



วารสาร

บัณฑิตกฎหมายเพื่อการพัฒนา

Law for Development Graduate Journal

ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (ตุลาคม 2567 - มีนาคม 2568)



วารสารบัณฑิตกฎหมายเพื่อการพัฒนา

ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 ตุลาคม 2567 - มีนาคม 2568

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



Law for Development Graduate Journal

Volume 2 No. 1 October 2024 – March 2025

Graduate School of Law

National Institute of Development Administration

วารสารบัณฑิตกฎหมายเพื่อการพัฒนา

ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 ตุลาคม 2567 - มีนาคม 2568

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองบรรณาธิการ

ประภัตรา ปักกัตตั้ง สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รองศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.นิรมัย พิศแข มั่นจิตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ศาลปกครอง

ดร.สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ ศาลยุติธรรม

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สโรชนี ศิริวัฒนา สมาคมนักศึกษาเก่าคณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้อำนวยการโครงการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธนัทเทพ เขียรประสิทธิ์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองจัดการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีทัต ขวี่จินดา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้ช่วยบรรณาธิการและผู้ประสานงานวารสาร

วรลักษณ์ สมคำ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Law for Development Graduate Journal

Volume 2 No. 1 October 2024 – March 2025

วัตถุประสงค์และขอบเขตการดำเนินงานของวารสาร

วารสารบัณฑิตกฏหมายเพื่อการพัฒนา (Law for Development Graduate Journal) จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นวารสารที่ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ได้แก่ ฉบับที่ 1: กันยายน - มีนาคม และฉบับที่ 2: เมษายน - กันยายน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่องค์ความรู้ผลงานทางวิชาการและผลงานวิจัยทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงกฎหมายเพื่อการพัฒนา สังคมวิทยา กฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ นิติปรัชญา และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย และเพื่อพัฒนาคุณภาพงานตีพิมพ์วารสารให้เป็นไปตามมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับประเทศและระดับสากล

ประเภทของผลงานวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ ได้แก่ บทความวิจัย และบทความวิชาการ โดยบทความจะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ซึ่งมีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินในแบบลับในลักษณะ double-blinded ซึ่งบทความต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน การเผยแพร่วารสารบัณฑิตกฏหมายเพื่อการพัฒนา จะเป็นการเผยแพร่ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ เว็บไซต์คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และเว็บไซต์ของระบบ Thai Journal Online (ThaiJO)

เจ้าของ:	คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
สถานที่ติดต่อ	อาคารบุญชนะ อตถากร ชั้น 5 เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240
โทร.	0 2727 3754
E-mail:	lawfordev_gradj@nida.ac.th

บทความหรือข้อความความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารบัณฑิตกฏหมายเพื่อการพัฒนา เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนแต่ละท่านโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

บทบรรณาธิการ

วารสารบัณฑิตศึกษาเพื่อการพัฒนาฉบับนี้เป็นฉบับที่ 1 ของปีที่ 2 ซึ่งตีพิมพ์ระหว่างเดือนตุลาคม 2567 – มีนาคม 2568 วารสารฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นพื้นที่ทางวิชาการในการนำเสนอผลการศึกษาและความเห็นทางวิชาการ ทั้งในรูปแบบของบทความวิชาการและบทความวิจัยของนักศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษาและนักวิชาการทั่วไป โดยยึดแนวทางตามมาตรฐานการวิจัยทางกฎหมายที่ได้รับการยอมรับ อาทิ หลักเกณฑ์และรูปแบบในการนำเสนอบทความและการอ้างอิงเอกสารตามแนวทางของมหาวิทยาลัยชั้นนำและวารสารทางกฎหมายระดับชาติและระดับนานาชาติ ตลอดจนการศึกษาลักษณะกฎหมายที่เชื่อมโยงกับแนวคิดและแนวทางการวิเคราะห์หัตถ์เป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อเสริมสร้างความหนักแน่นทางวิชาการและความน่าเชื่อถือของบทความที่นำเสนอ โดยมุ่งหวังที่จะก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้และกระตุ้นให้เกิดการพัฒนากฎหมายที่สามารถตอบสนองต่อบริบทของสังคมไทยและสังคมโลกที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างต่อเนื่อง

ทั้งนี้ วารสารบัณฑิตศึกษาเพื่อการพัฒนาฉบับนี้ ได้รวบรวมบทความวิชาการและบทความวิจัย จำนวน 5 เรื่องที่ครอบคลุมประเด็นสำคัญทางกฎหมายของไทย ดังต่อไปนี้

บทความแรก เรื่อง การใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 บทความนี้ศึกษาถึงข้อกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ ซึ่งเป็นประเด็นที่ท้าทายต่อหลักสิทธิมนุษยชนและความสมดุลระหว่างความปลอดภัยของสังคมกับสิทธิของนักโทษ

บทความที่สอง เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเรื่องความรับผิดในสัญญาที่ยังไม่เกิด บทความนี้วิเคราะห์ประเด็นความรับผิดในสัญญาที่อยู่ในระยะก่อนก่อให้เกิดภาระผูกพันทางกฎหมาย โดยเน้นการศึกษาภายใต้แนวคิดทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึงเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

บทความที่สาม เรื่อง กลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา : ศึกษาความเหมือนและความแตกต่างในบริบทของกฎหมายไทย ซึ่งบทความฉบับนี้สำรวจแนวคิดและข้อแตกต่างระหว่างความผิดฐานฉ้อฉลและฉ้อโกงในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย โดยอ้างอิงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนบทบัญญัติทางกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน

บทความที่สี่ เรื่อง การประยุกต์ใช้หลัก *Rebus Sic Stantibus* ในกฎหมายไทย เพื่อบรรเทาภาระหนี้ของคู่สัญญาในวิกฤตการณ์อันไม่คาดคิด บทความนี้ศึกษาหลัก *Rebus Sic Stantibus* ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายแพ่งที่ว่าด้วยการปรับเปลี่ยนหรือบรรเทาภาระหนี้ของคู่สัญญาเมื่อเกิดสถานการณ์ที่ไม่คาดคิด โดยวิเคราะห์ถึงศักยภาพในการนำหลักการนี้มาใช้ในระบบกฎหมายไทย

บทความที่ห้า เรื่อง การคุ้มครองสิทธิของแรงงานไรเดอร์ บทความนี้มุ่งเน้นศึกษาประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิแรงงานของพนักงานส่งอาหาร (ไรเดอร์) ซึ่งเป็นแรงงานในเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม โดยพิจารณาทั้งในมิติของกฎหมายแรงงานไทยและแนวปฏิบัติสากล และแนวทางการพัฒนามาตรการและกลไกกฎหมายไทยในการคุ้มครองสิทธิแรงงานตามรูปแบบของกฎหมายต่างประเทศ

กองบรรณาธิการคาดหวังว่า วารสารฉบับนี้จะส่งเสริมการศึกษาทางกฎหมายและเป็นประโยชน์ต่อผู้สนใจไม่ว่าจะเป็นนักวิชาการ นักกฎหมาย ผู้กำหนดนโยบาย หรือประชาชนทั่วไปที่สนใจในประเด็นเหล่านี้ การเข้าใจ

และตระหนักถึงประเด็นเหล่านี้จะช่วยส่งเสริมการพัฒนากฎหมาย ให้สามารถตอบสนองต่อปัญหาสังคม ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยอาศัยแนวคิดทางนิติศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้หลักนิติรัฐ หลักความสมดุลระหว่าง สิทธิและหน้าที่ของรัฐและเอกชน ตลอดจนแนวคิดทางกฎหมายเชิงเปรียบเทียบ เพื่อให้เกิดการปรับใช้กฎหมาย ที่เหมาะสมกับบริบทของสังคม และนำไปสู่สังคมที่มีความเป็นธรรมและยั่งยืนมากยิ่งขึ้น

บรรณาธิการวารสาร

สารบัญ

การใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565	1
<i>สมประสงค์ ตราทอง</i>	
ปัญหาทางกฎหมายเรื่องความรับผิดในสัญญาที่ยังไม่เกิด	16
<i>กชมน กิตติโชควัฒนา</i>	
กลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา : ศึกษาความเหมือนและความแตกต่างในบริบทของกฎหมายไทย	32
<i>พระมหาสุชน นาลี</i>	
การประยุกต์ใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ในกฎหมายไทย เพื่อบรรเทาภาระหนี้ของคู่สัญญาในวิกฤตการณ์อันไม่คาดคิด	45
<i>ก้องพัฒน์ แสงโทโพธนารัตน์</i>	
การคุ้มครองสิทธิของแรงงานไรเตอร์	61
<i>เบญจรัตน์ กาฬสินธุ์</i>	

การใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดตามมาตรา 28

แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ

ในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565

The implementation of Post-release Detention Measures for Prisoners

According to Section 28 of the Preventive Measures of Recidivism in Sexual or Violent Offenses Act, B.E.2565 (2022)*

สมประสงค์ ตราทอง**

Somprasong Trathong

บทคัดย่อ

เนื่องจากกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่เพียงพอที่จะนำผู้กระทำความผิดในคดีเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรงที่กระทำความผิดเป็นครั้งแรก หรือหลังผู้กระทำความผิดซ้ำและคาดการณ์จากพฤติการณ์เหตุอันควรเชื่อว่ามีโอกาสจะออกไปกระทำความผิดซ้ำซึ่งอาจส่งผลให้เกิดความเสี่ยงต่อความปลอดภัยของสังคมส่วนรวม และผู้เสียหาย ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 เพื่อแก้ไขปัญหาคriminal recidivism อย่างไรก็ตามเมื่อผู้วิจัยได้ศึกษาวิเคราะห์มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดตามมาตรา 28¹ ของพระราชบัญญัตินี้แล้วพบว่า มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ได้แก่ 1) ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ ซึ่งเป็นมาตรการที่จำกัดเสรีภาพนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ 2) ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ อาจขัดกับหลักที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว จากการศึกษาพบว่าคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee) ได้ทำความเห็น (General Comment) ไว้ในหมายเลข 35 ย่อหน้าที่ 21 ว่า เมื่อโทษทางอาญาประกอบด้วยช่วงเวลาที่มีการลงโทษตามด้วยช่วงเวลาที่ไม่ใช่การลงโทษ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องความปลอดภัยของบุคคลอื่น เมื่อระยะเวลาการจำคุกตามโทษลงโทษเสร็จสิ้นลง เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนของการกักขังเพิ่มเติมจะต้องมีเหตุผลที่น่าเชื่อถือจากความร้ายแรงของอาชญากรรมที่กระทำ และความเป็นไปได้ที่ผู้ต้องขังจะกระทำอาชญากรรมในอนาคต ควรใช้การกักขังเช่นนี้เป็นมาตรการสุดท้ายเท่านั้น สภาพการกักขังเช่นนี้จะต้องแตกต่างจากสภาพของนักโทษที่รับโทษทางอาญา หากนักโทษได้รับโทษตามที่กำหนดไว้ในขณะ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการค้นคว้าอิสระ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่: 25/38 หมู่บ้านมหาชัยเมืองทอง หมู่ 3 ซอย 1 ตำบลบางหญ้าแพรก อำเภอมะเข็ญ จังหวัดสุรินทร์ 74000 E-mail: s.trathong@gmail.com

¹ พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 139, ตอน 66 ก, (25 ตุลาคม 2565) 15.

ตัดสิทธิขอรับประกันแล้ว มาตรา 9 และ 15 ห้ามการเพิ่มโทษย้อนหลัง² จากการศึกษาครั้งนี้จึงเสนอให้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของนักโทษเด็ดขาดกับการคุ้มครองความปลอดภัยของสังคมส่วนรวม ดังนี้

1) แก้ไขนิยามของ “คุมขัง” เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565

2) แก้ไขชื่อหมวด 5 จาก “มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ” เป็น “มาตรการคุมขังเพื่อความปลอดภัยภายหลังพ้นโทษ”

3) เพิ่มบทบัญญัติมาตรา 28 วรรคสอง คือ “ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้กับนักโทษเด็ดขาดที่ในระหว่างต้องโทษจำคุกนั้นได้รับโทษเต็มคำพิพากษา” เพื่อแก้ปัญหากฎหมายกรณีการลงโทษหลายครั้ง สำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียวกัน เนื่องจากระยะเวลาต้องโทษเต็มคำพิพากษายาวนานกว่า 3 ปี และไม่เป็นการเพิ่มโทษย้อนหลัง

คำสำคัญ: การกระทำความผิดซ้ำ, สิทธิและเสรีภาพ, มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ

² UN Human Rights Committee (HRC), ‘General comment no. 35, Article 9 (Liberty and security of person), CCPR/C/GC/35,’ (Refworld, 16 December 2014, <<https://www.refworld.org/legal/general/hrc/2014/en/104763>> accessed 23 June 2024.

Abstract

The existing legal framework in Thailand has been deemed insufficient in addressing the risks posed by first-time offenders and recidivists in sexual and violent offenses. The enactment of the Measures for the Prevention of Repeat Offenses in Sexual or Violent Crimes Act B.E. 2565 (2022) aims to mitigate recidivism risks and enhance public safety. However, an analysis of Section 28, which authorizes post-sentence detention of convicted offenders, reveals legal concerns regarding its impact on fundamental rights and freedoms. The study identifies two primary legal issues: (1) the restriction of liberty through post-sentence detention, which extends beyond the originally imposed criminal penalty, and (2) potential conflicts with the principle that an individual shall not be punished multiple times for the same offense. The UN Human Rights Committee's General Comment No. 35, Paragraph 21, states that if a detention period follows a criminal sentence for public protection purposes, it must be justified by the gravity of the crime and the likelihood of reoffending, and it must be used as a last resort. Furthermore, such detention must be distinct from punitive imprisonment, and any additional restrictions beyond the original sentence must comply with Articles 9 and 15 of the ICCPR, which prohibit retroactive penalties. In response, this study proposes legislative amendments to balance offender rights with public safety:

(1) revising the definition of “detention” to align with Section 34,

(2) renaming Chapter 5 from “post-release detention measures” to “post-release detention measures for safety,” and

(3) adding a new paragraph to Section 28 to exclude cases where the offender has fully served the sentence imposed by the court to prevent multiple punishments for the same offense.

Keywords: repeat offense, rights and freedoms, post-release detention measures

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันประเทศไทยมีปัญหาอาชญากรรมเพิ่มมากขึ้น และเป็นที่น่าสังเกตว่าผู้กระทำความผิดอาญาที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นผู้กระทำความผิดที่เพิ่งกระทำความผิดอาญาเป็นครั้งแรก และยังมีผู้กระทำความผิดอาญาอีกเป็นจำนวนมากที่เคยมีประวัติการกระทำความผิดอาญามาก่อนแล้วถูกจับกุมดำเนินคดีอาญาซ้ำอีก จากสถิติจำนวนผู้ต้องขังในปี พ.ศ. 2564 มีจำนวน 285,166 ราย, ปี พ.ศ. 2565 จำนวน 260,754 ราย, ปี พ.ศ. 2566 จำนวน 271,760 ราย³ บางรายมีประวัติการกระทำความผิดอาญาซ้ำเป็นจำนวนมากตั้งแต่ยังเป็นวัยรุ่นจนเข้าสู่วัยกลางคน บางรายถูกจับกุมมาดำเนินคดีแล้วได้รับการประกันตัวไปในชั้นพิจารณา แต่ก็กลับไปกระทำความผิดซ้ำอีกในระหว่างได้รับการประกันตัวโดยเฉพาะในคดียาเสพติด ซึ่งสาเหตุของการกระทำผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดกฎหมายในประเทศไทยประกอบด้วยสาเหตุหลัก 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก สาเหตุทางสังคม เช่น ปัญหาครอบครัว การศึกษา การว่างงาน การติดยาเสพติด การเลียนแบบพฤติกรรม และปัญหาด้านทัศนคติส่วนบุคคลอื่น ๆ ประการที่สอง จากปัญหาในกระบวนการยุติธรรมในประเทศไทยที่ไม่สามารถดำเนินการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดได้อย่างเต็มที่อันเนื่องมาจากปัญหาทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดวัตถุประสงค์ และกระบวนการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในกระบวนการยุติธรรม การกำหนดโทษที่ไม่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดไม่ได้รับโทษเต็มตามคำพิพากษา เนื่องจากได้รับการพักการลงโทษ ลดวันต้องโทษ หรือได้รับพระราชทานอภัยโทษ ซึ่งทุกปัญหาเมื่อเกิดขึ้นร่วมกันแล้ว ย่อมส่งผลให้กระบวนการยุติธรรมในประเทศไทยไม่เป็นไปตามทฤษฎีทัณฑ์วิทิตา กล่าวคือ การดำเนินการควบคุมตัวผู้กระทำความผิด พยายามมุ่งเน้นอบรมแก้ไขให้กลับตัวเป็นคนดีหลังจากพ้นโทษเมื่อกลับคืนสู่สังคม⁴ และส่งผลต่อเนื่องไปถึงการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดในประเทศไทย⁵ จะเห็นได้ว่าปัญหาการกระทำความผิดซ้ำในประเทศไทย จึงเป็นปัญหาทั้งในทางสังคมและปัญหาจากกระบวนการยุติธรรมที่ยังไม่สามารถช่วยแก้ไขปัญหาอาชญากรรม ในทางกลับกันอาจกลายเป็นช่วยซ้ำเติมปัญหาให้เลวร้ายมากยิ่งขึ้นหากไม่ได้รับการแก้ไขปรับปรุง นอกเหนือไปจากการแก้ไขปัญหาทางสังคมและเศรษฐกิจ

ปัญหาผู้กระทำความผิดซ้ำเป็นประเด็นที่พบได้ในหลายประเทศ รวมถึงสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาตรการกักกัน (Preventive Detention) มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดที่มีแนวโน้มจะก่ออาชญากรรมร้ายแรงกระทำความผิดซ้ำอีก และประเทศญี่ปุ่นได้มีการพัฒนากฎหมายเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ โดยมุ่งเน้นหลักการทางทัณฑ์วิทิตา เช่น การป้องกันปราม และตัดโอกาสกระทำความผิดด้วยการกำหนดโทษจำคุกระยะยาวหรือไม่มีกำหนดสำหรับผู้กระทำความผิดซ้ำ และไม่อนุญาตให้พักการลงโทษเพื่อแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมในระยะยาว ทั้งนี้แนวทางดังกล่าวให้ความสำคัญกับการป้องกันสังคมให้มีความปลอดภัย และการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำมากกว่าการให้ความสำคัญกับโทษที่ได้สัดส่วนกับการกระทำความผิด และการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด⁶

ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดในคดีอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรง เช่น เป็นผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นการฆาตกรรม ช่มชู้กระทำความผิด ลักพาตัวเรียกค่าไถ่ การปล่อยตัวแบบ

³ รายงานสถิติผู้ต้องราชทัณฑ์, 'สถิติจำนวนผู้ต้องขัง พ.ศ. 2533 ถึง พ.ศ. 2566' (กรมราชทัณฑ์) <<http://www.correct.go.th/stathomepage/>> สืบค้นวันที่ 4 ตุลาคม 2567.

⁴ ประเทือง ธนิยผล, *อาชญาวิทยาและทัณฑ์วิทิตา*, (พิมพ์ครั้งที่ 3, มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2548) 134.

⁵ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 'มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำของผู้กระทำความผิดอุกฉกรรจ์ที่ใช้ความรุนแรง' (2564) 5 วารสารจตุลนิตี 1, 1.

⁶ สุพิชฌาย์ ศิริวัฒนา สีสะสิทธิ์, 'แนวทางที่เหมาะสมในการลงโทษและแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดซ้ำในกระบวนการยุติธรรมไทย' (วิทยานิพนธ์ปริญญาเอก, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2558).

“พ้นแล้วพ้นเลย” ย่อมสร้างความเสี่ยงให้กับชุมชน และสังคมที่จะต้องเผชิญกับความเสี่ยงในการที่นักโทษเหล่านี้จะไปกระทำความผิดซ้ำ ภาครัฐจึงได้ตราพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 ขึ้น กฎหมายฉบับดังกล่าวมุ่งเน้นการปรับเปลี่ยนแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเฉพาะราย และบำบัดเยียวยาอาการเจ็บป่วยทางจิตโดยมีมาตรการสอดคล้องกับแนวทางกฎหมายต่างประเทศหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้ศาลสามารถกำหนดมาตรการแก้ไขฟื้นฟูบำบัด ให้ใช้การบำบัดทางการแพทย์ ซึ่งขึ้นอยู่กับความยินยอมของผู้กระทำความผิด การควบคุมสอดส่องเฝ้าระวังหรือคุมขังหลังพ้นโทษ มาตรการเฝ้าระวังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ เช่น ห้ามทำกิจกรรมที่เสี่ยงต่อการกระทำความผิด ห้ามเข้าเขตกำหนด ให้พักอาศัยในสถานที่ที่กำหนด หรือให้ใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ติดตามตัวในการเฝ้าระวัง มาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเฉพาะราย มาตรการทางการแพทย์ซึ่งจะทำได้เฉพาะเมื่อผู้กระทำความผิดยินยอม และมาตรการคุมขังฉุกเฉิน เป็นต้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาเชิงปรับพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดในระยะยาว เพื่อให้สามารถใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับบุคคลในสังคมได้อย่างปกติ⁷

จากการศึกษาเหตุ และปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดตามมาตรา 28⁸ แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 พบว่า มีประเด็นปัญหากฎหมาย 2 ประเด็นสำคัญดังนี้

1. การจำกัดเสรีภาพของนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ อันเนื่องมาจากมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของนักโทษเด็ดขาดที่ควรได้รับการปล่อยตัวเมื่อชดใช้โทษที่ได้รับครบถ้วนแล้ว อันขัดต่อหลักนิติธรรม และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่รับรองเสรีภาพและสิทธิของบุคคล

2. การลงโทษซ้ำสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว โดยการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา 28 อาจขัดกับหลักที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว (*Ne Bis in Idem*) ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 วรรคหนึ่ง⁹ ห้ามการจำกัดสิทธิเกินสมควรแก่เหตุ

แม้ว่ามาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 กำหนดให้ศาลสามารถออกคำสั่งคุมขังนักโทษที่พ้นโทษหากเห็นว่ามีความเสี่ยงในการกระทำความผิดซ้ำ แต่คำสั่งดังกล่าวตั้งอยู่บนการคาดการณ์ล่วงหน้าโดยปราศจากการกระทำผิดใหม่ จึงอาจเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และขัดต่อหลักนิติธรรม ทั้งยังสะท้อนถึงการใช้กฎหมายในลักษณะที่ขาดความสมดุลระหว่างการคุ้มครองสังคม และสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล

⁷ ที่ คย 016 /ว 365 ‘เรื่อง ข้อพิจารณาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565’ (สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม) <<https://jla.coj.go.th/th/content/category/detail/id/1602/iid/344684>> สืบค้นวันที่ 9 ตุลาคม 2566.

⁸ พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 139, ตอน 66 ก, (25 ตุลาคม 2565), 15.

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 134, ตอน 40 ก, (6 เมษายน 2560), 8.

2. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

ทฤษฎี และหลักการของกฎหมายอาญานั้น มีการแบ่งหรือกล่าวถึงในกรณีต่าง ๆ หลายประการ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการแบ่งหรือแบ่งเพื่อประโยชน์ในการศึกษา ซึ่งจะกล่าวถึงในส่วนที่สำคัญ อันเกี่ยวข้องกับงานเขียนครั้งนี้ได้แก่ “หลักความถูกต้องตามกฎหมาย” (The Principle of Legality) หลักทัณฑ์วิทยา หลักสิทธิมนุษยชน หลักนิติธรรม และหลักที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียวกัน

โดยหลักความถูกต้องตามกฎหมายยึดแนวคิดที่ว่า “ไม่มีความผิดถ้าไม่มีกฎหมาย” (*Nullum Crimen Sine Lege*) และ “ไม่มีโทษถ้าไม่มีกฎหมาย” (*Nullum Poena Sine Lege*) หลักนี้กำหนดให้การกระทำผิดหรืออาชญากรรมต้องได้รับการบัญญัติ และกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย โดยกฎหมายต้องถูกตราขึ้นอย่างถูกต้องตามอำนาจหน้าที่ของผู้มีอำนาจ และต้องเผยแพร่ให้ประชาชนทราบเพื่อให้เกิดความยุติธรรม และเป็นธรรมในสังคม โดยแนวความคิดดังกล่าวนี้มีรากฐานมาจากนักคิดในสมัยศตวรรษที่ 17 เช่น Beccaria, Voltaire, Rousseau, Diderot และมีการกำหนดหรือปรากฏขึ้นครั้งแรกในประมวลกฎหมายของปรัสเซีย (Prussian Penal Code) และต่อมา มีการกล่าวถึงในคำประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา และประกาศสิทธิพลเมืองของประเทศฝรั่งเศส (the Independence Declaration of United States (US 1776) and Declaration of the Rights of Man and Citizen, France (1789)¹⁰ จากแนวความคิดนี้ ผู้เขียนเห็นว่าพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับภายหลังการกระทำความผิด กล่าวคือ เมื่อมีผู้กระทำความผิดในฐานความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรงได้ถูกศาลพิพากษาจำคุกแล้ว และเมื่อเป็นนักโทษเด็ดขาดที่พ้นโทษแล้ว พระราชบัญญัติฉบับนี้จะถูกนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาเป็นนักโทษเด็ดขาดคนนั้นอีกครั้ง จึงถือว่าเป็นกฎหมายซึ่งใช้บังคับหลังกระทำความผิดมิใช่ขณะกระทำความผิด และการที่นักโทษเด็ดขาดเมื่อพ้นโทษแล้วต้องกลับมาถูกพิจารณาคดีอีกครั้งก่อนปล่อยตัวออกไปนั้น จักเห็นได้ว่าเมื่อนักโทษเด็ดขาดดังกล่าวยังมิได้กระทำความผิดซ้ำ การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาดังกล่าวย่อมทำให้เกิดการใช้กระบวนการนั้นอย่างเกินขีดความสามารถทั้งด้านคุณภาพและปริมาณ

นอกจากหลักความถูกต้องตามกฎหมายที่มุ่งเน้นการกำหนดความผิด และโทษตามกฎหมายแล้ว อีกหนึ่งหลักสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาคือ หลักทัณฑ์วิทยา (Penology) ซึ่งมุ่งศึกษาเกี่ยวกับแนวคิด วิธีการ และหลักการที่เกี่ยวข้องกับการลงโทษ และการปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำความผิด รวมทั้งการแก้ไขผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายให้กลับตนเป็นคนดี มีประโยชน์ต่อสังคม อันเป็นการป้องกันอาชญากรรม และป้องกันสังคมด้วย¹¹ หลักการนี้ไม่ได้มีเป้าหมายเพียงเพื่อกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิด แต่ยังให้ความสำคัญกับการป้องกันอาชญากรรม (Crime Prevention) โดยการควบคุมอาชญากรรมซึ่งการควบคุมโดยตรงประกอบไปด้วยการใช้มาตรการของการลดโอกาสในการกระทำความผิดอันได้แก่ 1) การป้องกันไม่ให้คนดีประกอบอาชญากรรม 2) การป้องกันไม่ให้บุคคลที่เคยกระทำความผิดกลับมากระทำความผิดซ้ำ 3) การป้องกันไม่ให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดมีโอกาสประกอบอาชญากรรมได้ โดยการลดโอกาสในการประกอบอาชญากรรมไม่เปิดโอกาสให้ผู้ร้ายสามารถลงมือกระทำความผิดได้¹² การป้องกันอาชญากรรมเป็นการคาดการณ์หรือ

¹⁰ สุพิศ ปราณีตพลกรัง, *หลักและทฤษฎีกฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 3, นิติธรรม 2566), 180-181.

¹¹ อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยา และทัณฑ์วิทยา* (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2566), 226.

¹² เพิ่งอ้าง 207-211.

ประเมินล่วงหน้าเกี่ยวกับโอกาสของการกระทำความผิด เพื่อเป็นการสกัดกั้นมิให้การกระทำความผิดใด ๆ ซึ่งสามารถลดอัตราการเกิดของอาชญากรรมลงได้¹³ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การป้องกันอาชญากรรมดังกล่าวข้างต้นสอดคล้องกับพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 มาตรา 28 ในการคาดการณ์ล่วงหน้า หากศาลเห็นว่ามีความผิดซ้ำในคดีเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความผิดซ้ำ ได้ให้อำนาจศาลในการมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ

นอกเหนือจากหลักการ และแนวคิดทางกฎหมายดังกล่าวแล้ว ยังมีทฤษฎีตัดโอกาสในการกระทำความผิด (Opportunity Theory) หลักการตัดโอกาสในการกระทำความผิดด้วยวิธีการจำคุก เป็นหลักการที่มีประสิทธิภาพอย่างเห็นได้ชัดในการป้องกันไม่ให้ผู้ที่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำในอนาคต และกำลังรับโทษจำคุกอยู่ไม่ทำให้สามารถกระทำความผิดได้ในระหว่างรับโทษ แต่ในความเป็นจริงแล้ว กระบวนการยุติธรรมใช้การประเมิน หรือคาดการณ์ว่าบุคคลใดยังอาจเป็นอันตรายต่อสังคมในอนาคต จึงกลายเป็นว่าในปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมกำลังลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดจำนวนมากที่ไม่เป็นอันตรายต่อสังคมหรือไม่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำอีกต่อไป ในขณะที่เดียวกันก็ปล่อยให้ผู้ที่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำ หรือยังมีความเป็นอันตรายต่อสังคมให้หลุดรอดไปจากโทษจำคุก ทฤษฎีตัดโอกาสในการกระทำความผิดเป็นทฤษฎีที่ไม่เป็นธรรม และเป็นการสูญเสียเวลาไปโดยไม่มีประโยชน์ในแง่การจำคุกผู้ที่ไม่มีความผิดซ้ำ หรือไม่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิด หรือไม่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำอีกต่อไป¹⁴ ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ว่าทฤษฎีตัดโอกาสในการกระทำความผิดจะยังคงมีข้อบกพร่องอยู่ แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า แนวทางการลงโทษจำคุกระยะยาวสามารถช่วยปกป้องคุ้มครองสังคมได้ดีที่สุด และพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 เป็นการให้โอกาสรัฐสร้างเกราะคุ้มครองสังคมอีกชั้นหนึ่ง แต่กระนั้นยังต้องคำนึงถึงมาตรการที่ใช้ขึ้นอาจเป็นมาตรการที่ทำให้เกิดการลิดรอนสิทธิ และเสรีภาพแก่นักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษเกินสมควรแก่เหตุ

ส่วนการกระทำความผิดซ้ำ (Recidivism) หมายถึง “การละเมิดเงื่อนไขที่ได้รับการคุมประพฤติหรือผู้ที่ได้รับการพักการลงโทษกระทำซ้ำ” การกระทำความผิดครั้งที่ 2 ขึ้นไปอาจเรียกได้ว่าเป็นการกระทำความผิดติดนิสัย และยากต่อการแก้ไขพฤติกรรมที่ติดเป็นนิสัยให้กลับคืนสู่สภาพปกติได้ การกระทำความผิดซ้ำยังรวมถึงการกระทำความผิดในคดีอื่น ๆ ที่ไม่จำเป็นต้องเป็นคดีเดิมกับการกระทำความผิดครั้งแรก โดยการกระทำความผิดซ้ำที่เกิดขึ้นมีหลากหลายปัจจัยที่ทำให้ผู้ต้องขังหันมากระทำความผิดซ้ำเพิ่มมากขึ้นเนื่องจากปัจจัยต่าง ๆ ภายนอกเรือนจำส่งผลให้ผู้ต้องขังเหล่านี้หวนกลับไปกระทำความผิดซ้ำเพิ่มมากขึ้นและจำนวนความถี่ที่กระทำความผิดซ้ำก็มากขึ้นเช่นเดียวกัน¹⁵ ดังตัวอย่างคดีต่างประเทศเกี่ยวกับการกระทำความผิดซ้ำ ได้แก่

คดี “Lockyear v. Andrade” โดยนาย Joaquin Andrade ถูกตัดสินจำคุก 25 ปีถึงตลอดชีวิตภายใต้กฎหมาย Three Strikes ของรัฐแคลิฟอร์เนีย แม้ข้อหาจะเป็นลัทธิพหุเล็กน้อย แต่ประวัติการกระทำความผิดซ้ำทำให้ศาลพิจารณาโทษอย่างเข้มงวด¹⁶ โดยยึดหลักความได้สัดส่วน (Proportionality Principle)

คดี “HMA v David Andrew Johnstone” เกิดในสหราชอาณาจักร นาย Johnstone ถูกควบคุมตัวในโรงพยาบาลรัฐภายใต้พระราชบัญญัติสุขภาพจิต (สกอตแลนด์) ปี 2003 (the Mental Health (Care and

¹³ เฟิงอ่าง 220-221.

¹⁴ สุพิชฌาย์ ศิริวัฒนา สิตะสิทธิ์, (เชิงอรรถ 6)

¹⁵ อรรถพล วงศ์กระจ่าง, สุปรียา ชำนาญพุฒิพร, วชิรวิษณุ อธิธิธนาศุภวิทย์ และสุภาพ เต็มรัตน์, ‘การทบทวนวรรณกรรม: การกระทำความผิดซ้ำของผู้ต้องขังคดีเพศและความรุนแรง ตามพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565’ (2566) 4 วารสารพุทธสังคมนิเวศปริทรรศน์ 198, 202.

¹⁶ Lockyear v. Andrade, 538 U.S.63 (2003), ‘Three Strikes Legislation’ <https://scholarcommons.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=poli_sci> accessed 25 June 2024.

Treatment) (Scotland) Act 2003) เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ และเพื่อความปลอดภัยของประชาชน จากอันตรายร้ายแรง¹⁷ โดยศาลนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาในคดีนี้เพื่อให้แน่ใจว่าการควบคุมตัว และข้อจำกัดพิเศษที่กำหนดนั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสม เป็นสิ่งที่จำเป็นที่สุดในการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำซึ่งเป็นอันตรายต่อสาธารณชน อาจกล่าวได้ว่าศาลได้ปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วน การที่ประเทศไทย มีพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 ซึ่งเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่ถูกนำมาตราการมาใช้บังคับนอกเหนือจากโทษตามกฎหมายที่ได้รับ จึงต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการคุ้มครองความปลอดภัยของสังคม และสิทธิเสรีภาพของผู้กระทำความผิด

คดีของ “Adrian Bayley” คดีนี้เกิดขึ้นที่ประเทศออสเตรเลีย โดยนาย Bayley ถูกตัดสินจำคุกตลอดชีวิต โดยไม่มีสิทธิขอปล่อยตัวก่อนกำหนด 35 ปี เนื่องจากเป็นผู้กระทำความผิดซ้ำหลายครั้งในข้อหาข่มขืน และฆาตกรรม¹⁸ ศาลใช้หลักการยับยั้งเพื่อป้องกันการกระทำผิดในอนาคต

คดี Paul Bernardo และ Karla Homolka อาชญากรรมของผู้ข่มขืนและฆาตกรต่อเนื่องในประเทศแคนาดา นาย Bernardo เป็นผู้กระทำความผิดที่อันตรายและร้ายแรงเป็นภัยต่อสังคม¹⁹ การที่ศาลปฏิเสธคำขอทัณฑ์บนของเขาเนื่องจากเป็นผู้กระทำความผิดที่อันตราย และมีแนวโน้มที่จะไม่ถูกปล่อยตัวออกมาเลย จึงเป็นการตัดโอกาสมิให้นาย Bernardo ออกมากระทำความผิดได้อีก ทำให้เกิดความปลอดภัยในสังคม และการจำคุกตลอดชีวิตจึงเป็นรูปแบบการลงโทษที่เป็นหลักประกันได้ว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะไม่กลับมากระทำความผิดซ้ำได้อีก

คดี “Graeme Burton” เป็นคดีในประเทศนิวซีแลนด์ นาย Burton กระทำความผิดซ้ำหลังได้รับการปล่อยตัว ภายใต้ทัณฑ์บนตลอดชีวิต²⁰ แต่ก็ไม่สามารถที่จะยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำของเขาได้ กรณีเช่นนี้การจำกัดความสามารถของผู้กระทำผิดในการทำอันตรายต่อบุคคลอื่นในอนาคต โดยการกำหนดโทษจำคุกกระยะยาว หรือโทษจำคุกตลอดชีวิตไม่ได้รับการปล่อยตัว โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้กระทำผิดที่มีประวัติการกระทำความผิดร้ายแรง หรือมีความเสี่ยงในการกระทำความผิดซ้ำ จึงเป็นการดีที่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 สำหรับเป็นเครื่องมือของรัฐในการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 ตามมาตรา 28 เท่ากับเป็นการคัดกรองนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษอีกชั้นหนึ่งก่อนถูกปล่อยตัวออกสู่สังคม

สิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ทุกคน ตั้งแต่เกิดจนกระทั่งตาย การได้มาซึ่ง “สิทธิ” นั้นมาพร้อมกับ “หน้าที่” ที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้การอยู่ร่วมกันในสังคมเป็นไปได้อย่างสงบสุข ไม่เกิดการกระทบกระทั่ง ในเรื่องการละเมิดสิทธิซึ่งกันและกัน โดยมนุษย์ทุกคนที่อยู่ภายใต้ราชอาณาจักรไทยย่อมได้รับการคุ้มครองซึ่งมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน

¹⁷ Judiciary of Scotland, ‘HMA v. David Andrew Johnstone,’ (October 8, 2020) <<https://judiciary.scot/home/sentences-judgments/sentences-and-opinions/2020/10/08/hma-v-david-andrew-johnstone>> accessed 25 June 2024.

¹⁸ The Supreme Court of Victoria (Judgment Handed Down In Bayley V The Queen) <<https://www.supremecourt.vic.gov.au/news/judgment-handed-down-in-bayley-v-the-queen>> accessed 25 June 2024.

¹⁹ Edward Butts, ‘Paul Bernardo and Karla Homolka Case’ (June 21, 2016) <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/paul-bernardo-and-karla-homolka-case>> accessed 25 June 2024.

²⁰ Independent Police Conduct Authority, Report into the Shooting of Graeme Burton (February 2008) <<https://www.ipca.govt.nz/includes/download.aspx?ID=101413>> accessed 25 June 2024.

โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 ได้ให้คำนิยามคำว่า “สิทธิมนุษยชน หมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล บรรดาที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย หรือตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี และมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม”²¹ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐานแห่งอิสราภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในโลก ที่เป็นการจำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม²² และมีความสำคัญต่อนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษที่ต้องได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกันในด้านต่าง ๆ รวมตลอดถึงได้รับการคุ้มครองมิให้ถูกละเมิดสิทธิ และเสรีภาพ

หลักนิติธรรม หมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งต่อหลักนิติธรรม” โดยหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัดเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ดังนั้นหากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ที่ ฝ่าฝืน ขัด หรือแย้งกับหลักนิติธรรมดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับ²³ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มีการกล่าวถึงคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ใน 2 มาตรา ได้แก่ มาตรา 3 วรรคสอง²⁴ และมาตรา 26 วรรคหนึ่ง²⁵ หลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้น มีประเด็นทำให้ต้องพิจารณาว่า พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 ได้มีการพิจารณาถึงการไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของนักโทษเด็ดขาดภายหลังต้องโทษเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของนักโทษเด็ดขาดภายหลังต้องโทษมิได้ตามมาตรา 4 และมาตรา 26 ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

หลักที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียวกันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายทั่วโลก และสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนที่ป้องกันการลงโทษที่ไม่เป็นธรรม ช่วยคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน ส่งเสริมความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรม ภายใต้กฎบัตรสิทธิพื้นฐานของสหภาพยุโรปมาตรา 50 “สิทธิที่จะไม่ได้รับการพิจารณา หรือลงโทษสองครั้งในการดำเนินคดีอาญาสำหรับความผิดทางอาญาเดียวกัน”²⁶ ดังนั้นผู้เขียนจึงได้นำมาเป็นหลักในด้านการปกป้องสิทธิมนุษยชนของนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ และเมื่อนำหลักการนี้มาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 พบว่า มาตรา 28 เป็นการให้อำนาจศาลในการพิจารณานักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษอีกครั้ง ซึ่งอาจจะขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวข้างต้น

หลักการกำหนดโทษให้ได้สัดส่วนเหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (Individualization of Punishment) เน้นว่าการลงโทษต้องพิจารณาเป็นรายบุคคล ไม่ใช่กำหนดโทษเท่าเทียมกันตามลักษณะของความผิด ทั้งนี้ เพราะมนุษย์มีระดับความสามารถในการรับผิดชอบไม่เท่ากัน และบางรายอาจมีข้อจำกัดที่ทำให้ไม่สามารถใช้

²¹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 134, ตอนที่ 123 ก (12 ธันวาคม 2560).

²² กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน* (กระทรวงการต่างประเทศ, 2551) 18.

²³ คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม, *หลักนิติธรรม* (พี เอส พรินติ้ง แอนด์ ดีไซน์, 2557) 1-2, 7.

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, ราชกิจจานุเบกษา 134 (6 เมษายน 2560), 4.

²⁵ เพิ่งอ้าง 8.

²⁶ EU Charter of Fundamental Rights, คำนวณวันที่ 9 พฤศจิกายน 2566 จาก <https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/50-right-not-be-tried-or-punished-twice-criminal-proceedings-same-criminal>

เจตจำนงอิสระได้เช่นเดียวกับผู้อื่น หลักการนี้จึงให้ความสำคัญกับตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงในการพิจารณา กำหนดโทษ²⁷

ศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดี ปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และปกป้องประโยชน์ส่วนรวมให้ได้ดุลยภาพกัน โดยศาลปกครอง สูงสุดจะเป็นศาลสูงที่มีอำนาจตรวจสอบคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลชั้นต้น²⁸ โดยการลงโทษบุคคลมากกว่า หนึ่งครั้งสำหรับการกระทำความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำให้เพียงครั้งเดียวนั้น ได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 22/2563 วินิจฉัยว่า “...คดีมีประเด็นวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีเพียงประเด็นเดียวว่า การที่ผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 1 แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนขึ้นมาใหม่ และได้มีคำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีอีกครั้งเป็นการลงโทษสองครั้ง ในการกระทำความผิดครั้งเดียวหรือไม่ พิเคราะห์แล้วเห็นว่า หลักที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการ กระทำความผิดครั้งเดียว เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้ง สำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำให้เพียงครั้งเดียว ไม่ว่าความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำให้ และโทษที่จะลงแก่ บุคคลนั้นจะเป็นความผิด และโทษทางอาญา ความผิด และโทษทางปกครอง หรือความผิด และโทษทางวินัย ก็ตาม นอกจากนี้ การลงโทษบุคคลไม่ว่าโทษนั้นจะเป็นโทษทางอาญา โทษทางปกครอง หรือโทษทางวินัย ถือได้ ว่าเป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลผู้ถูกลงโทษ การลงโทษบุคคลมากกว่า หนึ่งครั้งสำหรับการกระทำความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำให้เพียงครั้งเดียว จึงเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิหรือ เสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งเกินสมควรแก่เหตุซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ด้วย”²⁹ ผู้เขียนพบว่า การลงโทษบุคคลตามหลักของกฎหมาย อาญานั้นนอกจากจะเป็นไปตามทฤษฎีทัณฑ์โทษแล้ว ยังมีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกคนซึ่งหมายรวมถึง นักโทษเด็ดขาดที่ได้รับการคุ้มครองตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ตามหลักนิติธรรมภายใต้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้มีการวินิจฉัยในเรื่อง หลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า บุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียวในคดีอาญา ซึ่งสนับสนุนหลักกฎหมายระหว่างประเทศตามที่ได้กล่าวถึงไว้ข้างต้น การที่พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการ กระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 มาตรา 28 บัญญัติว่า “ศาล อาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิด ในความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 ตั้งแต่วันพ้นโทษ หรือภายหลังพ้นโทษเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตามที่ พ้นงานอัยการร้องขอ หากศาลเห็นว่ามีความเห็นสมควรเชื่อได้ว่าผู้นั้นจะไปกระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 และไม่มีมาตรการอื่นใดที่อาจป้องกันมิให้ผู้นั้นไปกระทำความผิดได้”

3. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้ากฎหมายไทยที่มีมาตรการเกี่ยวกับการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำตั้งแต่อดีต จนถึงปัจจุบัน เพื่อให้ทราบความเป็นมาของการพยายามแก้ไขปัญหาคriminal recidivismซ้ำซ้ำอันได้แก่

²⁷ อัจฉริยา ชูตินันท์ (เชิงอรรถ 12) 239.

²⁸ สำนักงานศาลปกครอง, ‘เกร็ดความรู้...เกี่ยวกับศาลปกครอง’ <<https://admincourt.go.th/ADMINCOURT/upload/webcms/Oldnews/images/attach/335brochure.pdf>> สืบค้นวันที่ 10 ตุลาคม 2567.

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 22/2563, 16-17.

พระราชบัญญัติตัดสินคนจรจัดและคนที่เคยต้องโทษหลายครั้ง ร.ศ. 127³⁰ เน้นควบคุมผู้กระทำผิดซ้ำโดยส่งไปอยู่ต่างห้วงเมือง พร้อมมอบหมายเจ้าหน้าที่ให้ดูแล และจัดหาที่ทำกิน และสั่งสอนเพื่อให้กลับตนมาเป็นผู้ประพฤติดี

พระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. 2479³¹ มุ่งควบคุมผู้มีแนวโน้มก่ออาชญากรรมซ้ำ โดยกำหนดโทษกักกันสำหรับผู้ที่เคยกระทำความผิดไม่น้อยกว่าสองครั้ง เพื่ออบรม และฝึกฝนให้กลับตนเป็นพลเมืองดี ผู้เขียนพบประเด็นสำคัญในพระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. 2479 วางหลักในเรื่องผู้มีสันดานเป็นผู้ร้ายชัดเจนมากเห็นได้จากการให้นิยามของคำว่า “เหตุร้าย” ไว้เพื่อให้เป็นกรอบในการพิจารณาผู้กระทำความผิดอาญาอันเป็นเหตุร้ายเมื่อกระทำความผิดไม่น้อยกว่าสองครั้งให้ศาลถือว่าเป็นผู้นั้นเป็นผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 ที่เป็นการพิจารณาคู่ขังภายหลังนักโทษเด็ดขาดพ้นโทษแล้วตามมาตรา 28 โดยการพิจารณาจากแนวโน้มหรือการคาดการณ์พฤติการณ์ในอนาคตเช่นเดียวกัน ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ

พระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. 2559³² ใช้มาตรการฟื้นฟูผู้กระทำผิด เช่น การอบรมทักษะชีวิต การช่วยเหลือด้านอาชีพ และการติดตามพฤติกรรม เพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ อีกทั้งยังมีการจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับผู้กระทำผิดเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ซึ่งหากในทางปฏิบัติจักได้มีการนำข้อกำหนดดังกล่าวมาปฏิบัติครบทุกข้ออย่างต่อเนื่อง ย่อมต้องมีส่วนสำคัญในการพัฒนา และปรับปรุงผู้ที่ได้รับการปล่อยตัวเมื่อพ้นโทษ และลดโอกาสในการกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก

พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560³³ พัฒนาผู้ต้องขังผ่านการศึกษา ฝึกอาชีพ และอบรมคุณธรรม เพื่อเตรียมความพร้อมก่อนการปล่อยตัว ส่งเสริมการกลับคืนสู่สังคมอย่างยั่งยืน แต่ถ้าพบว่าผู้ต้องขังที่ได้รับการปล่อยตัว และยังคงกลับไปกระทำความผิดซ้ำ จึงต้องมีการศึกษา และวิเคราะห์เป็นรายบุคคลเพื่อหาสาเหตุที่แท้จริงของปัญหาว่าเหตุใดเมื่อถูกปล่อยตัวแล้วยังกลับไปกระทำความผิดซ้ำอีก จักได้วางแผนการแก้ไขอย่างตรงประเด็น หรืออาจเป็นกรณีที่กรมราชทัณฑ์ขาดบุคลากรที่เชี่ยวชาญในการวางแผนตามมาตรา 64

ประมวลกฎหมายอาญา³⁴ กำหนด “วิธีการเพื่อความปลอดภัย” เช่น การกักกัน คุมตัวในสถานพยาบาล หรือห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง เพื่อป้องกันผู้กระทำผิดที่มีความเสี่ยงสูงจากการก่ออาชญากรรมซ้ำ โดยวิธีการเพื่อความปลอดภัย และการควบคุมผู้กระทำผิดติดนิสัยไว้ในเขตกำหนดเป็นความหมายอย่างกว้างที่ไม่ใช่ความหมายเดียวกันกับเรือนจำ หรือที่คุมขัง และผู้ใดเคยถูกศาลพิพากษาให้กักกันมาแล้ว หรือเคยถูกศาลพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่ต่ำกว่าหกเดือนมาแล้วไม่น้อยกว่าสองครั้งตามมาตรา 41 ศาลอาจถือว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดติดนิสัย และจะพิพากษาให้กักกันมีกำหนดเวลาไม่น้อยกว่าสามปี และไม่เกินสิบปีซึ่งเป็นการพิพากษาในคราวเดียวกับที่ได้กระทำความผิดซ้ำนั้น มิใช่เป็นการพิพากษาในกรณีเป็นนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ

³⁰ ไทย. กฎหมาย, พระราชบัญญัติ ฯลฯ, ‘พระราชบัญญัติตัดสินคนจรจัด และคนที่เคยต้องโทษหลายครั้ง’ <https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:47957> สืบค้นวันที่ 7 ธันวาคม 2566.

³¹ พระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. 2479, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 54 ก, (26 เมษายน 2480), 198.

³² พระราชบัญญัติคุมประพฤติ พ.ศ. 2559, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 133, ตอนที่ 88 ก, (3 ตุลาคม 2559), 11.

³³ พระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 134, ตอนที่ 21 ก, (18 กุมภาพันธ์ 2560), 13.

³⁴ สำนักงานกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม, ‘ประมวลกฎหมายอาญา,’ <<https://jla.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/113/iid/121230>> สืบค้นวันที่ 7 ธันวาคม 2566.

อย่างต่อเนื่อง แต่ยังคงสูงในกลุ่มผู้สูงอายุ และผู้กระทำความผิดซ้ำ³⁹ สำหรับพระราชบัญญัติฟื้นฟูผู้กระทำความผิด (Offender Rehabilitation Act, Act No. 88 of June 15, 2007)⁴⁰ มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการกระทำผิดซ้ำ โดยส่งเสริมการฟื้นฟู และปรับตัวของผู้กระทำผิดหลังพ้นโทษ เช่น การดูแลเร่งด่วนตามมาตรา 85 ที่ช่วยเหลือด้านที่อยู่อาศัย การจ้างงาน การรักษาพยาบาล และการฝึกอบรม เพื่อให้ผู้กระทำผิดสามารถดำรงชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข โดยมีจุดเด่นในเรื่อง การเน้นฟื้นฟู และช่วยเหลือผู้กระทำผิดด้วยแนวทางที่ครอบคลุม เป็นการสร้างโอกาสในการดำรงชีวิตอย่างยั่งยืน และลดโอกาสการกระทำผิดซ้ำ อีกทั้งยังเป็นตัวอย่างที่ดีในการผสมผสานการป้องกันอาชญากรรมกับการเคารพสิทธิมนุษยชน

4. บทวิเคราะห์

ปัญหากฎหมายว่าด้วยมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ จากการที่พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 มาตรา 28 กำหนดให้ศาลสามารถมีคำสั่งคุมขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษหากมีเหตุผลเพียงพอว่าผู้นั้นอาจกระทำความผิดซ้ำ อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของนักโทษเด็ดขาดที่พ้นโทษแล้ว เนื่องจากการเพิ่มภาระโทษโดยอาศัยการคาดการณ์อนาคต ซึ่งขัดกับหลักนิติธรรม หลักสิทธิมนุษยชน และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 มาตรา 28 และ มาตรา 29

ในมุมมองด้านความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน ซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Human Rights Committee) ได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับการคุมขังเพื่อความปลอดภัย (Public Security Detention) อันได้แก่

1. การใช้เป็นมาตรการสุดท้าย
2. กรณีที่มีอาชญากรรมร้ายแรง และความเสี่ยงสูงที่จะกระทำผิดซ้ำ
3. ต้องมีกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ
4. สภาพการคุมขังที่แตกต่างจากการลงโทษในเรือนจำ และ
5. ห้ามใช้กฎหมายย้อนหลัง⁴¹

โดยประเทศไทยกำหนดมาตรการตามเงื่อนไขข้างต้นบางส่วน แต่การใช้มาตรการนี้ยังขาดความชัดเจนในการคาดการณ์อนาคต ซึ่งอาจกระทบสิทธิมนุษยชนของผู้พ้นโทษที่ยังไม่กระทำความผิดซ้ำ และในมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 กำหนดให้ศาลต้องพิจารณาจาก “มีเหตุอันควรเชื่อ” และ “ไม่มีมาตรการอื่นใดที่ป้องกันได้” ซึ่งถ้อยคำ

³⁹ Ministry of Justice, Japan, ‘White Paper on Crime 2022,’ <https://hakusyo1.moj.go.jp/en/71/WHITE_PAPER_ON_CRIME2022.pdf> accessed 6 December 2023.

⁴⁰ Japanese Law Translation, Offender Rehabilitation Act <<https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3319/en#:~:text=Article%20The%20purpose%20of,themselves%2C%20and%20to%20ensure%20the>> accessed 5 December 2023.

⁴¹ UN Human Rights Committee (HRC), ‘General comment no. 35, Article 9 (Liberty and security of person), CCPR/C/GC/35,’ (n 2).

ดังกล่าวไม่ชัดเจนพอ⁴² ควรแก้ไขให้เน้นการคำนึงถึงมาตรการที่กระทบสิทธิที่น้อยที่สุดไม่เป็นการเพิ่มภาระเกินสมควรแก่เหตุให้แก่ นักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ อีกทั้งมีการกำหนดนิยามคำว่า “คุมขัง” ในพระราชบัญญัตินี้หมายถึงการควบคุมนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษในเขตกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ แต่ยังไม่ชัดเจนเมื่อเทียบกับการคุมขังในความหมายทั่วไป ควรแก้ไขนิยามให้แยกแยะการคุมขังเพื่อความปลอดภัยออกจากการลงโทษ อันเป็นการป้องกันการจำกัดสิทธิเกินสมควรแก่เหตุ และเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565

ปัญหากฎหมายกรณีการลงโทษหลายครั้ง สำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียวกัน ซึ่งการให้ศาลพิจารณาคู่ขังนักโทษเด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ อาจขัดกับหลักห้ามดำเนินคดีซ้ำ (*Ne Bis in Idem, Double Jeopardy*) ซึ่งเป็นหลักสิทธิมนุษยชนที่ระบุในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมืองข้อ 14.7 โดยการคาดการณ์ความเสี่ยงในอนาคต⁴³ อาจถือเป็นการเพิ่มโทษย้อนหลัง และลิดรอนสิทธิของผู้ที่พ้นโทษแล้ว ประกอบกับมีบทเฉพาะกาล (มาตรา 43) ให้สามารถบังคับมาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษกับนักโทษที่ถูกปล่อยตัวหลังวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ แม้ความผิดนั้นจะได้กระทำก่อนที่พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 ใช้บังคับ ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรม ควรจำกัดการใช้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้เฉพาะกับความผิดที่เกิดขึ้นภายหลังกฎหมายมีผลใช้บังคับ

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยมีประวัติการตรากฎหมายเพื่อป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ เช่น พระราชบัญญัติดัดสันดานคนจรจัด ร.ศ. 127 พระราชบัญญัติกักกันผู้มีสันดานเป็นผู้ร้าย พ.ศ. 2479 และพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 เป็นต้น อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านี้ยังไม่สามารถป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในคดีอุกฉกรรจ์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีการตราพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศ หรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 ซึ่งมุ่งเน้นมาตรการฟื้นฟู และป้องกันสังคมจากอาชญากรรมร้ายแรง แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ยังคงมีประเด็นในเรื่องปัญหามาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว อนุญาตให้ศาลสั่งคุมขังภายหลังพ้นโทษ โดยพิจารณาจากความเสี่ยงที่ผู้พ้นโทษอาจกระทำความผิดซ้ำ อันเป็นมาตรการที่กระทบต่อเสรีภาพของนักโทษที่พ้นโทษ ซึ่งขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน และหลักนิติธรรม เช่น กรณี *Bergmann v. Germany* ที่ศาลยุโรปสิทธิมนุษยชนวินิจฉัยว่าการกักขังหลังพ้นโทษต้องแยกจากการจำคุกทั่วไป และมุ่งเน้นฟื้นฟูสภาพสังคมของผู้ถูกกักขัง และปัญหาการลงโทษซ้ำสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียวตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว อาจขัดต่อหลักห้ามลงโทษซ้ำ (*Ne Bis in Idem*) โดยการพิจารณาคู่ขังภายหลังพ้นโทษเป็นการเพิ่มโทษโดยคำสั่งศาล หลังจากบุคคลรับโทษครบถ้วนแล้วอาจขัดต่อหลักกฎหมายอาญาที่กำหนดว่า “จะลงโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ในขณะกระทำความผิดมิได้”

⁴² รณกรณ์ บุญมี, ‘บทวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. ...’ <https://www.kpi.ac.th/uploads/pdf/tH_S2RPPSwXkrqxdlaEO1yFL7yp4ulmsJeUmTM58H.pdf> สืบค้นวันที่ 9 ตุลาคม 2566.

⁴³ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘มีอะไรในกฎหมาย: กฎหมายป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ’ <<https://www.the101.world/public-protection-from-serious-offenders/>> สืบค้นวันที่ 15 มกราคม 2567.

ข้อเสนอแนะ

1. ปรับปรุงนิยาม “คุมขัง” โดยการแก้นิยาม “คุมขัง” ให้หมายถึง การควบคุมนักโทษเด็ดขาด ภายหลังพ้นโทษโดยห้ามขังไว้ในเรือนจำ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 ในกรณีนี้หากไม่มีการแก้ไข คำนิยาม “คุมขัง” ให้ชัดเจนว่า “โดยห้ามคุมขังไว้ในเรือนจำ” อาจทำให้เกิดการตีความผิดพลาดได้ว่า สามารถใช้ เรือนจำเป็นสถานที่คุมขังภายหลังพ้นโทษ ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ของมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 ที่กำหนดให้ต้อง ควบคุมในสถานที่กำหนด โดยแยกออกจากเรือนจำ ดังนั้น เพื่อขจัดความกำกวม ควรบัญญัติข้อความนี้ไว้ใน คำนิยาม “คุมขัง” ตั้งแต่ต้น เพื่อให้แน่ใจว่าไม่มีช่องว่างทางกฎหมายที่อาจนำไปสู่การใช้มาตรการที่ขัดต่อ เจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง

2. แก้ไขชื่อหมวดจากหมวด 5 “มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษ” เป็น หมวด 5 “มาตรการคุมขัง เพื่อความปลอดภัยภายหลังพ้นโทษ” เพราะเวลาถูกตีตราว่าเป็นการคุมขังภายหลังพ้นโทษ จะมีบุคคลที่รู้สึกว่ายังคงถูกลงโทษซ้ำ แม้ในทางเนื้อหาจะไม่ได้ถูกลงโทษซ้ำ แต่ในการถูกตีตรา การพูดต่อ ๆ กัน การเข้าใจในสังคม อาจมีลักษณะคล้ายกับบุคคลนั้นยังไม่พ้นโทษ จึงเสนอเพิ่มคำให้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเป็นมาตรการคุมขังเพื่อ ความปลอดภัยภายหลังพ้นโทษ

3. แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 28 วรรคสอง โดยใช้มาตรา 28 วรรคแรกเดิมเป็นดังนี้

“ศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษแก่นักโทษเด็ดขาดที่ศาลมีคำพิพากษาว่า เป็นผู้กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 3 ตั้งแต่วันพ้นโทษหรือภายหลังพ้นโทษเพื่อป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำตามที่พนักงานอัยการร้องขอ หากศาลเห็นว่ามิเหตุอันควรเชื่อได้ว่า ผู้นั้นจะไปกระทำความผิดตามที่ ระบุไว้ตามมาตรา 3 และไม่มีมาตรการอื่นใดที่อาจป้องกันมิให้ผู้นั้นไปกระทำความผิดได้”

“ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้กับนักโทษเด็ดขาดที่ในระหว่างต้องโทษจำคุกนั้นได้รับโทษเต็ม คำพิพากษา กล่าวคือ ไม่ได้รับการพักการลงโทษ ลดวันต้องโทษ หรือพระราชทานอภัยโทษ”

มาตรการคุมขังภายหลังพ้นโทษตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการกระทำ ความผิดซ้ำในความผิดเกี่ยวกับเพศหรือที่ใช้ความรุนแรง พ.ศ. 2565 มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสังคมจาก อาชญากรรมร้ายแรง มาตรการดังกล่าวนับเป็นมาตรการที่ดีในการป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิด ก่ออาชญากรรมซ้ำ อย่างไรก็ตาม มาตรการนี้มีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิของนักโทษเด็ดขาด ภายหลังพ้นโทษ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องปรับปรุงส่วนที่อาจขัดต่อหลักการของกฎหมายตามข้อเสนอแนะดังกล่าว ข้างต้น เพื่อการรักษาดุลยภาพระหว่างความปลอดภัยของสังคม กับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของนักโทษ เด็ดขาดภายหลังพ้นโทษ และมีประเด็นที่ต้องศึกษาเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับหลักนิติธรรมควรจำกัดการใช้ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้เฉพาะกับความผิดที่เกิดขึ้นภายหลังกฎหมายมีผลใช้บังคับ

ปัญหาทางกฎหมายเรื่องความรับผิดในสัญญาที่ยังไม่เกิด Legal problems concerning pre-contractual liability

กชมน กิตติโชควัฒนา*

Kotchamol Kittichockwattana

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักความรับผิดก่อนสัญญาของประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลี และเพื่อศึกษาเชิงวิเคราะห์และเปรียบเทียบ ถึงนิยาม ความชัดเจนของหลักความรับผิดก่อนสัญญา และการตีความของนักกฎหมาย โดยนำแนวทางการปรับใช้ของต่างประเทศมาเปรียบเทียบกับของประเทศไทย เพื่อนำมาแก้ไขปรับปรุงให้มีการนำหลักการความรับผิดก่อนสัญญามาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่าในประเทศอิตาลี และประเทศฝรั่งเศสได้มีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาใช้ในปัจจุบัน โดยมีแนวทางการปรับใช้ที่ค่อนข้างคล้ายกัน อีกทั้งประเทศอิตาลียังได้นำบทบัญญัติหลักความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในประมวลแพ่งและพาณิชย์ ทำให้มีการตีความอย่างชัดเจนและไปในแนวทางเดียวกัน อีกทั้งเพื่อคุ้มครองสิทธิและเยียวยาให้แก่คู่กรณีที่มีความสุจริตอย่างเป็นธรรม ในขณะที่ประเทศไทยยังคงมีความไม่แน่ชัดในเรื่องของนิยาม และการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามาใช้ในปัจจุบัน เนื่องด้วยนักวิชาการบางท่านก็มีความคิดที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับหลักการนี้ อีกทั้งในประมวลกฎหมายก็ไม่ได้มีบัญญัติถึงเรื่องนี้ไว้ ทำให้เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นในเรื่องความรับผิดก่อนสัญญา ก็อาจต้องนำหลักกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้ และส่วนมากมักจะปรับใช้ไม่ค่อยได้ เนื่องจากองค์ประกอบความผิดไม่ตรงกัน ทำให้อาจเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณีฝ่ายสุจริต จากการไม่มีบทบัญญัติหรือนิยามที่จะใช้ในการเยียวยาผู้เสียหายได้

ด้วยเหตุนี้จึงสมควรมีการแก้ไขถึงนิยาม และการนำหลักความรับผิดของสัญญามาใช้ในประเทศไทย เหมือนกับประเทศอิตาลีและฝรั่งเศส อีกทั้งยังสมควรพิจารณาบัญญัติกฎหมายลงในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังเช่นประเทศอิตาลี เนื่องจากหลักความรับผิดก่อนสัญญามีความสำคัญในแง่ของก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่บรรดาคู่กรณีซึ่งดำเนินการโดยสุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีได้อุทิศทั้งเวลาและทรัพยากรอย่างมีนัยสำคัญในการเตรียมการเพื่อการทำสัญญา นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังเป็นกลไกในการป้องปรามมิให้มีการเจรจาโดยไม่สุจริตหรือด้วยเจตนาหลอกลวง จึงถือได้ว่าเป็นการวางบรรทัดฐานที่ดีสำหรับกระบวนการเจรจาในทางกฎหมาย

คำสำคัญ: ความรับผิดก่อนสัญญา, ความรับผิด, ความเสียหาย

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิชา กม 7101 กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิดชั้นสูง หลักสูตฺรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** กชมน กิตติโชควัฒนา, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่อยู่: เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 E-mail: 6611911003@stu.nida.ac.th

Abstract

This article aims to study pre-contractual liability principles in Thailand, France, and Italy, and to conduct analytical and comparative research on the definitions, clarity of pre-contractual liability principles, and legal interpretations. The study compares foreign implementation approaches with Thailand's approach to improve the effective application of pre-contractual liability principles.

The research finds that Italy and France currently implement pre-contractual liability principles with relatively similar approaches. Furthermore, Italy has incorporated pre-contractual liability provisions into its Civil and Commercial Code, resulting in clear and consistent interpretations, as well as fair protection and remedies for parties acting in good faith. In contrast, Thailand still lacks clarity regarding the definition and current implementation of pre-contractual liability principles. Some scholars agree with these principles while others disagree, and the legal codes do not contain specific provisions on this matter. When pre-contractual liability issues arise, existing legal principles must be applied, which often prove inadequate due to mismatched liability elements. This may result in unfairness to good-faith parties due to the absence of statutory provisions or definitions that could provide appropriate remedies for injured parties.

Therefore, it is advisable to revise the definition and implementation of pre-contractual liability principles in Thailand, following the examples of Italy and France. Moreover, consideration should be given to codifying these principles in the legal code, as Italy has done, to support this doctrine. This would enhance the protection of parties' rights, promote fairness, and establish more uniform standards.

Keywords: pre contractual, fault, damages

1. บทนำ

ในปัจจุบันการเข้าทำสัญญาระหว่างคู่กรณีนั้นถือเป็นเรื่องปกติที่เกิดขึ้นได้ในชีวิตประจำวัน โดยทั่วไปแล้วก่อนการทำสัญญาจะต้องมีขั้นตอนการเจรจากันระหว่างคู่กรณี และเมื่อมีการเจรจาตกลงกันแล้วก็จะนำไปสู่ขั้นตอนต่อไปที่เรียกว่าการทำสัญญา ซึ่งเมื่อมีการทำสัญญากันเกิดขึ้น ต่างฝ่ายก็จะมีภาระหน้าที่ที่ตนต้องกระทำต่อคู่สัญญา โดยหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยอมกระทำตามภาระหน้าที่ที่ตนพึงมี จะต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ตนได้ก่อให้เกิดความเสียหายไว้ตามสัญญาที่ได้กระทำกันไประหว่างคู่กรณี จะเห็นได้ว่าในกรณีที่ถูกกล่าวไปข้างต้นนั้นเป็นหลักการปกติทั่ว ๆ ไปที่ทุกคนย่อมรู้อยู่แล้วว่าผู้กระทำผิดสัญญาจะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีอีกฝ่าย ทว่าความเสียหายในบางกรณีไม่ได้เกิดหลังจากการทำสัญญา หากแต่เกิดขึ้นในขั้นตอนการเจรจาก่อนเข้าทำสัญญา กล่าวคือ ในขั้นตอนการเจรจาก่อนที่คู่กรณีได้ตกลงกันในระดับหนึ่งแล้ว โดยแต่ละฝ่ายก็ย่อมเชื่อมั่นได้ว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นจริงตามที่ตกลงกันไว้เป็นแน่ แต่ท้ายที่สุดกลับกลายเป็นว่าไม่มีการทำสัญญา อีกทั้งนอกจากสัญญาจะไม่เกิดแล้ว คู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยังได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายเวลา ความเสียโอกาส หรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการจัดเตรียมการเพื่อให้เกิดสัญญา ในกรณีแบบนี้เมื่อทั้งคู่ไม่ได้มีการทำสัญญากัน ฝ่ายที่ได้รับความเสียหายนั้นจะสามารถเรียกร้องการชดใช้ค่าเสียหายจากอีกฝ่ายได้หรือไม่

กรณีตัวอย่างความเสียหายที่คู่กรณีได้รับก่อนสัญญาเกิด อาทิเช่น กรณีการเจรจาซื้อขายบ้าน ในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายได้มีการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับการขายบ้าน โดยผู้ซื้อได้ทำการจ้างวิศวกรตรวจบ้านเพื่อเตรียมการซื้อ แต่ก่อนที่จะมีการทำสัญญา ผู้ขายได้ยกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุผลที่เหมาะสม ทำให้ผู้ซื้อเกิดความเสียหายจากการที่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการเตรียมตัวซื้อขาย ในกรณีนี้ ผู้ซื้อสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ขายได้หรือไม่ เนื่องจากผู้ขายได้กระทำการที่ไม่สุจริตในการยกเลิกการเจรจา

โดยความเสียหายที่เกิดก่อนการทำสัญญานั้นในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีบัญญัติความรับผิดไว้ ทว่าในระบบกฎหมายต่างประเทศ อาทิเช่น อิตาลี โดยมีการกำหนดความรับผิดไว้โดยอยู่ภายใต้หลัก “ความรับผิดก่อนสัญญา หรือ Culpa in contrahendo” ที่ได้กำหนดถึงความรับผิดในขั้นตอนการเจรจาไว้ ทำให้คู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายนั้นได้รับการชดเชยตามสมควร หรือในประเทศฝรั่งเศส ก็ได้มีการนำหลักความรับผิดก่อนสัญญา มาปรับใช้กับกฎหมายที่มีอยู่เช่นกัน

ดังนั้นหลักความรับผิดของสัญญา หรือ Culpa in contrahendo จึงมีไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีผู้ซึ่งสุจริต แต่เมื่อประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติความรับผิดก่อนสัญญาเกิดไว้ หากเกิดความเสียหายเกิดขึ้นในขั้นการเจรจา สิ่งเหล่านี้ก็จะยังคงเป็นประเด็นปัญหาที่ยังเป็นข้อถกเถียงกันเสมอว่าหากไม่ได้ทำสัญญากันไว้ คู่กรณีฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจะสามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้หรือไม่ และจะดีกว่าไหมหากนำหลักความรับผิดของสัญญา หรือ Culpa in contrahendo มาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีอีกฝ่ายที่สุจริต

2. ความรับผิดก่อนสัญญา

2.1 ความหมายของความรับผิดก่อนสัญญา

คือ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความไม่สุจริตของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเช่นการยกเลิกหรือระงับการเจรจา โดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือเข้าเจรจาทั้ง ๆ ที่ไม่ได้มีเจตนาจะก่อสัญญาตั้งแต่แรก แน่แน่นอนว่าการกระทำในทำนองที่ไม่สุจริตนี้ หากมีความเสียหายเกิดขึ้นโดยผู้กระทำไม่ต้องรับผิด ก็คงไม่เป็นธรรมต่อคู่กรณีอีกฝ่ายนัก ดังนั้นหลักความรับผิดก่อนสัญญาจึงมีขึ้นเพื่อให้คู่กรณีฝ่ายที่กระทำการไม่สุจริตเยียวยาแก่คู่กรณีฝ่ายที่กระทำ

การโดยสุจริต ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของตน โดยนักกฎหมายหลาย ๆ ท่านก็ได้ให้นิยามของความรับผิดชอบของสัญญา หรือ *Culpa in contrahendo* ไว้เพิ่มเติมดังนี้

รองศาสตราจารย์ ดร.จำปี หยกอุบล (โสทธิพันธ์)² ได้กล่าวไว้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หมายถึง ความรับผิดชอบในความเสียหายที่มีต่ออิสระในการเจรจาตกลง กล่าวคือ บุคคลนั้น ๆ ได้รับความเสียหายจากการเจรจาตกลงอย่างอิสระ และประโยชน์นี้เองเป็นประโยชน์ที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามหลักทั่วไปที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่น”

Jhering³ ได้ให้คำนิยามไว้ว่า เป็นความรับผิดชอบสำหรับผู้ที่ทำให้คำมั่นไว้โดยขาดความระมัดระวัง จนอาจทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายเชื่อหรืออาจเชื่อได้ว่าจะมีการทำสัญญากันเกิดขึ้น แต่สุดท้ายก็ไม่เกิด ผู้ที่ทำให้คำมั่นจึงต้องชดเชยเยียวยาแก่คู่กรณีที่ได้รับ ความเสียหายจากการไม่ระมัดระวังของตน โดยเป็นการเยียวยาในสิ่งที่คู่กรณีเสียไปเพราะได้นำสิ่งนั้นเข้ามาอยู่กับการเจรจาหรือเข้ามาทำสัญญา ซึ่ง Jhering เรียกประโยชน์ดังกล่าวว่า *negative interest*

Professor Groffrey Samuel และ Jae Rinkes⁴ ได้พูดถึงเรื่องนี้ไว้ว่า “ความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือ *Culpa in contrahendo* อยู่บนพื้นฐานของความคิดที่ว่าด้วยคู่กรณีที่ได้เจรจาต่อรองทำสัญญากันแต่ละฝ่ายนั้นมีหนี้ต่อกันทั้งคู่ ซึ่งหนี้้นั้นถือเป็นหน้าที่ด้วยตัวของสัญญาเอง”

Professor Nigel G. Foster⁵ ได้เขียนไว้ดังนี้ ความรับผิดชอบก่อนสัญญา (*Verschulden bei Vertragsverhandlung*) เป็นการเรียกร้องรูปแบบหนึ่งที่ได้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาก่อนสัญญา ซึ่งได้มีการพัฒนาไปถึงกรณีการเข้าเพื่อทำสัญญากัน โดยให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ต้องระมัดระวัง ดูแล และซื่อสัตย์ต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

จากนิยามของนักกฎหมายที่กล่าวไปข้างต้นจะเห็นได้ว่าทุกนิยามมีความคล้ายกัน โดยนิยามที่สรุปได้คือ เป็นความรับผิดของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่กระทำการโดยไม่สุจริต และไร้ความระมัดระวัง ในขั้นตอนการเจรจาทำสัญญา จนมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อคู่กรณีอีกฝ่าย

2.2 ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา

จากการศึกษาพบว่าในเรื่องลักษณะที่แน่ชัดในทางทฤษฎีของความรับผิดชอบก่อนสัญญา (*Juridical nature of precontractual liability*) ยังไม่สามารถมีคำอธิบายที่แน่ชัดได้อีกทั้งแนวคิดของนักกฎหมายในแต่ละประเทศ รวมถึงประเทศเดียวกัน แต่ละคนก็มีแนวคิดที่ต่างกันออกไป

ทั้งนี้ จากความแตกต่างทางความคิดของนักกฎหมายที่นิยามถึงลักษณะของความรับผิดชอบก่อนสัญญา จึงสามารถแบ่งกลุ่มแยกย่อยออกมาเป็น 3 กลุ่ม⁶ ได้ ดังนี้

² จำปี หยกอุบล, ‘หลัก *Culpa in Contrahendo* ในกฎหมายสัญญา’ (2534) 21 วารสารนิติศาสตร์ 119.

³ Kessler F and Fine E, ‘*Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*’ (1964) 77 *Harvard Law Review* 401.

⁴ Groffrey Samuel and Jae Rinkes, *Law of Obligations and Legal Remedies* (Cavendish Publishing Limited, 1996) 228.

⁵ Nigel G Foster, *German Law and Legal System* (Blackstone Press Limited 1993) 221–222.

⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร, *หลักกฎหมายแพ่ง: ลักษณะละเมิด* (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2439) 33-68.

