

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในสภาวะการณ์ปัจจุบัน สภาพเศรษฐกิจและสังคมไทยนั้น ได้เปลี่ยนแปลงไปจากในอดีตเป็นอย่างมาก การค้าและการอุตสาหกรรมมีการขยายตัวมากขึ้นอันนำไปสู่การเกิดขึ้นขององค์กรธุรกิจต่าง ๆ (Business Organization) ที่ได้ก่อตั้งขึ้นเพื่อการประกอบธุรกิจ (Business Activities) โดยรูปแบบขององค์กรธุรกิจอาจจำแนกได้หลายรูปแบบ อาทิ กิจการเจ้าของคนเดียวดังเช่นร้านขายของชำหรือร้านโชห่วย ซึ่งเป็นกิจการที่จัดตั้งขึ้นได้โดยง่าย ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมาย หรือ ห้างหุ้นส่วน บริษัทต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียนจัดตั้งและมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย เนื่องด้วยรูปแบบขององค์กรธุรกิจแต่ละประเภทนั้นแตกต่างกัน กฎหมายที่ใช้บังคับกับองค์กรธุรกิจนั้นย่อมแตกต่างกันด้วย เช่น ในเรื่องของการก่อตั้งธุรกิจ ธุรกิจบางประเภทต้องมีการจดทะเบียนจัดตั้ง แต่บางประเภทไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนจัดตั้ง หรือในเรื่องเกี่ยวกับการเสียภาษีก็เช่นกัน กฎหมายกำหนดให้ธุรกิจแต่ละประเภทนั้นเสียภาษีในอัตราที่แตกต่างกันด้วย อีกทั้งในการดำเนินกิจการต่าง ๆ นอกจากผู้ประกอบการต้องคำนึงถึงการจัดตั้งรูปแบบขององค์กรธุรกิจว่าได้กระทำถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ยังต้องคำนึงถึงประเด็นอื่น ๆ ด้วย เช่น ลักษณะการดำเนินธุรกิจ เงินทุน บุคลากร ผลประกอบการ และผลกระทบจากการประกอบกิจการที่อาจเกิดขึ้นต่อสังคม แต่โดยที่สภาพเศรษฐกิจและสังคมปัจจุบันนั้นมีการแข่งขันทางธุรกิจสูงมาก องค์กรธุรกิจจึงมุ่งแต่การแสวงหากำไร หากองค์กรธุรกิจใดมีผลประกอบการดี มีกำไรสูง ย่อมหมายถึงว่า องค์กรธุรกิจนั้นประสบความสำเร็จ ซึ่งการที่องค์กรธุรกิจคำนึงถึงแต่ “ตัวเงินหรือรายได้” อันเกิดจากการประกอบกิจการเพียงประการเดียวโดยมิได้คำนึงถึงผลกระทบหรือความเสียหายอันเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สิน ของประชาชน หรือผลกระทบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม ทำให้การประกอบธุรกิจเกิดการต่อต้านจากภาคประชาชนหรือผู้บริโภค ดังเช่นที่ปรากฏในปัจจุบัน

ในการดำเนินการทางธุรกิจนั้น นอกจากผู้ประกอบการต้องคำนึงถึงการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ผู้ประกอบการยังต้องคำนึงถึงประเด็นต่าง ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อ การดำเนินธุรกิจอีกด้วย อาทิ ผลกระทบความเสียหายที่อาจเกิดแก่สังคม ความรับผิดชอบต่อประชาชน ในฐานะคู่สัญญา ความเสียหายอันเกิดต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งประเด็นต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้ล้วนแล้วแต่เป็น

“ปัจจัยเสี่ยง” (Risk Factor) ที่มีผลกระทบต่อ การดำเนินธุรกิจขององค์กรธุรกิจต่าง ๆ และปัจจัยเสี่ยงเหล่านี้ยากที่จะควบคุมได้ ดังนั้น ปัจจัยเสี่ยงจึงอาจนำไปสู่เหตุการณ์ที่ไม่คาดฝันหรือความไม่แน่นอนที่เรียกว่า “ความเสี่ยง” (Risk) ได้

