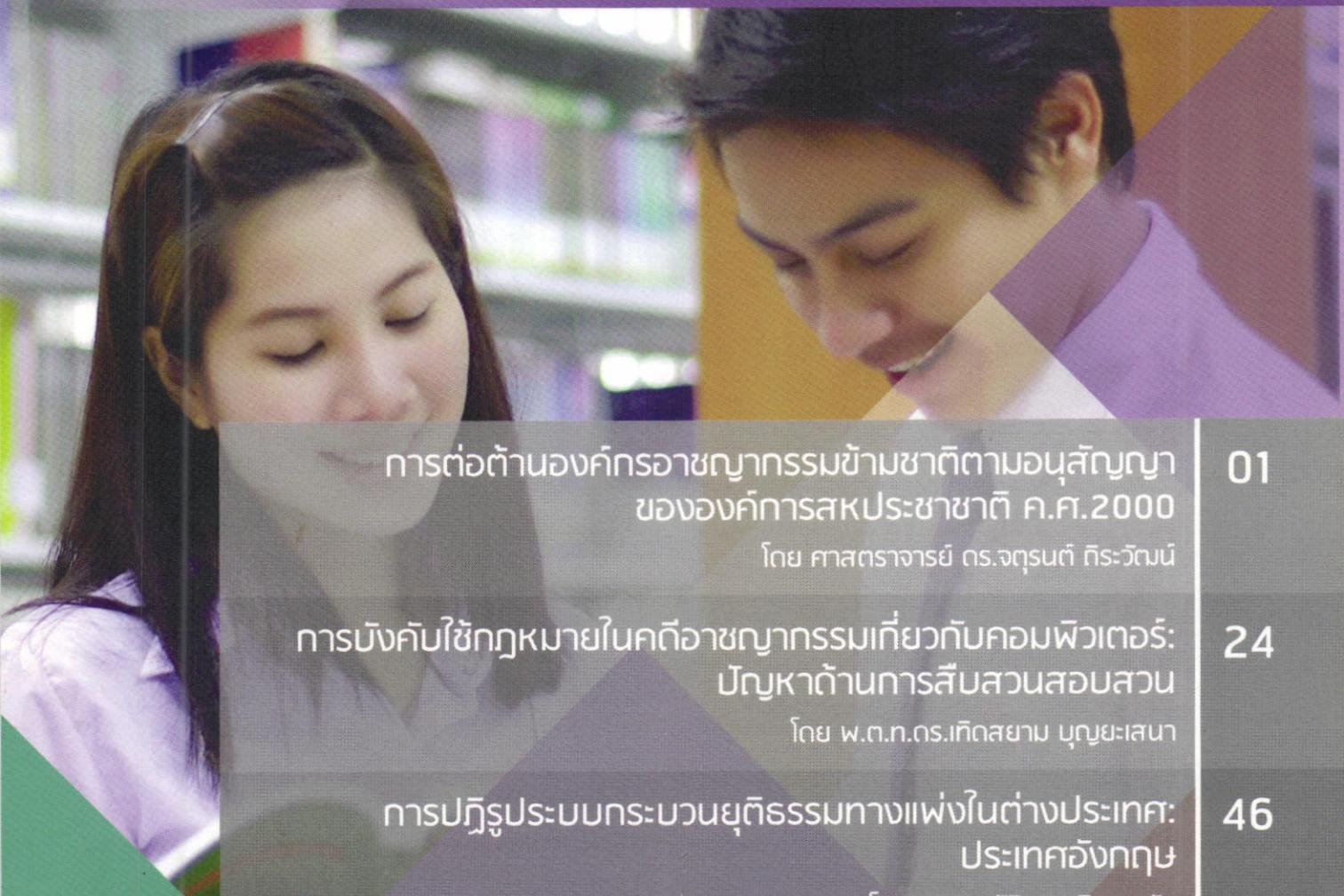




วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยพะเยา

ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 พฤศจิกายน 2558 - เมษายน 2559 (ราย 6 เดือน) ISSN 2465-3993



การต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติตามอนุสัญญา
ขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ.2000

01

โดย ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ทิระวัฒน์

การบังคับใช้กฎหมายในคดีอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์:
ปัญหาด้านการสืบสวนสอบสวน

24

โดย พ.ต.ท.ดร.เทิดสยาม บุญยะเสนา

การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งในต่างประเทศ:
ประเทศอังกฤษ

46

โดย ดร.สมนิตี พฤตมีพงษ์ภัก

การคุ้มครองสิทธิผู้ถือหุ้นรายย่อยตามกฎหมายไทยและฝรั่งเศส

72

โดย ดร.ภัทราวรรณ รัตนเกษร

ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น

91

โดย นายเฉลิมวุฒิ สาระกิจ

วารสารนิติศาสตร์ (University of Phayao Law Journal)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

วัตถุประสงค์ของวารสาร (AIM)

1. เพื่อบริการทางวิชาการและเผยแพร่องค์ความรู้ทางกฎหมายสู่ชุมชนและสังคม
2. เพื่อเป็นเวทีให้อาจารย์ นิสิต นักกฎหมาย และผู้สนใจทั่วไปได้สร้างผลงานทางวิชาการทางด้านกฎหมาย
3. เพื่อเป็นฐานความรู้ให้แก่อาจารย์ นิสิต นักกฎหมายและผู้สนใจได้ทำการศึกษาค้นคว้า
4. เพื่อเป็นการเผยแพร่ชื่อเสียงและเกียรติคุณของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

ขอบเขตของวารสาร (Scope)

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยาเป็นวารสารที่มุ่งเน้นการตีพิมพ์บทความวิจัยและบทความทางวิชาการที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับกฎหมาย ทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อให้วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยาเป็นแหล่งเผยแพร่และฐานข้อมูลแก่ความรู้แก่นักศึกษาและประชาชนทั่วไป

สาขาที่รับตีพิมพ์ นิติศาสตร์

กำหนดออกตีพิมพ์เผยแพร่ ปีละ 2 ฉบับ

ฉบับที่ 1 พฤศจิกายน – เมษายน

ฉบับที่ 2 พฤษภาคม – ตุลาคม

การพิจารณาบทความก่อนตีพิมพ์

บทความที่ผ่านการพิจารณาตีพิมพ์ จะต้องได้รับการพิจารณาจากผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เกี่ยวข้องอย่างน้อยบทความละ 2 ท่าน

เจ้าของลิขสิทธิ์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

19 ถนนพหลโยธิน หมู่ 2 ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา 56000

โทรศัพท์ 054-46666-6 ต่อ 1350

โทรสาร 054-46671-9

E-mail uplaw.journal@gmail.com

Web site <http://www.law.up.ac.th>

วารสารนิติศาสตร์ (University of Phayao Law Journal)

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.มณฑล สงวนเสริมศรี	มหาวิทยาลัยพะเยา
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิบูลย์ วัฒนาธร	มหาวิทยาลัยพะเยา
ดร.ไพรัช ชีระชัยมิตธี	มหาวิทยาลัยพะเยา

บรรณาธิการ

ดร.วิมลเรขา ศิริชัยวารวรรณ	มหาวิทยาลัยพะเยา
----------------------------	------------------

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ศาสตราจารย์ ไชยยศ เหมะรัชตะ	มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลพระนคร
รองศาสตราจารย์ ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รองศาสตราจารย์ ดร.ดาราวพร ธีระวัฒน์	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รองศาสตราจารย์ มาลี พงษ์พงศาวิรี	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
รองศาสตราจารย์ ดิเรก ควรสมาคม	มหาวิทยาลัยพายัพ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ตรีนเนตร สาระพงษ์	มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ กิตติบดี ไยพูล	มหาวิทยาลัยขอนแก่น
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นภันต์ ศุภศิริพงษ์ชัย	มหาวิทยาลัยพะเยา
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ กันย์กัญญา ใจการวงศ์สกุล	มหาวิทยาลัยพะเยา
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อุเทน ธัชศฤงคารสกุล	มหาวิทยาลัยพะเยา
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อุดม งามเมืองสกุล	มหาวิทยาลัยพะเยา
ดร.ภัทรวารวรรณ รัตนเกษตร	มหาวิทยาลัยพะเยา

เลขานุการกองบรรณาธิการ

นายเฉลิมวุฒิ สาระกิจ	มหาวิทยาลัยพะเยา
----------------------	------------------

บทบรรณาธิการ

วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา ฉบับนี้ได้จัดทำขึ้นเป็นฉบับปฐมฤกษ์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการสร้างและถ่ายทอดองค์ความรู้ในศาสตร์วิชากฎหมายให้แพร่ขยายไปสู่สังคมไทย โดยเฉพาะการขยายองค์ความรู้ทางกฎหมายที่มาจากกรณีวิจัยทางกฎหมายในสังคมภูมิภาคต่างๆของประเทศไทย เพื่อที่จะได้สะท้อนถึงปัญหาและแนวความคิดในการแก้ไขปัญหา นั้นๆต่อไป

ทั้งนี้ ในวารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา ฉบับปฐมฤกษ์นี้ ทางคณะผู้ทำงาน กองบรรณาธิการได้รับเกียรติอย่างสูงจากปรมาจารย์ทางกฎหมายของประเทศไทย ได้จัดส่งบทความทางกฎหมายเพื่อขยายองค์ความรู้ที่ดีไปสู่สังคม ซึ่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา จะได้ดำเนินการเพื่อจัดทำวารสารกฎหมายนี้ต่อไปอย่างต่อเนื่องทุกๆ ปี เพื่อประโยชน์ของนิสิต นักกฎหมาย และประชาชนทั่วไป จักได้ใช้ประโยชน์จากความรู้ทางกฎหมายเพื่อเป็นประโยชน์สุขต่อสังคมต่อไป

ดร.วิมลเรขา ศิริชัยวารวรรณ

บรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

สารบัญ

บทความ	หน้า
การต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติตามอนุสัญญา ขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ.2000 โดย ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	1
การบังคับใช้กฎหมายในคดีอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์: ปัญหาด้านการสืบสวนสอบสวน โดย พ.ต.ท. ดร.เทิดสยาม บุญยะเสนา	24
การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งในต่างประเทศ : ประเทศอังกฤษ โดย ดร.สมบัติ พงศมิ่งศักดิ์	46
การคุ้มครองสิทธิผู้ถือหุ้นรายย่อยตามกฎหมายไทยและฝรั่งเศส โดย ดร.ภัทราวรรณ รัตนเกษตร	72
ความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น โดย นายเฉลิมวุฒิ สารกิจ	91

การต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติตามอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ.2000

The Fight against Transnational Organized Crime under the 2000 United Nations Convention

ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร รหัสไปรษณีย์ 10200

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติถือเป็นอาชญากรรมที่ป้องกันและปราบปรามได้ยาก เนื่องจากการจัดตั้งเป็นองค์กรและลักษณะข้ามชาติ อนุสัญญาสหประชาชาติ จึงเป็นผลจากความพยายามที่จะเข้ามาจัดการปัญหานี้โดยมีรัฐทั่วโลกเข้าเป็นภาคีฝ่ายแล้วรวมทั้งประเทศไทยด้วยซึ่งได้ออกกฎหมายอนุวัติการไปตั้งแต่ พ.ศ. 2556

บทความนี้มุ่งที่จะอธิบายหลักการพื้นฐานต่างๆของอนุสัญญาฯซึ่งสะท้อนให้เห็นพัฒนาการของกฎเกณฑ์ในเรื่องนี้ทั้งที่เกี่ยวกับฐานความผิดต่างๆ เขตอำนาจของรัฐในการดำเนินการ ตลอดจนกลไกความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านต่างๆโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การส่งผู้ร้ายข้ามแดน การจัดการทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำผิด ฯลฯ นอกจากนี้ยังจะพิจารณาตัวอย่างการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ โดยอาศัยทางปฏิบัติของประเทศไทยด้วย

คำสำคัญ: องค์กรอาชญากรรม, อาชญากรรมข้ามชาติ, สหประชาชาติ, อนุสัญญา, กฎหมายระหว่างประเทศ

Abstract

Nowadays the transnational organized crime is extremely difficult to prevent or suppress because of its nature: transnational and sophisticatedly organized. The 2000 United Nations Convention against this kind of crime, to which nearly all States including Thailand have become parties, is therefore the outcome of efforts to cope with this serious problem. In this regard, Thailand as a party to the Convention has recently enacted the implementing legislation in 2015.

This article aims to explain fundamental principles of the UN Convention which reflect the development of legal rules in this matter especially on different crimes under the scope of the Convention, jurisdiction of States parties as well as various mechanism for the cooperation between State parties namely extradition, asset management ,etc. Moreover the practice of Thailand in this connection shall also be considered.

Keywords: Organized Crime, Transnational Crime, United Nation, Convention, International Law

1. บทนำ

สภาพปัญหาและความสำคัญของการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

การก่ออาชญากรรมก่อให้เกิดปัญหาซับซ้อนมากขึ้นในปัจจุบัน ไม่เพียงในเชิงปริมาณที่เพิ่มขึ้นอย่างมากมาย แต่ในแง่ของลักษณะของการกระทำผิดที่เปลี่ยนแปลงรูปแบบไปเป็นอาชญากรรมที่เกิดจากกลุ่มบุคคลที่จัดตั้งขึ้นเป็นองค์กร โดยองค์กรอาชญากรรมที่จัดตั้งขึ้นทำให้การป้องกันและปราบปรามก็เป็นไปได้ยากขึ้น และยิ่งองค์กรเหล่านี้มีกิจกรรมที่มีลักษณะข้ามชาติก็ยิ่งทำให้การต่อต้านและลงโทษก็ต้องประสบปัญหาซับซ้อนยุ่งยาก ดังนั้นจึงต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศจึงจะพอมีทางรับมือกับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติได้

เพื่อให้เข้าใจปัญหาจำต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างอาชญากรรมทั่วไปกับอาชญากรรมที่เกิดจากกลุ่มที่จัดตั้งขึ้น กล่าวคือ ประการแรกในแง่ของตัวผู้กระทำผิด สำหรับอาชญากรรมทั่วไปมักเกิดจากบุคคลคนเดียว หรือหากเกิดขึ้นจากกลุ่มบุคคลก็เป็นการรวมตัวชั่วคราว ปราศจากการจัดตั้งอย่างเป็นระบบ ผู้ได้รับประโยชน์ก็คือผู้กระทำผิดเอง ในขณะที่อาชญากรรมองค์กรจัดตั้ง มักมีผู้กระทำผิดหลายคนโดยการร่วมกันสมคบคิด วางแผน แบ่งหน้าที่ มีกฎเกณฑ์ขององค์กร ผู้กระทำผิดเป็นคนละบุคคลกับตัวการใหญ่หรือผู้รับประโยชน์ ประการที่สองเรื่องพฤติกรรมในการกระทำผิด วิธีการในอาชญากรรมทั่วไปมักไม่ซับซ้อน ปราศจากการใช้เทคโนโลยีทันสมัยหรือโดยผู้เชี่ยวชาญ จึงมักทั้งร่องรอยหรือหลักฐานการกระทำผิดไว้ให้สืบหาได้โดยง่าย ซึ่งตรงกันข้ามกับอาชญากรรมขององค์กรจัดตั้งที่ทำให้การติดตามผู้กระทำผิดกระทำได้ยาก ประการสุดท้ายเรื่องความเสียหาย สำหรับอาชญากรรมทั่วไปมักจะไม่มากมาย และมีขอบเขตจำกัดตามศักยภาพของอาชญากรที่มีอยู่อย่างจำกัด แต่สำหรับอาชญากรรมที่ก่อขึ้นโดยองค์กรอาชญากรรมนั้น ความเสียหายมีมากกว่าเพราะมุ่งผลประโยชน์ตอบแทนที่สูงเนื่องจากต้องนำมาแบ่งปันกันในองค์กรรวมถึงเจ้าหน้าที่รัฐด้วย และความเสียหายยังไม่จำกัดเฉพาะในทางวัตถุหรือทรัพย์สินแต่ครอบคลุมถึงระบบการปฏิบัติหน้าที่ราชการ ตลอดจนความเสียหายต่อชื่อเสียงและภาพพจน์ของหน่วยงานและสังคมโดยรวมด้วย

เพราะฉะนั้นยิ่งอาชญากรรมโดยองค์กรจัดตั้งมีลักษณะข้ามชาติก็ยิ่งเพิ่มความเสียหายให้ขยายวงไปครอบคลุมในระดับระหว่างประเทศไปด้วย โดยองค์กรที่รู้จักกันทั่วไปตั้งแต่ดั้งเดิมก็คือ องค์กรมาเฟียของรัสเซียและ อิตาลี รวมทั้งของโคลัมเบีย จีนตลอดจนองค์กรยาสูบของญี่ปุ่น¹

ความยุ่งยากในการปราบปราม เป็นผลมาจาก การแบ่งงานกันออกเป็นหลายฝ่าย การกระจายความรับผิดชอบบุคคลภายในองค์กร การใช้บุคคลต่างๆทำงานแทนกันได้ การรักษาความลับ ความไม่ชัดเจนและการปะปนกันของความชอบธรรมกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำให้กระบวนการบังคับใช้กฎหมายไม่อาจดำเนินการได้ เช่น โดยการให้สินบนเจ้าหน้าที่และการใช้มาตรการรุนแรงต่างๆเพื่อมิให้มีการให้ความร่วมมือกับฝ่ายปราบปราม ดังนั้นการป้องกันและปราบปรามจึงต้องอาศัยกลไกในระดับระหว่างประเทศโดยการวางกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเพื่อรับมือกับการกระทำผิดประเภทนี้ และการบังคับใช้กฎหมายโดยความร่วมมืออย่างใกล้ชิดระหว่างรัฐทั้งหลายอันเป็นผลจากการทำอนุสัญญาแห่งสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ

ภูมิหลังของอนุสัญญาและท่าทีของประเทศไทย

อนุสัญญาเป็นพัฒนาการที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศสะท้อนความพยายามในการต่อสู้กับอาชญากรรมข้ามชาติและต่อเนื่องจากสนธิสัญญาอื่นเช่นเรื่องยาเสพติด

สมัชชาสหประชาชาติได้รับตัวบทของอนุสัญญาเมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน ค.ศ.2000² พร้อมกับกับพิธีสาร 2 ฉบับ กล่าวคือ พิธีสารเพื่อป้องกัน ปราบปรามและลงโทษ การค้าบุคคลโดยเฉพาะสตรีและเด็ก เพิ่มเติมอนุสัญญา และพิธีสารต่อต้านการลักลอบขนผู้อพยพทางบก ทางทะเลและทางอากาศ เพิ่มเติมอนุสัญญา รัฐที่ต้องการเป็นภาคีในพิธีสารต้องเป็นภาคีในอนุสัญญา การตีความพิธีสารต้องพิจารณาอนุสัญญาประกอบด้วยโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของแต่ละพิธีสาร อนุสัญญาฯและพิธีสารเหล่านี้ได้ถูกเปิดให้ลงนามในที่ประชุมระหว่างประเทศซึ่งจัดขึ้นระหว่างวันที่ 12-15

¹ Carrie Lyn Donigan Guymon, "International Legal Mechanisms for Combating Transnational Organized Crime: The Need for a Multilateral Convention", Berkeley Journal of International Law, 2000, pp.56-61

² ตัวบทของอนุสัญญาใน กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, ชาติ ชัยเดชสุริยะและณัฐวสา ฉัตรไพฑูริย์, อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม, กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิพัฒนากระบวนการยุติธรรม, พ.ศ.2548, น.111-142

ฉันทวาคม ค.ศ.2000 ณ เมือง ปาเลอร์โม ประเทศ อิตาลี³ ซึ่งมีรัฐรับตัวบทของอนุสัญญาฯมากกว่า 120 รัฐ การเลือกเมืองซึ่งอยู่ในเกาะซิซิลีอันมีชื่อเสียงองค์การอาชญากรรมหรือที่เรียกกันทั่วไปว่า มาเฟีย ก็สะท้อนให้เห็นความมุ่งมั่นที่จะต่อสู้กับกิจกรรมอาชญากรรมโดยประชาคมระหว่างประเทศ

ในปัจจุบันรัฐส่วนใหญ่เกือบทั้งหมดในสังคมโลกล้วนเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯฉบับนี้แล้ว กล่าวคือจนถึงกลางปี พ.ศ.2557 รวบรวม 180 รัฐ รวมทั้งประเทศไทยซึ่งได้ลงนามไว้ตั้งแต่วันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2543 และได้ให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาฯเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ.2556 โดยพระเจ้าหลานเธอ พระองค์เจ้าพัชรกิติยาภา เอกอัครราชทูตผู้แทนถาวรแห่งประเทศไทยประจำสหประชาชาติ ณ กรุงเวียนนา ได้ทรงเป็นผู้แทนรัฐบาลไทยในการยื่นสัตยาบันสารต่อผู้แทนเลขาธิการสหประชาชาติ ณ นครนิวยอร์ก อันทำให้อนุสัญญาฯเริ่มมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 16 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556 ตามมาตรา 38 ของอนุสัญญาฯซึ่งกำหนดให้มีผลสามสิบวันนับแต่การมอบสัตยาบันสาร⁴ ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีของอนุสัญญาฯจึงมีสิทธิเข้าร่วมในการประชุมและยังสามารถใช้กลไกความร่วมมือต่างๆเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการป้องกันและปราบปรามองค์การอาชญากรรมข้ามชาติด้วย อย่างไรก็ตามไทยก็มีพันธกรณีต้องออกมาตรการต่างๆที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฯด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการทางกฎหมาย โดยการตรากฎหมายเพื่ออนุวัติการอนุสัญญาฯ กล่าวคือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 ซึ่งมีผลใช้บังคับแล้วตั้งแต่วันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2556

บทความนี้มุ่งเสนอภาพรวมของการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติในกรอบงานของสหประชาชาติตามอนุสัญญาฯค.ศ.2000 โดยในส่วนแรกจะพิจารณาหลักการต่างๆในอนุสัญญาฯเพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น แล้วจึงจะศึกษาระบบและกลไกซึ่งอนุสัญญาฯนำมาปรับใช้ในส่วนที่สองต่อไปตามลำดับ

2. หลักการและเหตุผลของอนุสัญญาฯ

อนุสัญญาฯได้สร้างกฎเกณฑ์ที่สะท้อนให้เห็นพัฒนาการในด้านการป้องกันและปราบปรามองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ เพราะกฎหมายภายในไม่เพียงพอที่จะรับมือกับอาชญากรรมประเภทนี้

³ รุ่งกาน วัชรปรีดา, “อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์การ”, สารนิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2547, น.6

⁴ วิทวัส นิมิตา, “วิเคราะห์ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ.2000, วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2556, น.3

ได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยกำหนดฐานความผิดที่อยู่ภายใต้ขอบเขตการปรับใช้ของอนุสัญญาให้กว้างขวางและครอบคลุมอาชญากรรมต่างๆ เพื่อให้สอดคล้องกับการกระทำผิด เพราะฉะนั้น แนวคิดเรื่องการนิยาม อาชญากรรมข้ามชาติ จึงเน้นที่ผู้กระทำและลักษณะข้ามชาติหรือระหว่างประเทศมากกว่ากิจกรรม เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกิจกรรมที่เปลี่ยนแปลงไปตามความคุ้มค่าทางธุรกิจ ดังนั้นหากเน้นที่กิจกรรมอาจทำให้ล่าช้าได้เร็ว ฉะนั้นจึงให้นิยามเป็นกลุ่มของผู้ร่วมกันก่ออาชญากรรมในรูปขององค์กรจัดตั้ง

ประการที่สอง เรื่องการกระทำผิดต้องเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมร้ายแรงมีปัญหาตามมาในช่วงการยกเว้นว่าควรมีบัญชีรายชื่อการกระทำผิดหรือไม่ แต่เมื่อมีการตรวจสอบทางปฏิบัติของรัฐปรากฏว่าเป็นที่รู้จักกันทั่วไปแล้วเกี่ยวกับ แนวคิดเรื่องอาชญากรรมร้ายแรง (โดยต้องอาศัยการทดสอบการเป็นสัดส่วน กล่าวคือ ถูกลงโทษด้วยการจำคุก 4 ปีหรือมากกว่า) และอนุสัญญายังระบุฐานความผิด 4 ประการซึ่งมีลักษณะที่เกี่ยวข้องอย่างมีนัยสำคัญกับการดำเนินการขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ดังจะอธิบายตามลำดับต่อไปนี้

1. นิยามขององค์กรอาชญากรรมและ ลักษณะข้ามชาติของการกระทำผิด

1.1 นิยามขององค์กรอาชญากรรม

ตามอนุสัญญาฯ องค์กรอาชญากรรมหมายถึง กลุ่มที่มีการจัดโครงสร้างของบุคคลสามคนหรือมากกว่า ที่ดำรงอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่งและดำเนินการอย่างประสานกันโดยมุ่งหมายที่จะก่ออาชญากรรมหรือการกระทำผิดร้ายแรงอย่างหนึ่งหรือมากกว่านั้นซึ่งกำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ เพื่อให้ได้ผลประโยชน์ทางการเงินหรือทางวัตถุอย่างอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม⁵ กฎหมายภายในของไทยเองก็รับนิยามของอนุสัญญาฯ มาใช้⁶

⁵ มาตรา 2 (เอ) ของอนุสัญญาฯ

⁶ มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 “...คณะบุคคลตั้งแต่สามคนที่รวมตัวกันชั่วระยะเวลาหนึ่งและร่วมกันกระทำการใด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำความผิดร้ายแรงเพื่อให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางการเงิน ทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม....”

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 “....คณะบุคคลซึ่งมีการจัดโครงสร้างโดยสมคบกันตั้งแต่สามคนขึ้นไปไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วระยะเวลาหนึ่ง และไม่ว่าจะเป็นโครงสร้างที่ชัดเจนมีการกำหนดบทบาทของสมาชิกอย่างแน่นอนหรือมีความต่อเนื่องของสมาชิกภาพหรือไม่ ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่งหรือหลายฐานที่มีอัตราโทษจำคุกขั้นสูงตั้งแต่สี่ปีขึ้นไปหรือกระทำ

ลักษณะสำคัญขององค์การอาชญากรรมคือ การรวมกลุ่มของอาชญากรหรือผู้กระทำความผิด ตั้งแต่สามคนขึ้นไปในรูปขององค์กรที่มีโครงสร้างการปกครองที่เป็นระบบ โดยมุ่งให้ทำงานในช่วงระยะเวลาหนึ่ง มีการบริหารจัดการภายในองค์กร กล่าวคือ การมอบหมายและแบ่งภาระหน้าที่ตามสายการบังคับบัญชาตามแผนงาน มีวัตถุประสงค์ที่จะดำเนินงานที่ผิดกฎหมายอย่างร้ายแรง เพื่อแลกกับผลประโยชน์ต่างๆที่มากพอที่จะนำมาแบ่งให้กับบุคคลากรในองค์กรอย่างทั่วถึง โดยปฏิบัติงานอย่างซบซ้อน เช่นการประกอบธุรกิจถูกกฎหมายบังหน้าเพื่อใช้เป็นแหล่งฟอกเงิน และมักใช้ความรุนแรงหรืออิทธิพลเพื่อกดดันเหยื่อรวมทั้งเจ้าหน้าที่รัฐ

1.2 ลักษณะข้ามชาติของการกระทำความผิด

ลักษณะข้ามชาติถูกนิยามไว้โดยคำนิยามถึงสถานการณ์ที่ครอบคลุมมากกว่ารัฐเดียว เช่น ถูกก่อขึ้นในดินแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ หรือการเตรียมการ วางแผน กำกับ ควบคุมเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง หรือเกิดขึ้นในรัฐหนึ่งแต่เกี่ยวข้องกับองค์การอาชญากรรมซึ่งประกอบอาชญากรรมในดินแดนของรัฐต่างๆมากกว่ารัฐเดียว หรืออาชญากรรมซึ่งมีผลข้ามไปในดินแดนของรัฐอื่นด้วย

มาตรา 3 (2) ของอนุสัญญาได้ให้ความหมายของการกระทำความผิดที่มีลักษณะข้ามชาติไว้ว่าเป็น

(เอ) ความผิดที่ถูกก่อขึ้นในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ,

(บี) ความผิดที่ถูกก่อขึ้นในรัฐหนึ่ง แต่ส่วนสำคัญของการเตรียมการ การวางแผน การกำกับหรือการควบคุมเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง,

(ซี) ความผิดที่ถูกก่อขึ้นในรัฐหนึ่ง แต่เกี่ยวพันกับกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งขึ้นเป็นองค์กรที่ก่ออาชญากรรมในรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ หรือ

(ดี) ความผิดที่ถูกก่อขึ้นในรัฐหนึ่ง แต่มีผลอย่างสำคัญในอีกรัฐหนึ่ง....”

ประเทศไทยเองก็รับความหมายดังกล่าวไว้ใน พรบ.ป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556⁷

ความผิดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ เพื่อแสวงหาผลประโยชน์ทางทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดอันมิชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม...”

⁷ “.....มีการกระทำความผิดซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) ความผิดที่กระทำในเขตแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ

องค์ประกอบที่สำคัญในเรื่องนี้จึงอยู่ที่ลักษณะระหว่างประเทศหรือข้ามชาติของการกระทำผิด กล่าวคือ การกระทำผิดเกี่ยวข้องกับรัฐมากกว่ารัฐเดียวทั้งในแง่ของสถานที่ของการเกิดขึ้น และผลของการกระทำ ตลอดจนในแง่ของขั้นตอนของการกระทำผิดซึ่งรวมถึงตั้งแต่การเตรียมการ การปฏิบัติการและการควบคุม

2. ฐานความผิดขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติ

รัฐภาคีในอนุสัญญาฯ มีพันธกรณีต้องตรากฎหมายให้การกระทำที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ เป็นความผิดทางอาญา โดยอนุสัญญาฯ ใช้กับการป้องกัน การสอบสวน และการดำเนินคดีสำหรับความผิดต่างๆ เมื่อมีลักษณะข้ามชาติ และโดยกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งเป็นองค์การดังต่อไปนี้

- ประเภทแรกเป็นความผิดร้ายแรงเช่นที่นิยามไว้ในอนุสัญญาฯ กล่าวคือ มาตรา 2 (บี) นิยามไว้ว่า “การดำเนินการซึ่งก่อให้เกิดเป็นการกระทำผิดที่มีอัตราโทษขั้นสูงโดยการจำกัดอิสรภาพอย่างน้อย 4 ปี หรือที่มีโทษรุนแรงกว่านั้น”

การนิยามในลักษณะเช่นนี้ทำให้ไม่จำเป็นต้องระบุหรือจัดทำบัญชีของฐานความผิดต่างๆ โดยใช้เกณฑ์ของระดับความรุนแรงของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดต่างๆ เป็นพื้นฐานในการพิจารณา กำหนดความผิดต่างๆ ซึ่งอยู่ในขอบเขตการปรับใช้ของอนุสัญญาฯ เพราะฉะนั้นจึงเป็นนิยามที่ไม่จำกัดความผิดใดไว้โดยเฉพาะและเปิดให้มีการปรับใช้อย่างครอบคลุมกับฐานความผิดร้ายแรงต่างๆ ที่อาจมีวิวัฒนาการในอนาคตได้

ตัวอย่างของความผิดที่ปรากฏในปัจจุบัน รวมความผิดที่เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจซึ่งมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและความมั่นคงของชาติ เช่นพวกการฉ้อโกงหรือปลอมแปลงเอกสารโดยผู้กระทำผิดมักมีสถานภาพทางสังคมในระดับดี อีกทั้งความผิดด้านความมั่นคง เช่นการค้ายาเสพติด การค้ามนุษย์หรืออาวุธสงครามฯ⁸

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 ระบุโทษที่ทำให้สูญเสียชีวิตคือการจู่โจมและการกักขัง อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างของกฎหมายภายในของรัฐภาคีซึ่งอาจมีการ

(2) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่การเตรียมการ การวางแผน การสั่งการ การสนับสนุน หรือการควบคุมการกระทำผิดได้กระทำในอีกรัฐหนึ่ง

(3) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับองค์การอาชญากรรมที่มีการกระทำผิดมากกว่าหนึ่งรัฐ

(4) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่ผลของการกระทำที่สำคัญเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง”

⁸ วิทวัส นิมดำ, อ้างแล้ว, น.28-42

กำหนดฐานความผิดไว้ในลักษณะเดียวกันแต่กำหนดโทษไว้แตกต่างกัน ก็อาจทำให้การกระทำผิดอย่างเดียวกัน อาจไม่ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงเหมือนกันได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้นเกณฑ์เรื่องระดับความรุนแรงของโทษอาญาควรเสริมด้วยข้อพิจารณาอื่นประกอบด้วยเพื่อความเป็นเอกภาพในการปรับใช้อนุสัญญาฯ

นอกจากนี้อนุสัญญายังระบุไว้อย่างเฉพาะเจาะจงถึงความผิดที่สำคัญและเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับการดำเนินงานขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติอีก 4 ประการ กล่าวคือ

-การมีส่วนร่วมในการกระทำผิด

เพื่อการต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ มาตรา 5 ของอนุสัญญาถือว่าการกระทำต่อไปนี้เป็นความผิดทางอาญา⁹ ซึ่งแตกต่างจากการการพยายามหรือ การล้มฤทธิ์ผลของอาชญากรรม เมื่อกระทำขึ้นอย่างเจตนาหรือจงใจ กล่าวคือ

- การตกลงกันระหว่างบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อก่ออาชญากรรมร้ายแรงโดยเกี่ยวข้องกับ การกระทำของผู้เข้าร่วมคนหนึ่งตามความตกลงหรือกับกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งขึ้นเป็นองค์กร

- การดำเนินการโดยบุคคลซึ่งโดยล่วงรู้ถึงไม่เข้าเป้าหมายและกิจกรรมทั่วไปที่เป็นอาชญากรรมของกลุ่มองค์กรอาชญากรรมเข้าไปมีส่วนร่วมใน อาชญากรรมขององค์กรอาชญากรรมหรือกิจกรรมอื่นขององค์กรอาชญากรรม โดยล่วงรู้ว่าการมีส่วนร่วมของตนจะมีส่วนทำให้บรรลุเป้าหมาย

- การจัดให้มี การกำกับ การช่วยเหลือ การยุยง การอำนวยความสะดวก การให้คำปรึกษา สำหรับการก่ออาชญากรรมร้ายแรงซึ่งเกี่ยวข้องกับกลุ่มอาชญากรที่ก่อตั้งขึ้นในรูปองค์กร

ปัจจัยสำคัญของการกระทำผิดคือการมีส่วนร่วมในการก่ออาชญากรรมร้ายแรง โดยเจตนา และล่วงรู้ว่าการมีส่วนร่วมของตนเป็นหรือจะนำไปสู่การกระทำผิดอย่างร้ายแรง

ความผิดประเภทนี้เป็นการประสานแนวคิดเรื่อง การสมรู้ร่วมคิดในระบบกฎหมายคอมมอนลอร์กับแนวคิดเรื่องการมีส่วนร่วมในระบบกฎหมายอื่นของภาคพื้นทวีป¹⁰ ซึ่งต้องพิสูจน์โดยการหาเจตนาของผู้กระทำผิดโดยคำนึงถึงพฤติการณ์เป็นรายกรณี ทั้งนี้เพื่อให้กลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ

⁹ ประธาน จุฬาริโรจน์มนตรีและคณะ, การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ(ระยะที่2), รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการกำหนดให้การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเป็นความผิดอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย พ.ศ.2548), น. 7

¹⁰ Roger S. Clark, " The United Nations Convention against Transnational Organized Crime", Wayne Law Review, 2004, pp.169-172

การกระทำผิดในทุกขั้นตอนต้องตกอยู่ในข่ายของความรับผิดชอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้บงการอยู่เบื้องหลังซึ่งมักหลุดรอดจากการปรับใช้กฎหมายเรื่องตัวการ ผู้ใช้และผู้สนับสนุนซึ่งเกี่ยวข้องกับการกระทำที่แคบกว่า ดังนั้นความผิดนี้จึงมิได้จำกัดอยู่เฉพาะบุคคลที่กระทำการในชั้นสุดท้ายเท่านั้น

- การฟอกทรัพย์สิน

องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติมักใช้การฟอกทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิดเพื่อแปลงสภาพของทรัพย์สินแล้วนำมาใช้เป็นทุนในการดำเนินงานเพื่อสร้างความมั่นคงและอิทธิพลขององค์กร การฟอกทรัพย์สินเป็นการกระทำที่มีเป้าหมายเพื่อปกปิดแหล่งที่มาของทรัพย์สินทุกประเภทไม่ว่าจะมีรูปร่างหรือไม่มี ซึ่งรวมถึงเอกสารหรือตราสารทางกฎหมายต่างๆ ที่เป็นหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์หรือผลประโยชน์ในทรัพย์สิน หรือเพื่อเปลี่ยนแปลงสถานะหรือสภาพของทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบให้กลายเป็นทรัพย์สินที่ชอบด้วยกฎหมาย การฟอกทรัพย์สินจึงเป็นการดำเนินการที่กว้างว่าการฟอกเงิน¹¹ ซึ่งจำกัดอยู่เฉพาะเรื่องทรัพย์สินที่เป็นเงินเท่านั้น ดังนั้นจึงต้องกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา

แม้จะใช้พื้นฐานเดียวกันแต่ก็แตกต่างจากอนุสัญญากรุงเวียนเรื่องการปราบปรามยาเสพติด ค.ศ.1988 โดยขยายฐานความผิดให้กว้างกว่าเพียงทรัพย์สินที่ได้มาจากยาเสพติด

อนุสัญญาฯ มิได้ระบุความผิดมูลฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งทรัพย์สินที่เป็นผลจากการกระทำผิด โดยระบุเพียงให้เป็นความผิดร้ายแรงและตามกรณีที่อนุสัญญาฯ ระบุไว้ ซึ่งนำไปสู่การฟอกทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำผิดเหล่านั้นซึ่งทำให้เปิดกว้างจนครอบคลุมความผิดต่างๆ ที่เข้าองค์ประกอบในอนุสัญญาฯ เรื่องความร้ายแรงและเรื่องลักษณะข้ามชาติ

มาตรา 6(1) กำหนดให้การกระทำต่อไปนี้เป็นความผิดทางอาญา

- การแปรสภาพหรือโอนทรัพย์สิน โดยล่วงรู้ว่า ทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ได้จากการก่ออาชญากรรม เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะปกปิดหรืออำพรางต้นกำเนิดที่ผิดกฎหมายของทรัพย์สิน หรือเพื่อการช่วยเหลือบุคคลใดซึ่งเกี่ยวพันกับการก่ออาชญากรรมมูลฐานเพื่อหลบเลี่ยงผลทางกฎหมายของการกระทำของบุคคลนั้น

¹¹ ดู วีระพงษ์ บุญโญภาส, สุพัตรา แผนวิจิต และ จีรวุฒิ ลิปิพันธ์, การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ(ระยะที่2), รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการกำหนดความผิดฐานฟอกเงินที่ผู้กระทำเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติและมาตรการรวมทั้งความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามการฟอกเงินและมาตรการยึดอายัดและริบทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย พ.ศ.2546), น. 6

- การปกปิดหรืออำพราง ลักษณะที่แท้จริง แหล่งที่มา สถานที่ตั้ง การจำหน่าย การเคลื่อนย้ายหรือการกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน โดยล่วงรู้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ได้จากการก่ออาชญากรรม

- ภายใต้บังคับแห่งหลักคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐภาคี การได้มา การครอบครองหรือการใช้ทรัพย์สิน โดยล่วงรู้ในขณะที่ได้รับ ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ได้จากการก่ออาชญากรรม

การมีส่วนร่วมใน การเข้าสมาคมกับ หรือการสมคบที่จะกระทำ พยายามที่จะกระทำและการช่วยเหลือ การยุยง การอำนวยความสะดวกและการให้คำปรึกษาสำหรับการกระทำความผิดใดที่กำหนดขึ้นโดยบทบัญญัติของมาตรานี้

มาตรา 7 ยังกำหนดให้มีการจัดตั้งระบบกำกับดูแลธนาคารและสถาบันการเงินที่อาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับการฟอกทรัพย์สินด้วย

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายรองรับในเรื่องนี้คือพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมไปแล้วทั้งสิ้น 4 ฉบับ โดยฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2556 ได้กำหนดความผิดมูลฐานเพิ่มเติมโดยรวมความผิดมูลฐานตาม พรบ. การป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ไว้ด้วย อีกทั้งระบุนกรอบของความผิดให้ชัดเจนขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

- การทุจริตประพฤติกมิชอบหรือคอร์รัปชัน (corruption)

การทุจริตเป็นภัยคุกคามความมั่นคงของชาติ โดยบ่อนทำลายระบอบประชาธิปไตย สร้างความเสียหายอย่างใหญ่หลวงกับการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ¹² และส่งผลกระทบต่อหลักนิติธรรมและกระบวนการยุติธรรม ดังนั้นจึงเป็นที่ยอมรับกันในปัจจุบันว่าการต่อต้านการทุจริตเป็นปัจจัยสำคัญที่ทุกประเทศในโลกต้องคำนึงถึง ซึ่งรวมถึงประเทศไทยซึ่งอยู่ในกระบวนการปฏิรูป โดยถือว่าการต่อต้านการทุจริตเป็นประเด็นหลักหนึ่งในการปฏิรูป

อนุสัญญาฯ ให้ความสำคัญกับเรื่องนี้เพราะตระหนักดีว่าเป็นวิธีการที่องค์การอาชญากรรมข้ามชาติใช้เพื่อให้ได้ผลประโยชน์ที่ผิดกฎหมายที่ตนต้องการ โดยเฉพาะการให้สินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อแลกกับการไม่ถูกดำเนินคดี หรือเพื่อให้ได้รับความสะดวกในการกระทำความผิด เพราะฉะนั้นการ

