ
ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม
ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561*
Problems in Screening in the Environmental Impact Assessment Process
to Promotion and Conservation of National Environmental Quality Act
(No.2) BE 2561.

จริงจิ่ง นะแส**
Jingjung Nasae

วันที่รับบทความ 23 พฤษภาคม 2563; วันแก้ไขบทความ 22 สิงหาคม 2563; วันตอบรับบทความ 2 ตุลาคม 2563

บทคัดย่อ

งานศึกษาชิ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงแนวคิด หลักการสำคัญ และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นกรองโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม รวมทั้ง ศึกษาปัญหาและแนวทางแก้ไขการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ที่ไม่ครอบคลุมถึงผลกระทบ มีลักษณะตายตัวไม่ยืดหยุ่น และไม่ทันต่อสถานการณ์วิธีการศึกษาเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยดำเนินการวิจัยศึกษาจากเอกสาร รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์ ค้นหาหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการกลั่นกรองโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสมกับประเทศไทย และผลการศึกษาพบว่า การกลั่นกรองโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยใช้วิธีการที่เหมาะสมไม่จำกัดเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อ กล่าวคืออาจใช้วิธีการพิจารณารายโครงการหรือการกำหนดหลักเกณฑ์ตามระดับความรุนแรงของผลกระทบที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจ โดยนำมาประกอบการพิจารณาหลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อ รวมทั้งการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการเสนอให้ทบทวนหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม จะสามารถป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุม รวมทั้งมีมาตรการรองรับเพื่อการแก้ไขปัญหาผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมให้อยู่ในระดับที่เหมาะสม อันเป็นเจตนารมณ์ประการสำคัญของกฎหมายส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ

คำสำคัญ: การกลั่นกรองโครงการ, ผลกระทบสิ่งแวดล้อม, การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

E-mail : jing.nasae@gmail.com

Abstract

The objective of this research was to investigate concepts, principles, and laws related to screening any project, undertaking, or operation in which an environmental impact assessment has to be reported. In addition, it was aimed to study problems and solutions to rule determination of uncovered fixed effects under any project, undertaking, or operation providing an environmental impact assessment report according to the Promotion and Conservation of National Environmental Quality Act (No. 2) BE 2 5 6 1 . This quality research was conducted by studying related documents and laws about environmental impact assessment in Thailand and other countries in order to analyze appropriate principles or guidelines for Thailand for screening any project, undertaking, and operation that is required to provide an environmental impact assessment report. The research results revealed that screening of any project, undertaking, and operation that is required to provide an environmental impact assessment report needs to be appropriate. Rule determination according to name lists should not only be defined. That is, consideration for each project, or rules determination for impacts at each severe level by authorized official might be needed. Determination according to name lists including people's participation in rule revision of any project, undertaking, or operation that is required to provide an environmental impact assessment report can be put together in order to be able to inclusively prevent impacts in any operation. Furthermore, a measurement of problem-solving on environmental impacts should be at an appropriate level, which is a main intention of Promotion and Conservation of National Environmental Quality Act.

Keywords: screening, environmental impact, environmental impact assessment process

1. บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในการมีส่วนร่วม กับรัฐและชุมชน ในการบำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและ ความหลากหลายทางชีวภาพ รวมทั้งในการคุ้มครองส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่อง ในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิต โดยการดำเนินโครงการ หรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่จะได้ศึกษา และประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชน ด้านสิ่งแวดล้อมและผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม ให้ความเห็นชอบก่อน มีการดำเนินการ และสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนดังกล่าวก็ได้รับการบัญญัติรับรองต่อเนื่องมา ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งได้บัญญัติเพิ่มสิทธิของบุคคลและชุมชนในการเข้าชื่อกันเพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานรัฐ ให้ดำเนินการใด อันจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนหรือชุมชน หรือลดเว้นการดำเนินการใดอันจะกระทบต่อความเป็นอยู่ อย่างสงบสุขของประชาชนหรือชุมชน โดยหน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาข้อเสนอแนะนั้นโดยให้ประชาชน ที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วย

สิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชนเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรข้างต้น ได้ถูกนำไปใช้อย่างเป็นรูปธรรม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ โดยมีการเปิดโอกาสให้ประชาชน ได้เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ก่อนการดำเนินโครงการใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิด ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือประชาชน ซึ่งไม่อาจปฏิเสธได้ว่าในยุคของการเร่งพัฒนาประเทศชาติ เพื่อให้ทัดเทียมกับนานาประเทศ ทั้งทางด้านเทคโนโลยี เศรษฐกิจ สังคม และความเป็นอยู่ของประชาชนนั้น การเกิดขึ้นของโครงการพัฒนาต่าง ๆ ย่อมส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และวิถีชีวิตของประชาชนไม่มากก็น้อย โดยเครื่องมือหนึ่งที่จะนำมาใช้เพื่อพิจารณาถึงความเหมาะสม ในการตัดสินใจดำเนินโครงการพัฒนาใดหรือไม่ นั่น คือการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีการบัญญัติไว้ ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 กระทั่งถึงฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2561 โดยพัฒนาการในการมีส่วนร่วมของประชาชนเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติ ดังกล่าว ก็ได้รับการพัฒนาในทางที่ดีขึ้นมาอย่างต่อเนื่อง

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ยังคงมีปัญหาในหลายประเด็น กล่าวคือ การมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการ กำหนดขอบเขตการศึกษา การกำหนดประเภทโครงการซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อมที่ไม่ครอบคลุม และขาดมาตรการในการติดตามผลการปฏิบัติตามรายงานการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อมที่มีประสิทธิภาพ เป็นต้น

งานศึกษาวิจัยชิ้นนี้ มุ่งศึกษาในประเด็นปัญหาของการกำหนดหลักเกณฑ์โครงการ กิจการ หรือการดำเนินการซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมโดยใช้บัญชีรายชื่อ ตามพระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ประกอบประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและ สิ่งแวดล้อม โดยใช้เกณฑ์ของขนาดกำลังการผลิตและพื้นที่ เป็นข้อพิจารณาถ่วงดุลโครงการ ว่าโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการในลักษณะใด ที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เนื่องด้วยเห็นว่าประเด็นปัญหาสำคัญที่กระทบต่อสิทธิประชาชนโดยตรง กล่าวคือ

1) ประเด็นปัญหาในการถ่วงดุลโครงการโดยใช้หลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อเพียงวิธีเดียว ซึ่งเป็นบัญชีรายชื่อที่กำหนดประเภทโครงการ ขนาด และกำลังการผลิตที่ตายตัวและไม่ยืดหยุ่น ทำให้เกิดปัญหา

หลีกเลี่ยงการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ที่มาของข้อจำกัดในการกลั่นกรองโครงการ ซึ่งใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาตามบัญชีรายชื่อเพียงวิธีการเดียว นั้น เนื่องจากพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 มาตรา 48 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มีอำนาจประกาศกำหนดให้โครงการ หรือกิจการ หรือการดำเนินการใดของรัฐ หรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการเป็นโครงการ หรือกิจการ หรือการดำเนินการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม หรือที่อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ซึ่งผู้ดำเนินการหรือผู้ขออนุญาตต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยกฎหมายมิได้มีการเปิดช่องให้การกลั่นกรองโครงการสามารถกระทำได้โดยวิธีการอื่น ๆ นอกเหนือจากประเภทของโครงการตามที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติประกาศกำหนด ดังนั้น โครงการที่ไม่เข้าเงื่อนไขตามประกาศดังกล่าว แม้ว่าการดำเนินการโครงการอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญก็ไม่มีมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ที่จะสามารถกำหนดให้ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมได้

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีการยื่นขออนุญาตดำเนินโครงการ โดยมีกำลังผลิตหรือขนาดของโครงการต่ำกว่าหลักเกณฑ์เพียงเล็กน้อย หรือแยกการขออนุญาตออกเป็นหลายโครงการในพื้นที่บริเวณเดียวกัน และส่งผลกระทบต่อเกิดกับพื้นที่เป็นอย่างมาก ตัวอย่างกรณีศึกษา เช่น การยื่นขออนุญาตดำเนินโครงการโรงไฟฟ้า ขนาด 9.9 เมกะวัตต์ เมื่อกฎหมายกำหนดให้โรงไฟฟ้ากำลังการผลิต 10 เมกะวัตต์ ต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม หรือการขออนุญาตก่อสร้างทำเทียบเรือจำนวนหลายท่าในพื้นที่บริเวณเดียวกัน โดยมีความยาวหน้าท่าและพื้นที่ของท่าเทียบเรือต่ำกว่าเกณฑ์ที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเพียงเล็กน้อย เป็นต้น ซึ่งแม้ว่าปัญหาการหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์ตามกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้ในทุกกรณี แต่ในกรณีของหลักเกณฑ์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 นั้น การหลีกเลี่ยงดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบที่มากกว่าความเสียหายของเอกชนรายใดรายหนึ่ง แต่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ซึ่งกระทบต่อคุณภาพชีวิตของประชาชนโดยรวม อีกทั้ง ในบางกรณีอาจเป็นผลกระทบที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาในภายหลังได้

2) ปัญหาการกำหนดประเภทโครงการไม่ครอบคลุมถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น และไม่ทันต่อสถานการณ์การดำเนินโครงการที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งปัญหาในประเด็นนี้ เป็นผลสืบเนื่องจากการกลั่นกรองโครงการโดยอาศัยบัญชีรายชื่อโครงการเพียงวิธีการเดียว โดยไม่มีการพิจารณาข้อเท็จจริงของโครงการเป็นรายกรณี และเมื่อการพิจารณาของหน่วยงานที่มีอำนาจจะอ้างอิงจากบัญชีรายชื่อเป็นหลัก การออกประกาศเพื่อกำหนดประเภทโครงการที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม จึงอาจไม่เท่าทันต่อลักษณะโครงการที่มีการพัฒนาขึ้น

การที่ระบบการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ในขั้นตอนการกลั่นกรองโครงการได้นำมาสู่การกำหนดว่าโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการใด ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมโดยใช้หลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อเพียงวิธีการเดียว และไม่เปิดช่องให้หน่วยงานสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาผลกระทบจากการดำเนินโครงการและกำหนดให้ต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมได้นี้เอง จึงเป็นข้อจำกัดทางกฎหมายที่ส่งผลให้เกิดปัญหาการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ไม่ครอบคลุมลักษณะของโครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิตของประชาชนได้ ดังนั้น เพื่อให้การวางหลักเกณฑ์ในการกลั่นกรองโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เป็นไปโดยครอบคลุมถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อทรัพยากรธรรมชาติ

คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิตของประชาชน งานศึกษาชิ้นนี้จึงมุ่งศึกษาถึงปัญหา การกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจกรรม หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อมของไทยในปัจจุบัน และวิธีการในการกลั่นกรองโครงการรูปแบบอื่น ๆ นอกจากการกำหนดบัญชี รายชื่อโครงการ ทั้งนี้ เพื่อให้มีช่องทางในการทำให้โครงการซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามบัญชีรายชื่อ ต้องจัดทำรายงาน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมได้ด้วย เพื่อให้สิทธิของประชาชนในการมีส่วนร่วมกับรัฐในการอนุรักษ์ บำรุงรักษา และได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ รวมทั้งการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพ สิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ อนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองและคุ้มครองไว้ บรรลุผลได้อย่างแท้จริง

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อทราบแนวคิด หลักการสำคัญ และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกลั่นกรองโครงการ กิจกรรม หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม
2. เพื่อทราบสภาพปัญหา แนวทางแก้ไขการกลั่นกรองโครงการ กิจกรรม หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่ไม่ครอบคลุมผลกระทบ และไม่ทันต่อสถานการณ์

สมมติฐานของการศึกษา

การกลั่นกรองโครงการหรือการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจกรรม หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำ รายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมโดยใช้วิธีการที่เหมาะสม ที่ไม่จำกัดเพียงการกำหนดหลักเกณฑ์ ตามบัญชีรายชื่อซึ่งมีลักษณะตายตัวและไม่ยืดหยุ่น แต่อาจใช้วิธีการพิจารณารายโครงการหรือการกำหนด หลักเกณฑ์ตามระดับความรุนแรงของผลกระทบที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจ โดยนำมาประกอบ การพิจารณาหลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อดังกล่าวนั้น จะสามารถป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนิน โครงการต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุม รวมทั้งมีมาตรการรองรับเพื่อการแก้ไขปัญหาผลกระทบให้อยู่ในระดับ ที่เหมาะสม อันเป็นเจตนารมณ์ประการสำคัญของกฎหมายส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักการ แนวความคิด และหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจกรรม หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม
2. ทำให้ทราบถึงกระบวนการ หลักการที่สำคัญ และหลักกฎหมายในการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ในระบบกฎหมายของต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบถึงแนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจกรรม หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำ รายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

วิธีดำเนินงานวิจัย

ศึกษาจากเอกสาร อันได้แก่ หนังสือ บทความ วารสาร ระเบียบ ประกาศ พระราชบัญญัติ และวิทยานิพนธ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมทั้งในและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์ หาค้นหาหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการกลั่นกรองโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงาน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่เหมาะสมกับประเทศไทย

ผลการวิจัย

จากการศึกษาพบว่า การกลั่นกรองโครงการ (Screening) หมายถึง กระบวนการเพื่อตัดสินใจ ว่าโครงการที่เสนอนั้น จำเป็นต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่ โดยการกลั่นกรอง จะเกี่ยวข้องกับการใช้วิจารณ์พิจารณาว่าผลกระทบจากโครงการที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมนั้น อยู่ในระดับ ที่มีนัยสำคัญหรือไม่¹ ทั้งนี้ รูปแบบในการกลั่นกรองโครงการมีหลายรูปแบบ² กล่าวคือ

1) การศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อมเบื้องต้น (Preliminary study or initial environmental evaluation) เป็นการพิจารณากลั่นกรองโครงการผ่านการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเบื้องต้น ซึ่งจะครอบคลุมโครงการ ทุกประเภท ก่อนนำผลของการศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อมเบื้องต้นนั้นมาพิจารณาว่าโครงการแต่ละโครงการนั้น จำเป็นต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่

2) การพิจารณากลั่นกรองเป็นรายโครงการ (case by case) ซึ่งวิธีการกลั่นกรองในรูปแบบนี้ มักนำมาใช้ ประกอบกับการกลั่นกรองรูปแบบอื่น ๆ เช่น การกำหนดรายชื่อโครงการ หรือกรณีที่มีโครงการต่ำกว่าหลักเกณฑ์ และจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณี ๆ ไป

การพิจารณากลั่นกรองเป็นรายโครงการโดยผู้มีอำนาจในการกลั่นกรองโครงการนั้น อาจอาศัยวิธีการ ในการขอข้อมูลหรือคำแนะนำประกอบการตัดสินใจจากหลาย ๆ ภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง³ ดังนี้

- หน่วยงานที่มีความรับผิดชอบตามกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เช่น มลพิษ น้ำเสีย มรดกทางวัฒนธรรม เป็นต้น

- ผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงสาธารณชน เพื่อช่วยเหลือในการแสดงความเห็นเกี่ยวกับข้อกังวลในท้องถิ่น เกี่ยวกับการดำเนินโครงการ

- ผู้เชี่ยวชาญ เช่น นักวิชาการ สถาบันวิจัย หรือผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

- เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ที่ตัดสินใจเกี่ยวกับลักษณะโครงการที่คล้ายคลึงกัน

3) การกำหนดบัญชีรายชื่อ (List of project) โดยวิธีการกำหนดบัญชีรายชื่อนั้น สามารถแบ่งออกได้ เป็น 2 ประเภท คือ การกำหนดรายชื่อโครงการที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม และการกำหนดรายชื่อโครงการซึ่งได้รับการยกเว้นไม่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

4) การกำหนดหลักเกณฑ์ (Threshold) รูปแบบการกลั่นกรองในลักษณะนี้ การพิจารณาว่าต้องจัดทำ รายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่ ขึ้นอยู่กับมาตรการและข้อจำกัด หรือหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ ซึ่งอาจแตกต่างกันไปตามขนาด พื้นที่ตั้ง หรือลักษณะเฉพาะของโครงการ

¹ สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, *ระบบการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย* (2553)

² Paulo Pinho, Sabine McCallum and Sara Santos Cruz, 'A Critical Appraisal of EIA Screening Practice in EU Member States' (2010) *Impact Assessment and Project Appraisal* 91, 91-107.

³ European Commission, *Guidance on EIA Screening* (European Communities 2001)

จากการศึกษารูปแบบการกลั่นกรองโครงการของต่างประเทศพบว่า ในบางประเทศได้กำหนดประเภทของโครงการที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมไว้ในรูปแบบของบัญชีรายชื่อโครงการ ในขณะที่หลายประเทศใช้วิธีการพิจารณาโครงการเป็นรายกรณีว่าจะต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่ รวมทั้ง อาจใช้วิธีการพิจารณาควบคู่กันระหว่างบัญชีรายชื่อโครงการ และการพิจารณาของหน่วยงานที่มีอำนาจในการอนุมัติโครงการประกอบกัน

ทั้งนี้ การกลั่นกรองโครงการซึ่งต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศอังกฤษเป็นไปตาม Town and Country Planning (Environmental Impact Assessment) Regulations 2017 ซึ่งเป็นการออกข้อบังคับตาม Environmental Impact Assessment Directive ของสหภาพยุโรป ใช้รูปแบบการกำหนดรายชื่อโครงการและการพิจารณาของหน่วยงานที่มีอำนาจประกอบกัน กล่าวคือ เมื่อเจ้าของโครงการเสนอคำร้องเพื่อดำเนินโครงการต่อสภาเทศบาลของมลรัฐ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการวางแผน หน่วยงานดังกล่าวจะเป็นผู้พิจารณาว่าโครงการที่ยื่นเสนอนั้น ต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่ โดยกฎหมายกำหนดรายชื่อของโครงการไว้ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้⁴

1) โครงการประเภทที่ 1 (Schedule 1) เป็นโครงการพัฒนาที่จะต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมทั้งหมด และจะต้องส่งรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIS) ไปพร้อมกับคำร้องดำเนินโครงการเพื่อขออนุมัติวางแผนต่อหน่วยงานวางแผนท้องถิ่น (Local planning authority)

2) โครงการประเภทที่ 2 (Schedule 2) มีบางโครงการที่ไม่ต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมโดยขึ้นอยู่กับพิจารณาของหน่วยงานวางแผนท้องถิ่น (Local planning authority) หรือ Secretary of State โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาโครงการที่ต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมในโครงการประเภทที่ 2 นั้น พิจารณาจากลักษณะของโครงการว่ามีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่

โครงการที่เข้าข่ายการพิจารณาให้ต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ได้แก่

1) โครงการขนาดใหญ่ เป็นโครงการที่มีความสำคัญมากกว่าในระดับท้องถิ่น
2) โครงการที่เสนอในพื้นที่ที่มีความเสี่ยงต่อการสูญเสียทางธรรมชาติสูง เช่น อุทยานแห่งชาติ พื้นที่ที่มีคุณค่าในทางวิทยาศาสตร์ พื้นที่ที่มีความสวยงามทางธรรมชาติ และพื้นที่ที่อาจจะได้รับผลกระทบที่สำคัญโดยพิจารณาจากทำเลที่ตั้งโครงการมากกว่าขนาดของโครงการ

3) โครงการที่มีความซับซ้อนมากกว่าปกติ ซึ่งจะได้รับผลกระทบทางลบ

นอกจากนี้ การพิจารณากลั่นกรองโครงการซึ่งต้องจัดทำรายงานประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศอังกฤษ นอกจากการพิจารณาโครงการตาม Schedule 1 และ Schedule 2 ดังที่กล่าวข้างต้นแล้ว ประเทศอังกฤษมีการกำหนดให้อำนาจแก่ Secretary of State ในการตัดสินใจว่าจำเป็นต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมสำหรับโครงการพัฒนาตาม Schedule 2 ได้ แม้ว่าลักษณะของโครงการไม่ตรงตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด แต่มีแนวโน้มที่จะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญ

จะเห็นได้ว่า การกลั่นกรองโครงการซึ่งต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศอังกฤษนั้น ใช้รูปแบบการกำหนดหลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อ โดยแบ่งรายชื่อออกเป็นสองกลุ่ม กลุ่มแรก เป็นรายชื่อโครงการซึ่งต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมทั้งหมด และกลุ่มที่สอง มีการเปิดโอกาสให้หน่วยงานที่มีอำนาจสามารถพิจารณาจากลักษณะของโครงการว่ามีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญ และต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่ นอกจากนี้การที่ประเทศอังกฤษให้อำนาจ

⁴ สถาบันวิจัยสังคมและสถาบันวิจัยสภาวะแวดล้อม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, *โครงการศึกษาพัฒนาการดำเนินงานการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม* (สถาบันวิจัยสังคม จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2545) 102.

