

## บทที่ 2

### ประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบริการให้เช่าที่พัก ผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศในประเทศไทย

ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาปัญหาความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจบริการให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศ (Air Bed and Breakfast: Airbnb) ในประเทศไทย แต่ก่อนที่จะศึกษาถึงเนื้อหาในส่วนนิติสัมพันธ์ (Legal relations) และความรับผิด (Liability) ของบุคคลแต่ละฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการให้บริการเช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศ เพื่อให้เข้าใจถึงรูปแบบการดำเนินธุรกิจดังกล่าวมากยิ่งขึ้น ควรศึกษาเบื้องต้น โดยเริ่มศึกษาจากประวัติและความเป็นมาของธุรกิจเทคโนโลยีสารสนเทศ และความเป็นมาของการดำเนินธุรกิจบริการให้เช่าที่พักตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เนื่องจากการให้บริการเช่าที่พักในปัจจุบันพัฒนาจากในอดีตค่อนข้างมากมีการนำเทคโนโลยีใหม่ ๆ เข้ามาใช้ในการเช่าที่พัก โดยเฉพาะการบริการแบ่งปันที่พักที่อาศัยของตนเองสำหรับผู้เช่าที่พักระยะสั้นที่เรียกว่า Airbnb ปัจจุบันการให้บริการเช่าที่พัก ผู้เช่าหรือนักท่องเที่ยวสามารถจองห้องพักผ่านแอปพลิเคชันแทนการขอเช่าหน้าเคาน์เตอร์โรงแรมทั่วไปเช่นในอดีต ซึ่งในบทนี้จะอธิบายถึงความเป็นมา รูปแบบการให้บริการและการควบคุมกำกับดูแลของภาครัฐเกี่ยวกับธุรกิจดังกล่าวนี้ ว่ามีการดำเนินการอย่างไร และเป็นการให้บริการที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายไทยอย่างไรดังจะกล่าวต่อไปนี้

#### 2.1 วิวัฒนาการความเป็นมาของปัญหาความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจบริการ ให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศในประเทศไทย

ธุรกิจที่พักแรมจัดว่าเป็นบริการสำคัญอย่างหนึ่งที่ตอบสนองความต้องการของแขกผู้มาพัก ทำให้สามารถพักค้างคืนในระหว่างที่เดินทางไปสู่จุดหมายปลายทางได้ และเนื่องจากปัจจุบันวิธีการเช่าที่พักมีหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นวิธีการเดินเข้าไปจองที่พักด้วยตนเอง วิธีการโทรศัพท์ถึงผู้ให้เช่าที่พักโดยตรง รวมถึงวิธีการจองห้องพักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งเป็นวิธีการที่นักท่องเที่ยวทั่วโลกให้ความสนใจเป็นอย่างมาก ทำให้เห็นได้ว่าเทคโนโลยีสารสนเทศมีอิทธิพลต่อธุรกิจบริการให้เช่าที่พักเป็นอย่างมาก

### 2.1.1 ความเป็นมาของธุรกรรมทางเทคโนโลยีสารสนเทศ

ด้วยความก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทำให้มีการพัฒนาระบบคอมพิวเตอร์ อุปกรณ์สำนักงานตลอดจนเครื่องมือสื่อสารเพื่อการประกอบกิจการงานและการทำธุรกรรมต่าง ๆ โดยเทคโนโลยีเพื่อเอื้อประโยชน์ต่อการทำงานด้านต่างๆ ทำให้มีผู้ใช้เทคโนโลยีสารสนเทศมากขึ้น หากพิจารณาการเปลี่ยนแปลงของสถานะการทำงานขององค์กรทั่วไป ทุกองค์กรกำลังก้าวเข้าสู่สังคมสารสนเทศ มีความพยายามที่จะลดการใช้กระดาษเอกสารหันมาใช้ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์แทนและนำมาแลกเปลี่ยนเอกสารทางธุรกิจระหว่างบริษัทคู่ค้าในรูปแบบมาตรฐานสากลจากเครื่องคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งไปยังเครื่องคอมพิวเตอร์อีกเครื่องหนึ่งกันได้ง่าย ขณะเดียวกันการดำเนินการทางธุรกิจ เช่น การฝากถอนเงินอัตโนมัติการทำธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์และการติดต่อสื่อสารแบบไร้พรมแดน มีการซื้อขายสินค้าผ่านอินเทอร์เน็ตมากขึ้นมีการทำงานระบบออนไลน์ที่สามารถเปิดบริการการทำงานได้ตลอด 24 ชั่วโมง<sup>1</sup>

ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการซื้อและขายผลิตภัณฑ์ โดยเริ่มจากการโอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายอย่างปลอดภัยและมีประสิทธิภาพและสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์อันเพิ่มความสะดวกในการทำธุรกรรมและปัจจุบันมีการพัฒนาเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ตอย่างรวดเร็วทำให้มีการใช้ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์(Electronic transaction) หรือพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic commerce) มากขึ้นทั้งยังครอบคลุมการใช้งานประเภทต่างๆ เช่น การซื้อขายสินค้าและการให้บริการ เป็นต้น และในปัจจุบันสามารถสรุปรูปแบบการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์หรือที่นิยมเรียกกันว่าธุรกิจพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ได้ดังต่อไปนี้

1) ผู้ประกอบการ(Entrepreneur) กับผู้บริโภค(Customer) คือ การค้าระหว่างผู้ค้าโดยตรงถึงลูกค้าซึ่งก็คือผู้บริโภค เช่น การขายหนังสือ ขายวิดีโอ ขายซีดีเพลง เป็นต้น

2) ผู้ประกอบการกับผู้ประกอบการ คือ การค้าระหว่างผู้ค้ากับลูกค้าเช่นกัน แต่ในที่นี้ลูกค้าจะเป็นในรูปแบบของผู้ประกอบการและครอบคลุมถึงเรื่องการขายส่ง การทำการสั่งซื้อสินค้าผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ระบบห่วงโซ่การผลิต เป็นต้น ซึ่งจะมีความซับซ้อนในระดับต่าง ๆ กันไป

3) ผู้บริโภคกับผู้บริโภค ซึ่งมีหลายรูปแบบและวัตถุประสงค์เพื่อการติดต่อแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารในกลุ่มคนที่มีการบริโภคเหมือนกันหรืออาจจะทำการแลกเปลี่ยนสินค้ากันเองเป็นต้น

<sup>1</sup> ภารุจา บุญจรรุทัศน์. (2557). *การคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายสินค้าออนไลน์ : กรณีศึกษาเฉพาะเฟซบุ๊กและอินสตาแกรม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ. หน้า 10

4)E-Government Procurement (การจัดซื้อในรัฐ) ในประเทศที่มีความก้าวหน้าด้านพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์แล้วรัฐบาลจะทำการซื้อหรือการจ้างผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นส่วนใหญ่เพื่อประหยัดค่าใช้จ่าย เช่น การประกาศจัดจ้างของภาครัฐในเว็บไซต์หรือการใช้งานระบบ EDI (Electronic Data Interchange) คือ การแลกเปลี่ยนเอกสารทางธุรกิจระหว่างบริษัทคู่ค้าจากคอมพิวเตอร์สู่คอมพิวเตอร์ในพิธีการศุลกากรของกรมศุลกากร

5)ในพิธีการศุลกากรของกรมศุลกากรภาครัฐ ในพิธีการศุลกากรของกรมศุลกากรภาครัฐกับประชาชนในที่นี้คงไม่ใช่วัตถุประสงค์เพื่อการค้า แต่จะเป็นเรื่องการบริการของภาครัฐผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยเองก็มีให้บริการแล้วหลายหน่วยงาน เช่น ข้อมูลการติดต่อการทำทะเบียนต่าง ๆ ของกระทรวงมหาดไทยประชาชนสามารถเข้าไปตรวจสอบว่าต้องใช้หลักฐานอะไรบ้างในการทำเรื่องนั้นๆและสามารถดาวน์โหลดแบบฟอร์มบางอย่างจากบนเว็บไซต์ได้ด้วย<sup>2</sup>

จากการที่แบ่งประเภทของพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ออกเป็นประเภทต่าง ๆ ข้างต้น ทำให้สามารถจัดประเภทของช่องทางการติดต่อสื่อสารระหว่างสองฝ่ายออกได้เป็น 3 ช่องทาง คือ

(1)การติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคล ในที่นี้บุคคลจะหมายถึงทั้งองค์กรบริษัทและตัวบุคคล การติดต่อนั้นทำผ่านได้ทั้งรูปแบบของโทรศัพท์ โทรสารและอีเมล

(2)การติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลกับระบบคอมพิวเตอร์และระหว่างระบบคอมพิวเตอร์กับบุคคล คือ การใช้งานระบบอัตโนมัติในการติดต่อสื่อสารนั่นเอง เช่น ตู้ ATM ระบบโทรศัพท์ระบบแสงระบบส่งอีเมลอัตโนมัติ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับลูกค้าเป็นสำคัญ

(3)การติดต่อระหว่างระบบคอมพิวเตอร์ด้วยกันเอง เป็นรูปแบบที่มีความซับซ้อนมากขึ้นในการติดต่อทางธุรกิจโดยการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ของทั้งสองฝ่ายทำการติดต่อสื่อสารแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยอัตโนมัติตามข้อกำหนดที่ได้ทำการตกลงร่วมกันไว้ อาทิ edi ระบบการจัดการห่วงโซ่การผลิต เป็นต้น<sup>3</sup>

ประโยชน์จากธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ คือ สินค้าที่ต้องการจำหน่ายผ่านทางอินเทอร์เน็ตจะเป็นสินค้าที่รู้จักของผู้ซื้ออยู่แล้วหรือสินค้าขายปลีกต่างๆไปที่ลูกค้าเลือกซื้อได้จากทุกมุมโลกเพียงแต่คลิกเมาส์เท่านั้น เช่น ผู้จำหน่ายหนังสือของเล่นอุปกรณ์ไฟฟ้าสินค้าที่สะดวกในการขนส่ง เช่น ดอกไม้ประดิษฐ์สินค้าส่งออกที่มีจำหน่ายยังตลาดต่างประเทศอยู่แล้ว สินค้าที่มีเอกลักษณ์ของไทย เช่น ผ้าไหม สินค้าหัตถกรรม เซรามิก เครื่องประดับซึ่งใช้อีคอมเมิร์ซจะประหยัดกว่าการทำธุรกิจ

<sup>2</sup> ฉฐมน อังกูรชน โขติ. (2555). *การพัฒนาระบบพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ของร้านบ้านหม้อแฮนด์คราฟท์*. วิทยานิพนธ์นิเวศศาสตร์มหาบัณฑิต, สาขาเทคโนโลยีสารสนเทศและการจัดการ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่. หน้า 12.

<sup>3</sup> รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ. (2551). *กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางธุรกิจ*(พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร. หน้า 144.

แบบเดิมที่ต้องส่งแคตตาล็อกไปให้ลูกค้าหรือไปเข้าชมในงานแสดงสินค้าในประเทศต่าง ๆ ค่าใช้จ่ายสูงมากถ้าสร้างเว็บไซต์บนอินเทอร์เน็ตทำเป็นบุตทาวเวอร์ที่ลูกค้าเข้าชมได้ตลอด 24 ชั่วโมง หรือสินค้าที่สามารถส่งมอบทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เช่นเพลง Video Game CD ROM เมื่อลูกค้าชำระเงินเรียบร้อยก็ดาวน์โหลดสินค้าเหล่านั้นเข้าไปยังคอมพิวเตอร์ของตัวเองที่เชื่อมต่อกับอินเทอร์เน็ต หรือธุรกิจที่มีบริการขนส่งสินค้าของตนเองอยู่แล้ว เช่น เบเกอรี่ ร้านดอกไม้ ซึ่งลูกค้าอยู่ต่างประเทศ สามารถส่งสินค้าถึงผู้ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยได้ หรือเป็นธุรกิจเกี่ยวกับการท่องเที่ยว เช่น จองตั๋วเครื่องบิน จองแพ็คเกจทัวร์ จองโรงแรมโดยผ่านระบบออนไลน์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ใช่ว่าการทำค้าขาย หรือกิจกรรมต่าง ๆ ทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์จะมีประโยชน์หรือความสะดวกสบายแต่ด้านเดียว ในทางกลับกันก็ยังพบข้อเสียหรือจุดด้อยอยู่บ้าง จึงต้องมีระบบรักษาความปลอดภัยที่มีประสิทธิภาพ ผู้ซื้อและผู้ขายจำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับ อย่างมีประสิทธิภาพ การดำเนินการด้านภาษี อันต้องชัดเจน ดังนั้นผู้ซื้อและผู้ขายจำเป็นต้องมีความรู้พื้นฐานในเทคโนโลยีอินเทอร์เน็ต เป็นต้น ซึ่งนับว่าเป็นสิ่งที่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายต้องศึกษาข้อมูลต่างๆ และต้องมีความรอบคอบในการทำธุรกรรมทางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ด้วยเช่นกัน<sup>4</sup>

ทั้งนี้ ช่องทางหลักที่ลูกค้าใช้งานเพื่อสินค้าผ่านทางออนไลน์มากที่สุดได้แก่คอมพิวเตอร์ โน้ตบุ๊ก แท็บเล็ต และโทรศัพท์มือถือสำหรับลูกค้าในการซื้อสินค้าผ่านทางออนไลน์สูงสุด ในปี 2012 ได้แก่ สหรัฐอเมริกา มีมูลค่าในการซื้อสินค้าออนไลน์อยู่ที่ 38,480 พันล้านเหรียญสหรัฐ รองลงมาคือจีน มีมูลค่า 18,163 พันล้านเหรียญสหรัฐ อังกฤษ 10,153 พันล้านเหรียญสหรัฐ ประเทศญี่ปุ่น 14,035 พันล้านเหรียญสหรัฐ และเยอรมัน 53 พันล้านเหรียญสหรัฐ ส่วนสินค้าที่ได้รับความนิยมในการซื้อผ่านทางออนไลน์ประกอบด้วยแผ่น DVD CD และหนังสือตามมาด้วยการจองตั๋วและที่พักเกี่ยวกับการพักผ่อนในช่วงวันหยุด สิ่งที่ขาดไม่ได้เลยในการทำธุรกิจ Ecommerce อีกอย่างคือ โซเชียลมีเดีย เพราะนอกจากโซเชียลมีเดียเหล่านี้จะมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจซื้อสินค้าของผู้บริโภคโดยตรงแล้วยังกลายเป็นช่องทางเพื่อเชื่อมโยงระหว่างธุรกิจและผู้บริโภคอยู่ในเวลานี้ โดยผลการสำรวจพบว่าปัจจุบันมีผู้บริโภคซื้อสินค้าผ่าน Facebook เป็นสัดส่วนอยู่ที่ 35 เปอร์เซ็นต์และบนทวิตเตอร์ 32% และสินค้าที่ถูกแชร์ต่อผ่านลิงค์บน Facebook ยังมีส่วนกระตุ้นในการซื้อสินค้าของผู้ใช้งาน Facebook อีกเป็นจำนวนกว่า 28 เปอร์เซ็นต์

สำหรับในประเทศไทยจากสถิติพบว่าที่ผ่านมามีการทำธุรกรรมทางออนไลน์ผ่านคอมพิวเตอร์ ประมาณร้อยละ 32 ของประชากรผ่านโทรศัพท์มือถือประมาณร้อยละ 6.4 โดย Facebook เป็นช่องทางหนึ่งในการซื้อขายออนไลน์ยอดนิยมซึ่งในประเทศไทยมีผู้ใช้งานสูงกว่า 13 ล้านบัญชี

<sup>4</sup> นิธิมา ปะจันตบุตร. (2551). *ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายในสัญญาพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์*. วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 2.

และที่สำนักงานสถิติแห่งชาติสำรวจมูลค่าพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ในปี 2553 พบว่ามียอดสูงกว่า 600 ล้านบาท การโอนเงินและการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์มีประมาณกว่า 7 แสนล้านบาท<sup>5</sup>

### 2.1.2 ที่มาของการดำเนินธุรกิจการเช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศ

ปัจจุบันอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวของไทยได้มีการขยายตัวอย่างมาก ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวของไทยจำนวนมากได้เริ่มให้ความสำคัญกับการดำเนินธุรกิจในรูปแบบการแข่งขันด้านตลาดออนไลน์เพิ่มมากขึ้น เนื่องจากเล็งเห็นว่าการทำงานธุรกิจในรูปแบบดังกล่าวนั้นเป็นการช่วยเหลือช่องทางในการเข้าถึงกลุ่มลูกค้าและบริการและช่วยเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันเมื่อมีการเปิดเสรีทางการบริการด้านการท่องเที่ยวอีกทั้งการเปิดเสรีบริการด้านการท่องเที่ยวนั้นอาจจะเป็นช่องทางที่สำคัญอย่างหนึ่งที่ทำให้ผู้ประกอบการไทยมีแนวโน้มให้เกิดการแข่งขันที่รุนแรงขึ้น ซึ่งก็เป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลให้อาเซียนก้าวขึ้นเป็นจุดหมายปลายทางการท่องเที่ยวยอดนิยมของนักท่องเที่ยวจากทั่วโลกสอดคล้องกับการคาดการณ์ขององค์การการท่องเที่ยวโลกและยังเป็นแรงดึงดูดนักลงทุนต่างประเทศขณะเดียวกันก็เป็นโอกาสให้ภาคการท่องเที่ยวไทยมีแนวโน้มขยายตัวสูงขึ้น การประกอบธุรกิจให้บริการสถานที่พักถือเป็นอีกด้านหนึ่งซึ่งเป็นส่วนประกอบสำคัญของการเจริญเติบโตของอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวซึ่งสถานที่พักสำหรับนักท่องเที่ยวที่ให้บริการในประเทศไทยปัจจุบันมีหลากหลายรูปแบบ เช่น โรงแรม เกสเฮาส์ บังกะโล รีสอร์ท คอนโดมิเนียม บ้านเช่า อพาร์ทเมนท์ เป็นต้น ทั้งนี้สถานที่พักต่างๆ เหล่านี้ได้เริ่มมีการพัฒนาจุดเด่นของตนให้มีความแตกต่างกันออกไปเพื่อนำเสนอและสร้างความดึงดูดใจในการเข้าพักอาศัยของนักท่องเที่ยว<sup>6</sup>

ในอดีต สถานที่พักของนักท่องเที่ยวที่มีการกล่าวถึงเป็นอันดับแรก ได้แก่ โรงแรม แต่ปัจจุบันเมื่อความเจริญก้าวหน้ามีมากยิ่งขึ้นทำให้การประกอบธุรกิจที่พักในรูปแบบอื่น ๆ เริ่มมีการปรับตัวและมีการเพิ่มการลงทุนเกี่ยวกับสถานที่พักแบบใหม่กันมากขึ้น อาคารชุดถือเป็นสถานที่พักที่ผู้ประกอบการให้ความสนใจในการประกอบกิจการที่มีการบริการลักษณะค้ำแรม หรือเรียกที่พักในรูปแบบนี้ว่าที่พักประเภทถือกรรมสิทธิ์ร่วมกัน หมายถึง ที่พักประเภทถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันในรูปแบบพิเศษของเจ้าของกรรมสิทธิ์คอนโดมิเนียม โดยการเฉลี่ยค่าใช้จ่ายร่วมทุนกันซื้อห้องในอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม แล้วกำหนดช่วงระยะเวลาที่แต่ละคนไปใช้บริการในแต่ละรอบปีหมุนเวียนกันหรือนำเอาห้องชุดไปให้เช่ารายวันและมีบริการแบบโรงแรมแล้วนำผลประโยชน์ที่ได้รับมาแบ่งกัน ซึ่งได้รับความนิยมและกำลังขยายตัวเพิ่มมากขึ้น

<sup>5</sup> สุพจน์ คุ้มานะชัย. (2545). *สัญญาธุรกิจ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิทยาพัฒน์. หน้า 88.

<sup>6</sup> ณฐมน อังกูรชนโชติ. *อสังหาริมทรัพย์* 2. หน้า 29.

วัตถุประสงค์ของการใช้ประโยชน์คอนโดมิเนียมนั้นมีไว้เพื่อพักอาศัยอันมีลักษณะเฉพาะ เช่น บ้าน ความสำคัญของการอยู่อาศัยร่วมกันภายในอาคารชุดจะเน้นความคุ้นเคยต่อกันอย่างเช่น เพื่อนบ้านเสียเป็นส่วนใหญ่และมีพื้นที่ส่วนกลางเป็นกรรมสิทธิ์เจ้าของร่วมกันเช่นเดียวกับ คอนโดมิเนียมอื่นๆ ด้านการรักษาความปลอดภัยต่าง ๆ ส่วนหนึ่งที่สำคัญจะเน้นให้เพื่อนบ้าน คอยดูแลซึ่งกันและกัน ต่อมาเริ่มมีการปรับเปลี่ยนการใช้ประโยชน์ของห้องชุดโดยการนำห้องชุด เพื่ออยู่อาศัยมาให้เช่ารายวันที่มีลักษณะการบริการแบบโรงแรม

แนวความคิดในการนำห้องชุดออกให้เช่าดังกล่าวนี้ได้นำหลักแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ รูปแบบเศรษฐกิจแบ่งปันมาเป็นหลักในการดำเนินธุรกิจให้เช่าห้องชุดภายในคอนโดมิเนียมและจะมีบริการอย่างโรงแรมซึ่งแนวความคิดเศรษฐกิจแบบแบ่งปันเห็นว่าทรัพยากรใดที่มีแล้วไม่ก่อให้เกิดรายได้ ก็ควรนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์มากที่สุด ปัจจุบันเมื่อแนวคิดเศรษฐกิจแบบแบ่งปันได้รับความสนใจ อย่างแพร่หลายผู้ประกอบการที่นำหลักเศรษฐกิจแบ่งปันมาใช้และประสบความสำเร็จเช่น Airbnb ซึ่งเป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นเป็นกลางในการเปิดเว็บไซต์ให้เจ้าของบ้าน คอนโดมิเนียม อพาร์ทเมนท์ จากทั่วทุกมุมโลกมาลงโฆษณาเพื่อปล่อยเช่าบ้าน คอนโดมิเนียม อพาร์ทเมนท์ดังกล่าวในระยะสั้น โดยลักษณะดำเนินการดังกล่าวมีรูปแบบเช่นเดียวกับการประกอบธุรกิจโรงแรม

ผู้ประกอบการ Airbnb ได้นำหลักการทางเศรษฐศาสตร์ว่าด้วยระบบเศรษฐกิจ แบบแบ่งปัน โดยการตั้งตัวเองเป็นศูนย์กลางของข้อมูลต่างๆ และชักนำให้เจ้าของกรรมสิทธิ์ห้องชุด สามารถนำเอาห้องชุดของตนมาลงโฆษณาในระบบอินเทอร์เน็ตแล้วมีการกระจายข้อมูล ผ่านทางเว็บไซต์เพื่อให้ประชาชนที่สนใจห้องพักอาศัยเข้าทำการจองหรือเช่าห้องชุดเหล่านั้น ซึ่งการตกลงเช่าจะต้องทำธุรกรรมผ่านระบบอินเทอร์เน็ตในเว็บไซต์ของผู้ประกอบการ Airbnb เท่านั้น การเช่าห้องชุดดังกล่าวผ่านทางระบบจะมีการบันทึกข้อมูลของผู้จองและรายได้ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับ สถานะหรือการแสดงตัวบุคคลของผู้เช่าอย่างชัดเจน

ประเทศไทยได้นำแนวคิดเศรษฐกิจแบ่งปันมาใช้โดยบริษัทผู้พัฒนาธุรกิจ อสังหาริมทรัพย์ประเภทคอนโดมิเนียมได้สร้างความสนใจให้แก่ผู้บริโภคที่ซื้อห้องชุดในอาคารชุด ที่ทำการซื้อห้องชุดดังกล่าวแล้วมีข้อตกลงกันระหว่างเจ้าของห้องชุดที่มีการซื้อห้องชุดให้นำห้องชุด ต่าง ๆ ของตนมาให้บริษัทผู้พัฒนาโครงการอาคารชุดสามารถนำห้องชุดต่างๆ เหล่านี้มาปล่อยเช่า แบบโรงแรมและนำผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการปล่อยเช่าห้องชุดดังกล่าวมาแบ่งปันกันอย่างไรก็ตามปัจจุบันประเทศไทยยังมีประเด็นโต้แย้งกันถึงความไม่ถูกต้องตามกฎหมายในการประกอบ ธุรกิจประเภทนี้ โดยเฉพาะผู้ประกอบการโรงแรมเห็นว่าการนำห้องชุดให้เช่ารายวันผิดกฎหมาย โรงแรมและกฎหมายอาคารชุดรวมถึงกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการใช้อาคารผิดประเภทและผิด วัตถุประสงค์ที่ได้ขออนุญาตไว้ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบังคับใช้หรือกำหนดแนวทาง

เกี่ยวกับการนำห้องชุดให้เช่ารายวันไว้อย่างที่ชัดเจนว่าสามารถให้ดำเนินการปล่อยเช่าดังกล่าวได้ โดยชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้หน่วยงานราชการต้องบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่เป็นการควบคุมผู้ประกอบการนำอาคารชุดออกให้เช่าแบบโรงแรมถือเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ต่างกันกับต่างประเทศที่มีหลายประเทศได้ให้การยอมรับเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจประเภทนี้ให้สามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายแต่มีการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและรูปแบบที่เหมาะสมไม่ให้เกิดผลกระทบต่อธุรกิจโรงแรมซึ่งผลก็คือประเทศสามารถจัดเก็บภาษีได้เพิ่มขึ้นอีกทางผู้บริโภครองเองย่อมมีสิทธิเลือกสถานที่พักได้เพิ่มมากขึ้นและได้ห้องพักที่มีราคาถูกลงกว่าอีกเช่นกัน<sup>7</sup>

ผู้วิจัยเห็นว่าการประกอบธุรกิจการบริหารให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศ ออกให้เช่าแบบโรงแรมเป็นการดำเนินธุรกิจด้านการท่องเที่ยวรูปแบบหนึ่งที่ยังไม่มีกฎหมายรองรับ ถึงความรับผิดชอบอย่างครอบคลุมส่งผลให้การดำเนินธุรกิจดังกล่าวมาให้เช่าแบบโรงแรมในปัจจุบัน เป็นการดำเนินกิจการที่ผิดต่อกฎหมายโรงแรมและกฎหมายอื่น ทั้งนี้เนื่องจากพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับธุรกิจการนำอาคารชุดมาให้เช่าแบบโรงแรมไว้ จึงก่อให้เกิดปัญหาในการดำเนินกิจการหลายประการได้แก่

1) การหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายหรือผู้ประกอบการจะดำเนินการโดยไม่ได้ขออนุญาตทำให้ผู้ประกอบการโรงแรมที่ปฏิบัติอย่างถูกต้องตามกฎหมายได้รับความเดือดร้อน เพราะถูกเอาเปรียบในเชิงธุรกิจและผู้บริโภคที่เข้าใช้บริการอ่านไม่ได้รับความปลอดภัยหรือไม่มีมาตรการควบคุมที่ชัดเจนได้อย่างเพียงพอ

2) ภาครัฐจะสูญเสียรายได้อันเนื่องมาจากไม่สามารถจัดเก็บภาษีอันพึงได้จากการประกอบธุรกิจ การบริการให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศมาปล่อยเช่าแบบโรงแรมดังกล่าว และไม่สามารถควบคุมให้เกิดความปลอดภัยแก่ประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากการดำเนินธุรกิจดังกล่าวได้

3) ปัญหาเรื่องความรับผิดชอบตามกฎหมายของผู้ประกอบการบริการให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศที่ไม่อาจนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในประเด็นที่เจ้าสำนักโรงแรมจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายหรือบุบสลายอย่างไร ๆ อันเกิดแก่ทรัพย์สินของผู้เช่า (มาตรา 674) และเจ้าสำนักโรงแรมจะต้องรับผิดชอบในการที่ทรัพย์สินของผู้เช่าสูญหายหรือ บอบสลายไปอย่างไร ๆ แม้ถึงความบุบสลายหรือสูญหายนั้นจะเกิดขึ้นเพราะบุคคลคนอื่นที่มาเช่าพักอาศัย อยู่ในโรงแรมก็ตาม (มาตรา 675) มาใช้บังคับให้ต้องรับผิดชอบได้

<sup>7</sup>ศนันท์ภรณ์ (จำปี) โสคติพันธุ์. (2549). *คำอธิบาย เช่าทรัพย์ – เช่าซื้อ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน หน้า 34-38.

กล่าวโดยสรุป การประกอบธุรกิจการนำที่พักมาให้เช่าแบบโรงแรม หากสามารถอนุญาตให้มีการดำเนินกิจการได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายจะส่งผลดีให้แก่ประเทศไทยเป็นอย่างมาก ดังนั้น เมื่อประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่จะส่งเสริมและกำหนดมาตรฐานที่จะใช้กับการประกอบธุรกิจการนำที่พักมาให้เช่าแบบโรงแรมโดยตรง รัฐจึงควรเข้ามาส่งเสริมบัญญัติกฎหมายในการที่จะใช้กับธุรกิจการนำที่พักออกให้เช่าแบบโรงแรมโดยตรงเพื่อกำหนดมาตรฐานรูปแบบวิธีการดำเนินธุรกิจและความรับผิดชอบเมื่อเกิดความเสียหายแก่ผู้ใช้บริการดังกล่าว โดยเฉพาะ และเพื่อให้ธุรกิจบริการให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นที่ยอมรับของนักท่องเที่ยวและเป็นการส่งเสริมการท่องเที่ยวไปในตัว ทำให้ผลประโยชน์ตกได้กลับประเทศและผู้บริโภคโดยตรงต่อไป

### 2.1.3 ความเป็นมาเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจ Airbnb

ธุรกิจให้เช่าที่พักอาศัยเพื่อการท่องเที่ยวในปัจจุบันมีหลากหลายประเภทไม่ว่าจะเป็นโรงแรม โฮเทล เกสเฮาส์ แต่ทุกประเภทต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรมต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ. ศ. 2547 อย่างไรก็ตามในปัจจุบันได้เกิดธุรกิจให้เช่าที่พักอาศัยเพื่อการท่องเที่ยวรูปแบบใหม่ซึ่งในกลุ่มนักท่องเที่ยว ผู้ใช้บริการเรียกธุรกิจดังกล่าวตามชื่อเว็บไซต์ผู้ที่เป็นตัวกลางในการให้บริการว่า Airbnb โดยเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะให้ผู้ประสงค์จะเช่าพักเข้าบ้าน คอนโดมิเนียมหรือห้องใดห้องหนึ่งภายในบ้านของตนในระยะสั้น<sup>8</sup>

โดยจุดเริ่มต้นของ startup อย่าง Airbnb เริ่มจากปี 2007 ขณะที่โจและไบรอันถึงแต่ไม่มีเงินจ่ายค่าห้องพักที่เขาอยู่ในย่านเมืองซานฟรานซิสโก ได้เกิดความคิดว่าจะแบ่งที่พักให้คนมาเช่านอนพร้อมเตียงมือเช้า ด้วยการประกาศลงเว็บไซต์พร้อมระบุแผนที่อย่างง่าย ปรากฏว่ามีคนมาเช่าจริง เมื่อมีจุดเริ่มต้นก็มีการต่อยอด และไบรอันจึงชักชวนมิตรสหายท่านหนึ่งอย่างนาธานให้มาช่วยทำเว็บไซต์ขึ้นมา จึงเกิด Model Airbnb ขึ้นในปี 2008 และเปิดตัวครั้งแรกในงาน SXSW South by South west งานประจำปีว่าด้วยภาพยนตร์ เพลง นวัตกรรมเชิงเทคโนโลยี ซึ่งจัดทุกปี ณ เมืองออสติน สหรัฐอเมริกา แต่ผลตอบรับก็ยังไม่ดีนัก สามหนุ่มยังไม่ย่อท้อกระทั่งเกิดไอเดียใหม่ในปี 2008 นั้นเป็นช่วงที่สหรัฐอเมริกาอยู่ในช่วงแข่งขันการหาเสียงเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใหม่ระหว่าง บารัค โอบามา และ McCains Airbnb จึงขอเกาะกระแสนี้ด้วยการกว้านซื้อซีเรียลมาออกแบบใหม่ แป๊ะแบรนต์ โอบามา และ McCains และขายในแบบลิมิเตด อิดิชั่น เพื่อระดมเงินทุนรอบใหม่มาป็น Airbnb ให้เดินหน้าต่อ ปรากฏว่าขายของโอบามาหมด จำนวน 500 กล่องในราคากล่องละ 40 ดอลลาร์ ระหว่างที่ Airbnb กำลังเติบโตช่วงปี 2010 ไบรอันหนึ่งในผู้ร่วมก่อตั้งซึ่งเป็น CEO เคยทำถึงขั้นย้าย

<sup>8</sup> อภิชาติ ชักกะพันธ์. (2561). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการนำอาคารชุดออกให้เช่าแบบโรงแรม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 2.