¹² David McClean, Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols, New York, Oxford University Press, p. 109-110

ป้องกันและปราบปรามการทุจริตจึงเป็นหนึ่งในหัวข้อหลักที่จะนำไปสู่การต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติด้วย

มาตรา 8 ของอนุสัญญาบัญญัติให้การกระทำต่อไปนี้เป็นความผิดทางอาญา เมื่อกระทำขึ้นอย่างเจตนาหรือจงใจ กล่าวคือ

- การสัญญาว่าจะให้ การเสนอให้หรือการให้ผลประโยชน์อันมิชอบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐเองหรือต่อบุคคลหรือตัวตนอื่น เพื่อให้เจ้าหน้าที่กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในการปฏิบัติหน้าที่

- การเรียกร้องหรือการรับผลประโยชน์อันมิชอบโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐเองหรือต่อบุคคลหรือตัวตนอื่น เพื่อให้เจ้าหน้าที่กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในการปฏิบัติหน้าที่

ในแง่นี้เป็นเพียงวิธีการที่องค์กรอาชญากรรมใช้ แต่มิใช่ถูกพิจารณาในลักษณะที่ครอบคลุมการกระทำผิดประเภทนี้ทั้งหมดซึ่งต้องอาศัยการบัญญัติกฎหมายในเวทีอื่นต่อไปซึ่งในเวลาต่อมาอนุสัญญาได้ถูกใช้เป็นพื้นฐานให้กับการจัดทำอนุสัญญาระดับสากลเรื่องการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 ในที่สุด

หลักการของอนุสัญญาในเรื่องนี้มุ่งให้ครอบคลุมทั้งการทุจริตเชิงรุกและเชิงรับ กล่าวคือ ทั้งการเสนอให้และการรับสินบนซึ่งมากกว่าในสนธิสัญญาขององค์การเพื่อการความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ(OECD) แต่ก็ยังมีข้อจำกัดในแง่ที่ยังเน้นที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยไม่รวมถึงเจ้าหน้าที่ต่างประเทศและเจ้าพนักงานระหว่างประเทศในองค์การระหว่างประเทศต่างๆดังที่ระบุไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003

ประเทศไทยมีกฎหมายรองรับการปฏิบัติตามพันธกรณีเรื่องการกำหนดความผิดอาญาของการกระทำในลักษณะนี้โดยปรากฏในกฎหมายหลายฉบับ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 143 ปรับใช้กับการเรียกรับโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ สมาชิกสภานิติบัญญัติ สมาชิกสภาจังหวัดหรือสมาชิกสภาเทศบาล ส่วนมาตรา 144 กล่าวถึงกรณีการให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ นอกจากนี้ก็ยังมีอีกหลายมาตราที่เกี่ยวข้องเช่น มาตรา149,150,201,202 รวมทั้งกฎหมายฉบับอื่น เช่น พรบ.การป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ.2556 พรบ.ประกอบรัฐธรรมนูญ

ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542¹³ และพรบ.ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.2542 เป็นต้น แต่ พรบ.ประกอบรัฐธรรมนูญ ฯพ.ศ.2542 ยังมีได้ขยายขอบเขตการใช้ให้รวมเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศและเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศตามบทบัญญัติของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ.2003 ซึ่งประเทศไทยให้สัตยาบันเข้าเป็นภาคีแล้วตั้งแต่ พ.ศ.2554

- การขัดขวางกระบวนการยุติธรรม

การป้องกันและปราบปรามองค์การอาชญากรรมข้ามชาติต้องอาศัยการดำเนินการที่มีประสิทธิภาพของกระบวนการยุติธรรมในรัฐภาคีของอนุสัญญาซึ่งเป็นกลไกสำคัญที่จะทำให้ประสบความสำเร็จตามเป้าหมาย ดังนั้นหากปล่อยให้มีการขัดขวางหรือแทรกแซงกระบวนการยุติธรรมได้โอกาสที่จะจัดการกับอาชญากรรมประเภทนี้ก็ย่อมเป็นไปได้ ดังนั้นอนุสัญญาจึงได้ระบุไว้อย่างแจ่มชัดให้เป็นความผิดด้วย โดยมาตรา 23 ของอนุสัญญาบัญญัติให้การกระทำต่อไปนี้เป็นความผิดทางอาญา เมื่อกระทำขึ้นอย่างเจตนาหรือจงใจ กล่าวคือ

- การใช้กำลังทางกายภาพ การคุกคาม หรือการทำให้หวาดกลัวหรือการสัญญาว่าจะให้การเสนอว่าจะให้หรือการให้ผลประโยชน์ที่ไม่ชอบเพื่อจูงใจให้มีการให้การเท็จหรือเพื่อแทรกแซงในการให้การ หรือในการนำเสนอหลักฐานในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดที่ครอบคลุมอยู่ภายใต้อนุสัญญา

- การใช้กำลังทางกายภาพ การคุกคาม หรือการทำให้หวาดกลัวเพื่อแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดที่ครอบคลุมอยู่ภายใต้อนุสัญญา การกระทำผิดประเภทนี้ในทางปฏิบัติรวมการใช้กำลังข่มขู่ การให้สินบนพยานและผู้เชี่ยวชาญ และบุคลากรซึ่งปฏิบัติงานในการบังคับคดี เพื่อเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในประเด็นทางคดีให้ผิดไปจากข้อเท็จจริง

ไทยมีกฎหมายรองรับความผิดลักษณะนี้ คือประมวลกฎหมายอาญามาตรา 139 ซึ่งบัญญัติเรื่องการข่มขืนใจเจ้าพนักงานให้ปฏิบัติการณ์มิชอบด้วยหน้าที่หรือให้ละเว้นการปฏิบัติตามหน้าที่ โดยใช้กำลังประทุษร้ายหรือขู่เข็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย ว่าเป็นความผิดซึ่งมีโทษทางอาญา

¹³ ศิริรัตน์ วสุวัต,ศิริมล ไพเราะ,ชาเล็ม อุตัส, สวณีย์ นากลอนและประจวบ กาศลังกา, “การบรรลุเป้าหมายในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของ ป.ป.ช. ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ” , สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, พ.ศ.2548, น.6-8

เงื่อนไขสำคัญคือเป็นการกระทำผิดทั้งภายในหรือนอกดินแดนของรัฐภาคี แต่ต้องเป็น ความผิดที่ทั้งรัฐเจ้าของดินแดนและรัฐที่เกี่ยวข้องอื่นถือเป็นความผิดอาญาที่อยู่ในข่ายการปรับใช้ของ อนุสัญญาฯ ได้ ตามหลัก การเป็นความผิดอาญาของรัฐต่างๆที่เกี่ยวข้อง(double criminality)

นอกเหนือจากการกำหนดฐานความผิดสำหรับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติแล้วอนุสัญญาฯ ยังบัญญัติมาตรการเพื่อให้ขอบเขตการใช้อนุสัญญาฯ ครอบคลุมถึงการกระทำของนิติบุคคลด้วย เนื่องจากในทางปฏิบัติองค์กรอาชญากรรมมักจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นเพื่อดำเนินการ ซึ่งหากถูกจับได้ก็ให้ ผู้บริหารรับผิดชอบ หรือจ้างบุคคลอื่นมารับสมอ้างเป็นเจ้าของและผู้บริหารของนิติบุคคล ทำให้ไม่ อาจเอาผิดกับผู้อยู่เบื้องหลังได้ เพราะฉะนั้นอนุสัญญาฯ ตามมาตรา 10 จึงกำหนดให้รัฐภาคีมีหน้าที่ ต้องออกมาตรการต่างๆที่จำเป็นเพื่อกำหนดให้นิติบุคคลต้องรับผิดชอบในกรณีกระทำผิดตามฐานต่างๆที่ กำหนดขึ้นด้วย โดยต้องมีโทษที่เป็นสัดส่วน มีลักษณะป้องปรามไม่ว่าจะเป็นทางอาญาหรือไม่ก็ตาม รวมถึงโทษทางการเงินด้วย ซึ่งสำหรับประเทศไทยความรับผิดชอบของนิติบุคคลยังมีการกำหนดเพียง โทษปรับเท่านั้นจึงยังไม่เพียงพอที่จะปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของอนุสัญญาฯ ได้อย่างสมบูรณ์ ดังนั้นจึง ควรพิจารณาการกำหนดโทษซึ่งอาจรวมถึงการห้ามดำรงตำแหน่งบริหารหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติ บุคคลประเภทเดียวกันอีกต่อไปด้วย¹⁴

3. การปรับใช้อนุสัญญา

เพื่อให้รัฐภาคีทั้งหลายมีเขตอำนาจอย่างกว้างขวางในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิด อนุสัญญาฯ จึงได้กำหนดให้รัฐภาคีออกมาตรการต่างๆเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจในการดำเนินการกับอาชญากร เพื่อมิให้หลุดรอดไปโดยใช้ช่องโหว่ที่เกิดจากลักษณะระหว่างประเทศของการกระทำผิด โดยเปิดให้รัฐ ภาคีสามารถอ้างเขตอำนาจในการจัดการกับผู้กระทำผิดได้ในกรณีต่างๆ¹⁵ ที่จะศึกษาเป็นประการ แรกก่อนที่จะพิจารณามาตรการต่างๆในการดำเนินการกับผู้กระทำผิดซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือ ระหว่างรัฐภาคีในด้านต่างๆเพื่อให้การลงโทษปราบปรามมีประสิทธิภาพ ตามลำดับต่อไป

¹⁴ วันชัย รุจนวงศ์, ผ่าองค์กรอาชญากรรม: มะเร็งร้ายของสังคม, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์มติชน, พ.ศ. 2548, น.229

¹⁵ David McClean, *infra.*, p. 164

1. เขตอำนาจรัฐภาคีของอนุสัญญาฯ

การที่รัฐภาคีจะบังคับใช้กฎหมายในอนุสัญญาฯได้ก็ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขว่าศาลของตนมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีสำหรับความผิดที่ระบุไว้ในอนุสัญญาฯ จึงทำให้รัฐมีพันธกรณีต้องออกมาตรการต่างๆทั้งทางนิติบัญญัติและทางบริหารให้ตนมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีและบังคับคดีตามความผิดเหล่านั้น โดยมาตรา 15 ของอนุสัญญาฯกำหนดให้รัฐภาคีมีเขตอำนาจในสถานการณ์ต่างๆที่กว้างขวาง เพื่อให้สามารถดำเนินคดีและลงโทษปราบปรามผู้กระทำผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพดังต่อไปนี้

- เมื่อการกระทำผิดเกิดขึ้นในดินแดนของรัฐภาคี(วรรค 1) อันเป็นไปตามหลักทั่วไปของเขตอำนาจเหนือดินแดนซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายสำหรับบุคคลรวมทั้งวัตถุตลอดจนสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในดินแดนของรัฐ ในความหมายที่รวมส่วนที่เป็นทั้งทางบก ทางทะเลและน่านฟ้าเหนือดินแดนของรัฐด้วย

- เมื่อการกระทำผิดเกิดขึ้นในเรือซึ่งชักธงของตน หรือบนอากาศยานซึ่งจดทะเบียนภายใต้กฎหมายของรัฐภาคี โดยตามหลักเขตอำนาจของรัฐเหนือบุคคล รัฐเจ้าของสัญชาติเรือและรัฐผู้จดทะเบียนอากาศยานมีเขตอำนาจในกรณีที่พาหนะเหล่านี้สัญจรอยู่ในบริเวณที่มีได้อยู่ในดินแดนของรัฐใดเช่น ในทะเลหลวงหรือน่านฟ้าเหนือทะเลหลวง และยังมีกรณีที่รัฐมีเขตอำนาจเหนือความผิดซึ่งมิได้เกิดขึ้นในดินแดนของตนอีก กล่าวคือ

- เมื่อการกระทำผิดเกิดขึ้นกับคนชาติของรัฐภาคีซึ่งเป็นผู้เสียหาย ตามหลัก เขตอำนาจเหนือบุคคลเชิงรับ

- เมื่อการกระทำผิดเกิดขึ้นจากคนชาติของรัฐภาคี หรือโดยบุคคลผู้ไร้สัญชาติแต่ มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่พำนักในดินแดนของรัฐภาคี ตามหลักเขตอำนาจเหนือบุคคลเชิงรุก

- เมื่อการกระทำผิดมีผลให้เกิดความเสียหายนอกดินแดนที่เกิดอาชญากรรมต่อรัฐภาคีตามหลักการเขตอำนาจในการคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐ ซึ่งอนุญาตให้รัฐอ้างเขตอำนาจเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐเมื่อได้รับผลเสียหายหรือตกเป็นเหยื่อของการกระทำที่แม้เกิดขึ้นนอกดินแดน โดยบุคคลที่มีได้ถือสัญชาติของตนก็ตาม

โดยอนุสัญญาฯกำหนดให้รัฐภาคีออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจในการดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดในกรณีที่ตนไม่ส่งผู้นั้นซึ่งถูกร้องขอให้ส่งข้ามแดนไปพิจารณาคดีในรัฐอื่น ดังจะได้กล่าวถึงต่อไปในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และในกรณีที่รัฐผู้มีเขตอำนาจทราบว่ามีการ

ดำเนินคดีสำหรับการกระทำความผิดเดียวกันในรัฐอื่นก็ให้ร่วมมือกันโดยการปรึกษาหารือกันเพื่อประสานงานตามความเหมาะสมของแต่ละสถานการณ์

2. การบังคับใช้อनुสัญญา

แม้จะมีความสำคัญเพราะมิใช่เป็นเพียงภัยคุกคามภายในรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้นแต่มีผลกระทบต่อประชาคมระหว่างประเทศโดยรวม แต่ก็มิใช่ความผิดที่เป็นแกนหลักของอาชญากรรมระหว่างประเทศจึงมิได้ตกอยู่ในเขตอำนาจโดยตรงของสถาบันหรือองค์กรทางการศาลระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงต้องอาศัยการบังคับใช้กฎหมายโดยผ่านความร่วมมือของรัฐภาคีต่างๆที่เกี่ยวข้อง¹⁶ซึ่งจะได้ศึกษาในส่วนแรกก่อนที่จะพิจารณาเรื่องมาตรการในการติดตามและส่งเสริมให้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญาอย่างมีประสิทธิภาพในส่วนต่อไปตามลำดับ

2.1 ความร่วมมือระหว่างประเทศในการปฏิบัติตามอนุสัญญา

ความร่วมมือระหว่างประเทศสำหรับรัฐภาคีทั้งหลายตามอนุสัญญาเน้นที่เรื่องความร่วมมือในทางอาญา และความร่วมมือในด้านอื่นๆ โดยความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านนี้ตามทีระบุไว้ในอนุสัญญาอาจแบ่งออกได้ดังนี้

ก. การส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นความร่วมมือระหว่างประเทศเพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่รัฐไม่อาจบังคับใช้อำนาจของตนนอกดินแดนเพราะจะเป็นการละเมิดอธิปไตยของรัฐอื่น จึงต้องอาศัยความร่วมมือของรัฐเจ้าของดินแดนซึ่งบุคคลที่ถูกร้องขอให้ส่งตัวหลบหนีไปพำนักอยู่เพื่อให้ควบคุมตัวและส่งผู้ร้ายข้ามแดนกลับมาให้รัฐผู้ร้องขอดำเนินคดี

ในฐานะกลไกในความร่วมมือระหว่างรัฐและเป็นขั้นตอนหนึ่งในการบังคับใช้กฎเกณฑ์ของอนุสัญญา การส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามมาตรา 16 เป็นไปอย่างสอดคล้องกับหลักการทั่วไปของกฎหมายในเรื่องนี้ โดยเฉพาะในเรื่องที่อาชญากรรมที่เกี่ยวข้องต้องเป็นความผิดทางอาญาสำหรับทั้งในรัฐผู้ร้องขอและรัฐผู้ส่ง (double criminality)

¹⁶ Gerhard Kemp, "The United Nations Convention against Transnational Organized Crime: A milestone in international criminal law", African Journal of Criminal Justice, 2001, pp.161-162

มาตรา 16 วรรค 4 ให้รัฐภาคีถือว่าความผิดในสนธิสัญญารวมอยู่ในความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาที่มีอยู่ระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องหรือที่จะทำขึ้นต่อไป มิฉะนั้นหากไม่มีสนธิสัญญาใดก็ให้ถือว่าอนุสัญญาฯสหประชาชาติเป็นพื้นฐานในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

กรณีการส่งผู้ร้ายข้ามแดนเป็นไปเพื่อบังคับคดีตามคำพิพากษา แต่ถูกปฏิเสธเพราะผู้ถูกร้องขอเป็นคนชาติของรัฐผู้รับคำร้อง รัฐผู้รับต้องพิจารณาการปฏิบัติตามคำพิพากษาของรัฐอื่น ถ้ากฎหมายของตนอนุญาตให้ทำได้

อนุสัญญาฯยังไม่สืบทับญัตติเกี่ยวกับการดำเนินการในกรณีพิจารณาคดีลับหลัง ดังเช่นของ สนธิสัญญาต้นแบบแห่งสหประชาชาติว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน

อนุสัญญาฯ พยายามจำกัดข้อยกเว้นเรื่องการไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน เช่นไม่ตัดการกระทำ ความผิดด้านภาษีออกเสมอไป และ แม้จะยอมรับเรื่องสัญชาติของผู้ถูกร้องขอ แต่ยืนยันหลักการที่ว่า ถ้าไม่ส่งก็ต้องดำเนินคดีเอง (ตามหลักการในภาษาละตินที่ว่า *aut de dere aut judicare – either extradite or prosecute*) และกำหนดให้เป็นความผิดที่ส่งข้ามแดนได้ตามสนธิสัญญาที่มีอยู่หรือจะทำขึ้น หรือให้ใช้อนุสัญญาฯเป็นพื้นฐาน และให้พยายามแก้ไขโดยหารือกันก่อนจะปฏิเสธไม่ส่งข้ามแดน

ข. การโอนตัวนักโทษ

เป็นความร่วมมือทางอาญาอีกประเภทหนึ่งซึ่งมาตรา 17 ของอนุสัญญาฯกำหนดให้รัฐภาคีพิจารณาเพื่อทำความตกลงระหว่างกันเพื่อช่วยให้บุคคลที่ถูกตัดสินให้รับโทษที่มีผลเป็นการจำกัดอิสรภาพสามารถรับโทษต่อในประเทศที่ตนมีสัญชาติได้ โดยถือกันว่าเป็นไปเพื่อเหตุผลด้านมนุษยธรรม ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้กระทำผิดรับโทษในสภาพแวดล้อมที่คุ้นเคยและสะดวกต่อการเยี่ยมเยียนของญาติมิตร

ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการปฏิบัติเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินการตามคำพิพากษาคดีอาญา พ.ศ.2527 ซึ่งกำหนดเกณฑ์และเงื่อนไขในการโอนตัวนักโทษไว้ ซึ่งการทำความตกลงระหว่างประเทศจำต้องคำนึงถึงด้วย

ค. การโอนคดี

มาตรา 21 ของอนุสัญญาฯกำหนดให้รัฐภาคีพิจารณาความเป็นไปได้ของการโอนคดีให้แก่กัน เพื่อประโยชน์แห่งกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะในกรณีที่มีการอ้างหรือใช้เขตอำนาจที่แข่งขันหรือทับซ้อนกันในการดำเนินคดี ดังนั้นหากสามารถร่วมมือกันได้ในเรื่องนี้ก็ยอมทำให้รัฐที่ได้รับความเสียหายมากกว่ามีโอกาสดำเนินคดีเพื่อให้ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสม หรือรัฐที่มีความ

เป็นไปได้สูงกว่าที่จะลงโทษปราบปรามผู้กระทำผิดได้ก็ควรเป็นผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินการ กล่าวคือช่วยให้กระบวนการสืบสวน สอบสวนและการพิจารณาสามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

การดำเนินการในเรื่องนี้ต้องอาศัยความตกลงระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้อง รวมถึงกฎหมายภายใน โดยมีตัวอย่างในปัจจุบันเกี่ยวกับความร่วมมือทางอาญาในลักษณะต่างๆ¹⁷ เช่น การส่งตัวพยานไปเบิกความในต่างประเทศ ตามสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างสหรัฐอเมริกากับสวีเดน ค.ศ.1976 หรือ การรับฟังการเบิกความของพยานบุคคลผ่านการถ่ายทอดสัญญาณผ่านดาวเทียม ซึ่งอาศัยเทคโนโลยีทันสมัยของการสื่อสารและโทรคมนาคม

ง. การจัดการทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำผิด

การต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ มิได้มีแต่เพียงแง่มุมของการติดตามนำตัวผู้กระทำผิดมารับโทษทางอาญาเท่านั้น แต่ยังมีมาตรการเกี่ยวกับเรื่องที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ได้แก่ การจัดการกับทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำผิดโดยอนุสัญญากำหนดให้รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องร่วมมือกัน เพื่อดำเนินการอายัดและริบทรัพย์สินเพื่อคืนให้กับผู้เสียหาย

การอายัดและริบทรัพย์สินตาม มาตรา 12, 13 เกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศ และหน้าที่สำหรับรัฐภาคีที่ต้องดำเนินการให้ศาลหรือองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่สามารถออกคำสั่งให้ธนาคารหรือสถาบันทางการเงินจัดหาข้อมูลทางการค้าให้ได้ ส่วนมาตรา 13 กำหนดให้มีความร่วมมือในการอายัดหรือยึดทรัพย์สิน โดยการระบุ การหาร่องรอย การอายัดหรือการยึดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องไว้ ทั้งนี้อาจเป็นผลจากการทำสนธิสัญญาเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการดำเนินการ สำหรับการดำเนินการกับทรัพย์สินที่ได้มา มาตรา 14 ระบุให้การจัดการทรัพย์สินต้องสอดคล้องกับกระบวนการตามกฎหมายภายใน และเมื่อได้รับการร้องขอ ก็ต้องพิจารณาการคืนทรัพย์สิน หรือแบ่งทรัพย์สินร่วมกันกับรัฐอื่นที่เกี่ยวข้อง

ความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องนี้เป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากต้องอาศัยกลไกในการดำเนินการร่วมกันที่ซับซ้อนจึงควรมีการปรึกษาหารือและร่วมกันออกมาตรการให้ชัดเจนในเรื่องต่างๆ เช่น การกำหนดอำนาจของผู้มีหน้าที่ในการอายัดหรือริบทรัพย์สิน หลักการในการ

¹⁷ จิรนิติ หะวานนท์, "มิติใหม่ของการร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินคดีอาญา", ดุลพาท ปีที่ 36 เล่มที่ 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2532), น.21-22

เชี่ยวชาญผู้เชี่ยวชาญรวมถึงกลไกและสัดส่วนในการแบ่งทรัพย์สิน ตลอดจนประเด็นเรื่องภาระการพิสูจน์ เป็นต้น

จ. การช่วยเหลือทางกฎหมายซึ่งกันและกัน

อนุสัญญาฯ สนับสนุนให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลและวิธีการสืบสวนที่ทันสมัย (มาตรา 26,27) มาตรการปกป้องที่เหมาะสมโดยเฉพาะในเรื่อง การคุ้มครองพยาน (มาตรา 24) การช่วยเหลือเหยื่อ (มาตรา 25) และผู้ที่เข้าไปพัวพันกับการกระทำผิด(มาตรา 26)

ฉ. ความร่วมมือทางเทคนิค

อนุสัญญาฯ ระบุให้มีความร่วมมือทางเทคนิคโดยอาศัยวิธีการต่างๆ เช่น การพัฒนาโปรแกรมการฝึกอบรม และการช่วยเหลือทางเทคนิคแบบดั้งเดิม กล่าวคือ ทางการเงินหรือโดยผ่านองค์การระหว่างประเทศ(มาตรา 29,30)

มาตรา 29 กล่าวถึงการใช้เทคโนโลยีทันสมัยซึ่งในปัจจุบันครอบคลุมประเด็นต่างๆ เช่น อีเมลล์สำหรับการส่งคำขอ วิดีโอลิงค์สำหรับการให้การเป็นพยาน

2.2 มาตรการเพื่อให้การอนุวัติการอนุสัญญาฯ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

เพื่อเพิ่มความสามารถในการต่อต้านอาชญากรรมและเพื่อทบทวนการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ โดยตามมาตรา 32 อนุสัญญาฯ ระบุให้มีกลไกติดตามและกระตุ้นให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีต่างๆ ในอนุสัญญาฯ โดยผ่านการประชุมรัฐภาคีทั้งหลาย¹⁸ ที่ประชุมระหว่างประเทศนี้มีภาระหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกให้มีการปฏิบัติตามสนธิสัญญา โดยเฉพาะการร่วมมือโดยการระดมทุน การแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับแนวโน้มของอาชญากรรมและวิธีการรับมือ การร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศและที่มีในระดับรัฐบาล การพิจารณาการอนุวัติการตามอนุสัญญาฯ เป็นระยะ และการทำข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงการอนุวัติการ ทั้งนี้เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ และปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น

อนุสัญญาฯ จึงกำหนดพันธกรณีแบบเดิมให้รายงานความคืบหน้าในการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ แต่เพิ่มเติมด้วยกลไกการทบทวนเป็นระยะ (peer review) เพื่อให้รัฐต่างๆ มีโอกาสแสดงความเห็นและปัญหาต่างๆ เพื่อนำไปสู่การแก้ไขและพัฒนาาระบบให้มีประสิทธิผลยิ่งขึ้น

¹⁸Dimitri Vlassis, “ Overview of the Provisions of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Its Protocols”, 119th International Training Course Visiting Experts’ Papers. Resource Material Series No.59, pp.459–459

นอกจากนี้ยังมีแนวคิดเรื่องการป้องกัน ในมาตรา 31 โดยสนับสนุนให้รัฐภาคีออกมาตราการต่างๆ เพื่อคุ้มครองจากการแทรกตัวเข้ามาขององค์การอาชญากรรมข้ามชาติ กล่าวคือการส่งเสริมและพัฒนามาตรฐานและกระบวนการเพื่อปกป้องหน่วยงานภาครัฐและเอกชน ตลอดจนประมวลจรรยาบรรณสำหรับวิชาชีพที่เกี่ยวข้องและการใช้นิติบุคคลในทางที่ผิดโดยองค์การอาชญากรรม

4. บทสรุป

ความพยายามในการต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติโดยอาศัยอนุสัญญาของสหประชาชาติ ค.ศ. 2000 เป็นก้าวสำคัญในการต่อสู้และรับมือกับอาชญากรรมสมัยใหม่ แต่เงื่อนไขสำคัญของความสำเร็จก็ต้องอาศัยความเจตนาารมณ์ทางการเมืองของรัฐทั้งหลายในการร่วมมือกันเพื่อประสานทั้งกฎเกณฑ์และระบบการทำงานตามกฎหมายภายในของตนในการปรับใช้อนุสัญญาให้มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยการเข้าร่วมของรัฐต่างๆ โดยเฉพาะรัฐมหาอำนาจและรัฐที่มีปัญหา เพราะหากผู้บริหารประเทศไม่สนับสนุนอย่างจริงจัง โดยเฉพาะเรื่องการต่อต้านการทุจริต หรือการฟอกเงินก็ย่อมขาดความร่วมมือที่เป็นรูปธรรม อันทำให้ปราศจากอำนาจบังคับทางกฎหมายในทางปฏิบัติ เพราะฉะนั้นการกดดันทางการเมืองจากประชาคมระหว่างประเทศจึงเป็นแนวทางหนึ่งในการแก้ไข

อย่างไรก็ตาม การใช้เกณฑ์เรื่องระบอบประชาธิปไตยเพื่อประเมินเจตนาารมณ์ทางการเมืองของรัฐยังมีข้อปัจจัยที่แน่นอนเสมอไปและไม่เพียงพอ ข้อพิสูจน์คือในเรื่องการทุจริต ปริมาณของหน่วยงานต่างๆ ของประเทศพัฒนาแล้วและที่ได้รับการรับรองกันว่าเป็นประชาธิปไตย เช่น สหราชอาณาจักร ตกอยู่ในฐานะเป็นผู้รับผิดชอบต่อการทุจริตเป็นลำดับต้นตามรายงานขององค์การความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ ดังนั้นต้องพิจารณาปัจจัยอื่นๆ ประกอบด้วย การตระหนักถึงความสำคัญถึงภัยคุกคามนี้เป็นเรื่องที่ต้องทำความเข้าใจให้ถ่องแท้ในทุกภาคส่วน ไม่ว่าจะภาครัฐ ภาคเอกชนและภาคประชาสังคม เพราะรัฐกำลังพัฒนามักให้น้ำหนักกับเรื่องปากท้องหรือปัญหาการเมืองภายในของตนจนมองข้ามปัญหาร้ายแรงระดับระหว่างประเทศซึ่งในระยะยาวย่อมเป็นภัยร้ายที่ยุ่งยากในการหาทางแก้ไข

สำหรับประเทศไทยจะเข้าใจและให้ความสำคัญ โดยหนึ่งในฐานความผิดคือการทุจริตถือเป็นส่วนสำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของการปฏิรูปซึ่งอยู่ในระหว่างการดำเนินการขณะนี้

นอกจากนี้ การร่วมมือกันอย่างจริงจังในระดับระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในการประสานงานระหว่างองค์กรต่างๆที่มีอำนาจหน้าที่ในการปรับใช้อุสัจญา รวมถึงการปรับปรุงกฎหมายให้มีมาตรฐาน และลดช่องโหว่ทั้งหลายย่อมเป็นกุญแจสำคัญอันจะนำไปสู่การบรรลุเป้าหมายของอุสัจญาได้อย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

หนังสือ

วันชัย รุจนวงศ์, ฝ่ายองค์กรอาชญากรรม: มะเร็งร้ายของสังคม, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์มติชน, พ.ศ. 2548.

งานวิจัย

ประธาน จุฬาริเจนต์มนตรีและคณะ, การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ(ระยะที่2), รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการกำหนดให้การมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติเป็นความผิดอาญา, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย พ.ศ.2548.

วีระพงษ์ บุญโญภาส, สุพัตรา แผนวิชิต และ จิรวุฒิ ลิปิพันธ์, การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ(ระยะที่2), รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการกำหนดความผิดฐานฟอกเงินที่ผู้กระทำเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติและมาตรการรวมทั้งความร่วมมือระหว่างประเทศในการปราบปรามการฟอกเงินและมาตรการยึดอายัดและริบทรัพย์สิน, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย พ.ศ.2546.

ศิริรัตน์ วสุวัต,ศิริมล ไพเราะ,ชาเล็ม อุตัส, สวณีย์ นากลอนและประจวบ กาศลังกา, “การบรรลุเป้าหมายในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของ ป.ป.ช. ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ”, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, พ.ศ.2548, น.6-8

วิทยานิพนธ์

รุ่งกาน วังปรีตา, “ อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร”, สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2547.

วิทวัส นิมดำ, “วิเคราะห์ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายตามอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ.2000, วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2556.

บทความ

จิรนิติ หะวานนท์, “มิติใหม่ของการร่วมมือระหว่างประเทศในการดำเนินคดีอาญา”, ดุลพาห ปีที่ 36 เล่มที่ 1 ,มกราคม-กุมภาพันธ์ 2532.

Book

David McClean, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, New York, Oxford University Press, p. 109–110

Article

Carrie Lyn Donigan Guymon, “ International Legal Mechanisms for Combating Transnational Organized Crime: The Need for a Multilateral Convention”, *Berkeley Journal of International Law*, 2000, pp.56–61

Dimitri Vlassis, “ Overview of the Provisions of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Its Protocols”, 119th International Training Course Visiting Experts’ Papers. Resource Material Series No.59, pp.459–459

Gerhard Kemp, “ The United Nations Convention against Transnational Organized Crime: A milestone in international criminal law”, *African Journal of Criminal Justice*, 2001, pp.161–162

Roger S. Clark, “ The United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, *Wayne Law Review*, 2004, pp.169–172

การบังคับใช้กฎหมายในคดีอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์:

ปัญหาด้านการสืบสวนสอบสวน

Law Enforcement In the Case of Computer Crime:

Investigation Problems

พ.ต.ท. ดร.เทิดสยาม บุญยะเสนา

สภ.ดอยสะเก็ด สำนักงานตำรวจแห่งชาติ

อำเภอดอยสะเก็ด จังหวัดเชียงใหม่ รหัสไปรษณีย์ 50220

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันอาชญากรรมที่เกิดขึ้นนั้นไม่เพียงแต่เกิดขึ้นในพื้นที่ทางกายภาพเท่านั้น แต่อาชญากรรมต่างๆ ยังเกิดขึ้นทั้งในพื้นที่อิเล็กทรอนิกส์ ตัวอย่างเช่น บนคอมพิวเตอร์, โทรศัพท์มือถือ หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นๆ อาจถือได้ว่า “อาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในปัจจุบันนั้น เป็นเรื่องที่น่าอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในโลกของความเป็นจริงมากกระทําความผิดในระบบอิเล็กทรอนิกส์ (cyberspace)” โดยอาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นเป็นการกระทําผิดกฎหมายอาญาโดยใช้คอมพิวเตอร์โดยผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ระบบอินเทอร์เน็ตกลายเป็นแหล่งที่ทำให้เกิดอาชญากรรมหลายประเภทและในหลายรูปแบบ ทำให้เกิดปัญหาในการสืบสวนติดตามหาตัวผู้กระทําความผิด เนื่องจากในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาในระดับที่สามารถดำเนินคดีกับผู้กระทําความผิดได้นั้น จะต้องมีหลักฐานพอสมควรที่จะดำเนินคดีได้ แต่ผู้บังคับใช้กฎหมายในกระบวนการยุติธรรมนั้นมักจะได้รับการฝึกฝนความรู้ในทางกฎหมายแต่อาจไม่มีความรู้เพียงพอที่จะดำเนินคดีกับผู้กระทําความผิด รวมทั้งการดำเนินคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์มีความจำเป็นจะต้องอาศัยหลักการ “นิติวิทยาศาสตร์ทางคอมพิวเตอร์” (Computer Forensic) ที่มีหลักการง่ายๆ ที่ควรจำคือ (1) รักษาสถานที่เกิดเหตุให้อยู่ในสภาพเดิมให้มากที่สุด, (2) เคลื่อนย้ายบุคคลที่เกี่ยวข้องออกไป และ (3) เก็บพยานหลักฐานที่เกิดเหตุทุกชิ้นการเก็บพยานหลักฐานควรเก็บทั้งจากบุคคล, ซอฟต์แวร์และฮาร์ดแวร์รวมถึงระบบปฏิบัติการ, อีเมล ฯลฯ ของคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทําความผิดนั้น แต่ผู้กระทําความผิดประเภทนี้มักจะมีความรู้ความชำนาญหรือศึกษาด้วยตนเองจนมีความ

เชื่อว่าชาวมกกว่าเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งการรับฟังพยานหลักฐานนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐานในคดีอาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ปัญหาต่างๆ เหล่านี้ส่งผลกระทบโดยตรงต่อการสืบสวนสอบสวนเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา ซึ่งมักจะมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลยพินิจเกี่ยวกับการตัดสินว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดจริงหรือไม่

เจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายจึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาความผิดในลักษณะดังกล่าวที่เพิ่มจำนวนสูงขึ้นเรื่อยๆ และหาทางในการบังคับใช้กฎหมายภายใต้หลักการที่ว่ายังคงเคารพแต่หลักสิทธิมนุษยชนและทำให้อาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ลดลงไปได้มากที่สุด

คำสำคัญ : อาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, การบังคับใช้กฎหมาย, การสอบสวน, พยานหลักฐานทางคอมพิวเตอร์

Abstract

Nowadays crimes are not committed only in physical aspect, but also in the aspect of electronics, for example, computers, mobile phones or other electronics devices. It can be regarded that "Nowadays computer crimes occurred when people commit crimes in reality on the electronics system or in cyberspace." According to the criminal law, computer crimes is an offence by using computer through Internet which is a source of many types and forms of crimes. It causes problems on investigating offenders because enough evidences are necessary for the law enforcement. Although law enforcement officers in the justice system are always trained about law, they do not have enough knowledge to prosecute offenders. Moreover, to enforce the law in case of computer crime, the principle of "computer forensic" is applied. The following principles should be memorized: (1) maintaining the crime scene integrity (2) removing people who have a criminal relation, and (3) keeping every pieces of evidences from a person, software, hardware, operating system, email etc. of the computer relating to the crime. However, offenders are always more knowledgeable and proficient on those matters than the law enforcement officers. Furthermore, there are problems about witness investigation which directly affect the investigation on proving offenders' innocence. It also brings problems about discretion regarding the decision whether the offender has committed a crime or not.

The law enforcement officers need to learn about the mentioned offence which is continuously increasing, search for the way to enforcement the law under the principle of human rights respect and decrease computer crime rates as much as possible.

Keywords: Computer Crime, Law Enforcement, Investigation, Computer Evidence

1. บทนำ

ในปัจจุบันนี้สภาพสังคมปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว สภาพสังคมในขณะนี้บุคคลโดยทั่วไปได้อาศัยข้อมูลข่าวสารและการติดต่อสื่อสารโดยผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ซึ่งในปัจจุบันกลายเป็นเครื่องคอมพิวเตอร์แบบพกพา ลักษณะของคนติดต่อสื่อสารกันตลอดเวลาทำให้เกิดสภาพที่มีลักษณะที่เรียกว่า “สังคมก้มหน้า”¹ โดยผู้คนมักจะยึดติดกับโทรศัพท์มือถือที่มีลักษณะเป็นคอมพิวเตอร์พกพาอยู่ตลอดเวลา หรือแม้กระทั่งเพลงที่วิพากษ์วิจารณ์บุคคลในปัจจุบัน เช่น เพลง “โอมจงเงย”² ของนักร้องชื่อดังรวมไปถึงคู่มือที่มีการพิพาทว่ากล่าวกันผ่านโซเชียลเน็ตเวิร์ก เช่น ไลน์หรือเฟสบุค หรือโปรแกรมอื่นๆ ซึ่งเป็นที่น่าสนใจของประชาชนทั่วไปเป็นระยะ ฯลฯ ข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่าผู้คนได้ติดต่อสื่อสารผ่านทางคอมพิวเตอร์พกพาและแน่นอนว่าสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกระทบกับการบังคับใช้กฎหมายในคดีอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์หลายประการ โดยมีเรื่องที่เราควรพิจารณาดังนี้คือ

ลักษณะของการกระทำความผิดอาชญากรรมกรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์

อาชญากรรมโดยทั่วไปแล้วหมายถึง การกระทำความผิดที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ที่เราค้นเคยเป็นอย่างดี เช่น คดีลักทรัพย์, ชิงทรัพย์, ปล้นทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทนประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งคือเพื่อป้องกันสังคม³ แต่สำหรับอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์แล้วนั้นหมายถึงการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่แตกต่างกันที่อาชญากรรมทั่วไปนั้นผู้กระทำความผิดมักจะใช้อาวุธปืน, มีด หรือเครื่องมือทางกายภาพอื่นๆ ในการกระทำความผิด แต่สำหรับอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น ผู้กระทำความผิดมักจะใช้เทคโนโลยีคอมพิวเตอร์ ในปัจจุบันนี้เราอาจถือได้ว่า “อาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในปัจจุบันนั้น เป็นเรื่องที่น่าอาชญากรรมที่เกิดขึ้นในโลกของความเป็นจริงมากระทำความผิดในระบบอิเล็กทรอนิกส์ (cyberspace)”⁴ โดยอาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น

¹ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน http://swis.act.ac.th/html_edu/cgi-bin/act/main_php/print_informed.php?id_count_inform=3758 , http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1408701491 เป็นต้น

² Retrieved January 31, 2015, from <https://www.youtube.com/watch?v=iZJm2xNvjTU>

³ จิตติ ดิงศรัทธี, กฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (นนทบุรี: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2555), น. 12

⁴ Susan W. Brenner, *Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace* (Oxford: Praeger, 2010), p. 10.