แก่ Secretary of State ในการตัดสินใจให้การดำเนินโครงการต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมได้ แม้ว่าจะมีลักษณะตรงตามเกณฑ์ที่กำหนดนั้น เช่นนี้ถือเป็นการนำรูปแบบการกลั่นกรองโครงการ โดยการพิจารณารายโครงการ (case by case) มาใช้ ดังนั้น ประเทศอังกฤษจึงใช้รูปแบบในการกลั่นกรองโครงการ ถึงสามรูปแบบประกอบกัน

สำหรับการกลั่นกรองโครงการซึ่งต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศญี่ปุ่น เป็นไปตามกฎหมาย Environmental Impact Assessment Law (Act No. 81, 1997) ซึ่งกำหนดให้โครงการ 13 ประเภท ต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยใช้วิธีการกลั่นกรองโครงการที่แบ่งโครงการออกเป็น class 1 และ class 2

โครงการใน class 1 เป็นโครงการที่มีขนาดใหญ่ และมีคำสั่งคณะรัฐมนตรีกำหนดว่าเป็นโครงการ ที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม⁵ รวมถึง โครงการที่มีลักษณะต่อไปนี้

- (1) โครงการก่อสร้างหรือสร้างทางพิเศษ ทางหลวง หรือถนนประเภทอื่นใด
- (2) โครงการสร้างเขื่อนหรือฝายข้ามแม่น้ำ
- (3) โครงการก่อสร้างหรือปรับปรุงทางรถไฟ
- (4) โครงการก่อสร้างสนามบิน หรือสิ่งอำนวยความสะดวกในสนามบิน
- (5) โครงการก่อสร้างเพื่อติดตั้งหรือปรับเปลี่ยนโครงสร้างการผลิตไฟฟ้า
- (6) โครงการก่อสร้างแหล่งกำจัดขยะมูลฝอยภายในประเทศ
- (7) โครงการสร้างแหล่งน้ำสาธารณะ
- (8) โครงการจัดรูปที่ดิน
- (9) โครงการบ้านจัดสรรและการพัฒนาเมือง
- (10) โครงการพัฒนานิคมอุตสาหกรรม
- (11) โครงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเมืองใหม่
- (12) ศูนย์กระจายสินค้า
- (13) การพัฒนาที่ดินที่อยู่อาศัยหรืออุตสาหกรรม

Class 2 เป็นโครงการลักษณะเดียวกับ Class 1 ที่ต้องได้รับการพิจารณาว่า ต้องจัดทำรายงาน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่ ซึ่งตามกฎหมาย Environmental Impact Assessment Law ได้กำหนดว่า โครงการใน Class 2 เป็นโครงการที่มีขนาดเล็กกว่าหรือเทียบเท่าโครงการใน Class 1 ซึ่งจำเป็นต้องให้หน่วยงานซึ่งมีอำนาจอนุมัติหรืออนุญาตโครงการ ทำการพิจารณาว่าโครงการดังกล่าวจำเป็นต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่⁶

โครงการที่มีการยื่นขออนุญาตดำเนินการ จะต้องผ่านการพิจารณาว่าเข้าเงื่อนไขต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่ โดยหากเป็นโครงการที่กำหนดไว้ใน Class 1 ซึ่งมีลักษณะ เป็นโครงการขนาดใหญ่ และอาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง กฎหมายกำหนดให้ต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม สำหรับโครงการใน Class 2 เป็นโครงการลักษณะเดียวกับ Class 1 แต่มีขนาดเล็กกว่า ซึ่งต้องอาศัยข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาเกี่ยวกับพื้นที่ตั้ง และความเปราะบาง

⁵ Environmental Impact Assessment Law 1997, Article 2 paragraph 2

⁶ Environmental Impact Assessment Law 1997, Article 4 paragraph 1

ของพื้นที่ด้านสิ่งแวดล้อม โดยจะเป็นการพิจารณาเป็นรายโครงการว่าการดำเนินโครงการนั้น ๆ จำเป็นต้องทำการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่⁷

จะเห็นได้ว่า การกลั่นกรองโครงการซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของประเทศญี่ปุ่น เป็นไปในรูปแบบของการระบุบัญชีรายชื่อ ทั้งนี้ โดยมีการแบ่งระดับของหลักเกณฑ์ที่เปิดโอกาสให้หน่วยงานที่มีอำนาจสามารถพิจารณาตัดสินใจเกี่ยวกับการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้ ควบคู่กับการให้อำนาจหน่วยงานอนุมัติโครงการพิจารณาในกรณีที่เป็นโครงการขนาดเล็กและมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมไม่รุนแรง ในกรณีที่โครงการดังกล่าวเป็นไปตามหลักเกณฑ์ใน Class 2 ดังนั้น บัญชีรายชื่อโครงการซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของญี่ปุ่นจึงมีลักษณะที่ยืดหยุ่น

ในกรณีของประเทศไทย นับแต่ประเทศไทยมีการนำระบบการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมมาใช้ และประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ได้นำรูปแบบการกลั่นกรองโครงการโดยการกำหนดหลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อ โดยให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ในการประกาศกำหนดประเภทและขนาดของโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งหมายถึงรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในปัจจุบัน ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561

ปัญหาในการกลั่นกรองโครงการโดยใช้หลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อเพียงวิธีเดียว ซึ่งเป็นบัญชีรายชื่อที่กำหนดประเภทโครงการ ขนาด และกำลังการผลิต ที่ตายตัวและไม่ยืดหยุ่น ทำให้เกิดปัญหาหลีกเลี่ยงการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ที่มาของข้อจำกัดในการกลั่นกรองโครงการซึ่งใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาตามบัญชีรายชื่อเพียงวิธีการเดียวนั้น เนื่องจากพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 มาตรา 48 กำหนดให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ มีอำนาจประกาศกำหนดให้โครงการ กิจการ หรือการดำเนินการที่อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ซึ่งผู้ดำเนินการหรือผู้ขออนุญาตต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ประกอบกับประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยใช้เกณฑ์ของขนาด กำลังการผลิต และพื้นที่ เป็นข้อพิจารณาการกลั่นกรองโครงการว่าโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการในลักษณะใด ที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยกฎหมายไม่มีการเปิดช่องให้การกลั่นกรองโครงการสามารถกระทำได้โดยวิธีการอื่น ๆ นอกเหนือจากประเภทของโครงการตามที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติประกาศกำหนด ดังนั้น โครงการที่ไม่เข้าเงื่อนไขตามประกาศดังกล่าว แม้ว่าการดำเนินการโครงการอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญ ก็ไม่มีมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ที่จะสามารถกำหนดให้ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้

รูปแบบการกลั่นกรองโครงการโดยการกำหนดหลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อ มีข้อดีในแง่ของความชัดเจน และเป็นไปตามหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย แต่เป็นลักษณะที่ตายตัวและขาดความยืดหยุ่น ทำให้โครงการบางลักษณะซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม หรือโครงการที่ตั้งอยู่ในพื้นที่เปราะบางเฉพาะ แต่ไม่ถูกกำหนดอยู่ในบัญชีรายชื่อโครงการซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ไม่มีช่องทาง

⁷ Peter King and Simon Hoiberg Olsen, *Quick Study of EIA Practices in some Asia Pacific Countries and Beyond*, (Institute for Global Environmental Strategies 2013)

ให้สามารถนำเข้าสู่กระบวนการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมได้ นอกจากนี้ การที่ประเทศไทยใช้การกลั่นกรองโครงการโดยการกำหนดบัญชีรายชื่อเพียงวิธีการเดียวนั้น ส่งผลให้เกิดปัญหาการกำหนดประเภทโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมนั้น ไม่ครอบคลุมกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น และการหลีกเลี่ยงการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

ปัจจุบัน แม้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 และมีบทบัญญัติที่ปรับปรุงวิธีการกลั่นกรองโครงการให้มีการกำหนดระยะเวลาเพื่อทบทวนการกำหนดประเภทและขนาดของโครงการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมทุก 5 ปี ก็ตาม แต่การแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าว เป็นเพียงการแก้ไขในลักษณะของการทบทวนเพื่อปรับปรุงบัญชีรายชื่อ โดยมีได้มีผลให้เกิดการพิจารณา กลั่นกรองโครงการในรูปแบบอื่น ๆ แต่อย่างใด ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงขอเสนอให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ดังนี้

1. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายในการกำหนดรูปแบบการกลั่นกรองโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยควรแก้ไขพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 มาตรา 48 ซึ่งบัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจประกาศกำหนดให้โครงการ หรือกิจการ หรือการดำเนินการใดของรัฐ หรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการ เป็นโครงการ หรือกิจการ หรือการดำเนินการที่มีผลกระทบสิ่งแวดล้อม หรือที่อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ซึ่งผู้ดำเนินการหรือผู้ขออนุญาตต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม...”

ควรแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าว โดยบัญญัติเปิดช่องให้สามารถใช้การกลั่นกรองโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ในรูปแบบอื่น ๆ นอกจากการออกประกาศตามอำนาจของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาในรูปแบบของบัญชีรายชื่อเพียงรูปแบบเดียว ดังนี้

“เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจประกาศหรือกำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ในการพิจารณาให้โครงการหรือกิจการหรือการดำเนินการใดของรัฐหรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการ เป็นโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการที่มีผลกระทบสิ่งแวดล้อม หรือที่อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชน หรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ซึ่งผู้ดำเนินการหรือผู้ขออนุญาตต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ...”

2. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกลั่นกรองโครงการ โดยการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมในรูปแบบบัญชีรายชื่อ ควรกำหนดแนวทางในการกลั่นกรองโครงการโดยแบ่งตามระดับความรุนแรงของผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการ โดยใช้การกำหนดหลักเกณฑ์ตามบัญชีรายชื่อ 2 บัญชี กล่าวคือ (1) บัญชีรายชื่อโครงการที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม และ (2) บัญชีรายชื่อโครงการซึ่งหน่วยงานที่มีอำนาจสามารถพิจารณาเลือกวิธีการกลั่นกรองโครงการที่เหมาะสมได้ เพื่อตัดสินใจว่าจำเป็นต้องทำการประเมินผลกระทบ

สิ่งแวดล้อมหรือไม่ ทั้งนี้ โดยกำหนดให้โครงการตามบัญชีรายชื่อ (2) นั้นเป็นโครงการประเภทเดียวกับโครงการตามบัญชีรายชื่อ (1) แต่มีขนาด กำลังการผลิต หรือใช้พื้นที่ในการดำเนินโครงการที่ต่ำกว่า

ตัวอย่างการกำหนดหลักเกณฑ์ในการกลั่นกรองโครงการตามระดับความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการผลิตไฟฟ้า

- กำลังการผลิต ต่ำกว่า 5 เมกะวัตต์ ไม่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม

- กำลังการผลิต ระหว่าง 5-10 เมกะวัตต์ ซึ่งอาจมีลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมีนัยสำคัญ ให้สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมพิจารณาว่า ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่ โดยใช้รูปแบบการกลั่นกรองโครงการรูปแบบอื่นเพื่อประกอบการพิจารณา กล่าวคือ กำหนดให้ดำเนินการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมเบื้องต้นเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาว่าการดำเนินโครงการตามขนาดกำลังการผลิตดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมถึงขนาดที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมหรือไม่

- กำลังการผลิต 10 เมกะวัตต์ขึ้นไป ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมทุกกรณี

3. สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมของโครงการ ควรกำหนดมาตรการในการพิจารณาโครงการ ที่มีลักษณะเป็นการปรับลดขนาดโครงการเพียงเล็กน้อย หรือแยกย่อยโครงการให้มีขนาดเล็ก เพื่อหลีกเลี่ยงการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม เช่น

- 1) พิจารณาโครงการร่วมกัน หากอยู่ในพื้นที่ตั้งโครงการเดียวกัน
- 2) พิจารณาโครงการร่วมกัน หากมีการดำเนินโครงการโดยมีวัตถุประสงค์ที่ใกล้เคียงกัน
- 3) พิจารณาว่าเป็นโครงการเดียวกัน หากมีการเชื่อมต่อกันโดยอาศัยเทคโนโลยีร่วมกัน
- 4) พิจารณาว่าเป็นโครงการเดียวกัน หากมีการเชื่อมต่อกันและใช้สิ่งอำนวยความสะดวกทั่วไปร่วมกัน

ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดการดำเนินโครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อสิ่งแวดล้อม โดยไม่มีการศึกษาประเมินผลกระทบหรือกำหนดมาตรการป้องกันและแก้ไขผลกระทบใด ๆ

4. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการทบทวนหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม ซึ่งตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 มาตรา 48 วรรคสี่ ได้กำหนดให้สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เสนอคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพื่อพิจารณาทบทวนประกาศกำหนดให้โครงการ กิจการ หรือการดำเนินการใดของรัฐ หรือที่รัฐจะอนุญาตให้ดำเนินการ เป็นโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม หรือที่อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ซึ่งผู้ดำเนินการหรือผู้ขออนุญาตต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมทุกรอบระยะเวลาห้าปีนั้น ควรเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการเสนอเพื่อให้มีการทบทวนประกาศดังกล่าวได้ด้วย ทั้งนี้ ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมกำหนด โดยการเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเสนอแนะต่อหน่วยงานเพื่อพิจารณาทบทวนประกาศกำหนดโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ที่ต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมนั้น อาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี ดังนี้

4.1 การเปิดโอกาสให้ประชาชนใช้สิทธิในการเสนอแนะตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 43 (3) ที่บัญญัติว่า “บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิเข้าชื่อกัน เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐให้ดำเนินการใด อันจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนหรือชุมชน หรืองดเว้นการดำเนินการใด อันจะกระทบต่อความเป็นอยู่อย่างสงบสุขของประชาชนหรือชุมชน และได้รับแจ้งผลการพิจารณาโดยเร็ว

ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาข้อเสนอแนะนั้น โดยให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วย ตามวิธีที่กฎหมายบัญญัติ” นั้น อาจเป็นช่องทางการใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชน เพื่อเสนอแนะ ต่อสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ขอให้มีการทำการประเมินผลกระทบ สิ่งแวดล้อมในการดำเนินโครงการซึ่งไม่อยู่ในเกณฑ์ที่ต้องทำการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายได้ หากประชาชนเห็นว่าการดำเนินโครงการดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือคุณภาพชีวิต ของประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้ สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมต้องพิจารณา ข้อเสนอแนะดังกล่าวภายในระยะเวลาที่เหมาะสม โดยให้ประชาชนผู้เสนอแนะและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเข้าไป มีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วย

4.2 การออกประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถ เสนอแนะให้มีการทบทวนการกำหนดประเภทโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงาน การประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมได้ โดยอาศัยแนวทางจากการที่ประเทศไทยเคยมีการใช้บังคับประกาศ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่องกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ ระเบียบปฏิบัติและแนวทาง ในการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม สำหรับโครงการหรือกิจการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อ ชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ ลงวันที่ 29 ธันวาคม พ.ศ. 2552 ซึ่งมีการระบุถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนในการเสนอแนะต่อหน่วยงานที่มีอำนาจในการลั่นกรองโครงการ กรณีโครงการหรือกิจการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ

ในการนี้ แนวทางในการออกประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เพื่อเปิดโอกาส ให้ประชาชนสามารถเสนอแนะให้มีการทบทวนการกำหนดประเภทโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมได้นั้น อาจกำหนดในรูปแบบของการตั้งคณะกรรมการ วินิจฉัยข้อร้องเรียนสำหรับการทบทวนประกาศกำหนดประเภทโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยกำหนดรายละเอียดและเงื่อนไขเกี่ยวกับการ ทบทวนการกำหนดประเภทโครงการ กิจการ หรือการดำเนินการซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมิน ผลกระทบสิ่งแวดล้อม เช่น

1) ประชาชนผู้ยื่นข้อเสนอแนะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรืออาจได้รับผลกระทบจากการดำเนิน โครงการ

2) ปรากฏข้อเท็จจริงว่า พื้นที่ซึ่งเป็นที่ตั้งโครงการมีลักษณะพิเศษเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ มีความสำคัญ ทางธรรมชาติ ระบบนิเวศน์ หรือเป็นพื้นที่อ่อนไหว อันอาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินโครงการ อย่างมีนัยสำคัญได้ โดยมีได้มีกฎหมายกำหนดให้การดำเนินโครงการในพื้นที่ดังกล่าว ต้องทำการประเมิน ผลกระทบสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด

3) กำหนดกรอบระยะเวลาในการวินิจฉัยข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ และการดำเนินการ ในกรณี ที่คณะกรรมการมิได้วินิจฉัยข้อเสนอแนะภายในกำหนดระยะเวลา

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ*

Legal Problems Concerning Bid Bond in Government Procurement

เชาวลิต จันมณี**

Chaowalit Chanmanee

วันที่รับบทความ 11 มิถุนายน 2563; วันแก้ไขบทความ 15 สิงหาคม 2563; วันตอบรับบทความ 30 กันยายน 2563

บทคัดย่อ

การศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษารายละเอียดของปัญหา ดังนี้ 1) ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอ 2) ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาคืน 3) ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา 4) ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา

จากการศึกษาพบว่า ประกวดราคาเป็นคำเสนอ เมื่อผู้ประกอบการยื่นของประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์พร้อมกันได้มีการวางเงินหลักประกันของหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นการสนองรับคำเสนอ อันก่อให้เกิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน การวางหลักประกันการเสนอราคาจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญา และในกรณีผู้ชนะการประกวดราคาไม่ยอมเข้าทำสัญญา หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคามีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคา อันเป็นการใช้สิทธิตามสัญญาประกวดราคา เมื่อมีการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างคืน จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในส่วนกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคาที่พ้นข้อผูกพันภายในกำหนด ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และจากการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ได้มีแนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นประเภทใดนั้นจะต้องถือตามสัญญาหลัก กล่าวโดยสรุป ได้ดังนี้ 1) หากนำหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา เข้ามาพิจารณาปรับใช้ก็ทำให้ทราบว่าสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคามีสถานะเป็นสัญญา 2) หากผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือผู้ชนะการประกวดกระทำผิดสัญญาประกวดราคา หรือสัญญาหลักประกันของ หน่วยงานของรัฐมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้ำประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอื่นได้อีก 3) หากหน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

E-mail : chaowalit.chanmanee@gmail.com

หรือผู้ค้าประกันการเสนอราคาภายในกำหนดเวลา และตามหลักเกณฑ์ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

4) คำสั่งรับเงินหลักประกันการเสนอราคา เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาสามารถฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อน

คำสำคัญ : หลักประกันการเสนอราคา, จัดซื้อจัดจ้าง, พสดุ, ประกวตราคา, สัญญา

ABSTRACT

In this study of legal problems concerning bid bond in government procurement agency, the objective is to study in detail 1) problems of the legal status of the bid bond, 2) problems of bringing a lawsuit over posting a bid bond, 3) problems of kinds of contract in the bidding contest and problems of types of contract winning the bid, 4) problems of creating a contract.

This study has shown that by posting the contest to present a bid, this is in essence an invitation to interested contractors to present a bid. The contest to bid is, therefore, an offer. When a contractor presents a bid or enters into the process of electronic bidding, including depositing a sum to guarantee the bid or to guarantee an electronic bid, that is acceptance of the offer creating a contract, a bidding contract, or a contract to enter into a bidding process. Posting a bid bond, therefore, has the legal status of a contract. In the case that the winner of the bid fails to create a contract, the government agency that posts the bidding can rightfully confiscate the bond guaranteeing the bid, which is an exercise of its right in a bidding contract, The litigation that arises in revocation of the bond for the procurement bid, therefore, is a litigation over an administrative contract. In the case that a government agency does not return the guarantee of the bidding to a contestant or a guarantor of a bid whose obligations have elapsed within a given period of time, this is deemed dereliction of a duty prescribed by law, which is a dispute over a tort on the part of an administrative body or a government agent Through studying the decisions of administrative courts and of the committees determining final jurisdiction of the courts, That a bidding contract accords with the principal contract. The following suggestions: 1) Applying the legal contract to this situation, it is evident that the legal status of posting a guarantee of a bid is a contract by status, 2) If the winner of the bid this breaches the contract to bid or to guarantee the bid, The government agent may rightly confiscate the bid bond from the bidder or the guarantor. Additionally, the government can demand other damages. 3) If the government agency does not return the guarantee of the bidding to a contestant or a guarantor of a bid whose obligations have elapsed within a given period of time the rules of the Ministry of Finance on procurement and processing of goods. If a government agency fails to comply with these rules, it is deemed a dereliction of duty prescribed by law. 4) The order to confiscate the bid bond is deemed an exercise of legal right in contract, and can be litigated in a lawsuit without an appeal.

