



ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำรับรองเอกชน

โดย

นาย ชัชวรินทร์ คงเจริญ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำรับรองเอกชน

โดย

นาย ชัชวิน คงเจริญ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



THE CIVIL LIABILITY OF PRIVATE CERTIFICATION BODIES

BY

MR. CHATCHAWIN KONGCHAROEN



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAW

INTERNATIONAL TRADE REGULATION

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นาย ชัชวิน คงเจริญ

เรื่อง

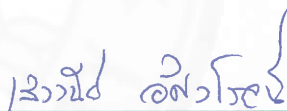
ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำรับรองเอกชน

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

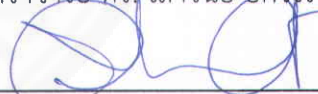
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2559

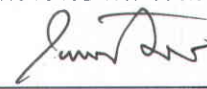
ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัสวโรจัน)

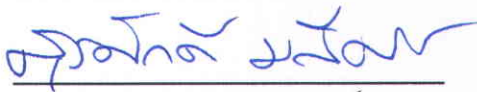
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ)


กรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(รองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ญ นคร)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์


(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี)

คณบดี


(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำรับรองเอกชน
ชื่อผู้เขียน	นายชัชวีน คงเจริญ
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ วีรวัฒน์ จันทโชติ
ปีการศึกษา	2558

บทคัดย่อ

การค้าขายแลกเปลี่ยนเป็นกิจกรรมที่มีวิวัฒนาการอย่างยาวนานควบคู่กับสังคมมนุษย์ เริ่มจากการค้าขายกันภายในชุมชนจนกระทั่งพัฒนาการเป็นการค้าขายระหว่างประเทศ ผ่านยุคการปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) จนก้าวสู่สังคมเศรษฐกิจแบบทุนนิยมในปัจจุบันนี้ ปัญหาความไว้วางใจในคู่สัญญาของตนก็ยังคงเป็นปัญหาสำคัญสำหรับการค้าขายในทุกยุคทุกสมัย หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังไม่มี ความไว้วางใจในการชำระหนี้ของอีกฝ่ายการเข้าทำสัญญากัน การทำสัญญากันย่อมเป็นไปได้ยาก จึงเกิดกระบวนการที่บุคคลที่สามเข้ามารับรองความน่าเชื่อถือของคู่สัญญาขึ้น

ในปัจจุบันผู้ให้คำรับรองมักจะเป็นหน่วยงานเอกชนที่ประกอบกิจการให้คำรับรองโดยการทดสอบเปรียบเทียบข้อเท็จจริงที่ได้สำรวจกับมาตรฐานเฉพาะด้านตาม พ.ร.บ. การมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน หากผู้ให้คำรับรองกระทำการฝ่าฝืนหน้าที่ ไม่ใช่ความระมัดระวังเท่าที่ตนควรจะต้องใช้จนส่งผลให้ผู้เชื่อถือคำรับรองนั้นได้รับความเสียหาย ผู้ให้คำรับรองเช่นนั้นก็ควรมีความรับผิดชอบในทางแพ่งต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นด้วย โดยประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ และอเมริกา ได้ใช้หลักกฎหมายละเมิดในการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรอง แต่ประเทศเยอรมนีที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายประสบบปัญหาในการใช้หลักกฎหมายละเมิดเพราะตัวบทกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองโดยเคร่งครัด นักกฎหมายเยอรมันจึงได้ใช้หลักกฎหมายสัญญาเพื่ออุดช่องว่างดังกล่าว และต่อมาได้มีกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับความปลอดภัยของสินค้าจึงอาจใช้กฎหมายดังกล่าวประกอบกับกฎหมายละเมิดในการกำหนดความรับผิดได้

ด้วยเหตุที่ผู้ให้คำรับรองกับบุคคลภายนอกนั้นไม่มีนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาต่อกัน การกำหนดความรับผิดตามหลักกฎหมายสัญญาจึงมีข้อขัดข้อง ส่งผลให้การกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายละเมิดเป็นช่องทางที่น่าสนใจ โดยพื้นฐานความรับผิดเพื่อละเมิดย่อมเกิดจากการล่วงสิทธิผิดหน้าที่ แนวทางในการกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายแก่ผู้ให้คำรับรองจึงเป็นกุญแจสำคัญที่นำไปสู่ความรับผิด ด้วยเหตุนี้บทความนี้จึงนำเสนอการพิจารณาแก้ไข พ.ร.บ. การมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 โดยกำหนดหน้าที่ของผู้ให้คำรับรองในการใช้ความระมัดระวังในการทำให้คำรับรอง เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนทั่วไปในสังคมและสร้างมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่แก่ผู้ให้คำรับรอง

คำสำคัญ: ความรับผิดทางละเมิด, ผู้ให้คำรับรอง, พ.ร.บ.การมาตรฐานแห่งชาติ



Thesis Title	THE CIVIL LIABILITY OF PRIVATE CERTIFICATION BODIES
Author	Mr. Chatchawin Kongcharoen
Degree	Master of Law
Department/Faculty/University	International Trade Regulation Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Assistant Professor Viravat Chantachote
Academic Years	2015

ABSTRACT

Most Certification Bodies who run certification business by examination and comparison the survey fact with specific standard per the National Standardization Act B.E. 2551 are often a specialist. If Certifications Bodies are careless and cause of any damage to the third party, as such Certifications Bodies should have civil liable. For example, England and USA who attached to Common Law system use tort law to impose liability to Certification Bodies. While Germany who attached to Civil Law system use contract law to impose liability, Later on Germany has proclaimed the Product Safety law, which could be supplemented with tort law to impose tort liability of the Certification Bodies.

A guideline of duties according to laws for the Certification Bodies is a key imposing to the tort liability. Therefore, this article is to present amendment of the National Standardization Act B.E. 2551 by adding in duty of care of Certification Bodies for the sake of protecting public interest and enhance performance standard of Certification Bodies.

Keywords: Tort Liability, Certification Body, National Standardization Act B.E. 2551

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาจากผู้มีพระคุณหลายท่าน แต่ด้วยพื้นที่ในส่วนนี้มีจำกัดจึงไม่อาจหยิบยกขึ้นกล่าวถึงได้ทั้งหมด ในเบื้องต้นผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ฌ นคร คุณครูผู้ให้คำปรึกษาและแนะนำแนวทางการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ตลอดจนรับฟังความเห็นและตอบข้อซักถามของผู้เขียนตลอดมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วีรวัฒน์ จันทโชติ ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ให้คำชี้แนะ และข้อท้วงติงแก่ผู้เขียนเพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัสวโรจน์ ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศร ที่กรุณารับเป็นกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์ ทวีศักดิ์ เอื้ออมรวิษ ซึ่งคุณาจารย์ทุกท่านได้ให้ข้อเสนอแนะอย่างสร้างสรรค์และให้ข้อท้วงติงเชิงวิชาการอันเป็นประโยชน์ต่อการนำเสนอแนวทางแก้ปัญหาที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งประสงค์

โอกาสนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณคุณพ่อ คุณแม่ พี่โอ้ พี่เอ๊ ครอบครัวที่รักยิ่งของผู้เขียนสำหรับการสนับสนุน กำลังใจ และความเข้าใจที่มีให้ผู้เขียนเสมอมา ขอคุณน้องแก้วที่เป็นธุระด้านงานเอกสารและความช่วยเหลือในทุกด้าน กราบขอบคุณหัวหน้างานและเพื่อนร่วมงานในฝ่ายกฎหมาย ธนาคารแห่งประเทศไทย ที่เข้าใจและให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ ขอคุณเริง เด็นท์ พี่เอส พี่ไอซ์ มิว กลุ่มเพื่อนหอ และเพื่อนร่วมสาขากฎหมายการค้ำระหว่างประเทศ สำหรับมิตรีจิตและความช่วยเหลือที่ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จไปได้ด้วยดี ทั้งนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณประโยชน์ประการใด ผู้เขียนขอยกความดีทั้งหมดแก่คณาจารย์ที่ประสิทธิประสาทสรรพวิชาแก่ผู้เขียนทั้งในกาลก่อนและกาลปัจจุบัน แต่หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นาย ชัชวิน คงเจริญ

สารบัญ

บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(2)
กิตติกรรมประกาศ	(3)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์	4
1.3 สมมุติฐาน	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา	5
1.5 วิธีการในการศึกษา	7
บทที่ 2 ข้อความคิดเกี่ยวกับคำรับรอง	8
2.1 แนวคิดและภาพรวมของคำรับรอง	8
2.1.1 คำรับรองในบริบทของการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน	8
2.1.2 คำรับรองในบริบทของการค้าระหว่างประเทศ	10
2.1.3 คำรับรองในบริบทของกฎหมายไทย	11
2.1.4 การมาตรฐานกับการให้คำรับรอง	12
2.1.4.1 การให้คำรับรอง (Certification) และการรับรองระบบงาน (Accreditation)	13
2.1.4.2 ตราสัญลักษณ์การรับรองตามมาตรฐาน	15
2.2 สถานะของหน่วยงานผู้ให้คำรับรอง	16

2.2.1 การรับรองโดยหน่วยงานของรัฐ	17
2.2.2 การรับรองโดยหน่วยงานเอกชน	19
2.3 ความเชี่ยวชาญของผู้ให้คำรับรอง	21
2.3.1 ความหมายของวิชาชีพ	22
2.3.2 วิชาชีพกับการให้คำรับรอง	23
2.4 ความเชี่ยวชาญของผู้ให้คำรับรอง	21
2.4.1 การให้คำรับรองด้านการประกอบการ	25
2.4.2 การให้คำรับรองด้านผลิตภัณฑ์หรือบริการ	27
2.4.3 การให้คำรับรองด้านฐานะทางการเงิน	30
2.5 ปัจจัยสำคัญในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรอง	32
บทที่ 3 ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองในกฎหมายต่างประเทศ	34
3.1 สถานะทางกฎหมายของคำรับรองในกฎหมายต่างประเทศ	34
3.2 ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายอังกฤษ	35
3.2.1 หลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดของอังกฤษ	36
3.2.1.1 แนวคิดดั้งเดิมว่าด้วยความผิด (Fault) เป็นรากฐานของละเมิด	37
3.2.1.2 แนวคิดและหลักกฎหมายจากคดี Donoghue v Stevenson ในปี ค.ศ. 1932	37
3.2.1.3 แนวคิดดั้งเดิมว่าด้วยความผิด (Fault) เป็นรากฐานของละเมิด	40
3.2.2 หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของอังกฤษ	42
3.2.3 Rights of Third Parties Act 1999	45
3.2.4 หลัก “Common Calling” หรือ “Public Calling”	45
3.2.5 แนวคำวินิจฉัยความรับผิดเกี่ยวกับผู้ให้คำรับรองของอังกฤษ	47
3.2.6 แนวทางการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองของอังกฤษ	50
3.3 ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายอเมริกา	54
3.3.1 แนวคำวินิจฉัยความรับผิดเกี่ยวกับผู้ให้คำรับรองของอเมริกา	54
3.3.2 แนวทางการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองของอเมริกา	56
3.4 ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายเยอรมนี	57

3.4.1 หลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดของเยอรมนี	57
3.4.2 หลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดของเยอรมนี	61
3.4.2.1 การเกิดขึ้นของสัญญา	62
3.4.2.1 ลักษณะของคำรับรองตามที่กฎหมายเยอรมัน	63
3.4.3 Act on making product available in the market (Product Safety Act) 2011	65
3.4.3.1 การให้คำรับรองผลิตภัณฑ์ที่จะวางจำหน่าย	66
3.4.2.1 คดี TUV Rheinland ผู้ให้คำรับรองของเยอรมนีถูกฟ้องเป็นคดี ต่อศาลฝรั่งเศส	68
3.4.4 แนวทางการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองของเยอรมนี	70
3.5 ความรับผิดของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายจีน	72
3.6 ทิศทางการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองของต่างประเทศ	74
3.6.1 การกำหนดความรับผิดตามกฎหมายละเมิด	74
3.6.2 การกำหนดความรับผิดตามกฎหมายสัญญา	75
3.6.3 การกำหนดความรับผิดตามกฎหมายพิเศษ	75
บทที่ 4 ความรับผิดของผู้ให้คำรับรองในกฎหมายไทย	77
4.1 สถานะทางกฎหมายของคำรับรองตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา	77
4.1.1 สถานะของคำรับรองพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำรับรอง กับผู้ประกอบการ	77
4.1.2 สถานะของคำรับรองพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำรับรอง กับบุคคลทั่วไป	80
4.2 ความรับผิดของผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลทั่วไปตามกฎหมายไทย	83

4.2.1 พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551	83
4.2.1.1 ความเป็นมาและหลักการของกฎหมาย	83
4.2.1.2 ความรับผิดชอบทางปกครอง	85
4.2.1.3 ความรับผิดชอบทางอาญา	87
4.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา	88
4.2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	90
4.2.3.1 การกำหนดความรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 420	90
4.2.3.2 บทสันนิษฐานความผิดตามมาตรา 422	92
4.3 บทวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรอง ต่อบุคคลทั่วไป	93
4.3.1 พื้นฐานในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบละเมิด	94
4.3.2 ปัญหาการขาดแคลนบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ในการใช้ความ และระดับความระมัดระวังในการปฏิบัติงานของผู้ให้คำรับรอง	96
4.3.3 ปัญหาข้อขัดข้องในกรณีที่บุคคลทั่วไปจะพิสูจน์ความผิดในการให้คำรับรอง ของผู้ให้คำรับรอง	98
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	101
5.1 บทสรุป	101
5.1.1 บทสรุปกฎหมายต่างประเทศ	102
5.1.2 บทสรุปกฎหมายไทย	103
5.2 ข้อเสนอแนะ	105
รายการอ้างอิง	111
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก	116
ภาคผนวก ข	120
ประวัติผู้เขียน	126

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เมื่อพิจารณาถึงกิจกรรมของมนุษย์ในการซื้อขายและการให้บริการแล้วย่อมเป็นที่ประจักษ์ว่ากิจกรรมเหล่านี้ล้วนมีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของบุคคลอย่างน้อยสองฝ่าย ได้แก่ ผู้ขายหรือผู้ให้บริการฝ่ายหนึ่งกับผู้ซื้อหรือผู้ใช้บริการอีกฝ่ายหนึ่ง โดยการขายและการให้บริการเกิดขึ้นมาจากการแสดงเจตนาตกลงกันของบุคคลทั้งสองฝ่ายข้างต้นจนเกิดเป็นสัญญาที่สร้างความผูกพันในทางกฎหมายระหว่างกัน เมื่อการทำสัญญาซื้อขายต้องมีการชำระราคาแลกเปลี่ยนกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และการทำสัญญาให้บริการก็มีการชำระค่าบริการแลกเปลี่ยนกับการได้รับบริการ ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต่างมีหน้าที่ต้องชำระแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตอบแทนซึ่งกันและกัน อย่างไรก็ตามในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยังไม่มี ความไว้วางใจในการชำระหนี้ของอีกฝ่าย การที่ทั้งสองฝ่ายจะแสดงเจตนาเข้าทำสัญญากันย่อมเป็นไปได้ยาก และบ่อยครั้งความไม่ไว้วางใจกันเช่นนี้ก็เป็นเหตุให้การเจรจาทำสัญญาต้องยุติลงอย่างน่าเสียดายซึ่งก่อให้เกิดการเสียโอกาสในทางการค้า การหมุนเวียนของทรัพยากร และส่งผลกระทบต่อ การกระจายรายได้ไปยังภาคประชาชนด้วย

เมื่อความไว้วางใจเป็นสิ่งสำคัญในการทำธุรกิจการค้าและบริการ คู่สัญญาจึงมักมีคำถามอยู่เสมอว่าจะมั่นใจในตัวคู่สัญญาอีกฝ่ายได้อย่างไรในยุคทุนนิยมอย่างปัจจุบัน ซึ่งคู่สัญญามักจะมีความคุ้นเคยและความไว้วางใจในระหว่างกันน้อยกว่าการการค้าขายกันระหว่างคนในชุมชนเดียวกันหรือคนในแวดวงการค้าเดียวกันในสมัยก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการค้าขายระหว่างประเทศซึ่งมักจะพบปัญหาด้านความไว้วางใจอย่างเห็นได้ชัด เนื่องจากความแตกต่างของขนบธรรมเนียมประเพณี วิธีปฏิบัติ ตลอดจนกฎหมายที่ใช้บังคับ จึงอาจกล่าวได้ว่าไม่ว่าจะเป็น การค้าขายในกรณีใด ผู้ซื้อและผู้ขายย่อมต้องการความมั่นใจว่าผู้ที่ตนกำลังเจรจาท่าธุรกิจอยู่ด้วยนั้น มีศักยภาพเพียงพอจะดำเนินการตามสัญญาชำระหนี้ตอบแทนแก่ตนอย่างถูกต้องครบถ้วน ทางออกทางหนึ่งของคู่สัญญาเหล่านั้นคือการร้องขอให้ผู้ที่ตนกำลังเจรจาท่าธุรกิจอยู่ด้วยให้ดำเนินการขอคำรับรองจากบุคคลอื่นที่มีได้เป็นคู่สัญญาซึ่งมีความน่าเชื่อถือ เพื่อให้บุคคลที่สามนั้นใช้ชื่อเสียงหรือความเชี่ยวชาญในทางวิชาชีพอันเป็นที่น่าเชื่อถือนั้นให้การรับรองความน่าเชื่อถือเสียก่อน ตนจึงจะมีความมั่นใจในการเข้าทำสัญญาด้วย อย่างไรก็ตามก็ดีด้วยลักษณะของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมซึ่งมีการแข่งขันกันสูงในหมู่ผู้ประกอบการ ในปัจจุบันผู้ประกอบการเหล่านั้นไม่จำเป็นต้องรอให้

ผู้ที่เข้าเป็นผู้สัญญาร้องขอให้ดำเนินการเกี่ยวกับคำรับรอง หากแต่ผู้ประกอบการเหล่านั้นสมัครใจที่จะใช้บริการคำรับรองความน่าเชื่อถือจากบุคคลอื่นที่มีใบผู้สัญญาเพื่อเป็นการเสริมสร้างความน่าเชื่อถือ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สามารถต่อยอดโอกาสในการประกอบธุรกิจให้แก่ตนเองได้

คำรับรองที่ใช้ในการสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่ผู้ประกอบการได้นั้น ย่อมจะต้องเป็นมากกว่าคำแนะนำโดยทั่วไปที่แสดงออกถึงข้อเท็จจริงเพื่อใช้เป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และเป็นมากกว่าคำรับรองทั่วไปที่เพียงแต่เป็นการรับรองข้อเท็จจริงใดๆ ตามปกติวิสัยเท่านั้น แต่คำรับรองที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาก็คือคำรับรองที่กระทำโดยบุคคลที่สามซึ่งมักเป็นผู้ที่มีความน่าเชื่อถือหรือมีชื่อเสียงในขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่ต้องการการรับรอง และมักจะเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในกิจการที่ให้คำรับรองนั้นๆ ซึ่งการรับรองนั้นจะมีความละเอียดลึกซึ้งมากกว่าการรับรองข้อเท็จจริงทั่วไป กล่าวคือมีลักษณะของการใช้ทักษะความเชี่ยวชาญในการตรวจสอบ ทดสอบ ประเมิน เพื่อนำผลลัพธ์มาเทียบกับมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ โดยกระบวนการดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของ “การมาตรฐาน” (standardization) ตามความในพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางแนวทางของการตรวจสอบและรับรองและควบคุมผู้ให้คำรับรองที่มีลักษณะเป็นผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองนั่นเอง

ในการนี้บุคคลที่สามซึ่งเป็นผู้ให้คำรับรองดังกล่าวนี้อาจเป็นหน่วยงานในภาครัฐที่มีหน้าที่กำกับหรือส่งเสริมการประกอบธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออาจจะเป็นหน่วยงานภาคเอกชน ซึ่งได้รับการยอมรับจากผู้ประกอบการ ประชาชนทั่วไป หรือแม้กระทั่งภาครัฐก็ได้ แต่โดยสภาพการณ์การให้คำรับรองในปัจจุบัน เราจะพบบุคคลผู้มีความรู้เชี่ยวชาญและมีการประกอบธุรกิจการให้คำรับรองดังกล่าวอย่างเป็นกิจจะลักษณะจำนวนมากในภาคเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ให้คำรับรองเอกชนซึ่งในปัจจุบันนี้ได้ประกอบอาชีพให้คำรับรองแก่สินค้าหรือบริการโดยตรงเสมือนเป็นวิชาชีพหนึ่งไปแล้ว

เมื่อผู้ให้คำรับรองเอกชนดำเนินการตรวจสอบตามวิธีปฏิบัติที่ใช้เทียบเคียงกับเกณฑ์ใดเกณฑ์หนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นมาตรฐานแล้ว หากพบว่าผู้ประกอบการมีคุณลักษณะผ่านเกณฑ์มาตรฐานก็จะออกคำรับรองให้แก่ผู้ประกอบการนั้น โดยวัตถุประสงค์หลักของคำรับรองนี้คือเครื่องมือเพิ่มความน่าเชื่อถือให้แก่ผู้ประกอบการและสร้างความมั่นใจแก่ผู้ที่จะเข้ามาทำธุรกรรมกับผู้ประกอบการนั้นด้วย เช่น นาย ก. ต้องการผลิตรองเท้าขายออกวางจำหน่าย โดยนาย ก. เกรงว่ารองเท้าของตนจะไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชน นาย ก. จึงต้องใช้บริการคำรับรองด้านคุณภาพจากสถาบัน ข. ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีวัตถุประสงค์ในการให้คำรับรอง เพราะประชาชนบุคคลทั่วไปย่อม

เชื่อถือในมาตรฐานในการตรวจสอบและประเมินผลิตภัณฑ์ของสถาบัน ข. เป็นต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า
 คำรับรองหรือหนังสือรับรองมีความสำคัญต่อการพาณิชย์และต่อประชาชนในสังคมปัจจุบันอยู่ไม่น้อย
 อย่างไรก็ตาม แม้คำรับรองจากหน่วยรับรองเอกชนจะได้รับการยอมรับและใช้กัน
 อย่างแพร่หลายในปัจจุบันและมีหน่วยงานเอกชนที่ดำเนินการเกี่ยวกับการให้คำรับรอง
 แก่ผู้ประกอบการอยู่มาก ทั้งในฐานะที่เป็นผู้กำหนดเกณฑ์ดำเนินการทดสอบตามมาตรฐาน
 ผู้ออกคำรับรอง ที่ปรึกษาและผู้ฝึกอบรมเพื่อให้ได้รับคำรับรอง แต่การพิจารณาถึงสถานะ
 ทางกฎหมายของคำรับรอง นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องกับคำรับรอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
 สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ออกคำรับรองตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะพระราชบัญญัติการ
 มาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 กลับไม่มีกรอบทางกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน ส่งผลให้เมื่อเกิดปัญหา
 จากการที่คำรับรองนั้นมีข้อบกพร่องในประการต่าง ๆ อันเกิดจากความผิดของผู้ให้คำรับรอง และคำ
 รับรองที่บกพร่องเช่นนั้นก่อความเสียหายแก่ประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่เชื่อถือในคำ
 รับรอง กรณีดังกล่าวก็ย่อมจะนำมาสู่ปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรอง
 เอกชนที่กระทำการโดยบกพร่อง

แนวความคิดในการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรองนั้นเริ่มก่อตัวมาระยะหนึ่ง
 แล้วในต่างประเทศ ด้วยเหตุและปัจจัยต่าง ๆ เช่น แนวคิดด้านการคุ้มครองผู้บริโภค แนวคิดด้านการ
 มาตรฐาน การยอมรับมาตรฐานร่วมกันในระดับประเทศ โดยในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก
 เริ่มมีกรณีให้ผู้ให้คำรับรองถูกฟ้องร้องดำเนินคดีมากขึ้น ซึ่งในปี ค.ศ. 2010 ก็ได้เกิดเหตุการณ์สำคัญที่
 ส่งผลกระทบทั้งในแวดวงผู้ผลิตเครื่องมือแพทย์ และในแวดวงผู้ตรวจสอบและให้คำรับรอง ได้แก่
 เหตุการณ์ที่บริษัท ได้แก่กรณีของบริษัท Poly Implant Prothèse (PIP) สัญชาติฝรั่งเศสซึ่งเป็นผู้ผลิต
 ซิลิโคนที่ใหญ่เป็นอันดับที่สามของโลก ได้ใช้วัสดุซิลิโคนเหลวที่ใช้ในการอุตสาหกรรมมาเป็นวัตถุดิบ
 ในการผลิตซิลิโคนเสริมหน้าอก ซึ่งไม่ถูกต้องตามมาตรฐานของผลิตภัณฑ์ประเภทซิลิโคนที่ใช้
 ในทางการแพทย์ แต่การกระทำดังกล่าวกลับไม่ได้ถูกตรวจพบโดยบริษัท TÜV Rheinland
 จากเยอรมนีซึ่งเป็นผู้ให้การรับรองมาตรฐานความปลอดภัยของสินค้าที่วางตลาดในยุโรปแต่อย่างใด
 เมื่อผู้เสียหายในกรณีนี้ ได้แก่ สุภาพสตรีที่ได้รับการผ่าตัดเสริมหน้าอกด้วยซิลิโคนที่บกพร่องดังกล่าว
 และผู้จัดจำหน่ายซิลิโคนได้ร่วมกันฟ้องคดีต่อศาลในประเทศฝรั่งเศส โดยในคดีนี้มีประเด็นพิจารณา
 ในศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ เกี่ยวกับหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ที่ตรวจ
 ประเมินเพื่อให้คำรับรองของบริษัท TÜV Rheinland ผู้ให้คำรับรอง โดยการพิจารณาถึงหน้าที่
 ดังกล่าวจะเป็นกุญแจสำคัญในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองนั้น

นอกจากนี้ในแวดวงการพาณิชย์นาวีก็ได้มีการพูดคุยถกเถียงกันมาเป็นเวลานาน
 แล้วในประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดความรับผิดชอบแก่สถาบันจัดชั้นเรือซึ่งเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ตรวจประเมิน

สภาพของเรือตามกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยที่เกี่ยวข้องและออกเอกสารรับรองการจัดชั้นเรือ เพื่อประโยชน์ในการทำประกันภัย หรือการทำสัญญาขนส่งทางทะเล ซึ่งการทำหน้าที่ของสถาบัน จัดชั้นเรือนี้อาจเทียบเคียงได้กับการทำหน้าที่ที่ตรวจประเมินตามแนวมาตรฐานของผู้ให้คำรับรอง และการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรองในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลที่สามที่มีใช้สัญญา ในสัญญาขอให้มีการจัดชั้นเรือนี้ประเทศต่าง ๆ ก็ได้มีแนวความเห็นที่น่าสนใจซึ่งมีแนวคิด ในการใช้หลักกฎหมายที่ใกล้เคียงกันกับการปรับใช้หลักกฎหมายในการกำหนดความรับผิดชอบ แก่ผู้ให้คำรับรองที่ทำการตรวจสอบและรับรองตามแนวมาตรฐาน

สำหรับประเทศไทยเราแม้จะยังไม่พบแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ได้วางหลัก พิจารณากำหนดความรับผิดชอบให้แก่ผู้ให้คำรับรอง แต่ในสังคมปัจจุบันที่มีผู้ให้คำรับรองหลายราย และมีการให้คำรับรองกันหลายสาขาทำให้มีแนวโน้มที่อาจจะเกิดข้อพิพาทในกรณีที่คำรับรอง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลทั่วไปที่มีได้อยู่ภายใต้สัญญาขอคำรับรองเช่นเดียวกับกรณีของ ต่างประเทศได้ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะสร้างกระบวนการทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครอง แก่ประชาชนทั่วไปที่อาจได้รับผลกระทบจากการให้คำรับรองที่มีความบกพร่อง มิฉะนั้นอาจส่งผล กระทบต่อการพาณิชย์และความเชื่อมั่นของผู้บริโภคในระดับประเทศได้