เป็นการกระทำผิดกฎหมายอาญาโดยใช้คอมพิวเตอร์โดยผ่านระบบอินเทอร์เน็ต ระบบอินเทอร์เน็ต กลายเป็นแหล่งที่ทำให้เกิดอาชญากรรมหลายประเภทและในหลายรูปแบบ⁵ และปัญหาประการสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาอื่นๆ ตามมาก็คือการกระทำผิดดังกล่าวนั้นเกิดในพื้นที่ระบบอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ใช่พื้นที่ทางกายภาพหรือภายใต้โลกแห่งความเป็นจริง ดังนั้นอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ส่วนใหญ่แล้ว “ผู้กระทำความผิดนั้นมิได้อยู่ต่อหน้าผู้เสียหายหรืออาจไม่รู้จักกันมาก่อนหรืออาจจะรู้จักแต่มีใช้ตัวตนที่แท้จริง” อาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน ตัวอย่างเช่น หมิ่นประมาททางเฟสบุ๊คหรือฉ้อโกงผ่านทางอินเทอร์เน็ตนั้นจะเห็นได้ว่าความผิดมักไม่ได้เกิดในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 18⁶ แต่เป็นลักษณะของความผิดหลายท้องที่เกี่ยวข้งกันหรือต่อเนื่องกัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 19⁷ นอกจากนั้นหลายกรณีที่ปรากฏว่าเป็นการกระทำความผิดนั้นเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องการติดตามผู้ต้องสงสัย, การพิสูจน์ความผิดรวมทั้งปัญหาในเรื่องการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา ทำให้การสืบสวนสอบสวนเป็นไปได้ด้วยความยากลำบาก เนื่องจากบางครั้งผู้เสียหายเองก็ยืนยันไม่ได้ว่าผู้ต้องหาเป็นใคร เพราะในแอปพลิเคชันที่เป็นโซเชียลเน็ตเวิร์กในปัจจุบันนั้น มีโปรแกรมต่างๆ มากมายหลายโปรแกรม และผู้ใช้ก็ไม่จำเป็นต้องใช้ชื่อ – สกุลจริงในการสมัคร หรือบางคนมีข้อมูลของบุคคลอื่นเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ก็นำมาสมัครโดยแอบอ้างเป็นบุคคลอื่น ทั้งที่บุคคลดังกล่าวอาจไม่ทราบเรื่องเลยก็ได้ พื้นที่หรือสภาพของการใช้อินเทอร์เน็ตตามระบบอิเล็กทรอนิกส์นั้นเป็นสภาพพื้นที่ที่ถูกสร้างขึ้นและแตกต่างจากจากพื้นที่จริงทางกายภาพ จึงเกิดปัญหาตามมาอย่างมากในการบังคับใช้กฎหมาย โดยหากจะพิจารณาเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนของพนักงานสอบสวนในเรื่องนี้แล้ว พนักงานสอบสวนไม่สามารถทำงานอยู่ภายในประเทศของตนได้ พนักงานสอบสวนจะต้องพยายามหาเทคนิคต่างๆ รวมทั้งอาจมีการตั้งทูตทางด้านกฎหมาย (ตำรวจ) ไปประจำอยู่ในประเทศต่างๆ เช่น เอฟบีไอของประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีทูตทางกฎหมายอยู่ประจำ 41 ประเทศ เพื่อช่วยเหลือพนักงานสอบสวนในการใช้วิธีการที่ซับซ้อนในการสืบสวนและร่วมมือเมื่อมีเหตุเกิดขึ้นรอบโลก และต้องมีหน่วยงานที่

⁵ J. Mitchell Miller, 21st Century Criminology: A Reference Handbook (London: Sage Publications ,2009), p. 466.

⁶ ธานีศ เกศวิทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2557), น. 149 – 164

⁷ เพิ่งอ้าง, น.165 – 183.

รองรับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ หน่วยงานนี้จะมีหน้าที่ฝึกอบรมและรับรองผู้ตรวจสอบนิติเวชวิธีทางคอมพิวเตอร์ที่จะเป็นผู้หาและรักษาไว้ซึ่งพยานหลักฐานดิจิทัล โดยต้องมีห้องทดลองปฏิบัติการทางคอมพิวเตอร์ในการค้นหาข้อมูลที่ก้าวหน้าและการวิจัยกับการพัฒนา⁸ ซึ่งปัจจุบันทางศักยภาพของหน่วยงานในประเทศไทยยังไม่มีความสามารถขนาดนั้น

ในการประชุมของสหประชาชาติครั้งที่ 10 เรื่องการป้องกันอาชญากรรมและการกระทำ ความผิดของผู้กระทำความผิด เกี่ยวกับเรื่องอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นได้แบ่งประเภทของอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ไว้ 2 ประเภทกว้างๆ กล่าวคือ ประเภทแรก อาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในความหมายอย่างแคบหรืออาชญากรรมคอมพิวเตอร์ (computer crime) เป็นการกระทำความผิดกฎหมายใดๆ ต่อกระบวนการปฏิบัติการทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีเป้าหมายต่อความปลอดภัยของระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลของคอมพิวเตอร์ ประการที่สอง เป็นอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในความหมายอย่างกว้างหรืออาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (computer-related crime) ซึ่งหมายถึง การกระทำความผิดกฎหมายใดๆ โดยใช้หรือมีความสัมพันธ์กับระบบคอมพิวเตอร์หรือระบบเครือข่าย รวมถึงอาชญากรรมซึ่งถือว่าเป็นการครอบครองหรือทำให้แพร่หลายซึ่งข้อมูลโดยผิดกฎหมายโดยใช้ระบบคอมพิวเตอร์หรือระบบเครือข่าย⁹

ปัญหาของการปรับใช้กฎหมาย

กฎหมายหลายลักษณะถูกนำมาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ เช่น ความผิดฐานฉ้อโกง, หมิ่นประมาท, ลักทรัพย์, หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ฯลฯ รวมไปถึง พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 แต่ในหลายกรณีความผิดที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นไม่ได้กำหนดไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความผิดตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นี้มักจะเกิดขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติแล้ว แต่ผู้กระทำความผิดมักจะแสวงหาวิธีการกระทำความผิดที่กระทำความผิดที่สามารถหลบเลี่ยงกฎหมายได้ทำให้ยากแก่การสืบสวนจับกุม ตัวอย่างของการกระทำความผิดของกฎหมายในประเทศไทยตาม พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ยกตัวอย่างเช่น การใช้ชื่อและรหัสผ่านของผู้อื่น

⁸ ไพจิตร สวัสดิ์สาร, การใช้คอมพิวเตอร์ทางกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: ชวนพิมพ์ 50, 2557), น. 154

⁹ Debra Littlejohn Shinder and Michael Cross, Scene of the Cybercrime, 2nd ed. (Missouri: Syngress, 2008), p. 11

เป็นความผิดตามมาตรา 5, การส่งต่ออีเมลที่มีเนื้อหาหรือรูปภาพที่ไม่เหมาะสม เป็นเท็จ กระทบต่อความมั่นคงหรือลามกอนาจารหรือโพสข้อความไม่เหมาะสม เป็นความผิดตามมาตรา 14, เผยแพร่ภาพตัดต่อของผู้อื่นเป็นเหตุให้ได้รับความเสื่อมเสียหรืออับอาย เป็นความผิดตามมาตรา 16 ฯลฯ¹⁰ ซึ่งลักษณะการกระทำผิดดังกล่าวข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าผู้ใช้อินเทอร์เน็ตอยู่เป็นประจำ อาจจะเคยกระทำอยู่บ้าง แต่การสืบสวนสอบสวนนั้นเป็นไปไม่ถึงตัวผู้กระทำความผิดหรือไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอในระดับที่มีหลักฐานตามสมควร (probable cause)¹¹ โดยคำว่ามีหลักฐานตามสมควรนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 134 และมีถ้อยคำเช่นเดียวกันกับเหตุที่จะออกหมายจับและเหตุที่จะค้นโดยไม่มีหมาย มาตรา 66 และมาตรา 92 (4) กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ตำรวจผู้จับกุมหรือพนักงานสอบสวนเพียงแต่รวบรวมพยานหลักฐานได้พอสมควรว่าผู้ต้องหาจะได้กระทำความผิดฐานใด ก็เพียงพอที่จะแจ้งข้อกล่าวหาได้ แต่ไม่ต้องถึงขนาดมีหลักฐานแน่ชัดหรือมั่นคงเพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดต่อศาล¹² หรือเหตุในการออกหมายจับนั้นตามหลักการอาจแบ่งออกเป็น 4 ระดับ กล่าวคือ ระดับแรก มีเพียงเหตุสงสัย แต่ยังไม่พยานหลักฐานให้น่าเชื่ออย่างเพียงพอว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิด, ระดับที่สองมีข้อมูลหรือพยานหลักฐานสนับสนุนอันควรสงสัยมากเพียงพอที่จะให้น่าเชื่อว่าบุคคลนั้นน่าจะได้กระทำความผิด, ระดับที่สาม มีพยานหลักฐานมากเพียงพอที่จะนำคดีเข้าสู่กระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดว่าบุคคลนั้นได้กระทำความผิด และระดับที่สี่ มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะทำให้เชื่อโดยปราศจากข้อสงสัย¹³ ปัญหาคือในการสืบสวนสอบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานในอาญาทั่วไปนั้น การใช้ดุลยพินิจเพื่อพิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดระดับที่มีหลักฐานตามสมควรก็เป็นเรื่องที่ยากอยู่แล้ว แต่สำหรับในคดีอาญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นยิ่งยากขึ้นไปอีก เพราะบรรทัดฐานเหล่านี้ยังไม่แน่นอน ตัวอย่างเช่น เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้สืบสวนสอบสวนทราบว่าผู้ที่โพสข้อความลงในเวปบอร์ด

¹⁰ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, Retrieved January 29, 2015, from http://www.coj.go.th/home/document/computer_miss_2550.pdf

¹¹ Barbara J. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence* (Berkeley: University of California Press, 1991)

¹² ชัยเกษม นิตสิริ, *ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 2 สอบสวน, พิมพ์ครั้งที่ 4* (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), น. 165

¹³ สรรฐ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2556), น. 172 - 173

แห่งหนึ่ง มีที่อยู่ที่ได้แล้วปรากฏชื่อและสกุลตรงกับที่ได้อ้างไว้ ข้อเท็จจริงเพียงเหล่านี้นั้นเพียงพอที่จะออกหมายจับได้หรือไม่ นั้น เป็นคำตอบที่ตอบยาก โดยเพียงแต่หากการสืบสวนสอบสวนพบเพียงแต่ไฟล์ที่เข้ารหัสลับไว้ก็ถือว่ายังไม่เพียงพอว่าจะมีหลักฐานตามสมควรจึงต้องหาหลักฐานอื่นๆ มาประกอบด้วย เช่น ภาพหรือสิ่งของที่ผิดกฎหมายอื่นๆ¹⁴

ผู้บังคับใช้กฎหมาย

ปัญหาเกี่ยวกับตัวผู้บังคับใช้กฎหมายในกระบวนการยุติธรรม เริ่มตั้งแต่เจ้าหน้าที่ตำรวจ, พนักงานสอบสวน, พนักงานอัยการ และศาลมักจะมีผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายต่างๆ แต่อาจไม่เชี่ยวชาญในเรื่องเทคโนโลยีสารสนเทศ ทำให้วินิจฉัยได้ยากว่าการกระทำความผิดในเรื่องต่างๆ นั้นเป็นความผิดตามเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่ หลายกรณีและผู้แจ้งมีความคาดหวังสูงเกี่ยวกับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายสืบสวนสอบสวนว่าสามารถที่จะติดตามบุคคลที่กระทำความผิดมาลงโทษให้ได้ แต่ความจริงแล้วเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจไม่ได้ใช้โปรแกรมหรือแอปพลิเคชันต่างๆ เหล่านี้เลย ทำให้ยากแก่การเข้าใจที่จะต้องทำให้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดกระทำความผิดกฎหมายอย่างไร ดังคำกล่าวที่ว่า “ข้อเท็จจริงเป็นหน้าที่ของคุณค่า ส่วนข้อกฎหมายเป็นเรื่องของศาล” แต่เมื่อคุณค่าหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายสืบสวนสอบสวนไม่สามารถทำข้อเท็จจริงเหล่านี้ให้ปรากฏขึ้นได้ ก็เป็นการยากที่จะวินิจฉัยได้ว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เป็นความผิดหรือไม่ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่ผู้ที่ทำการสืบสวนสอบสวนในคดีอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่จะมีความรู้ทางด้านกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว แต่จำเป็นจะต้องมีความรู้ด้านพื้นฐานเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ด้วย จึงจะสามารถทำการสืบสวนสอบสวนในเรื่องดังกล่าวด้วย ในปัจจุบันนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจมีกองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี (ปอท) สังกัดกองบัญชาการสอบสวนกลาง ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์โดยเฉพาะ แต่ต้องรับผิดชอบความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทั้งประเทศ สภาพปัญหาของเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายต่อการแก้ไขอาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ สรุปได้ดังนี้คือ (1) การขาดความเข้าใจเกี่ยวกับความเสี่ยงภัยในเรื่องการใช้คอมพิวเตอร์และอินเทอร์เน็ตทั้งของผู้ใช้งานและผู้บังคับใช้กฎหมาย, (2) การขาดงบประมาณที่เหมาะสมในการใช้เครื่องมือในการสร้างระบบความปลอดภัยและการสืบสวนสอบสวนของเครือข่าย,

¹⁴ *supra* note 10,p.155

(3) ความง่ายในการก่ออาชญากรรม เช่นการก่อการร้ายหรืออาชญากรรมทั่วไปโดยใช้เทคโนโลยีและอินเทอร์เน็ต, (4) ความยากในการติดตามตัวผู้กระทำความผิดโดยผ่านอินเทอร์เน็ต, (5) การขาดยุทธศาสตร์ระดับชาติในการสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์และ (6) ความยากในการเก็บหรือรวบรวมพยานหลักฐานจากอินเทอร์เน็ต¹⁵

การสืบสวนสอบสวนในคดีอาชญากรรมคอมพิวเตอร์

ในโลกของระบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นโลกของอีกโลกหนึ่ง ซึ่งอาจจะมีส่วนทั้งเกี่ยวข้องกับทางกายภาพ หรือไม่เกี่ยวข้องเลยก็ได้ ในการสอบสวนคดีอาญาทั่วไปนั้นตามความเห็นของศาสตราจารย์ ราล์ฟ เทอร์เนอร์ (Ralph Turner) ผู้บุกเบิกศาสตร์ด้านการสืบสวนสอบสวนได้สรุปว่า “เป็นการทบทวน, ตรวจสอบหรือสร้างเหตุการณ์ในอดีตขึ้นมาใหม่” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็น “กระบวนการเก็บและวิเคราะห์พยานหลักฐานเพื่อกำหนดข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น” ซึ่งโดยสาระสำคัญแล้วความรับผิดชอบของพนักงานสอบสวนประกอบด้วยเรื่อง¹⁶ ดังต่อไปนี้คือ

- (1) การค้นหาว่ามีอาชญากรรมเกิดขึ้นหรือไม่
- (2) พิจารณาว่าอาชญากรรมที่เกิดขึ้นอยู่ในอำนาจของพนักงานสอบสวนหรือไม่
- (3) ตรวจสอบและค้นหาข้อเท็จจริงทั้งหมดที่ได้รับจากผู้ร้องทุกข์
 - 3.1 รวบรวมและเก็บรักษาพยานวัตถุ
 - 3.2 พัฒนาและติดตามทุกเบาะแสหรือร่องรอยที่เกิดขึ้น
- (4) ติดตามทรัพย์สินที่หาย
- (5) ระบุถึงผู้กระทำความผิดหรือตัวผู้ต้องสงสัยที่มีใช้ผู้กระทำความผิด
- (6) ระบุที่อยู่และจับกุมผู้กระทำความผิด
- (7) ให้ความช่วยเหลือในกระบวนการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิดโดยการค้นหาพยานหลักฐานสำหรับผู้กระทำความผิดที่ศาลรับฟัง
- (8) ให้การที่เป็นประโยชน์ต่อรูปคดีในชั้นศาล¹⁷

¹⁵ Todd G. Shipley, Art Bowker, Investigating Internet Crimes: An Introduction to Solving Crimes in Cyberspace (London: Elsevier, 2014), p. 13.

¹⁶ James W. Osterburg and Richard H. Ward, Criminal Investigation, A Method for Reconstructing the Past, 6th ed. (New Jersey: Matthew Bender & Company, 2010), pp. 4 – 5

¹⁷ โปรดดูเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (11) ซึ่งบัญญัติว่า “การสอบสวน” หมายความว่า “การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวล

แต่สำหรับขั้นตอนพื้นฐานในการสืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้น อาจสรุปเพิ่มเติมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ได้เป็น 7 ขั้นตอน¹⁸ ดังนี้คือ

(1) การกำจัดอุปสรรคที่ไม่เกี่ยวข้อง โดยการค้นหารายละเอียดให้เพียงพอของเหยื่อในช่วงเวลาที่เกิดเหตุ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการตรวจสอบความเสียหาย

(2) การสร้างสมมุติฐานว่าเหตุใดจึงเกิดอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ขึ้น โดยพยายามสร้างข้อเท็จจริงที่เป็นไปได้ของอาชญากรรม โดยใช้รายละเอียดจากขั้นตอนแรกให้เป็นประโยชน์และคาดหมายว่าอาชญากรรมเกิดขึ้นเพราะเหตุใดและใครคือผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการก่ออาชญากรรมนี้

(3) การเก็บพยานเอกสาร, พยานวัตถุ ซึ่งต้องเก็บอย่างถูกต้องเพราะสิ่งเหล่านี้จะบ่งบอกว่าอะไรคือความจริงและสามารถเชื่อถือได้ โดยข้อมูลในคอมพิวเตอร์นั้นถือว่ามีความเที่ยงตรงในระดับหนึ่งที่ไม่สามารถหลอกลวงได้ นอกจากถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข

(4) การสร้างข้อเท็จจริงในคดี ว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้ควรเป็นอย่างไร

(5) ค้นหาตัวผู้ต้องสงสัย

(6) การวิเคราะห์แหล่งที่มา, เป้าหมายและคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้อง

(7) การค้นหาพยานเอกสาร, พยานวัตถุหรือพยานบุคคลโดยเจ้าพนักงานบังคับใช้กฎหมาย

ขั้นตอนทั้ง 7 ประการนี้ล้วนมีความสำคัญ แต่ที่ผิดพลาดไม่ได้ก็คือการค้นหาตัวผู้ต้องสงสัย เพราะหากผิดพลาดในขั้นตอนนี้แล้ว อาจจะต้องเริ่มกระบวนการทั้งหมดและกระทบต่อกระบวนการสืบสวนสอบสวนทั้งหมด โดยในการรวบรวมพยานหลักฐานเหล่านี้ ต้องคำนึงถึงหลักการ “นิติวิทยาศาสตร์ทางคอมพิวเตอร์”¹⁹ (Computer Forensic) ที่มีหลักการต่างๆ ที่ควรจำคือ (1) รักษาสถานที่เกิดเหตุให้อยู่ในสภาพเดิมให้มากที่สุด, (2) เคลื่อนย้ายบุคคลที่เกี่ยวข้องออกไป และ (3) เก็บพยานหลักฐานที่เกิดเหตุทุกชิ้นการเก็บพยานหลักฐานควรเก็บทั้งจากบุคคล, ซอฟต์แวร์และฮาร์ดแวร์รวมถึงระบบปฏิบัติการ, อีเมลล์ ฯลฯ ของคอมพิวเตอร์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น

กฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหาเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิด และเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ”

¹⁸ Peter Stephenson, *Investigating Computer-Related Crime* (London: CRC Press, 2000), pp. 39 – 41, 131 – 158.

¹⁹ Chuck Easttom, Jeff Taylor, *Computer Crime, Investigation, and the Law* (MA: Course Technology PTR, 2010), pp. 225 – 376

ปัจจัยเกี่ยวกับผู้กระทำความผิด

โดยปกติเมื่อเป็นอาชญากรรมทั่วไป เช่น คดีลักทรัพย์, ชิงทรัพย์, ปล้นทรัพย์ ฯลฯ พยานหลักฐานที่ปรากฏทางกายภาพมักจะเชื่อมโยงไปยังผู้กระทำความผิดได้ ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล, พยานวัตถุหรือพยานเอกสาร แต่อาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์นั้น ผู้กระทำความผิดมักจะเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์แต่ไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญคอมพิวเตอร์ของทางราชการ แต่เป็นผู้ที่พัฒนาตนเองไปจนมีศักยภาพที่จะก่ออาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ได้ ตัวอย่างเช่น โจนาธาน เจมส์ (Jonathan James)²⁰ โดยเจมส์ได้ใช้ชื่อในโลกอินเทอร์เน็ตว่า “คอมราร์ด” (Comrade) มีชื่อเสียงเกี่ยวกับการเจาะระบบของบริษัทเอกชนและหน่วยงานของรัฐบาลและที่เป็นที่กล่าวขานมากที่สุดในการอาชญากรรมไซเบอร์คือ ในปี ค.ศ. 1999 เจมส์ได้เข้าไปขโมยข้อมูลขององค์การบริหารการบินและอวกาศแห่งชาติ หรือ นาซา (NASA) ซึ่งทำให้อ่านข้อมูลลับได้จำนวนมากรวมถึงโปรแกรมที่มีราคาถึง 1.7 ล้านดอลลาร์สหรัฐไปทำให้องค์การบริหารการบินสหรัฐต้องปิดระบบเพื่อแก้ไขถึงสามอาทิตย์ โดยเจมส์ได้ให้การต่อศาลว่าต้องการโปรแกรมนี้มาเพื่อค้นคว้าภาษาซีของตัวเอง โดยนอกจากเจมส์แล้วยังมีผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์กระทำความผิดในอีกหลายรูปแบบและหลายวิธีการ



ภาพถ่ายนายโจนาธาน เจมส์²¹

²⁰ Susan W. Brenner, *Cybercrime and the Law: Challenges, Issues, and Outcomes* (New England: Northeastern University Press, 2012), p. 22.

²¹ Retrieved January 29, 2015, from <http://www.makeuseof.com/tag/5-of-the-worlds-most-famous-hackers-what-happened-to-them/>

วิธีการของผู้กระทำความผิดอาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ยังมีมากมายหลายวิธีปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์และสภาพแวดล้อม จึงไม่อาจจะระบุวิธีการที่แน่นอนได้ แต่ที่เคยมีการกระทำความผิดเช่น การปลอมเว็บไซต์โดยอาจปลอมที่อยู่ของตนเองหรืออ้างว่าเป็นหน่วยงานสำคัญของทั้งภาครัฐและเอกชน, การฟอกเงินโดยใช้ระบบเครือข่ายเป็นเครื่องมือ, การฉ้อโกงธนาคารซึ่งในประเทศไทยก็เคยมีเหตุการณ์เกิดขึ้น, การฉ้อโกงอื่นๆ โดยใช้ระบบเครือข่ายเข้ามาสร้างความน่าเชื่อถือให้มากขึ้น, การปั่นหุ้นรวมไปถึงการพนันออนไลน์ เป็นต้น²² โดยแรงจูงใจของผู้กระทำความผิดเหล่านี้ เกิดขึ้นจากหลายปัจจัยที่แตกต่างจากอาชญากรรมทั่วไปและแน่นอนว่าความเชี่ยวชาญของบุคคลเหล่านี้ทำให้ยากแก่การสืบสวนและติดตามจับกุม

การรับฟังพยานหลักฐาน

ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นตามความเห็นของท่านอาจารย์โสภณ รัตนากร มีความเห็นว่าเป็นเรื่องคาบเกี่ยวกันทั้งพยานเอกสารและพยานวัตถุ เนื่องจากการนำสืบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ อาจต้องนำสืบถึงอุปกรณ์ในการสร้าง ส่ง รับ หรือประมวลผลวัตถุด้วย นอกจากนี้ยังเป็นพยานหลักฐานที่ใกล้เคียงกับพยานหลักฐานในทางวิทยาศาสตร์ โดยก่อนมี พ.ร.บ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ นั้น ศาลก็ได้รับฟังข้อมูลคอมพิวเตอร์อยู่แล้ว²³ และตามความในมาตรา 11 วรรคแรก แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 ว่า

“ห้ามมิให้ปฏิเสธรับฟังข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เป็นพยานหลักฐานในกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายเพียงเพราะเหตุว่าเป็นข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์”

อย่างไรก็ตาม การเสนอข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์นั้นอาจถูกโต้แย้งไม่ได้รับฟังโดยเหตุอื่นได้ด้วยอย่างเช่น

ประการแรก ข้อมูลที่ส่งกันโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ บทสนทนาทางอินเทอร์เน็ต หากนำมาเป็นพยานในศาลเพื่อพิสูจน์ความจริงของข้อความนั้น อาจถูกโต้แย้งว่าเป็นพยานบอกเล่าได้

²² Petter Gottschalk, Policing Cyber Crime (Colorado: Ventus Publishing, 2010), pp. 17 – 27

²³ โปรดดูรายละเอียดคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7264/2542 หรือ 265/2553

ประการที่สอง ข้อมูลที่เกิดจากการสร้างหรือประมวลผลของคอมพิวเตอร์ เช่น ข้อมูลที่คอมพิวเตอร์บันทึกว่า ได้มีการใช้โทรศัพท์จำนวนกี่ครั้ง มีการถอนเงินจากเครื่องถอนเงินอัตโนมัติไปจำนวนเท่าใดนั้น แม้จะไม่มีปัญหาเรื่องพยานบอกเล่า เพราะไม่ใช่ข้อความที่บุคคลใดได้กล่าวไว้ก่อน หากแต่เป็นข้อมูลที่เกิดจากการทำงานของคอมพิวเตอร์ แต่ก็อาจมีการโต้แย้งในเรื่องความถูกต้อง และความน่าเชื่อถือของการทำงานของคอมพิวเตอร์ก็ได้

ประการที่สาม ข้อมูลที่พิมพ์ออกมาจากคอมพิวเตอร์เป็น “สิ่งที่พิมพ์ออก” อาจถูกโต้แย้งว่า มิใช่ เป็นต้นฉบับเอกสาร แต่ปัญหานี้ได้ตกไปเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 10 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ.2544 โดยเพิ่มเติมวรรค 4 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 11 แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551) ความว่า “...หากสิ่งพิมพ์ออกนั้นมีข้อความถูกต้องครบถ้วนตรงกับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ และมีการรับรองสิ่งพิมพ์ออกโดยพนักงานที่มีอำนาจหน้าที่คณะกรรมการกำหนดแล้ว ให้ถือว่าสิ่งพิมพ์ออกดังกล่าวใช้แทนต้นฉบับได้”

ส่วนปัญหาว่า ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จะมีน้ำหนักให้รับฟังได้เพียงใด มาตรา 11 วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ.ดังกล่าวได้บัญญัติว่า “ในการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่าข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จะเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใดนั้น ให้พิเคราะห์ถึงความน่าเชื่อถือของลักษณะหรือ วิธีการที่ใช้สร้าง เก็บรักษา หรือสื่อสารข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ลักษณะ หรือวิธีการรักษา ความครบถ้วน และไม่มีการเปลี่ยนแปลงของข้อความ ลักษณะหรือวิธีการ ที่ใช้ในการระบุหรือแสดงตัวผู้ส่งข้อมูล รวมทั้งพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งปวง”²⁴ ส่วนท่านอาจารย์พรเพชร วิชิตชลชัย ได้ให้ความเห็นว่า ขณะที่ยังไม่มีกฎเกณฑ์การนำเสนอพยานวัตถุที่ชัดเจน คู่ความที่น่าเสนอพยานวัตถุในลักษณะเป็นสิ่งที่บันทึกไว้ (recording) ควรจะต้องนำเสนอบุคคลที่รู้เห็นหรือเกี่ยวข้องกับการบันทึกพยานวัตถุประเภทนั้น ๆ มาสืบและยืนยันให้ศาลเห็นถึงความถูกต้องแท้จริง (rule of authentication) และความน่าเชื่อถือ (reliability) ของพยานวัตถุ นั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นการนำเสนอสิ่งที่บันทึกไว้ในลักษณะที่ต้องมีการฉายให้ดู และให้โอกาสคู่ความอีกฝ่ายในการซักค้านเพื่อพิสูจน์ความถูกต้องแท้จริงของพยานวัตถุที่น่าเสนอได้ ในกรณีที่บันทึกเทปเป็นเสียง²⁵ ก็น่าจะมีการถอดข้อความที่บันทึกออกมาเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่ออ้างส่งประกอบกับเทปบันทึกเสียงนั้น²⁶ ในการรวบรวมพยานหลักฐานสิ่งที่ต้องคำนึงถึงมากที่สุดคือเรื่อง

²⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2553), น. 487 – 489

²⁵ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7155/2539

²⁶ พรเพชร วิชิตชลชัย, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 5

“ห่วงโซ่ของพยานหลักฐาน” (Chain of Custody) ของพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งในทางกฎหมายแล้วคือความสามารถในการรับรองว่าคุณลักษณะ, เอกลักษณ์ของข้อมูลจากการเก็บรวบรวมไปจนถึงการยืนยันผลลัพธ์ เป็นกระบวนการที่มีการเก็บรักษาและเป็นเอกสารที่ถูกต้อง ไม่มีการเข้าไปเจือปนหรือแทรกแซงทำให้เกิดการเข้าไปจนทำให้เกิดความน่าเชื่อถือต่อพยานหลักฐานทางอิเล็กทรอนิกส์²⁷

ตัวอย่างปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น

ตัวอย่างของอาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่เกิดขึ้นมีหลายกรณี ตัวอย่างเช่น ตุ๊กตาเฟอร์บี้ (Furby) ซึ่งเป็นคิตตี้ที่ได้รับความนิยม โดยข้อเท็จจริงคือเมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2556 ได้มีผู้เสียหายจำนวนมากถึง 150 รายได้มาแจ้งความร้องทุกข์ที่กองบังคับการปราบปรามว่ามีการประกาศขายตุ๊กตาเฟอร์บี้ทางอินเทอร์เน็ต แต่ไม่ได้รับสินค้ารวมเป็นมูลค่าความเสียหายประมาณ 5 ล้านบาท เนื่องจากในขณะนั้นตุ๊กตาเฟอร์บี้เป็นที่นิยมไปทั่วโลก ราคาขายตัวละ 3,000 – 5,000 บาท จากการสืบสวนสอบสวนทราบว่า น.ส.แพร (นามสมมติ) อายุ 16 ปี ผู้ที่ใช้โปรแกรมอินเทอร์เน็ตในชื่อ “Ployy Smile” ซึ่งเป็นผู้ประกาศขายตุ๊กตาเฟอร์บี้ เข้าพบพนักงานสอบสวน กก.1 บก.ป. โดย น.ส.แพร กล่าวว่า เมื่อประมาณ 3 สัปดาห์ที่ผ่านมา เข้าไปในเว็บไซต์แห่งหนึ่ง (www.GetApple.com) และได้รู้จักกับคนชื่อ ชนนิกานต์ คู่ยกกันทางวอทแอปและไลน์ โดยอ้างว่าเป็นนางแบบ รู้จักกับพระเอกหนุ่มชื่อ “อาเล็ก ซีเรซ” ภายหลังคนชื่อชนนิกานต์ได้บอกว่าจะพระเอกหนุ่มขอร้องให้ช่วยประกาศขายสินค้าให้ โดยครั้งแรกจะเสนอขายโทรศัพท์ไอโฟน แต่ได้ปฏิเสธ ต่อมาติดต่อกลับมาอีกว่าขอให้ช่วยประกาศขายตุ๊กตาเฟอร์บี้ ซึ่งได้บอกสาเหตุกลับมาว่าที่ไม่โพสต์ขายเองเพราะต้องการเลี้ยงภาษี ครั้งแรกยังลังเลใจ แต่พอคิดว่าน่าจะช่วยเหลือได้ จึงประกาศขายในอินเทอร์เน็ต โดยเสนอขายในราคาขายตัวละ 2,990 บาท โอนเงินผ่านบัญชีธนาคาร 2 แห่งใช้ชื่อ “ชนนิกานต์” และชื่อ “กาญจนา” หลังจากประกาศขายได้ไม่นาน มีผู้สนใจติดต่อสั่งซื้อ 44 ราย รวมเป็นเงิน

(กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2555), น. 580

²⁷ Ibrahim Baggili, ed. Digital Forensics and Cyber Crime: Second International ICST Conference ICDF2C 2010 Abu Dhabi, United Arab Emirates, October 4–6, 2010 Revised Selected Papers (London: Springer, 2011), pp. 82 – 84; Albert J. Marcella, Jr. Doug Menendez, Cyber forensic: A Field Manual for Collecting, Examining, and Preserving Evidence of Computer Crimes (New York: Auerbach Publications, 2008), pp. 279 – 280

ประมาณ 4.2 ล้านบาท จนกระทั่งต่อมาเจ้าหน้าที่ตำรวจได้จับกุมตัวนางสาวชนนิกานต์ ไตชิละสุนทร ได้จนกระทั่งเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2556 ที่ศาลอาญา ผู้พิพากษาอ่านคำพิพากษาคดีที่ พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องนางสาวชนนิกานต์ ไตชิละสุนทร จากกรณีลวงขายตุ๊กตาเฟอร์บี้ผ่านอินเทอร์เน็ต มีผู้เสียหายหลายราย มูลค่าความเสียหายนับล้านบาท โดยศาลพิพากษาจำคุก นางสาวชนนิกานต์ ไตชิละสุนทร ฐานร่วมกันฉ้อโกงประชาชน กรณีหลอกขายตุ๊กตาเฟอร์บี้ผ่านอินเทอร์เน็ต จนมีผู้หลงเชื่อสั่งซื้อ 25 ราย รวมมูลค่าความเสียหาย 5 ล้านบาท ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า จำเลยกระทำความผิดจริงจึงพิพากษาจำคุก 75 ปี ปรับ 125,000 บาท แต่จำเลยให้การรับสารภาพลดโทษกึ่งหนึ่ง เหลือจำคุก 35 ปี 6 เดือน ปรับ 62,500 บาท ซึ่งตามกฎหมายความผิดฐานฉ้อโกงสามารถจำคุก ได้ไม่เกิน 20 ปี ดังนั้นให้ลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด แต่จากพยานหลักฐานพบว่าจำเลยได้ชดเชยค่าเสียหายคืนแก่ผู้เสียหายทั้งหมดแล้ว ศาลจึงให้โอกาสกลับตัวรอลงอาญา 3 ปี พร้อมทำงานบำเพ็ญประโยชน์สังคม 30 ชั่วโมง²⁸ จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่าผู้กระทำความผิดไม่จำเป็นต้องมีความรู้เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มากมาย เพียงแค่ใช้โปรแกรมอินสตาแกรมเป็นและนอกจากนี้ยังใช้บุคคลอื่นๆ ช่วยในการกระทำความผิดทำให้ยากแก่การสืบสวนสอบสวน

อีกกรณีหนึ่งคือเมื่อประมาณเดือนตุลาคม 2551 มีผู้ใช้นามแฝง “Bento” โพสต์ข้อความในลักษณะดูหมิ่น หมิ่นประมาท สมเด็จพระราชินีและองค์รัชทายาทลงในเว็บบอร์ดประชาไท ไม่กี่เดือนต่อมา ตำรวจเข้าจับกุม น.ส.นพวรรณ ต. ฐานเป็นผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ใช้นามแฝง “Bento” โพสต์ข้อความนั้น

สองปีต่อมา ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องโดยให้เหตุผลว่า พยานหลักฐานของโจทก์อย่างไอพีแอดเดรส (IP Address) ไม่สามารถระบุตัวตนได้แน่นอน และไอพีแอดเดรสสามารถปลอมแปลงได้ง่ายโดยผู้เชี่ยวชาญ ทั้งนี้โจทก์ไม่สามารถนำสืบให้ศาลเชื่อได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริง จึงยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย

อย่างไรก็ตาม วันที่ 2 ตุลาคม 2556 ศาลอุทธรณ์กลับไม่เห็นพ้องกับศาลชั้นต้น ตัดสินให้น.ส.นพวรรณ มีความผิดพิพากษาลงโทษจำคุก 5 ปี ไม่รอลงอาญา โดยศาลเชื่อว่าพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบนั้น อย่างไอพีแอดเดรส การเป็นผู้สมัครใช้อินเทอร์เน็ต และระยะเวลาในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต เป็นหลักฐานที่ทำให้เห็นว่า น.ส.นพวรรณเป็นผู้ใช้นามแฝง “Bento” เข้าไปโพสต์ข้อความ

²⁸ Retrieved January 25, 2015, from <http://www.thairath.co.th/content/402089>

หมิ่นประมาทเบื้องสูงที่เว็บไซต์ประชาไทจริง โดยศาลให้เหตุผลว่า “...แม้โจทก์จะไม่มีประจักษ์พยานยืนยันว่าจำเลยเป็นผู้โพสต์ข้อความดังกล่าว แต่โจทก์ก็มีเจ้าหน้าที่จากกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร หรือ ไอซีที และ เจ้าหน้าที่ตำรวจกองบังคับการปราบปรามการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ หรือ ปอท.เบิกความยืนยันว่า จากการตรวจสอบไอพีแอดเดรสของผู้ที่โพสต์ข้อความบนเว็บไซต์ประชาไทและตรวจสอบกับผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต พบว่าไอพีแอดเดรส ตรงกับ เครื่องคอมพิวเตอร์เน็ตบุ๊กของจำเลย นอกจากนี้ตรวจสอบการเชื่อมต่อ อินเทอร์เน็ตของจำเลย พบว่า วันและเวลา ตรงกับการกระทำผิดในคดีนี้ ซึ่งผู้เชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต จะต้องมีการผ่าน และใช้หมายเลขโทรศัพท์ ในการเชื่อมต่ออินเทอร์เน็ต ซึ่งเมื่อตรวจสอบพบว่า ข้อมูลการใช้อินเทอร์เน็ตดังกล่าวตรงกับจำเลย ที่สมัครสมาชิกไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2550 และได้ใช้บริการ อินเทอร์เน็ตเรื่อยมา อีกทั้งเจ้าหน้าที่ได้ตรวจสอบผู้ใช้งานในวันและเวลาขณะเกิดเหตุพบว่า มีผู้ใช้งาน เพียงคนเดียว ซึ่งไอพีแอดเดรส ของคอมพิวเตอร์แต่ละเครื่องจะไม่ซ้ำกันและมีเพียงไอพีแอดเดรส เดียวเท่านั้น ซึ่งเจ้าหน้าที่สามารถตรวจสอบข้อมูลต่างๆได้ ไอพีแอดเดรส จึงเป็นพยานหลักฐาน สำคัญ ที่ทำให้ทราบ ชื่อผู้ใช้ ที่อยู่ และเบอร์โทรศัพท์ ซึ่งตรงกับข้อมูลของจำเลย ทั้งนี้แม้ว่าข้อความ ที่โพสต์ลงบนเว็บไซต์ประชาไท จะโดนลบไปแล้ว แต่ข้อความที่โพสต์ดังกล่าวยังถูกเก็บอยู่ใน เซิร์ฟเวอร์ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต จำเลยจึงไม่อาจปฏิเสธได้...” “...การเจาะเข้าระบบ คอมพิวเตอร์ โดยใช้ไอพีแอดเดรสของจำเลยทำได้ยาก เพราะไอพีแอดเดรสของเครื่องคอมพิวเตอร์ แต่ละเครื่องไม่สามารถปลอมแปลงได้...” “...พยานโจทก์เป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ปฏิบัติงานตามหน้าที่ ตรงไปตรงมา ไม่มีเหตุให้ระแวงสงสัยว่าจะกลั่นแกล้งจำเลย อีกทั้งความผิด ตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 112 เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องใช้ความละเอียดรอบคอบและความระมัดระวังในการ ตรวจสอบ จนทราบว่าจำเลยเป็นผู้โพสต์ข้อความดังกล่าวจึงจะดำเนินคดีตามกฎหมาย พยานหลักฐานจึงฟังได้ว่าจำเลยเป็นผู้โพสต์ข้อความหมิ่นเบื้องสูงจริง”²⁹

แต่ในความเป็นจริงแล้ว การปลอมไอพีแอดเดรสนั้นอาจไม่จำเป็นต้องกระทำโดยผู้เชี่ยวชาญก็ได้ แต่อาจจกระทำโดยผู้ใช้ทั่วไป เช่น การใช้ proxy หรือการใช้โปรแกรมอื่นๆ ซึ่งทำให้ยากแก่การ ติดตามเข้าไปอีกและโดยทั่วไปแล้วผู้กระทำความผิดในลักษณะนี้มักจะปกปิดตัวตนที่แท้จริงของ ตนเองอยู่แล้ว

²⁹ Retrieved January 23, 2015, from <http://freedom.ilaw.or.th/node/125>

และต่อมามีคำพิพากษาฎีกาที่ 3711/2557 พิพากษาเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2557 เกี่ยวกับความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า ซึ่งศาลเห็นว่า “โจทก์ฟ้องว่า จำเลยกระทำความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้า ขอให้ลงโทษตาม ป.อ. มาตรา 393 ทางพิจารณาโจทก์นำสืบว่า จำเลยโทรศัพท์ไปหาผู้เสียหาย ตำรวจ และทวงเอกสารจากผู้เสียหาย ขณะเกิดเหตุผู้เสียหายอยู่ที่บริการขนส่ง (บขส.) ตำบลท้ายช้าง อำเภอเมืองพังงา จังหวัดพังงา ส่วนจำเลยอยู่ที่ส่วนบริหารจัดการทรัพยากรป่าชายเลนที่ 2 ตำบลกะไหล อำเภอตะกั่วทุ่ง จังหวัดพังงา ซึ่งเป็นสถานที่ห่างไกลกันคนละอำเภอ แต่องค์ประกอบความผิดตาม ป.อ. มาตรา 393 นั้น ถ้าเป็นการกล่าวด้วยวาจา ผู้กระทำต้องกล่าวซึ่งหน้าผู้เสียหายเพราะบทบัญญัติมาตรานี้ มีเจตนารมณ์ป้องกันเหตุร้ายที่อาจเข้าถึงตัวกันทันทีที่มีการกล่าวดูหมิ่น ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่โจทก์นำสืบจึงยังไม่เข้าองค์ประกอบความผิดฐานดูหมิ่นผู้อื่นซึ่งหน้าตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393”

และการก่ออาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์อาจเกี่ยวข้องกับถึงขั้นก่อการร้ายโดยใช้ระบบอินเทอร์เน็ตของผู้ก่อการร้ายที่เรียกว่า “สงครามเครือข่าย” (net-war) ที่ผู้ก่อการร้ายใช้ระบบคอมพิวเตอร์และระบบเครือข่ายโจมตีระบบคอมพิวเตอร์ฝ่ายตรงข้ามในขณะที่ฝ่ายตรงกันข้ามก็ใช้การโจมตีในลักษณะเดียวกัน ซึ่งแต่ละจุดของการใช้อินเทอร์เน็ตอาจเป็นอิสระต่อกันแต่สามารถโจมตีเป้าหมายที่ต้องการก่อการร้ายได้พร้อมกัน นอกจากนี้แล้วการใช้ระบบเครือข่ายโดยใช้อินเทอร์เน็ตยังสร้างการก่อการร้ายในรูปแบบใหม่ที่เรียกว่า “การก่อการร้ายเสมือนจริง” (Virtual Terrorism)³⁰ ตัวอย่างที่มักมีการอ้างอิงอยู่เสมอเช่น สงครามต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือสงครามไซเบอร์ที่เป็นที่ยอมรับว่าสร้างความเสียหายในวงกว้างคือสงครามที่ไซเวียดใช้ต่อเอสโตเนีย เนื่องจากเอสโตเนียใช้ระบบคอมพิวเตอร์ในระบบชีวิตประจำวันตั้งแต่ธุรกรรมจนถึงการเลือกตั้งหรือที่เรียกว่า E – Government เมื่อระบบคอมพิวเตอร์ถูกโจมตีจึงสร้างความเสียหายให้แก่เอสโตเนียอย่างมากจนนาโต้ต้องส่งผู้เชี่ยวชาญมาช่วยเหลือในขณะนั้น

จากกรณีปัญหาดังกล่าวข้างต้น เราจะเห็นได้ว่ามาตรฐานและดุลยพินิจเกี่ยวกับอาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นยังเป็นเรื่องที่พิจารณาได้ยากว่าจะนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ในการพิจารณา ลงโทษ และเป็นปัญหาในกระบวนการยุติธรรมอยู่ด้วยในปัจจุบัน

³⁰ Fred Cohen, *The War on Terrorism: A Collision of Values, Strategies, and Societies*, ed. Thomas A. Johnson (New York: CRC Press, 2009), p. 244; Sean Anderson, Stephen Sloan, *Historical Dictionary of Terrorism*, 3rd ed. (Maryland: The Scarecrow Press, Inc., 2009), p. lxxiii

แนวทางการแก้ไขปัญหา

ในการแก้ไขปัญหาอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ให้ได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น ผู้ใช้คอมพิวเตอร์จะต้องมีความระมัดระวังตัวในการป้องกันอาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, โทรศัพท์มือถือ หรืออุปกรณ์พกพาอื่นๆ เนื่องจากระบบอินเทอร์เน็ตจะกลายเป็นสิ่งที่เข้ามามีอิทธิพลในการดำรงชีวิตประจำวันมากขึ้นทุกขณะโดยต้องเรียนรู้วิธีการป้องกันอาชญากรรมที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ให้พ้นจากตนเองและครอบครัว³¹ ในส่วนของภาครัฐจะต้องปรับปรุงทั้งกฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ที่นับวันที่จะเข้ามามีส่วนในสังคมมากขึ้นทุกที ดังนั้น อาชญากรรมที่เกี่ยวกับการฆาตกรรม, การข่มขืน, ลักทรัพย์รวมไปถึงการโจรกรรมข้อมูล ในขณะที่กฎหมายวิธีสบัญญัติต้องปรับปรุงในเรื่องการค้น, การยึด, คุลาณาของรัฐ, การส่งผู้ร้ายข้ามแดน, การดักฟังข้อมูลและความร่วมมือระหว่างประเทศ นอกจากนี้แล้วรัฐยังต้องกำหนดวิธีการเฉพาะที่ถูกต้องในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับความร่วมมือ, การรวบรวมพยานหลักฐาน, การจับกุมทั้งในระดับรัฐและระดับระหว่างประเทศ³² ในการสืบสวนสอบสวนในคดีอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ควรมีทีมงานในการปฏิบัติงานเนื่องจากถือว่าเป็นอาชญากรรมที่มีความซับซ้อนและต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน กลุ่มผู้ปฏิบัติงานจึงควรประกอบไปด้วย หัวหน้าทีมงาน, คนเฝ้าดูสถานที่เกิดเหตุ, เจ้าหน้าที่ตรวจสอบสถานที่เกิดเหตุ, หัวหน้าพนักงานสืบสวนสอบสวน, เจ้าหน้าที่ค้นหาและสมาชิกอื่นๆ ของทีมงานในการร่วมกันสืบสวนสอบสวน³³ นอกจากนี้แล้วจะต้องสร้างทีมงานวิจัยและพัฒนาเกี่ยวกับอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ให้ภาครัฐมีศักยภาพที่เพียงพอในการรับมือกับปัญหาอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์³⁴

สรุป

³¹ Anthony Reyes, Richard Britton, Kevin O'Shea, James Steele, Cyber Crime Investigations: Bridging the Gaps between SOecurity Professionals, Law Enforcement, and Prosecutors (Missouri: Syngress,2008), p. 261 – 281

³² Sumit Ghosh and Elliot Turrini, Cybercrimes: A Multidisciplinary Analysis (London: Springer, 2010), p. 320

³³ Carl J. Franklin, The Investigator's Guide to Computer Crime (Illinois: Charles C. Thomas Publisher,2006), pp. 18 – 25

³⁴ Thomas A. Johnson, Forensic Computer Crime Investigation (London: Forensic Science, 2005), p. 237.