2.2.1 ความรับผิดเพื่อละเมิด (Tortious Liability)⁷ กล่าวคือ ถือเป็นความผิดนอกสัญญา อีกทั้งนักกฎหมายหลาย ๆ ท่านก็ได้เห็นสมควรที่จะจัดเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในหมวดหมู่นี้ เนื่องด้วยความคิดที่ว่า ความรับผิดก่อนสัญญาเกิด เป็นความผิดที่มีก่อนสัญญาจะเกิด ดังนั้นจึงไม่สามารถจัดอยู่ในหมวดความรับผิดตามสัญญาได้ เพราะสัญญายังไม่เกิดขึ้นจริง จึงต้องแยกออกมาเป็นความผิดนอกสัญญา

โดยประเทศที่ยอมรับในการจัดเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาไว้ในหมวดหมู่ความรับผิดเพื่อละเมิด (Tortious Liability) หรือความรับผิดนอกสัญญา ได้แก่ ประเทศอิตาลีซึ่งมีบทบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี รวมถึงแนวคำพิพากษาศาลสูงสุดของอิตาลี และประเทศฝรั่งเศส

2.2.2 ความรับผิดตามสัญญา (Contractual Liability)⁸ ถือเป็นความรับผิดซึ่งจะสันนิษฐานถึงความมีอยู่ของความสัมพันธ์อย่างหนึ่งอย่างใด โดยเป็นการเข้าใจโดยทั่วกันว่าจะต้องมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเรียกการกระทำนั้นว่า “การชำระหนี้” โดยในทฤษฎีนี้จะเน้นไปในเรื่องของการที่จะต้องปฏิบัติตนด้วยหลักสุจริต ถึงแม้อยู่ในขั้นตอนการเจรจาก็ตาม เพราะเหตุนี้ นักกฎหมายชาวเยอรมันและนักกฎหมายชาวอิตาลีเห็นส่วนหนึ่งจึงเห็นว่า แม้สัญญาจะยังไม่เกิดขึ้นและไม่มีหนี้ตามสัญญา แต่คู่สัญญาหรือคู่กรณีได้มีหนี้ตามกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างกันแล้ว หนี้ดังกล่าวคือหน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักสุจริต ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับหน้าที่ที่เกิดขึ้นเมื่อสัญญาเกิด

2.2.3 ความรับผิดก่อนสัญญา (pre-contractual liability) หรือที่เรียกว่า tertium genus⁹ กลุ่มนี้เป็นกลุ่มที่สามของการจัดลักษณะของความรับผิดก่อนสัญญา โดยความหมายในกลุ่มนี้หมายถึง ความผิดของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง โดยเป็นการกระทำที่คู่สัญญาคนดังกล่าวได้ดำเนินการเจรจาในการก่อให้เกิดสัญญานั้น ปฏิบัติตนโดยไม่สุจริตตามหลักสุจริต¹⁰ และด้วยสาเหตุที่ความรับผิดก่อนสัญญาไม่สามารถจัดอยู่ในหมวดหมู่ของความรับผิดตามสัญญา (Contractual Liability) ได้ เพราะว่าเป็นการกระทำผิดในช่วงเวลาที่ยังไม่ได้มีการทำสัญญากัน ถือว่าไม่มีความผูกพันกันตามข้อสัญญา อีกทั้งที่ไม่สามารถจัดอยู่ในหมวดหมู่ของความรับผิดเพื่อละเมิด (Tortious Liability) ได้ เนื่องจากในกรณีของละเมิดนั้นหากนำมาอยู่ในหมวดหมู่นี้อาจกระทบได้ถึงขอบเขตทางกฎหมาย ทั้งในเรื่องของสัญญา รวมถึงเรื่องของละเมิดได้ ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายบางส่วนจึงเห็นว่าความรับผิดก่อนสัญญา สมควรที่โดนแยกออกมาในหมวดหมู่ใหม่โดยใช้ชื่อความรับผิดก่อนสัญญาแบบตรงตัวไปเลย นอกจากนี้ยังมีความคิดเห็นบางส่วนได้แสดงความเห็นไว้ว่า หนี้ที่เกิดก่อนสัญญานั้นถือได้ว่าเป็นหนี้ตามกฎหมายอย่างหนึ่ง ทว่าเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องเฉพาะต่อบุคคลที่เข้ามาเจรจาทานั้น

โดยในประเทศเยอรมันนักกฎหมายบางกลุ่มก็ได้แสดงความเห็นว่า สาเหตุที่ความรับผิดของสัญญาจำต้องจัดอยู่ในกลุ่มที่สามหรือต้องแยกออกมาเป็นเอกเทศ ก็เพราะถือเป็นกำหนดความผิดในการประมาทเลินเล่อในช่วงการเจรจาก่อนการทำสัญญา เนื่องจากในระหว่างการเจรจานั้นนอกจากคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตน

⁷ Bianca C.M, *Diritto Civile : Il Contratto* (Secoda edizione riveduta e aggiornata 1985) 161.

⁸ ใน Black's Law Dictionary , p . 341-342 อธิบายไว้ว่า culpa in contrahendo เป็นความรับผิดซึ่งเกี่ยวกับความรับผิดตามสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการไม่ปฏิบัติตามคำเสนอของผู้ทำคำเสนอ ภายหลังจากที่ผู้รับคำเสนอ ได้เริ่มที่จะปฏิบัติการในสัญญาฝ่ายเดียวไปแล้ว และถูกทำให้หยุดชะงักโดยผู้เสนอ ก่อนที่การปฏิบัติการดังกล่าวจะเสร็จสิ้นลงด้วยการสนองรับคำเสนอในสัญญาฝ่ายเดียวนั้น

⁹ Pietro Rescigno, *Manuale del diritto Privato Italiano* (Jovene Editore, Napoli 1983) 680.

¹⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ‘หลักสุจริต’(law.tu, มกราคม 2567) < https://www.law.tu.ac.th/wp-content/uploads/2024/01/BonaFide_-_Supervening-Events.pdf> สืบค้นวันที่ 10 มกราคม 2568.

ตามหลักสุจริตแล้ว คู่สัญญายังมีหน้าที่ที่ต้องระมัดระวัง (Duty of care) ซึ่งถือเป็นหน้าที่ที่มีเฉพาะต่อคู่สัญญาหรือบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวพันในการทำสัญญาด้วยเท่านั้น อีกทั้งความรับผิดก่อนสัญญาก็มิใช่หลักการที่จะนำมาขยายกับความรับผิดเพื่อละเมิด โดยนักกฎหมายชาวเยอรมันยังให้เหตุผลไว้อีกว่า คู่สัญญามีหน้าที่ในการที่จะต้องใช้ความระมัดระวังที่มีก่อนที่สัญญาจะเกิด ซึ่งไม่ว่าสัญญาจะเกิดหรือไม่ หากคู่สัญญามีการฝ่าฝืนหน้าที่ก็จำเป็นต้องมีความรับผิด ดังนั้นจึงถือได้ว่าความรับผิดก่อนสัญญา ไม่ใช่ความรับผิดตามสัญญาเป็นแน่เพราะสัญญาอาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ หรือหากมีสัญญาจะเกิดแล้วจริง ๆ ความไม่ระมัดระวังดังกล่าวก็ยังถือว่าอยู่ในช่วงก่อนที่สัญญาจะเกิดอยู่ดี

แต่ในขณะเดียวกันก็มีนักกฎหมายบางส่วนในประเทศอิตาลีที่ไม่เห็นด้วยกับการจัดหมวดหมู่เนื่องจากบางส่วนมองว่ากฎหมายไม่สมควรมีกลุ่มความรับผิดนอกเหนือจากความรับผิดตามสัญญา และความรับผิดเพื่อละเมิดได้ อันมีสาเหตุมาจากความคิดในเรื่องความรับผิดตั้งแต่สมัยโรมัน โดยในยุคนั้นได้แบ่งความรับผิดไว้แค่ 2 กลุ่ม คือ ความรับผิดเพื่อหนีตามสัญญาอันเกี่ยวกับความสำเร็จในความคาดหวังว่าจะผูกพันและความรับผิดเพื่อหนีทั้งหมดละเมิดอันมุ่งจะคุ้มครองสถานะทางกฎหมายจากความเสียหายโดยมิชอบ

3. หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลแนวความคิดเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาจาก Jhering เช่นเดียวกับประเทศอิตาลี โดย Raymond Saleilles ได้นำเสนอแนวคิดในปี ค.ศ. 1907 ว่า ภายหลังจากที่คู่เจรจาได้เริ่มการเจรจา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต และไม่อาจยุติการเจรจาโดยพลการโดยปราศจากการชดเชยค่าเสียหายแก่อีกฝ่ายเพื่อความไว้วางใจที่ได้ให้ไว้

อย่างไรก็ตาม หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมิได้มีพัฒนาการอย่างก้าวไกลดังเช่นในประเทศเยอรมนีหรืออิตาลี อันเนื่องมาจากเหตุผลสำคัญได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในฐานะหลักการพื้นฐาน การปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาจึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง ด้วยเหตุผลที่ว่าคู่สัญญาพึงได้รับการประกันเสรีภาพในการแสดงเจตนา การกำหนดความรับผิดอันเนื่องมาจากการใช้เสรีภาพของคู่สัญญาย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากอาจทำให้บุคคลไม่กล้าใช้เสรีภาพด้วยความเกรงว่าจะต้องรับผิด

อย่างไรก็ดี ด้วยวิวัฒนาการทางกฎหมาย หลักเสรีภาพในการทำสัญญาได้ถูกจำกัดลงบางประการเมื่อศาลต้องพิจารณาถึงหลักความไว้วางใจ หลักสุจริต และหน้าที่ในการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่เจรจาก่อนสัญญา ส่งผลให้หลักความรับผิดก่อนสัญญาได้พัฒนาขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลก่อนสัญญาของผู้ประกอบวิชาชีพต่อคู่สัญญา แม้ว่าในท้ายที่สุดแล้ว ความรับผิดก่อนสัญญาดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้หลักความรับผิดทางละเมิดก็ตาม

3.1 ลักษณะทางกฎหมายของความรับผิดก่อนสัญญา¹¹

3.1.1 ความรับผิดเพื่อละเมิด

ประเทศฝรั่งเศสนักกฎหมายหลาย ๆ คน มีความคิดไปในทิศทางเดียวกันว่าเป็นความรับผิดเพื่อละเมิด แต่มิใช่เรื่องการไม่ชำระหนี้ตามเรื่องของสัญญาแน่นอน โดยการนำเอาหลักดังกล่าวมาเป็นความรับผิดเพื่อละเมิด

¹¹ จำปี โสทธิพันธุ์, *หลักความรับผิดก่อนสัญญา* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2548) 93.

ของนั้น จะต้องมีการนำหลังเกณฑ์มาปรับใช้กับหลักละเมิด โดยหลักเกณฑ์ในเรื่องละเมิดตามกฎหมายฝรั่งเศส มีองค์ประกอบ 3¹² ประการ ได้แก่

1. ความเสียหาย (Damage) กล่าวคือจะต้องมีความเสียหายต่อสิทธิหรือผลประโยชน์ที่กฎหมายได้ให้ความคุ้มครอง
2. ความเสียหายดังกล่าวจะต้องเกิดจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของบุคคลผู้ซึ่งทำละเมิดหรือบุคคลผู้ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของเขา
3. และเป็นความรับผิดชอบที่ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบถึงบุคคลผู้กระทำการละเมิดเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้การควบคุมของตน

3.1.2 ความรับผิดตามสัญญา¹³

นักกฎหมายจำนวนไม่น้อยมีความคิดเห็นว่าการรับผิดก่อนสัญญา ถือเป็นความรับผิดตามสัญญา โดยมีความเห็นว่าเป็นขั้นตอนการเจรจาที่ได้พูดคุยกันไปในระดับหนึ่งนั้น ถือว่าคู่กรณีจะตกอยู่ภายใต้หนี้ตามสัญญา และทั้งคู่พร้อมจะดำเนินการเจรจาต่อไปจนถึงขั้นการทำสัญญา

3.1.3 ความรับผิดก่อนสัญญา

ในความคิดเห็นนี้ เป็นความคิดเห็นทางทฤษฎีของนักกฎหมาย J.Carbomnier¹⁴ โดยเขาได้ให้ข้อสันนิษฐานว่า “ช่วงของการเจรจามีได้ก่อให้เกิดหนี้ขึ้นเกี่ยวกับสัญญาในอนาคต แต่เป็นหนี้ของคู่สัญญาภายในช่วงนี้เอง ที่จะต้องไม่ทำอะไรที่ไม่สุจริต และที่จะต้องให้รายละเอียดแก่กันในทุกสถานการณ์ที่สำคัญสำหรับการทำสัญญา”

3.2 การปรับใช้หลักความรับผิดก่อนสัญญาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

โดยมีแนวทางการปรับใช้ดังนี้¹⁵

1. มีข้อตกลงกันก่อนสัญญา กล่าวคือ หากมีการเจรจา โดยมีการแลกเปลี่ยนเอกสารหรือความลับใด ๆ หรือการตกลงกันในบางส่วนแล้ว ข้อตกลงที่ได้เจรจากันไปในนี้อาจถือเป็นสัญญาเลยก็ได้ ถึงแม้ในอนาคตสัญญาดังกล่าวอาจจะไม่เกิดขึ้นก็ตาม ด้วยเหตุนี้เมื่อสัญญายังไม่เกิด หากมีการระงับการเจรจານี้ก็ถือว่าเป็นความผิดในทางละเมิด
2. มีข้อบกพร่องในความยินยอม ซึ่งความหมายของข้อบกพร่องดังกล่าวได้แก่ ความสำคัญผิด กลฉ้อฉล หรือการข่มขู่ที่จะทำให้การทำสัญญานั้นไม่สมบูรณ์ อีกทั้งแม้ในเรื่องของความสำคัญผิดจะสามารถให้อภัยได้ แต่หากคู่กรณีอีกฝ่ายไม่ได้รู้ถึงสาระสำคัญของคู่กรณีอีกฝ่าย จนได้ตัดสินใจเข้าทำสัญญา ทว่าแน่นอนว่าสัญญาดังกล่าวย่อมไม่มีผลสมบูรณ์ โดยในกรณีนี้ผู้ที่สร้างความสำคัญผิดจำต้องมีการเยียวยาค่าเสียหายให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายด้วย

¹² Lawson F.H. and Aton A.E, *Introduction to French Law* (2nd edn, 1963) 207.

¹³ จำปี โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 11) 94.

¹⁴ Nicholas B, *The French Law of Contract* (London: Butterworth 1992) 71.

¹⁵ จำปี โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 11) 94.

3. มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลระหว่างการเจรจา โดยแนวทางนี้ถือเป็นแนวทางที่อยู่บนพื้นฐานของความสุจริต โดยจำต้องมีความซื่อสัตย์และตรงไปตรงมา กล่าวคือหากมีการปกปิดข้อความจริงที่คู่กรณีสมควรจะรู้ เพื่อเป็นประโยชน์ในการตัดสินใจ หรือหากคู่กรณีรู้ข้อมูลนี้สัญญาจะไม่เกิด คู่กรณีที่รู้ข้อมูลจึงเลือกที่จะปกปิดไว้ ในกรณีแบบนี้คู่กรณีฝ่ายที่ปกปิดข้อมูลอาจต้องชดใช้ค่าสินไหมเพื่อทดแทนความเสียหาย และการปกปิดข้อมูลสำคัญก็ถือเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้สัญญาเป็นโมฆะอีกด้วย

4. มีการระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร และขัดกับหลักไว้เนื้อเชื่อใจที่อีกฝ่ายมีให้ จนก่อให้เกิดความเสียหาย กล่าวคือมีการระงับการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควร เปรียบเสมือนการไม่ทำตามหลักสุจริตในระหว่างการเจรจา ทำให้ผู้ยกเลิกการเจรจาย่อมต้องรับผิดชอบ

จากการศึกษาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาของระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น พบว่าในฝรั่งเศสแม้ในอดีตจะมีการให้ความสำคัญกับหลักเสรีภาพมากกว่า แต่เมื่อสังคมได้มีการพัฒนาขึ้น แน่นนอนว่ากฎหมายก็สมควรต้องพัฒนาตาม ทำให้ปัจจุบันประเทศฝรั่งเศสมีการเปิดรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีผู้ซึ่งได้รับความเสียหาย ถึงแม้จะนักกฎหมายบางคนยังมีความโน้มเอียงไปในการคุ้มครองหลักเสรีภาพมากกว่า แต่ก็นับว่าเป็นปรากฏการณ์ที่ดีที่มีการเปลี่ยนแนวคิดในการคุ้มครองคู่เจรจาเพื่อความเป็นธรรมแก่คู่กรณีนั่นเอง

3.3 ตัวอย่างการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้ของประเทศฝรั่งเศส

คดี Manoukian (Cour de cassation, 2003)¹⁶

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้คือบริษัท Manoukian ซึ่งเป็นบริษัทสื่อพยายามเจรจาซื้อหุ้นของบริษัทสื่อ Stuck โดยในระหว่างเจรจาเจ้าของหุ้นบริษัท Stuck ได้เกิดการเปลี่ยนใจและขายหุ้นให้แก่บุคคลที่สามแทน บริษัท Manoukian จึงฟ้องร้องบริษัท Stuck โดยอ้างว่าอีกฝ่ายได้กระทำการเจรจาโดยไม่สุจริต ซึ่งคำตัดสินในคดีนี้ ศาลฎีกาฝรั่งเศส(Cour de cassation) ได้วินิจฉัยว่า แม้เจ้าของหุ้นบริษัท Stuck จะไม่มีพันธผูกพันที่จะต้องขายหุ้นแก่บริษัท Manoukian แต่การเจรจาสมควรต้องทำโดยสุจริต อย่างไรก็ตาม ศาลตัดสินว่า บริษัท Manoukian ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับ “โอกาสที่เสียไป” จากการพลาดโอกาสในการทำธุรกิจได้ แต่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากค่าใช้จ่ายที่เสียไปในขั้นตอนการเจรจาได้

4. หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายอิตาลี

ประเทศอิตาลี ถือเป็นประเทศหนึ่งที่ได้นำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา มาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี โดยประเทศอิตาลีมีแนวคิดที่ว่าด้วยคู่สัญญาต้องรับผิดชอบตามสัญญา ถึงแม้ว่าความเสียหายจะเกิดขึ้นก่อนสัญญาก็ตาม ด้วยเหตุผลที่ว่า คู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์และไว้วางใจ (Duty of care) ประกอบกับความสุจริต (Duty of good faith) ดังนั้นก่อนเกิดสัญญาจึงต้องมีหน้าที่งดเว้นไม่ให้เกิดความเสียหายต่อความผูกพันที่จะเกิดในอนาคต

¹⁶ Cour de Cassation, ‘Chambre commerciale, du 26 novembre 2003, 00-10.243 00-10.949, Publié au bulletin’ (legifrance, 29 October 1999) < <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007049778/> > accessed 25 February 2025.

4.1 ความรับผิดชอบก่อนสัญญาประมวลกฎหมายอิตาลี

ประเทศอิตาลีนำหลักดังกล่าวไปอยู่ในประมวลกฎหมายอิตาลี (Italian Civil code The consent of the parties) ในมาตรา1337 มาตรา1328 วรรคหนึ่ง และมาตรา1338

มาตรา 1337 บัญญัติว่า ในการดำเนินการเจรจาและในการก่อให้เกิดสัญญานั้นคู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามหลักสุจริต

มาตรา 1328 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า คำเสนอนั้นอาจจะถูกถอนได้เสียตราบที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตามถ้าผู้สนองได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญาไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้ทราบถึงการบอกถอน ผู้เสนอจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าใช้จ่าย และการสูญเสียที่ผู้สนองได้รับเพราะการเริ่มปฏิบัติตามสัญญา

มาตรา 1338 บัญญัติว่า คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะรู้ได้ถึงความมีอยู่ของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา แล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มี ความผิด

ซึ่งหากอ่านจากบทบัญญัติต่าง ๆ แล้ว จะพบว่าตัวบทมีการมุ่งเน้นไปในเรื่องของความสุจริต กล่าวคือ ในทุกขั้นตอนการเจรจาไปจนถึงการทำสัญญา คู่กรณีแต่ละฝ่ายต้องมีเจตนาที่สุจริตตั้งแต่ต้น หากเข้ามาหาผลประโยชน์หรือเจรจาโดยไม่สุจริต ก็จำเป็นต้องรับผิดชอบโดยตัวอย่างการฝ่าฝืนหลักสุจริตพบได้ดังนี้¹⁷

ประการแรก การไม่แจ้งข้อมูล กล่าวคือเป็นข้อมูลที่สำคัญที่ควรแจ้งแก่คู่กรณีอีกฝ่ายเพื่อเป็นประโยชน์ในการตัดสินใจ แต่คู่กรณีรู้เพียงฝ่ายเดียว และมีได้แจ้งให้อีกฝ่ายรับรู้ด้วย

ประการที่สอง การแจ้งในสิ่งที่ไม่ควรแจ้งแก่บุคคลอื่น กล่าวคือคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้แจ้งข้อมูลความลับที่ได้ทราบมาจากระหว่างการเจรจาให้แก่บุคคลอื่นทราบ ในทางที่อาจจะทำให้เกิดอุปสรรคต่อการดำเนินการเจรจา จนอาจทำให้การเข้าทำสัญญามีโอกาสยากยิ่งขึ้น

ประการที่สาม การขาดความชัดเจนในการเจรจา กล่าวคือเป็นการใช้ภาษาที่คลุมเครือ ใช้เป็นภาษาต่างประเทศที่มีความซับซ้อนหรือการใช้ศัพท์เฉพาะ ทำให้คู่กรณีอ่านแล้วไม่สามารถเข้าใจอย่างชัดเจน หรือการใช้ตัวอักษรที่มีขนาดเล็ก จนคู่กรณีอ่านแล้วเกิดความลำบากจนเกินไป

ประการที่สี่ การเจรจาแบบหลายคนพร้อมกัน กล่าวคือ บุคคลใดที่ต้องการทำคำเสนอ หรือทำสัญญากับใคร ควรมีคู่กรณีแค่คนเดียว ไม่สมควรเข้าเจรจาร่วมกันหลาย ๆ คน เพราะตามหลักสุจริตแล้ว บุคคลเมื่อเข้าเจรจา แน่แน่นอนว่าย่อมมีความหวังที่จะเข้าทำสัญญาด้วย หากแต่เข้าเจรจาร่วมกันหลายคน ก็เปรียบเสมือนการแสดงออกว่าบุคคลนั้นมิได้มีความตั้งใจที่จะทำสัญญากับคู่กรณีตั้งแต่แรก

ประการที่ห้า การถอนคำเสนอโดยไม่มีเหตุอันควร กล่าวคือ หากอ้างอิงตามมาตรา 1328 วรรคหนึ่ง จะพบว่าคำเสนอนั้นสามารถถอนได้ด้วยเหตุอันสมควรและไม่ถือว่ามี ความผิด ตราบที่สัญญายังไม่เกิด ทว่า ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการถอนคำเสนอนั้น ท่านว่าผู้เสนอจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับค่าเสียหายที่เกิดขึ้น และในส่วนที่จะกล่าวต่อไปคือการถอนคำเสนอโดยไม่มีเหตุที่สมควร อันเป็นลักษณะที่ไม่สุจริต จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่าย ดังนั้นผู้ถอนคำเสนอจึงต้องรับผิดชอบในการกระทำดังกล่าว

ประการที่หก การยกเลิกการเจรจาโดยไม่มีเหตุอันสมควรในช่วงเวลาที่คู่กรณีอีกฝ่ายได้เชื่อมั่นว่าสัญญาจะต้องเกิดขึ้นแน่นอน สำหรับกรณีนี้ไม่ได้มองที่ความเสียหายเป็นหลัก กล่าวคือความเสียหาย

¹⁷ จำปี โสทธิพันธ์ (เชิงอรรถ 11) 52-56.

อาจเกิดขึ้นหรือไม่ก็ได้ แต่จะมุ่งเน้นไปที่ช่วงเวลาเป็นสำคัญ กล่าวคือการยกเลิกการเจรจาในช่วงเวลาที่ได้เจรจากันมาสักพัก จนก่อให้เกิดความหวังแก่คู่กรณีอีกฝ่ายว่าจะต้องมีการทำสัญญาอย่างแน่นอน ซึ่งในกรณีนี้โดยหลักเสรีภาพแล้ว หากยังไม่มีสัญญาเกิด ก็ย่อมไม่มีหนี้ต่อกัน กลับกันในการเจรจาที่ดำเนินเวลามากสักพัก จนทำให้คู่กรณีมีความคาดหวังในการทำสัญญา ก็ถือเป็นการใช้หลักไว้เนื้อเชื่อใจในการทำสัญญาเช่นกัน ดังนั้น หากจะปล่อยให้บุคคลผู้ยกเลิกคำเสนอล้างหลักเสรีภาพแล้ว หลักความไว้เนื้อเชื่อใจของคู่กรณีก็จะถูกทำลายลง

ดังนั้นประเด็นดังกล่าวจึงเป็นที่ถกเถียงอย่างกว้างขวาง และฝ่ายนิติบัญญัติควรพึงพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงความสมดุลระหว่างหลักการว่าด้วยเสรีภาพและหลักการว่าด้วยความไว้วางใจ เพื่อกำหนดว่าหลักการใดควรได้รับการให้น้ำหนักมากกว่าในกรณีนี้

4.2 บุคคลต้องรับผิดชอบในหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา¹⁸

4.2.1 คู่กรณีหรือว่าที่คู่สัญญา แบ่งได้ 2 ประเภท

ประเภทแรก คู่กรณีหรือว่าที่คู่สัญญาที่เป็นเอกชนซึ่งได้ก่อความเสียหายให้แก่คู่กรณีอีกฝ่าย โดยการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อในช่วงระยะเวลาก่อนที่จะเกิดสัญญา หรือในขั้นตอนการเจรจา

ประเภทที่สอง คู่กรณีหรือว่าที่คู่สัญญาที่เป็นองค์กรของรัฐ อาจต้องรับผิดชอบในหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ในกรณีที่มีการเข้าทำสัญญาในลักษณะเดียวกันกับเอกชน กล่าวคือ หากตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการในนามขององค์กรดังกล่าว ได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

4.2.2 ตัวแทน

ในกรณีที่ตัวการ (คู่สัญญาหรือบุคคลที่จะรับผลของสัญญา) มอบอำนาจให้ตัวแทนดำเนินการเจรจาหรือทำสัญญาแทนตน และตัวแทนได้กระทำการโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ ผู้ใดจะต้องรับผิดชอบในความรับผิดชอบก่อนสัญญา ระหว่างตัวการ หรือตัวแทน

โดยนักกฎหมายชาวอิตาลี¹⁹ ได้วิเคราะห์ประเด็นความรับผิดชอบระหว่างตัวการและตัวแทนไว้ว่าให้พิจารณาโดยสถานะทางกฎหมายของความรับผิดชอบก่อนสัญญา กล่าวคือ หากพิจารณาความรับผิดชอบก่อนสัญญาว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด ความรับผิดย่อมตกแก่ตัวแทนในฐานะผู้กระทำละเมิดโดยตรง อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาว่าความรับผิดชอบก่อนสัญญามีลักษณะเป็นความรับผิดตามสัญญา ตัวการในฐานะผู้รับผลทางสัญญา จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

จะเห็นได้ชัดเลยว่าแนวทางในเรื่องหลักความรับผิดชอบของสัญญาของประเทศอิตาลีจะมีการนำหลักนี้มาบัญญัติไว้เป็นตัวบทโดนชัดแจ้ง ในประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีโดยตรงเลย ซึ่งตัวผู้เขียนเองมองว่าการบัญญัติไว้แบบนี้ถือเป็นข้อดีในการลดการสับสนในการตีความ เพราะแน่นอนว่าต่อให้นักกฎหมายหลาย ๆ ท่านมีแนวคิดที่แตกต่างกัน แต่เมื่อถึงเวลาที่ต้องบังคับใช้หรือตีความหากมีเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง ก็จะทำให้ให้นักกฎหมายตีความในทิศทางเดียวกันคือตามตัวบทบัญญัติ ถึงแม้จริง ๆ จะมีความเห็นไม่เหมือนกันก็ตาม อีกทั้งยังเป็นการสร้างบรรทัดฐานให้แก่การพิจารณาของศาล ทำให้คู่กรณีที่ก่อความเสียหายให้อีกฝ่าย

¹⁸ เฟ็งอ้าง 65-66.

¹⁹ Carlo Maiorca, *Colpa Civile : Teoria general* (Guiffre editore 1960) 6.

ในขั้นตอนการเจรจา ได้รับการพิจารณาความผิดไปในทางเดียวกัน อีกทั้งการมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญา ยังถือเป็นการเยียวยาหรือคุ้มครองถึงคู่กรณีที่เสียหายที่กระทำการเจรจาโดยสุจริต ซึ่งไม่ควรจะต้องเสียอะไรไปในขั้นตอนการเจรจาที่สุดท้ายแล้วสัญญาที่ไม่ได้เกิดขึ้นจริง ไม่ว่าจะเป็นการเสียเวลา ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการเตรียมการ หรือความเสียหายอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนสัญญาอีกด้วย

5. ความรับผิดก่อนสัญญาในประเทศไทย

ความหมายในทางภาษาของหลักความรับผิดก่อนสัญญาในไทย โดยศาสตราจารย์ดร.ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์ ได้ให้นิยามของ “ความรับผิด” ไว้ว่า บุคคลมีหน้าที่ต้องละเว้นการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นตามหลัก *neminem laedere* ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่กำหนดว่า ทุกคนมีหน้าที่ต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดการกระทำของตนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น

การฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความรับผิดในหลายลักษณะ กล่าวคือ ประการแรกความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากการฝ่าฝืนหน้าที่ในการงดเว้นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ประการที่สองความรับผิดตามสัญญา ซึ่งเกิดจากการที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามหน้าที่หรือไม่ชำระหนี้จนเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาอีกฝ่าย และประการที่สาม ความรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งเป็นผลจากการฝ่าฝืนหลักสุจริต (Good Faith) ในช่วงก่อนการเกิดสัญญาจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี²⁰

ต่อมาในส่วนของความรับผิดก่อนสัญญา ซึ่งในภาษาละตินคือ *Culpa in Contrahendo*

“*Culpa*” มีความหมายในภาษาอังกฤษว่า *Fault* ซึ่งมีความหมายสื่อถึงความผิดหรือการกระทำที่กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

“*in*” เป็นความหมายเช่นเดียวกับภาษาอังกฤษคือ *in* ซึ่งแปลว่า ใน

และ “*Contrahendo*” มีต้นแบบมาจากคำว่า *Contrarre* ซึ่งแปลว่า การเข้าทำสัญญา และคำว่า *endo* มีลักษณะเดียวกันกับ *ing* ในภาษาอังกฤษ ซึ่งหมายถึง กำลังจะเกิดขึ้น ดังนั้นเมื่อนำคำทั้งหมดมารวมกันจะมีความหมายในภาษาไทยว่า สัญญากำลังจะเกิดขึ้น²¹

ดังนั้น เมื่อนำคำดังกล่าวมารวมไว้ในก็จะได้เป็น *Culpa in Contrahendo* ที่มีความหมายในภาษาไทยว่า ความผิดที่เกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในขณะที่กำลังจะทำสัญญา

หากแต่ในทางทฤษฎีนั้น ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติที่ใช้หรือกล่าวถึงที่ชัดเจน อีกทั้งหลักนี้ยังมีนักกฎหมายบางส่วนยอมรับ ในขณะที่เดียวกันนักกฎหมายบางส่วนก็ยังไม่เห็นต่างอยู่ โดยนักกฎหมายได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

5.1 นักกฎหมายที่เห็นด้วยกับหลักความรับผิดก่อนสัญญา

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์²² ได้กล่าวไว้ว่า “เราอาจให้กฎหมายหรือแนวการปฏิบัติในการพิจารณาเรื่องการรับผิดก่อนสัญญามาปรับแก้กรณีหรือคดีที่เกิดขึ้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4วรรคแรก”

²⁰ นัฐติยา ตันตระกูลวานิชย์, ‘ปัญหาทางกฎหมายเรื่องก่อนสัญญา’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2561).

²¹ จำปี โสทธิพันธุ์ (เชิงอรธ 11) 31.

²² ไพจิตร ปุญญพันธุ์, ‘ความรับผิดก่อนสัญญากับความรับผิดซ้อนกัน’ (2547) 3 ตุลาคม 14, 14.

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร²³ มีความเห็นว่า “การเจรจาของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต้องอยู่ในหลักบังคับว่าต้องกระทำการโดยสุจริต และไม่ประมาทเลินเล่อ เพราะคู่กรณีฝ่ายนั้นจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดขึ้น อย่างเช่นการกระทำในกรณีอื่น ๆ ทั่วไป”

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์²⁴ กล่าวว่า “การเจรจาโดยประมาทเลินเล่อหากก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น คู่กรณีฝ่ายที่ประมาทเลินเล่อ จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่นเดียวกับการกระทำโดยประมาทในกรณีอื่น ๆ”

5.2 นักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยกับหลังความรับผิดชอบก่อนสัญญา

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย²⁵ มีความคิดเห็นว่า “การเจรจาก่อนการทำสัญญาตามปกตินั้น ไม่มีการผูกมัดคู่กรณีแต่อย่างใด เพราะสัญญายังไม่เกิด การเจรจาเป็นเพียงการเตรียมที่จะเข้าทำสัญญาเท่านั้น”

ถึงแม้จะไม่ได้มีการกล่าวถึงทฤษฎีและแนวการบังคับใช้อย่างชัดเจน แต่ก็มีศาสตราจารย์บางท่านให้ความเห็นว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเป็นความรับผิดเพื่อละเมิด โดยศาสตราจารย์บัญญัติสุขิวัช ได้กล่าวไว้เช่นนี้เนื่องจากท่านได้มีความเห็นว่า “ค่าเสียหายนอกเหนือจากการกลับคืนสู่ฐานะเดิมไม่ได้เมื่อมีการบอกล้างโมฆียะนั้นต้องไปเรียกร้องตามเรื่องละเมิด²⁶” โดยความคิดเห็นนี้ไม่ได้มีกรรมการคนใดโต้แย้ง หรือกรณีของการถอนคำเสนอที่ถอนไม่ได้ ก็ถือว่าถือว่าการบอกถอนก่อให้เกิดความรับผิดชอบฐานละเมิดเช่นกัน

นักกฎหมายบางคนก็ได้ให้ความเห็นว่า หลักการนี้เป็นเรื่องความรับผิดชอบก่อนสัญญา หรือบางคนก็มองว่าเป็นความไม่มีความรับผิดอย่างใดเลย เช่นเดียวกับศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ที่ให้ความเห็นว่า “ถ้าอีกฝ่ายไม่สนองรับมาสัญญาก็ไม่เกิดขึ้นมูลหนี้อันใดก็จะมีจะว่าเป็นละเมิดก็ไม่ได้ แม้จะเสียหายในทางการเตรียมก็เห็นจะต้องรับลำบากเพราะการที่ไม่ได้สนองไปนั่นเองอยู่ที่ดีดีจะมาเรียกค่าสินไหมทดแทนเพราะผู้เสนอถอนคำเสนอโดยยังไม่มีสัญญาความผูกพันอะไรต่อกันนั้นเห็นจะไม่ได้เพราะเมื่อยังไม่มีการขึ้นโดยสัญญาก็อาจจะเรียกเอาค่าเสียหายในฐานะที่ไม่ชำระหนี้ตามสัญญาไม่ได้²⁷”

ดังนั้นอย่างที่กล่าวไปข้างต้นว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาเกิดในประเทศไทยตอนนี้ ยังมีความถกเถียงกันอยู่มากในกลุ่มนักกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการเห็นด้วยหรือไม่ ทำให้หลักนี้ยังไม่มีที่ชัดเจนในประเทศไทยนักไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทฤษฎีไปจนถึงเรื่องการบังคับใช้ อีกทั้งแนวคิดในคำพิพากษาหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาโดยตรงก็ยังไม่ค่อยมากนัก

6. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาระหว่างระบบกฎหมายไทย ระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายอิตาลี

²³ พรชนิตร สวงวงศ์, ‘ค่าเสียหายสำหรับความรับผิดชอบก่อนสัญญา’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556).

²⁴ เพิ่งอ้าง

²⁵ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรมสัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 26, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2567) 218.

²⁶ รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาสะสางประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 1092-8/2523 วันพุธที่ 20 กุมภาพันธ์ 2523 หน้า 3

²⁷ หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2 (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ 2520) 457.

