



กฤษฎีกาสาร

ปีที่ ๑๐ ฉบับที่ ๑ ตุลาคม - พฤศจิกายน ๒๕๕๗

www.krisdika.go.th



ทักทายโก ไหว้ มหาราชา



นายดิศพัทธ์ โทตระกิตย์ เลขาธิการคณะกรรมการการกฤษฎีกา พร้อมด้วยคณะผู้บริหารและข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกา ร่วมทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพานพุ่มดอกไม้หน้าพระบรมฉายาลักษณ์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ด้วยสำนึกในพระมหากรุณาธิคุณและร่วมลงนามถวายพระพรให้ทรงพระเจริญยิ่งยืนนานและทรงมีพระพลานามัยสมบูรณ์แข็งแรง เมื่อวันที่ ๒๒ ตุลาคม ๒๕๕๗ ณ ศาลาศิริราช ๑๐๐ ปี โรงพยาบาลศิริราช



บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านที่รักทุกท่าน กฎฎีกาสารฉบับนี้ก้าวอย่างเข้าสู่ปีที่ ๑๐ แล้ว ขอบขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ยังคงให้ความสนใจและติดตามกฎฎีกาสารอย่างต่อเนื่องยาวนาน และขอบคุณสำหรับข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะที่ส่งผ่านมาทางแบบสอบถาม ซึ่งมีมาจากทุกภูมิภาคของประเทศ กองบรรณาธิการขอน้อมรับและได้จัดส่งของที่ระลึกแทนคำขอบคุณไปยังท่านผู้ส่งแบบสอบถาม ๕๐ ท่านแรกเรียบร้อยแล้ว

สำหรับกฎฎีกาสาร ฉบับที่ ๑ ของปีที่ ๑๐ นี้ ยังคงมีเนื้อหาสาระที่เป็นประโยชน์และน่าสนใจมาเสนอ เริ่มจากขอแนะนำเลขธิการคณะกรรมการการกฎฎีกาคนใหม่ นายดิศทัต โทตระกิตย์ ท่านมีประวัติความเป็นมาอย่างไร ติดตามได้ในสัปดาห์พิเศษ และจะได้นำแนวนโยบายในการบริหารราชการของท่านมาเสนอในฉบับต่อไป ประเด็นปัญหาที่สำคัญในสังคมไทยขณะนี้คงไม่มีเรื่องใดสำคัญเท่ากับเรื่องคอร์รัปชัน นายธรรมนิตย์ สุ่มันตกุล รองเลขธิการฯ ได้เขียนบทความเรื่อง “ร่างกฎหมาย: การออกแบบกฎหมายต่อต้านการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในระบบราชการ (Design of Anti – Corruption Law)” ซึ่งได้ให้แง่คิด มุมมองเกี่ยวกับปัญหาคอร์รัปชันทั้งด้านสาเหตุ ประเภทของการคอร์รัปชัน เครื่องมือในการต่อสู้ อุปสรรคที่ทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันได้สำเร็จ เรื่องนำเสนอบทความเรื่อง “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ฝ่ายปกครอง” ต่อจากฉบับที่แล้ว ข่าวสารพัฒนากฎหมายเสนอเรื่อง “การคุ้มครองฐานข้อมูลเกี่ยวกับรายการแข่งขันกีฬาฟุตบอล” ซึ่งมีกรณีในประเทศอังกฤษ โดยศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้มีคำวินิจฉัยไว้ และที่พิเศษสำหรับฉบับนี้ ด้อนรับการเข้าสู่ AEC ของประเทศไทย กฎฎีกาสารขอแนะนำบทความเรื่อง “THE CONCEPT OF TRUSTS” TRUSTS คืออะไร มีกี่ประเภท มีความแตกต่างกันอย่างไรระหว่าง TRUSTS ในระบบ “Common Law” และ “Civil Law” และมีความแตกต่างกันอย่างไรระหว่างประเทศไทยและประเทศอังกฤษ ถูกใจหรือไม่ กับบทความนี้ตีพิมพ์กันเข้ามาได้ ยินดีน้อมรับเพื่อนำไปปรับปรุงต่อไป และห้ามพลาดเทคโนโลยีสารสนเทศ แนะนำ “เศรษฐกิจดิจิทัล” ซึ่งพบเห็นกันได้มากมายในปัจจุบัน และได้ทำให้หลายคนกลายเป็นเศรษฐี ขณะเดียวกันก็ทำให้หลายคนถูกหลอกเสียเงินทองไปมากมาย อ่านเพื่อให้อ่านทันเทคโนโลยี ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตคนในสังคมปัจจุบัน พบกับสาระดี ๆ จากกฎฎีกาสารในฉบับหน้า สวัสดี

บรรณาธิการ

บทความ ข้อความ หรือความเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในกฎฎีกาสาร เป็นความคิดเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฎฎีกาและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

สารบัญ

	เทคโนโลยีสารสนเทศ
๒	เศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy)
	กฎหมายต่างประเทศ
๔	THE CONCEPT OF TRUSTS
	เรื่องนำรู้
๕	ร่างกฎหมาย: การออกแบบกฎหมายต่อต้านการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในระบบราชการ (Design of Anti-Corruption Law)
	สัปดาห์พิเศษ
๑๓	เลขธิการคณะกรรมการการกฎฎีกา คนที่ ๑๕
	เรื่องนำรู้
๑๖	ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (ต่อจากฉบับที่แล้ว)
	ข่าวสารพัฒนากฎหมาย
๒๒	การคุ้มครองฐานข้อมูลเกี่ยวกับรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอล
	ความเห็นทางกฎหมาย
๒๗	ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการการกฎฎีกาที่น่าสนใจ
	เกร็ดการร่างกฎหมาย
ปกหลัง	การนำบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

คณะผู้จัดทำ

ที่ปรึกษา

นายดิศทัต โทตระกิตย์

เลขธิการคณะกรรมการการกฎฎีกา

นายธรรมนิตย์ สุ่มันตกุล

นายนิพนธ์ ฮอร์กิมิ

นายอภิรักษ์ สุขประสิทธิ์

รองเลขธิการคณะกรรมการการกฎฎีกา

และกรรมการร่างกฎหมายประจำทุกท่าน

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยเลขธิการคณะกรรมการการกฎฎีกา

กองบรรณาธิการ

นางกรรณกนก ช่างกลึงเหมาะ

นายพนพล เกร็ดอุทัย

นายเชวง ไทยอิง

นางณัฐนันท์ อัครเลิศศักดิ์

นางพวงษ์สวาท ภายอรุณสุทธิ

นางสาววันดี สุชาติกุลวิทย์

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นางสาวพรเพ็ญ คำบุญวัฒน์

นางสาวรัชณี สังข์ทองงาม

นางเกสินี แสงสุวรรณ

นางชุตินา ไชยน้อย

จัดทำโดย

ส่วนช่วยอำนวยความสะดวกและประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขธิการ

สำนักงานคณะกรรมการการกฎฎีกา

เลขที่ ๑ ถนนพระอาทิตย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

โทรศัพท์ ๐-๒๒๒๒-๐๒๐๖-๙ ต่อ ๑๒๐๕, ๑๖๔๐

โทรสาร ๐-๒๒๒๐-๗๖๓๙

www.krisdika.go.th, www.lawreform.go.th

เศรษฐกิจดิจิทัล (Digital Economy)

ส่วนสารสนเทศ สำนักงานเลขาธิการ

ที่นโยบายที่รัฐบาลประกาศให้เป็นวาระแห่งชาติ คือ นโยบายเศรษฐกิจดิจิทัลซึ่งตั้งเป้าหมายเพื่อวางรากฐานเศรษฐกิจไทยให้ไปสู่โลกดิจิทัลที่ไร้พรมแดน Digital Economy หมายถึง กิจกรรมทางเศรษฐกิจที่อาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศหรือไอที (ซึ่งมีอินเทอร์เน็ตเป็นหลัก) เป็นปัจจัยสำคัญ สิ่งที่เราเรียกว่า E-Commerce หรือการค้าขายกันทางอินเทอร์เน็ตคือลักษณะหนึ่งของ Digital Economy นอกจากนี้ Digital Economy ยังมีชื่ออื่นอีก เช่น The Internet Economy / The New Economy หรือ Web Economy

เศรษฐกิจดิจิทัลไม่ใช่ของใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้นแต่เริ่มมีมาตั้งแต่ ค.ศ. ๑๙๙๕ จากหนังสือชื่อว่า “The Digital Economy : Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence” ของ Don Tapscott ที่บอกว่าอินเทอร์เน็ตกำลังจะเปลี่ยนวิถีชีวิตรวมถึงภาคธุรกิจ หนังสือเล่มนี้พยากรณ์ถึงอนาคตว่า ทุกวิถีชีวิตจะเข้าสู่ระบบดิจิทัลทางใดบ้าง ทั้งการศึกษา การสื่อสาร การแลกเปลี่ยนข้อมูลบุคคล และที่สำคัญคือการค้า ที่จะกลายเป็นการค้าที่เรียกว่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งทั้งหมดพูดถึงการเข้ามาทำธุรกรรมทางอินเทอร์เน็ตแทนมนุษย์ กระดาษ

และแรงงาน ซึ่งกำลังถูกมองว่าเป็นสิ่งที่ใช้ทรัพยากรอย่างสิ้นเปลือง เชื่องช้า และมีโอกาสผิดพลาดมากกว่าดิจิทัล ขณะที่การทำธุรกรรมดิจิทัลก็จะมีผลกระทบเช่นกัน คือ การลดความสำคัญของการปฏิสัมพันธ์ของมนุษย์

หลังจากหนังสือเล่มนี้ตีพิมพ์ก็ได้รับความนิยมในหลายประเทศ โดยสหรัฐฯ ยุโรป ญี่ปุ่น แม้กระทั่งจีนก็นำแนวคิดนี้ไปพัฒนาการค้า การทำงาน โดยแนวคิดเศรษฐกิจดิจิทัลในปัจจุบันพูดถึงการทำธุรกรรมทางการค้าระหว่างเอกชนกับเอกชน และในไทยเองพบในบริษัทที่ซื้อขายกับต่างประเทศ เอกชนกับบุคคล ยกตัวอย่างเช่น การซื้อขายของห้างสรรพสินค้าเอสไอ ในอังกฤษที่ซื้อสินค้าอุปโภคบริโภคทั่วไปผ่านทางเว็บไซต์ออนไลน์มาส่งระยะหนึ่งแล้ว และบุคคลกับบุคคลที่พบเห็นกันมากในตลาดกลางสินค้าออนไลน์ อย่างเช่น เว็บไซต์อีเบย์ (Ebay) ของสหรัฐฯ หรือเว็บไซต์อาลีบาบา (Alibaba) ของจีนก็ได้รับความนิยมสูงมาก ขณะที่การทำธุรกรรมทางการเงินก็มีการทำผ่านทางออนไลน์มากขึ้นเช่นกัน รวมถึงในไทยกรณี bank online

การเป็น Digital Economy ทำให้เกิดสิ่งต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

๑. การลดต้นทุนในการประกอบการไม่ว่าในด้านการผลิต ด้านการขาย (ถ้าสังคมไม่มีอีเมล ไม่มีโทรศัพท์มือถือ ไม่มี Conference Call จะทำให้ต้นทุนในการดำเนินการสูงมาก)

๒. เกิดการต่อยอดในการผลิตสินค้าและบริการใหม่ออกสู่ตลาดเพื่อสนองความต้องการของผู้บริโภค ตัวอย่างเช่น การได้รับข้อมูลข่าวสารในเรื่องต่าง ๆ จากแหล่งอื่น ๆ ทั่วโลกเพื่อนำมาช่วยออกแบบผลิตภัณฑ์และบริการใหม่ ๆ ฯลฯ

๓. การขยายตัวอย่างกว้างขวางยิ่งขึ้นของ E-commerce ท่ามกลางสภาวะการณ์ที่ต้นทุนในการดำเนินการลดลง เช่น การขายของทางอินเทอร์เน็ตโดยไม่ต้องมีร้านค้า ความสะดวกของผู้ซื้อที่ไม่ต้องเดินทางไปหาซื้อของ เกษตรกรเปิด Application (โปรแกรมประยุกต์) และรู้ได้ทันทีจากตำแหน่ง GPS ที่ตนอยู่ว่าในพื้นที่นั้นในปีนั้นควรปลูกพืชอะไร ฯลฯ

๔. ขยายการจ้างงานและสร้างการจ้างงานในลักษณะใหม่ ๆ อันเป็นผลจากการตลาดและรูปแบบการค้าขายใหม่ เช่น นักกลยุทธ์การตลาดทาง Social Media ที่ปรึกษา E-commerce นักโฆษณาสินค้าทาง Social Media ฯลฯ

๕. อำนาจให้เกิดการลงทุนธุรกิจข้ามพรมแดนมากยิ่งขึ้น เช่น การจองโรงแรมและการท่องเที่ยว การลงทุนซื้อหุ้นต่างประเทศ การค้าขายเงินตราต่างประเทศ ฯลฯ

๖. สนับสนุนการเรียนรู้ของประชาชนซึ่งช่วยส่งเสริมคุณภาพของมนุษย์และแรงงาน เช่น การเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ต / E-Learning ฯลฯ

ประการสำคัญ Digital Economy อำนาจให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจของภาคต่าง ๆ มีมูลค่าสูงและมีประสิทธิภาพสูงขึ้นด้วย นอกจากนี้ยังสนับสนุนความแข็งแกร่งในการกำหนดกลยุทธ์การตลาดอันเนื่องมาจากการมีข่าวสารข้อมูลที่กว้างขวางและลึกซึ้งยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตามแม้ว่า Digital Economy จะเกิดสิ่งดี ๆ ขึ้นหลายอย่างดังที่กล่าวไปแล้วแต่ก็ยังประสบปัญหาต่าง ๆ อีกมากมาย เช่น การหลอกลวงขายสินค้าไม่ตรงกับที่ประกาศขายบนอินเทอร์เน็ต หรือโฆษณา



สินค้าเกินความจริง การละเมิดลิขสิทธิ์ของสื่อบันเทิงต่าง ๆ ทั้ง วิดีโอ ภาพยนตร์ และเพลง สินค้าควบคุม เช่น ยา และเวชภัณฑ์ ฯลฯ กลายเป็นสินค้าที่หาซื้อได้ง่าย ปัญหาการโจรกรรมข้อมูลส่วนตัวของลูกค้า เช่น ข้อมูลบัตรเครดิต การจับเก็บภาษีจากการค้าขายบนอินเทอร์เน็ตที่ยังไม่มีระบบจัดการอย่างสมบูรณ์ ดังนั้นการส่งเสริม Digital Economy จึงต้องคำนึงถึงผลดีและผลเสียอย่างรอบด้าน

ถ้ารัฐบาลมีความมุ่งมั่นในเรื่องการสร้าง Digital Economy ด้วยการประสานงานของหน่วยงานต่าง ๆ เข้าด้วยกัน มีแผนพัฒนาเป็นขั้นตอนโดยเรียงลำดับตามความสำคัญ และใช้ทรัพยากรร่วมกันอย่างมีประสิทธิภาพ ก็เชื่อได้ว่าจะทำให้ประสบผลสำเร็จได้ในระดับหนึ่งถึงแม้จะต้องใช้เวลาพอสมควร และจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อเศรษฐกิจไทยในปัจจุบันและอนาคต

ที่มา : http://www.bangkokbiznews.com/home/detail/politics/opinion/varakorn_s/20140923/606458/Digital-Economy.html

http://en.wikipedia.org/wiki/Digital_economy

<http://www.thairath.co.th/content/451029>

<http://www.naewna.com/politic/columnist/14596>

<http://morning-news.bectero.com/economy/16-Sep-2014/24397>

THE CONCEPT OF TRUSTS¹

In the recent speculation and awareness of the impending inheritance tax legislation, there has been a rise in interest and curiosity over the financial instrument of trusts. This article is a brief introduction of the trusts in the English legal system, in the capacity of a legal mechanism, and of the body of Law that was its' inspiration.