การดำเนินคดีอาญาทั่วไปโดยคำนึงหลักเรื่อง “อำนาจรัฐ” การใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดี ซึ่งจะต้องพยายามรักษาสมดุล (Balance) ระหว่างอำนาจรัฐในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะต้องไม่โน้มเอียงไปทางใดทางหนึ่งมากนัก หากคำนึงถึงแต่ความคล่องตัวในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษมากเกินไป ประชาชนก็อาจได้รับความเดือดร้อน เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการจับ การค้น การสอบสวน การควบคุมตัว ฯลฯ ในทำนองเดียวกัน หากมุ่งจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป โดยเกรงว่าประชาชนจะได้รับความเดือดร้อนรำคาญจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้กระทำความผิดก็อาจพ้นจากการถูกนำตัวมาลงโทษอันจะส่งผลเสียหายต่อสังคม³⁵ ในคดีอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ก็เช่นกันการดำเนินคดีของเจ้าหน้าที่รัฐก็ยังคงต้องรักษาหลักการดังกล่าวไว้อย่างเคร่งครัด แต่อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่าปัญหาที่เกิดขึ้นต่างๆ กับการดำเนินคดีอาชญากรรมเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นมีหลายประการ ซึ่งควรดำเนินการแก้ไขเพื่อรัฐยังคงคุ้มครองทั้งผู้เสียหายและดำเนินการกับผู้กระทำความผิดต่อไปได้

³⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิรัชการพิมพ์, 2553), น.1-2.; Edward Eldefonso and Alan R. Coffey, Criminal Law: History, Philosophy, Enforcement (New York: Harper&Row, 1981), p.13

บรรณานุกรม

หนังสือ

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดจิวรัชการพิมพ์, 2553.
- จิตติ ดิงศรัทธี. กฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 11. นนทบุรี: ศูนย์การพิมพ์เพชรรุ่ง, 2555.
- ชัยเกษม นิตสิริ. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 2 สอบสวน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- ธานีศ เกศพิทักษ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา ภาค 1-2. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557.
- พรเพชร วิชิตชลชัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2555.
- ไพจิตร สวัสดิ์สาร. การใช้คอมพิวเตอร์ทางกฎหมายและกฎหมายที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: ชวนพิมพ์ 50, 2557.
- สหรัฐ กิติ ศุภการ. หลักและคำพิพากษากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2556.
- โสภณ รัตนการ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2553.

Books

- Anderson, Sean and Sloan, Stephen. Historical Dictionary of Terrorism, 3rd ed. Maryland: The Scarecrow Press, Inc., 2009.
- Baggili, Ibrahim .ed. Digital Forensics and Cyber Crime: Second International ICST Conference ICDF2C 2010 Abu Dhabi, United Arab Emirates, October 4-6, 2010

- Revised Selected Papers. London: Springer, 2011.
- Brenner, Susan W. *Cybercrime: Criminal Threats from Cyberspace*. Oxford: Praeger, 2010.
- _____, *Cybercrime and the Law: Challenges, Issues, and Outcomes*. New England: Northeastern University Press, 2012.
- Cohen, Fred. *The War on Terrorism: A Collision of Values, Strategies, and Societies*. New York: CRC Press, 2009.
- Easttom, Chuck and Taylor, Jeff. *Computer Crime, Investigation, and the Law*. MA: Course Technology PTR, 2010.
- Eldefonso, Edward and Coffey, Alan R. *Criminal Law: History, Philosophy, Enforcement*. New York: Harper&Row, 1981.
- Franklin, Carl J. *The Investigator's Guide to Computer Crime*. Illinois: Charles C. Thomas Publisher, 2006.
- Ghosh, Sumit and Turini, Elliot. *Cybercrimes: A Multidisciplinary Analysis*. London: Springer, 2010.
- Gottschalk, Petter. *Policing Cyber Crime*. Colorado: Ventus Publishing, 2010.
- Johnson, Thomas A. *Forensic Computer Crime Investigation*. London: Forensic Science, 2005.
- Marcella, Albert J. and Menendez, Doug, Jr. *Cyber Forensic: A Field Manual for Collecting, Examining, and Preserving Evidence of Computer Crimes*. New York: Auerbach Publications, 2008.
- Miller, J. Mitchell. *21st Century Criminology A Reference Handbook*. London: Sage Publications, 2009.
- Osterburg, James W. and Ward, Richard H. *Criminal Investigation, A Method for Reconstructing the Past*. 6th ed. New Jersey: Matthew Bender & Company, 2010.
- Reyes, Anthony, Britton, Richard, O'Shea, Kevin and Steele, James. *Cyber Crime Investigations: Bridging the Gaps between SOecurity Professionals, Law Enforcement, and Prosecutors*. Missouri: Syngress, 2008.
- Shapiro, Barbara J. *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley: University of California Press, 1991.

Shinder, Debra Littlejohn and Cross, Michael. Scene of the Cybercrime. 2nd ed. Missouri: Syngress, 2008.

Shiple, Todd G. and Bowker, Art. Investigating Internet Crimes: An Introduction to Solving Crimes in Cyberspace. London: Elsevier, 2014.

Stephenson, Peter. Investigating Computer-Related Crime. London: CRC Press, 2000.

Websites

http://www.coj.go.th/home/document/computer_miss_2550.pdf

http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1408701491

<http://freedom.ilaw.or.th/node/125>

<http://www.thairath.co.th/content/402089>

<http://www.makeuseof.com/tag/5-of-the-worlds-most-famous-hackers-what-happened-to-them/>

[http://swis.act.ac.th/html_edu/cgi-](http://swis.act.ac.th/html_edu/cgi-bin/act/main_php/print_informed.php?id_count_inform=3758)

[bin/act/main_php/print_informed.php?id_count_inform=3758](http://swis.act.ac.th/html_edu/cgi-bin/act/main_php/print_informed.php?id_count_inform=3758)

<https://www.youtube.com/watch?v=iZJm2xNvjTU>

<http://www.thairath.co.th/content/402089>

คำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7155/2539

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7264/2542

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 265/2553

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3711/2557

การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งในต่างประเทศ : ประเทศอังกฤษ

The Reformation of Civil Justice Procedure System in Foreign Countries: the case of United Kingdom

ดร.สมบัติ พงศ์พิงศภัค

สถาบันวิจัยรพีพัฒน์ศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม

เขตจตุจักร จังหวัดกรุงเทพมหานคร รหัสไปรษณีย์ 10900

บทคัดย่อ

การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Common Law หรือประเทศที่ใช้ระบบ Civil มีวัตถุประสงค์ในการทำให้ระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งสามารถเข้าถึงได้อย่างแท้จริงและมีประสิทธิภาพตามหลักการพื้นฐานของมาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งระบบวิธีพิจารณาความแพ่งใน 3 มิติซึ่งแต่ละมิติจะมีความเกี่ยวเนื่องกัน ได้แก่ มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง (Fair) มิติด้านการใช้ระยะเวลาอย่างเหมาะสม (Reasonable Time) และมิติด้านค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมในการเข้าถึงความยุติธรรม (Reasonable Cost) สำหรับประเทศอังกฤษได้ดำเนินการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งครั้งใหญ่ในปี ค.ศ.1994 โดย Lord Chancellor ได้แต่งตั้งให้ Lord Woolf ผู้พิพากษาอาวุโสสูงสุดคนหนึ่งของอังกฤษดำเนินการทบทวนข้อบังคับ วิธีพิจารณา และรวบรวมหลักฐานตลอดจนความเห็นจากผู้ประกอบวิชาชีพในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและนักวิทยาศาสตร์นิติศาสตร์ รวมทั้งกำหนดวิธีการซึ่งมีประสิทธิภาพในการตัดค่าใช้จ่าย ลดความซับซ้อนของข้อบังคับ และตัดความแตกต่างที่ไม่จำเป็นของแนวปฏิบัติและวิธีพิจารณาระหว่างศาลต่างๆ และมีการจัดทำรายงานของ Lord Woolf (Lord Woolf's Report) ที่ใช้ชื่อว่า การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) โดยมีข้อเสนอมากกว่า 300 ข้อ Lord Woolf เสนอปัญหาและสาเหตุของปัญหาโดยภาพรวมของกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งในรายงานว่า ปัญหาสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของประเทศอังกฤษ คือ ค่าใช้จ่ายมาก ล่าช้า และสลับซับซ้อน ซึ่งทั้ง 3 เรื่องนี้มีความเกี่ยวเนื่องกัน และสภาพปัญหาเกิดจากธรรมชาติที่ควบคุมไม่ได้ของกระบวนการดำเนินคดี โดยเฉพาะการไม่มีความรับผิดชอบของศาลที่ชัดเจนในการบริหารจัดการคดีแต่ละคดีหรือในภาพรวมของการบริหารศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง การ

ปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของ Lord Woolf เป็นจุดเริ่มต้นของภาพลักษณ์ใหม่ของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษโดยในการจะบรรลุเป้าหมายนี้ประเทศอังกฤษได้จัดทำข้อบังคับของศาลชั้นใหม่ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งจำนวนมากซึ่งรวมถึงการปฏิรูประบบการอุทธรณ์ ระบบความช่วยเหลือทางกฎหมาย และค่าทนายความ รวมทั้งการเพิ่มอำนาจของศาลเป็นอย่างมากในการควบคุมและบริหารจัดการคดี การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งในประเทศอังกฤษจึงนับเป็นแบบอย่างที่ดีที่ประเทศไทยควรนำมาพิจารณาในการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของประเทศไทยต่อไป (*มาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง = The international paradigm of the civil justice system*)

คำสำคัญ: การปฏิรูประบบการพิจารณาคดีของศาล, การบวนการยุติธรรมทางแพ่ง, วิธีพิจารณาความแพ่ง, ศาลแพ่งอังกฤษ

Abstract

The reformation of civil justice procedure system in foreign countries, regardless of its common or civil law system, aims to make the civil justice procedure system truly accessible and efficient. According to The international paradigm of the civil justice system, there are 3 connected dimensions of civil justice procedure system i.e. fair, reasonable time and reasonable cost. In the UK, the reformation of civil justice procedure system took place in 1994 by Lord Chancellor who appointed Lord Woolf whom was a senior judge to review all the rules, procedures, evidence gathering, opinions from civil justice procedure practitioners and critics, how to efficiently reduce cost and complexity of the rules, and unnecessary differences of the guidance and the procedure among the Courts. Lord Woolf's Report on the matter is called "*Access to Justice*" contains over 300 suggestions. It concludes the difficulties and the sources of such difficulties. There are 3 major connected difficulties i.e. excessive cost, excessive time and excessive complexity. The report claims that these sources are due to uncontrollable nature of the procedure, especially the irresponsibility of the Courts in case management. The reformation of civil justice procedure system by Lord Woolf was the new face of civil justice procedure system in the UK. New Court Rules have been enacted together with several legal amendments including appeal reformation, legal clinical system, fee of lawyers and dramatic increase of Court's authority in case management. The reformation of civil justice procedure system in the UK is, therefore, a good example to consider in reformation of civil justice procedure system in Thailand.

Keywords: The Reformation of Civil Justice Procedure System, Civil Justice, Civil Procedure, Civil Court of United Kingdoms

บทนำ

ประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะประเทศที่ใช้ระบบ Common Law หรือประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law ได้ทำการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งโดยอยู่ในแนวทางของมาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งใน 3 มิติซึ่งแต่ละมิติจะมีความเกี่ยวเนื่องกัน ได้แก่ มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง (Fair) มิติด้านการใช้ระยะเวลาอย่างเหมาะสม (Reasonable Time) และมิติด้านค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมในการเข้าถึงความยุติธรรม (Reasonable Cost) โดยบทความนี้จะกล่าวถึงการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งในประเทศไทยต่อไป เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยต่อไป ดังนี้

1. ระบบศาลยุติธรรมอังกฤษ

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งของอังกฤษแบ่งออกเป็น 3 ลำดับชั้น กล่าวคือ ศาลชั้นสูงสุด ได้แก่ ศาลฎีกา (The Supreme Court) ศาลชั้นกลาง ได้แก่ ศาลอุทธรณ์แพนคอดีแพ่ง (Court of Appeal (Civil Division)) ศาลสูง (High Court) ประกอบด้วย 3 แผนก คือ Queen's Bench Division Chancery Division และ Family Division และศาลชั้นล่าง ได้แก่ County Courts และ Magistrates' Courts

(1) ศาลชั้นสูงสุด ได้แก่ ศาลฎีกา (The Supreme Court)¹ จัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2009 โดยพระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ (Constitutional Reform Act 2005) แทนที่ศาลสภาขุนนาง (House of Lords) มีอำนาจพิจารณาคดีซึ่งมาจากศาลอุทธรณ์แพนคอดีแพ่ง (Court of Appeal (Civil Division)) การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์แพนคอดีแพ่งต่อศาลฎีกาจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลอุทธรณ์แพนคอดีแพ่งหรือศาลฎีกา โดยคู่ความจะต้องขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์แพนคอดีแพ่งก่อน หากศาลอุทธรณ์แพนคอดีแพ่งไม่อนุญาตจึงจะขออนุญาตอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาได้ นอกจากนี้ ศาลฎีกายังมีอำนาจพิจารณาคดีที่อุทธรณ์โดยตรง (Leapfrog Appeals) มาจาก

¹ A Guide to Bringing a Case to the Supreme Court, <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/bringing-a-case-to-UKSC.pdf>.

ศาลสูงตามมาตรา 12-16 แห่งพระราชบัญญัติการบริหารงานยุติธรรม (The Administration of Justice Act 1969) โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

- ต้องได้รับการรับรองให้อุทธรณ์จากศาลสูง
- ผู้พิพากษาในศาลสูงต้องรับรองทันทีเมื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง หรือภายใน 14 วัน นับแต่วันมีคำพิพากษาหรือคำสั่งว่ามีเงื่อนไขที่เกี่ยวข้อง (The Relevant Conditions) ที่เพียงพอเพื่อสร้างความเป็นธรรมในการอนุญาตให้อุทธรณ์ และคู่ความทุกฝ่ายยินยอม
- ศาลฎีกาอนุญาตให้อุทธรณ์ได้
- เงื่อนไขที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตให้อุทธรณ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 12(3) แห่งพระราชบัญญัติการบริหารงานยุติธรรมเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ ได้แก่

(ก) เกี่ยวข้องโดยรวมหรือโดยหลักซึ่งการจัดทำกฎหมายหรือเครื่องมือทางกฎหมาย และมีการโต้แย้งในกระบวนการพิจารณา และได้รับการพิจารณาในคำพิพากษาของผู้พิพากษาที่ได้นั่งพิจารณาคดี หรือ

(ข) เป็นเรื่องและผู้พิพากษาจะต้องผูกพันโดยคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในกระบวนการพิจารณาก่อนหน้านั้น และได้รับการพิจารณาในคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น

(2) ศาลชั้นกลาง ได้แก่ ศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ซึ่งประกอบด้วย 2 แผนก คือ แผนกคดีอาญา และแผนกคดีแพ่ง โดยศาลอุทธรณ์แผนกคดีแพ่ง² มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งที่อุทธรณ์มาจากศาลสูงทุกแผนก และจาก County Courts ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย พยานหลักฐานที่อ้างอิงในอุทธรณ์โดยปกติต้องเป็นไปตามบัญชีระบุพยานในชั้นต้น แต่อาจรับฟังพยานหลักฐานใหม่ได้ในกรณีที่เหมาะสมและศาลสูงหรือ County Courts อาจจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้อุทธรณ์ทั้งหมดหรือบางส่วนได้

ศาลสูง (High Court)³ ประกอบด้วย 3 แผนก คือ

1. Queen's Bench Division เป็นแผนกที่ใหญ่ที่สุดและมีปริมาณคดีมากที่สุดของศาลสูง โดยมีเขตอำนาจศาลกว้างขวางที่สุดและแบ่งเป็นหลายส่วน มีอำนาจพิจารณาคดี ดังต่อไปนี้

² P W D Redmond and Peter Shears, General Principles of English Law, 7th ed., (London: Pitman Publishing, 1993), pp.39-40.

³ *Ibid*, pp.41-42.

(ก) อำนาจพิจารณาคดีในชั้นต้น

ศาลปกติ (Ordinary Court) มีอำนาจพิจารณาคดีทุกประเภทที่ไม่ได้มอบหมายโดยชัดแจ้งให้อยู่ในอำนาจของแผนกอื่น เช่น คดีละเมิด และคดีสัญญา

ศาลพาณิชย์นาวี (Admiralty Court) มีอำนาจพิจารณาคดีการขนส่งทางทะเล เช่น การช่วยเหลือเรืออัปปาง และการยึดเรือ

ศาลพาณิชย์ (Commercial Court) มีอำนาจพิจารณาคดีชำนาญพิเศษที่เป็นข้อพิพาททางพาณิชย์ ได้แก่ การประกันภัย การธนาคาร และการตีความเอกสารทางการค้า เช่น ใบตราส่ง

(ข) อำนาจพิจารณาคดีในชั้นอุทธรณ์ มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งที่อุทธรณ์มาจาก Magistrates' Courts

(ค) อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Judicial Review) มีอำนาจตรวจสอบควบคุมศาลชั้นล่าง องค์การฝ่ายบริหาร และหน่วยงานสาธารณะอื่นๆ ที่ใช้อำนาจตุลาการหรือกึ่งตุลาการ โดยการออกคำสั่งพิเศษ (Prerogative Orders)

2. Chancery Division⁴ มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งในชั้นต้นหลายประเภทโดยเฉพาะข้อพิพาทเกี่ยวกับธุรกิจและทรัพย์สิน และรวมถึงคดีชำนาญพิเศษบางประเภท เช่น บริษัท การแข่งขันทางการค้า ล้มละลาย สิทธิบัตร และทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ โดยมีศาลในสังกัด คือ ศาลล้มละลาย (Bankruptcy Court) ศาลบริษัท (Companies Court) และศาลสิทธิบัตร (The Patents Court) และมีอำนาจพิจารณาคดีในชั้นอุทธรณ์⁵ โดย Divisional Court มีอำนาจพิจารณาคดีที่อุทธรณ์มาจาก County Courts ในเรื่องล้มละลาย และเรื่องที่ดิน

3. Family Division⁶ มีอำนาจพิจารณาคดีในชั้นต้นเกี่ยวกับครอบครัว ได้แก่ พิษนกรรม การสมรส เช่น การหย่า ความไม่สมบูรณ์ของการสมรส และการแยกกันอยู่ การรับบุตรบุญธรรม การมีสิทธิตามกฎหมายของผู้เยาว์ และอำนาจปกครองผู้เยาว์ ตลอดจนคดีตามพระราชบัญญัติการเจริญพันธุ์และตัวอ่อนมนุษย์ (The Human Fertilization And Embryology Act 1990) และมีอำนาจพิจารณาคดีในชั้นอุทธรณ์ โดยมีอำนาจพิจารณาคดีที่อุทธรณ์มาจาก County Courts และ

⁴ Chancery Division, <http://www.justice.gov.uk/courts/rcj-rolls-building/chancery-division>.

⁵ P W D Redmond and Peter Shears, *supra* note 2, p.43.

⁶ *Ibid*, p.44.

Magistrates' Courts ตามพระราชบัญญัติอำนาจปกครองผู้เยาว์ (The Guardianship of Minors Acts 1971 and 1973)

อนึ่ง มีข้อสังเกตเกี่ยวกับศาลสูง ดังนี้⁷

1. ผู้พิพากษาในแต่ละแผนกอาจโอนไปมาได้ หากผู้พิพากษานั้นเองและประธานของแต่ละแผนกยินยอม
2. เป็นหลักทั่วไปว่าแต่ละแผนกมีอำนาจพิจารณาคดีทุกประเภทที่อยู่ในอำนาจของศาลสูง การแบ่งแผนกก็เพื่อให้การพิจารณาคดีเป็นไปโดยสะดวกและรวดเร็ว
3. ผู้พิพากษาในศาลอุทธรณ์อาจมานั่งพิจารณาในศาลสูงได้ โดยผู้ที่มีคุณสมบัติที่จะได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาในศาลสูง และอดีตผู้พิพากษาศาลสูงหรือศาลอุทธรณ์อาจมานั่งพิจารณาในฐานะเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลสูงเป็นการชั่วคราวได้
4. โจทก์ต้องฟ้องคดีให้ตรงตามอำนาจศาลที่ได้รับมอบหมาย แต่ถ้าฟ้องไม่ตรง ตามอำนาจศาลที่ได้รับมอบหมาย แผนกคดีนั้นก็อาจโอนมายังแผนกที่ถูกต้องได้ ทั้งนี้ อยู่ในดุลพินิจของผู้พิพากษา

(3) ศาลชั้นล่าง ได้แก่

County Courts⁸ เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งโดยมีขอบเขตจำกัด เรื่องทุนทรัพย์ที่พิพาท แต่ต่อมามีการจำกัดทุนทรัพย์ในคดีบางประเภทได้ถูกยกเลิกไปทำให้ County Courts มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีบางประเภทโดยไม่มีขอบเขตจำกัดเรื่องทุนทรัพย์ที่พิพาท นอกจากนั้นในบางกรณีเขตอำนาจของ County Courts ยังทับซ้อนกับเขตอำนาจของศาลสูงด้วย

County Courts มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

1. คดีเกี่ยวกับสัญญาและละเมิด มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่จำกัดทุนทรัพย์
2. คดีเกี่ยวกับที่ดิน มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่จำกัดทุนทรัพย์

⁷ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2545), น.211.

⁸ S.B. Bailey and M.J. Gunn, The Modern English Legal System, (London: Sweet & Maxwell, 1996), pp.73-77 and see Terence Ingman, The English Legal Process, 5th ed., (London: Blackstone Press Limited, 1994), pp.32-35 อ้างใน กมลชัย รัตนสกววงศ์และคณะ, "การนั่งพิจารณาคดีต่อเนื่องและครบองค์คณะ," (รายงานการวิจัย สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548), น.72-74.

3. คดีเกี่ยวกับ Equity เช่น คดีไถ่ถอนจำนอง การบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน คดีขอค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตร คดีขอเลิกจ้างหุ้นส่วนที่มีทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่เกิน 30,000 ปอนด์ เป็นต้น

4. คดีพาณิชย์นาวี เช่น คดีเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากเรือหรือการสูญหายหรือเสียหาย ซึ่งสินค้าที่บรรทุกบนเรือซึ่งมีทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่เกิน 5,000 ปอนด์ ยกเว้นคดีการช่วยเหลือเรืออับปางซึ่งมีทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่เกิน 15,000 ปอนด์

5. คดีมรดก มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีขอเพิกถอนพินัยกรรม หรือคดีขอจัดการมรดกที่มีมูลค่าน้อยกว่า 30,000 ปอนด์

6. คดีครอบครัว เช่น คดีหย่า คดีขอให้การสมรสตกเป็นโมฆะ และมีอำนาจในการกำหนดค่าอุปการะเลี้ยงดูไม่ว่าเป็นเงินก้อนหรือเป็นงวด

7. คดีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของ County Courts เช่น คดีเช่าซื้อคดีฟ้องร้องระหว่างเจ้าของที่ดินกับผู้เช่า คดีล้มละลาย และคดีสิทธิบัตร

8. คดีที่คู่ความตกลงกันให้ County Courts มีอำนาจพิจารณาพิพากษา

อย่างไรก็ดี คดีที่มีทุนทรัพย์เกินกว่าอำนาจพิจารณาพิพากษาของ County Courts ซึ่งจะอยู่ในอำนาจของศาลสูง Queen's Bench Division หากคู่ความทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าให้คดีได้รับการพิจารณาโดย County Courts แล้ว County Courts ก็มีอำนาจพิจารณาคดีดังกล่าวได้และนอกจาก County Courts จะมีอำนาจในการพิจารณาคดีในฐานศาลชั้นต้นแล้วยังมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของทางบริหารอีกด้วย

ในการฟ้องคดีต่อ County Courts นั้น โจทก์จะต้องยื่นฟ้องต่อ County Courts ที่จำเลยมีถิ่นที่อยู่ หรือที่จำเลยประกอบธุรกิจ หรือที่มูลคดีเกิดในเขตศาล และคดีเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์จะต้องยื่นฟ้องต่อ County Courts ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่

นอกจากนั้น County Courts ยังมีการดำเนินกระบวนการพิจารณามโนสาเร่หรือ Small Claims ดังนั้นจึงมักจะเรียกว่า Small Claims Court คดีมโนสาเร่หรือ Small Claims หมายถึง คดีที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 5,000 ปอนด์ และรวมถึงคดีการบาดเจ็บของบุคคลซึ่งมีทุนทรัพย์ที่เรียกร้องไม่เกิน 1,000 ปอนด์ และคดีซ่อมแซมบ้านซึ่งค่าซ่อมแซมหรือการทำงานอื่นมีมูลค่าไม่เกิน 1,000 ปอนด์หรือการ

เรียกค่าเสียหายใดๆ ซึ่งไม่เกิน 1,000 ปอนด์⁹ แต่ในคดีที่มีทุนทรัพย์เกินกว่า 5,000 ปอนด์ โจทก์อาจขอให้ดำเนินคดีอย่าง Small Claims ได้หากจำเลยยินยอมและศาลเห็นว่าคดีนั้นไม่มีข้อยุ่งยากเพียงพอที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่าง Small Claims ได้¹⁰

Magistrates' Courts เป็นศาลซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีอาญาแบบรวบรัดโดยไม่ต้องมีลูกขุนและไต่สวนมูลฟ้องในคดีอาญาที่อาจพิจารณาแบบรวบรัดหรือโดยใช้ลูกขุน นอกจากนั้น ยังมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งบางประเภท เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการเรียกเก็บภาษีท้องถิ่น หรือค่าธรรมเนียมต่างๆ เช่น ค่าน้ำ ค่าไฟ แก๊ส เป็นต้น¹¹ และมีอำนาจพิจารณาคดีครอบครัว เช่น คดีฟ้องขอให้มีการสั่งให้คู่สมรสแยกกันอยู่ คดีฟ้องขอให้รับรองบุตร คดีให้ความยินยอมแก่ผู้เยาว์ในการสมรส คดีตั้งผู้ปกครอง และคดีรับบุตรบุญธรรม เป็นต้น¹²

2. ระบบวิธีพิจารณาคดีแพ่งของศาลยุติธรรมอังกฤษ

เนื่องจากศาลในประเทศอังกฤษมีหลายประเภทและหลายระดับชั้น บางศาลมีอำนาจพิจารณาคดีในชั้นต้นและมีอำนาจพิจารณาคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าด้วย จึงจะกล่าวถึงเฉพาะการพิจารณาคดีของศาลสูง Queen's Bench Division ในกรณีที่เป็นการพิจารณาคดีในชั้นต้นซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นการพิจารณาคดีมาตรฐานซึ่งผู้พิพากษาจะมีบทบาทเชิงรับเป็นหลัก และการพิจารณาคดีของ County Courts ในกรณี Small Claims ที่ผู้พิพากษาจะมีบทบาทเชิงรุกเป็นหลัก ดังนี้

2.1 การพิจารณาคดีของศาลสูง Queen's Bench Division

ในกรณีที่เป็นการพิจารณาคดีในชั้นต้น โจทก์เริ่มคดีโดยต้องขอหมาย (Writ of Summons) ซึ่งเป็นเอกสารที่ระบุรายละเอียดและข้ออ้างของโจทก์เพื่อส่งไปยังจำเลย จำเลยต้องยื่นคำตอบรับว่าจะยอมตามที่โจทก์เรียกร้องหรือไม่ ภายใน 14 วันนับแต่ได้รับหมาย จากนั้นจะมีการส่งคำฟ้องให้แก่

⁹ ปกติคดีประเภทนี้เกี่ยวข้องกับพยานจำนวนมากหรือมีประเด็นข้อกฎหมายที่ยุ่งยากซับซ้อนจึงจำกัดเฉพาะคดีที่มีทุนทรัพย์เล็กน้อยจริงๆ

¹⁰ สมบัติ พงศ์พิงศภัค, "ปัญหาการดำเนินกระบวนการพิจารณามโนสารในประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศบนพื้นฐานของมาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง," *อุบลพาห*, เล่มที่ 1, ปีที่ 57, น. 56-57 (มกราคม-เมษายน 2553).

¹¹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์และคณะ, "การนั่งพิจารณาคดีต่อเนืองและครบองค์คณะ," (รายงานการวิจัยสำนักงานศาลยุติธรรม, 2548), น.70-72.

¹² สุนัย มโนมัยอุดม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 7*, น.213.

จำเลย โดยระบุข้อเท็จจริงอันเป็นข้ออ้างของโจทก์ และจำเลยต้องยื่นคำให้การ และฟ้องแย้ง(ถ้ามี) ภายในระยะเวลาที่กำหนดหลังจากยื่นคำให้การแล้วจะเป็นกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน (Interlocutory Stages) โดย The Master มีอำนาจสั่งให้คู่ความฝ่ายหนึ่งซึ่งได้สาบานตนแล้วตอบคำถามคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งการตอบคำถามนี้จะช่วยให้พยานหลักฐานสั้นลงได้ในชั้นสืบพยาน นอกจากนั้น The Master ยังอาจมีคำสั่งเรื่องการเปิดเผยพยานเอกสาร (Discovery of Documents) โดยคู่ความจะต้องยื่นบัญชีแสดงพยานเอกสารที่เกี่ยวข้องซึ่งอยู่ในความครอบครองของตน กระบวนพิจารณาก่อนสืบพยานจะเสร็จสิ้นเมื่อโจทก์ได้ขอออกหมายเพื่อกำหนดแนวทางในการสืบพยาน (Summons of Directions) แล้ว The Master มีอำนาจออกคำสั่งหลายประเภทในกระบวนการพิจารณาก่อนการสืบพยาน และจะกำหนดแนวทางในการสืบพยาน แนวทางในการสืบพยานนี้จะรวมถึงการกำหนดสถานที่และวิธีการสืบพยาน เช่น จะสืบพยานในลอนดอนหรือที่อื่น หรือจะสืบพยานต่อหน้าผู้พิพากษาหรือต่อหน้าผู้พิพากษาและลูกขุนด้วย ตลอดจนการกำหนดวันนัดสืบพยาน¹³

ในการสืบพยาน ทนายโจทก์จะอธิบายประเด็นข้อพิพาท คำฟ้อง และเค้าโครงของคดี โดยชี้ให้เห็นว่าคำฟ้องมีพยานหลักฐานสนับสนุนอย่างไร จากนั้นจะนำพยานเข้าสืบ กรณีพยานบุคคลจะต้องสาบานตนก่อน ส่วนพยานเอกสารปกติศาลจะไม่รับฟังหากผู้จัดทำเอกสารไม่ได้มาเบิกความโดยสาบานตนก่อน เว้นแต่จะเป็นการยากลำบากหรือเป็นไปได้ที่จะนำผู้จัดทำเอกสารมาเบิกความในการถามพยาน ทนายโจทก์จะซักถามพยานก่อนโดยทนายโจทก์จะใช้คำถามนำไม่ได้ หลังจากนั้นทนายจำเลยจะถามค้าน เพื่อทำลายน้ำหนักพยาน และทนายโจทก์อาจจะถามตั้งได้ ผู้พิพากษาจะนั่งเฉยเป็นอย่างมากในระหว่างการสืบพยาน แม้ว่าอาจจะถามในประเด็นที่คลุมเครือให้ชัดเจนได้ อย่างไรก็ตาม ในระหว่างการแถลงปิดคดี ผู้พิพากษาจะชี้ให้ทนายเห็นว่าสิ่งใดที่ผู้พิพากษาถือว่าเป็นจุดอ่อนในคดีจนกระทั่งทนายสามารถตอบคำถามผู้พิพากษาในเรื่องนั้นได้หลังจากการแถลงปิดคดีผู้พิพากษาจะพิจารณาพยานหลักฐานและมีคำพิพากษาโดยระบุเหตุผลในคำพิพากษา แต่หากผู้พิพากษาต้องใช้เวลาในการทำคำพิพากษาก็อาจนัดฟังคำพิพากษาในวันอื่นได้¹⁴

¹³ Philip S. James, *Introduction to English Law*, 12th ed., (London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1989), pp.64–65.

¹⁴ Kenneth Smith and Denis Keenan, *English Law*, 7th ed., (London: Pitman Books Limited, 1982), pp.67–68.

บทบาทของศาลอังกฤษในคดีแพ่งทั่วไปจึงใช้ระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับเป็นหลัก โดยผู้พิพากษาจะวางตัวนิ่งเฉยในระหว่างการพิจารณา ในขณะที่การพิจารณาจะดำเนินไปโดยคู่ความ และทนายความในลักษณะการต่อสู้แบบการกล่าวหาซึ่งปราศจากการแทรกแซงของศาล

2.2 การพิจารณาคดีของ County Courts ในกรณี Small Claims¹⁵

การดำเนินกระบวนการพิจารณามโนสารหรือ Small Claims มักปรากฏในกลุ่มประเทศ Common Law เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา คานาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และสิงคโปร์ เป็นต้น การดำเนินกระบวนการพิจารณา Small Claims ในประเทศอังกฤษเริ่มใช้เมื่อปี ค.ศ.1973 (พ.ศ.2516) ใน County Courts ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งตามปกติ และพิจารณาคดีแพ่ง โดยผู้พิพากษานายเดี่ยวและไม่มีลูกขุน แต่จะมีการจัดช่องทางของ Small Claims ไว้เป็นพิเศษที่เรียกว่า The Small Claims Track¹⁶ เมื่อโจทก์เห็นว่าคดีของตนควรดำเนินกระบวนการพิจารณาในช่องทางดังกล่าว จะต้องระบุความประสงค์ในแบบสอบถาม¹⁷ และไม่ว่าจำเลยจะเห็นด้วยหรือไม่ศาลก็มีดุลยพินิจในการพิจารณาว่าสมควรจะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้นในช่องทางพิเศษหรือไม่ และในแบบสอบถามจะถามว่าประสงค์จะใช้บริการการไกล่เกลี่ย (The Small Claims Mediation Service) โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย หรือไม่ด้วย¹⁸ แต่คดีจะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยได้ก็ต่อเมื่อเป็นความประสงค์ของคู่ความทุกฝ่ายการไกล่เกลี่ยส่วนใหญ่กระทำโดยทางโทรศัพท์โดยคู่ความไม่จำเป็นต้องมาศาล แต่จะขออนุญาตศาลมาทำการไกล่เกลี่ยที่ศาลก็ได้และหากไม่สะดวกจะพูดคุยต่อหน้าคู่ความฝ่ายอื่นผู้ไกล่เกลี่ยก็สามารถจัดการให้เป็นพิเศษได้ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา Small Claims ศาลจะตระหนักว่ากระบวนการพิจารณาจะต้องเรียบง่ายเพียงพอที่ประชาชนจะสามารถดำเนินคดีได้ด้วยตนเองหากไม่ต้องการความช่วยเหลือจากทนายความ ศาลจะไม่กำหนดวันนัดพิจารณาเสมอไป แต่สามารถกำหนดวันนัดพิจารณาหรือเสนอให้พิจารณาคดีนั้นโดยไม่ต้องทำการสืบพยานก็ได้ ศาลมักจะกำหนดวันนัดพิจารณาหากปรากฏว่าคดีนั้นจะต้องมีขั้นตอนพิเศษหรือไม่เป็นไปตามปกติซึ่งศาลต้องการจะอธิบายให้โจทก์และจำเลยฟังด้วยตนเองหรือศาลเห็นว่าทั้งโจทก์และจำเลยไม่มีแนวโน้มที่จะชนะคดีได้อย่างแน่แท้และต้องการจะสั่งจำหน่ายคดีเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย

¹⁵ สมบัติ พุทธิพิงคภัค, *ข้างแล้ว เจริญรอดที่ 10*, น.57-59.

¹⁶ Her Majesty's Court Service, The Small Claims Track EX307.

¹⁷ Form N149 Allocation Questionnaire (Small Claims Track).

¹⁸ แต่โจทก์จะต้องเสียค่าขึ้นศาลตามจำนวนทุนทรัพย์ในอัตราที่กำหนดโดยทุนทรัพย์ยิ่งมามากยิ่งต้องเสียค่าขึ้นศาลมาก ซึ่งจำนวนค่าขึ้นศาลต่ำสุด 30 ปอนด์ สูงสุด 108 ปอนด์.