1.2 วัตถุประสงค์

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนด ความรับผิดชอบทางแพ่งแก่ผู้ให้คำรับรองเอกชนตามหลักกฎหมายละเมิดและหลักกฎหมายสัญญา เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับแนวทางและขอบเขตในการกำหนดความรับผิดชอบของ ผู้ให้คำรับรอง โดยมุ่งเน้นประเด็นการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองที่ให้คำรับรอง จากการตรวจประเมินหรือเปรียบเทียบข้อเท็จจริงใดๆ กับมาตรฐานที่กำหนดไว้ โดยที่คำรับรองนั้น ก่อความเสียหายต่อประชาชนทั่วไป เพื่อนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับระบบการ ให้คำรับรองตามแนวมาตรฐานของประเทศไทย (พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551) ซึ่งสามารถจำแนกวัตถุประสงค์ในการศึกษาออกเป็นประเด็นย่อยได้ดังนี้

(1) เพื่อศึกษาถึงปัจจัยที่สำคัญในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรอง โดยศึกษาถึงบริบทต่าง ๆ ของคำรับรอง ลักษณะของคำรับรอง

(2) เพื่อศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของคำรับรอง โดยศึกษาเปรียบเทียบกับเอกสารหรือกิจกรรมอื่นที่ใกล้เคียงกับคำรับรองเพื่อเชื่อมโยงแนวความคิดในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรอง

(3) เพื่อกำหนดแนวทางในการแก้ปัญหากรณีคำรับรองก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก โดยมุ่งเน้นพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ สถานะ และแนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายของต่างประเทศ รวมไปถึงการพิจารณาเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

1.3 สมมติฐาน

ผู้ให้คำรับรองควรต้องมีความรับผิดชอบในทางแพ่งต่อบุคคลภายนอก แต่การปรับใช้หลักกฎหมายสัญญากำหนดความรับผิดชอบนั้นไม่สามารถทำได้เนื่องจากผู้ให้คำรับรองและบุคคลภายนอกไม่มีนิติสัมพันธ์กันตามกฎหมายว่าด้วยสัญญา ดังนั้นจึงต้องใช้หลักกฎหมายละเมิด แต่ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 นั้นไม่ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้คำรับรองในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในระดับของผู้มีวิชาชีพเอาไว้ จึงอาจเกิดข้อขัดข้องในการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรองได้ ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ให้กำหนดระดับความระมัดระวังดังกล่าวไว้ด้วย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษา “คำรับรอง” และ “ผู้ให้คำรับรอง” เป็นวัตถุประสงค์หลักในการศึกษา แต่ด้วยความหมายของคำรับรองที่กินความกว้างขวางมาก การจำกัดขอบเขตของการศึกษาจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้ได้แนวทางแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพและตรงประเด็น โดยผู้เขียนใคร่ขอกำหนดขอบเขตของการศึกษาเพื่อความเข้าใจที่ชัดเจน โดยเน้นไปที่คำรับรองตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ซึ่งสามารถแยกเป็นประเด็นได้ดังต่อไปนี้

(1) “คำรับรอง” มุ่งศึกษาถึงคำรับรองที่มีลักษณะเป็นการให้คำรับรองโดยการยืนยันข้อเท็จจริงตามที่ได้ตรวจสอบและเปรียบเทียบตามแนวมาตรฐาน เนื่องจากเป็นคำรับรองที่เป็นกิจจะลักษณะและมีความสำคัญต่อการค้าและเศรษฐกิจของสังคมในปัจจุบัน

(2) “ผู้ให้คำรับรอง” มุ่งศึกษาผู้ให้คำรับรองที่มีฐานะเป็นหน่วยงานเอกชนและประกอบกิจการตรวจสอบและรับรองอย่างเป็นทางการเป็นกิจลักษณะ แม้ผู้ให้คำรับรองนั้นอาจเป็นได้ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน แต่ในปัจจุบันแนวโน้มของการให้การรับรองนั้นจะคลี่คลายไปสู่การรับรองโดยภาคเอกชนมากกว่า ซึ่งผู้ให้คำรับรองเอกชนได้รับความนิยมมากขึ้นและส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจอย่างมากในปัจจุบัน

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้นนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้กล่าวถึงลักษณะและธรรมชาติของคำรับรองโดยรวม แล้วจึงมุ่งเน้นการศึกษาและจำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะกรณีของ “ผู้ให้คำรับรองที่เป็นหน่วยงานเอกชนซึ่งตกลงให้การรับรองโดยใช้ทักษะความเชี่ยวชาญของตนในการรับรองข้อเท็จจริงตามมาตรฐานในสาขาต่างๆ” หรือกล่าวได้ว่าเป็นการศึกษาเพื่อกำหนดความรับผิดชอบที่พึงแก่ผู้ให้คำรับรองที่ดำเนินการตรวจสอบและรับรองตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 เพื่อที่จะสามารถกำหนดความรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวให้แก่ผู้ให้คำรับรองที่เป็นเอกชนได้อย่างเหมาะสม โดยในบทที่ 2 นั้นจะได้อธิบายถึงแนวคิดเพื่อนำไปสู่ปัจจัยในการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรองตามขอบเขตของการศึกษาตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ ส่วนกฎหมายอื่นที่มีหลักการควบคุมการให้คำรับรองตามแนวมาตรฐานอื่นใด หรือมาตรฐานทางวิชาชีพใดที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติงานเอาไว้โดยเฉพาะแล้ว เช่น มาตรฐานทางการบัญชี หรือมาตรฐานทางการแพทย์ การจะพิจารณากำหนดความรับผิดชอบก็ต้องพิจารณาจากหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะที่ใช้ควบคุมบุคคลในแต่ละวิชาชีพเป็นหลัก จึงไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอบเขตเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แบ่งออกเป็น 5 บท ซึ่งกล่าวโดยสังเขปได้ดังนี้

บทที่ 1 บทนำ กล่าวถึงเหตุผลและปัญหาทางกฎหมายที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษา โดยเน้นที่การอธิบายว่าถึงความสำคัญของคำรับรองซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมได้ กล่าวในเบื้องต้นว่าคำรับรองมิใช่การให้คำแนะนำทั่วไปเนื่องจากมีเรื่องของการมาตรฐานเข้ามาเกี่ยวข้อง ตลอดจนจำกัดขอบเขตในการศึกษาให้เน้นประเด็นที่สำคัญและสอดคล้องกับทางปฏิบัติจริง

บทที่ 2 ข้อความคิดเกี่ยวกับคำรับรอง เป็นการอธิบายถึงลักษณะโดยทั่วไปของคำรับรอง การให้คำรับรองในทางปฏิบัติและการรับรองระบบงาน เพื่อเชื่อมโยงสู่การวิเคราะห์ปัจจัยที่ควรคำนึงถึงในการกำหนดความรับผิดชอบให้แก่ผู้ประกอบการ ได้แก่ สถานะของผู้ให้คำรับรอง วัตถุประสงค์ที่ได้รับการรับรอง ความเชี่ยวชาญของผู้ให้คำรับรอง

บทที่ 3 ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองในกฎหมายต่างประเทศ กล่าวถึงสถานะทางกฎหมาย หลักกฎหมายสัญญาและละเมิดของต่างประเทศที่อาจนำมาพิจารณากำหนดความรับผิด กฎหมายเฉพาะ ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาล

บทที่ 4 ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองในกฎหมายไทย กล่าวถึงสถานะทางกฎหมาย หลักกฎหมายสัญญาและละเมิดของไทยที่อาจนำมาพิจารณากำหนดความรับผิด พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ

บทที่ 5 บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ วิเคราะห์ว่าควรจะกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองตามหลักกฎหมายสัญญา หรือหลักกฎหมายละเมิด ตลอดจนเสนอข้อเสนอนี้เกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เพื่อแก้ปัญหาทางกฎหมายที่ได้ยกขึ้นมาเป็นประเด็นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1.5 วิธีการในการศึกษา

การศึกษาหาข้อมูลเพื่อนำมาประกอบการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นการศึกษาจากบทความและตำราของไทยและต่างประเทศในประเด็นต่างๆ ที่อาจเทียบเคียงกันได้ เช่น บทบัญญัติของกฎหมาย หนังสือ วิทยานิพนธ์ นอกจากนี้ได้หาข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตจากเว็บไซต์ต่างๆ ของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง องค์กรระหว่างประเทศ ตลอดจนหน่วยรับรองในประเด็นต่างๆ ดังนี้

(1) ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับระบบการให้คำรับรองของประเทศไทยโดยมุ่งเน้นศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายและนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องกับคำรับรอง พิจารณาหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาและละเมิด พิจารณากฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับระบบการรับรองของประเทศไทย (พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551)

(2) ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับระบบการให้คำรับรองของต่างประเทศ และกลุ่มประเทศโดยมุ่งเน้นศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายและนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องกับคำรับรอง เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เยอรมนี และประเทศจีน ซึ่งจะมีหลักกฎหมายข้อบังคับ หรือแนวทางปฏิบัติที่อาจนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทยได้

บทที่ 2

ข้อความคิดเกี่ยวกับคำรับรอง

2.1 แนวคิดและภาพรวมของคำรับรอง

ในการศึกษาว่าผู้ให้คำรับรองเอกชนควรมีความรับผิดชอบทางแพ่งหรือไม่ประการใดนั้นย่อมต้องพิจารณาถึงข้อความคิดพื้นฐาน ความหมาย ทิศทางของการให้คำรับรองในปัจจุบัน ตลอดจนแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการให้คำรับรองเพื่อเป็นข้อเท็จจริงพื้นฐานอันจะนำไปสู่การค้นหาหลักกฎหมายเพื่อนำมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงดังกล่าว นอกจากนี้การพิจารณาแนวโน้มของการให้คำรับรองในอนาคต เช่น การให้คำรับรองในทางการค้าระหว่างประเทศ ตลอดจนประเด็นอื่นที่เกี่ยวข้อง ก็จะเป็นการทำความเข้าใจถึงธรรมชาติของคำรับรองซึ่งจะช่วยเติมเต็มมุมมองในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลภายนอกที่เสียหาย

2.1.1 คำรับรองในบริบทของการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน

คำรับรองหรือเอกสารรับรอง (Certification) มีรากศัพท์มาจากคำภาษาลาติน “certum facere” ซึ่ง แปลว่าการให้ความชัดเจนแน่นอน (to make certain)¹ กล่าวคือเป็นกระบวนการที่บุคคลหนึ่งทำให้อีกบุคคลหนึ่งได้รับความน่าเชื่อถือนั่นเอง โดยในเว็บไซต์ <http://definitions.uslegal.com/> ได้ให้นิยามของ “Certification” ไว้ว่า เอกสารที่แสดงความพอใจว่าข้อเท็จจริงใดๆ ตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน โดยที่ใบรับรองทำให้ผู้ถือได้รับสิทธิบางอย่างจากผู้ออกใบรับรองนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่าคำรับรองนั้นมีความหนักแน่นของการยืนยันข้อเท็จจริงมากกว่าการให้คำแนะนำที่เป็นเพียงแต่การให้ข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจเท่านั้น

สำหรับความหมายของ “Certification” ที่พบอยู่ในบริบทของการประกอบธุรกิจในปัจจุบันนั้น International Organization for Standardization (ISO) องค์กรระหว่างประเทศที่เป็นอิสระจากรัฐผู้ทำหน้าที่กำหนดมาตรฐานในสาขาต่างๆ ซึ่งได้รับการยอมรับจากหลายประเทศให้เป็นมาตรฐานสากล ได้ให้คำนิยามไว้ว่าการให้คำรับรองคือการที่หน่วยงานที่เป็นอิสระรับประกันเป็นลายลักษณ์อักษรว่าผลิตภัณฑ์ บริการ ระบบการจัดการตรงตามความต้องการใดๆ

¹ Matteo Ferrari. “The Liability of Private Certification Bodies for Pure Economic Loss : Comparing English and Italian Law.”, 2010, p. 267.

หรือที่รู้จักกันว่าเป็นการตรวจประเมินความสอดคล้องต้องกันโดยบุคคลที่สาม² ซึ่งเป็นความหมายของคำรับรองในบริบทที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษา กล่าวคือ เน้นศึกษาคำรับรองที่เกิดจากการที่ผู้ให้คำรับรองใช้ทักษะความเชี่ยวชาญในการตรวจสอบ ทดสอบ หรือประเมินข้อเท็จจริงตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ โดยคำรับรองในลักษณะนี้จะมีแนวคิด ตลอดจนส่งผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจในวงกว้างมากกว่าการให้คำแนะนำหรือคำรับรองทั่วไปที่มีได้ใช้ทักษะและความเชี่ยวชาญในการทำคำรับรองด้วย

ในสังคมปัจจุบันมีการให้คำรับรองตามความหมายทางธุรกิจรับรองข้อเท็จจริงในรูปแบบต่างๆ มากยิ่งขึ้น โดยผู้ให้คำรับรองก็จะมีต้นทุนในการทำคำรับรองในแต่ละคราว เช่น ค่าแรงงานของบุคลากร ค่าใช้จ่ายด้านเทคโนโลยี ตลอดจนค่าดำเนินการอื่นๆ จึงเป็นธรรมดาที่จะมีการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์ในลักษณะต่างๆ กับผู้ให้คำรับรอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโลกยุคทุนนิยมเช่นนี้ การให้คำรับรองในทางการค้าเพื่อหากำไร หรือเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งในการประกอบธุรกิจจึงทวีความสำคัญและปริมาณเพิ่มมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ คำรับรองในบริบทข้างต้นอาจกล่าวได้ว่ามีลักษณะเป็นคำรับรองในทางพาณิชย์โดยผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรอง

สำหรับคำรับรองในทางพาณิชย์ในปัจจุบันนี้นั้นมักจะมีกระบวนการให้คำรับรองที่เป็นแบบแผนได้แก่ การคัดเลือกรวบรวมข้อมูลของผลิตภัณฑ์ บริการ หรือการประกอบการเพื่อนำมาทดสอบเปรียบเทียบกับมาตรฐานที่ผู้ให้คำรับรองใช้ในการอ้างอิง โดยจัดทำผลสรุปการเปรียบเทียบนั้นในรูปแบบของรายงาน แม้รายงานการทดสอบนี้อาจไม่ได้ถูกเผยแพร่สู่สาธารณชน แต่หากผลสรุปนั้นตรงตามมาตรฐาน ผู้ให้คำรับรองก็จะออกคำรับรองโดยระบุไว้ชัดเจนว่าผลิตภัณฑ์ บริการ หรือการประกอบการนั้นได้มาตรฐาน ให้แก่ผู้ขอคำรับรอง โดยรูปแบบของคำรับรองที่นิยมใช้กันได้แก่ เอกสารรับรอง (Certification) ซึ่งผู้ขอคำรับรองอาจนำเอกสารรับรองไปใช้ประโยชน์ได้โดยนำไปแสดงกับบุคคลที่สามเพื่อให้ทราบว่าผลิตภัณฑ์ บริการ หรือการประกอบการของผู้ขอคำรับรองนั้นได้มาตรฐาน ในบางกรณี เพื่อเป็นการแสดงถึงการรับรองความได้มาตรฐานโดยสะดวกยิ่งขึ้น ผู้ประกอบการจะได้รับสิทธิในการใช้ตราสัญลักษณ์รับรอง (Certification Mark) ที่เป็นตัวแทนของการประเมินทดสอบและการรับรองนั้น

² ISO, "What is conformity assessment?." สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.iso.org/iso/home/about/conformity-assessment.htm> เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.

"Certification is the provision by an independent body of written assurance (a certificate) that the product, service or system in question meets specific requirements. Certification is also known as third party conformity assessment."

เมื่อวัตถุประสงค์หลักของการให้คำรับรองคือการให้ความน่าเชื่อถือแล้ว การพิจารณาว่าเอกสารรับรองหรือตราสัญลักษณ์รับรองจะนำมาซึ่งความเชื่อถือและไว้วางใจมากน้อยเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับองค์ประกอบหลายประการด้วยกัน อาทิเช่น ข้อเท็จจริงที่เทียบกับมาตรฐาน ตัวมาตรฐานที่ใช้อ้างอิง ทักษะความเชี่ยวชาญและความน่าเชื่อถือของผู้ให้คำรับรอง ตลอดจนเนื้อหาและขอบเขตของคำรับรองด้วย ด้วยเหตุนี้การพิจารณาถึงความน่าเชื่อถือจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป

2.1.2 คำรับรองในบริบทของการค้าระหว่างประเทศ

แม้ปัจจุบันองค์กรซึ่งมีภารกิจในการส่งเสริมความคล่องตัวของการค้าของโลก อย่างองค์การการค้าโลก (World Trade Organization, WTO) จะมีความพยายามในการพัฒนาระบบการค้าเสรีระหว่างประเทศให้ได้มากที่สุด แต่ด้วยจำนวนสมาชิกที่มากถึง 148 ประเทศทั่วโลก ย่อมทำให้การดำเนินการดังกล่าวให้บรรลุเป้าหมายเป็นไปได้ยาก ทางหนึ่งที่จะทำให้ความพยายามของ WTO มีความเป็นไปได้ก็คือการให้ความสำคัญกับการมาตรฐานโดยการกำหนดไว้ใน AGREEMENT ON TECHNICAL BARRIERS TO TRADE (TBT) ยอมรับว่าการมาตรฐานและระบบประเมินความสอดคล้องกับมาตรฐานนั้นสามารถอำนวยความสะดวกให้แก่การค้าระหว่างประเทศได้³

นอกจากความพยายามในการพัฒนาระบบการค้าเสรีระหว่างประเทศของ WTO แล้ว ประเทศต่างๆทั่วโลกได้หันมาจัดตั้งกลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจทั้งในลักษณะทวิภาคี (Bilateral) และพหุภาคี (Multilateral) ซึ่งกลุ่มความร่วมมือดังกล่าวมักถูกเรียกว่าเขตการค้าเสรี (Free Trade Area, FTA) เขตการค้าเสรีเป็นเขตที่ให้สิทธิพิเศษทางการค้าและการลงทุนแก่ประเทศที่เข้าร่วมโดยไม่ขัดกับกฎเกณฑ์ของ WTO ทำให้มีการขยายเขตการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศที่เข้าร่วมเป็นสมาชิก⁴

ในส่วนของประเทศไทยเองได้เจรจากับประเทศต่างๆ เพื่อยกเลิกมาตรการกีดกันทางการค้าด้านภาษีและมิใช่ภาษี (Tariff and Non-Tariff Barriers) โดยเฉพาะในการเจรจา

³ THE AGREEMENT ON TECHNICAL BARRIERS TO TRADE (TBT), “Members, ...Recognizing the important contribution that international standards and conformity assessment systems can make in this regard by improving efficiency of production and facilitating the conduct of international trade.”

⁴ พัชรี ธรรมเดชศักดิ์, “ความสำคัญของระบบการตรวจสอบและรับรองต่อการค้าโลก.” สำนักงานคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการรับรองระบบงาน สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม.

เพื่อยกเลิกมาตรการกีดกันทางการค้าด้านมิใช่ภาษีพบว่าส่วนหนึ่งจะเป็นการเจรจาในเรื่องมาตรการเกี่ยวกับอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade, TBT) ซึ่งเป็นมาตรการในการกำหนดกฎระเบียบทางด้านเทคนิคและมาตรฐานสินค้า รวมถึงการทดสอบ การตรวจสอบ และการรับรอง นั้นหมายถึงว่าสินค้าจะสามารถนำเข้าได้ถ้าสินค้านั้นเป็นไปตามมาตรฐานที่ประเทศนำเข้ากำหนด เช่น การตรวจสอบคุณภาพสินค้านำเข้าต้องมีเอกสารแสดงคุณภาพตามที่กำหนด เช่น ต้องมีใบรับรอง (Certificates of compliance) รายงานผลการทดสอบ (Test report) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมีการกำหนดกฎระเบียบทางด้านเทคนิคและมาตรฐานขึ้นเป็นจำนวนมาก ซึ่งส่งผลกระทบกับการค้าระหว่างประเทศโดยตรง เนื่องจากการเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบและรับรอง (Conformity Assessment) และอาจเกิดการรับรองผลิตภัณฑ์เดียวกันในมาตรฐานที่คล้ายคลึงกันซ้ำซ้อนกันหลายครั้งซึ่งไม่เป็นประโยชน์แต่อย่างใด ประเทศต่างๆ จึงจำเป็นต้องมีการเจรจาขอให้ใช้มาตรการยอมรับร่วมกันในมาตรฐาน การตรวจสอบ และการรับรองซึ่งกันและกัน (Mutual Recognition Arrangements, MRAs) ซึ่งการเจรจาทำ MRAs จะส่งผลให้กิจกรรมหรือผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการทดสอบและได้รับการรับรองก่อนการส่งออก สามารถเข้าสู่ประเทศนำเข้าได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องถูกตรวจสอบและรับรองซ้ำจากประเทศนำเข้า

2.1.3 คำรับรองในบริบทของกฎหมายไทย

สำหรับกฎหมายไทยได้ปรากฏคำที่มีความหมายเกี่ยวข้องกับคำรับรองอยู่บ้างในบทบัญญัติต่างๆ โดยที่การปรากฏถ้อยคำที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำรับรองในบริบทที่ต่างกันนั้น ย่อมจะทำให้มีคำนิยามแตกต่างกันออกไป ดังต่อไปนี้

(1) พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 มาตรา 3

“การตรวจสอบและรับรอง” หมายความว่า กระบวนการที่ใช้ในการดำเนินการไม่ว่าจะเป็นการให้บริการทดสอบ สอบเทียบ ตรวจ หรือรับรองด้านการมาตรฐาน เพื่อแสดงให้เห็นว่าผลิตภัณฑ์ บริการ กระบวนการ ระบบการบริหารหรือการจัดการ บุคลากร องค์กร หรือกิจกรรมอื่น ๆ มีคุณสมบัติตามมาตรฐานที่กำหนดไว้

พิจารณาได้ว่า “การตรวจสอบและรับรอง” ในบริบทของกฎหมายการมาตรฐานแห่งชาตินี้ หมายความว่า กระบวนการให้คำรับรอง ที่มากกว่าการยืนยันรับรองข้อเท็จจริงใดๆ ตามความหมายของการให้คำรับรองตามพจนานุกรม หากแต่คำรับรองตามกฎหมายนี้มีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการมาตรฐานซึ่งใกล้เคียงกับคำรับรองในบริบทของการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน

(2) ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269

“ผู้ใดในการประกอบกิจการงานในวิชาแพทย์ กฎหมาย บัญชีหรือวิชาชีพอื่นใด ทำคำรับรองเป็นเอกสารอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือ ประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดโดยทุจริตใช้หรืออ้างคำรับรองอันเกิดจากการกระทำความผิดตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน”

สำหรับ “คำรับรอง” ตามประมวลกฎหมายอาญานั้นเป็นคำรับรองที่สร้างขึ้น โดยผู้ประกอบการงานใน “วิชาชีพ” จึงมิใช่คำรับรองในความหมายทั่วไปตามพจนานุกรมเสียทีเดียว แต่ได้เน้นที่ตัวผู้ให้คำรับรองว่าต้องเป็นผู้มีวิชาชีพซึ่งมีทักษะทางวิชาการ ประสบการณ์ ความรู้ ความเชี่ยวชาญในการประกอบกิจการงานแตกต่างจากประชาชนทั่วไป

ในชั้นนี้เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำบทบัญญัติของกฎหมายเป็นสำคัญ ก็จะพบว่าการให้คำรับรองที่กฎหมายไทยรับรู้ขึ้นขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ที่กฎหมายแต่ละฉบับมุ่งให้การคุ้มครอง อย่างไรก็ตามพอจะพิจารณาได้เบื้องต้นว่าการให้คำรับรองที่มีกฎหมายรองรับนั้นมิใช่คำรับรองในกรณีทั่วไป แต่เป็นการให้คำรับรองที่มีลักษณะพิเศษ เช่น เกี่ยวข้องกับการมาตรฐาน หรือเป็นการให้คำรับรองโดยผู้เชี่ยวชาญ นอกจากบทบัญญัติในกฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวแล้วยังมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้คำรับรองซึ่งนำมาศึกษาเพื่อพิจารณากำหนดความรับผิดชอบถึงแม้กฎหมายเหล่านั้นจะได้กล่าวถึงการรับรองไว้โดยตรงก็ตาม ซึ่งผู้เขียนจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไปในวิทยานิพนธ์เล่มนี้

2.1.4 การมาตรฐานกับการให้คำรับรอง

จากการพิจารณาคำรับรองในบริบทต่างๆ ก็จะพบว่าการในปัจจุบันนี้ การให้คำรับรองที่ใช้กันในทางธุรกิจ หรือที่สร้างความน่าเชื่อถือในทางการค้าระหว่างประเทศ หรือที่ได้รับการรับรู้โดยกฎหมาย ล้วนแต่เป็นการให้คำรับรองที่มีการมาตรฐานเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยการมาตรฐาน (Standardization) ตามคำนิยามของ ISO ได้ให้นิยามศัพท์การมาตรฐาน หมายถึง “กิจกรรมในการวางข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องเนื่องกับปัญหาสำคัญที่มีอยู่หรือที่จะเกิดขึ้น เพื่อให้เป็นหลักเกณฑ์ใช้กันทั่วไปจนเป็นปกติวิสัย โดยมุ่งให้บรรลุถึงความสำเร็จสูงสุดตามข้อกำหนดที่วางไว้” ในปัจจุบันทั้งภาครัฐและเอกชนต่างก็ให้ความสำคัญกับการมาตรฐานกันอย่างมาก จึงไม่แปลกที่หน่วยงานระหว่างประเทศ หน่วยงานภาครัฐ และหน่วยงานภาคเอกชน

ได้สร้างมาตรฐานและประกาศใช้มาตรฐานต่างๆ เพื่อประโยชน์ที่สำคัญของการมาตรฐาน ได้แก่ การปรับปรุงความเหมาะสมของ ผลิตภัณฑ์ กรรมวิธี และการบริการตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ ป้องกันไม่ให้มีอุปสรรคในทางการค้า และส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือกันทางเทคโนโลยี⁵ เมื่อมีการมาตรฐานแล้วสิ่งที่ตามมาคือการตรวจสอบและรับรอง (Conformity Assessment) หมายถึง การแสดงให้เห็นว่า ผลิตภัณฑ์ กระบวนการ ระบบ หรือบุคคล เป็นไปตามข้อกำหนดหรือมาตรฐานนั่นเอง

ในส่วนของมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลในปัจจุบันก็ได้แก่ ISO ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตามในภูมิภาคต่างๆ ของโลก เช่น สหภาพยุโรปได้กำหนดมาตรฐานของสินค้าที่จะได้รับการยอมรับร่วมกันทุกประเทศสมาชิกและได้กำหนดตราสัญลักษณ์ที่เรียกว่า Conformité Européenne (CE) เพื่อใช้แสดงบนสินค้าที่ได้รับการตรวจสอบและรับรองตามมาตรฐานที่ได้รับการยอมรับร่วมกันในยุโรป (Harmonization Standard) ซึ่งจะส่งผลให้สินค้านั้นสามารถวางขายได้ในเขตเศรษฐกิจของยุโรป European Economic Area (EEA) ได้ ซึ่งผู้ให้คำรับรองหรือในบางกรณีผู้ประกอบการอาจอาจเป็นผู้ตรวจสอบและแสดงเครื่องหมายดังกล่าวได้เอง

สำหรับประเทศไทยนั้นได้ให้ความสำคัญกับการมาตรฐาน (standardization) โดยได้ก่อตั้งสถาบันมาตรวิทยาแห่งชาติขึ้นตามพระราชบัญญัติพัฒนาระบบมาตรวิทยาแห่งชาติ พ.ศ. 2540 โดยสถาบันมาตรวิทยาแห่งชาติมีพันธกิจที่สำคัญในการพัฒนามาตรฐานการวัดแห่งชาติให้เป็นที่ยอมรับในระดับสากล ถ่ายทอดความถูกต้องด้านการวัด เผยแพร่ความรู้ความเข้าใจด้านมาตรวิทยา ตลอดจนทำหน้าที่เป็นองค์กรหลักในการดำเนินงานด้านมาตรวิทยาระหว่างประเทศ ซึ่งหน้าที่เหล่านี้เป็นการวางรากฐานด้านการมาตรฐานของประเทศ ซึ่งในระยะต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 เพื่อแก้ปัญหาหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานที่เข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับการมาตรฐานจนทำให้ขาดความเป็นเอกภาพ และควบคุมผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองเพื่อให้ได้รับความน่าเชื่อถือจากผู้ประกอบการที่เข้ารับการตรวจสอบและรับรองมาตรฐาน รวมทั้งผู้บริโภคทั้งภายในและต่างประเทศ โดยพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 นี้ กำหนดให้จัดตั้งคณะกรรมการมาตรฐานแห่งชาติ (กมช.) ซึ่งมีหน้าที่สำคัญในการกำหนดนโยบายการส่งเสริมการมาตรฐานของประเทศให้มีความเป็นเอกภาพ มีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับสถานการณ์การค้าระหว่างประเทศ ส่งเสริมความร่วมมือให้มีการทำความตกลงระหว่างหน่วยงานทั้ง

⁵ สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม, “ความหมายของคำต่างๆที่เกี่ยวกับการมาตรฐาน.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://app.tisi.go.th/standardization/definition.html> เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2558.