What are trusts?

Trusts can be created expressly, by a settlor, by statute or imposed by courts. In order to be valid, trusts must comply with some requirements regarding formality and enforceability, contained in rules and principles that have been historically created and developed by the judiciary. It is also from these rules that the categorisation of English trusts may be made.

The definition of trusts

At an international, comparative level, there has yet to be a universally accepted, official definition of trusts. The difficulty in conceiving a comprehensive definition of trusts that can be used universally has been illustrated in the experience of drawing up the Hague Convention on the Recognition of Trusts 1985--an attempt to provide an internationally accepted legal treaty governing the validity of trusts across signatory jurisdictions. The lack of a unified definition of trusts resonates equally for trusts in the English Common Law sense, as Pettit puts it, the English Law trust is a "notoriously difficult term to define." (2009: 31)

According to the modern body of academic literature on English Trusts Law, a citeable definition from Underhill refers to trusts as

(A)n equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property) for the benefit of beneficiaries, who may enforce the obligation. (2010: 2)

In the comparative analysis of trusts, it is first essential to have regard the scope and definitions of the terminologies. "Common Law" for a Civil Law academic usually refers to the body of Law that is made through the decisions of the judiciary, of customs, conventions and practices. However, in this context, Common Law refers to the Law of the Realm, as opposed to equitable legal principles, or 'equity' in short. Common Law in this sense also includes written rules and statutes. Trusts of the Common Law jurisdiction are conceptually justified and validated by a separate body of principles, known collectively as Equity, or Equitable Principles. (Underhill & Hayton, 2010: Worthington, 2006) These principles were originally developed and administered separately from the Law of the Realm, or Common Law. The Courts of Equity would act with the justification that the channels of justice in the traditional Courts of Law through the issuance of Writs, which were procedurally limited and restrictive thereby causing injustice. (Maitland, 1894: Kerly: 1890) In a legal system that is formed mainly by a historic development of rules, principles, convention and practices, trusts can only be understood with reference to its' historical development.

The origins of trusts

Trusts first appeared in Medieval England. The main guardian of justice was the King's Bench, access to whom

¹ นางณรรธา บ็อดด์ นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา Masters in Research in Law and Economics, University of London, Birkbeck College: LLB, Cardiff University.

involved writing the facts of the case down on a 'writ'. Writs were prescribed forms used by a department of Court named the King's Bench as a means of administrating cases. Where facts of the disputes did not conform to strict procedural writs issued under this normal channel of remedy, it was customary to appeal to the King for justice, on the basis that the source of Justice ultimately laid in the King, as the protector of the subjects of his interest. (Worthington : 2007 : 44) In the mid-14th century, this function was handed to another type of Court called the King's Chancellor. As a larger number of cases fell outside the rigid structure of Law, the Chancellor gained more prominence in its judicial role. In time, the Chancellor had his own clerks, collectively referred to as the Chancery, and stood alongside The King's Bench, the Court of Commons and the Exchequer.

The Chancery had used a more flexible interpretation of the Law of the Realm, and was able to award what was adequate according to the particulars of each appeal. The validity and justification of the decisions of the Court of Chancery was in the fact that justice was rendered on the grounds of conscience. In the early days, the Chancellor was often a cleric, and in judging the facts of the case, reached a decision based on what was 'conscionable'. The nature of the award resulting from the decisions of this Court was that it was also valid recourse to a different, but parallel set of standards enshrined in religious doctrine, or "moral dictate". (Waters: 2007: 210) The Court of Chancery awarded remedies on the basis that in was unconscionable under regular (Common) Law. An example in the exercise of the Chancery's powers can be seen from 1535, when a Statute was passed to abolish the legal mechanism of 'use'². The Act vested the title to the land in the actual user, as well as designating that property be passed on to the first-born male in the event of death of a landowner. It was actively protested by landholders and the Courts. In aid of the former, The Court of Chancery construed the 1535 Act to allow for the creation of a new device that would achieve the similar effect of avoiding feudal incidents. By using a strict interpretation of the Act, the Courts came to recognize the use of trusts of land. This novel instrument could be created by transferring the full, legal title to a third party, for the benefit of another or the transferor himself. The Courts held that there was

a fundamental difference between the feeoffee in Uses, known as the passive use and the transferee under a land trust, in that the former had legal title but lacked active connection. In case of dispute, where the transferee of the full legal title could in some way show that he was actively connected to the property he was entrusted, he was entitled to the legal title under Trusts as opposed to under the Bare Use. Trusts became enshrined in Law when the Crown's prerogative right to raise taxes ended in the late 17th century, as it meant that the neither passive nor active trusts would result in accrual of taxes.³

At the end of the 18th century, two elements led to a profound shake-up of the English Justice System. First of the two was the Industrial Revolution. Society became more urbanised and wealth was no longer solely gathered into Land. It was now necessary to shift old wealth into a more transferable form, and the wealthy invested in ventures and trades. (Waters: 2007: 217) Changes took place in the development of the rules governing the trustee's power, duties and liabilities. The overall theme of the development was that in judging the acts of the trustee, Courts were not to interfere too deeply into the exercise of the Trustee's discretion. A sense of autonomy prevailed. Standards of conduct for trustees were also refined. Trustees would be made personally accountable for losses arising out of dishonest conduct, negligence or imprudence.⁴ Also emphasized, was where there was more than one Trustee. The imposition of joint and several liability on trustees acting by majority vote might be seen as the very first form of modern corporate arrangement.



² Uses Act 1553

³ (Kerly: 1890 : 24v)

⁴ (Worthington: 2007: 12)

Trusts and its essential components

Historical surveys of the development of Trusts suggest it was developed for a variety of purposes, including to resolve conflicts and grant remedies in situations where Law could not. (Maitland: 1894) The modern use of Trusts has evolved far from its equitable origin in Medieval England, from managing land and inheritance, to the more recent use in managing abstract assets and securities, and yet it retains an underlying purpose of safeguarding conscience. According to the Rules of Equity, there are four main elements to the trusts: the existence of a binding obligation; the property held under trust; the nominal owner and; persons for whose benefit the property is being held. In order to be valid, these elements fall within certain rules and principles governing the circumstances of ownership, the nature of the property, as well as the purpose for which the arrangement is created. The said qualifications are often referred to as the “Three Certainties”. In brief, certainty of intent requires a clear intention to create a trust, which may be conveyed expressly in writing, or be implied by the court.⁵ Second, there must be certainty as to the object of the trust, that is the beneficiaries or the purpose for which the trust has been created must be sufficiently identifiable.⁶ Last, the subject, or property that is to be held on trust must be identifiable⁷. The three certainties are based on the logic of reasoning to ensure that there is an existing equitable ‘duty’ on the person who is in the position of the trustee, to act according to the best interests of the beneficiaries, and that such a duty is clear enough to be enforced by the courts. Similarly, another formal requirement created by the judiciary is the rule against perpetuities⁸. Created in the 18th century, the rule was to protect against the use of trusts to accumulate wealth within a concentrated group of individuals, and originally required that property be vested “within a life or lives in being plus 21 years.”⁹ The current English legislation prescribes the maximum period that a trust may exist as 125 years¹⁰.

The first point to observe from the perspective of a Codified system of Law like that of Thailand, is that although there are certain essential components to the creation of a valid trust, an express, written statement is not among them. Trusts can also be defined in accordance to the circumstances of categorization of trusts as according to the circumstances in which they are created, as will be seen in the following section.

The typology of trusts

In the English legal system, apart from the creation of trusts by legal statute, the classification of trusts may be classed as Express, Implied, Constructive and Resulting trusts. The former two types are intentionally created by a settlor, and bears similarity to trusts made available by the Thai Trusts Act. The latter two types of trusts are characteristic to the Common Law legal system, as they are not created by settlers, but ‘imposed’ by Court.

Express trusts are trusts which are voluntarily and unequivocally created and which are acknowledged and accepted by a trustee. (Petitt: 2009: 67) The nature of the terms set out by the settlor also refer to a sub-category of executory trusts; trusts subject to the fulfillment of a further condition¹¹ and discretionary trusts which do not specify in strict terms how the trust assets are to be distributed.¹²

Where a trust does not adequately meet the requirements set out in the principle of the three certainties, a trust may still be ‘implied’ by the Court. There is disagreement among academics as to the definition of the second type of trusts, e.g. implied trusts¹³ and can include both constructive trusts and resulting trusts. (Petitt: 2009: 67) It essentially connotes trusts which arise by operation of law. For instance, where a trust fails to meet all of the requirements of the principles of three certainties, a trust may be implied by court where the intention to establish a trust is inferred from words or action of the settlor.¹⁴

⁵ Re Kayford 1975 1All ER 604

⁶ Knight v Knight (1840) 3 Beav 148 ; Re Baden’s Deed Trusts (no 2) [1973]

⁷ Re Adams and Kensington Vestry [1884] Ch D 394

⁸ Bristow v Warde, [1775-1802] All ER Rep 369

⁹ Bristow v Warde, [1775-1802] All ER Rep 369

¹⁰ Section 5: Perpetuities and Accumulations Act 2009

¹¹ Stanley v. Lennard. (Reg. Lib. b. 1757, foL 273, nom. Stanley v. Burrcll.)

¹² McPhail v Doulton [1970] 2 WLR 1110

¹³ Megarry (1974) Re Vandervell’s Trusts (No.2) Cj 269 at 272

¹⁴ Parkin v Thorold (1852) 16 Beav 59

As classed by some academics to fall within the category of implied trusts, a 'Resulting Trust' is established by court where property is transferred to a third party, for whom the benefit was not intended.(Chambers: 1997: 42) Resulting trusts give rise to a legal assumption on voluntary transfers and purchases made in the name of a third party, that the property transferred or purchased property is held on trust to the transferor/ purchaser.¹⁵ Additionally, where the terms of a valid trust leads to an incomplete disposal of the trust assets, a resulting trust will be imposed over the remaining trust assets.¹⁶

In a similar way to resulting trusts, constructive trusts may be recognised by the court in absence of an express direction of the settlor. Constructive trusts arise by operation of the law, where it is considered that a person to whom the property is transferred has acted unconscionably, although there is much contention among both judges and academics as to the rationale underlying its imposition¹⁷ (Burn, Virgo: 2008: 279 and Pettitt: 2009).¹⁸ A constructive trust may be imposed on a trustee over profits generated out of existing trust assets.¹⁹ Constructive trusteeship may also be imposed on a person in possession of trust assets other than a purchaser for value in good faith without notice, and the beneficiaries may trace and recover the property in equity.²⁰ Additionally, in a contract to sell land, the seller becomes by operation of law, a constructive trustee with a duty to transfer the land.²¹ The purpose for the imposition of a trust is due to the unique nature of land, so that buyers are able to claim for the exact plot they have contracted for through the remedy of 'specific performance', which is only available in equity. These trusts have been referred to as institutional constructive trusts by academics and the judiciary, and the scope of their application continues to be developed.



Within the category of constructive trusts, other jurisdictions, particularly Canada and New Zealand have adopted the remedial constructive trust, as distinct form of trusts from that under the English institutional constructive trust. Remedial constructive trusts are formed where the facts of the case compel the judiciary to expressly declare a trust with the object of providing the wronged party with a remedy.²² Such use of trusts have been rejected by the English judiciary,²³ with the main objections being the effect of imposing such an order would have far-reaching effects on the rights of third parties, as well as amount to allowing the court to vary proprietary rights without Parliamentary authority.²⁴

Finally, trusts may be created by virtue of legislative enactments. The Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 for instance, was enacted to phase out the use of settled land and trusts for sale as such, it changed trusts for sale of land and²⁵ 'settled land' created under previous legislation²⁶ to 'trusts of land'. Another example is the Married Women's Property Act 1882 which created a trust in favour of objects on life assurance policies, at a time when property was not usually vested in women. It has been suggested that the nature of trusts implied by courts remain flexible in scope and definition for the purpose that it should remain adjustable to accommodate future ways to manage assets in both the

¹⁵ Tinsley v Milligan (1993) 3 All ER 65

¹⁶ Rayner v Preston (1881) 18 Ch D 1

¹⁷ See Lord Millet, Paragon Fiancnee v D B Thakerar & Co [1999] 1 All ER 400

¹⁸ Per Lord Millet, Air Jamaica Ltd v Charlton [1999] 1 WLR 1399 at 1412 and originally, per Lord Browne-Wilkinson in Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council [1996] AC 669 at 705

¹⁹ A-G for Hong Kong v Reid [1994] 1 All ER 1, PC

²⁰ Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington London Borough Council [1996]

²¹ Lysaght v. Edwards (1876) 2 Ch D 499

²² Canada: Muschinski v Dodds (1985) 160 CLR 583; New Zealand: Powell v Thompson [1991] 1 NZLR 597

²³ Re Polly Peck International (No 2) [1998] 3 All ER 812

²⁴ Cornish et al (eds.) (1998) Restitution Past, Present and Future OUP at p238

²⁵ Section 1 Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996

²⁶ Settled Land Act 1925

private and public domains. The body of Law governing trusts that is inherently grounded within the principles of Equity continues to evolve according to the contemporary demands of society. The then-Court of Chancery would create a trust where, on the circumstances of the case, there was held to be unconscionable conduct which led to the detriment of another. In order to justify a deviation from the result that would have been reached under Common Law, these rules and principles were developed and consistently enforced over time and form part of the substance of the Law of Trusts. Trusts as a legal mechanism itself, continue to be justified on this conceptual background that have developed over time into a body of the Law of Equity, although there is no longer a procedural separation between the Courts of Equity and the Courts of Law. However, its' original utility was to enable management interests in property so as to help avoid the levying of brutally unjust medieval taxation on inheritance by the Crown. (Maitland,1894: 1911: Kerly,1890) The functional aspect of trusts, in its' use to avoid the formal requirements imposed by Law, usually involving measures relating to taxation, is a concurrent theme to this day in Common Law jurisdictions.

Conclusion: Comparing English and Thai trusts and some future considerations.

Whereas the initial purpose for the creation of trusts in the English legal system was so that the Courts of Equity to provide justice where Common Law could not offer a just outcome, (Maitland: 1894) in the Thai legal system, trusts were introduced via the Trust for Transactions in Capital Market Act BE 2550 (2007). It allows for 'trusts' to be created by authorized financial institutions, for the specific purpose of enabling transactions on the Thai capital market. However, after more than half a decade since its' entry into force, there has yet to be a trust set up under this legislation. From the

many differences in the creation, type and purpose of trusts, it appears that the Thai trust was an attempt to introduce the English Common Law-style trusts largely, and perhaps, only, in terms of namesake. However, it can be observed that the historical circumstances surrounding the way in which trusts law was developed in the English legal system bears striking similarities to one particular element of the Thai legal and political history-- the birth and development of the system of appeal to the Kings' bench that developed into a parallel jurisdiction of Equitable Law in the English legal system and the ancient *Sukhothai* tradition of ringing the palace bell for appeal to the King. (Amatyakul, 1984) Despite the ban of trusts by the Thai Civil and Commercial Code, there have been informal practices embedded in custom and tradition that are similar in utility to the English Trust. One such example is the Chinese-influenced *Kong Si*, or reinstating the oldest male heir of the family as the executor of the family property and inheritance. Another may often be found in the informal arrangements to transfer legal proof of ownership into one family member to 'look after' the transferred asset or property on behalf of another. With the development of highly complex transactions in the Thai Stock Exchange, the shifting standards of moral obligations owed to family members, as well as the impending threat to raise inheritance tax, it might be asked whether it might time for the Thai, restrictive view of trusts to finally change. However, much caution would need to be exercised for such a grand scheme, having particular regard to the Thai legal and institutional framework and Thai legal culture and practices. On the one hand, it cannot be said that a Common Law-originated concept such as trusts is inherently incompatible to a Civil legal system such as that of Thailand, since existing procedures for adjudication in Thai Courts contain very much a Common Law element in its use of precedents. On the other hand, it must be made possible to distinguish between a genuine settlement of trusts and an illegal use of nominees.ⁱ 

ⁱ Amatyakul, 1984 The History of Sukhothai "Social and Cultural History of Northeastern Thailand from 1868-1910: A Historical and Cultural Perspective" Indian Journal of History and Archeology.