ของทุกฝ่าย หรือถ้าคำฟ้องหรือคำให้การไม่ได้แสดงเหตุอันสมควรใดๆในการนำมาสู่ศาล ในกรณีที่ศาลประสงค์จะพิจารณาคดีนั้นโดยไม่ต้องทำการสืบพยาน ศาลจะส่งหนังสือแจ้งโจทก์และจำเลยว่าจะพิจารณาคดีนั้นโดยไม่ต้องทำการสืบพยาน¹⁹ แต่จะพิจารณาโดยใช้พยานเอกสารเท่านั้น และจะกำหนดระยะเวลาในการคัดค้านหากคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายคัดค้านศาลก็จะกำหนดวันนัดสืบพยานต่อไปแต่หากคู่ความไม่คัดค้านภายในระยะเวลาที่กำหนดจะถือว่าไม่คัดค้าน

ในวันสืบพยาน หากคู่ความไม่มีทนายความก็อาจนำบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาด้วย เพื่อเปิดความให้เรียกว่า Lay Representative บุคคลดังกล่าวอาจเป็นใครก็ได้ เช่น สามเณร รยา ญาติหรือเพื่อน และถ้าเป็นไปได้บุคคลดังกล่าวไม่ควรเป็นพยานด้วย บุคคลดังกล่าวไม่อาจมาในวันสืบพยาน โดยปราศจากคู่ความฝ่ายนั้นเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล กรณีที่บุคคลดังกล่าวประพฤติตัวไม่เหมาะสมศาลสามารถสั่งไล่ออกจากศาลได้ การสืบพยานโดยทั่วไปจะกระทำโดยเปิดเผย โดยปกติจะทำการสืบพยานในห้องพิพากษาแต่ก็อาจทำการสืบพยานในห้องพิจารณาคดีได้ อย่างไรก็ตาม ศาลอาจทำการสืบพยานโดยไม่เปิดเผยในกรณีโจทก์และจำเลยตกลงกันให้ทำการสืบพยานโดยไม่เปิดเผยกรณีการสืบพยานกระทำในสถานที่อื่น เช่น บ้านหรือที่ทำงานเพราะเหตุเกิด ณ สถานที่ดังกล่าวกรณีการสืบพยานโดยเปิดเผยจะทำลายวัตถุประสงค์ของการสืบพยาน กรณีการต้องปกป้องผลประโยชน์ของเด็กหรือบุคคลที่ได้รับการปกป้องกรณีการสืบพยานที่รวมถึงข้อมูลที่เป็นความลับ หรือกรณีที่ศาลเห็นว่ามี ความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในการสืบพยานโดยไม่เปิดเผย

ในการสืบพยานศาลสามารถใช้วิธีการใดก็ได้เพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปโดยยุติธรรม โดยทั่วไปการสืบพยานจะไม่ใช่เป็นการ จะไม่ใช่กฎเกณฑ์ในเรื่องพยานหลักฐาน โดยเคร่งครัด พยานไม่ต้องสาบานตน และศาลสามารถจำกัดเวลาและเรื่องหรือประเด็นในการถาม ด้านของคู่ความได้ อย่างไรก็ตาม คู่ความยังคงมีหน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างหรือต่อสู้ เช่นเดียวกับในคดีแพ่งสามัญ แต่คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีไม่ต้องใช้คำถ้อยคำธรรมเนียมนิยมและค่าใช้จ่ายแทน คู่ความฝ่ายที่ชนะคดี²⁰ เมื่อเสร็จการพิจารณา ศาลจะมีคำพิพากษาด้วยวาจาโดยระบุเหตุผลโดยย่อ หลังจากนั้นเจ้าหน้าที่ศาลจะส่งคำพิพากษาให้แก่คู่ความต่อไป คู่ความอาจอุทธรณ์คำพิพากษาได้

¹⁹ Form N159 Notice of Allocation to the Small Claims Track (no hearing).

²⁰ เป็นข้อดีประการหนึ่งของ Small Claims ในเรื่องค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม.

โดยขออนุญาตอุทธรณ์ต่อผู้พิพากษาที่พิจารณาพิพากษาคดี โดยต้องมีเหตุผลสมควรที่จะอุทธรณ์ด้วยไม่ใช่กล่าวอ้างเพียงว่าคำพิพากษาไม่ถูกต้อง

บทบาทของศาลอังกฤษในการดำเนินกระบวนการพิจารณามโนสาเร่หรือ Small Claims จึงต่างจากบทบาทในการดำเนินคดีแพ่งทั่วไป โดยจะใช้ระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรุกเป็นหลัก ผู้พิพากษาจะมีบทบาทเป็นอย่างมากในการควบคุมกระบวนการพิจารณาและในการบริหารจัดการคดี ส่วนคู่ความและทนายความจะมีบทบาทน้อยมาก และมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือกับศาลในการสร้างความเป็นธรรมในคดี

3. การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของอังกฤษ

ในช่วงเวลาที่ผ่านมา การปฏิรูปจำนวนมากในอังกฤษมีเป้าหมายเพื่อที่จะทำให้กระบวนการยุติธรรมทางแพ่งมีความประหยัด มีประสิทธิภาพ และสามารถเข้าถึงได้มากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น กระบวนการพิจารณาของ County Courts ที่มีความเปลี่ยนแปลงหลายอย่างอันเป็นผลมาจากรายงานของหน่วยงานทบทวนกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง (Report of the Civil Justice Review Body 1988) ซึ่งรวมถึงการยกเลิกการจำกัดจำนวนทุนทรัพย์คดีบางประเภท มีการนำวิธีการบริหารจัดการคดีมาใช้ มีการกำหนดแนวทางในการสืบพยานโดยอัตโนมัติ และการจำหน่ายคดีโดยอัตโนมัติเมื่อพ้นระยะเวลา 14 เดือน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี รายงานนี้ได้กระตุ้นให้เกิดการถกเถียงในชั้นพื้นฐานมากขึ้น และเป็นแนวทางนำไปสู่รายงานของ Lord Woolf (Lord Woolf's Report) โดยเป็นข้อเสนอการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของอังกฤษอย่างถอนรากถอนโคน ครอบคลุม และกว้างไกล จากนั้นได้มีการปฏิรูปการอุทธรณ์ในคดีแพ่งการปฏิรูปการช่วยเหลือทางกฎหมาย ตลอดจนการปฏิรูปค่าทนายความด้วย

3.1 รายงานของ Lord Woolf (Lord Woolf's Report)

ในปี ค.ศ.1994 Lord Chancellor ได้แต่งตั้งให้ Lord Woolf ผู้พิพากษาอาวุโสสูงสุดคนหนึ่งของอังกฤษดำเนินการทบทวนข้อบังคับ วิธีพิจารณา และรวบรวมหลักฐานและความเห็นจากผู้ประกอบวิชาชีพในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและนักวิพากษ์วิจารณ์ รวมทั้งกำหนดวิธีการซึ่งมีประสิทธิภาพในการตัดค่าใช้จ่าย ลดความซับซ้อนของข้อบังคับ และตัดความแตกต่างที่ไม่จำเป็นของแนวปฏิบัติและวิธีพิจารณาระหว่างศาลต่างๆ โดยมีการจัดพิมพ์รายงานชั้นกลาง (Lord Woolf's Interim Report) ใน

เดือนมิถุนายน ปี ค.ศ.1995 และรายงานขั้นสุดท้าย (Lord Woolf's Final Report) ในเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ.1996 ใช้ชื่อว่า การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice) โดยมีข้อเสนอมากกว่า 300 ข้อ²¹

Lord Woolf ได้เสนอปัญหาและสาเหตุของปัญหาโดยภาพรวมของกระบวนการยุติธรรม ทางแพ่ง ในรายงานว่า²² ปัญหาสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งในปัจจุบันคือ มีค่าใช้จ่ายมากมีความล่าช้า และมีความสลับซับซ้อน ซึ่งทั้ง 3 เรื่องนี้มีความเกี่ยวเนื่องซึ่งกันและกัน และเกิดจาก ธรรมชาติที่ควบคุมไม่ได้ของกระบวนการดำเนินคดี โดยเฉพาะการไม่มีความรับผิดชอบของศาลที่ชัดเจนในการบริหารจัดการคดีแต่ละคดีหรือในภาพรวมของการบริหารศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง ดังนี้

(1) ปัญหาค่าใช้จ่าย

การดำเนินคดีแพ่งในอังกฤษและเวลส์ก็เช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ ที่ใช้ระบบ Common Law ซึ่งเป็นระบบกล่าวหา ความรับผิดชอบหลักในการเริ่มต้นคดีและการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นของคู่ความในแต่ละคดี บทบาทของผู้พิพากษาเป็นการวินิจฉัยประเด็นต่างๆ ซึ่งคู่ความเลือกที่จะเสนอต่อศาลโดยปราศจากการควบคุมของศาลที่มีประสิทธิภาพ กระบวนการกล่าวหาอันเป็นการดำเนินคดีในลักษณะของสนามการต่อสู้ที่ไม่มีกฎกติกาใช้บังคับ ลักษณะดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดปัญหาทั้งในเรื่องความเป็นธรรม ความล่าช้า และค่าใช้จ่าย โดยความเป็นธรรมจะได้รับความสนใจในลำดับหลัง ความล่าช้าเกินสมควรได้เกิดขึ้นบ่อยครั้ง และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมักจะมีจำนวนมากเกินไป ไม่ได้สัดส่วน และไม่สามารถคาดหมายได้

ความจริงแล้วข้อบังคับของศาลในปัจจุบันที่มีความสลับซับซ้อนก็เอื้ออำนวยให้เกิดการใช้เล่ห์กลในกระบวนการกล่าวหาด้วย ตารางวัดนัดโดยทั่วไปไม่ได้รับความสนใจและเงื่อนไขอื่นๆ จะใช้ได้ต่อเมื่อจะเป็นประโยชน์แก่คู่ความฝ่ายหนึ่ง อำนาจของศาลเป็นเรื่องละเอียดอ่อนมาก และเป็นเล่ห์กลที่ได้ผลของผู้ดำเนินคดีบางส่วน การเปิดเผยพยานเอกสารอย่างน้อยในคดีใหญ่ๆ นั้น ควบคุมไม่ได้เลย หลักการที่ว่าต้องเปิดเผยเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนั้นได้ถูกลดคุณค่าลง เนื่องจากการเปิดเผยพยานเอกสารได้ถูกใช้โดยปราศจากการพิจารณาที่เพียงพอในการใช้ประโยชน์จากข้อมูลโดยประหยัดและมีประสิทธิภาพ การใช้ระบบพยานผู้เชี่ยวชาญก็มีความยุ่งยากโดยแทนที่จะช่วยศาลใน

²¹ Paul Michalik, *Justice in Crisis: England and Wales*. In *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, p.152, edited by Adrian A.S. Zuckerman. New York: Oxford University Press, 1999.

²² Lord Harry Woolf, "Civil Justice in the United Kingdom," *The American Journal of Comparative Law* 4, 45, pp.709-720, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context (Autumn 1997).

การแก้ไขปัญหาทางเทคนิคต่างๆ กลับก่อให้เกิดความล่าช้าขึ้น เช่น การที่คู่ความยืนยันว่าต้องการพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นสมาชิกขององค์การวิชาชีพที่เป็นผู้มีชื่อเสียงซึ่งเป็นความต้องการที่มากจนเกินสมควร เพราะจะต้องใช้เวลาและความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานที่พยานผู้เชี่ยวชาญของคู่ความฝ่ายหนึ่งเสนออาจถูกบันทึกทอนลงอย่างไม่สมควรโดยพยานผู้เชี่ยวชาญของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้

ปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีเป็นหนึ่งในปัญหาขั้นพื้นฐานของกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยค่าใช้จ่ายที่มากเกินไปจะสกัดกั้นประชาชนจากการฟ้องและต่อสู้คดีซึ่งเป็นการปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายที่ไม่เหมาะสมนี้ได้เกิดขึ้นตลอดทั้งระบบ ในคดีที่มีจำนวนทุนทรัพย์ไม่มากนักค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีบ่อยครั้งจะเท่ากับหรือเกินกว่าจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทเสียอีกจึงทำให้ประชาชนทั่วไปไม่อาจฟ้องหรือต่อสู้คดีได้ เว้นแต่จะมีความช่วยเหลือทางกฎหมาย มีการประกันภัย หรือมีความเชื่อมั่นว่าจะสามารถชนะคดีได้ และจะได้รับชำระค่าใช้จ่ายคืน

ในปัจจุบันกระบวนการพิจารณาคดีไม่มีความแน่นอนว่าจะมีเงื่อนไขอย่างไร มีค่าใช้จ่ายจำนวนเท่าใด และใช้ระยะเวลาเท่าใด โดยเกิดจากปัจจัยหลายประการ ได้แก่

(1) ข้อบังคับของศาลซึ่งโดยปกติจะกำหนดค่าใช้จ่ายตามกระบวนการพิจารณาคดีที่กำหนดไว้ในแต่ละขั้นตอน และเป็นข้อบังคับที่ไม่อาจคาดหมายได้ว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีนั้นจะเกิดผลอย่างไร

(2) วิธีพิจารณาคดีที่การบริหารจัดการคดีโดยพื้นฐานแล้วเป็นเรื่องคู่ความ และคู่ความแต่ละฝ่ายสามารถมีอิทธิพลได้ไม่เพียงแต่ในเรื่องค่าใช้จ่ายของตนเท่านั้น แต่ยังมีอิทธิพลในเรื่องค่าใช้จ่ายของฝ่ายตรงข้ามด้วย

(3) เงื่อนไขของระบบกล่าวหาที่ทุกส่วนของคดีจะต้องได้รับการพิจารณาโดยสมบูรณ์เป็นการส่งเสริมให้มั่งงานมากจนเกินไป

(4) ระบบการคิดค่าทนายความที่คิดเป็นรายวันหรือรายชั่วโมง ดังนั้นจึงใช้ระยะเวลานานเท่าใดก็ยิ่งต้องจ่ายค่าทนายความมากขึ้นเท่านั้น

(5) ความไม่ต่อเนื่องของการดำเนินคดีเป็นผลให้มั่งงานที่จำเป็นจะต้องทำเพิ่มขึ้นเพื่อรื้อฟื้นความจำ

ปัญหาเรื่องค่าทนายความนั้น ในทางปฏิบัติคู่ความมักจะตกลงกับทนายความว่าจะไม่จำกัดค่าทนายความ และไม่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการคิดค่าทนายความไว้ด้วย เพราะเห็นว่าสามารถผลัดภาระเรื่องค่าทนายความไปยังคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้เมื่อตนเป็นฝ่ายชนะคดี ส่วนทนายความเอง

ก็ไม่สามารถแจกแจงรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการคิดค่าทนายความได้ เมื่อศาลมีคำสั่งให้แจกแจงเรื่องค่าทนายความ ปัจจุบันไม่มีระบบควบคุมเรื่องค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีอย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่ได้ควบคุมการดำเนินคดีอย่างมีประสิทธิภาพ ค่าใช้จ่าย การดำเนินคดีในอังกฤษและเวลส์จึงมีจำนวนสูงกว่าในหลายประเทศ ภาคอุตสาหกรรมและสถาบันการเงินระหว่างประเทศต่างก็มีความวิตกกังวลเป็นอย่างมาก เพราะค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่มีจำนวนสูงมากจะทำให้ค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจมีจำนวนสูงตามไปด้วย

(2) ปัญหาความล่าช้า

ความล่าช้ามีผลเสียทั้งต่อปัจเจกชนและธุรกิจ ในคดีที่บุคคลถูกกระทำละเมิดโดยได้รับบาดเจ็บนั้น ความล่าช้าสามารถขยายความบาดเจ็บออกไปได้ และความล่าช้าสามารถนำไปสู่ความล้มละลายของธุรกิจได้ โดยความล่าช้าทำให้การพิสูจน์ข้อเท็จจริงมีความยากลำบากเนื่องจากความจำของพยานจะเลือนรางไปหรือไม่สามารถตามหาพยานได้ ความล่าช้านั้นจะมีประโยชน์ต่อทนายความมากกว่าตัวความ เช่น ทนายความทั้งสองฝ่ายอาจพร้อมใจกันขอเลื่อนคดีโดยไม่ได้มีเหตุที่จะการขอเลื่อนคดีตามที่ทั้งสองฝ่ายกล่าวอ้าง แต่เป็นการเลื่อนคดีเพื่อประโยชน์ของทนายความทั้งสองฝ่ายเองอย่างไรก็ดี กรณีดังกล่าวหากศาลควบคุมการขอเลื่อนคดีโดยสั่งให้ทนายความนำตัวความมาศาลด้วย ปริมาณคดีที่มีการขอเลื่อนคดีจะลดลงเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ งานวิจัยส่วนใหญ่ได้สนับสนุนสมมติฐานที่ว่า การลดความล่าช้าในการพิจารณาคดีจะเป็นการลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีด้วย

ในปี ค.ศ.1994 คดีของศาลสูงในลอนดอนโดยเฉลี่ยใช้เวลา 163 สัปดาห์ ในที่อื่นใช้เวลา 189 สัปดาห์จากการยื่นฟ้องจนถึงการสืบพยาน ส่วนคดีของ County Courts ทั้งหมดโดยเฉลี่ยใช้เวลา 80 สัปดาห์จากการยื่นฟ้องจนถึงการสืบพยาน คดีส่วนใหญ่ที่ล่าช้าเกิดจากความล้มเหลวของการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างมีประสิทธิภาพ โดยเสียเวลาไปกับเรื่องนอกประเด็นหรือการโต้เถียง เล็กน้อยเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความเพื่อลดการคัดค้านของคู่ความ กระบวนการเปิดเผยพยานเอกสารที่มากเกินไป และการใช้พยานผู้เชี่ยวชาญมากเกินไปของคู่ความทั้งสองฝ่ายก็เป็นเหตุให้เกิดความล่าช้าขึ้นได้

การประนีประนอมยอมความก็มักจะเกิดในชั้นตอนที่ล่าช้าเกินไปในกระบวนการพิจารณา ในปี ค.ศ.1993 คดีที่มีการประนีประนอมยอมความส่วนใหญ่ของศาลสูงเพียงร้อยละ 13 ได้เกิดขึ้นภายหลังการสืบพยาน และร้อยละ 9 เกิดขึ้นระหว่างการสืบพยาน กรณี County Courts มีสัดส่วนที่มากกว่ามากโดยร้อยละ 57 เกิดขึ้นภายหลังการสืบพยาน และร้อยละ 12 เกิดขึ้นระหว่างการสืบพยาน การประนีประนอมยอมความในชั้นตอนที่ช้าเกินไปในกระบวนการพิจารณาทำให้ค่าใช้จ่ายของ

คู่ความเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมากด้วย การประนีประนอมยอมความในชั้นตอนแรกๆ จึงเป็นประโยชน์ต่อ ทั้งคู่ความและศาล และจะช่วยหลีกเลี่ยงสถานการณ์ที่คู่ความฝ่ายหนึ่งสร้างความกดดันให้แก่อีกฝ่าย ในเรื่องภาระค่าใช้จ่าย แต่ความล่าช้านี้ก็เกิดขึ้นทั่วทั้งระบบกระบวนการพิจารณาของอังกฤษ

การไต่สวนคำสั่งระหว่างพิจารณามีการใช้กันมากจนเกินไป เป็นผลให้เกิดความล่าช้าในการจะ กำหนดวันนัดสืบพยาน เนื่องจากระบบไม่สามารถควบคุมระดับการใช้การไต่สวนคำสั่งระหว่าง พิจารณาได้ คู่ความจึงได้ใช้เป็นเล่ห์กลในการถ่วงคดี

ในปัจจุบันไม่มีความแน่นอนว่าการสืบพยานจะใช้เวลานานเท่าใด แม้ว่าคู่ความจะได้ ประมาณระยะเวลาไว้และอาจได้รับการยืนยันจากศาลแต่ก็อาจไม่เป็นไปตามระยะเวลานั้น ทำให้ ต้องมีการเลื่อนคดีและเกิดความล่าช้าขึ้น ความล่าช้านี้บั่นทอนแผนการจัดการคดีของผู้พิพากษา ทัศนคติ และผู้เชี่ยวชาญ และมีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมขึ้นในการดำเนินคดี ความล่าช้านี้เกิดจากการที่ ศาลมักจะไม่วางแผนการสืบพยานหรือไม่พยายามที่จะมุ่งความสนใจไปที่ประเด็นสำคัญหรือ พยานหลักฐานสำคัญ ทัศนคติมักจะยืนยันว่าคู่ความต้องการให้ทัศนคติเก็บรายละเอียดทุก ประเด็นในคดี ส่วนผู้พิพากษาก็ไม่ได้เข้าแทรกแซงเพื่อตัดความล่าช้าหรือให้ความสนใจในการ นำเสนอคดีเพื่อไม่ให้คู่ความใช้เป็นเหตุในการอุทธรณ์ฎีกา ระยะเวลาในการสืบพยานที่มากจนเกินไป และไม่สามารถคาดหมายได้นี้ทำให้เสียเวลาทั้งของผู้พิพากษา คู่ความ และทัศนคติ

(3) ปัญหาความสลับซับซ้อน

ความสลับซับซ้อนของกระบวนการวิธีพิจารณาคดี ได้สกัดกั้นการได้รับการพิจารณาโดยศาลและ สร้างภาระที่ไม่จำเป็นแก่คู่ความ ความสลับซับซ้อนจะเกี่ยวข้องกับเรื่องต่างๆ ได้แก่

1. สถานะของข้อบังคับของศาล
2. วิธีพิจารณาและเขตอำนาจศาลที่แยกจากกันของศาลสูง และ County Courts
3. วิธีพิจารณาที่ความแตกต่างของ Queen's Bench Division และ Chancery Division โดยทั้ง 2 แผนกต่างมีแผนกแยกย่อยซึ่งมีแนวปฏิบัติแตกต่างกันด้วย
4. ความหลากหลายของวิธีการเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาคดี
5. เงื่อนไขที่แตกต่างกันในกรณีที่กระบวนการพิจารณาจะเริ่มต้นได้โดยกระบวนการ ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจะเริ่มต้นในเขตอำนาจศาลทั่วไปของ Queen's Bench Division ไม่ได้
6. แนวทางในการดำเนินคดีที่มีหลากหลายรูปแบบมากโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ ผู้ดำเนินคดีทราบว่าจะต้องทำอะไรเกี่ยวกับศาลและเขตอำนาจศาล

7. การนำกฎหมายสารบัญญัติมาปรับใช้ของศาลมักจะคลุมเครือและไม่แน่นอน

โครงการความช่วยเหลือทางกฎหมายในอังกฤษถือว่าดีกว่าประเทศอื่นๆ แต่ก็มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูงขึ้น ทำให้ประชาชนจำนวนน้อยได้รับความช่วยเหลือ ประกอบกับความช่วยเหลือและการให้คำแนะนำจากหน่วยงานต่างๆ มีอยู่จำกัด เช่น ศูนย์กฎหมาย สำนักงานให้คำแนะนำกฎหมายแก่ประชาชน และองค์กรความช่วยเหลืออื่นๆ นอกจากนั้น จากประวัติศาสตร์และเหตุผลในทางปฏิบัติบางส่วนแสดงให้เห็นว่ากระบวนการยุติธรรมทางแพ่งได้รับความสนใจน้อยกว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่ก็มีผู้ที่กล่าวว่าแม้ระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งจะได้รับความสำคัญน้อยกว่าแต่ก็เป็นศูนย์กลาง ในการจัดระบบกฎหมายของรัฐเช่นเดียวกัน โดยเป็นการสร้างแผนงานกิจกรรมทางธุรกิจและเศรษฐกิจ ทุกชนิดและทำให้สิทธิตามกฎหมายบรรลุผลได้ แต่ก็ไม่ได้ปฏิเสธว่าระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของอังกฤษและเวลส์มีความสลับซับซ้อนเกินไป ล่าช้าเกินไป และแพงเกินไป²³

Lord Woolf ได้มีข้อเสนอแนะในการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งว่า²⁴ หลักการจำนวนมากที่ระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งควรมีเพื่อเป็นประกันการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมระบบนั้นควรจะเป็นดังนี้

1. ยุติธรรมในผลของการอำนวยความสะดวกยุติธรรม
2. เป็นธรรมในวิธีการที่ปฏิบัติต่อผู้ดำเนินคดี
3. เสนอวิธีพิจารณาที่เหมาะสมด้วยค่าใช้จ่ายที่สมควร
4. ดำเนินการกับคดีด้วยความรวดเร็วพอสมควร
5. เป็นที่เข้าใจได้แก่ผู้ใช้
6. ตอบสนองต่อความต้องการของผู้ใช้
7. ให้ความแน่นอนมากเท่ากับธรรมชาติของคดีนั้นๆ
8. มีประสิทธิภาพโดยมีทรัพยากรและการจัดระบบที่เพียงพอ

ความไม่สมบูรณ์ของระบบปัจจุบัน คือ แพงเกินไปโดยค่าใช้จ่ายมักจะเกินจำนวนทุนทรัพย์ล่าช้าเกินไปตั้งแต่การฟ้องจนถึงสิ้นสุด ไม่เท่าเทียมกันเกินไปเพราะขาดความเท่าเทียมระหว่างผู้ดำเนินคดีที่มีอำนาจและร่ำรวยกับผู้ดำเนินคดีที่ขาดแคลนทุนทรัพย์ และไม่แน่นอนเกินไปโดยมีความ

²³ David Marshall Evans, "Access to Justice," *The Liverpool Law Review* 19(1) (1997):37.

²⁴ Lord Harry Woolf, *supra* note 22, pp.720-736.

ยากลำบากในการคาดหมายล่วงหน้าว่าการดำเนินคดีจะมีค่าใช้จ่ายเท่าใดและยาวนานเพียงใด ซึ่งนำไปสู่ความกลัวในความไม่รู้ ตลอดจนเป็นระบบที่ไม่สามารถเข้าใจได้โดยผู้ดำเนินคดีจำนวนมาก นอกจากนั้น ยังเป็นระบบที่เปลืองเงินไปในวิธีการซึ่งได้จัดวางไว้เพราะไม่มีผู้รับผิดชอบในการบริหารกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งโดยภาพรวมอย่างชัดเจน และเป็นกรกล่าวหามากเกินไปเนื่องจากคดีจะดำเนินไปโดยคู่ความไม่ใช่โดยศาล รวมทั้งข้อบังคับของศาลบ่อยครั้งเกินไปที่ถูกละเลยจากคู่ความและไม่ได้รับการบังคับโดยศาล

ในการปฏิรูบนั้นจะอยู่บนพื้นฐานของระบบที่ศาลจะต้องมีความรับผิดชอบในการบริหารจัดการคดีด้วยความช่วยเหลือของผู้ดำเนินคดี โดย Lord Woolf เสนอแนะว่า ศาลควรมีความรับผิดชอบต่อชั้นสุดท้ายเพื่อกำหนดว่าวิธีพิจารณาคดีใดเหมาะสมในแต่ละคดี กำหนดตารางวันนัดที่เป็นจริงได้ และทำให้แน่ใจว่าจะมีการปฏิบัติตามวิธีพิจารณาคดีและตารางวันนัดนั้น โดยในการดำเนินคดีจะแบ่งออกเป็น 3 ช่องทาง คือ

(1) เพิ่มทุนทรัพย์ในคดีมโนสาเร่หรือ Small Claims เป็นไม่เกิน 3,000 ปอนด์ (ภายหลังรัฐสภาได้เพิ่มทุนทรัพย์เป็นไม่เกิน 5,000 ปอนด์²⁵)

(2) New Fast Track สำหรับคดีที่มีทุนทรัพย์ตั้งแต่ 3,000 ปอนด์ขึ้นไปถึง 10,000 ปอนด์ (ภายหลังรัฐสภาได้เพิ่มทุนทรัพย์เป็นไม่เกิน 15,000 ปอนด์²⁶)

(3) New Multi-Track สำหรับคดีที่มีทุนทรัพย์เกิน 15,000 ปอนด์

หากมีการนำข้อเสนอแนะดังกล่าวนี้ไปปฏิบัติแล้ว ภาพลักษณ์ของการดำเนินคดีแพ่งจะแตกต่างไปจากที่เป็นอยู่ปัจจุบัน โดยข้อเสนอแนะจะได้รับการบัญญัติไว้ในข้อบังคับที่ 1 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมใหม่ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้แก่ศาลและคู่ความเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของข้อบังคับในการจัดการคดีอย่างยุติธรรม ข้อบังคับจะให้คำนิยามของการจัดการคดีอย่างยุติธรรม และประกอบด้วยหลักการของความเท่าเทียมกัน ความประหยัด ความได้สัดส่วน และความรวดเร็ว ซึ่งเป็นพื้นฐานสำหรับระบบยุติธรรมร่วมสมัยที่มีประสิทธิภาพ และจะเป็นผลให้ระบบมีความเป็นธรรมอย่างมากในผลที่ได้และวิธีการที่จะนำไปสู่ผลนั้น

ภาพลักษณ์ใหม่ของการดำเนินคดีแพ่งจะมีลักษณะดังต่อไปนี้คือ หลีกเลี่ยงการดำเนินคดีเมื่อเป็นไปได้ การดำเนินคดีจะสลับซับซ้อนน้อยลง ตารางเวลาในการดำเนินคดีจะสั้นลงและแน่นอนมาก

²⁵ Paul Michalik, *supra* note 21, p.155.

²⁶ *Ibid.*

ขึ้น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีจะสามารถรับได้มากขึ้น คาดหมายได้มากขึ้น และมีสัดส่วนที่เหมาะสมมากขึ้นต่อจำนวนทุนทรัพย์และความสลับซับซ้อนของแต่ละคดี และคู่ความซึ่งมีข้อจำกัดด้านการเงินจะสามารถดำเนินคดีได้อย่างเท่าเทียมมากยิ่งขึ้น

ต่อมา ข้อเสนอของ Lord Woolf ได้รับการบัญญัติไว้ในร่างข้อบังคับที่ 1 แห่งข้อบังคับวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Procedural Rules/CPR) ฉบับใหม่ที่กำหนดว่า วัตถุประสงค์ของข้อบังคับคือ การทำให้ศาลสามารถจัดการกับคดีได้อย่างยุติธรรม ซึ่งคำว่ายุติธรรมในบริบทนี้รวมถึงการทำให้แน่ใจว่าคู่ความจะดำเนินกระบวนการพิจารณาได้อย่างเท่าเทียมกัน ประหยัดค่าใช้จ่ายและวิธีพิจารณาได้ถูกใช้อย่างเหมาะสมกับความสำคัญ จำนวนทุนทรัพย์ และความสลับซับซ้อนของคดี รวมทั้งสถานะทางการเงินของคู่ความ จะต้องหลีกเลี่ยงความล่าช้า และแต่ละคดีจะต้องใช้ทรัพยากรของศาลอย่างเหมาะสมโดยต้องตระหนักถึงความต้องการทรัพยากรในคดีอื่นๆ ด้วย²⁷

3.2 การปฏิรูปการอุทธรณ์ในคดีแพ่ง²⁸

ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของโครงการทบทวนกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งซึ่งรวมถึงข้อเสนอการปฏิรูปของ Lord Woolf สำนักงานของ Lord Chancellor ได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งโดยมี Sir Jeffrey Bowman เป็นประธาน เพื่อทบทวนแผนกคดีแพ่งของศาลอุทธรณ์ คณะกรรมการชุด Sir Jeffrey Bowman ได้ออกรายงานในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ.1997 โดยเสนอแนะให้เปลี่ยนแปลงการอุทธรณ์ในคดีแพ่งอย่างเป็นระบบ การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ให้เป็นการทำงานที่เชื่อมต่อการเปลี่ยนแปลงในศาลชั้นต้นซึ่งได้รับการเสนอแนะโดย Lord Woolf ข้อเสนอแนะของคณะกรรมการมีรายละเอียดที่พร้อมจะนำไปสู่การปฏิบัติได้ รวมทั้งมีการกำหนดให้นำระบบการอนุญาตให้อุทธรณ์ไปใช้ในทุกคดี เว้นแต่คดีที่มีผลโดยตรงต่อเสรีภาพส่วนบุคคล หรือคดีที่เกี่ยวข้องกับการลักพาตัวเด็ก ส่วนการอุทธรณ์โดยทั่วไปนั้นจะกระทำได้เพียง 1 ชั้นเป็นอย่างมาก ไม่ควรให้มีการอุทธรณ์ในระหว่างการพิจารณาหรือการอุทธรณ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณา และเมื่อได้รับการอนุญาตแล้ว ควรจะดำเนินคดี ด้วยความรวดเร็ว ศาลอุทธรณ์จะใช้โครงการบริหารจัดการคดีโดยมีการจำกัดระยะเวลาอย่างเคร่งครัดเพื่อบริหารคดีที่ค้างค้าง การปฏิรูปที่เสนอนี้จะนำไปบัญญัติรวมไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice Bill 1998) โดยได้เสนอสภาขุน

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, p.158.

นางเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ.1998 กฎหมายฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติที่สำคัญเพื่อการปฏิรูปความช่วยเหลือทางกฎหมายและค่าทนายความด้วย

3.3 การปฏิรูปความช่วยเหลือทางกฎหมาย²⁹

ข้อเสนอในรายงานที่จัดทำโดย Sir Peter Middleton เป็นการปฏิรูปที่ยกเครื่องระบบความช่วยเหลือทางกฎหมาย โดย Access to Justice Bill 1998 ได้จัดตั้งคณะกรรมการบริการทางกฎหมาย (Legal Services Commission) ชุดใหม่ซึ่งรับผิดชอบการให้บริการที่แตกต่างกัน 2 แบบแทนระบบความช่วยเหลือทางกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งที่มีอยู่เดิม ได้แก่ งานบริการต่อสู้คดีอาญา (Criminal Defense Service) มีหน้าที่ให้คำปรึกษาและช่วยเหลือแก่ผู้ถูกสอบสวน โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือผู้ถูกดำเนินคดีอาญาในศาล และงานบริการกฎหมายชุมชน (Community Legal Service) มีความรับผิดชอบในการให้บริการทางกฎหมายแพ่งและครอบครัวแก่ผู้ยากจน คณะกรรมการดังกล่าวจะจัดทำหลักเกณฑ์เรื่องความช่วยเหลือทางกฎหมายโดยการทำสัญญาว่าจ้างทนายความที่ทำงานด้านความช่วยเหลือทางกฎหมาย และการรับทนายความเป็นลูกจ้าง โดยคาดว่าจะทำให้คณะกรรมการสามารถควบคุมงบประมาณความช่วยเหลือทางกฎหมาย และสามารถกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นเพื่อลดค่าใช้จ่ายโดยรวมได้ เช่น การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายในกระบวนการพิจารณาคดีที่ละเอียดอ่อน ทนายความจะคิดค่าทนายความแบบตายตัวเป็นรายคดีแทนการจ่ายเป็นรายชั่วโมง

3.4 การปฏิรูปค่าทนายความ³⁰

มีการใช้โครงสร้างค่าทนายความแบบอื่นๆ ที่ทำให้ประชาชนมีความสามารถจ่ายได้มากขึ้นโดยเฉพาะการใช้ข้อตกลงค่าทนายความแบบมีเงื่อนไข (Conditional Fees) กล่าวคือ หากไม่ชนะคดีก็ไม่ต้องจ่ายค่าทนายความ โดยใช้ในคดีการบาดเจ็บส่วนบุคคล คดีสิทธิมนุษยชนในศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป และคดีล้มละลาย ในทางปฏิบัติข้อตกลงนี้มีความสำคัญมากเฉพาะในคดีการบาดเจ็บส่วนบุคคลเท่านั้น Access to Justice Bill 1998 ได้พยายามขยายการใช้ข้อตกลงนี้ และทำให้ข้อตกลงดึงดูดใจมากขึ้น ภายใต้ข้อตกลงนี้หากชนะคดีทนายความจะเรียกเก็บค่าทนายความได้ 2 ส่วน คือ ค่าทนายความที่คิดตามปกติเป็นรายชั่วโมง บวกด้วยค่าทนายความที่คิดเป็นอัตราส่วน

²⁹ *Ibid*, pp.158-159.

³⁰ *Ibid*, pp.159-161.

ร้อยละของค่าทนายความที่คิดตามปกติเป็นรายชั่วโมงซึ่งคิดได้ถึงอัตราสูงสุดร้อยละ 100 โดยทนายความและลูกความจะตกลงกันล่วงหน้าว่าจะคิดค่าทนายความในอัตราร้อยละเท่าใด คดีส่วนใหญ่ปกติจะคิดค่าทนายความในอัตราร้อยละ 50 หรือน้อยกว่า และโดยทั่วไปจะมีการจำกัดค่าทนายความ เช่น จะคิดไม่เกินอัตราร้อยละ 25 ของค่าเสียหายตามคำพิพากษา ดังนั้นทนายความจะได้รับเงินประมาณ 2 ใน 3 ของค่าทนายความที่คิดตามปกติเป็นรายชั่วโมงจากคู่ความฝ่ายที่แพ้คดี และ 1 ใน 3 ของค่าทนายความที่คิดตามปกติเป็นรายชั่วโมง บวกด้วยค่าทนายความที่คิดเป็นอัตราส่วนร้อยละจากลูกความ ซึ่งหมายความว่าทนายความจะได้รับค่าทนายความทั้งหมดสูงถึงร้อยละ 133 ของค่าทนายความที่คิดตามปกติเป็นรายชั่วโมง ข้อตกลงค่าทนายความแบบมีเงื่อนไขนี้เหมาะสมกับโจทก์ที่ยากจนเนื่องจากหากแพ้คดีก็ไม่มีภาระค่าใช้จ่ายเรื่องค่าทนายความของตนเอง ส่วนค่าใช้จ่ายและค่าทนายความที่ต้องชำระแก่อีกฝ่ายหนึ่งสามารถใช้การประกันภัยเพื่อครอบคลุมค่าใช้จ่ายดังกล่าวได้ Access to Justice Bill 1998 ได้แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อตกลงค่าทนายความแบบมีเงื่อนไขโดยทำให้ข้อตกลงเหมาะสมกับการต่อสู้คดีมากขึ้น โดยค่าทนายความที่คิดเป็นอัตราส่วนร้อยละของค่าทนายความที่ปกติคิดเป็นรายชั่วโมงนั้น คู่ความฝ่ายที่แพ้คดีจะต้องเป็นผู้ชำระทั้งหมดโดยการจ่ายเบี้ยประกันให้เพื่อให้จำเลยที่ชนะคดีสามารถผลักดันภาระค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดีภายใต้ข้อตกลงค่าทนายความแบบมีเงื่อนไขของตนไปให้โจทก์ที่แพ้คดีได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่โจทก์เป็นคนยากจน ซึ่งไม่สามารถรับภาระดังกล่าวได้ จำเลยก็ยังคงต้องเผชิญกับภาระค่าใช้จ่ายที่สูงมากเช่นเดิมจึงเป็นที่คาดหมายว่าธุรกิจการประกันภัยค่าใช้จ่ายทางกฎหมายในอังกฤษจะตอบสนองต่อความต้องการ ของตลาดโดยที่กรมธรรม์จะครอบคลุมความไม่แน่นอนเช่นนี้ได้

ความเปลี่ยนแปลงในกฎหมายวิธีพิจารณาความสมัยใหม่ของอังกฤษที่เกี่ยวกับบทบาทของศาลเมื่อได้ทำการปฏิรูปร่างแล้ว สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้³¹

กลุ่มแรก กฎหมายวิธีพิจารณาความที่กำหนดให้ศาลมีข้อมูลพร้อม (Informed Judge) ข้อบังคับวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Procedure Rules/CPR) กำหนดให้ศาลมีข้อมูลอย่างเพียงพอตั้งแต่เริ่มคดี และกำหนดวิธีพิจารณาคดีที่เหมาะสมเพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าว ดังที่ Lord Woolf ได้เสนอแนะว่า ควรจัดสรรเวลาให้แก่ผู้พิพากษาเพื่อที่จะสามารถอ่านเอกสารล่วงหน้าได้ จากเดิมที่

³¹ JA Jolowicz, "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure," *International and Comparative Law Quarterly* 52, pp.286-288 (April 2003).