“ความเสี่ยง” ถูกนิยามให้มีความหมายแตกต่างกันไปตามแต่ละมุมมอง แต่โดยภาพรวมแล้ว “ความเสี่ยง” จะหมายถึง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและไม่เป็นไปตามความคาดหวัง หรือความไม่แน่นอน หรือโอกาสที่จะประสบปัญหาหรือความสูญเสียจากสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ หรือโอกาสที่บางสิ่งบางอย่างจะเกิดขึ้น อันเป็นผลลัพธ์ของสิ่งที่เป็นอันตรายหรือเป็นการคุกคาม ซึ่งส่งผลกระทบต่อกิจกรรมทางธุรกิจหรือแผนการต่าง ๆ โดยลักษณะของความเสี่ยงนั้นอาจจำแนกได้เป็น 5 ประเภทหลัก ได้แก่ ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับระดับยุทธศาสตร์ (Strategic Risk) เช่น การเมือง เศรษฐกิจ กฎหมาย ตลาด ภาพลักษณ์ ผู้นำ ชื่อเสียง และลูกค้า ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับระดับปฏิบัติงาน (Operational Risk) เช่น กระบวนการ เทคโนโลยีและคนในองค์กร ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการเงิน (Financial Risk) เช่น ความผันผวนของอัตราดอกเบี้ย ความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยน ข้อมูลและเอกสารทางการเงินและการบัญชี เป็นต้น ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามกฎระเบียบที่เกิดจากการไม่สามารถปฏิบัติตามกฎระเบียบหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ หรือเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติงาน และอาจมีผลการลงโทษตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง (Compliance Risk) เช่น การไม่ปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ และวิธีปฏิบัติงาน ความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องในด้านความปลอดภัยจากอันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สิน (Hazard Risk) เช่น การสูญเสียชีวิตและทรัพย์สินจากภัยพิบัติทางธรรมชาติและ การก่อการร้าย

จากลักษณะความเสี่ยงประเภทต่าง ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนและรัฐ เช่นการละทิ้งงานของผู้รับเหมา การผลิตหรือจำหน่ายอาหารที่ไม่ได้มาตรฐาน การผิดจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพ การค้าประกันความเสียหายต่อนักท่องเที่ยวหรือสิ่งแวดล้อม ทำให้องค์กรธุรกิจเกิดความรับผิดชอบในอันที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายเพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งความรับผิดชอบในความหมายของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือความรับผิดชอบในทางกฎหมายแพ่งในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจซึ่งมีความแตกต่างกันไปจากสิทธิเรียกร้องในความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงจากการประกอบธุรกิจนั้น ผู้เสียหายอาจใช้สิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ซึ่งความรับผิดชอบในทางแพ่งที่เกิดจากการประกอบธุรกิจนั้นย่อมแตกต่างกันไปตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งกฎหมายได้กำหนดความรับผิดชอบไว้อย่างเคร่งครัดแล้ว แต่ทว่ามาตรการในการควบคุมดูแลและการป้องกันความเสี่ยง กฎหมายกลับมิได้กำหนดไว้ ดังนั้นกรณีจึงมีปัญหาว่า หากเกิดความเสียหายขึ้นในอนาคตองค์กรธุรกิจจะเกิดความรับผิดชอบต่อความเสียหายในอนาคตนั้นได้อย่างไร

แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดความรับผิดชอบไว้แล้ว แต่ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากการดำเนินกิจการขององค์กรธุรกิจต่าง ๆ ยังคงเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อในวงกว้างและเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นได้ทั้งในทางตรงและทางอ้อมที่อาจเกิดขึ้นในปัจจุบันหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตก็ได้โดยที่รัฐและประชาชนไม่สามารถป้องกันผลกระทบต่าง ๆ ได้ทั้งหมด เมื่อเกิดปัญหาหรือเกิดข้อพิพาทขึ้น รัฐและประชาชนก็มักจะไม่ได้รับการเยียวยาอย่างทันทั่วทั้งที่ อีกทั้งการชดเชยที่ได้รับก็ไม่เพียงพอต่อความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดขึ้น แม้ว่ารัฐจะได้มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายดังกล่าวแล้วนั้น เช่น กำหนดหลักประกันในธุรกิจ อาทิธุรกิจท่องเที่ยวและจัดหาคนงานไปทำงานต่างประเทศ หรือกำหนดจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพ หรือ กำหนดเงื่อนไข การดูแล การกำกับ การจัดตั้ง ฯลฯ แต่ในอีกหลาย ๆ กรณีก็ไม่มีกฎหมายที่จะเยียวยาหรืออาจจะมีกฎหมายแต่กระบวนการหรือขั้นตอนการบังคับใช้นั้นไม่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ฉะนั้นในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐควรจะมองถึงต้นเหตุของปัญหาว่า หากองค์กรธุรกิจจะต้องเผชิญกับความเสียหายแล้ว องค์กรธุรกิจจะจัดการกับความเสียหายนั้นอย่างไร เพื่อมิให้ความเสียหายนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่รัฐและประชาชน ดังนั้น จึงควรมีการศึกษาถึงมาตรการเกี่ยวกับการจัดการความเสี่ยงในการดำเนินการทางธุรกิจโดยคำนึงถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ในอนาคตอันเป็นผลโดยตรงจากการประกอบธุรกิจ เพื่อให้การคุ้มครองประชาชนและรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่เกี่ยวกับความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ
2. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎี เกี่ยวกับการจัดการความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ
3. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ
4. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาและมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเกี่ยวกับการจัดการความเสี่ยงในการดำเนินการดำเนินธุรกิจ
5. เพื่อศึกษาหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อควบคุมกำกับการจัดการความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจเพื่อคุ้มครองประชาชนให้ได้รับความเป็นธรรม