ในประเทศและต่างประเทศ ตลอดจนทำหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองมาตรฐานของผู้ประกอบกิจการต่าง ๆ ตามกฎหมายด้วย

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 นี้จะพบว่าได้ให้คำนิยามของคำว่ามาตรฐานไว้ในมาตรา 3 ว่า “กระบวนการที่ใช้ในการดำเนินงานทั้งปวงเกี่ยวกับการกำหนดมาตรฐาน การตรวจสอบและรับรอง และมาตรวิทยา” ซึ่งจะเห็นได้ว่าการกำหนดมาตรฐานและการตรวจสอบและรับรองล้วนเป็นกิจกรรมที่อยู่ภายใต้การมาตรฐานภายในกฎหมายนี้ทั้งสิ้น ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายนี้ยังได้ให้คำนิยามของการตรวจสอบและรับรองที่มุ่งเน้นว่าเป็นการให้บริการทดสอบ สอบเทียบ ตรวจ หรือรับรองด้านการมาตรฐานด้วย ดังนั้น จากการพิจารณาแนวคิดของการมาตรฐานและการให้คำรับรองในปัจจุบันของทั้งต่างประเทศและประเทศไทยเองก็ล้วนพบกว่าการมาตรฐานและการให้คำรับรองมีความสัมพันธ์กันอย่างลึกซึ้ง จนอาจกล่าวได้ว่าการรับรองที่ภาครัฐตลอดจนหน่วยงานในระดับสากลให้ความสนใจนั้นก็ให้แก่การให้คำรับรองตามแนวทางของการมาตรฐานนั่นเอง

2.1.4.1 การให้คำรับรอง (Certification) และการรับรองระบบงาน (Accreditation)⁶

จากการพิจารณาความหมายในบริบทของสังคมในปัจจุบันและความหมายตามตัวบทกฎหมายแล้ว สามารถสรุปนิยามความหมายที่ใช้กันเป็นการทั่วไปของการให้คำรับรองได้แก่ กระบวนการตรวจสอบผลิตภัณฑ์หรือบริการตามมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ โดยผู้ให้คำรับรองจะนำข้อเท็จจริงที่ได้จากการทดสอบมาเทียบกับมาตรฐานนั้นและให้การรับรองเมื่อเป็นไปตามมาตรฐานนั่นเอง

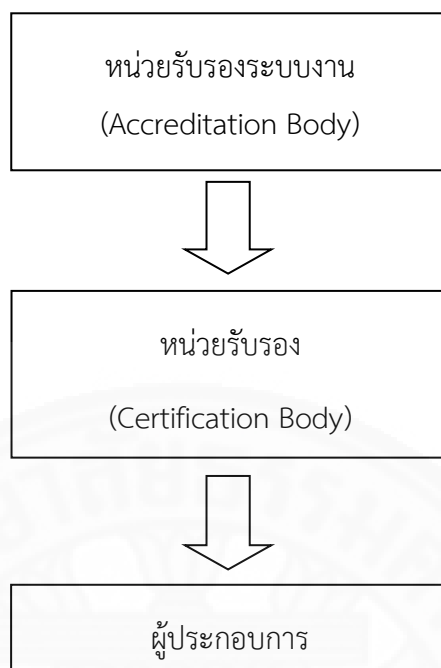
คำรับรองและการรับรองระบบงานนั้นเป็นคำศัพท์ที่พบเห็นได้ทั่วไปในวงการอุตสาหกรรมและการพาณิชย์ของประเทศไทย เนื่องจากระบบการรับรองของประเทศไทยมีทิศทางเดียวกับระบบการรับรองสากลกล่าวคือกระบวนการที่ผู้ประกอบการจะได้คำรับรองจากหน่วยรับรองไปจนถึงกระบวนการที่การได้รับการยอมรับเป็นสากลจากนานาชาติและผู้บริโภคในต่างประเทศนั้นจะต้องมี “การรับรองอย่างต่อเนื่องไม่ขาดสาย” ดังนั้น ก่อนที่จะกล่าวถึงคำรับรองต่อไปในเอกสารนี้ ผู้เขียนจึงใคร่ขออธิบายจำแนกความแตกต่างและความสัมพันธ์กันของกระบวนการให้คำรับรองและกระบวนการรับรองระบบงานพอสังเขปซึ่งเป็นการให้การรับรองภายในประเทศเสียก่อน

⁶ สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม, “การให้คำรับรอง (Certification) และการรับรองระบบงาน (Accreditation).” สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.tisi.go.th/accreditation/item/2012> เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.

การรับรองระบบงาน (Accreditation) คือ การยอมรับอย่างเป็นทางการว่า หน่วยรับรอง (Certification Body) มีความสามารถในการดำเนินการให้การรับรองกิจกรรมใด กิจกรรมหนึ่ง โดยหน่วยงานภาครัฐของไทยที่ทำหน้าที่รับรองระบบงานตามความเชี่ยวชาญเฉพาะ ด้านที่แตกต่างกันไป ได้แก่ สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม กระทรวงอุตสาหกรรม, สำนักงานมาตรฐานสินค้าเกษตรและอาหารแห่งชาติ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์, กรมวิทยาศาสตร์การแพทย์ กระทรวงสาธารณสุข, กรมวิทยาศาสตร์บริการ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี⁷

พิจารณาได้ว่าการรับรองระบบงานเป็นการให้การรับรองแก่หน่วยรับรองอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งการรับรองสูงขึ้นไปอีกระดับเช่นนี้ย่อมจะเป็นการเสริมสร้างความเชื่อมั่นแก่ผู้ประกอบการที่ได้รับการรับรองจากหน่วยรับรองที่ได้รับการรับรองระบบงานมากยิ่งขึ้น ตลอดจนประชาชนผู้บริโภค ซึ่งย่อมจะมีความเชื่อมั่นว่ารัฐจะสามารถคุ้มครองสิทธิของพวกเขาได้ ในขณะเดียวกันภาครัฐสามารถใช้การรับรองที่ไม่ขาดสายนี้กำกับดูแลมาตรฐานของการประกอบการ การผลิต การให้บริการ ของผู้ประกอบการได้ ดังปรากฏตามแผนภาพดังต่อไปนี้

⁷ สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม, “การรับรองระบบงาน.” สืบค้นข้อมูลจาก http://www.tisi.go.th/accreditation/item/2012&gws_rd=cr&ei=wdk1VpnhL8TvmAWP6qzQDQ เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.



รูปที่ 2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยรับรองระบบงานกับหน่วยงาน
(ที่มา : เว็บไซต์ของสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์ (สมอ.)

http://www.tisi.go.th/view_detail_contents.php?id=2012)

นอกจากนี้การรับรองระบบงานยังเป็นการส่งเสริมให้การรับรองของหน่วยรับรอง (Certification) ได้รับการยอมรับเป็นสากลอีกด้วย โดยหน่วยรับรองที่ได้รับการรับรองระบบงาน จะได้รับการยอมรับจากหน่วยงานต่างๆ ในต่างประเทศตามหลักการยอมรับร่วมกัน (Mutual recognition) ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

2.1.4.2 ตราสัญลักษณ์การรับรองตามมาตรฐาน

เมื่อผู้ให้คำรับรองทำการตรวจประเมินตามแนวมาตรฐานแล้ว จะมีเอกสารผลการตรวจประเมินในรูปแบบของรายงานของผู้มีวิชาชีพ ซึ่งผู้ประกอบการสามารถใช้ข้อมูลจากรายงานดังกล่าวนั้นในการกำหนดทิศทางการพัฒนาการประกอบการของตนได้ แต่สำหรับประชาชนผู้บริโภคไปนั้นย่อมจะไม่ได้รับทราบผลการตรวจประเมินเหล่านั้นเพราะเป็นเรื่องภายในของผู้ประกอบการ ประชาชนจึงรับรู้ได้ว่าผู้ประกอบการนั้นได้รับผลการประเมินเป็นประการใดจากการพิจารณาจากคำรับรองเท่านั้น และด้วยเหตุที่คำรับรองนั้นอาจมีเนื้อหาที่เป็นเรื่องทางเทคนิคซึ่งยากต่อการทำความเข้าใจและไม่ดึงดูดความสนใจ ผู้ให้คำรับรองจำนวนมากจึงมักจะใช้ “ตราสัญลักษณ์การรับรอง” เพื่อแสดงการรับรองแก่ผู้ประกอบการ ซึ่งง่ายต่อการเข้าถึงมากกว่าและสื่อความหมายได้ชัดเจน

ถึงการรับรอง โดยตราสัญลักษณ์มักจะระบุชื่อหน่วยงานที่เป็นผู้ให้คำรับรองเป็นหลักเพื่อให้ผู้ได้พบเห็นทราบอย่างชัดเจนว่าใครเป็นผู้ให้คำรับรอง



รูปที่ 2.2 ตัวอย่างสัญลักษณ์แทนคำรับรองในประเทศไทย

2.2 สถานะของหน่วยงานผู้ให้คำรับรอง

เมื่อคำนิยามของการให้คำรับรองว่าเป็นการแสดงออกว่าข้อเท็จจริงใดตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ นั้น ก็ย่อมพิจารณาได้ว่าบุคคลไม่ว่าจะมีสถานะใดก็อาจมีการแสดงออกในลักษณะของการให้คำรับรองได้ทั้งสิ้น ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้ให้คำรับรองอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ และอาจเป็นบุคคลทั่วไปหรือผู้มีวิชาชีพก็ได้ แต่ประเด็นสำคัญที่สุดที่เห็นควรหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงในเบื้องต้นนั้นก็คือสถานะความเป็นหน่วยงานรัฐหรือหน่วยงานเอกชนของผู้ให้คำรับรอง

ในอดีตผู้ให้คำรับรองมักจะเป็นหน่วยงานของรัฐแต่ในปัจจุบันผู้ให้คำรับรองมักจะเป็นหน่วยงานภาคเอกชน สอดคล้องกันกับแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์หลักของ

การให้คำรับรอง จากการให้คำรับรองภาคบังคับในอดีตเพื่อการได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ ให้กระทำการบางอย่างเท่านั้น เป็นการให้คำรับรองภาคสมัครใจเพื่อการได้รับความนิยมนำเชื่อถือในสายตาประชาชนควบคู่กันกับการให้คำรับรองภาคบังคับด้วย ซึ่งในปัจจุบัน การให้คำรับรองภาคสมัครใจได้ทวีความสำคัญมากขึ้นพร้อมกับการเพิ่มจำนวนของหน่วยงานเอกชน ผู้ให้คำรับรองที่มากขึ้นตามไปด้วย

การเปลี่ยนถ่ายบทบาทในการให้คำรับรองจากภาครัฐสู่ภาคเอกชนนี้เป็นไปตามกระแสโลกาภิวัตน์ โดยภาครัฐเองพยายามจะมอบหมายให้เอกชนแต่งตั้งผู้แทนขึ้นมาในการตรวจสอบความได้มาตรฐานและให้การรับรองเอกชนด้วยกันเอง ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวนี้มีที่มาจากการที่ภาครัฐสิ้นเปลืองทรัพยากรบุคคลและเงินทุนที่จะต้องจัดสรรให้กับภารกิจการตรวจสอบและให้คำรับรองเป็นจำนวนมาก อีกทั้งแนวทางปฏิบัติของตลาดที่มีความยืดหยุ่นและเอื้อต่อการรับรองโดยสมัครใจมากกว่า ด้วยเหตุนี้จึงทำให้หน่วยรับรองของเอกชนทวีความสำคัญมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตามรัฐก็อาจกำกับดูแลหน่วยรับรองบางประเภทผ่านการรับรองระบบงาน โดยหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐอาจเป็นผู้กำหนดมาตรฐานในการตรวจสอบในบางกรณี หรือแม้กระทั่งดำเนินการให้คำรับรองด้วยตนเองในบางรายการก็ได้⁸

2.2.1 การรับรองโดยหน่วยงานของรัฐ

ภาครัฐมีภารกิจใน 2 ระดับที่เกี่ยวกับการรับรองมาตรฐาน ได้แก่ การให้การรับรองระบบงาน (Accreditation) ให้แก่หน่วยงานภาคเอกชนที่ประกอบการเป็นผู้ตรวจสอบและให้การรับรองตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 เพื่อให้หน่วยงานภาคเอกชนดังกล่าว นั้นปฏิบัติหน้าที่ให้การรับรองแก่ผู้ประกอบการอีกชั้นหนึ่งดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1 อย่างไรก็ตามยังมีหลายหน่วยงานของรัฐบางหน่วยงานที่ทำหน้าที่ให้การรับรอง (Certification) แก่ผู้ประกอบการในสาขาต่างๆ โดยตรง ซึ่งการรับรองผู้ประกอบการโดยภาครัฐที่เป็นที่รู้จักมากที่สุด ได้แก่ “มาตรฐานอุตสาหกรรม” หรือชื่อย่อที่รู้จักกันดีว่า “ม.อ.ก.” ซึ่งสามารถพบตราสัญลักษณ์เครื่องหมาย มอก. ได้ทั่วไปบนผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม โดยการรับรองมาตรฐานดังกล่าว

⁸ Supra note 1, p. 269.

เป็นการรับรองตามกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 ซึ่งแบ่งประเภทในการรับรองออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ มาตรฐานบังคับและมาตรฐานทั่วไปดังนี้⁹

(1) มาตรฐานบังคับ ซึ่งกำหนดไว้เพื่อความปลอดภัยหรือเพื่อป้องกันความเสียหาย อันอาจจะเกิดแก่ประชาชน หรือแก่กิจการอุตสาหกรรมหรือเศรษฐกิจของประเทศ

(2) มาตรฐานทั่วไป เพื่อให้ผู้ผลิตได้พยายามที่จะผลิตผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมตาม มาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ การผลิตอุตสาหกรรมตามมาตรฐาน เช่นนี้ราคาจำหน่ายก็จะสูงขึ้นตามไป ด้วย จึงจำกัดกลุ่มผู้ซื้อว่าเป็นผู้ที่ที่มีฐานะทางสังคม

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่หน่วยงานของรัฐหน่วยงานเดียวทำหน้าที่ให้การรับรองใน 2 ระดับ กล่าวคือทั้งการรับรองระบบงานแก่ผู้ตรวจสอบและให้คำรับรองและการรับรองผู้ประกอบการ โดยสำนักงานคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการรับรองระบบงาน (สรบ.) หรือที่รู้จักกันในนาม National Accreditation Council (NAC) เป็นหน่วยงานของรัฐบาลภายใต้สังกัดของสำนักงาน มาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (สมอ.) ที่ทำหน้าที่ในการให้บริการ รับรองระบบงาน (Accreditation) แก่หน่วยรับรอง (Certification Body) และหน่วยตรวจ (Inspection Body) ของประเทศไทย กระบวนการให้การรับรองระบบงานดังกล่าวมีการตรวจสอบในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นในด้านขีดความสามารถทางวิชาการ และระบบคุณภาพ การทดสอบของห้องปฏิบัติการสอบ เทียบและห้องปฏิบัติการทดสอบตามมาตรฐานข้อกำหนดทั่วไปว่าด้วยความสามารถ ของห้องปฏิบัติการสอบเทียบและห้องปฏิบัติการทดสอบ (มอก.17025-2543) ซึ่งเหมือนกัน ทุกประการกับ ISO/IEC (ISO/IEC 17011) ตลอดจนมีการวางนโยบายคุณภาพของสำนักงาน อันมีจุดประสงค์เพื่อยกระดับการรับรองให้เทียบเท่ากับมาตรฐานสากลและการได้รับการยอมรับ ของต่างประเทศ จึงกล่าวได้ว่า สรบ. เป็นผู้ให้การรับรองระบบงาน (Accreditation) ของหน่วย รับรอง หน่วยตรวจ และห้องปฏิบัติการ และนอกจากนี้ยังทำหน้าที่ให้บริการคำรับรองผู้ประกอบการ (Certification) โดยการรับรองคุณภาพผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมตามมาตรฐานบังคับและมาตรฐาน ทั่วไปด้วย

อนึ่ง แม้หน่วยงานของรัฐอาจทำหน้าที่เป็นผู้ให้คำรับรองแก่ผู้ประกอบการได้โดยตรง แต่การให้คำรับรองโดยหน่วยงานของรัฐนี้ถูกยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 มาใช้บังคับ ตามมาตรา 4 ของบทบัญญัติดังกล่าวนั่นเอง อย่างไรก็ตามหากหน่วยงานรัฐ

⁹ เป็นมาตรฐานบังคับและมาตรฐานทั่วไปตาม พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 ที่ใช้ รับรองโรงงาน ผู้ประกอบการ(certification) ย่อมแตกต่างจากมาตรฐานบังคับและมาตรฐานทั่วไปตาม พระราชบัญญัติการมาตรฐาน แห่งชาติ พ.ศ. 2551 ที่ใช้กับการรับรองระบบงานสำหรับผู้ให้คำรับรอง (accreditation) เพราะเป็นการรับรองคนละระดับกัน

ใดที่ทำหน้าที่เป็นผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองที่มีลักษณะตามบทบัญญัติดังกล่าว ก็สามารถใช้เครื่องหมายมาตรฐานบังคับ หรือเครื่องหมายมาตรฐานทั่วไปตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติได้ เมื่อได้รับอนุญาตจากผู้อนุญาตตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขที่คณะกรรมการมาตรฐานแห่งชาติกำหนด

2.2.2 การรับรองโดยหน่วยงานเอกชน

ภาคเอกชนเองทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล เช่น มูลนิธิที่ไม่มุ่งแสวงหากำไร องค์กรทางการค้า และบริษัทเอกชนก็สามารถดำเนินการให้คำรับรองแก่ผู้ประกอบการได้ แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาว่าการตรวจสอบและรับรองนั้นเป็นการรับรองในสาขาที่คณะกรรมการเฉพาะด้าน (ซึ่งแต่งตั้งโดยคณะกรรมการมาตรฐานแห่งชาติตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551) กำหนดเงื่อนไขให้ต้องได้รับใบอนุญาตหรือใบรับรองก่อนจะสามารถดำเนินการได้หรือไม่ ในทางกลับกันจึงพิจารณาได้ว่าหากการรับรองในสาขาใดไม่มีเกณฑ์กำหนดไว้ ภาคเอกชนที่มีความสนใจก็สามารถประกอบกิจการเป็นผู้ให้คำรับรองได้ โดยการให้คำรับรองนั้นจะมีได้อยู่ภายใต้บังคับของ พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาตินี้ โดยหน่วยรับรองที่ได้รับการยอมรับจากภาครัฐนี้ มีได้ทั้งหน่วยงานของภาครัฐเอง

สำหรับประเทศไทยได้มีหลักเกณฑ์กระบวนการในให้การรับรองแก่ผู้ประกอบการ ซึ่งดำเนินการโดยผู้ให้คำรับรอง หรือ “ผู้ให้การตรวจสอบและรับรอง” ตามคำนิยามใน พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ซึ่งมุ่งเน้นบังคับใช้กับหน่วยงานเอกชนเป็นหลัก กล่าวคือจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และกรอบทางกฎหมาย โดยอาจได้รับใบอนุญาตและต้องแสดงเครื่องหมายมาตรฐานบังคับในฐานะ “ผู้รับใบอนุญาต” หรืออาจได้รับใบรับรองและมีสิทธิแสดงเครื่องหมายมาตรฐานทั่วไปในฐานะ “ผู้รับใบรับรอง” ก็ได้ (มาตรา 3) จากเลขาธิการสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมหรือผู้แทน (เช่น สรบ. หรือหน่วยงานอื่นๆ) เป็นผู้พิจารณาออกใบรับรองและใบอนุญาตให้แก่ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรอง (มาตรา 18 และมาตรา 28) ซึ่งถือว่าทั้งสองกรณีก็ล้วนได้การยอมรับจากภาครัฐแล้วทั้งสิ้น ซึ่งการยอมรับจากภาครัฐนี้ถือได้ว่าเป็นการรับรองระบบงาน (Accreditation) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนหน้านี้อย่าง

ตารางที่ 2.1

หน่วยงานภาครัฐและเอกชนที่ให้คำรับรองประเภทต่างๆ ในประเทศไทย

หน่วยรับรอง	คำรับรอง
หอการค้าไทย	มาตรฐานสินค้า, ฐานะทางการเงิน
ธนาคารพาณิชย์ (กรุงศรี, กรุงเทพ,)	ฐานะทางการเงิน
บริษัท ข้อมูลเครดิตแห่งชาติ จำกัด	ข้อมูลภาพรวมด้านสินเชื่อ
สำนักงานมาตรฐานเกษตรอินทรีย์	มาตรฐานเกษตรอินทรีย์
สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย และสมาคมธนาคารไทย (Q mark)	คุณภาพและจริยธรรมในการประกอบธุรกิจ การผลิต การค้าการบริการ
กรมการขนส่งทางบก	มาตรฐานคุณภาพบริการขนส่งด้วยรถบรรทุก
หอการค้าไทย	มาตรฐานสินค้า, ฐานะทางการเงิน
ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (NECTEC)	คุณภาพผลิตภัณฑ์คอมพิวเตอร์
สถาบันรับรองมาตรฐานไอเอสโอ (MASCI)	มาตรฐานการประกอบกิจการ
กระทรวงเกษตรและสหกรณ์	รับรองระบบ สินค้าเกษตร และอาหาร (Q Mark)
กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ	สินค้าและบริการ

2.3 ความเชี่ยวชาญของผู้ให้คำรับรอง

โดยสภาพของการให้คำรับรองซึ่งเป็นการรับรองข้อเท็จจริงซึ่งไม่จำเป็นต้องใช้ความเชี่ยวชาญเสมอไป ดังนั้น ผู้ให้คำรับรองจึงอาจเป็นคนทั่วไปหรือผู้มีวิชาชีพก็ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามด้วยสภาพของสังคมในปัจจุบันที่เป็นโลกแห่งการสื่อสารไร้พรมแดนประกอบกับการพาณิชย์ ที่พัฒนาขึ้น การรับรองข้อเท็จจริงเพื่อผลประโยชน์ในทางธุรกิจก็ทวีความสำคัญตามไปด้วย ผู้ประกอบการที่ต้องการสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่ตนเองย่อมต้องการคำรับรองที่เป็นไปตามมาตรฐานทางเทคนิคขั้นสูง เป็นกิจจะลักษณะ และสอดคล้องกับแนวมาตรฐานสากล ผู้ให้คำรับรองที่ผู้ประกอบการต้องการจึงมักจะมาจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพในแขนงต่างๆ ที่ประกอบกิจการให้คำรับรองอย่างเป็นกิจจะลักษณะนั่นเอง นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 และประกาศคณะกรรมการการมาตรฐานแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการและเงื่อนไขการรับรองระบบงานสำหรับหน่วยรับรองและหน่วยตรวจ ได้กำหนดให้มีการตรวจประเมินความสามารถคณะผู้ตรวจของหน่วยตรวจ สังเกตการณ์ และตรวจสอบเอกสาร จึงย่อมจะเห็นได้ชัดว่าผู้ให้คำรับรองต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงพอที่จะได้รับการรับรองระบบงานตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ด้วย

ผู้ให้คำรับรองอาจทำหน้าที่ครอบคลุมถึงการทดสอบ ตรวจสอบผลิตภัณฑ์ การประกอบการ ในระดับผู้มีวิชาชีพ จึงมักจะเกิดความสับสนกับการทำหน้าที่เป็นห้องปฏิบัติการทดสอบ (Testing Laboratory) และหน่วยตรวจ (Inspection Body) โดยห้องปฏิบัติการทดสอบ จะทำหน้าที่ดำเนินการทดสอบตัวอย่าง รายการต่าง ๆ ของผลิตภัณฑ์ตามมาตรฐานหรือตามทฤษฎี โดยออกมาในรูปของรายงานห้องปฏิบัติการ งานวิจัย ส่วนหน่วยตรวจทำหน้าที่ดำเนินการตรวจสอบ การออกแบบผลิตภัณฑ์ ผลิตภัณฑ์ การบริการ กระบวนการ หรือโรงงาน พร้อมทั้งพิจารณาความเป็นไปตามข้อกำหนดเฉพาะ หรือข้อกำหนดทั่วไป โดยออกรายงานผลการตรวจหรือใบรับรองผลการตรวจ

แต่สำหรับ “ผู้ให้คำรับรอง” หรือ “หน่วยรับรอง” นั้นอาจดำเนินการทดสอบรายการตามผลิตภัณฑ์ หรืออาจดำเนินการพิจารณาความสอดคล้องตามข้อกำหนดเฉพาะก็ได้ ซึ่งจะเหมือนกับห้องปฏิบัติการทดสอบ (Testing Laboratory) และ หน่วยตรวจ (Inspection Body) แต่หน่วยรับรองจะดำเนินการในขั้นตอนต่อไปโดยการออกใบรับรองหรือใบอนุญาตให้แสดงเครื่องหมายรับรองสำหรับผลิตภัณฑ์นั้นๆ ด้วย นอกจากนี้จุดแตกต่างที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ สถานะของหน่วยรับรองนั้นจะเป็นบุคคลที่สามที่ผู้ให้คำรับรองแก่ผู้ประกอบการ

ในขณะที่ห้องปฏิบัติการทดสอบและหน่วยตรวจอาจเป็นหน่วยงานที่มีความเกี่ยวพันหรืออาจเป็นบุคคลที่รับการตรวจสอบเองก็ได้

ในขั้นนี้สามารถกล่าวโดยสรุปได้ว่า ไม่ว่าผู้ให้คำรับรองจะให้บริการในรูปแบบใดภารกิจหลักที่สำคัญที่สุดของผู้ให้คำรับรองคือการใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญให้คำรับรองตามแนวปฏิบัติที่เป็นสากล และปฏิบัติหน้าที่ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ตาม พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 โดยกระบวนการตรวจประเมิน เปรียบเทียบผลการประเมินตามมาตรฐานและให้การรับรองในสาขาต่างๆ นั้นล้วนแต่เป็นเรื่องทางเทคนิคจึงปฏิเสธไม่ได้ว่าผู้ที่จะทำภารกิจเหล่านี้ให้บรรลุผลสำเร็จได้ก็คือผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในระดับ “ผู้มีวิชาชีพ” นั่นเอง

2.3.1 ความหมายของวิชาชีพ

คำว่า วิชาชีพ (Profession) นั้น พจนานุกรมฉบับต่างๆ เช่น Oxford Advance Dictionary ได้ให้คำแปล profession เป็นใจความว่า “อาชีพ โดยเฉพาะอาชีพที่ต้องมีการศึกษาขั้นสูงและการฝึกอบรมเป็นพิเศษ เช่น กฎหมาย สถาปัตยกรรม แพทย์ การศาสนา” หรือหมายความถึงกลุ่มบุคคลที่ประกอบวิชาชีพใดโดยเฉพาะก็ได้ ส่วนใน Webster Dictionary ได้ให้คำแปลเป็นใจความว่า “อาชีพที่ต้องมีการฝึกอบรมขั้นสูงในศิลปศาสตร์ (Liberal art) หรือวิทยาศาสตร์ (Science) ซึ่งโดยปกติเป็นงานในทางความคิด (Mental) มากกว่ากำลังกาย (Manual) เช่น การสอน วิศวกรรม การเขียนบทความ โดยเฉพาะวิชาแพทย์ กฎหมาย การศาสนา ซึ่งเรียกว่าวิชาชีพของผู้รู้ (The learned professional) หรือของผู้คงแก่เรียน” ซึ่งโดยสรุปแล้วพอจะแปลความคำว่าวิชาชีพได้ว่า “การทำเลี้ยงชีวิตด้วยการใช้ความรู้ที่ต้องศึกษาอบรมทางความคิดเป็นพิเศษ”

สำหรับความหมายในมุมมองของนักกฎหมายของคำว่าวิชาชีพนั้น พจนานุกรม Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ 2 ความหมายได้แก่ “บุคคลผู้ซึ่งเป็นสมาชิกของสถาบันวิชาชีพเนื่องจากการศึกษา การคัดเลือก และเป็นผู้ดำรงตนอยู่ในกรอบของประมวลจริยธรรมของวิชาชีพนั้น” หรือ “ผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญขั้นสูงในเรื่องหรือในแวดวงนั้นๆ”¹⁰ อย่างไรก็ตาม Roscoe Pound นักกฎหมายชาวอเมริกันผู้มีชื่อเสียงชื่อได้กล่าวถึงคำนิยามของคำว่าวิชาชีพไว้อย่างน่าสนใจว่า “Profession หมายความว่าถึงกลุ่มบุคคลผู้ประกอบวิชาการเป็นอาชีพ

¹⁰ Law Dictionary, “What is PROFESSIONAL? definition of PROFESSIONAL (Black's Law Dictionary).” สืบค้นข้อมูลจาก <http://thelawdictionary.org/professional/> เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.