ผู้พิพากษาจะไม่ใส่ใจในคดีที่จะต้องสืบพยานจนกระทั่งเริ่มต้นสืบพยาน กฎหมายวิธีพิจารณาความ จึงประสงค์ให้ผู้พิพากษาต้องทราบทุกแง่มุมของคดีล่วงหน้า

กลุ่มที่สอง หลักการที่ปรากฏในข้อบังคับวิธีพิจารณาความแพ่งฉบับใหม่ คือ อำนาจของผู้พิพากษาที่เพิ่มขึ้นมาก โดยมีข้อบังคับที่หลากหลายเพื่อเพิ่มอำนาจของผู้พิพากษาให้มากขึ้นในการควบคุมคดีและค่าใช้จ่ายของคู่ความ ภายใต้บังคับของข้อบังคับวิธีพิจารณาความแพ่ง ผู้พิพากษาจะสามารถยกฟ้องได้ไม่เพียงเฉพาะกรณีมีคำร้องเท่านั้น แต่ยังสามารถยกฟ้องได้เองหากพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่มีแนวโน้มที่จะชนะคดีได้อย่างแท้จริง ผู้พิพากษายังมีอำนาจในการควบคุมพยานหลักฐาน โดยการให้แนวทางในประเด็นที่จะต้องมีการนำพยานหลักฐานมาสืบ ซึ่งเป็นการขัดแย้งอย่างชัดเจนกับหลักเสรีภาพของคู่ความในการที่จะเสนอคดีตามความประสงค์ของตนอันเป็นลักษณะที่มีอยู่ในระบบกล่าวหาแบบดั้งเดิม

กลุ่มที่สาม มีเครื่องมือเครื่องมือที่เพิ่มขึ้นและแข็งแกร่งขึ้นในการโน้มน้าวให้คู่ความระงับข้อพิพาทนอกศาล ระบบการชำระเงินในศาลแบบเดิมจะได้รับการแก้ไขเพื่อให้โจทก์และจำเลยสามารถทำข้อเสนอในการประนีประนอมยอมความกันโดยมีการแบ่งสรรเรื่องค่าใช้จ่ายได้ สนับสนุนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยศาลอาจมีคำสั่งให้งดการพิจารณาคดีไว้เพื่อให้คู่ความสามารถใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกได้ วัตถุประสงค์หลักของข้อกำหนดในขั้นตอนก่อนการดำเนินคดีและการบริหารจัดการคดีโดยทั่วไป คือ การช่วยเหลือและสนับสนุนให้มีการประนีประนอมยอมความกันในขั้นตอนที่เร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังที่ Lord Woolf ได้กล่าวไว้ว่า ข้อพิพาทควรระงับไปเท่าที่จะเป็นไปได้โดยไม่ต้องดำเนินคดี

บทบาทของผู้พิพากษาในคดีแพ่งทั่วไปของศาลอังกฤษเมื่อได้ดำเนินการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งแล้ว แม้จะยังคงใช้ระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับเป็นหลักอยู่ก็ตามแต่ก็ได้เพิ่มบทบาทของศาลในการควบคุมกระบวนการพิจารณาและการบริหารจัดการคดีมากยิ่งขึ้นโดยไม่ปล่อยให้คู่ความและทนายความมีบทบาทในกระบวนการพิจารณาเป็นอย่างมากดังเช่นระบบที่ผู้พิพากษามีบทบาทเชิงรับแบบดั้งเดิมอีกต่อไป

กล่าวโดยสรุป ระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษอยู่ในภาวะที่จำเป็นจะต้องทำการปฏิรูป เนื่องจากเป็นระบบซึ่งคดีส่วนใหญ่มีค่าใช้จ่ายที่ไม่สามารถรับได้ การพิจารณาพิพากษาคดีโดยปกติใช้เวลานานมากและเป็นระบบที่มีความสลับซับซ้อนเกินสมควรเป็นผลให้ประชาชนส่วนใหญ่ไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งได้ ดังนั้นระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษจึงล้มเหลวโดยไม่สามารถให้สิ่งที่

สาธารณชนคาดหวังว่าจะได้รับ อันได้แก่ ความเป็นธรรม การใช้ระยะเวลาอย่างเหมาะสม และความประหยัดเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวอังกฤษได้ดำเนินการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาในทั้ง 3 มิติ คือ มิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง (Fair) มิติด้านการใช้ระยะเวลาอย่างเหมาะสม (Reasonable Time) และมิติด้านค่าใช้จ่ายที่เหมาะสมในการเข้าถึงความยุติธรรม (Reasonable Cost) การปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งของ Lord Woolf เป็นจุดเริ่มต้นของภาพลักษณ์ใหม่ของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของอังกฤษ โดยในการจะบรรลุเป้าหมายนี้อังกฤษได้จัดทำข้อบังคับของศาลชั้นใหม่ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจำนวนมากซึ่งรวมถึงการปฏิรูประบบการอุทธรณ์ ระบบความช่วยเหลือทางกฎหมาย³² และการเพิ่มอำนาจของศาลเป็นอย่างมากในการควบคุมและบริหารจัดการคดีการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งในประเทศอังกฤษนับเป็นแบบอย่างที่ดีที่ประเทศไทยควรนำมาพิจารณาในการปฏิรูประบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งหรือระบบวิธีพิจารณาความแพ่งของประเทศไทยได้ โดยเฉพาะมิติด้านความเป็นธรรมในการค้นหาความจริง (Fair) ที่ศาลมีบทบาทเชิงรุกในคดีมโนสาร่า แม้ประเทศอังกฤษจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Common Law เป็นหลัก แต่ศาลอังกฤษก็สามารถใช้บทบาทเชิงรุกในคดีมโนสาร่าเพื่อสร้างความเป็นธรรมในคดีได้ ในขณะที่ประเทศไทยเองซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบ Civil Law เป็นหลักศาลไทยกลับไม่ใช้บทบาทเชิงรุกในคดีมโนสาร่าโดยยังคงใช้บทบาทเชิงรับเช่นเดียวกับคดีแพ่งทั่วไปในลักษณะเดียวกับศาลอังกฤษในสมัยโบราณตลอดมาโดยไม่มีการปรับเปลี่ยนบทบาทแต่อย่างใด

บรรณานุกรม

³² *Ibid*, pp.164-165.

หนังสือ

สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2545.

งานวิจัย

กมลชัย รัตนสกาววงศ์และคณะ, “การนั่งพิจารณาคดีต่อเนื่องและครบองค์คณะ,” รายงานการวิจัย สำนักงานศาลยุติธรรม, 2548.

บทความ

สมบัติ พงศพิงศภักดิ์, “ปัญหาการดำเนินกระบวนการพิจารณามโนสำนึกในประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศบนพื้นฐานของมาตรฐานสากลของระบบกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง,” อุลพาท, เล่มที่ 1, ปีที่ 57, น. 56-57 (มกราคม-เมษายน 2553).

Book

Kenneth Smith and Denis Keenan, English Law, 7th ed., London: Pitman Books Limited, 1982.

Paul Michalik, Justice in Crisis: England and Wales. In Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure, p.152, edited by Adrian A.S. Zuckerman. New York: Oxford University Press, 1999.

Philip S. James, Introduction to English Law, 12th ed., London: Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., 1989.

Article

JA Jolowicz, “Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure,” International and Comparative Law Quarterly 52, pp.286-288 (April 2003).

David Marshall Evans, “Access to Justice,” The Liverpool Law Review 19(1) (1997):37.

Lord Harry Woolf, “Civil Justice in the United Kingdom,” The American Journal of Comparative Law 4, 45, pp.709-720, Symposium: Civil Procedure Reform in Comparative Context, Autumn 1997.

P W D Redmond and Peter Shears, General Principles of English Law, 7th ed., London:
Pitman Publishing, 1993.

S.B. Bailey and M.J. Gunn, The Modern English Legal System, (London: Sweet & Maxwell, 1996).

การคุ้มครองสิทธิผู้ถือหุ้นรายย่อยตามกฎหมายไทยและฝรั่งเศส

The protection of minority shareholders right under company law of Thailand and France

ดร.ภัทรารวรรณ รัตนเกษตร

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา 56000

บทคัดย่อ

ภายใต้หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีขององค์การเพื่อความร่วมมือและพัฒนาเศรษฐกิจ (OECD) ให้ความสำคัญต่อความเท่าเทียมกันของผู้ถือหุ้นทุกกลุ่ม ทั้งกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยและกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งมีอำนาจครอบงำการบริหารจัดการบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุม ตรวจสอบ การบริหารจัดการของคณะกรรมการโดยผู้ถือหุ้นและการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้น เพื่อสร้างความเชื่อมั่นเกี่ยวกับความโปร่งใสในการทำงานและส่งเสริมการมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการระหว่างผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการบริหาร อีกทั้งเพื่อก่อให้เกิดความเชื่อมั่นทั้งต่อนักลงทุนและต่อองค์กรในระยะยาว

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผลักดันให้เกิดแรงขับเคลื่อนในเรื่องความเท่าเทียมกันของผู้ถือหุ้น และการคุ้มครองผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยซึ่งเป็นกลุ่มที่ไม่มีอำนาจควบคุมและอำนาจต่อรองในการบริหารจัดการ แต่ก็ยังเป็นกลุ่มที่มีความสำคัญในการขับเคลื่อนสถานภาพทางการเงินของบริษัท

ดังนั้นเพื่อให้มีความเข้าใจเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะผู้ถือหุ้นรายย่อย ซึ่งเคยถูกละเลยเพิกเฉยในอดีตที่ผ่านมา แต่ในปัจจุบันกลับเป็นปัจจัยหลักในการสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุน และเสริมสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่บริษัทภายใต้หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดี ทำให้ต้องกลับมาพิจารณาถึงกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่มีอยู่ว่าให้ความคุ้มครองสิทธิในการมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการ และการควบคุมการดำเนินงานของผู้บริหารบริษัท ได้เพียงพอแล้วหรือไม่ โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

คำสำคัญ การคุ้มครองสิทธิ, ผู้ถือหุ้นรายย่อย, ผู้ถือหุ้นรายใหญ่, การกำกับดูแลกิจการ

Abstract

Under the principles of good corporate governance of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), the equality of shareholders is very important in both minority shareholders and majority shareholders. The majority shareholders have overwhelming power in managing the corporate affairs including the control, monitoring and management of directors as well as protecting the rights of shareholders in order to create business confidence and transparency. It also promotes the participation in the management of corporate affairs between the shareholders and the Executive Board (executive committee) and contributes to the improvement of the business confidence for both investors and the company in the long run

The reasons mentions above are the driving force in achieving the equality of the shareholders and the effective instrument for the protection of shareholders, especially for minority shareholders, who have little bargaining power and control over the management of corporate affairs. However, such group is also important in maintaining the financial status of the company.

In order to have a better understanding, about the protection of shareholders, especially minority shareholders, who were ignored in the past, but currently becomes a major factor in building trust and business confidence for investors as well as strengthening the credibility of the company in ensuring good corporate governance of the company. Consequently, it is necessary to consider whether the rule of existing law can protect the right to participate in management and control of the executive committee in comparison with the law of other countries especially France.

Keyword: the protection of shareholders minority, shareholders majority, corporate governance

1. บทนำ

ในภาพขององค์กรธุรกิจโดยเฉพาะบริษัทมหาชนจำกัด ไม่อาจปฏิเสธได้ว่ากลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่มีส่วนร่วมสำคัญในการตรวจสอบการบริหารจัดการบริษัท โดยเฉพาะการควบคุมการใช้อำนาจและการตัดสินใจของผู้บริหารเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของบริษัท เมื่อพิจารณาในมุมมองดังกล่าว อาจเรียกได้ว่าเป็นข้อได้เปรียบของการใช้อำนาจของผู้ถือหุ้นรายใหญ่เพื่อปกป้องประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทั้งหมด รวมทั้งผู้ถือหุ้นรายย่อยด้วย แต่ในอีกด้านหนึ่งผู้ถือหุ้นรายใหญ่ก็สามารถใช้อำนาจของตนแสวงหาผลประโยชน์ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นรายย่อยเพื่อรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่และจำกัดอำนาจของผู้ถือหุ้นรายย่อยอื่นๆ ท่ามกลางการกระทำเพื่อรักษาผลประโยชน์เหล่านี้ กลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ย่อมมีความสัมพันธ์กับฝ่ายบริหารเพื่อสร้างผลประโยชน์ให้กับกลุ่มตนเองมากกว่าประโยชน์ของบริษัท¹

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้นจึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการใช้อำนาจของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่โดยปราศจากขอบเขตจำกัดอาจจะก่อให้เกิดกระทบสิทธิของผู้ถือหุ้นอื่นได้ ดังนั้นเพื่อปกป้องสิทธิของผู้ถือหุ้นเหล่านี้ซึ่งเรียกว่า“กลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อย” จากการเอาเปรียบหรือใช้อำนาจบังคับจากกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ทำให้ต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจและการบริหารจัดการของผู้ถือหุ้นกลุ่มน้อยที่มีความแตกต่างกันมากรวมทั้งการเยียวยาผู้ถือหุ้นกลุ่มน้อยจากความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิจากกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่

ดังนั้นเพื่อเป็นหลักประกันของการทำหน้าที่อย่างกลมกลืน สอดคล้อง และ เท่าเทียมกันของผู้ถือหุ้นทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นรายย่อยหรือกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ วัตถุประสงค์ของบทความนี้เพื่อวิเคราะห์ความแตกต่างของการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยในประเด็นทางกฎหมายบริษัทของไทยและประเทศฝรั่งเศส

ในส่วนแรกจะกล่าวถึงความแตกต่างของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิในการมีส่วนร่วมบริหาร จัดการของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยเพื่อนำมาซึ่งความเข้าใจเรื่องความแตกต่างกันในกระบวนการเยียวยาความเสียหายภายใต้การใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในส่วนที่สอง

¹ DENIS (D.-K.), *Corporate Governance : A synthesis of Theory, Research and Practice*, Canada, John Wiley & Son, 2010, p. 124.

2. ความแตกต่างของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการคุ้มครองกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อย

แม้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยจะได้มีการพัฒนามาอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิภายใต้แนวทางของกฎหมาย ที่พยายามผลักดันให้มีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองและเพิ่มโอกาสกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยในการมีส่วนร่วมดำเนินการบริหารจัดการบริษัทภายใต้ข้อสมมติฐานสองประการคือ ประการแรก การให้กลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยในการมีส่วนร่วมประชุมผู้ถือหุ้นโดยในประเด็นดังกล่าวกฎหมายได้ให้สิทธิผู้ถือหุ้นรายย่อยมีส่วนร่วมในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เช่น สิทธิในการเสนอเรื่องที่จะบรรจุในวาระการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ประการที่สอง คือการให้กลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยมีบทบาทในการปกป้องตัวเองจากการถูกรับผิดชอบโดยกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ เช่น การให้สิทธิผู้ถือหุ้นรายย่อยตรวจสอบความรับผิดชอบกรรมการเมื่อมีการบริหารงานผิดพลาด(1.1)ให้สิทธิผู้ถือหุ้นรายย่อยพิจารณาคัดเลือกผู้สอบบัญชีหรือร้องขอผู้เชี่ยวชาญพิเศษมาตรวจสอบการบริหารจัดการของคณะกรรมการบริหาร (2.2) เป็นต้น

2.1 การคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อยโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

การประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นถือว่าเป็นวิธีการที่สำคัญเพื่อสร้างหลักประกันในการยอมรับสิทธิของผู้ถือหุ้นทุกคนอย่างเท่าเทียมกันในการมีส่วนร่วมดำเนินกิจการของบริษัทและในขณะเดียวกันที่ประชุมผู้ถือหุ้นก็เป็นหน่วยที่สำคัญเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแล ตรวจสอบรายงานและการบริหารจัดการบริษัทที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดด้วยเหตุผลดังกล่าวการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นจึงเป็นองค์การสำคัญที่จะเพิ่มโอกาสให้กลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยมีส่วนร่วมได้แย่ง คัดค้าน แสดงความคิดเห็นตลอดจนเสนอวาระเพื่อให้ที่ประชุมพิจารณา

2.1.1 การเรียกให้ประชุมผู้ถือหุ้นโดยกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อย

เมื่อการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นมีบทบาทสำคัญเพื่อพัฒนาการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการบริษัทตรวจสอบอำนาจการบริหารของผู้บริหาร สิ่งสำคัญที่ต้องศึกษาควบคู่กันไป ก็คืออำนาจของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นภายใต้กฎหมายที่มีอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาการมีส่วนร่วมของผู้ถือหุ้นรายย่อยในบริษัท มหาชน จำกัด ภายใต้มาตรา 98 แห่ง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด 2535 บัญญัติว่า คณะกรรมการต้องจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นเป็นการประชุมสามัญประจำปีภายในสี่เดือนนับแต่วันสิ้นสุดรอบปีบัญชีของบริษัทการประชุมผู้ถือหุ้นคราวอื่นนอกจากวรรคหนึ่งให้เรียกว่าการประชุม

วิสามัญอีกทั้งในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นที่เรียกว่าเป็นการประชุมวิสามัญก็อยู่ในอำนาจของ คณะกรรมการ ดังที่บัญญัติในมาตรา 99 “คณะกรรมการจะเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเป็นการประชุม วิสามัญเมื่อใดก็ได้สุดแต่จะเห็นสมควร” ดังนั้นเมื่อพิจารณาสองมาตรานี้ประกอบกันจะพบว่า การ เรียกประชุมผู้ถือหุ้นทั้งการ ประชุมผู้ถือหุ้นสามัญเป็นการเรียกประชุม โดยกฎหมายกำหนดให้เป็น หน้าที่ของคณะ กรรมการส่วนการประชุมวิสามัญเป็นการให้อำนาจคณะกรรมการในการใช้ดุลยพินิจ เพื่อเรียกประชุมเมื่อเห็นสมควรซึ่งถ้อยคำว่า “สุดแต่จะเห็นสมควร” นั้นสามารถตีความได้ว่าเป็นไป ในกรณีเร่งด่วนเพื่อประกอบการตัดสินใจของผู้บริหารหรือเป็นไปเพื่อขอมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้สัตยาบัน รับรองการดำเนินการบริหารที่ได้กระทำลงไปแล้ว

ดังนั้นหากพิจารณาอำนาจในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นทั้งการประชุมสามัญและ วิสามัญกฎหมายจำกัดให้อำนาจของคณะกรรมการแต่ในการเรียกประชุมก่อนเป็นอันดับแรก และ แม้ว่ากฎหมายได้เปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิในการขอให้คณะกรรมการเรียกประชุม ผู้ถือหุ้นในการ ประชุมวิสามัญได้ ภายใต้เงื่อนไขตามมาตรา 100 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นนับรวมกันไม่น้อย กว่า 1/5 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดหรือผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 25 คนซึ่งมีหุ้นนับรวมกันไม่น้อย กว่า 1/10 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะเข้าชื่อกันทำหนังสือขอให้คณะกรรมการเรียกประชุมผู้ ถือหุ้นเป็นการประชุมวิสามัญเมื่อใดก็ได้แต่ต้องระบุเหตุผลใน การขอให้เรียกประชุมไว้ให้ชัดเจนใน หนังสือดังกล่าวด้วย ในกรณีเช่นนี้คณะกรรมการต้องจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นภายใน 1 เดือนนับแต่ วันได้รับหนังสือจากผู้ถือหุ้น เมื่อพิจารณา จากมาตราดังกล่าวแม้ว่าจะดูเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยในการร้องขอให้คณะกรรมการเรียกประชุมวิสามัญแต่มาตรา ดังกล่าวก่อให้เกิดข้อสังเกตได้ว่าโอกาสของผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิตามมาตรา นี้เกิดขึ้นได้ค่อนข้างน้อย มากเพราะนอกจากจะมีข้อจำกัดในเรื่องจำนวนผู้ถือหุ้นและเงื่อนไขของจำนวนหุ้นแล้วผู้ถือหุ้นต้อง ระบุเหตุผลในการร้องขอให้จัดมีการประชุมด้วย ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนั้นต้องเป็นเหตุอันสมควรจัดให้มีการ ประชุม อีกทั้งคำนิยามของคำว่า “เหตุอันสมควร” นั้นยังเป็นข้อสงสัยอยู่ เนื่องจากกฎหมายและ คำพิพากษาของศาลเองก็ไม่ได้ให้คำจำกัดความไว้ อันส่งผลให้อำนาจในการ ตัดสินใจว่าจะให้มีการ ประชุมวิสามัญหรือไม่นั้นตกกับคณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาถึงเหตุสมควรที่จะจัดให้มีการ ประชุมและหากผู้ถือหุ้นไม่ระบุเหตุผลในการร้องขอให้เรียกประชุม ผลก็คือคณะกรรมการสามารถ ปฏิเสธการร้องขอดังกล่าวได้เพราะกฎหมายบัญญัติให้กรรมการมีหน้าที่ต้องจัดให้มีการประชุมเมื่อผู้ ถือหุ้นและจำนวนหุ้นครบตามเงื่อนไขพร้อมทั้งระบุเหตุผล ชัดเจนถึงการร้องขอให้เรียกประชุม ดังนั้น หากขาดเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งไปคณะกรรมการก็มีสิทธิที่จะปฏิเสธการจัดประชุมตามที่ผู้ถือหุ้นร้อง

ขอได้ แต่ในทางตรงกันข้ามหากครบเงื่อนไขพร้อมทั้งระบุเหตุผลโดยชัดเจนกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการในการจัดเรียกประชุมวิสามัญภายใน 1 เดือน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากผู้ถือหุ้นและ หากคณะกรรมการไม่ดำเนินการเรียกประชุมภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด คณะกรรมการต้องโทษปรับจำนวนไม่เกิน 20,000 บาท²

ข้อพิจารณาประการต่อมาของ ภายใต้เจตนารมณ์ของมาตรา 100 ต้องการให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการเรียกประชุมวิสามัญผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อย (กฎหมายกำหนดจำนวนผู้ถือหุ้นไว้ไม่น้อยกว่า 25 คน) ภายใต้เงื่อนไขและเหตุผลที่ชัดเจนในการร้องขอคณะกรรมการให้เรียกประชุมวิสามัญแต่บทลงโทษต่อคณะกรรมการในกรณีไม่จัดให้มีการประชุมตามที่ผู้ถือหุ้นร้องขอนั้นอาจกล่าวได้ว่าไม่เพียงพอที่จะเป็นการบังคับให้คณะกรรมการ การต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดและไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยเฉพาะในเรื่องความเท่าเทียมกันและการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นภายใต้หลักบริษัทภิบาลที่ดี (Corporate governance) อีกทั้งการเรียกร้องให้คณะกรรมการรับผิดชอบใช้ค่าปรับกรณีไม่จัดให้มีการประชุม วิสามัญตามมาตรา 100 นั้นเป็นไปได้ค่อนข้างยากเนื่องจากการดำเนินคดีเป็นไปด้วยความล่าช้าและเสียเวลาต่อผู้ถือหุ้น³ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องค้นหาแนวทางในการให้สิทธิผู้ถือหุ้นเพื่อร้องขอให้จัดประชุมวิสามัญได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น

สำหรับสิทธิของผู้ถือหุ้นในการร้องขอให้เรียกประชุมผู้ถือหุ้นตามกฎหมายฝรั่งเศส นั้นพบว่าในอดีตการจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นสามัญเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการเช่นเดียวกับกฎหมายไทยแต่ในปัจจุบันประมวลกฎหมายพาณิชย์มาตรา L.225-103 ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย La loi sur les nouvelles régulations économiques 2001⁴ หรือเรียกว่า (La loi NRE) เพื่อให้สอดคล้อง

² มาตรา 195 พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด 2535

³ ระบบศาลไทยไม่ได้แยกศาลแพ่งต่างหากจากศาลพาณิชย์ซึ่งต่างจากระบบศาลฝรั่งเศสที่แยกศาลแพ่งและศาลพาณิชย์ออกจากกันทำให้คดีที่เกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจ การค้าพาณิชย์ ขึ้นสู่ศาลพาณิชย์โดยตรง

⁴ L.225-103 แก้ไขโดย La loi sur les nouvelle régulations économiques วันที่ 15 mai 2001, บัญญัติว่า « l'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou directoire selon le cas. A défaut l'assemblée générale peut être convoquée également par les commissaires aux comptes, par un mandataire désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires détenant ou moins 5 % du capital social, elle peut également être convoquée par les liquidateurs en cas de dissolution de la société et par les actionnaires majoritaires en capital ou en droit de vote après une offre publique d'achat ou d'échange ou après une cession de bloc de contrôle»

กับหลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีของ OECD และมติร่วมกันของสหภาพยุโรปได้ให้สิทธิแก่บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับการบริหารจัดการบริษัท มีส่วนร่วมในการร้องขอให้เรียกประชุมผู้ถือหุ้นโดยมาตราดังกล่าวได้กำหนดลำดับไว้ดังนี้

ในการเรียกประชุมสามัญผู้ถือหุ้นให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการบริหารเป็นลำดับแรก แต่ถ้การประชุมไม่สามารถจัดให้มีขึ้นได้เนื่องจากความบกพร่องของคณะกรรมการก็ให้บุคคลดังต่อไปนี้ จัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้น ได้แก่ ผู้สอบบัญชี, บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกรณีจำเป็นเร่งด่วนโดยคำสั่งศาล, ผู้ถือหุ้นหนึ่งคนหรือหลายคนที่มีจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่า 5% ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วทั้งหมด⁵, ผู้ชำระ บัญชีในกรณีบริษัทล้มละลาย..... เป็นต้น โดยบุคคลผู้มีส่วนได้เสียดังกล่าวต้องร้องขอต่อศาลให้ศาลแต่งตั้งให้เป็นตัวแทนของคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่เรียกให้มีการประชุมสามัญผู้ถือหุ้น ในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิในการร้องขอให้จัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้น⁶ โดยกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยนั้นมาตราที่กล่าวข้างต้นไม่ได้จำกัดจำนวนผู้ถือหุ้นขั้นต่ำไว้ว่ามีจำนวนกี่คน ในทางตรงกันข้าม กฎหมายใช้คำว่า “ผู้ถือหุ้นหนึ่งคนหรือหลายคน” ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องมีจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่า 5% ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วทั้งหมดซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นรายย่อยในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นสามัญเพื่อปกป้องหรือโต้แย้งในเรื่องที่กระทบต่อผู้ถือหุ้นรายย่อย รวมทั้งในเรื่องที่ผู้ถือหุ้นรายย่อยสงสัยโดย ไม่คำนึงถึงจำนวนผู้ถือหุ้นอย่างไรก็ตามในประเด็นดังกล่าว ศาลพาณิชย์แห่งปารีสได้วินิจฉัยว่าสิทธิในการร้องขอให้เรียกประชุมผู้ถือหุ้นโดยตัวแทนของผู้ถือหุ้นรายย่อยที่มีจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่า 5% ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดนั้นเป็นไปโดยไม่มีเงื่อนไขจนกว่าจะได้มีการจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้น แต่ศาลจะพิจารณาว่าควรดำเนินการตามคำร้องขอให้จัดประชุมของผู้ถือหุ้นหรือไม่ขึ้นอยู่กับเหตุผลที่ผู้ถือหุ้นเสนอมาประกอบการพิจารณาของศาลว่าชอบด้วยกฎหมายและมีความร้ายแรงมากพอกหากไม่มีการประชุมผู้ถือหุ้น เช่น การบริหารของกรรมการขัดต่อผลประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้น โดยถือเอาการกระทำที่ขัดต่อประโยชน์ของบริษัทเป็นหลัก⁷ ว่าเป็นเหตุร้ายแรงมากพอที่ผู้ถือหุ้น และผู้มีส่วนได้เสียอื่น เช่น เจ้าหนี้ ผู้ชำระบัญชีสามารถร้องขอให้

⁵ La loi NRE ได้ลดจำนวนหุ้นจาก 10% ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายทั้งหมดเหลือ 5% ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายทั้งหมดเพื่อเพิ่มโอกาสให้แก่ผู้ถือหุ้นรายย่อยในการใช้สิทธิเรียกให้มีการประชุมสามัญผู้ถือหุ้น

⁶ Trib. Com. Paris, 3 décembre 2003, J.C.P. éd., E., 2004, note VIANDER (A.)

⁷ BASTAIN (D .), note sous CA Paris, 1ère ch., 28 mai 1947, J.C.P., 1948, II, in VALENCIA (F.), La protection des intérêts de l'actionnaires dans la société anonymes en droit français et espagnol, Thèse, Université de Nancy, 2004, p. 121.

เรียกประชุมผู้ถือหุ้นได้ และการร้องขอ ดังกล่าวจะต้องไม่เป็นไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ ส่วนตัวของ คนใดคนหนึ่งหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแต่เพียงฝ่ายเดียว

ดังนั้นเมื่อพิจารณาเรื่องสิทธิของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยในการเรียกร้องให้จัดมีการ ประชุมผู้ถือหุ้นไม่ว่าจะเป็นกรณีการประชุมวิสามัญหรือการประชุมสามัญนั้นกฎหมายของไทยและ ฝรั่งเศสต่างก็ให้ความสำคัญเช่นเดียวกันแต่จะแตกต่างกันในรายละเอียดและการเพิ่มโอกาสให้ผู้ถือ หุ้น รวมทั้งผู้มีส่วนได้เสียอื่นเล็กน้อยต่างกัน บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่แตกต่างกันนี้อาจเป็นอีกหนึ่ง ข้อสังเกตเพื่อนำมาพัฒนาแนวความคิดและสร้างหลักเกณฑ์หรือให้มุมมองในเรื่อง “การรักษา ผลประโยชน์ของบริษัท” มาเป็นส่วนพิจารณาหลักประกอบ “เหตุผล” ที่ชัดเจนของผู้ถือหุ้นของไทยใน การร้องขอต่อคณะกรรมการเพื่อเรียกประชุมผู้ถือหุ้นให้สามารถเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป ในอนาคต

2.1.2 การเสนอเรื่องที่จะบรรจุเป็นวาระการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

แน่นอนว่าในการประชุมผู้ถือหุ้นนั้นเป็นโอกาสสำหรับผู้ถือหุ้นทุกคนในการตรวจสอบ การดำเนินกิจการและการบริหารของคณะกรรมการรวมทั้งซักถามถึงข้อสงสัยต่างๆ เพื่อคุ้มครอง ประโยชน์ของบริษัทและประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเอง ดังนั้นผู้ถือหุ้นควรมีโอกาสอย่างเต็มที่ในการเข้า ร่วมประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกเสียงลงมติในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนั้นผู้ถือหุ้น ควรได้รับแจ้งข้อมูลที่ครบถ้วนของเรื่องที่จะต้องตัดสินใจในการประชุม รวมทั้งโอกาสในการซักถาม ข้อสงสัยต่อคณะกรรมการและต่อกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่เพื่อสนับสนุนแนวคิดเรื่องการคุ้มครองผู้ถือ หุ้นรายย่อยในการมีส่วนร่วมในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนา เศรษฐกิจ (OECD)^๘ ได้กำหนดหลักการกำกับดูแลกิจการข้อ II.C.2 ว่าให้ผู้ถือหุ้นควรมีโอกาสที่จะได้ ซักถามและได้รับการชี้แจงจากคณะกรรมการบริษัทให้เกิดความกระจ่างซึ่งรวมถึงสิทธิในการตั้ง คำถามเกี่ยวกับผลการตรวจสอบประจำปีของผู้สอบบัญชีภายนอก รวมทั้งมีโอกาสในการเสนอเรื่อง เข้าสู่ระเบียบวาระการประชุมพร้อมทั้งข้อเสนอแนะในการลงมติซึ่งข้อซักถามดังกล่าวนี้ต้องอยู่ ภายใต้อิทธิพลที่สมควรเพียงพอที่บริษัทจะกำหนด ให้การนำเสนอหัวข้อเข้าสู่วาระการประชุมใหญ่ผู้ ถือหุ้นและต้องได้รับการรับรองจากผู้ถือหุ้นในสัดส่วนที่มากพอสมควรไม่ว่าสัดส่วนนั้นจะคำนวณ ตามราคาตลาดหรือตามอัตราร้อยละของการถือครองหุ้นหรือตามสิทธิในการออกเสียง โดยเฉพาะ

^๘ หลักการกำกับดูแลกิจการที่ดีขององค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาเศรษฐกิจ (Organisation for economic co-operation and development) OECD, 2004 หน้า 41

อย่างยิ่งการกำหนดสัดส่วนของการถือหุ้นว่าควรจะเป็นเท่าใดนั้นควรคำนึงถึงโครงสร้างและการกระจายตัวของหุ้นในบริษัททั้งนี้เพื่อสร้างความมั่นใจว่าผู้ถือหุ้นรายย่อยจะไม่ถูกกีดกัน มิให้นำเสนอหัวข้อเข้าในวาระการประชุมผู้ถือหุ้น อีกทั้งมติของผู้ถือหุ้นใดๆที่ผ่านการอนุมัติและรับรองในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแล้วคณะกรรมการบริษัท ต้องนำไปดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น การยอมรับหลักเกณฑ์การให้ผู้ถือหุ้นควรมีโอกาสที่จะได้ซักถามและได้รับการชี้แจงจากคณะกรรมการนั้นจะเกิดประสิทธิผลมากน้อยแค่ไหนเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาจากกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ ประกอบรวมทั้งบทลงโทษหากมีการฝ่าฝืน

ในกรณีนี้หากพิจารณากฎหมายไทยในเรื่องที่เกี่ยวข้องจะพบว่าเรื่องการให้สิทธิผู้ถือหุ้นเสนอคำถามเพื่อบรรจุไว้ในวาระการประชุมผู้ถือหุ้นปรากฏเฉพาะใน พ.ร.บ.หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ.2535 มาตรา 89/28 แก้ไขเพิ่มเติม ปี 2551 สาระสำคัญของมาตรา 89/28 บัญญัติว่า “ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคน ซึ่งถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทจะทำหนังสือเสนอเรื่องที่จะขอให้คณะกรรมการบรรจุเป็นวาระการประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งจะต้องระบุว่าเป็น เรื่องที่จะเสนอเพื่อทราบ เพื่ออนุมัติ หรือเพื่อพิจารณาแล้วแต่กรณี พร้อมทั้งรายละเอียดของเรื่องที่จะเสนอสำหรับการประชุมสามัญประจำปี หรือการประชุมวิสามัญก็ได้ โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด”

กระบวนการและเงื่อนไขในการเสนอเรื่องที่จะขอให้คณะกรรมการบรรจุเป็นวาระการประชุมผู้ถือหุ้นนั้นคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ยังไม่ได้กำหนดไว้ ดังนั้นจึงต้องนำมาตรา 101 แห่ง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด มาใช้บังคับ กล่าวคือให้เสนอเรื่องที่จะขอให้ บรรจุเป็นวาระการประชุม จัดส่งให้ผู้ถือหุ้น และนายทะเบียนทราบไม่น้อยกว่า 7 วันก่อนวันประชุม ทั้งนี้ให้โฆษณาคำบอกกล่าวนัดประชุมในหนังสือพิมพ์ไม่น้อยกว่า 3 วัน ก่อนวันประชุมด้วย

แต่อย่างไรก็ตามเพื่อป้องกันมิให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยใช้สิทธิเกินส่วนหรือถามในสิ่งที่ไม่เกี่ยวข้องกับบริษัท มาตรา 89/28 วรรคสองจึงบัญญัติจำกัดขอบเขตของเรื่อง que ผู้ถือหุ้นสามารถเสนอ ซึ่งคณะกรรมการมีสิทธิที่จะปฏิเสธเรื่องดังกล่าวได้ ดังต่อไปนี้

- 1) เป็นเรื่องที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในวรรคหนึ่ง
- 2) เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจปกติของบริษัทและข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างโดยผู้ถือหุ้นมิได้แสดงถึงเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับความไม่ปกติของเรื่องดังกล่าว
- 3) เป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนืออำนาจที่บริษัทจะดำเนินการให้เกิดผลตามที่ประสงค์

4) เป็นเรื่องที่ผู้ถือหุ้นได้เคยเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อพิจารณาแล้วในรอบ 12 เดือนที่ผ่านมาและเรื่องดังกล่าวได้รับมติสนับสนุนด้วยคะแนนเสียงน้อยกว่าร้อยละ 10 ของ จำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทเว้นแต่ข้อเท็จจริงในการนำเสนอครั้งใหม่จะได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญจากข้อเท็จจริงในขณะที่น่าเสนอต่อที่ประชุมผู้ถือหุ้นในครั้งก่อน

5) กรณีอื่นใดตามที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนดในกรณีที่คณะกรรมการปฏิเสธการบรรจุเรื่องที่เสนอโดยผู้ถือหุ้นเป็นวาระในการประชุมผู้ถือหุ้นให้แจ้งเป็นเรื่องเพื่อทราบในการประชุมผู้ถือหุ้นในครั้งนั้นโดยต้องระบุเหตุผลในการปฏิเสธการบรรจุเรื่องดังกล่าวไว้ด้วย แต่ถ้าในกรณีที่ผู้ถือหุ้นในที่ประชุมมีมติด้วยคะแนนเสียงข้างมากของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงเห็นชอบให้มีการบรรจุเรื่องที่ เสนอโดยผู้ถือหุ้นเป็นวาระการประชุมของผู้ถือหุ้น ให้คณะกรรมการบรรจุเรื่องดังกล่าวเป็นวาระในการประชุมผู้ถือหุ้นที่บริษัทจะจัดให้มีขึ้นในครั้งถัดไปจากกล่าวได้ว่ามาตรา 89/26 ได้ให้โอกาสผู้ถือหุ้นรายย่อยได้เสนอเรื่องที่จะบรรจุเป็นวาระในการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น โดยให้ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้พิจารณาถึงความเหมาะสมของเรื่องดังกล่าวด้วยประโยชน์แห่งมาตรานี้ทำให้อำนาจปฏิเสธของคณะกรรมการต่อเรื่องที่ผู้ถือหุ้นรายย่อยเสนอให้บรรจุเป็นวาระในที่ประชุมสิ้นไปเพราะคณะกรรมการต้องชี้แจงพร้อมทั้งระบุเหตุผลแห่งการปฏิเสธให้ที่ ประชุมทราบด้วย ดังนั้นคณะกรรมการจึงถูกจำกัดการใช้ อำนาจปฏิเสธโดยใช้ดุลยพินิจส่วนตัวอีกต่อไป

สำหรับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมาตรา L.225-105บัญญัติว่า “ผู้ถือหุ้นหนึ่งคนหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 5 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้วสามารถร้องขอเสนอเรื่องเพื่อบรรจุเป็นวาระในที่ประชุมผู้ถือหุ้น” นอกจากนั้นผู้ถือหุ้นยังสามารถเสนอเรื่องเพื่อขอมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยจะต้องเสนอผ่านคณะกรรมการบริหาร (le conseil d'administration) หรือคณะกรรมการตรวจสอบ (le conseil de surveillance) ในการยื่นคำร้องดังกล่าวต้องประกอบด้วยรายละเอียดของผู้ถือหุ้นผู้เสนอเรื่องเข้าสู่วาระการประชุม ได้แก่ ชื่อ นามสกุล อายุ อาชีพ การประกอบธุรกิจในบริษัทอื่นหรือเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่น จำนวนหุ้นจดทะเบียนที่มีอยู่ หลังจากนั้น คณะกรรมการบริหารมีหน้าที่บันทึกเรื่องที่จะเสนอเข้าสู่วาระการประชุมผู้ถือหุ้น รวมทั้งเรื่องผู้ถือหุ้นต้องการมติในที่ประชุมด้วย⁹ แม้ว่าการประชุมจะไม่ได้เกิดจากการเรียกประชุมโดยคณะกรรมการกล่าวคือเป็นการ

⁹ L'article R.225-71 du Code de commerce

เรียกประชุมผู้ถือหุ้นที่จัดขึ้นโดยคณะผู้สอบบัญชีหรือตัวแทนที่ศาลแต่งตั้งเพื่อจัดให้มีการดำเนินการ เรียกประชุมผู้ถือหุ้นแทนคณะกรรมการบริหาร อนึ่งบุคคลเหล่านี้มีหน้าที่ต้องนำเรื่องให้ผู้ถือหุ้นเสนอ เป็นวาระหรือเพื่อให้ที่ประชุมลงมติและแจ้งให้ผู้ถือหุ้นทราบล่วงหน้าก่อนวันประชุมด้วย

สำหรับบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์การแจ้งเรื่องให้ผู้ถือหุ้นเสนอ เป็นวาระในที่ประชุมหรือเพื่อขอมติในที่ประชุมนั้นต้องจัดส่งโดยจดหมายลงทะเบียนตอบรับหรือโดย ช่องทางการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์อย่างอื่นภายใน 5 วันนับแต่ได้รับเรื่องเสนอให้บรรจุเป็นวาระ การประชุมจากผู้ถือหุ้นและคณะกรรมการต้องบันทึกเรื่องให้ผู้ถือหุ้นเสนอดังกล่าวไว้ในวาระการประชุมเพื่อให้ลงคะแนนเสียงในมติที่ประชุม อย่างไรก็ตามหากตามคณะกรรมการบริหารไม่ยอมรับเรื่อง ที่เสนอเข้าเป็นวาระ การประชุมผู้ถือหุ้น คณะกรรมการจะต้องชี้แจงพร้อมทั้งให้เหตุผลประกอบการ ปฏิเสธนั้นต่อผู้ถือหุ้นในการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแต่สำหรับกรณีบริษัท จำกัดกฎหมายได้ให้สิทธิแก่ผู้ ถือหุ้นในการเสนอเรื่องเพื่อบรรจุเป็นวาระและขอมติในที่ประชุมดังนี้ ให้คณะกรรมการที่รับหนังสือ คำร้องขอเสนอเรื่องเพื่อบรรจุเป็นวาระในการประชุมผู้ถือหุ้นแจ้งเรื่องดังกล่าวไปยังผู้ถือหุ้นโดย จดหมายลงทะเบียน หรือ การสื่อสาร ด้วยวิธีอิเล็กทรอนิกส์อย่างอื่นภายใน 25 วัน¹⁰ ล่วงหน้าก่อน วันประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น บทลงโทษกรณีฝ่าฝืนมาตรา L.225-105 รวมทั้งกระบวนการและขั้นตอน การจัดส่งไม่เป็นไปตามระยะเวลาที่กำหนดภายใน 25 วัน ตามที่ระบุไว้ใน R.225-72 ถือว่าเป็นการ ละเมิดต่อสิทธิผู้ถือหุ้นรายย่อยและมีผลให้มติที่ประชุมที่ได้มีขึ้นนั้นตกเป็นโมฆะตามมาตรา L.225- 121 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์¹¹

นอกจากนี้คณะกรรมการบริหารจะต้องผูกพันในความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวหรือ ร่วมกันรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากการไม่บรรจุเรื่องให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยเสนอไว้ในวาระ การประชุมและการลงมติใดๆนั้นก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นต่อบริษัท หรือต่อผู้ถือหุ้น¹²

¹⁰ L'article R.225-72 du Code de commerce

¹¹ Cass.Com., 15 avril 1982, Rev.Soc., 1983, p. 343.

¹² TONEVA (V.), Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes en France et en Bulgarie : étude de droit compare, mémoire, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille III, 2004, p. 85.