ที่นอนไปเรื่อยๆทดลองพักตามบ้านกว่า 650 หลัง หลังละ 2-3 คืนรอบเมืองซานฟรานซิสโก เพื่อทดลองใช้งานโมเดลธุรกิจของตนเองเมื่อไอเดียเริ่มเข้าท่าก็เริ่มมีคนสนใจลงทุนด้วยเงินก้อนแรก หลังจากขายซีเรียล คือ 30,000 ดอลลาร์ จากกลุ่ม y combinator ของ Paul graham แต่กว่าจะได้เงินทุนก้อนแรกนี้ถือว่าหิน ไข่เล่นเพราะกว่าที่ 3 หนุมจะต้องอธิบายไอเดียให้ผู้ลงทุนเข้าใจนั้นลำบากเหลือแสนโดยเฉพาะอคติที่ว่า อยู่ดี ๆ จะให้คนแปลกหน้าเข้ามาอยู่ในบ้านด้วยเนี่ยนะ” หรือตอนที่ขายตลาดในนิวยอร์กก็ต้องไล่ตามหาห้องว่างมาเช่าระบบด้วยตัวเองอย่างชะงะหมีชะม้น การระดมทุนเข้า Airbnb ยังคงไหลเข้ามาหลังจากนั้นเรื่อยๆทั้ง 600,000 ดอลลาร์จาก Sequ e r i a รวมกับอีกหลายรายซึ่งมี Aston kutcher อยู่ในนั้นด้วยอีกกว่า 112 ล้านดอลลาร์และอีก 200 ล้านดอลลาร์ จากกลุ่มเดียวกันที่หนุน Facebook และ spacex จนทำให้ปัจจุบัน จากข้อมูลปี 2014 Airbnb มีมูลค่ารวมกว่า 10,000 ล้านดอลลาร์แล้ว

นอกจากเม็ดเงินลงทุนและมูลค่าบริษัท 7 ปีเศษที่ผ่านมาตอนนี้สิ่งที่ Airbnb กังวลอยู่ คือ ตัวเลขของผู้เข้าพักซึ่งมีกว่า 25 ล้านรายเข้าพักในห้องกว่า 1 ล้านแห่งในกว่า 34,000 เมืองของ 190 ประเทศ หลังจากได้ทุนสนับสนุนเข้ามา ปรากฏว่ารายได้ก็ยังไม่เข้าเป้านัก จนผู้ก่อตั้งพบว่าภาพถ่ายของสถานที่ต่าง ๆ ที่เจ้าของบ้านถ่ายขึ้นมาโพสต์นั้นดูแยกว่าของจริง พวกเขาเลยลุยเดินเท้าถ่ายภาพห้องต่างๆในนครนิวยอร์กด้วยตนเองจนผลตอบรับเริ่มดีขึ้น กลายเป็นเรื่องราวของการถ่ายภาพ และการให้ข้อมูลของห้องพักเป็นสิ่งที่ Airbnb ให้ความสำคัญถึงขั้นรับสมัครช่างภาพฟรีแลนซ์ทั่วโลก เพื่อดูแลงานนี้ Airbnb ยังได้ต่อยอดและให้ความสำคัญกับภาพแบรนด

แต่ทว่า Airbnb ก็มีอุปสรรคเศษๆเกิดขึ้นประปรายทั้งบ้านไม่ตรงสเปคหรือผู้เข้าพักสร้างความเสียหายรวมถึงมีปัญหาเดียวกับ Uber คือปัญหาการแย่งลูกค้าของระบบที่ให้บริการ ซึ่งปัญหาเริ่มแดงขึ้นที่นิวยอร์กก่อน คือ ทางการนิวยอร์กสั่งปรับเจ้าของอพาร์ทเมนต์แห่งหนึ่งเป็นเงินกว่า 240,000 ดอลลาร์ โทษฐานที่แบ่งพื้นที่ตัวเองให้คนอื่นเช่าในลักษณะของ Airbnb โดยผิดกฎหมาย โรงแรมของเมือง คือ ห้ามเช่าระยะสั้นกว่า 29 วัน หรือน้อยกว่านั้น ในข่าวระบุว่า รัฐนี้กำลังผลักดันให้มีการแก้กฎหมายนี้อยู่ รวมถึงยังมีเรื่องของปัญหาภาษีที่ยังคำนวณไม่ถูกระหว่างบ้านที่ให้พักอาศัยและส่วนที่ปล่อยให้เช่าซึ่งกำลังเป็นประเด็นอยู่เช่นกัน แต่มองได้ว่า Airbnb ยังโตได้อีก หากสามารถควบคุมคุณภาพของห้องพักและความสัมพันธ์ระหว่างผู้คนที่ 2 ความต้องการนี้ได้ และมีการปรับปรุงตัวเองหรือบทกฎหมายในบางท้องถิ่นให้สอดคล้องกัน<sup>9</sup>

<sup>9</sup> วิชัย ดันติกุลานันท์. (2559). *คำอธิบาย กฎหมายเกี่ยวกับอาคารชุด กฎหมายคอนโดมิเนียม*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร. หน้า 12.

### 2.1.4 ธุรกิจการบริการให้เช่าที่พักทาง Airbnb

Airbnb ที่พักที่ยังไม่มีกฎหมายรองรับนั้น เห็นได้ชัดว่า Airbnb ได้รับการตอบรับที่ดีในเมืองที่โรงแรมมีราคาห้องพักค่อนข้างสูง เรื่องนี้จึงส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรมระดับกลางระดับล่างในหลายประเทศที่ถูกแย่งส่วนแบ่งตลาดไป ในขณะเดียวกันหลายคนก็เริ่มมีความกังวลเรื่องความปลอดภัยทำให้หลายประเทศออกมาเคลื่อนไหวเรียกร้องให้รัฐบาลกำหนดกฎระเบียบเพื่อควบคุมที่พักประเภทนี้ รัฐบาลในหลายประเทศที่มีเมืองท่องเที่ยวสำคัญๆจึงเริ่มกำหนดมาตรการควบคุมที่พัก Airbnb ในการออกกฎระเบียบและมาตรฐานในการลงทะเบียนที่พักให้ถูกต้องและรัดกุมมากยิ่งขึ้น ข้อมูลบทวิเคราะห์จากศูนย์วิจัยเศรษฐกิจและธุรกิจธนาคารไทยพาณิชย์ระบุถึงปัญหาหลัก ๆ ที่เกิดขึ้นจากการเติบโตที่รวดเร็วของ Airbnb ที่รัฐบาลของแต่ละประเทศให้ความสำคัญดังนี้

(ก.) เกิดการรบกวนในบริเวณที่พัก

(ข.) ปัญหาห้องพักที่ไม่ได้มาตรฐานด้านความปลอดภัย เช่น ขาดอุปกรณ์ดับเพลิงหรือพนักงานรักษาความปลอดภัย

(ค.) รัฐบาลไม่สามารถจัดเก็บภาษีจากการเช่าที่พักของ Airbnb ได้<sup>10</sup>

ในประเทศไทย Airbnb ทำตลาดมาแล้ว 5 ปีแล้ว โดยประเทศไทยเป็นหนึ่งในตลาดที่สำคัญของ Airbnb และมีอัตราการเติบโตที่รวดเร็ว โดยในปี 2559 มีจำนวนคนไทยใช้บริการ Airbnb เพิ่มขึ้นมากกว่าร้อยละ 149 มีนักท่องเที่ยวไทยเลือกใช้บริการที่พักผ่าน Airbnb เมื่อไปเที่ยวต่างประเทศจำนวนกว่า 304,000 คน ขณะที่คนไทยอีกกว่าร้อยละ 93 ต้องการจะเช่าบ้านของพวกเขาให้เป็นที่พักของ Airbnb

จากจำนวนนักท่องเที่ยวต่างชาติที่เดินทางมาเยือนประเทศไทยไม่ว่าจะเป็น สาธารณรัฐประชาชนจีน สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่เลือกใช้บริการที่พักผ่าน Airbnb ในปีที่ผ่านมา มีจำนวนสูงถึง 774,000 คน คิดเป็นอัตราการเติบโตกว่าร้อยละ 150 สะท้อนให้เห็นถึงการเติบโตของธุรกิจ Airbnb ในประเทศไทยได้เป็นอย่างดีในเดือน มีนาคม 2560 ที่ผ่านมาได้เปิดตัวการปรับเปลี่ยนธุรกิจ Airbnb experiences ในรูปแบบของ Application ทริปที่ขยายเรื่องของการเช่าที่พักสู่การมอบประสบการณ์ท่องเที่ยวโดยการจับคู่ นักท่องเที่ยวเข้ากับคนท้องถิ่นที่นำเสนอกิจกรรมในพื้นที่ของตน แนวคิดนี้จะทำให้นักท่องเที่ยว

<sup>10</sup> สุภัตสร วีระเพียรดี. (2560). *ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อความตั้งใจในการจองที่พักผ่านแอร์บีแอนด์บี*. วิทยานิพนธ์วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต ระบบสารสนเทศเพื่อการจัดการ สาขาวิชาระบบสารสนเทศเพื่อการจัดการ, คณะพาณิชยศาสตร์และการบัญชี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 1.

ได้สัมผัสประสบการณ์กับคนในพื้นที่อย่างแท้จริงนอกเหนือจากการเที่ยวชมสถานที่ที่น่าสนใจในพื้นที่นั้น ๆ เพียงอย่างเดียว อันเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญของ Airbnb ซึ่งเปิดโอกาสให้ผู้ใช้งานได้มีส่วนร่วมและสร้างรายได้ผ่าน Airbnb

ความคาดหวังของ Airbnb กับบริการที่ไปยังคงเป็นเรื่องการขยายฐานลูกค้าให้กว้างขึ้น และแรงจูงใจสำคัญที่ทำให้คนมาใช้บริการ Airbnb มากขึ้น ขณะเดียวกันก็ขยายช่องทางของรายได้ด้วยเท่ากับว่า Airbnb จะมีรายได้รวม 2 ช่องทาง ได้แก่ ส่วนแบ่งจากค่าที่พักและจากโปรแกรมทริป

ในปัจจุบัน Airbnb Experience กว่า 800 รายการได้เปิดบริการให้นักท่องเที่ยวได้สัมผัสแล้วใน 13 เมืองใหญ่ทั่วโลก อาทิ ลอสแอนเจลิส ซานฟรานซิสโก สิงคโปร์ โตเกียว โซล ชิดนีย์ กรุงทศ ซึ่ง Airbnb ตั้งเป้าจะมี xperience เพิ่มเดิมรวม 50 เมืองภายในสิ้นปี 2560 นี้ โดยผู้ใช้สามารถค้นหาประสบการณ์ในเมืองเหล่านี้ได้เช่นเดียวกับการหาที่พักใน Application

นักท่องเที่ยวต่างชาติที่ใช้ Airbnb ในประเทศไทย ในปี 2559 ชาวต่างชาติ 3 ใน 100 หรือราว 770,000 คน ใช้บริการที่พัก Airbnb ในประเทศไทยเป็นการเติบโตกว่าร้อยละ 150 ภายในเวลา 1 ปี เชียงใหม่ และกรุงเทพฯ เป็นจังหวัดที่มีการเติบโตสูงมากที่สุดและเมืองยอดฮิตของ Airbnb ในประเทศไทย คือ กรุงเทพฯ และเชียงใหม่ ซึ่งเป็นที่รู้จักในนามเมืองหลวงแห่งความคิดสร้างสรรค์ ส่วนเกาะสมุยและภูเก็ตเป็นที่รู้จักเรื่องเกาะทะเลหาดทรายขาวบริสุทธิ์ ซึ่งโดยภาพรวมแล้วประเทศไทยเป็นที่รู้จักในฐานะเมืองที่มีความสร้างสรรค์ซึ่งเป็นส่วนผสมระหว่างความทันสมัย มรดกทางศิลปะที่ล้ำค่าและธรรมชาติที่สวยงาม

จำนวนที่พัก Airbnb ในประเทศไทยมีจำนวนทั้งหมด 432,223 แห่ง บ้านพักในกรุงเทพฯ 10,566 แห่ง นักท่องเที่ยวใช้บริการเพิ่มขึ้นร้อยละ 129 บ้านพักในเชียงใหม่ 4,084 แห่ง นักท่องเที่ยวใช้บริการเพิ่มขึ้นร้อยละ 163 บ้านพักในภูเก็ต 9,033 แห่ง นักท่องเที่ยวใช้บริการเพิ่มขึ้นร้อยละ 154 บ้านพักในเกาะสมุย 4,725 แห่ง นักท่องเที่ยวใช้บริการเพิ่มขึ้นร้อยละ 133 ธุรกิจให้เช่าที่พักอาศัยเพื่อการท่องเที่ยวในปัจจุบันมีหลากหลายประเภทไม่ว่าจะเป็นโรงแรม โฮเทล เกสเฮาส์ แต่ทุกประเภทต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรมต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547<sup>11</sup>

ทั้งนี้ ในข้อจำกัดทางกฎหมายของประเทศไทย หากพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 ซึ่งกำหนดว่า การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดการเช่าไม่เกิน 3 ปีไม่ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น การนำอสังหาริมทรัพย์ออกให้เช่าเพื่อการพำนักระยะสั้นจึงสามารถกระทำได้ แต่เนื่องจากกรณีการให้เช่าพำนักระยะสั้นเพื่อธุรกิจการท่องเที่ยวไม่อาจพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปได้ เนื่องจากมีกฎหมายบังคับใช้เป็นการเฉพาะจึงต้องใช้

<sup>11</sup> ศิริชนก วิริยเกื้อกุล. (2560). *กฎหมายควบคุมการให้เช่าที่พักอาศัยรูปแบบใหม่เพื่อการท่องเที่ยว แอร์บีเอ็นบี (Airbnb)*. บทความทางวิชาการ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 4.

กฎหมายเฉพาะกับกรณีดังกล่าว ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ดังนั้น การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ในลักษณะระยะสั้นเพื่อการท่องเที่ยวที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ในเดือน กรกฎาคม พ.ศ. 2559 สำนักงานที่ดินจังหวัดภูเก็ตได้ส่งใบแจ้งเตือนไปยังโครงการคอนโดมิเนียมทั้งหมด 234 โครงการในจังหวัดภูเก็ตรวมแล้วกว่า 26,000 ยูนิต โดยในใบแจ้งเตือนกล่าวว่าการให้บริการเช่าห้องพักรายวันโดยเจ้าของกิจการคอนโดมิเนียมถือเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ซึ่งก่อให้เกิดความรำคาญต่อสาธารณะ มีผลกระทบต่อความปลอดภัยของนักท่องเที่ยวและอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สิน

ธุรกิจในรูปแบบใหม่นี้ส่งผลกระทบต่อธุรกิจดั้งเดิม เช่น โรงแรม เพราะเป็นการแย่งส่วนแบ่งทางการตลาด ปัญหาลักษณะนี้ได้เกิดขึ้นกับระบบขนส่งสาธารณะแบบดั้งเดิมเช่นกัน เนื่องจากในปัจจุบันมีบริการรับส่งผู้โดยสาร โดยผู้รับจ้างที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนตามกฎหมายซึ่งประชาชนทั่วไปเรียกว่า Uber แต่ข้อได้เปรียบของผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับธุรกิจ Airbnb นั้นมีมากกว่า Uber เนื่องจาก Airbnb ส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของผู้อยู่อาศัยข้างเคียง ในกรณีที่นักท่องเที่ยวที่เข้าพักไม่รักษากฎระเบียบของชุมชนอย่างเคร่งครัดเช่นการทิ้งขยะของชุมชนหรือการใช้เสียงดังรบกวนเพื่อนบ้าน<sup>12</sup>

สมาคมอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวโลก หรือ Wttc (World Travel and tourism council) ได้ให้ความเห็นว่า ธุรกิจท่องเที่ยวทั่วโลกจะขยายตัวต่อเนื่องและภูมิภาคที่เติบโตเร็วที่สุด คือ เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพราะได้รับความนิยมในหมู่นักท่องเที่ยวจีน ซึ่ง Wttc ประเมินว่าประเทศไทยน่าจะเป็นประเทศที่มีการขยายตัวของภาคการท่องเที่ยวสูงอันดับ 10 ของโลกในช่วง 10 ปีจากนี้ ดังนั้น รูปแบบการวางแผนพัฒนาการท่องเที่ยวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับด้านที่พักและการขนส่งสาธารณะควรได้รับการปรับปรุงให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของโลกโดยควรมีการปรับปรุงด้านกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่มีการเปลี่ยนแปลงในปัจจุบันซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไป

อย่างไรก็ตามจากอดีตที่ผ่านมาธุรกิจให้เช่าที่พักอาศัยในรูปแบบโฮมสเตย์ ซึ่งอาจถือได้ว่าเคยเกิดสภาพปัญหาใกล้เคียงกับกรณี Airbnb ดังนั้น ใน พ.ศ.2551 กระทรวงมหาดไทยได้ออกกฎกระทรวงโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 103 กำหนดว่าให้สถานที่พักที่มีจำนวนห้องพักในอาคารเดียวกันหรือหลายอาคารรวมกันไม่เกิน 4 ห้อง และมีจำนวนผู้เข้าพักรวมกันทั้งหมดไม่เกิน 20 คน ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราวสำหรับคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใด โดยมีค่าตอบแทนอันมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการเพื่อหารายได้เสริมและได้แจ้งให้นายทะเบียนทราบตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนด ไม่เป็นโรงแรมตาม(3) ของบทบัญญัติคำว่าโรงแรมและในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ.2547 ซึ่งหมายถึงการ

<sup>12</sup> วิชัย ดันติกุลานันท์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9, หน้า 36-37.

ประกอบธุรกิจโฮมสเตย์ดั่งนั้น ที่พักโฮมสเตย์จึงไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และต่อมาได้มีประกาศสำนักพัฒนาการท่องเที่ยวเรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ พ.ศ.2551 ได้กำหนดคุณภาพมาตรฐานโฮมสเตย์ในด้านต่างๆ เช่นด้านที่พัก ด้านอาหาร ด้านความปลอดภัย ด้านอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าบ้านและสมาชิก ด้านรายการนำเที่ยว ด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมซึ่งมาตรฐานต่าง ๆ นั้นกำหนดขึ้นเพื่อเป็นการส่งเสริมการท่องเที่ยวโดยไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย ทั้งนี้ธุรกิจโฮมสเตย์มีความแตกต่างจากที่พัก Airbnb ในบางแง่มุมเพราะโฮมสเตย์เป็นการท่องเที่ยวเชิงอนุรักษ์และการท่องเที่ยวเชิงชุมชนแต่ที่พักของ Airbnb จะมีความหมายที่กว้างและครอบคลุมกว่าที่พักแบบโฮมสเตย์ เช่น การให้เช่าคอนโดมิเนียมกลางใจเมืองหรือย่านธุรกิจ เป็นต้น<sup>13</sup>

ตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เช่าที่พักอาศัยระยะสั้นเพื่อการท่องเที่ยวที่เกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติโรงแรมพ.ศ. 2547 โดยได้วางหลักเกณฑ์ที่สำคัญต่าง ๆ เช่น นิยามคำว่าโรงแรม หมายความว่า สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราวสำหรับคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ไม่รวมถึง

1. สถานที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราว ซึ่งดำเนินการโดยส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐหรือโดยมิใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน
2. สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการที่พักอาศัยโดยคิดค่าบริการเป็นรายเดือนขึ้นไปเท่านั้น
3. สถานที่พักอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง<sup>14</sup>

เช่น พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ.2547 มาตรา 13 เพื่อประโยชน์ในการกำหนดและควบคุมมาตรฐานของโรงแรมส่งเสริมการประกอบธุรกิจโรงแรมและส่งเสริมการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ความมั่นคงแข็งแรง คุณลักษณะหรือความปลอดภัยของ โรงแรม รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวง กำหนดประเภทของ โรงแรมและกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับสถานที่ตั้ง ขนาด ลักษณะสิ่งอำนวยความสะดวกหรือมาตรฐานการประกอบธุรกิจโรงแรม ทั้งนี้ เงื่อนไขดังกล่าวได้รวมถึงการห้ามประกอบธุรกิจอื่นใดในโรงแรมด้วย

มาตรา 15 ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบธุรกิจโรงแรม เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน

มาตรา 18 นายทะเบียนจะออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอรับใบอนุญาตได้ เมื่อเห็นว่าสถานที่ตั้งขนาดลักษณะสิ่งอำนวยความสะดวกหรือมาตรฐานการประกอบธุรกิจของ โรงแรมแต่ละประเภทเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 13

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 42-44.

<sup>14</sup> ศิริชนก วิริยเกื้อกุล . อ่างแล้ว เชิงอรธที่ 11.

มาตรา 19 ใบอนุญาตฉบับหนึ่งให้ใช้กับโรงแรมที่ระบุชื่อไว้ในใบอนุญาตเท่านั้น และให้มีอายุ 5 ปีนับแต่วันที่ออกใบอนุญาต<sup>15</sup>

ซึ่งจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติโรงแรมระบุให้หอสังหาริมทรัพย์ที่เสนอให้บริการที่พักอาศัยในแง่การค้าที่มีระยะเวลาให้เช่าไม่เกิน 1 เดือนว่าจะต้องมีใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรม อย่างไรก็ตามกฎกระทรวงฉบับปี พ.ศ.2551 ซึ่งใช้ในการบริหารการดำเนินงานกิจการโรงแรมต่าง ๆ ยกเว้นให้ผู้ประกอบกิจการให้เช่าหอสังหาริมทรัพย์ชั่วคราวนั้น ไม่ต้องมีใบอนุญาตว่าดำเนินการโรงแรม หากว่า

1. อสังหาริมทรัพย์มีห้องทั้งหมด 4 ห้องหรือน้อยกว่า
2. ให้บริการจัดหาที่พักให้กับผู้เข้าพักได้ไม่เกิน 20 คน
3. เจ้าของกิจการอสังหาริมทรัพย์นั้นๆประกอบกิจการเพื่อหารายได้เพิ่มเติม
4. กิจการอสังหาริมทรัพย์เหล่านั้นสนับสนุนการท่องเที่ยวและวัฒนธรรมท้องถิ่น
5. เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับการแจ้งให้ทราบเรื่องเกี่ยวกับการประกอบกิจการนั้น ๆ

ข้อยกเว้นนี้ถูกเขียนขึ้นเพื่อยกเว้นให้กับผู้ประกอบกิจการเกสเฮ้าส์หรือโฮมสเตย์ต่างๆ จากกรปฏิบัติตามข้อกำหนดของพระราชบัญญัติโรงแรมซึ่งสามารถนำมาพิจารณาเพื่อสนับสนุนรูปแบบการให้บริการเช่าที่พักอาศัยระยะสั้นของ Airbnb ได้ ทำให้เห็นได้ว่าธุรกิจการให้บริการที่พักอาศัยยังไม่มีคามชัดเจนไม่มีการให้คำจำกัดความในธุรกิจประเภทนี้ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับ

1) ปัญหาความหมายของธุรกิจการให้บริการที่พักอาศัยที่ให้บริการในรูปแบบทั้งรายวันและรายเดือน ซึ่งในปัจจุบันยังไม่พบว่ามีกฎหมายฉบับใดที่ให้ความหมายที่ชัดเจนทำให้เกิดปัญหาหลายประการ ดังเช่น กรณีของห้องพักอาศัยที่ไม่ได้จดทะเบียนเป็นโรงแรมตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 แต่เปิดให้นักท่องเที่ยวเข้าพัก ซึ่งหากเป็นกรณีที่ปล่อยให้พักอาศัยโดยเสียค่าใช้จ่ายเป็น

<sup>15</sup> มาตรา 13 เพื่อประโยชน์ในการกำหนดและควบคุมมาตรฐานของโรงแรมส่งเสริมการประกอบธุรกิจโรงแรมและส่งเสริมการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ความมั่นคงแข็งแรง คุณลักษณะหรือความปลอดภัยของโรงแรม รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวง กำหนดประเภทของโรงแรมและกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับสถานที่ตั้ง ขนาด ลักษณะสิ่งอำนวยความสะดวกหรือมาตรฐานการประกอบธุรกิจโรงแรม ทั้งนี้ เงื่อนไขดังกล่าวได้รวมถึงการห้ามประกอบธุรกิจอื่นใดในโรงแรมด้วย

มาตรา 15 ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบธุรกิจโรงแรม เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน

มาตรา 18 นายทะเบียนจะออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอรับใบอนุญาตได้ เมื่อเห็นว่าสถานที่ตั้งขนาดลักษณะสิ่งอำนวยความสะดวกหรือมาตรฐานการประกอบธุรกิจของโรงแรมแต่ละประเภทเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 13

มาตรา 19 ใบอนุญาตฉบับหนึ่งให้ใช้กับโรงแรมที่ระบุชื่อไว้ในใบอนุญาตเท่านั้นและให้มีอายุ 5 ปีนับแต่วันที่ออกใบอนุญาต

รายเดือนนั้น จะไม่ผิดกฎหมายเพราะไม่อยู่ในความหมายของห้องพักที่เข้าลักษณะโรงแรม ทำให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินกิจการได้ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการได้นำห้องพักไปดำเนินธุรกิจที่พักออาศัยให้มีลักษณะให้เช่าพักต่ำกว่ารายเดือนลงมาและทำธุรกิจในการเช่าเพื่อหวังผลกำไร ดังนั้น การที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะถึงความหมายของธุรกิจให้บริการที่พักออาศัย ย่อมนำมาซึ่งการไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่อยู่ในปัจจุบัน และ

2) ปัญหาการปรับใช้บทกฎหมายซึ่งให้ความคุ้มครองความเสียหายอันเกิดแก่ผู้เช่าพักออาศัย ตามกฎหมายลักษณะละเมิด จากการศึกษาพบว่าปัจจุบันธุรกิจการให้บริการที่พักออาศัยประเภท Airbnb ยังไม่มีกฎหมายใดกำหนดความรับผิดโดยเฉพาะสำหรับธุรกิจดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจที่พักออาศัยหรือความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของลูกจ้างหรือแม้แต่ความเสียหายที่เกิดจากสัตว์เลี้ยงของผู้ประกอบธุรกิจที่พักออาศัยเอง และความเสียหายที่เกิดขึ้นจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้ประกอบธุรกิจที่พักออาศัยว่าควรจะเป็นหน้าที่หรือความรับผิดของผู้ใดตามประมวลกฎหมายแพ่งในลักษณะละเมิดมาบังคับใช้ ประกอบกับการประกอบธุรกิจการให้บริการที่พักออาศัยในรูปแบบของ Airbnb ตามหลักกฎหมายทั่วไป

3) ปัญหาการปรับใช้กฎหมายในเรื่องความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการให้บริการที่พักออาศัยต่อทรัพย์สินของผู้พักออาศัย จากการศึกษาพบว่าในปัจจุบันธุรกิจการให้บริการที่พักออาศัยประเภทนี้ ยังไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงกับความรับผิดกรณีทรัพย์สินของผู้เช่าพักออาศัยสูญหายหรือเสียหาย ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินที่ได้ฝากไว้หรือทรัพย์สินสูญหายระหว่างการเข้าใช้บริการ ยังเป็นปัญหาอยู่ว่าจะเป็นที่ไหนที่ใครที่จะต้องรับผิดชดเชยในความสูญหายหรือเสียหายดังกล่าว ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เห็นได้ว่า แม้การประกอบธุรกิจการให้บริการที่พักออาศัยบางรูปแบบที่ไม่ได้มีข้อกำหนดความรับผิดชดเชยของผู้ประกอบธุรกิจการให้เช่าที่พักออาศัยและทรัพย์สินของผู้พักออาศัย โดยเฉพาะ แต่ก็ควรนำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งในลักษณะ 10 ฝากทรัพย์สินหมวด 3 วิธีเฉพาะสำหรับเจ้าสำนักโรงแรมมาเทียบเคียงเพื่อใช้ประกอบของการประกอบธุรกิจการให้บริการที่พักออาศัยในรูปแบบ Airbnb ตามหลักกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

4) ปัญหาการกำหนดหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจการให้บริการที่พักออาศัย จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า ปัจจุบันมีธุรกิจการให้บริการที่พักออาศัยมีเพียงที่พักออาศัยบางประเภทเท่านั้นที่มีหน่วยงานผู้มีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงโดยเฉพาะ เช่น โรงแรมที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 หอพักอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติหอพัก โสมสเดย์อยู่ภายใต้กรมการท่องเที่ยวเรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโสมสเดย์ไทย พ.ศ. 2547 แต่ในทางกลับกันก็ยังพบว่ามีธุรกิจการให้บริการที่พักออาศัยในรูปแบบ Airbnb แต่ไม่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติหอพัก พ.ศ. 2558 หรือแม้กระทั่งประกาศกรมการท่องเที่ยว

เรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐาน โฮมสเตย์ไทยพ.ศ 2554 จึงทำให้เกิดปัญหาว่า มาตรฐานการให้บริการจะให้บุคคลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกลุ่มใดมีหน้าที่ในการตรวจสอบเป็นการเฉพาะ<sup>16</sup>

สรุปได้ว่าการดำเนินการของ Airbnb มีการขัดต่อกฎหมายของประเทศไทยเป็นอย่างมาก อันควรได้รับการแก้ไขเร่งด่วน

## 2.2 แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบริการให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยี สารสนเทศ

“หนี้” เป็นแนวคิดทางกฎหมายในระบบ Civil Law อันมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน อีกทอดหนึ่ง เป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายโดยความรับผิดชอบในทางแพ่ง แยกออกจากหากอย่างเด็ดขาด จากความรับผิดชอบในทางอาญา ในทางอาญากฎหมายมุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยในสังคมเป็นหลัก แต่ในทางแพ่งนั้นเป็นความรับผิดชอบทางเอกชนที่เกิดขึ้นระหว่าง บุคคลต่อบุคคล มิใช่เป็นความรับผิดชอบ ส่วนที่บุคคลต้องมีต่อสังคมหรือก็แสดงว่าเป็นบุคคลสิทธิ ซึ่งไม่ผูกพันบุคคลภายนอกทั่วไป โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองป้องกันสิทธิของเอกชนที่มีต่อกัน ไม่ให้ได้รับความเสียหาย ซึ่งหนี้ หรือความรับผิดชอบในทางแพ่งยังสามารถแบ่งออกได้เป็นความรับผิดชอบในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางละเมิด ซึ่งมีหลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบตามองค์ประกอบทางกฎหมาย กล่าวคือ ความผิด ความเสียหายและความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลในการศึกษาหลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบในทางสัญญา และความรับผิดชอบในทางละเมิด ดังนั้นจึงขอกล่าวถึงรายละเอียดถึงหลักเกณฑ์ของความรับผิดชอบในทางสัญญา และความรับผิดชอบในทางละเมิด ดังนี้

### 2.2.1 ทฤษฎีการเกิดของสัญญา

ซึ่งสัญญา หมายถึง ความผูกพันทางกฎหมายอันเกิดจากการแสดงเจตนาของคู่กรณี (คู่สัญญา) (นิติกรรมสองฝ่ายสัญญาจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันทุกฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายผู้เสนอ และผู้สนอง

#### 2.2.1.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาตามกฎหมายไทย

สัญญาเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งและในการทำสัญญาก็จะต้องมีองค์ประกอบที่เป็น เช่นเดียวกับในเรื่องการทำนิติกรรม คือ ต้องมีบุคคลหรือคู่สัญญาในการทำสัญญา มีวัตถุประสงค์ ไม่ขัดต่อกฎหมาย จึงจะเป็นสัญญาสมบูรณ์ ทำให้บังคับกันได้ตามกฎหมาย หากสัญญาไม่สมบูรณ์

<sup>16</sup> รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 156.



ก็คือสัญญาที่ไม่สามารถบังคับกันได้ โดยอาจถูกคู่กรณีอีกฝ่ายกล่าวอ้างถึงความเป็นโมฆะของสัญญานั้น ๆ ได้ กฎเกณฑ์ทั่วไปที่จะถือว่าสัญญาที่ทำขึ้นนั้นสมบูรณ์หรือไม่ต้องคำนึงถึง จึงต้องพิจารณาองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

1) ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ หากพิจารณาในทางประวัติศาสตร์พบว่าสัญญาเกิดขึ้นจากการที่บุคคลอยากได้ทรัพย์สิน หรือแรงงานของบุคคลอื่น แต่ไม่สามารถเอามาหรือบังคับตามใจตัวเองได้ เนื่องจากการขัดต่อกฎหมาย จึงได้มีการตกลงส่งมอบทรัพย์สินหรือทำงานให้แก่กันและเกิดเป็นสัญญาขึ้น สัญญามีความหมายกว้าง การกระทำบางอย่าง เช่น การสมรส การรับบุตรบุญธรรม แม้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางหนี้แต่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในกฎหมายครอบครัว ก็ถือว่าเป็นสัญญาเช่นกัน อาจกล่าวได้ว่า สัญญาเป็นมูลสำคัญในการก่อให้เกิดหนี้ สัญญาจึงเป็นความตกลงซึ่งก่อให้เกิดมีหนี้ ระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย ซึ่งฝ่ายหนึ่งจะต้องกระทำการหรือละเว้นการกระทำให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เสด็จในกรมหลวงราชบุรีฯ ทรงอธิบายไว้ว่า “สัญญานั้นแปลว่า ความยินยอมทั้ง 2 ฝ่าย หรือมากกว่า 2 ฝ่าย ในการที่จะทำ หรือละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง”

มีข้อสังเกตว่า ความหมายของสัญญาในสมัยโรมันแตกต่างจากในปัจจุบัน โดยในสมัยโรมันความสำคัญของสัญญาไม่ได้อยู่ที่กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา เสรีภาพในการทำสัญญา หรือเจตนา เนื่องจากสัญญาทุกประเภทที่เกิดขึ้นไม่จำเป็นต้องมีองค์ประกอบที่เป็นสัญญาเหมือน ๆ กัน แต่สาระหรือความสำคัญของสัญญาอยู่ที่หนี้ที่สัญญานั้นๆ จะก่อให้เกิดขึ้น กฎหมายโรมันไม่ได้อธิบายการเกิดขึ้นของสัญญาผ่านทางหลักเกณฑ์ที่เป็นนามธรรม มีคำกล่าวว่า “กฎหมายสัญญาโรมันมีหลักเฉพาะแต่ไม่มีหลักทั่วไป” เนื่องจากกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับเกี่ยวกับสัญญาของโรมันนั้นแตกต่างไปตามประเภทของสัญญา ซึ่งคู่สัญญาได้ทำขึ้นนั่นเอง<sup>17</sup>

## 2) องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

ตามกฎหมายไทยนั้นสัญญาถือเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่ง โดยนิติกรรม หมายถึง “การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” (มาตรา 149 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) นักกฎหมายได้แบ่งนิติกรรมออกเป็นหลายประเภท ทั้งนิติกรรมฝ่ายเดียว นิติกรรมสองฝ่าย นิติกรรมหลายฝ่าย ซึ่งสัญญานั้นก็เป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย ซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปนั่นเอง

<sup>17</sup> แพทริญา อรัญมิ่ง. (2554). *ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 9.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 2 ว่าด้วยสัญญา มิได้ให้คำจำกัดความของสัญญาว่าคืออะไร แต่ก็มีการกฎหมายหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่าสัญญาไว้ โดยอาจสรุปได้ว่า สัญญาหมายถึงนิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ที่มุ่งจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์ โดยสัญญาต้องประกอบด้วยองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญดังต่อไปนี้<sup>18</sup>

(ก)บุคคลซึ่งเป็นองค์ประกอบในการทำสัญญา เรียกว่า คู่สัญญา โดยสัญญาต้องมีบุคคลที่เป็นคู่สัญญาตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งเกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียวได้ ทั้งนี้คู่สัญญาต้องไม่เป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถในการทำนิติกรรม มิฉะนั้นก็อาจทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะได้ เช่น กรณีของผู้เยาว์ทำสัญญาโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมหรือกรณีคนไร้ความสามารถทำสัญญา

(ข)เจตนา กล่าวคือ ต้องมีการแสดงเจตนาของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายหนึ่งแสดงเจตนาทำคำเสนอและอีกฝ่ายแสดงเจตนาทำคำสนอง ซึ่งเมื่อเจตนาที่ทั้งสองฝ่ายแสดงออกมามีเนื้อหาต้องตรงกันก็ทำให้เกิดเป็นสัญญาขึ้นมา ทั้งนี้เจตนาต้องตรงกันไม่ได้หมายความว่าเนื้อหาของเจตนาทั้งสองฝ่ายต้องเหมือนกันทุกประการ แต่หมายความว่าเจตนาของทั้งสองฝ่ายต้องมุ่งต่อผลทางกฎหมายโดยมีเนื้อหาอย่างเดียวกัน นอกจากนี้ การแสดงเจตนาต้องไม่มีความบกพร่อง มิฉะนั้นก็อาจทำให้สัญญาตกเป็นโมฆะ หรือโมฆียะ ได้เช่นกัน

(ค)วัตถุประสงค์ หากไม่มีวัตถุประสงค์ก็เท่ากับไม่มีจุดประสงค์หรือความมุ่งหมายในการทำสัญญา สัญญาย่อมจะเกิดขึ้นไม่ได้ วัตถุประสงค์นั้นก็คือเป้าหมายหรือประโยชน์สุดท้ายที่จะได้จากสัญญา ในสัญญาทุกชนิดจะต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ สัญญาใดที่ไม่มีวัตถุประสงค์ก็เหมือนเป็นเรื่องลอย ๆ ไม่จริงจังอะไร โดยวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายไม่เป็นการพ้นวิสัย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นสัญญาย่อมตก เป็นโมฆะตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>19</sup>

### 3 ประเภทของสัญญา

<sup>18</sup> เสนีย์ ปราโมช. (2505). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม (ภาค 1-2)* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: อักษรสาสน์. หน้า 437.