Keyword: bid bond, procurement, goods, tender, contract

1. บทนำ (Introduction)

การจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ได้กำหนดขั้นตอนไว้ โดยเริ่มตั้งแต่การจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง แต่งตั้งคณะกรรมการจัดร่างขอบเขตของงาน หรือรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุ แต่งตั้งคณะกรรมการซื้อหรือจ้างรายงานขออนุมัติจัดซื้อจัดจ้าง การจัดทำประกาศ การประชาสัมพันธ์หรือเผยแพร่ประกาศ การยื่นเสนอราคาการพิจารณาคัดเลือก การประกาศผลการพิจารณา คัดเลือกผู้ชนะ การลงนามสัญญา และการบริหารสัญญา

ศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษาฎีกา¹ วางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่า ประกาศประกวดราคาเป็นคำเชิญ การยื่นซองประกวดราคาหรือการมีหนังสือเสนอราคาเป็นการทำคำเสนอ และเมื่อได้มีการวางเงินมัดจำ ของประกวดราคาตามเงื่อนไขของการประกวดราคา เมื่อผู้จัดการประกวดราคารับคำเสนอสัญญาประกวดราคา ก็เกิดขึ้น หากผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อหรือจ้าง จึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคา ผู้จัดการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบเงินมัดจำของประกวดราคาตามข้อตกลงในการประกวดราคา แต่ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด² ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง ผู้จัดหาพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของของเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว เป็นคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี เมื่อเอกชนผู้มีสิทธิ เสนอราคากล่าวอ้างว่า หน่วยงานทางปกครองผู้จัดหาพัสดุไม่มีอำนาจที่จะยึดหลักประกันของได้ จึงเป็นกรณี ที่เอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาโต้แย้งว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำ ละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิหน้าที่กัน ตามสัญญาและกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือที่ กค (กวพอ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 ชักข้อความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ให้ส่วนราชการต่าง ๆ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้ทราบหลักเกณฑ์ ในการพิจารณาการยึดหลักประกันของว่า คำสั่งในการยึดหลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กวพ.อ.) วางหลักการไว้ว่า การพิจารณาคืนหลักประกันของเป็นอำนาจหน้าที่ ของหน่วยงานที่จัดหาพัสดุ ดังนั้น กระบวนการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืน หลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ได้มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองไว้ในคำสั่ง ศาลปกครองสูงสุด³ ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง ผู้จัดหาพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของของเอกชน ผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองใช้สิทธิ ตามหนังสือแสดงเงื่อนไขการซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เอกชนผู้มีสิทธิเสนอทำได้ ากับหน่วยงานทางปกครอง และผู้ให้บริการตลาดกลางอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา จากคำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ที่ควรศึกษาในเรื่องของปัญหาสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันเสนอราคาดิน ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิด ขึ้นของสัญญาประกวดราคา

¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1825/2522, คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2523 และคำพิพากษาฎีกาที่ 2252/2535)

² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550

³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551

โดยมีขอบเขตของการศึกษา ดังนี้

1) ศึกษาระบบกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา สัญญาของรัฐ กฎหมายว่าด้วยการพัสดุ หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ และหลักกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

2) ศึกษาแนวความคิดและทฤษฎี ความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ความเห็นทางวิชาการ และคำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดในการวางหลักเกณฑ์กรณีข้อพิพาทในกระบวนการหรือขั้นตอนในการจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ และคดีพิพาทที่เกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาและหลักประกันการเสนอราคาของสัญญาทางปกครอง

3) ศึกษาวิเคราะห์ตัวบทกฎหมายแนวความคิดและทฤษฎี ความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ความเห็นทางวิชาการ และคำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ทั้งนี้ เพื่อหาหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาในเรื่องสถานะทางกฎหมายของหลักประกันการเสนอราคา และการบังคับชำระหนี้หรือวิธีบังคับเอาหลักประกันการเสนอราคา และหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง รวมถึงเงื่อนไขขั้นตอน หรือกระบวนการในการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา หรือสัญญาหลักประกันของการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา

2. เนื้อหา: ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาและสัญญาทางปกครอง

2.1 หลักประกันการเสนอราคา (Bid Bond)

หลักประกันการเสนอราคา ได้มีการกำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้มีขึ้นเพื่อประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีผู้ยื่นข้อเสนอผู้เสนอราคา หรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการซื้อหรือจ้าง⁴ ซึ่ง “หลักประกันการเสนอราคา” ก็คือ “หลักประกันของ” ตามกฎหมายและระเบียบว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานภาครัฐฉบับเดิม⁵

ประเภทของหลักประกันการเสนอราคาเป็นไปตามวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง และต้องกำหนดไว้ในประกาศและเงื่อนไขการเสนอราคาในแต่ละครั้งด้วย โดยให้ใช้หลักประกันอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้⁶ 1) เงินสด เช็ค หรือตราพดที่ธนาคารเซ็นส่งจ่ายซึ่งเป็นเช็คหรือตราพดที่ลงวันที่ที่ใช้เช็คหรือตราพดที่นั้นชำระต่อเจ้าหน้าที่หรือก่อนวันนั้นไม่เกิน 3 วันทำการ 2) หนังสือค้ำประกันของธนาคารภายในประเทศตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด 3) พันธบัตรรัฐบาลไทย 4) หนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเงินทุนเพื่อการพาณิชย์และประกอบธุรกิจค้ำประกัน

ในกรณีเป็นการยื่นข้อเสนอจากต่างประเทศ สำหรับการประกวดราคานานาชาติต้องใช้หนังสือค้ำประกันของธนาคารในต่างประเทศที่มีหลักฐานดี และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเชื่อถือเป็นประกันการเสนอราคาได้อีกประเภทหนึ่งด้วย⁷

⁴ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 166 วรรคแรก

⁵ ก่อนที่พระบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับ ส่วนราชการหรือภาครัฐได้ใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 หรือระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 หรือข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเรื่องการพัสดุ พ.ศ. 2538 หรือกฎระเบียบว่าด้วยการพัสดุของส่วนราชการหรือหน่วยงานภาครัฐอื่น ๆ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการ รวมถึงเงื่อนไขในการวางหลักประกันของไว้

⁶ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 166 วรรคสอง และวรรคสาม

⁷ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 166 วรรคสี่

ร่างกฎหมายต้นแบบเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL Model Law on Public Procurement) ได้กำหนดนิยามคำว่า “หลักประกันการยื่นข้อเสนอจัดซื้อจัดจ้าง” (Tender Securities) ไว้ใน มาตรา 2 (u)⁸ ไว้หมายความว่า หลักประกันที่หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างเรียกจากผู้ประกอบการ เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 17 วรรคหนึ่ง (f) ของกฎหมายฉบับนี้ และหมายความรวมถึงหลักประกันดังต่อไปนี้ด้วย 1) การค้ำประกันของธนาคาร 2) พันธบัตรที่เป็นหลักประกัน 3) หนังสือค้ำประกันของธนาคาร (Standby L/C) 4) เช็ค 5) เงินสด 6) ตัวสัญญาใช้เงิน 7) ตัวแลกเงิน

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักประกันการเสนอราคาหรือหลักประกันซอง มีขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่หน่วยงานภาครัฐว่าผู้เสนอราคาจะปฏิบัติตามกระบวนการเสนอราคา โดยไม่กระทำผิดเงื่อนไขไปจนกระทั่งมีการคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคาและมีการทำสัญญากัน⁹

2.2 สัญญาทางปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยวางหลักกฎหมายที่สำคัญของสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งถือได้ว่าเป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการที่สำคัญเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครอง โดยมีทั้งกรณีศาลปกครองได้อนุโลมนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้ และอีกส่วนหนึ่งที่สำคัญเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากคำวินิจฉัยของศาลปกครอง¹⁰

สัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐนั้น หากความสัมพันธ์ของคู่สัญญาเป็นไปตามหลักความเสมอภาคในการแสดงเจตนา ซึ่งฝ่ายปกครองไม่มีเอกสิทธิ์ใด ๆ เหนือสัญญา และการกระทำต่าง ๆ จึงอยู่ภายใต้ความสมัครใจของคู่สัญญาเป็นสำคัญ เช่น สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือภาครัฐซื้อวัสดุอุปกรณ์มาใช้ในสำนักงาน สัญญาจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง อยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดียวกับสัญญาที่เอกชนทำกับเอกชน แต่หากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐมีลักษณะองค์ประกอบเป็นสัญญาทางปกครอง ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และตามมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด กล่าวคือ คู่สัญญาจัดซื้อจัดจ้างอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ และสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ

⁸ Article 2 Definitions for the purposes of this law: ...

(u) “Tender Securities” means a security required from suppliers or contractors by the procuring entity and provided to the procuring entity to secure the fulfillment of any obligation referred to in paragraph 1 (f) of article 17 of this law and includes such arrangements as bank guarantees, surety bonds, standby letters of credit, cheques for which a bank is primarily liable, cash deposits, promissory notes and bills or exchange. For the avoidance of doubt, the term excludes any security for the performance of the contract.

⁹ สำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุ (สำนักงานศาลปกครอง 2549) 357.

¹⁰ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติราชการที่ดีในการดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (สำนักวิจัยและวิชาการสำนักงานศาลปกครอง 2554) 1-2.

ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล¹¹ เช่น สัญญาที่เทศบาลว่าจ้างเอกชนวางท่อขยายเขตประปา หรือสัญญาที่กรมทางหลวงว่าจ้างเอกชนสร้างถนน ทางหลวงหรือสร้างสะพาน ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนัยกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง และตามมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว

ก่อนที่จะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามกฎหมาย เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ ตามกฎหมายโดยเฉพาะกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา คู่กรณีหรือคู่พิพาทจะต้องเสนอคดี ต่อศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจ ต่อมาเมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา ในระยะเริ่มแรกยังมีความสับสนว่า จะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ในระยะหลังศาลปกครอง และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้วินิจฉัย โดยยึดถือตามแนวทางการพิจารณาว่าสัญญา ประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งจะต้องพิจารณา จากตัวสัญญาหลัก หากสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำกันในอนาคตเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาประกวดราคา หรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาหลักหรือสัญญาที่มุ่งประสงค์ จะทำกันในอนาคตเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาประกวดราคา หรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าวควรต้อง เป็นสัญญาทางแพ่ง

หลักประกันการเสนอราคาเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองได้ ในกรณีผู้ยื่นข้อเสนอ ได้วางหลักประกันการเสนอราคาไว้แล้วต่อมาก่อเหตุผิดเงื่อนไขการเสนอราคา หรือผู้ที่ได้รับประกาศคัดเลือก ให้เป็นผู้ชนะการเสนอราคาแต่ไม่ไปทำสัญญาทางปกครองภายในเวลาที่หน่วยงานภาครัฐกำหนด จะต้องถูกริบหลักประกันการเสนอราคา และหากผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาเห็นว่าการริบหลักประกัน การเสนอราคาดังกล่าว เป็นไปโดยไม่ชอบหรือไม่ถูกต้อง สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้ หน่วยงาน ของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้าประกันการเสนอราคา ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญา หรือข้อตกลง หรือได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว¹² หากฝ่าฝืนอาจถูกผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาฟ้องศาล ให้คืนหลักประกันการเสนอราคา

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัย¹³ว่า ประกาศประมูลงานจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์นอกจาก จะมีลักษณะเป็นคำเชื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพรับจ้างทำคำเสนอขอเข้าทำสัญญาจ้างแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำเสนอ ให้ผู้ที่เข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้มีอาชีพที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมผูกพันตามประกาศประมูลงานจ้างดังกล่าวด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันของต่อหน่วยงาน ทางปกครอง จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้แสดงเจตนาสนองรับคำเสนอของหน่วยงานทางปกครอง และก่อให้เกิด สัญญาประเภทหนึ่งขึ้น ซึ่งเรียกว่า “สัญญาหลักประกันของ” การยึดหลักประกันของ จึงเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา หลักประกันของ และเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยศาลปกครองใช้หลักในเรื่องของคำเสนอคำสนอง ซึ่งมีอยู่ในกฎหมายว่านิติกรรมสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เข้ามาปรับใช้

¹¹ สรุปรจากมติของที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม พ.ศ. 2544

¹² ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ตามข้อ 170 วรรคแรก (1).