2.2 สิทธิผู้ถือหุ้นรายย่อยในการคัดเลือกผู้สอบบัญชีหรือร้องขอผู้เชี่ยวชาญพิเศษมาตรวจสอบการบริหารจัดการของคณะกรรมการบริหาร

การคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยมีหลากหลายวิธีและสิ่งที่ได้ศึกษาดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงหลักเกณฑ์หนึ่งที่สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นรายย่อยได้โดยตรงผ่านที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น นอกจากนี้สิทธิของผู้ถือหุ้นที่ควรได้รับการคุ้มครองก็คือสิทธิในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงปัจจัยพื้นฐานของบริษัท เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัท การอนุมัติเพิ่มทุนรายการพิเศษอื่นๆ ที่มีใ้รายการที่เกิดขึ้นตามปกติ ด้วยเหตุผลดังกล่าวผู้ถือหุ้นกลุ่มน้อยจึงควรมีสิทธิเข้าร่วมในการตัดสินใจทางการเงิน โดยเฉพาะการคัดเลือกและเพิกถอนผู้สอบบัญชี ตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั่วไป กำหนดให้การแต่งตั้งและเพิกถอนผู้สอบบัญชีเป็นไปตามมติที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นในกระบวนการดังกล่าวนี้ กลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่และรายย่อยต่างก็มีสิทธิในการออกเสียงเท่าเทียมกันกล่าวคือหนึ่งคนหนึ่งเสียง

สำหรับประเทศไทยนั้นผู้สอบบัญชีจะถูกเสนอโดยคณะกรรมการบริหารและถูกแต่งตั้งโดยมติที่ประชุมสามัญของผู้ถือหุ้นซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีและกำหนดจำนวนเงินค่าสอบบัญชีของบริษัททุกปี ซึ่งในการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีในแต่ละปีนั้นบริษัทจะแต่งตั้ง ผู้สอบบัญชีคนเดิมอีกก็ได้¹³ อย่างไรก็ตามกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้กรรมการพนักงาน ลูกจ้าง หรือ ผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ใดๆ ของบริษัทเป็นผู้ทำหน้าที่สอบบัญชี ซึ่งไม่รวมผู้ถือหุ้น ดังนี้จึงอาจตีความ ได้ว่าผู้ถือหุ้นอาจถูกแต่งตั้งให้เป็นผู้สอบบัญชีได้¹⁴

อย่างไรก็ตามหากพิจารณามาตรา 100 ซึ่งบัญญัติให้สิทธิผู้ถือหุ้นจำนวนไม่น้อยกว่า 25 คน และมีหุ้นไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ สามารถร้องขอให้คณะกรรมการเรียกประชุมวิสามัญโดยมีเหตุผลที่เหมาะสม จากบทบัญญัติแห่งมาตรานี้อาจกล่าวได้ว่าได้ให้โอกาสแก่ผู้ถือหุ้นรายย่อยมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีได้ เพื่อทำหน้าที่เป็นตัวแทนของกลุ่มผู้ถือหุ้น รายย่อยในการตรวจสอบความถูกต้องทางการเงินของบริษัทนอกเหนือจากผู้สอบ บัญชีที่คณะกรรมการเสนอชื่อเพื่อให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นลงมติแต่งตั้ง

นอกจากนี้มาตรา 128 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้ให้สิทธิผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดหรือผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของ

¹³ พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535, มาตรา 120

¹⁴ พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535, มาตรา 121

จำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดจะเข้าชื่อกันทำคำขอเป็นหนังสือให้นายทะเบียนแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเพื่อดำเนินการตรวจสอบกิจการและฐานะทางการเงินของบริษัทตลอดจนตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการด้วยก็ได้ โดยผู้ถือหุ้นผู้ยื่นคำขอนั้นต้องระบุประเด็นที่จะให้ ตรวจสอบโดยชัดแจ้ง พร้อมกับแจ้งชื่อและ สถานที่อยู่ของผู้ถือหุ้นคนหนึ่งในการทำ หน้าที่เป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นคนอื่นด้วย ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายยังกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดเรียกประชุมผู้ถือหุ้นและขอให้ที่ประชุมผู้ถือหุ้นถอดถอนผู้ชำระบัญชีที่ผู้ถือหุ้นได้แต่งตั้งไว้แล้ว และแต่งตั้งผู้อื่นแทนเมื่อใดก็ได้ แต่ถ้ากรณีที่ผู้ชำระบัญชีหรือผู้สอบบัญชีนั้น เป็นผู้ที่ศาลเป็นผู้แต่งตั้งผู้ถือหุ้นคนใดคนหนึ่งจะร้องขอให้ศาลถอดถอนก็ได้¹⁵

สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นทุกคนรวมทั้งผู้ถือหุ้นรายย่อย สามารถร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนผู้สอบบัญชีมาตรา L.225-230 แห่งประมวลกฎหมายพาณิชย์บัญญัติว่าผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคน มีจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายทั้งหมดสามารถ ร้องขอต่อศาลเพิกถอนผู้สอบบัญชีภายใต้เหตุผลที่เหมาะสมและการแต่งตั้งผู้สอบบัญชีต้องกระทำโดยมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนอกจากนี้หากผู้ถือหุ้นพบเห็นการความบกพร่องในการจัดทำบัญชีหรือสงสัยความถูกต้องในการตรวจสอบบัญชีของผู้สอบบัญชี คณะกรรมการบริหาร, ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งมีจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่า 1/10 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายทั้งหมดหรือโดยมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นสามารถร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งเพิกถอนผู้สอบบัญชีก่อนสิ้นสุดระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งได้ หากศาลพิจารณาเห็นว่าผู้สอบบัญชีปฏิบัติหน้าที่ด้วยความไม่สุจริตเป็นไปเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือประโยชน์ของกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมากกว่าประโยชน์ของบริษัทและผู้ถือหุ้นหมดทุกคนจงใจหรือประมาทในการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติด้วยความระมัดระวัง รวมทั้งการกระทำใดที่เป็นการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์และจรรยาบรรณในวิชาชีพของการเป็นผู้สอบบัญชี¹⁶ ดังที่ได้พิจารณากฎเกณฑ์ของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยในการมีส่วนร่วมทางการเงินโดยเฉพาะการแต่งตั้งและถอดถอนผู้ชำระบัญชี หรือ ผู้สอบบัญชี ของทั้งสองประเทศ พบว่ามีหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกัน โดยกฎหมายให้ความสำคัญต่อการมีส่วนร่วมของผู้ถือหุ้นในการตรวจสอบความถูกต้องทางการเงินของบริษัทอยู่มากพอสมควร

¹⁵ พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535, มาตรา 164

¹⁶ Cass.com, 6 février 1990, SLRC c /SA Gardin : Bull . Joly, 1990 , p. 367

3. การคุ้มครองกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยในการใช้สิทธิโต้แย้งทางศาล

การให้ความคุ้มครองกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยโดยการให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิในการเสนอเรื่องให้ คณะกรรมการชี้แจงไว้ในวาระการประชุม ล้วนแล้วแต่เป็นกระบวนการคุ้มครองผู้ถือหุ้นภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมาย ก่อนที่จะมีการตัดสินใจหรือเรียกว่าเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิก่อนเกิดความเสียหาย หากการใช้สิทธิโต้แย้งทางศาลของผู้ถือหุ้นก็อาจกล่าวได้ว่าเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นภายหลังกระบวนการตัดสินใจ ซึ่งมีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้น

ดังนั้นการเรียกร้องความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยการใช้สิทธิโต้แย้งทางศาลจึง เป็นอีกหนึ่งช่องทางที่มีประสิทธิภาพในการแสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยจากการเอาเปรียบจากผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่มีอำนาจควบคุมนโยบายการบริหารของบริษัทเพื่อประโยชน์ของตนเอง รวมทั้งการใช้สิทธิโต้แย้งต่อการบริหารงานผิด พลาดที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ถือหุ้นหากพิจารณาในด้านบทบัญญัติของ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเกี่ยวกับ การคุ้มครองกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยในการใช้สิทธิโต้แย้งทางศาล พบว่าส่วนใหญ่เป็นไป ในลักษณะการยกเลิกมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นที่มาจากการตัดสินใจที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายที่ไม่เพียงแต่เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อยที่ได้รับ ความเสียหายแล้วยังเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของบริษัทอีกด้วยโดยทั่วไปแล้วการเพิกถอน มติที่ประชุมของผู้ถือหุ้นสามารถกระทำได้โดยผู้ถือหุ้นโดยการร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนมติที่ประชุม ผู้ถือหุ้นเนื่องจากมติที่ประชุมนั้นกระทำการขึ้นโดยฝ่าฝืนข้อบังคับของบริษัทหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ กฎหมายกำหนดสำหรับกฎหมายไทยได้กำหนดไว้ในมาตรา 108 แห่ง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน บัญญัติว่าในการประชุมผู้ถือหุ้นครั้งใดถ้าได้มีการนัดประชุมหรือลงมติโดยไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนข้อบังคับ บริษัทหรือบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ถ้าผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 5 คน หรือผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นรวมกัน ได้ไม่น้อยกว่า 1/5 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติในการประชุมครั้ง นั้นก็ได้แต่ต้องร้องขอต่อศาลภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ที่ประชุมลงมติ

จากมาตราดังกล่าวข้างต้นสามารถพิจารณาเงื่อนไขในการร้องขอให้เพิกถอน มติในการประชุมโดยผู้ถือหุ้นได้ 2 ประการ ดังนี้ประการแรกจำนวนผู้ถือหุ้นและสัดส่วนการถือหุ้นแม้ว่าจะเป็น จำนวนไม่มากก็ตามกล่าวคือตามบทบัญญัติแห่งมาตรานี้กำหนดออกเป็น 2 ประเภท คือ จำนวนคน หรือสัดส่วนการถือหุ้นหากเป็นจำนวนคน กำหนดให้ผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 5 คน หรือหากเป็นสัดส่วน การถือหุ้นกำหนดให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นรวมกันได้ไม่น้อยกว่า 1/5 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด

อย่างไรก็ตามอย่างหนึ่งสามารถร้องขอให้ศาลเพิกถอนมติในการประชุมผู้ถือหุ้นที่ได้กระทำขึ้นโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อตกลงที่ได้ระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ

อย่างไรก็ตามเงื่อนไขเรื่องจำนวนผู้ถือหุ้นหรือสัดส่วนการถือหุ้นนั้นหากเทียบกับสิทธิของผู้ถือหุ้นในการร้องขอให้เพิกถอนมติในการประชุมต่อศาลตามกฎหมายฝรั่งเศสแล้วพบว่ากฎหมายบริษัทของฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดจำนวนหุ้นหรือจำนวนผู้ถือหุ้นขั้นต่ำที่สามารถใช้สิทธิเพิกถอนได้ ในทางตรงกันข้ามกฎหมายฝรั่งเศสเปิดโอกาสให้ผู้ถือหุ้นทุกคนมีสิทธิเพิกถอนมติที่ ประชุมที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือฝ่าฝืนข้อบังคับของบริษัทได้ด้วยเหตุผลที่ว่าหากมติที่ประชุมได้มีขึ้นโดยความบกพร่องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายมติที่ประชมนั้นตกเป็นโมฆะและควรถูกเพิกถอนเพื่อปกป้องประโยชน์ของผู้ถือหุ้น¹⁷ ในขณะที่เดียวกัน เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของมาตรา 108 แห่ง พ.ร.บ บริษัทมหาชน จำกัด ก็สามารถทำให้เข้าใจได้ว่าการกำหนดจำนวนผู้ถือหุ้น หรือสัดส่วนการถือหุ้นนั้น เป็นการป้องกันมิให้ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิเกินส่วนของตนในการเพิกถอนมติที่ประชุมได้โดย ง่ายซึ่งอาจจะส่งผลต่อความต่อเนื่องของการดำเนินกิจการ อีกทั้งจำนวนผู้ถือหุ้น 5 คน ก็ไม่ได้มากเกินกว่าที่จะเป็นอุปสรรค ในการใช้สิทธิเพิกถอนมติที่ประชุมหากผู้ถือหุ้นรายย่อยเห็นวามติที่ประชมนั้นฝ่าฝืนข้อบังคับบริษัทหรือฝ่าฝืนกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้

ประการที่สองเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาการร้องขอให้เพิก ถอนกฎหมายกำหนดให้ผู้ถือหุ้นต้องร้องขอต่อศาลภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ประชุมลงมติ ซึ่งการบังคับให้เป็นไปตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดนี้ในทางปฏิบัติเป็นไปได้ยาก เนื่องจากผู้ถือหุ้นจะรู้ถึงมติที่ประชุมหลังจากที่ได้รับรายงานการประชุมปัญหาก็คือในปัจจุบันนี้กฎหมายยังไม่ได้กำหนดระยะเวลาส่งรายงานการประชุมให้กับผู้ถือหุ้นทราบส่งผลให้ผู้ถือหุ้นจะทราบรายงานการประชุมก็ต่อเมื่อมีการจัดประชุมผู้ถือหุ้นในครั้งต่อไป ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิเพิกถอนมติที่ประชุมเป็นไปได้ค่อนข้างยาก ด้วยการใช้ปฏิบัติไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมาย

นอกจากนี้ยังมีข้อสงสัยในความแตกต่างของผลที่เกิดขึ้นภายหลังการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นในการเพิกถอนมติที่ประชุมภายใต้กฎหมายสองฉบับที่บัญญัติไว้ต่างกัน เช่น กรณีมาตรา 95 แห่ง พ.ร.บ. บริษัทมหาชน จำกัด บัญญัติว่า กรรมการคนใดกระทำการใดที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้อำนาจอนุมัติ

¹⁷ La cour de cassation civile dans un arrêt rendu le 21 octobre 1998 adopte la même position en précisant « que tout associé peut se prévaloir du défaut de convocation d'un autre associé pour avoir l'annulation de l'assemblée »

หรือให้สัตยาบันแล้ว แม้ต่อมาจะมีการเพิกถอนมตินั้น กรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้น ต่อบริษัทผู้ถือหุ้น หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัท กล่าวคือการเพิกถอนมติที่ประชุมไม่เป็นการเพิกถอนการให้สัตยาบันที่ได้ให้ไปแล้วนั้นและกรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นต่อบริษัทต่อผู้ถือหุ้นหรือต่อเจ้าหน้าที่ของบริษัทแสดงว่าการเพิกถอนไม่กระทบถึงการกระทำที่ได้กระทำไปแล้วและกรรมการก็ไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลก็คือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นก็ต้องตกแก่ผู้ถือหุ้น บริษัท และเจ้าหน้าที่เท่านั้น ในประเด็นนี้ทำให้เกิดข้อสังเกตว่าการให้สิทธิผู้ถือหุ้น ในการเพิกถอนมติที่ประชุม ไม่ได้เป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้ถือหุ้นและประโยชน์ของบริษัท

ในทางตรงกันข้าม มาตรา 89/21 แห่งพ.ร.บ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2551) ซึ่งใช้บังคับเฉพาะบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์บัญญัติว่ากรรมการหรือผู้บริหารที่กระทำการ หรือละเว้นกระทำการโดยสุจริต หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรือเสียประโยชน์ที่ควรได้จะยกเหตุที่ได้รับอนุมัติหรือให้สัตยาบันโดยที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือกรรมการมาทำให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดชอบไม่ได้

อนึ่งการกระทำหรือละเว้นการกระทำตามมาตราดังกล่าวให้รวมถึงกรณีดังต่อไปนี้ด้วย ได้แก่ การขอมติคณะกรรมการหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยแสดงข้อความที่เป็นเท็จในสาระสำคัญหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งในสาระสำคัญ หรือกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเบียดบังเอาทรัพย์สินหรือประโยชน์ของบริษัท รวมทั้งกรณีที่เกี่ยวข้องกับการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินของบริษัท ประโยชน์จากมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่านับจากนี้ต่อไปกรรมการจะแสวงหาประโยชน์จากการมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นไม่ได้อีกต่อไปโดยเฉพาะในความรับผิดชอบที่กระทบต่อทรัพย์สินหรือประโยชน์ของบริษัทและด้วยความรับผิดชอบดังกล่าวทำให้กรรมการต้องมีปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและใช้ความระมัดระวังมากขึ้นกว่าเดิมส่งผลให้กรรมการในบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ต้อง มีความรับผิดชอบและมีความระมัดระวังมากกว่ากรรมการบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัดเพราะมาตรานี้ไม่ใช้บังคับไปถึงกรณีบริษัท จำกัด และบริษัทมหาชนจำกัดแต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาเฉพาะประเด็นเรื่องการเพิกถอนมติที่ประชุมโดยกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยตามประโยชน์แห่งมาตรานี้ย่อมมีผลต่อการเพิกถอนมติที่ได้ให้สัตยาบันไปแล้วนั้นด้วยซึ่งถือว่าเป็นการให้ความคุ้มครองทั้งประโยชน์ของผู้ถือหุ้นรายย่อยและประโยชน์ของบริษัท

สรุปการดำเนินธุรกิจโดยเฉพาะในรูปแบบของบริษัทมหาชนที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ในปัจจุบันให้ความสำคัญต่อการกำกับดูแลกิจการที่ดีโดยเฉพาะอย่างยิ่งควรปกป้องคุ้มครองและส่งเสริมการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นและสร้างความมั่นใจได้ว่าการปฏิบัติต่อผู้ถือหุ้นทุกรายอย่างเท่า

เทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อย และผู้ถือหุ้นทุกรายควรมีโอกาสที่จะได้รับการชดเชยอย่างเหมาะสมในกรณีที่สิทธิความเป็นผู้ถือหุ้นของตนถูกละเมิดดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักกำกับดูแลกิจการพบว่าปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของกลุ่มผู้ถือหุ้นรายย่อยมีการพัฒนาขึ้นมากไม่ว่าจะเป็นการให้โอกาสผู้ถือหุ้นรายย่อยในการเสนอเรื่องที่จะบรรจุเป็นวาระในที่ประชุมผู้ถือหุ้นสิทธิในการแต่งตั้งเพิกถอนผู้สอบบัญชี สิทธิในการร้องขอผู้ตรวจสอบจากภายนอก ซึ่งก็ได้รับการรับรองภายใต้กฎหมายบริษัทของไทยหลายเรื่องด้วยกัน แม้ว่าประสิทธิภาพในการบังคับใช้ยังเป็นที่ยังสงสัยแต่ในภาพรวมก็เป็นไปในด้านบวกซึ่งแสดงให้เห็นถึงการพัฒนาในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นให้เห็นประจักษ์มากยิ่งขึ้น

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

หนังสือ

ประภาศน์ อวยชัย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท, กรุงเทพมหานคร, 2530.

โสภณ รัตนากกร, กฎหมายบริษัท, นิติบรรณาการ, กรุงเทพฯ, 2549

สหชน รัตนไพจิตร, สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, หลักกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท, สำนักพิมพ์นิติธรรม, กรุงเทพมหานคร, พ.ศ. 2534.

นวพร เรืองสกุล, การกำกับดูแลกิจการ : ความเข้าใจที่นักลงทุนและคณะกรรมการต้องรู้, สำนักพิมพ์มาสเตอร์, กรุงเทพมหานคร, พ.ศ. 2548.

สุธาบดี สัตตบุศย์, กฎหมายสำหรับผู้ถือหุ้นและกรรมการบริษัทมหาชน จำกัด , สำนักพิมพ์นิติธรรม, กรุงเทพมหานคร, พ.ศ. 2541.

พิเศษ เสตเสถียร, ความรับผิดชอบของผู้บริหารบริษัทมหาชน, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพมหานคร, พ.ศ. 2536.

สุนีย์ อุษวโรช, กฎหมายธุรกิจเปรียบเทียบ, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร, พ.ศ. 2543

Book

BERNOUX (Ph.), Sociologie du changement dans les entreprises et les organisations, Paris, Seuil, 2004.

BERTRAND (R.) et DOMINIQUE (M.), La dynamique du gouvernement d'entreprise, Paris, Edition d'Organisation, 2003.

KOENIG (G.), Des Nouvelles théories pour gérer l'entreprise de XXI siècle, Paris, Economica, 1999.

LEMEUNIER (F.), SARL Société à responsabilité limitée : création, gestion, évolution, Paris, Dalloz Sirey, 2006.

HUQUES (B.D), Le droit des sociétés cotées et le marché boursier : étude des conditions juridiques de la détermination de la valeur de la société par le marché boursier, Paris, LGDJ, 2007.

HARBULA (P.), Gouvernement d'entreprise et structure actionnairal en Frence, Thèse, Sience de Gestion, Université Panthéon-Assas Paris III, 2002.

ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น

Vicarious Liability

นายเฉลิมวุฒิ สารกิจ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา รหัสไปรษณีย์ 56000

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นทั้งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญา ซึ่งโดยหลักแล้วบุคคลย่อมต้องรับผิดในการกระทำของบุคคลเอง แต่มีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น โดยที่บุคคลที่ต้องรับผิดนั้น ไม่ได้มีการกระทำที่เป็นความผิด (Fault) เช่น ในทางกฎหมายแพ่ง กรณีนายจ้างต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้างในการทำละเมิดในทางการที่จ้าง แม้จะปรากฏว่านายจ้างได้ใช้ความระมัดระวังในการเป็นจ้างแล้วอย่างไรก็ตาม ก็ไม่เป็นเหตุที่นายจะนำมาอ้างเพื่อไม่ต้องรับผิดร่วมกับลูกจ้างในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่บุคคลที่ถูกลูกจ้างทำละเมิด ส่วนในทางกฎหมายอาญา บุคคลที่จะต้องรับผิดในทางอาญานั้น โดยหลักแล้วต้องมีการกระทำความผิด อาจจะทำผิดความผิดด้วยตัวเอง กระทำความผิดโดยอ้อม หรือต้องรับผิดเพราะเข้าไปเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด เช่น เป็นตัวการ ผู้ใช้ผู้สนับสนุน ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ในทางอาญาเหตุที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับผิดนั้นล้วนมาจากการกระทำของตนทั้งสิ้น แต่ในอาญาบางฐานความผิดนั้นได้กำหนดให้ผู้ที่ไม่มี การกระทำต้องร่วมรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น โดยที่บุคคลดังกล่าวไม่ได้มีการกระทำความผิด แต่เพราะความเป็นสมาชิกที่อยู่ด้วยในขณะที่กระทำความผิดหรืออยู่ด้วยในที่ประชุมแต่ไม่ได้คัดค้านในการตกลง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 213 ซึ่งได้รับแนวความคิดมาจากความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นในทางแพ่ง

คำสำคัญ : ละเมิด, ความรับผิด, นายจ้างลูกจ้าง, ความรับผิดทางอาญา, ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น

Abstract

This article aims to study the actions of other persons liable in civil liability and criminal liability. Which mainly persons are liable for the actions of individuals themselves. However, there is some case law to be liable for the actions of others. The party is not liable for the actions that the fault, such employer shall be liable in a civil case against an employee in violation of the hiring. Despite the fact that the employer has used reasonable care in hiring, however. It's not a reason to be cited for not having Liability to pay compensation to the employee. In the criminal Liability of individuals must be essentially criminal offense. May be committing himself indirect perpetrator or is liable because it was involved in the offense, such as a user advocate, which is determined to see that. In a criminal case where the offender shall be liable for their actions comes from lists. But in some criminal offenses that require the no action shall be liable for the actions of others. By which such person does not have the offense. But because their members with the offender or by the meeting, but did not oppose the agreement. Criminal Code section 213, which has been the concept of liability of other parties in a civil action.

Keywords: Tort, Liability, Liability for tort, Criminal Liability, Criminal Association

1. บทนำ

แนวความคิดเกี่ยวกับการละเมิดนั้นได้ก่อกำเนิดขึ้นมาเป็นเวลานานในยุคเริ่มแรกนั้น ความหมายของละเมิดอาจจะมีแตกต่างจากปัจจุบัน โดยเฉพาะความมุ่งหมายในปัจจุบันนั้นมุ่งเยี่ยวยาผู้เสียหายให้เสมือนความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นเลย¹ และในยุคโรมันนั้นการละเมิด คือหนึ่งที่เกิดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ได้มีการแยกความรับผิดชอบออกเป็นความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญาออกจากกันอย่างชัดเจน แต่ในปัจจุบันได้มีการแบ่งความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดทางอาญาออกจากกัน เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายแพ่งและอาญานั้นต่างกัน² โดยความรับผิดทางแพ่งที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คือ การทำละเมิด ผู้ที่ทำละเมิดต่อผู้อื่นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน³ ส่วนความรับผิดทางอาญานั้น ผู้ที่กระทำผิดทางอาญาต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย⁴ เช่น จำคุก หรือปรับ

โดยหลักแล้วบุคคลย่อมมีความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง เช่น การทำร้ายผู้อื่นในทางอาญา ผู้ที่ได้กระทำโดยเจตนาให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายต้องระวางโทษจำคุกหรือปรับ ในทางแพ่งก็ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพราะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยจงใจให้ผู้อื่นเสียหายแก่กาย แต่มีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่น โดยที่บุคคลที่ต้องรับผิดชอบนั้นไม่ได้มีการกระทำที่เป็นความผิด (Fault) จึงเกิดปัญหาว่าในทางแพ่งความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นมีได้หรือไม่ และจะผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นนั้นจะปฏิเสธความรับผิดได้หรือไม่ ส่วนในทางอาญานั้นความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่นมีได้หรือไม่ และจะมีข้อปฏิเสธความรับผิดหรือไม่

¹ คณันท์ภรณ์ ไสตติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิดวรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 37.

² จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 21.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 420.

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 2 วรรคหนึ่ง.

2. ความรับผิดทางแพ่ง

ความรับผิดทางแพ่ง คือ ความรับผิดในการทำละเมิดนั้น โดยหลักแล้ว เป็นความรับผิดที่ตั้งอยู่บนการกระทำความผิดของตนเอง เมื่อบุคคลนั้นได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย ก็จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น แต่อย่างไรก็ตามความรับผิดในการทำละเมิดยังได้ขยายความรับผิดออกไป ในบางกรณียังต้องรับผิดในการทำละเมิดของบุคคลอื่นอีกด้วย ซึ่งความรับผิดในการทำละเมิดสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

2.1 ความรับผิดในทางละเมิดของตนเอง (Fault Liability)

บุคคลใดเมื่อก่อความเสียหายต่อผู้อื่นขึ้นมาแล้วย่อมต้องรับผิดในการกระทำของตน โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดของตนเอง ซึ่งเป็นหลักความยุติธรรมในการเยียวยาความเสียหายอันเกิดแต่การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นให้กับผู้เสียหาย ซึ่งความรับผิดในการละเมิดของตนเองนี้เป็นตามหลักปรกติที่ว่าใครกระทำความผิดผู้นั้นเท่านั้นที่ต้องรับผิด คนอื่นไม่เกี่ยวข้องก็ไม่ต้องรับผิดในการกระทำนั้น⁵ ซึ่งได้แก่กรณีดังต่อไปนี้

1) กรณีบุคคลทำละเมิดตาม มาตรา 420 ซึ่งเป็นความรับผิดในการกระทำของตนเอง เมื่อได้กระทำอันเป็นการละเมิดต่อผู้อื่นย่อมต้องรับผิดในการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

2) กรณีนิติบุคคลรับผิดในการทำละเมิดของผู้แทนนิติบุคคลตาม มาตรา 76 ซึ่งกฎหมายกำหนดให้นิติบุคคลนั้นต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำตามหน้าที่ของผู้แทนนิติบุคคลหรือผู้มีอำนาจทำการแทนนิติบุคคลนั้น

2.2 ความรับผิดในการทำละเมิดของบุคคลอื่น (Vicarious Liability)

ตามปกติแล้วความรับผิดในการทำละเมิดนั้นจะมีขึ้นได้ก็แต่โดยการกระทำของตนเองไม่ว่าความเสียหายนั้นจะกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ เมื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นแล้ว ย่อมต้องรับผิด แต่มีบางกรณีที่กฎหมายได้กำหนดให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดที่มีความเกี่ยวข้องต้องรับผิดในการกระทำละเมิดของผู้อื่น แม้บุคคลนั้นไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำละเมิดของบุคคลอื่นเลยแต่อย่างไร แต่ก็ต้องรับผิด ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของหลักการทั่วไปของละเมิดที่เป็นการรับผิดในการกระทำของตนเอง

⁵ ศันสน์ภรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้, หน้า 54.

ความรับผิดในการละเมิดของผู้อื่น (Vicarious Liability) จึงเป็นบทยกเว้นของกฎหมายละเมิด ในสมัยดั้งเดิมที่เน้นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง ที่ถือหลักว่า “ใครทำ คนนั้นรับ” ดังนั้น เมื่อความรับผิดในการละเมิดของผู้อื่นเป็นข้อยกเว้น ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องรับผิดในการละเมิดของผู้อื่น และต้องตีความบทบัญญัติดังกล่าวอย่างจำกัด โดยพิจารณาเหตุผลประกอบในการตีความบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายที่ต้องได้รับการเยียวยาและเป็นธรรมต่อผู้ที่ต้องรับผิดในการละเมิดของผู้อื่น ซึ่งความรับผิดเพื่อการละเมิดของผู้อื่นนั้นได้แก่กรณีดังต่อไปนี้⁶

1) กรณีของนายจ้างร่วมรับผิดในการทำละเมิดของลูกจ้าง ตามมาตรา 425 นั้นหากปรากฏว่าลูกจ้างได้กระทำละเมิดในทางการที่จ้างแล้ว นายจ้างต้องร่วมรับผิดเสมอ โดยที่กฎหมายไม่ได้เปิดช่องให้นายจ้างปฏิเสธความรับผิดแต่อย่างใด แม้วตนายจ้างเองจะได้ใช้ความระมัดระวังในการจ้าง และควบคุมการทำงานของลูกจ้างดีแล้วก็ตาม นายจ้างก็ไม่อาจปฏิเสธความรับผิดร่วมกับลูกจ้างได้

2) กรณีตัวการร่วมรับผิดในการทำละเมิดของตัวแทน ตามมาตรา 427 โดยกฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติในเรื่องนายจ้างลูกจ้างมาใช้ หมายถึง ตัวการต้องร่วมรับผิดกับตัวแทนในผลแห่งละเมิดในกรณีที่การทำละเมิดนั้นอยู่ในขอบวัตถุประสงค์แห่งการเป็นตัวแทนเท่านั้น และหากอยู่ในขอบวัตถุประสงค์แล้ว ตัวการไม่มีข้อปฏิเสธความรับผิดได้เช่นเดียวกับกรณีของนายจ้าง

3) กรณีความรับผิดของบิดามารดา ผู้อนุบาลร่วมรับผิดในการทำละเมิดของผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถตามมาตรา 429 เมื่อผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถไปทำละเมิดต่อผู้อื่น ผู้ที่มีอำนาจปกครองหรือเป็นผู้ที่คอยอนุบาลคนไร้ความสามารถตามกฎหมายก็ต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดนั้นด้วย แต่ก็มีข้อยกเว้นไม่ต้องรับผิด หากสามารถพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ซึ่งทำอยู่นั้นแล้ว ซึ่งหากพิจารณาดูจะเห็นว่า หากบิดามารดา ผู้อนุบาลใช้ความระมัดระวังในการทำหน้าที่ของตนเองก็ไม่ต้องรับผิดร่วมในผลแห่งละเมิด แต่ถ้าไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการทำหน้าที่ก็ต้องร่วมรับผิดกับผู้เยาว์หรือคนไร้ความสามารถนั้นด้วย

4) กรณีความรับผิดของครูบาอาจารย์ นายจ้าง บุคคลอื่นผู้ดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถ ตามมาตรา 430 เมื่อผู้ที่อยู่ในความดูแลได้ไปทำละเมิดตามกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่มีหน้าที่ดูแลผู้ไร้ความสามารถต้องร่วมรับผิดในผลแห่งละเมิดที่ผู้ไร้ความสามารถได้กระทำ แต่ทั้งนี้จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าบุคคลนั้น ๆ มิได้ใช้ ความระมัดระวังตามสมควร

⁶เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

จะเห็นได้ว่าความรับผิดชอบในการกระทำของบุคคลอื่นนั้นมีหลายกรณี ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการทำละเมิดของบุคคลอื่นนั้นล้วนแต่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ที่ทำละเมิด เช่น เป็นนายจ้างลูกจ้าง เป็นตัวการตัวแทนกัน เป็นบิดามารดาหรือผู้ปกครอง หรือเป็นผู้ที่ดูแลบุคคลไร้ความสามารถอยู่ แต่ความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่นที่กล่าวมานี้ มีบางกรณีที่ผู้นั้นสามารถอ้างหรือปฏิเสธความรับผิดชอบได้ เช่น อ้างว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในการทำหน้าที่ดูแลแล้วก็ไม่ต้องรับผิด ดังนั้นเมื่อปฏิเสธความรับผิดชอบได้จะถือว่าเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของผู้อื่นได้หรือไม่

3. ความรับผิดชอบในทางอาญา

โดยหลักแล้วความรับผิดชอบในทางอาญานั้นเป็นความรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง การกระทำอันเป็นความผิดอันนั้นเองนำมาซึ่งความรับผิดและโทษทางอาญา ซึ่งเราแยกพิจารณาผู้กระทำความผิดในทางอาญาออกเป็น 3 กรณีด้วยกัน⁷

3.1) ผู้กระทำความผิดด้วยตนเองหรือผู้กระทำความผิดโดยทางตรง ความรับผิดเกิดจากการกระทำทุกๆ อย่างต้องตามบทบัญญัติของความผิดฐานใดฐานหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติด้วยตนเอง⁸ เช่น เป็นคนเอาขวดตีหัวคนอื่น ขับรถชนคนอื่นด้วยตัวเอง

3.2) ผู้กระทำความผิดโดยอ้อม ความรับผิดเกิดจากการใช้บุคคลที่ไม่มีเจตนากระทำความผิด (Innocent Agent) เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด โดยที่ไม่ถือว่าการกระทำความผิดโดยอ้อมไม่ใช่ผู้ใช้ เพราะผู้ถูกใช้ไม่มีเจตนากระทำความผิด⁹

3.3) ผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด (Parties to Crime) ความรับผิดกรณีนี้เกิดจากการเข้าไปมีส่วนร่วมในฐานะเป็นตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด เมื่อมีส่วนร่วมก็ต้องสมควรได้รับโทษ

ผู้ที่ต้องรับผิดในทางอาญาทั้ง 3 ประเภทดังกล่าวข้างต้นนั้นล้วนแต่มีพื้นฐานมาจากการกระทำของตนเองทั้งสิ้น กล่าวคือเป็นการกระทำความผิดของตนเองเพราะได้กระทำความผิดโดยตรง หรือเพราะได้กระทำความผิดโดยอ้อม หรือเพราะเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ดังนั้นจะ

⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2551), หน้า 128.

⁸ คณิศ ณ นคร, กฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 164.

⁹ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551) หน้า 104.

เห็นว่าเหตุที่ทำให้ผู้นั้นต้องมีความรับผิดทางอาญาจากการที่เป็นผู้กระทำความผิดด้วยตัวเองหรือเป็นเพราะเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด ซึ่งล้วนแต่เป็นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของตนเองทั้งสิ้น ดังนั้นในทางอาญาจะมีความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่นที่ผู้กระทำไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำอันนั้นเลยได้หรือไม่

4. บทวิเคราะห์ความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น

4.1 กฎหมายแพ่ง

ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) นั้นคือความรับผิดที่เกิดขึ้นโดยที่ผู้นั้นไม่มีความผิด แต่เป็นความรับผิดอันเกิดจากการทำละเมิดของผู้อื่น แต่เพราะเหตุผู้นั้นมีฐานะเกี่ยวข้องกับผู้กระทำความผิด ในกฎหมายแพ่งความรับผิดในการทำละเมิดของผู้อื่นนั้นมีอยู่หลายกรณีด้วยกัน แต่หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าในกรณีความรับผิดของบิดามารดา ผู้อนุบาล ตามมาตรา 429 และกรณีความรับผิดของครูบาอาจารย์ นายจ้าง บุคคลอื่นผู้ดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถ ตามมาตรา 430 กฎหมายได้เปิดช่องให้บิดามารดา ผู้อนุบาล หากพิสูจน์ได้ว่าตนเองได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้นก็ไม่ต้องรับผิด แสดงให้เห็นว่าแท้จริงแล้วความรับผิดร่วมกับผู้เยาว์หรือคนวิกลจริตตามมาตรานี้ คือ การไม่เอาใจใส่ในการเลี้ยงดูของบิดามารดา หรือผู้อนุบาลนั่นเอง ซึ่งถือเป็นความผิดของตนเอง จึงมิใช่ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น เช่นเดียวกับกรณีของความรับผิดของครูบาอาจารย์ นายจ้าง บุคคลอื่นผู้ดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถ ตามมาตรา 430 ที่ต้องรับผิดเพราะตนเองบกพร่องในการดูแลบุคคลที่ต้องดูแล ซึ่งถือเป็นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของตนเองเช่นกัน

ส่วนกรณีความรับผิดของนายจ้างที่ต้องร่วมรับผิดในการทำละเมิดของลูกจ้างในทางการที่จ้างตาม ม.426 นั้น กฎหมายไม่เปิดช่องให้นายจ้างปฏิเสธความรับผิดเลย หากการทำละเมิดนั้นอยู่ในทางการที่จ้างของนายจ้างแล้ว แม้นายจ้างจะได้ใช้ความระมัดระวังอย่างดีในการจ้าง ไม่ขาดตกบกพร่องในการทำหน้าที่นายจ้างเลยก็ตาม นายจ้างก็ไม่อาจปฏิเสธความรับผิดได้ จะเห็นได้ว่าความรับผิดของนายจ้างนั้น เช่นเดียวกับความรับผิดของตัวการที่ต้องร่วมรับผิดในการกระทำของตัวแทนที่ได้กระทำภายในขอบวัตถุประสงค์ของการเป็นตัวแทนที่ไม่อาจปฏิเสธความรับผิดได้ ซึ่งถือเป็นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของผู้อื่นโดยแท้

4.2 กฎหมายอาญา

แม้โดยหลักแล้วความรับผิดทางอาญาจะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนเอง หากไม่ไม่ได้ลงมือเองแล้วก็ต้องเป็นเพราะเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด เช่น การเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน แต่มีบางกรณีบุคคลอาจต้องมีความรับผิดทางอาญาในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) ซึ่งมีแนวความคิดมาจากความรับผิดในทางละเมิด ที่ทำให้เกิดความรับผิดต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในการทำละเมิดของบุคคลอื่น โดยที่ผู้ต้องรับผิดร่วมนั้นไม่มีความผิดเลย แต่เพราะฐานะหรือความสัมพันธ์บางอย่าง เช่น เป็นนายจ้างกับลูกจ้าง เมื่อลูกจ้างทำละเมิดในทางการที่จ้างนายจ้างต้องรับผิดร่วมกับลูกจ้าง โดยที่นายจ้างไม่ต้องจงใจหรือประมาทใด ๆ เลย

ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) ที่ปรากฏในกฎหมายอาญา ในมาตรา 213 ถ้าสมาชิกอัยย์หรือชองโจรคนหนึ่งคนใดได้กระทำความผิดตามความมุ่งหมายของอัยย์หรือชองโจรนั้น สมาชิกอัยย์หรือชองโจรที่อยู่ด้วยในขณะกระทำความผิด หรืออยู่ด้วยในที่ประชุมแต่ไม่ได้คัดค้านในการตกลงกระทำความผิดและบรรดาหัวหน้า ผู้จัดการ หรือมีตำแหน่งหน้าที่ในอัยย์หรือชองโจรนั้น ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นทุกคน ตามมาตรานี้ผู้ที่ต้องรับผิดไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดด้วย ไม่ได้ร่วมลงมือกระทำความผิดนั้นด้วยเลย¹⁰ ไม่ได้เป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน แต่ต้องรับผิดเพราะฐานะบางอย่างเช่น เป็นหัวหน้า ผู้จัดการ หรือเป็นสมาชิก เมื่อมีสมาชิกอื่นในอัยย์หรือชองโจรได้ไปกระทำความผิดตามความมุ่งหมายของอัยย์หรือชองโจร คนที่ไม่ได้กระทำก็ต้องรับผิดกับเขาด้วย จึงเป็นความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น

5. บทสรุป

ความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) คือความรับผิดที่ผู้หนึ่งไม่มีความผิด (Fault) เลย แต่ที่ต้องรับผิดเพราะที่ต้องรับผิดเพราะฐานะบางอย่างที่เป็นเหตุให้ต้องร่วมรับผิด เช่น นายจ้างที่ต้องร่วมรับผิดกับลูกจ้าง ตัวการที่ต้องร่วมรับผิดกับตัวแทน ส่วนกรณีของบิดา มารดา ผู้อุปการะ ตามมาตรา 429 และกรณีความรับผิดของครูบาอาจารย์ นายจ้าง บุคคลอื่นผู้ดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถ ตามมาตรา 430 นั้นเมื่อบุคคลดังกล่าวสามารถพิสูจน์ได้ว่าได้ใช้ความระมัดระวัง หรือต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าไม่ได้ใช้ความระมัดระวังแล้วก็ไม่ต้องรับผิด จึงไม่ใช่ความรับผิดใน

¹⁰ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 128.

การกระทำของผู้อื่น (Vicarious Liability) แต่เป็นความรับผิดในการกระทำของตนเองที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการดูแลผู้เยาว์ คนวิกลจริต หรือบุคคลผู้ไร้ความสามารถ

ส่วนในทางอาญานั้นตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด แม้จะไม่ได้เป็นผู้ลงมือกระทำความผิดเองก็ต้องรับโทษร่วมกับผู้ลงมือกระทำความผิด แต่ก็ไม่ใช่ความรับผิดในการกระทำของผู้อื่น แต่เป็นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำของตนเอง

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์พลสยามพริ้นติ้ง (ประเทศไทย), 2551.