จากการที่ผู้เขียนศึกษาเปรียบเทียบหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาในระบบกฎหมายของประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลีพบประเด็นความแตกต่างที่มีนัยสำคัญในเชิงนิติบัญญัติและการบังคับใช้กฎหมาย ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ด้านสถานะทางกฎหมาย ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลี ได้บัญญัติรับรองหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาไว้อย่างชัดเจนในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป อันเป็นการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่แน่นอนและชัดเจน ต่อมาในส่วนของประเทศฝรั่งเศส แม้ไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยตรงแต่ก็มีแนวทางการปรับใช้ไปกับกฎหมายที่มีอยู่ โดยส่วนใหญ่มักปรับใช้ควบคู่ไปกับเรื่องละเมิด และเนื่องด้วยฝรั่งเศสมีนักกฎหมายที่เห็นด้วยในหลักนี้ และให้คำนิยามไปในทิศทางเดียวกัน ทำให้เมื่อนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้แล้ว สามารถกระทำได้อย่างไม่เป็นที่ขัดต่อความรู้สึกเท่าไรนัก ทว่าในระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้มีบทบัญญัติที่รับรองหลักการดังกล่าวไว้โดยตรง รวมถึงตัวนิยามเองก็ไม่ได้มีอย่างชัดเจนนัก ส่งผลให้การเยียวยาและคุ้มครองความเสียหายในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นก่อนสัญญา ต้องอาศัยการปรับใช้บทบัญญัติทั่วไป อาทิเช่น ในระบบกฎหมายไทยจะมีความพยายามในการปรับใช้บทบัญญัติว่าด้วยละเมิดตามมาตรา 420²⁸ และหลักสุจริตตามมาตรา 5²⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนการเกิดสัญญา แต่เมื่อพิจารณาโดยถ่วงแท้แล้วทั้งในเรื่องการให้คำนิยามที่ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่ระหว่างนักกฎหมายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ประกอบกับองค์ประกอบความรับผิดชอบในช่วงก่อนสัญญามีลักษณะที่ไม่อาจปรับเข้ากับองค์ประกอบความรับผิดชอบตามบทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวได้ ทำให้ในไทยยังไม่ค่อยมีการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้มากนัก

ประการที่สอง ด้านการบังคับใช้กฎหมาย การนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาปรับใช้อาจประสบปัญหาในการพิสูจน์เจตนาไม่สุจริตของคู่เจรจา รวมถึงการกำหนดค่าเสียหายที่เหมาะสม เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นในช่วงก่อนการทำสัญญาอาจมีลักษณะที่ไม่แน่นอนและยากแก่การประเมิน ในกรณีที่ค่าเสียหายสามารถตีราคาได้เป็นตัวเลข ก็ถือว่าการไม่ยากในการประเมินและสามารถปรับใช้กับการประเมินค่าเสียหายในทางละเมิดดังเช่นที่ประเทศฝรั่งเศสปรับใช้ หากแต่ในกรณีของความเสียหายที่ไม่อาจประเมินราคาได้ เช่นค่าเสียเวลา ค่าเตรียมการใด ๆ ก็ถือเป็นการยากต่อการพิสูจน์นอกจากนี้ หากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจน อาจนำไปสู่การตีความที่แตกต่างกันในแต่ละคดี ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในทางกฎหมาย

ประการที่สาม ด้านผลทางกฎหมาย การที่ประเทศอิตาลีมีบทบัญญัติเฉพาะรองรับหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาส่งผลให้การกำหนดขอบเขตความรับผิดชอบและการเยียวยาความเสียหายมีความชัดเจนและมีบรรทัดฐาน ซึ่งถือเป็นการคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีผู้ซึ่งสุจริต ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้นผลทางกฎหมายก็มีตามแนวคิดในเรื่องละเมิด ซึ่งก็ถือเป็นความมีบรรทัดฐานในระดับหนึ่ง เนื่องจากผลทางละเมิดก็ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการชดใช้ไว้เป็นการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนในการพิจารณาคดีและการกำหนดค่าเสียหายที่ต้องชดใช้

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

ตารางเปรียบเทียบกฎหมาย

	ประเทศ		
	ฝรั่งเศส	อิตาลี	ไทย
แนวคิด	มีการให้น้ำหนักกับหลัก สุจริตมากขึ้น และลด จำกัดหลักเสรีภาพในการ ทำสัญญาลงบางประการ ส่งผลให้หลักความรับผิด ก่อนสัญญาได้พัฒนาขึ้น อย่างเป็นรูปธรรม ถึงแม้ จะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลาย ลักษณ์อักษรก็ตาม	เป็นประเทศที่มีแนวคิด ยอมรับในหลักความรับผิด ก่อนสัญญา โดยนำ หลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ ในประมวลกฎหมาย อิตาลี หรือกฎหมาย Italian Civil code อย่าง ชัดเจน	ยังไม่มีกรกล่าวถึงที่ ชัดเจน มีนักกฎหมาย บางส่วนยอมรับ และ บางส่วนก็มีความเห็น ต่าง
แนวทางการปรับใช้	แม้ไม่ได้บัญญัติไว้เป็น ลายลักษณ์อักษร แต่ก็มี แนวทางการปรับใช้ได้ 1. หากมีการตกลงกันใน บางส่วนในชั้นเจรจา หาก มีการระงับการเจรจาถือ ว่าเป็นความผิดในทาง ละเมิด 2. หากมีความสำคัญผิดใน ความยินยอม คู่กรณีผู้ซึ่ง สร้างความสำคัญผิด จำต้องเยียวยาค่าเสียหาย แก่คู่กรณีอีกฝ่าย 3. หากมีการปกปิด ข้อความจริงที่คู่กรณี สมควรจะรู้ คู่กรณีที่ ปกปิดจำต้องชดใช้ค่า สินไหมทดแทนความ เสียหาย 4. หากมีการระงับการ เจรจาโดยไม่มีเหตุอัน	มีบัญญัติไว้เป็นลาย ลักษณ์อักษรดังนี้ มาตรา 1328 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า คำเสนอนั้น อาจจะถูกถอนได้เสีย ตราบที่สัญญายังไม่เกิด อย่างไรก็ตามถ้าผู้สนอง ได้เริ่มปฏิบัติตามสัญญา ไปโดยสุจริตก่อนที่จะได้ ทราบถึงการบอกถอน ผู้ เสนองจะต้องชดใช้ค่า สินไหมทดแทนสำหรับ ค่าใช้จ่าย และการ สูญเสียที่ผู้สนองได้รับ เพราะการเริ่มปฏิบัติตาม สัญญา มาตรา 1337 บัญญัติว่า ในการดำเนินการเจรจา และการก่อให้เกิด สัญญานั้นคู่สัญญา จะต้องปฏิบัติตาม หลักสุจริต	ยังไม่มีแนวทางการปรับ ใช้ในปัจจุบัน

	ประเทศ		
	ฝรั่งเศส	อิตาลี	ไทย
สมควร ผู้ยกเลิกการเจรจาต้องรับผิดชอบ	มาตรา 1338 บัญญัติว่า คู่สัญญาฝ่ายที่รู้หรือควรที่จะรู้ได้ถึงความมีอยู่ของสาเหตุประการหนึ่งของความไม่สมบูรณ์ของสัญญา แล้วมิได้แจ้งให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่อีกฝ่ายหนึ่งได้รับ เพราะได้ให้ความไว้วางใจในความสมบูรณ์ของสัญญาโดยไม่มี ความผิด		

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่าหากมีการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้จะมีทั้งข้อดีและข้อเสียดังนี้

ในแง่ของข้อดีนั้น ผู้เขียนพบว่าหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาสามารถสร้างความเป็นธรรมให้แก่คู่กรณี ที่กระทำการโดยสุจริต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่กรณีได้ลงทุนทั้งเวลาและทรัพยากรในการเตรียมการ เพื่อเข้าทำสัญญา นอกจากนี้ยังเป็นการป้องกันการเจรจาโดยไม่สุจริตหรือมีเจตนาหลอกลวง จึงถือเป็นการสร้างบรรทัดฐานที่ดีในเจรจา

อย่างไรก็ตาม การนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้ก็มีข้อจำกัดและข้อเสียบางประการ กล่าวคือ อาจก่อให้เกิดภาระแก่คู่เจรจามากเกินสมควร โดยทำให้การเจรจาต้องดำเนินไปอย่างเคร่งครัดและ ระมัดระวังมากเกินไป จนอาจส่งผลกระทบต่อความคล่องตัวในการเจรจาต่อรองในการทำสัญญา อีกทั้งยังอาจ เพิ่มต้นทุนในการเจรจา เนื่องจากคู่เจรจาอาจต้องพึ่งพาที่ปรึกษากฎหมายเพื่อป้องกันความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น

ดังนั้นจากการวิเคราะห์ข้างต้น ประกอบกับการเปรียบเทียบจากประเทศตัวอย่าง จึงอาจสรุปได้ว่า ในฝรั่งเศสและอิตาลีได้มีการนำหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้มากขึ้น รวมถึงประเทศอิตาลีมีการนำ หลักความรับผิดชอบก่อนสัญญามาใช้ และนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยตรง เพื่อที่ ต้องการที่จะลดปัญหาการตีความที่อาจขัดแย้งกันของนักกฎหมาย และเพื่อเป็นบรรทัดฐานให้แก่การพิจารณา คดีในการเยียวยาค่าเสียหายแก่คู่กรณีไปในทิศทางเดียวกัน อีกทั้งการมีบทบัญญัติหรือการนำหลักความรับผิด ก่อนสัญญามาใช้ ยังถือเป็นการช่วยคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีฝ่ายที่สุจริตที่อาจได้รับความเสียหายโดยคู่กรณี อีกฝ่ายจากการกระทำที่ไม่สุจริตและขาดความระมัดระวัง

ในขณะที่ประเทศไทยนั้นยังไม่มี ความชัดเจนในหลักทฤษฎีความรับผิดก่อนสัญญา ทำให้ นักวิชาการหลาย ๆ คนยังมีข้อถกเถียง และมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันไป อีกทั้งเนื่องด้วยการไม่มีบัญญัติ ที่ชัดเจนทำให้การพิจารณาถึงเรื่องการเยียวยาให้แก่คู่กรณีซึ่งสุจริต อาจจะไม่เป็นธรรม เนื่องจาก บทบัญญัติที่มีในปัจจุบัน อาจจะไม่สามารถนำมาปรับใช้กับเรื่องความรับผิดก่อนสัญญาได้เท่าที่ควร จึงทำให้ การคุ้มครองสิทธิของคู่กรณีซึ่งสุจริตยังไม่มีความเป็นธรรมมากนัก

เพราะฉะนั้นจึงสมควรนำหลักความรับผิดก่อนสัญญามานิยามให้ทุกคนเข้าใจไปในแนวทาง เดียวกัน พร้อมทั้งควรนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับประเทศไทย โดยอาจจะเริ่มต้นในรูปแบบของประเทศฝรั่งเศส นั่นคือการปรับสมดุลแนวคิดอย่างละมุนละม่อมเพื่อให้เกิดความเหมาะสม โดยเริ่มจากการปรับลดความเข้มข้น ของหลักการว่าด้วยเสรีภาพลงอย่างเป็นลำดับ และให้นำหนักกับหลักไว้เนื้อเชื่อใจ กับหลักความรับผิดของสัญญา มากขึ้น จนเมื่อมีความสมดุลกันแล้ว ประเทศไทยควรพิจารณาเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายลงในประมวลกฎหมาย ดังเช่นประเทศอิตาลี เพื่อรองรับหลักความรับผิดก่อนสัญญา อันจะเป็นการช่วยเรื่องการคุ้มครองสิทธิของ คู่กรณี ให้มีความเป็นธรรมและมีความเป็นบรรทัดฐานเดียวกันมากขึ้น ทั้งนี้การบัญญัติเพิ่มเติมเรื่องหลักความรับผิด ก่อนสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสมดุลระหว่างหลักเสรีภาพ และหลักความรับผิดก่อนสัญญา เพื่อมิให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเจรจาต่อรองของ คู่สัญญาจนเกินสมควร

กลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา :
ศึกษาความเหมือนและความแตกต่างในบริบทของกฎหมายไทย*

Fraud under the Civil and Commercial Code or fraud under the Penal Code:
a study of similarities and differences within the context of Thai law.

พระมหาสุธน นาลี**

Phramahasuthon nali

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กับฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการหลอกลวงในระบบกฎหมายไทย แม้ทั้งสองกรณีจะมีลักษณะร่วมกันในแง่ของการใช้กลอุบายหลอกลวงและต้องมีเจตนา แต่มีความแตกต่างที่สำคัญหลายประการ โดยกลฉ้อฉลเป็นเรื่องทางแพ่งที่มุ่งคุ้มครองความบริสุทธิ์ของการแสดงเจตนาในการทำนิติกรรม และมีผลให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ ในขณะที่ฉ้อโกงเป็นความผิดทางอาญาที่มีขอบเขตกว้างกว่า มุ่งคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและลงโทษผู้กระทำผิด โดยไม่จำเป็นต้องมีนิติกรรมเป็นพื้นฐาน นอกจากนี้ยังมีความแตกต่างในด้านกระบวนการพิจารณาและการเยียวยา โดยกลฉ้อฉลใช้กระบวนการทางแพ่งและมุ่งเน้นการเยียวยาความเสียหาย ส่วนฉ้อโกงใช้กระบวนการทางอาญาและมีบทลงโทษทางอาญา การศึกษาความเหมือนและความต่างระหว่างกลฉ้อฉลและฉ้อโกงนี้จะช่วยให้เข้าใจหลักกฎหมายทั้งสองประการได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: กลฉ้อฉล, ฉ้อโกง, กฎหมายแพ่ง, กฎหมายอาญา, นิติกรรม

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิชา กม 7101 กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิดชั้นสูง หลักสูตฺรนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** พระมหาสุธน นาลี, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย คณະนิติศาสตร์ สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่อยู่: เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 E-mail: 6611911001@stu.nida.ac.th

Abstract

This article aims to compare fraud under the Civil and Commercial Code or fraud under the Penal Code under the Thai legal system. While both involve deceptive practices and require intention, there are several significant differences. Civil fraud focuses on protecting the purity of intention in juristic acts and results in voidable contracts, whereas criminal fraud has a broader scope, aims to protect property rights, and punishes offenders without requiring the existence of a juristic act. Furthermore, they differ in their procedural aspects and remedies, with civil fraud utilizing civil proceedings and focusing on damage compensation, while criminal fraud employs criminal proceedings with penal sanctions. In civil fraud, the burden of proof is based on the preponderance of evidence, whereas criminal fraud requires proof beyond reasonable doubt. Civil fraud is confined to contractual relationships, while criminal fraud encompasses a wider range of fraudulent activities. This comparative study of similarities and differences between civil and criminal fraud contributes to a better understanding of both legal principles.

Keywords: Civil Fraud, Criminal Fraud, Civil Law, Criminal Law, Juristic Act

1. บทนำ

การหลอกลวงในสังคมไทยปัจจุบัน ปรากฏเป็นปัญหาสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อปัจเจกบุคคล และสังคมโดยรวม โดยเฉพาะแก๊ง Call Center ที่กำลังระบาดอย่างหนักในปัจจุบัน ตัวอย่าง เช่น หลอกให้โอนเงิน ไปร่วมลงทุนแล้วหลังจากนั้นจะหลอกว่าได้กำไรมหาศาลให้โอนค่าธรรมเนียมมาเพิ่มเพื่อถอนเงิน เป็นต้น แม้การหลอกลวงจะเป็นความผิดทั้งในทางแพ่งและอาญา แต่การจำแนกระหว่างกลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญายังขาดความชัดเจน โดยเฉพาะในแง่ องค์ประกอบความผิดที่มีความคาบเกี่ยวกันในเรื่องเจตนาหลอกลวง

ปัญหาดังกล่าวส่งผลให้การดำเนินคดีในกรณีหลอกลวงมักเริ่มต้นด้วยกระบวนการทางอาญาก่อน แล้วจึงนำไปสู่การดำเนินคดีทางแพ่ง ก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนในกระบวนการยุติธรรมและภาระงานที่เพิ่มขึ้นแก่ศาล อีกทั้งยังส่งผลให้ผู้เสียหายต้องรอคอยการเยียวยาเป็นระยะเวลานาน

เป้าหมายในการศึกษานี้คือการพัฒนาแนวทางในการจำแนกความแตกต่างระหว่างกลฉ้อฉลและฉ้อโกง ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่การเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม การกำหนดกระบวนการดำเนินคดีที่มีประสิทธิภาพ ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรม

ดังนั้น การศึกษานี้จึงมุ่งวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างกลฉ้อฉลและฉ้อโกงในประเด็นสำคัญ ได้แก่ ความหมาย องค์ประกอบความผิด ตัวบุคคลที่เกี่ยวข้อง ความรับผิด ตลอดจนเครื่องมือทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

2. ความหมายของกลฉ้อฉลและฉ้อโกง

ในส่วนแรกนี้ การทำความเข้าใจความหมายของกลฉ้อฉลและฉ้อโกงเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญในการวิเคราะห์ เปรียบเทียบความเหมือนและความแตกต่างระหว่างสองกฎหมาย ดังนี้

2.1 ความหมายของกลฉ้อฉล

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แม้จะมีบัญญัตินิยามของกลฉ้อฉลไว้โดยตรง แต่ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2544 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “การใช้อุบายหลอกลวงด้วยการแสดงข้อความเท็จ หรือการจงใจปิดบังซ่อนเร้นข้อความจริงเพื่อให้ผู้อื่นหลงผิดจนแสดงเจตนาทำนิติกรรม การแสดงเจตนาเพราะ ถูกกลฉ้อฉลถือเป็นโมฆียะ” และจากการศึกษาแนวคิดทางวิชาการและคำพิพากษาศาลฎีกา สามารถประมวล ความหมายของกลฉ้อฉลได้ว่า เป็นการกระทำโดยเจตนาที่จะหลอกลวงบุคคลอื่นให้สำคัญผิดในข้อเท็จจริง จนเป็นเหตุให้บุคคลนั้นแสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรม ซึ่งหากปราศจากการหลอกลวงดังกล่าว บุคคลนั้นอาจ ไม่เข้าทำนิติกรรมเลยหรืออาจเข้าทำภายใต้เงื่อนไขที่แตกต่างออกไป¹ โดยผลทางกฎหมายของกลฉ้อฉลนำไปสู่ การทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆียะ²ตามมาตรา 159³ เช่น โจทก์จดทะเบียนโอนขายที่ดินให้แก่จำเลยที่ 1 เพราะ หลงเชื่อตามที่จำเลยที่ 1 หลอกลวงว่าได้โอนเงินค่าที่ดินเข้าบัญชีเงินฝากของบุตรโจทก์แล้ว เป็นเรื่องที่โจทก์

¹ ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 21, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2560) 137-138.

² ด้ายทอง ทับทิมทอง, ‘การให้ข้อความผิดไปจากความเป็นจริงในการทำสัญญา: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายอังกฤษ’ (2562)

³ วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ 455, 456.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 159 วรรคแรกบัญญัติไว้ว่า การแสดงเจตนาเพราะถูกกลฉ้อฉลเป็นโมฆียะ

แสดงเจตนาทำนิติกรรมเพราะถูกจำเลยที่ 1 ใช้กลฉ้อฉล หากโจทก์ทราบความจริงว่ายังไม่มีการโอนเงินเข้าบัญชี การจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่จำเลยที่ 1 ก็คงจะมีได้กระทำขึ้น⁴

2.2 ความหมายของฉ้อโกง

ในทำนองเดียวกัน ประมวลกฎหมายอาญามีได้ให้นิยามของฉ้อโกงไว้โดยเฉพาะ แต่ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2544 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “เป็นชื่อความผิดทางอาญาฐานหลอกลวงผู้อื่นโดยทุจริต ด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และการหลอกลวงนั้นทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ เรียกว่า ความผิดฐานฉ้อโกง” และฉ้อโกงนั้นยังมีองค์ประกอบความผิดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 341⁵ ซึ่งสามารถอธิบายได้ว่า ฉ้อโกงเป็นการกระทำความผิดต่อทรัพย์สินรูปแบบหนึ่งที่มีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ เป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สินด้วยการหลอกลวงให้ผู้อื่นหลงเชื่อ โดยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง จนนำไปสู่การได้ไปซึ่งทรัพย์สินหรือการทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิของผู้อื่น⁶ เช่น จำเลยใช้อุบายไปขอซื้อโคจากผู้เสียหายโดยขอให้ผู้เสียหายนำโคไปส่งที่บ้านจำเลย แล้วจำเลยจะชำระราคาให้ ครั้นเมื่อผู้เสียหายปฏิบัติตามนั้นแล้ว จำเลยกลับบ่ายเบี่ยงว่ายังเบิกเงินที่ธนาคารไม่ได้ ให้กลับไปรับเงินใหม่ในวันรุ่งขึ้นและในคืนนั้นเองจำเลยก็พาโคหนีไป ดังนี้ เห็นได้ว่าจำเลยมีเจตนาทุจริตหลอกลวงให้ผู้เสียหายหลงเชื่อว่าจะซื้อโคจริงมาแต่ต้น ด้วยการวางแผนเป็นขั้น ๆ และไม่มีเจตนาจะใช้ราคาโคเลย การกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกงแล้ว⁷

2.3 ความเหมือนและความแตกต่างในด้านความหมาย

จากการศึกษาความหมายข้างต้น พบว่ากลฉ้อฉลและฉ้อโกงมีความเหมือนกัน คือ ทั้งสองมีพื้นฐานมาจากการหลอกลวงบุคคลอื่น โดยใช้วิธีการแสดงข้อความเท็จหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้ง มีเจตนาที่จะหลอกลวงให้ผู้อื่นหลงเชื่อเพื่อให้กระทำการบางอย่าง และมีความสัมพันธ์ระหว่างการหลอกลวงกับการตัดสินใจของผู้ถูกหลอกลวง กล่าวคือ หากไม่มีการหลอกลวง ผู้ถูกหลอกลวงจะไม่กระทำการดังกล่าว อย่างไรก็ตาม กลฉ้อฉลและฉ้อโกงนั้นมีความแตกต่างที่สำคัญ คือ กลฉ้อฉลเป็นหลักการในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มุ่งเน้นที่ความสมบูรณ์ของการแสดงเจตนาในนิติกรรม ผลคือทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะ สามารถบอกล้างได้ ส่วนฉ้อโกงเป็นความผิดทางอาญาที่มุ่งเน้นการลงโทษผู้กระทำความผิดที่ได้ทรัพย์สินไปโดยการหลอกลวง ผลคือผู้กระทำความผิดต้องรับโทษทางอาญา ดังตัวอย่างคำพิพากษาที่ยกมาแสดงให้เห็น กลฉ้อฉล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7394/2550) โจทก์จดทะเบียนโอนที่ดินให้จำเลยเพราะเชื่อว่าได้รับเงินค่าที่ดินแล้ว อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า กลฉ้อฉลนั้นเน้นที่การแสดงเจตนาโอนที่ดินอันเป็นนิติกรรม ส่วนฉ้อโกง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1554/2511) จำเลยหลอกลวงว่าจะซื้อโคแต่ไม่มีเจตนาจะชำระราคาและพาโคหนีไป อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า ฉ้อโกงนั้นเน้นที่การได้ไปซึ่งทรัพย์สิน (โค) โดยการหลอกลวงด้วยเจตนาทุจริต

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7394/2550

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 บัญญัติไว้ว่า ผู้ใดโดยทุจริต หลอกลวงผู้อื่นด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้น ได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง หรือบุคคลที่สาม หรือทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม ทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ.

⁶ คณพล จันทร์หอม, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดเล่ม 3 (พิมพ์ครั้งที่ 8, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2566) 259.

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1554/2511.

กรณีทั้งสองมีความเชื่อมโยงกันในแง่ของการกระทำที่เป็นการหลอกลวง แต่มีวัตถุประสงค์และผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน การกระทำเดียวกันอาจเข้าองค์ประกอบทั้งกลฉ้อฉลและฉ้อโกงได้พร้อมกัน

กล่าวโดยสรุป กลฉ้อฉลเป็นเรื่องของความบกพร่องในการแสดงเจตนาทำนิติกรรม ในขณะที่ฉ้อโกงเป็นเรื่องของการทำความผิดทางอาญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้ทรัพย์สินโดยทุจริต

3. องค์ประกอบที่สำคัญของกลฉ้อฉลและฉ้อโกง

หลังจากได้รู้ถึงความหมายของกลฉ้อฉลและฉ้อโกงแล้ว ต่อไปจะได้ศึกษาถึงองค์ประกอบที่สำคัญของกลฉ้อฉลและฉ้อโกงซึ่งมีความสำคัญในการทำความเข้าใจถึงลักษณะเฉพาะและความแตกต่างของสองกฎหมายดังนี้

3.1 องค์ประกอบที่สำคัญของกลฉ้อฉล

กลฉ้อฉลมีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 3 ส่วน ดังนี้

1) การมีอยู่ของนิติกรรม

นิติกรรมในที่นี้หมายถึงนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 ที่ให้ความหมายไว้ว่า “การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” ซึ่งการที่นิติกรรมจะตกเป็นโมฆียะได้นั้นจะต้องมีนิติกรรมที่มีอยู่จริงในลักษณะที่ถูกต้องตามกฎหมายอยู่ก่อนแล้ว แต่มีเหตุที่ทำให้นิติกรรมนั้นไม่สมบูรณ์ เช่น มีการสำคัญผิดในคุณสมบัติ ถูกกลฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่ เป็นต้น

2) การกระทำกลฉ้อฉล

การกระทำกลฉ้อฉลที่ผู้ฉ้อฉลมักจะใช้เพื่อทำให้ผู้อื่นเข้าใจผิด มี 2 ประการ คือ ประการแรก การกระทำการ คือ การกระทำที่เป็นกลฉ้อฉลอาจเกิดขึ้นได้จากการหลอกลวงในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การใช้คำพูดหรืออุบายหลอกลวง การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือการกระทำใด ๆ ที่มีเจตนาให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าใจผิดในสาระสำคัญ ประการที่สอง การงดเว้นกระทำการ คือ กลฉ้อฉลอาจเกิดจากการนิ่งเฉยไม่เปิดเผยข้อเท็จจริง โดยเฉพาะในนิติกรรมสองฝ่ายที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสียไม่แจ้งข้อความจริงทั้งที่มีหน้าที่ต้องแจ้ง⁸ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 162¹⁰

3) เจตนา

นอกจากการกระทำกลฉ้อฉลนั้นแล้ว กลฉ้อฉลจะเกิดมิได้ ผู้ฉ้อฉลยังต้องมีเจตนาที่ต้องการให้มูลเหตุชักจูงใจของผู้ถูกกลฉ้อฉลถูกบิดเบือน กล่าวคือ เพราะมีการทำกลฉ้อฉลมูลเหตุชักจูงใจของผู้ถูกกลฉ้อฉลจึงเปลี่ยนไป แล้วเขาก็ได้ตัดสินใจหรือก่อเจตนาภายในไปตามที่ถูกหลอกนั้น

⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 1) 141.

⁹ เพิ่งอ้าง.

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 162 บัญญัติไว้ว่า ในนิติกรรมสองฝ่าย การที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจงใจนิ่งเสีย ไม่แจ้งข้อความจริงหรือคุณสมบัติอันคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งมิได้รู้ การนั้นจะเป็นกลฉ้อฉล หากพิสูจน์ได้ว่าถ้ามิได้นิ่งเสียเช่นนั้น นิติกรรมนั้นก็จะมีได้กระทำให้ขึ้น

เช่น นาย ก. โดยกลฉ้อฉลทำให้นาย ข. เชื่อว่ารูปภาพที่จะขายนั้นเป็นของปिकासโซ่ และนาย ข. ตกลงซื้อ ในความเป็นจริงแล้ว นาย ข. ต้องการซื้อรูปภาพนี้เพียงแต่เจตนาที่แท้จริงของเขามีน้ำหนักมาจากกลฉ้อฉลของนาย ก. ดังนั้น เมื่อนาย ข. พบว่ารูปภาพนั้นเป็นรูปของปिकासโซ่ปลอม กฎหมายก็ยอมรับให้นาย ข. มีอำนาจที่จะบอกล้างนิติกรรมนั้นได้¹¹

3.2 องค์ประกอบที่สำคัญของฉ้อโกง

ส่วนฉ้อโกงมีองค์ประกอบที่สำคัญอยู่ 2 ส่วนดังนี้

1) การกระทำฉ้อโกง

การกระทำความผิดฐานฉ้อโกงนี้สามารถแบ่งการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 ได้ 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง การหลอกลวง ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะ คือ 1. การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ และ 2. การปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง

ประการที่สอง ผลของการหลอกลวงซึ่งจะต้องก่อให้เกิดผลอย่างใดอย่างหนึ่ง คือ การได้ไปซึ่งทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สาม หรือ การทำให้ผู้ถูกหลอกลวงหรือบุคคลที่สามทำ ถอน หรือ ทำลายเอกสารสิทธิ

2) เจตนา¹²

ผู้กระทำความผิดฐานฉ้อโกงนี้ จะต้องเจตนาธรรมดาที่เกิดจากการรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบภายนอก และต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง¹³ นอกเหนือจากนี้แล้ว ผู้กระทำความผิดยังต้องมีเจตนาพิเศษคือการกระทำโดยทุจริต ซึ่งหมายถึง การแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อตนเองหรือผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (1)¹⁴

เช่น นาย ก. เอาพระเครื่องที่ตนมีอยู่เอาไปขายให้นาย ข. นาย ข. เชื่อจึงรับซื้อเอาไว้ แต่แท้จริงแล้วพระเครื่องนั้นเป็นพระทำเลียนแบบขึ้นซึ่งนาย ก. ไม่รู้มาก่อน เพราะได้รับตกทอดมา ดังนั้น นาย ก. จึงไม่มีเจตนาหลอกลวงนาย ข. นอกจากนี้แล้วนาย ก. ยังต้องมีมูลเหตุจูงใจโดยทุจริตด้วย จึงจะเป็นฉ้อโกงได้¹⁵

¹¹ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 1) 131-132.

¹² ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และธรรณ บัญมี, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ (พิมพ์ครั้งที่ 19, สำนักพิมพ์ วิญญูชน 2565) 374.

¹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง บัญญัติว่า กระทำโดยเจตนา ได้แก่โดยรู้สำนึกในการที่กระทำ และในขณะที่เดียวกัน ผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือยอมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น

¹⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (1) บัญญัติว่า “โดยทุจริต” หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

¹⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และธรรณ บัญมี (เชิงอรรถ 12) 374.

3.3 ความเหมือนและความแตกต่างในด้านองค์ประกอบที่สำคัญ

จากการศึกษาองค์ประกอบที่สำคัญข้างต้น พบว่า ทั้งกลฉ้อฉลและฉ้อโกงมีความเหมือนกัน คือ ทั้งสองกรณีมีการกระทำในลักษณะหลอกลวงที่คล้ายกัน และทั้งสองอาจเกิดได้ทั้งจากการกระทำการและการงดเว้นการกระทำ อย่างไรก็ตาม ทั้งสองนั้นก็ยังมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง คือ

กลฉ้อฉลต้องมี 1. นิติกรรมที่มีอยู่จริง 2. การกระทำกลฉ้อฉล และ 3. เจตนาที่จะให้มูลเหตุชักจูงใจของอีกฝ่ายถูกบิดเบือน ส่วนฉ้อโกง ต้องมี 1. การกระทำฉ้อโกงที่มีผลให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินหรือเอกสารสิทธิ และ 2. เจตนาพิเศษ

กลฉ้อฉลไม่จำเป็นต้องมีเจตนาทุจริต เพียงแต่ต้องการให้อีกฝ่ายแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดก็เพียงพอแล้ว ส่วนฉ้อโกงต้องมีเจตนาพิเศษคือการกระทำโดยทุจริต หมายถึงการแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังตัวอย่างที่ยกขึ้นแสดง ตัวอย่างกลฉ้อฉล กรณี นาย ก. ขายรูปภาพโดยหลอกว่าเป็นของปिकासโซ่ ทำให้นาย ข. ตัดสินใจซื้อ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า นิติกรรมนี้สามารถบอกล้างได้เมื่อนาย ข. พบว่ารูปภาพเป็นของปลอม ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่านาย ก. มีเจตนาทุจริต เพียงแค่นาย ก. มีเจตนาให้นาย ข. เข้าใจผิดในสาระสำคัญก็เพียงพอแล้ว ตัวอย่างฉ้อโกง กรณี นาย ก. ขายพระเครื่องปลอมให้นาย ข. ตัวอย่างนี้แสดงว่า หากนาย ก. ไม่รู้ว่าพระเครื่องเป็นของปลอมและไม่มีเจตนาหลอกลวง ก็ไม่เป็นฉ้อโกง นอกจากนี้ นาย ก. ต้องมีเจตนาทุจริตอีกด้วย

ข้อสังเกตเพิ่มเติม

1. ความทับซ้อนของความผิด เนื่องจากการกระทำหนึ่งอาจเป็นทั้งกลฉ้อฉลทางแพ่งและฉ้อโกงทางอาญาได้ในเวลาเดียวกัน หากมีองค์ประกอบครบถ้วนทั้งสองกรณี
2. ภาระการพิสูจน์ เนื่องจากคดีแพ่งเรื่องกลฉ้อฉล ภาระการพิสูจน์อยู่ที่ผู้กล่าวอ้างว่าตนถูกฉ้อฉล ส่วนในคดีอาญาเรื่องฉ้อโกง ภาระการพิสูจน์อยู่ที่โจทก์ต้องพิสูจน์ให้สิ้นสงสัยว่าจำเลยกระทำผิดจริง
3. ความเคร่งครัดในการพิจารณา เนื่องจากการพิจารณาความผิดฐานฉ้อโกงมีความเคร่งครัดมากกว่า เพราะมีผลเป็นความผิดอาญา ส่วนกลฉ้อฉลเป็นเรื่องแพ่งที่มุ่งเน้นการเยียวยาความเสียหายมากกว่าการลงโทษ

สรุป แม้ว่ากลฉ้อฉลและฉ้อโกงจะมีลักษณะของการหลอกลวงที่คล้ายคลึงกัน แต่ก็มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญในด้านองค์ประกอบความผิด และเจตนาพิเศษ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความแตกต่างในวัตถุประสงค์และขอบเขตการคุ้มครองของกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา

4. ตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องของกลฉ้อฉลและฉ้อโกง

หลังจากที่ได้อรรถาธิบายความหมายและองค์ประกอบที่สำคัญแล้ว ต่อไปจะได้ศึกษาถึงตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องของกฎหมายทั้งสอง ดังนี้

4.1 ตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องของกลฉ้อฉล

กลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งผู้กระทำกลฉ้อฉลออกเป็น 3 รูปแบบ ดังนี้

1) กลฉ้อฉลทำโดยคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งแห่งนิติกรรมเป็นผู้กระทำ กลฉ้อฉลเอง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 159 วรรคสอง ซึ่งเป็นกรณีพื้นฐานที่พบได้บ่อยที่สุด¹⁶

2) กลฉ้อฉลทำโดยบุคคลภายนอก เป็นกรณีที่บุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่กรณีแห่งนิติกรรม เป็นผู้กระทำกลฉ้อฉล โดยมาตรา 159 กำหนดว่าจะทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะต่อเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ได้รับประโยชน์รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลฉ้อฉลนั้น เช่น นาย ก. กับนาย ข. เป็นเพื่อนกัน นาย ก. รู้ว่านาย ข. อยากขายรถยนต์อันเก่าเนื่องจากเครื่องยนต์ไม่ดี ต่อมา นาย ก. รู้ว่า นาย ค. อยากได้รถยนต์สภาพดี นาย ก. จึงหลอก นาย ค. ว่ารถยนต์ของนาย ข. เป็นรถยนต์สภาพดี จนนาย ค. หลงเชื่อและทำการซื้อรถยนต์จากนาย ข. ดังนั้น ถ้านาย ข. ผู้เป็นคู่กรณีอีกฝ่ายที่จะได้รับประโยชน์จากกลฉ้อฉลนั้นได้รู้หรือควรจะได้รู้ถึงกลฉ้อฉลของนาย ก. ที่กระทำต่อนาย ค. และการรู้หรือควรจะได้รู้นั้นก็เกิดก่อนหรือในขณะที่ทำนิติกรรม นิติกรรมนั้นก็ย่อมสมบูรณ์ แต่ถ้าไม่รู้หรือควรจะได้รู้ก่อนหรือในขณะที่ทำนิติกรรม หรือรู้ภายหลัง นิติกรรมนั้นก็สมบูรณ์ไปแล้ว¹⁷

3) กลฉ้อฉลทำโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เป็นกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างกระทำกลฉ้อฉลต่อกัน ซึ่งตามมาตรา 163 กำหนดห้ามมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างกลฉ้อฉลของอีกฝ่ายเพื่อบอกล้างนิติกรรมหรือเรียกค่าสินไหมทดแทน เช่น นาย ก. นำแหวนพลอยปลอมมาหลอกนาย ข. นาย ข. หลงเชื่อว่าเป็นแหวนพลอยจริง ตนจึงได้นำแหวนปลอมออกมาแลกกับนาย ก. ซึ่งนาย ก. ก็หลงเชื่อว่าเป็นแหวนพลอยจริง เช่นนี้ นาย ก. และนาย ข. จึงถือว่าทำนิติกรรมแลกเปลี่ยนแหวนโดยกลฉ้อฉลซึ่งกันและกัน¹⁸

4.2 ตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องของฉ้อโกง

ส่วนในความผิดฐานฉ้อโกง มีตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องดังนี้

1) ผู้กระทำความผิด

ความผิดฐานฉ้อโกงใช้คำว่า “ผู้ใด” ซึ่งมีความหมายกว้าง ครอบคลุมบุคคลทุกประเภทไม่จำกัด เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติเฉพาะเจาะจงไว้เป็นอย่างอื่น

2) ผู้ถูกกระทำ

กฎหมายใช้คำว่า “ผู้อื่น” ซึ่งหมายถึงผู้ถูกหลอกลวง โดยอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ทั้งนี้ ผู้ถูกหลอกลวงจะต้องเป็นผู้ที่ถูกหลอกลวงโดยตรงและเป็นผู้ที่มอบทรัพย์สินให้แก่ผู้กระทำความผิด¹⁹ เช่น ตัวอย่างตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6969/2555 จำเลยหลอกลวงโจทก์ร่วมที่ 1 เท่านั้น โดยไม่ได้หลอกลวงโจทก์ร่วมที่ 2 โดยตรง และไม่มีเจตนาที่จะได้ทรัพย์สินจากโจทก์ร่วมที่ 2 กรณีที่โจทก์ร่วมที่ 2 เพียงรับฟังเรื่องราวจากโจทก์ร่วมที่ 1 แล้วหลงเชื่อว่าเป็นความจริงและต้องการร่วมลงทุน จึงโอนเงินเข้าบัญชีของโจทก์ร่วมที่ 1 เพื่อส่งต่อให้จำเลย ผลคำพิพากษาจึงมีว่า การกระทำนี้ไม่ได้เกิดจากการกระทำความผิดทางอาญาของจำเลยต่อโจทก์ร่วมที่ 2 โดยตรง โจทก์ร่วมที่ 2 จึงไม่ใช่ผู้เสียหายในคดีนี้

4.3 ความเหมือนและความแตกต่างในด้านตัวบุคคลที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องข้างต้น พบว่า ทั้งกลฉ้อฉลและฉ้อโกงทั้งสองนั้นมีความเหมือนกัน คือ ตัวผู้กระทำจะต้องมีการหลอกลวงหรือแสดงข้อความอันเป็นเท็จโดยมีเจตนาให้อีกฝ่ายหลงเชื่อและกระทำการ

¹⁶ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 1) 142.

¹⁷ เฟิงอ้าง.

¹⁸ เฟิงอ้าง 143.

¹⁹ คณพล จันทน์หอม (เชิงอรรถ 6) 274.