PROFESSIONAL : 1. A person, who is a member of a professional body due to the education qualification and follows the prescribed moral and professional code of conduct. 2. A person who has mastered a high level of expertise in a subject, notion on field.

ร่วมกันด้วยเจตนารมณ์เพื่อบริการประชาชน” โดยตามคำนิยามดังกล่าวอาจสรุปลักษณะสำคัญของ คำว่าวิชาชีพได้ 3 ประการ¹¹ คือ

(1) เป็นองค์การ (Organization) องค์การวิชาชีพจะทำหน้าที่ทั้งในทางควบคุมและ ในทางคุ้มครองส่งเสริมวิชาชีพนั้นๆ และเนื่องจากการประกอบอาชีพที่ใช้ความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษเช่นนี้มีลักษณะเป็นการผูกขาดซึ่งย่อมจะส่งผลให้ผู้มีวิชาชีพมีแนวโน้มที่จะแสวงหาผลประโยชน์ จากประชาชนได้หน้าที่ในทางควบคุมนั้นจึงดูจะมีความสำคัญมากกว่าหน้าที่ในทางคุ้มครอง โดยองค์การวิชาชีพนี้จะประกอบไปด้วยผู้มีวิชาชีพนั้นๆ ซึ่งมีความรู้ความเข้าใจในบทบาทของวิชาชีพ ตนจึงเหมาะสมที่จะเป็นผู้ที่ควบคุมผู้มีวิชาชีพด้วยกันเองทั้งยังสมควรเป็นผู้ที่ประสานประโยชน์ ของหมู่คณะได้ สำหรับการควบคุมนั้นจะต้องมีแบบฉบับและหลักธรรม (tradition & tenets) เพื่อให้ ผู้มีวิชาชีพได้ยึดถือปฏิบัติด้วย

(2) มีการศึกษาอบรมในทางวิชาการ (Learning) ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพได้ ต้องมีการศึกษาและฝึกอบรมทางวิชาการในช่วงระยะเวลาหนึ่งในองค์ความรู้ ซึ่งไม่ใช่การงาน ธรรมดาอันบุคคลทั่วไปจะทำได้โดยเพียงแต่ทดลองปฏิบัติเท่านั้น กล่าวคือเป็นการศึกษาอบรม ในทางความคิด (Mental) มากกว่ากำลังกาย (Manual)

(3) มีเจตนารมณ์บริการประชาชน (Spirit of public service) เนื่องจากวิชาชีพ เป็นกิจการที่จำเป็นแก่สังคมทั้งยังมีลักษณะเป็นการผูกขาดโดยสภาพ ผู้มีวิชาชีพจึงต้องมีอุดมการณ์ ในการรับใช้ประชาชนยิ่งกว่าเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์แก่ตนเอง โดยคำนึงถึงว่าผลประโยชน์จากการ ให้บริการนั้นเป็นเพียงผลพลอยได้จากการให้บริการเท่านั้น ถึงแม้ในความเป็นจริงแล้วการบริการ ประชาชนนั้นจะเป็นการหาเลี้ยงชีพไปด้วยในตัว แต่ก็ไม่ทำให้ความสำคัญในวัตถุประสงค์ของวิชาชีพ ในการบริการประชาชนลดน้อยลงไป

2.3.2 วิชาชีพกับการให้คำรับรอง

จากลักษณะของภารกิจการให้คำรับรองที่ได้กล่าวมาข้างต้น พอสรุปได้ในขั้นนี้ว่า ผู้ที่จะทำหน้าที่รับรองนั้นต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับความไว้วางใจจากสังคม ในแง่นี้ผู้ให้คำรับรอง นั้นอาจมีจุดเกาะเกี่ยวกับภาครัฐโดยได้รับการยอมรับจากหน่วยงานของรัฐ หรืออาจจะได้รับความไว้วางใจในฐานะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ อย่างไรก็ตามผู้ให้คำรับรองเหล่านั้นจะต้องมีความรู้ความชำนาญในกิจการที่ตนให้คำรับรองในระดับเทียบเท่าผู้มีวิชาชีพหรือเป็นผู้มีวิชาชีพ

¹¹ จิตติ ดิงศภัทย์, “หลักวิชาชีพนักกฎหมาย.” พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสาร ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 20-21.

ในสาขานั้นๆ ซึ่งถ้าหากเป็นการรับรองแก่กิจกรรมที่อยู่ในขอบเขตในสาขาวิชาชีพใดผู้ให้คำรับรอง ซึ่งเป็นผู้มีวิชาชีพนั้นๆ ก็จะต้องให้คำรับรองตามมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่อย่างผู้มีวิชาชีพนั้นด้วย

ตัวอย่าง กรณีผู้ประกอบการขอคำรับรองในผลิตภัณฑ์ทางการแพทย์จากผู้ให้คำรับรองซึ่งเป็นผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ผู้ให้คำรับรองผู้นั้นต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในทางการแพทย์ที่ตนได้ศึกษามาในการตรวจประเมินผลิตภัณฑ์ และจะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสังคมโดยรวมมากกว่าประโยชน์ส่วนตัวว่าผลิตภัณฑ์นั้นอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนหรือไม่อย่างไรด้วย

จากตัวอย่างข้างต้นนั้นเห็นได้ชัดว่าผู้ให้คำรับรองนั้นเป็นผู้มีวิชาชีพแพทย์ เนื่องจากมีองค์การวิชาชีพ (Organization) ที่เป็นที่รู้จักที่ให้การควบคุมและได้รับการยอมรับเป็นสากลว่าจะต้องมีการศึกษาในองค์ความรู้จนมีความเชี่ยวชาญ (Learning) ควบคู่กับหน้าที่รับผิดชอบต่อสังคม (Spirit of public service) ด้วย แต่สำหรับผู้ให้คำรับรองในสาขาอาชีพอื่น ๆ จะถือว่าเป็นผู้มีวิชาชีพหรือไม่นั้นก็ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป แต่สำหรับระดับความรู้ความเชี่ยวชาญนั้น จะเป็นคุณลักษณะที่เด่นชัดที่สุดในการวินิจฉัยว่าเป็นผู้มีวิชาชีพหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในความเห็นของผู้เขียนนั้นเห็นว่านอกจากการจะพิจารณาว่าผู้ให้คำรับรองในสาขาใดเป็นวิชาชีพซึ่งจะต้องมีหน้าที่รับผิดชอบต่อสังคมแล้ว การพิจารณาในประเด็นว่าผู้ให้คำรับรองที่ไม่มีองค์การวิชาชีพที่เป็นหลักแหล่ง แต่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพเนื่องจากมีการศึกษาและประยุกต์ใช้ความรู้ทางวิชาการเฉพาะด้านก็ควรจะต้องมีหน้าที่รับผิดชอบต่อสังคมควบคู่กันไปด้วย แม้อาจจะถือว่าคุณสมบัติอย่างหนึ่งของการเป็นวิชาชีพก็ตาม แต่การมีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพย่อมเพียงพอจะทำให้ผู้ให้คำรับรองนั้นมีหน้าที่รับผิดชอบต่อสังคมได้ ซึ่งหากการให้คำรับรองเป็นไปอย่างเที่ยงตรงตามหลักวิชาชีพก็ย่อมจะเกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวม แต่หากการให้คำรับรองเป็นไปโดยมิได้ใช้ความระมัดระวังตามหลักวิชาจนผลการรับรองไม่ถูกต้องแม่นยำก็ย่อมส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่เชื่อถือคำรับรองนั้นหรือสังคมโดยรวม

ด้วยเหตุนี้คำรับรองที่ให้แก่ผู้ประกอบการโดยผู้ให้คำรับรองที่มีความเชี่ยวชาญจึงมีความแตกต่างจากการรับรองหรือค่าแกลงตามธรรมดาทั่วไป และด้วยเหตุที่คำรับรองควรที่จะมาจากผู้เชี่ยวชาญนั้นก็เพราะคำรับรองที่ใช้ในเชิงพาณิชย์นั้นมีผลกระทบต่อความเชื่อถือของสาธารณชนที่เชื่อถือในคำรับรองเช่นนั้น ซึ่งปัญหาที่ตามมาก็คือการที่ผู้ให้คำรับรองเช่นนั้น หากจงใจทำคำรับรองอันเป็นเท็จ หรือให้คำรับรองไปโดยประมาทจนเกิดความเสียหายจากการที่มีผู้เชื่อถือคำรับรองนั้น ผู้ที่ให้คำรับรองที่ประพฤติชั่วเช่นนั้นน่าจะต้องชดใช้ในความผิดทางแพ่งหรือได้รับโทษหรือไม่และต้องรับโทษเพียงใด ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาหลักที่วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาโดยจะได้นำเสนอในบทต่อไป

2.4 วัตถุประสงค์ของการรับรอง

จุดประสงค์หลักของคำรับรองคือการแสดงว่าสิ่งใดสิ่งหนึ่งนั้นได้มาตรฐาน ซึ่งจะส่งผลต่อความน่าเชื่อถือในกิจการต่างๆ เกี่ยวกับสิ่งที่ได้รับการรับรองนั้น วัตถุประสงค์ของการรับรองจึงมิได้หลายประเภทขึ้นอยู่กับความตกลงกันของผู้ขอรับรอง คำรับรองและผู้ที่ให้รับรอง จากการศึกษาค้นคว้าข้อมูลของการให้คำรับรองภายในประเทศพบว่าในแวดวงธุรกิจการพาณิชย์นั้น พบว่ามีการประกอบธุรกิจให้คำรับรองในด้านต่างๆ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญของการทำธุรกิจ ได้แก่ การประกอบการ ผลิตภัณฑ์หรือบริการ นอกจากนี้ยังมีการให้คำรับรองฐานะทางการเงินที่พบเห็นได้จากการให้บริการของสถาบันทางการเงิน ซึ่งแม้จะมีใช้การรับรองในความหมายของการทดสอบและเปรียบเทียบตามมาตรฐานแต่ก็จะยกขึ้นมากล่าวเพื่อให้เห็นความแตกต่างกันพอสมควรดังต่อไปนี้

2.4.1 การให้คำรับรองด้านการประกอบการ

ในการประกอบธุรกิจผู้ประกอบการทุกรายล้วนต้องการเป็นผู้ประกอบการระดับแถวหน้าของธุรกิจและต้องการมีรายได้จากการประกอบการอย่างสม่ำเสมอ และการจะบรรลุถึงเป้าหมายนั้นได้ต้องผ่านการตรวจสอบและปรับปรุงกระบวนการต่างๆ ในการประกอบธุรกิจให้เป็นไปตามมาตรฐานเสียก่อน โดยการตรวจสอบจะส่งผลโดยตรงทำให้ผู้ประกอบการทราบถึงระบบกระบวนการที่บกพร่องและระบบกระบวนการที่ได้มาตรฐาน ทำให้สามารถแก้ไขจุดด้อยและเสริมจุดเด่นในการประกอบการได้ตรงจุดซึ่งจะทำให้การประกอบการมีประสิทธิภาพมากขึ้น นอกจากนี้ยังส่งผลให้ผู้ประกอบการที่ได้มาตรฐานได้รับการยอมรับจากหน่วยงานที่ให้คำรับรองนั้นๆ และประชาชนโดยทั่วไปด้วย

การให้คำรับรองด้านการประกอบการเป็นการตรวจสอบการประกอบการตามมาตรฐานต่างๆ เช่น มาตรฐานขององค์การระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน (ISO) ในด้านต่างๆ ที่ส่งผลต่อความน่าเชื่อถือของผู้ประกอบการ โดยผู้ประกอบการรายหนึ่งๆ อาจได้รับการรับรองมาตรฐานการประกอบการในหลายๆ ด้านก็ได้ การรับรองการประกอบการนี้เป็นการรับรองกระบวนการ กรรมวิธีในการประกอบธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินงานโดยมนุษย์หรือระบบเทคโนโลยี ซึ่งจะแตกต่างกับการรับรองผลจากการประกอบการนั้นอันได้แก่ผลิตภัณฑ์

ในปัจจุบันนี้การให้คำรับรองด้านการประกอบการนั้นพบได้หลายทั่วไป โดยหน่วยงานเอกชนหลายหน่วยงานได้เข้ามามีบทบาทในการให้คำรับรอง จึงสามารถยกตัวอย่างการให้คำรับรองการประกอบการในประเทศไทยได้ ดังนี้

(1) สถาบันรับรองมาตรฐานไอเอสโอ (สรอ.)¹² เป็นสถาบันรับรองมาตรฐานตามมาตรฐานของ ไอเอสโออย่างเป็นทางการแห่งเดียวในประเทศไทย ก่อตั้งขึ้นโดยกระทรวงอุตสาหกรรม ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 กันยายน 2541 สรอ. มีฐานะเป็นสถาบันอิสระภายใต้อุตสาหกรรมพัฒนามูลนิธิ ให้บริการตรวจประเมินและรับรองระบบการจัดการต่างๆ ให้แก่ผู้ประกอบการตามมาตรฐาน ได้แก่

- มาตรฐานระบบบริหารงานคุณภาพ (ISO 9001)
 - มาตรฐานระบบการจัดการสิ่งแวดล้อม (ISO 14001)
 - มาตรฐานระบบการจัดการอาชีวอนามัยและความปลอดภัย (TIS18001 และ BS OHSAS18001)
 - มาตรฐานการจัดการพลังงาน (ISO 50001)
 - มาตรฐานการบริหารความต่อเนื่องทางธุรกิจ (ISO 22301 : BCM) เป็นต้น
- สำหรับการให้คำรับรองตามมาตรฐาน ISO นั้น จะมีเลขหมวดของระบบงาน เช่น หมวด ISO 9000 ส่วนระดับความเข้มข้นและความละเอียดในการตรวจสอบและรับรองนั้นจะปรากฏตามเลขตัวสุดท้ายของมาตรฐาน เช่น ISO 9001 เป็นมาตรฐานระบบบริหารงานคุณภาพซึ่งกำกับดูแลทั้งการออกแบบ และพัฒนาการผลิต การติดตั้ง และการบริการ จึงถือว่ามีระดับความเข้มข้นในการทดสอบสูงที่สุดและหากเลขตัวสุดท้ายเป็นเลขที่มากขึ้นไปย่อมแสดงถึงระดับความเข้มข้นในการทดสอบลดน้อยลงตามไปด้วย เช่น โดยมาตรฐานระบบบริหารงานคุณภาพ ISO 9002 จะกำกับดูแลเฉพาะการผลิต การติดตั้ง และการบริการเท่านั้น

(2) สำนักงานมาตรฐานเกษตรอินทรีย์ (มกท.)¹³ เป็นองค์กรอิสระที่ให้บริการตรวจรับรองมาตรฐานเกษตรอินทรีย์ ก่อตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2538 โดยการสนับสนุนของเครือข่ายเกษตรทางเลือก องค์กรพัฒนาเอกชน นักวิชาการ องค์กรผู้บริโภค สื่อมวลชนและเครือข่ายร้านค้าสีเขียว โดยปัจจุบันได้จดทะเบียนเป็นมูลนิธิแล้วเมื่อปี พ.ศ. 2544 โดยให้บริการด้านการรับรองดังนี้

- การตรวจรับรองมาตรฐานเกษตรอินทรีย์ตามขอบข่ายและระบบต่างๆ
- การตรวจประเมินเบื้องต้น เพื่อประเมินความพร้อมของระบบการจัดการฟาร์มและการประกอบการ ก่อนที่จะสมัครขอการตรวจรับรองเกษตรอินทรีย์จริง

¹² MASCI, “สถาบันรับรองมาตรฐานไอเอสโอ.” สืบค้นข้อมูลจาก http://www.masci.or.th/services_th.php?servicesid=3 เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.

¹³ สำนักงานมาตรฐานเกษตรอินทรีย์, “บริการของเรา.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.actorganic-cert.or.th/services> เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2558.

- การตรวจรับรองแบบกลุ่ม สำหรับกลุ่มเกษตรกร หรือ ผู้ประกอบการที่ได้จัดทำข้อตกลงในการรับซื้อผลผลิตจากเกษตรกร

(3) คณะกรรมการร่วมภาคเอกชน 3 สถาบัน (กกร.)¹⁴ ประกอบด้วย สภาหอการค้าแห่งประเทศไทยและหอการค้าไทย สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย และสมาคมธนาคารไทย โดยให้การรับรองถึง ความรับผิดชอบของผู้ผลิต ผู้ค้า และผู้ให้บริการ ในการส่งมอบสินค้าและบริการที่มีคุณภาพ ตลอดจนการเอาใจใส่ต่อผู้บริโภคและการมีจริยธรรมในการประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นการตรวจสอบคุณภาพการประกอบการนอกเหนือจากการตรวจสอบผลิตภัณฑ์ และการให้บริการด้วย โดยหากผู้ประกอบการได้รับการตรวจสอบเป็นไปตามมาตรฐานแล้ว จะได้รับการอนุญาตให้ใช้สัญลักษณ์ Q-Mark เป็นตราสัญลักษณ์เพื่อแสดงว่าผู้ประกอบการมีความรับผิดชอบต่อสินค้าและมีบริการหลังการขายที่ดี รวมทั้งมีจริยธรรมในการทำธุรกิจ

2.4.2 การให้คำรับรองด้านผลิตภัณฑ์หรือบริการ

ในยุคเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเช่นในปัจจุบัน ประเทศไทยนับว่าเป็นฐานการผลิตสำคัญทั้งในทางอุตสาหกรรมและเกษตรกรรมของภูมิภาค โดยเฉพาะในแง่ของการผลิตด้านอุตสาหกรรมซึ่งมีมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (GDP) เป็นจำนวนสูงถึง 3,952,067 ล้านบาท คิดเป็นอัตราส่วนเกือบ 1 ใน 3 ของ GDP ทั้งหมด¹⁵ ในแง่ของผู้ประกอบการอาจพิจารณาว่าการผลิตเป็นเครื่องมือในการแสวงหากำไรซึ่งย่อมส่งผลดีในแง่ของการเพิ่มมูลค่าทางเศรษฐกิจของประเทศ ผู้ประกอบการจึงมักพิจารณาถึงเรื่องการลดต้นทุนการผลิตและการทำตลาดให้มียอดขายผลิตภัณฑ์สูงสุด แต่สำหรับในแง่ของผู้บริโภคแล้ว จุดประสงค์หลักที่สำคัญของการผลิตก็คือกระบวนการที่นำมาสู่ “ผลิตภัณฑ์” ที่ผู้บริโภคจะนำผลผลิตนั้นไปใช้ผู้บริโภค ซึ่งผู้บริโภคมักจะคำนึงถึงการใช้ประโยชน์ได้อย่างมีประสิทธิภาพและปลอดภัยเป็นหลัก

อย่างไรก็ตาม แม้ผู้ประกอบการและผู้บริโภคต้องการประโยชน์ที่จะได้รับจากผลิตภัณฑ์ ในด้านที่แตกต่างกัน แต่ประโยชน์ดังกล่าวไม่ได้เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามเสียทีเดียว ในปัจจุบันมีผู้ประกอบการจำนวนไม่น้อยที่ให้ความใส่ใจในคุณภาพและความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์

¹⁴ โครงการ Q-Mark, “ความเป็นมา.” สืบคำข้อมูลจาก <http://www.qmark.or.th/whatqmark.html> เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2558.

¹⁵ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, “ตาราง : ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP) ด้านการผลิต ณ ราคาปัจจุบัน.” สืบค้นข้อมูลจาก http://www.fpo.go.th/S-I/Source/Data/Table.php?dataname=Prod_GDP_y,Prod_GDP_q&Language=Thai เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2558.

ในขณะที่เดียวกันก็สามารถทำรายได้จากผลิตภัณฑ์เหล่านั้นได้เป็นที่น่าพอใจอีกด้วย เนื่องจากผู้บริโภคมีความมั่นใจในคุณภาพของผลิตภัณฑ์นั้นจึงทำให้มีความต้องการของตลาดในตัวผลิตภัณฑ์นั้นมากขึ้นตามไปด้วย ดังนั้น การที่ผู้ประกอบการได้รับคำรับรองว่าผลิตภัณฑ์มีคุณภาพหรือความปลอดภัยก็จะเป็นการเพิ่มความน่าเชื่อถือให้แก่ผู้ประกอบการอันจะส่งผลให้ผลประกอบการเพิ่มสูงขึ้น

ปัจจุบันแนวคิดเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค โดยเฉพาะในเรื่องความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์ (Product Safety) ซึ่งมีที่มาจากแนวคิดในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมในสมัยศตวรรษที่ 18 แนวคิดในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคนี้ ได้เริ่มพัฒนาขึ้นอย่างช้าๆ เนื่องจากกระบวนการผลิตสินค้าต่างๆ เริ่มมีความซับซ้อนมากขึ้น และมีการนำเทคโนโลยีที่ซับซ้อนมาใช้ในกระบวนการผลิตซึ่งทำให้ผู้บริโภคไม่สามารถทราบได้เลยว่าสินค้านั้นมีความชำรุดบกพร่องหรือไม่ปลอดภัย ในขณะที่ซื้อหรือไม่¹⁶ ซึ่งผู้ผลิตนั้นจำต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์และความรับผิดชอบของผลิตภัณฑ์ แต่สำหรับผู้ให้คำรับรองนั้นตกอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการมาตรฐานฉบับต่างๆ การพิจารณาการตรวจสอบผลิตภัณฑ์เทียบกับมาตรฐานนั้นยังคงมีปัญหาคือว่าจะต้องมีความรับผิดชอบในการให้คำรับรองหรือไม่ประการใด ด้วยเหตุนี้จึงเป็นความท้าทายของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการมาตรฐาน เช่น ผู้กำหนดมาตรฐาน ผู้ประกอบการ และแม้กระทั่งหน่วยรับรองเองก็จะต้องติดตามการเปลี่ยนแปลง การพัฒนาของอุตสาหกรรมอย่างใกล้ชิด

การให้คำรับรองด้านผลิตภัณฑ์มีความหลากหลายเป็นอย่างมาก โดยมีวัตถุประสงค์ในการรับรองที่หลากหลายตามไปด้วย ตัวอย่างการให้คำรับรองผลิตภัณฑ์และการให้บริการในประเทศไทยมีดังนี้

(1) หอการค้าไทย¹⁷ เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อส่งเสริมการค้าเดินวิสาหกิจ โดยทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะแก่สมาชิกเกี่ยวกับเศรษฐกิจ การค้า การบริหาร อุตสาหกรรม เกษตรกรรม และการเงิน ได้มีบริการการให้คำรับรองแก่ผู้ประกอบการในผลิตภัณฑ์ โดยออกหนังสือรับรองแหล่งกำเนิดสินค้า (C/O หรือ Certificate of Origin)¹⁸ ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ในขั้นตอนการค้าเดินการ เนื่องจากในระบบการค้าระหว่างประเทศ เอกสารรับรองแหล่งกำเนิดสินค้า (Certificate of Origin Document) ถูกนำมาใช้เพื่อแสดงถึงแหล่งที่มาของสินค้า

¹⁶ ประณี นิลประพันธ์, “ความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์.” การพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภค (กุมภาพันธ์ 2548) สืบค้นข้อมูลจาก www.lawreform.go.th เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

¹⁷ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย, “มาตรฐานสินค้า .” สืบค้นข้อมูลจาก <http://rss.thaichamber.org/rss/view.asp?nid=3372> เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

¹⁸ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย, “ประวัติและความเป็นมาของระบบC/O-Online.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://rss.thaichamber.org/rss/view.asp?nid=5147> เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

หรือระบุประเทศที่สินค้าถูกผลิตขึ้น เพื่อให้เป็นไปตามความต้องการหรือข้อกำหนดของประเทศที่นำเข้า

ในปัจจุบันการรับรอง “สินค้ามาตรฐาน” ที่มีการส่งออกจริงมีเพียง 8 ชนิด¹⁹ จากสินค้ามาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ 11 ชนิด โดยการตรวจสอบคุณภาพสินค้าก่อนการส่งออกนั้น สภาหอการค้าฯ ได้มอบหมายให้บริษัทเอกชนที่ได้รับอนุญาตเป็นผู้ตรวจสอบคุณภาพสินค้า ดำเนินการในการตรวจปล่อยสินค้า

(2) ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (ศอ. / เนคเทค)²⁰ เปิดให้บริการ “รับรองคุณภาพผลิตภัณฑ์คอมพิวเตอร์” มาตั้งแต่ พ.ศ. 2541 โดยการคัดเลือกมาตรฐานที่เห็นว่าเหมาะสมมาปรับปรุงให้เหมาะสม เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตัดสินคุณภาพผลิตภัณฑ์คอมพิวเตอร์ ต่อมาเมื่อสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (สมอ.) ได้กำหนดมาตรฐานพื้นฐานที่สำคัญขึ้นใช้งานในประเทศแล้ว อาทิ มาตรฐานด้านความปลอดภัย (มอก.1561) และมาตรฐานด้านความเข้ากันได้ทางแม่เหล็กไฟฟ้า (มอก.1956) เนคเทคจึงได้ให้การรับรองตามมาตรฐานดังกล่าว และกำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบระบบควบคุมคุณภาพการผลิต ณ. สถานที่ประกอบการ ก่อนตัดสินให้การรับรองและให้สิทธิแสดงเครื่องหมายรับรองเนคเทค (NECTEC Mark) บนตัวผลิตภัณฑ์ รวมถึงจัดให้มีการตรวจติดตามผลการให้การรับรองเป็นระยะๆ ตลอดมาด้วย

ส่วนผลิตภัณฑ์ที่อาจได้รับการรับรองได้แก่ ผลิตภัณฑ์ประเภทสินค้าในกลุ่มเครื่องคอมพิวเตอร์และส่วนประกอบเชิงหน้าที่ สินค้าในกลุ่มเครื่องพิมพ์แบบดิจิตอล ระบบเก็บรักษาข้อมูล จราจรทางคอมพิวเตอร์ สินค้าไอที และสินค้าไอซีที่อื่นๆ

(3) กระทรวงเกษตรและสหกรณ์²¹ ได้มีการจัดทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ (MOU) เรื่อง การใช้เครื่องหมายรับรองมาตรฐานสินค้าเกษตรและอาหาร ร่วมกัน ๘ หน่วยงานภายในกระทรวง²² โดยดำเนินการให้การรับรองสินค้า (Product Certification) หมายถึง การตรวจสอบให้การรับรองสินค้าที่เป็นผลิตภัณฑ์สุดท้าย (Finished product) โดยมีการสุ่มตัวอย่าง การทดสอบ และการตรวจสอบว่าสินค้านี้มีคุณลักษณะทางด้านคุณภาพและความปลอดภัยเป็นไปตาม

¹⁹ 1. ข้าวหอมมะลิไทย 2. ผลิตภัณฑ์มันสำปะหลัง 3. ข้าวโพด 4. ข้าวฟ่าง 5. ปุ๋ยนุ่น 6. ปลาป่น 7. ถั่วเขียว 8. ถั่วเขียวผิวดำ

²⁰ NECTEC, “ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.nectec.or.th/index.php/about-ecec.html> เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2558.