Burns and Virgo, 2008, Maudsley & Burn's: Trusts and Trustees Cases and Materials, OUP

Chambers, 1997, Resulting Trusts, OUP

Cornish et al (eds.) 1998 Restitution Past, Present and Future, OUP

Kerly, 1890, Sketch of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery: Being the Yorke

Maitland, 1894 "The Origin of Uses", 8 Harv. L. Rev. 127

Pettitt, 2009 Equity and the Law of Trusts, OUP

Underhill & Hayton, (2010) Law of Trusts and Trustees, 18th edition Butterworths

Waters, 2007 "The distinctive characteristics of the Anglo-Saxon trust", STEP France Conference, June 13th-14th 2007, unpublished

Worthington, 2006, Equity, 2nd edn. OUP, Oxford



ร่างกฎหมาย: การออกแบบกฎหมายต่อต้าน การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในระบบราชการ (Design of Anti-Corruption Law)

นายธรรมนิตย์ สุ่มันตกุล*

ปัจจุบันสังคมไทยเราตื่นตัวกับปัญหาคอร์รัปชันกันอีกครั้งหนึ่งจากประเด็น “ปฏิรูปการเมือง” ที่ผ่านมามีข้อเสนอทางกฎหมายและการอภิปรายเกี่ยวกับปัญหานี้อย่างมากมายและต่อเนื่อง ทุกคนในสังคมเห็นแล้วว่าคอร์รัปชันบ่อนทำลายเศรษฐกิจ การอภิปรายอันมีมายาวนานและสม่ำเสมอนี้ เป็นตัวชี้วัดในประเทศไทยว่าสถานการณ์ไม่ได้ดีขึ้นเลย บทความเกี่ยวกับปัญหาคอร์รัปชันต่างให้ข้อเสนอในการแก้ไขในแง่มุมต่าง ๆ ซึ่งเป็นเรื่องที่ดี และมักจบลงด้วยข้อเสนอแนะตามแบบแผน (conventional) เช่น การเพิ่มโทษให้คนหลายจำหรือเป็นการปรามให้กลัวการลงโทษที่แรง ขยายอายุความดำเนินคดีกฎหมายต้องมีประสิทธิภาพแต่ไม่บอกว่าต้องทำอะไร หรือสรุปเอาดี ๆ ว่าข้าราชการต้องทำตนเป็นผู้มีศีลธรรมนับถือศีล ๕ หรือประพฤติตนให้เหมาะสม ข้อเสนอเหล่านี้น่าสนใจ แม้ว่าจะถามว่า จะทำได้อย่างไร และทำไม บทความของผมนี้นี้เป็นการวิเคราะห์จากทฤษฎีของกฎหมาย-เศรษฐศาสตร์ และเศรษฐศาสตร์เชิงพฤติกรรมของคน และเสนอแนวคิดในการมีกฎหมายไม่ได้เป็นการลงรายละเอียด แต่อย่างน้อยก็เสนอว่าเหตุใดและทำไมควรมีหรือปรับปรุงกฎหมายเช่นนั้น

สำหรับผมแล้ว มุมมองที่ว่า การส่งเสริมให้ทุกคนต้องเป็นคนดีแล้วคอร์รัปชันจะหมดไปนั้นเป็นข้อเสนอ

ที่นอกเหนือเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ หากพิจารณาจากเศรษฐศาสตร์ที่ถือว่าสภาพของมนุษย์แสวงหาผลประโยชน์เพื่อตัวเองจากการใช้เหตุผล (rationality) ของเขา ถ้าเขาได้ประโยชน์เขาก็ทำ ถ้าไม่คุ้ม เขาก็ไม่ทำ ศิลหาคงดำเนินอยู่ถ้ามีแรงจูงใจจากจำนวนสินบนที่สูงมากหรือมีความไว้นั่นเชื่อใจกันสูง ต้องพึ่งเครื่องมืออื่น อันได้แก่ กฎหมายและกฎระเบียบ (regulations) ที่เป็นเครื่องมือแทรกแซงพฤติกรรมของคนที่มีคำแนะนำเรียกว่าเป็นเครื่องมือแทรกแซงความประพฤติ หรือ “interventionist”^๑ สามารถทำให้ไม่เกิดการแสวงหาประโยชน์ที่ไม่ชอบได้ หรืออย่างน้อยก็ทำให้คอร์รัปชันอยู่ในระดับที่ยอมรับได้ (optimal) เพราะปราบปรามอย่างไรก็คงไม่สิ้นซาก

Prof. Anthony Ogus ศาสตราจารย์กฎหมาย University of Manchester และ Erasmus University Rotterdam เขียนหนังสือและบทความเกี่ยวกับการร่างกฎหมายและกฎระเบียบ (regulations) ไว้มากมาย บทความของ Anthony Ogus เรื่องคอร์รัปชันนี้เป็นบทความเสนอต่อ Centre for Regulation and Competition หรือ CRC^๒ วิเคราะห์รอบความคิดเกี่ยวกับคอร์รัปชันและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการออกแบบกฎหมายในเชิงโครงสร้างกฎหมาย (legal framework) ในการแก้ปัญหา

* รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑ Anthony I. Ogus, Regulation: Legal Form and Economic Theory, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing 2004; Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge, Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice, 2ed, Oxford University Press 2012. หนังสือทั้งสองเล่มมีที่ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๒ Anthony Ogus, “Corruption and Regulatory Structure”, Paper to be delivered at CRC /CARR Risk Regulation, Accountability and Development Workshop, 26 June 2003. -- Centre for Regulation and Competition มีหน้าที่เกี่ยวกับการออกแบบกฎหมาย กฎระเบียบ และสถาบัน เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจโดยมีจุดประสงค์เพื่อลดความยากจน

บทความของ Ogus นี้ เริ่มจากการหาสาเหตุของคอร์รัปชันจากผลการวิจัยที่นักเศรษฐศาสตร์เสนอไว้แล้ว และข้อวิจารณ์ของ Ogus เริ่มว่า ข้อเสนอการแก้ปัญหาคอร์รัปชันมักจะมาจากข้อสันนิษฐานมากกว่าการแสดงข้อเท็จจริงในเชิงประจักษ์ เพราะง่ายที่จะเสนอเช่นนั้น แต่การทำข้อเสนอในเชิงพิสูจน์สมมติฐานก็ยากมาก เพราะขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่าง โดยเฉพาะบริบทของแต่ละสังคม ทำให้การกำหนดนิยามคอร์รัปชันไม่เหมือนกัน ข้อสรุปในทางกฎหมายจึงย่อมแตกต่างกันไปด้วย และยังมองกว้างเท่าใด ยังมีปัญหาในความคิดทางกฎหมายในการแก้ไขมากนัก พึงเข้าใจว่าคอร์รัปชันได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับลักษณะทางสังคมและสภาพการเมืองของแต่ละสังคมไปแล้ว การกระทำที่ทางกฎหมายในสังคมหนึ่งถือว่เป็นการคอร์รัปชันก็อาจไม่ผิดในเชิงเศรษฐศาสตร์ด้วยซ้ำไป สังคมไม่ได้ตำหนิว่าชั่วร้าย (evil) ทุกครั้งไป แต่บางสังคมยอมไม่ได้

บทความของ Ogus กล่าวถึงคอร์รัปชันในความหมายอย่างแคบ การออกแบบกฎหมายควรพิจารณาทั้งด้านข้อดีของคอร์รัปชันที่ยอมรับได้และข้อเสีย แต่ถ้าจะมองอย่างกว้างก็จะซีกเกินไปที่จะคาดหวังที่จะสำเร็จผลในแต่ละสังคม และจากนิยามนี้จะนำไปสู่ข้อเสนอ

๑. นิยาม และการแยกประเภทของคอร์รัปชัน (Typology of Corruption)

เพื่อประโยชน์ในการศึกษาผลของคอร์รัปชันสำหรับการออกแบบกฎหมาย Ogus กลับไปดูนิยามและสาเหตุที่มีการวิจัยไว้แล้ว ที่เสนอว่า “คอร์รัปชัน” เป็นการใช้อำนาจหน้าที่เพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตน เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับมอบหมายและความไว้วางใจให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ กระทำการโดยทุจริตเพื่อประโยชน์ของตนเอง (Bardhan, (1997), “Corruption and Development: A Review of Issues” *Journal of Economic Literature*, 1312.) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนของเจ้าหน้าที่ทับซ้อน (overlap) กัน การใช้ตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์ส่วนบุคคลนี้มาจากความบกพร่องของ

สัมพันธ์ระหว่างตัวการ/ตัวแทน (principal/agent) ที่ตัวการไม่สามารถควบคุมตัวแทนกระทำการตามวัตถุประสงค์ได้ (Rose-Ackerman, S. (1999), *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press.)

คอร์รัปชันอาจแยกประเภทเพื่อประโยชน์ในการออกแบบกฎหมาย ดังนี้

- **ประเภทที่ ๑** การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ เพื่อให้ได้ในสิ่งที่ต้องมีหรือต้องใช้ในสังคมหรือเพื่อการประกอบอาชีพ โดยเจ้าหน้าที่กระทำหรือละเว้นงานประจำ เช่น การออกใบอนุญาต (payments to execute socially desired outcomes)

- **ประเภทที่ ๒** การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ เพื่อให้ใช้ดุลพินิจเพื่อประโยชน์ของผู้ให้ เช่น ในการแข่งขันการประมูล เพื่อประโยชน์ของผู้ติดสินบนมากกว่าคู่แข่งคนอื่น ๆ (payments to exercise discretionary powers in favour of briber)

- **ประเภทที่ ๓** การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ เพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำที่คาดได้ว่าจะเป็นอันตรายต่อผู้ติดสินบน เขาไม่ต้องการให้เกิดสิ่งที่เขาไม่ต้องการ เช่น หลีกเลี่ยงการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายและกฎระเบียบ (payments to avoid expected action to detriment of briber)

- **ประเภทที่ ๔** การให้ผลประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ เพื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐตกลงที่จะไม่กระทำ (ละเว้น) การที่ผิดกฎหมาย หากเกิดขึ้นผู้ติดสินบนจะได้รับอันตรายหรือเสียหาย (payments to avoid illegal action by official)

๒. ประโยชน์ของคอร์รัปชันในทางเศรษฐกิจ (!?!)

คอร์รัปชันมีคุณค่า (value) อะไรหรือไม่ ถ้าเรามองทางด้านคุณค่าทางด้านการผลการกระทำ (objective value) โดยไม่มองจุดยืนทางศีลธรรมแล้ว จะพบว่า

- **ประการแรก** คอร์รัปชันมีประโยชน์ในทางเศรษฐกิจโดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาเมื่อกฎหมายและกฎเกณฑ์บางอย่างไม่มีประสิทธิภาพ โดยนัยที่ว่า

ช่องว่างที่ไม่มีกฎหมายหรือมีกฎหมายมากเกินไปนี้ สร้างความสูญเสียแก่สังคม ความสูญเสียนี้อาจแก้ไข ลดลงได้ด้วยการให้เอกชนจัดการเรื่องนั้นกันเอง เพราะกฎหมายเองกลับเป็นอุปสรรคและเป็นสาเหตุของคอร์รัปชัน ถ้าปล่อยให้เป็นไปตามกลไกตลาด แล้วยกเลิกหรือผ่อนปรนกฎเกณฑ์ (deregulation) จะดีกว่า ตัวอย่างก็คือ คอร์รัปชันประเภทที่ ๓ เพื่อจะได้ไม่มีพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ในการรับสินบน เมื่อไม่มีกฎหมายที่หยาบหยาบ ก็ไม่มีคอร์รัปชัน การแก้ปัญหาคอร์รัปชันจากประเภทนี้ คือ การผ่อนปรนกฎระเบียบ (deregulation) หรือทำให้การบริการของรัฐมีความคล่องตัว

- **ประการที่สอง** คอร์รัปชันเป็นการลดต้นทุนบริหารในระบบราชการ (administrative costs) ถ้าเจ้าหน้าที่รัฐได้ประโยชน์จากสินบนที่ต้องการ ด้วยทางลัด ต้นทุนประกอบการเหล่านั้นของเอกชน และของรัฐก็จะลดลง ทุกอย่างจะจบด้วยดี เป็นเรื่องตามตัวอย่างประเภทที่ ๑ เป็นไปได้ว่าสินบนช่วยลดกระบวนการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ผู้ออกใบอนุญาต หรือลดความล่าช้าของเจ้าหน้าที่ เรื่องนี้เรารู้จักกันดี ในพฤติกรรมที่เรียกว่า “ค่าน้ำร้อนน้ำชา” หรือฝรั่งก็รู้จักว่าเป็น “speed money” มีงานวิจัยตั้งแต่ทศวรรษที่ ๖๐ ที่อยากได้ใบอนุญาตเร็วก็ติดสินบนเจ้าหน้าที่เสียจะได้เร็วขึ้น แต่ความรุนแรงจะเพิ่มขึ้นในกรณีประเภทที่ ๒ (ติดสินบนในการประมูล) ถ้าความมีพร้อมในการจ่ายเงินและเชื่อถือใจกันได้ สองฝ่ายมีความไว้วางใจสูงต่อกัน หรือในกรณีที่ผู้ติดสินบนมีอิทธิพล โน้มนำการประมูลได้ เรียกว่าเงินสินบนมากพอ

- **ประการที่สาม** การจ่ายเงินที่ไม่ชอบนี้อาจทำให้ต้นทุนในการออกกฎเป็น internalized ของการออกกฎได้ (ในทางเศรษฐศาสตร์ “internalized” หมายถึง การทำให้ค่าใช้จ่ายกลับมาเป็นภาระของผู้ทำให้เกิดผลกระทบต่อกันอื่น เหมือนเช่นผู้ที่ทำให้เกิดมลพิษก็ต้องรับผิดชอบต่อสังคมด้วยต้นทุนค่าใช้จ่ายของเขาเองตามหลัก polluters pay) ลองพิจารณาประเภทที่ ๑ (เพื่อให้ได้ใบอนุญาต) จะเกิดขึ้นเมื่อค่าธรรมเนียมในการอนุญาตไม่คลุมถึงต้นทุนในการออกกฎ โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่เงินเดือนน้อย

การจ่ายสินบนของผู้ขอใบอนุญาตเป็นการที่ผู้ให้สินบนรับผิดชอบต้นทุนค่าใช้จ่ายเสียเลย ประโยชน์ตรงนี้นักกฎหมายอาจเข้าใจยากและรับไม่ได้ แต่ในความเป็นจริงทำให้ทุกอย่างจบลงได้ด้วยดี คือ ผู้ขอรับใบอนุญาตก็ได้ใบอนุญาตและประกอบอาชีพได้ด้วยเวลาไม่มากนัก ด้วยการเสียเงินบ้างแต่เล็กน้อย ผู้ต้องการเขารับผิดชอบจ่ายเอง จึงเป็นเหตุผลที่ทางราชการปรับปรุงระบบราชการโดยกำหนดเวลาแล้วเสร็จและลดขั้นตอน เช่น บริการศูนย์เบ็ดเสร็จ เป็นตัวอย่าง หรือการเพิ่มเงินเดือนข้าราชการชั้นผู้น้อย ก็มาจากการแก้ไขสาเหตุนี้

๓. ต้นทุนหรือผลเสียของคอร์รัปชัน (Costs of Corruption)