อย่างไรอย่างหนึ่ง ในส่วนตัวผู้ถูกระงับก็ต้องหลงเชื่อในข้อความเท็จหรือการหลอกลวงนั้นจนนำไปสู่การกระทำที่ทำให้ตนเองเสียประโยชน์ อย่างไรก็ตาม ทั้งสองกรณีนั้นก็ยังคงมีความแตกต่างกัน คือ

กรณีฉ้อฉลระบุตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องได้ 3 รูปแบบ คือ 1. คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง 2. บุคคลภายนอก 3. คู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยเน้นความสัมพันธ์กับนิติกรรม ส่วนฉ้อโกงใช้คำว่า “ผู้ใด” และ “ผู้อื่น” ซึ่งมีความหมายกว้างกว่า ไม่จำเป็นต้องมีนิติสัมพันธ์มาก่อน แต่ผู้ถูกลอกลวงต้องเป็นผู้ที่ถูกหลอกลวงโดยตรงและเป็นผู้มอบทรัพย์สินให้แก่ผู้กระทำความผิด ดังนั้น ในกรณีที่จำเลยซึ่งเป็นบุคคลภายนอกไปหลอกลวงโจทก์ เพื่อให้โจทก์หลงเชื่อและกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแก่จำเลยอีกฝ่ายหนึ่ง บุคคลภายนอกก็มีความผิดฐานฉ้อโกง แม้จะไม่ปรากฏว่าจำเลยซึ่งเป็นบุคคลภายนอกนั้นได้รับประโยชน์เป็นทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำว่า “โดยทุจริต” หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองและผู้อื่น²⁰ ส่วนจำเลยอีกฝ่ายหนึ่งอาจจะไม่มีความผิดก็ได้เนื่องจากไม่ใช่ผู้หลอกลวงโดยตรง และไม่ใช่ผู้ร่วมกระทำผิดหรือผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน

ในส่วนกรณีที่เป็นการกระทำของทั้งสองฝ่าย กรณีฉ้อฉลมีบทบัญญัติเฉพาะในมาตรา 163 สำหรับกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างกระทำฉ้อฉลต่อกัน ซึ่งห้ามมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างฉ้อฉลของอีกฝ่าย ส่วนฉ้อโกงไม่มีบัญญัติเฉพาะสำหรับกรณีที่ทั้งสองฝ่ายหลอกลวงกัน แต่จะพิจารณาความผิดแยกจากกัน

5. ความรับผิดชอบของกรณีฉ้อฉลและฉ้อโกง

หลังจากศึกษาถึงตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องแล้ว ต่อไปจะได้ศึกษาถึงความรับผิดชอบของกรณีฉ้อฉลและฉ้อโกงตามกฎหมายทั้งสอง ดังนี้

5.1 ความรับผิดชอบของกรณีฉ้อฉล

ความรับผิดชอบของบุคคลผู้กระทำฉ้อฉลแยกออกได้เป็น 3 กรณี

1) นิติกรรมที่กระทำขึ้นเพราะถูกฉ้อฉลอาจถูกบอกล้างเนื่องจากผลของนิติกรรมที่เป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 175 (3)²¹ ซึ่งผลของการบอกล้าง คือทำให้นิติกรรมเป็นโมฆะย้อนหลังไปถึงเวลาแรกที่ได้มีการทำนิติกรรม และกฎหมายได้กำหนดให้คู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิมถ้าพ้นวิสัยที่จะให้กลับคืนสู่ฐานะเดิม ก็ต้องชดเชยค่าเสียหายแทนการกลับคืนสู่ฐานะเดิม²²ตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง²³ ซึ่งกรณีที่จะเป็นโมฆียกรรมดังกล่าวได้ จะต้องเป็นกรณีถึงขนาดหรือด้วยการนิ่งต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งถ้าไม่มีกรณีเช่นนั้น นิติกรรมก็คงไม่ได้ทำขึ้น²⁴ หรือในกรณีที่ถูกระงับบุคคลภายนอกทำฉ้อฉลเมื่อคู่กรณีฝ่ายที่ได้ประโยชน์หรือควรที่จะรู้ได้ว่ามีกรณีฉ้อฉลนั้น²⁵

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 863/2513.

²¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 (3) บัญญัติว่า โมฆียกรรมนั้น บุคคลต่อไปนี้จะบอกล้างเสียก็ได้

(3) บุคคลผู้แสดงเจตนาเพราะสำคัญผิด หรือถูกฉ้อฉล หรือถูกข่มขู่

²² นวรัตน์ ตรีเศียรพราญงาม, ‘ปัญหาผลของโมฆะกรรม’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561)

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 176 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า โมฆียกรรมเมื่อบอกล้างแล้ว ให้ถือว่าเป็นโมฆะมาแต่เริ่มแรก และให้ผู้เป็นคู่กรณีกลับคืนสู่ฐานะเดิม ถ้าเป็นการพ้นวิสัยจะให้กลับคืนเช่นนั้นได้ ก็ให้ได้รับค่าเสียหายชดเชยทดแทน

²⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์ (เชิงจรด 1) 143.

²⁵ เพิ่งอ้าง.

2) นิติกรรมที่กระทำขึ้นอาจมีผลสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆียะ แต่อาจถูกเรียกเอาค่าเสียหายทดแทน เพื่อความเสียหายที่เกิดจากกลฉ้อฉลนั้น ซึ่งกรณีนี้จะมีได้เฉพาะในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งมีเจตนาที่จะเข้าทำนิติกรรมอยู่แล้วด้วยความสมัครใจ แต่เพราะมีการใช้กลฉ้อฉลจึงทำให้คู่กรณีฝ่ายนั้นยอมรับข้อกำหนดหรือข้อตกลงตามนิติกรรมอันหนักยิ่งกว่าที่ควรจะเป็นตามมาตรา 161²⁶

3) คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอาจใช้สิทธิในการบอกล้างโมฆียกรรมหรือเรียกค่าเสียหายจากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้ เนื่องจากคู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างได้กระทำโดยใช้กลฉ้อฉลด้วยกันทั้งนั้นไม่ว่าจะเป็นกลฉ้อฉลถึงขนาดหรือกลฉ้อฉลเพื่อเหตุก็ตาม ต้องถือว่าไม่สุจริตทั้งคู่ กฎหมายจึงไม่คุ้มครอง ทั้งปิดปากผู้ไม่สุจริตมิให้แสวงหาประโยชน์จากการกระทำที่ไม่สุจริตของตนนั้น²⁷ตามมาตรา 163

5.2 ความรับผิดชอบของฉ้อโกง

ในประมวลกฎหมายอาญา ได้กำหนดกำหนดโทษไว้สำหรับผู้กระทำความผิดฐานฉ้อโกงไว้ดังนี้

1) สำหรับผู้หลอกลวงเพื่อให้คนอื่นทำ ถอน หรือทำลายเอกสารสิทธิ มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 341

2) สำหรับผู้ฉ้อโกงโดยการแสดงตนเป็นคนอื่นหรือโดยอาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกลอกที่เป็นเด็กหรือผู้มีจิตอ่อนแอ มีโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 342

3) สำหรับผู้ฉ้อโกงประชาชนด้วยการหลอกประชาชนทั่วไป โดยแสดงข้อความเท็จหรือปกปิดความจริงเพื่อเอาทรัพย์สินของคนอื่นหรือให้คนอื่นทำ ถอน ทำลายเอกสารสิทธิ มีโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 341 กับมาตรา 343 วรรคหนึ่ง

4) สำหรับผู้ฉ้อโกงประชาชนโดยการแสดงเป็นคนอื่น หรือโดยอาศัยความเบาปัญญาของผู้ถูกลอกที่เป็นเด็กหรือผู้มีจิตอ่อนแอ มีโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนสี่หมื่นบาทตามมาตรา 342 กับมาตรา 343 วรรคสอง

5) สำหรับผู้ฉ้อโกงแรงงาน คือหลอกลวงตั้งแต่สิบคนขึ้นไปให้ทำงานให้โดยไม่จ่ายค่าจ้าง หรือจ่ายต่ำกว่าที่ตกลงกันไว้ มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 344

6) สำหรับผู้ฉ้อโกงบริการ คือสั่งซื้อหรือบริโภคอาหารหรือเครื่องดื่มในร้านค้าหรือโรงแรม หรือเข้าอยู่ในโรงแรม โดยรู้ว่าตนจ่ายไม่ได้ มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 345

7) สำหรับผู้ฉ้อโกงให้จำหน่ายทรัพย์สินโดยเสียเปรียบ ชักจูงให้คนที่มีจิตอ่อนแอหรือเด็กเบาปัญญาและไม่สามารถเข้าใจตามทันตน ขายทรัพย์สินโดยเสียเปรียบ เพื่อเอาทรัพย์สินนั้นมาเป็นของตนหรือคนอื่น เช่น การหลอกขายของแล้วส่งของไม่ตรงปกให้ลูกค้า การหลอกคนที่รู้ไม่ทันตนเองขายทรัพย์สินในราคาต่ำเพื่อเอาไปขายต่อในราคาที่สูงเป็นต้น มีโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามมาตรา 346

²⁶ วีระพงษ์ บึงไกร, คำอธิบายกฎหมายแพ่งว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (โครงการทุนสนับสนุนการจัดทำตำราและหนังสือสำนักงานส่งเสริมและพัฒนาวิชาการ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 2562) 68.

²⁷ เฟ็งอั้ง 69.

8) สำหรับผู้ข้อกฎหมาย แก่ถึงให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินที่เอาประกัน เพื่อให้ตนเองหรือคนอื่นได้ประโยชน์จากประกันวินาศภัย มีโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

9) ความผิดฐานข้อกฎหมายเป็นความผิดอันยอมความได้ แต่ถ้าเป็นข้อกฎหมายประชาชนเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้

5.3 ความเหมือนและความแตกต่างในด้านความรับผิดชอบ

จากการศึกษาความรับผิดชอบดังกล่าว ทำให้เห็นว่า ทั้งกลฉ้อฉลและข้อกฎหมายมีความเหมือนกันดังที่กล่าวไว้ก่อนหน้าแล้ว อย่างไรก็ตาม ทั้งสองอย่างนั้นก็ยังคงมีความแตกต่างกันในด้านความรับผิดชอบ คือ กลฉ้อฉลนำไปสู่ความรับผิดในการบอกล้างนิติกรรม (กลับสู่ฐานะเดิม) หรือเรียกค่าเสียหาย แต่ไม่มีโทษทางอาญา ส่วนข้อกฎหมายมีโทษทางอาญาที่ชัดเจน ทั้งจำคุกและปรับ ซึ่งบทลงโทษแตกต่างกันตามลักษณะความร้ายแรงของการกระทำ

6. เครื่องมือทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลฉ้อฉลและข้อกฎหมาย

ต่อจากความรับผิดชอบแล้ว หลังจากนั้น เราจะได้ศึกษาถึงเครื่องมือทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลฉ้อฉลและข้อกฎหมายกันต่อ ดังนี้

6.1 เครื่องมือทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลฉ้อฉล

เพื่อจะคุ้มครองผู้ถูกกลฉ้อฉล ได้กำหนดเครื่องมือทางกฎหมายไว้ดังนี้

1) สิทธิในการบอกล้างนิติกรรม ซึ่งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้แสดงเจตนาที่ถูกกลฉ้อฉล และต้องใช้สิทธิภายในระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือ เมื่อพ้นเวลาสิบปี นับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 181²⁸

2) สิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน สำหรับนิติกรรมที่ยังคงสมบูรณ์แต่มีการใช้กลฉ้อฉล ทำให้ต้องยอมรับข้อกำหนดที่หนักขึ้น กรณีเช่นนี้ คู่กรณีจะบอกล้างการนั้นไม่ได้ แต่สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากกลฉ้อฉลนั้นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 161 ซึ่งผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนได้ภายในสิบปีเนื่องจากมาตรา 161 มิได้บัญญัติเรื่องอายุความไว้ จึงต้องถือหลักทั่วไปตามมาตรา 193/30²⁹

6.2 เครื่องมือทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อกฎหมาย

สำหรับกฎหมายอาญาแล้ว เพื่อที่จะช่วยเหลือผู้ยังให้บุคคลไม่กระทำผิด จึงได้กำหนดเครื่องมือทางกฎหมายดังนี้

²⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 181 บัญญัติว่า “โมฆียะกรรมนั้นจะบอกล้างมิได้เมื่อพ้นเวลาหนึ่งปีนับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ หรือเมื่อพ้นเวลาสิบปีนับแต่ได้ทำนิติกรรมอันเป็นโมฆียะนั้น”

²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 บัญญัติว่า “อายุความนั้น ถ้าประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้มีกำหนดสิบปี”.

1) สิทธิในการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิด กรณีข้อโกงทั่วไปสามารถร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่รู้เรื่องและรู้ตัวผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96³⁰

2) สิทธิในการเรียกทรัพย์สินหรือราคาที่เขาสูญเสียไปเนื่องจากการกระทำผิดคืบ ในการฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43³¹

3) มาตรการพิเศษ ในกรณีข้อโกงประชาชน สามารถใช้มาตรการตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินได้

6.3 ความเหมือนและความแตกต่างในด้านเครื่องมือทางกฎหมาย

จากการศึกษาเครื่องมือทางกฎหมายแล้ว พบว่า ทั้งกลฉ้อฉลและข้อโกงมีความเหมือนกัน คือ ทั้งสองกรณีมีเป้าหมายในการคุ้มครองบุคคลจากการถูกลอกหลวง ผู้เสียหายในทั้งสองกรณีมีสิทธิเรียกร้องทรัพย์สินหรือค่าเสียหายที่สูญเสียไป และมีกำหนดอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องเหมือนกัน อย่างไรก็ตาม ทั้งสองกรณีก็ยังคงมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง คือ

กลฉ้อฉล มีระยะเวลาใช้สิทธิบอกกล่าวได้ภายในหนึ่งปี นับแต่เวลาที่อาจให้สัตยาบันได้ ส่วนค่าสินไหมทดแทนมีสิทธิเรียกได้ภายในสิบปี ซึ่งผลของการใช้สิทธิ จะทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะหรือได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน แต่ในขณะข้อโกงต้องร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่รู้เรื่องและรู้ตัวผู้กระทำความผิด ซึ่งผลของการใช้สิทธิ ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษทางอาญา

7. บทสรุป

จากการศึกษาเรื่องกลฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือข้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา : ศึกษาความเหมือนและความแตกต่างในบริบทของกฎหมายไทย พบว่าทั้งกลฉ้อฉลและข้อโกงมีองค์ประกอบพื้นฐานที่คล้ายกัน คือมีการหลอกหลวงที่ผู้กระทำมีเจตนาให้ผู้อื่นหลงเชื่อและก่อให้เกิดความเสียหายก็จริง ถึงกระนั้นก็ยังมีความแตกต่างกันสำคัญที่สุดระหว่างกลฉ้อฉลและข้อโกง คือ

1. กลฉ้อฉลเป็นเรื่องทางแพ่ง ส่วนข้อโกงเป็นความผิดทางอาญา
2. กลฉ้อฉลต้องมิตินิติกรรมเป็นพื้นฐานเสมอ ส่วนข้อโกงไม่จำเป็นต้องมิตินิติกรรม
3. กลฉ้อฉลไม่จำเป็นต้องมีเจตนาทุจริต ส่วนข้อโกงต้องมีเจตนาพิเศษคือ “โดยทุจริต”
4. กลฉ้อฉลทำให้นิติกรรมเป็นโมฆียะหรือได้รับค่าเสียหาย ส่วนข้อโกงมีโทษทางอาญา
5. กลฉ้อฉลมีอายุความ 1 ปี หรือ 10 ปี ขึ้นอยู่กับกรณี ส่วนข้อโกงมีอายุความในการร้องทุกข์ 3

เดือน

³⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 96 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 95 ในกรณีความผิดอันยอมความได้ ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือน นับแต่วันที่อยู่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิด เป็นอันขาดอายุความ”.

³¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 43 บัญญัติว่า “คดีลักทรัพย์ วิว่งราว ชิงทรัพย์ ปล้นทรัพย์ โจรสลัด ฆาตกรรม ข้อโกง ยกยอกหรือรับของโจร ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องทรัพย์สินหรือราคาที่เขาสูญเสียไปเนื่องจากการกระทำผิดคืบ เมื่อพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีอาญา ก็ให้เรียกทรัพย์สินหรือราคาแทนผู้เสียหายด้วย”.

ดังนั้น แม้ว่าทั้งสองกรณีจะมีลักษณะร่วมกันในแง่ของการหลอกลวง แต่มีความแตกต่างสำคัญในด้านวัตถุประสงค์ ขอบเขตการบังคับใช้ ผลทางกฎหมาย และกระบวนการพิจารณา ซึ่งสะท้อนถึงความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา

การประยุกต์ใช้หลัก Rebus Sic Stantibus ในกฎหมายไทย
เพื่อบรรเทาภาระหนี้ของคู่สัญญาในวิกฤตการณ์อันไม่คาดคิด*
The Application of the Principle of Rebus Sic Stantibus in
Thai Law To Alleviate the Debt Burden of Contracting
Parties During Unforeseen Crises

ก้องพัฒน์ แสงโทโพธนารัตน์

Kongpaphad Saengthophothanarhat

บทคัดย่อ

บทความทางวิชาการนี้เป็นการศึกษาภายใต้หลัก “เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป สัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา” (Rebus Sic Stantibus) อันเป็นหลักการที่มุ่งให้ความคุ้มครอง แก่คู่สัญญาในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ไม่คาดคิด ซึ่งส่งผลกระทบต่อการใช้ปฏิบัติเพื่อชำระหนี้ตามสัญญาอย่างรุนแรง โดยแม้หนี้ในสัญญาจะยังสามารถชำระได้ แต่กลับกลายเป็นการสร้างภาระหนักหน่วงที่เกินกว่าที่คู่สัญญาจะได้คาดการณ์ไว้

ในเบื้องต้น ปกติของการทำสัญญาที่คู่สัญญาต้องมีความประสงค์ตรงกันทั้งผู้เสนอและผู้สนอง พร้อมกับการพิจารณาถึงปัจจัยความถูกต้องทางกฎหมายและสถานการณ์ ต่าง ๆ ทั้งในปัจจุบันไปจนถึงอนาคต หากทุกอย่างยังคงดำเนินไปตามที่คาดหวัง คู่สัญญาจึงยอมรับพันธะตามกฎหมายและตกลงทำสัญญาดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม หากเกิดเหตุการณ์ในอนาคตที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เช่น วิกฤตเศรษฐกิจหรือเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ตั้งแต่แรก อาจทำให้การปฏิบัติตามสัญญากลายเป็นภาระที่เกินความเหมาะสมแก่ผู้ที่ต้องชำระหนี้ตามสัญญาได้

ตัวอย่างของเหตุการณ์ที่ส่งผลอย่างร้ายแรงจนกระทบต่อผู้เข้าทำสัญญา เช่น ผลกระทบจากวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจตามประกาศขององค์การอนามัยโลก (WHO) และ ภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขระหว่างประเทศ (PHEIC) หรือวิกฤตการณ์เศรษฐกิจในเอเชียปี 2540 (วิกฤตการณ์ต้มยำกุ้ง) หรือการระบาดของโควิด-19 ซึ่งไม่เพียงสร้างความเสียหาย ทางเศรษฐกิจ แต่ยังส่งผลกระทบต่อภาคส่วนอื่น ๆ รวมทั้งการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาในเหตุการณ์นี้ก็ด้วย เหตุการณ์เหล่านี้เองจึงสะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นในการนำหลัก Rebus Sic Stantibus มาปรับใช้เพื่อให้สัญญาสอดคล้องกับสถานการณ์ต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต

ด้วยเหตุนี้เองจึงควรนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้กับระบบกฎหมายไทย ไม่ว่าจะ ในรูปแบบของการบัญญัติให้ชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการ ปรับเปลี่ยนแนวทางในการทำสัญญา

*บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิชา กม7101 กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและลักษณะละเมิดชั้นสูง หลักสูตรนิติศาสตร์ - มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

**นายก้องพัฒน์ แสงโทโพธนารัตน์ นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่อยู่: เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 E-mail: 6611911004@stu.nida.ac.th

เพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้เข้าทำสัญญา ซึ่งมีแนวทางจากต่างประเทศ เช่น สหพันธรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐ-ฝรั่งเศส หรือสหราชอาณาจักร

คำสำคัญ: หลักการชำระหนี้ ต้องอยู่ในความคาดหมายของคู่สัญญาในขณะเข้าทำสัญญา, หลักการเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป สัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา, วิฤตการณ์

Abstract

This study explores the principle of *Rebus Sic Stantibus* (When circumstances change, a contract is no longer binding), a doctrine aimed at protecting contractual parties in the event of unforeseen circumstances that significantly impact the fulfillment of contractual obligations. While the debt under a contract may remain payable, the resulting burden could become excessively onerous, surpassing what the parties could have expected.

In the normal course of contract formation, the intentions of both the offeror and the offeree must align, along with careful consideration of legal correctness and prevailing circumstances, both present and future. If all conditions are expected to proceed as planned, the parties agree to the contractual obligations. However, should unforeseen events or drastic changes occur, such as an economic crisis or unanticipated circumstances, fulfilling the contract might impose an undue burden on the party obligated to perform.

Examples of severe events impacting contractual parties include economic crises as declared by the World Health Organization (WHO) or Public Health Emergency of International Concern (PHEIC), the Asian financial crisis of 1997 (commonly known as the Tom Yum Goong crisis), and the COVID-19 pandemic. These events not only caused economic damage but also disrupted the ability of contractual parties to fulfill their obligations.

Such situations underscore the necessity of applying the *Rebus Sic Stantibus* principle to adapt contracts to future circumstances that might arise.

Therefore, this principle should be incorporated into Thailand's legal framework, whether by explicitly codifying it in the Civil and Commercial Code or by adjusting contracting practices to ensure fairness for the parties involved. This can be guided by international examples, such as those from Germany, France, or the United Kingdom.

Keywords: *rebus sic stantibus*, a doctrine that allows parties to change the terms of a contract, crises

1. บทนำ

เมื่อบุคคลทั้งสองฝ่ายตกลงเข้าทำสัญญากันโดยปราศจากมูลเหตุอันขัดต่อความถูกต้องของบทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน สัญญาดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นได้ โดยมีเจตนาและความประสงค์ที่ต้องตรงกันจากทั้งผู้สนองและผู้เสนอที่เข้าทำสัญญา โดยในขณะที่เข้าทำสัญญาอยู่นั้น คู่สัญญาย่อมต้องได้พิจารณาปัจจัยต่าง ๆ พร้อมทั้งสภาวะการณ์ของตนตลอดไปจนถึงในอนาคตที่ตนจะเข้าปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวว่าจะหากองค์ประกอบและปัจจัยทุกอย่างยังดำเนินไปได้อย่างที่ตนเป็นอยู่ทุกวันนี้ ด้วยเหตุตั้งที่ว่านั่นเองจึงเป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่ตนจึงตกลงปลงใจและมีความพร้อมที่จะเข้ารับทำสัญญา ยอมรับที่จะมีพันธะทางกฎหมายอย่างที่ตนได้เลือกตั้งแต่แรก

แต่หากเหตุการณ์ในอนาคตที่วันนั้นได้กระทบต่อผู้ที่เข้าทำสัญญาเป็นอย่างมาก อันเป็นเหตุการณ์ที่ไม่ได้คาดคิดว่าจะเกิดขึ้นหรือแตกต่างไปจากที่ตนเคยเป็นอยู่เป็นอย่างมาก ตลอดจนกระทบต่อสัญญาที่ได้เข้าทำไว้ก่อนหน้านั้นทั้งในแง่ของการต้องปฏิบัติชำระหนี้โดยมิได้ถึงขั้นที่ทำให้หนี้ดังกล่าวนั้นตกเป็นพ้นวิสัย แต่จะเป็นการเพิ่มภาระอย่างหนักหน่วงหรือความเสียหายอย่างมากโดยมิได้คาดการณ์มาก่อน หลักที่จะกล่าวดังต่อไปนี้จึงเป็นหลักการที่ได้ถือกำเนิดขึ้นมาเพื่อสำหรับพฤติการณ์ดังที่กล่าวโดยเฉพาะ

บทความทางวิชาการนี้ เป็นการศึกษากฎหมายแพ่งลักษณะสัญญา ภายใต้หลักกฎหมายหนึ่งว่าด้วยหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา หรือหลักการชำระหนี้ต้องอยู่ในความคาดหมายของคู่สัญญาในขณะที่เข้าทำสัญญา¹ (Rebus Sic Stantibus) โดยมุ่งหวังที่จะศึกษาประกอบกับพฤติการณ์อันใดก็ตามที่เกิดขึ้นภายหลังจากการได้เข้าทำสัญญาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หากแต่เหตุการณ์ ดังกล่าวได้ส่งผลให้สภาวะการณ์ของผู้ที่ได้เข้าทำสัญญาเปลี่ยนแปลงแตกต่างไปจากเดิมจนได้ส่งผลกระทบต่อการศึกษาปฏิบัติตามสัญญาที่ตนได้เข้าทำไว้แต่แรก ซึ่งเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดเหตุดังกล่าวยังเป็นสิ่งที่คู่สัญญาไม่อาจคาดการณ์ได้ว่าจะเกิดเมื่อตอนที่ตนได้เข้าทำสัญญา

โดยเมื่อเหตุในข้างต้นได้ประกอบรวมกันแล้ว หากยังต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาที่ตนได้เข้าทำ หรือจำต้องชำระหนี้อย่างเคร่งครัดตามสัญญาที่ตนได้เข้าทำอยู่ ก็จะทำให้กลายเป็นการกระทบซึ่งความคาดหวังหรือความเข้าใจของคู่สัญญาที่มีแต่แรกเริ่มเดิมที อันเป็น รากฐานสำคัญที่ได้ก่อให้เกิดสัญญาดังกล่าว โดยแม้หนีจากสัญญาที่ได้เข้าทำร่วมกันอาจยัง ปฏิบัติชำระตามที่ตกลงไว้ได้อยู่ก็ตาม แต่ก็จะเป็นการสร้างภาระหรือความเสียหายต่อผู้ที่ต้องปฏิบัติตามชำระหนี้เป็นอย่างมากโดยไม่อาจได้คิดเห็นมาก่อนจนพฤติการณ์ดังที่กล่าวไปได้อุบัติขึ้นมาหลังจากเข้าทำสัญญา² อันเหตุการณ์หรือวิกฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ได้มีมาอันมีความเกี่ยวพันต้องกันที่ควรจะมีการนำหลักนี้เข้ามาศึกษาเพื่อประยุกต์และปรับใช้มีอยู่หลายครั้งอย่างเช่น ผลกระทบจากวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจตามประกาศขององค์การอนามัยโลก (WHO) และภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขระหว่างประเทศ (PHEIC) หรือวิกฤติการณ์การเงินในเอเชียช่วง พ.ศ.2540 หรือเรียกให้เข้าใจได้โดยง่ายว่า วิกฤติการณ์ต้มยำกุ้ง (Tom Yum Goong Crisis) อันเป็นบทเรียนครั้งสำคัญต่อประเทศไทยที่ได้สร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายและการปรับตัวต่าง ๆ เช่นการลงทุน การพาณิชย์ของประเทศเพื่อการก้าวเข้าสู่เวทีโลกอย่างมี

¹ ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, *รวมหลักกฎหมายแพ่ง* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2567) 52.

² กิตติศักดิ์ ปรกติ, 'หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้' (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.) <https://www.law.tu.ac.th/wp-content/uploads/2024/01/BonaFide-_-Supervening-Events.pdf> สืบค้นวันที่ 28 ธันวาคม 2567.

ประสิทธิภาพ³ อีกทั้งการแพร่ระบาดของไวรัสโควิด 19 (COVID-19) โครรัยที่ได้แพร่กระจายไปทั่วโลก พร้อมทั้งสร้างความเสียหายต่อทั้งปัจเจกบุคคลและระบบเศรษฐกิจไปทุกภาคส่วน หรือสงคราม เป็นต้น

ด้วยเหตุดังที่กล่าวไปในข้างต้น เมื่อย้อนกลับมาดูที่ประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ของประเทศ ไทยแล้ว กลับไม่ได้มีการบัญญัติรองรับเพื่อสถานการณ์ดังที่ได้กล่าวไปไว้โดยตรงแต่อย่างใด ฉะนั้นแล้วเมื่อถึง ในคราวที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น บุคคลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่อการบังคับใช้กฎหมาย อาจจะทำให้ขาดไป ซึ่งมาตรฐานในการใช้กฎหมายที่มีอยู่ ตลอดจนการขาดซึ่งประสิทธิภาพในการปรับใช้ความรู้ความเข้าใจต่อเรื่อง ที่เกิดขึ้นและอื่น ๆ อันจะส่งผลร้ายแก่สัญญาของผู้ที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายได้

ในขณะที่เดียวกันเองจากการรวบรวมค้นคว้าและศึกษาข้อมูลกฎหมายต่างประเทศแล้ว ได้พบว่า หลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) มีการประยุกต์และปรับใช้ หลักการดังกล่าวมาอย่างยาวนานแล้วในหลาย ๆ ประเทศ เช่น สหพันธรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือ สหราชอาณาจักร โดยการศึกษารวบรวมกฎหมายเหล่านี้ก็เพื่อให้ทราบถึงแนวทางในการนำมาปรับใช้เมื่อเกิด เหตุการณ์ใด ๆ ก็ตามขึ้นมาอันส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาในการเข้าปฏิบัติเพื่อชำระหนี้ตามสัญญา จนอาจสร้างภาระปัญหาหนักกว่าที่ผู้เข้าทำสัญญาจะได้คาดการณ์ ไว้ตั้งแต่แรกเริ่มที่เข้าทำสัญญา ตลอดจน วิธีการปรับใช้และผลทางกฎหมายเพื่อนำมาเป็นแนวทางให้กับการปรับตัวเมื่อเข้าทำสัญญากฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ของประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวไปในข้างต้น นี้เองจึงเป็นหน้าที่ของหน่วยงานและบุคคลที่มีหน้าที่อำนาจอันเกี่ยวข้องกับ กฎหมายในส่วนนี้ ต้องนำแนวทางปฏิบัติจากต่างประเทศที่มีอยู่มา ปรับใช้ต่อเหตุการณ์ดังที่ได้อธิบายไปได้ เกิดขึ้น ทั้งการบัญญัติให้ชัดเจนไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เองเพื่อให้เกิดความแน่นอนเองก็เป็น ส่วนสำคัญที่ควร ได้รับการพิจารณาเพื่อพัฒนาปรับปรุงกฎหมายต่อไปในอนาคต เพื่อสร้างความชัดเจน กำจัด ไปซึ่งความขุ่นข้องใจหรือข้อสงสัยในยามที่ต้องมีการศึกษาและนำกฎหมายดังกล่าวนี้ ไปบังคับใช้กับข้อพิพาทต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต

2. ข้อค้นพบจากการศึกษา

หลังจากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) ซึ่งมาจากการศึกษาข้อมูลเชิงคุณภาพที่ได้มาจากการทบทวนวรรณกรรมทั้งจากบทความวิชาการ หนังสือ วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้องกับประเด็น ปัญหา และอื่น ๆ อาจสามารถแยกรายละเอียดออกได้เป็นดังนี้

2.1 ความขัดแย้งกันระหว่างหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาและหลักเมื่อสถานการณ์ เปลี่ยนแปลงไป สัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา

5.1.1 หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) เป็นหลักที่ได้กำหนดให้เมื่อคู่สัญญา ได้เข้าทำสัญญา มีผู้เสนอและผู้สนองตอบรับคำเสนอดังกล่าวถูกต้องตรงกันทุกประการ เมื่อเกิดสัญญาขึ้นแล้ว คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำขึ้นอย่างเคร่งครัด อันมาจากภายใต้ความสมัครใจ ความถูกต้อง ตามกฎหมายและปัจจัยอื่น ๆ อีกมากมาย ซึ่งหลักการนี้ยังเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับและเป็นพื้นฐาน

³ เอกสารวิชาการของสำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สิงหาคม 2560, ‘ถอด บทเรียนวิกฤตต้มยำกุ้ง’ (ธนาคารแห่งประเทศไทย, ม.ป.ป.) <<https://www.bot.or.th/th/our-roles/special-measures/Tom-Yum-Kung-lesson.html>> สืบค้นเมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2567.

ที่สำคัญของสัญญาและหนี้ต่าง ๆ มากมาย⁴ แต่ก็ยังมีข้อยกเว้นอยู่ในกรณีที่ว่า หากสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือข้อสัญญาเป็นอันพันวิสัยที่จะปฏิบัติได้ เป็นโมฆะจึงทำให้สัญญานั้นไม่มีผลบังคับใช้แต่แรก เป็นต้น

2.1.2 หลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) หลักการนี้มีชื่อเรียกที่หลากหลายออกไปตามความเข้าใจของผู้ศึกษา เช่น หลักการชำระหนี้ต้องอยู่ในความคาดหมายของคู่สัญญาในขณะที่เข้าทำสัญญา⁵ การพันวิสัยทางเศรษฐกิจ⁶ หลักกฎหมายที่ยกเว้นหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา⁷ โดยหลักตั้งที่ว่านี้เป็นหลักที่ใช้กับช่วงที่สภาวการณ์ของคู่สัญญาได้มีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างมากจากตอนที่คู่สัญญาเข้าทำสัญญาด้วยกัน เป็นเหตุการณ์พิเศษที่คาดไม่ถึงมาก่อน ในขณะที่เข้าทำสัญญาและหากบุคคลดังกล่าวต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นอยู่ อาจจะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมขึ้นได้ เพราะการชำระหนี้ของฝ่ายหนึ่งไม่สมดุลกับการปฏิบัติชำระหนี้ตอบแทนของอีกฝ่าย จึงอาจจะสร้างความไม่เป็นธรรมได้ อีกทั้งหากตัวของผู้เข้าทำสัญญาสามารถ คาดหมายถึงพฤติการณ์ดังกล่าวได้ บุคคลดังกล่าวอาจจะไม่เข้าทำสัญญาก็ได้ โดยหลักการนี้ยังเปิดโอกาสเพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายอาจขอปรับหรือยกเลิกสัญญา โดยที่รายละเอียดอาจ กำหนดแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

จากหลักทั้งสองที่ได้กล่าวไปในข้างต้น จะเห็นได้ว่าจุดประสงค์ของทั้งสองหลัก ดังกล่าวนั้นจะต่างกัน อย่างเห็นได้ชัดเจน แม้พื้นฐานของการเข้าทำสัญญาจะเหมือนกันทั้งคำเสนอและคำสนองหรือความถูกต้องตามกฎหมาย หากแต่หลักหนึ่งนั้นยึดมั่นและยึดถือ ในการปฏิบัติให้ครบถ้วนถูกต้องตามสัญญาที่ได้ตกลงกัน จนบรรลุในจุดประสงค์ของการทำสัญญา ในขณะที่อีกหลักการได้ขยายความออกไปถึงเหตุการณ์ในอนาคตที่รุนแรงอันไม่อาจคาดเดาได้ เช่น โรคระบาด สงคราม ภัยพิบัติ และอื่น ๆ โดยหลังจากทำสัญญาแล้ว เหตุตั้งที่ว่า ได้ส่งผลกระทบต่อการใช้ปฏิบัติตามหนี้ ซึ่งไม่ใช่ในกรณีที่ถึงขั้นตกเป็นอันพันวิสัย (Legal Possibility) แต่เพราะจะเป็นการสร้างภาระแก่อีกฝ่ายมากเกินไป จึงให้เกิดการระดมช่วยเหลือในการปรับเปลี่ยนข้อตกลงกันในภายหลัง

2.2 การนำหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) เข้ามาปรับใช้ในต่างประเทศ

2.2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz (1998)⁸ เป็นกรณีศึกษาสำคัญที่มีการนำหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) เข้ามาปรับใช้ได้อย่างเห็นได้ชัด โดยเป็นคดีที่เกี่ยวกับการนำเข้าไวน์มาค้าขาย ภายในประเทศโดยมีพันธมิตรคู่ค้าคือระหว่างสองบริษัทสัญชาติเยอรมันและยูโกสลาเวีย จนเมื่อประเทศยูโกสลาเวียได้เกิดสงครามขึ้นอันนำไปสู่การระงับสิทธิ

⁴ พระครูวินัยธรเอก ชินวิโส, 'ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมีผลผูกพันตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา' (2564) 1 วารสารสหวิทยาการนวัตกรรมการบริหาร 69, 70-71.

⁵ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์ (เชิงอรรถ 2) 53.

⁶ กิตติศักดิ์ ปรกติ (เชิงอรรถ 3) 112.

⁷ อนงค์ สมบุญเจริญ, 'ปัญหาการเปลี่ยนแปลงไปซึ่งมูลเหตุในสัญญา' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549).

⁸ InfoCuria Case-law, 'Racke v Hauptzollamt Mainz' (CVRIA, N.D.) <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C%2CT%2CF&num=C-162%2F96&td=ALL>> accessed 28 December 2024.

ประโยชน์ทางการค้า ตามมา ทำให้บริษัทสัญชาติเยอรมันต้องเสียภาษีศุลกากรสูงขึ้นสำหรับสินค้านำเข้า (ก่อนหน้านี้นี้มีเงื่อนไขการค้าพิเศษ) แต่ทางผู้นำเข้าไว้นั้นไม่พอใจและแย้งว่าการระงับสิทธินั้น ไม่ถูกต้องในข้อสัญญาที่ตนทำแต่แรกไม่ได้อนุญาตให้มีการระงับเช่นที่นำมาส่งผลกับสัญญาของตนแต่อย่างใด คดีดำเนินจนไปถึงศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (CJEU) ซึ่งได้ออกมาตัดสินในท้ายที่สุดว่าข้อบังคับที่มีผลสืบเนื่องมาจากสงครามที่เกี่ยวกับการระงับสิทธิประโยชน์ทางการค้านั้นถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งยังไม่ได้ขัดต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการแก้ไขสัญญา หรือยุติสัญญา ประกอบทั้งศาลยังได้เห็นอีกว่าสงครามในประเทศคู่ค้านั้นนับเป็นเหตุการณ์ รุนแรงอันไม่คาดคิดอันเป็นเหตุสมควรที่สัญญายอมเปลี่ยนแปลงไปได้ดังเช่นในหลัก Rebus Sic Stantibus ทั้งนี้ยังมีการบัญญัติอันเกี่ยวกับหลักการดังกล่าวไว้ใน German Civil Code BGB Section 313 Interference with the basis of the transaction⁹ อย่างชัดเจน

2.2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

หลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) ในประเทศฝรั่งเศส หลักการดังกล่าวถูกนำมาปรับใช้และมีชื่อเรียกจำเพาะว่า หลักการ imprévision¹⁰ โดยถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1195¹¹ โดยมาตราดังกล่าว ได้อนุญาตให้มีการแก้ไขหรือยกเลิกสัญญาเมื่อเกิดสถานการณ์ อันไม่คาดคิดและยังส่งผลกระทบต่อสัญญาที่ได้ทำขึ้น ฝ่ายที่ได้รับผลกระทบจะสามารถ ขอให้มีการเจรจาสัญญาใหม่ได้ หากการปฏิบัติตามนั้นเป็นภาระมากจนเกินควร¹²

⁹ Section 313 of German Civil Code BGB

Interference with the basis of the transaction

(1) If circumstances that became the basis of a contract have undergone serious change since the contract was concluded and if the parties would not have concluded the contract or would have concluded it with different contents had they foreseen this change, then adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be required to uphold the contract without alteration.