<sup>19</sup> กำชัย จงจักรพันธ์. (2551). *คู่มือกฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 49.

หลักเกณฑ์ในการแบ่งประเภทของสัญญาสามารถแบ่งได้หลายรูปแบบ ซึ่งนักกฎหมายแบ่งแยกประเภทของสัญญาแตกต่างกันไป โดยอาจสรุปประเภทของสัญญาตาม หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ได้ดังนี้

ก) แบ่งตามชื่อของสัญญา หากใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องชื่อของสัญญาจะสามารถแบ่งสัญญาได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ สัญญามีชื่อหรือเอกเทศสัญญากับสัญญาไม่มีชื่อ

(1) เอกเทศสัญญา ได้แก่สัญญาที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้เป็นเอกเทศในบรรพ 3 รวมทั้งสิ้น 22 ลักษณะ ตั้งแต่มาตรา 453 ถึง 1273 โดยกำหนดชื่อสัญญา กำหนดลักษณะแห่งสัญญาและวัตถุประสงค์ ตลอดจนบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาไว้ด้วย เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาเช่าฝาก สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาให้ สัญญาจ้างแรงงาน เป็นต้น

(2) สัญญาไม่มีชื่อ เป็นสัญญาซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา โดยกฎหมายให้เสรีภาพแก่บุคคลอย่างกว้างขวางที่จะอาศัยนิติกรรมสร้างสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันได้ตามความสมัครใจ แม้จะเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ถ้าทำถูกต้องสมบูรณ์ตามหลักทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรม กฎหมายก็ยอมรับบังคับให้ตามเจตนานั้น เช่น สัญญา เล่นแชร์เปียหาย สัญญาต่างตอบแทนพิเศษยิ่งกว่าการเช่าธรรมดา สัญญาฝากขายหนังสือของสำนักพิมพ์ เป็นต้น

ข) แบ่งตามค่าตอบแทน การแบ่งประเภทของสัญญาตามค่าตอบแทนที่คู่สัญญาสัญญาได้รับ สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท ได้แก่สัญญามีค่าตอบแทนและสัญญาไม่มีค่าตอบแทน

(1) สัญญามีค่าตอบแทน หมายถึงสัญญาที่คู่สัญญามีสิทธิได้รับค่าตอบแทน โดยค่าตอบแทนนั้นอาจเป็นประโยชน์หรือทรัพย์สิน หรือเป็นการชำระหนี้ตอบแทนก็ได้ เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น

(2) สัญญาไม่มีค่าตอบแทน คือสัญญาซึ่งมีคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวได้รับประโยชน์ในทางทรัพย์สิน โดยไม่ต้องเสียอะไรตอบแทน เช่น สัญญายืมใช้คงรูป สัญญายืมใช้สิ้นเปลือง สัญญาให้โดยเสน่หา เป็นต้น

ค) แบ่งตามการตอบแทนในทางทรัพย์สิน การแบ่งประเภทของสัญญาตามการตอบแทนในทางทรัพย์สิน ได้แก่สัญญาต่างตอบแทนและสัญญาไม่ต่างตอบแทน

(1) สัญญาต่างตอบแทน คือสัญญาซึ่งคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างต้องชำระหนี้ตอบแทนในทางทรัพย์สินซึ่งกันและกัน คู่สัญญาแต่ละแต่ละฝ่ายจึงเป็นทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ในเวลาเดียวกัน เช่น สัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องชำระราคาให้แก่ผู้ขาย ผู้ขายมีหน้าที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์และส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ

(2) สัญญาไม่ต่างตอบแทน เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดการปฏิบัติชำระหนี้จาก คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว เป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเดียวเป็นลูกหนี้ หรือเป็น เจ้าหนี้แล้วแต่กรณี เช่น สัญญายืมใช้คงรูป สัญญาให้โดยเสน่หา เป็นต้น

ง) แบ่งตามความผูกพันของคู่สัญญา ได้แก่ สัญญาซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญากับสัญญา เพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

(1) สัญญาซึ่งมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญา คือ สัญญาที่ทำต่อกันนั้นมีผลผูกพัน เฉพาะคู่สัญญาด้วยกันเท่านั้น

(2) สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก คือ สัญญาซึ่งบุคคลอื่นที่ไม่ได้เป็นเจ้าหนี้หรือเป็นคู่สัญญามีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ เช่น สัญญาประกันชีวิตตามมาตรา 889 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จ) แบ่งตามลักษณะของสัญญา ได้แก่ สัญญาประธานกับสัญญาอุปกรณ์

(1) สัญญาประธาน คือ สัญญาที่อาศัยความสมบูรณ์เป็นอยู่โดยลำพังตัวเองเป็นสัญญาแรกที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้แสดงเจตนาทำกันไว้

(2) สัญญาอุปกรณ์ นอกจากสัญญาอุปกรณ์ต้องสมบูรณ์ตามหลักความสมบูรณ์ของตัวเองแล้ว ยังขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาประธานอันตนเป็นอุปกรณ์ด้วย กล่าวคือแม้สัญญาอุปกรณ์จะสมบูรณ์ แต่ถ้าสัญญาประธานไม่สมบูรณ์ สัญญาอุปกรณ์ย่อมไม่สมบูรณ์เช่นเดียวกัน (มาตรา 384 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หรือสิทธิเรียกร้องในส่วนที่เป็นประธานขาดอายุความสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ส่วนที่เป็นอุปกรณ์อันต้องอาศัยส่วนที่เป็นประธานนั้นย่อมตกเป็นอันขาดอายุความตามกันไปด้วย (มาตรา 193/26 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) สัญญาอุปกรณ์ดังกล่าวได้แก่ สัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาเดิมซึ่งเป็นสัญญาประธาน สัญญากำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับมัดจำหรือเบี้ยปรับ สัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนอง สัญญา จำนำ เป็นต้น<sup>20</sup>

นอกจากประเภทของสัญญาต่างๆข้างต้นแล้ว ยังมีความเห็นของนักกฎหมายที่แบ่ง ประเภทของสัญญาโดยใช้เกณฑ์อื่นๆอีกด้วย เช่น แบ่งตามบุคคลที่เป็นคู่สัญญา ได้แก่ สัญญาสองฝ่ายและสัญญาหลายฝ่าย แบ่งตามแบบ ได้แก่ สัญญาที่ต้องทำตามแบบเฉพาะ กับสัญญา ที่กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องทำตามแบบอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยเฉพาะ แบ่งตามความสมบูรณ์ ของสัญญา ได้แก่ สัญญาที่สมบูรณ์ด้วยความยินยอม กับ สัญญาที่นอกจากจะต้องการ ความยินยอมของคู่สัญญายังต้องการ “การส่งมอบ” ทรัพย์สินอันเป็นวัตถุของสัญญาอีกด้วย เป็นต้น

<sup>20</sup> กำชัย จงจักรพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 19. หน้า 52.

### 2.2.1.2 คำเสนอ คำมั่นและคำสนอง

#### 1) คำเสนอ

(ก) ความหมายและลักษณะของคำเสนอ เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายหนึ่ง แจ้งให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งทราบว่า ตนมีความประสงค์จะผูกพันทำสัญญาด้วยประการใด ๆ ขอให้ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นร่วมความประสงค์ทำสัญญาด้วยตามที่เสนอไปนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า คำเสนอเป็นคำขอให้ ทำสัญญานั้นเอง ซึ่งคำเสนอนั้นแตกต่างจากคำถามทาบทามหรือคำเชื่อเชิญชักชวน กล่าวคือ คำเสนอนั้น ผู้เสนอมีความประสงค์ต้องการให้มีสัญญาเกิดขึ้นแน่นอน ส่วนคำถามทาบทาม เป็นเพียงการถาม เพียงหยั่งดูเพื่อรู้ว่าประโยชน์ในการที่จะขอให้เขาทำสัญญาด้วยจะเป็นประการใด ส่วนคำเชื่อเชิญ ชักชวนเป็นเพียงการขอให้คู่กรณีอีกฝ่ายเป็นผู้ทำคำเสนอขึ้นมาและหากพอใจในคำเสนอนั้น ก็จะทำสัญญาด้วย บางครั้งคำถามทาบทามอาจใกล้เคียงกับคำเสนอ เช่น การที่บุคคลถาม เพื่อต้องการซื้อสิ่งของอย่างใดอย่างหนึ่งต่อเจ้าของทรัพย์ ไม่ได้หมายความว่าบุคคลนั้นทำคำเสนอ เพื่อขอซื้อเสมอไป อาจเป็นเพียงการถามทาบทามเพื่อให้รู้ว่าเจ้าของจะขายหรือไม่ การเชื่อเชิญก็มีลักษณะ ในทำนองเดียวกัน เช่น การเอาของวางขายโดยไม่ได้ปิดราคาไว้ ไม่ได้หมายความว่า เจ้าของทรัพย์ เสนอขายของสิ่งนั้น เป็นแต่เพียงการประกาศโฆษณาเชิญให้เข้ามาทำคำเสนอ เท่านั้น

#### (ข) คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญา

คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญญัติทั่วไป ในเรื่อง ของการแสดงเจตนาและการถอนการแสดงเจตนาด้วย กล่าวคือ ถ้าเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอ ต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอจะมีผลต่อเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการ แสดงเจตนา ทำคำเสนอนั้น ส่วนถ้าเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลซึ่งมิได้อยู่เฉพาะหน้า จะมีผลเป็นคำเสนอ ต่อเมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้รับการแสดง เจตนาจะได้ทราบหรือไม่

ส่วนประเด็นที่ว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมหรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่นักกฎหมายไทยยังเห็น แตกต่างกันอยู่ โดยมีนักกฎหมายกลุ่มหนึ่งอธิบายว่า คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่าย เดียว โดยเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียว และมีนักกฎหมายเห็นเพิ่มเติมว่า คำเสนอ เป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา” แต่ก็มีความเห็นของนักกฎหมายอีกฝ่ายที่เห็นว่า คำเสนอไม่ใช่นิติกรรมแต่เป็นการกระทำที่มีมาก่อนจะเกิดนิติกรรม ซึ่งแม้คำเสนอจะก่อให้เกิด ความผูกพันแต่ก็ไม่ได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือความเคลื่อนไหวแห่งสิทธิใด ๆ จึงไม่ถือว่าเป็นนิติกรรม

(ค) คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดแจ้ง วิธีการแสดงเจตนาทำนิติกรรม อาจแบ่งได้ 3 วิธี คือ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง การแสดงเจตนาโดยปริยาย และการแสดงเจตนา โดยการนิ่ง แต่คำเสนอนั้นต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ไม่ว่าจะเป็นการแสดงเจตนาด้วย

วาจา หรือลายลักษณ์อักษรหรือกิริยาอาการก็ตาม แต่คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาที่ชัดเจนเท่านั้น คำเสนอโดยปริยายไม่อาจมีได้ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ศาลเคยวินิจฉัยว่าอาจทำคำเสนอโดยปริยายได้

(ง) คำเสนอต้องมีความชัดเจนแน่นอน คำเสนอต้องมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้สัญญาเกิดได้หากผู้รับคำเสนอตอบรับกลับมา กล่าวคือ คำเสนอต้องมีลักษณะชัดเจนแน่นอนถึงขนาดที่หากฝ่ายผู้รับคำเสนอตอบตกลง สัญญาย่อมเกิดขึ้นทันที ข้อความชัดเจนแน่นอนไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาเป็นหนังสือเสมอไป อาจแสดงเจตนาด้วยวาจา หรือกิริยาอาการอื่น ๆ ก็ได้ เช่น โรงมหรสพเปิดแสดงและ กำหนดราคาในการเข้าชมไว้ ถือเป็นคำเสนอที่มีข้อความชัดเจนแน่นอนแล้ว หรือรถโดยสารที่วิ่งให้บริการตามปกติถือเป็นคำเสนอว่าจะรับส่งคนโดยสารตามอัตราค่าโดยสารที่กำหนดไว้ ผู้โดยสารเป็นผู้ทำคำสนอง หากเป็นคำเสนอซื้อหรือคำเสนอขาย การพิจารณาว่าชัดเจนแน่นอนเพียงพอ ก็คือต้องระบุชนิดและประเภทของทรัพย์สินที่ซื้อขาย ราคาที่จะซื้อขาย และจำนวนที่ต้องการจะซื้อขาย เป็นต้น หรือมิฉะนั้นก็ต้องเป็นกรณีที่สามารถกำหนดราคาได้ตามสมควรหรือโดยปริยาย เช่น มีราคาตลาดหรือปกติประเพณีที่ใช้เป็นฐานในการคำนวณราคาได้ แต่ถ้าหากข้อเสนอบุคคลไม่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอ ก็อาจจะยังไม่เข้าลักษณะของคำเสนอในทางกฎหมาย แม้ผู้แสดงเจตนาจะใช้คำว่าคำเสนอ ในการแสดงเจตนาของตนก็ตาม แต่อาจมีลักษณะ ทางกฎหมายอย่างอื่น เช่น เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ

(จ) ผู้รับคำเสนออาจเป็นบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงหรือสาธารณชนก็ได้ การจะถือว่าคำเสนอมีความชัดเจนแน่นอนเพียงพอได้ ยังต้องพิจารณาจากคู่กรณีด้วยว่า แต่ละฝ่ายรู้หรือไม่ว่าอีกฝ่ายหนึ่งเป็นใคร เนื่องจากการทำสัญญาเป็นการที่บุคคลประสงค์จะผูกพันกับบุคคลอีกฝ่าย จึงย่อมประสงค์จะรู้ตัวคู่สัญญาและถือว่าคุณสมบัติเฉพาะตัวของคู่สัญญาอีกฝ่ายเป็นสาระสำคัญ เช่น กรณีของสัญญาเช่าทรัพย์ อย่างไรก็ตามในบางกรณีผู้เสนอก็ไม่ถือว่าคุณสมบัติของคู่สัญญาเป็นสาระสำคัญและไม่ประสงค์จะคัดเลือกบุคคลเฉพาะรายเป็นคู่สัญญา เช่น กรณีประกาศขายของในตลาดสาธารณะ ดังนั้น ในการทำคำเสนอ ผู้เสนออาจเสนอต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้

(ฉ) ผู้เสนอไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติ โดยปกติคำเสนอต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงย่อมไม่มีปัญหาในประเด็นดังกล่าว เนื่องจากผู้เสนอต้องยอมรับคำสนองจากบุคคลที่ตนทำคำเสนอต่ออยู่แล้ว แต่คำเสนอต่อสาธารณชนอาจมีปัญหานั้นว่าผู้เสนออาจใช้สิทธิปฏิเสธไม่ยอมรับคำสนอง แต่หลักในการทำคำเสนอก็คือ ผู้เสนอไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติว่าจะไม่รับคำสนองหากตนได้แสดงเจตนา ทำคำเสนอต่อสาธารณชน ถ้าผู้แสดงเจตนามีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติแล้ว การแสดงเจตนา นั้น ย่อมมิใช่คำเสนอ แต่จะเป็นคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอเท่านั้น

เช่น ประกาศรับสมัครงาน ประกาศให้ขึ้นซองประกวดราคาต่างๆ แต่กรณีต่อไปนี้ถือว่าเป็นคำเสนอ เช่น ร้านขายอาหาร หรือโรงแรมที่พักบอกราคาอาหารหรือค่าเข้าชมโรงแรม ผู้จัดจะปฏิเสธ คำสนองไม่ได้หากยังมีที่นั่ง สำหรับเข้าชมการแสดง

(ข) การมีผลและผลของคำเสนอ คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา กล่าวคือ คำเสนอย่อมมีผลเป็นคำเสนอเมื่อการแสดงเจตนาที่น้อยอย่างน้อยได้ไปถึงผู้รับคำเสนอแล้ว ดังนั้น จึงต้องนำหลักในเรื่องการแสดงเจตนามาใช้บังคับว่าคำเสนอมีผลเมื่อใด โดยถ้าเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า (รวมถึงวิธีการทางโทรศัพท์และการสื่อสารอื่น ๆ ที่สามารถติดต่อกันได้ทันที) คำเสนอนั้นก็จะมีผลเมื่อผู้รับคำเสนอทราบ และหากเป็นการทำคำเสนอต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า ก็จะมีผลเมื่อคำเสนอนั้นได้ไปถึงผู้รับคำเสนอ<sup>21</sup>

เมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอมีผลตาม 168 หรือ 169 แล้วก็ดี จะทำให้คำเสนอมีผลทางกฎหมายดังต่อไปนี้

(1) คำเสนอนั้นไม่อาจบอกถอนได้ กล่าวคือ เมื่อการแสดงเจตนาทำคำเสนอมีผลแล้ว ผู้ทำคำเสนอก็จะไม่สามารถ บอกถอนคำเสนอนั้นได้อีกต่อไป ซึ่งแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ

ก. คำเสนอบอกถอนไม่ได้โดยชัดแจ้ง คือกรณีที่ผู้เสนอได้กำหนดระยะเวลาไว้ในการทำคำสนองไว้ ผู้เสนอจะไม่อาจถอนคำเสนอของตนได้ภายในเวลานั้น ซึ่งอาจเกิดได้ทั้งการทำคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า และบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง

ข. คำเสนอบอกถอนไม่ได้โดยปริยาย เป็นกรณีทำคำเสนอต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้าและผู้เสนอไม่ได้กำหนดเวลาในการทำคำสนองไว้ กฎหมายถือว่าผู้เสนอไม่อาจถอนคำเสนอของตนได้ภายในเวลาอันควร คาดหมายว่าจะได้รับคำสนอง เนื่องจากกรณีดังกล่าวจำเป็นต้องใช้ระยะเวลาแก่ผู้รับคำสนอง เพราะไม่สามารถติดต่อเข้าใจกันได้ทันที โดยคำว่า “เวลาอันควร คาดหมาย” นั้น เป็นคำที่มีความหมายกว้าง จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ ไป”

ส่วนคำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าอันมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ ผู้รับคำเสนอจะต้องสนองรับ ณ ที่นั้นเวลานั้น หากไม่สนองรับ ณ ที่นั้นเวลานั้น คำเสนอย่อมสิ้นความผูกพันโดยไม่จำเป็นต้องถอนแต่อย่างใด แต่มีปัญหาว่าในระหว่างที่ผู้รับคำเสนอกำลังใคร่ครองก่อนจะตัดสินใจทำคำสนองนั้น ผู้เสนอจะถอนคำเสนอของตนได้หรือไม่ มีนักกฎหมายเห็นว่า ผู้เสนอถอนคำเสนอได้เสมอ ก่อนที่จะมีคำสนองขึ้นในเวลานั้น ถ้าผู้รับคำเสนอต้องการสนองรับก็ต้องทำคำสนองเสียในระหว่างเวลาที่เจรจกันอยู่ตามที่มิคำเสนอขึ้นมานั้นก่อนที่ผู้เสนอจะถอนคำเสนอเสีย เหตุผล

<sup>21</sup> ศนันทกรณ (จำปี) โสตถิพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 82.

คือ เนื่องจากกรณีดังกล่าวไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามถอนคำเสนอไว้ เหมือนคำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่าง โดยระยะทางตามมาตรา 355 จึงเป็นอิสระของผู้เสนอที่จะถอนคำเสนอของตนเสียก็ได้

#### (2) เมื่อมีการสนองรับตามคำเสนอ สัญญาย่อมเกิดขึ้น

ผลอีกประการของคำเสนอก็คือ หากผู้รับคำเสนอได้สนองรับตอบกลับมาตามที่ผู้เสนอได้เสนอไป สัญญาก็จะเกิดขึ้น โดยนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่า เมื่อคำเสนอถอนไม่ได้ การที่อีกฝ่ายสนองรับมาข้อมก่อนให้เกิดสัญญาเสมอ และหากผู้ทำคำเสนอซึ่งกลายเป็นคู่สัญญาไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนฐานผิดสัญญา อาจกล่าวได้ว่า นักกฎหมายไทยยอมรับว่า การฟ้องร้องโดยอาศัยฐานจากคำเสนอโดยลำพังไม่อาจทำได้ โดยคำเสนอนั้นต้องกลายเป็นสัญญาแล้วเท่านั้นจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีหรือเรียกเรื่องได้

ซ. การสิ้นผลของคำเสนอ เมื่อผู้เสนอแสดงเจตนาทำคำเสนอแล้ว ไม่จำเป็นว่าผู้ทำคำเสนอจะต้องผูกพันตามการแสดงเจตนาของตนเสมอไป โดยคำเสนออาจสิ้นผลได้หลายประการ โดยอาจพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

#### (1) การถอนคำเสนอ

คำเสนอนั้นถอนไม่ได้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น การถอนคำเสนอจึงไม่ทำให้คำเสนอสิ้นผลแต่อย่างใด เว้นแต่ผู้รับคำเสนอจะยินยอมด้วย กรณีที่ผู้รับคำเสนอได้สนองรับคำเสนอนั้น โดยเหตุที่ผู้เสนอไม่มีสิทธิถอนคำเสนอ การถอนคำเสนอจึงไม่มีผลแต่อย่างใด ถือว่าคำเสนอยังมีผลผูกพันอยู่ ดังนั้น เมื่อผู้รับคำเสนอได้สนองรับคำเสนอ สัญญาจึงเกิดขึ้นเหมือนไม่มีการถอนคำเสนอเลย หากผู้เสนอไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา ย่อมเป็นฝ่ายผิดสัญญาต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

#### (2) คำเสนอถูกบอกปิด

คำเสนอนั้นไม่ว่าเป็นคำเสนออันบ่งระยะเวลาหรือมิได้บ่งระยะเวลาไว้ก็ตาม เมื่อผู้รับคำเสนอบอกปิดคำเสนอนั้น คำเสนอนั้นย่อมสิ้นความผูกพันทันที โดยไม่คำนึงว่าระยะเวลาอันบ่งไว้จะยังมีเหลืออยู่มากน้อยเท่าใด ซึ่งการบอกปิดคำเสนอมี 2 กรณี คือ

1. การบอกปิดโดยไม่มีข้อแก้ไข คือการปฏิเสธคำเสนอโดยสิ้นเชิงซึ่งอาจทำได้ทั้งต่อผู้อยู่เฉพาะหน้าหรือไม่เฉพาะหน้า

2. การบอกปิดโดยมีข้อแก้ไข ในกรณีของคำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติมข้อจำกัดหรือข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยซึ่งเป็นการต่อรองคำเสนอ จะถือว่าเป็นคำสนองรับตามคำเสนออันทำให้สัญญาเกิดขึ้นยังไม่ได้ เพราะมิได้สนองรับตรงตามคำเสนออย่างสิ้นเชิง กฎหมายจึงให้ถือว่าเป็นการบอกปิดคำเสนอและเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว

3. คำเสนอที่ผู้รับคำเสนอไม่ได้สนองรับภายในเวลา



คำเสนอนั้นจะต้องมีการสนองรับเพื่อให้เกิดสัญญาผูกพันกันตามเจตนา การที่จะให้คำเสนอ มีผลผูกพันผู้เสนอตลอดไปโดยไม่มีวันสิ้นสุดย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสนอ กฎหมายจึงบัญญัติให้คำเสนอสิ้นสุดความผูกพัน เมื่อไม่มีการสนองรับคำเสนอ โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 357 ว่า “คำเสนอใด ... มิได้สนองรับภายในเวลากำหนดดังกล่าวมาในมาตราทั้งสามก่อนนี้ก็ดี คำเสนอ นั้นท่านว่าเป็นอันสิ้นสุดความผูกพันแต่นั้นไป โดยอธิบายได้ดังนี้

(1) คำเสนออันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ (ตามมาตรา 354 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ไม่ว่าจะเป็คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าหรือต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางก็ตาม เมื่อไม่มีการสนองรับภายในเวลาที่กำหนด คำเสนอย่อมสิ้นสุดความผูกพัน

(2) คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าอันมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ เสนอ ณ ที่ใดเวลาใด ก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น (ตามมาตรา 356 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ดังนั้น ถ้าผู้รับคำเสนอไม่สนองรับ ณ ที่นั้นเวลานั้น คำเสนอก็ย่อมจะสิ้นสุดความผูกพัน

(3) คำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางอันมิได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองไว้ (ตามมาตรา 355) เมื่อไม่มีการสนองรับภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะได้รับคำบอกกล่าวสนอง คำเสนอก็ย่อมสิ้นสุดความผูกพัน<sup>22</sup>

## 2) คำมั่น

(ก) ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ในสมัยโรมัน คำมั่นถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา เรียกว่า “stipulation (Stipulation)” ซึ่ง ลักษณะของสัญญาประเภทนี้คือ คู่สัญญาฝ่ายที่จะเป็นเจ้าหนี้ ในอนาคต (Promisee or Creditor) เป็นฝ่ายตั้งคำถามด้วยวาจาตามแบบขึ้นก่อน เพื่อขอให้คู่สัญญาอีกฝ่ายซึ่งจะเป็นลูกหนี้ในอนาคต (Promisor or Debtor) ว่าจะให้หรือทำอะไรบางอย่างตามที่ถูกถาม หรือไม่ โดย “promisor” ต้องตอบคำถามดังกล่าวด้วยวาจาตามแบบที่กฎหมายกำหนด เช่นกัน “promise” จึงถือเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่งไม่มีความหมายพิเศษ ทั้งนี้ คำมั่นว่าจะทำสัญญาในสมัยโรมันโดยหลักไม่อาจใช้บังคับได้ หากบุคคลต้องการผูกพันตามสัญญา ต้องทำตามที่กฎหมายโรมันกำหนดไว้เท่านั้น ตามกฎหมายเก่าของไทยก่อนจะมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การตกลงทำคำมั่นก่อนจะมีสัญญาเกิดขึ้นไม่อาจใช้บังคับได้ เนื่องจากสัญญาต้องทำตามแบบพิธีที่กฎหมายกำหนด (สัญญาตามแบบพิธี) หรือโดยการส่งมอบทรัพย์สินแล้วบังคับให้อีกฝ่ายส่งคืนหรือกระทำการอื่นตอบแทน (ทรัพย์สินสัญญา)

<sup>22</sup> รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 170.

ส่วนคำมั่นจะทำสัญญาในระยะจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จากความเข้าใจของผู้ร่างมาตรา 454 ในเรื่องคำมั่นว่าจะซื้อจะขายนั้น ได้นำแบบมาจากมาตรา 1589 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสในเรื่อง promise to sell และมาตรา 556 แห่งประมวลกฎหมายแห่งประเทศญี่ปุ่นในเรื่อง promise to buy and self ซึ่งในร่างดังกล่าวได้ใช้คำว่า “promise” และตามความเข้าใจของผู้ร่างมองว่ามีลักษณะในทางกฎหมายเป็น unilateral contract ไม่ใช่จะซื้อหรือขายที่เป็นสัญญาที่ตกลงยินยอมกัน

(ข) ความหมายและประเภทของคำมั่น เป็นการแสดงเจตนาของบุคคลซึ่งยอมผูกพันตนเองที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นการให้ความแน่นอนว่าตนจะทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งนั้น ๆ โดยในระบบกฎหมายไทย คำมั่น อาจแบ่งได้ 2 ประเภทคือ

1) คำมั่นจะให้รางวัล ซึ่งคำมั่นประเภทนี้ยังแบ่งออกได้อีก 2 ชนิดคือ คำมั่นจะให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอันใดอันหนึ่ง (มาตรา 362 ถึง 364) และคำมั่นจะให้รางวัลแก่ผู้ชนะการประกวด (มาตรา 365)

2) คำมั่นจะทำสัญญา ซึ่งเกิดขึ้นตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญาในฐานะที่คำมั่นเป็นกระบวนการ หรือขั้นตอนหนึ่งของการก่อให้เกิดสัญญา ดังนี้

(1) คำมั่นที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติไว้ในเอกเทศสัญญาบางลักษณะ คือ คำมั่นจะซื้อและคำมั่นจะขายตามมาตรา 454 และ 456 คำมั่นว่าจะให้ตามมาตรา 526 คำมั่นว่าจะขายในสัญญาเช่าซื้อตามมาตรา 572 และคำมั่น จะให้สินจ้างตามมาตรา 576 เป็นต้น

(2) คำมั่นอื่นๆที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ มีประเด็นว่าคำมั่นจะทำสัญญาอื่น ๆ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้บัญญัติไว้ จะมีผลบังคับได้เพียงใด ประเด็นนี้มีนักกฎหมายให้ความเห็นว่าถ้าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประสงค์จะให้บุคคลแสดงเจตนาให้คำมั่นจะทำสัญญาได้ในสัญญาทุกประเภท ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติไว้ในเอกเทศสัญญาเพียงบางลักษณะ การที่บัญญัติไว้เช่นนั้นน่าจะแสดงว่าเอกเทศสัญญาลักษณะใดหรือสัญญาประเภทใดที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยคำมั่นไว้ ย่อมไม่อาจให้คำมั่นผูกพันกันได้

แต่อย่างไรก็ดี ในเอกเทศสัญญาลักษณะเช่าทรัพย์ แม้จะไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย คำมั่น ศาลฎีกาก็วินิจฉัยว่าคำมั่นจะให้เช่าทรัพย์นั้นใช้บังคับกันได้ ในสัญญาเช่าทรัพย์ซึ่งกำหนดระยะเวลาเช่า 2 ปีนั้น ได้ตกลงกันว่า เมื่อครบกำหนดนี้ ผู้เช่ามีสิทธิจะเช่าต่อไปอีก 2 ปี โดยแจ้งความจำนงให้ผู้ให้เช่ารู้ ดังนี้เป็นคำมั่นจะให้เช่าทรัพย์อันใช้บังคับได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 626/2490)

ถ้าไม่แสดงความจำนงขอเช่าตามคำมั่นก่อนสัญญาเช่าสิ้นอายุ การขอเช่าหลังจากนั้น “ไม่มีผล” ซึ่งเป็นการวินิจฉัยตามหลักทั่วไปว่าด้วยคำเสนอคำสนอง เมื่อถูกต้องตรงกันก็ก่อให้เกิดสัญญา

(ค) ลักษณะทางกฎหมายของคำมั่น ในประเด็นเรื่องลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นนั้น กฎหมายไทยขาดความชัดเจน เนื่องจากมิได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย และนักกฎหมายก็มีความเห็นที่แตกต่างกันโดยมีนักกฎหมายที่เห็นว่าคำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลฝ่ายเดียวผูกพันตนว่า จะทำสัญญาหรือจะให้รางวัลแก่ผู้ทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และมีนักกฎหมายเห็นว่า คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา นอกจากนี้ยังแนวความเห็นว่า ในตัวของคำมั่นเองเป็นคำเสนออย่างหนึ่ง เพียงแต่มีความผูกพันยิ่งกว่าคำเสนอ จึงสามารถนำ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำเสนอมาใช้บังคับได้ รวมถึงแนวความเห็นที่ว่า คำมั่นมีลักษณะเป็นนิติกรรมสองฝ่ายหรือเป็นสัญญา ซึ่งประเด็นเรื่องลักษณะทางกฎหมายของคำมั่น จะได้ว่าวิเคราะห์โดยเปรียบเทียบกับลักษณะทางกฎหมายของคำมั่นตามกฎหมายต่างประเทศในบทที่ 4 ต่อไป ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเปรียบเทียบคำมั่นกับคำเสนอในประเด็นการเกิดขึ้นของสัญญาต่อไป ในสารระนิพนธ์ฉบับนี้ จึงจะกล่าวถึงเฉพาะในส่วนของคำมั่นจะทำสัญญาเท่านั้น

(ง) การมีผลและผลของคำมั่น โดยที่คำมั่นเป็นการแสดงเจตนาอย่างหนึ่ง ดังนั้น การมีผลของคำมั่นจึงใช้หลักทั่วไปในการแสดงเจตนาตามมาตรา 168 และ 169 ดังที่ได้อธิบายมาในเรื่องคำเสนอนั้นเอง รศ.ดร.ศนันท์ วรรณ โสคติพันธ์ ให้ความเห็นว่า คำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ต้องการผู้รับการแสดงเจตนา ไม่ว่าจะรับด้วยการรู้ (คำมั่นต่อผู้อยู่เฉพาะหน้า) หรือรับด้วยการที่การแสดงเจตนาให้คำมั่นนั้นไปถึง (คำมั่นต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า) ซึ่งคำมั่นก็จะมีผลเป็นคำมั่นคือผูกพันผู้ให้คำมั่นทันทีโดยผู้รับคำมั่น ไม่ต้องแสดงเจตนารับเพื่อแสดงว่าตนรู้ว่ามีคำมั่นนั้น

#### (1) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า

(1.1) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าบ่งเวลา คือกรณีที่ผู้ให้คำมั่นได้ให้คำมั่นว่าจะทำสัญญาต่อผู้รับคำมั่น โดยที่ผู้รับคำมั่นสามารถรับรู้ถึงคำมั่นนั้นได้ทันที คำมั่นจึงมีผลสมบูรณ์เป็นการแสดงเจตนาทันที แต่ระยะเวลาแห่งความผูกพันย่อมเป็นไปตามที่ผู้ให้คำมั่นกำหนดไว้

(1.2) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าไม่บ่งเวลา จากหลักทั่วไปของการแสดงเจตนา คำมั่นต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าย่อมมีผลผูกพันผู้ให้คำมั่นทันทีที่ผู้รับคำมั่นทราบถึงการแสดงเจตนาทำคำมั่นนั้น แต่มีปัญหาว่าผู้ให้คำมั่นจะผูกพันผู้รับคำมั่นเนิ่นนานเพียงใดในเมื่อผู้ให้คำมั่นมิได้มีเจตนากำหนดไว้ หากใช้หลักเกณฑ์เดียวกับคำเสนอตามมาตรา 356 ก็จะหมายความว่า คำมั่นนั้นย่อมสิ้นความผูกพันไปทันทีหากผู้รับคำมั่นไม่สนองรับในขณะนั้น ซึ่งก็จะพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องแปลก เพราะโดยลักษณะทางกฎหมายและความมุ่งหมายของคำมั่นแล้วย่อมผูกพันผู้ให้คำมั่นมากกว่าคำเสนอ

กรณีนี้มีนักกฎหมายเห็นว่า เมื่อมิได้บ่งเวลาแห่งความผูกพันนั้นไว้ ย่อมแสดงเป็นปริยายว่าความผูกพันตามคำมั่นนั้นผู้ให้คำมั่นไม่ประสงค์จะจำกัดเวลา แต่อาจถอนคำมั่นตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดได้

### (2) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้า

(2.1) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้าบางเวลา โดยเมื่อผู้ให้คำมั่นได้กำหนดเวลาไว้ ย่อมแสดงให้เห็นว่า ผู้ให้คำมั่นประสงค์จะผูกพันตามเวลาที่บ่งไว้ ดังนั้นผู้ให้คำมั่นจึงต้องผูกพันตามเวลาที่ตนกำหนดไว้

(2.2) คำมั่นต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้าไม่บ่งเวลา กรณีของคำมั่นต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้าที่มีได้บ่งเวลาไว้ อาจมีปัญหาได้ว่า เมื่อคำมั่นมีผลสมบูรณ์เป็นการแสดงเจตนาคือไปถึงผู้รับคำมั่นแล้ว ผู้ให้คำมั่นจะต้องผูกพันตามคำมั่นนั้นนานเพียงใด โดยมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าจะใช้หลักเกณฑ์ของการสิ้นความผูกพันเช่นเดียวกับคำเสนอในมาตรา 357 ได้หรือไม่<sup>23</sup>

### 3) คำสนอง

(ก) ความหมายและลักษณะของคำสนอง เป็นการแสดงเจตนาของผู้สนองรับต่อผู้เสนอตกลงรับทำสัญญา มีผู้อธิบายว่า คำสนองคือคำตอบรับทำสัญญาตามคำเสนอ โดยต้องแสดงเจตนาทำคำสนองต่อผู้เสนอและ เมื่อคำเสนอคำสนองถูกต้องตรงกันก็จะเกิดเป็นสัญญาผูกพันทั้งสองฝ่าย โดยลักษณะของคำสนอง มีดังนี้

(1) คำสนองมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาเช่นเดียวกับคำเสนอ จึงต้องทำหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องการแสดงเจตนาตามมาตรา 168 และ 169 มาใช้บังคับด้วยเช่นกัน

(2) สำหรับประเด็นที่ว่า คำสนองเป็นนิติกรรมหรือไม่นั้น นักกฎหมายไทยยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่เช่นเดียวกับกรณีของคำเสนอ โดยศาสตราจารย์จุด เศรษฐบุตรเห็นว่า คำสนองเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา

(3) การแสดงเจตนาทำคำสนองอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ซึ่งต่างจากคำเสนอที่ต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเท่านั้น กล่าวคือ

(3.1) การแสดงเจตนาทำคำสนองโดยชัดแจ้ง เป็นการแสดงกิริยาอาการออกมาโดยชัดแจ้งว่าต้องการสนองรับตามคำเสนอนั้น อาจแสดงด้วยวาจา เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรหรือ แสดงกิริยาอาการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งเป็นที่เข้าใจได้ชัดแจ้งว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับก็ได้

<sup>23</sup> สันนัทกรณ (จำปี) โสคติพันธ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 92.