คงไม่ต้องกล่าวกันมากมาย แต่ในเชิงเศรษฐศาสตร์ ประการแรก ลองดูประเภทที่ ๓ (จ่ายเงินเพื่อให้เจ้าหน้าที่หลีกเลี่ยงหรือไม่บังคับการตามกฎหมาย) กฎหมายนั้นยอมเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม กรณีนี้สังคมส่วนรวมจะเสียประโยชน์จากการบังคับใช้กฎหมาย

ผลเสียประการที่สอง การแสวงหาค่าเช่าทางเศรษฐกิจ (rent-seeking) ค่าเช่าทางเศรษฐกิจก็คือ การให้สิทธิในการผูกขาด ส่วนภาครัฐเป็นผู้ก่อขึ้นเอง ผู้ได้รับสิทธิมีสิทธิที่จะเก็บกินจากสิทธินั้นโดยไม่ได้ลงทุนอะไรมากมาย โดยเฉพาะในประเทศไทยที่มีการวิ่งเต้นหรือสร้างเส้นสาย (คอร์รัปชัน) หรืออบรม



ให้ข้าราชการสร้างคอนเนกชันก็เป็นสาเหตุส่วนหนึ่งให้รัฐให้สิทธิแก่คนรู้จักหรือคุ้นเคย จึงมีเห็นอยู่บ่อย ๆ ค่าเช่าทางเศรษฐกิจไม่ทำให้สังคมได้ประโยชน์อะไร (deadweight loss) ดังที่เกิดขึ้นกับธุรกิจข้าวทั้งโควตาข้าวในยุคก่อน^๓ และการจำหน่ายข้าวที่เป็นข้าวและจากการวิจัยของ TDRi ในสมัยนี้^๔

ประการที่สาม ตลาดมืด คำนี้น่าจะเป็นที่พอใจของประชาชนคนไทยเพราะซื้อขายคล่อง แต่เป็นผลเสียของส่วนรวมที่รัฐไม่สามารถจัดระเบียบการค้าขายได้ โดยรัฐไม่สามารถสร้าง social order ผลที่ตามมาคือการขาดรายได้ภาษี ขาดการควบคุมคุณภาพปริมาณ และความปลอดภัยของสินค้า มีการโกงผู้บริโภคได้ง่าย และจึงเป็นที่มาของมาเฟียใต้ดินที่บังคับกฎหมายระหว่างกันด้วยความรุนแรง ดอกเบี้ยโหด และปัญหาสังคมอื่น ๆ บังคับกันด้วยวิธีที่นักวิชาการฝรั่งเรียกว่า “private enforcement”

การจ่ายเงินสินบนเพื่อให้ได้มาซึ่งใบอนุญาตในคอร์รัปชันประเภทที่ ๑ (จ่ายเงินให้ออกใบอนุญาต) ถ้ามองผู้รับใบอนุญาตแต่ละคนก็ไม่เห็นผลเสียอันใด เพราะต่างคนต่างจ่ายสินบน แต่ในส่วนรวมของสังคมเมื่อรวม ๆ ค่าใช้จ่ายกันแล้วก็เป็ค่าใช้จ่าย (charge) ในการทำธุรกรรม ซึ่งเป็นต้นทุนของการผลิตและการลงทุน เช่นเดียวกับภาษีค่าธรรมเนียมนอกกฎหมาย (unlawful taxation) ที่ผู้ประกอบการยอมไม่อาจตั้งเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อลดภาษีของกิจการ (tax liability) ได้ ทางด้านค่าใช้จ่ายที่เกิดจากองค์กรอาชญากรรมใต้ดิน ยิ่งเพิ่มต้นทุนของสังคม กระทบต่อผลผลิตจากการลงทุน มาจากการแสวงหาค่าเช่าทางเศรษฐกิจ

๔. รัฐและกฎหมายเป็นผู้ก่อให้เกิดคอร์รัปชันเอง?

ถ้าเราตัดเรื่องความสำนึกกับผิดชอบชั่วดีของคนออกไป (ผมไม่ได้หมายความว่าคอร์รัปชันไม่ได้มาจากคน คอร์รัปชันก็มาจากการกระทำของคนเป็นส่วนหนึ่ง) และพิจารณาถึงสาเหตุอื่น ๆ ที่ทำให้เกิดคอร์รัปชัน เราจะพบว่ารัฐและกฎหมายเป็นสาเหตุของคอร์รัปชันด้วย ดังนี้

๔.๑ กฎหมายเป็นผู้มอบหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ที่จะตัดสินใจที่กระทำให้ออกชนได้หรือเสียประโยชน์โดยผ่านทาง (๑) กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ (๒) การที่กฎหมายให้สิทธิกระทำการ (grant) (๓) การให้ใบอนุญาต (๔) กฎหมายกำหนดมาตรฐานและการควบคุมการผลิตที่ไม่ควรต้องควบคุม

๔.๒ การใช้อำนาจตาม ๔.๑ มาจากไหนก็มาจาก (๑) อำนาจในการผูกขาดของรัฐ ที่รัฐเป็นผู้ให้ค่าเช่าทางเศรษฐกิจเสียเอง ทางแก้ในทางเศรษฐศาสตร์ก็คือรัฐจะแบ่งปันค่าเช่าทางเศรษฐกิจให้รายอื่นบ้าง (๒) เกิดมาจากสภาพการไร้สมมาตรของข้อมูลข่าวสาร ทางแก้ก็คือการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชนผู้บริโภคที่ถูกต้องครบถ้วน และ (๓) จากการใช้ดุลพินิจทางแก้ก็คือมีกระบวนการตรวจสอบความชอบของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งเป็นเรื่องของหลักกฎหมายปกครอง 

อ่านต่อฉบับหน้า

เครื่องมือในการสู้กับคอร์รัปชัน

(Devises for Combating Corruption)

^๓ อภิชัย พันธเสน และมนตรี เจนวิทย์การ, การเมืองเรื่องข้าว: นโยบาย ประเด็นปัญหา และความขัดแย้ง, โครงการศึกษานโยบายสาธารณะสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, หน้า ๔๔, ๒๕๓๑. (สืบค้นจาก E-Book โดยโครงการ Open School Change Fusion)

^๔ นิพนธ์ พัวพงศกร และจิตรกร จารุงษ์, โครงการศึกษามาตรการแทรกแซงตลาดข้าวเพื่อกันการทุจริต: การแสวงหาค่าตอบแทนส่วนเกินและเศรษฐศาสตร์การเมืองของโครงการรับจำนำข้าวเปลือก “Rent Seeking Activities and the Political Economy of the Paddy Pledging Market Intervention Measures”, (มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย), ผลงานวิจัยของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, ตุลาคม ๒๕๕๓.



นายดิสทัต โหตระกิตย์

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา คนที่ ๑๕

กฤษฎีกาสารณฉบับนี้ ขอนำเสนอประวัติเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาท่านใหม่ นายดิสทัต โหตระกิตย์ ซึ่งได้รับโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่ง เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ตั้งแต่วันที่ ๑๑ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๗ ประวัติโดยสังเขป

เกิดเมื่อวันที่ ๗ มีนาคม ๒๕๐๑

การศึกษา

- นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (พ.ศ. ๒๕๒๓)
- ปริญญาโท D.E.A. de DROIT PUBLIC มหาวิทยาลัย STRASBOURG III (Robert Schuman) (พ.ศ. ๒๕๒๘)
- ประกาศนียบัตรชั้นต้นทางกฎหมายเปรียบเทียบ มหาวิทยาลัย STRASBOURG III (Robert Schuman) (พ.ศ. ๒๕๒๙)
- ประกาศนียบัตรทางการบริหารรัฐกิจ วิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ (ENA) ประเทศฝรั่งเศส (พ.ศ. ๒๕๔๓)



ประสบการณ์การทำงาน

- ช่วยปฏิบัติราชการสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี (สมัยรัฐบาลชุนนายชวน หลีกภัย) (พ.ศ. ๒๕๔๐ - ๒๕๔๒)
- ช่วยปฏิบัติราชการสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี (ปฏิบัติงานช่วยสนับสนุนภารกิจด้านกฎหมายของรองนายกรัฐมนตรี (นายวิษณุ เครืองาม)) (พ.ศ. ๒๕๔๘ - ๒๕๔๙)
- ช่วยปฏิบัติราชการสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี (ปฏิบัติงานช่วยสนับสนุนภารกิจด้านกฎหมายของรองนายกรัฐมนตรี (นายสหัส บัณฑิตกุล)) (พ.ศ. ๒๕๕๑)
- ช่วยปฏิบัติราชการสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี (ปฏิบัติงานช่วยสนับสนุนภารกิจด้านกฎหมายของรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (นายสาทิตย์ วงศ์หนองเตย) (พ.ศ. ๒๕๕๒ - ๒๕๕๔)
- ผู้ช่วยผู้ประสานงานคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา (ปร.) (พ.ศ. ๒๕๕๓ - ๒๕๕๕)

ประวัติการรับราชการ

เริ่มรับราชการในตำแหน่ง นิติกร ๓ กองยกร่างกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ ๒๖ มกราคม ๒๕๒๔ จากนั้นดำรงตำแหน่งสำคัญ ๆ ดังนี้

- หัวหน้าสำนักเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (นายอักษรพร จุฬารัตน)
- ผู้อำนวยการสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน (นิติกร ๘ บก.)
- ผู้อำนวยการสำนักกฎหมายต่างประเทศ (นิติกร ๘ บก.)
- กรรมการร่างกฎหมายประจำ (นิติกร ๙ ขช.)
- กรรมการร่างกฎหมายประจำ (นักกฎหมายกฤษฎีกาทรงคุณวุฒิ)
- รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (นักบริหารสูง)

ประวัติการฝึกอบรมดูงาน

- | | |
|--|----------------------------|
| - อบรมหลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร รุ่นที่ ๕๓ | วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร |
| - อบรมหลักสูตร นักบริหารระดับสูง : ผู้นำที่มีวิสัยทัศน์และคุณธรรม รุ่นที่ ๔๗ | สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ |
| - อบรมหลักสูตร Director Certification Program | สำนักงาน ก.พ. |
| - อบรมหลักสูตรธรรมาภิบาลเพื่อการพัฒนาอุดมศึกษาของชาติ | สถาบันกรรมการบริษัทไทย |
| - อบรมหลักสูตรผู้บริหารงานด้านกฎหมายภาครัฐระดับสูง รุ่นที่ ๑ | สถาบันคลังสมองของชาติ |
| | สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา |

ประวัติการฝึกอบรมดูงาน

- อบรมหลักสูตร Administration Litigation and Supervision
- อบรมหลักสูตร Public Administration
- อบรมหลักสูตร ความรู้เบื้องต้นในการร่างกฎหมาย

สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศส

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

กรรมการและกรรมาธิการ

- กรรมการในคณะกรรมการการบริหารราชการแผ่นดิน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ
- กรรมการในคณะกรรมการสื่อสารมวลชน การวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสารสนเทศ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ
- กรรมการในคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ ..)

พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ

- กรรมการในคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๕๘

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ

- กรรมการในคณะกรรมการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติ ความประพฤติ และพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคล
ผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดิน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ

- กรรมการในคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอคณะรัฐมนตรี คณะที่ ๑ ของสำนักงานเลขาธิการ
คณะรัฐมนตรี

- กรรมการในคณะกรรมการที่ปรึกษากฎหมายสำนักงาน กสทช.
- กรรมการในคณะกรรมการเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย
- กรรมการในคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
- กรรมการในคณะกรรมการกำกับดูแลกิจการ บริษัท อสมท จำกัด (มหาชน)
- กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมาย ของสำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

เครื่องราชอิสริยาภรณ์

จักรธำภรณ์มงกุฎไทย	พ.ศ. ๒๕๒๙
จักรธำภรณ์ช้างเผือก	พ.ศ. ๒๕๓๔
ตรีธำภรณ์มงกุฎไทย	พ.ศ. ๒๕๓๖
ตรีธำภรณ์ช้างเผือก	พ.ศ. ๒๕๔๐
ทวีธำภรณ์มงกุฎไทย	พ.ศ. ๒๕๔๒
ทวีธำภรณ์ช้างเผือก	พ.ศ. ๒๕๔๖
ประถมาภรณ์มงกุฎไทย	พ.ศ. ๒๕๔๙
เหรียญจักรพรรดิมาลา	พ.ศ. ๒๕๔๙
ประถมาภรณ์ช้างเผือก	พ.ศ. ๒๕๕๒
มหาวชิรมงกุฎ	พ.ศ. ๒๕๕๕
มหาปรมาภรณ์ช้างเผือก	พ.ศ. ๒๕๕๗



ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับ อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง*

นายศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์**

(ต่อจากฉบับที่แล้ว)

๒. ผลของความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่

๒.๑ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของ การกระทำทางปกครอง

กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการใดไปโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำอื่นใดก็ตาม ส่วนปัญหาว่าความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่จะทำให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าตั้งแต่ต้น หรือเป็นเพียงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย “ธรรมดา” ที่ทำให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองอาจถูกเพิกถอนได้ แต่ยังคงมีผลบังคับจนกว่าจะถูกเพิกถอนให้สิ้นผลไป ในปัญหานี้ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มีคำตอบแตกต่างกันไป

สำหรับคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ในแง่ของเรื่อง (compétence ratione materiae) เนื่องจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งก้าวล่วงไปทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่งนั้น ในบางประเทศ เช่น เยอรมัน ถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นอาจตกเป็น

โมฆะ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ป่าไม้มีคำสั่งติดตั้งป้ายจราจร ทั้งที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ควบคุมการจราจร^๑ หรือการที่เทศบาลออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ทั้งที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานด้านผังเมือง^๒ ในทำนองเดียวกัน กฎหมายโปรตุเกสก็ค่อนข้างเข้มงวดโดยถือว่าคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ทำขึ้นนอกเหนืออำนาจหน้าที่ของกระทรวงหรือองค์กรกลุ่มที่ตนสังกัดอยู่ตกเป็นโมฆะ^๓ ขณะที่กฎหมายสเปนถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยองค์กรที่ปราศจากอำนาจหน้าที่ในแง่ของเรื่องโดยชัดแจ้งเท่านั้นที่จะตกเป็นโมฆะ^๔ ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐได้มีแนวคำวินิจฉัยชัดเจนมาโดยตลอดว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นไม่ถือเป็นความบกพร่องร้ายแรงถึงขั้นที่ทำให้คำสั่งตกเป็นโมฆะ เพียงแต่เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ เช่น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการโพ้นทะเลทำคำสั่งทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกิจการอาณานิคม^๕ ซึ่งมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัยในแนวทางนี้เป็นเพราะโครงสร้างการบริหารราชการมีความซับซ้อน

* เอกสารประกอบการบรรยายวิชา น. ๕๖๙ สัมมนากฎหมายมหาชน “หลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน” จัดโดยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๗ ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๑ คำพิพากษาศาลสูงแห่งบาเยิร์น BayObLG NVwZ 1984, p.399. อ้างใน MAURER (H.), Droit administratif allemand, traduction par Michel Fromont, (Paris : L.G.D.J., 1992), p. 262.

^๒ คำพิพากษาศาลปกครองแห่งบาเดน-เวือร์ทเทมแบร์ก VBIBW 1983, p.25. อ้างในเรื่องเดียวกัน, p. 262.

^๓ มาตรา ๑๓๓ วรรคสอง (b) แห่งประมวลกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Código de procedimiento administrativo)

^๔ มาตรา ๖๓ (b) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)

^๕ C.E. Sect., 18 décembre 1953, Welter, R. p. 564.

และอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานต่าง ๆ อาจเกี่ยวพันกัน ได้ การที่เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองนอกกรอบอำนาจของตนไปบ้าง จึงเป็นการสำคัญผิดที่ไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่ทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะ^๖

ทั้งนี้ กฎหมายของบางประเทศได้ให้ความสำคัญกับอำนาจหน้าที่ในแง่ของพื้นที่ (compétence ratione loci) เป็นพิเศษ โดยถือว่าในบางกรณีการที่เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองนอกเขตพื้นที่รับผิดชอบของตน ถือเป็นความบกพร่องร้ายแรงถึงขั้นเป็นเหตุให้คำสั่งตกเป็นโมฆะ เช่น กฎหมายเยอรมันที่บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งนอกเหนือเขตพื้นที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนและเป็นเรื่องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ย่อมตกเป็นโมฆะ^๗ ตัวอย่างเช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกคำสั่งให้บุคคลรื้อถอนอาคารทั้งที่อาคารที่พิพาทตั้งอยู่นอกเขตพื้นที่รับผิดชอบของตน ขณะที่กฎหมายสเปนถือว่าคำสั่งที่ทำขึ้นโดยองค์กรที่ปราศจากอำนาจหน้าที่ในแง่ของพื้นที่โดยชัดแจ้งเท่านั้น จึงจะตกเป็นโมฆะ^๘

โดยทั่วไปแล้วเราอาจสรุปได้ว่า เหตุบกพร่องในอำนาจหน้าที่ที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองตกเป็นโมฆะได้นั้นต้องเป็นความบกพร่องในอำนาจหน้าที่อย่างร้ายแรง และชัดแจ้งเท่านั้น ดังที่ฝ่ายตำราในฝรั่งเศสเสนอความเห็น ว่า ต้องเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย “อย่างชัดแจ้ง สุดโต่ง และสมบูรณ์”^๙ คือเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยสิ้นเชิง เช่น กรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองก้าวล่วงไปใช้อำนาจขององค์กรอื่น^{๑๐} ตัวอย่างเช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งประกาศให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลเป็นโมฆะ ทั้งที่เรื่องดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาล^{๑๑} ซึ่งมี

ข้อสังเกตว่ากฎหมายอิตาลีก็มีแนวคิดทำนองเดียวกัน โดยแยกกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ตกเป็นโมฆะเนื่องจากเป็น “การกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่โดยสิ้นเชิง” และคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้เพราะมี “เหตุบกพร่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่หรือทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ที่ปราศจากอำนาจ”^{๑๒} อย่างไรก็ตาม กฎหมายของบางประเทศดูเหมือนจะเคร่งครัดกับหลักในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นพิเศษ เช่น กฎหมายออสเตรเลียที่ถือว่า “คำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น” ตกเป็นโมฆะ^{๑๓} โดยไม่คำนึงว่าเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจอย่างชัดแจ้ง หรือโดยสิ้นเชิงหรือไม่

สำหรับระบบกฎหมายไทย แม้ว่าจะไม่มีการบัญญัติเกี่ยวกับความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่แนวคิดในเรื่องดังกล่าวก็เป็นที่ยอมรับนับถือในฐานะหลักทั่วไป เห็นได้จากการที่องค์กรทางกฎหมายต่าง ๆ ได้เริ่มนำแนวคิดในเรื่องนี้มาใช้บ้างแล้ว ซึ่งมีข้อสังเกตว่า ที่ผ่านมารณิติวิธีวินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะหรือไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมายนั้นล้วนเป็นกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาสาระขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง เช่น คำสั่ง



^๖ GAZIER (F.) et LONG (M.), chronique de jurisprudence administrative, A.J.D.A. 1954, p. 5.

^๗ มาตรา ๔๔ วรรคสอง (๓) แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (VwVfG)

^๘ มาตรา ๖๓ (b) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común)

^๙ BOULOUIS (J.), “Rapport sur l’inexistence, la nullité et l’annulabilité des actes juridiques en droit public français”, Travaux de l’association Henri Capitant, Journées de Turin, 4-7 juin 1962, p. 792.

^{๑๐} WEIL (P.), “Une résurrection : la théorie de l’inexistence en droit administratif”, D. 1958, chron., p. 50 et 51.

^{๑๑} C.E., 31 mai 1957, Rosan Girard, R. p. 335.

^{๑๒} มาตรา ๒๑ สัตต แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Legge concernenti norme generali sull’azione amministrativa)

^{๑๓} มาตรา ๖๘ วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz)

ให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนทั้งที่มีได้กระทำละเมิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง^{๑๔} การออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. ๓ ก.) ในเขตป่าไม้อาคารหรือในเขตป่าสงวนแห่งชาติ^{๑๕} หรืออาจเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงและขัดแย้งในลักษณะอื่น ๆ เช่น คำสั่งแต่งตั้งบุคคลที่เสียชีวิตแล้วเป็นกรรมการในคณะกรรมการชุดหนึ่ง^{๑๖} แต่ทั้งนี้ยังไม่เคยมีกรณีที่วินิจฉัยว่าคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ กรณีจึงอาจสรุปได้ในขั้นนี้ว่า คำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ แต่ไม่ถึงขั้นตกเป็นโมฆะหรือไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย^{๑๗}

๒.๒ ความบกพร่องที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการหนึ่งซึ่งศาลปกครองใช้เพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครอง^{๑๘} โดยระบบกฎหมายของนานาอารยประเทศมองว่าเป็นเหตุบกพร่องค่อนข้างร้ายแรง จึงถือเป็น “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” (moyen d’ordre public) ที่ศาลปกครองสามารถยกขึ้นวินิจฉัยได้เองแม้ผู้ฟ้องคดีจะมีได้กล่าวอ้างในคำฟ้อง^{๑๙} สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสได้ยึดถือหลักนี้มาช้านานแล้ว^{๒๐} โดยผู้ฟ้องคดีสามารถยกประเด็นเกี่ยวกับความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองขึ้นกล่าวอ้างได้เสมอไม่ว่าในขั้นตอนใดของกระบวนการพิจารณา เช่น ยกขึ้นในชั้นอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษา^{๒๑} หรือหากผู้ฟ้องคดีไม่ยกขึ้นกล่าวอ้างศาลปกครองก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้^{๒๒} ซึ่งหลักดังกล่าวนอกจากจะใช้กับกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองไม่มีอำนาจเองแล้ว ยังใช้กับกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎหมายซึ่งใช้เป็นฐานในการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่พิพาทนั้นไม่มีอำนาจด้วย^{๒๓} ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดของไทยก็เคยวินิจฉัยว่าความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็น “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ที่ศาลปกครอง



^{๑๔} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๓๐๐/๒๕๕๑

^{๑๕} ความเห็นคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ ๒๖๘/๒๕๕๒

^{๑๖} ความเห็นคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ ๘๙๘/๒๕๕๔

^{๑๗} ตัวอย่างเช่น ความเห็นคณะกรรมการวิधिปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ ๗๔๔/๒๕๕๓

^{๑๘} ดังที่ปรากฏในมาตรา ๙ (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งรวมถึงกรณีที่ “กระทำได้โดยไม่อำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่”

^{๑๙} สำหรับรายละเอียดในเรื่องนี้ โปรดดู สุริย เฝ้าสุขถาวร, “เหตุเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง”, ใน สำนักงานศาลปกครอง, รวมบทความทางวิชาการ เล่ม ๔: กฎหมายปกครองต่างประเทศ (กรุงเทพฯ: สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๕๑), หน้า ๘๘-๑๐๖.

^{๒๐} C.E., 27 février 1880, Commune de Chebli, R. p. 211.

^{๒๑} C.E. Sect., 11 décembre 1942, Roussel, R. p. 348.

^{๒๒} C.E., 27 novembre 1970, Époux Tunchat, R. p. 706.

^{๒๓} C.E., 6 décembre 1991, Cierco, R. p. 419.

สามารถยกขึ้นวินิจฉัยได้เอง โดยในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัย แม้ผู้ฟ้องคดีจะมีได้กล่าวอ้างว่าผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยไม่ใช่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย แต่ศาลปกครองก็มีอำนาจยกปัญหาดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยได้เอง และเมื่อการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะผู้แต่งตั้งไม่มีอำนาจเสียแล้ว ผลการสอบสวนทางวินัยและคำสั่งลงโทษทางวินัยย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วย ศาลจึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่พิพาทนั้น^{๒๔}

๒.๓ ปัญหาการเยียวยาความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า การกระทำใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ก็มีปัญหาว่าคิดว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจได้กระทำการใดไป จะให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายให้สัตยาบันเพื่อเยียวยาให้การกระทำนั้นมีผลสมบูรณ์ได้หรือไม่ หากในทางแพ่งอาจมีการให้สัตยาบันต่อนิติกรรมที่เป็นโมฆียะเพื่อรับรองให้นิติกรรมนั้นมีผลสมบูรณ์แต่เริ่มแรกได้ ในทางปกครองดูเหมือนจะยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนเท่าใดนัก

หากพิจารณาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ จะพบว่าหลายประเทศไม่ยอมรับแนวคิดในเรื่องการให้สัตยาบัน (ratification) ต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ โดยในฝรั่งเศสสภาแห่งรัฐได้มีแนวคำวินิจฉัยมาโดยตลอดว่า การที่องค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจได้ให้ความเห็นชอบ ยินยอม หรือให้สัตยาบันต่อคำสั่งทางปกครองที่ทำขึ้นโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจ ย่อมไม่มีผลเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ให้มีผลสมบูรณ์ขึ้นมาได้ เช่น กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งอนุญาตให้บุคคลเปิดร้านขายยา ทั้งที่การอนุญาตในเรื่องนี้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข แม้ต่อมารัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขจะ “ให้ความเห็นชอบ” ต่อคำสั่งอนุญาตของผู้ว่าราชการจังหวัด ก็ไม่มี

ผลลบถึงความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งแต่อย่างใด^{๒๕} หรือกรณีเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจได้ทำคำสั่งทางปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของรัฐมนตรี และต่อมามีการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งดังกล่าว แม้รัฐมนตรีจะได้ “ยินยอม” คำสั่งที่พิพาทในชั้นที่จัดทำคำให้การยื่นต่อศาลปกครอง ก็ไม่ทำให้คำสั่งนั้นสมบูรณ์ขึ้นมาได้^{๒๖} โดยฝ่ายตำรวจได้อธิบายถึงเหตุผลที่ไม่อาจยอมรับวิธีการให้สัตยาบันว่ามีอยู่สองประการด้วยกัน^{๒๗}

ประการแรก การที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายได้ให้สัตยาบันต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ ย่อมขัดต่อ “หลักการใช้อำนาจเป็นการเฉพาะตัว” (principe de l'exercice personnel de la compétence) ที่เรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายต้องเป็นผู้ใช้อำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้ไว้ด้วยตัวเอง หากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายเห็นชอบกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ ย่อมเท่ากับเป็นการยินยอมให้บุคคลอื่นเข้ามาเป็นผู้ใช้อำนาจแทนตน โดยถือว่าการใช้อำนาจของบุคคลนั้นเป็นเสมือนกรณีที่ตนเป็นผู้ใช้อำนาจเสียเอง ทั้งที่ตามความเป็นจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่

ประการที่สอง การให้สัตยาบันเป็นวิธีการที่ขัดต่อ “หลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง” (principe de non-rétroactivité des actes administratifs) เพราะการที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ให้สัตยาบันต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ ย่อมประสงค์ให้มีผลเป็นการเยียวยาการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจให้สมบูรณ์ย้อนหลังไปในอดีต นับแต่เวลาที่ได้กระทำการนั้น

ทั้งนี้ วิธีการเดียวที่จะแก้ไขปัญหานั้นเกิดจากความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ก็คือ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายจะต้องออกกฎหรือทำคำสั่งทางปกครองหรือดำเนินการในเรื่องนั้นเสียใหม่ให้เป็นที่ยึดถือ

สำหรับระบบกฎหมายไทย ปัญหาเกี่ยวกับการให้สัตยาบันต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ ดูเหมือนจะยังไม่มีคำตอบเป็นที่ยุติ โดยคำวินิจฉัยของ

^{๒๔} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๗๘๐/๒๕๕๕

^{๒๕} C.E., 2 novembre 1939, Wagner, R. p. 547.

^{๒๖} C.E., 13 mars 1959, Pieux, R. p. 299.

^{๒๗} EISENMANN (C.), Cours de droit administratif, (Paris : L.G.D.J., 1983), p. 89.

องค์กรทางกฎหมายในบางกรณีได้ปฏิเสธวิธีการให้สัตยาบัน แต่บางกรณีก็ยอมรับวิธีการดังกล่าวเพื่อเยียวยาความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ ดังเช่นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เคยวินิจฉัยว่า กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดได้สั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเพื่อลงโทษข้าราชการครูในสังกัดกรมสามัญศึกษาซึ่งรับราชการประจำอยู่ที่จังหวัด ทั้งที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมิใช่ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการต่างสังกัดที่ประจำในส่วนภูมิภาคและไม่มีอำนาจสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนแก่ข้าราชการดังกล่าว นั้น อธิบดีกรมสามัญศึกษาในฐานะผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกสอบสวนย่อมไม่อาจอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๑๘ มอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนอธิบดีโดยให้มีผลย้อนหลังได้ เพราะจะเป็น “การให้สัตยาบันการกระทำที่ผู้ว่าราชการจังหวัดได้กระทำไปโดยไม่มีอำนาจ” ซึ่งอยู่นอกขอบเขตของประกาศคณะปฏิวัติฯ ดังนั้น การที่อธิบดีกรมสามัญศึกษาได้มีคำสั่งมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติราชการแทนโดยให้มีผลย้อนหลังจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ทำให้คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนของผู้ว่าราชการจังหวัดมีผลใช้บังคับขึ้นมาได้^{๒๔} อย่างไรก็ดี บางครั้งคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ยอมรับวิธีการให้สัตยาบันหากมีบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้เป็น “ฐาน” ในการออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังได้ เช่น กรณีที่โรงพยาบาลราชบุรีได้ยื่นคำขอรับการสนับสนุนเงินช่วยเหลือในการจัดทำการศึกษาวิเคราะห์การใช้พลังงานเบื้องต้นจากกองทุนเพื่อส่งเสริมการอนุรักษ์

พลังงาน และได้รับความเห็นชอบสนับสนุนเงินช่วยเหลือจากกองทุนฯ จากกรมพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน แม้ว่า การดำเนินการดังกล่าวจะไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่กำหนดให้ผู้ขอรับการสนับสนุนจากกองทุนฯ ต้องเป็นหัวหน้าส่วนราชการ ซึ่งกรณีของโรงพยาบาลราชบุรี คือ ปลัดกระทรวงสาธารณสุข แต่ปรากฏว่าผู้อำนวยการโรงพยาบาลราชบุรี กลับเป็นผู้ดำเนินการเองทั้งหมด แต่ปลัดกระทรวงสาธารณสุขในฐานะหัวหน้าส่วนราชการของสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขก็อาจ “ออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังให้การที่ผู้อำนวยการโรงพยาบาลราชบุรีได้ดำเนินการไปเกี่ยวกับการขอรับการสนับสนุนจากกองทุนฯ มีผลสมบูรณ์ตามมาตรา ๓๙^{๒๕} วรรคสอง (๑) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้”^{๓๐} กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้ว่าผู้อำนวยการโรงพยาบาลราชบุรีจะไม่อยู่ในฐานะหัวหน้าส่วนราชการที่จะขอรับการสนับสนุนจากกองทุนฯ ได้ แต่ก็อาจให้ปลัดกระทรวงสาธารณสุข “ให้สัตยาบัน” ต่อการกระทำของตนย้อนหลังไปนับแต่วันที่มีการยื่นคำขอเพื่อให้การยื่นคำขอนั้นเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย โดยอาศัยวิธีการกำหนดเงื่อนไขให้คำสั่งทางปกครองมีผลย้อนหลังไปในอดีต^{๓๑}

นอกจากคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ศาลปกครองสูงสุดก็เคยยอมรับการให้สัตยาบันต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ ทั้งนี้ โดยใช้วิธีการให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจให้ความเห็นชอบในภายหลัง เช่น กรณีที่คณะบดี

^{๒๔} ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรมการร่างกฎหมาย กองที่ ๖) เรื่องเสร็จที่ ๒๒๔/๒๕๑๙

^{๒๕} มาตรา ๓๙ การออกคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่อาจกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดข้อจำกัดดุลพินิจเป็นอย่างอื่น การกำหนดเงื่อนไขตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในกรณีดังต่อไปนี้ ตามความเหมาะสมแก่กรณีด้วย

(๑) การกำหนดให้สิทธิหรือภาระหน้าที่เริ่มมีผลหรือสิ้นสุด ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๓๐} ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑) เรื่องเสร็จที่ ๑๑๓/๒๕๔๓

^{๓๑} อย่างไรก็ตาม นาคิดว่าการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะนี้จะสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติมาตรา ๓๙ วรรคสอง (๑) หรือไม่ เพราะโดยหลักแล้วบทบัญญัตินี้จะใช้สำหรับการกำหนดเวลาเริ่มมีผลหรือสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองที่สร้างขึ้นใช้บังคับในเรื่องต่าง ๆ ตามปกติ เช่น กำหนดให้สิทธิในการประกอบกิจการตามใบอนุญาตเริ่มมีผลนับแต่วันใด แต่กรณีนี้เป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายจะมีคำสั่งยืนยันการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ เพื่อเยียวยาให้การกระทำนั้นมิได้สมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งแม้ว่าการดำเนินการดังกล่าวอาจจะไม่ขัดต่อหลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองต้องไม่เกิดผลย้อนหลัง เพราะมีบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองให้มีผลย้อนหลังได้ แต่การให้สัตยาบันก็ยังขัดต่อหลักการใช้อำนาจเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ หากยอมรับให้ใช้วิธีการกำหนดเงื่อนไขให้คำสั่งทางปกครองมีผลย้อนหลังเพื่อเปิดช่องให้มีการให้สัตยาบันต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจได้เป็นการทั่วไปแล้ว หลักเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจไม่มีความหมายอีกต่อไป

คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ได้ออกคำสั่งให้อาจารย์วิชาฟิสิกส์อิเล็กทรอนิกส์สอนในวิชาดังกล่าว ทั้งที่คณบดีไม่อาจใช้อำนาจในฐานะผู้บังคับบัญชาของคณะหรือในฐานะประธานคณะกรรมการประจำคณะวิทยาศาสตร์ออกคำสั่งให้ดสอนได้โดยลำพัง เพราะการออกคำสั่งให้ดสอนอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการประจำคณะวิทยาศาสตร์ตามมาตรา ๓๑ (๕) แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยมหาสารคาม พ.ศ. ๒๕๓๗ แต่ในภายหลังเมื่อปรากฏว่า คณบดีได้เสนอเรื่องการสั่งให้ดสอนต่อที่ประชุมคณะกรรมการประจำคณะวิทยาศาสตร์ และที่ประชุมได้พิจารณาให้ความเห็นชอบกับคำสั่งให้ดสอนแล้ว จึงถือว่าคณบดีมีอำนาจออกคำสั่งดังกล่าวได้ตามมาตรา ๔๑^{๓๒} วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ^{๓๓}

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดข้างต้น มีปัญหาน่าพิจารณาว่า บทบัญญัติมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะนำมาใช้บังคับแก่กรณีนี้ได้หรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา ๔๑ เป็นบทบัญญัติที่เปิดช่องให้มีการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในวิธีพิจารณาเนื่องจากมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือรูปแบบที่กฎหมายกำหนด เช่น ไม่มีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง ไม่ได้ระบุเหตุผลประกอบคำสั่ง หรือเจ้าหน้าที่อื่นมิได้ให้ความเห็นชอบก่อนออกคำสั่ง หากได้ปฏิบัติตามวิธีพิจารณาที่กฎหมายกำหนดในภายหลัง ถือว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกไปมีผลสมบูรณ์สำหรับมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง (๔) นั้น โดยปกติเป็นกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง แต่จะต้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่งให้ความเห็นชอบก่อน หากออกคำสั่งไปโดยไม่มีการให้ความเห็นชอบ ก็อาจเยียวยาความบกพร่องโดยให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ ทว่ากรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดข้างต้นนี้ คณบดีคณะวิทยาศาสตร์ไม่มีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้อาจารย์ดสอนได้ เพราะเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

ของคณะกรรมการประจำคณะวิทยาศาสตร์ คำสั่งที่คณบดีทำขึ้นจึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง มิใช่บกพร่องในวิธีพิจารณา หรือขั้นตอนการให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่อื่น อันจะอยู่ในข่ายที่เยียวยาได้โดยการให้ความเห็นชอบในภายหลังตามมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง (๔) กรณีจึงเป็นเรื่องแปลก ที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าคณบดีคณะวิทยาศาสตร์มีอำนาจออกคำสั่งได้ หากคณะกรรมการประจำคณะวิทยาศาสตร์ได้ให้ความเห็นชอบในภายหลังต่อการออกคำสั่งนั้น ทั้งนี้ การที่คณะกรรมการประจำคณะวิทยาศาสตร์ในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งได้ให้ความเห็นชอบต่อการออกคำสั่งของคณบดีคณะวิทยาศาสตร์ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งย่อมพิเคราะห์ได้ว่ามีลักษณะเป็นการ “ให้สัตยาบัน” ต่อการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและเท่ากับศาลปกครองสูงสุดยอมรับวิธีการให้สัตยาบันโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่น่าจะถูกต้อง

แม้ว่าที่ผ่านมามีองค์กรทางกฎหมายต่าง ๆ จะมีคำวินิจฉัยที่ยอมรับวิธีการให้สัตยาบันต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจ แต่ก็ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าคำวินิจฉัยดังกล่าว เป็นการวินิจฉัยเฉพาะกรณีหรือจะยึดถือเป็นบรรทัดฐานได้ ดังนั้น ทางที่ดีแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองควรตรวจสอบขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของตนโดยรอบคอบก่อนกระทำการใดไป เพราะหากปรากฏในภายหลังว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจมีผู้นำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ยิ่งความบกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ถือเป็น “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” ที่ศาลปกครองยกขึ้นวินิจฉัยได้เองด้วยแล้ว ยิ่งเพิ่มความเสี่ยงที่การกระทำที่พิพาทจะถูกเพิกถอนโดยศาลปกครองได้ 

^{๓๒} มาตรา ๔๑ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

๑.ลา

๒.ลา

(๔) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

๓.ลา

๔.ลา

^{๓๓} คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๒๓๕/๒๕๕๓

การคุ้มครองฐานข้อมูลเกี่ยวกับ รายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอล

นายเอกรินทร์ วิริโย*

๑. บทนำ

ในสหภาพยุโรป ได้มีประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครอง “รายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอล” (football fixture list) ซึ่งเป็นบัญชีรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลที่ระบุข้อมูลเกี่ยวกับการแข่งขันของแต่ละทีม คู่การแข่งขัน เวลาการแข่งขันหรือถ่ายทอด สนามการแข่งขัน กลุ่มการแข่งขัน และอาจจะมีข้อมูลอื่น ๆ เพิ่มเติม เช่น สถิติการแพ้ชนะของแต่ละทีม โค้ชของแต่ละทีม เป็นต้น โดยรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลนี้จะนำข้อมูลดังกล่าวมารวบรวมไว้ด้วยและจัดทำเป็นฐานข้อมูลเพื่อให้ผู้อ่านสามารถค้นหาได้ ซึ่งกรณีนี้ทำให้เกิดประเด็นว่าฐานข้อมูลเกี่ยวกับรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือไม่ โดยสหภาพยุโรปได้ออกแนวทางของสหภาพยุโรปด้วยการคุ้มครองฐานข้อมูล ค.ศ. ๑๙๙๖ ซึ่งเป็นการกำหนดให้ความคุ้มครองฐานข้อมูลไว้โดยเฉพาะ นอกจากนั้น ฐานข้อมูลเกี่ยวกับรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลก็อาจได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ในฐานะที่เป็นการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ และการนำมาประกอบเข้ากัน ซึ่งศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้มีคำวินิจฉัยในทั้งสองกรณีดังกล่าวแล้ว ขณะที่ประเทศไทยยังไม่เคยมีคดีดังกล่าวเกิดขึ้น จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจต่อการศึกษาเป็นอย่างยิ่ง

๒. แนวทางของสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปได้ออกแนวทางของสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองฐานข้อมูล ค.ศ. ๑๙๙๖ (Directive

96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases) โดยแนวทางของสหภาพยุโรปนี้เป็นหลักเกณฑ์สำหรับประเทศสมาชิกทุกประเทศที่จะต้องถือปฏิบัติ ซึ่งในการให้ความคุ้มครองแก่ฐานข้อมูล แนวทางของสหภาพยุโรปได้กำหนดการให้ความคุ้มครองเป็น ๒ รูปแบบ คือ (๑) สิทธิเฉพาะตามข้อ ๗.๑ และ (๒) ลิขสิทธิ์ตามข้อ ๓.๑ ซึ่งจะขออธิบายดังต่อไปนี้

๒.๑ การคุ้มครองโดยสิทธิเฉพาะตามข้อ ๗.๑

ข้อ ๗.๑ ได้กำหนดรองรับให้บุคคลมีสิทธิเฉพาะในฐานข้อมูล หากได้มีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล การตรวจสอบความถูกต้อง หรือการนำเสนอข้อมูลดังกล่าวในฐานข้อมูลเพื่อเป็นการป้องกันการสกัดข้อมูลดังกล่าว หรือนำไปใช้ใหม่ ไม่ว่าทั้งหมดหรือในบางส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ การลงทุนจะต้องอยู่ในระดับที่สำคัญทั้งในเชิงคุณภาพหรือเชิงปริมาณ

๒.๒ การคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์เฉพาะตามข้อ ๓.๑

ในส่วนของการคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์ แนวทางของสหภาพยุโรปได้กำหนดเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองว่า จะต้องเป็นงานที่เกิดจาก “ความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์” (author’s own intellectual work) ซึ่งเป็นถ้อยคำที่พยายามจะอธิบายเกี่ยวกับความคิดริเริ่ม โดยข้อ ๓.๑ ได้กำหนดให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ฐานข้อมูลที่ได้มีการคัดเลือกหรือจัดเรียงข้อมูลในฐานข้อมูลนั้น

* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ข้อมูลจากข่าวสารพัฒนากฎหมาย ลำดับที่ ๑๐๐

หากการคัดเลือกหรือจัดเรียงข้อมูลดังกล่าวเป็นความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เอง และการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ฐานข้อมูลนี้จะไม่มีเงื่อนไขประการอื่นใดอีก นอกจากนั้น การคุ้มครองฐานข้อมูลตามแนวทางของสหภาพยุโรปนี้ยังสอดคล้องกับการคุ้มครองการรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ และนำมาประกอบเข้ากันตามอนุสัญญากรุงเบอร์ลินที่กำหนดเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครองว่าจะต้องเป็นความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ตาม ข้อ ๒ (๕)

จากบทบัญญัติข้อ ๓.๑ ของแนวทางของสหภาพยุโรป สามารถกล่าวได้ว่าฐานข้อมูลที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมีการคัดเลือกหรือจัดเรียงข้อมูลดังกล่าวที่เป็นความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งเป็นเงื่อนไขเพียงประการเดียวที่นำมาใช้คุ้มครองฐานข้อมูลสำหรับประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป นอกจากนั้น ความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์เป็นการอธิบายถึงเงื่อนไขเกี่ยวกับความคิดริเริ่มที่ได้รับการยอมรับอยู่แล้วในประเทศสหภาพยุโรป ดังที่มีการกล่าวไว้ในชั้นการยกร่างแนวทางของสหภาพยุโรปว่า “ในทุกประเทศสมาชิก งานทุกประเภทที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องมีความคิดริเริ่มในความหมายที่ว่างานนั้นจะต้องเป็นผลมาจากความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์โดยไม่ได้ออกเลียนมาจากบุคคลอื่น” อย่างไรก็ตาม สำหรับงานบางประเภทที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์ใช้สอยมากกว่าสุนทรียภาพ อย่างเช่นฐานข้อมูลศาลอาจะกำหนดให้มีมาตรฐานการพิจารณาเรื่องความคิดริเริ่มสูงกว่างานอื่น ๆ นอกจากนั้น ได้มีการอธิบายว่าแนวทางของสหภาพยุโรปได้นำหลักการเลือกสร้างสรรค์ใช้ในการพิจารณาความคิดริเริ่มด้วย โดยการคัดเลือกและจัดเรียงข้อมูลจะถือว่ามีความคิดริเริ่ม หากไม่ได้มีการควบคุมโดยข้อพิจารณาทางด้านเทคนิค กฎเกณฑ์ หรือข้อจำกัดต่าง ๆ แต่ถึงกระนั้น ก็ได้มีความเห็นที่แตกต่างออกไป ว่าการคุ้มครองฐานข้อมูลไม่ควรมีระดับมาตรฐานการพิจารณาความคิดริเริ่มสูงกว่างานอื่น ๆ เนื่องจากการเปิดกว้างให้มีการคุ้มครองฐานข้อมูลนั้นเป็นการผลักดันให้มีการผลิตฐานข้อมูลมากขึ้นและส่งเสริมการแข่งขันในอุตสาหกรรมฐานข้อมูลดังกล่าวมากขึ้น

สำหรับความหมายของคำว่า “ฐานข้อมูล” ทั้งการคุ้มครองโดยสิทธิเฉพาะและโดยลิขสิทธิ์ได้ให้ความหมาย

ไว้เหมือนกันในข้อ ๑.๒ ว่าฐานข้อมูล หมายถึง การนำงานข้อมูล หรือสิ่งต่าง ๆ มารวบรวมไว้โดยมีการจัดเรียงอย่างเป็นระบบและเป็นระเบียบและให้บุคคลสามารถเข้าถึงได้โดยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่น ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้างมากรวมถึงรายการการแข่งขันกีฬาด้วย โดยในคดี *Fixtures Marketing Ltd v OPAP*^๑ ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยว่าความหมายของคำว่า “ฐานข้อมูล” ตามข้อ ๑.๒ นี้ มีความครอบคลุมถึงรายการการแข่งขันกีฬา แต่ทั้งนี้ ประเด็นว่ารายการการแข่งขันกีฬาดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์หรือไม่ก็ต้องพิจารณาจากเงื่อนไขเกี่ยวกับความคิดริเริ่ม

๓. คดี *Football Dataco Ltd and Others v Yahoo! UK Ltd and Others*

ในคดี *Football Dataco Ltd and Others v Yahoo! UK Ltd and Others*^๒ (คดี *Football Dataco Ltd*) บริษัท *Football Dataco Ltd* และสมาคมฟุตบอลพรีเมียร์ลีกของอังกฤษและสกอตแลนด์ (English and Scottish Premier Leagues) หรือ “*Football Dataco Ltd and Others*” ได้จัดทำรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลพรีเมียร์ลีกของอังกฤษและสกอตแลนด์ (football fixture lists) ขึ้นมา และบริษัท *Yahoo* ของประเทศอังกฤษและบริษัทพินัน หรือ “*Yahoo! UK Ltd and Others*” ได้นำรายการการแข่งขันกีฬาดังกล่าวไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาต จึงทำให้ *Football Dataco Ltd and Others* ฟ้อง *Yahoo! UK Ltd and Others* ว่าได้ละเมิดสิทธิในรายการ