(2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect.

(3) If adaptation of the contract is not possible or if one party cannot reasonably be required to accept it, then the disadvantaged party may rescind the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right of rescission.

¹⁰ Catherine Pédamon, 'The paradoxes of the theory of imprévision in the new French law of contract: a judicial deterrent?' (Amicus Curiae, N.D.) <[file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/stevenwhittle,+amicus112 P%3%A9damon%20\(1\). pdf](file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/stevenwhittle,+amicus112%20(1).pdf)> accessed 28 December 2024.

¹¹ Morgan James, 'Tips for implementing article 1195 of the Civil Code' (arst.avocats, March 2020) <<https://cabinet-arst.com/en/publications/contracts/covid-19-article-1195-unforeseen/>> accessed 3 January 2025.

¹² Article 1195 of the Civil Code

If a change in circumstances unforeseeable at the time of conclusion of the contract makes performance excessively onerous for a party that had not agreed to assume the risk, the latter may request a renegotiation of the contract with its co-contractor. It continues to perform its obligations during the renegotiation.

2.2.3 สหราชอาณาจักร

หลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) ในประเทศอังกฤษ ชื่อของหลักการดังกล่าวไม่มีการปรากฏขึ้นอยู่ในบทบัญญัติ หากแต่ได้สะท้อนแนวความคิดและ

In the event of refusal or failure of the renegotiation, the parties may agree to terminate the contract, on the date and under the conditions they determine, or mutually request the judge to adapt it. In the absence of agreement within a reasonable period, the judge may, at the request of a party, revise the contract or terminate it, on the date and under the conditions he sets.

เจตจำนงของหลักการผ่านหลัก Frustrated Contracts Act 1943¹³ ออกมาได้อย่างน่าสนใจ¹⁴ อันได้กำหนดให้เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้นและหาได้อยู่ในความคาดหมายของคู่สัญญาในขณะที่เข้าทำสัญญาดังกล่าวแล้ว

¹³ Section 1 of Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943

(1) Where a contract governed by English law has become impossible of performance or been otherwise frustrated, and the parties thereto have for that reason been discharged from the further performance of the contract, the following provisions of this section shall, subject to the provisions of section two of this Act, have effect in relation thereto.

(2) All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as “the time of discharge”) shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable:

Provided that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if it considers it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred.

(3) Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular,—

(a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and

(b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise to the frustration of the contract.

(4) In estimating, for the purposes of the foregoing provisions of this section, the amount of any expenses incurred by any party to the contract, the court may, without prejudice to the generality of the said provisions, include such sum as appears to be reasonable in respect of overhead expenses and in respect of any work or services performed personally by the said party.

(5) In considering whether any sum ought to be recovered or retained under the foregoing provisions of this section by any party to the contract, the court shall not take into account any sums which have, by reason of the circumstances giving rise to the frustration of the contract, become payable to that party under any contract of insurance unless there was an obligation to insure imposed by an express term of the frustrated contract or by or under any enactment.

(6) Where any person has assumed obligations under the contract in consideration of the conferring of a benefit by any other party to the contract upon any other person, whether a party to the contract or not, the court may, if in all the circumstances of the case it considers it just to do so, treat for the purposes of subsection (3) of this section any benefit so conferred as a benefit obtained by the person who has assumed the obligations as aforesaid.

ไม่ จนอาจสร้างภาระที่หนักหน่วงเกินไปแก่ผู้ชำระหนี้ แม้ในทางปฏิบัติจะยังชำระหนี้ได้อยู่ แต่ในดุลยพินิจของศาลนั้นจะให้ความสำคัญไปที่การยุติสัญญาเลย อันแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ที่จะเปิดโอกาสให้แก้ไขปรับเปลี่ยนสัญญาได้ด้วย ตัวอย่างคดีที่เคยเกิดขึ้น เช่น *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd*

โดย *Fibrosa* อันเป็นบริษัทสิ่งทอจากประเทศโปแลนด์ ได้ทำสัญญาซื้อเครื่องจักรจาก *Fairbairn* ซึ่งเป็นผู้ผลิตเครื่องจักรจากประเทศอังกฤษในราคา 4,800 ปอนด์ ซึ่งได้ชำระเงินล่วงหน้า 1,000 ปอนด์ไว้แล้ว อย่างไรก็ตาม ได้มีเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่สองเกิดขึ้นและเยอรมนีเข้ายึดครองโปแลนด์ ทำให้ *Fairbairn* ไม่สามารถทำการค้ากับโปแลนด์ได้ตามกฎหมาย เหตุการณ์ที่ไม่คาดคิดนี้ทำให้สัญญาการค้าระหว่างทั้งสองฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติให้แล้วเสร็จต่อไปได้ ศาลสูงสุดของสหราชอาณาจักร (House of Lords) ได้ตัดสินให้ *Fibrosa* ชนะคดีและสามารถเรียกคืนเงินมัดจำ 1,000 ปอนด์ได้ โดยศาลให้ความเห็นว่าสัญญาจะต้องตกเป็นโมฆะเนื่องจากเหตุสงคราม และ *Fibrosa* ไม่ได้รับผลประโยชน์ใด ๆ จากสัญญาดังกล่าวเลยนั่นเอง¹⁵

2.3 ความไม่ครอบคลุมของกฎหมายในกรณีของหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) ในประเทศไทย

โดยจากเหตุการณ์ตัวอย่างข้างต้น นับเป็นกรณีศึกษาที่สื่อให้เห็นถึงการนำหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) มาประยุกต์ใช้ได้เป็นอย่างดี โดยเมื่อพิจารณาเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยแล้ว หากได้มีหลักการดังกล่าวได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใดไม่

จากเหตุการณ์ที่ผ่านมาในประเทศไทย มีวิกฤติการณ์อันเป็นสถานการณ์ที่น่าสนใจ ต่อการนำหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) เช่น ปัญหาภาวะวิกฤติเศรษฐกิจของไทยในช่วงปี พ.ศ.2540 (วิกฤติการณ์ต้มยำกุ้ง) หรือการระบาดของเชื้อไวรัสโควิด-19 ที่ส่งผลกระทบต่อทุกภาคส่วน รวมไปถึงทั้งในสัญญาต่าง ๆ ที่ได้จัดทำขึ้นในช่วงนั้น ด้วยเหตุนี้เองหลักการนี้จึงมีความสำคัญอย่างมากที่จะต้องได้รับการพิจารณาเมื่อเหตุการณ์อันไม่คาดคิดได้อุบัติขึ้น มาแล้วจะส่งผลกระทบต่อสัญญาในทางกฎหมายอย่างไร เจ้าหนี้และลูกหนี้จะมีบรรทัดฐาน ในการเจรจาเพื่อการปรับข้อสัญญาในช่วงวิกฤติการณ์อันเป็นเหตุการณ์พิเศษเหล่านี้ อย่างไรบ้าง หรือคู่สัญญาที่ได้รับผลกระทบเพียงฝ่ายเดียวหรือหนักกว่า จะหยิบยกข้อเท็จจริงเหล่านั้นขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนได้อย่างไร แม้จะมีนโยบายจากทางภาคเอกชนหรือรัฐบาลรวมไปถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อคอยโอบอุ้มผู้เข้าทำสัญญาในระหว่างที่เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น แต่หากขาดไปซึ่งบทกฎหมายอันจะเป็นบรรทัดฐานอันดีในการสร้างความเข้าใจและมาตรฐานแล้วนั้น ย่อมจะสร้างความเคลือบแคลงใจและข้อกังขามากมายแก่ผู้ใช้กฎหมายในท้ายที่สุดอยู่ดี

แต่ถึงกระนั้นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ยังมีกรณีที่คล้ายคลึงกันเช่น หลักกฎหมายเรื่องการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัย มาตรา 217, 218, 219 แต่ถึงจะคล้ายกันเมื่อมองอย่างผิวเผิน แต่เมื่อพิจารณา

¹⁴ Atty. Sema Dar, 'IMPOSSIBILITY OF THE PERFORMANCE IN ENGLISH COMMON LAW' (Ozay Law, 10 December 2020) <<https://ozay.av.tr/publication/impossibility-of-the-performance-in-english-common-law>> accessed 3 January 2025.

¹⁵ Micheal James, 'Fibrosa SA v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd' (My Law Tutor , 2 April 2024) <<https://www.mylawtutor.net/cases/fibrosa-sa-v-fairbairn-lawson-combe-barbour-ltd/>> 3 March 2025.

แล้วก็จะพบว่าการชำระหนี้กลายเป็นพันธวิสัยนั้นจำต้องเมื่อการชำระหนี้นั้นไม่สามารถปฏิบัติอย่างที่ตกลงไว้ได้ แล้วหรือเป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน หรือหลักกฎหมายเรื่องการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิด มาตรา 156-158 ซึ่งเป็นการเข้าใจผิดในสถานการณ์ใดก็ตามตั้งแต่การเริ่มทำสัญญาตั้งแต่แรกเริ่มเดิมที ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาดังกล่าว อันจะเห็นได้เลยว่าเป็นแนวทางคนละอย่างกับหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) หรือจากกรณีอื่น ๆ ที่อาจเข้าใจได้ว่ามีลักษณะคล้ายเคียงกับหลักการเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา เช่น การประพลิตเนรคุณอันเป็นเหตุให้ผู้ให้มีสิทธิถอนคืนการให้ของตนจากมาตรา 531 ข้อยกเว้นให้ผู้รับฝากซึ่งรับฝากโดยมีกำหนดเวลาอาจคืนทรัพย์สินที่รับฝากก่อนถึงเวลาที่กำหนดจากมาตรา 662 กรณีฝ่ายชายและหญิงคู่หมั้นบอกเลิกสัญญาหมั้นได้เมื่อมีเหตุสำคัญที่เกิดขึ้นกับฝ่ายชายและฝ่ายหญิงจากมาตรา 1442 และ 1443 เป็นต้น

ในขณะที่จากแนวคำพิพากษาของศาลไทย หากเป็นกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจากที่คู่เข้าทำสัญญาเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ หากยังบังคับให้ชำระหนี้ต่อก็คงเปรียบเสมือนการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นหรือไร้ประโยชน์หรือขัดต่อวัตถุประสงค์แท้จริงของมูลหนี้ นั้น หากเป็นเช่นนั้น ศาลไทยจะนำหลักการชำระหนี้เป็นพันธวิสัยมาเทียบเคียง เช่น ในยุควิกฤตเศรษฐกิจถ้าภาระดังกล่าวหนักเกินกว่าที่คาดหมายได้ การชำระหนี้ไม่อาจกระทำลงได้พันธวิสัยไปเพราะเหนือความคาดหมาย ศาลก็จะให้เหตุผลไว้ว่าเพราะเป็นเหตุสุดวิสัยมาเทียบเคียงเพื่อใช้ในกรณีดังกล่าวแทน จึงอาจเห็นได้ว่ากฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยยังขาดถึงความชัดเจนในกรณีที่เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญาอยู่นั้นเอง โดยการเทียบเคียงหลักพันธวิสัยที่มีเหตุการณ์สอดคล้องกับหลักการเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3506/2546 ศาลฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ว่า วิกฤตเศรษฐกิจมีผลกระทบต่อลูกหนี้บางคนเป็นเหตุให้ใช้การชำระหนี้เป็นพันธวิสัยเป็นข้อแก้ตัวเมื่อไม่สามารถชำระหนี้ที่มีต่อสถาบันการเงินได้เหมือนดังเช่นแต่แรกได้ แต่ต้องพิจารณาเป็นกรณีไป แต่ถ้าการชำระหนี้ที่ยังอยู่ในวิสัยหรือไม่ได้เกิดจากที่เหนือการคาดหมายได้ ลูกหนี้อย่อมต้องรับผิดชอบ¹⁶

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดอันเกี่ยวข้องกับหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป สัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา ส่วนใหญ่แล้วมักจะปรากฏอยู่ในสัญญาทางปกครองด้วย โดยอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีคือ 1. กรณีที่ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปและคู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสัญญา 2. ในกรณีที่ข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปอันทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินควรแก่ความคาดหมาย

โดยในกรณีแรกนั้น ศาลยุติธรรมและศาลปกครองได้ยอมรับหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นสิทธิที่มีอยู่ในสัญญาโดยมักกำหนดไว้มานานแล้ว ทั้งกฎหมายบางฉบับ หรือข้อกำหนดในสัญญา ต่างก็ให้อำนาจฝ่ายปกครองมีสิทธิบางประการในการแก้ไขสัญญาหรือยกเลิกสัญญาทางปกครองได้ เช่น พระราชบัญญัติแรม พ.ศ. 2510 ในมาตรา 9 ตรี “ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้เนื้อที่ในเขตอาชญาบัตรประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรได้เพื่อประโยชน์ แก่การอันเป็นสาธารณูปโภคการป้องกันประเทศ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ ให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจเรียกอาชญา-บัตรประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลง เนื้อที่ในเขตอาชญา-บัตรประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรได้...”

¹⁶ ปารวี พิสิฐเสนากุล, ‘หลัก clausula rebus sic stantibus ในสัญญาทางปกครอง’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2553).

กรณีที่สองคือเมื่อข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปภายหลังทำสัญญาและคู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักเกินกว่าที่คาดหมายไว้ อันเป็นเหตุให้ผู้เข้าทำสัญญาอันเป็นเอกชนร้องขอให้หน่วยงานทางปกครองที่เป็นผู้ร่วมเข้าทำสัญญาแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา โดยมีกรณีศึกษา เช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 10/2531 โดยสรุปได้ว่า คำสัญญาก่อสร้างคลองส่งน้ำ คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องสร้างฐานรองรับท่อส่งน้ำข้ามห้วย 120 ฐาน จากตอนแรก 62 ฐานตามที่ระบุในใบเสนอราคา ทำให้เกิดภาระงานและค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมอีกมาก แม้เอกชนจะร้องขอปรับเพิ่มเงินและเวลา แต่สำนักงานพลังงานแห่งชาติก็ไม่ได้อนุมัติให้แต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่าหากเป็นเช่นนี้ต่อไป ฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหนักกว่าเกินควรกว่าที่ได้คาดหมายไว้และไม่เป็นธรรมกับเอกชนเสียด้วย คณะกรรมการวินิจฉัยว่าการเพิ่มงานดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของสัญญา จึงเห็นควรให้แก้ไขสัญญาโดยเพิ่มเงินและเวลา เพื่อให้การดำเนินงานเป็นธรรมและยังแสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักการ *rebus sic stantibus* ด้วย

3. การอภิปรายผลการศึกษา

จากกรณีศึกษาต่าง ๆ ประกอบกับหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (*Rebus Sic -Stantibus*) จะเห็นได้ว่าในศาลและกฎหมายของต่างประเทศ อันเป็นแม่แบบที่ดีในการเลือกที่จะศึกษาและปฏิบัติตาม ได้มีแนวทางตัวอย่างการใช้ กฎหมายอันสะท้อนถึงหลักการดังกล่าวอยู่มาก ด้วยเหตุนี้เองหากประเทศไทยจะต้องมีการหาแนวทางเพื่อนำหลักดังกล่าวไปประยุกต์ใช้ เมื่อใดก็ตามที่สัญญาอันใดก็ตามได้เกิดปัญหาตั้งที่ได้อธิบายไปตั้งแต่ต้นว่า เมื่อมีเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงอื่นใด อุบัติขึ้นอย่างมีอาจคาดการณ์ได้หลังจากที่สัญญาได้เกิดขึ้น โดยเสนอสนองต้องตรงกันและถูกต้องตาม กฎหมาย หากสัญญาดังกล่าวมิใช่เป็นการตกเป็นอันพันวิสัย หรือเหตุอื่นใดที่ทำให้สัญญา ต้องสิ้นสุดไปโดยปริยาย โดยยังสามารถที่จะมีการตกลงใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะการณ์ของผู้ทำสัญญาในขณะนั้น ๆ ศาลไทยอาจพิจารณาให้สัญญาสามารถปรับปรุงแก้ไข โดยอาจพิจารณาแยกให้แตกต่างกันออกไปในแต่ละกรณีก็ได้

หลักการต่าง ๆ ที่ได้กล่าวไปในช่วงก่อนหน้าทั้งหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (*Pacta Sunt Servanda*) หรือแม้กระทั่งหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (*Rebus Sic Stantibus*) แม้จะมีการขัดกันในส่วนอยู่บ้าง แต่หลักทั้งสองนี้ต่างก็มีพื้นฐานประกอบขึ้นมาจากหลักสุจริต¹⁷ (*Good Faith*) อย่างที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้แล้วว่า จะในเจตนาของผู้เข้าทำสัญญา หรือความถูกต้องตามหลักศีลธรรมอันดีไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและอื่น ๆ อีกมาก ด้วยเหตุนี้แล้วหากจะต้องมีการปรับใช้หลักการ *Rebus Sic Stantibus* ในส่วนของการยกเลิกหรือปรับเปลี่ยนสัญญาเพราะวิฤตการณ์อันไม่คาดคิดนี้ย่อมพิจารณาประกอบกับหลักสุจริตดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น อันสามารถ ต่อยอดจากมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อันเกี่ยวข้องกับหลักสุจริตคือ มาตรา 5 “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” และมาตรา 368 “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ ถึงปกติประเพณีด้วย”

โดยเมื่อได้เกิดพฤติการณ์อันใดก็ตามที่จะทำให้การชำระหนี้ดังกล่าวแล้วนั้นไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้เหตุเพราะต้องรับผลกระทบจากวิฤตการณ์อื่นใดก็ตามที่ผู้เข้าทำสัญญา มิได้คาดการณ์ไว้เสียแต่แรก หรือความไม่ยุติธรรมประกอบจากที่ผู้เข้าชำระหนี้ผู้นั้นต้อง รับภาระที่หนักหน่วงมากกว่าที่ตนได้คาดไว้จากวิฤตการณ์ดังกล่าว หรือ

¹⁷ นิรัชรา พงศ์อาจารย์, ‘การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทาง ปกครอง: ศึกษากรณีหลักสุจริตในสัญญาสัมปทาน และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค’ (2563) 109 วารสารสุทธิปริทัศน์ 17, 20.

การชำระหนี้ที่ไม่สมมูลกันระหว่างทั้งสองฝ่ายเพราะมีเหตุแห่งวิกฤตการณ์เข้ามาเกี่ยวพันด้วยแล้ว ย่อมสามารถพิจารณาได้ว่า หากผู้ปฏิบัติชำระหนี้ยังฝืนกระทำการดังกล่าวต่อไป จะเป็นการอาจมองได้ในขณะที่เจ้าหนี้ได้รับรู้ถึงสถานะของลูกหนี้เป็นอย่างดีแต่มีการทำสัญญาไปจนถึงการชำระหนี้ แล้วเมื่อเกิดเหตุที่ไม่อาจคาดคิดได้ขึ้นมาในภายหลัง หากตัวของเจ้าหนี้ยังไม่ยอมผ่อนปรนการชำระหนี้หรือบังคับให้ลูกหนี้ยังต้องชำระตามกำหนดเดิมทั้งที่มีเหตุการณ์ใดบางอย่างเกิดขึ้นอันส่งผลอย่างร้ายแรงต่อการเข้าปฏิบัติชำระหนี้ของลูกหนี้โดยมิได้คำนึงถึงความเป็นจริงในปัจจุบัน ย่อมเชื่อได้ว่าการบังคับเช่นนั้นย่อมเป็นการใช้สิทธิที่มีของตนไปโดยไม่คำนึงถึงคู่สัญญาและสร้างความเดือดร้อนแก่อีกฝ่ายอย่างมาก พฤติการณ์เช่นที่ว่าไม่อาจถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติตามหลักสุจริตตามมาตราแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามที่ได้อย่างบริสุทธิ์ใจดังที่กล่าวไปในข้างต้น

4. ข้อเสนอแนะจากผลการศึกษา

4.1 หลักการสำคัญอันมีผลต่อการพิจารณาถึงหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus)

จากที่ได้กล่าวไปในข้างต้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) หากมีการนำหลักสุจริตเข้ามาปรับใช้ เมื่อมีวิกฤตการณ์ดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น อาจสามารถพิจารณาได้ในกรณีที่ผู้เข้าทำสัญญาหากในส่วนของหนี้ยังมีได้ตกเป็นอันพันวิสัย อาจจะเป็นมาตรการอันดีที่ช่วยในการบรรเทาพ้ออนพัน จากการปรับสัญญาหรือแก้ไขบางส่วนเพื่อให้รองรับกับสถานการณ์ดังที่ได้กล่าวไป แต่ถ้าหากพิจารณาแล้วว่าหากกระทำการดังกล่าวไปแล้วแต่ก็ยังมิได้ก่อประโยชน์อื่นใด สิทธิในการบอกเลิกสัญญาให้เจ้าหนี้และลูกหนี้หมดพันธะทางกฎหมายกันไปก็ตามแต่จะพิจารณา

4.2 การทำนิติกรรมอันควรสอดคล้องกับหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus)

ถึงกระนั้นหากรอแต่ให้บทบัญญัติได้รับการแก้ไข อาจจะไม่ทันท่วงทีต่อสถานการณ์ปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วในยุคของอินเทอร์เน็ตและระบบไร้สายที่มีอิทธิพลอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นในด้านการศึกษาอุตสาหกรรมด้านบันเทิง ตลอดจนไปถึงด้านพาณิชย์ ที่ทำให้หลาย ๆ บุคคลในปัจจุบันสามารถเข้าทำสัญญาได้อย่างรวดเร็วและด้วยความเร่งรีบและรวดเร็วในยุคสมัยปัจจุบันนี้มีอินเทอร์เน็ตเป็นตัวเกื้อหนุน อาจทำให้ใคร หลาย ๆ คนมองข้ามจุดสำคัญเมื่อในขณะที่ต้องเข้าทำนิติกรรมมองข้ามไป กล่าวคือหากนิติกรรมดังกล่าวหาได้ต้องห้ามขัดแย้งด้วยกฎหมาย หรือเป็นนิติกรรมที่พันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วไซ้¹⁸ นิติกรรมดังกล่าวย่อมสามารถเข้าทำได้ หากแต่ต้องประกอบด้วยเรื่องอายุและความสามารถของผู้เข้าทำนิติกรรมอื่น ๆ อีกที่ด้วย

ด้วยเหตุนี้เอง หากกระทำให้โดยตั้งมั่นอยู่บนพื้นฐานของความสุจริตแล้ว การกำหนดสิทธิหน้าที่ของผู้เข้าทำสัญญาให้ชัดเจนเสียตั้งแต่ต้น ประกอบไปจนถึงในกรณีอันเกี่ยวข้องกับหลักเมื่อสถานการณ์

¹⁸ ส่วนนิติกรรมมหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์, 'นิติกรรมและสัญญา' (มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์, ม.ป.ป.) <<https://dla.wu.ac.th/th/archives/3585>> สืบค้นวันที่ 3 มกราคม 2568.

เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) โดยควรต้องมีภาระระบุว่า เมื่อใดก็ตามที่ได้เกิดเหตุการณ์อันไม่คาดคิดเกิดขึ้น อันได้กระทบถึงทั้งตัวผู้เข้าปฏิบัติชำระหนี้ โดยอาจขยายถึงเหตุการณ์อันไม่คาดคิดไว้ในเนื้อหาของสัญญาได้จากแนวปฏิบัติของต่างประเทศ หรืออาจกำหนดกว้าง ๆ เพื่อให้รองรับกับวิกฤตการณ์ดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นได้ทุกเมื่อประกอบทั้งเพื่อไม่เป็นการจำกัดสิทธิและ เสรีภาพของผู้เข้าทำสัญญามากจนเกินไป ควรอนุญาตให้มีการกลับมาแก้ไขสัญญาหรือ ปรับปรุงการปฏิบัติชำระหนี้ให้เหมาะสมสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น หรือกล่าวให้เข้าใจได้โดยง่ายคือ สัญญาหลักนั้นควรมีการเปิดช่องเอาไว้ เพื่อให้ นำหลักการดังกล่าวมาใช้เพื่อรองรับกับเหตุการณ์อันไม่คาดคิดที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต แต่ถึงกระนั้น การกำหนดไว้เช่นนี้ สำหรับบางบุคคลอาจมองว่าข้อกำหนดเหล่านี้อาจเป็นดาบสองคมได้ เหตุเพราะความเอาแน่เอานอนไม่ได้ในสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา หากแต่ความจริงแล้วพื้นฐานของหลักการข้อกำหนดเหล่านี้ย่อมต้องประกอบขึ้นมาจากหลักสุจริตด้วยอยู่แล้วจึงเป็นหน้าที่ของผู้ที่มีอำนาจหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับด้านนี้ คอยกำกับดูแลให้การเข้าทำนิติกรรมต่าง ๆ มีมาตรฐานและสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้เข้าทำสัญญาทั้งสองฝ่าย อันก็เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดภายใต้ความถูกต้องของกฎหมายนั่นเอง

4.3 การปรับปรุงแก้ไขในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ตัวบทมีหลักการที่ชัดเจนเกี่ยวกับหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus)

ดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้นว่าแม้จะมีโครงการหรือนโยบายอื่นใดที่ช่วยโอบอุ้มรองรับผู้เข้าทำสัญญาเมื่อได้เกิดเหตุวิกฤตการณ์ต่าง ๆ อันส่งผลให้การปฏิบัติชำระหนี้ เป็นภาระมากเกินไปจนกว่าที่ผู้เข้าทำสัญญาแต่แรกจะคาดการณ์ได้ก็ตาม แต่หากยังไร้ซึ่งความชัดเจนในบทบัญญัติที่พร้อมจะรองรับกับหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) แล้วนั้น ย่อมเป็นไปได้ที่ท้ายที่สุดก็อาจจะเกิดผลเสีย ตามมาเมื่อถึงคราวที่ต้องการบรรเทาฐานอันเป็นหนึ่งในส่วนประกอบที่ทำให้กฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์ได้

ประกอบด้วยระบบกฎหมายของประเทศไทยที่เป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) อำนาจต่าง ๆ จากกฎหมายทั้งปวงย่อมต้องพึงจากบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ดังนั้น จึงควรมีการบัญญัติที่ชัดเจน เพื่อที่จะได้เป็นประโยชน์ อันเป็นแนวทางแก่ผู้ที่ศึกษาด้านกฎหมาย ทั้งยังรวมไปถึงคำพิพากษาจากศาลที่จะได้เกิดความชัดเจนขึ้นมา

โดยอาจศึกษาจากหลักกฎหมาย German Civil Code BGB Section 313 Interference with the basis of the transaction ที่ได้ บัญญัติไว้อย่างชัดเจนจากประเทศเยอรมนี ก็เพื่อความชัดเจนในตัวบทที่จะนำมาปรับใช้ในประเทศไทย ประกอบทั้งผลของกฎหมายดังที่ได้กล่าวไป ยังมีได้เป็นการจำกัดสิทธิของ ผู้เข้าทำสัญญามากจนเกินไป คู่สัญญายังสามารถที่จะปรับเปลี่ยนแก้ไขข้อสัญญาต่าง ๆ ที่ตนได้เข้าร่วมทำ ตั้งแต่แรก เพื่อให้สอดคล้องกับหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) โดยหากยังไม่ถึงขั้นการตกเป็นพันธมิตรของสัญญาแล้ว หากจะปรับเปลี่ยนข้อตกลงกำหนดใด ๆ ในสัญญาเพื่อประโยชน์ของทั้งสองฝ่ายย่อมทำได้ ในขณะที่หากสัญญาดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วมิได้ก่อให้เกิด คุญูปการใด ๆ แก่ผู้เข้าทำสัญญาแล้ว ถ้าจะเลิกสัญญาต่อกันไปเลย ก็ย่อมทำได้โดยมิขัดต่อบทบัญญัติของ กฎหมายแต่อย่างใด โดยเมื่อเทียบจากประเทศที่ได้กล่าวอ้างไปในข้างต้นแล้ว ผู้ศึกษาเองเห็นว่าหลักการ ดังกล่าวจากประเทศเยอรมนี มีความน่าสนใจและเหมาะสมที่ผู้ที่มีอำนาจเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะด้วยฝ่ายนิติบัญญัติ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือใด ๆ ก็ตาม ควรมีการเสนอร่างบทกฎหมายดังที่ว่านี้ เพื่อให้สอดคล้องและทันท่วงที กับเหตุการณ์ใด ๆ ก็ตามที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

การดำเนินการในส่วนที่กล่าวไปนี้ ล้วนเพื่อการคุ้มครองซึ่งสิทธิของผู้ที่เข้าทำสัญญาให้เกิดความยุติธรรม ภายใต้กฎหมายมากที่สุด แต่หากเมื่อเกิดเหตุวิกฤตการณ์ใดแล้วที่สร้างความรุนแรงกับตัวของผู้ปฏิบัติชำระหนี้ ก็ดี หากมีการตั้งต้นให้ทำการที่ว่าต่อไป ดังเดิมโดยไม่มีการเสนอช่วยเหลือหรือปรับข้อตกลงจากอีกฝ่าย ย่อมไม่อาจเรียกได้ว่านั่น คือความยุติธรรมอันประกอบขึ้นจากหลักสุจริตที่เป็นหลักตั้งต้นของการเข้าทำสัญญา ไปเสียอย่างนั้น

5. บทสรุปผลการศึกษา

หลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) เป็นหลักการทางกฎหมายที่มีจุดประสงค์เพื่อให้สัญญาสามารถปรับเปลี่ยน หรือยกเลิกได้เมื่อมีวิกฤตการณ์ที่ไม่คาดคิดเกิดขึ้นหลังจากการทำสัญญา ซึ่งเหตุการณ์ ดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อความสมดุลหรือความเป็นธรรมของผู้ที่ได้เข้าทำสัญญานี้ หลักการนี้ถูกนำมาใช้ในหลายประเทศโดยต่างก็ยึดหลักสุจริต (Good Faith) เป็นพื้นฐานรวมทั้งในทุก ๆ การเข้าทำนิติกรรมสัญญาของประเทศไทยด้วย

อย่างไรก็ตาม ในประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่รองรับหลักการดังกล่าวอย่างชัดเจนในตัวบทกฎหมาย แม้จะมีบทบัญญัติที่ เกี่ยวข้องกับความสุจริต เช่น มาตรา 5 และมาตรา 368 ที่อาจสามารถนำมาประยุกต์ใช้ได้ ในบางกรณี แต่ถึงกระนั้นก็ยังขาดความชัดเจนที่จะในการนำไปเป็นบรรทัดฐานเพื่อใช้กับสถานการณ์วิกฤตการณ์ที่มีอาจคาดเดานี้ได้

หลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) สามารถสร้างความเป็นธรรมให้อย่างเห็นได้ชัดเจน โดยเฉพาะในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดการณ์ได้ เช่น วิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจที่ทำให้การปฏิบัติชำระหนี้กลายเป็นภาระที่หนักหน่วงเกินไปกว่าที่ผู้เข้า ปฏิบัติชำระหนี้จะคาดถึง หากประเทศไทยสามารถบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักการนี้ อย่างชัดเจน จะเป็นการเพิ่มมาตรฐานสร้างความศรัทธาในกฎหมายและความมั่นใจ ให้กับผู้ที่เข้าทำสัญญาว่าหากเกิดเหตุการณ์ไม่คาดคิดขึ้นเหล่านี้ขึ้น พวกเขาจะยังถูกรองรับ สิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายที่มีอยู่

โดยหลักการ Rebus Sic Stantibus นั้น มักจะถูกนำมาปรับใช้ในปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้นในส่วนของทางมหาชนเสียเป็นส่วนใหญ่ อาจจะต้องเพราะการเปลี่ยนแปลงนโยบาย และข้อกฎหมายบางฉบับที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุน คู่สัญญา หรือเอกชนที่มีอำนาจต่ำกว่ารัฐ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรมีการเปิดช่องในสัญญา ที่ได้ทำขึ้นระหว่างทั้งสองฝ่ายเอาไว้ โดยเพื่อให้ฝั่งของเอกชนได้มีทางออกที่เหมาะสมและเป็นธรรมจากเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นและทำให้ฝั่งเอกชนได้รับผลกระทบ

ด้วยเหตุดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะแนวทางอันจะเป็นประโยชน์ไม่มากนักน้อย ให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องประเทศไทยพิจารณาศึกษารูปแบบการบัญญัติกฎหมายจากประเทศที่มีการใช้หลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) อย่างชัดเจน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน German Civil Code BGB Section 313 Interference with the basis of the transaction ซึ่งระบุถึงความสามารถในการปรับเปลี่ยนสัญญาเมื่อ เกิดสถานการณ์ที่เปลี่ยนไปจากเดิมอย่างรุนแรง ทั้งนี้เพื่อรองรับกับปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคต พร้อมมุ่งเน้นถึงการสร้างความยุติธรรมให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่าด้วยการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวควรมุ่งเน้นที่การสร้างสมดุลระหว่างสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา โดยอาจกำหนดเงื่อนไขในสัญญาให้ครอบคลุมถึงเหตุการณ์ที่ไม่คาดคิด สัญญาควรเปิดช่องทางเอาไว้เพื่อให้คู่สัญญาสามารถกลับมาเจรจาปรับเปลี่ยนข้อตกลงได้หากเกิดสถานการณ์ที่กระทบต่อ

การปฏิบัติหน้าที่ในสัญญาดังกล่าว การดำเนินการดังกล่าวไม่เพียงแต่จะช่วยคุ้มครองสิทธิของผู้ทำสัญญา แต่ยังช่วยลดปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตและเพิ่มความมั่นคงอันเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายในระบบชีวิตลอร์ของประเทศไทย

ดังนั้น การนำหลักเมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปสัญญาไม่ต้องเป็นสัญญา (Rebus Sic Stantibus) มาใช้ในกฎหมายไทยจะเป็นการสร้างความเป็นธรรมและ ตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงที่ไม่สามารถเอาแน่เอานอนของสถานการณ์ในยุคปัจจุบัน ได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้งยังช่วยให้ผู้เข้าทำสัญญามีทางเลือกในการปรับตัวและแก้ไข ข้อสัญญาในกฎหมายตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ โดยไม่กระทบต่อความถูกต้องของกฎหมายอีกด้วย

การคุ้มครองสิทธิของแรงงานไรเดอร์ Law on Protection of Riders*

เบญจรัตน์ กาฬสินธุ์**

Benjarat Kalasin

บทคัดย่อ

การค้นคว้าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสภาพปัญหาและแนวคิดทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ในปัจจุบัน เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ตามกฎหมายไทยและต่างประเทศเพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ และเพื่อเสนอแนะแนวทางการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ ซึ่งมีสมมติฐานในการศึกษานี้ว่าหากประเทศไทยได้มีมาตรการที่คุ้มครองสิทธิและสวัสดิการของแรงงานไรเดอร์ด้วยการมีกฎหมายเฉพาะ จะทำให้แรงงานไรเดอร์ได้รับความคุ้มครองสิทธิและสวัสดิการที่เป็นธรรมสอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของแรงงานรูปแบบนี้ โดยศึกษาเปรียบเทียบการคุ้มครองแรงงานไรเดอร์กับกฎหมายของประเทศสเปนและประเทศอังกฤษ

การศึกษาได้ใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ โดยวิธีการเก็บข้อมูลและการวิเคราะห์จากเอกสารเพื่อหาข้อสรุปและเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาการคุ้มครองแรงงานไรเดอร์

ผลการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ไม่สามารถคุ้มครองแรงงานไรเดอร์ได้อย่างเหมาะสม เพราะบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ใช้กับการคุ้มครองแรงงานทั่วไป ทำให้ไม่สอดคล้องกับวิถีการทำงานของแรงงานไรเดอร์ และในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองแรงงานไรเดอร์ ทำให้แรงงานไรเดอร์ไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเพียงพอและเหมาะสม ดังนั้น การศึกษานี้จึงมีข้อเสนอแนะให้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานไรเดอร์ เพื่อให้สามารถคุ้มครองดูแลแรงงานไรเดอร์ซึ่งเป็นแรงงานรูปแบบใหม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิและสวัสดิการที่สอดคล้องกับลักษณะของแรงงานรูปแบบนี้

คำสำคัญ: แรงงานไรเดอร์, สิทธิและสวัสดิการแรงงานไรเดอร์, แพลตฟอร์ม

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการค้นคว้าอิสระ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

** นักศึกษาหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

Abstract

The objectives of this independent study were to study the current problems and legal concepts regarding the protection of the rights and welfare of delivery riders and for comparative study of such protections under Thai, international laws and foreign laws, and were study to analyze the issues in protecting the rights and welfare of delivery riders and were study to propose legal development guidelines for their protection. The researcher hypothesized that if Thailand had specific legal measures to protect the rights and welfare of delivery riders, it will ensure that delivery riders receive the fair protection of right and welfare that are consistent with the specific characteristics of this type of labor. By conducting a comparative of delivery riders protection with the law of Spain and United Kingdom.

The researcher conducted applied qualitative method to collect data and analyze from documents to find conclusions and provide recommendations to solve the issues of delivery riders protection.

The findings revealed that Labor Protection Act B.E. 2541 are not consistent with the working conditions of delivery riders because this act apply to general labor protections, it is inconsistent with the working methods of delivery riders. Moreover, there is no specific law to protect delivery riders properly. As a result, delivery riders do not receive protection adequately and appropriately. Therefore, this study recommends to enact the Delivery Riders Protections Act to be able to protect delivery riders, who are a new type of labor, to receive the protection of the right and welfare that are consistent with the characteristics of this type of labor.