²¹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 14.

²² ได้แก่ กรมวิชาการเกษตร กรมประมง กรมปศุสัตว์ กรมส่งเสริมการเกษตร กรมส่งเสริมสหกรณ์ กรมพัฒนาที่ดิน องค์การตลาดเพื่อเกษตรกร และสำนักงานมาตรฐานสินค้าเกษตรและอาหารแห่งชาติ

มาตรฐานสินค้าเกษตรและอาหาร และมาตรฐานทั่วไปด้านความปลอดภัย และให้การรับรองระบบ (การรับรองการประกอบการ) หมายถึง การตรวจประเมินให้การรับรองกระบวนการผลิต โดยครอบคลุมกระบวนการผลิตสินค้าเกษตรและอาหารให้ได้ตามมาตรฐานอีกด้วย

โดยการรับรองผลิตภัณฑ์ เช่น สารพิษตกค้าง สารปนเปื้อน รวมทั้งมีการตรวจประเมินระบบการผลิตหรือกระบวนการผลิตว่าผู้ผลิตมีความสามารถในการรักษาคุณภาพ และความปลอดภัยของสินค้าที่ผลิตอย่างสม่ำเสมอได้ตามมาตรฐานสินค้าชนิดนั้นๆหรือไม่ เช่น มาตรฐานเนื้อสุกร, มาตรฐานกระเจี๊ยบเขียว, กุ้งก้ามกาม เป็นต้น เมื่อผู้ประกอบการรายใด มีผลิตภัณฑ์ที่ได้มาตรฐานของกระทรวงฯ ก็จะได้เครื่องหมายรับรอง "Q" ที่แสดงถึงควมมีคุณภาพ และปลอดภัย

2.4.3 การให้คำรับรองด้านฐานะทางการเงิน

ในการประกอบกิจการต่างๆ ปัจจัยที่สำคัญในอันดับแรกสุดได้แก่ เงินทุน ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจประเภทใดผู้ประกอบการจะต้องดำรงเงินทุนหมุนเวียนเพียงพอกับรายจ่ายที่ต้องเสียไปในกระบวนการดำเนินธุรกิจ อีกทั้งในมุมมองของคนในแวดวงธุรกิจมักให้การยอมรับบุคคลซึ่งมีชื่อเสียงอันมาจากการมีฐานะทางการเงินดี ดังคำที่กล่าวว่า “มีเงินนับเป็นน้อง มีทองนับเป็นพี่” จึงนับได้ว่าฐานะทางการเงินมีผลกระทบโดยตรงกับภาพลักษณ์ของผู้ประกอบการ จึงไม่แปลกที่องค์กรภาคเอกชนที่ได้ชื่อว่ามีฐานะทางการเงินดีจะมีผู้ให้ความสนใจเข้าทำธุรกิจเป็นจำนวนมาก และประชาชนมักให้ความเชื่อถือเพราะเชื่อว่าฐานะทางการเงินจะสะท้อนความมั่นคงและความสามารถในการประกอบกิจการขององค์กร ถึงแม้ว่าการรับรองฐานะทางการเงิน จะไม่มีการตรวจสอบเปรียบเทียบกับมาตรฐานใด ๆ ที่เป็นเรื่องทางเทคนิคเลยก็ตาม แต่ก็อาจจะมีเกณฑ์บางอย่างใช้อ้างอิงแทนมาตรฐานได้

นอกจากชื่อเสียงทางโดยทั่วไปแล้ว ในการทำธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ผู้ซื้อและผู้ขายมักมีสถานประกอบการอยู่คนละประเทศ ในเรื่องของความคุ้นเคยและความไว้วางใจ ในระหว่างกันย่อมน้อยกว่าการทำธุรกิจกับผู้ประกอบการในภายในประเทศเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ผู้ซื้อและผู้ขายย่อมต้องการความมั่นใจว่าผู้ที่ตนกำลังเจรจาทำธุรกิจอยู่ด้วยนั้นมีศักยภาพเพียงพอ จะชำระหนี้ตอบแทนแก่ตน อีกทั้ง ในการทำธุรกิจซึ่งผู้ประกอบการต้องการเงินมาเป็นทุน ในการดำเนินการจึงไปขอกู้ยืมเงินจากผู้อื่นหรือสถาบันการเงิน ผู้ให้กู้ก็ย่อมต้องการความมั่นใจว่าหากตนอนุมัติเงินกู้ให้ไปแล้วจะได้รับชำระหนี้ตอบแทนเมื่อถึงกำหนดด้วย

จากกรณีข้างต้นผู้ประกอบการจึงมักจะใช้บริการของบุคคลที่สามที่มีความน่าเชื่อถือในการรับรองฐานะของตนเองหรือร้องขอให้ผู้ที่ตนกำลังเจรจาทำธุรกิจด้วยดำเนินการ

ขอคำรับรองจากบุคคลที่สาม หากบุคคลที่สามนั้นให้คำรับรองว่าบุคคลดังกล่าวมีคุณสมบัติ และมีศักยภาพตามมาตรฐานก็จะสร้างความมั่นใจให้กับผู้ประกอบการในการเข้าทำสัญญากัน ซึ่งคำรับรองทางการเงินนั้นปัจจุบันถือเป็นบริการอย่างหนึ่งของสถาบันการเงินนั่นเอง โดยนอกจาก คำรับรองทางการเงินแล้วยังได้มีผลิตภัณฑ์ทางการเงินหลายประเภทที่ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อให้ความ มั่นใจ ความน่าเชื่อถือทางการเงินแก่ผู้ประกอบการ เช่น Letter of Credit, Bank Guarantee, Letter of Comfort เป็นต้น

แม้การให้คำรับรองด้านฐานะทางการเงินนั้นจะมีความหลากหลายที่น้อยกว่าการให้ คำรับรองด้านอื่น ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว เนื่องจากส่วนใหญ่เป็นการตรวจสอบสถานะทางการเงินในปัจจุบัน และสถิติในอดีตและให้การรับรองเท่านั้น โดยตัวอย่างการให้คำรับรองฐานะทางการเงินในประเทศไทยปรากฏดังนี้

(1) ธนาคารพาณิชย์ต่างๆ ในประเทศไทย เช่น ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน)²³ , ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน)²⁴ เป็นสถาบันการเงินประเภทธนาคารพาณิชย์ตาม พระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 ซึ่งให้บริการทางการเงินอย่างครบวงจรรวมถึง การให้คำรับรองฐานะทางการเงินด้วยบริการออกหนังสือรับรองยอดบัญชี เงินฝากหรือวงเงินสินเชื่อ ทั้งภาษาไทยและเป็นภาษาอังกฤษ โดยลูกค้าบุคคลของธนาคารอาจขอให้ธนาคารออกหนังสือรับรอง ฐานะการเงิน และหนังสือยืนยันผู้สอบบัญชีได้โดยต้องกรอกแบบฟอร์มคำขอตามแบบที่ธนาคาร กำหนด โดยผู้ประกอบการที่ต้องการคำรับรองด้านการเงินต้องระบุในแบบฟอร์มของธนาคารว่าจะนำ คำรับรองดังกล่าวไปใช้เพื่อจุดประสงค์ใด เช่น เพื่อเป็นเอกสารประกอบการยื่นขอวีซ่าต่อสถานทูต ต่าง ๆ ในประเทศไทย เพื่อยื่นต่อสถานศึกษาเพื่อการศึกษาต่อในต่างประเทศ ยื่นขอวีซ่าต่อสำนักงาน ตรวจคนเข้าเมืองสำหรับชาวต่างประเทศ หนังสือรับรองฐานะการเงินของบริษัทเพื่อประกอบการ ติดต่อกับคู่ค้าในต่างประเทศ

(2) หอการค้าไทย²⁵ เป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อส่งเสริมการค้าเงินวิสาหกิจ โดยทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะแก่สมาชิกเกี่ยวกับเศรษฐกิจ การค้า การบริหาร อุตสาหกรรม เกษตรกรรม และการเงิน ได้มีบริการการให้คำรับรองแก่ผู้ประกอบการด้านฐานะทาง

²³ ธนาคารกรุงศรีอยุธยา, “เกี่ยวกับเรา.” สืบค้นข้อมูลจาก <https://www.krungsri.com/bank/th/Other/Download-Forms/Personal-Form/Financialguaranteeissuance.html> เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

²⁴ เพิ่งอ้าง

²⁵ หอการค้าไทย, “บริการออกหนังสือรับรองทางการเงิน.” สืบค้นข้อมูลจาก http://www.thaichamber.org/scripts/service_detail.asp?nPAGEID=423&Tag=3 เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

การเงิน เพื่อใช้เป็นหลักฐานประกอบการยื่นขอคืนหรือลดหย่อนภาษีต่อกรมสรรพากรและกรมศุลกากร ดังต่อไปนี้

หนังสือรับรองฐานะทางการเงินเพื่อจัดระดับเป็นผู้ส่งออกขึ้นทะเบียน (กรมสรรพากร)

หนังสือรับรองฐานะทางการเงินเพื่อจัดระดับเป็นผู้ส่งออกที่ดี (กรมสรรพากร)

หนังสือรับรองฐานะทางการเงินเพื่อขอรับสิทธิลดอากรกึ่งหนึ่งตามมาตรา 19 ตรี ระดับมาตรฐาน เออีโอ (AEOs) (กรมศุลกากร)

หนังสือรับรองฐานะทางการเงินเพื่อประกอบการยื่นขอรับคัดเลือกเป็นผู้นำของเข้า ผู้ส่งของออกระดับมาตรฐานเออีโอ (AEOs) (กรมศุลกากร)

3. บริษัท ข้อมูลเครดิตแห่งชาติ จำกัด²⁶ เป็นผู้ให้บริการรายงานซึ่งแสดงข้อมูลภาพรวมด้านสินเชื่อทุกประเภทของนิติบุคคล และบุคคลธรรมดาที่ขอสินเชื่อเพื่อการพาณิชย์ ที่มีต่อสถาบันการเงินที่เป็นสมาชิกของบริษัท ข้อมูลเครดิตแห่งชาติ เช่น ธนาคาร บริษัทเงินทุน และสถาบันการเงินอื่น

รายงานข้อมูลเครดิตเชิงพาณิชย์ (Commercial Credit Report) จะประกอบด้วยข้อมูลที่บ่งชี้ถึงผู้ขอสินเชื่อ และคุณสมบัติของผู้ขอสินเชื่อ เช่น ชื่อ สถานที่ตั้ง เลขที่ทะเบียนการจัดตั้งนิติบุคคล หรือเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากร และรายละเอียดประวัติการขอ การได้รับอนุมัติสินเชื่อ และการชำระสินเชื่อประเภทต่างๆ ของนิติบุคคลนั้นทุกประเภทด้วย

2.5 ปัจจัยสำคัญในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลทั่วไป

จากการพิจารณาข้อความคิดทั่วไปของผู้ให้คำรับรองในข้อ 2.1-2.4 ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดก็ตาม แนวคิดของการให้คำรับรองในปัจจุบัน สถานะของหน่วยงานผู้ให้คำรับรอง ความเชี่ยวชาญของผู้ให้คำรับรอง ตลอดจนวัตถุประสงค์ที่ได้รับการรับรอง ทำให้สามารถพิจารณาถึงปัจจัยอันเป็นรากฐานในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งแก่ผู้ให้คำรับรองได้ กล่าวคือลักษณะของผู้ให้คำรับรองที่วิทยาลัยนิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเพื่อกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งมีดังต่อไปนี้

1. ผู้ให้คำรับรองที่ควรมีความรับผิดชอบให้ผู้ให้คำรับรองในลักษณะที่เป็นการรับรองจากการตรวจสอบข้อเท็จจริงและเปรียบเทียบตามแนวมาตรฐานเท่านั้น เนื่องจากการมาตรฐานเป็นแนวทางที่ชัดเจนแน่นอนเป็นมีลักษณะเป็นภาวะวิสัย ทำให้วิธีการและขั้นตอนในการตรวจสอบนั้น

²⁶ NCB, “รายงานข้อมูลเครดิตนิติบุคคล.” สืบค้นข้อมูลจาก https://www.ncb.co.th/pro_commercial.htm เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

เป็นแบบแผนที่หลายหน่วยงานยอมรับและสามารถตรวจสอบซ้ำได้ เช่น การตรวจสอบและรับรองระบบบริหารงานคุณภาพตามแนวมาตรฐาน ISO 9001 ในขณะที่การรับรองข้อเท็จจริงโดยทั่วไปมักจะไม่มีมาตรฐานที่แน่นอนและบางครั้งการรับรองข้อเท็จจริงอาจเป็นไปตามอำเภอใจของผู้ให้คำรับรอง เช่น การรับรองความอร่อยของร้านอาหารจากเว็บไซต์แนะนำร้านอาหารต่าง ๆ

2. ผู้ให้คำรับรองที่สามารถมีความรับผิดชอบในทางแพ่งอาจเป็นหน่วยงานภาครัฐหรือเอกชนก็ได้ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้ในการควบคุมผู้ให้คำรับรองนั้น มีลักษณะเหมือนเครื่องมือในการกำกับดูแลตลอดจนกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบซึ่งใช้บังคับกับหน่วยงานเอกชนเป็นหลัก ประกอบกับแนวโน้มการให้คำรับรองในปัจจุบันที่มักจะเป็นการให้คำรับรองโดยหน่วยงานเอกชนมากกว่า จึงควรพิจารณากำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรองของเอกชนเป็นลำดับแรก

3. ทักษะและความเชี่ยวชาญของผู้ให้คำรับรองมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการกำหนดความรับผิดชอบ เพราะการมีความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพย่อมนำมาซึ่งความไว้วางใจที่มากกว่าคนธรรมดา จึงส่งผลให้มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อประชาชนในระดับที่สูงขึ้นตามไปด้วย

4. วัตถุประสงค์ที่ได้รับการรับรองนั้นจะโยงกับมาตรฐานในการตรวจสอบ โดยในส่วนของ การให้คำรับรองการประกอบการหรือผลิตภัณฑ์นั้นมักจะมีการรับรองตามแนวมาตรฐาน จึงอาจกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรองได้ แต่การให้คำรับรองฐานะทางการเงินไม่ต้องมีการรับรองตามแนวมาตรฐานซึ่งไม่ควรนำมาพิจารณากำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรอง

บทที่ 3

ความรับผิดของผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลทั่วไปในกฎหมายต่างประเทศ

3.1 สถานะทางกฎหมายของคำรับรองในกฎหมายต่างประเทศ

ตามพจนานุกรมกฎหมายที่ได้รับการยอมรับเป็นสากลได้แก่ Black's Law Dictionary ได้ให้คำนิยามของคำว่า "Certificate" ว่าเป็นการรับประกันอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรหรือการแสดงออกอย่างเป็นทางการว่ามีการกระทำได้กระทำลงหรือไม่ได้กระทำลง มีเหตุการณ์เกิดขึ้น หรือมีนัยทางกฎหมายใด กล่าวโดยเฉพาะได้แก่ การที่หน่วยงานใดออกใบรับประกันเป็นลายลักษณ์อักษรให้การรับรองหรือให้อำนาจที่สามารถทำการที่ได้ระบุไว้ นั่นได้ เช่น เอกสารที่ใช้ในหน่วยงานศุลกากรของอังกฤษ²⁷

จากบทนิยามดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าคำรับรองก็มีลักษณะเป็นการรับรองข้อเท็จจริงใดๆเป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับความหมายทั่วไปที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 แต่ก็มีได้ระบุไว้ว่าคำรับรองนั้นจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หรือไม่ประการใด นอกจากนี้มีข้อสังเกตว่าคำรับรองในทางกฎหมายจะเน้นการรับรองในรูปแบบเอกสารรับรอง ซึ่งสอดคล้องกับความนิยมจัดทำเอกสารเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะในการค้าระหว่างประเทศที่โดยสภาพแล้วจะมีช่วงระยะเวลาหนึ่งที่สินค้าถูกขนส่งจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง เมื่อผ่านพรมแดนประเทศต่างๆ ก็จะต้องมีการแสดงและตรวจสอบเอกสารอยู่เสมอ ในทางการค้าระหว่างประเทศเอกสารเหล่านี้จึงมีความสำคัญใกล้เคียงกับตัวสินค้าเลยทีเดียว นักกฎหมายหลายท่านจึงนิยมเรียกการซื้อขายที่มีการตรวจสอบเอกสารประกอบตามสัญญาเช่นนี้ว่า "การซื้อขายเอกสาร"

²⁷ Law Dictionary, "What is CERTIFICATE? definition of CERTIFICATE (Black's Law Dictionary)."

A written assurance, or official representation, that some act has or has not been done, or some event occurred, or some legal formality been complied with. Particularly, such written assurance made or issuing from some court, and designed as a notice of things done therein, or as a warrant or authority, to some other court, judge, or officer. *People v. Foster*, 27 Misc. Rep. 576, 58 N. Y. Supp. 574; *U. S. v. Ambrose*, 108 U. S. 336, 2 Sup. Ct. 652, 27 L. Ed. 746; *Ti-conic Bank v. Stackpole*, 41 Me. 305. A document in use in the English custom house. No goods can be exported by certificate, except foreign goods formerly imported, on which the whole or a part of the customs paid on importation is to be drawn back. Wharton

(Documentary sale)²⁸ และเอกสารที่แสดงการรับรองเช่นนี้อาจเป็นเอกสารที่ต้องการในการชำระเงินด้วยวิธีการเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตด้วย

อาจกล่าวได้ว่าแม้จะมีการใช้คำรับรองอยู่ทั่วไปแต่การกำหนดสถานะให้แก่คำรับรองนั้นกลับไม่ปรากฏชัดเจนในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาว่าการระบุเนื้อความในเอกสารรับรองนั้นอาจเป็นการแสดงเจตนาในรูปแบบหนึ่ง ซึ่งอาจเป็นการแถลงข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ได้ โดยระบุไว้ในเอกสารรับรองนั้นว่าผู้แสดงเจตนาได้รับรองความน่าเชื่อถือของผู้ประกอบการในด้านต่างๆ แล้ว ซึ่งเมื่อได้แสดงเจตนาไปแล้วย่อมเป็นการให้คำรับรองว่าผู้ประกอบการท่านนั้นได้รับการตรวจสอบตามมาตรฐานและผ่านการตรวจสอบดังกล่าว การให้คำรับรองจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีสัญญาเกิดขึ้น โดยสัญญาจะเป็นตัวกำหนดความสัมพันธ์กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการที่ต้องการคำรับรอง โดยบุคคลที่สามนั้นที่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องโดยการเชื่อถือคำรับรองนั้นจะถือว่าเป็นบุคคลภายนอกสัญญา ซึ่งไม่มีความผูกพันตามสัญญาต่อผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการที่ต้องการคำรับรองในสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด²⁹

3.2 ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายอังกฤษ

อังกฤษเป็นส่วนหนึ่งของสหราชอาณาจักร โดยอังกฤษเองได้ชื่อว่าเป็นต้นกำเนิดแห่งระบบคอมมอนลอว์ (Common law) หรือระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน (Anglo-American) โดยมีประเทศที่เคยตกอยู่ใต้อำนาจทางการเมืองหรือได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษหลายประเทศใช้ระบบกฎหมายนี้ ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่สำคัญอีกประเทศหนึ่งคือสหรัฐอเมริกา ในบทนี้จึงได้กล่าวถึงหลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดและหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของอังกฤษซึ่งถือเป็นต้นตำรับแห่งคอมมอนลอว์ และหลัก “Common Calling” หรือ “Public Calling” ก่อนจะแยกพิจารณาถึงความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายอังกฤษและสหรัฐอเมริกาแยกต่างหากออกไปในข้อ 3.3

²⁸ กาชัย จงจักรพันธ์, “กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ.” พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 43.

²⁹ supra note 1, p. 270.

3.2.1 หลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดของอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ กฎหมายลักษณะละเมิดวิวัฒนาการมาจากระบบหมายศาล (writ system) กฎหมายลักษณะละเมิดของคอมมอนลอว์จึงเป็นกรณีความรับผิดเฉพาะเรื่องในฐานะต่างๆ และความรับผิดในฐานะต่างๆ ก็แยกกันเป็นเอกเทศไม่ปะปนกัน แม้แต่ความรับผิดเพื่อการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ (Tort of negligence) ก็เป็นเพียงความรับผิดฐานหนึ่งเท่านั้น³⁰ และด้วยเหตุที่ความผิดฐานละเมิดอาศัยคำสั่งศาลแบบโบราณ (writ) เป็นฐานในการฟ้องคดี จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายละเมิดนั้นอาศัยจารีตประเพณีเป็นส่วนใหญ่ โดยการขยายคำสั่งศาลเดิมว่าด้วยการสอดเข้าเกี่ยวข้องในร่างกายหรือการครอบครองซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมิชอบ (trespass)³¹

สำหรับคำว่าละเมิด (Tort) นั้น มาจากคำศัพท์ภาษาละตินว่า “Tortus” ซึ่งหมายความว่า การบิดเบี้ยว โดยตามนัยนี้หมายความว่า การกระทำผิด สำหรับภาษาอังกฤษแล้ว คำว่า “Tort” เป็นคำศัพท์เทคนิคทางกฎหมายโดยเฉพาะ หมายความว่า “ความผิดกฎหมาย ซึ่งกฎหมายจัดให้มีการเยียวยา” โดยที่ธรรมชาติของกฎหมายละเมิดจะเน้นเรื่องเกี่ยวกับ “การกำหนดหน้าที่” และ “ประโยชน์ซึ่งได้รับการคุ้มครอง” ในสมัยก่อนกฎหมายละเมิดมักจะใช้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคลในทางทรัพย์สิน เช่น ที่ดิน (tort of nuisance and trespass to land) และใช้คุ้มครองตัวบุคคลจากการทำร้ายร่างกายหรือการกักขังหน่วงเหนี่ยว ส่วนประโยชน์ทางการเงิน (financial interests) เช่น ความเสียหายทางเศรษฐกิจและผลประโยชน์ทางการค้า นั้น เพิ่งจะมีการนำมาพิจารณากันอย่างจริงจังเมื่อไม่นานมานี้ และขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิก็ยังคงไม่ชัดเจนอยู่³²

ในการศึกษาหลักกฎหมายละเมิดของอังกฤษนั้น ใคร่ขอกล่าวถึงลักษณะของการกระทำละเมิดที่อาจเกี่ยวข้องกับความรับผิดของผู้ให้คำรับรองได้แก่ Tort of Negligence กล่าวคือเป็นการกระทำละเมิดโดยประมาทซึ่งมีประวัติความเป็นมาที่ยาวนาน โดยตามกฎหมายละเมิดของอังกฤษมิได้ถือว่าความประมาทเลินเล่อเป็นองค์ประกอบหนึ่งของละเมิด แต่ถือว่าการกระทำละเมิดโดยประมาทเป็นความรับผิดฐานหนึ่งเท่านั้น และคดีฟ้องร้องด้วยมูลละเมิดส่วนมาก

³⁰ อนันต์ จันทโรภากร, “โครงสร้างพื้นฐาน กฎหมายลักษณะละเมิด.” ในหนังสือรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, 2531, หน้า 96.

³¹ ประชุม โฉมฉาย, “กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน.” พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ตุลาคม 2558), หน้า 156-157.

³² Vivienne Harpwood, “Modern Tort Law”, seventh edition Oxfordshire, Routledge-Cavendish, p. 1.

ก็จะมีเหตุอันเนื่องมาจากการกระทำโดยประมาท เพราะไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการละเมิดหน้าที่ เต็ดขาด (breach of statutory duty) หรือการรบกวนขัดสิทธิ (nuisance) ก็มักจะมีเหตุอันเกี่ยว ด้วยการกระทำโดยประมาทเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ สำหรับประเด็นที่จะได้หยิบยกขึ้นมากล่าว ต่อไปในเรื่องเกี่ยวกับ Tort of Negligence นี้จะเน้นแนวความคิดในการกำหนดความรับผิดเป็นหลัก

3.2.1.1 แนวคิดดั้งเดิมว่าด้วยความผิด (Fault) เป็นรากฐานของละเมิด

จากประวัติศาสตร์กฎหมายจะพบว่าทฤษฎีว่าด้วยความผิดนั้นมีมาช้านานตั้งแต่สมัย โรมันแล้ว กล่าวได้ว่าตามกฎหมายโรมันก่อนจะต้องพิสูจน์ “ความผิด” (fault) ของผู้กระทำให้ได้ เสียก่อนจึงจะสามารถกำหนดความรับผิดฐานละเมิดได้ ไม่ว่าความผิดนั้นจะได้กระทำโดยจงใจ (dolus) หรือประมาทเลินเล่อ (culpa) ก็ตาม

จนกระทั่งในปลายศตวรรษที่ 19 ด้วยเหตุที่เกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมขึ้นในทวีป ยุโรปส่งผลให้มุมมองของสังคมได้เปลี่ยนไป ประกอบกับวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีการพิจารณา กำหนดความรับผิดก้าวหน้าไปมากขึ้น เมื่อลูกจ้างในโรงงานอุตสาหกรรมได้รับบาดเจ็บจากการทำงาน กับเครื่องจักรกลหรือคนเดินถนนอาจได้รับบาดเจ็บจากยานพาหนะอันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรนั้น การจะพิสูจน์เอาการกระทำอันเป็นความผิดจากตัวจำเลยนั้นย่อมเป็นการยาก ส่งผลให้ผู้เสียหายไม่ได้รับ การเยียวยาเท่าที่ควร

เพื่อเป็นการแก้ปัญหาเรื่องการกำหนดความรับผิด กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสังคมก็ได้ มีวิวัฒนาการตามไปด้วยเพื่อเป็นการปรับปรุงคุณภาพชีวิตของกลุ่มบุคคลต่างๆ เช่น ลูกจ้าง ผู้ถือ ครองอสังหาริมทรัพย์ หรือแม้กระทั่งพลเมือง เป็นต้น ทำให้เกิดแนวโน้มที่พัฒนาจากการกระทำ ความผิดไปสู่ “ความรับผิดชอบต่อสังคม” ดังที่ปรากฏในคดี *Donoghue v. Stevenson*³³ ในปี ค.ศ. 1932 ซึ่งการตัดสินคดีความโดยเสียงข้างมากล้วนเป็นที่แปลกใจแก่นักกฎหมายเนื่องจาก เป็นการตัดสินตามหลักกฎหมายที่แปลกใหม่ และท่านผู้พิพากษา Lord Atkin ได้วางหลักการ ทางกฎหมายที่สำคัญเอาไว้ อันจะเป็นรากฐานของ product liability law ต่อไปในอนาคต

3.2.1.2 แนวคิดและหลักกฎหมายจากคดี *Donoghue v. Stevenson* ในปี ค.ศ. 1932

ในคดี *Donoghue v. Stevenson* ซึ่งเป็นคดีที่เป็นบรรทัดฐานอีกคดีหนึ่งใน ประวัติศาสตร์กฎหมายอังกฤษ โดยมีข้อเท็จจริงว่าเพื่อนของนาง Donoghue ได้ใช้บริการร้านอาหาร

³³ *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562

แห่งหนึ่งและได้สั่งเครื่องดื่ม Ginger Beer โดยที่นาง Donoghue ได้ร่วมกันดื่มกินด้วย เมื่อเพื่อนของนาง Donoghue รินเครื่องดื่มออกมาก็พบว่ามิซกหอยทากปรากฏอยู่ในขวด และในเวลาต่อมา นาง Donoghue ก็ได้ล้มป่วยลงโดยมีอาการปวดท้องเนื่องจากระบบทางเดินอาหารผิดปกติ Donoghue จึงได้ฟ้องนาย Stevenson เจ้าของกิจการเครื่องดื่ม โดยศาลได้พิจารณาโดยวางหลักการพื้นฐานว่าการกระทำหน้าที่โดยประมาทสามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าจะมีสัญญา ระหว่างโจทก์ผู้ฟ้องคดีกับจำเลยผู้ผลิตเครื่องดื่มหรือไม่ มูลเหตุอันเป็นรากฐานของคดีนี้คือการที่ผู้ผลิตมีหน้าที่ต่อผู้บริโภคในการระมัดระวังให้มีสิ่งแปลกปลอมปนเปื้อนในผลิตภัณฑ์ แต่ผู้ผลิตกลับละเลยทำผิดหน้าที่ดังกล่าว จึงได้มีการวางหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่ออธิบายหน้าที่ดังกล่าว