¹³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553

การวินิจฉัยของศาลปกครองไทยดังกล่าว คล้ายกับศาลของประเทศเยอรมันที่ได้วินิจฉัยคดี โดยการอุดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งตามประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 1976 หรือ VwvFG) กำหนดให้นำบทบัญญัติ ตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันมาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ด้วย และตามหลักกฎหมาย ของเยอรมันถือว่า สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามประมวล กฎหมายแพ่ง จึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น การแสดงเจตนาในการทำสัญญาและหลัก เรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาถูกต้องตรงกันของคู่สัญญาตามคำเสนอ¹⁴ และคำวินิจฉัยของศาลสูง เยอรมันมีการพัฒนาทางนิติวิธีหรือการใช้การตีความกฎหมาย เพื่อที่จะคุ้มครองคู่กรณีที่ให้เข้ามาเจรจา ในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง จะเห็นได้ว่า ศาลมองว่า แม้จะยังไม่มีความผูกพันกัน คู่กรณีที่ให้เข้ามาเจรจา เพื่อเข้าทำสัญญากันในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ก็มีความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ต่อกันแล้ว เห็นได้ว่าศาลสูง ของเยอรมันนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้กับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากกระบวนการ ก่อนการทำสัญญาทางแพ่งมาใช้เป็นหลักทั่วไปเพื่อตัดสินคดี

3. บทวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

3.1 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา

ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด¹⁵ ว่าหนังสือที่หน่วยงานทางปกครอง ผู้จัดหาพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของของผู้มีสิทธิเสนอราคา เป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อผู้มีสิทธิเสนอราคากล่าวอ้างว่า หน่วยงานทางปกครองผู้จัดหาพัสดุไม่มีอำนาจที่จะยึด หลักประกันของ อันเป็นกรณีที่ได้แย้งว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำ ละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากคำสั่งทางปกครอง และกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือชักข้อ มูลความเข้าใจในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์¹⁶ ว่าคำสั่งในการยึดหลักประกันของ ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กพ.อ.) วางหลักการไว้ว่า กระบวนการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืนหลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่ในบางคดีศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัย¹⁷ว่าหนังสือ ที่หน่วยงานทางปกครองผู้จัดหาพัสดุ แจ้งให้ยึดหลักประกันของของเอกชนผู้มีสิทธิเสนอราคาดังกล่าว มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการที่หน่วยงานทางปกครองใช้สิทธิตามหนังสือแสดงเงื่อนไข

¹⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, *หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน* (สำนักงานศาลปกครอง 2545) 1, 4.

¹⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 237/2550

¹⁶ หนังสือกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือ ที่ กค (กพ.อ) 0408.4/ว 365 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 ชักข้อ มูลความเข้าใจ ในการปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 ให้ส่วนราชการต่างๆ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้ทราบหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการยึดหลักประกันของว่าคำสั่งในการยึด หลักประกันของ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามนัยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับคณะกรรมการว่าด้วย การพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กพ.อ.) วางหลักการไว้ว่า การพิจารณาคืนหลักประกันของเป็นอำนาจหน้าที่ ของหน่วยงานที่จัดหาพัสดุ ดังนั้นกระบวนการพิจารณาออกคำสั่งยึดหลักประกันของ ตลอดจนการพิจารณาคืนหลักประกันของ จึงต้องถือปฏิบัติตามนัยพระราชบัญญัติดังกล่าว

¹⁷ ศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551

การซื้อและการจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา ดังนั้น เห็นได้ว่าคำวินิจฉัยของศาลปกครองและองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐได้วินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคาแตกต่างกันออกไป โดยแนวทางแรกวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่อีกแนวทางหนึ่งวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

จากการศึกษาพบว่า การประกาศประกวดราคาซื้อจ้าง หน่วยงานภาครัฐต้องแนบขอบเขตของงานหรือคุณลักษณะหรือรายละเอียดของงาน เพื่อเผยแพร่ตามข้อ 48 และข้อ 49 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ให้ผู้ประกอบการที่สนใจได้รับทราบการประกาศประกวดราคา โดยเนื้อหาของประกาศมีลักษณะเป็นการเชิญชวนให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้ามาประกวดราคา การประกาศประกวดราคาจึงเป็นคำเสนอ ตามมาตรา 169 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อผู้ประกอบการยื่นซองประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ พร้อมกับได้มีการวางเงินหลักประกันของประกวดราคาหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ ตามข้อ 54 และข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และตามเงื่อนไขของการประกวดราคา จึงเป็นการสนองรับคำเสนอ สัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน อันเป็นสัญญา ก่อนสัญญาหลักก็เกิดขึ้น และในขณะเดียวกันก็เป็นคำเสนอตามสัญญาหลักด้วย กล่าวคือ เมื่อซองประกวดราคาหรือหนังสือเสนอราคาไปถึงผู้ประกาศประกวดราคา ย่อมถือว่ามิผลเป็นคำเสนอตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 แล้ว

เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการไม่ปฏิบัติตามกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หรือผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อหรือจ้าง จึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคา หน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบเงินหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาตามข้อตกลงในการประกวดราคา แม้คำสั่งริบเงินหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีสิทธิเสนอราคาก็ตาม ซึ่งเหมือนว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่คำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคา ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย จึงมิใช่คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้เสนอราคาหรือผู้ให้บริการกระทำผิดสัญญาประกวดราคา หน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาตามสัญญาประกวดราคาหรือข้อตกลงในการประกวดราคา ความเห็นดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง¹⁸ ซึ่งศาลวินิจฉัยสรุปได้ว่า เมื่อสัญญาประกวดราคาเกิดขึ้น หากผู้ชนะการประกวดราคาปฏิเสธไม่มาทำสัญญาซื้อจ้างจึงเป็นการผิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ ดังนั้น หลักประกันการเสนอราคาจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญา

3.2. ปัญหาเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาคืน

ตามระเบียบกฎหมายว่าด้วยการพัสดุดั้งเดิม และเอกสารประกวดราคาแบบเดิมกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการประกวดราคาว่า เมื่อถึงเวลากำหนดนัดหมายผู้แทนของผู้ยื่นซองประกวดราคาต้องไปให้ตรงตามเวลาที่แจ้งนัดหมายหรือจะต้องเข้าสู่ระบบอิเล็กทรอนิกส์เพื่อเข้าเสนอราคา มิฉะนั้น จะถือว่ากระทำผิดเงื่อนไขของการเสนอราคาจะต้องถูกริบหลักประกัน

¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 931/2480, คำพิพากษาฎีกาที่ 1825/2522, คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2523, คำพิพากษาฎีกาที่ 2252/2535, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 95/2552 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553

ปัจจุบันตามข้อ 54 ประกอบข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ การจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) เมื่อถึงกำหนดวันเสนอราคาผู้ประกอบการหรือผู้ยื่นข้อเสนอราคาจะต้องเข้าระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) แล้วเสนอราคา ในส่วนของหลักประกันการเสนอราคา กรณีเป็นหนังสือค้ำประกันอิเล็กทรอนิกส์สามารถนำส่งในระบบอิเล็กทรอนิกส์ล่วงหน้า หากเป็นหลักประกันประเภทอื่น เช่น เช็ครถหรือพันธบัตรรัฐบาล จะต้องส่งหลักประกันการเสนอดังกล่าวในรูปแบบ PDF File ในวันเสนอราคา เมื่อคณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ คัดเลือกผู้ยื่นข้อเสนอราคาตามหลักเกณฑ์ ในขั้นตอนนี้เห็นได้ว่าสัญญาประกวดราคาได้เกิดขึ้นแล้ว หากผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือผู้ชนะการประมูลไม่ยอมเข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงภายในกำหนดจะต้องถูกริบหลักประกันการเสนอราคา หรือหน่วยงานของรัฐอาจมีหนังสือเรียกให้ธนาคารผู้ค้ำประกันชำระเงินตามสัญญาค้ำประกันการเสนอราคาตามข้อตกลงในประกาศและเอกสารเชิญชวนหรือสัญญาประกวดราคา ซึ่งมีใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายจึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง และกรณีดังกล่าวไม่ใช่ข้อพิพาทที่มีการกล่าวอ้างว่าการประกวดราคาหรือคำสั่งรับคำเสนอรับจ้างไม่ชอบ อันเป็นการพิพาทว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นการที่หน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคาใช้สิทธิตามสัญญาประกวดราคากล่าวคือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับข้อตกลงตามประกาศประกวดราคาซึ่งได้มีคำเสนอและคำสนองของผู้เสนอราคาและของผู้ประกาศประกวดราคาถูกต้องตรงกันอันจะก่อให้เกิดสัญญาจัดซื้อจัดจ้างต่อไป เมื่อมีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องคดีเรียกหลักประกันการเสนอราคาในการจัดซื้อจัดจ้างคืน จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบตามสัญญา อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด¹⁹ ในส่วนกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคาที่พ้นข้อผูกพันภายในกำหนด ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัย²⁰ว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่ผู้เขียนเห็นว่ากรณีผู้เสนอราคาได้ยื่นของประกวดราคาจ้างพร้อมวางหลักประกันของ หรือกรณีการจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอได้เสนอราคาพร้อมกับวางหลักประกันการเสนอราคาแล้วตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคาภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือเมื่อผู้ยื่นข้อเสนอราคาได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว หากมีกรณีพิพาทอันเนื่องมาจากหากหน่วยงานของรัฐไม่คืนหลักประกันการเสนอราคา ตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