Keywords: delivery riders, the rights and welfare of delivery riders, platform

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“แรงงานไรเดอร์” (Rider) แรงงานรูปแบบใหม่ที่ปรากฏขึ้นเนื่องจากการเกิดขึ้นของเทคโนโลยีดิจิทัล แพลตฟอร์มประเภทรับส่งอาหาร ส่งคนโดยสาร ส่งพัสดุหรือส่งสิ่งของอื่นใดผ่านแอปพลิเคชันของบริษัท แพลตฟอร์มออนไลน์ต่าง ๆ โดยผู้รับจ้างซึ่งเรียกว่า “แรงงานไรเดอร์” ซึ่งมีอัตราการเพิ่มขึ้นของแรงงานที่ประกอบอาชีพไรเดอร์เป็นอาชีพหลัก แรงงานรูปแบบนี้ได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินรับจ้างตามเงื่อนไขในสัญญาจ้างบริการ ไม่ใช่ค่าตอบแทนการทำงานอย่างลูกจ้างทั่วไป นอกจากนี้แรงงานไรเดอร์สามารถเลือกจัดสรรเวลาการทำงานเองได้และมักจะทำงานให้กับผู้ว่าจ้างได้หลายคน ฉะนั้นจึงถูกตีความว่าแรงงานไรเดอร์มีสถานะเป็นหุ้นส่วนธุรกิจกับบริษัทแพลตฟอร์ม แต่อย่างไรก็ตามการเป็นหุ้นส่วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันพึงได้แต่กิจการนั้น ซึ่งหมายความว่าจะต้องมีการตกลงได้เสียร่วมกัน หากไม่มีการร่วมรับผิดชอบในการชำระหนี้หรือก่อไรขาดทุนด้วยกันก็ไม่ใช่หุ้นส่วนกัน แต่ทั้งนี้แรงงานไรเดอร์ไม่ได้ร่วมลงทุนกับบริษัทแพลตฟอร์มแต่อย่างใด เพราะไม่มีส่วนในกำไรหรือขาดทุนของบริษัทแพลตฟอร์ม อีกทั้ง หากเกิดความรับผิดชอบกับบุคคลภายนอก บริษัทแพลตฟอร์มก็ไม่ได้ร่วมรับผิดชอบกับแรงงานไรเดอร์ในฐานะหุ้นส่วน แรงงานไรเดอร์จึงไม่ใช่หุ้นส่วน¹ และบริษัทแพลตฟอร์มไม่ได้กำหนดสถานะให้แรงงานไรเดอร์เป็นลูกจ้าง แต่ลักษณะการทำงานของแรงงานไรเดอร์นั้น บริษัทแพลตฟอร์มสามารถติดตามการทำงานได้ตลอดเวลา และจะต้องทำตามกฎระเบียบข้อบังคับตามที่บริษัทแพลตฟอร์มกำหนด รวมถึงมีบทลงโทษแก่แรงงานไรเดอร์หากไม่ปฏิบัติตามนั้น เป็นการที่บริษัทแพลตฟอร์มมีอำนาจบังคับบัญชาซึ่งเข้าลักษณะของการเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ประการต่อมาแรงงานไรเดอร์ไม่มีช่วงเวลาเข้าออกงาน จะเริ่มทำงานหรือสิ้นสุดงานในเวลาใดก็ได้ แต่ทั้งนี้ทำให้แรงงานไรเดอร์ไม่มีวันหยุดหรือวันลา ทำให้แรงงานไรเดอร์แตกต่างจากแรงงานทั่วไปหรือแรงงานแบบดั้งเดิม (Traditional Workers) ที่มีตารางเวลาเข้าออกงานเป็นประจำ ซึ่งได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แต่การคุ้มครองสิทธิของแรงงานไรเดอร์ในประเทศส่วนใหญ่ยังไม่มีชัดเจน

การปรากฏขึ้นของแรงงานไรเดอร์ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายด้านการคุ้มครองแรงงานตามมา เพราะในปัจจุบันประเทศส่วนใหญ่รวมถึงประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองแรงงานไรเดอร์ไว้เป็นการเฉพาะ กฎหมายคุ้มครองแรงงานทั่วไปไม่อาจนำมาใช้กับแรงงานรูปแบบนี้ได้อย่างเหมาะสมทั้งด้านสวัสดิการ ค่าจ้าง เวลาการทำงานและสิทธิอื่น ๆ ทำให้แรงงานไรเดอร์ไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในด้านต่าง ๆ เช่น สวัสดิการ ประการแรกคืออัตราค่าตอบแทนที่แรงงานไรเดอร์ได้รับนั้นไม่แน่นอน เนื่องจากแรงงานไรเดอร์ได้รับค่าตอบแทนเป็นรายรอบและอำนาจในการกำหนดอัตราค่าตอบแทนขึ้นอยู่กับบริษัทแพลตฟอร์มนั้น โดยไม่มีการคุ้มครองให้มีการกำหนดค่าแรงขั้นต่ำและแรงงานไรเดอร์ต้องยอมรับอัตราค่าตอบแทนที่บริษัทแพลตฟอร์มกำหนดเรื่อยมา ประการที่สองคือแรงงานไรเดอร์ไม่สามารถทราบหลักเกณฑ์ในการมอบหมายงานของระบบอัลกอริทึมที่บริษัทแพลตฟอร์มใช้² ในการติดตาม ควบคุมและกระจายงานให้แก่แรงงานไรเดอร์ ซึ่งระบบดังกล่าวนี้เป็นเสมือนหัวใจหลักในการที่แรงงานไรเดอร์ได้รับงานต่าง ๆ แต่ทั้งนี้แรงงานไรเดอร์ที่อยู่ในระยะเดียวกันได้รับงานใกล้เคียงที่แตกต่างกัน รวมถึงระบบงานฟ่งที่อัลกอริทึมมอบหมายให้แรงงานไรเดอร์ ซึ่งได้รับค่าตอบแทนที่น้อยกว่างานหลัก แต่แรงงานไรเดอร์ไม่สามารถปฏิเสธได้เนื่องจากจะโดนตัดคะแนน

¹ นันทพล พุทธิพงษ์, ‘มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานแพลตฟอร์มดิจิทัล : ศึกษากรณีธุรกิจรับส่งอาหารในประเทศไทย’ 1 วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ (2565) 263, 292.

² Rocket Media Lab, ‘5 ปีไรเดอร์ต่อสู้กับแพลตฟอร์มเรื่องใดบ้าง’ (Rocket Media Lab, 22 มกราคม 2567) < <https://rocketmedialab.co/rider-protest/> > สืบค้นวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2568.

อันส่งผลต่อการได้รับสวัสดิการหรือสิทธิประโยชน์อื่น ๆ จากบริษัทแพลตฟอร์ม ประการที่สามคือ การได้รับประกันภัย เนื่องจากแรงงานไรเดอร์จะต้องทำงานให้เข้าตามเงื่อนไขต่าง ๆ ตามระดับที่บริษัทแพลตฟอร์มกำหนดเพื่อให้ได้มาซึ่งประกันอุบัติเหตุหรือประกันสุขภาพ ซึ่งบางบริษัทแพลตฟอร์มก็ได้จัดให้มีประกันอุบัติเหตุให้แก่แรงงานไรเดอร์ แต่จะเป็นการคุ้มครองเฉพาะในการทำงาน ประการสุดท้ายคือการจัดหาอุปกรณ์การทำงานด้วยตนเอง ซึ่งทำให้แรงงานไรเดอร์ต้องแบกรับภาระต้นทุนทางการเงินในการจัดหาซื้ออุปกรณ์การทำงาน เนื่องจากหากแรงงานไรเดอร์ไม่มีอุปกรณ์การทำงานก็ไม่สามารถเริ่มทำงานกับบริษัทแพลตฟอร์มได้ เนื่องจากเป็นระเบียบข้อบังคับในการทำงาน³

แนวทางในการคุ้มครองสิทธิของแรงงานไรเดอร์ในต่างประเทศยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน บางประเทศให้การคุ้มครองตามกฎหมายพิเศษ แต่ในบางประเทศให้การคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เช่น ประเทศสเปนให้การคุ้มครองตามกฎหมายพิเศษ เรียกว่า Royal Decree 9/2021⁴ หรือกฎหมายไรเดอร์ (Rider's Law) ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองแรงงานไรเดอร์โดยเฉพาะ กำหนดให้สถานะของแรงงานไรเดอร์เป็นลูกจ้าง เรียกว่า “ลูกจ้างของบริษัทแพลตฟอร์ม” ทำให้แรงงานไรเดอร์ได้รับความคุ้มครองในด้านสิทธิและสวัสดิการพื้นฐานต่าง ๆ⁵ กล่าวได้ว่ากฎหมายของประเทศสเปนฉบับนี้ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิโดยสอดคล้องกับสภาพการทำงานของแรงงานไรเดอร์ในด้านต่าง ๆ เช่น อัตราค่าจ้างหรืออัตราค่าตอบแทนที่แน่นอน การแก้ไขกฎหมายให้ครอบคลุมถึงเรื่องที่รัฐสามารถตรวจสอบระบบอัลกอริทึมของบริษัทแพลตฟอร์มได้ซึ่งส่งผลกระทบต่อสภาพการทำงานของแรงงานไรเดอร์โดยตรง การจัดให้มีประกันภัยให้แก่แรงงานไรเดอร์ทุกคนเนื่องจากลักษณะการทำงานของแรงงานไรเดอร์ที่ต้องเสี่ยงอันตรายบนท้องถนนตลอดเวลา รวมถึงกำหนดให้บริษัทแพลตฟอร์มเป็นผู้ต้องจัดหาอุปกรณ์การทำงานให้แก่แรงงานไรเดอร์อีกด้วย นอกจากนี้ประเทศอังกฤษได้ให้การคุ้มครองสิทธิของแรงงานไรเดอร์ตามกฎหมายจารีตประเพณีโดยคำตัดสินของศาลสูง ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ในคดี Uber BV and others v. Aslam and others (UKSC 5, 2021)⁶ ของคนขับอุเบอร์ ศาลสูงได้มีการวางหลักให้คนขับอุเบอร์ มีสถานะเป็นพนักงานโดยพิจารณาจากลักษณะการทำงานและข้อตกลงระหว่างบริษัทอุเบอร์กับคนขับอุเบอร์⁷ และมีการกำหนดค่าแรงขั้นต่ำ รวมถึงกำหนดให้คนขับอุเบอร์ได้รับประกันอุบัติเหตุและการเยียวยาต่าง ๆ เช่นกัน

สำหรับการคุ้มครองแรงงานไรเดอร์ในประเทศไทยยังไม่มี ความชัดเจนว่าได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือไม่ และจะนำพระราชบัญญัตินี้มาใช้สำหรับการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิการของแรงงานไรเดอร์ได้อย่างเหมาะสมหรือไม่ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองแรงงานในภาคอุตสาหกรรมและบริการ ที่มีลักษณะทำงานกับนายจ้างเป็นราย ๆ ไป และมีสถานที่และเวลาทำงานที่แน่นอน ซึ่งกฎหมายได้ให้การคุ้มครองด้านการใช้แรงงาน และสวัสดิภาพและสวัสดิการตามมาตรฐานขั้นต่ำของอนุสัญญาการคุ้มครองแรงงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International

³ ประชาไทย, ‘งานวิจัย ‘ไรเดอร์-ฮีโร่-ไซเบอร์’: การเข้าสู่อาชีพและการทำงานของคนส่งอาหารผ่านแพลตฟอร์ม’ (ประชาไทย, 24 กันยายน 2565) <<https://prachatai.com/journal/2022/09/100669>> สืบค้นวันที่ 21 กันยายน 2567.

⁴ Presidency of the Council of Ministers, ‘Decree Law No.9/2021’ (Diario da Republica) <<https://diario.darepublica.pt/dr/en/detail/decree-law/9-2021-155732595>> accessed 17 December 2024.

⁵ Way, ‘ออกจากวังวนนิติศาสตร์แบบไทย ๆ ประเทศอื่นทำอย่างไรกับความคลุมเครือของแพลตฟอร์มและคนงาน’ (Way, 16 ธันวาคม 2564) <<https://waymagazine.org/rider-law/>> สืบค้นวันที่ 21 มิถุนายน 2566.

⁶ Uber BV and others v. Aslam and others (UKSC 5, 2021).

⁷ ลักษณะการทำงานของคนขับอุเบอร์ในประเทศอังกฤษ คือบริษัทมีอำนาจเหนือคนขับรถ ในการกำหนดค่าตอบแทนและการทำงานในขั้นตอนต่างๆ ซึ่งมีลักษณะเดียวกันกับแรงงานไรเดอร์ในประเทศไทย

Labour Organization: ILO) ขณะที่แรงงานไรเตอร์มีลักษณะการจ้างงานและการทำงานแตกต่างจากแรงงานทั่วไป จึงส่งผลให้การคุ้มครองแรงงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ไม่สอดคล้องกับสภาพของแรงงานไรเตอร์ที่เป็นแรงงานรูปแบบใหม่

ผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิการแรงงานไรเตอร์เป็นปัญหาสำคัญในสังคมไทยในปัจจุบัน ฉะนั้น ในการศึกษาค้นคว้าอิสระนี้จึงจะศึกษาว่าควรจัดสิทธิและสวัสดิการให้แก่แรงงานไรเตอร์อย่างไร โดยจะศึกษาเฉพาะสถานะทางกฎหมาย ค่าตอบแทน มาตรการการมอบหมายงาน การประกันภัยและการจัดให้มีอุปกรณ์ในการทำงาน เพื่อประโยชน์ในทางวิชาการและหาข้อเสนอแนะทางพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องในอนาคตต่อไป

2. แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

2.1 ทฤษฎีแรงงาน

หลักการควบคุม (Principle of Control)⁸ เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายคุ้มครองแรงงานเพราะเป็นที่มาของหลักการกำหนดวิธีการและเทคนิคต่าง ๆ ที่ผู้จัดการหรือผู้บริหารใช้ในการควบคุมและติดตามกิจกรรมทางธุรกิจต่าง ๆ ซึ่งช่วยให้องค์กรเติบโต ซึ่งหลักการเหล่านี้ยังช่วยปกป้องและคุ้มครององค์กร ทรัพย์สิน หนี้สิน หรือทรัพยากรอีกด้วย ซึ่งหลักการควบคุมได้มีอยู่หลายหลักการด้วยกัน โดยผู้เขียนได้นำเพียงบางหลักการมาปรับใช้ในการศึกษา ได้แก่

2.1.1 หลักการแห่งความรับผิดชอบ (Principle of Responsibility) นอกจากหลักการควบคุมแล้ว ความรับผิดชอบคือหน้าที่พื้นฐานที่พนักงานทุกคนในองค์กรควรมีตั้งแต่ระดับล่างไปจนระดับสูง เพื่อให้องค์กรเติบโตอย่างราบรื่นและปลอดภัยและยังสร้างชื่อเสียงให้กับองค์กรอีกด้วย

2.1.2 หลักการควบคุมทิศทางในอนาคต (Principle of Future-directed Control) คือหลักการป้องกันข้อมูลหรือเรียกกันโดยทั่วไปว่าพิตแบ็ก ซึ่งเป็นการวางแผนและควบคุมการปฏิบัติงานร่วมกับพนักงานระดับล่าง โดยพนักงานระดับสูงจะคาดการณ์และติดตามกิจกรรมที่เกิดขึ้นในบริษัทและรับผิดชอบต่อกิจกรรมทั้งหมดที่ต้องดำเนินไปอย่างราบรื่นโดยไม่มีการรบกวนใด ๆ

2.1.3 หลักการมาตรฐาน (Principle of the Standard) องค์กรทุกแห่งมีชุดมาตรฐานที่ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมาตรฐานเหล่านี้ควรมีประสิทธิภาพและมีคุณภาพ เช่น ความตรงต่อเวลา การมอบหมายงาน การรายงานต่อบุคลากรที่จำเป็น เป็นต้น โดยมาตรฐานของผู้บังคับบัญชาทั้งหมดเหล่านี้ควรโปร่งใสและเฉพาะเจาะจงกับองค์กรของตน

2.2 ทฤษฎีการคุ้มครองสวัสดิการแรงงาน

ทฤษฎีการคุ้มครองสวัสดิการแก่แรงงาน นำเสนอโดย M. V. Moorthy ซึ่งได้ให้ข้อสรุปด้านการคุ้มครอง

⁸ Ridhi Sikri, 'Principle of Control' (Vedanta) <<https://www.vedantu.com/commerce/principles-of-control#>> accessed 4 October 2024.

สวัสดิการแรงงาน⁹ ได้นำเสนอไว้หลายแนวคิดด้วยกันซึ่งผู้เขียนได้นำเพียงบางหลักการมาปรับใช้ในการศึกษาได้แก่

2.2.1 สวัสดิการแรงงานเป็นเรื่องของการบังคับควบคุม (The Policing Theory of Labour Welfare) ซึ่งทฤษฎีนี้มีแนวความคิดที่เชื่อว่าคนรวยมักจะเอาเปรียบคนจน เปรียบเสมือนกับนายจ้างที่เอาเปรียบลูกจ้างด้วยวิธีต่าง ๆ อันทำให้ลูกจ้างหมดกำลังใจ โดยความเชื่อดังกล่าวเป็นมูลเหตุให้มีการออกกฎหมายข้อบังคับการใช้แรงงานให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในสังคม เพื่อป้องกันการกดขี่ลูกจ้างจากนายจ้างและการที่จะให้กฎหมายบังคับใช้ได้ผลดีโดยให้มีการตรวจตราจากเจ้าหน้าที่อย่างใกล้ชิดและเคร่งครัด

2.2.2 สวัสดิการแรงงานเป็นเรื่องของการป้องกันการเรียกร้อง (The Placating Theory of Labour Welfare) ทฤษฎีนี้เชื่อว่าลูกจ้างมีความสำนึกในสิทธิและผลประโยชน์ของตนและสามารถรวมกลุ่มเมื่อถึงเวลาหนึ่งที่ลูกจ้างจะรวมตัวกันเพื่อเรียกร้องค่าจ้างที่สูงขึ้นและเรียกร้องสวัสดิการแรงงานที่ดีกว่าเดิม ซึ่งความเชื่อดังกล่าวแสดงว่าการจัดสวัสดิการแรงงานเช่นนี้ขึ้นอยู่กับความกลัวของนายจ้าง ในการกลัวว่าลูกจ้างจะประท้วงหรือก่อเรื่อง จึงจัดให้มีสวัสดิการเพื่อเป็นการปิดปาก แต่หากนายจ้างไม่มีความเกรงกลัวลูกจ้างก็อาจจะถูกละเลยได้ โดยทฤษฎีนี้ไม่ได้เป็นการบังคับให้มีกฎหมายให้จัดสวัสดิการแรงงานโดยตรง แต่เป็นการสนับสนุนโดยอ้อมเพราะหากนายจ้างทุกคนปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ก็จะเป็นการป้องกันหรือลดการเรียกร้องได้ทางหนึ่ง

2.2.3 สวัสดิการแรงงานเป็นเรื่องของความเหมาะสมในทางปฏิบัติ (The Functional Theory of Labour Welfare) ทฤษฎีนี้เชื่อว่าการจัดสวัสดิการแรงงานให้แก่ลูกจ้างจะเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน เพราะการทำงานในสภาพแวดล้อมที่ดีหรือมีสิ่งจูงใจที่ดีนั้นจะทำให้ลูกจ้างทำงานด้วยความเต็มใจ เปรียบเสมือนเครื่องจักรที่ได้รับการดูแลบำรุงรักษาอย่างดี ทำให้การทำงานย่อมได้ผลผลิตที่ดีตามมา ดังนั้นลูกจ้างที่ได้รับการเอาใจใส่ดูแลด้านสวัสดิการแรงงานอย่างดีจากฝ่ายนายจ้าง จะนำไปสู่ประสิทธิภาพการทำงานที่เพิ่มขึ้น ซึ่งผลประโยชน์สุดท้ายก็จะตกอยู่กับนายจ้าง ลูกจ้างและชุมชนของอุตสาหกรรมนั่นเอง

3. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

3.1 กฎหมายที่ใช้บังคับแก่การคุ้มครองแรงงานไรเดอร์ในประเทศไทย

3.1.1 กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงาน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 6 ในหมวดการจ้างแรงงาน ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 575 ถึงมาตรา 586 เกี่ยวกับลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน สิทธิและหน้าที่ของนายจ้างลูกจ้างตามสัญญา รวมถึงการสิ้นสุดของสัญญาจ้างแรงงาน

3.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิการแรงงาน

กฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 คือ กฎหมายที่บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง โดยได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างแรงงาน กำหนดวันเวลาทำงานปกติ วันหยุด วันลา ค่าชดเชย อัตราค่าจ้างขั้นต่ำ การจัดสถานที่และอุปกรณ์ในการทำงาน เพื่อให้ผู้ทำงานมีสุขภาพอนามัยที่ดีและมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและได้ค่าตอบแทนตามสมควร

⁹ บริษัท เอ็กเซลเลนซ์ บิสเนส แมเนจเม้นท์ จำกัด, *โครงการศึกษาวิจัยเรื่อง รูปแบบและแนวทางการส่งเสริมการจัดสวัสดิการแรงงานสำหรับแรงงานในงานเกษตรกรรม* (กองสวัสดิการแรงงาน กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, 2552) 2.

3.1.3 กฎหมายแรงงานสัมพันธ์

พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เป็นกฎหมายที่กำหนดแนวทางปฏิบัติต่อกันระหว่างบุคคลสองฝ่าย คือ นายจ้างและลูกจ้าง เพื่อให้บุคคลทั้งสองฝ่ายได้มีความเข้าใจอันดีต่อกัน สามารถตกลงในเรื่องสิทธิหน้าที่และผลประโยชน์ในการทำงานร่วมกันได้ รวมทั้งกำหนดวิธีการระงับข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทแรงงานที่เกิดขึ้นให้ยุติลงโดยรวดเร็ว เพื่อให้เกิดความสงบสุขในสถานประกอบกิจการ ซึ่งจะส่งผลถึงเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศ¹⁰

3.2 สถานะทางกฎหมายของแรงงานไรเดอร์

3.2.1 ประเทศไทย

ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2540 ได้นิยามคำว่า ลูกจ้างหมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ทั้งนี้ บริษัทแพลตฟอร์มกำหนดให้แรงงานไรเดอร์มีสถานะเป็นหุ้นส่วน ไม่ได้มีสถานะเป็นลูกจ้างของบริษัทแพลตฟอร์ม แต่ลักษณะการทำงานของแรงงานไรเดอร์ในการต้องทำตามระเบียบข้อบังคับของบริษัทแพลตฟอร์มอย่างเคร่งครัดและมีบทลงโทษนั้น เข้าลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานที่มิใช่นายจ้างเป็นผู้บังคับบัญชา แต่เมื่อบริษัทแพลตฟอร์มไม่ได้ให้สถานะว่าแรงงานไรเดอร์เป็นลูกจ้างและลักษณะการทำงานของแรงงานไรเดอร์มีความแตกต่างจากแรงงานทั่วไป จึงทำให้แรงงานไรเดอร์ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน ส่งผลให้แรงงานไรเดอร์ไม่ได้รับการคุ้มครองทางด้านสิทธิหรือสวัสดิการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดอย่างเช่นแรงงานทั่วไป

3.2.2 ประเทศสเปน

ประเทศสเปนมีการตรากฎหมายคือ Royal Decree 9/2021 หรือที่เรียกว่ากฎหมายไรเดอร์ ซึ่ง Royal Decree 9/2021 เป็นพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ในระบอบกฎหมายของประเทศสเปน โดยในมาตรา 2 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแรงงาน Workers' Statute มาตรา 23 ที่แก้ไขใหม่โดยกำหนดว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 8.1 กิจกรรมของบุคคลซึ่งจัดทำบริการที่ได้รับค่าตอบแทนเกี่ยวกับการขนส่งหรือกระจายสินค้าเพื่อการบริโภคหรือเพื่อการค้า โดยนายจ้างซึ่งใช้อำนาจในการบริหารจัดการธุรกิจ การจัดการ และอำนาจควบคุมบังคับบัญชาทั้งโดยตรง โดยอ้อม และโดยปริยายโดยวิธีการใช้อัลกอริทึมในการจัดการบริการหรือเงื่อนไขในการทำงานผ่านทางแพลตฟอร์มดิจิทัล ได้รับการสันนิษฐานว่าอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้” ซึ่งกฎหมายนี้เป็นการให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าแรงงานไรเดอร์เป็นลูกจ้างของบริษัทแพลตฟอร์มโดยได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน

3.2.3 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้มีแนวคำตัดสินของศาลสูง (House of Lords) EWCA CIV 2748 ซึ่งเป็นคดีระหว่างนายพาร์ราห์และนายอัสลามกับ Uber BV¹¹ โดยศาลสูงได้มีความเห็นว่าการจะตัดสินว่าคนงานถือเป็นผู้ลูกจ้างหรือไม่นั้น ไม่ได้ดูจากสัญญาเพียงอย่างเดียวแต่ต้องดูถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแรงงานว่าต้องการ

¹⁰ HR Management, ‘พ.ร.บ.คุ้มครองแรงงานฉบับใหม่’ เพิ่มสิทธิประโยชน์อะไรให้แก่ลูกจ้างบ้าง’ (HRNote.asia, 15 พฤษภาคม 2562) <<https://th.hrnote.asia/personnel-management/190515-newlaborprotection/>> สืบค้นวันที่ 2 สิงหาคม 2566.

¹¹ Uber BV and others v. Aslam and others (UKSC 5, 2021).

คุ้มครองแรงงานที่ไม่มีสิทธิมีเสียงและเสียงต่อการถูกเอาเปรียบหรือไม่ ซึ่งในคดีนี้ศาลสูงตัดสินว่าคนขับอูเบอร์นับว่ามีสถานะเป็นพนักงาน ซึ่งอูเบอร์ยอมรับคำตัดสินและส่งผลให้มีสวัสดิการแก่คนขับอูเบอร์

3.3 การคุ้มครองสิทธิแรงงานไรเดอร์ในด้านค่าตอบแทน

3.3.1 ประเทศไทย

ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายใดกำหนดคุ้มครองถึงค่าตอบแทนของแรงงานไรเดอร์ โดยค่าตอบแทนของแรงงานไรเดอร์ในปัจจุบันนี้ บริษัทแพลตฟอร์มเป็นผู้กำหนดอัตราค่าตอบแทนที่จะจ่ายให้แก่แรงงานไรเดอร์ตามแต่ละรอบ จากการอ้างอิงค่าตอบแทนแรงงานไรเดอร์ของบริษัทแพลตฟอร์ม Line Man แรงงานไรเดอร์จะได้รับค่าตอบแทนประมาณ 30-43 บาท ค่าโบนัสตามช่วงเวลาประมาณ 7-10 บาท ค่างานพ่วงประมาณ 15-17 บาท¹² ทั้งนี้ค่าตอบแทนแต่ละรอบของแรงงานไรเดอร์จะไม่เท่ากันโดยขึ้นอยู่กับพื้นที่และช่วงเวลานั้น ๆ

3.3.2 ประเทศสเปน

ได้กำหนดให้แรงงานไรเดอร์มีสถานะเป็นลูกจ้างของบริษัทแพลตฟอร์มโดยได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนจากบริษัทแพลตฟอร์ม ไม่ใช่เป็นรายรอบ โดยได้มีข้อตกลงที่บริษัทแพลตฟอร์ม Just Eat Spain และสหภาพแรงงาน CCOO (Trade Union Confederation of Workers' Commissions) และ UGT (Union General de Trabajadoras) (General Union of Workers) ได้ลงนามใน Acta de Acuerdo (Memorandum of Understanding) ซึ่งข้อตกลงนี้อ้างอิงถึงกฎหมายไรเดอร์ในการคุ้มครองแรงงานของ Just Eat Spain ที่มีมากกว่าสองพันคน โดยได้ระบุถึงเงินเดือนพื้นฐานของแรงงานไรเดอร์อยู่ที่ 15,232 ยูโรต่อปีหรือเทียบเท่ากับ 1,269 ยูโรต่อเดือนสำหรับปี 2022 ซึ่งจะมีเงินเพิ่มเติมจากเงินเดือนคือเงินพิเศษอื่น ๆ เช่น การทำงานล่วงเวลา การทำงานในวันหยุด เป็นต้น

3.3.3 ประเทศอังกฤษ

ในกรณีของคนขับอูเบอร์ในประเทศอังกฤษ ได้มีการกำหนดค่าแรงขั้นต่ำให้แก่คนขับที่อายุเกิน 25 ปี โดยอยู่ที่ชั่วโมงละ 8.7 ปอนด์หรือเป็นเงินไทยประมาณชั่วโมงละ 365 บาท โดยเริ่มนับเวลาที่ทำงานตั้งแต่เวลาที่รับแอปจนกระทั่งส่งผู้โดยสารเสร็จ ไม่รวมเวลาที่รอแอปเรียก รวมถึงคนขับทุกคนจะได้รับการจ่ายเงินวันหยุดชดเชย โดยคิดเป็นร้อยละ 12 ของรายได้จากอูเบอร์ โดยจ่ายทุก ๆ 2 สัปดาห์¹³

3.4 การคุ้มครองสิทธิในด้านมาตรการมอบหมายงาน

3.4.1 ประเทศไทย

ระบบอัลกอริทึมของบริษัทแพลตฟอร์มนั้นเป็นเสมือนหัวใจหลักในการทำงานของแรงงานไรเดอร์ เนื่องจากเป็นตัวควบคุมการทำงาน การกระจายงาน การให้คะแนน รวมไปถึงการลงโทษแรงงานไรเดอร์

¹² บริษัท ไร่ใจประกันภัย จำกัด (มหาชน), 'เปิด! รายได้ไรเดอร์ส่งอาหาร เจ้าไหนจ่ายหนัก อัปเดต 2567' (บริษัท ไร่ใจประกันภัย จำกัด (มหาชน), 17 กันยายน 2567) <<https://www.roojai.com/article/lifestyle/top-income-of-food-delivery-riders/>> สืบค้นวันที่ 17 ธันวาคม 2567.

¹³ Matchon Online, 'ชัยชนะของคนขับอูเบอร์ในอังกฤษ' (Matchon Online, 2 เมษายน 2564) <https://www.matichon.co.th/columnists/news_2653967> สืบค้นวันที่ 10 ตุลาคม 2566.

ซึ่งระบบอัลกอริทึมนี้ถือเป็นระบบที่เกิดขึ้นมาใหม่จากการทำงานในยุคดั้งเดิม ซึ่งในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดควบคุมในเรื่องนี้¹⁴

3.4.2 ประเทศสเปน

มาตรา 64.4 พระราชบัญญัติแรงงาน (Workers' Statute Law) ได้มีการแก้ไขมาตรานี้โดยเพิ่มย่อหน้าใหม่ คือ “d) สภาการทำงานของบริษัทใด ๆ จะต้องต้องมีสิทธิในการได้รับแจ้งจากบริษัทเกี่ยวกับพารามิเตอร์ กฎเกณฑ์และคำแนะนำเกี่ยวกับอัลกอริทึมหรือระบบปัญญาประดิษฐ์ใดที่ส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจที่อาจมีผลกระทบต่อสภาพการทำงาน การเข้าถึงและการคงไว้ซึ่งการจ้างงาน รวมถึงการจัดทำโปรไฟล์”

กฎหมายในมาตรานี้เป็นการบังคับให้แพลตฟอร์มมีความโปร่งใสในการมอบหมายงานโดยเปิด “กล่องดำ” (Black Boxes) แบบระบบอัลกอริทึมของตนโดยใช้บังคับกับแพลตฟอร์มทุกประเภท ไม่จำกัดเฉพาะแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ใช้งานในภาคการจัดส่งเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งแพลตฟอร์มดิจิทัลถูกบังคับให้แจ้งต่อสภาการทำงานเพื่อให้ทราบเกี่ยวกับการทำงานภายในของระบบอัลกอริทึมที่ก่อให้เกิดการตัดสินใจอัตโนมัติที่ส่งผลกระทบต่อสภาพการทำงานและการมอบหมายงาน

3.4.2 ประเทศอังกฤษ

ไม่ได้กล่าวถึงการคุ้มครองในการมอบหมายงานแก่คนขับอุเบอร์โดยผ่านระบบอัลกอริทึม

3.5 การคุ้มครองสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ในด้านการประกันภัย

3.5.1 ประเทศไทย

แรงงานไรเดอร์ไทยในปัจจุบันนี้ไม่ได้รับการคุ้มครองในด้านประกันอุบัติเหตุหรือประกันสุขภาพอย่างเป็นทางการขั้นพื้นฐาน โดยแรงงานไรเดอร์จะได้รับประกันอุบัติเหตุต่อเมื่อต้องทำงานให้เข้าตามเงื่อนไขที่บริษัทแพลตฟอร์มกำหนด

3.5.2 ประเทศสเปน

แรงงานไรเดอร์ในประเทศสเปนจะได้รับสวัสดิการขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การมีสุขภาพแรงงาน การได้รับประกันสุขภาพ ประกันอุบัติเหตุ ได้รับเงินชดเชยรายได้เมื่อประสบอุบัติเหตุ และได้รับประกันสิทธิแรงงานของไรเดอร์ในยุโรปอีกด้วย¹⁵

3.5.3 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษการตัดสินใจของศาลมีลักษณะเป็นรายกรณี เมื่อศาลสูงในประเทศอังกฤษได้มีการตัดสินให้สถานะของคนขับอุเบอร์มีสถานะเป็นพนักงานแล้ว ทำให้คนขับอุเบอร์ได้รับสิทธิสวัสดิการในด้านประกันภัยและการเยียวยาต่าง ๆ ซึ่งคนขับอุเบอร์ทุกคนจะได้เข้าโครงการบำนาญโดยอัตโนมัติ โดยเงินสมทบ

¹⁴ ประชาไทย, ‘เมื่อโรงงานคือท้องถนน (6) : เจ้านายหน้าใหม่ที่ชื่อ “อัลกอริทึม”’ (ประชาไทย, 17 ตุลาคม 2565) <<https://prachatai.com/journal/2022/10/101005>> สืบค้นวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2568.

¹⁵ Rocket Media Lab, ‘#สภาพไรเดอร์ทั่วโลก’ (Rocket Media Lab, 8 ตุลาคม 2564) <<https://rocketmedialab.co/world-rider/#:~:text=ในส่วนของประเทศไทยนั้น,พยาบาลกับสถานพยาบาล%20และ>> สืบค้นวันที่ 18 กันยายน 2566.

จากอูเบอร์กับคนขับเอง อีกทั้ง อูเบอร์จะทำประกันสุขภาพและประกันอุบัติเหตุ รวมทั้งกรณีสงเคราะห์บุตรเช่นกัน¹⁶

3.6 การคุ้มครองสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ในด้านอุปกรณ์การทำงาน

3.6.1 ประเทศไทย

แรงงานไรเดอร์ไทยในปัจจุบันนี้ไม่ได้รับการคุ้มครองในด้านอุปกรณ์การทำงานอย่างเป็นสวัสดิการขั้นพื้นฐาน ทำให้บริษัทแพลตฟอร์มไม่มีหน้าที่ต้องจัดหาอุปกรณ์การทำงานให้แก่แรงงานไรเดอร์แต่อย่างใดก็ตาม หากแรงงานไรเดอร์สามารถทำงานเข้าตามเงื่อนไขที่บริษัทกำหนด ก็สามารถมีสิทธิได้รับสวัสดิการบางอย่างจากบริษัทแพลตฟอร์มได้ เช่น ส่วนลดค่าน้ำมัน เป็นต้น

3.6.2 ประเทศสเปน

ข้อ 52¹⁷ ของข้อตกลง Acta de Acuerdo (Memorandum of Understanding) ได้มีการรับประกันว่าบริษัทแพลตฟอร์มจะเป็นผู้จัดหาโทรศัพท์มือถือ กระเป๋าเป้หรือกล่องให้แก่แรงงานเสมอ และที่ศูนย์ปฏิบัติการจะรวบรวมอุปกรณ์การทำงาน รวมถึงยานพาหนะ กระเป๋าเป้สะพายหลังและต้องจัดให้มีห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าและห้องน้ำ อีกทั้ง ข้อตกลงดังกล่าวจะรวมถึงการฝึกอบรมด้านสุขภาพและความปลอดภัยถือเป็นข้อบังคับและจะต้องนับเป็นชั่วโมงการทำงานด้วย ทั้งนี้ บริษัทแพลตฟอร์มจะต้องแน่ใจว่าบุคลากรทุกคนไม่ว่าจะทำงานประเภทใดหรือเป็นระยะเวลาานานเท่าใด ควรจะได้รับการฝึกอบรมเชิงทฤษฎีและปฏิบัติที่เหมาะสมและเพียงพอและสำหรับพนักงานส่งของ การฝึกอบรมควรจะต้องครอบคลุมถึงความปลอดภัยบนท้องถนนและโดยเฉพาะอย่างยิ่งการประเมินความเสี่ยงเกี่ยวกับการยกของ¹⁸

3.6.3 ประเทศอังกฤษ

ไม่ได้กล่าวถึงการคุ้มครองในด้านอุปกรณ์การทำงานของคนขับอูเบอร์

4. วิเคราะห์ปัญหา

4.1 ปัญหาสถานะทางกฎหมายของแรงงานไรเดอร์

ในประเทศไทยแรงงานไรเดอร์ไม่ได้มีสถานะเป็นลูกจ้างของบริษัทแพลตฟอร์ม เนื่องจากบริษัทแพลตฟอร์มกำหนดให้แรงงานไรเดอร์ที่ลงทะเบียนทำงานกับบริษัทแพลตฟอร์มนั้น มีสถานะเป็นหุ้นส่วนของบริษัท ส่งผลให้แรงงานไรเดอร์ไม่มีสถานะเป็นลูกจ้างตามที่กฎหมายแรงงานคุ้มครองอยู่ในปัจจุบันและทำให้แรงงานไรเดอร์เหล่านี้ไม่ได้รับสวัสดิการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม จากคำนิยามของคำว่าลูกจ้าง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 นั้น ได้กำหนดให้หมายความว่า ลูกจ้างคือผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าตอบแทนไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร ดังนั้น แม้บริษัทแพลตฟอร์มจะได้ให้สถานะของแรงงานไรเดอร์ว่าเป็นพาร์ทเนอร์หรือหุ้นส่วน แต่เมื่อพิจารณาจากอำนาจบังคับบัญชาของบริษัทแพลตฟอร์มที่มีต่อแรงงานไรเดอร์และลักษณะการทำงานของแรงงานไรเดอร์แล้วเห็นว่าแรงงานไรเดอร์มีลักษณะ

¹⁶ Matichon Online (เชิงอรรถ 12).