(1) หลักเพื่อนบ้านที่ดี (Neighbour principle)

ในคดีของนาง Donoghue ดังกล่าว ศาลสูงของอังกฤษ (House of Lords) ได้พิพากษาคัดสินให้นาง Donoghue ชนะคดีโดยเสียงข้างมาก ซึ่งท่านผู้พิพากษา Lord Atkin หนึ่งในเสียงข้างมากนั้นได้วางหลักกฎหมายในเรื่องทางละเมิดที่เรียกว่า หลักเพื่อนบ้านที่ดี (Neighbour principle) โดยเป็นกฎเกณฑ์ในลักษณะของหลักการทั่วไปที่กำหนดให้บุคคลใดที่มีได้ใช้ความระมัดระวังอย่างสมเหตุสมผลจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น บุคคลนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบในทางละเมิด

Lord Atkin ได้หยิบยกแนวความคิดเกี่ยวกับการมีความเอื้ออาทรต่อเพื่อนบ้าน และหน้าที่ต้องไม่ทำร้ายเพื่อนบ้านมาช่วยในการอธิบายหลักกฎหมายละเมิด โดยสำหรับในแง่ของกฎหมายละเมิดนั้น บุคคลจะต้องใช้ความระมัดระวังในการหลีกเลี่ยงการกระทำหรืองดเว้นการกระทำซึ่งบุคคลนั้นสามารถ “คาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผล” (reasonably foresee)ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เพื่อนบ้านของบุคคลนั้น

โดยทั่วไปแล้วเพื่อนบ้านหมายถึงกลุ่มคนที่อยู่อาศัยร่วมกันในละแวกชุมชนเดียวกัน ซึ่งบุคคลที่มีบ้านใกล้เคียงกันนั้นย่อมจะมีปฏิสัมพันธ์ต่อกันบ้าง และมักจะคอยระมัดระวังช่วยเหลือกันตามสมควร โดยต่างฝ่ายต่างก็ไม่ต้องการและไม่ควรจะสร้างความเดือดร้อนรำคาญให้แก่อีกฝ่าย คำถามที่ตามมาก็คือหากพิจารณาในทางกฎหมายแล้วจะถือว่าใครเป็นเพื่อนบ้านกันแน่ ซึ่ง Lord Atkin ก็ได้ให้คำตอบว่า “เพื่อนบ้านในที่นี้คือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดและอาจได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำของข้าพเจ้า ซึ่งข้าพเจ้าควรพิจารณาใคร่ครวญอย่างมีเหตุผลได้ว่าเขาจะได้รับผลกระทบใด ๆ จากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของข้าพเจ้าเอง” ซึ่ง “ความใกล้ชิดและอาจได้รับผลกระทบโดยตรงนี้” (so closely and directly affected) เป็นฐานในการอธิบายโดยอุปมาได้ว่ามีความสนิทสนมกันเสมือนกับเป็นเพื่อนบ้านกันนั่นเอง

จึงสรุปได้ว่าในระหว่างคู่กรณีนั้น ฝ่ายที่จะถูกพิจารณาว่ากระทำละเมิดโดยประมาทนั้น ย่อมต้องมีความ “คาดหมายได้” (foresight) และย่อมจะต้องมี “ความใกล้ชิด” (proximity) บางประการต่อกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีนั้นเป็นเหตุผลในทางศีลธรรมที่เป็นรากฐานของความคิดที่ว่าบุคคลหนึ่งต้องมีความรับผิดชอบต่ออีกบุคคลหนึ่ง ภายใต้เงื่อนไขบางประการ และแต่ละฝ่ายต้องใช้ความระมัดระวังและไม่ควรจะก่อความเสียหายแก่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งความสัมพันธ์ใกล้ชิดต่อกันเฉกเช่นเป็นเพื่อนบ้านนี้จะนำมาซึ่ง “หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง” (duty of care) ต่อกัน ซึ่งหน้าที่นี้ย่อมจะเกิดขึ้นและจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบหากมีการกระทำโดยประมาทโดยมิได้ใช้ความระมัดระวังในระดับที่ตนมีหน้าที่ต้องกระทำเช่นนั้น และอาจเป็นเหตุในการพิจารณากำหนดความรับผิดชอบทางละเมิดขึ้นมาได้ แต่หากไม่มีความสัมพันธ์อันใกล้ชิดในลักษณะที่อาจได้รับผลกระทบใด ๆ ต่อกันเลยก็ไม่อาจกำหนดความรับผิดชอบระหว่างกันได้

(2) แนวคิดเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ (Public Policy)

ในคดีนี้ Lord Buckmaster ซึ่งเป็นผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างน้อยได้มองเรื่องของการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนของผู้เสียหายต่อผู้ผลิตในอีกแง่มุมหนึ่ง โดยท่านเห็นว่าหากคดีนี้ตัดสินให้โจทก์เป็นฝ่ายชนะคดีก็ย่อมจะส่งผลกระทบต่อแวดวงธุรกิจการค้าและเหตุผลทางเศรษฐกิจก็เป็นปัจจัยสำคัญปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาของผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างน้อย เพราะอาจกล่าวได้ว่าเนื่องจากผู้ผลิตเกรงกลัวการถูกฟ้องร้องให้รับผิดชอบละเมิดจึงต้องกันเงินบางส่วนไว้เพื่อเป็นค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหาย หรือผู้ผลิตจะต้องพัฒนากลไกการควบคุมคุณภาพของผลิตภัณฑ์เพื่อสร้างความมั่นใจและลดความเสี่ยงในการก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมโดยรวม หรือผู้ผลิตจะต้องทำประกันภัยประเภทต่างๆ ไว้ ซึ่งค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเหล่านี้จะถูกผลักไปให้เป็นภาระของผู้บริโภค ทำให้ราคาของผลิตภัณฑ์จะสูงขึ้นซึ่งการคำนึงถึงประเด็นในทางเศรษฐกิจเช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาถ่วงถ่วงกันถึงประเด็นแนวนโยบายสาธารณะด้วย (Policy Arguments) จึงเป็นปัญหาในเชิงวิเคราะห์ซึ่งปัจจุบันยังคงต้องพิจารณากันต่อไปว่าการจะให้บุคคลซึ่งเป็นผู้ผลิตที่มีได้เป็นคู่สัญญากับผู้ได้รับความเสียหายต้องมีความรับผิดชอบนั้น เป็นเรื่องที่สมควรหรือไม่และหากจะต้องรับผิดชอบจะต้องมีความรับผิดชอบมากน้อยเพียงใด

(3) แนวคำพิพากษาในคดี Donoghue v. Stevenson ได้วางหลักกฎหมายไว้หลายประการ โดยสรุปสาระสำคัญของการตัดสินได้ดังนี้

- การประมาทเลินเล่อได้รับการยืนยันว่าเป็นละเมิดชนิดหนึ่ง
- การฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการกระทำโดยประมาทอาจมีขึ้นได้ ไม่ว่าจะมิสัญญาระหว่างผู้ผลิตหรือผู้บริโภคหรือไม่

- หากโจทก์พิสูจน์ได้ถึงหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังของจำเลย และการกระทำโดยผิดหน้าที่ของจำเลยทำให้เกิดความเสียหายซึ่งไม่ห่างไกลเกินไป
- การก่อตั้งหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามหลักเพื่อนบ้านที่ติดกัน (neighbor principle) ต้องอยู่บนหลักการของความคาดหมายได้อันสมเหตุสมผล
- ผู้ผลิตเครื่องดื่มมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังแก่ผู้บริโภคมิให้บุคคลภายนอกทำการปนเปื้อนผลิตภัณฑ์อันจะทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย

3.2.1.3 องค์ประกอบในการกำหนดความรับผิดฐาน Tort of Negligence

จากวิวัฒนาการการกำหนดความรับผิดทางละเมิดที่มีรากฐานมาจากการกระทำ ความผิดเพียงอย่างเดียว กล่าวคือต้องพิสูจน์ความผิดให้ได้จึงจะมีความรับผิดทางละเมิด ต่อมาเกิดคดี Donoghue v. Stevenson ซึ่งทำให้แนวความคิดว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดได้ถูกเปลี่ยนไป เมื่อศาลได้ยอมรับว่าการที่บุคคลซึ่งมีความใกล้ชิดกับผู้เสียหายมิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรที่ควรจะใช้ในการป้องกันความเสียหายมิให้เกิดขึ้นก็ถือเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อถือเป็นการผิดฐานละเมิดโดยประมาท ดังนั้นการพิสูจน์ความรับผิดทางละเมิดประเภทนี้จึงมีได้มุ่งเป้าไปที่ การพิสูจน์ความผิดดังเช่นในอดีต แต่หากเป็นการมุ่งพิสูจน์ให้ได้ความจริงใน 3 ประเด็น ได้แก่ หน้าที่ที่จะต้องระมัดระวัง (duty of care) การกระทำผิดหน้าที่ (breach of duty) และความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลตลอดจนความห่างไกลของความเสียหาย (causation and remoteness of damage) ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้

ก. หน้าที่ที่จะต้องระมัดระวัง (duty of care)

การพิจารณาถึงหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวัง เป็นประเด็นแรกที่โจทก์ต้องมุ่งพิสูจน์เพื่อกำหนดความรับผิดเพื่อ Tort of Negligence ซึ่งโจทก์จะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติต่อจำเลย โดยการพิสูจน์หน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังนี้สามารถพิจารณาจากการเทียบเคียงข้อเท็จจริงจากกรณีก่อนๆ ที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วและศาลพิจารณาว่าจำเลยมีหน้าที่ แต่หากเป็นกรณีใหม่ซึ่งศาลอาจยังไม่เคยกำหนดหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังไว้เลยก็ย่อมจะพิจารณาได้จาก 1. ความคาดหมายได้ล่วงหน้า (foresight) 2. ความใกล้ชิด (proximity) 3. ความยุติธรรม (justice) ซึ่งหลักการเหล่านี้ได้ปรากฏในคดีของนาง Donoghue ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว สำหรับตัวอย่างและแนวทางในการพิจารณาหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดผ่านการพิจารณาและวิเคราะห์แนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษในคดีเรื่องต่าง ๆ เพื่อจะนำไปสู่แนวทางในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งแก่ผู้ให้คำรับรองต่อไป

ข. การกระทำผิดหน้าที่ (breach of duty)

ประเด็นนี้ก็มีความสำคัญไม่แพ้กับปัจจัยแรก เพราะเกี่ยวข้องกับ การพิจารณาว่า การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำใดซึ่งจะนำพาจำเลยไปสู่ความรับผิด ประเด็นของการพิจารณา เรื่องนี้อยู่ที่ในการกระทำหรือการงดเว้นกระทำใดการหนึ่งผู้กระทำได้กระทำตามมาตรฐาน ของความระมัดระวังตาม (standard of care) ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งปัจจัยนี้ มีความเกี่ยวข้องกับการพิสูจน์ความผิด โดยในทางกฎหมายเห็นว่าการกระทำผิดหน้าที่เป็นการกระทำ ที่ไม่สมเหตุสมผลในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง ซึ่งมักจะเกิดขึ้นเมื่อความเสียหายที่จะเกิด ความเสียหายมีน้ำหนักมากกว่าการพยายามหรือความยากลำบากในการที่จะหลีกเลี่ยงไม่ ให้ ความเสียหายนั้นเกิด การกระทำผิดหน้าที่นี้ย่อมขึ้นอยู่กับระดับมาตรฐานของความระมัดระวัง กล่าวคือผู้เชี่ยวชาญย่อมจะถูกคาดหวังให้กระทำการด้วยมาตรฐานความระมัดระวังที่สูงกว่าบุคคล ธรรมดาทั่วไป และย่อมขึ้นอยู่กับสถานการณ์แวดล้อมอื่นๆ เป็นรายกรณีอีกด้วย

ค. ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลตลอดจนความห่างไกลของความเสียหาย (causation and remoteness of damage)

ประเด็นสุดท้ายในการพิจารณากำหนดความรับผิดทางละเมิดประเภท tort of negligence คือการพิจารณาว่าการกระทำนั้นก่อหรือเป็นเหตุตั้งต้นที่จะทำให้เกิดความเสียหาย หรือไม่ (causation of damage) ซึ่งเป็นประเด็นที่ข้อเท็จจริงมีบทบาทสำคัญอย่างมาก ในบางสถานการณ์ก็ไม่สามารถพิจารณาได้โดยง่ายว่าการกระทำได้เป็นเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ซึ่งพยานผู้เชี่ยวชาญจะมีอิทธิพลเหนือคดีได้ เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาจากการนำสืบการพิสูจน์ ความจริงโดยแท้ โดยการหาจุดเชื่อมระหว่างความเสียหายกับการกระทำนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ การประเมินค่าเสียหายด้วย เช่น ในกรณีที่คนงานได้รับความเสียหายทางกายภาพโดยมีอาการปวด หลังจากการยกของหนักภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ว่าจ้าง ผู้เชี่ยวชาญย่อมจะให้เห็นได้ว่า เหตุแห่งอาการปวดหลังมาจากน้ำหนักของที่มากไป หรือเพราะการยกของที่ผิดวิธี หรืออาจเกิดจาก เหตุทั้งสองอย่างหรือเหตุอื่นผสมกัน ซึ่งถ้าหากเป็นเหตุที่เกิดจากผู้ว่าจ้างก็อาจจะต้องมีความรับผิด

และถึงแม้จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของจำเลยเป็นเหตุอันก่อให้เกิดความเสียหาย ก็ยังต้องพิจารณาในขั้นต่อไปว่าความเสียหายและการกระทำของจำเลยดังกล่าวมีความห่างไกลกัน หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายจะไม่ยอมให้ผู้เสียหายได้รับชดใช้หากความเสียหายนั้นเป็นเรื่องที่ไกลกว่า เหตุ ซึ่งในส่วนของความห่างไกลกับความเสียหายนี้ (remoteness of damage) นั้นเป็นประเด็น ปัญหากฎหมาย ซึ่งต้องนำปัจจัยด้านการคาดเห็นได้มาพิจารณาในขั้นนี้ด้วย เช่น การที่ผู้ขับขี่รถยนต์ ขับรถยนต์ชนคนเดินถนน สิ่งที่ผู้ขับขี่นั้นคาดหมายได้ก็คือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ร่างกายของ

คนเดินถนนผู้นั้น แต่ผู้ขับขี้นั้นไม่สามารถคาดเห็นได้เลยว่าสภาพร่างกายของคนเดินถนนผู้นั้นเป็นอย่างไร มีโรคประจำตัวหรือไม่ ในกรณีที่คนเดินถนนผู้นั้นเป็นโรคหัวใจและเกิดความเสียหายต่อชีวิตเนื่องจากอาการหัวใจวายนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ

3.2.2 หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของอังกฤษ³⁴

ดังที่ได้กล่าวไว้ในเบื้องต้นว่าหลักกฎหมายอังกฤษเป็นต้นตำหรับแห่งกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะที่เคยตกเป็นเมืองขึ้นของอังกฤษมาก่อน เช่น ออสเตรเลีย มาเลเซีย สิงคโปร์ แม้แต่ประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกาเองก็มีกฎหมายสัญญาที่มีรากฐานมาจากกฎหมายอังกฤษ เพียงแต่มีการบัญญัติกฎหมายพิเศษมาเป็นส่วนเสริม หรือศาลในมลรัฐต่างๆ อาจวางหลักกฎหมายแตกต่างไปจากหลักกฎหมายอังกฤษบ้างก็ตาม

กฎหมายสัญญาของอังกฤษมีที่มาจาก การฟ้องคดีแบบ *assumpsit* ซึ่งเป็นการฟ้องร้องกันในมูลละเมิดเพื่อเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการถูกรบกวนสิทธิ (*trespass*) และการผิดคำสัญญา (*promise*) ก็ถือเป็นการรบกวนสิทธิอย่างหนึ่งทำนองเดียวกับการรบกวนสิทธิในมูลละเมิดเท่านั้น ส่วนหลักในการทำคำเสนอและคำสนองนั้นเป็นเรื่องที่นักกฎหมายอังกฤษรับมาจากระบบประมวลกฎหมายในภายหลัง ในประเด็นการเกิดสัญญาจึงมีความเห็นตรงกันทั้ง 2 ระบบกฎหมาย โดยคำเสนอ (*offer*) นั้นต้องมีความแจ่มชัดว่าผู้แสดงเจตนาพร้อมจะผูกพันตามสิ่งที่ตนได้แสดงออกไป หากไม่ได้มีเจตนาถึงขั้นนั้นก็อาจเป็นเพียงคำเชิญชวน (*invitation to treat*) เช่น การวางสินค้าจำหน่ายในร้านโดยติดป้ายราคาแน่นอน การเชิญให้ประกวดราคา เป็นต้น สำหรับคำสนอง (*acceptance*) นั้นต้องมีเนื้อหาตรงกันกับคำเสนอทุกประการ (*unqualified*) มิฉะนั้นจะถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นมาใหม่ (*counter-offer*) ซึ่งทำให้คำเสนอเดิมสิ้นผลไป

สำหรับในชั้นก่อนจะเกิดเป็นสัญญาขึ้นนั้น กฎหมายอังกฤษได้มีแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาขั้นต้นที่นำไปสู่สัญญาหลัก (*collateral contract*) ซึ่งเกิดจากการให้คำสัญญาหรือถ้อยคำใดๆ ที่จูงใจให้ผู้รับคำสัญญาหรือถ้อยคำนั้นตกลงเข้าทำสัญญาหลักกับผู้ให้คำสัญญาหรือถ้อยคำนั้น หรือกับบุคคลอื่น เช่นในคดี *Andrews v. Hopkinson* ผู้สนใจรถยนต์ติดต่อผู้ค้ารถยนต์มือสอง ผู้ค้ารถยนต์ได้ให้คำแนะนำให้ซื้อรถคันหนึ่งพร้อมกับกล่าวว่าตนเป็นรถยนต์สภาพดีและอาจเอาชีวิตเป็นเดิมพันได้ โดยผู้ค้ารถยนต์ได้จัดการขายรถคันดังกล่าวให้บริษัทไฟแนนซ์และให้บริษัท

³⁴ พินัย ฌ นคร, “หลักกฎหมายสัญญาของประเทศไทย” ในหนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ อาจารย์บุญกุล ฌ นคร, 2542, หน้า 158.

ไฟแนนซ์เป็นผู้ทำสัญญาเช่าซื้อกับผู้สนใจรถยนต์รายนั้นอีกทอดหนึ่ง ต่อมารถยนต์คันดังกล่าวประสบอุบัติเหตุเพราะเหตุจากความบกพร่องในคุณภาพรถ เมื่อผู้สนใจซื้อได้ฟ้องผู้ค้ารถที่ได้ให้คำรับรองว่ารถคันดังกล่าวมีสภาพดีมาก ศาลจึงได้พิพากษาให้ผู้ค้ารถรับผิดเพราะการที่ผู้ค้ารถให้คำรับรองดังกล่าวแก่ผู้สนใจซื้อเพื่อจูงใจให้เข้าทำสัญญาเช่าซื้อกับบริษัทไฟแนนซ์นั้น มีลักษณะเป็น collateral contract

สำหรับหลักการสิ่งตอบแทน (consideration) นั้น เป็นลักษณะเฉพาะของกฎหมายอังกฤษที่ต้องการให้ผู้สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย มอบสิ่งของเป็น “สิ่งตอบแทนซึ่งกันและกัน” เท่านั้น โดยสิ่งตอบแทนนี้ต้องมาจากฝ่ายที่ประสงค์จะบังคับตามสัญญา และสิ่งตอบแทนอาจไม่เท่าเทียมกันได้ หลักการสิ่งตอบแทน (consideration) นี้มีข้อยกเว้นอยู่โดยศาลได้วางหลักกฎหมายปิดปากในการทำสัญญา (promissory estoppel) อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายดังกล่าวจะใช้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้เท่านั้น มิสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างเป็นมูลแห่งการฟ้องร้องกันได้ หลักสิ่งตอบแทนจึงยังมีความสำคัญอยู่พอสมควร

ในการพิจารณาหลักกฎหมายสัญญาของอังกฤษนั้น หากค้นหาหลักการที่เกี่ยวข้องกับการให้คำรับรองอันเป็นเท็จนี้ ก็พอจะเทียบเคียงได้กับหลักกฎหมายสัญญาในส่วนที่ว่าด้วย “การให้ถ้อยคำผิดความจริง” (Misrepresentation) กล่าวคือเป็นการการบอกกล่าวข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จ โดยต้องมีองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการคือ

(1) ข้อความที่กล่าวต้องเป็นข้อความยืนยันข้อเท็จจริง (Statement of Fact) แต่ถ้าหากเป็นการกล่าวข้อความที่เป็นการแสดงความประสงค์หรือความเห็น (Statement of intention หรือ Statement of opinion) แม้ข้อความที่กล่าวนั้นไม่เป็นความจริง ผู้กล่าวข้อความก็ไม่มีผิดตามหลัก Misrepresentation เนื่องจากข้อความที่แสดงความประสงค์หรือความเห็นเหล่านั้นมีความไม่แน่นอนและอาจเปลี่ยนแปลงได้ อย่างไรก็ตามแม้เป็นการแสดงความประสงค์หรือให้ความเห็นในลักษณะที่เห็นได้ชัดว่าวิญญูชนจะไม่ให้ความเห็นเช่นนั้นโดยบริสุทธิ์ใจหรือถ้าปรากฏว่าผู้แสดงความประสงค์รู้ตั้งแต่แรกว่าตนจะไม่ทำตามความประสงค์นั้น กฎหมายอังกฤษจะถือว่าข้อความที่แสดงออกมานั้นไม่ต่างกับข้อความที่เป็นการยืนยันข้อเท็จจริง (Statement of Fact) เลยทีเดียว

(2) ข้อความดังกล่าวต้องจูงใจ (Induce) ให้ผู้รับข้อความนั้นเชื่อถือและเข้าทำสัญญา ไม่ว่าจะกล่าวก่อนหรือในเวลาเดียวกันกับที่ทำสัญญา และผู้รับข้อความนั้นได้เชื่อถือในข้อความนั้นจริง ถ้าผู้รับข้อความนั้นไม่เชื่อถือในความเป็นจริงก็จะถือไม่ได้ว่าตนเข้าทำสัญญาโดยผลของแรงจูงใจจากการได้รับข้อความนั้น

หลัก Misrepresentation ตามกฎหมายอังกฤษนี้จะกว้างหลักกฎหมายเดียวกันในระบบประมวลกฎหมาย เพราะในระบบประมวลกฎหมายจะมุ่งเน้นกรณีที่เป็นกรกล่าวข้อความโดยฉ้อฉล ตามหลักกฎหมายว่าด้วยการฉ้อฉล (fraud) แต่หลักกฎหมายสัญญาของอังกฤษในเรื่องนี้จะครอบคลุมถึงความรับผิดในกรณีที่เป็นกรกล่าวข้อความผิดความจริงโดยมิได้เกิดจากการฉ้อฉลด้วย ได้แก่กรกล่าวข้อความผิดความจริงโดยประมาท และการกล่าวข้อความเท็จโดยสุจริต ดังจะแยกอธิบายได้ดังนี้

(1) การกล่าวข้อความผิดความจริงโดยการฉ้อฉล (Fraudulent Misrepresentation) ในระยะแรกศาลอังกฤษยึดหลักว่าคู่สัญญาจะต้องรับผิดสำหรับข้อความอันเป็นเท็จเฉพาะเมื่อข้อความนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา แต่ในภายหลังได้ผ่อนคลายนลงโดยให้บุคคลรับผิดได้แม้ไม่จำเป็นที่ข้อความนั้นต้องเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา โดย House of Lords ได้วางหลักว่าหากเป็นการกล่าวข้อความในลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ก็ถือว่าเป็นการฉ้อฉลแล้ว ได้แก่ (1) การกล่าวข้อความโดยทราบว่าเป็นเท็จ (2) การกล่าวข้อความโดยไม่เชื่อว่าสิ่งที่กล่าวนั้นเป็นความจริง (3) การกล่าวข้อความโดยไม่สนใจว่าสิ่งที่กล่าวไปจะเป็นจริงหรือเท็จ

ความรับผิดของผู้ที่กล่าวข้อความอันเป็นเท็จนั้นมีทั้งการให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบอกล้างสัญญาได้และการให้ชดใช้ค่าเสียหายให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับความเสียหายจากการเชื่อถือในข้อความนั้น เป็นสิ่งที่มีค่ามาก

(2) การกล่าวข้อความผิดความจริงโดยประมาท (Negligent Misrepresentation) นอกจากการกล่าวข้อความผิดความจริงโดยกลฉ้อฉลแล้ว ในปี ค.ศ. 1964 ศาลได้ขยายความรับผิดสำหรับการกล่าวข้อความอันเป็นเท็จให้ครอบคลุมการกระทำโดยประมาทด้วย โดยศาลได้นำหลักละเมิด (Tort of Negligence) มาใช้ โดยกล่าวว่าจำเลยกระทำผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังดังปรากฏในคดี Hedley Byrne v. Heller & Partners ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปในบทนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็มีความพยายามที่จะตรากฎหมายเพื่ออุดช่องว่างที่ต้องมีการฉ้อฉลเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1967 จึงได้มีการประกาศใช้ Misrepresentation Act ในที่สุด

Misrepresentation Act 1967 มาตรา 2(1) ได้วางหลักให้ผู้ให้ข้อความอันเป็นเท็จรับผิดใช้ค่าเสียหายแม้ว่าการกล่าวข้อความอันผิดจากความเป็นจริงไม่ได้เกิดจากเจตนาฉ้อฉลก็ตาม เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่ามีเหตุผลที่ทำให้ตนเชื่อว่าข้อความนั้นเป็นความจริงและความเชื่อว่าสิ่งที่กล่าวนั้นเป็นความจริงยังมีอยู่ในขณะทำสัญญา ซึ่งเป็นหลักการผลักภาระการพิสูจน์ไปยังผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากล่าวถ้อยคำที่ผิดความจริง ซึ่งแตกต่างกับการฟ้องในมูลละเมิดอย่างคดี Hedley Byrne v. Heller & Partners ที่โจทก์ต้องเป็นฝ่ายพิสูจน์ความเสียหาย นอกจากนี้มาตรา 2(2) ให้อำนาจศาลที่จะตัดสิน

ให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์แทนการบอกล้างสัญญาหากศาลเห็นว่าจะก่อให้เกิดความเป็นธรรมมากกว่า

(3) การกล่าวข้อความผิดความจริงโดยสุจริต (Innocent Misrepresentation) ก็เป็นกรณีตามมาตรา 2(1) และ มาตรา 2(2) ของ Misrepresentation Act 1967 เช่นเดียวกับการกล่าวข้อความผิดความจริงโดยประมาท

3.2.3 Rights of Third Parties Act 1999

Rights of Third Parties Act 1999 เป็นรัฐบัญญัติของอังกฤษซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่อาจนำมาปรับใช้กับกรณีผู้ให้คำรับรองทำการให้คำรับรองโดยประมาทก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลที่สามได้ ผ่านช่องทางการขยายหลักกฎหมายสัญญาจากเดิมที่คู่สัญญาเท่านั้นที่จะมีสิทธิหน้าที่ระหว่างกัน แต่ Rights of Third Parties Act 1999 ได้ขยายขอบเขตไปคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกสัญญาในการเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญา จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าการกำหนดความรับผิดตามกฎหมายนี้ยังคงต้องการสัญญาที่ผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการที่ขอคำรับรองทำระหว่างกันเป็นพื้นฐานเพื่อจะขยายขอบเขตของความผูกพันออกไปให้คุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามที่มีคู่สัญญาด้วย ทั้งนี้ต้องมีการระบุไว้ในสัญญาถึงข้อความที่ให้การคุ้มครองประโยชน์ในสิทธิเรียกร้องเพื่อความเสียหายของบุคคลภายนอกด้วย ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าสิทธิของบุคคลภายนอกนั้นถูกผูกติดอยู่กับสิทธิของคู่สัญญา จึงย่อมจะมีข้อจำกัดในบางประการ เช่น ในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกย่อมต้องพิจารณาเทียบเคียงเสมือนว่าความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นกับคู่สัญญาเอง และในกรณีที่บุคคลที่สามได้รับความเสียหายนั้นมีสิทธิเรียกค่าเสียหายได้ไม่เกินกว่าที่คู่สัญญาจะมีสิทธิเรียกด้วย