คณิต ณ นคร. กฎหมายอาญาภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,
2551.

จี๊ด เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โครงการ
ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ. พิมพ์ครั้งที่ 10.
กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

ศันท์กรณ์ โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้.
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายอาญาภาค 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2551



คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

หลักเกณฑ์การพิมพ์ส่วนประกอบของบทความ

1. **กระดาษที่ใช้** กระดาษที่ใช้พิมพ์ให้ใช้กระดาษปอนด์ไม่มีบรรทัดชนิด 80 แกรม โดยพิมพ์เพียงหน้าเดียวใช้ตัวอักษรสีดำ
2. **รูปแบบและขนาดตัวอักษร** ตัวอักษรที่ใช้ TH Niramit AS ขนาด 16 ยกเว้น ชื่อเรื่องภาษาไทย และรูปแบบตัวอักษรที่ใช้ TH Niramit AS ขนาด 16 ตัวหนา
3. **การตั้งค่าหน้ากระดาษ** ส่วนขอบบนหัวกระดาษ ขนาด 2.54 ซม. ส่วนขอบซ้ายกระดาษ ขนาด 3 ซม. ส่วนล่างขอบกระดาษ ขนาด 2.54 ซม. และส่วนขอบขวา ขนาด 3 ซม.
4. **จำนวนหน้าของการเขียนบทความ** หากเป็นบทความวิชาการควรเขียนระหว่าง 10-15 หน้า กรณีเป็นบทความวิจัยควรเขียนระหว่าง 15-25 หน้า
5. **การขึ้นหน้าใหม่**
 - 5.1 ถ้าพิมพ์มาถึงบรรทัดสุดท้ายของหน้ากระดาษและต้องขึ้นหน้าใหม่ แต่ข้อความเหลืออีกเพียงบรรทัดเดียวก็จะจบย่อหน้าเดิม ให้พิมพ์ต่อไปหน้าเดิมจนจบย่อหน้านั้น และจึงขึ้นย่อหน้าใหม่ในหน้าถัดไป โดยย่อเข้ามาประมาณ 1 ซม.
 - 5.2 ถ้าต้องการขึ้นย่อหน้าใหม่ แต่มีเนื้อที่เหลือให้พิมพ์ได้อีกเพียงบรรทัดเดียวในหน้านั้นให้ยกหน้านั้นไปตั้งพิมพ์ในหน้าถัดไป
6. **ตัวเลข** ตัวเลขที่ใช้ในการพิมพ์บทความ ให้ใช้ตัวเลขอารบิคอย่างเดี่ยวโดยตลอด
7. **ลำดับหน้า** การพิมพ์เลขลำดับหน้าบทความ ให้พิมพ์ตัวเลขโดยใส่เลขหน้ากำกับทุกหน้าตรงมุมขวาบน
8. **การลำดับหัวข้อให้ทำดังนี้**
 - 8.1 การลำดับหัวข้อกรณีมีเลขกำกับให้ใช้ระบบตัวเลข โดยใส่มหัพภาคหลังตัวเลข
 - 8.2 การจัดวางหัวข้อให้เป็นไปตามระดับความสำคัญของหัวข้อดังนี้

1.หัวข้อใหญ่

1.1 ✓✓ หัวข้อรอง.....

1.1.1 ✓✓ หัวข้อย่อย.....

1) ✓✓

2) ✓✓

ตัวอย่างเช่น

1.วิธีดำเนินการวิจัย

1.1 รูปแบบการทำวิจัย

1.1.1 วิจัยเอกสาร มีดังนี้

1) แหล่งข้อมูลปฐมภูมิ

2) แหล่งข้อมูลทุติยภูมิ

รูปแบบการเขียนบทความแบ่งออกเป็น 2 ประเภท

1. บทความวิชาการ

2. บทความวิจัย

1.1 รายละเอียดส่วนประกอบเบื้องต้น

บทความวิชาการ ควรมีความยาวระหว่าง 10-20 หน้า

บทความวิจัย ควรมีความยาวระหว่าง 15-25 หน้า

รายละเอียดเบื้องต้นของบทความ

1.1.1 ชื่อเรื่อง

ชื่อเรื่องต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ควรกะทัดรัด ไม่ยาวเกินไป ต้นฉบับภาษาไทยให้พิมพ์ชื่อเรื่องภาษาไทยก่อนแล้วตามด้วยภาษาอังกฤษ

รูปแบบการเขียนดังนี้

การต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติตามอนุสัญญาขององค์การ

สหประชาชาติ ค.ศ. 2000

ชื่อบทความภาษาไทย (ตัวอักษร TH Niramit AS ขนาด 16 จัดกึ่งกลาง ตัวหนา)

The Fight against Transnational Organized Crime under the 2000 United Nations Convention

ชื่อบทความภาษาอังกฤษ (ตัวอักษร TH Niramit AS ขนาด 16 จัดกึ่งกลาง)

1.1.2 ชื่อผู้เขียน

ชื่อผู้เขียนทุกคน (Authors) โดยต้องเป็นชื่อภาษาไทยเท่านั้น โดยให้ระบุชื่อ-นามสกุลเต็มของผู้เขียนพร้อมกับคำนำหน้าชื่อหรือตำแหน่งทางวิชาการ

รูปแบบการเขียนดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.จตุรงค์ ธีระวัฒน์

ชื่อผู้แต่งภาษาไทย (ตัวอักษร TH Niramit AS ขนาด 16 จัดกึ่งกลาง ตัวหนา)

1.1.3 ชื่อสังกัดของผู้เขียน

ชื่อสังกัดของผู้เขียน โดยต้องเป็นชื่อภาษาไทยเท่านั้น ประกอบด้วย สถานที่ทำงาน ที่อยู่ปัจจุบัน

รูปแบบการเขียนดังนี้

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร รหัสไปรษณีย์ 10200

ชื่อสังกัดภาษาไทย (ตัวอักษร TH Niramit AS ขนาด 16 จัดกึ่งกลาง)

1.1.4 บทคัดย่อ

บทคัดย่อ (Abstract) ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ความยาวไม่ควรเกิน 15-20 บรรทัด หรือไม่เกิน 700 คำ (บทคัดย่อที่เขียนควรเป็นแบบ Indicative Abstract คือ สั้นและตรงประเด็น และให้สาระสำคัญเท่านั้น ไม่ควรเขียนแบบ Informative Abstract ตามแบบที่เขียนในวิทยานิพนธ์หรือรายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์)

รูปแบบการเขียนดังนี้

บทคัดย่อ (ตัวอักษร TH Niramit AS ขนาด 16 จัดกึ่งกลาง)

| -1 ซม- |

Abstract (ตัวอักษร TH Niramit AS ขนาด 16 จัดกึ่งกลาง)

| -1 ซม- |

1.1.5 คำสำคัญ

คำสำคัญ(Keywords) ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ กำหนดคำสำคัญที่เหมาะสมสำหรับการนำไปใช้ทำคำค้นในระบบฐานข้อมูลที่คิดว่าผู้ที่จะค้นหาคำควรใช้ ให้ระบุ อย่างละไม่เกิน 5 คำ หากมีคำสำคัญหลายคำ ให้ใส่เครื่องหมายลูกน้ำหรือComma (,) คั่นระหว่างคำสำคัญ

รูปแบบการเขียนดังนี้

คำสำคัญ: องค์การอาชญากรรม, อาชญากรรมข้ามชาติ, สหประชาชาติ, อนุสัญญา, กฎหมายระหว่างประเทศ
คำสำคัญ (ตัวอักษร TH Niramit AS ขนาด 16 จัดชิดขอบซ้าย)

Keywords: Organized Crime, Transnational Crime, United Nation, Convention, International Law

Keywords (ตัวอักษร TH Niramit AS ขนาด 16 จัดชิดขอบซ้าย)

2.1 ส่วนเนื้อหา (บทความทางวิชาการ)

2.1.1 บทนำ

บทนำประกอบไปด้วยส่วนต่างๆดังนี้

1.2.1.1 ความนำ เป็นส่วนที่กล่าวถึงทั่วไปเพื่อเป็นการแนะนำให้รู้ถึงความเป็นมา ภูมิหลังของปัญหาที่ศึกษาและหลักการและเหตุผลของการศึกษาปัญหา

1.2.1.2 ความสำคัญของสภาพปัญหา เป็นส่วนที่ชี้ให้เห็นประเด็นความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่จะศึกษา

2.1.2 เนื้อหา

เนื้อหาทางวิชาการแบ่งเป็น ประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย

2.1.3 บทสรุป

ในการสรุปผลการศึกษาระบุผลการศึกษาระบุตามสมมติฐานหรือวัตถุประสงค์ของการเขียนบทความก็ได้

2.2 ส่วนเนื้อหา (บทความวิจัย)

2.2.1 บทนำ

บทนำประกอบไปด้วยส่วนต่างๆดังนี้

1) ความนำ เป็นส่วนที่กล่าวถึงทั่วไปเพื่อเป็นการแนะนำให้รู้ถึงความเป็นมา ภูมิหลังของปัญหาที่ศึกษา และหลักการและเหตุผลของการวิจัย

2.2.2 เนื้อหา

1) ความสำคัญของสภาพปัญหา เป็นส่วนที่ชี้ให้เห็นประเด็นความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่จะศึกษา ซึ่งผู้วิจัยควรกำหนดประเด็นปัญหาที่ต้องการศึกษาให้ชัดเจนว่า การวิจัยเรื่องนี้มี ความสำคัญอย่างไร มีปัญหาหรือข้อสงสัยอะไรที่จะต้องแสวงหาคำตอบ การกำหนดปัญหาไว้อย่างไรชัดเจนจะช่วยให้สามารถวางแผนงานวิจัยได้อย่างเหมาะสม และสามารถเป็นเครื่องชี้แนวทางในการวิจัยได้

2) วัตถุประสงค์ของการเขียนบทความ เป็นส่วนที่ชี้ให้เห็นเหตุผลที่ต้องการศึกษาหรือเป็นการบอกจุดมุ่งหมายหรือประเด็นปัญหาการเขียนบทความ วัตถุประสงค์ของการเขียนบทความ ต้องสอดคล้องกับเรื่องที่ต้องการศึกษา มีความชัดเจนและมีความสัมพันธ์กับขอบเขตปัญหาที่จะศึกษา การตั้งวัตถุประสงค์นั้น ควรมีการจัดเรียงวัตถุประสงค์ของแต่ละข้อตามความสำคัญของการวิจัยอย่างชัดเจน

3) สมมติฐาน (ถ้ามี) คือ ข้อความที่ระบุความสัมพันธ์หรือความแตกต่างระหว่างตัวแปรที่ผู้วิจัยจะทำการทดสอบว่า เป็นจริงหรือไม่ เป็นส่วนที่หมายคำตอบหรือผลของการเขียนบทความที่ผู้เขียนคาดเดาไว้ล่วงหน้าก่อนลงมือทำบทความจะมีหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการเขียนบทความ

4) ขอบเขตของการเขียนบทความ เป็นการกำหนดกรอบของการเขียนบทความให้ชัดเจนว่า การศึกษาครั้งนี้ครอบคลุมเรื่องใด ที่ไหนและเวลาใดบ้าง

5) ระเบียบวิธีวิจัย เป็นการกำหนดระเบียบวิธีการศึกษาบทความว่า สมควรใช้รูปแบบไหน อย่างไร

6) ข้อตกลงเบื้องต้น (ถ้ามี) บางครั้งผู้เขียนบทความจำเป็นต้องกำหนดข้อตกลงเบื้องต้นของการเขียนบทความไว้ก่อนว่า ผู้เขียนมีประจักษ์พยานยืนยันหรือเหตุผลอะไรที่แสดงว่า ในการเขียนบทความครั้งนี้ สิ่งหรือตัวแปรซึ่งนอกเหนือจากที่ผู้เขียนกำหนด โดยที่ผู้เขียนที่ไม่สามารถควบคุมได้ด้วยกระบวนการ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อข้อมูลที่ใช้ในการเขียน หรืออาจส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของการเขียนบทความ ในกรณีเช่นนี้จำเป็นต้องกำหนดข้อตกลงเบื้องต้นของการเขียนบทความไว้ก่อน(ก็ได้)

7) นิยามศัพท์เฉพาะ เป็นการนิยามเชิงปฏิบัติการหรือเป็นการระบุคุณสมบัติของตัวแปรและรายการที่จะนำมาใช้ในการสร้างมาตรฐานวัดตัวแปร หากมีคำศัพท์หรือตัวแปรใดๆ ที่ได้นำมาใช้ในการวิจัยซึ่งความหมายคลุมเครือ หรือสามารถตีความได้หลายความหมาย ผู้เขียนควรให้คำจำกัดความไว้สำหรับใช้ในการเขียนบทความครั้งนี้ เพื่อสื่อให้ผู้อ่านมีความเข้าใจตรงกับผู้เขียน

8) ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการเขียนบทความ เป็นประโยชน์ที่ผู้เขียนคาดว่า ผลการเขียนบทความเรื่องนี้เป็นประโยชน์กับผู้ใดในด้านใด

9) วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง เป็นการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับโจทก์วิจัย ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องดังนี้

9.1) หลักการ แนวคิด ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

9.2) ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับเรื่อง que ศึกษาในเชิงวิเคราะห์ สังเคราะห์ และบูรณาการ อาทิ งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้อง โดยแยกเป็นงานเขียนที่เกี่ยวข้องภาษาไทย และงานเขียนที่เกี่ยวข้องภาษาอังกฤษ (ถ้ามี)

10) วิเคราะห์ปัญหา ซึ่งการวิเคราะห์ปัญหาของบทความจะเป็นการนำปัญหาที่ตั้งสมมติฐานมาวิเคราะห์โดยใช้ทฤษฎีหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาวิเคราะห์ บางกรณีหากมีการเปรียบเทียบเชิงคุณภาพ อาทิ การศึกษาปรากฏการณ์ทางสังคมและระเบียบวิธีวิจัยเชิงสำรวจ อาทิ การสัมภาษณ์ การใช้แบบสอบถามมาใช้ประกอบด้วยก็ได้

2.2.3 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในการสรุปผลการศึกษาระบุผลการศึกษาระบุตามสมมติฐานหรือวัตถุประสงค์ของการเขียนบทความก็ได้ ส่วนข้อเสนอแนะนั้น เป็นข้อแนะนำที่จะให้มีการแก้ไขปรับปรุงอะไร และเป็นไปในแนวทางไหนจึงจะเหมาะสมกับประเด็นปัญหาที่ได้มีการตั้งโจทย์ในบทความไว้

ส่วนอ้างอิง

ส่วนประกอบท้ายเรื่องหรือส่วนอ้างอิงได้แก่ บรรณานุกรม/เอกสารอ้างอิง และภาคผนวก ต้องมีการอ้างอิงในเนื้อหาและมีบรรณานุกรมท้ายเรื่อง ข้อความที่นำมาอ้างอิงอาจเป็นการเขียนหรือคัดข้อความที่อ้างอิงหรือการเขียนโดยเรียบเรียงหรือประมวลใหม่ รายการอ้างอิงในเนื้อหาทุกรายการต้องอยู่ในบรรณานุกรมท้ายเรื่องด้วย

1. การอ้างอิง

การอ้างอิง คือ การระบุแหล่งที่มาของข้อความในตัวเรื่องทั้งที่ยกมาโดยตรงหรือประมวลความคิดมาโดยให้อ้างอิงแบบเชิงบรรณานุกรม

การอ้างอิงแบบเชิงบรรณานุกรม คือ การอ้างอิงที่ระบุที่มาของข้อความในตัวเรื่อง และนอกจากนี้ยังใช้เชิงบรรณานุกรม เป็นการโยงให้ผู้อ่านดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่หน้าอื่นของบทความ โดยการเขียนหรือการพิมพ์ไว้ส่วนล่างของกระดาษซึ่งต้องการโยงข้อความนั้นๆ หลักการเขียนเชิงบรรณานุกรม มีดังนี้

- 1) รูปแบบตัวอักษรที่ใช้ ตัวอักษร TH Niromit AS ขนาด 14
- 2) การพิมพ์เชิงบรรณานุกรม ให้พิมพ์เชิงบรรณานุกรมไว้ส่วนล่างของแต่ละหน้าที่อ้างอิงถึง และให้แยกจากเนื้อเรื่องโดยขีดเส้นคั่นขวางจากขอบซ้ายของกระดาษประมาณ 20 ตัวพิมพ์ โดยให้บรรทัดสุดท้ายของข้อความในเชิงบรรณานุกรมอยู่ห่างจากขอบกระดาษด้านล่าง 3 ซม.
- 3) การพิมพ์เชิงบรรณานุกรมให้พิมพ์ชิดขอบซ้าย รายการใดยาวเกิน 1 บรรทัด บรรทัดต่อมาให้พิมพ์ชิดขอบแนวด้านซ้ายมือทุกบรรทัดจนจบรายการนั้น
- 4) การเรียงลำดับเลขของเชิงบรรณานุกรม

4.1 การเรียงลำดับเลขของเชิงบรรณานุกรม ให้เริ่มเชิงบรรณานุกรมแรกของบทความด้วยเลข 1 ต่อเนื่องกันไป โดยให้ยกกระดืบสูงเหนือตัวอักษรตัวแรกของข้อความในส่วนเชิงบรรณานุกรม

4.2 กรณีในหน้านั้นๆมีเชิงบรรณานุกรมหรือเชิงบรรณานุกรมมากกว่า 1 รายการ เชิงบรรณานุกรมในหน้าใดต้องจบในหน้านั้นไม่ให้พิมพ์ในหน้าถัดไป

5) การเขียนเชิงบรรณานุกรม

5.1 การเขียนเชิงบรรณานุกรม เมื่ออ้างอิงเอกสารซ้ำหากไม่มีเอกสารอื่นมาคั่น ให้ใช้คำว่าเรื่องเดียวกัน สำหรับภาษาอังกฤษใช้คำว่า Ibid

5.2 ถ้าเอกสารเรื่องเดียวกัน แต่ต่างกัน ให้ลงเลขหน้ากำกับด้วย เช่น เรื่องเดียวกัน, 13. หรือ Ibid, 13.

5.3 การอ้างถึงเอกสารเดียวกันซ้ำอีก ถ้าอ้างถึงเอกสารเดียวกันอีกโดยมีเอกสารอื่นคั่น ให้ลงรายการอย่างย่อ คือ ชื่อผู้แต่ง ชื่อเรื่อง และเลขหน้า ส่วนรายการที่เกี่ยวกับสถานที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ ให้ตัดออก เช่น สมยศ เชื้อไทย. นิติปรัชญาเบื้องต้น, 9.

6) การเขียนเชิงบรรณ, บทความประเภทต่างๆ และบทวิจารณ์หนังสือ ให้ดูรูปแบบและตัวอย่างดังนี้

1) การอ้างอิงจากหนังสือ

รูปแบบ

ผู้แต่ง, ✓ ชื่อเรื่อง, ✓ ชื่อชุด(ถ้ามี), ✓ ครั้งที่พิมพ์(ถ้าพิมพ์มากกว่าหนึ่งครั้ง, ✓ (สถานที่พิมพ์: ✓ สำนักพิมพ์หรือโรงพิมพ์, ปีพิมพ์), ✓ หน้าที่ยังอ้างถึง.

2) การอ้างอิงบทความวารสารและหนังสือพิมพ์

รูปแบบ

ชื่อตัวของผู้เขียน ✓ ✓ ชื่อสกุลของผู้เขียน, ✓ (เดือน ปี), ✓ ชื่อบทความ, ✓ ชื่อวารสาร, ✓ ปีที่ (ฉบับที่), ✓ หน้า

3) การอ้างอิงจากวิทยานิพนธ์

รูปแบบ

ชื่อผู้เขียนวิทยานิพนธ์, ✓ “ชื่อวิทยานิพนธ์,” ✓ (ระดับของวิทยานิพนธ์ คณะ มหาวิทยาลัย, ✓ ปีที่พิมพ์), ✓ หน้า.

4) การอ้างอิงกฎหมาย

รูปแบบ

“ชื่อกฎหมาย,” ✓ (ปี. ✓ วัน ✓ เดือน), ✓ ราชกิจจานุเบกษา, ✓ เล่ม ✓ ตอนที่, ✓ หน้า.

5) เอกสารที่ไม่ตีพิมพ์

ลงรายการเหมือนหนังสือ และระบุลักษณะของเอกสารนั้นๆ เช่น อัดสำเนา หรือ Mimeographed สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษไว้ในวงเล็บท้ายสุดของรายการ

ตัวอย่าง

สำนักงานจังหวัดลำปาง, (2546), บรรยายสรุปจังหวัดลำปาง ปี 2546, (กลุ่มงานข้อมูลสารสนเทศและการสื่อสาร), (อัดสำเนา)

6) การอ้างคำพิพากษาฎีกา ให้ใส่เลขที่ พร้อมทั้งยกตัวอย่างของผู้จัดทำ

ตัวอย่าง

คำพิพากษา ฎีกาที่ 5616/2539 (เนติ.), 1296 คำพิพากษาฎีกาที่ 4323/2538 (สงเสริม.), 12.

7) บทความจากหนังสือรวบรวมบทความ

รูปแบบ

ชื่อตัวของผู้เขียน ✓✓ ชื่อสกุลของผู้เขียน ✓ (ปีที่พิมพ์) ✓ “ชื่อบทความ” ✓ ในชื่อเรื่อง ✓ รวบรวมโดยผู้รวบรวม ✓ ชื่อชุด ✓ (ถ้ามี) ✓ ครั้งที่พิมพ์ ✓ (กรณีพิมพ์มากกว่า 1 ครั้ง) จำนวนเล่ม (กรณีมีหลายเล่มจบ) (สถานที่พิมพ์) ✓ เล่มที่: ✓ กรณีมีหลายเล่มจบ ✓ หน้าหรือจำนวนหน้าที่อ้างถึง

8) บทความในสารานุกรม

รูปแบบ

ชื่อตัวของผู้เขียน ✓✓ ชื่อสกุลของผู้เขียน ✓ (ปีที่พิมพ์) ✓ “ชื่อสารานุกรมหน้าแรกของบทความ” ✓ เล่มที่ของสารานุกรม ✓ หน้าในบทความโดยเฉพาะที่ต้องการอ้าง(ถ้ามี).

9) บทวิจารณ์หนังสือ

รูปแบบ

ชื่อตัวของผู้เขียนบทวิจารณ์ ✓✓ ชื่อสกุลของผู้เขียนบทวิจารณ์ ✓ (เดือน ปีพิมพ์) , วิจารณ์เรื่อง ชื่อหนังสือที่วิจารณ์ ✓ โดยผู้แต่งหนังสือที่วิจารณ์ ✓ เล่มที่ของวารสาร ✓ ชื่อวารสาร ✓ หน้าแรกของบทวิจารณ์ ✓ หน้าในบทวิจารณ์โดยเฉพาะที่ต้องการอ้าง(ถ้ามี).

10) สัมภาษณ์

รูปแบบ

สัมภาษณ์ ชื่อผู้สัมภาษณ์ ✓ ตำแหน่ง(ถ้ามี) ,วัน ✓ เดือน ✓ ปี ✓ สถานที่.

ตัวอย่าง

สัมภาษณ์ ศุภชัยพิศิษฐวานิช, อธิบดีกรมศุลกากร, 5 มิถุนายน 2538, สัมภาษณ์, ทำเนียบรัฐบาล.

ตัวอย่าง Interview with Richard Katz] Director] 13 August 1971, N.B.C. Television] New York.

11) การอ้างอิงจากเว็บไซต์

ชื่อผู้แต่ง ✓ (ปีที่พิมพ์) ✓ ชื่อเรื่อง ✓ สืบค้นเมื่อ ✓ วัน ✓ เดือน ✓ ปี ✓ จาก ✓ แหล่งที่อยู่ไฟล์ (URL)

ตัวอย่าง 6.11.1) Web page

ภาษาไทย

ดาเรศ บันเทิงจิตร, (2549), การเขียนบทความทางวิชาการ, สืบค้นเมื่อ 1 พฤษภาคม 2551, จาก

www.dss.go.th/dssweb/st-articles/files/sti_9_2549_how-to-write-article.pdf

ภาษาอังกฤษ

Burke, L.P., (May, 1977), A Hypertext history of the Renaissance History, Retrieved September 23, 1999, from <http://www.caf.new.edu/home/lbs/renhisthtml>

11.2) บทความจาก online

รวมพรรณ.

Coulson, J. (1964). Crime and Punishment. New York: Norton.

3) หนังสือที่พิมพ์ในโอกาสพิเศษ เช่น หนังสืออนุสรณ์งานศพ งานวันสถาปนาหรืออื่นๆที่ถือเป็นเอกสารอ้างอิงที่สำคัญ ให้ลงรายการเหมือนหนังสือธรรมดา โดยเพิ่มเติมรายละเอียดของหนังสือดังกล่าวไว้ในวงเล็บท้ายรายการ

ผู้แต่ง. ✓✓ (ปีพิมพ์). ✓ ชื่อเรื่อง. ✓✓ ชื่อชุดและลำดับที่. ✓✓ ครั้งที่พิมพ์. ✓ จำนวนเล่ม. ✓✓ สถานที่
✓✓✓✓✓✓✓✓ สถานที่พิมพ์: ✓ สำนักพิมพ์ หรือโรงพิมพ์.

4) บทความหรือบทหนึ่งในหนังสือ

เป็นการอ้างอิงที่ไม่ได้ใช้หนังสือทั้งเล่มประกอบ แต่ใช้เพียงบทใดบทหนึ่ง หรือเรื่องใดเรื่องหนึ่งของหนังสือ หรือการอ้างอิงจากหนังสือที่มีผู้เขียนหลายคนแบ่งกันเขียนเป็นเรื่องๆโดยมีบรรณาธิการเป็นผู้รับผิดชอบ ดังนี้

ผู้เขียนบทความ. ✓✓ (ปีพิมพ์). "ชื่อบทความ." ✓✓ ในชื่อหนังสือ. ✓ เลขหน้า.
✓✓✓✓✓✓✓✓ ชื่อบรรณาธิการ(ถ้ามี). ✓✓ ครั้งที่พิมพ์. ✓✓ สถานที่พิมพ์: ✓ สำนักพิมพ์หรือโรงพิมพ์.

5) บทความในวารสาร

ผู้เขียนบทความ. ✓✓ (เดือน✓ปี). "ชื่อบทความ." ✓✓ ชื่อวารสาร. ✓✓ ปีที่(ฉบับ). ✓ หน้า.

6) บทความหรือข่าวในหนังสือพิมพ์

ผู้เขียนบทความ. ✓✓ "ชื่อบทความหรือชื่อข่าว." ✓✓ ชื่อหนังสือพิมพ์. ✓✓ (วัน✓เดือน✓ปี)
✓✓✓✓✓✓✓✓ เลขหน้า.

7) บทความในสารานุกรม

การเขียนบรรณานุกรมบทความในสารานุกรมจะคล้ายกับการเขียนบรรณานุกรมบทความในวารสาร ยกเว้นไม่มีการลงรายการฉบับที่ (Number) และในกรณีที่สารานุกรมชื่อเรื่องนั้นมีเล่มเดียวจบ ก็ไม่ต้องลงรายการเล่มที่

คู่มือการเขียนบทความทางวิชาการและบทความทางวิจัย

และให้เขียนเครื่องหมายและเลขหน้า ต่อจากรายการชื่อ สารานุกรมได้เลย บทความในสารานุกรม มีแบบแผน และหลักเกณฑ์การลงรายการดังนี้

ผู้เขียนบทความ. ✓✓ (ปีที่พิมพ์). ✓✓ “ชื่อบทความ.” ✓✓ ชื่อสารานุกรม. ✓ เล่มที่, ✓ เลขหน้า.

8) บทวิจารณ์หนังสือในวารสาร

ผู้เขียนบทวิจารณ์. ✓✓ (เดือน ✓ ปี). ✓✓ วิจารณ์เรื่อง ✓ ชื่อหนังสือที่วิจารณ์, ✓ โดย
✓✓✓✓✓✓✓✓ ชื่อผู้แต่งหนังสือ. ✓✓ ชื่อวารสาร. ✓ ปีที่ (ฉบับที่), ✓ เลขหน้า.

9) วิทยานิพนธ์

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์. ✓✓ (ปีพิมพ์). “ชื่อวิทยานิพนธ์.” ✓✓ ระดับวิทยานิพนธ์ ✓ ชื่อสาขาวิชา
✓✓✓✓✓✓✓✓ หรือภาควิชา ✓ คณะ ✓ ชื่อมหาวิทยาลัย.

10) จุลสารและเอกสารที่ไม่ได้ตีพิมพ์ การเขียนบรรณานุกรมใช้แบบเดียวกับหนังสือและให้วงเล็บคำ ว่าอัดสำเนา (Mimeographed) หรือพิมพ์ดีด (Typewritten) หรือเอกสารไม่ตีพิมพ์ (Unpublished Manuscript) แล้วแต่กรณีพิมพ์ไว้ท้ายสุดของรายการ

ตัวอย่าง

บริษัทโกดัก (ประเทศไทย) จำกัด. (2520). แบบต่างๆของไมโครฟิล์มเพื่อความเหมาะสม

กับเอกสารประเภท. กรุงเทพฯ: โกดักประเทศไทย. (อัดสำเนา).

กรมแรงงาน. (2527). แนวแนวอาชีพบรรณารักษ์. กรุงเทพฯ: กรมแรงงาน. (อัดสำเนา).

ศิริชัย สาครรัตนกุล. (2536). ธนาคารเพื่อการส่งออกและนำเข้าในต่างประเทศ. กรุงเทพฯ:

ม.ป.พ. (อัดสำเนา).

11) การสัมภาษณ์

มีวิธีการเขียน 2 แบบ คือ

11.1) ผู้เขียนรายงานเป็นผู้สัมภาษณ์ด้วย

ผู้ให้สัมภาษณ์. ✓✓ ตำแหน่ง(ถ้ามี). ✓✓ วัน✓ เดือน✓ ปี(ที่สัมภาษณ์). ✓✓ สัมภาษณ์.

11.2) เป็นการเขียนบรรณานุกรมการสัมภาษณ์ที่ได้จากสื่อสิ่งพิมพ์ ให้ระบุชื่อผู้ให้สัมภาษณ์ก่อน ตามด้วยวันเดือนปีของเอกสารที่ตีพิมพ์การสัมภาษณ์นั้น ชื่อผู้สัมภาษณ์(กรณี เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียง) พร้อมตำแหน่ง(ถ้ามี) และชื่อเรื่องของการสัมภาษณ์ใส่ไว้ในเครื่องหมายอัฒภาค ถ้าไม่มีชื่อเรื่องให้ใส่ว่า สัมภาษณ์ หรือ Interview และท้ายสุดเป็นรายละเอียดทางบรรณานุกรมของเอกสาร หรือวารสารหรือหนังสือพิมพ์ที่ตีพิมพ์บทสัมภาษณ์นั้นๆ ดังตัวอย่าง

สุภาวดี บุญสันติสุข. (2538). สัมภาษณ์โดย อนุชิต คิมะโรตม. "วิธีการโฆษณาเพื่อขยายตลาดด้านอาหาริมทรัพย์." วารสารนักบริหาร, 17, 8 : 10-15

12) เอกสารที่อ้างถึงในเอกสารอื่น

การเขียนบรรณานุกรมเอกสารที่ผู้เขียนไม่ได้เคยอ่านเอกสารเรื่องนั้นจากตัวเล่ม(เรียกว่าเอกสารอันดับแรก) แต่อ่านจากเอกสารอื่น(เรียกว่าเอกสารอันดับรอง) ที่มีการกล่าวถึงเนื้อหาหรือแนวคิดของเอกสารอันดับแรกไว้ และผู้เขียนได้ทำการอ้างอิงแนวคิดต่างๆเหล่านั้นไว้ การเขียนบรรณานุกรมเอกสารที่อ้างถึงในเอกสารอื่นนี้ ดังนี้

รายละเอียดทางบรรณานุกรมของเอกสารอันดับแรก. ✓✓ อ้างถึงใน✓ รายละเอียดทาง
✓✓✓✓✓✓✓✓ บรรณานุกรมของเอกสารอันดับรอง.

13) เอกสารพิเศษ

ตัวอย่าง

ประเวศ วะสี. (29 มีนาคม 2538). จุดประกายการสร้างสรรค์ปัญญา. โรงแรมอิมพีเรียลควีนปาร์ค.

การอภิปราย.

ปรีดี พนมยงค์. (20 มกราคม 2530). จดหมาย.

พรชัย พัชรินทร์รัตนะชัย. (28 กุมภาพันธ์ 2538). ไซจิวาลลู้จิตมมนุษย์. หอประชุมเล็ก

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. การบรรยาย.

Lennon, J. Diary, 1945-1950.

Samson, T. 1986, August 31. Letter to John Ball.

14) โสตทัศนวัสดุ

ชื่อผู้จัดทำ. ✓✓ (หน้าที่รับผิดชอบ-ถ้ามี). ✓✓ (ปีที่เผยแพร่). ✓✓ ชื่อเรื่อง ✓ [ลักษณะของโสตทัศนวัสดุ].

✓✓✓✓✓✓✓✓ สถานที่ผลิต: ✓ หน่วยงานที่เผยแพร่.

15) สื่ออิเล็กทรอนิกส์

15.1) การเขียนบรรณานุกรมข้อมูลที่อยู่ในสื่อประเภทซีดีรอม แผ่นดิสก์ และเทปแม่เหล็ก โดยข้อมูลดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกับหนังสือ เพียงแต่จัดทำในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ให้ลงรายการคล้ายกับหนังสือ แต่ระบุประเภทของสื่อต่อท้ายจากชื่อเรื่อง (คือชื่อเรื่องของแฟ้มข้อมูล) ดังแบบแผนต่อไปนี้

ชื่อผู้รับผิดชอบหลัก. ✓✓ (ปีที่จัดทำ). ✓✓ ชื่อเรื่องของแฟ้มข้อมูล ✓ [ประเภทของสื่ออิเล็กทรอนิกส์].

✓✓✓✓✓✓✓✓ ครั้งที่พิมพ์/เวอร์ชัน(ถ้ามี). ✓✓ สถานที่ผลิต: ชื่อสำนักพิมพ์ผู้ผลิต.

15.2) กรณีอ้างอิงข้อมูลเรื่องใดเรื่องหนึ่งในสื่ออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งรวบรวมข้อมูลจากหลายๆแหล่งในการลงรายการให้เขียนบรรณานุกรมแบบบทความในหนังสือหรือบทความในวารสาร หรือหนังสือพิมพ์ ทั้งนี้อยู่กับประเภทของสิ่งพิมพ์ที่อ้างถึง โดยระบุประเภทของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่อท้ายชื่อเรื่องของแฟ้มข้อมูล หรือ ชื่อเรื่องของสื่ออื่นๆ ดังตัวอย่าง

Albatross. (1992). The Oxford English Dictionary [CD-ROM]. 2nd ed. Oxford: Oxford

University Press.

Bronte, E. (1992). Discovering Authoers [CD-ROM]. Vers. 1.0. Detroit: Gale.

National Trade Data Bank [CD-ROM]. United States: Department of Commerce, United States.

16) อินเทอร์เน็ต

16.1 Web page

ชื่อผู้เขียนหรือ web master (ถ้ามี). ✓✓ (เดือนปีของเอกสารหรือการ Update ข้อมูล).

✓✓✓✓✓✓✓✓ ชื่อเรื่อง. ✓✓ วันเดือนปีที่ค้นหาข้อมูล. ✓✓ ชื่อ website

16.2) บทความจาก Online

Jacobson, J.W.and Schwartz, A.A. (1995). A history of facilitated communication: Science, pseudoscience, and antisience: Science working group on facilitated communication. American Psychologist, 50 750–765.

Retrieved January 25, 1996, from <http://apa.org/journals/Jacobson.html>

****หมายเหตุ****

หากผู้เขียนเป็นชาวต่างประเทศ ผู้แต่งชาวต่างประเทศทั้งในบรรณานุกรมและเชิงอรรถภาษาไทย และบรรณานุกรมและเชิงอรรถภาษาต่างประเทศ ให้ใส่ชื่อสกุล คั่นด้วยเครื่องหมายจุลภาค (,) อักษรย่อชื่อต้น อักษรย่อชื่อกลาง(ถ้ามี) หากเป็นผู้แต่งชาวไทยในบรรณานุกรมและเชิงอรรถภาษาต่างประเทศให้ใช้ชื่อสกุลก่อน เช่นเดียวกัน

วิธีการเสนอบทความและขั้นตอนการพิจารณาบทความ

1. บทความที่เขียนต้องเป็นไปตามรูปแบบการเขียนบทความในเอกสาร “คำแนะนำสำหรับผู้เขียนสามารถศึกษารูปแบบการเขียนได้จากท้ายวารสารทุกเล่ม หรือดาวโหลด “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” ทางเว็บไซต์ <http://www.law.up.ac.th/>
2. เมื่อผู้เขียนส่งบทความมายังกองบรรณาธิการ หากกองบรรณาธิการตรวจพบข้อผิดพลาด หรือความไม่สมบูรณ์ในรูปแบบบทความ ทางกองบรรณาธิการจะส่งกลับบทความนั้นไปยังผู้เขียนเพื่อทำการไขบทความ ในกรณีที่บทความถูกต้องตามระเบียบการตีพิมพ์และมีความสมบูรณ์ของรูปแบบบทความจะถูกส่งไปยังผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาคุณค่าและความสมบูรณ์ของเนื้อหาบทความดังกล่าวต่อไป
3. ประเภทของบทความ บทความที่จะเสนอรับการพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารต้องเป็นบทความที่มีลักษณะเกี่ยวกับนิติศาสตร์ โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้
 - 3.1 บทความวิชาการ (รายละเอียดตามเอกสาร “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” ท้ายวารสารทุกเล่ม)
 - 3.2 บทความวิจัย (รายละเอียดตามเอกสาร “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” ท้ายวารสารทุกเล่ม)
4. บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ ต้องไม่เคยตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน และต้องไม่อยู่ในระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่น
5. บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ต้องผ่านการกลั่นกรองและประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิตามขั้นตอนที่กองบรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยากำหนดไว้
6. การส่งต้นฉบับ
 - 6.1 สามารถส่งทางอีเมลของวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา uplaw.journal@gmail.com
 - 6.2 สามารถดำเนินการส่งผ่านระบบวารสารออนไลน์
 - 6.2.1 ผู้เขียนบทความจะต้องสมัครเป็นสมาชิกในระบบ โดยสมัครได้ที่ <http://www.law.up.ac.th/>
 - 6.2.2 เมื่อระบบยืนยันการสมัครแล้ว ผู้เขียนสามารถทำการส่งบทความออนไลน์ในระบบโดยผู้เขียนต้อง Login // USERNAME และ PASSWORD และส่งบทความผ่าน USERNAME ของผู้เขียน
 - 6.2.3 ผู้เขียนต้องส่งแบบเสนอบทความเพื่อตีพิมพ์พร้อมลงลายมือชื่อ มาที่ ศูนย์พัฒนาตำราและพัฒนาทักษะทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ หมู่ 2 ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา 56000 (โดยสามารถดาวโหลดแบบเสนอบทความได้ที่ <http://www.law.up.ac.th/>)



ใบสมัครสมาชิก วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

ชื่อ-สกุล(ผู้สมัคร).....

ที่อยู่ (ผู้สมัคร) เลขที่.....ต.รอก/ซอย.....ถนน.....

แขวง/ตำบล.....เขต/อำเภอ.....จังหวัด.....

รหัสไปรษณีย์.....โทรศัพท์.....E-mail.....

ขอส่งชื่อวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

1.1 สมัครสมาชิกรายฉบับ ราคาเล่มละ ๑๕๐ บาท

ปีที่.....ฉบับที่.....จำนวน.....เล่ม

ปีที่.....ฉบับที่.....จำนวน.....เล่ม

รวมเป็นเงิน.....บาท

1.2 สมัครสมาชิกรายปี (จำนวน 2 ฉบับต่อปี) ราคาปีละ ๒๕๐ บาท

ปีที่.....ฉบับที่.....จำนวน.....เล่ม

ปีที่.....ฉบับที่.....จำนวน.....เล่ม

รวมเป็นเงิน.....บาท

ช่องทางการชำระเงินค่าสมัครสมาชิกวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

1. ชำระเงินค่าสมาชิกดด้วยตนเอง ด้วยเงินสด (ตามจำนวนค่าสมัคร)
2. ธนาคารดีสง่าจ่าย ณ ที่ทำการไปรษณีย์มหาวิทยาลัยพะเยา 56000 (ตามจำนวนค่าสมัคร) สั่งจ่ายในนามผู้อำนวยการศูนย์พัฒนาตำราและพัฒนาทักษะทางกฎหมาย (โดย ส่งเอกสารใบสมัครสมาชิกวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา และธนาคณัติตัวจริง มาที่: ศูนย์พัฒนาตำราและพัฒนาทักษะทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา หมู่ 2 ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา 56000

ลงชื่อ.....ผู้สมัคร

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

ติดต่อสอบถามรายละเอียดการรับสมัครได้ที่

คุณณณนาท ศรีเมืองบุญ โทรศัพท์ 082-4019832 , 082-39539596

คุณเฉลิมวุฒิ สารกิจ โทรศัพท์ 094-1091930



คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

ถนนพหลโยธิน หมู่ 2 ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา 56000

โทรศัพท์ 0 5446 6666 ต่อ 1350 โทรสาร 0 5446 6719

E-mail: uplaw.journal@gmail.com

Web Site: <http://www.law.up.ac.th>