¹⁷ Acta de Acuerdo, Artículo 52.

¹⁸ The Global Deal, 'The impact of Spain's "Riders' Law"' (The Global Deal) <<https://www.theglobaldeal.com/good-practices/riders-law-spain/>> accessed 15 September 2024.

การทำงานเหมือนลูกจ้างตามกฎหมายทั่วไป จึงควรกำหนดให้แรงงานไรเดอร์มีสถานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายของบริษัทแพลตฟอร์มเช่นกัน

โดยในประเทศสเปนและตามคำตัดสินของศาลสูงในคดีคนขับอุเบอร์¹⁹ ในประเทศอังกฤษนั้น ประเทศสเปนได้มี Royal Decree 9/2021²⁰ หรือกฎหมายไรเดอร์ โดยได้มีการกำหนดให้มีการสันนิษฐานไว้ก่อนว่า หากเป็นการทำงานที่ผู้ให้บริการในการส่งมอบหรือจำหน่ายผลิตภัณฑ์ใดให้กับนายจ้างที่ควบคุมผ่านระบบระบบอัลกอริทึมที่นั่นถือเป็นการจ้างงานและได้มีการกำหนดสถานะให้แรงงานไรเดอร์เป็นลูกจ้างที่ได้รับเงินเดือนจากบริษัทแพลตฟอร์ม เช่นเดียวกับกับในคดีคนขับอุเบอร์ที่ได้พิจารณาสถานะของคนขับอุเบอร์จากลักษณะสภาพการทำงานและอำนาจการควบคุมของบริษัทแพลตฟอร์ม ซึ่งศาลฎีกาประเทศอังกฤษได้กำหนดให้คนขับอุเบอร์มีสถานะเป็นลูกจ้างของบริษัทเช่นกัน

การที่แรงงานไรเดอร์ในประเทศไทยไม่ได้มีสถานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายของบริษัทแพลตฟอร์มนั้น นอกจากจะส่งผลให้แรงงานไรเดอร์ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานแล้ว ยังส่งผลต่อแรงงานไรเดอร์ในเรื่องความรับผิดชอบเกิดความเสียหายอย่างใดขึ้น บริษัทแพลตฟอร์มไม่ได้เป็นผู้ร่วมรับผิดชอบแรงงานไรเดอร์เนื่องจากไม่ได้มีสถานะเป็นนายจ้าง ซึ่งทำให้แรงงานไรเดอร์จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบด้วยตนเอง ซึ่งในบางกรณีแรงงานไรเดอร์ไม่ได้มีกำลังทรัพย์เพียงพอในการจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใด ๆ

4.2 ปัญหาการให้ความคุ้มครองสิทธิแรงงานไรเดอร์ในด้านค่าตอบแทน

อัตราค่าตอบแทนของแรงงานไรเดอร์ไทยในปัจจุบันนี้ขึ้นอยู่กับที่บริษัทแพลตฟอร์มแต่ละแห่งกำหนด และมีอัตราค่าตอบแทนที่แตกต่างกัน โดยแรงงานไรเดอร์ไม่ได้รับการควบคุมทางกฎหมายให้มีการกำหนดอัตราขั้นต่ำหรืออัตราที่เป็นราคากลางแต่อย่างใด ซึ่งการที่ไม่มีกฎหมายเข้ามาควบคุม เป็นการเพิ่มอำนาจบริษัทแพลตฟอร์มในการกำหนดค่าตอบแทนเป็นรายรอบในอัตราที่จะสามารถกำกับหรือควบคุมการทำงานของแรงงานไรเดอร์ได้มากขึ้น เนื่องจากแรงงานไรเดอร์ต้องทำรอบในการวิ่งงานให้มากขึ้นเพื่อให้มีรายได้เพียงพอต่อวัน ซึ่งแรงงานไรเดอร์ใช้เวลาทำงานเฉลี่ยประมาณ 14-16 ชั่วโมงต่อวัน โดยถือว่าการใช้เวลาในการทำงานที่นานมากกว่าแรงงานทั่วไปตามที่กฎหมายคุ้มครองซึ่งอยู่ที่ประมาณ 8 ชั่วโมงต่อวันและแรงงานทั่วไปนั้นได้รับค่าตอบแทนเป็นรายเดือนและมีกฎหมายคุ้มครองรายได้ขั้นต่ำที่นายจ้างต้องปฏิบัติตามซึ่งไม่สามารถจ่ายค่าตอบแทนน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ อีกทั้ง ช่วงเวลาที่แรงงานไรเดอร์รอรับอาหารจากร้านค้านั้น บางครั้งร้านอาหารนั้นเป็นร้านดังหรือร้านทำอาหารนาน แรงงานไรเดอร์ก็ไม่ได้รับค่าตอบแทนเช่นกัน ทำให้เกิดผลเสียคือแรงงานไรเดอร์ต้องเร่งรีบในการขับรถส่งอาหารเพื่อทำรอบให้ได้มากขึ้นทดแทนเวลาที่เสียไปในการรอรับอาหารในแต่ละคำสั่งซื้อ โดยอาจก่อให้เกิดอันตรายหรืออุบัติเหตุบนท้องถนนขึ้นได้ ซึ่งแรงงานไรเดอร์ส่วนใหญ่ทำอาชีพไรเดอร์เป็นอาชีพหลัก²¹

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าประเทศสเปนได้มีการกำหนดให้แรงงานไรเดอร์มีสถานะเป็นลูกจ้างของบริษัทแพลตฟอร์มซึ่งได้รับค่าตอบแทนเป็นรายเดือนโดยได้ระบุเงินเดือนพื้นฐานของแรงงานไรเดอร์ประมาณ 1,269 ยูโรต่อเดือน และมีเงินเพิ่มพิเศษสำหรับการทำงานในวันหยุดหรือทำงานล่วงเวลาให้แก่

¹⁹ Uber BV and others v. Aslam and others (UKSC 5, 2021).

²⁰ Presidency of the Council of Ministers (n 8).

²¹ The Matter, 'ไม่ผู้วันนี้จะอยู่อย่างทาส อธิบายปัญหาไรเดอร์ไทย เมื่อพาร์ทเนอร์ไม่ถูกนับเป็นแรงงาน' (The Matter, 4 พฤศจิกายน 2565) <<https://thematter.co/brief/190049/190049>> สืบค้นวันที่ 10 กรกฎาคม 2566.

แรงงานไรเดอร์ รวมไปถึงเงินเพิ่มพิเศษอื่น ๆ อีกด้วย²² ซึ่งการที่แรงงานไรเดอร์ได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนนั้นสามารถแก้ปัญหาในการที่แรงงานไรเดอร์ต้องรีบเร่งทำรอบส่งอาหารเนื่องจากเสียเวลาในการรอรับอาหารนานหรือต้องทำรอบต่อวันให้ได้จำนวนมากเพื่อจะได้มีรายได้ในวันนั้น ๆ ที่มากขึ้นและในในประเทศไทยอังกฤษนั้นไม่ได้กำหนดให้คนขับอูเบอร์ได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนเหมือนอย่างประเทศสเปน แต่ได้มีการกำหนดค่าแรงขั้นต่ำให้แก่คนขับอูเบอร์ โดยอยู่ที่ชั่วโมงละ 8.7 ปอนด์หรือประมาณชั่วโมงละ 365 บาท²³ ซึ่งการกำหนดค่าแรงขั้นต่ำให้แก่แรงงานไรเดอร์นั้น เป็นการคุ้มครองแรงงานไรเดอร์จากบริษัทแพลตฟอร์มในกรณีที่เป็นผู้กำหนดค่าตอบแทนให้แก่คนขับแต่เพียงผู้เดียว เพื่อให้ค่าตอบแทนที่ได้รับจากบริษัทแพลตฟอร์มนั้นไม่น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด

เมื่ออัตราค่าตอบแทนของแรงงานไรเดอร์ในประเทศไทยต้องขึ้นอยู่กับบริษัทแพลตฟอร์มเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่ได้รับการควบคุมหรือคุ้มครองในอัตราที่เป็นธรรมหรือกำหนดรายได้ขั้นต่ำจากภาครัฐ จึงส่งผลกระทบต่อการทำงานในการเพิ่มความเสี่ยงที่จะประสบอุบัติเหตุ และความเสี่ยงต่อสุขภาพร่างกายเนื่องจากการเร่งทำรอบเพื่อรายได้ที่เพิ่มขึ้น รวมไปถึงผลกระทบทางการเงินที่ไม่มีความมั่นคงเนื่องจากมีรายได้ที่ไม่แน่นอนอีกด้วย

4.3 ปัญหาการให้ความคุ้มครองสิทธิแรงงานไรเดอร์ในด้านมาตรการการมอบหมายงาน

การทำงานของแรงงานไรเดอร์นั้นมีระบบอัลกอริทึมเป็นตัวจัดเก็บข้อมูล ให้คะแนนในการทำงานมอบหมายงานซึ่งส่งผลกระทบต่อสภาพการทำงานของแรงงานไรเดอร์โดยตรง รวมถึงบริษัทแพลตฟอร์มสามารถตรวจตราและควบคุมแรงงานไรเดอร์ได้ตลอดเวลาผ่านระบบดังกล่าว ซึ่งระบบอัลกอริทึมทำให้บริษัทแพลตฟอร์มมีอำนาจในการควบคุมการทำงานของแรงงานไรเดอร์เป็นอย่างมาก เมื่อระบบอัลกอริทึมที่บริษัทแพลตฟอร์มนำมาใช้เป็นระบบใหม่ ประเทศไทยจึงยังไม่มีกฎหมายที่ควบคุมในเรื่องการนำระบบนี้มาใช้ รวมถึงการตรวจสอบความโปร่งใสของระบบอัลกอริทึมที่ส่งผลกระทบต่อสภาพการทำงานของแรงงานว่าใช้หลักเกณฑ์อะไร จึงเกิดเป็นช่องว่างทางกฎหมายในการที่บริษัทแพลตฟอร์มองอาจใช้ระบบอัลกอริทึมควบคุมและเอาเปรียบแรงงานไรเดอร์ได้โดยง่าย

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศพบว่าในเรื่องความโปร่งใสของระบบอัลกอริทึมนั้น ในประเทศสเปน ได้ให้ความสำคัญในเรื่องนี้เป็นอย่างมากเนื่องจากการตัดสินใจโดยระบบ AI อันมีผลต่อการทำงานของมนุษย์ โดยในการแก้ไขกฎหมายแรงงานในเรื่องดังกล่าวได้มีการกำหนดให้บริษัทแพลตฟอร์มทุกแห่งต้องมีการเปิดเผยข้อมูลการทำงานของระบบอัลกอริทึมให้แก่หน่วยงานของรัฐทราบ หรือที่เรียกว่าเป็นการเปิดกล่องดำ²⁴ โดยบทบัญญัตินี้ใช้บังคับกับแพลตฟอร์มดิจิทัลทุกประเภท ไม่เพียงแต่เฉพาะแพลตฟอร์มดิจิทัลในภาคการจัดส่งเท่านั้น ซึ่งบริษัทแพลตฟอร์มจะต้องแจ้งให้ทราบถึงการทำงานภายในของระบบอัลกอริทึมที่ก่อให้เกิดการตัดสินใจกึ่งอัตโนมัติที่ส่งผลกระทบต่อสภาพการทำงานของแรงงานไรเดอร์ เช่น การกระจายงาน อีกทั้งบริษัทแพลตฟอร์มจะต้องให้ข้อมูลและความรู้ความเข้าใจแก่แรงงานไรเดอร์เกี่ยวกับการทำงานของระบบอัลกอริทึมดังกล่าว เพื่อที่แรงงานไรเดอร์สามารถเข้าใจและสามารถตั้งคำถามต่อการทำงานของระบบดังกล่าวได้

²² The Global Deal (n 16).

²³ ธนาคารแห่งประเทศไทย, 'อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ' (ธนาคารแห่งประเทศไทย, 2 เมษายน 2564) <<https://www.bot.or.th/th/statistics/exchange-rate.html>> สืบค้นวันที่ 17 ธันวาคม 2567.

²⁴ The Workers' Statute, article 64.4 d), the works council will have the right to be informed by the company of the parameters, rules and instructions on which the algorithms or artificial intelligence systems are based that affect decision-making that may affect working conditions, access to and maintenance of employment, including profiling.

ปัญหาการมอบหมายงานของระบบอัลกอริทึมให้แก่แรงงานไรเตอร์ในประเทศไทยในปัจจุบัน มีผลกระทบต่อแรงงานไรเตอร์คือแรงงานไรเตอร์จะต้องรับงานที่ระบบอัลกอริทึมส่งมาให้ได้มากที่สุดและจะต้องรับงานพ่วงที่มีค่าตอบแทนน้อยกว่างานหลักเช่นกัน ซึ่งแรงงานไรเตอร์จะต้องทำตามข้อบังคับเนื่องจากหากปฏิเสธงานที่ระบบอัลกอริทึมส่งมาบ่อยครั้งเกินไปจะถูกเพิกถอนหรือไล่ออก รวมไปถึงแรงงานไรเตอร์ที่ทำเป็นอาชีพหลักมักจะเห็นงานที่ระบบอัลกอริทึมส่งมามากกว่าแรงงานไรเตอร์ที่ทำเป็นบางเวลา จึงเกิดเป็นปัญหาในการแจกจ่ายงานที่ไม่เป็นธรรมและไม่มีใครรู้ว่าระบบอัลกอริทึมของบริษัทแพลตฟอร์มใช้เกณฑ์อะไรในการกระจายงานให้แก่แรงงานไรเตอร์

4.4 ปัญหาการให้ความคุ้มครองสวัสดิการแรงงานไรเตอร์ในด้านการประกันภัย

ในแต่ละบริษัทแพลตฟอร์มนั้น มีข้อกำหนดในการจัดให้แรงงานไรเตอร์ได้รับประกันอุบัติเหตุที่แตกต่างกันออกไป เนื่องจากไม่ได้มีกฎหมายกำหนดบังคับให้บริษัทแพลตฟอร์มต้องจัดให้แรงงานไรเตอร์ได้รับประกันอุบัติเหตุเป็นสวัสดิการขั้นพื้นฐานเหมือนกันทุกบริษัท ซึ่งในบางบริษัทแพลตฟอร์มนั้นแรงงานไรเตอร์จะต้องทำงานให้เข้าตามเงื่อนไขที่บริษัทแพลตฟอร์มนำกำหนดก่อนจึงจะได้รับประกันอุบัติเหตุ แต่อย่างไรก็ตาม แรงงานไรเตอร์ควรได้รับการคุ้มครองทั้งประกันอุบัติเหตุและประกันสุขภาพเนื่องจากมีสภาพการทำงานที่มีความตรากตรำและมีความเสี่ยงทั้งด้านอุบัติเหตุและสุขภาพมากกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งประกันอุบัติเหตุและประกันสุขภาพนั้น เป็นประกันภัยภาคสมัครใจที่ผู้ประกอบการหรือนายจ้างจะจัดให้เป็นสวัสดิการแก่ลูกจ้างหรือไม่ก็ได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากบริษัทแพลตฟอร์มนั้นในประเทศไทยจัดให้มีทั้งประกันอุบัติเหตุและประกันสุขภาพนั้น จะเป็นการเพิ่มต้นทุนให้แก่ผู้ประกอบการหรือบริษัทแพลตฟอร์มนั้นสมควร แต่ทั้งนี้ ลักษณะการทำงานของแรงงานไรเตอร์ส่วนใหญ่มักจะประสบอุบัติเหตุจากการใช้ยานพาหนะในการทำงาน อย่างน้อยทุกบริษัทแพลตฟอร์มนั้นจะต้องจัดให้มีประกันอุบัติเหตุแก่แรงงานไรเตอร์อย่างเป็นขั้นพื้นฐานโดยบริษัทแพลตฟอร์มนั้นเป็นผู้เสียเบี้ยประกันให้แก่แรงงานไรเตอร์ทุกคนโดยไม่ต้องทำงานให้เข้าเงื่อนไขใดก่อน ซึ่งการที่แรงงานไรเตอร์ได้รับประกันอุบัติเหตุจะทำให้แรงงานไรเตอร์สามารถเข้าถึงการคุ้มครองทางสังคมได้มากยิ่งขึ้น

จากการศึกษากฎหมายของประเทศสเปนและประเทศอังกฤษนั้น ประเทศสเปนเมื่อได้มีการตรากฎหมาย Royal Decree 9/2021 หรือกฎหมายไรเตอร์ ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ได้มีการกำหนดให้แรงงานไรเตอร์มีสถานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมาย ส่งผลให้แรงงานไรเตอร์ทุกคนในประเทศสเปน จะได้รับสวัสดิการขั้นพื้นฐานต่าง ๆ จากรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการได้รับประกันอุบัติเหตุ ประกันสุขภาพ โดยแรงงานไม่จำเป็นจะต้องทำงานให้เข้าเงื่อนไขตามที่บริษัทแพลตฟอร์มนำกำหนด แรงงานไรเตอร์ก็จะได้รับสิทธิในประกันเหล่านี้โดยอัตโนมัติ อีกทั้ง แรงงานไรเตอร์จะได้รับเงินชดเชยรายได้เมื่อประสบอุบัติเหตุเช่นกัน และในประเทศอังกฤษก็มีการกำหนดให้แรงงานของแพลตฟอร์มนั้น มีสถานะเป็นลูกจ้างของแพลตฟอร์มนั้น โดยพิจารณาจากพฤติกรรมการทำงานและนิติสัมพันธ์ ระหว่างคนขับอุเบอร์กับบริษัทแพลตฟอร์มนั้นซึ่งทำให้คนขับอุเบอร์ในประเทศอังกฤษนั้นได้รับประกันสุขภาพและอุบัติเหตุ ซึ่งคุ้มครองรวมถึงกรณีสงเคราะห์บุตรและยังมีบ้านญาติให้แก่คนขับอุเบอร์อีกด้วย

การที่แรงงานไรเตอร์ในประเทศไทยที่ทำงานกับบริษัทแพลตฟอร์มนั้นไม่ได้จัดให้แรงงานไรเตอร์ทุกคนได้รับประกันอุบัติเหตุ ซึ่งจะได้รับต่อเมื่อทำรอบให้เข้าตามจำนวนเงื่อนไขที่บริษัทแพลตฟอร์มนั้น ๆ กำหนดย่อมส่งผลกระทบต่อแรงงานไรเตอร์อันเป็นการบีบบังคับให้แรงงานไรเตอร์เร่งจำนวนการทำรอบในแต่ละเดือนเพื่อที่จะได้รับสวัสดิการของบริษัทซึ่งรวมถึงประกันอุบัติเหตุ อีกทั้ง หากไม่ได้รับประกันอุบัติเหตุจากบริษัทแพลตฟอร์มนั้น ก็จะต้องซื้อประกันอุบัติเหตุจากบริษัทเอกชนต่าง ๆ เพื่อประกันความเสี่ยงภัยด้วยตนเอง

4.5 ปัญหาการให้ความคุ้มครองสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ในด้านอุปกรณ์การทำงาน

ประเทศไทยในปัจจุบันนี้ แรงงานไรเดอร์ต้องเป็นผู้จัดหาอุปกรณ์การทำงานทุกอย่างด้วยตนเอง ไม่ว่าจะเป็รถจักรยานยนต์ หมวกนิรภัย ก่อ่งใส่อาหาร เสื้อแจ็กเก็ตที่มีโลโก้บริษัทแพลตฟอร์ม โทรศัพท์มือถือ ค่าอินเทอร์เน็ต ค่าน้ำมัน ค่าสึกหรอ และค่าต้นทุนแฝงอื่น ๆ ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่แรงงานไรเดอร์ต้องแบกรับ เนื่องจากหากไม่มีอุปกรณ์เหล่านี้ก็ไม่สามารถทำงานได้เพราะเป็นระเบียบข้อบังคับของบริษัทแพลตฟอร์ม เช่น แรงงานไรเดอร์จะต้องมีก่อกองใส่อาหารที่เป็นโลโก้ของบริษัทแพลตฟอร์ม ต้องแต่งกายเรียบร้อยโดยใส่เสื้อที่มีโลโก้ของบริษัทแพลตฟอร์มเช่นเดียวกัน เนื่องจากข้อกำหนดเหล่านี้บริษัทแพลตฟอร์มต้องการที่จะรักษาภาพลักษณ์และการบริการที่เป็นมาตรฐานของบริษัทซึ่งหากแรงงานไรเดอร์ไม่ปฏิบัติตามจะโดนลงโทษโดยการหักคะแนนซึ่งจะส่งผลกระทบต่อได้รับสวัสดิการหรือสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ที่บริษัทแพลตฟอร์มกำหนดไว้ แต่ในทางกลับกัน แรงงานไรเดอร์จะต้องเป็นผู้จัดซื้ออุปกรณ์เหล่านี้ด้วยเงินของตนเองโดยไม่ได้รับการช่วยเหลือหรือสนับสนุนจากบริษัท

จากการศึกษาข้อตกลงระหว่างกระทรวงแรงงาน สหภาพแรงงานและพันธมิตรทางการค้ากับ Just Eat Spain²⁵ ในประเทศสเปนนั้นเห็นว่าการให้ความคุ้มครองแรงงานไรเดอร์ในประเทศสเปนโดยให้บริษัทแพลตฟอร์มเป็นผู้จัดหาโทรศัพท์มือถือให้แก่แรงงานไรเดอร์ รวมไปถึงที่ศูนย์ปฏิบัติการจะมียานพาหนะ กระเป๋าสะพาย และมีห้องน้ำและห้องเปลี่ยนเสื้อผ้าให้แก่แรงงานไรเดอร์ ซึ่งถือเป็นการจัดให้แรงงานไรเดอร์ได้รับสวัสดิการซึ่งเป็นอุปกรณ์การทำงานขั้นพื้นฐานที่จำเป็นต่ออาชีพของแรงงานไรเดอร์ซึ่งเป็นผู้ทำงานและทำรายได้ให้แก่บริษัทแพลตฟอร์ม โดยบริษัทแพลตฟอร์มเป็นผู้แบกรับภาระรายจ่ายในด้านอุปกรณ์การทำงานด้วยตนเองโดยไม่สร้างภาระทางการเงินให้แก่แรงงานไรเดอร์ อีกทั้ง ยังจัดให้มีการคุ้มครองไปถึงด้านให้ความรู้ โดยการฝึกอบรมด้านสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงานให้แก่แรงงานไรเดอร์

การที่แรงงานไรเดอร์ในประเทศไทยต้องเป็นผู้จัดหาอุปกรณ์การทำงานด้วยตนเองนั้น ส่งผลกระทบต่อแรงงานไรเดอร์บางคนต้องเกิดการไปกู้ยืมเงินเพื่อนำมาซื้ออุปกรณ์ในการทำงานดังกล่าว ทั้งนี้ การที่แรงงานไรเดอร์ต้องจัดหาอุปกรณ์การทำงานเอง ทำให้บริษัทแพลตฟอร์มไม่ต้องเป็นผู้แบกรับต้นทุนในส่วนอุปกรณ์การทำงาน อันเป็นผลดีต่อบริษัท แต่ในทางกลับกันก็เป็นการผลักภาระไปสู่แรงงานไรเดอร์แทน ซึ่งแตกต่างกับแรงงานทั่วไปเนื่องจากหากเป็นการทำงานตามสัญญาจ้างแรงงานนั้น นายจ้างจะเป็นผู้จัดหาอุปกรณ์การทำงานทุกอย่างให้แก่ลูกจ้าง

5. สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

จากการศึกษาในครั้งนี้ ผู้ศึกษาได้ค้นพบปัญหาการคุ้มครองสิทธิของแรงงานไรเดอร์ 2 ด้าน ดังนี้

5.1.1 ปัญหาด้านกฎหมายที่ใช้บังคับ

พบว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ใช้บังคับอยู่นั้นไม่สอดคล้องกับวิธีการทำงานของแรงงานไรเดอร์ซึ่งเป็นแรงงานรูปแบบใหม่และในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดคุ้มครองถึงแรงงานไรเดอร์โดยเฉพาะ ทำให้แรงงานไรเดอร์ไม่ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย

²⁵ Acta de Acuerdo, Artículo 52.

5.1.2 ปัญหาด้านการคุ้มครองสิทธิแรงงานไรเดอร์

ผู้ศึกษาได้ค้นพบปัญหาการคุ้มครองสิทธิของแรงงานไรเดอร์ ดังนี้

1) ปัญหาด้านสถานะทางกฎหมายของแรงงานไรเดอร์

พบว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติคำนายมไว้ จึงส่งผลให้แรงงานไรเดอร์ไม่ได้รับการคุ้มครองเช่นแรงงานทั่วไป

2) ปัญหาด้านการคุ้มครองสิทธิของแรงงานไรเดอร์

พบว่ามีปัญหาด้านต่าง ๆ ดังนี้

(1) ปัญหาด้านการคุ้มครองสิทธิแรงงานไรเดอร์ด้านค่าตอบแทน

พบว่าไม่มีการกำหนดคุ้มครองถึงอัตราค่าตอบแทนของแรงงานไรเดอร์ ทำให้อัตราค่าตอบแทนของแรงงานไรเดอร์ในปัจจุบันขึ้นอยู่กับอัตราค่าตอบแทนที่บริษัทแพลตฟอร์มกำหนด โดยไม่มีกฎหมายใดกำหนดถึงค่าจ้างขั้นต่ำหรือกำหนดอัตราค่าตอบแทนที่แน่นอนให้แก่แรงงานไรเดอร์

(2) ปัญหาด้านการคุ้มครองสิทธิแรงงานไรเดอร์ด้านมาตรการการมอบหมายงาน

พบว่ายังไม่มีกฎหมายควบคุมให้บริษัทแพลตฟอร์มเปิดเผยหลักเกณฑ์ในการมอบหมายงานและการให้คะแนนแก่แรงงานไรเดอร์อันส่งผลต่อสภาพการทำงานโดยตรง ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการมอบหมายงานในการเลือกปฏิบัติและไม่เท่าเทียมกัน รวมถึงมีข้อบังคับในการรับงานและมอบงานพ่วงให้แก่แรงงานไรเดอร์ ซึ่งทำให้แรงงานไรเดอร์ยากที่จะปฏิเสธงานเนื่องจากมีบทลงโทษ

3) ปัญหาด้านการคุ้มครองสวัสดิการของแรงงานไรเดอร์

พบว่ามีปัญหาด้านต่าง ๆ ดังนี้

(1) ปัญหาด้านการคุ้มครองสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ด้านประกันภัย

พบว่าแรงงานไรเดอร์ในปัจจุบันนี้ไม่ได้รับประกันอุบัติเหตุอย่างเป็นสวัสดิการขั้นพื้นฐานเท่าเทียมเหมือนกันในทุกบริษัทแพลตฟอร์ม กล่าวคือบางบริษัทแพลตฟอร์มมีประกันอุบัติเหตุให้หรือมีให้แต่แรงงานไรเดอร์จะต้องทำงานให้เข้าตามเงื่อนไขที่กำหนดจึงจะได้รับประกันอุบัติเหตุจากบริษัทแพลตฟอร์มโดยไม่ต้องเสียเบี้ยประกันด้วยตนเอง ทำให้แรงงานไรเดอร์ที่ยังไม่ได้รับประกันอุบัติเหตุจะต้องหาซื้อประกันอุบัติเหตุเพิ่มจากบริษัทเอกชนหรือทำการสมัครเข้าร่วมเป็นผู้ประกันตนในกองทุนประกันสังคมด้วยตนเอง

(2) ปัญหาด้านการคุ้มครองสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ด้านอุปกรณ์การทำงาน

พบว่าแรงงานไรเดอร์ต้องเป็นผู้จัดหาอุปกรณ์การทำงานด้วยตนเอง โดยเป็นข้อกำหนดของบริษัทแพลตฟอร์มว่าอุปกรณ์การทำงานต้องมีอะไรบ้าง หากแรงงานไรเดอร์ไม่มีหรือมีอุปกรณ์การทำงานไม่ครบก็ไม่สามารถทำงานได้ ซึ่งส่งผลกระทบต่อทางการเงินแก่การที่แรงงานไรเดอร์เนื่องจากต้องแบกรับภาระทางการเงินในต้นทุนในการทำงานเกินสมควร

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาข้างต้น จึงมีข้อเสนอแนะในการตรากฎหมายคุ้มครองแรงงานไรเดอร์ ในแต่ละประเด็นดังนี้

5.2.1 กฎหมายที่ใช้ในคุ้มครองแรงงานไรเดอร์

ควรตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานไรเดอร์ พ.ศ.... ให้มีเนื้อหาดังนี้

1) สถานะทางกฎหมาย

ควรกำหนดคำนิยามของ “แรงงานไรเดอร์” โดยกำหนดว่า แรงงานไรเดอร์ คือบุคคลซึ่งรับส่งอาหาร ส่งคนโดยสาร ส่งพัสดุหรือสิ่งของอื่นใด ซึ่งได้รับค่าตอบแทนจากบริษัทแพลตฟอร์มซึ่งใช้อำนาจในการบริหารจัดการธุรกิจ และมีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาทั้งโดยตรง และโดยอ้อมโดยวิธีการใช้ระบบอัลกอริทึมของบริษัทแพลตฟอร์มในการทำงานผ่านทางแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยให้บุคคลนั้นมีสถานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายของบริษัทแพลตฟอร์ม

2) การคุ้มครองสิทธิ

(1) การคุ้มครองสิทธิแรงงานไรเดอร์ในด้านค่าตอบแทน ควรกำหนดอัตราค่าตอบแทนเป็นรายรอบ กำหนดที่เริ่มต้นอัตรารอบละ 39-43 บาท ทั้งนี้ กระทรวงแรงงานจะต้องปรับเปลี่ยนอัตราค่าตอบแทนของแรงงานไรเดอร์เพิ่มขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและอัตราเงินเฟ้อในขณะนั้น

(2) การคุ้มครองสิทธิแรงงานไรเดอร์ในด้านมาตรการการมอบหมายงาน ควรกำหนดให้บริษัทแพลตฟอร์มเปิดเผยหลักเกณฑ์ในการมอบหมายงาน การให้คะแนนและการลงโทษแรงงานไรเดอร์ที่กระทำโดยผ่านระบบอัลกอริทึม โดยให้หน่วยงานของรัฐสามารถตรวจสอบหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้และให้ข้อมูล ความรู้ความเข้าใจแก่แรงงานไรเดอร์ในเรื่องการทำงานของระบบดังกล่าว

3) การคุ้มครองสวัสดิการ

(1) การคุ้มครองสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ในด้านการประกันภัย ควรกำหนดให้บริษัทแพลตฟอร์มต้องจัดให้มีประกันอุบัติเหตุแก่แรงงานไรเดอร์ทุกคนเป็นขั้นพื้นฐานและคุ้มครองตลอดเวลา โดยบริษัทแพลตฟอร์มเป็นผู้เสียค่าเบี้ยประกันให้แก่แรงงานไรเดอร์ทุกคน ซึ่งวงเงินคุ้มครองในการรักษาพยาบาลควรเป็นจำนวนเริ่มต้น 250,000 บาทและหากถึงแก่ความตายวงเงินคุ้มครองควรเป็นจำนวนเริ่มต้น 350,000 บาท

(2) คุ้มครองสวัสดิการแรงงานไรเดอร์ในด้านอุปกรณ์การทำงาน ควรกำหนดให้บริษัทแพลตฟอร์มเป็นผู้จัดหาอุปกรณ์การทำงานให้แก่แรงงานไรเดอร์ โดยอาจกำหนดให้บริษัทแพลตฟอร์มจัดให้แรงงานไรเดอร์ได้รับเสื้อและกระเป๋ใส่อาหารโดยสามารถเบิกใหม่ได้ปีละครั้ง และจัดให้ได้รับโทรศัพท์มือถือที่ใช้ในการทำงานซึ่งให้คืนแก่บริษัทแพลตฟอร์มเมื่อลาออกจากการทำงาน อีกทั้ง แรงงานไรเดอร์สามารถเบิกค่าน้ำมันจากบริษัทแพลตฟอร์มโดยให้บริษัทแพลตฟอร์มคำนวณค่าน้ำมันจากระยะที่ปรากฏในแอปพลิเคชันที่ใช้ติดตามแรงงานไรเดอร์ในการทำงานในเดือนนั้น ๆ เป็นต้น

คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารบัณฑิตกฎหมายเพื่อการพัฒนา

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

1. วัตถุประสงค์

วารสารบัณฑิตกฎหมายเพื่อการพัฒนา (Law for Development Graduate Journal) มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่องค์ความรู้ผลงานทางวิชาการและผลงานวิจัยทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงกฎหมายเพื่อพัฒนาสังคมวิทยา กฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ นิติปรัชญา และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย และเพื่อพัฒนาคุณภาพงานตีพิมพ์วารสารให้เป็นไปตามมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับประเทศและระดับสากล

2. กำหนดการตีพิมพ์

วารสารบัณฑิตกฎหมายเพื่อการพัฒนา เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์ผลงานวิชาการ ที่เขียนขึ้นโดยบุคลากรทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย โดยจัดพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ทุก 6 เดือน ดังนี้

ฉบับที่ 1/... เดือนตุลาคม - มีนาคม

ฉบับที่ 2/... เดือนเมษายน - กันยายน

3. คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

3.1 ใช้รูปแบบการเขียนและภาษาที่เหมาะสมกับลักษณะของบทความทางวิชาการอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ไม่มีการคัดลอกผลงานของผู้อื่น และมีการตรวจทานต้นฉบับทั้งในส่วนของรูปแบบการเขียน รูปแบบการอ้างอิง การสะกดคำ และไวยากรณ์แล้วเป็นอย่างดี

3.2 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) โดยผู้เขียนสามารถใช้แบบฟอร์มของวารสารบัณฑิตกฎหมายเพื่อการพัฒนา ซึ่งสามารถดาวน์โหลดได้ที่ law.nida.ac.th > วารสารบัณฑิตกฎหมายเพื่อการพัฒนา

3.3 องค์ประกอบของบทความต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

3.3.1 ชื่อเรื่อง (Title)

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 18 พอยต์ ตัวหนา

3.3.2 บทคัดย่อ (Abstract)

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยอธิบายเป็นเรียงความย่อหน้าเดียวที่มีใจความครบถ้วน

อันประกอบด้วย วัตถุประสงค์ ความสำคัญของบทความ และบทสรุป

ชื่อหัวข้อของบทคัดย่อ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทคัดย่อ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Abstract”

3.3.3 คำสำคัญ (Keyword)

จำนวน 3-5 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

ชื่อหัวข้อของคำสำคัญ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “คำสำคัญ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Keywords”

3.3.4 บทนำ (Introduction)

ชื่อหัวข้อของบทนำ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทนำ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Introduction”

3.3.5 เนื้อหา ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

3.3.6 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) เลขหน้าที่อ้างอิงถึง.

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

ภาษาอังกฤษ

author, title (additional information, edition, publisher year) page number.

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

บทความ**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่งบทความ, 'ชื่อบทความ' (ปีที่พิมพ์) ฉบับที่ ชื่อวารสาร หน้าแรกของบทความ, เลขหน้าที่อ้างถึง.

มนตรี เกิดมีมูล, 'ความพร้อมของข้าราชการไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน' (2560) 57 วารสารพัฒนาบริหารศาสตร์ 152, 158-159.

ภาษาอังกฤษ

author, 'title'(year) Volume No. Journal's Name or Abbreviation first page, 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) เลขหน้าที่อ้างถึง.

สุจิตต์ วงษ์เทศ, 'ประวัติศาสตร์ไทยเป็นส่วนหนึ่งที่ยกไม่ได้ของประวัติศาสตร์สุวรรณภูมิในอาเซียน' ใน พิพัฒน์ กระแจะจันทร์, ยุคมีดของประวัติศาสตร์ไทย หลังบายน พุทธเถรวัต 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 วัน เดือน ปี.

ปรีชา สุวรรณทัต, ‘Government Shutdown /การเมืองเรื่องการงบประมาณของสหรัฐ’ (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> accessed Day Month Year.

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 ถูกทำให้ฝ่อ 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)
accessed 3 July 2019.

การอ้างอิง

1. ในกรณีที่ไม่มีเชิงอรรถอื่นมาก่อน

1.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้ เพ็ญอ้าง

(ก) กรณีอ้างอิงหน้าเดียวกัน

เพ็ญอ้าง

(ข) กรณีหน้าที่อ้างอิงถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

เพ็ญอ้าง 33-35.

1.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้ *ibid.*

(ก) กรณีอ้างอิงหน้าเดียวกัน

Ibid.

(ข) กรณีหน้าที่อ้างอิงถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

ibid 33-35.

2. กรณีการอ้างอิงที่มีมาก่อนและมีเชิงอรรถมาก่อน

2.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้

ชื่อผู้แต่ง ('เชิงอรรถ' เชิงอรรถที่อ้างอิงถึง) เลขหน้าที่อ้างอิงถึง.

มนตรี เกิดมีมูล (เชิงอรรถ 19) 155.

2.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้

Author' surname, 'work title' (n first cited footnote) page number.

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

5. วิธีการส่งบทความเพื่อตีพิมพ์

ผู้เขียนสามารถส่งบทความผ่านระบบ ThaiJO (Thai Journal Online)

<https://so14.tci-thaijo.org/index.php/LAWFORDEV> ในรูปแบบของไฟล์ Word

โดยทำตามคำแนะนำก่อนส่งบทความเกี่ยวกับการไม่ระบุตัวตนของผู้เขียนตามระบบ Thaijo

6. เงื่อนไขการตีพิมพ์


บทความหรือผลงานวิชาการจะต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์และไม่เคยเผยแพร่ที่ไหนมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารฉบับอื่น บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ต้องได้รับการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded การพิจารณาตีพิมพ์บทความขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของบรรณาธิการและกองบรรณาธิการ โดยผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด


บทความซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์หรือวิชาการค้นคว้าอิสระจะต้องได้รับการพิจารณาและรับรองจากอาจารย์ที่ปรึกษาตามแบบฟอร์มก่อนส่งให้กองบรรณาธิการ




GSL  NIDA
คณะนิติศาสตร์

**กองบรรณาธิการ วารสารบัณฑิตกฎหมายเพื่อการพัฒนา
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์**

 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ
กรุงเทพมหานคร 10240

 0 2727 3754

 lawfordev_gradj@nida.ac.th

 <https://law.nida.ac.th/law-for-development-graduate-journal>