(3.2) การแสดงเจตนาทำคำสนองโดยปริยาย ได้แก่ การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีใช่เป็นการทำคำสนองโดยตรง แต่พฤติการณ์เป็นที่คาดหมายได้ว่ามีเจตนาที่จะสนองรับ โดยการสันนิษฐานนี้ ต้องอาศัยการสันนิษฐานจากเจตนาผู้เสนอหรือตามปกติประเพณี

(3.3) การแสดงเจตนาทำคำสนองโดยการนิ่ง ตามหลักทั่วไปการนิ่งไม่ถือว่าเป็นการแสดงเจตนา เพราะมิได้มีการแสดงกิริยาอาการอย่างใดออกมา อันจะถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนา การนิ่งที่จะถือได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาได้นั้น จะต้องเป็นการนิ่งที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเจาะจง ว่าเป็นการแสดงเจตนา

(4) คำสนองต้องมีข้อความชัดเจน แน่นอนและไม่มีเงื่อนไข และไม่มี การ แก่ไขจำกัด ตัดทอนหรือเปลี่ยนแปลงคำเสนอ กล่าวคือคำสนองนั้นจะต้องตรงตามคำเสนอของผู้เสนอและมีผลก่อให้เกิดสัญญา ถ้ามีข้อความเพิ่มเติม ข้อจำกัดหรือข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วย ซึ่งมีลักษณะเป็นการต่อรองคำเสนอ ถือได้ว่าเป็นการบอกปิดคำเสนอทำให้คำเสนอสิ้นผล

(5) คำสนองจะต้องสนองภายในเวลาที่ระบุในคำเสนอ (กรณีคำเสนอ บ่งเวลา) หรือภายในเวลาอันควรคาดหมายว่าจะมีการบอกกล่าวสนองรับ (กรณีคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่ห่างโดยระยะทางโดยไม่บ่งเวลา) หรือขณะที่มีคำเสนอ (กรณีคำเสนอต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าโดยไม่บ่งเวลา)

(6) คำสนองต้องกระทำต่อบุคคลที่เจาะจงตัว กล่าวคือทำต่อผู้ทำคำเสนอ นั้นเอง ต่างจากคำเสนอซึ่งอาจแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อสาธารณชนก็ได้ และโดยที่ คำสนองต้องเป็นการแสดงเจตนาตกลงตามคำเสนอ คำสนองจึงต้องสนองโดยเชื่อมโยงกับคำเสนอด้วย ดังนั้น หากต่างฝ่ายต่างแสดงเจตนาต้องตรงกัน โดยเอกเทศ โดยมีได้เป็นการแสดงเจตนาเสนอ สอนองต่อกัน ดังนี้สัญญาย่อมไม่เกิดขึ้น

(7) จากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาทำให้ผู้รับคำเสนอย่อมมีสิทธิที่จะเลือกสนองหรือบอกปิดคำเสนอได้ อย่งไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่ผู้รับคำเสนออาจมีหน้าที่ต้องทำคำสนอง กล่าวคือ

(7.1) กรณีทำสัญญาจะซื้อจะขาย เป็นกรณีที่คู่สัญญาตกลงในสัญญาฉบับหนึ่งว่า ทั้งสองฝ่ายตกลงผูกพันจะไปทำสัญญาอีกฉบับในภายหลัง ต่อมาเมื่อฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอ และอีกฝ่ายตกลงจะทำคำสนองเพื่อให้สัญญาฉบับหลังเกิดขึ้น โดยกรณีนี้ถือว่าผู้รับคำเสนอ มีหน้าที่ต้องทำคำสนอง กรณีดังกล่าวได้แก่สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่มีการตกลงเกี่ยวกับการโอนขายไว้ชัดเจนแล้ว

(7.2) หน้าที่ทำคำสนองโดยผลของกฎหมายในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการบางประเภทที่มีวัตถุประสงค์ที่จะให้บริการสาธารณะมีหน้าที่ให้บริการต้องทำคำสนองเมื่อมีผู้ขอใช้บริการโดยไม่อาจเลือกปฏิบัติได้ เช่น บริการรถโดยสารส่วน

บุคคลรับจ้าง (มาตรา 93 พ.ร.บ.จราจรทางบก พ.ศ. 2522) และบริการขนส่งมวลชน (มาตรา 104, 105 พ.ร.บ. ขนส่งทางบก พ.ศ. 2522) เป็นต้น

(ข) ผลของคำสนอง เมื่อคำสนองมีผลตามหลักการแสดงเจตนาแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายดังนี้

(1) เมื่อคำสนองต้องตรงกับคำเสนอสัญญาที่เกิดขึ้น แต่ผู้สนองจะต้องสนองรับก่อนคำเสนอสิ้นความผูกพัน

(2) เมื่อคำสนองเป็นผลให้เกิดสัญญาขึ้นแล้วแล้ว ย่อมถอนไม่ได้อีกต่อไป ในประเด็นนี้กฎหมายมิได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าห้ามมิให้ผู้สนองรับถอนคำสนอง แต่โดยเหตุที่เมื่อมีการสนองรับตามคำเสนอสัญญาที่เกิดขึ้นตามมาตรา 361 ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่าคำสนองนั้นถอนไม่ได้ เพราะถ้ายอมให้ถอนคำสนองได้ก็เท่ากับเป็นการเลิกสัญญาโดยไม่มีเหตุที่จะเลิกตามกฎหมายที่ว่าคำสนองถอนไม่ได้ นั่นหมายความว่า การแสดงเจตนาได้ไปถึงผู้รับการแสดงเจตนามีผลเป็นคำสนองอันสมบูรณ์แล้ว ถ้าการแสดงเจตนายังไม่ถึงผู้รับการแสดงเจตนาผู้สนองรับย่อมมีสิทธิถอนการแสดงเจตนาทำคำสนองได้ตามมาตรา 169 วรรคหนึ่ง

(3) คำสนองไม่สิ้นความผูกพันเพราะเหตุที่ผู้สนองตายหรือตกเป็นผู้คนได้ ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ตามหลักในมาตรา 169 วรรคสอง โดยไม่คำนึงว่าได้ก่อเจตนาโดยสมบูรณ์และเป็นที่ยึดเจตนาแล้ว”

(4) คำสนองที่มาถึงล่วงเวลา แม้จะเป็นคำสนองที่มีข้อความชัดเจนแน่นอน ไม่มีเงื่อนไขก็ตาม แต่คำสนองนั้นก็ไม้อาจมีลักษณะของคำสนองได้อีกต่อไปเพราะการที่จะเป็นคำสนองได้นั้น คำเสนอจะต้องยังคงผูกพันอยู่ แต่เมื่อคำสนองมาถึงล่วงเวลา แสดงว่าคำเสนอนั้นได้ สิ้นความผูกพันไปแล้ว ตามมาตรา 357 สัญญาจึงไม่อาจที่จะเกิดขึ้นได้ ดังนั้น มาตรา 359 วรรค หนึ่งจึงบัญญัติถึงผลของคำสนองที่มาถึงล่วงเวลาไว้ว่า ถ้าคำสนองมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำสนองนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่

อย่างไรก็ตาม กรณีของคำสนองล่วงเวลานั้นต้องพิจารณาด้วยว่าเข้าช้อยกเว้นตามมาตรา 358 หรือไม่ หากเป็นกรณีที่เห็นประจักษ์ว่าคำสนองล่วงเวลานั้นได้ส่งตามทางการซึ่งปกติควรจะมาถึงภายในเวลาที่กำหนด และผู้เสนอมิได้บอกกล่าวโดยพลันว่าคำสนองนั้นมาถึงล่าช้าถือว่าคำสนองดังกล่าวไม่ล่วงเวลา

(5) คำสนองที่มีข้อความเพิ่มเติม แก้ไข ตัดทอนคำเสนอ ตามมาตรา 359 วรรคสองนั้นให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับและกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วย เนื่องจากเท่ากับว่า

มีการแสดงเจตนาไม่เห็นต้องตรงกันกับคำเสนอนั้นทั้งหมด การบอกปิดคำเสนอในลักษณะเช่นนี้ ถือเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว และคู่กรณีอีกฝ่ายจะตอบรับคำเสนอที่เกิดขึ้นมาใหม่นั้นหรือไม่ก็ได้<sup>24</sup>

#### 4) เวลาที่สัญญาเกิด

##### (1) เวลาที่สัญญาเกิด

ตามหลักทั่วไปของการเกิดสัญญา สัญญาจะเกิดก็ต่อเมื่อมีคำเสนอคำสนองต้องตรงกัน ปัญหาว่าเมื่อไรที่จะถือได้ว่า คำเสนอคำสนอนั้นต้องตรงกันทำให้เกิดสัญญาขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง เวลาใดที่ถือว่าคำสนอนั้นมีผล พิจารณาได้ดังนี้

##### (1.1) การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง

กล่าวคือ เป็นกรณีที่มีคำเสนอคำสนองชัดเจนว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมุ่งจะทำสัญญาต่อกัน โดยปราศจากข้อสงสัยอย่างใดๆ แยกได้เป็น

##### (1.1.1) สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า

จากหลักในมาตรา 356 การทำคำเสนอต่อบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้าต้องสนองรับ ณ ที่นั้น เวลานั้น ดังนั้นเมื่อสนองรับต่อหน้า ก็เกิดสัญญา ณ ที่สนองรับนั้น แต่ถ้าเป็นคำเสนอคำสนอง โดยทางโทรศัพท์ต้องถือว่าสัญญาเกิด ณ ที่ผู้เสนอได้รับคำสนองทางโทรศัพท์ เพราะถือว่าเป็นการสนองรับต่อหน้าผู้เสนอ ผู้เสนออยู่ ณ ที่ใด สัญญาย่อมเกิดขึ้นที่นั้น

##### (1.1.2) สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง

จากหลักในมาตรา 361 วรรคหนึ่ง สัญญาเกิดเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ซึ่งเป็นหลักทั่วไปสำหรับการเกิดสัญญาโดยชัดแจ้งเพราะฉะนั้น คำสนองไปถึงผู้เสนอเมื่อใด สัญญาก็เกิดเมื่อนั้น และในสถานที่นั้น ซึ่งเป็นหลักการเกี่ยวกับการมีผลของการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้า มีผลเมื่อการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงตามมาตรา 169 นั้นเอง

เจตนามีผลเมื่อไปถึงนั้น หมายความว่า การแสดงเจตนาที่ส่งไปนั้นอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับการแสดงเจตนาแล้ว กล่าวคือ อยู่ในอำนาจทางเขตแดนของผู้รับการแสดงเจตนา ในลักษณะที่ผู้รับการแสดงเจตนาอยู่ในฐานะที่อาจรับรู้เนื้อหาแห่งการแสดงเจตนาขึ้นได้ เช่น ส่งจดหมายไปยังผู้รับโดยหย่อนลงในตู้จดหมายในเวลากลางคืน ถือว่าจดหมายนั้นอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับในตอนเช้าวันรุ่งขึ้นในเวลาอันควรคาดหมายได้ว่า วิทยุชนยอมไขตู้จดหมายของตน นอกจากนี้ การไปถึงต้องปรากฏด้วยว่าตามพฤติการณ์ปกติผู้รับการแสดงเจตนาย่อมอยู่ในฐานะที่จะรับรู้การแสดงเจตนาขึ้นได้ ความมีผลของเจตนาจึงเป็น ไปในทำนองเดียวกับการแสดงเจตนา

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน. หน้า 112.

ต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า คือ มีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาควรได้รู้ถึงเจตนาที่มีผู้ส่งเข้ามาอยู่ในเงื้อมมือของตนแล้วนั่นเอง”

มีประเด็นให้พิจารณาว่า การแสดงเจตนาทำคำสนองต่อคู่กรณีซึ่งเป็นผู้ประกอบการหลังเวลาเลิกงาน เช่นการโทรศัพท์และบันทึกเสียงไว้ก็ดี หรือโดยการโทรสารซึ่งไม่มีผู้รับทันทีก็ดี จะถือว่าการทำคำสนองมีผลและสัญญาเกิดขึ้นในเวลาเมื่อใด ตั้งแต่เวลาที่มีการบันทึกเสียงหรือเวลาส่งโทรสารที่เป็นเวลานอกทำการ หรือมีผลในเวลาทำการของวันถัดไป

## (2) การเกิดสัญญาโดยปริยาย

แม้โดยหลักคำสนองจะมีผลเมื่อคำสนองได้ส่งไปถึงผู้รับเสียก่อน อันจะทำให้สัญญาเกิดขึ้นได้ตามมาตรา 361 วรรคแรกแต่ก็มีข้อยกเว้นว่า สัญญาอาจเกิดขึ้นได้แม้มิได้มีคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้รับ ดังนี้

(2.1) หากผู้เสนอได้แสดงเจตนาสละสิทธิที่จะเรียกให้คู่กรณีอีกฝ่ายทำคำบอกกล่าวสนอง โดยผู้เสนออาจจะระบุไว้ในคำเสนอว่าผู้รับคำเสนอไม่ต้องสนอง แต่ให้ปฏิบัติบางอย่างได้เลย ก็ถือว่าสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำนั้นๆ แทนการบอกกล่าวสนอง เช่นบอกไปในคำสนองโดยวิธีที่กำหนดไว้ในคำเสนอ คือจุดพลุขึ้น สัญญาย่อมเกิดขึ้นในขณะนั้นโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้เสนอได้ทราบถึงการจุดพลุนั้นหรือไม่ ถ้าผู้รับคำเสนอทำคำสนองโดยวิธีอื่น แทนที่จะมีสัญญาเกิดขึ้น กลับจะมีผลให้คำสนองสิ้นความผูกพันไปเลย หรือแม้กรณีที่ผู้เสนอไม่ได้ระบุไว้ว่าไม่ต้องสนอง แต่ตามปกติประเพณีถือว่าไม่จำเป็นต้องมีการสนอง กรณีเช่นนี้ การกระทำของผู้รับคำเสนอประกอบด้วยปัจจัยเหล่านี้สามารถสันนิษฐานได้ว่ากระทำของผู้รับคำเสนอเป็นการสนองรับคำเสนอแล้ว สัญญาจึงเกิดขึ้นใน เวลาที่มีการกระทำดังกล่าว เช่น การจองห้องพักของโรงแรม เพียงเจ้าหน้าที่ของโรงแรมรับคำจองไว้หรือจดบันทึกชื่อผู้จอง หรือจัดเตรียมห้องพักไว้ ก็เพียงพอที่จะถือว่าสัญญาจองห้องพักเกิดขึ้นแล้ว

(2.2) กรณีการขายทอดตลาด สัญญาซื้อขายเกิดขึ้นเมื่อผู้ขายทอดตลาดเคาะไม้ ถือว่าการเคาะไม้เป็นการแสดงเจตนาทำคำสนอง โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาสนองนั้น ตามมาตรา 509

นอกจากนี้ ในประเด็นของการขายทอดตลาดนั้นยังมีปัญหาให้พิจารณาเพิ่มเติมว่า เมื่อสัญญาซื้อขายทอดตลาดบริบูรณ์โดยการเคาะไม้ของผู้ทอดตลาดแล้ว หากทรัพย์ที่ขายทอดตลาดนั้นเป็นอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษซึ่งกฎหมายกำหนดว่าต้องทำตามแบบ คือ ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือหากเป็นสัญญาจะซื้อจะขายก็ ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีการวางมัดจำ หรือมีการลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบจึงจะฟ้องร้องบังคับคดีได้



ดังนี้ สัญญาขายทอดตลาดทรัพย์สินดังกล่าว จะอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องแบบ และหลักฐานเป็นหนังสือ ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่

### (3) บทสันนิษฐานการเกิดและไม่เกิดของสัญญา

กฎหมายได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการสันนิษฐานว่าสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ ดังนี้

#### (3.1) สัญญาเกิดแม้ไม่ได้ตกลงกันในข้อซึ่งมิใช่สาระสำคัญ

มาตรา 367<sup>25</sup> บัญญัติว่า “สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้วแต่แท้จริง ยังมีได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใด อันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไซ้ ท่านว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้ว ก็ย่อมเป็นอันสมบูรณ์”

ในกรณีนี้หมายความว่า ข้อสัญญาที่ยังไม่ได้ตกลงกันนั้นเป็นข้อสัญญาที่มีสาระสำคัญ ดังนั้น แม้จะยังไม่ได้ตกลงกันในเรื่องนี้ แต่ตกลงกันในข้ออื่นแล้วสัญญาก็เกิดได้ เช่น คู่สัญญาอาจไม่ได้ตกลงกันในเรื่องค่าฤชาธรรมเนียม เรื่องกำหนดเวลาในการชำระหนี้ เรื่อง สถานที่ในการชำระหนี้ เรื่องค่าใช้จ่ายในการขนส่งทรัพย์สิน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นเรื่องที่สำคัญหรือไม่ ต้องพิจารณาจากเจตนาของกลุ่มกรณีเป็นสำคัญ เพราะในบางครั้ง กลุ่มกรณีอาจเห็นว่าค่าฤชาธรรมเนียม หรือกำหนดเวลาในการชำระหนี้เป็นเรื่องสำคัญก็อาจเป็นไปได้<sup>26</sup>

ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากเจตนาของกลุ่มกรณี โดยอาศัยหลักการตีความการแสดงเจตนา 4 โดย พฤติการณ์ที่จะพึงอนุมานหรือคาดหมายได้ว่าสัญญาเกิดแม้ไม่ได้ตกลงกันหมดทุกข้อมีดังนี้ คือ

(1) ข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้น โดยลักษณะไม่เป็นสาระสำคัญแห่งสัญญา และ คู่สัญญามีได้แสดงเจตนาไว้ว่าเป็นสาระสำคัญ ย่อมถือได้ว่าสัญญาเกิดหรือมีสัญญาต่อกัน

(2) ข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้น มีบทบัญญัติสันนิษฐานเจตนาไว้ในกฎหมายอยู่แล้ว เมื่อคู่สัญญามีได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่นก็บังคับกันได้ตามกฎหมาย ย่อมถือได้ว่าสัญญาเกิดหรือมีสัญญาต่อกัน

(3) ข้อที่ไม่ได้ตกลงกันนั้นเป็นสาระสำคัญเพราะเป็นลักษณะประจำของสัญญา อันจะขาดมิได้ แต่คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามสัญญาในส่วนที่ตกลงกันไปแล้ว ก็ต้องถือว่ามีสัญญาต่อกัน หรือสัญญาเกิดขึ้นแล้ว

#### (3.2) สัญญาไม่เกิดเพราะไม่ได้ตกลงกันในข้อซึ่งเป็นสาระสำคัญ

<sup>25</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 367 บัญญัติว่า “สัญญาใดคู่สัญญาได้ถือว่าเป็นอันได้ทำกันขึ้นแล้ว แต่แท้จริง ยังมีได้ตกลงกันในข้อหนึ่งข้อใด อันจะต้องทำความตกลงให้สำเร็จ ถ้าจะพึงอนุมานได้ว่า ถึงหากจะไม่ทำความตกลงกันในข้อนี้ได้สัญญานั้นก็จะได้ทำขึ้นไซ้ ท่านว่าข้อความส่วนที่ได้ตกลงกันแล้ว ก็ย่อมเป็นอันสมบูรณ์”

<sup>26</sup> รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 129.

มาตรา 366<sup>27</sup> บัญญัติว่า “ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม่เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันได้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่”

กล่าวคือ สัญญาใดมีข้อสาระสำคัญจะต้องตกลงกันหลายข้อ หากยังมีได้ตกลงกันทุกข้อในกรณีอันเป็นที่สงสัย ถือว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน เพราะสาระสำคัญอันเป็นประโยชน์มุ่งหมายอยู่ที่จะให้มีการตกลงกันแล้วทุกข้อ เนื่องจากโดยหลักแล้ว คำเสนอกับคำสนองซึ่งถูกต้องตรงกันอันก่อให้เกิดสัญญานั้น โดยปกติจะต้องถูกต้องตรงกันหมดทุกข้อ แต่บางกรณีคำเสนอกับคำสนองอาจมีปัญหารายละเอียดปลีกย่อยมากมาย ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาทุกฝ่ายหรือ ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแม่เพียงฝ่ายเดียว ได้แสดงเจตนาไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อก่อน ถ้าคู่สัญญายังไม่ได้ตกลงกันหรือยังตกลงกันไม่ได้ ก็ถือว่าสัญญายังไม่เกิด เช่น ในการซื้อขายทรัพย์สิน แม้คู่สัญญาจะพอใจในทรัพย์สินและราคาตามที่เสนอสนองกัน แต่ยังไม่ได้ตกลงกัน ในเรื่องเงื่อนไขในการชำระหนี้และความรับผิดชอบเกี่ยวกับการขนส่ง ซึ่งคู่สัญญาถือว่าเป็นสาระสำคัญ ดังนั้นถือว่าสัญญาเกิดขึ้นแล้วยอมไม่ได้ จำเป็นที่จะต้องมีการเจรจาทำความเข้าใจ หรือทำความตกลงกันให้ครบทุกข้อก่อน ถ้าตกลงกันไม่ได้หมดทุกข้อ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย มาตรา 366 วรรคแรกให้ถือว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน หรือสัญญายังไม่เกิด

### (3.3) สัญญาไม่เกิดเพราะไม่ได้ทำเป็นหนังสือ

แม้คู่สัญญาจะได้แสดงเจตนาทำคำเสนอกับคำสนองถูกต้องตรงกันทุกประการแล้ว แต่หากคู่สัญญาได้ตกลงกันด้วยว่า สัญญานั้นจะต้องทำเป็นหนังสือ ตราบใดที่ยังไม่ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือตามที่ตกลงกัน เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยต้องถือว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันหรือสัญญายังไม่เกิดจนกว่าจะได้ทำเป็นหนังสือ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 366 วรรคสอง “ถ้าได้ตกลงกันว่าสัญญาอัน มุ่งจะทำนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือไว้ เมื่อกรณีเป็นที่สงสัยท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกันจนกว่าจะได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ” แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงกรณีที่ถูกกฎหมายให้ทำตามแบบ หรือต้องการหลักฐาน แต่เป็นเรื่องที่คู่กรณีต้องการจะให้หลักฐานแน่นอนเอาไว้ยืนยันกันได้ โดยอาจพิจารณาได้ดังนี้

<sup>27</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 366 บัญญัติว่า “ข้อความใด ๆ แห่งสัญญาอันคู่สัญญาแม่เพียงฝ่ายเดียวได้แสดงไว้ว่าเป็นสาระสำคัญอันจะต้องตกลงกันหมดทุกข้อนั้น หากคู่สัญญายังไม่ตกลงกันได้หมดทุกข้ออยู่ตราบใด เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ท่านนับว่ายังมีได้มีสัญญาต่อกัน การที่ได้ทำความเข้าใจกันได้เฉพาะบางสิ่งบางอย่าง ถึงแม้ว่าจะได้ตกลงไว้ก็หาเป็นการผูกพันไม่”

(1) หนังสือที่ว่าจะทำนั้น ต้องเป็นความตกลงของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่จะให้ทำ มิใช่เป็นการแสดงเจตนาของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดแต่เพียงฝ่ายเดียว

(2) หนังสือที่คู่สัญญาตกลงกันว่าจะทำนั้น มิได้หมายความว่าหนังสืออันเป็นแบบของนิติกรรมที่กฎหมายบังคับให้กระทำซึ่งถ้าไม่ทำนิติกรรมตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152

(3) ถ้าตกลงกันว่าจะทำสัญญาเป็นหนังสือแล้วไม่ได้ทำตามที่ได้ตกลงกัน เมื่อกรณีเป็นที่สงสัย ถือว่ายังมีคู่สัญญาต่อกันหรือสัญญายังไม่เกิด เช่น คู่สัญญาตกลงประนีประนอมยอมความกัน โดยนัดไปทำสัญญาเป็นหนังสือที่ทำเนียบรัฐบาล เมื่อไม่ทำสัญญายังไม่เกิด

(4) ถ้ามีการชำระหนี้หรือปฏิบัติตามสัญญาไปแล้ว โดยไม่ได้ทำสัญญาเป็นหนังสือตามที่ได้ตกลงกัน พฤติการณ์อาจชี้เจตนาของคู่สัญญาได้ดังเช่น ในสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งโดยหลักกฎหมายมิได้กำหนดแบบ ของสัญญาจ้างแรงงานไว้ว่าต้องทำเป็นหนังสือ แต่หากนายจ้างเป็นผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่ซึ่งได้ตกลงจ้างลูกจ้างด้วยวาจาเข้าทำงานแล้ว หากภายหลังนายจ้างเกิดเปลี่ยนใจไม่ต้องการจ้าง จึงอ้างว่าตนเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งโดยหลักกฎหมายย่อมต้องทราบอยู่แล้วว่าในธุรกิจขนาดใหญ่ การทำสัญญาจ้างแรงงานต้องทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือ เมื่อยังไม่ได้ทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือจึงยังไม่ถือว่ามีกิจการจ้างแรงงานเกิดขึ้น กรณีเช่นนี้ นายจ้างจะสามารถอ้างหลักตามมาตรา 366 วรรคสอง ต่อสู้ว่าสัญญาจ้างแรงงานยังไม่เกิดขึ้นได้หรือไม่ การตีความหลักในมาตรา 366 วรรคสอง ต้องตีความอย่างไร กล่าวคือ ต้องมีความโดยเคร่งครัดว่าคู่กรณีต้องตกลงชัดแจ้งหรือหากเป็นการ ตกลงโดยปริยายก็ใช้บังคับได้<sup>28</sup>

## 2.2.2 หลักการทำสัญญาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

ร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศได้มีการบัญญัติรับรองสถานะของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้เช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ โดยมาตรา 8 กำหนดห้ามปฏิเสธความสมบูรณ์หรือการมีผลบังคับของสัญญาเพียงเพราะว่าสัญญานั้นอยู่ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีความหมายครอบคลุมถึงการยอมรับให้มีการทำคำเสนอ คำสนอง และการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ อย่างไรก็ตามร่างอนุสัญญานี้ ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการก่อให้เกิดสัญญาโดยใช้ ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยจะได้อธิบายรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) การเกิดขึ้นของสัญญา ในร่างอนุสัญญาดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์เป็นคำเสนอหรือคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอไว้ใน

<sup>28</sup> ไพทิจด เอกจรรย์กร. (2535). คำอธิบาย เจ้าทรัพย์ เจ้าซื้อ. (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ: วิญญูชน . หน้า 29.

มาตรา 11 ซึ่งกำหนดว่า "การนำเสนอข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังบุคคลทั่วไปโดยมิได้เฉพาะเจาะจง โดยผู้ใช้ระบบข้อมูล สามารถเข้าถึงระบบข้อมูลนั้นได้ รวมถึงการนำเสนอข้อมูลโดยใช้รูปแบบข้อมูลที่ตอบสนองได้ ในตัว (Interactive applications) เพื่อให้มีการทำคำสั่งซื้อทางระบบข้อมูลนั้น ให้ถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ เว้นแต่คู่สัญญาจะระบุไว้ชัดเจนว่ามีเจตนาที่จะผูกพันตามการนำเสนอ ข้อมูลนั้นเมื่อมีคำสนอง" จะเห็นได้ว่าตามร่างอนุสัญญากำหนดว่าลักษณะของการนำเสนอข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์เช่นใดที่ถือเป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ทำคำเสนอ แต่ไม่ได้กล่าวถึงความหมายของ คำเสนอและคำสนองไว้ ดังนั้น ลักษณะของคำเสนอและคำสนองที่กระทำโดยใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ จึงต้องเป็นไปตามความหมายในเรื่องคำเสนอและคำสนองตามหลักทั่วไป

นอกจากนี้ ร่างอนุสัญญายังได้กำหนดหลักเกณฑ์การเกิดของสัญญาโดยใช้ระบบข้อมูลอัตโนมัติ (Automated message system) ไว้ในมาตรา 12 ซึ่งกำหนดกรณีของสัญญาที่เกิดขึ้นเองโดยอัตโนมัติโดยบุคคลไม่ต้องกระทำเอง โดยวางหลักไว้ว่า สัญญาเกิดขึ้นได้ด้วยการ กระทำระหว่างระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติและบุคคล หรือด้วยการกระทำระหว่างระบบข้อมูลที่ทำงานโดยอัตโนมัติด้วยกัน โดยไม่อาจปฏิเสธความสมบูรณ์และผลบังคับเพียง เพราะเหตุว่าไม่มีบุคคลใดได้พิจารณาการกระทำของระบบดังกล่าวหรือผลของความตกลง

จากหลักเกณฑ์ของมาตรา 12 จะเห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติรับรองการเกิดของสัญญาที่กระทำด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์โดยไม่ต้องอาศัยการกระทำของมนุษย์ไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นการบัญญัติรับรองผลของสัญญาดังกล่าวไว้ชัดเจนกว่ากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความ เนื่องจากในปัจจุบัน เทคโนโลยีพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว มีการคิดค้นวิธีกำหนดการทำงานของคอมพิวเตอร์ให้สามารถประมวลผลได้โดยอัตโนมัติโดยไม่มีมนุษย์เข้าไปแทรกแซง<sup>29</sup>

## 2) เวลาและสถานที่ของการเกิดสัญญา

ร่างอนุสัญญาได้บัญญัติเรื่องเวลาและสถานที่ที่ถือว่ามีการส่งและรับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไว้ในมาตรา 10 ซึ่งหลักการในมาตรานี้ของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ นำมาจากมาตรา 15 ของกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ และได้มีการปรับแก้ในบางเรื่อง ได้แก่

### (1) เวลาที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

เวลาที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์มีผลตามกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์นั้น กำหนดให้มีผลเมื่อข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลที่อยู่นอกเหนือ

<sup>29</sup> รัฐสิทธิ์ กุรุสุวรรณ. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 26. หน้า 77-78.

การควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง ส่วนเวลาที่กฎหมายถือว่าการรับข้อมูลมีผลนั้น ก็ใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน กล่าวคือ ถ้าผู้รับได้กำหนดระบบข้อมูลที่ไว้รับข้อมูลไว้โดยเฉพาะ การรับรู้จะมีผลเมื่อข้อมูลได้เข้าสู่ระบบข้อมูลที่กำหนดไว้ แต่หากส่งข้อมูลไปยังระบบข้อมูลอื่นซึ่ง มิใช่ระบบข้อมูลที่กำหนดไว้ กฎหมายก็จะถือว่าได้รับข้อมูลเมื่อผู้รับได้เรียกข้อมูลนั้นขึ้นมา ให้ปรากฏแต่หากมิได้มีการกำหนดระบบข้อมูลไว้โดยเฉพาะ การรับข้อมูลจะมีผลตั้งแต่วันที่ ข้อมูลนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลของผู้รับ

กรณีของร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ในมาตรา 10 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่ถือว่าการส่งข้อมูลนั้นยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของคณะทำงานว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใด ระหว่างหลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งเมื่อข้อมูลนั้น “เข้าสู่ระบบข้อมูล” (enter an information System) ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทน ของผู้ส่ง กับหลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งเมื่อข้อมูลนั้น “ออกจากระบบข้อมูล” (leave an information system) ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ส่งหรือของตัวแทนของผู้ส่ง อย่างไรก็ตาม จากการศึกษา รายงานการประชุมครั้งล่าสุด มีแนวโน้มว่าจะใช้หลักเกณฑ์ที่ถือว่าการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ เมื่อข้อมูลนั้น “ออกจากระบบข้อมูล” (leave an information System) แต่ก็ยังไม่มีความ แน่นอนว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงอีกหรือไม่ จึงต้องติดตามผลสรุปในรายงานการประชุมครั้ง ต่อๆ ไป ส่วนเวลาที่ถือว่าได้รับข้อมูลนั้น ได้แก่เวลาที่ผู้รับข้อมูลหรือตัวแทนของผู้รับข้อมูลสามารถเรียกข้อมูลนั้นขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ (electronic address) ที่ผู้รับกำหนดไว้ ในกรณีที่มีการส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ไปยังที่อยู่อื่นของผู้รับ ให้ถือว่าได้รับข้อมูลเมื่อผู้รับสามารถเรียกข้อมูลขึ้นมาให้ปรากฏจากที่อยู่นั้นและผู้รับได้รู้ว่ามี การส่งข้อมูลไปยังที่อยู่นั้น ส่วนเวลาที่สันนิษฐานว่าข้อมูลอยู่ในสภาพที่ผู้รับสามารถเรียกขึ้นมาให้ปรากฏ คือเมื่อข้อมูลนั้น ได้ไปถึง (reach) ที่อยู่อิเล็กทรอนิกส์ของผู้รับ

## (2) สถานที่ที่ถือว่าได้ส่งและได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

สถานที่ที่ถือว่าได้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ตามร่างอนุสัญญาว่าด้วยการใช้ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ในสัญญาระหว่างประเทศ ใช้หลักเกณฑ์สถานประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ กล่าวคือ ในมาตรา 10 วรรคสาม ของร่างอนุสัญญาฉบับนี้ สถานที่ที่ถือว่าได้ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ได้แก่ สถานประกอบธุรกิจของผู้ส่ง และถือว่าได้รับข้อมูล ณ สถานประกอบธุรกิจของผู้รับ ซึ่งสถานประกอบธุรกิจนี้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 6 ของร่างอนุสัญญา อัน ได้แก่ สถานที่ที่คู่สัญญากำหนด หากมีสถานประกอบธุรกิจหลายแห่งให้ถือเอาสถานที่ที่เกี่ยวข้องมากที่สุดกับสัญญาและการกระทำกรนั้น แต่ถ้าไม่ปรากฏสถานประกอบธุรกิจก็ให้ถือเอาถิ่นที่อยู่ปกติเป็นสถานที่ส่งหรือได้รับข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์

โดยสถานที่ตั้งของอุปกรณ์และเทคโนโลยีที่สนับสนุนระบบข้อมูลที่คู่สัญญาใช้ ซึ่งเกี่ยวข้องกับ การก่อให้เกิดสัญญาหรือสถานที่ที่คู่สัญญาฝ่ายอื่นๆ สามารถเข้าถึงระบบข้อมูลได้นั้น ไม่ถือเป็นสถานประกอบธุรกิจ นอกจากนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเวลาที่ถือว่าได้รับข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ ตามร่างอนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ แม้ว่าสถานที่ตั้งของระบบข้อมูลอาจไม่ตรง กับสถานที่ที่ถือว่า ได้รับข้อมูลก็ตาม”<sup>30</sup>

### 3)กฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์

สหภาพยุโรป (The European Union หรือ EU) เป็นการรวมตัวกันของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปตะวันตก เพื่อให้เกิดสันติภาพและความเจริญรุ่งเรืองภายในกลุ่ม การรวมตัวกันดังกล่าว มิได้มีลักษณะเป็นสหพันธรัฐ (Federation) อย่างในสหรัฐอเมริกา และมีได้มีลักษณะเป็นเพียง องค์การที่เกิดจากความร่วมมือระหว่างรัฐบาลของประเทศต่างๆ ดังกรณีขององค์การสหประชาชาติ (United Nations) แต่เป็นการที่ประเทศสมาชิกนำอำนาจอธิปไตยของตนมารวมกันเพื่อให้เกิดความแข็งแกร่ง และมีอำนาจในการเจรจาต่อรอง การนำอำนาจอธิปไตยมารวมกันนี้ คือ ประเทศสมาชิกได้มอบอำนาจ การตัดสินใจในบางเรื่องเพื่อนำไปพิจารณาในสถาบัน ที่ร่วมกันก่อตั้งขึ้น

สถาบันหลักที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการตัดสินใจเพื่อประโยชน์ร่วมกัน ของประเทศสมาชิคนั้น ได้แก่ สภายุโรป (European Parliament) ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน และได้รับเลือกจากประชาชนของสหภาพยุโรปโดยตรง คณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) เป็นที่ประชุมของผู้นำชาติสมาชิก ถือเป็นตัวแทนของประเทศสมาชิก และคณะกรรมการยุโรป (European Commission) เป็นฝ่ายบริหารของสหภาพยุโรป ดูแลประโยชน์ ทั้งมวลของสหภาพทั้งสามสถาบันดังกล่าวทำหน้าที่กำหนดนโยบายและออกกฎหมาย โดยคณะกรรมการยุโรป (European Commission) มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายและกำกับดูแล การบังคับใช้กฎหมาย ส่วนสภายุโรป (European Parliament) และคณะกรรมการแห่งสหภาพยุโรป (Council of the European Union) ทำหน้าที่รับรองกฎหมายที่เสนอ โดยคณะกรรมการยุโรป (European Commission)<sup>31</sup>

### 2.2.3 ทฤษฎีความรับผิดชอบแห่ง

คำว่า “หนี้ (obligation) ” หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าสิทธิเรียกร้อง(claim) โดยกล่าวถึง เฉพาะ ทางด้านเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิเรียกร้องและที่เรียกว่าสิทธิเรียกร้องเพราะว่าเป็นการบังคับชำระหนี้ โดยใช้สิทธิ

<sup>30</sup> วณิดา วัชรานุกุล. (2548). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, สาขากฎหมายเอกชน, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 40.

<sup>31</sup> ไพทิจิต เอกจริยกร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28. หน้า 33-34.

ทางศาลเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ที่ฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ฝ่ายที่ต้องกระทำการเรียกว่า “ลูกหนี้” ฝ่ายที่ได้รับผลจากการกระทำเรียกว่า “เจ้าหนี้” “การกระทำ” แยกได้เป็นการกระทำการ ละเว้นกระทำการ และการส่งมอบหรือโอนทรัพย์สิน ตามกฎหมายโรมัน ให้คำวิเคราะห์ศัพท์นี้ไว้ว่า “หนี้เป็นความผูกมัดในทางกฎหมายเสมือนด้วยความจำเป็นบังคับอยู่ จะคลายออกได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ให้เขาตามบัญญัติแห่งกฎหมายของบ้านเมือง” ดังนั้น ตามกฎหมายโรมัน “หนี้จึงเป็นความผูกพันหรือพันธะทางกฎหมายที่ลูกหนี้ต้องชำระหนี้ ตามกฎหมายอันเป็นเสมือนโซ่ที่ล่ามลูกหนี้ไว้กับเจ้าหนี้ เมื่อใดหนี้ได้รับการชำระโซ่นี้ก็คลายออกจากลูกหนี้” กล่าวโดยสรุปคือตั้งแต่ในสมัยโรมันแล้วว่า บ่อเกิดหรือที่มาแห่งหนี้มีด้วยกัน 3 ประการ คือ 1) สัญญา 2) ละเมิดจัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้ 3) กฎหมายเฉพาะสำหรับบ่อเกิดแห่งหนี้ ประการแรกคือ สัญญานั้นเป็นนิติกรรมอันเป็นความตกลงกันด้วยใจสมัครที่เกิดขึ้นโดยอาศัยเจตนาของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา ส่วนบ่อเกิดแห่งหนี้ในสามประการหลังคือ ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควรได้นั้นเป็นนิติเหตุเกิดขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยเจตนาของบุคคล แต่ที่ถือเป็นมูลเหตุใหญ่ของหนี้ คือ สัญญาและละเมิด ส่วนการจัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้ถือเป็นมูลเหตุส่วนย่อยเท่านั้น

“หนี้” เป็นแนวคิดทางกฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) อันมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน อีกทอดหนึ่ง เป็นความรับผิดชอบทางกฎหมายโดยความรับผิดชอบในทางแพ่ง แยกออกต่างหากอย่าง เด็ดขาดจากความรับผิดชอบในทางอาญา ในทางอาญากฎหมายมุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยในสังคมเป็นหลัก แต่ในทางแพ่งนั้นเป็นความรับผิดชอบทางเอกชนที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลต่อบุคคล มิใช่เป็นความรับผิดชอบส่วนที่บุคคลต้องมีต่อสังคมหรือก็แสดงว่าเป็นบุคคลสิทธิ ซึ่งไม่ผูกพันบุคคลภายนอกทั่วไป โดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองป้องกันสิทธิของเอกชนที่มีต่อกัน ไม่ให้ได้รับความเสียหาย ซึ่งหนี้หรือความรับผิดชอบในทางแพ่งยังสามารถแบ่งออกได้เป็นความรับผิดชอบ ในทางสัญญา และความรับผิดชอบในทางละเมิด<sup>32</sup>

“ความรับผิดชอบในทางสัญญา” ในกรณีเมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญากันและสัญญามีความสมบูรณ์ผูกพันเกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ก็จะก่อให้เกิดหนี้ในทางสัญญาขึ้นที่ประกอบด้วย ความผูกพันตามกฎหมายในสองลักษณะ คือหน้าที่ในทางสัญญาและความรับผิดชอบในทางสัญญา การแบ่งลักษณะของความผูกพันที่เกิดจากหนี้ตามสัญญาออกเป็นสองลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นมาตั้งแต่ สมัยอาณาจักรโรมัน “หน้าที่ในทางสัญญา (debitum หรือในภาษาเยอรมันเรียกว่า schula) ” เป็นความผูกพันในการปฏิบัติชำระหนี้ที่ลูกหนี้ต้องกระทำตามมูลหนี้โดยปกติ เช่น สัญญาซื้อขายอันเป็นสัญญาต่างตอบแทน ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบและ โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ทำการ

<sup>32</sup>พรธรรมราชรัตน์ ศรีไชยรัตน์. (2559). *คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ ๑: วิญญูชน . หน้า 55.

ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ ส่วนผู้ซื้อมีหน้าที่ต้องชำระราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย หน้าที่ในทางสัญญา จึงเป็นความผูกพันที่มีต่อบุคคลที่คู่สัญญาฝ่ายลูกหนี้ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอันใด อันหนึ่ง ตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญาตามมาตรา 194 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วน “ความรับผิด ในทางสัญญา” (obligation หรือในภาษาเยอรมันเรียกว่า “hafting”) เป็นความผูกพัน ในลักษณะที่คู่สัญญาฝ่ายซึ่งเป็นผู้กระทำผิดสัญญาต้องถูกบังคับชำระหนี้และชดใช้ค่าเสียหาย เกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามปกติในการชำระหนี้ตามความผูกพันในลักษณะแรก (คือหน้าที่ในทางสัญญา) เช่น ในกรณีสัญญาซื้อขายข้างต้นหากผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อจะมีสิทธิฟ้องบังคับให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินนั้นได้ในกรณีที่ยังอยู่ในวิสัยหรือพฤติการณ์ ที่สามารถทำได้ และให้ชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากที่ผู้ขายกระทำผิดสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้ ในกรณีที่การผิดสัญญาหรือการไม่ชำระหนี้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ขึ้น ดังนั้นความรับผิด ในทางสัญญาที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบจึงไม่ใช่การปฏิบัติการชำระหนี้โดยตรงแต่มีลักษณะเสมือน เยียวยาให้เกิดความเสียหายให้น้อยที่สุดให้กับเจ้าหนี้โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนคงได้รับการ ชดใช้เท่าที่เสียหายจริงเท่านั้น ซึ่งจะบังคับเข้ากับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในกรณีที่จะต้องบังคับเอา กับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวไม่ได้ผู้แพ้ โดยตรงกับหนี้ความผูกพันในลักษณะ หนี้ ที่ ในทางปัญญูปเป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาโดยความสมัครใจของลูกหนี้เอง ดังนั้น เมื่อเกิด หนี้ขึ้นแล้วลูกหนี้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้ถูกต้องตรงความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ แต่หากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องกฎหมายจะเข้ามาเกี่ยวข้องในอันที่จะบังคับให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ ให้สมประสงค์ของเจ้าหนี้ ดังนั้นการปฏิบัติการชำระหนี้ของลูกหนี้จะถูกแทนที่ด้วยกองทรัพย์สิน ของลูกหนี้และจะต้องถูกนำมาบังคับชำระหนี้ตามกฎหมาย โดยเจ้าหนี้มีสิทธิเลือกบังคับชำระหนี้ โดยเฉพาะเจาะจงในกรณีที่สามารถบังคับได้และเรียกให้ลูกหนี้ชดใช้ค่าเสียหายหรือเจ้าหนี้จะใช้สิทธิ เลิกสัญญาและให้ลูกหนี้ชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นก็ได้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวต้องฟ้องร้องบังคับทางศาล จึงอาจกล่าวได้ว่าความรับผิดในทางสัญญามีวัตถุประสงค์ มุ่งหมายในประการแรกคือเพื่อทำให้ เจ้าหนี้ได้รับเท่ากับการชำระหนี้ตามสัญญาที่ได้ตกลงไว้เสมือนกับมีการชำระหนี้โดยสมัครใจ ของลูกหนี้อันเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (Specific Performance) ตามมาตรา 213 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ ในกรณีสัญญาซื้อขายที่มีการส่งมอบทรัพย์สินไม่ถูกต้อง ตามสัญญาวัตถุประสงค์ของความรับผิดในทางสัญญาคือ การบังคับการชำระหนี้ให้มีการส่งมอบทรัพย์สิน ให้ถูกต้องตามสัญญา สำหรับวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายในประการที่สอง คือ การดำเนินการ เพื่อชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือหน้าที่ในทางสัญญา ตามมาตรา 222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น ในกรณีของสัญญาซื้อขายข้างต้นหาก การส่งมอบทรัพย์สิน



ไม่ถูกต้องตามสัญญาก่อให้เกิดความเสียหายประการอื่นด้วย ผู้ซื้อสามารถเรียกให้ ผู้ขายชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าวได้

“ความรับผิดในทางละเมิด” เป็นความรับผิดอันเกิดจากการกระทำผิดหน้าที่หรือล่วงสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายกำหนด เป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลอื่นทั่วไป และหากการกระทำผิดหน้าที่ดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหาย ผู้ที่ถูกล่วงสิทธิย่อมฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ แนวคิดดังกล่าวได้วิวัฒนาการมาจากการอยู่ร่วมกันในสังคมของมนุษย์ในยุคโบราณ ซึ่งหากมีการประทุษร้ายกันวิธีการชดใช้ความเสียหายคือระบบ “ตาต่อตาฟันต่อฟัน” ต่อมาจึงมีระบบรัฐเข้ามาดูแลการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมจึงได้พัฒนาแนวคิดที่ว่ารัฐควรเป็นผู้ลงโทษเสียเอง ส่วนผู้เสียหายควรได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย ดังนั้นจึงมีกฎหมายบัญญัติรับรองว่าบุคคลทั่วไปมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดที่จะไม่ให้ใครมากระทำละเมิด ผู้ใดกระทำละเมิดสิทธิดังกล่าวถือเป็นการล่วงสิทธิอื่นอันเป็นการผิดหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีต่อบุคคลอื่นในสังคม ซึ่งต่างกับความรับผิดในทางสัญญาที่เป็นการกระทำผิดหน้าที่หรือล่วงสิทธิส่วนบุคคล เนื่องจากสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเกิดขึ้นจากการตกลงกันระหว่างคู่สัญญามิใช่เกิดขึ้นโดยกฎหมายกำหนด ด้วยเหตุนี้หากเป็นการกระทำผิดหน้าที่หรือล่วงสิทธิที่มีต่อบุคคล ๆ หนึ่งหรือหลายคน โดยเฉพาะตามสัญญา ย่อมไม่เป็นการกระทำละเมิด เพราะบุคคลก่อนการละเมิดโดยการตกลงมิได้ ความรับผิดในทางละเมิดมีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายเพื่อการเยียวยาให้ผู้ได้รับความเสียหายในมูลหนี้กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมให้มากที่สุด มิได้มีวัตถุประสงค์จะลงโทษผู้กระทำความผิด เหมือนดังเช่นกฎหมายอาญา กล่าวคือมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) ศาลอาจกำหนดค่าเสียหายตามพฤติการณ์ความรุนแรง ของการกระทำละเมิดอันเป็นวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษผู้กระทำละเมิดได้แก่ กรณีค่าเสียหายในเชิงลงโทษ (Punitive Damages) เป็นต้น<sup>33</sup>

ความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิดมีลักษณะของความรับผิดตามองค์ประกอบทางกฎหมาย กล่าวคือความผิด ความเสียหายและความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลในการศึกษาหลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางสัญญาและความรับผิดในทางละเมิด ดังนั้นจึงขอกล่าวถึงรายละเอียดถึงหลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางละเมิดก่อนเป็นเบื้องต้น ดังนี้

### 2.2.3.1 หลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางละเมิด

ความรับผิดในทางละเมิดมีหลักเกณฑ์สรุปสาระสำคัญดังนี้ ประการแรก คือ ความผิดอัน

<sup>33</sup>ริวกร ยอดชาญ. (2544). *คำมั่นจะทำสัญญา: ศึกษาในเชิงทฤษฎี*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 121.

เป็นการกระทำผิดโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ประการที่สอง คือ ความเสียหาย เป็นกรณีที่การกระทำ ความผิดในประการแรกก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น และในประการสุดท้าย ความสัมพันธ์ระหว่าง แคนอยู่ภายในของเขตที่ผู้กระทำความผิดได้คาดเห็นเท่านั้น จึงขัดกับความเป็นจริงที่อาจมีความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการกระทำของผู้กระทำแท้ๆ แต่ผู้กระทำละเมิดกลับไม่ต้องรับผิดชอบ

ความรับผิดในทางละเมิดเป็นหนี้หรือความรับผิดในทางแพ่งชนิดที่เกิดโดยนิติเหตุเกิด จากการที่บุคคลฝ่าฝืนหน้าที่ประการหนึ่งหรือหลายประการที่เกิดขึ้น โดยกฎหมาย ซึ่งกฎหมาย มุ่งคุ้มครองสิทธิบางอย่างแก่บุคคลทั่วไปในสังคม และหากการฝ่าฝืนหน้าที่ดังกล่าว ก่อให้เกิดความเสียหาย บุคคลผู้กระทำการฝ่าฝืนต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งความรับผิด ในทางละเมิดจะเกิดขึ้นได้ต้องมีการกระทำความผิดของผู้มีความรับผิด (เหตุ) และ การกระทำ ความผิดดังกล่าวต้องก่อให้เกิดความเสียหาย (ผล) แก่ผู้เสียหาย และความเสียหาย (ผล) ที่เกิดขึ้น ต้องมีความสัมพันธ์กับการกระทำผิด (เหตุ) ของผู้มีความรับผิด โดยความรับผิดในทางละเมิด มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาให้ผู้เสียหายได้บังคับตามสิทธิของตนต่อผู้ก่อความเสียหาย เป็นการเยียวยา ให้ผู้เสียหายกลับสู่ฐานะเดิมหรือใกล้เคียงกับฐานะเดิมให้มากที่สุด

### 2.2.3.2 หลักเกณฑ์ของความรับผิดในทางสัญญา

ความรับผิดในทางสัญญามีหลักเกณฑ์การก่อให้เกิดความรับผิดอยู่ด้วยสามประการ เช่นเดียวกับความรับผิดในทางละเมิด ประการแรกคือ “ความผิด” เป็นกรณีที่ลูกหนี้กระทำการ ฝ่าฝืนหนี้หรือไม่ชำระหนี้โดยเจ้าหนี้สามารถเอาโทษแก่ลูกหนี้ได้ ประการที่สองคือ “ความเสียหาย” เป็นกรณีที่ความผิดในประการแรกก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ และประการที่สาม “ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล” คือความเสียหายต้องมีความสัมพันธ์หรือเป็นผลเนื่องมาจาก การกระทำผิด

#### (1) ความผิด

ความผิดอันเป็นองค์ประกอบของความรับผิดในทางสัญญา คือ “การ ไม่ชำระหนี้ ตาม สัญญา” การไม่ชำระหนี้ตามสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อใดต้องพิจารณาถึงประเภทของหนี้ตามสัญญา ว่าเป็นเช่นใด อันได้แก่ หนี้ทำการ หนี้เว้นทำการ ฯลฯ อย่างไรก็ตามจะเกิดเป็นความรับผิด ในทางสัญญาได้จะต้องคงมีสัญญาอยู่มิใช่มีการบอกเลิกสัญญาโดยคู่สัญญาผู้มีสิทธิ และต้องมี การไม่ชำระหนี้ตามสัญญา โดยเจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิเรียกร้องแก่ลูกหนี้ได้ก่อนกรณีหนึ่ง งเว้นกระทำ การการไม่ชำระหนี้ ได้แก่การฝ่าฝืนสิ่งที่หนี้ห้ามไว้ เมื่อฝ่าฝืนถือว่าเป็นการไม่ชำระหนี้โดยสัญญา เป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจของคู่สัญญา แต่หน้าที่อันก่อให้เกิดความรับผิดในทางละเมิด เป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยกฎหมายกำหนด

#### (2) หลักการกำหนดค่าสินไหมทดแทนในต่างประเทศ

(ก) กฎหมายฝรั่งเศส วางหลักทั่วไปว่า ลูกหนี้จะต้องชดใช้ความเสียหายที่ไม่ไกลต่อเหตุ และความเสียหายที่คาดเห็น

กฎหมายฝรั่งเศสวางหลักทั่วไปว่า ลูกหนี้จะต้องชดใช้ความเสียหายทุกชนิดที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ แต่ความเสียหายนั้นจะต้องในผู้ก่อเหตุ (inmediate) และเป็นผลโดยตรง (direct consequence) ถ้าการไม่ชำระหนี้มิได้เกิดโดยการจงใจ (dol) ความเสียหายนั้นจะต้องคาดเห็น (foreseeable)

ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้วางองค์ประกอบของความเสียหายไว้ 2 ประการ องค์ประกอบประการแรกคือเรื่องเหตุโดยตรง (directness) ซึ่งเป็นตัวเชื่อมที่สำคัญระหว่างเหตุคือการไม่ชำระหนี้ หรือความผิดของลูกหนี้แบบผลคือความสูญเสีย หรือความเสียหาย องค์ประกอบนี้ต้องมีอยู่ทั้งความเสียหายในเรื่องสัญญาและละเมิด ส่วนองค์ประกอบประการที่สอง เป็นเรื่องความคาดเป็น (foreverability) ใช้เฉพาะกรณีของสัญญาซึ่งมิได้เกิดจากการทำผิดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยมาตรา 150 บัญญัติว่าเมื่อการไม่ชำระหนี้มิได้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของลูกหนี้ ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเฉพาะความเสียหายที่คาดเป็นหรืออาจคาดเป็นในเวลาทำสัญญา และมาตรา 115 บัญญัติว่า แม้การไม่ชำระหนี้เกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ความเสียหายของเจ้าหนี้จะต้องไม่ไกลต่อเหตุและเป็นผลโดยตรงของการไม่ชำระหนี้ ซึ่งเป็นการรับผิดชอบเช่นเดียวกับกรณีละเมิด<sup>34</sup>

Prar ได้อธิบายว่า ลูกหนี้ไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายทุกอย่างที่เกิดจากการไม่ชำระหนี้ กรณีที่มีได้ทำการฉ้อฉล (Traud) แต่อย่างไร ในการชำระหนี้ ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบเฉพาะที่เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของหนี้เท่านั้น หากต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายอย่างอื่นไม่ เช่น ผู้เช่าที่ถูกขับไล่ไม่ยอมออกจากบ้านเช่าก่อนสัญญาเช่าครบกำหนดคมีสิทธิเรียกค่าขนย้าย ค่าเช่าที่จ่ายไปล่วงหน้าคนที่ต้องจ่ายค่าเช่าบ้านใหม่แพงขึ้น ซึ่งเป็นค่าเสียหายซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการไม่ได้ใช้บ้านเช่า ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของสัญญาเช่า ถ้าผู้เช่าเอาบ้านนั้นไปใช้ในการประกอบธุรกิจ การถูกขับไล่ยอมทำให้สูญเสียลูกค้า และเป็นหนี้เสียหายแก่ธุรกิจ แม้ผู้ให้เช่าไม่อาจคาดเห็นได้ในขณะทำสัญญา<sup>35</sup>

#### 2.2.4 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

แนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีบริการสาธารณะและสัญญาทางปกครองในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้เกิดแนวความคิดพื้นฐาน

<sup>34</sup>พรรณรายรัตน์ ศรีไชยรัตน์. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 32. หน้า 69-70.

<sup>35</sup> สิริลักษณ์ กิรดิรัตน์พฤกษ์. (2552). *การกำหนดค่าเสียหาย: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีผิดสัญญาและละเมิด*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 7.

ของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสซึ่งมีความคิดว่า รัฐควรที่จะมีความเป็นใหญ่เหนือเอกชน เจตนารมณ์ของรัฐจะต้องอยู่เหนือเจตนารมณ์ของเอกชน เพื่อให้องค์กรของรัฐ สามารถดำเนินกิจกรรมบางอย่างนอกเหนือจากกิจกรรมของเอกชนที่เอกชนจะกระทำได้ นั่นก็คือ การใช้วิธีการกระทำโดยใช้นิติกรรมฝ่ายเดียว ซึ่งเป็นการกระทำที่มีผลบังคับแก่เอกชน โดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ และการแสดงเจตนาดังกล่าวของรัฐจะมีลักษณะเป็นคำสั่งการ โดยกิจกรรมดังกล่าวของรัฐ จะมีความแตกต่างจากกิจกรรมของเอกชนในแง่ที่ว่า เอกชนไม่อาจใช้อำนาจบังคับฝ่ายเดียว โดยปราศจากความยินยอมของคู่กรณีได้ เหตุที่รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจฝ่ายเดียวเหนือเอกชน ก็เนื่องมาจากความสอดคล้องกับสภาพการณ์ของประเทศฝรั่งเศส เพราะในยุคดังกล่าวหน้าที่การงานของรัฐมีอยู่อย่างจำกัด โดยเฉพาะหน้าที่หลักที่สำคัญๆ เช่น หน้าที่ด้านการทหาร การรักษาความสงบเรียบร้อยและการศาล ซึ่งงานของรัฐดังกล่าวเป็นกิจกรรมซึ่งโดยสภาพรัฐจะต้องมีการใช้อิทธิพลของรัฐ คือ การใช้อำนาจบังคับแก่เอกชน ทั้งนี้ เพื่อให้กิจการของรัฐสามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ จากสภาพการณ์ดังกล่าว จึงเกิดแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชนขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับการใช้อิทธิพลของรัฐ จากแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชน จึงก่อให้เกิดหลักกฎหมายพิเศษเพื่อใช้บังคับแก่อำนาจมหาชน โดยเฉพาะ และคดีที่พิพาทเกี่ยวกับกิจกรรมดังกล่าว จะต้องใช้ศาลพิเศษคือ ศาลปกครองเป็นผู้ตัดสิน และในบรรดากิจกรรมของรัฐซึ่งกระทำโดยการใช้อิทธิพลดังกล่าว เรียกว่า กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชน (L'activité de puissance publique) แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐนั้น รัฐมิได้ดำเนินการโดยใช้อำนาจบังคับเสมอไป บางครั้งรัฐก็ดำเนินการคล้ายกับการดำเนินการของเอกชน และปฏิบัติต่อเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกับรัฐ เช่น กรณีที่รัฐทำสัญญาทั้งหลายกับเอกชน ซึ่งการกระทำในลักษณะเช่นนี้ของรัฐจะเป็นการกระทำโดยปราศจากการใช้อิทธิพลบางอย่างอันเกินขอบเขตในกฎหมายเอกชน การดำเนินการของรัฐในลักษณะนี้ เรียกว่า เป็นกิจกรรมแห่งการจัดการ (L'activité de gestion) ซึ่งจะต้องนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับแก่กิจกรรมในทางจัดการ และจะต้องอยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมที่พิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับกิจกรรมในทางจัดการของรัฐ<sup>36</sup>

กิจกรรมแห่งอำนาจมหาชนและกิจกรรมแห่งการจัดการนี้กลายเป็นแนวความคิดพื้นฐานแนวความคิดหนึ่งของกฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นทางออกที่เหมาะสมของปัญหาเกี่ยวกับการแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรม และศาลปกครอง ซึ่งเรื่องนี้จะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐทำหน้าที่ศาลปกครองในสมัยนั้น ที่ได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชนว่า “ศาลปกครอง คือ ศาลปกติธรรมดาในกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นกระทำโดยฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับกิจกรรมแห่งอำนาจมหาชน อำนาจของศาลปกครองจะหยุดลงก็ต่อเมื่อรัฐได้

<sup>36</sup> ก๊าซ จงจักรพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, หน้า 39.

กระทำการต่าง ๆ ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายเอกชน เมื่อรัฐได้ทำสัญญาไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อการจัดการทรัพย์สินของรัฐหรือเป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ”<sup>37</sup> จากแนวคำพิพากษานี้เท่ากับเป็นการยืนยันถึงขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายปกครอง และขอบเขตของอำนาจศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ในปลายศตวรรษที่ 19 ความเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ในประเทศฝรั่งเศสเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม จึงทำให้ความคิดทางลัทธิทางกฎหมายปกครองเปลี่ยนแปลงไปด้วย และทำให้ความคิดทฤษฎีอำนาจมหาชนซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสใช้ไม่ได้อีกต่อไป กล่าวคือ นับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา ได้มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคม อันเป็นผลเนื่องมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม ทำให้ความต้องการของพลเมืองมีมากขึ้น เป็นผลให้ความคิดที่ว่า หน้าที่ของรัฐที่จะเป็นเรื่องเฉพาะทางการเมืองการปกครอง เช่น การจัดตั้งและการดำเนินการทางด้านสังคม การรักษาความสงบเรียบร้อย ภายในและความยุติธรรมเปลี่ยนไป คือ รัฐจะมีการพัฒนาหน่วยงานทางเทคนิคของรัฐเพื่อบริการด้านต่าง ๆ แก่ประชาชน เช่น การศึกษา การจำหน่ายกระแสไฟฟ้า ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้จะมีความแตกต่างจากการดำเนินของรัฐในสมัยก่อน และกิจกรรมเหล่านี้เรียกว่า “บริการสาธารณะ” (Service public)

การดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะของรัฐนั้น รัฐมิได้ดำเนินการ โดยใช้อำนาจบังคับ ซึ่งเป็นอภิติทธิของรัฐ แต่ในทางตรงกันข้ามรัฐมีหน้าที่ต้องให้บริการแก่ประชาชน โดยส่วนรวม การบริการสาธารณะจึงเป็นเรื่องที่มุ่งจะให้เกิดประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งจะมีความแตกต่างจากกิจกรรมของเอกชน ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร จากเหตุผลที่ว่า บริการสาธารณะเป็นเรื่องที่มุ่งจะให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม จึงเป็นเหตุผลสมควรที่สนับสนุนการนำหลักกฎหมายพิเศษมาใช้บังคับแก่กิจกรรมของฝ่ายปกครอง แต่แนวความคิดดังกล่าวก็ขัดแย้งกับแนวความคิดอำนาจมหาชนซึ่งมีความคิดว่า กิจกรรมของรัฐซึ่งมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ มิใช่เป็นกิจกรรมแห่งอำนาจมหาชน จึงไม่สมควรอยู่ภายใต้หลักกฎหมายพิเศษ

แต่อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา นักกฎหมายมหาชนส่วนมากมีความคิดเห็นว่าการยอมรับ “อำนาจมหาชน” เป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายปกครองนั้นว่าไม่ถูกต้อง และไม่ยอมรับทัศนะดังกล่าว ขณะเดียวกันก็ได้เกิดแนวความคิดใหม่ว่า “บริการสาธารณะ” คือพื้นฐานของระบบกฎหมายฝรั่งเศส สำหรับบริการสาธารณะตามที่เข้าใจในสมัยนั้น หมายถึงกิจกรรมทั้งหลายของฝ่ายปกครองที่มุ่งสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนส่วนรวม เช่น การป้องกันประเทศ การเดินรถไฟ การทะเบียนราษฎร ฯลฯ แต่การจัดบริการสาธารณะ นั้นจะจัดทำโดยนิติบุคคลมหาชนที่มีฐานะหรือระดับแตกต่างกันออกไป เช่น การป้องกันประเทศ การรักษา

<sup>37</sup> ชรินทร์ สันประเสริฐ. (2530). หลักการและแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายฝรั่งเศส. *วารสารนิติศาสตร์ ศรีปทุม*, ปีที่ 2 (1), หน้า 103-117.

ความสงบเรียบร้อยภายใน การจัดการศึกษาของชาติ ฯลฯ ซึ่งถือว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะในระดับชาติ ส่วนบริการสาธารณะในระดับจังหวัด เช่น การขนส่งในระดับจังหวัด การจัดสร้างทางคมนาคมทางบก ทางน้ำ นอกจากนั้น การจัดให้มีไฟฟ้า น้ำประปา ถนนหนทางที่ถูกดำเนินการโดยเทศบาลก็ถือว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณะในระดับเทศบาล ดังนั้น บริการสาธารณะจึงเป็นกิจกรรมที่มีขอบข่ายกว้างขวางมากครอบคลุมทุกพื้นที่ของประเทศ<sup>38</sup>

องค์ประกอบที่สำคัญของบริการสาธารณะก็คือ ความต้องการที่จะตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวมกรณีในเรื่องใดเอกชนไม่อาจสนองได้ หรือ สนองความต้องการประชาชนได้ แต่ไม่เพียงพอ รัฐก็จะเข้าจัดทำกิจการเหล่านั้นในรูปของบริการสาธารณะแทนที่จะปล่อยให้เอกชนจัดทำ นอกจากนั้น รัฐยังมีอิสระอย่างเต็มที่ในการที่จะพิจารณาว่า ควรสนองความต้องการของประชาชนในเรื่องใดหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตาม กิจกรรมทั้งหลายของฝ่ายปกครอง มิใช่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะทั้งหมด กิจกรรมของฝ่ายปกครองอาจจะเป็นกิจกรรมที่เรียกว่า "ธุรกิจส่วนเอกชนของฝ่ายปกครอง"<sup>39</sup> ซึ่งเป็นกิจกรรมที่มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมแต่มุ่งหาประโยชน์ทางการเงินของฝ่ายปกครอง เช่น การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ของฝ่ายปกครองเพื่อหารายได้เข้ารัฐ ซึ่งเป็นวิธีการจัดการทรัพย์สินส่วนเอกชนของฝ่ายปกครอง โดยกิจกรรมเหล่านี้ไม่ใช่บริการ สาธารณะ เพราะมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่เพื่อประโยชน์ทางการเงินแต่อย่างเดียว

หลักกฎหมายที่จะใช้กับการบริการสาธารณะ จะต้องเป็นหลักกฎหมายพิเศษ เพราะหลักการพื้นฐานของบริการสาธารณะจะต้องมีความต่อเนื่องของบริการสาธารณะและหลักการเหนือกว่าของบริการสาธารณะ คือ เมื่อมีการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนรวม กับประโยชน์ส่วนบุคคล เอกชนจะต้องยอมสละประโยชน์ส่วนบุคคล

การที่ต้องใช้หลักกฎหมายพิเศษก็เพราะเพื่อให้เกิดความสะดวกในการดำเนินงานอย่างปกติ และต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และเพื่อการสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนรวมกระทำได้โดยรวดเร็วและสมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ดังนั้น จึงเกิดความคิดที่ว่า การกำหนดเขตแดนระหว่างระบบกฎหมายปกครองและระบบกฎหมายเอกชน จะต้องมีการแบ่งแยกกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่เป็นบริการสาธารณะ และกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่มีให้บริการสาธารณะ

<sup>38</sup> สุรพงษ์ กลิ่นประชา. (2539). *สัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 130.

<sup>39</sup> อิศระ นิตินันท์ประภาส. (2529). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 34-38.

สำหรับกิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณะนั้น ต้องอยู่ภายใต้หลักการของกฎหมายพิเศษของกฎหมายปกครอง และคดีพิพาทที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะเป็นอำนาจของศาลปกครองที่จะตัดสิน

ส่วนกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่บริการสาธารณะ ควรจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน และคดีพิพาทเกี่ยวกับกิจกรรมดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

ผลของแนวความคิดบริการสาธารณะอาจสรุปได้ 2 ประการ คือ

1. เกิดการแบ่งปันอำนาจระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งจะเป็นผลว่าคดีนั้นจะนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับ หรือจะต้องนำกฎหมายเอกชนมาปรับ นั่นคือ จะต้องพิจารณากันว่ากิจกรรมที่พิพาทกันนั้น เป็นบริการสาธารณะหรือไม่ ถ้ากิจกรรมที่ฝ่ายปกครองกระทำนั้น เป็นบริการสาธารณะ คดีนั้นก็คือนำหลักกฎหมายปกครองมาปรับ และอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ถ้ากิจกรรมนั้นไม่ใช่การบริการสาธารณะ ก็คือนำหลักกฎหมายเอกชนมาปรับและอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลยุติธรรมนั้น เพราะไม่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะจึงไม่มีเหตุผลที่จะต้องอยู่ภายใต้หลักการพิเศษของกฎหมายปกครอง

2. ในการดำเนินกิจกรรม ซึ่งเป็นบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองอาจจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายเอกชน โดยไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายปกครองเสมอไป เพราะในการบริการสาธารณะนั้น ฝ่ายปกครองมีสิทธิในการเลือกวิธีดำเนินการทางกฎหมาย กล่าวคือเลือกวิธีดำเนินการตามกฎหมายมหาชน หรือเลือกวิธีการดำเนินการตามกฎหมายเอกชน เช่น ในการทำสัญญากับเอกชนนั้น ฝ่ายปกครองอาจจะทำสัญญาทางปกครอง (Contrats administratif) หรืออาจจะทำสัญญาตามกฎหมายเอกชนก็ได้แล้วแต่ฝ่ายปกครองจะเห็นสมควร

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองเลือกวิธีการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะตามกฎหมายเอกชน ก็จะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายเอกชน หากเกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับบริการสาธารณะตามวิธีดังกล่าว จะต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาอย่างไรก็ตาม การที่ทฤษฎีกฎหมายปกครอง ยอมรับว่าฝ่ายปกครองอาจเลือกวิธีการดำเนินกิจกรรมตามกฎหมายเอกชน ไม่ใช่เป็นการยอมรับแนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจมหาชนที่ แบ่งแยกกิจกรรมออกเป็นกิจกรรมแห่งอำนาจมหาชน และกิจกรรมในทางจัดการ เพราะตามแนวความคิดอำนาจมหาชนนั้นถือว่า สัญญาทั้งหลายที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน จะถือว่าเป็นกิจกรรมทางจัดการและอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนทั้งหมด แต่แนวความคิดของการบริการสาธารณะถือว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน จะอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองต้องการที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายเอกชนเท่านั้น จึงเลือกวิธีการดำเนินการตามกฎหมายเอกชน

กิจกรรมของเอกชนบางอย่างซึ่งเป็นบริการสาธารณะนั้น จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง อันเป็นข้อยกเว้น ส่วนกิจกรรมของสหกิจวิชาชีพ จะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง และระบบ

กฎหมายเอกชนควบคู่กันไป ในลักษณะที่ไม่อาจถือได้ว่า การอยู่ได้ระบบใดระบบหนึ่งเป็นเพียงข้อยกเว้น<sup>40</sup>

ปัญหาของบริการสาธารณะคือ ความหมายในทางกฎหมายของบริการสาธารณะไม่แน่ชัด และมีความหมายกว้างขวางมาก เพราะฉะนั้นในการพิจารณาเขตอำนาจศาลปกครอง ในระยะหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ศาลระงับการขัดแย้งในเรื่องเขตอำนาจศาลและสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐทำหน้าที่ศาลปกครองจะใช้หลักพิจารณาอื่นๆ โดยมีได้กล่าวถึงบริการสาธารณะ หลักพิจารณาดังกล่าว ได้แก่

(1) หลักพิจารณานิติสัมพันธ์ หมายความว่า คดีนิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน ก็จะอยู่ภายในอำนาจศาลปกครอง ส่วนคดีที่พิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเอกชน จะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

(2) หลักพิจารณาความคล้ายคลึงกับกิจกรรมของเอกชน หลักการนี้ใช้ในการพิจารณาว่า บริการสาธารณะใดมีลักษณะเป็นบริการสาธารณะในลักษณะทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชยกรรม หรือไม่ และเพื่อวินิจฉัยว่าเงื่อนไขที่ปรากฏในสัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชนที่ลักษณะเกินสมควร ในกฎหมายเอกชนหรือไม่<sup>41</sup>

สรุปแล้วหมายความว่า แนวความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับบริการสาธารณะอย่างเดียว ไม่เพียงพอที่จะใช้เป็นหลักในการพิจารณาขอบเขตของการใช้บังคับกฎหมายปกครอง และในปัจจุบันก็ไม่อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายปกครอง คือกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะ แต่อย่างไรก็ตามบริการสาธารณะก็ยังเป็นกรอบทั่วไปในกฎหมายปกครอง แต่จะต้องเสริมให้สมดุลโดยนำความคิดเกี่ยวกับการจัดการสาธารณะมาประกอบ ซึ่งแนวความคิดใหม่เกี่ยวกับบริการสาธารณะอาจสรุปได้ ดังนี้

ระบบกฎหมายปกครองจะใช้บังคับแก่สิทธิหน้าที่และการดำเนินงานซึ่งมีรูปแบบของการจัดการสาธารณะ (La gestion publique) ซึ่งมีความหมายตรงข้ามกับการจัดการทางเอกชน ซึ่งจะมีผลให้การใช้กฎหมายปกครองแก่บริการสาธารณะจะสะดุดหยุดลงเมื่อปรากฏว่า สิทธิและหน้าที่และการดำเนินการอันใดที่อยู่ในกรอบของการดำเนินการบริการสาธารณะ โดยอาศัยรูปแบบ การจัดการในทางเอกชน

การที่จะพิจารณาว่า อย่างไรจึงจะถือเป็นการจัดการสาธารณะ จะต้องพิจารณาว่าสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินการนั้น ๆ คล้ายคลึงกับสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินการของเอกชนหรือไม่ ถ้าไม่คล้ายคลึงกันก็ถือว่าเป็นสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินการ โดยอาศัยรูปแบบการจัดการ

<sup>40</sup> ก่าชัย จงจักรพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 59.

<sup>41</sup> รัฐสิทธิ์ คุรุสุวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26. หน้า 89.



สาธารณะ แต่ถ้าย้ายคลึงกันก็ถือว่าเป็นสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินการซึ่งอาศัยรูปแบบของการจัดการในทางเอกชน

ในการพิจารณาความคล้ายคลึงดังกล่าว จะต้องพิจารณาว่าสิทธิหน้าที่ในการดำเนินงานภายในกรอบของบริการสาธารณะ มีลักษณะที่เป็นสมควร (le caractere exorbitant) เมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิหน้าที่ในการดำเนินงานในเรื่องเดียวกันของเอกชนหรือไม่ ถ้ามีลักษณะเป็นสมควรก็ถือว่าเป็นสิทธิหน้าที่ในการดำเนินการไม่เหมือนเอกชน แต่ถ้าไม่เกินสมควรก็ถือว่าเป็นสิทธิหน้าที่ในการดำเนินการที่คล้ายคลึงกับของเอกชน โดยลักษณะที่เกินสมควรซึ่งเป็นเครื่องชี้รูปแบบของการจัดการสาธารณะนอกจากจะหมายถึง การใช้เอกสิทธิ์เกินสมควรในกฎหมายเอกชนแล้วยังเป็นการใช้อำนาจบังคับ รวมถึงลักษณะพิเศษอื่น ๆ ที่ทำให้การจัดการสาธารณะต่างกับการจัดการในทางเอกชน เช่น ข้อผูกพัน หรือภาระต่าง ๆ ที่ไม่เหมือนกับข้อผูกพันหรือภาระตามกฎหมายเอกชน

#### 1. ความหมายของบริการสาธารณะ

ความหมายของบริการสาธารณะมีนักวิชาการหลายท่านได้อธิบายความหมายของบริการสาธารณะเอาไว้ ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้อธิบายว่า "บริการสาธารณะ คือ กิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือความควบคุมของฝ่ายปกครอง ที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน"<sup>42</sup> ศาสตราจารย์ ชานู ได้ให้คำจำกัดความของบริการสาธารณะไว้ว่า "กิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้จัดการ หรือ ดูแลกิจกรรมนั้นเพื่อสาธารณะประโยชน์" ดังนั้นจึงอาจสรุปสาระสำคัญของบริการสาธารณะได้ ดังนี้

##### (1.1) กิจกรรมนั้นต้องเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน

กิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ก็ต่อเมื่อกิจกรรมนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชนตามสมควร ซึ่งความเกี่ยวข้องนี้อาจจะเป็นโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้ กรณีที่กิจกรรมนั้น เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชนโดยตรงได้แก่ กรณีที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบกิจการด้วยตนเอง อาจกล่าวได้ว่ากิจกรรมทุกอย่างที่รัฐ องค์กรปกครองท้องถิ่นหรือองค์กรมหาชนเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเอง จะเข้าข่ายเป็นบริการสาธารณะ ถ้าหากกิจการนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ ส่วนความเกี่ยวข้องโดยอ้อมได้แก่ การที่เอกชนผู้ประกอบกิจกรรมนั้น แต่การที่จะเป็นบริการสาธารณะได้ก็ต้องพิจารณาว่านิติบุคคลมหาชนได้มอบอำนาจในการประกอบกิจกรรมนั้นให้เอกชนหรือไม่ ซึ่งการมอบอำนาจ (la delegation) อาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี คือ

ก) กรณีที่กิจกรรมนั้นกระทำโดยห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่ทุนส่วนใหญ่เป็นของนิติบุคคลมหาชน ซึ่งถือว่าเป็นกรณีที่นิติบุคคลมหาชนซ่อนรูปมาในรูปของนิติบุคคลเอกชน

<sup>42</sup> ประยูร กาญจนกุล. (2535). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 108.

ข) กรณีที่นิติบุคคลเอกชนประกอบกิจกรรมนั้นตามสัญญาที่ทำไว้กับนิติบุคคลมหาชน หรือ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า เป็นการมอบอำนาจโดยการทำสัญญาให้เอกชนประกอบกิจกรรมแทนนิติบุคคลมหาชน

ค) กรณีอื่น ๆ นอกจาก 2 กรณีข้างต้น จะต้องพิจารณาเรื่องบ่งชี้อื่น ๆ เช่น บุคคลเอกชนนั้นก่อตั้งขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนหรือไม่, กิจกรรมของบุคคลเอกชนนั้นเป็นไปเพื่อสาธารณประโยชน์หรือไม่, ผู้บริหารของบุคคลนั้นได้รับแต่งตั้งหรือได้รับความเห็นชอบจากนิติบุคคลมหาชนหรือไม่, นิติบุคคลมหาชนมีอำนาจควบคุมการบริการของเอกชนหรือไม่ และบุคคลนั้นได้รับมอบหมายให้มีเอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชนหรือไม่

(1.2) กิจกรรมนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ เงื่อนไขประการนี้เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ฝ่ายปกครองมี "เอกสิทธิ์แห่งอำนาจมหาชน" ศาสตราจารย์ ชาญ อธิบายว่า กิจกรรมที่กระทำโดยหรือภายใต้การควบคุมของนิติบุคคลมหาชน แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. กิจกรรมที่ทำโดยมุ่งที่จะตอบสนองประโยชน์ของบุคคลภายนอกขององค์กรผู้ประกอบการนั้น

2. กิจกรรมที่มุ่งสนองประโยชน์ทางการเงินการคลังขององค์กรผู้ประกอบการนั้นให้มากที่สุด

กิจกรรมประเภทแรกนั้น จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า เป็นกิจกรรมที่มีลักษณะบริการสาธารณะ เพราะมุ่งสนองต่อประโยชน์ของมหาชนเป็นหลัก แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีความมุ่งหมายต่อประโยชน์มหาชน แต่มิได้หมายความว่า กิจกรรมนั้นจะคำนึงผลกำไรหรือความคุ้มทุนในการดำเนินการไม่ได้เลย ในกรณีที่ต้องเลือกระหว่างประโยชน์ประชาชนรับผลกำไรที่องค์กรนั้นจะได้รับแล้ว กิจกรรมประเภทนี้จะต้องยึดถือประโยชน์มหาชนเป็นหลัก ส่วนกิจกรรมที่กระทำโดยหรือภายใต้การควบคุมของนิติบุคคลมหาชนประเภทที่มุ่งตอบสนองประโยชน์ทางการเงินการคลังขององค์กรผู้ประกอบการนั้นให้มากที่สุด มีข้อพิจารณาว่า ถ้าการประกอบกิจกรรมนั้นมีจุดมุ่งหมายเพียงประการเดียว หรือมีจุดมุ่งหมายหลักเพียงอย่างเดียว เพื่อที่จะหารายได้ เพื่อให้นิติบุคคลมหาชนได้ใช้ในการประกอบกิจกรรมที่มุ่งสนองต่อประโยชน์มหาชน กิจกรรมประเภทนี้ก็เป็นกิจกรรมบริการสาธารณะได้ เช่น กิจกรรมการเก็บภาษีของรัฐ แต่ถ้ากิจกรรมนั้นไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะหารายได้มาใช้ในกิจกรรมเพื่อสนองต่อประโยชน์มหาชน แต่มีความมุ่งหมายเพื่อที่จะนำผลกำไรมาสร้างความเจริญให้แก่องค์กรนั้นเอง กิจกรรมนั้นก็ไม่ใช่บริการสาธารณะ เพราะไม่มีอะไรที่แตกต่างไปจากกิจกรรมของเอกชน<sup>43</sup>

<sup>43</sup> ประยูร กาญจนกุล. อ้างอิงแล้วเชิงอรรถที่ 42. หน้า 110.

2. ลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะ จากที่กล่าวมาแล้วว่า บริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจการหรือ ควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการ ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งจากคำนิยาม ดังกล่าวอาจแยกลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะได้ 5 ประการ

(2.1) บริการสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน

บริการสาธารณะจัดให้มีขึ้นเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนซึ่งได้แก่ ความต้องการที่จะได้รับความปลอดภัย และความต้องการที่จะได้รับความสะดวกสบายในการ ดำรงชีวิต ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องแก่ประโยชน์สาธารณะโดยตรง กิจกรรมใดที่ฝ่ายปกครองเห็นว่า จำเป็นต่อประชาชนก็ต้องเข้าจัดทำเป็นบริการสาธารณะ เพราะหากปล่อยให้เอกชนทำโดยลำพังแล้ว ความต้องการของประชาชนจะไม่ได้รับการสนองตอบอย่างเต็มที่ เนื่องจากการสนองความต้องการ ส่วนรวมบางอย่างของประชาชนนั้น เอกชนมิได้จัดทำหรือจัดทำแต่ไม่เพียงพอ ฝ่ายปกครองจึงต้อง เข้าแทรกแซงจัดทำกิจกรรมนั้น ๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ในปัจจุบันการแทรกแซงของฝ่าย ปกครองได้ขยายตัวออกไปเป็นอันมากทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคม โดยฝ่ายปกครองได้ทำ กิจกรรมหลายอย่างที่เอกชนจัดทำ แต่ก็มีข้อแตกต่างกันในสาระสำคัญคือ กิจกรรมของเอกชน เอกชนจะเป็นผู้ก่อตั้ง แต่บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำรัฐจะเป็นผู้ก่อตั้งขึ้นและฝ่ายปกครอง เป็นผู้อำนวยการจัดทำและหลักกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บริการสาธารณะบางอย่าง ย่อมไม่ใช่บังคับ แก่กิจกรรมของเอกชนทั้งนี้เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

(2.2) วิธีการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ โดยบทกฎหมาย การจัดทำบริการสาธารณะจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเสมอ เพื่อให้เหมาะสม กับสถานการณ์และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ และจะต้องปรับปรุง ให้เข้ากับวิวัฒนาการของความต้องการส่วนรวมของประชาชน สิทธิและประโยชน์ที่บุคคลได้รับ จากบริการสาธารณะไม่เป็นที่ขัดขวางไม่ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง หลักการนี้ย่อมมีผลใช้บังคับ แก่บุคคลทุกคนที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นข้าราชการหรือบุคคลที่เป็นคู่สัญญา กับฝ่ายปกครอง หรือเอกชนผู้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ สำหรับข้าราชการนั้น จะต้อง ยอมรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงฐานะตามกฎหมายของตนโดยบทกฎหมาย แม้ว่าการแก้ไข เปลี่ยนแปลงจะทำให้ข้าราชการต้องเสียสิทธิหรือประโยชน์ที่เคยได้รับก็ตาม ทั้งนี้เพราะฐานะ ของข้าราชการย่อมเป็นไปตามกฎหมายของตน โดยบทกฎหมาย ดังนั้นบทกฎหมายจึงอาจเปลี่ยนสิทธิ และหน้าที่ของข้าราชการได้ทุกเมื่อโดยที่ข้าราชการไม่อาจอ้างสิทธิที่เคยได้รับอยู่ก่อนมาเป็นข้อโต้แย้ง

การเปลี่ยนแปลง ส่วนเอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะก็เช่นเดียวกัน จะอ้างสิทธิประโยชน์ที่เคยได้รับอยู่ มาเป็นข้อขัดขวางเปลี่ยนแปลง หรือยุบเลิกบริการสาธารณะโดยกฎหมายไม่ได้

สำหรับเอกชนผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง เช่น ผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ หลักที่ว่าบริการสาธารณะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอเพื่อประโยชน์สาธารณะย่อมให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาในสัมปทานส่วนที่กำหนดขึ้นตามกฎหมายมหาชนได้เสมอ เมื่อมีความจำเป็นต้องรักษาประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากสัมปทานบริการสาธารณะเป็นสัญญาทางปกครองที่มีข้อกำหนดอันเป็นบทบังคับตามกฎหมายมหาชนอยู่ด้วย

(2.3) บริการสาธารณะจะต้องจัดดำเนินการอยู่เป็นนิจและสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก บริการสาธารณะเป็นกิจการที่จำเป็นอย่างยิ่งแก่ประชาชน ถ้าบริการสาธารณะหยุดชะงักไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ประชาชนย่อมได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ทั้งนี้ เนื่องจากความต้องการของประชาชนมีอยู่ตลอดเวลา และฝ่ายปกครองก็ได้รับอำนาจจากกฎหมายที่จะจัดการให้บริการสาธารณะดำเนินไปได้ตามปกติ จึงเกิดหลักสำคัญที่จะต้องจัดทำบริการสาธารณะโดยสม่ำเสมอ หากมีผู้ใดมาทำให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงัก ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจปราบปรามได้ สำหรับบุคคลที่เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครอง หลักที่ว่าบริการสาธารณะจะต้องจัดดำเนินการอยู่เป็นนิจโดยสม่ำเสมอ ย่อมมีผลบังคับอย่างเคร่งครัดในกรณีที่เกี่ยวข้องกับผู้รับสัมปทานบริการสาธารณะ ถ้ากิจการที่ให้สัมปทาน ต้องหยุดชะงักลงเพราะการกระทำความผิดของผู้รับสัมปทาน ผู้รับสัมปทานจะต้องถูกบังคับลงโทษ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัมปทาน ส่วนเอกชนผู้ได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะก็ย่อมมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจัดการแก้ไขบริการสาธารณะให้ดำเนินไปตามปกติ หากบริการสาธารณะเกิดขัดข้องหรือหยุดชะงักลงไม่ว่าเพราะเหตุใด

#### (2.4) เอกชนย่อมมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน

บริการสาธารณะมิได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่จัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยเสมอหน้ากัน ถ้าเป็นกิจการที่จัดทำเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดโดยเฉพาะ กิจการนั้นจะไม่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะ กิจการที่เป็นบริการ เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองย่อมมีสิทธิที่จะได้รับผลการปฏิบัติหรือประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน และไม่เฉพาะแต่ความเสมอภาคในการที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความเสมอภาคในภาระหน้าที่อันพึงมีต่อบริการสาธารณะด้วย

ความเสมอภาคที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นยังรวมถึงสิทธิเสมอภาคในการที่บุคคลจะสมัครเข้ารับหน้าที่การงานในหน่วยงานของรัฐอีกด้วย ถ้าบุคคลนั้นมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนบุคคลผู้เป็นคู่สัญญากับฝ่ายปกครองย่อมมีความเสมอภาคในการที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะ กล่าวคือ มีความเสมอภาคในการที่จะมีโอกาสเข้าทำสัญญา

กับฝ่ายปกครองอย่างเดียวกับบุคคลอื่น ดังนั้น ในการที่ฝ่ายปกครองจะคัดเลือกหาผู้สัญญาในการจัดทำบริการสาธารณะจึงได้มีระเบียบของทางราชการวางไว้ให้มีการเรียกประกวดราคาในการจัดหาพัสดุ หรือในการก่อสร้างอาคารต่าง ๆ ของทางราชการ ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปที่มีความสมัครใจได้เข้าแข่งขันกับผู้อื่นเพื่อทำสัญญากับฝ่ายปกครอง

(2.5) บริการสาธารณะจะต้องเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครอง บริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นประเภทใด จะต้องอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ในฐานะที่เป็นผู้ดำเนินการจัดทำเอง หรือในฐานะที่เป็นผู้ควบคุมดูแลให้ผู้อื่นจัดทำเสมอ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองอาจเข้าทำกิจการนั้นเอง โดยเข้าไปบังคับบัญชาหรือสั่งการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ และกำกับดูแลรับผิดชอบในกิจการที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ โดยใช้อำนาจบังคับบัญชา หรือฝ่ายปกครองอาจไม่เข้าดำเนินการนั้นเอง แต่จะกำกับดูแลให้ผู้อื่นมีอำนาจหน้าที่ทำได้อย่างอิสระ โดยมีได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ แต่จะคอยดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างครบถ้วนถูกต้องเท่านั้น บริการสาธารณะส่วนใหญ่ฝ่ายปกครองจะเข้าดำเนินการจัดทำเอง เช่น การรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ การคลัง เป็นต้น แต่ก็มีกิจการบางอย่างที่ฝ่ายปกครองมอบหมาย ให้องค์กรของรัฐบาล หรือมอบหมายให้เอกชนรับไปดำเนินการแทนได้ เช่น การให้สัมปทาน กิจการสาธารณูปโภคให้เอกชนรับไปจัดทำ ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองมิได้เข้าไปดำเนินการจัดทำเองเพียงแต่เป็นผู้ควบคุมดูแลเท่านั้น ดังนั้น กิจการที่เป็นบริการสาธารณะได้จะต้องอยู่ในความอำนาจ หรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งเสมอ ถ้าไม่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองเลย จะไม่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ เพราะเป็นกิจการที่ไม่เกี่ยวกับฝ่ายปกครอง<sup>44</sup>

### 3. วิวัฒนาการของบริการสาธารณะ

การบริการสาธารณะ คือ การการตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมอันจะได้รับการจากภาครัฐในเรื่องที่เอกชนหรือรัฐวิสาหกิจไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะเป็น การให้มีบริการสาธารณะในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่างๆ

#### (3.1) บริการสาธารณะในต่างประเทศ

บริการสาธารณะ มีวิวัฒนาการมาตั้งแต่มหานชนได้รวมกันอยู่เป็นประเทศ และมี การวิวัฒนาการมาเป็นลำดับ ลักษณะของบริการสาธารณะย่อมแตกต่างกันไปตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศ บริการสาธารณะที่จัดทำโดยฝ่ายปกครองมาเป็นเวลานานแล้ว ทั้งในประเทศทางภาคพื้นยุโรป สหรัฐอเมริกา และเอเชีย เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี

<sup>44</sup> ประชุม กาญจนกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 43. หน้า 112.

ในภาคพื้นยุโรปได้มีแนวความคิดในการปกครองนับแต่สมัยโรมันว่า พระมหากษัตริย์เป็นผู้ได้รับอำนาจจากประชาชน และเป็นผู้แทนของประชาชนในการบริหารงานของรัฐ เพื่อประโยชน์ของรัฐ เช่น ในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน ได้จัดแบ่งการปกครองออกเป็นหน่วยราชการ 5 หน่วย คือ การทหาร การคลัง การยุติธรรม ตำรวจ และการต่างประเทศ

จากหน่วยงานทั้ง 5 หน่วยนี้ มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะ คือ ตำรวจ และทหาร เพราะเป็นการจัดทำบริการสาธารณะในด้านการให้ความปลอดภัยแก่ประชาชน และในการรักษาความสงบเรียบร้อย

หลังจากสมัยโรมันมาจนถึงสมัยฟิวคัล แนวคิดของการปกครองในสมัยโรมันเปลี่ยนแปลงไป กลายเป็นความความคิดที่เรียกว่า "Mans Chaff" คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนต้องจัดทำทุกสิ่งทุกอย่างเพื่อกษัตริย์ ทำให้การบริการต่าง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจัดทำ ต้องจัดทำเพื่อสนองความต้องการของพระมหากษัตริย์<sup>45</sup>

แนวความคิดที่ได้มาจนถึงคริสต์วรรษที่ 16 ได้มีแนวความคิดใหม่ว่าพระมหากษัตริย์เป็นผู้ถูกเลือกโดยประชาชน ซึ่งแนวความคิดนี้มีผลกระทบต่อบริการสาธารณะ เพราะว่าพระมหากษัตริย์ต้องมีความรับผิดชอบต่อประชาชน ทำให้พระมหากษัตริย์ตระหนักว่าจะต้องทำประโยชน์ให้แก่ท้องถิ่น และแก่ประชาชนจึงได้เข้าช่วยเหลือประชาชนในด้านเศรษฐกิจ ทำให้การจัดทำบริการสาธารณะมีมากขึ้น แต่วิวัฒนาการของบริการสาธารณะที่ยิ่งใหญ่ที่สุด คือ เหตุการณ์ในช่วงภายหลังการปฏิวัติ ฝรั่งเศส คือ ได้มีการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับการปกครอง โดยเฉพาะในสมัยนโปเลียน นโปเลียนได้ยกนโยบายการปกครองในสมัยโรมันนำมาใช้ปรับปรุงระบบกฎหมาย รวมทั้งปรับปรุง บริการสาธารณะในลักษณะที่ว่ารัฐต้องจัดให้กับประชาชน โดยถือว่าข้าราชการเป็นผู้รับใช้ประชาชน และประชาชนทั้งหมดจะมีผลประโยชน์อันหนึ่งและเป็นประโยชน์ร่วมกัน ผลประโยชน์ร่วมกันนี้ถือ เป็น "สิ่งของสาธารณะ" (la chose publique) โดยในปี 1790 ได้มีการปรับปรุงบริการ สาธารณะมากขึ้น บริการที่ฝ่ายปกครอง ได้แก่ การขนส่ง การศึกษา และการสาธารณสุข

การเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะที่สำคัญที่สุด ก็คือ ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก และเกิดการขาดแคลนสิ่งอุปโภคบริโภคอย่างมาก ทำให้รัฐเห็นความจำเป็นของการจัดทำบริการสาธารณะให้กับประชาชน และการเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจ ซึ่งอยู่ภายใต้การดำเนินการของเอกชน ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงเข้าไปจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน

<sup>45</sup> มาลี ทองภูสวรรค์. (2526). *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 8-15* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: หนึ่งเจ็ดการพิมพ์. หน้า 727.

มากขึ้นตามความต้องการของประชาชนและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เช่น การให้บริการที่อยู่อาศัย การบริการสาธารณสุข

### (3.2) ประวัติของการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทย

ประวัติของการจัดทำบริการสาธารณะในประเทศไทยในสมัยกรุงศรีอยุธยาในสมัยของสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถ ซึ่งได้จัดทำการปกครองกิจการบ้านเมืองเป็น 4 หน่วย คือ เวียง วัง คลัง นา เรียกว่า "จตุสดมภ์ทั้ง 4" ซึ่งแต่ละหน่วยงานมีหน้าที่แตกต่างกันออกไปคือ

เวียง มีหน้าที่บังคับบัญชาไพร่ พลเมือง และรักษาสันติสุขของราษฎร

วัง มีหน้าที่รักษาพระราชมนเทียร และจัดทำพิธีต่าง ๆ รวมทั้งช่วยเหลือพระเจ้าแผ่นดินในวงการยุติธรรม

คลัง มีหน้าที่ในการจับจ่าย และเก็บรักษาพระราชทรัพย์และผลประโยชน์ของแผ่นดิน การเก็บภาษีอากร

นา มีหน้าที่ตรวจทำนา

หน่วยงานที่จัดว่าเป็นบริการสาธารณะ คือ เวียง เพราะมีหน้าที่ในการสนองความต้องการพื้นฐานของประชาชน คือ การรักษาสันติสุขของราษฎร และป้องกันประเทศ นอกจากจตุสดมภ์ ทั้ง 4 ก็มี สมุห์กลาโหม กรมลูกขุน และกรมพระสุรัสวดี ระเบียบการปกครองนี้ได้ใช้มาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ ตอนต้น แต่เนื่องจากกรมต่าง ๆ เหล่านี้ทำงานก้าวก้ำกั้นไม่เป็นระเบียบ ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 5 จึงได้มีการจัดระเบียบการปกครองขึ้นใหม่ โดยแบ่งกรมออกเป็น 12 กรม ซึ่งมีกรมที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะอยู่หลายกรม เช่น

กรมเมือง ว่าการเกี่ยวกับตำรวจ

กรมธรรมการ เป็นผู้บังคับบัญชาการ โรงเรียน และ โรงพยาบาล

กรมโยธาธิการ ทำหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจการก่อสร้าง ถนน ซुकคลอง การช่าง การไปรษณีย์โทรเลข หลังจากสมัย ร.5 ก็ได้มีการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม เกี่ยวกับบริการสาธารณะให้มีความยิ่งขึ้น เช่น กระทรวงคมนาคม กระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงกลาโหม กระทรวงสาธารณสุข และกระทรวงเหล่านี้ได้แบ่งเป็นกรมต่าง ๆ มีหน้าที่บริการสาธารณะ และได้ขยายออกไปถึงท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาล สุขาภิบาล

นอกจากฝ่ายปกครองจะดำเนินกิจการบริการสาธารณะเป็นรูปของราชการแล้ว ยังมีการตั้งหน่วยงานประเภทรัฐวิสาหกิจ แยกออกจากราชการ เพื่อดำเนินกิจการที่เกี่ยวข้องกับ เศรษฐกิจ สังคม และบริการสาธารณูปโภคและอุปโภคต่าง ๆ อันเนื่องมาจากความไม่คล่องตัวของการดำเนินกิจการ

ในรูปแบบของระบบราชการ นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานที่ฝ่ายปกครองให้เอกชน ดำเนินการในรูปแบบของการให้สัมปทานบริการสาธารณะอีกด้วย

### (3.3) ประเภทของบริการสาธารณะ

ฝรั่งเศสมีแนวความคิดว่า บริการสาธารณะต่าง ๆ นั้นแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ใหญ่ ๆ คือ

1. บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง (Services publics administratifs)
2. บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม (Services publics industriels et commerciaux)

ความเป็นมาของบริการสาธารณะทั้ง 2 ประเภทนี้สืบเนื่องมาจากภารกิจของรัฐ เพราะภารกิจของรัฐที่รัฐมีต่อประชาชนของรัฐนั้นก็คือ รัฐมีหน้าที่ ๆ จะต้องสนองความต้องการของประชาชน ซึ่งความต้องการพื้นฐานของประชาชนมีความต้องการที่แบ่งได้ 2 ประการ คือ

- 1) ความต้องการได้รับความปลอดภัยในชีวิต
- 2) ความต้องการได้รับความสะดวกสบายในชีวิต<sup>46</sup>

ความต้องการพื้นฐานของประชาชนทั้ง 2 ประการ จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องสนองต่อความต้องการของประชาชน การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการสนองความต้องการให้กับประชาชนนี้ ฝ่ายปกครองเป็นเสมือนคนกลางระหว่างรัฐกับประชาชน โดยมีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เป็นผู้ติดต่อกับประชาชนโดยตรง ดังนั้น กิจการในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ดำเนินกิจการบริการสาธารณะนี้ จะถูกจำกัดทั้งทางด้านรัฐบาลและประชาชนโดยฝ่ายปกครองจะล่วงล้ำเข้าไปดำเนินการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐในฐานะรัฐบาลไม่ได้ และจะเข้าไปจัดทำกิจการอันเป็นการแข่งขันกับเอกชนอันเป็นการเกินขอบเขตที่กำหนดไม่ได้ ซึ่งอาจแยกกิจการที่ฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อสนองความต้องการของประชาชนได้ 2 ประเภท

1. กิจการที่จัดทำเพื่อคุ้มครองประชาชน หรือบริการสาธารณะที่สนองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ได้แก่ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศ การป้องกันประเทศ และการสงวนรักษาสาธารณสมบัติของแผ่นดิน กิจการนี้ฝ่ายปกครองคือเป็นหน้าที่ ๆ ต้องเข้าจัดทำเองเพื่อความมั่นคงความปลอดภัยของประเทศ กิจการประเภทนี้ไม่อาจมอบให้เอกชนจัดทำได้ เพราะหากปล่อยให้เอกชนจัดทำแล้ว อาจทำได้ไม่ดีหรือไม่เพียงพอต่อความต้องการของประชาชน

2. กิจการที่จัดทำเพื่อบำรุงส่งเสริม หรือบริการสาธารณะที่สนองความสะดวกสบายในชีวิต กิจการประเภทนี้ได้แก่ กิจการอันเป็นสาธารณูปโภค และสาธารณูปการต่าง ๆ เช่น การไฟฟ้า การประปา การคมนาคม การสาธารณสุข กิจการเหล่านี้ถ้าหากฝ่ายปกครองเห็นว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง

<sup>46</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, พนม เอี่ยมประยูร, สมคิด เลิศไพฑูรย์, วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ชีระ สุธีวรางกูร. (2545). *รวมกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: ประกายพริก. หน้า 13-15.