3.2.4 หลัก “Common Calling” หรือ “Public Calling”

เป็นที่เข้าใจกันดีว่าหน่วยรับรองส่วนมากจะออกคำรับรองเพื่อจุดประสงค์ในเชิงการพาณิชย์ การให้คำรับรองจึงมีความเป็นมาและมีวิวัฒนาการที่ยาวนานในหมู่พ่อค้า อาจกล่าวได้ว่าการค้าขายมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นและขอบเขตในการค้ากับผู้ที่อยู่ห่างไกลโดยระยะทางมากขึ้น คำรับรองก็จะทวีความสำคัญมากขึ้น โดยจะได้กล่าวถึงวิวัฒนาการที่เกี่ยวกับแนวคิดในความรับผิดของผู้ให้คำรับรองจากอดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ถึงแนวทางที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

ในสมัยก่อน ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้ปรากฏหลัก “Common Calling”³⁵ หรือ “Public Calling”³⁶ ซึ่งเป็นหลักการที่กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพที่มีลักษณะติดต่อกับประชาชน รวมถึงผู้ประกอบการทางพาณิชย์ที่เสนอให้บริการแก่สาธารณชน ย่อมมีความผูกพันทางกฎหมายแก่ผู้ใช้บริการ ซึ่งย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในรายกรณีไป³⁷ เช่น พนักงานในโรงแรม เป็นต้น

หลัก Common/Public Calling มีที่มาจากการใช้ใช้อำนาจอธิปไตยให้ความคุ้มครองแก่สาธารณชนในการรับบริการจากภาครัฐ โดยรัฐถือเป็นผู้ให้บริการสาธารณะ รายหลักย่อมจะต้องมีหน้าที่กระทำการซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะและรับผิดชอบในผลที่ตามมาด้วย ต่อมารัฐได้มีการใช้อำนาจเข้ามาแทรกแซงโดยรัฐจะมองว่า เมื่อเอกชนใดให้บริการแก่สาธารณชน โดยอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจจากสาธารณชน ผู้นั้นย่อมมีหน้าที่ต่อสาธารณะ (Public duty) ในการไม่ดำเนินกิจการในทางที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ใคร โดยมีแนวคำพิพากษาของศาลจำนวนหนึ่งซึ่งใช้หลักดังกล่าวกำหนดความรับผิดชอบให้แก่ผู้ที่ประกอบธุรกิจหรือวิชาชีพที่อาศัยความไว้นื้อเชื่อใจแก่ประชาชน³⁸

แม้หลักในทางกฎหมายมหาชนนั้นจะเข้ามาแทรกแซงการประกอบธุรกิจและการทำสัญญา แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมมีการเจริญเติบโตขึ้นและมีผู้ประกอบการหรือประกอบวิชาชีพที่อาศัยความไว้นื้อเชื่อใจแก่เอกชนมากขึ้นทำให้ผู้ที่ให้บริการโดยอาศัยความไว้นื้อเชื่อใจแก่เอกชนมีการเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย ประกอบกับการจะมีหน้าที่ต่อสาธารณะนั้นจะต้องมีการพิสูจน์ลักษณะของการประกอบกิจการเป็นรายกรณีไป จึงอาจมีความไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับแนวคำพิพากษาของศาลในแต่ละเรื่อง เช่น คนแจวเรือ คัลยแพทย์ คนทำเกือกม้า หรือช่างตัดผม เป็นต้น โดยอาจเทียบเคียงหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านี้กับหน้าที่ของผู้ขนส่ง

³⁵ USLEGAL, “Common Calling Law & Legal Definition.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://definitions.uslegal.com/c/common-calling/> เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม 2558.

มีคำยามว่า Common calling refers to an ordinary occupation engaged in by a person. Common calling is protected by the Privileges and Immunities Clause. Common calling is also a commercial enterprise that offers services to the general public. A person exercising a common calling is legally bound to serve any one who requests the services. The question whether an employee is engaged in a common calling is a question of law which is to be decided from facts of each individual case.

³⁶ William H. McBratney, “The Doctrine of Public Calling.” , Washington University Law Review Vol. 1952 Issue 2 1952 Wash. U. L. Q. 239 (1952), p. 240.

³⁷In Cukjati v. Burkett, 772 S.W.2d 215 (Tex. App. Dallas 1989), it was held that a person engaged in a "common calling" is one who performs a general task for a living.

³⁸ Supra note 35, p. 247.

ในคดี Coggs v Bernard (1703)³⁹ ซึ่ง Bernard ผู้รับหน้าที่ขนส่งเหล้าบรันดีของ Coggs ต้องรับผิดชอบในความเสียหายแม้ไม่มีสัญญา รับขนของแก่กันเนื่องจาก Bernard ไม่ได้รับสิ่งตอบแทน (Consideration) กรณีนี้ความรับผิดชอบจึงมิได้มีมูลเกิดขึ้นจากสัญญา แต่เป็นเพราะความรับผิดชอบของ Bernard มาจากความไว้วางใจที่ Coggs มีต่อเขาและการยอมรับโดยนัยด้วยการนำถังไม้มาเก็บไว้ภายใต้อารักขาของตนก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการนั้นแล้ว เมื่อ Bernard กระทำการโดยประมาทจึงเป็นการกระทำผิดต่อความไว้วางใจ (breach of a trust) ศาลจึงได้มีคำพิพากษาให้เขาต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อ Coggs ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดของผู้ประกอบการขนส่งในทางการค้าปกติ (common carriers strict liability)

ในขณะที่หลัก Common/Public Calling ซึ่งอยู่ในขอบข่ายของกฎหมายมหาชน นั้นให้ความคุ้มครองแก่สาธารณชนโดยผ่านหลักการมุ่งเน้นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก แต่ในแง่ของกฎหมายเอกชนได้ปรากฏหลักกฎหมายพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับทั้งกฎหมายว่าด้วยสัญญา และละเมิดซึ่งกำหนดว่า “When a person undertakes to do a thing, he must carry it through to the end and must accept the consequences attendant upon such an undertaking.” กล่าวคือ เมื่อบุคคลเข้ารับหน้าที่กระทำการใด เขาต้องกระทำการนั้นไปจนเสร็จสิ้น และเขาจะต้องยอมรับผลอันเกิดจากการกระทำนั้น⁴⁰ ต่อมาหลักกฎหมายดังกล่าวได้พัฒนาเป็นหลักการให้คำรับรองโดยปริยาย (Implied warranty) ซึ่งอยู่ในกฎหมายว่าด้วยสัญญา ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนให้ความคุ้มครองแก่บุคคลที่มีความไว้วางใจเชื่อใจในตัวของผู้ให้บริการ โดยหลักนี้จะกินความกว้างกว่า Common/Public Calling ซึ่งในระยะแรกๆจะตีความจำกัดอยู่แต่บางวิชาชีพเท่านั้น

3.2.5 แนวคำวินิจฉัยความรับผิดเกี่ยวกับผู้ให้คำรับรองของอังกฤษ

ในสมัยก่อน ได้ปรากฏหลัก “Common Calling” ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ ซึ่งมีอิทธิพลต่อผู้ประกอบการวิชาชีพในอังกฤษ โดยหลักนี้สรุปความได้ว่าผู้ประกอบการค้าที่เสนอให้บริการแก่สาธารณชนโดยทั่วไปย่อมมีนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายแก่บุคคลที่อาจขอใช้บริการนั้น อย่างไรก็ตามในช่วงศตวรรษที่ 19 หลักดังกล่าวได้ถูกกลืนโดยหลักการพื้นฐานของสัญญาซึ่งต้องการความยอมรับที่จะผูกพันกันอย่างเป็นทางการจะลักษณะ (Consent) และต้องการ

³⁹ Coggs v Bernard [1703] 2 Ld Raym 909

⁴⁰ Thomas A. Street, “THE FOUNDATIONS OF LEGAL LIABILITY 182 et seq.”, (1906).

สิ่งตอบแทนประโยชน์แลกเปลี่ยน (Consideration) จึงถือได้ว่ามีนิติสัมพันธ์ต่อกัน⁴¹ ซึ่งหากพิจารณาตามแนวทางนี้จะพบว่าผู้ให้คำรับรองซึ่งไม่มีทั้ง Consent และ Consideration ต่อบุคคลภายนอกจึงย่อมจะไม่มี ความผูกพันทางกฎหมายต่อกันเลย

พิจารณาจากประวัติศาสตร์ในการตัดสินคดีของศาลอังกฤษในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน พบว่าศาลอังกฤษได้หยิบยกหลักกฎหมายละเมิดขึ้นมาพิจารณากำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรอง ไม่ว่าจะเป็นประเด็น Tort of negligent misstatement หรือ Tort of deceit โดยในกรณีความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือความเสียหายทางเศรษฐกิจ (Economic Loss) ได้มีคำพิพากษาในคดี *Derry v. Peek* (1889)⁴² ซึ่งเป็นกรณีที่บริษัทประกอบกิจการรถรางมีค่าแกลงขายหุ้นออกไปพร้อมระบุว่าตนจะสามารถใช้หัวรถจักรแบบใหม่ได้ อันเนื่องมาจากความเข้าใจว่าตนจะต้องได้ใบอนุญาตใช้หัวรถจักรรุ่นใหม่อย่างแน่นอน เพราะตามปกติแล้วการดำเนินการขออนุญาตเป็นเพียงแค่แบบพิธีเท่านั้น การที่บริษัทรถรางได้มีค่าแกลงออกไปเช่นนั้น จนทำให้ นาย Peek เกิดความสนใจเข้าซื้อหุ้นเนื่องจากเชื่อในค่าแกลงของบริษัทว่าจะได้รับอนุญาตซึ่งอาจส่งผลไปถึงกำไรที่จะเพิ่มพูนขึ้นจึงซื้อหุ้นในบริษัทรถราง ต่อมาปรากฏว่าบริษัทไม่ได้รับอนุญาตให้ใช้หัวรถจักรรุ่นใหม่และบริษัทนั้นล้มละลายไป นาย Peek ได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลและศาลปฏิเสธกำหนดความรับผิดต่อบุคคลภายนอกเนื่องจากให้คำรับรองโดยประมาท (Negligence Misrepresentation) โดยกลับมองว่าต้องเป็นกรณีที่มีการฉ้อฉล (Fraudulent) หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Reckless) เท่านั้นที่จะเป็น Misrepresentation ซึ่งคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษและอเมริกาส่วนมากได้ตัดสินตามแนวทางคำพิพากษาในคดีนี้⁴³

คดี *Donoghue v. Stevenson* (1932) ที่ได้กล่าวมาแล้วเป็นคดีที่เป็นบรรทัดฐานอีกคดีหนึ่งในประวัติศาสตร์อังกฤษดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในคดีนี้ Lord Atkin ได้มีความเห็นแย้งโดยวางหลักกฎหมายให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์บางอย่างกับบุคคลอื่นต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสมเหตุสมผลในการกระทำใดที่คาดเห็นได้ว่าอาจเกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ซึ่งต่อมามีผู้นิยมเรียกหลักกฎหมายนี้ว่าหลักเพื่อนบ้านที่ดี (Neighbor Principle) ดังนั้น แม้ *Donoghue* จะไม่มี ความสัมพันธ์ตามสัญญา กับ *Stevenson* แต่ *Stevenson* ยังคงต้องรับผิดเพราะผู้ผลิตย่อมคาดเห็นได้ว่าผลสุดท้ายจะมีคนใช้สินค้าที่ตนผลิต

⁴¹ Supra note 1, p. 273.

⁴² *Derry v Peek* [1889] LR 14 App Cas 337

⁴³ Supra note 1, p. 272.

จากหลักกฎหมายที่ศาลอังกฤษได้วางหลักไว้ในคำพิพากษา 2 คดีแรก พิจารณาได้ว่าหลักในการกำหนดความรับผิดของผู้ที่กระทำการ (ให้คำรับรองไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยาย) ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกนั้น หากเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ (Economic Loss) ศาลมักต้องฟังข้อเท็จจริงให้ได้ว่าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงจะกำหนดความรับผิด ดังกรณีคดี Derry v. Peek แต่หากเป็นความเสียหายต่อร่างกาย การพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในจิตใจของผู้กระทำจะมีความเคร่งครัดน้อยกว่า ทำให้ผู้กระทำอาจต้องรับผิดได้แม้จะมีได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพียงแต่มีการประมาทเลินเล่อธรรมดาเท่านั้น ดังคดี Donoghue v. Stevenson

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมาได้เกิดคดี Candler v. Crane Christmas & Co., [1951]⁴⁴ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่านาย Donald Ogilvie ซึ่งเป็นผู้บริหารบริษัทเหมืองแร่ดีบุกแห่งหนึ่ง ได้ลงโฆษณาในหนังสือพิมพ์มีเนื้อหาเป็นการชักชวนให้ผู้ที่สนใจเข้ามาร่วมลงทุนในกิจการเหมืองแร่ดีบุกของตน ต่อมานาย Candler ได้แสดงความสนใจและติดต่อไปยังนาย Donald ซึ่งได้ใช้บริการของบริษัทตรวจสอบบัญชี Crane Christmas & Co ให้เป็นผู้จัดเตรียมงบดุลของบริษัทเหมืองแร่เพื่อดึงดูดให้นาย Candler ตัดสินใจร่วมลงทุน ทั้งที่ความเป็นจริงบริษัทประสบปัญหาทางการเงินอย่างมาก นาย Donald ได้นำเงินดังกล่าวไปใช้ส่วนตัวและตกเป็นผู้ล้มละลายในเวลาต่อมา นาย Candler จึงฟ้องบริษัทตรวจสอบบัญชี Crane Christmas & Co ด้วยฐานการให้คำรับรองโดยประมาท โดยในคดีนี้ถึงแม้จะเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ แต่ Lord Denning ผู้พิพากษาชื่อดังท่านหนึ่งมีความเห็นแย้งกับเสียงข้างมาก โดยให้ความเห็นว่าผู้ที่มีสถานะและมีทักษะเป็นพิเศษในด้านใดเหนือปัจเจกชนทั่วไปหากกระทำการหรือแกล้งถ้อยคำใด ๆ จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นย่อมเหมาะสมที่จะมีความรับผิด กล่าวคือ ความเป็นผู้เชี่ยวชาญ (Professional) อาจก่อให้เกิดหน้าที่ที่ต้องระมัดระวัง (Duty of care) ได้ ดังนั้น ผู้เชี่ยวชาญต้องมีความรับผิดชอบในรายงานหรือค่าแถมที่ตนได้จัดทำขึ้นและเผยแพร่ออกไปจนเป็นเหตุให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลที่สามแม้จะมีได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้มีเหตุผลสนับสนุนเชิงประวัติศาสตร์มาจากหลัก “Common/Public Calling” ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั่นเอง⁴⁵

การที่ศาลอังกฤษวางแนวคำพิพากษา โดยได้มีการพิจารณาถึงการเป็นผู้เชี่ยวชาญ หรือการเป็นผู้มีวิชาชีพว่าเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดความรับผิดทางละเมิดนั้น ในคดี Bolam v.

⁴⁴ *Candler v Crane, Christmas & Co* [1951] 2 KB 164

⁴⁵ *Supra* note 1, p. 273.

Friern Hospital Management Committee [1957]⁴⁶ นาย Bolam เป็นผู้ป่วยในโรงพยาบาล Friern ซึ่งเป็นสถาบันบำบัดสุขภาพจิต และนาย Bolam ได้ตกลงเข้ารับการบำบัดด้วยวิธีการ electro-convulsive therapy โดยไม่ได้รับยาคลายกล้ามเนื้อส่งผลให้ร่างกายของเขาไม่สามารถควบคุมได้ในระหว่างกระบวนการบำบัดและมีอาการชักอย่างรุนแรงทำให้ได้รับบาดเจ็บ กระดูกซี่โครงแตก ต่อมานาย Bolam ได้ฟ้องคณะกรรมการบริหารโรงพยาบาล Friern เป็นคดีโดยกล่าวอ้างว่า คณะกรรมการฯ ไม่ได้ให้ยาคลายกล้ามเนื้อ ไม่ควบคุมการเคลื่อนไหวร่างกายของเขา และไม่ได้เตือนเกี่ยวกับความเสี่ยงในภัยที่อาจเกิดขึ้น เมื่อศาลในคดีนี้ฟังข้อเท็จจริงได้ว่ามีงานวิจัยมากมายที่คัดค้านการให้ยาคลายกล้ามเนื้อ และการเข้าจัดการการเคลื่อนไหวร่างกายของผู้ป่วยอาจเพิ่มความเสี่ยงในการที่กระดูกแตกซี่โครง ประกอบกับเป็นทางปฏิบัติของวิชาชีพแพทย์ที่จะไม่แจ้งเตือน ความเสี่ยงที่เล็กน้อยแก่ผู้ป่วย เว้นแต่แพทย์จะถูกถาม ศาลในคดีนี้จึงได้วางหลักในการพิจารณาว่าบุคคลผู้มีวิชาชีพจะไม่ถือว่าประมาทหากเขาได้กระทำการตามแนวทางปฏิบัติของวิชาชีพตนแล้วนั่นเอง จึงอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการที่ศาลปล่อยให้การควบคุมโดยองค์กรวิชาชีพเข้ามามีบทบาทโดยการเปรียบเทียบการกระทำของผู้มีวิชาชีพรายนั้นกับผู้มีวิชาชีพโดยทั่วไปที่กระทำการตามแนวทางปฏิบัติมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีที่เรียกว่า “Bolam Test” โดยศาลจะทำหน้าที่ชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์ขององค์กรวิชาชีพกับบุคคลทั่วไปที่เชื่อถือในวิชาชีพนั้น ๆ ซึ่งในประเด็นนี้ก็ถือว่าเป็นประเด็นในทางนโยบายประเด็นหนึ่งซึ่งศาลในระบบคอมมอนลอว์ได้หยิบยกขึ้นมาพิจารณากันบ้างตามสมควร

3.2.6 แนวทางการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองของอังกฤษ

จากการพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษดังที่ได้กล่าวมาแล้ว พบว่าศาลคำนึงถึงหลักกฎหมายในเรื่องละเมิดเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาท (tort of negligence) และได้แนวคิดจากหลักกฎหมายในเรื่องสัญญาเกี่ยวกับการกล่าวข้อความโดยผิดความจริง (Misrepresentation) การชี้แจงน้ำหนักว่าจะกำหนดความรับผิดทางแพ่งในกรณีดังกล่าวบนพื้นฐานของหลักกฎหมายละเมิดหรือหลักกฎหมายสัญญาจึงอาจเกิดขึ้นได้ แต่ด้วยเหตุที่หลักกฎหมายสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาเท่านั้นที่สามารถมีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันได้ จึงไม่อาจตอบโจทก์ปัญหาในเรื่องของความรับผิดระหว่างผู้ให้คำรับรองกับประชาชนทั่วไปที่ได้มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกันเลย แม้จะใช้หลักกฎหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกในการเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญา มาปรับใช้ตาม Right of Third Parties Act 1999 ก็เห็นว่ามิชอบจำกัดในประเด็นว่าผู้ให้คำรับรองและ

⁴⁶ Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 583

ผู้ประกอบกิจการที่ขอคำรับรองต้องมีสัญญาต่อกัน และต้องระบุไว้ในสัญญาว่ามีการคุ้มครองประโยชน์ในการเรียกค่าเสียหายของบุคคลภายนอกด้วย

อย่างไรก็ดีแนวทางของศาลอังกฤษได้ใช้กฎหมายละเมิดเป็นหลักสำคัญของการกำหนดความรับผิดให้แก่บุคคลภายนอกที่กล่าวรับรอง โดยความรับผิดทางละเมิดของการให้คำรับรองโดยประมาท (Negligence Misrepresentation) นี้ ศาลต้องพิจารณาว่าผู้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายนั้นมีหน้าที่ที่ต้องระมัดระวัง (Duty of care) ต่อผู้เสียหายหรือไม่ หากผู้กระทำการมีหน้าที่ที่ต้องระมัดระวังอยู่แล้วแต่มิได้ใช้ความระมัดระวังเช่นนั้น (breach of duty) กระทำการไปโดยผิดหน้าที่จนเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น (causation and remoteness of damage) ก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดทางละเมิดขึ้นได้ ซึ่งจากการพิจารณาพบว่าขั้นตอนแรกศาลจะพิจารณากำหนดความรับผิดคือหน้าที่ที่ต้องระมัดระวัง (duty of care) นั้น เห็นว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญและสมควรหยิบยกนำมากล่าวถึงอันจะนำไปสู่การปรับปรุงกฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดโดยในปัจจุบันสามารถแยกขั้นตอนการพิจารณาออกได้เป็น 3 ขั้น⁴⁷ ได้แก่

ขั้นแรก ความคาดหมายได้ (foreseeability) คือการประเมินโดยเปรียบเทียบว่า วิญญูชนทั่วไปสามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าหรือไม่ว่าในการให้คำรับรองนั้นมีความเป็นไปได้ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อตัวจำเลยหรือบุคคลที่จำเลยต้องรับผิดชอบ หรืออาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า จำเลยจะต้องมีความคาดหมายได้ที่สมเหตุสมผลถึงความเสียหายที่อาจเป็นผลลัพธ์จากคำแถลงของตน แต่ลำพังเพียงการพิจารณาเปรียบเทียบการคาดหมายได้นี้ยังไม่เพียงพอจะสรุปได้ว่าผู้ให้คำรับรองมี Duty of care จึงต้องพิจารณาในขั้นต่อไปด้วย

ขั้นที่สอง ความใกล้ชิด (proximity) ในขั้นนี้สามารถพิจารณาได้หลายวิธี เช่น

(1) แม้จะไม่สามารถนำสืบต่อศาลถึงความสัมพันธ์โดยเฉพาะ (Privity) แต่หากนำสืบให้ศาลเห็นถึง “ความสัมพันธ์เป็นพิเศษจากทักษะ” ระหว่างโจทก์บุคคลภายนอกผู้เสียหายกับผู้ให้คำรับรองโดยพิจารณาจากทักษะความเชี่ยวชาญที่ผู้ให้คำรับรองจะต้องมีเป็นหลัก เช่นในคดี *Evatt V. Mutual life and citizen's Assurance Co Ltd* [1971]⁴⁸ ซึ่งจำเลยผู้ให้คำรับรองเป็นบริษัทรับประกันภัยแต่ได้กระทำการให้คำรับรองทางบัญชีจึงถือไม่ได้ว่ามีความสัมพันธ์เป็นพิเศษต่อกัน เนื่องจากไม่ได้กระทำการในด้านที่ตนเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านนั้น

⁴⁷ *Supra* note 1, p. 273.

⁴⁸ *Mutual Life And Citizens' Assurance Co Ltd And Another -v- Evatt* [1971] 2 WLR 23

หรืออาจนำสืบต่อศาลว่ามี “ความสัมพันธ์ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับสัญญา” ดังที่ปรากฏในคดี Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1963]⁴⁹ โดยในคดีนี้ Hedley เป็นบริษัทตัวแทนโฆษณาทำหน้าที่ติดต่อกับสื่อเพื่อหาช่องทางโฆษณาประชาสัมพันธ์ให้กับลูกค้า เมื่อบริษัท Easipower จ้างบริษัท Hedley ให้เช่าพื้นที่โฆษณาให้ตน บริษัท Hedley ต้องการตรวจสอบฐานะทางการเงินของบริษัท Easipower ผู้ว่าจ้างว่าจะสามารถจ่ายเงินให้ตนหรือไม่หาก Hedley เช่าพื้นที่โฆษณาให้ตามที่ได้รับจ้าง จึงได้ติดต่อกับนายธนาคารของตน และนายธนาคารของ Hedley นั้นได้มีจดหมายถึงบริษัท Heller ซึ่งเป็นนายธนาคารของบริษัท Easipower ให้ทำคำรับรองเพื่อจะตรวจสอบฐานะทางการเงิน โดยบริษัท Heller ให้คำรับรองว่าบริษัท Easipower มีฐานะทางการเงินดี กรณีนี้แม้บริษัท Heller จะให้คำรับรองแก่บริษัท Easipower แต่ในกรณีนี้ก็ถือได้ว่ามีความผูกพันในลักษณะที่คล้ายสัญญาต่อ Hedley จากการที่ออกคำรับรองโดยมีจุดประสงค์ให้บริษัท Hedley เชื่อถือ กรณีนี้จึงถือว่ามีบริษัท Heller มี duty of care แล้ว เมื่อบริษัท Easipower ล้มละลาย บริษัท Heller จึงถูกฟ้องเป็นคดีและอาจต้องรับผิดชอบค่าเสียหาย แต่เนื่องจากในกรณีนี้ มีข้อสัญญายกเว้นความรับผิดไว้จึงรอดพ้นจากการชดใช้ค่าเสียหาย (กรณีนี้ไม่ได้ระบุไว้ชัดว่าข้อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะประการใด และมีผลผูกพันกันระหว่างบริษัท Heller กับบริษัท Hedley หรืออาจจะมีผลผูกพันกับบริษัทนายธนาคารของบริษัท Hedley ที่ขอให้บริษัท Heller ทำคำรับรองดังกล่าว จึงเป็นข้อสังเกตได้ว่ามีข้อสัญญายกเว้นค่าเสียหายในกรณีเช่นนี้ก็ได้)

(2) ศาลอาจพิจารณาความคาดหมายของผู้ให้คำรับรองว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ผู้ที่ได้รับการคาดหวังนั้นจะมีการรับรู้และเชื่อถือข้อมูลที่ได้รับการรับรองจากผู้ให้คำรับรองเช่นนั้น (defendant’s knowledge of the person or class who is expect to rely on the information that she provides) เนื่องจากคำรับรองในข้อมูลประเภทหนึ่งๆ อาจถูกสร้างขึ้นโดยมีเจตนากรณีใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ หากในตอนที่กำลังให้คำรับรอง จำเลยสามารถรับรู้ได้ว่าอาจมีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดที่เชื่อถือในคำรับรองได้อย่างสมเหตุสมผล ก็อาจถือว่าจำเลยมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด (proximity) กับโจทก์ก็ได้ สำหรับความคาดหมายได้ของผู้ให้คำรับรองนี้เป็นเรื่องการคาดหมายถึงตัวบุคคลมิใช่เรื่องคาดหมายว่าน่าจะเกิดความเสียหายอย่างในชั้นแรก

⁴⁹ Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] AC 465

(3) การพิจารณาการอ้างอิงเชื่อถือ (reliance) ในข้อมูลที่คำรับรองมุ่งยืนยัน โดยการอ้างอิงเชื่อถือข้อมูลนั้นต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผลและคาดหมายได้ การอ้างอิงเชื่อถือในข้อมูลที่เกิดขึ้นจริงนี้ศาลอาจพิจารณาให้น้ำหนักในการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองได้

ขั้นที่สาม พิจารณาปัจจัยทางนโยบาย (Policy factor)