¹⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548

²⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 173/2552

3.3 ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา

เดิมก่อนที่จะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามกฎหมาย เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายโดยเฉพาะกรณีพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา คู่กรณีหรือคู่พิพาทจะต้องเสนอคดีต่อศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจ ต่อมาเมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประกวดราคา ในระยะเริ่มแรกยังมีความสับสนว่าจะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล โดยมี 3 แนวทางความคิด ดังต่อไปนี้ 1) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางปกครอง²¹ 2) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาเป็นสัญญาทางแพ่ง²² และ 3) แนวคำวินิจฉัยว่าสัญญาประกวดราคาจะเป็นประเภทใด จะต้องถือตามสัญญาหลัก²³ ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาว่าสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าว หรือสัญญาก่อนสัญญาหลักนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง ควรต้องพิจารณาจากตัวสัญญาหลักที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง หากสัญญาหลักหรือสัญญาที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางปกครอง สัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง แต่หากสัญญาหลักหรือสัญญาที่มุ่งประสงค์จะทำการในอนาคตเป็นสัญญาทางแพ่ง สัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของดังกล่าวควรต้องเป็นสัญญาทางแพ่งด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกของตัวความหรือคู่ความในการต่อสู้คดีรวมถึงการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็ได้วินิจฉัยโดยยึดถือตามแนวทางการพิจารณาว่าสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของนั้นจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่ง จะต้องพิจารณาจากตัวสัญญาหลักเช่นเดียวกัน

3.4 ปัญหาเกี่ยวกับการก่อให้เกิดขึ้นของสัญญาประกวดราคา

การประกาศประกวดราคาซื้อจ้างรวมถึงประกาศประกวดราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดทำประกาศและเอกสารเชิญชวนให้ทราบเป็นการทั่วไปว่า หน่วยงานของรัฐมีความประสงค์จะดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุใด ตามรายละเอียดคุณลักษณะเฉพาะหรือข้อกำหนดหรือขอบเขตงานที่ได้แนบท้ายเอกสารประกวดราคา และประกาศและเอกสารเชิญชวนดังกล่าวยังได้กำหนดคุณสมบัติของมีสิทธิเสนอราคา และวันเวลาที่จะเสนอราคา เนื้อหาโดยรวมของประกาศประกวดราคาเป็นการเชิญชวนผู้มีอาชีพเข้ามาเสนอราคา เมื่อผู้มีอาชีพได้รับทราบประกวดราคาซื้อจ้างรวมถึงประกาศประกวดราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) ย่อมถือว่าประกาศประกวดราคาดังกล่าวมีผลเป็นคำเสนอ ตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 แล้ว และผูกพันหน่วยงานของรัฐผู้ประกาศประกวดราคา จนกว่าจะล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดไว้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 354 หรือเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับการสนองจากผู้มีอาชีพ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 355 แล้วแต่กรณี และหากไม่มีการสนองรับจากผู้มีอาชีพจนล่วงเลยเวลาดังกล่าว คำเสนอย่อมสิ้นความผูกพันไปโดยปริยายหรือสิ้นความผูกพันไปเอง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 357

²¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 352/2548, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 660/2551, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.173/2552, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.115/2556

²² คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ที่ 17/2550 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 251/2553

²³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 659/2551, คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 12/2552 และคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 7/2555

เมื่อผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการยื่นซองประกวดราคาหรือเข้าสู่ระบบประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) พร้อมกับได้มีการวางเงินหลักประกันของประกวดราคาหรือวางหลักประกันการเสนอราคาทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) ตามข้อ 54 และข้อ 166 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และตามเงื่อนไขของการประกวดราคา ในกรณีนี้จึงถือว่าผู้มีอาชีพหรือผู้ประกอบการได้แสดงเจตนาสนองรับคำสั่งเสนอของภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง เมื่อคำสั่งเสนอต้องตรงกันสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงานอันเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักก็เกิดขึ้นสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด²⁴ ซึ่งได้มีคำวินิจฉัยสรุปได้ว่า ประกาศประกวดราคาหรือประกาศประมูลการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากจะมีลักษณะเป็นคำสั่งซื้อเชิญให้ผู้มีอาชีพทำคำสั่งเสนอแล้ว ยังมีลักษณะเป็นคำสั่งเสนอให้ผู้ที่จะเข้าเสนอราคาปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเสนอราคาที่กำหนดไว้ด้วย และเมื่อผู้มีอาชีพที่เกี่ยวข้องตกลงยินยอมผูกพันตามประกาศประมูลการซื้อหรือจ้างดังกล่าวด้วยการเข้าเสนอราคา จัดทำหนังสือเงื่อนไขการซื้อหรือจ้างด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์และยื่นหลักประกันของต่อหน่วยงานทางปกครอง จึงถือว่าผู้มีอาชีพได้แสดงเจตนาสนองรับคำสั่งเสนอของภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ก่อให้เกิดสัญญาหลักประกันของหรือสัญญาจะเข้าร่วมประมูลงาน ในขณะเดียวกันก็เป็นคำสั่งเสนอตามสัญญาหลักด้วย กล่าวคือ เมื่อซองประกวดราคาหรือใบเสนอราคาไปถึงหน่วยงานของรัฐ ผู้ประกาศประกวดราคาย่อมถือว่า มีผลเป็นคำสั่งเสนอตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 แล้ว

ในกรณีที่ผู้เสนอราคาได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ชนะการประกวดราคาไม่มาทำสัญญาซื้อจ้างกับหน่วยงานของรัฐตามที่ได้แจ้งกำหนดเวลาไว้ หรือมิได้มอบหลักประกันสัญญาตามที่ได้กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคา ถึงแม้ก่อนที่จะมีการทำสัญญาหลักหรือสัญญาซื้อจ้างพัสดุเป็นหนังสือ ยังไม่มีสัญญาซื้อจ้างดังกล่าว คู่กรณียังไม่มีผูกพันหรือจะเรียกร้องให้มีการรับผิดชอบตามสัญญาหลักกันยังมิได้ แต่หน่วยงานของรัฐสามารถเรียกร้องให้รับผิดชอบตามสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ ซึ่งถือเป็นสัญญาก่อนสัญญาหลักได้ และคู่สัญญาสัญญาประกวดราคาซึ่งเป็นหน่วยงานผู้ประกาศประกวดราคาไม่อาจบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายผู้เสนอราคาให้มาทำสัญญาหลักหรือสัญญาซื้อจ้างพัสดุ แต่มีสิทธิบังคับเอาหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาโดยการยึดหรือริบหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้ำประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนอื่น ๆ นอกเหนือจากหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาได้อีกด้วย ตามที่กำหนดไว้ในใบเสนอราคาซื้อจ้างหรือใบเสนอราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) ซึ่งถือว่าส่วนหนึ่งของสัญญาประกวดราคาหรือข้อตกลงในการประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ

แม้คำสั่งริบเงินหลักประกันของหรือหลักประกันการเสนอราคาดังกล่าว จะมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีสิทธิเสนอราคาก็ตาม ซึ่งเหมือนว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามคำนิยามในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่คำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาไม่ได้มีการใช้หรือฐานแห่งการใช้อำนาจตามกฎหมายแต่อย่างใด จึงพิจารณาได้ว่าคำสั่งริบหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐหรือหน่วยงานทางปกครองผู้ดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างมิใช่คำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เมื่อผู้ยื่นข้อเสนอ หรือผู้เสนอราคา หรือผู้ให้บริการกระทำผิดสัญญาประกวดราคา หน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาย่อมมีสิทธิริบหลักประกันการเสนอราคาตามสัญญาประกวดราคาหรือข้อตกลงในการประกวดราคา

²⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 658/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 521/2553

4. ข้อเสนอแนะ

1) ในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการวางหลักประกันการเสนอราคา หากนำหลักการในเรื่องของคำเสนอสนอง ซึ่งอยู่ในหลักกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เข้ามาพิจารณาปรับใช้ก็ทำให้ทราบว่า หลักประกันการเสนอราคามีสถานะเป็นสัญญา

2) การซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาหรือด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) หากผู้ที่ได้รับคัดเลือกหรือผู้ชนะการประกวดไม่ยอมเข้าทำสัญญาภายในกำหนด หรือมิได้มอบหลักประกันสัญญา ถือได้ว่ากระทำผิดสัญญาประกวดราคาหรือสัญญาหลักประกันของ ซึ่งใบเสนอราคาซื้อจ้างหรือใบเสนอราคาซื้อจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-bidding) และเอกสารประกาศเชิญชวนได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐ มีสิทธิรับหลักประกันการเสนอราคาจากผู้เสนอราคาหรือผู้ค้ำประกันได้ และยังมีสิทธิเรียกค่าเสียหายอื่นได้อีกด้วย

3) หน่วยงานของรัฐจะต้องคืนหลักประกันการเสนอราคาให้แก่ผู้ยื่นข้อเสนอหรือผู้ค้ำประกันการเสนอราคา ภายใน 15 วัน นับถัดจากวันที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาเห็นชอบรายงานผลคัดเลือกผู้ชนะการซื้อหรือจ้างเรียบร้อยแล้ว เว้นแต่ผู้ยื่นข้อเสนอรายที่คัดเลือกไว้ซึ่งเสนอราคาต่ำสุดไม่เกิน 3 ราย จะคืนให้ต่อเมื่อได้ทำสัญญาหรือข้อตกลง หรือได้พ้นจากข้อผูกพันแล้ว ตามข้อ 170 วรรคแรก (1) ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หากฝ่าฝืนระเบียบดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด

4) แม้คำสั่งรับเงินหลักประกันการเสนอราคาจะมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้มีสิทธิเสนอราคาก็ตาม ซึ่งเหมือนว่ามีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่คำสั่งรับหลักประกันการเสนอราคาของหน่วยงานภาครัฐผู้ดำเนินการประกวดราคาไม่ได้มีการใช้หรือฐานแห่งการใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาสามารถฟ้องคดีได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งก่อน

คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

1. วัตถุประสงค์

เพื่อสนับสนุนนักศึกษา อาจารย์ ข้าราชการ และนักวิชาการทั่วไปในการนำเสนอและเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงศาสตร์อื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายกับการพัฒนา สังคมวิทยา กฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ และนิติปรัชญา เป็นต้น

2. กำหนดการตีพิมพ์

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์ผลงานวิชาการ ที่เขียนขึ้นโดยบุคลากร ทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย โดยจัดพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ราย 6 เดือน ดังนี้

ฉบับที่ 1/... เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2/... เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

3. คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

1.1 ใช้รูปแบบการเขียนและภาษาที่เหมาะสมกับลักษณะของบทความทางวิชาการอันเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไป ไม่มีการคัดลอกผลงานของผู้อื่น และมีการตรวจทานต้นฉบับทั้งในส่วนของรูปแบบการเขียน รูปแบบการอ้างอิง การสะกดคำ และไวยากรณ์แล้วเป็นอย่างดี

1.2 จัดพิมพ์บทความด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยใช้ขนาดกระดาษ A4 แบบหน้าเดียว ความยาวไม่เกิน 25 หน้า เว้นระยะห่างจากขอบบน 1 นิ้ว ขอบซ้าย 1 นิ้ว ขอบขวา 1 นิ้ว และขอบล่าง 1 นิ้ว ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK เว้นวรรคบรรทัดเดียว (Single-line spacing) โดยผู้เขียนสามารถใช้แบบฟอร์มของวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ซึ่งสามารถดาวน์โหลดได้ที่ law.nida.ac.th/journal

1.3 องค์ประกอบของบทความต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1.3.1 ชื่อเรื่อง (Title)

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 18 พอยต์ ตัวหนา

1.3.2 ชื่อ นามสกุล ผู้เขียน (Author) และสังกัด/หน่วยงาน

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวเอียง ในส่วนของชื่อสถานที่ทำงาน หน่วยงาน หรือที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้ให้พิมพ์ไว้ในเชิงบรรทัดแรก ของบทความ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 14 พอยต์

1.3.3 บทคัดย่อ (Abstract)

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยอธิบายเป็นเรียงความย่อหน้าเดียวที่มีใจความครบถ้วน

อันประกอบด้วย วัตถุประสงค์ ความสำคัญของบทความ และบทสรุป

ชื่อหัวข้อของบทคัดย่อ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทคัดย่อ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Abstract”

1.3.4 คำสำคัญ (Keyword)

จำนวน 3-5 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

ชื่อหัวข้อของคำสำคัญ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “คำสำคัญ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Keywords”

1.3.5 บทนำ (Introduction)

ชื่อหัวข้อของบทนำ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทนำ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Introduction”

1.3.6 เนื้อหา ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

1.3.7 บทสรุป ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

4. รูปแบบการอ้างอิง (เชิงบรรณ)

วิธีการอ้างอิงประยุกต์จากแบบ The Oxford Standard for Citation of Legal Authorities (OSCOLA) (ที่มา: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf) ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 14 พอยต์ ยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

หนังสือ

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่ง,/ชื่อหนังสือ/(พิมพ์ครั้งที่,/สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์)/หน้าที่อ้างอิง.

บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2560) 123.

ภาษาอังกฤษ

author,/title/(additional information,/edition, publisher/year)หน้าที่อ้างอิง.

Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd edn, OUP 2004) 317.

บทความ

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่งบทความ,/‘ชื่อบทความ’/(ปีที่พิมพ์)/ฉบับที่/ชื่อวารสาร/หน้าแรกของบทความ,/หน้าที่อ้างอิง (ถ้ามี).

มนตรี เกิดมีมูล, ‘ความพร้อมของข้าราชการไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน’ (2560) 57
วารสารพัฒนบริหารศาสตร์ 152, 158-159.

ภาษาอังกฤษ

author,/‘title’/(year)/volume/journal name or abbreviation/first page of article,/referred page(s).

Alison L Young, ‘In Defence of Due Deference’ (2009) 72 MLR 554, 556-557.

บทความจากหนังสือรวบรวมบทความ**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่งบทความ, / ‘ชื่อบทความ’ / ใน / ชื่อผู้รวบรวมบทความ, *ชื่อหนังสือ* / (พิมพ์ครั้งที่, / สำนักพิมพ์ / ปีที่พิมพ์) / หน้าที่อ้างอิง.

สุดิตต์ วงษ์เทศ, ‘ประวัติศาสตร์ไทยเป็นส่วนหนึ่งที่แยกไม่ได้ของประวัติศาสตร์สุวรรณภูมิในอาเซียน’ ใน พิพัฒน์ กระแจะจันทร์, *ยุคมืดของประวัติศาสตร์ไทย หลังบายน พุทธเถรวาท การเข้ามาของคนไท* (สำนักพิมพ์มติชน 2559) 123.

ภาษาอังกฤษ

author, / ‘title’ / in editor (ed), / book title / (additional information, / publisher / year) / referred page(s).

Justine Pila, ‘The Value of Authorship in the Digital Environment’ in William H Dutton and Paul W Jeffreys (eds), *World Wide Research: Reshaping the Sciences and Humanities in the Century of Information* (MIT Press 2010) 23.

วิทยานิพนธ์**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่งวิทยานิพนธ์, / ‘ชื่อวิทยานิพนธ์’ / (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท-เอก, / ชื่อมหาวิทยาลัย / ปีที่สำเร็จการศึกษา)

นัทมน คงเจริญ, ‘การใช้กฎหมายเพื่อการอนุรักษ์ช้างในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2538)

ภาษาอังกฤษ

Author, / ‘title’ / (type of thesis, / university / year of completion)

Javan Herberg, ‘Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment’ (DPhil thesis, University of Oxford 1989)

เว็บไซต์**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่ง, / ‘ชื่อข้อความที่อ้าง’ / (แหล่งที่มา, วันเดือนปี ที่ลงบทความ) / <ชื่อเว็บไซต์> / สืบค้นวันที่

ปรีชา สุวรรณทัต, ‘Government Shutdown / การเมืองเรื่องการงบประมาณของสหรัฐฯ’ (แนวหน้า, 9 กุมภาพันธ์ 2561) <<http://www.naewna.com/politic/columnist/33994>> สืบค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2561

ภาษาอังกฤษ

Author,/'title'/(source/date of publication on the website) <web address> the date of most recent access

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (Naked Law, 1 May 2009)
<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009

หนังสือพิมพ์**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่ง,/'ชื่อบทความในหนังสือพิมพ์' ชื่อหนังสือพิมพ์ (เมืองที่พิมพ์, วันที่เผยแพร่) <ชื่อเว็บไซต์>/สืบค้นวันที่

สุจิตต์ วงษ์เทศ, 'พลังสร้างสรรค์ ถูกทำให้ฟ่อ ด้วยพลังของความเป็นไทย' หนังสือพิมพ์มติชน,
(กรุงเทพมหานคร, 21 พฤษภาคม 2561) <https://www.matichon.co.th/article/news_969609>
สืบค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2561

ภาษาอังกฤษ

Author,/'title'/(the name of the newspaper/date of publication on the website) <web address>
the date of most recent access

Jane Croft, 'Supreme Court Warns on Quality' Financial Times (London, 1 July 2010) 3

การอ้างซ้ำ**1. ในกรณีที่ไม่มีเชิงอรรถอื่นมาก่อน**

- 1.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้ เพ็งอ้าง
(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

3/เพ็งอ้าง

- (ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

3/เพ็งอ้าง 33-35.

- 1.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้ ibid

- (ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

3/ibid

(ข) กรณีหน้าที่อ้างอิงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

3/ibid 33-35.

2. กรณีการอ้างอิงที่มีมาก่อนและมีเชิงอรรถมาคั่น

2.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้
ชื่อผู้แต่ง/(n/เชิงอรรถที่อ้างอิงถึง) หน้าที่อ้างอิง

มนตรี เกิดมีมูล (n 19) 155.

2.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้
Author' surname,/the title of the work (n footnote which is first cited)

35 Ashworth, 'Testing Fidelity to Legal Values' (n 27) 635-37.

5. วิธีการส่งบทความเพื่อตีพิมพ์

ผู้เขียนสามารถส่งบทความผ่านระบบ ThaiJO (Thai Journal Online)
www.tci-thaijo.org/index.php/nitipat/index ในรูปแบบของไฟล์ Word

6. เงื่อนไขการตีพิมพ์

บทความหรือผลงานวิชาการจะต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์และไม่เคยเผยแพร่ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารฉบับอื่น บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ต้องผ่านการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของบรรณาธิการและกองบรรณาธิการ โดยผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด



ใบสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า

ชื่อผู้สั่งซื้อ/สมาชิก.....
 จัดส่งวารสารที่ บ้านเลขที่.....ซอย.....ถนน.....
 แขวง.....เขต.....จังหวัด.....
 รหัสไปรษณีย์.....E-mail.....
 โทรศัพท์.....มือถือ.....

ขอสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ดังนี้

- สมัครสมาชิก/ต่ออายุสมาชิกวารสาร (ปีละ 300 บาท/2 ฉบับ) เป็นเงิน.....บาท
- กำหนดเวลา.....ปี
- เริ่มฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ.ถึงฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ.....
- ซื้อวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า รวมเป็นเงิน.....บาท
- ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน 2563 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม
- ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม 2563 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม

โดยชำระเงิน:

- เงินสด
- โอนเงินเข้าบัญชี โครงการวารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ “นิติพัฒน์ นิต้า”
 ธนาคารกรุงเทพ เลขที่ 944-0-10841-4 สาขา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กรุณานแนบเอกสารการโอนเงินและส่งกลับมาที่
 กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า
 คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
 เลขที่ 118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
 โทรศัพท์ 0 2727 3660 โทรสาร 0 2374 4731
 E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th
 Website: law.nida.ac.th/journal

- ข้าพเจ้ายินยอมให้กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของข้าพเจ้า เพื่อวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการสั่งซื้อ/สมัครสมาชิก วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า นั้นเท่านั้น ทั้งนี้ ข้าพเจ้าเข้าใจดีว่า สามารถถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้ โดยส่งข้อความไปยัง nitipat_lawjournal@nida.ac.th

ลงชื่อ.....
 (.....)
/...../.....

บทความ

หน้าที่ให้ความร่วมมือของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ
กับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

นภาพร เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา

อาชญากรรมคอปกเลื้อยขาว: แนวทางการป้องกันและดำเนินคดี
ภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

อนุวัฒน์ งามประเสริฐกุล

โครงสร้างทางกฎหมายของประเทศไทยในการจัดการปัญหา
หนี้เสียของธนาคาร: ประสิทธิภาพของกฎหมายในการป้องกัน
วิกฤตทางการเงิน

ศวีริกา สีสุธานนท์

ปัญหาในการกำหนดหลักเกณฑ์ของโครงการ กิจการ
หรือการดำเนินการ ซึ่งต้องจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบ
สิ่งแวดล้อม ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพ
สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561

จรัญจิง นະแส

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันการเสนอราคา
ในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

เขาวลีต จันมณี



กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Tel: 02-727-3660 Fax: 02-374-4731

E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th

Website: law.nida.ac.th/journal