ของประเทศ เกี่ยวกับเศรษฐกิจของประเทศ หรือเป็นกิจการที่ช่วยเหลือในการครองชีพของประชาชน หรือเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน รัฐต้องเป็นผู้จัดทำเองจะมอบหมายให้เอกชนจัดทำไม่ได้ อย่างไรก็ตาม แนวคิดเกี่ยวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจของรัฐซึ่งถือว่าเป็นการแทรกแซงของรัฐ ในกิจการอันเป็นกิจกรรมของเอกชน ซึ่งถือเป็นการตัดเสรีภาพของเอกชนในการประกอบกิจการ เพราะเป็นการตัดตอนผลประโยชน์ของเอกชนที่จะได้รับจากการประกอบกิจการนั้น ซึ่งมีแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ 2 แนวความคิด ดังนี้

ก) แนวคิดที่เห็นว่ารัฐไม่ควรจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ

ข) แนวความคิดที่เห็นว่ารัฐควรจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ

ก) แนวคิดที่เห็นว่ารัฐไม่ควรจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ

แนวความคิดนี้คือลัทธิเสรีนิยม ซึ่งแนวความคิดนี้เห็นว่า รัฐควรดำเนินการเฉพาะกิจการที่เอกชนไม่สามารถจัดทำได้ หรือจัดทำได้แต่ไม่เพียงพอแก่ความต้องการของประชาชน เช่น การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อย การไปรษณีย์โทรเลข โทรศัพท์ เป็นต้น นอกจากนี้กิจการเหล่านี้รัฐควรมอบให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ เพราะว่าหากรัฐจัดทำเองอาจมีข้อขัดแย้ง

1. หากรัฐจัดทำเอง จะทำให้กิจการไม่อาจสนองความต้องการได้อย่างรวดเร็ว และ คล่องแคล่ว เพราะการปฏิบัติงานของรัฐมีขั้นตอนมาก มีการควบคุมหลายขั้นตอน โดยเฉพาะเรื่องงบประมาณต่าง ๆ ที่มีกฎข้อบังคับหรือระเบียบตายตัวไม่ปรับปรุงให้คล่องตัว ทำให้กิจการไม่อาจดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2. การที่รัฐเข้าจัดทำกิจการเอง ทำให้ระบบเศรษฐกิจไม่เป็นไปตามธรรมชาติ เนื่องจากการแทรกแซงของรัฐ รัฐมีกำลังในการประกอบกิจการไม่เท่ากับเอกชนกำลังดำเนินการของรัฐย่อมมากกว่าเอกชน เป็นผลให้เศรษฐกิจอาจเกิดความระส่ำระสายได้

ข) แนวความคิดที่เห็นว่ารัฐควรจัดทำบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ

แนวความคิดนี้ไม่สอดคล้องกับแนวความคิดแรก โดยแนวความคิดนี้ได้มาจากแนวความคิดคอมมิวนิสต์และสังคมนิยม ซึ่งเห็นว่ารัฐควรเข้าแทรกแซงกิจการของเอกชน โดยมีเหตุผลดังนี้

1. ลัทธิคอมมิวนิสต์ เห็นว่าควรเข้าครอบงำทรัพย์สินของเอกชน และจำกัดเสรีภาพในการทำนิติกรรมของเอกชน ในลัทธิสังคมนิยมก็เห็นด้วย แต่ผ่อนคลายกว่า คือ เห็นว่าบางกรณีรัฐควรให้เอกชนจัดทำ แต่รัฐควบคุม เช่น การที่ต้องได้รับอนุญาตจากฝ่ายปกครอง

2. ลัทธิคอมมิวนิสต์ เห็นว่ารัฐต้องขยายกิจการของรัฐให้มากขึ้นเพราะเห็นว่ารัฐจัดทำมีคุณภาพสูงกว่าเอกชน และรัฐเท่านั้นที่สามารถอำนวยความสะดวกพิเศษให้แก่ประชาชนได้อย่างแท้จริง ส่วนในลัทธิสังคมนิยมยอมให้รัฐจัดทำกิจการของเอกชนเฉพาะบางอย่าง ส่วนข้อโต้แย้งที่ว่ารัฐมีสภาพไม่เหมาะสมที่จะทำกิจการบางอย่างของเอกชน ก็สามารถแก้ไขได้โดยการแก้ไข

หรือคัดแปลงระเบียบต่าง ๆ และแบ่งแยกภาระหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับการที่รัฐจะทำกิจการของเอกชนรัฐก็สามารถทำได้<sup>47</sup>

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองและบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม คือ บริการสาธารณะใดจะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้ต่อเมื่อบริการสาธารณะนั้นคล้ายคลึงกับวิสาหกิจเอกชนในปัจจุบันต่อไป

ก) วัตถุประสงค์แห่งบริการนั้น

ข) แหล่งที่มาของเงินทุน

ค) วิธีปฏิบัติงาน

หากบริการสาธารณะนั้นแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าในด้านหนึ่งด้านใดเพียงด้านเดียว ให้ถือว่าบริการสาธารณะนั้นเป็น "บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง" จากหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเบื้องต้นนั้น หากบริการสาธารณะใดดำเนินการโดย นิติบุคคลมหาชน (พิจารณาจากองค์กร) ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง จนกว่าจะปรากฏว่าบริการสาธารณะนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจของเอกชนทั้ง 3 ด้าน คือ

ก) วัตถุประสงค์แห่งบริการนั้น

พิจารณาว่าการดำเนินการบางอย่างเอกชนทำได้ การดำเนินการบางอย่างเอกชนทำไม่ได้ นอกจากนั้นยังใช้ข้อพิจารณาอื่น ๆ มาประกอบด้วย เช่น พิจารณาจากลักษณะของอสังหาริมทรัพย์ที่ใช้ในการดำเนินการว่า ลักษณะเป็นสิ่งที่ใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือไม่ และพิจารณาว่าการดำเนินการนั้นเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือไม่ หากเป็นการดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ก็เป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

ข) แหล่งที่มาของเงินทุนของบริการนั้น กรณีแหล่งที่มาของเงินทุนส่วนใหญ่นำมาจากค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการเพื่อเป็นค่าตอบแทนกิจการที่ได้รับ บริการนั้นจะอยู่ในข่ายที่จะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทาง อุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม แต่ถ้าแหล่งที่มาของเงินทุนได้มาจากเงินอุดหนุนของทางราชการหรือจากภาษีบริการนั้น ย่อมเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

<sup>47</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, พนม เอี่ยมประยูร, สมคิด เลิศไพฑูรย์, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ชีระ สุธีวรารังกูร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 46. หน้า 22-27.

ค) วิธีการปฏิบัติงานขององค์กรผู้ดำเนินการนั้น บางกรณีเมื่อพิจารณาวิธีปฏิบัติงานของบริการนั้นแล้ว บริการสาธารณะที่ไม่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมจะเรียกเก็บอัตราค่าธรรมเนียมที่องค์กรเรียกเก็บจากผู้ให้บริการ จะเป็นราคาต้นทุนโดยไม่มีกำไร และการบริหารการคลังขององค์กรนั้นจะอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางการคลังของทางราชการ บริการสาธารณะที่มีลักษณะการปฏิบัติงานเช่นนี้จะเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง แต่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนด “อำนาจผูกขาด” ในการดำเนินการบริการนั้น ให้แก่หน่วยงานใดแต่เพียงผู้เดียว บริการนั้นย่อมเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม<sup>48</sup>

#### (4) ผลทางกฎหมายของการแบ่งบริการสาธารณะ

การที่ฝรั่งเศสมีแนวความคิดที่ว่า บริการสาธารณะต่าง ๆ นั้น แบ่งได้เป็น 2 ประเภท ใหญ่ ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองและบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้น มีผลทางกฎหมายหลายประการ

##### ก) นิติสัมพันธ์

นิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงาน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองกับผู้ให้บริการ บุคลากรและบุคคลภายนอกนั้น โดยหลักจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองและคดีเกี่ยวกับบริการสาธารณะประเภทนี้ จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง

ส่วนนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงาน "บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม" กับผู้ให้บริการบุคลากร และบุคคลภายนอกจะอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนและคดีเกี่ยวกับบริการสาธารณะประเภทนี้ ก็อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม

##### ข) กรณีผู้ให้บริการของบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

สภาพการณ์ของผู้ให้บริการประเภทนี้ถูกกำหนดโดยข้อบังคับทั้งหมดซึ่งกำหนดวิธีการจัด องค์กร การปฏิบัติงานตลอดจนอัตราค่าธรรมเนียมของบริการสาธารณะนั้น โดยผู้ให้บริการจึงมี ลักษณะเป็น "นิติกรรมทางเงินใจ" 19 มิใช่เป็นสัญญา ด้วยเหตุนี้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการปฏิบัติงานของ บริการสาธารณะนั้น ในภายหลังจึงมีผลใช้บังคับกับผู้ให้บริการเดิมกับผู้ให้บริการในอนาคต ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองสำหรับความเสียหายที่ผู้ให้บริการได้รับเนื่องจากการปฏิบัติงานที่บกพร่องของบริการสาธารณะนั้น จึงเป็นความรับผิดชอบละเมิด มิใช่ความรับผิดชอบตามสัญญา ส่วนสภาพการณ์ของผู้ให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม จะมีสภาพการณ์ตามสัญญาและเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน

<sup>48</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ศาลปกครอง. (2546). *คดีปกครองเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 24-25.

จึงมีผลให้ความรับผิดชอบของหน่วยงาน บริการสาธารณะประเภทนี้มีต่อผู้ใช้บริการ จึงเป็นความรับผิดชอบตามสัญญา<sup>49</sup>

(5) วิธีจัดทำบริการสาธารณะ แยกการจัดทำบริการสาธารณะได้ดังนี้

(5.1) บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำเอง การจัดทำบริการสาธารณะในระยะเริ่มแรกนั้น ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้จัดทำบริการ สาธารณะให้กับประชาชน แต่ต่อมาสภาพสังคม เศรษฐกิจมีการเปลี่ยนแปลงไปทำให้ฝ่ายปกครอง ไม่อาจจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างได้อย่างรวดเร็ว และคล่องตัวเพื่อให้ทันกับความต้องการ ของประชาชนได้ เนื่องจากการจัดทำบริการ สาธารณะในระบบราชการนั้น มีระเบียบวิธีการและ ขั้นตอนในการปฏิบัติงานมาก ฝ่ายปกครอง จึงจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงรูปแบบ ใช้การจัดทำบริการสาธารณะเสียใหม่เพื่อให้คล่องตัวและมีความรวดเร็ว จึงได้มีการจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบ ของรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าวิธีการจัดทำ บริการสาธารณะโดยฝ่ายปกครอง มี 2 แบบ คือ

1. การจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบของราชการ
2. การจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบรัฐวิสาหกิจ

1. การจัดทำบริการสาธารณะในรูปแบบของราชการ

บริการสาธารณะที่จัดทำเป็นราชการ มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากกิจการที่ดำเนินการ โดยเอกชน นับตั้งแต่การก่อตั้ง การจัดระเบียบ การดำเนินการ คือ จะต้องเป็นไปตามกฎหมายและการดำเนินการบริการสาธารณะโดยส่วนราชการนี้ ไม่อาจนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับได้เสมอไป ซึ่งการจัดทำบริการสาธารณะโดยส่วนราชการแบ่งได้เป็น 3 ส่วน คือ

บริการสาธารณะส่วนกลาง หมายถึง บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั้งประเทศ เช่น การรักษาความสงบภายใน การป้องกันประเทศ การบริการ สาธารณะ ในด้านของการให้ความสะดวกสบาย องค์การที่จัดทำบริการสาธารณะในส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากรม

บริการสาธารณะในส่วนภูมิภาค หมายถึง บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำตามเขต การปกครองต่าง ๆ ของประเทศ โดยเจ้าหน้าที่ส่วนกลาง ซึ่งสังกัด กระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ ไปประจำยังจังหวัดและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง

องค์การที่จัดทำบริการสาธารณะในส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด อำเภอ กิ่งอำเภอ ตำบล และหมู่บ้าน

<sup>49</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. (2556). *ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 209.

บริการสาธารณะส่วนท้องถิ่น หมายถึง บริการสาธารณะบางอย่างที่รัฐมอบหมายให้องค์การแห่งราชการบริหารส่วนท้องถิ่นจัดการเองเพื่อสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวมของท้องถิ่นนั้น

องค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่นนี้ จะมีความเป็นอิสระและอยู่ภายใต้การควบคุมกำกับดูแล (tutelle) ของราชการบริหารส่วนกลาง

องค์การที่จัดทำบริการส่วนท้องถิ่นคือ เทศบาล สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด กรุงเทพฯ เมืองพัทยา

บริการสาธารณะทั้ง 3 ส่วน จะต้องมีการดำเนินการที่ประสานกัน และต้องดำเนินการโดยไม่ขัดแย้งกัน

ลักษณะสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะแบบราชการ

1. เจ้าหน้าที่ของราชการมีฐานะเป็นข้าราชการหรือพนักงานของรัฐเกี่ยวข้องกับองค์การฝ่ายปกครอง ตามกฎหมายและระเบียบข้อบังคับ ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายมีวางหลักบังคับไว้แล้ว สำหรับตำแหน่งหน้าที่ราชการไม่ใช่ความเกี่ยวพันตามสัญญา

2. ทรัพย์สินที่ใช้ในราชการมีลักษณะเป็นทรัพย์สินของรัฐ ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายธรรมดาเหมือนทรัพย์สินของเอกชน

3. การกระทำและวิธีดำเนินการ จะมีลักษณะแตกต่างจากวิธีการดำเนินงานของเอกชน และอาจมีผลบังคับฝ่ายเดียวได้โดยไม่ต้องแสดงเจตนาาร่วมกัน

4. เนื่องจากราชการเป็นวิธีการจัดทำบริการสาธารณะที่จำเป็น ซึ่งจัดทำเพื่อประโยชน์ของประชาชน ดังนั้น จึงเป็นกิจการที่จัดทำให้โดยไม่คิดมูลค่า เว้นแต่ประชาชนจะได้รับประโยชน์โดยตรง ก็จะมีการคิดค่าธรรมเนียมหรือเรียกว่าการเก็บค่าบริการ

2. การจัดทำบริการสาธารณะในรูปรัฐวิสาหกิจ

เนื่องจากฝ่ายปกครองมีความจำเป็นต้องเข้าจัดทำกิจการในทางเศรษฐกิจ (บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม) หากให้ส่วนราชการดำเนินการก็อาจไม่สามารถปฏิบัติงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐจึงต้องพัฒนาหน่วยงานทางเทคนิคของรัฐขึ้น เพื่อรับผิดชอบให้บริการด้านอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม โดยแยกต่างหากจากส่วนราชการเรียกว่า "รัฐวิสาหกิจ"

เหตุผลที่ส่วนราชการไม่อาจดำเนินการบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

1) เหตุผลอันเนื่องมาจากลักษณะของงานบริการสาธารณะด้านอุตสาหกรรม และพาณิชยกรรม ซึ่งมีลักษณะของกิจกรรมเหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ "บริการ" ซึ่งแตกต่างจากงานราชการ

ในประเด็นที่ว่า งานบริการสาธารณะอันเป็นอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมรัฐมิได้ใช้ อำนาจในการดำเนินการโดยใช้อำนาจบังคับเช่นเดียวกับงานราชการ นอกจากนี้ลักษณะของกิจกรรมเหล่านี้จะมีลักษณะเช่นเดียวกับกิจกรรมของเอกชน ซึ่งมีลักษณะของความต้องการความคล่องตัวในการดำเนินการและการเงินมากที่สุด

ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการมีประสิทธิภาพ รัฐจึงจำเป็นต้องลอกเลียนการจ้องค์การ และวิธีการดำเนินกิจการแบบเอกชนมาใช้

## 2) เหตุผลเกี่ยวกับข้อจำกัดของส่วนราชการ และองค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น

ความล่าช้าไม่คล่องตัว เนื่องจากมีขั้นตอนในการปฏิบัติงานที่ซับซ้อนมีการควบคุมที่เข้มงวด การทำงานของข้าราชการจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ระเบียบวินัยกฎเกณฑ์ขั้นตอนในการทำงาน และอำนาจบังคับบัญชาตามลำดับ เป็นผลให้ข้าราชการขาดความคิดริเริ่ม เคยชินกับความล่าช้าของขั้นตอนในการทำงาน ขาดความกล้าหาญในการตัดสินใจ รัฐวิสาหกิจจะต้องประกอบด้วยลักษณะ 3 ประการ คือ

1. ต้องมีฐานะเป็นนิติบุคคล เพราะรัฐวิสาหกิจเป็นการกระจายอำนาจทางบริการของรัฐ ซึ่งต้องการความเป็นอิสระและมีคล่องตัวในการดำเนินการ จะต้องมีความเป็นอิสระจากส่วนราชการ นั่นก็คือ จะต้องได้ความเป็นนิติบุคคลแก่รัฐวิสาหกิจ

หากรัฐวิสาหกิจไม่เป็นนิติบุคคล ก็จะเกิดผลเสีย คือ จะเกิดการพึ่งพาต่อส่วนราชการที่รับผิดชอบรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ และนอกจากนี้ กระบวนการในการกำกับดูแลจะไม่มี ความแตกต่างในทางเนื้อหา และวิธีการควบคุมที่แตกต่างไปจากส่วนราชการ เพราะการกำกับดูแลจะเป็นเรื่ององค์กรกำกับขององค์กรที่เป็นนิติบุคคล หากไม่เป็นนิติบุคคลก็ไม่อาจเป็นการกำกับดูแลได้

2. จะต้องประกอบกิจกรรมในทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรม โดยมีการผลิตสินค้าหรือบริการเพื่อจำหน่ายแลกกับราคา ซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของ "วิสาหกิจ"

3. ต้องอยู่ภายใต้อำนาจครอบงำชี้ขาดของรัฐ คือ รัฐมีอำนาจครอบงำชี้ขาด คือเป็นอำนาจที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นเป็นสถาบันในทางกฎหมายในรัฐวิสาหกิจเป็นอำนาจที่มีลักษณะทางองค์กร คือ ผู้ใช้อำนาจได้ใช้ในฐานะผู้ใช้เป็นสถาบันหนึ่งภายในองค์กรนั่นเอง เป็นอำนาจครอบงำการอำนวยความสะดวกของรัฐวิสาหกิจ<sup>50</sup>

การบริหารงานของรัฐวิสาหกิจโดยสรุป มีลักษณะดังนี้

1) คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจมีอำนาจหน้าที่ในการวางนโยบายและควบคุมดูแลทั่วไป ซึ่งกิจการของรัฐวิสาหกิจในการดำเนินการไปตามขอบอำนาจหน้าที่และวัตถุประสงค์ในการ

<sup>50</sup> คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ศาลปกครอง. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 48. หน้า 39-40.

จัดตั้งรัฐวิสาหกิจ และหน้าที่ดังกล่าวรวมถึงหน้าที่ในการวางข้อบังคับและระเบียบต่าง ๆ ตลอดจนมีอำนาจในการแต่งตั้ง หรือคัดเลือกผู้บริหารของรัฐวิสาหกิจเพื่อเสนอต่อผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ

2) ผู้ว่าการ ผู้อำนวยการ กรรมการผู้จัดการ หรือตำแหน่งที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่น เป็นผู้บริหารระดับสูงสุดของรัฐวิสาหกิจ มีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติงานต่าง ๆ ตามที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริการงานของรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งกำหนดไว้ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการ

รัฐวิสาหกิจประเภทสาธารณูปโภค มีความจำเป็นแก่รัฐบาล และวัตถุประสงค์ที่รัฐดำเนินการวิสาหกิจเหล่านี้ มิได้อยู่ที่การแสวงหากำไร เพราะเป็นกิจการที่ต้องดำเนินการเพื่อสนองต่อความต้องการส่วนรวม ดังนั้นในบางกรณีรัฐก็ต้องยอมขาดทุนเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน

#### (5.2) บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนจัดทำ

โดยหลักแล้วการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเอง แต่เนื่องจากฝ่ายปกครองมีงานมาก ทั้งงานด้านบริการและงานของฝ่ายปกครองในฐานะนอกเหนือจากงานบริการสาธารณะ นอกจากนั้น งานบริการสาธารณะยังเป็นการที่ต้องการเงินทุนสูง ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจสนองความต้องการของประชาชนให้ทุกอย่างหรือครบทุกท้องที่

เมื่อรัฐเห็นว่าเอกชนมีความสามารถจะจัดทำบริการสาธารณะได้ รัฐก็มอบหมายให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนไปจัดทำส่วนใหญ่จะเป็นกิจการสาธารณูปโภค และกิจการสาธารณูปโภคส่วนมากจะมีกฎหมายห้ามมิให้เอกชนจัดทำ ดังนั้นเมื่อเอกชนจะจัดทำก็จะต้องได้รับอนุญาต หรือได้รับสัมปทานจากฝ่ายปกครองเสียก่อน สำหรับเหตุผลที่ต้องให้ฝ่ายปกครองอนุญาตหรือให้สัมปทานแก่เอกชนเสียก่อนเพราะ

1. เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถควบคุมกิจการบริการสาธารณะที่เอกชนจัดทำได้ และ
2. เพื่อรักษาประโยชน์ของประชาชนไม่ให้เอกชนผู้ใดทำความเดือดร้อนแก่ประชาชนหรือทำให้สาธารณประโยชน์เสื่อมเสีย เพราะกิจการสาธารณูปโภคมักจะเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับประชาชนเป็นส่วนมาก

วิธีการมอบให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายมหาชนทำได้ 2 ประการ คือ การให้การผูกขาด และการให้สัมปทานบริการสาธารณะ

#### 1. การให้การผูกขาด

การให้การผูกขาด ได้แก่ การที่ฝ่ายปกครองให้เอกชนรับบริการสาธารณะบางอย่างไปจัดทำได้แต่ผู้เดียวในระยะเวลาอันใดอันหนึ่ง โดยมีข้อสัญญาว่าเอกชนจะต้องจ่ายเงินค่าสิทธิจำนวนหนึ่ง

ให้แก่รัฐเป็นการตอบแทนสิทธิที่ได้รับการผูกขาด ผลกำไรที่ได้จากกิจการนั้นตกเป็นของผู้ได้รับการผูกขาด

แต่ในปัจจุบันการมอบให้เอกชนไปจัดทำบริการสาธารณะจะไม่ใช้วิธีการผูกขาด แต่จะใช้วิธีการให้สัมปทานบริการสาธารณะ การผูกขาดจะยังคงใช้อยู่ในกรณีที่ไม่ใช่กิจการบริการสาธารณะโดยตรง แต่จะเป็นกิจการที่รัฐจัดทำเพื่อหารายได้<sup>51</sup>

2. การให้สัมปทานบริการสาธารณะ เป็นวิธีการที่ฝ่ายปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยทุน ทรัพย์สิน และความเสี่ยงภัยของเอกชน โดยฝ่ายปกครองเองไม่ได้จ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้รับสัมปทาน แต่ฝ่ายปกครองจะให้ผลประโยชน์แก่ผู้รับสัมปทานด้วยการให้สิทธิที่จะเรียกเก็บค่าบริการ หรือค่าตอบแทนจากประชาชนผู้ใช้บริการในกิจการนั้น ๆ เช่น การให้สัมปทานรถประจำทาง หรือ การให้สัมปทานไฟฟ้า ซึ่งได้ให้อำนาจผู้รับสัมปทานเรียกเก็บค่าโดยสารจากผู้รับบริการ

### 3. สัญญาทางปกครองในฐานะเครื่องมือของการให้สัมปทานบริการสาธารณะ

ระเบียบวิธีจัดทำบริการสาธารณะสามารถแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำเอง และบริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนจัดทำ บริการสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจัดทำเองไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชนอิสระ จะต้องมีกฎหมายจัดตั้งเสมอหรืออาจกล่าวได้ว่าจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการดำเนินการ แต่บริการสาธารณะที่มอบให้เอกชนจัดทำนั้นเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองมีงานด้านบริการมากและเป็นงานที่ต้องใช้เงินทุนสูง และฝ่ายปกครองไม่อาจจัดทำงานบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง ฝ่ายปกครองจึงต้องมอบบริการสาธารณะบางอย่างให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ และวิธีหนึ่งที่ฝ่ายปกครองมอบให้เอกชนจัดทำคือ การให้สัมปทานบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นการใช้สัญญาสัมปทาน เป็นเครื่องมือในการให้เอกชนเข้าดำเนินกิจการบริการสาธารณะแทนฝ่ายปกครอง สัญญาสัมปทาน บริการสาธารณะนี้ เป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชน โดยสถานะของสัญญาจะมีความแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งซึ่งตั้งอยู่บนหลักการแห่งความเท่าเทียมกันของกลุ่มสัญญา แต่สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะมีลักษณะเป็น "สัญญาทางปกครอง" ที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นเพื่อประโยชน์<sup>52</sup>

### 4. แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

นักกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสมีความเห็นเกี่ยวกับความหมายของสัญญาว่า สัญญา คือ การแสดงเจตนาหลายฝ่ายที่ตรงกัน ซึ่งมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดหนี้ (accord de volontes destine a creer des obligations)<sup>53</sup>

<sup>51</sup> อิศสระ นิติทัศน์ประกาศ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39. หน้า 49.

<sup>52</sup> ดิเรก ควรสมาคม. (2547). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน . หน้า 12-13.

<sup>53</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 49. หน้า 211.



## 2.3 เปรียบเทียบการให้บริการ Airbnb กับการบริการโรงแรม

Airbnb เป็นที่นิยมอย่างมากในปัจจุบันแต่นอกเหนือไปจากห้องพักราคาถูกที่เป็นจุดเด่นและข้อได้เปรียบสำคัญแล้วยังมีข้อได้เปรียบเมื่อเทียบกับโรงแรมทั่วไปอีก 8 ประการดังต่อไปนี้

1. ความสะดวกสบาย เนื่องจาก Airbnb สามารถแก้ไขปัญหาระงับประมาณการท่องเที่ยวที่จำกัด ทั้งสามารถตอบสนองความต้องการประหยัดเวลาการเดินทางและความต้องการในการเลือกสถานที่ท่องเที่ยวด้วยตนเองของนักท่องเที่ยว

2. การนำเสนอตัวเลือกที่มีความหลากหลาย เนื่องจากในปัจจุบัน Airbnb ได้เปิดบริการให้เช่าที่พักอาศัยที่มีหลายห้องนอนและที่พักอาศัยบางส่วนนั้นตั้งอยู่ในทำเลที่ดีที่สุดของเมือง

3. ประสบการณ์ที่มีเอกลักษณ์เฉพาะ เนื่องจากที่พักอาศัยในเครือข่ายของ Airbnb ได้รับการตกแต่งอย่างมีเอกลักษณ์เฉพาะซึ่งแตกต่างกันไปตามรสนิยมของเจ้าของที่พักอาศัยหรือผู้ให้เช่า

4. การผจญภัย เนื่องจาก Airbnb มีโปรแกรมการท่องเที่ยวที่จะนำพานักท่องเที่ยวไปยังสถานที่ซึ่งเป็นที่รู้จักเฉพาะคนภายในท้องถิ่น

5. การสัมผัสวัฒนธรรมท้องถิ่น เนื่องจากทำให้ผู้พักอาศัยได้สัมผัสกับวัฒนธรรมท้องถิ่นจากสิ่งแวดล้อมและผู้ที่พักอาศัยอยู่รอบข้างซึ่งเป็นจุดเด่นที่ทำให้ Airbnb แตกต่างจากโรงแรมพาณิชย์ทั่วไป

6. การเชื่อมต่อกับแผนที่ ซึ่ง Airbnb ได้เชื่อมต่อฟังก์ชันแผนที่เข้ากับทุกการค้นหาโดยอัตโนมัตินักท่องเที่ยวจึงสามารถมองเห็นที่พักอาศัยทั้งหมดของ Airbnb บนแผนที่และตัดสินใจเลือกที่พักอาศัยซึ่งมีทำเลและค่าเช่าตรงกับความต้องการได้โดยทันทีซึ่งสอดคล้องกับพฤติกรรมของผู้ใช้บริการ

7. การประมาณราคาค่าใช้จ่าย ซึ่ง Airbnb แสดงการประมาณราคาค่าใช้จ่ายที่เบ็ดเสร็จทั้งค่าห้องค่าทำความสะอาดและค่านายหน้าทำให้ผู้ให้บริการสามารถทราบถึงราคาโดยรวมทั้งหมดรวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่นเพิ่มเติมต่างๆ

8. ความคิดเห็นจากผู้ให้บริการ ซึ่งมีการแบ่งปันผ่านทางสื่อสังคมโดยเว็บไซต์และแอปพลิเคชัน Airbnb ช่วยให้ผู้ให้บริการสามารถเข้าถึงความคิดเห็นของผู้ใช้บริการรายอื่นที่อยู่ในเครือข่ายสังคมของ Airbnb ได้อย่างรวดเร็วซึ่งช่วยให้ผู้ให้บริการตัดสินใจเลือกจองห้องพักได้ง่ายขึ้น<sup>54</sup>

<sup>54</sup>พัทธ์ธีรา ศรีประทักษ์. (2558). *มาตรการทางกฎหมายเพื่อความปลอดภัย สุขอนามัยและสิ่งแวดล้อม ในการประกอบธุรกิจเพื่อการพักรวมที่ไม่ใช่โรงแรม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 64-65.

## 2.4 การควบคุมปัญหาการประกอบธุรกิจบริการให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยี สารสนเทศ

แม้มีสัญญาเช่าระหว่างผู้ประกอบการที่พักที่พักรวมที่ไม่ใช่โรงแรม และนักท่องเที่ยวผู้เข้าพัก จะมีความสัมพันธ์ในรูปแบบเอกชนกับเอกชน ซึ่งมีสถานะเท่าเทียมกัน โดยไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง มีอำนาจเหนือกว่ากัน เช่นนี้สัญญาในธุรกิจที่พักจึงสมควรที่จะมีอิสระและเสรีภาพในการจัดการ ผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายตามวิถีทางของตนเอง โดยแนวคิดตามทฤษฎีการค้าเสรี (Free Trade) ของ Adam Smith ก็ได้สนับสนุนการใช้อิสรภาพที่จะตัดสินใจ และยังมีผลให้สัญญาในธุรกิจที่พัก จำต้องผูกพันตามเนื้อหาที่ได้แสดงเจตนาไว้เพราะถือว่าเป็นความสมัครใจของทั้งผู้ประกอบการ ธุรกิจที่พักที่ไม่ใช่โรงแรม และนักท่องเที่ยวที่ใช้บริการนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากว่ากฎหมายเอกชนที่ค้ำประกันสมควรต้องมีวัตถุประสงค์ (End of Law) ที่ใช้คุ้มครองประโยชน์ทั้งปัจเจกชน และประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ให้เกิดความสมดุล ซึ่งกันและกัน และเป็นการปกป้องผู้ที่อ่อนแอกว่า (Protection of the Weak) ตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.1 เรื่องแนวคิดเกี่ยวกับการเข้าทำสัญญา ซึ่งสำหรับสัญญาธุรกิจที่พักนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า นักท่องเที่ยวที่มาพักอาศัยนั้น ถือเป็นฝ่ายที่มีความอ่อนแอกว่า (The Weak) เพราะเหตุที่ว่า นักท่องเที่ยวทั้งชาวไทย และชาวต่างประเทศ คือผู้ที่มาเยือนสถานที่สัญญาเช่าที่พักโดยชั่วคราว จึงทำให้นักท่องเที่ยวมีลักษณะที่ไม่ใช่เจ้าของท้องถิ่น ไม่มีความรู้และประสบการณ์ในการดำรงชีวิต ในท้องถิ่นนั้น ได้ดีเท่ากับผู้ที่ป็นเจ้าของท้องถิ่น เช่นนี้ในการเข้าทำสัญญาใช้บริการต่าง ๆ ที่อาจ ถูกเอารัดเอาเปรียบ เลือกปฏิบัติ หรือถูกหลอกลวงจากผู้ประกอบการที่เป็นผู้มีความรู้ในช่องทาง ประกอบอาชีพในท้องถิ่นของตนดีกว่าได้<sup>55</sup>

ด้วยเหตุนี้ รัฐในฐานะผู้มีหน้าที่อำนาจ และดำเนินการให้บุคคลได้รับสิทธิ หรือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองไว้ตามที่กล่าวใน หัวข้อ 2.1.2 จึงทำให้หน่วยงานหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง กับการควบคุม กำกับ และดูแลธุรกิจที่พักที่ไม่ใช่โรงแรม ต้องมีบทบาทเข้ามาแทรกแซง การแสดงเจตนาและการทำสัญญาธุรกิจที่พัก เพื่อคุ้มครองนักท่องเที่ยวแต่ละบุคคล ซึ่งตกเป็นฝ่าย ที่ไม่มีอำนาจต่อรองใด ๆ ทางเศรษฐกิจ

### 1. พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547

ในกรณีโรงแรมตามนิยาม มาตรา 4 (3) แห่งพระราชบัญญัติจะต้องมีรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทย และคณะกรรมการส่งเสริมและกำกับธุรกิจโรงแรมเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ

<sup>55</sup> ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐาน โฮมสเตย์ไทย พ.ศ.2554 ข้อ 5.

ไว้สำหรับควบคุม กำกับ และดูแลธุรกิจโรงแรม โดยรัฐมนตรีจะแต่งตั้ง “นายทะเบียน” ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ควบคุม กำกับ และดูแลความปลอดภัยของธุรกิจโรงแรมในทุกขั้นตอน ตั้งแต่การพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรม การรับแจ้ง และควบคุมคุณสมบัติ ของผู้จัดการโรงแรม การรับมอบสำเนาทะเบียนผู้พัก การดูแลความมั่นคงแข็งแรง สุขลักษณะ และความปลอดภัยของโรงแรม รวมถึงมีอำนาจสั่งให้ระงับการกระทำ หรือดำเนินการแก้ไข ทำคำสั่งพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาต สำหรับกรณีที่อยู่ประกอบธุรกิจโรงแรม หรือผู้จัดการ โรงแรม ผ่าฝืนบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547<sup>56</sup> และ โรงแรมจะต้องจดทะเบียนต่อกรมการปกครอง ตามมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติโรงแรมไทย พ.ศ. 2547 ซึ่งกรมการปกครองจะทำหน้าที่ตรวจสอบเกี่ยวกับที่พักแรมดังกล่าวเสียก่อน แล้วจึงออกใบอนุญาตประกอบกิจการ โรงแรมให้แก่ผู้ประกอบการเพื่อที่นักท่องเที่ยวจะได้รับทราบข้อมูลที่เป็นารับรองความถูกต้องในการ จัดตั้ง โรงแรมนั้น ได้อีกทางหนึ่ง

ปัญหาที่พบคือ หากเป็นสถานที่พักแรมประเภท แบ่งที่พัก บ้านพัก หรือห้องพัก ให้เช่าอยู่ ซึ่งเป็นที่พักแรมที่ไม่ใช่ โรงแรม การจอดรถคาราแวน รถตู้เพื่อการนันทนาการ บ้านบนเรือ (House Boat) เป็นต้น ย่อมไม่ได้อยู่ในความหมายของ โรงแรมตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ที่ประสงค์จะ คุ้มครองนักท่องเที่ยวที่มาพักอาศัยให้ได้รับการบริการที่ปลอดภัย และถูกสุขอนามัย เช่นนี้สถานที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรมจึงไม่มีองค์กรควบคุม กำกับ และดูแล กล่าวคือ ที่พักแรมเหล่านี้ จะไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และคณะกรรมการส่งเสริมและกำกับธุรกิจ โรงแรม ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะเข้าไปตรวจสอบควบคุม และใช้บทลงโทษแทรกแซงการดำเนินงานในการประกอบธุรกิจที่พักแรมได้เลย

ส่วนปัญหาที่พบต่อมาคือที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรมเหล่านี้ ไม่ได้ถูกกำหนดให้ต้องจดทะเบียน จัดตั้งสถานประกอบการที่พักแรมต่อกรมการปกครอง ทำให้เจ้าหน้าที่ของกรมการปกครองไม่มีอำนาจ หรือหน้าที่เข้าตรวจสอบสถานที่พักแรมนี้ได้ก่อนการจัดตั้ง ซึ่ง “การไม่มีระบบการขออนุญาต” นั้น จึงทำให้ผู้ประกอบการที่พักแรมมีอิสระในการดำเนินงานอย่างไม่มีขอบเขต ทำให้ไม่อยู่ภายใต้การควบคุม ของกฎหมาย ส่งผลให้เกิดการกระทำในทางที่เอาเปรียบผู้บริโภค หรือ แอบสร้างสถานที่พักแรมไว้ ปิดบังการประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมาย เช่น บ่อนการพนัน ค้าประเวณี หรือแหล่งมั่วสุมต่าง ๆ ได้

นอกจากนี้ สถานที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรม ยังไม่อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่กำกับดูแลที่พักแรมที่ดำเนินการโดยภาคเอกชน ซึ่งหมายถึง สมาคมโรงแรมไทย หรือ สรท. (Thai Hotel Association-THA) เนื่องจากองค์กรเอกชนดังกล่าวจะควบคุมและกำกับดูแลมาตรฐานและคุณภาพ

<sup>56</sup> พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547. มาตรา 4(3).