สมมติฐานของการศึกษา

การดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะมีความเสี่ยงจากการดำเนินธุรกิจ ในปัจจุบันยังไม่มิตบทบัญญัติของกฎหมายมาครอบคลุมได้ทุกกิจการ มีเพียงธุรกิจบางประเภทเท่านั้นที่รัฐบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมความเสี่ยงจากการการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการ โดยรัฐควรวางมาตรการแก้ไขและป้องกันผลกระทบโดยการกำหนดมาตรการกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการควบคุมความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจเพื่อเป็นการเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างทั่วถึง รัฐจะต้องเป็นผู้กำหนดหลักประกันเพื่อประกันความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจประเภทต่าง ๆ ขององค์กรธุรกิจที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

วิธีดำเนินการศึกษา

วิธีการศึกษาจะทำการศึกษา วิเคราะห์และวิจัยทางเอกสาร (Documentary research) จากตัวบทกฎหมายและแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง เอกสารงานวิจัย เอกสารจากการค้นคว้าข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อเสริมความเข้าใจสภาพปัญหาเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาในการศึกษาได้มากยิ่งขึ้น

ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจโดยศึกษาพระราชบัญญัติในประเทศไทยที่กำหนดให้มีหลักประกันในการดำเนินธุรกิจ เช่น พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนงาน พ.ศ.2538 พระราชบัญญัติสัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ.2546 ระเบียบนายกรัฐมนตรีกว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และศึกษากลุ่มธุรกิจในประเทศไทยที่มีการดำเนินธุรกิจแล้วอาจเกิดความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจโดยแบ่งกลุ่มธุรกิจ ดังนี้

กลุ่มธุรกิจการท่องเที่ยว ศึกษาถึงหลักประกันเพื่อควบคุมความเสี่ยงจากพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2545 กฎกระทรวงและประกาศกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจนำเที่ยว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กลุ่มธุรกิจอาหาร ทั้งอาหารคนและอาหารสัตว์แต่กฎหมายเฉพาะมิได้มีการกำหนดให้มีหลักประกันเพื่อควบคุมความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ ศึกษาจากพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522

พระราชบัญญัติควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ พ.ศ.2525 กฎหมายอาญา กฎกระทรวงและประกาศกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจนี้

ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องด้านวิชาชีพ ศึกษาพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 หรือพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ.2547 พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 พระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติวิชาชีพสถาปนิก พ.ศ.2543

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงความเป็นมาและสภาพของปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ
2. ทำให้ทราบถึงความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดการความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่ควบคุมความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจ
3. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการความเสี่ยงจากการดำเนินธุรกิจ
4. ทำให้ทราบถึงปัญหาและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ
5. ทำให้ทราบถึงข้อสรุปแนวทางและข้อเสนอแนะของมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ

นิยามศัพท์

ผู้ประกอบการทางธุรกิจ หมายความว่า บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีกิจกรรมทางธุรกิจอย่างต่อเนื่องทางเศรษฐกิจของมนุษย์ ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับการผลิต การซื้อขายสินค้าและบริการต่าง ๆ ประเภทของธุรกิจ แบ่งออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ กลุ่มธุรกิจด้านการท่องเที่ยว กลุ่มธุรกิจด้านอาหารและกลุ่มผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องด้านวิชาชีพ

ความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ หมายความว่า สภาวะภายนอกหรือเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและไม่เป็นไปตามความคาดหวัง หรือความไม่แน่นอนหรือโอกาสที่จะประสบปัญหาหรือความสูญเสียจากสิ่งที่ไม่พึงประสงค์หรือโอกาสที่บางสิ่งบางอย่างจะเกิดขึ้นอันเป็นผลลัพธ์ของสิ่งที่เป็นอันตรายหรือเป็นการคุกคาม ซึ่งส่งผลกระทบต่อการค้าดำเนินธุรกิจหรือแผนการต่าง ๆ ในการดำเนินธุรกิจนั้นด้วย

การประกันความรับผิด หมายความว่า การประกันภัยต่อความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับบุคคลภายนอกไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อทรัพย์สิน หรือความบาดเจ็บทางร่างกาย กระทั่งการเสียชีวิตของบุคคลภายนอกซึ่งผู้เอาประกันภัยต้องรับผิดชอบใช้ตามกฎหมาย

หลักประกันความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจ หมายความว่า การคุ้มครอง การให้ความมั่นใจ การรับผิดชอบใช้ ซึ่งกระทำโดยลูกหนี้เพื่อให้การชำระหนี้หรือการปฏิบัติตามหน้าที่ของลูกหนี้มีความแน่นอนในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากความเสียหายจากการดำเนินธุรกิจ

ผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องด้านวิชาชีพ หมายความว่า บุคคลหรือนิติบุคคลที่มีกิจกรรมทางธุรกิจอย่างต่อเนื่องซึ่งการประกอบกิจกรรมดังกล่าวนั้นจะต้องมีความรู้ ความชำนาญการเป็นพิเศษ เช่น นักกฎหมาย แพทย์ สถาปนิกกรรมหรือนักบัญชี