^๑ [2004] ECR I-10549, para 33-36

^๒ Case C-604/10, Court of Justice, 1 March 2012

การแข่งขันกีฬาฟุตบอลดังกล่าว โดย Football Dataco Ltd and Others^๓ อ้างว่าตนมีสิทธิในรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลดังกล่าวในฐานะที่เป็น (๑) สิทธิเฉพาะ (sui generis right) ในฐานะข้อมูลตามข้อ ๗.๑ ของแนวทางของสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองฐานข้อมูล ค.ศ. ๑๙๙๖ และ (๒) ลิขสิทธิ์ตามข้อ ๓ ของแนวทางของสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองฐานข้อมูล ค.ศ. ๑๙๙๖ อย่างไรก็ตาม Yahoo! UK Ltd and Others ก็ได้โต้แย้งว่า รายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลไม่ได้รับความคุ้มครองทั้งในฐานะที่เป็นสิทธิเฉพาะในฐานะข้อมูลและโดยลิขสิทธิ์ จึงทำให้ Football Dataco Ltd and Others ไม่สามารถอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของในรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลนี้ได้และไม่สามารถอ้างได้ว่า Yahoo! UK Ltd and Others ได้ละเมิดสิทธิในรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลดังกล่าว

ตามแนวคำวินิจฉัยที่ผ่านมาของศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (European Court of Justice) ศาลได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วว่า รายการการแข่งขันกีฬา ไม่ว่าจะเป็นรายการการแข่งขันกีฬาขี่ม้า^๔ หรือรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอล^๕ ไม่ถือว่าเป็นฐานข้อมูลที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิเฉพาะตามข้อ ๗.๑ เนื่องจากการที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิเฉพาะในฐานะข้อมูลจะต้องมีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูล การตรวจสอบความถูกต้อง หรือการนำเสนอข้อมูลดังกล่าวในฐานะข้อมูล ซึ่งเป็นการเน้นที่การลงทุนว่าจะต้องอยู่ในระดับที่สำคัญทั้งในเชิงคุณภาพหรือเชิงปริมาณ



ขณะที่การจัดทำรายการการแข่งขันกีฬานั้นไม่ได้ใช้ความพยายามในการหาข้อมูลเกี่ยวกับกีฬาจากสโมสรกีฬาต่าง ๆ แต่กลับเป็นข้อมูลที่สามารถหาได้โดยง่ายและนำมารวบรวมเท่านั้น จึงไม่ได้ถือว่าเป็นการลงทุนในระดับที่สำคัญเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าว

๓.๑ การพิจารณาของศาลในประเทศอังกฤษ

คดีนี้ได้เริ่มมีการฟ้องร้องในประเทศอังกฤษ ซึ่งศาลสูงยุติธรรมของประเทศอังกฤษ (High Court of Justice) ก็ได้มีคำวินิจฉัยตามแนวทางของศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปว่า รายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลไม่ถือว่าเป็นฐานข้อมูลที่จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิเฉพาะตามข้อ ๗.๑ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์ ศาลสูงได้วินิจฉัยว่ารายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลนี้ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามข้อ ๓.๑ ของแนวทางของสหภาพยุโรป โดยศาลมองการจัดทำรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลขึ้นมาในแต่ละขั้นตอน ไม่ว่าจะเป็นการรวบรวม การคัดเลือก และการจัดเรียงข้อมูล จะต้องใช้การลงทุนลงแรงและทักษะของผู้สร้างสรรค์ในระดับที่สำคัญ และไม่สามารถใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์เข้าช่วยได้ทั้งหมด ฉะนั้น จึงไม่ใช่เป็นการจัดทำเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

ต่อมา ได้มีการอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ของประเทศอังกฤษ (Court of Appeal)^๖ ซึ่งศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยเช่นเดียวกับศาลสูงยุติธรรมว่ารายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลไม่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิเฉพาะในฐานะข้อมูล นอกจากนั้น ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวถึงประเด็นการคุ้มครองรายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลโดยลิขสิทธิ์ว่า ข้อ ๓.๑ ได้กำหนดให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ฐานข้อมูลที่มีการคัดเลือกหรือจัดเรียงข้อมูลในฐานะข้อมูล หากการคัดเลือกหรือจัดเรียงข้อมูลดังกล่าวเป็นความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งศาลอุทธรณ์เห็นว่าการที่จะมีความคิดสร้างสรรค์นั้นก็จะต้องเป็นการริเริ่มของผู้สร้างสรรค์

^๓ P. Virtanen, *Football Dataco v Yahoo! The ECJ Interprets the Database Directive*, SCRIPTed August 2002, Vol.9 Issue 2, page 259

^๔ *The British Horseracing Board Ltd and Others v William Hill Organization Ltd* [2004] ECR I-10415

^๕ *Fixtures Marketing Ltd v OPAP* [2004] ECR I-10549

^๖ *Football Dataco and Others v Yahoo! UK and Britten Pools Ltd and Others* [2010] EWCH 841 (Ch)

^๗ ตามระบบศาลของประเทศไทย ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) จะมีสถานะสูงกว่าศาลสูงยุติธรรม (High Court of Justice) ซึ่งอาจจะเรียกว่า “ไฮคอร์ท ออฟ จัสติส” เพื่อป้องกันมิให้เกิดความสับสน, นิพนธ์ ใจสำราญ และคณะ, ระบบศาลสหราชอาณาจักร: ที่มาและโครงสร้างของระบบกฎหมายแรงงานสหราชอาณาจักร, วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม, ปีที่ ๓ ฉบับที่ ๓, ๒๕๕๔, หน้า ๑๔๓

หรือเป็นความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์เอง อย่างไรก็ตาม จากทบทวนคดีดังกล่าว ศาลอุทธรณ์ก็ได้ยกประเด็นว่า การพิจารณาว่าการคัดเลือกและจัดเรียงข้อมูลเป็น ความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์หรือไม่นั้นยังไม่มี ความชัดเจน ดังนั้น ศาลอุทธรณ์จึงได้กำหนดประเด็นและ ยื่นเรื่องให้ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปพิจารณาดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ขอบเขตและความหมายของข้อ ๓.๑

(๑) การที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามข้อ ๓.๑ ไม่จำเป็นต้องใช้ความพยายามทางปัญญาและทักษะในการ สร้างสรรค์ข้อมูลหรือไม่

(๒) การคัดเลือกและการจัดเรียงข้อมูลจะต้องมีการ เพิ่มเติมสาระสำคัญให้กับข้อมูลดังกล่าวด้วยหรือไม่

(๓) การคัดเลือกและการจัดเรียงข้อมูลที่จะถือว่าเป็น ความคิดสร้างสรรค์ของผู้สร้างสรรค์จะต้องพิจารณา จากการใช้ทักษะและการลงทุนลงแรงในระดับที่สำคัญ หรือจะต้องมีเงื่อนไขการพิจารณามากกว่านั้น

ประเด็นที่สอง แนวทางของสหภาพยุโรปได้ยกเว้น ไม่ให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ฐานข้อมูลในประเทศสมาชิก ที่กำหนดเงื่อนไขการคุ้มครองลิขสิทธิ์แตกต่างไปจาก แนวทางของสหภาพยุโรปหรือไม่

๓.๒ คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป

ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้วินิจฉัยในประเด็น ต่าง ๆ โดยศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้มีความเห็น แตกต่างจากศาลของประเทศอังกฤษว่า การทำงานใดจะมีความคิดริเริ่มไม่จำเป็นต้องมีการใช้ทักษะและการลงทุน ลงแรงในการสร้างสรรค์ แต่จะต้องเป็นงานที่เกิดจาก ความคิดสร้างสรรค์โดยไม่ได้ลอกเลียนจากบุคคลอื่นและผู้สร้างสรรค์มีความเป็นอิสระในการคัดเลือกและจัดเรียง ข้อมูลโดยไม่มีการควบคุมจากข้อพิจารณาทางด้านเทคนิค กฎเกณฑ์ หรือข้อจำกัดต่าง ๆ ซึ่งการอธิบายเกี่ยวกับ ความคิดริเริ่มในลักษณะนี้เป็นไปในทำนองเดียวกับ ประเทศฝรั่งเศสและสวิตเซอร์แลนด์ที่นำหลักการเลือก โดยสร้างสรรค์มาใช้ในการพิจารณาความคิดริเริ่ม ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้ วินิจฉัยว่าการที่ฐานข้อมูลจะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ ตามข้อ ๓.๑ การคัดเลือกและจัดเรียงข้อมูลในฐาน ข้อมูลดังกล่าวจะต้องเป็นการแสดงออกอย่างเป็นอิสระของ ผู้สร้างสรรค์โดยมีความคิดริเริ่ม

ในการพิจารณาให้ความคุ้มครองแก่ฐานข้อมูล ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปมองว่าการคุ้มครอง ตามข้อ ๗.๑ และการคุ้มครองตามข้อ ๓.๑ ของแนวทาง



ของสหภาพยุโรปเป็นการคุ้มครองสิทธิที่แยกออกจากกัน โดยการให้ความคุ้มครองทั้งสองกรณีก็มีเงื่อนไขที่ แตกต่างกัน เนื่องจากกรณีการคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์ ศาลได้ใช้เงื่อนไขเกี่ยวกับความคิดริเริ่มในการคัดเลือก และจัดเรียงข้อมูลมาพิจารณาให้ความคุ้มครอง แต่ไม่ใช่ ความคิดริเริ่มในตัวข้อมูล ขณะที่กรณีการคุ้มครองโดยสิทธิ เฉพาะศาลไม่ได้ใช้เงื่อนไขเกี่ยวกับความคิดริเริ่ม แต่ศาล จะพิจารณาจากการลงทุนในระดับที่มีความสำคัญเพื่อให้ ได้มาซึ่งข้อมูลดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อสิทธิดังกล่าวเป็น สิทธิที่แยกออกจากกัน ศาลก็ไม่ได้พิจารณาต่อในประเด็น ว่าฐานข้อมูลหนึ่งสามารถได้รับความคุ้มครองโดยสิทธิ ทั้งสองดังกล่าวในคราวเดียวกันได้หรือไม่

ในส่วนของการคุ้มครองโดยลิขสิทธิ์ การที่ศาล กำหนดเงื่อนไขของความคิดริเริ่มย่อมหมายความว่า การพิจารณาให้ความคุ้มครองรายการการแข่งขันกีฬา ฟุตบอลไม่จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงการใช้ทักษะและ การลงทุนลงแรงในการคัดเลือกและการจัดเรียงข้อมูล แต่อย่างใด แต่จะต้องมีความคิดริเริ่มในการคัดเลือกและ จัดเรียงข้อมูล ซึ่งการพิจารณาว่าการคัดเลือกและจัดเรียง ข้อมูลมีความคิดริเริ่มหรือไม่นั้น จะพิจารณาจากการ เตรียมจัดการกับข้อมูลหรือวิธีการจัดการข้อมูล ซึ่งจะ เป็นปัจจัยที่จะชี้ให้เห็นว่าผู้สร้างสรรค์ได้มีความคิดริเริ่ม ในการคัดเลือกและจัดเรียงข้อมูลดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ เงื่อนไขเกี่ยวกับความคิดริเริ่มนี้เป็นมาตรฐานที่ค่อนข้างสูง ซึ่งอาจทำให้รายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลไม่ได้รับ ความคุ้มครองลิขสิทธิ์

นอกจากนั้น ศาลได้อธิบายเงื่อนไขเกี่ยวกับความ คิดริเริ่มไว้ว่าจะต้องเป็นการสร้างสรรค์ขึ้นมาโดยอิสระเสรี ซึ่งการจัดทำฐานข้อมูลนี้จะไม่ถือว่ามีความคิดริเริ่ม หาก การจัดทำได้มีการควบคุมโดยข้อพิจารณาทางด้านเทคนิค กฎเกณฑ์ หรือข้อจำกัดต่าง ๆ อันทำให้ผู้สร้างสรรค์ไม่มี เสรีภาพในการจัดทำฐานข้อมูลดังกล่าวขึ้นมาได้ และเมื่อ ศาลได้วินิจฉัยแล้วว่าเงื่อนไขสำหรับการคุ้มครองลิขสิทธิ์ มีเพียงเงื่อนไขเกี่ยวกับความคิดริเริ่มเท่านั้น ศาลจึงได้กล่าว ต่อไปว่าการคัดเลือกและจัดเรียงข้อมูลไม่จำเป็นที่จะต้อง

เพิ่มเติมสาระสำคัญให้กับข้อมูลดังกล่าว ฉะนั้น สำหรับ คำวินิจฉัยของศาลของประเทศอังกฤษที่ว่า การคุ้มครอง จะต้องพิจารณาจากการใช้ทักษะและการลงทุนลงแรง ศาล ยุติธรรมของสหภาพยุโรปก็ได้กล่าวว่า การใช้ทักษะและการลงทุนลงแรงไม่เป็นเงื่อนไขเพียงพอที่จะทำให้ฐานข้อมูล ได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากการใช้ทักษะและการลงทุนลงแรงยังไม่เป็นการแสดงให้เห็นถึงความคิดริเริ่ม ของผู้สร้างสรรค์ ซึ่งเป็นเงื่อนไขของการให้ความคุ้มครอง ดังนั้น จากคำวินิจฉัยที่กล่าวมาข้างต้น จึงสามารถสรุป ขอบเขตและความหมายของข้อ ๓.๑ เกี่ยวกับการคุ้มครอง ฐานข้อมูลโดยลิขสิทธิ์ได้ ดังนี้

(๑) การที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามข้อ ๓.๑ ไม่จำเป็นต้องใช้การลงทุนลงแรงและการใช้ทักษะ ในการสร้างสรรค์

(๒) การคัดเลือกและการจัดเรียงข้อมูลจะไม่จำเป็นต้อง มีการเพิ่มเติมสาระสำคัญให้กับข้อมูลดังกล่าว

(๓) การลงทุนลงแรงและการใช้ทักษะในระดับที่ สำคัญไม่ได้เป็นเงื่อนไขการคุ้มครองลิขสิทธิ์ตามข้อ ๓.๑ หากแต่เงื่อนไขของการได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์นั้น มีเพียงประการเดียว คือ การคัดเลือกและการจัดเรียง ข้อมูลในการจัดทำฐานข้อมูลจะต้องแสดงให้เห็นถึง ความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์

อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปก็ ไม่ได้อธิบายว่า การที่จะได้รับความคุ้มครองลิขสิทธิ์ จะต้องมียกระดับของความคิดริเริ่มเพียงใด แต่กล่าวว่า เรื่องนี้เป็นประเด็นที่ศาลภายในประเทศจะต้องพิจารณา ต่อไป ซึ่งศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปก็ได้ให้ความเห็น ไว้ว่า รายการการแข่งขันกีฬาฟุตบอลนี้ไม่มีความคิดริเริ่ม ในการคัดเลือกและจัดเรียงข้อมูล เนื่องจากการคัดเลือก และจัดเรียงข้อมูลที่เป็นการนำเสนอรายชื่อทีมการแข่งขัน เวลาการแข่งขัน และสถานที่การแข่งขันเป็นเพียงเรื่อง พื้นฐาน ดังนั้น หากรายการดังกล่าวประสงค์จะได้รับความ คุ้มครอง ก็จะต้องมีองค์ประกอบอื่น ๆ เพิ่มเติมใน การคัดเลือกและจัดเรียงข้อมูลด้วย

ประเด็นที่สอง ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปได้ พิจารณาให้คำตอบสำหรับประเด็นที่สองโดยตรงจาก ข้อ ๑๔.๒ ที่กำหนดว่า ในกรณีที่การคุ้มครองฐานข้อมูล ภายใต้อิทธิพลที่เกี่ยวกับการคัดเลือกและการจัดเรียง ในแต่ละประเทศสมาชิกนับแต่วันนี้แนวทางของสหภาพ

ยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองฐานข้อมูลใช้บังคับ มีเงื่อนไขการ คุ้มครองแตกต่างไปจากข้อ ๓.๑ ของแนวทางของสหภาพ ยุโรป จะไม่มีผลกระทบต่อการคุ้มครองฐานข้อมูลที่ได้รับ ความคุ้มครองไปแล้วตามกฎหมายภายในของประเทศ สมาชิกและยังมีระยะเวลาการคุ้มครองเหลืออยู่ โดยศาล ได้พิจารณาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวและ เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวประสงค์ที่จะขจัดความแตกต่าง ในการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ฐานข้อมูลตามกฎหมาย ของแต่ละประเทศสมาชิกหรือเป็นการสร้างความเป็น อันหนึ่งอันเดียวกันในการคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ฐานข้อมูล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตและเงื่อนไข ของการให้ความคุ้มครองลิขสิทธิ์ เนื่องจากการให้ความ คุ้มครองที่แตกต่างกันนี้อาจจะส่งผลกระทบในทางลบ ต่อการรวมตัวทางด้านเศรษฐกิจของสหภาพยุโรปได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องกลไกของตลาด หรือการเคลื่อนย้ายสินค้า หรือบริการโดยเสรี นอกจากนี้ ศาลได้พิจารณาประเด็น ดังกล่าวโดยพิจารณาจากการบรรยายข้อ ๖๐ (Recital 60) ที่กำหนดว่า ข้อ ๓ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความ เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของเงื่อนไขในการให้ความคุ้มครอง ลิขสิทธิ์แก่ฐานข้อมูล ดังนั้น ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป จึงได้วินิจฉัยว่าแนวทางของสหภาพยุโรปมีเจตนารมณ์ ที่จะยกเว้นกฎหมายภายในประเทศสมาชิกที่กำหนดให้ ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ฐานข้อมูลด้วยเงื่อนไขที่แตกต่าง ไปจากข้อ ๓.๑ เกี่ยวกับความคิดริเริ่มของผู้สร้างสรรค์

ในทำนองเดียวกัน ก็ได้มีนักกฎหมายให้ความเห็น สนับสนุนคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปใน ประเด็นนี้ว่า หากไม่มีการวินิจฉัยตามแนวทางของศาล ยุติธรรมของสหภาพยุโรปที่กล่าวมาข้างต้น ก็จะไม่ มีประโยชน์อันใดเลยที่จะมีแนวทางของสหภาพยุโรป เนื่องจากกฎหมายภายในประเทศสมาชิกจะยังคงมี ผลใช้บังคับต่อไป ทั้งที่ขอบเขตและเงื่อนไขของการให้ ความคุ้มครองลิขสิทธิ์แก่ฐานข้อมูลแตกต่างไปจาก แนวทางของสหภาพยุโรป ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ ก็จะทำให้ การคุ้มครองฐานข้อมูลในแต่ละประเทศแตกต่างกันด้วย และไม่จำเป็นที่จะต้องมีแนวทางของสหภาพยุโรป เพื่อสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในการคุ้มครอง ฐานข้อมูล



ความเห็นทางกฎหมาย ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ

กองกฎหมายไทย

การดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ภายหลังบทบัญญัติมาตรา ๖๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ สิ้นผลบังคับใช้

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ สิ้นสุดลง ส่งผลให้มาตรา ๖๗ ซึ่งรับรองสิทธิของบุคคลที่จะดำรงชีพออยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ปลอดภัยและกำหนดให้มีองค์การอิสระเพื่อพิจารณาดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่ส่งผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงต่อชุมชนสิ้นสุดการใช้บังคับไปด้วยนั้น จะส่งผลให้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการประสานงานการให้ความเห็นขององค์การอิสระในโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง พ.ศ. ๒๕๕๓ คณะกรรมการองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสำนักงานคณะกรรมการองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ รวมไปถึงหน้าที่ในการให้การสนับสนุนโดยกรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อมต้องสิ้นสุดหรือหยุดชะงักลงหรือไม่

ระเบียบตามข้อหาหรือกำหนดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๑ (๘) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ เพื่อวางแนวทางการประสานงานให้ผู้แทนจากภาคส่วนที่เกี่ยวข้องตกลงร่วมกันจัดตั้งเป็นองค์การอิสระ และให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้การสนับสนุน เพื่อให้สิทธิตามที่รับรองไว้ในมาตรา ๖๗ ได้รับการคุ้มครอง อันเป็นการสอดคล้องและต่อเนื่องกับพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ ที่มีการออกประกาศให้องค์การอิสระให้ความเห็นประกอบรายงานผลกระทบสิ่งแวดล้อม และแม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จะถูกยกเลิก แต่รัฐก็ยังคงมีหน้าที่ส่งเสริม บำรุงรักษา และคุ้มครองดูแลสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน

ประกอบกับการยกเลิกรัฐธรรมนูญมิได้ส่งผลกระทบใดต่อพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าว ดังนั้น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการประสานงานการให้ความเห็นขององค์การอิสระในโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง พ.ศ. ๒๕๕๓ จึงยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป และองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพยังคงมีหน้าที่ในการให้ความเห็นประกอบโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงต่อไป

และเมื่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป คณะกรรมการองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพที่จัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามข้อ ๑๔ แห่งระเบียบดังกล่าว จึงยังคงมีสถานะภาพเป็นองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพอยู่ต่อไป และสำนักงานคณะกรรมการองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ และเจ้าหน้าที่ของสำนักงานยังคงมีหน้าที่ปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบต่อไป และกรมส่งเสริมคุณภาพสิ่งแวดล้อมย่อมมีหน้าที่ต้องสนับสนุนการปฏิบัติงานขององค์การอิสระตามที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวต่อไป 

(เรื่องเสร็จที่ ๖๖๕/๒๕๕๗ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพภายหลังบทบัญญัติมาตรา ๖๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ สิ้นผลบังคับใช้, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๒))

การครอบครองรังนกแอ่นกินรัง ที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕

การนำรังนกแอ่นกินรังและรังนกแอ่นทาง
สี่เหลี่ยมซึ่งเป็นสัตว์ป่าคุ้มครองเข้ามาในราชอาณาจักร
จะอยู่ภายใต้ข้อบังคับมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติ
สงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งบัญญัติ
ห้ามผู้ใดเก็บ ทำอันตราย หรือมีไว้ในครอบครอง
ซึ่งรังของสัตว์ป่าสงวนหรือสัตว์ป่าคุ้มครองหรือไม่

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ใช้
บังคับถึงสัตว์ป่าสงวนหรือสัตว์ป่าคุ้มครองหรือซาก
ของสัตว์ป่าสงวนหรือซากของสัตว์ป่าคุ้มครองที่ส่งหรือ
นำเข้ามาในประเทศไทยจากต่างประเทศด้วย ดังนั้น
รังของนกแอ่นกินรังและรังของนกแอ่นทางสี่เหลี่ยม
ที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับ
มาตรา ๒๑ ด้วยเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี แม้พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครอง
สัตว์ป่าฯ จะมีได้ให้ความหมายของ “รัง” เอาไว้
แต่เมื่อพิจารณาความหมายตามพจนานุกรมฉบับ
ราชบัณฑิตยสถานประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราช
บัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ คือ การสงวนและ
คุ้มครองสัตว์ป่าให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ควบคุม

ไปกับการเร่งรัดขยายพันธุ์สัตว์ป่าแล้ว รังของสัตว์ป่า
ที่พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ ประสงค์
จะคุ้มครอง จึงต้องเป็นรังที่สัตว์ป่าสงวนหรือสัตว์ป่า
คุ้มครองได้ทำขึ้นและยังคงอยู่ตามธรรมชาติเพื่อใช้
เป็นที่อยู่อาศัย กำบัง และพิกไข่เลี้ยงลูก อันจะทำให้
สัตว์ป่าเหล่านั้นดำรงชีวิตและสืบทอดสายพันธุ์ต่อ
ไปได้ หากรังนกถูกทำให้มีขนาดเล็กลงไปจากเดิม
หรือแปรรูปให้เป็นผลิตภัณฑ์พร้อมสำหรับบริโภคได้
ทันที หรือถูกทำให้เปลี่ยนแปลงทางกายภาพจนไม่มี
ลักษณะเป็นรังที่สมบูรณ์ตามธรรมชาติอย่างที่นกเคยใช้
อยู่อาศัย กำบัง และพิกไข่เลี้ยงลูก ย่อมไม่ถือว่าเป็น
รังของสัตว์ป่าและพ้นจากการคุ้มครองตามเจตนารมณ์
ของพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าฯ 

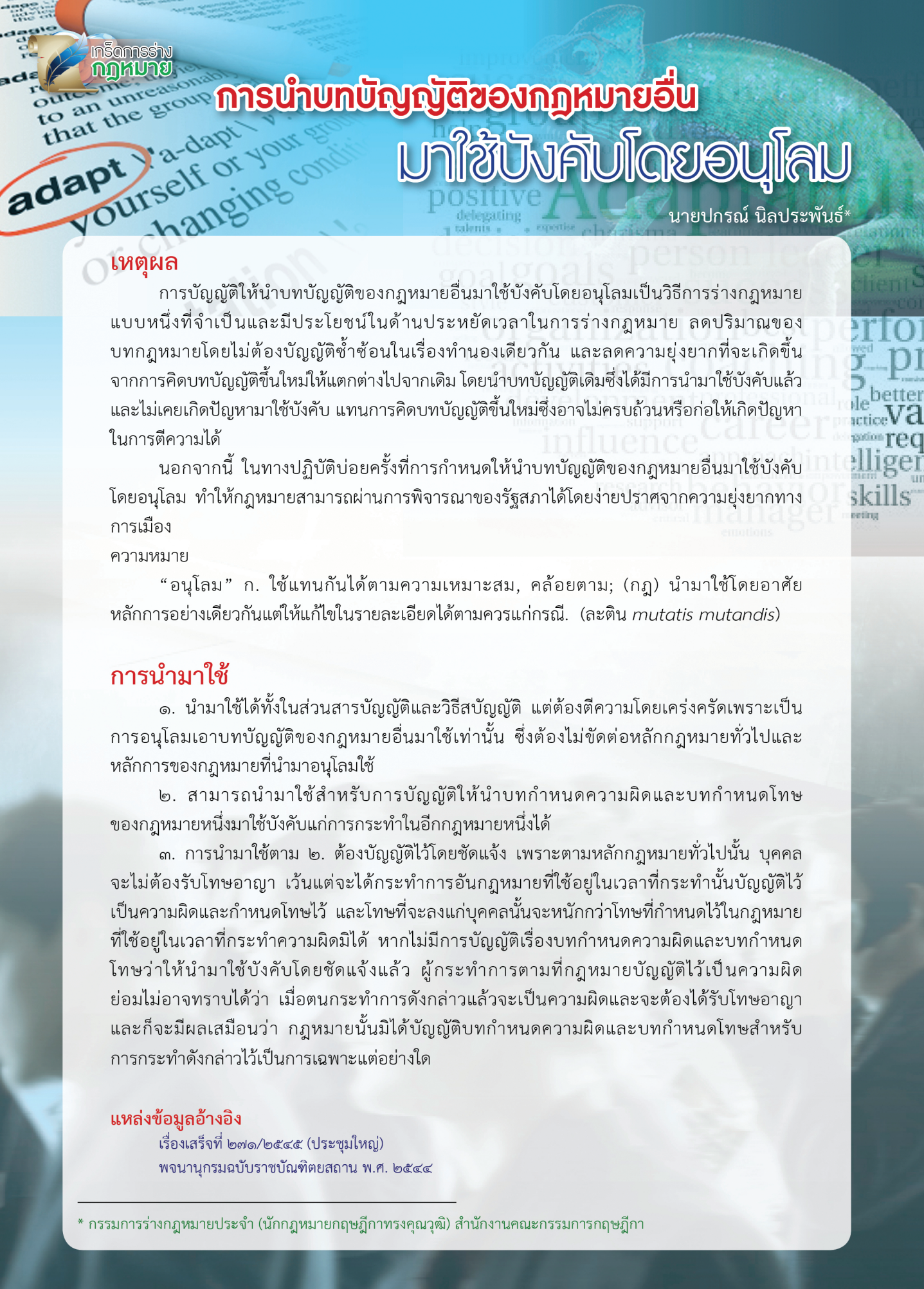
(เรื่องเสร็จที่ ๗๑๓/๒๕๕๗ บันทึกสำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การครอบครองรังนกแอ่น
กินรังที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา ๒๑
แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า
พ.ศ. ๒๕๓๕, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๗))





นายดิศทัต โตตระกูล เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา พร้อมด้วยคณะผู้บริหารและข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ร่วมพิธีวางพวงมาลาถวายราชสักการะพระบรมราชานุสาวรีย์พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ ๕ เนื่องใน “วันปิยมหาราช” เพื่อน้อมรำลึกถึงพระมหากรุณาธิคุณที่ทรงมีต่อพสกนิกรชาวไทย เมื่อวันที่ ๒๒ ตุลาคม ๒๕๕๗ ณ ลานพระบรมรูปทรงม้า เขตดุสิต กรุงเทพมหานคร





การนำบทบัญญัติของกฎหมายอื่น

มาใช้บังคับโดยอนุโลม

นายปกรณ์ นิลประพันธ์*

เหตุผล

การบัญญัติให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมาใช้บังคับโดยอนุโลมเป็นวิธีการร่างกฎหมายแบบหนึ่งที่เป็นและมีประโยชน์ในด้านประหยัดเวลาในการร่างกฎหมาย ลดปริมาณของบทกฎหมายโดยไม่ต้องบัญญัติซ้ำซ้อนในเรื่องทำนองเดียวกัน และลดความยุ่งยากที่จะเกิดขึ้นจากการคิดบทบัญญัติขึ้นใหม่ให้แตกต่างไปจากเดิม โดยนำบทบัญญัติเดิมซึ่งได้มีการนำมาใช้บังคับแล้วและไม่เคยเกิดปัญหาการใช้บังคับ แทนการคิดบทบัญญัติขึ้นใหม่ซึ่งอาจไม่ครบถ้วนหรือก่อให้เกิดปัญหาในการตีความได้

นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติบ่อยครั้งที่การกำหนดให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมาใช้บังคับโดยอนุโลม ทำให้กฎหมายสามารถผ่านการพิจารณาของรัฐสภาได้โดยง่ายปราศจากความยุ่งยากทางการเมือง

ความหมาย

“อนุโลม” ก. ใช้แทนกันได้ตามความเหมาะสม, คล้อยตาม; (กฎ) นำมาใช้โดยอาศัยหลักการอย่างเดียวกันแต่ให้แก้ไขในรายละเอียดได้ตามควรแก่กรณี. (ละติน *mutatis mutandis*)

การนำมาใช้

๑. นำมาใช้ได้ทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ แต่ต้องตีความโดยเคร่งครัดเพราะเป็นการอนุโลมเอาบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมาใช้เท่านั้น ซึ่งต้องไม่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปและหลักการของกฎหมายที่นำมาอนุโลมใช้

๒. สามารถนำมาใช้สำหรับการบัญญัติให้นำบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษของกฎหมายหนึ่งมาใช้บังคับแก่การกระทำในอีกกฎหมายหนึ่งได้

๓. การนำมาใช้ตาม ๒. ต้องบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เพราะตามหลักกฎหมายทั่วไปนั้น บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติไว้เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้ หากไม่มีการบัญญัติเรื่องบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษว่าให้นำมาใช้บังคับโดยชัดแจ้งแล้ว ผู้กระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดย่อมไม่อาจทราบได้ว่า เมื่อตนกระทำการดังกล่าวแล้วจะเป็นความผิดและจะต้องได้รับโทษอาญาและก็จะมิผลเสมือนว่า กฎหมายนั้นมิได้บัญญัติบทกำหนดความผิดและบทกำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด

แหล่งข้อมูลอ้างอิง

เรื่องเสรีที่ ๒๓๑/๒๕๔๕ (ประชุมใหญ่)

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๔๔