ของธุรกิจที่พักแรมประเภทโรงแรมเท่านั้น<sup>57</sup>

ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าองค์กรภาครัฐตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 เช่น นายทะเบียนเจ้าหน้าที่กรมการปกครอง ไม่มีอำนาจหน้าที่เข้าไปตรวจสอบควบคุม และใช้บทลงโทษแทรกแซงการประกอบธุรกิจเพื่อการพักแรมที่ไม่ใช่โรงแรมได้เลย เพราะธุรกิจดังกล่าว ไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และคณะกรรมการส่งเสริมและกำกับธุรกิจโรงแรม ตลอดจนสมาคมโรงแรมไทย หรือ สรท. ซึ่งเป็นองค์กรภาคเอกชน ก็ไม่สามารถควบคุมธุรกิจที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรมได้ เพราะมีบทบาทหน้าที่ในการกำกับดูแลมาตรฐานและคุณภาพของโรงแรมตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 เท่านั้น

## 2. พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบประเทศไทย และประเทศญี่ปุ่นนั้น องค์กรคุ้มครองนักท่องเที่ยวซึ่งเป็นผู้บริโภคของประเทศไทยจะปรากฏอยู่ในชื่อ “สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.)” ส่วนประเทศญี่ปุ่นมีสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคแห่งชาติ (National Consumer Affairs Center of Japan: NCAC) และสำนักงานนโยบายคุณภาพชีวิต (Quality of Life Policy Bureau) สำนักงานคณะกรรมการการค้ายุติธรรม (Japan Fair Trade Commission)

ในส่วนภูมิภาค ประเทศไทยมีคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำจังหวัด (Prefecture) ซึ่งมีลักษณะที่ต้องรับมอบอำนาจจากส่วนกลางเท่านั้น แต่สำหรับประเทศญี่ปุ่นไม่ได้กำหนดว่าในระดับจังหวัดจะต้องรับมอบอำนาจจากส่วนกลาง มีผลทำให้ทางจังหวัดสามารถดำเนินการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคได้โดยลำพัง และมีอำนาจกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคและการจัดตั้งองค์กรในท้องถิ่นเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค

ประเทศญี่ปุ่นมีองค์กรสนับสนุนการคุ้มครองผู้บริโภคโดยใช้ “ระบบควบคุม (Monitoring)” เพื่อสร้างเครือข่ายคุ้มครองผู้บริโภคทั้งในระดับหมู่บ้านและตำบลทั่วทั้งประเทศ ซึ่งจะทำให้ผู้บริโภคสามารถใช้สิทธิขอรับความคุ้มครองได้สะดวก และง่ายขึ้น ซึ่งสำหรับประเทศไทยยังไม่มี การจัดระบบควบคุมที่จะสร้างเครือข่ายให้ความร่วมมือเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในระดับหมู่บ้านและตำบลอย่างเช่นประเทศญี่ปุ่น

สำหรับการรับเรื่องราวร้องทุกข์จากนักท่องเที่ยวในฐานะผู้บริโภคนั้น เมื่อนักท่องเที่ยวประสบปัญหาจากการถูกละเมิดสิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้บริการในที่พักแรม

<sup>57</sup> รายงานการพิจารณาศึกษา เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายในการประกอบกิจการที่พักโฮมสเตย์ ของคณะกรรมการพิจารณาศึกษาปัญหากฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่ออุตสาหกรรมท่องเที่ยว ในคณะกรรมการการท่องเที่ยว วุฒิสภา. สำนักกรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. หน้า 5.

นักท่องเที่ยวซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมมีสิทธิที่จะร้องเรียน หรือร้องทุกข์เพื่อขอรับความเป็นธรรม ซึ่งภาครัฐจะต้องจัดให้มีช่องทางร้องทุกข์อย่างสะดวก ซึ่งประเทศไทยมีช่องทางในการร้องทุกข์ที่เหมือนกับประเทศญี่ปุ่น ไม่ว่าจะเป็นทางโทรศัพท์ ทางจดหมาย หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) หรือแม้แต่การให้นักท่องเที่ยวร้องเรียนด้วยตนเอง

นอกจากนี้ การตื่นตัวของนักท่องเที่ยวในฐานะผู้บริโภคนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า สำหรับประเทศไทยนั้นยังพบว่าคนไทยยังขาดความรู้ความเข้าใจในสิทธิของตนเองในฐานะผู้บริโภคและมักละเลยที่จะเรียกร้องสิทธิของตนเองต่อหน่วยงานที่สามารถช่วยเหลือได้ จึงยังไม่มี การให้ความสำคัญต่อสิทธิของตนมากนัก การที่ประชาชนไม่พึ่งพาภาครัฐ ให้เป็นผู้ดำเนินการคุ้มครองสิทธิ และช่วยเหลือในการฟ้องดำเนินคดีแทนผู้บริโภคนั้นย่อมมีผลทำให้ประชาชนไม่มีศักยภาพที่จะดำเนินการด้วยตนเองได้ ซึ่งในกรณีที่นักท่องเที่ยวได้รับบาดเจ็บหรืออุบัติเหตุจากการใช้สินค้านั้น ความรู้สึกนึกคิดของผู้บริโภคชาวไทยมักคิดว่าเป็นเรื่องความประมาทเลินเล่อของตนเอง หรือการเรียกร้องเป็นสิ่งที่ยู้งยาก มีขั้นตอนมาก ไม่เกิดประโยชน์ และเสียเวลาจึงมักไม่ใช้สิทธิ เรียกร้องให้มีการปรับปรุงสินค้าที่ทำให้เกิดความเสียหาย ซึ่งตรงกันข้ามกับประเทศญี่ปุ่นที่ประชาชนมีความตื่นตัว และตระหนักถึงสิทธิของผู้บริโภค ดังจะเห็นได้จากการขอรับคำแนะนำจากเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล การศึกษาหาความรู้เกี่ยวกับข้อมูลเรื่องความปลอดภัยในการใช้บริการจากอินเทอร์เน็ต ห้องสมุด หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และการจัดตั้งศูนย์ทดสอบผลิตภัณฑ์ส่วนกลาง (Sagamihara) โดยวิธีคิดของชาวญี่ปุ่นจะไม่โทษว่าเป็นคราวเคราะห์ หรือความประมาทเลินเล่อของตัวเองในกรณีที่ได้รับอันตรายจากการใช้บริการ แต่จะเข้าไปมองหาสาเหตุของการให้บริการที่ขาดคุณภาพ และมีการใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้ประกอบการธุรกิจปรับปรุงแก้ไข และเยียวยาความเสียหายต่อไป

การให้ความร่วมมือและจรรยาบรรณของผู้ประกอบการธุรกิจในประเทศไทยนั้น พบว่าการรับเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ใช้บริการ ยังไม่ถูกใช้อย่างแพร่หลายและยังไม่เป็นรูปธรรมมากนัก ซึ่งจะพบแต่นักท่องเที่ยวแสดงความคิดเห็น วิพากษ์วิจารณ์ถึงบริการตามเว็บไซต์ท่องเที่ยวต่าง ๆ เฟสบุ๊ค และสื่อสารสนเทศเท่านั้น แต่สำหรับประเทศญี่ปุ่น ผู้ประกอบการธุรกิจจะจัดให้มีฝ่ายรับเรื่องราวร้องทุกข์ หรือปัญหาจากนักท่องเที่ยวที่ใช้บริการ ซึ่งนอกจากจะเป็นการแสดง ความรับผิดชอบต่อลูกค้าแล้ว ยังเป็นช่องทางรับทราบข้อบกพร่องของการให้บริการซึ่งจะเป็นข้อมูลที่จะใช้ปรับปรุงพัฒนาคุณภาพ และมาตรฐานความปลอดภัยของบริการในธุรกิจ นั้นได้<sup>58</sup>

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าในประเทศไทย ผู้ประกอบการธุรกิจที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคมักไม่ยอมเจรจากับผู้บริโภคโดยลำพัง โดยมักจะไม่ยอมรับความผิด หรือไม่พยายามรับฟังข้อบกพร่องจากผู้บริโภคโดยตรง จึงทำให้รัฐต้องใช้อำนาจตามจรรยาบรรณเข้าเป็นคนกลางเจรจา

<sup>58</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522. มาตรา 3.

ใกล้เคียง ซึ่งแตกต่างจากประเทศญี่ปุ่นที่ผู้ประกอบการถือว่าเป็นความรับผิดชอบ และจรรยาบรรณที่จะต้องเข้าร่วมเจรจาใกล้เคียง และเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากบริการของตน อันทำให้ขาดความน่าเชื่อถือต่อนักท่องเที่ยว และขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อควบคุมปัญหาต่างๆเหล่านี้

### 3. พระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522

เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกับนักท่องเที่ยว สิ่งที่นักท่องเที่ยวมักจะนึกถึงเมื่อไม่สามารถเจรจาให้ธุรกิจที่พักรับผิดชอบหรือแก้ปัญหาได้แล้ว คือ ตำรวจท่องเที่ยว ซึ่งหมายถึง “กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว” มีหน้าที่ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม สืบสวน จับกุม คดีความผิดที่เกี่ยวกับนักท่องเที่ยวทั่วราชอาณาจักรและให้ความช่วยเหลืออำนวยความสะดวกแลรักษาความปลอดภัยให้แก่นักท่องเที่ยวที่ได้รับผลกระทบจากอุตสาหกรรมท่องเที่ยว นอกจากนี้ยังรวมถึง “ศูนย์ช่วยเหลือนักท่องเที่ยว หรือ ศช.ทท.” มีหน้าที่บริการอำนวยความสะดวกด้านการรับเรื่องแจ้งความร้องเรียนในปัญหาต่าง ๆ ของนักท่องเที่ยว ซึ่งเป็นลักษณะของการประสานงานกับตำรวจท่องเที่ยวเจ้าของพื้นที่แม้ว่ากองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว จะมีภารกิจป้องกันและปราบปราม อาชญากรรมที่เกิดกับนักท่องเที่ยวได้ทั่วราชอาณาจักร และศูนย์ช่วยเหลือนักท่องเที่ยวจะทำหน้าที่ บริการอำนวยความสะดวกประสานงานกับตำรวจท่องเที่ยวเจ้าของพื้นที่ แต่ในความเป็นจริงธุรกิจ ที่พักรวมเชิงอนุรักษ์หรือเชิงนิเวศอาจตั้งอยู่ในป่าเขาหรือชนบทห่างไกล ซึ่งนักท่องเที่ยวท่านหนึ่ง ให้ความเห็นว่าหากเกิดปัญหาร้ายแรงในสถานที่พักรวม คิดว่าตำรวจท่องเที่ยวอาจช่วยไม่ได้มาก เพราะสถานที่ท่องเที่ยวส่วนมากมักอยู่ไกลจากสถานีตำรวจ หรือศูนย์ช่วยเหลือนักท่องเที่ยว เช่น ในพื้นที่ภูเขาสูง และการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยวจะต้องรอประสานงานกับตำรวจท้องที่ เพื่อสืบสวนสอบสวนตรวจสอบพื้นที่จริง ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ซับซ้อนอาจสร้างความล่าช้าและก่อให้เกิดความไม่เป็นที่พอใจแก่นักท่องเที่ยวขึ้นได้<sup>59</sup>

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า “ตำรวจท่องเที่ยว” มักเป็นหน่วยงานในลำดับแรกที่นักท่องเที่ยวซึ่งมีปัญหาคือเดือดร้อนจากการใช้บริการธุรกิจที่พักรวมที่ไม่ใช่โรงแรมจะนึกถึงเพื่อขอความช่วยเหลือ แต่ในสภาพจริงนั้น เจ้าหน้าที่จากกองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว หรือศูนย์ช่วยเหลือนักท่องเที่ยวยังมีจำนวนน้อย และเข้าไม่ถึงธุรกิจที่พักรวมเชิงนิเวศที่ตั้งอยู่ห่างไกล รวมทั้งขั้นตอนประสานงานมักยุ่งยากซับซ้อน จึงทำให้ยังมีอุปสรรคในการช่วยเหลือนักท่องเที่ยวมากพอสมควร

### 4. พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

กรมอนามัย สังกัดกระทรวงสาธารณสุข มีภารกิจหน้าที่ในการควบคุมดูแลธุรกิจ ที่พักรวมที่ไม่ใช่โรงแรม ในเรื่องของการพัฒนาระบบเครือข่ายเฝ้าระวังพฤติกรรมสุขภาพในระดับท้องถิ่น

<sup>59</sup> พระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522. มาตรา 4.

รวมทั้งถ่ายทอด และพัฒนาขีดความสามารถด้านอนามัยสิ่งแวดล้อม และประเมินผลกระทบต่อสุขภาพของชุมชน ซึ่งมาตรา 32 (2) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ให้อำนาจราชการส่วนท้องถิ่นกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรม ต้องดูแลสภาพ สุขลักษณะของสถานที่พัก เช่น คุณภาพอุปกรณ์และเครื่องมือเครื่องใช้ระบบระบายอากาศ ระบบกำจัดขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล รวมถึงการออกมาตรการป้องกันอุบัติเหตุ และการปนเปื้อนของอาหาร เป็นต้น<sup>60</sup>

ผู้วิจัยเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกลไกที่ดี เพราะทำให้ราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีศักยภาพดูแลธุรกิจที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรมได้ใกล้ชิด และเข้าถึงปัญหาได้มากที่สุด แต่ในทางปฏิบัตินั้น หน่วยงานสาธารณสุขในระดับท้องถิ่นยังไม่สามารถดูแลสภาพ หรือสุขอนามัยของธุรกิจที่พักแรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากในปัจจุบันมีโฮมสเตย์เกิดขึ้นมากทำให้รัฐดูแลตรวจสอบได้ไม่ทั่วถึง ซึ่งเห็นว่าการช่วยเหลือของภาครัฐ ไม่เคยเข้าถึงผู้ประกอบการรายย่อย (SME) ดังจะเห็นได้จากกรณีที่รัฐอัดฉีดเงินลงทุนให้แก่ธุรกิจที่พักแรมใหญ่ ๆ เกือบทั้งหมด ทั้งนี้ควรปลูกฝังทัศนคติให้แก่เจ้าหน้าที่หันมาส่งเสริมดูแลธุรกิจที่พักแรมขนาดเล็ก ๆ บ้าง ซึ่งเจ้าหน้าที่ไม่ควรออกนโยบายจากความรู้สึกนึกคิดของเจ้าหน้าที่เอง แต่ควรลงมาดูงานภาคสนาม พูดคุย สัมภาษณ์ ว่าเจ้าของธุรกิจที่พักแรมต้องการให้ช่วยเหลืออะไรบ้าง ซึ่งผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าว เพราะจะทำให้ นโยบายที่ออกมามีกลไกที่สอดคล้องกับความพร้อม และความร่วมมือที่จะปฏิบัติตามกฎหมายสาธารณสุขได้อย่างแท้จริง อันเป็นอีกหนึ่งปัญหาที่ต้องได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วน

ผู้วิจัยจึงสรุปได้ว่าหน่วยงานสาธารณสุขในระดับท้องถิ่น ยังไม่สามารถเข้าไปกำกับดูแลเรื่องสุขอนามัยของธุรกิจเพื่อการพักแรมที่ไม่ใช่โรงแรมได้มากเท่าที่ควร เพราะธุรกิจหลายแห่งเป็นที่พักเชิงนิเวศ ทำให้ตั้งอยู่ห่างไกลจากชุมชน และการกำหนดนโยบายกำกับดูแลเรื่องสุขอนามัย และการสาธารณสุขยังไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหา และความพร้อมของผู้ประกอบการ เนื่องจากยังขาดการสำรวจปัญหาในภาคสนามอยู่พอสมควร

##### 5. พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อม เป็นผู้มีอำนาจกำหนดมาตรฐานควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิด โดยมีคณะกรรมการควบคุมมลพิษเป็นผู้แนะนำ ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.อำนาจ วงศ์บัณฑิต ได้ให้ทัศนะคติไว้ว่า การกำหนดมาตรฐาน ควบคุมมลพิษจากแหล่งกำเนิดนั้น มีผลกระทบต่อภาระดำเนินงานของเจ้าของ หรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษ

<sup>60</sup> พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535. มาตรา 32 (2).

ทั้งหลาย ซึ่งอาจสร้างแรงกดดันทางสังคม และผลประโยชน์ทางการเมืองต่าง ๆ จึงต้องได้รับการเสนอแนะ และพิจารณาจากข้าราชการระดับสูง และรัฐมนตรีซึ่งเกี่ยวข้องกับหลายกระทรวง ที่เป็นกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ซึ่งหากกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรี กระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อมแต่เพียงผู้เดียว ย่อมทำให้การ กำหนดมาตรฐาน ถูกแทรกแซงจากแรงกดดันจากกลุ่มพลังต่าง ๆ หรือมีผลประโยชน์ทับซ้อนทางการเมืองได้ (Conflict of Interest) อันอาจมีผลกระทบต่อความเหมาะสมถูกต้องของการวางมาตรฐานควบคุม แหล่งกำเนิดมลพิษได้”<sup>61</sup>

#### 6. ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554

กรมการท่องเที่ยว เป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลธุรกิจโฮมสเตย์ เป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ไว้สำหรับควบคุมกำกับและดูแลการท่องเที่ยวของนักท่องเที่ยว และมีประกาศของกรมการท่องเที่ยว เรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 แต่เป็นเพียงการให้ “สิทธิใช้ตราสัญลักษณ์มาตรฐานความเป็นโฮมสเตย์ไทยเท่านั้น” อันเป็นเครื่องหมายรับรองของกรมการท่องเที่ยว ซึ่งโฮมสเตย์จะต้องถูกประเมินโดยกรมการท่องเที่ยว ซึ่งหากผ่านการประเมินมาตรฐานของโฮมสเตย์ (Home Stay Standard Assessment) ตามข้อ 10 แห่งประกาศทางกรมการท่องเที่ยวจึงจะออกเครื่องหมายรับรองมาตรฐาน โฮมสเตย์ไทย พร้อมหนังสือรับรองความเป็นมาตรฐาน ที่กำหนดไว้ในระเบียบของกรมการท่องเที่ยว

ประกาศดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติงานของกรมการท่องเที่ยว ในส่วนการกำหนดมาตรฐานการให้บริการที่พักแบบสัมผัสวัฒนธรรมชนบท ซึ่งแม้จะกำหนดมาตรฐานไว้ 10 ด้าน สำหรับที่พักขนาดเล็กของชาวบ้านที่เรียกว่าโฮมสเตย์ไทยก็ตาม แต่ประกาศดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ธุรกิจโฮมสเตย์ต้องจดทะเบียนธุรกิจที่พักต่อกรมการปกครองและไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับการควบคุมธุรกิจ โรงแรมซึ่งมีมาตรการทางกฎหมาย และบทลงโทษที่เคร่งครัดมากกว่า ซึ่งเห็นได้จากผู้ประกอบการธุรกิจรีสอร์ตและโฮมสเตย์ทุกแห่ง ได้ให้ข้อมูลที่ตรงกันว่า มีแต่การจดทะเบียนพาณิชย์สำหรับยื่นประเมินและชำระภาษีอากรเท่านั้น แต่ไม่มีการจดทะเบียนธุรกิจโฮมสเตย์เฉพาะด้านต่อกรมการปกครอง ซึ่งแสดงว่าธุรกิจที่พักที่ไม่ใช่โรงแรมไม่อยู่ภายใต้บังคับ เรื่องการจดทะเบียนและใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547<sup>62</sup>

<sup>61</sup> พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535. มาตรา 55.

<sup>62</sup> ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554. ข้อ 10.



ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยว มาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 เป็นเพียงการประเมินดัชนีชี้วัดมาตรฐานของโฮมสเตย์ไทย ด้านการบริการ เพื่อให้สิทธิในการใช้เครื่องหมายรับรองเท่านั้น ซึ่งไม่ได้เป็นมาตรการทางกฎหมาย สำหรับควบคุม กำกับและดูแลธุรกิจเพื่อการพักผ่อนที่ไม่ใช่โรงแรมแต่อย่างใด

## 2.5 บทกำหนดโทษทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบริการให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศ

การบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้เกิดผลต่อการควบคุมธุรกิจบริการให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพนั้น นอกจากจะขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎหมายที่ครอบคลุมประเด็นกฎหมายต่างๆหรือไม่ และองค์กรที่ใช้บังคับกฎหมายแล้ว ยังขึ้นอยู่กับมาตรการต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อนำมาบังคับใช้กับผู้ฝ่าฝืนหรือละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย สำหรับมาตรการในเชิงกฎหมายนั้น ประกอบด้วยมาตรการบังคับทางปกครอง มาตรการบังคับทางอาญาและมาตรการบังคับทางแพ่ง นอกจากนี้ ความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ.2547 กับกฎหมายฉบับอื่นๆในลักษณะของความเกี่ยวพันในเชิงสหสัมพันธ์ หรือเชิงปฏิสัมพันธ์ต่อกัน รวมไปถึงข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ ย่อมมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายทั้งสิ้น ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

### 1. พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547

เมื่อธุรกิจที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรม เช่น รีสอร์ท โฮมสเตย์ เกสต์เฮาส์ บังกะโล ที่พักบริการอาหารเช้า ที่พักบนเรือ กระท่อม เต็นท์ รถตู้เพื่อการนันทนาการ สถานที่อยู่อาศัยที่แบ่งบางส่วนให้เช่าไม่อยู่ในบังคับใช้ของมาตรการทางกฎหมายของพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 จึงทำให้ขาดมาตรการทางกฎหมายด้านความปลอดภัย สุขอนามัย และสิ่งแวดล้อมที่เป็นบทกำหนดโทษสำหรับใช้บังคับกับธุรกิจดังต่อไปนี้

1) ขาดกลไกในมาตรา 49 ของพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ที่ให้ “นายทะเบียน มีอำนาจลงโทษปรับ” โดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งพฤติกรรมที่กระทำผิด ซึ่งจะให้นายทะเบียน มีโอกาสพิจารณาว่าจะมีคำสั่งให้ผู้นั้นดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องก่อนที่จะลงโทษปรับหรือไม่

2) ขาดมาตรการลงโทษปรับตามมาตรา 50 กรณีผู้ประกอบการที่พักแรมเปลี่ยนแปลง ประเภท หรือเพิ่มลดจำนวนห้องพักตามอำเภอใจโดยไม่ได้รับอนุญาตซึ่งอาจมีผลกระทบต่อโครงสร้างของที่พัก

3) ขาดมาตรการลงโทษปรับตามมาตรา 54 กรณีไม่ปฏิบัติในเรื่องการจัดให้มีผู้จัดการที่พักรวม และขาดมาตรการตามมาตรา 38 ที่กำหนดหน้าที่ใช้ความระมัดระวังสอดส่อง และดูแลจัดการความปลอดภัย สุขอนามัย และสิ่งแวดล้อมภายในที่พักรวมของผู้จัดการที่พักรวม

4) ขาดมาตรการลงโทษปรับตามมาตรา 55 สำหรับกรณีผู้จัดการที่พักรวม หรือผู้ประกอบการธุรกิจไม่จัดให้มีแผนผังทางหนีไฟแสดงไว้ และมาตรการในมาตรา 56 ที่กำหนดให้ผู้ประกอบการต้องดูแลอำนวยความสะดวกให้กับผู้พักในกรณีเกิดอันตรายใด ๆ ขึ้นในโรงแรม

5) ขาดมาตรการลงโทษปรับตามมาตรา 56 และมาตรา 57 ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการ มีกร บันทึกรายชื่อข้อมูลนักท่องเที่ยวผู้มาพักไว้ใน “บัตรทะเบียนผู้พัก (Registration Card)” และ “ทะเบียนผู้พัก (Registered Guest)” ตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนดไว้ในรูปแบบของแบบ รร.3 และแบบ รร.4 และ มาตรการลงโทษกรณีไม่ส่งสำเนาทะเบียนผู้พักให้แก่นายทะเบียนทุกสัปดาห์<sup>63</sup>

ดังนั้น เมื่อธุรกิจเพื่อการพักรวมที่ไม่ใช่โรงแรมไม่ได้อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 จึงทำให้ขาดกลไกเรื่องสภาพบังคับแห่งโทษในเรื่องการฝ่าฝืนกรณีเปลี่ยนแปลงประเภท เพิ่ม หรือลดจำนวนห้องพักที่อาจมีผลกระทบต่อโครงสร้างอาคาร โดยไม่ได้รับอนุญาต กรณีฝ่าฝืนหน้าที่และคุณสมบัติของผู้จัดการที่พักรวม กรณีฝ่าฝืนเรื่องมาตรการป้องกันและระงับอัคคีภัยตลอดจนกรณีฝ่าฝืนไม่จัดระบบทะเบียนผู้พัก ซึ่งหากขาดกลไกดังกล่าวอาจทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจอาศัยเป็นช่องว่างทางกฎหมายในการเพิกเฉยไม่จัดมาตรการดูแลความปลอดภัย และสุขอนามัย ของนักท่องเที่ยวผู้เข้าพักได้

## 2. พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535

จากการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการธุรกิจที่พักรวมส่วนมาก พบว่าสาเหตุหนึ่งที่ธุรกิจที่พักรวมที่ไม่ติดตั้งระบบบำบัดน้ำเสียนั้น ผู้ประกอบการมักให้เหตุผลว่า ที่พักรวมอยู่ติดกับแหล่งน้ำอยู่แล้ว ซึ่งเชื่อว่าน้ำในคลอง เหนือแม่น้ำจะมีการไหลเวียนอยู่ตลอดเวลาไม่อยู่นิ่ง จึงไม่มีความจำเป็นต้องติดตั้งระบบบำบัดน้ำเสียแต่อย่างใด

เมื่อได้พิจารณาพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 พบว่ามาตรา 20 ได้กำหนดให้สถานที่เอกชน เช่นสถานประกอบการกิจการต่าง ๆ มีสิ่งรองรับปฏิภูม ซึ่งหมายถึงระบบ ระบายน้ำทิ้ง และบ่อกักเก็บปฏิภูม แต่สาเหตุที่ยังพบว่าผู้ประกอบการไม่เคร่งครัด และไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัตินั้น เกิดขึ้นจากมาตรา 73/1 ได้กำหนดบทลงโทษของกรณีที่ธุรกิจที่พักรวมที่ไม่ใช่โรงแรมฝ่าฝืนการปฏิบัติตามมาตรา 20 เรื่องระเบียบการเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิภูมและขยะมูลฝอย ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท<sup>64</sup>

<sup>63</sup> พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 . มาตรา 49, มาตรา 50, มาตรา 54, มาตรา 55, มาตรา 56 และ มาตรา 57.

<sup>64</sup> พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535. มาตรา 20 และ มาตรา 73/1.

ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นบทระวางโทษที่น้อยเกินไป ซึ่งแม้ว่าธุรกิจที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรมมักเป็นชาวบ้านที่มีทุนทรัพย์น้อยจึงไม่ควรลงโทษปรับจำนวนมาก แต่เรื่องการรักษาสิ่งแวดล้อมนั้น ผู้ประกอบการธุรกิจที่พักทุกคนต้องมีจิตสำนึกที่จะเลือกไม่ดำเนินการในทางทำลาย หรือสร้างผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้ ซึ่งการกำหนดโทษในอัตราที่น้อย เท่ากับว่ารัฐปล่อยให้ธุรกิจที่พักแรมประมาทเดินเล่อต่อไปได้ ซึ่งมีผลเป็นการสร้างมลพิษให้กับแหล่งน้ำโดยตรง ทำให้แหล่งน้ำเสื่อมคุณภาพ ถูกปนเปื้อน และมีคุณสมบัติเปลี่ยนไปจากธรรมชาติ ทั้งยังมีผล เปลี่ยนแปลงระบบนิเวศในแหล่งน้ำ ทำให้สัตว์น้ำลดปริมาณลง เพราะไม่อาจดำรงชีวิตและแพร่พันธุ์ได้ตามปกติ อันนำไปสู่การสูญพันธุ์ในที่สุด บทลงโทษ ที่บังคับใช้กับผู้ประกอบการที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรม มีอัตราน้อยเกินไปและส่วนที่เป็นคุลยพินิจ ของเจ้าหน้าที่ อาจใช้เพียงวิธีการเตือนหลาย ๆ ครั้งจนเรื่องเงียบหายไปเอง โดยไม่ได้มีการสั่งให้หยุดการกระทำ หรือการประกอบกิจการไว้ชั่วคราว เพื่อให้เขากลับไปปรับปรุงแก้ไขอย่างจริงจัง จึงเห็นว่าบทลงโทษไม่ได้สร้างความเกรงกลัวให้กับผู้ประกอบการที่พักแต่อย่างใด<sup>65</sup>

ผู้วิจัยจึงสรุปได้ว่า มาตรา 73/1 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข ซึ่งกำหนด บทลงโทษกรณีผู้ประกอบการที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรมฝ่าฝืนมาตรา 20 ไว้เพียงการลงโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท เป็นบทระวางโทษที่น้อยเกินไป และบทบัญญัติดังกล่าวยังขาดกลไก “ลงโทษปรับเพิ่มขึ้น” และ “เพิกถอนใบอนุญาต” สำหรับกรณีที่มีการไม่ปฏิบัติตามเกิดขึ้นซ้ำอีกซึ่งการขาดมาตรการเหล่านี้ย่อมส่งผลให้ผู้ประกอบการขาดความเกรงกลัว หรือ ไม่รู้สึกเจ็บปวดทรมานทำให้ ไม่เกิดการปรับเปลี่ยนลักษณะของธุรกิจให้ถูกต้องตามกฎหมายแต่อย่างใด

3. ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 ซึ่งเทียบเคียงได้กับธุรกิจบริการให้เช่าที่พักแบบ Airbnb

เนื่องจากโฮมสเตย์ที่ผ่านการประเมินมาตรฐานของโฮมสเตย์ (Home Stay Standard Assessment) ตามข้อ 10 แห่งประกาศดังกล่าว ทางกรมการท่องเที่ยวก็จะออกเครื่องหมายรับรองมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พร้อมหนังสือรับรอง ตามความเป็นมาตรฐานที่กำหนดในระเบียบของ กรมการท่องเที่ยว ซึ่งตามข้อ 9 แห่งประกาศ โฮมสเตย์ที่ได้รับมาตรฐานจะต้องถูกประเมินเมื่อครบอายุการรับรอง 3 ปี ซึ่งหากการประเมินมีระดับคะแนนต่ำกว่าเกณฑ์มาตรฐานจะต้องถูกถอดถอนการรับรองมาตรฐาน และถูกส่งคืนเครื่องหมายรับรองมาตรฐานโฮมสเตย์และหนังสือรับรอง<sup>66</sup>

<sup>65</sup> อภิชาติ ชัยกะพันธ์. อ้างแล้ว เสงอรธที่ 8. หน้า 58.

<sup>66</sup> รายงานการพิจารณาศึกษา เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายในการประกอบกิจการที่พักโฮมสเตย์ ของคณะอนุกรรมการพิจารณาศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่ออุตสาหกรรมท่องเที่ยว ในคณะกรรมการท่องเที่ยว วุฒิสภา. สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. หน้า 15-16.

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าประกาศดังกล่าวเป็นเพียงการประเมินมาตรฐานตามดัชนีชี้วัดมาตรฐาน โฮมสเตย์ไทยด้านการให้บริการ เพื่อให้โฮมสเตย์ไทยเป็นธุรกิจที่ใช้พัฒนาเศรษฐกิจในชุมชน ซึ่งหากโฮมสเตย์แห่งใดมีมาตรฐานด้านความปลอดภัย หรือสุขอนามัยลดน้อยลง เช่น ใช้วัตถุดิบที่หมดอายุแล้วมาปรุงอาหารให้นักท่องเที่ยวผู้มาพักรับประทาน ทำให้นักท่องเที่ยวมีอาการอาหารเป็นพิษ อาเจียน และซื้อจกนหมคสติ เช่นนี้เมื่อนักท่องเที่ยวร้องเรียนต่อกรมการท่องเที่ยว โฮมสเตย์ดังกล่าวก็จะถูกห้ามไม่ให้ใช้เครื่องหมายรับรองโฮมสเตย์ไทยและ ถูกเพิกถอนการรับรองมาตรฐาน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า ไม่ใช่การลงโทษที่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย ที่จะสร้างความเกรงกลัวให้ต้องใช้ความระมัดระวังที่มากขึ้น เพราะการไม่มีสิทธิใช้เครื่องหมายรับรอง ก็ไม่ใช่จะทำให้โฮมสเตย์แห่งนั้นต้องถูกสั่งระงับชั่วคราวเพื่อแก้ไขปรับเปลี่ยนลักษณะการดำเนินงานหรือถูกเพิกถอนมิให้ประกอบธุรกิจโฮมสเตย์แต่อย่างใด จึงเห็นว่าประกาศ กรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 ไม่ใช่ มาตรการทางกฎหมายสำหรับควบคุมกำกับ และดูแลธุรกิจที่พักแรมที่ไม่ใช่โรงแรม แต่เป็นเพียง การรับรองมาตรฐานการให้บริการของโฮมสเตย์เท่านั้น<sup>67</sup>

ผู้วิจัยจึงขอสรุปว่า ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 เป็นเพียงดัชนีชี้วัดมาตรฐานการให้บริการของธุรกิจโฮมสเตย์ไทยเท่านั้น โดยจะมีการประเมินในระยะเวลาทุกๆ 3 ปี ซึ่งหากโฮมสเตย์มีมาตรฐานการให้บริการถดถอยลง ก็จะถูกระงับสิทธิการใช้เครื่องหมายรับรองบริการดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่การลงโทษที่มีสภาพบังคับตามกฎหมายให้เกิดการระงับ หรือเพิกถอนการดำเนินงานแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการป้องกัน ควบคุม แก้ไขปัญหาจากธุรกิจบริการให้เช่าที่พักผ่านทางเทคโนโลยีสารสนเทศของไทยนั้น ยังมีปัญหาอยู่อีกหลายประการ เพราะพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ในปัจจุบันที่ใช้อยู่ไม่ครอบคลุมในการบังคับใช้กฎหมายกับปัญหาครบทุกเรื่อง และยังมีขั้นตอนการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวที่น่าจะปรับปรุงให้ดีขึ้น รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติรองรับครอบคลุมตั้งแต่ในระดับนโยบาย มาตรการในการป้องกันมาตรการในการแก้ไข โดยเฉพาะตามกฎหมายเฉพาะเรื่องประกอบกับปัญหาเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เพียงพอและการขาดการมีส่วนร่วมของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวที่จะเข้ามาช่วย จึงทำให้ไม่ประสบผลสำเร็จในการบังคับใช้พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 กับปัญหาที่เกิดจากธุรกิจบริการให้เช่าที่พักผ่านเทคโนโลยีสารสนเทศ

<sup>67</sup> ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่อง กำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554. ข้อ 9.