ในการพิจารณาปัจจัยทางนโยบาย ศาลต้องชั่งน้ำหนักว่าการกำหนดหน้าที่ที่ต้องระมัดระวังนั้นมีความยุติธรรมและสมเหตุสมผลหรือไม่ โดยมักจะพิจารณาจากประเด็นสำคัญ 2 ประเด็น ได้แก่ จะเป็นการแทรกแซงกระบวนการเติบโตของตลาดผู้ให้คำรับรองมากไปหรือไม่ ซึ่งวิชาชีพการให้คำรับรองเป็นวิชาชีพที่ใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหากถูกแทรกแซงอาจจะส่งผลให้ไม่มีผู้ใดต้องการทำหน้าที่เป็นผู้ให้คำรับรองอีก และอีกประเด็นหนึ่งคือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอาจมีจำนวนสูงมากและไม่อาจประเมินความเสียหายได้โดยง่าย ซึ่งอาจไม่คุ้มกับการที่จะให้ผู้ให้คำรับรองซึ่งได้รับค่าดำเนินการไม่สูงนักต้องมารับผิดชอบ อีกทั้งโดยปกติกฎหมายมักจะให้ความคุ้มครองในความเสียหายทางกายภาพมากกว่าความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ซึ่งจะต้องนำมาพิจารณาว่าความผิดของผู้ให้คำรับรองนั้นได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่โจทก์เสียไปหรือไม่

ในส่วนของการพิจารณาในขั้นที่สามนี้จึงเป็นการเปิดกว้างให้ศาลคอมมอนลอว์สามารถใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงความยุติธรรมประกอบกับนโยบายสาธารณะ (public policy) ควบคู่กันไปด้วยได้ เพราะในบางกรณีแม้ปรากฏว่าบุคคลใดควรมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในระดับใดแล้วก็ตาม แต่ศาลก็อาจพิจารณาถึงหลักความยุติธรรมโดยไม่ให้บุคคลนั้นต้องมีหน้าที่อันจะนำมาซึ่งความรับผิดถึงเพียงนั้นก็ได้ ตัวอย่างเช่นในคดี *Van Oppen v. Bedford Charity Trustees* [1989]⁵⁰ ที่มีข้อเท็จจริงว่าเด็กนักเรียนได้รับบาดเจ็บจากการเล่นกีฬารักบี้ในโรงเรียน ศาลก็พิจารณาได้ว่าโรงเรียนมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังดูแลสุขภาพและความปลอดภัยของเด็กในระดับเดียวกับพ่อแม่ผู้ปกครองที่มีความระมัดระวัง อย่างไรก็ตามศาลก็เห็นว่าเป็นการไม่ยุติธรรมหากจะกำหนดหน้าที่ให้โรงเรียนหนักยิ่งขึ้นไปกว่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งโรงเรียนไม่มีหน้าที่ในการทำประกันภัยเพื่อคุ้มครองเด็ก

อย่างไรก็ตามการพิจารณากำหนดหน้าที่ที่ต้องระวัง 3 ขั้นตอนนี้ มีนักกฎหมายบางกลุ่มไม่เห็นด้วยเนื่องจากมองว่าเป็นการให้ดุลพินิจศาลที่กว้างมากและอิงอยู่กับเหตุผลเชิงนโยบาย ซึ่งมีความไม่แน่นอนมากเกินไป อีกทั้งการกำหนด Duty of care และความรับผิดจากการชั่งน้ำหนักพิจารณาความเสียหายเป็นฐาน โดยเฉพาะความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจนั้นขัดต่อแนวทางดั้งเดิม

⁵⁰ *Van Oppen v. Bedford Charity Trustees* [1989] 3 All ER 389

ของกฎหมายละเมิดที่มุ่งพิจารณาการกระทำที่ละเมิดสิทธิเป็นหลัก ซึ่งตามแนวทางดั้งเดิมของกฎหมายละเมิดนั้นความรับผิดจะมีได้เฉพาะการละเมิดสิทธิพื้นฐานเท่านั้น (Infringement of primary right) กล่าวคือใช้สิทธิเป็นตัวตั้งในการกำหนดความรับผิดมิใช่การกำหนดความรับผิดที่ใช้หน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังเป็นฐานเช่นนี้

3.3 ความรับผิดของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายอเมริกา

เนื่องจากสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ เช่นเดียวกับอังกฤษ ดังนั้น สำหรับหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่จะใช้พิจารณากำหนดความรับผิดของผู้ให้คำรับรองไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายสัญญา หลักกฎหมายละเมิด หรือหลักกฎหมายเรื่องอื่น ๆ นั้น ย่อมจะมีความใกล้เคียงกันในเนื้อหาสาระกับหลักกฎหมายอังกฤษดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 3.2 จึงไม่ขอยกมากล่าวซ้ำอีก หากแต่ในข้อ 3.3 นี้จะมุ่งเน้นการวิเคราะห์ความรับผิดของผู้ให้คำรับรองจากแนวคำวินิจฉัยของศาลอเมริกันเพื่อค้นหาแนวทางการกำหนดความรับผิดของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายอเมริกาเป็นสำคัญ

3.3.1 แนวคำวินิจฉัยความรับผิดเกี่ยวกับผู้ให้คำรับรองของอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเองก็มีแนวคิดและวิวัฒนาการด้านกฎหมายมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ ซึ่งสามารถกล่าวย้อนไปถึงการเข้ามาอิทธิพลของหลัก “Common/Public calling” โดยสังเกตได้จากแนวคำพิพากษาของศาลอเมริกาในคดี McPherson v. Buick Motor Co. (1916) โดย Buick Motor Co. เป็นบริษัทผู้ผลิตและจัดจำหน่ายรถยนต์โดยจะนำตัวถังรถและอุปกรณ์อื่นๆ มาประกอบเข้าด้วยกันเป็นรถยนต์เพื่อส่งให้ตัวแทนจำหน่ายนำออกจำหน่ายต่อไป ในคดีนี้บริษัทได้ประกอบรถยนต์โดยใช้ล้อซึ่งชำรุดบกพร่องที่ผลิตโดยบริษัทอื่น เมื่อฟังข้อเท็จจริงได้ว่า Buick Motor Co. ควรจะตรวจสอบพบว่าล้อชำรุดและยอมคาดเห็นได้ว่าล่วงหน้าว่าจะมีผู้ได้รับความเสียหายจากการนี้ แต่บริษัทกลับนำรถออกจำหน่ายให้ตัวแทนจำหน่ายถือได้ว่าเป็นการให้คำรับรองโดยนัย (Implied warranty) ว่ารถยนต์ของบริษัทมีสภาพดี หากเป็นกรณีที่บริษัทประมาทและคาดเห็นได้ว่าจะเกิดอันตรายก็ย่อมมีความรับผิดจากคำพิพากษาดังกล่าว

สะท้อนให้เห็นถึงหน้าที่ความรับผิดชอบต่อสังคมที่อยู่เหนือเรื่องทางธุรกิจ⁵¹ ที่ได้รับอิทธิพลมาจากหลัก “Common/Public calling” นั้นเอง

การจะกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองโดยประมาทก็จำเป็นต้องพิจารณาหลักความสัมพันธ์โดยเฉพาะ (Privity doctrine)⁵² ซึ่งเห็นได้ชัดว่าผู้ที่มีความสัมพันธ์กันตามสัญญาย่อมจะมีสิทธิหน้าที่ต่อกัน ในขณะที่บุคคลภายนอกไม่อาจกล่าวอ้างสิทธิตามสัญญาเรียกร้องให้คู่สัญญาปฏิบัติหน้าที่ใดๆแก่ตนได้ เช่นในคดี Winterbottom v. Wright (1842) ซึ่งเป็นกรณีที่จำเลยกระทำการโดยประมาทอนุญาตให้ใช้รถที่สภาพไม่ดีทำให้คนขับรถได้รับบาดเจ็บแต่ศาลกลับวางหลักว่าหากไม่มีสัญญาต่อกันตามหลัก (Privity doctrine) ก็ไม่มีความสัมพันธ์กัน ผู้เสียหายไม่อาจกล่าวอ้างเหตุดังกล่าวมาฟ้องให้รับผิดชอบได้⁵³ ส่วนหนึ่งที่คำพิพากษาออกมาในแนวทางนี้เนื่องจากในยุคสมัยนั้นเป็นช่วงการปฏิวัติทางอุตสาหกรรม หากคดีนี้ถูกตัดสินออกไปว่าประชาชนสามารถฟ้องผู้ให้คำรับรองต้องรับผิดชอบได้ก็จะกลายเป็นบรรทัดฐานทำให้มีผู้ฟ้องเป็นคดีต่อศาลมากและจะทำให้การพัฒนาด้านอุตสาหกรรมที่เป็นไปอย่างก้าวกระโดดต้องหยุดชะงักลง

อย่างไรก็ตาม ศาลอาจกำหนดให้หน่วยรับรองต้องรับผิดชอบได้ โดยแยกพิจารณาเป็นกรณีความเสียหายทางกายภาพ (Physical harm) และความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Financial Loss) โดยในกรณีความเสียหายทางกายภาพได้มีคำพิพากษาในคดี Van Winkle v American Steam-Boiler Ins. Co.,⁵⁴ ศาลได้พิพากษาให้บริษัทประกันภัยรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเนื่องจากให้คำรับรองโดยประมาท (Negligence Misrepresentation) อันเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่สาธารณะ (public duty) (เกี่ยวกับบริษัทประกันภัยตรวจสอบเครื่องต้มน้ำและออกใบรับรองซึ่งระบุปริมาณแรงดันสูงสุดที่วาล์วของเครื่องจักรจะรับไหวให้แก่บริษัท เมื่อข้อเท็จจริงบุคคลที่สามได้รับความเสียหายจากการตรวจสอบโดยประมาทเลินเล่อ นั้น ศาลก็พิพากษาให้บริษัทประกันภัยต้องรับผิดชอบเนื่องจากบริษัทประกันไม่ได้กระทำการโดยใช้ความระมัดระวังและทักษะ (not done with care and skill) ซึ่งเป็นหน้าที่สาธารณะ (public duty) ที่จะต้องกระทำเช่นนั้น จึงพอจะอนุมานได้ว่าการที่ศาลจะกำหนดความรับผิดชอบนั้นต้องการข้อเท็จจริงดังนี้ การแสดงออก การเชื่อถือฟังพา ความคาดเห็นได้ และความเสียหาย⁵⁵ แต่ในกรณีความเสียหายที่เป็นตัวเงินได้มีคำพิพากษาในคดี Derry V. Peek ซึ่งศาลปฏิเสธกำหนด

⁵¹ Supra note 35.

⁵² Christopher J. Clark, “Potential Liability of Non-Manufacturer Certifiers of Quality.”, 10 Vill. L. Rev. 708 (1965), p. 709.

⁵³ Ibid

⁵⁴ Van Winkle v. American Steam Boiler Ins. Co., 52 N.J.L. 240, 19 A. 472 [1890]

⁵⁵ Supra note 47, p. 710.

ความรับผิดต่อบุคคลภายนอกเนื่องจากให้คำรับรองโดยประมาทโดยกล่าวว่า Misrepresentation จะต้องเป็นการกระทำฉ้อฉลมิใช่เพียงแต่ประมาท ซึ่งคำพิพากษาของศาลอเมริกาส่วนมากได้ตัดสินตามแนวทางคำพิพากษาในคดีนี้

ต่อมาในปี ค.ศ. 1922 มีคำพิพากษาในอีกคดีหนึ่งได้แก่ *Glanzer v. Sheperd* ซึ่งศาลกำหนดหน้าที่ของผู้ให้คำรับรองต่อผู้ซื้อซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมิใช่คู่สัญญาไว้ (เป็นคดีเกี่ยวกับพ่อค้าขายถั่วได้จ้างบริษัทชั่งน้ำหนักเพื่อดำเนินการชั่งน้ำหนักถั่วที่จะส่งไปขายให้ลูกค้า โดยบริษัทชั่งน้ำหนักได้ออกใบรับรองระบุว่าสินค้าที่ส่งให้ลูกค้ามีน้ำหนักเพียงใดและสำเนาใบรับรองนั้นให้แก่ลูกค้าตามคำสั่งผู้ขายถั่ว ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นผู้ประกาศตนต่อสาธารณะว่าตนเป็นผู้มีทักษะและความระมัดระวัง อีกทั้งรู้ว่าถั่วดังกล่าวถูกขายให้แก่ลูกค้าตามจำนวนที่ได้ระบุไว้ในใบรับรองของตนซึ่งจะมีผลต่อการชำระราคา) อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ให้คำรับรองทราบแน่ชัดว่าจะมีความเสี่ยงมากน้อยเพียงใดหากมีบุคคลภายนอกได้รับความเสียหายจากการเชื่อถือคำรับรองนั้น (มิใช่ไม่ทราบว่าอาจจะมีความเสี่ยงหรือไม่) เช่น คดี *Ultramares Corp. v. Touche* (เกี่ยวกับบริษัทการบัญชีจัดทำบัญชีงบดุล (balance sheet) โดยประมาทจนก่อความเสียหาย ศาลก็จะไม่กำหนดความรับผิดให้แก่ผู้ให้คำรับรองเนื่องจากจะเกิดภาระจากความรับผิดมากมายมหาศาล เป็นมุมมองซึ่งศาลดูที่ขอบเขตของความรับผิดนอกเหนือจากระดับของความผิดด้วย อย่างไรก็ตาม หากพบว่าการให้คำรับรองมีเจตนาให้บุคคลภายนอกได้รับผลกระทบ และคาดเห็นความเสียหายได้ และความเสียหายเกิดจากการออกคำรับรองโดยประมาทนั้น แม้จะไม่รู้แน่ชัดว่าใครจะได้รับความเสียหายและจะมีความเสี่ยงที่จะเสียหายมากน้อยเพียงใด ผู้ให้คำรับรองก็ยังคงต้องรับผิด (*M. Miller Co. v. Central Contra Costa Sanitary Dist.*)

3.3.2 แนวทางการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองของอเมริกา

จากแนวคำพิพากษาของศาลอเมริกาข้างต้นพอจะสรุปได้ว่า ศาลจะพิพากษาให้ผู้ให้คำรับรองมีความรับผิดหรือไม่ขึ้นอยู่กับศาลจะเห็นว่าผู้ให้คำรับรองมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังต่อโจทก์ (duty of care) หรือไม่ ซึ่งคล้ายคลึงกับกับแนวทางของอังกฤษ หากศาลเห็นว่ามิมีหน้าที่เช่นนั้น ศาลก็อาจจะกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองแม้จะปราศจากความสัมพันธ์โดยเฉพาะ (Privity) ก็ได้ โดยที่การกำหนดความรับผิดนั้นจะขึ้นอยู่กับ การเชื่อถือฟังพาคำรับรองนั้น และความใกล้ชิดของการกระทำและความเสียหายที่บุคคลภายนอกได้รับด้วย ซึ่งศาลอาจกำหนดความรับผิดได้ในกรณีต่างๆ เช่น ผลิตภัณฑ์ไม่ตรงตามมาตรฐานและผู้ให้คำรับรองตรวจไม่พบหรือ ข้อมูลในคำรับรองไม่ชัดเจนในรายละเอียด ผู้ให้คำรับรองไม่มีการตรวจสอบเพิ่มเติม

นอกจากนี้ การให้คำรับรองทางบัญชีเป็นตัวอย่างหนึ่งที่พบได้บ่อย ซึ่งโดยลักษณะแล้วเป็นคำรับรองโดยชัดแจ้ง และมีความคล้ายกับการให้คำรับรองทั่วไปในที่ประเมินความสอดคล้องของผลิตภัณฑ์ บริการ กับหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ แต่สำหรับเรื่องในทางบัญชีก็มีกฎเกณฑ์ทางบัญชีควบคุมไว้ มาตรฐานทางการบัญชี ตลอดจนกฎหมายเฉพาะกำหนดความรับผิดชอบ ตลอดจนวางแนวทางด้านจริยธรรมไว้ต่างหาก จึงไม่ได้ถูกนำมาวิเคราะห์ด้วยหลักกฎหมายแพ่งอย่างจริงจัง ทำให้มีตัวอย่างน้อยมาก

3.4 ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายของเยอรมนี

เมื่อก้าวถึงประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) อันมีต้นกำเนิดมาจากภาคพื้นยุโรปแล้ว แม้ประเทศที่ได้ชื่อว่าเป็นผู้จัดทำประมวลกฎหมายสมัยใหม่เป็นประเทศแรกจะเป็นประเทศฝรั่งเศสตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ก็ตาม อย่างไรก็ตามประเทศเยอรมนีที่ได้จัดทำประมวลกฎหมายขึ้นภายหลังฝรั่งเศสตามแนวคิดของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ (Historical Law School) นั้น ก็มีความภูมิใจในประมวลกฎหมายของตน และประมวลกฎหมายของเยอรมนีได้รับการยอมรับจากประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก และได้ถูกนำไปเป็นต้นแบบในการยกร่างประมวลกฎหมายของประเทศอื่น ๆ รวมถึงประเทศไทยด้วย เนื่องจากลักษณะเด่นของกฎหมายเยอรมันที่นำเอาหลักเหตุผลที่ถูกต้องตามธรรมชาติและจารีตประเพณีที่อัดแน่นไปด้วยจิตสำนึกของคนในชนชาติเยอรมันมาผสมผสานกัน ด้วยเหตุนี้จึงควรกล่าวถึงหลักการและแนวคิดทางกฎหมายของเยอรมันเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคำรับรองด้วย โดยในการกล่าวถึงหลักกฎหมายเยอรมันจะพูดถึงหลักกฎหมายของโรมันเป็นพื้นฐานเสียก่อนเสมอ เพื่อให้เห็นวิวัฒนาการทางแนวคิดของกฎหมายที่ใช้บังคับในภาคพื้นยุโรปที่อาจนำมาต่อยอดความเข้าใจและค้นพบแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาได้

3.4.1 หลักกฎหมายว่าด้วยละเมิดของเยอรมนี⁵⁶

ประเทศเยอรมนีนั้นเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) กฎหมายละเมิดของเยอรมนีได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายโรมันที่เคยรุ่งเรืองในภูมิภาคยุโรป โดยละเมิด

⁵⁶ ปวรา โปธิพิธ, “ความรับผิดทางละเมิดในการให้คำแนะนำโดยประมาท (TORT LIABILITY FOR NEGLIGENT MISSTATEMENTS).” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 124.

ในกฎหมายโรมัน (delictum) มักใช้กับความผิดที่รุนแรงมาก โดยในกฎหมายโรมันโบราณยอมให้มีการล้างแค้นกันได้ (vindicta) ก่อนจะมีวิวัฒนาการมาสู่การจ่ายค่าสินไหมทดแทนในความเสียหาย นอกจากนี้กฎหมายละเมิดของโรมันยังมีลักษณะทางอาญาปะปนอยู่ด้วย สังเกตได้จากหากบุคคลหลายคนร่วมกันกระทำความผิดบุคคลเหล่านั้นทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันอย่างเต็มที่ ไม่มีการแบ่งส่วนความรับผิดชอบกันกล่าวคือผู้กระทำความผิดทุกคนต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนเต็มจำนวน สำหรับละเมิดของโรมันนั้นจัดเป็นเอกเทศละเมิด กล่าวคือจะแบ่งออกเป็นการละเมิดในฐานต่างๆ เช่น บุกรุก (iniuria) ปล้นทรัพย์ (rapina) ทำให้เสียทรัพย์ (damnum iniuria datum) ถ้าหากการกระทำใดไม่เข้าข่ายเป็นละเมิดในลักษณะต่างๆ ก็จะพิจารณาว่าการกระทำนั้นไม่เป็นละเมิด⁵⁷

แม้ในแง่ประวัติศาสตร์กฎหมายเยอรมนีได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของจักรวรรดิโรมันที่เคยรุ่งเรืองอยู่ในภูมิภาคยุโรปและแผ่ขยายอาณาเขตไปยังทวีปใกล้เคียง แต่เยอรมนีมิได้ใช้แนวทางของกฎหมายโรมันในการจัดทำประมวลกฎหมายเพียงอย่างเดียว นักกฎหมายชาวเยอรมันได้พิจารณาถึงประวัติศาสตร์ ประเพณีของชาติตนเองที่มีร่วมกันและนำมากำหนดในประมวลกฎหมายด้วย ดังนั้น เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายละเมิดของเยอรมนีจะพบว่าในบทกฎหมายละเมิดจะมีลักษณะเฉพาะตัวอยู่กล่าวคือ การมีบทบัญญัติหลักเกณฑ์ความรับผิดทั่วไปมีรากฐานมาจากหลักการของกฎหมายโรมันที่ต้องการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมด้วยการมีกฎหมายละเมิด และในส่วนของบทบัญญัติความรับผิดเฉพาะเรื่องในทางละเมิดนั้นมีรากฐานมาจากประวัติศาสตร์และจารีตประเพณีของเยอรมนีเอง

นับแต่ประเทศเยอรมนีได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerlichen Gesetzbuches) ฉบับนี้มาตั้งแต่ ค.ศ. 1900 บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องละเมิดที่จะถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 823 - 853 โดยบทหลักที่ใช้เป็นบททั่วไป ได้แก่มาตรา 823 วรรคหนึ่งและวรรคสอง และมาตรา 826 ซึ่งหลักสำคัญของกฎหมายละเมิดเยอรมัน คือ “เป็นการกระทำล่วงสิทธิของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิหรือไม่มีอำนาจ” ซึ่งคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายละเมิดของประเทศไทยดังจะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 4 และมาตรา 823 วรรคหนึ่งนั้นมีข้อความดังต่อไปนี้

มาตรา 823 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “บุคคลใดโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยปราศจากสิทธิตามกฎหมายทำให้เสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ของบุคคลอื่นจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น”

⁵⁷ อังแล้ว เจริญธรรมที่ 31, หน้า 154.

จากบทบัญญัติแห่งมาตรา 823 วรรคหนึ่งข้างต้นนั้น สามารถจำแนกองค์ประกอบ ความรับผิดทางละเมิดของเยอรมนีได้ 5 ประการดังต่อไปนี้

1. มีความเสียหายแก่สิทธิประการใดประการหนึ่งในมาตรา 823 วรรคหนึ่ง
2. จำเลยเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย
3. ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมาย
4. ความเสียหายนั้นต้องเกิดจากการกระทำโดยจงใจ (Willfully) หรือ ประมาทเลินเล่อ
5. ความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการกระทำของจำเลย

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายละเมิดเยอรมันนั้น ก็คือสิทธิประการใดประการหนึ่งตามที่กำหนดในมาตรา 823 นั้นเอง ได้แก่ สิทธิในชีวิต สิทธิในร่าง การและอนามัย สิทธิในเสรีภาพ และสิทธิในทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด สำหรับสิทธิต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมานั้นล้วนมีความชัดเจนในตัวเองว่าการกระทำใดทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิประเภทใด ได้แก่ การกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตคือการฆ่า การกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกาย และอนามัยคือการทำร้ายร่างกายหรือทำให้ได้รับการกระทบกระเทือนทางประสาท การกระทำให้เกิดความเสียหายแก่เสรีภาพคือการจำกัดความอิสระในการเคลื่อนไหวของบุคคล การกระทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินคือการกระทำแก่การครอบครอง การเป็นเจ้าของ หรือการกระทำที่กระทบ ประโยชน์ทางทรัพย์สินตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่สำหรับ “สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง” ตามมาตรา 823 นั้นหมายรวมถึง สิทธิเด็ดขาดที่กฎหมายเยอรมันให้ความคุ้มครอง เช่น สิทธิในการก่อตั้งและดำเนิน ธุรกิจ สิทธิตามสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ สิทธิในการพัฒนาบุคลิกภาพ สิทธิส่วนบุคคล เป็นต้น

นอกจากละเมิดจะเกิดจากการกระทำ ความเสียหายต่อสิทธิตามมาตรา 823 วรรคหนึ่งแล้ว ยังมีมาตรา 823 วรรคสอง ซึ่งถือเป็นบทหลักของกฎหมายละเมิดอีกบทหนึ่งที่บัญญัติว่า “หน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามวรรคข้างต้น ย่อมใช้กับกรณีที่คุณคนได้ฝ่าฝืนกฎหมายที่มุ่ง ประสงค์จะคุ้มครองบุคคลอื่น ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายเป็นไปได้แม้ไม่มีความผิด ผู้นั้นมีหน้าที่ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเฉพาะกรณีที่ได้กระทำความผิด” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ถือเป็นบทบัญญัติที่ ผ่อนปรนหลักเกณฑ์อันเข้มขันที่เป็นองค์ประกอบของการกระทำละเมิดตามมาตรา 823 วรรคหนึ่ง โดยมาตรา 823 วรรคสอง ทำหน้าที่เป็นบทสันนิษฐานทางกฎหมายเพื่อที่ผู้เสียหายมีหน้าที่พิสูจน์ แต่เพียงว่า

- (1) การกระทำละเมิดของจำเลยเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลอื่น
- (2) ได้เกิดความเสียหายที่กฎหมายนั้นต้องการหลีกเลี่ยงขึ้นแก่ผู้เสียหาย
- (3) ผู้เสียหายจะต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะให้ได้รับการเยียวยาในทางแพ่งนั้น

หากผู้เสียหายพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ดังกล่าวแล้วศาลก็สามารถพิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ได้ทันที ทว่ากับจำเลยมีความรับผิดชอบละเมิดได้แล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาองค์ประกอบของละเมิดในข้ออื่นๆ เลย และแม้กระทั่งสิทธิที่ถูกทำให้เสียหายจะไม่ใช้สิทธิทั้ง 6 ประการตามวรรคหนึ่งเลยก็ตาม

สำหรับมาตราที่เป็นบทบัญญัติหลักในเรื่องละเมิดอีกมาตราหนึ่งคือมาตรา 826 ที่วางหลักว่า ผู้ใดกระทำการในลักษณะที่ตรงข้ามกับนโยบายสาธารณะ จงใจก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น จะต้องรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้น พิจารณาได้ว่าบทบัญญัตินี้มุ่งเน้นไปที่การกระทำอันมีลักษณะที่ขัดแย้งกับ “นโยบายสาธารณะ” (public policy) ซึ่งมีความหมายในทางรัฐศาสตร์ว่า การที่รัฐใช้อำนาจตัดสินใจ เลือก หรือแสดงนัยที่จะกระทำ หรือไม่กระทำสิ่งหนึ่งสิ่งใด ซึ่งปรากฏออกมาในรูปของแนวทาง หรือเงื่อนไขที่นำไปสู่การมีปฏิสัมพันธ์ภายในและภายนอกองค์กรของรัฐ เพื่อบรรลุเป้าหมายที่พึงประสงค์ในการอยู่ร่วมกันเป็นรัฐ⁵⁸ เช่น

- นโยบายจัดระเบียบกฎเกณฑ์และควบคุมพฤติกรรม (Regulatory Policy) เช่น นโยบายการคุ้มครองผู้บริโภค
- นโยบายแจกจ่ายสินค้าและบริการสาธารณะ (Distribution Policy) เช่น นโยบายที่ให้หลักประกันในการเข้าถึงบริการหรือใช้ทรัพยากร
- นโยบายแจกจ่ายสินค้าและบริการสาธารณะใหม่ (Redistribution Policy) เช่น นโยบายที่นำมูลค่าส่วนเกินจากคนกลุ่มหนึ่งไปจัดสรรให้คนอีกกลุ่มหนึ่ง
- นโยบายสนองความต้องการพื้นฐานในการอยู่ร่วมกัน (Constituency Policy) เช่น นโยบายเกี่ยวกับความมั่นคง

⁵⁸ ดร.พีรธร บุญยรัตน์, “นโยบายสาธารณะ (public policy).” ในการบรรยายวิชาการรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร.

บทบัญญัติในมาตรา 826 นี้ มุ่งคุ้มครองผู้ได้รับความเสียหายในเรื่องที่รัฐเห็นว่าผู้เสียหายนั้นสมควรได้รับการเยียวยา โดยจำเลยต้องจงใจกระทำการ กล่าวคือเพียงรู้ว่าการกระทำของตนอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น แต่จำเลยไม่จำเป็นต้องรู้ถึงชนิดและความหนักเบาของความเสียหายที่จะเกิดขึ้น อีกทั้งไม่จำเป็นต้องรู้ว่าการกระทำเช่นนั้นของตนเป็นการผิดศีลธรรมหรือไม่ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติในมาตรา 826 นี้ ก็เป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่สามารถใช้ในการเยียวยาความเสียหายแก่ประชาชนทั่วไปที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของผู้ให้คำรับรองได้ หากพิจารณาว่าการกระทำของผู้ให้คำรับรองนั้นขัดกับนโยบายสาธารณะ

3.4.2 หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของเยอรมนี

ตามหลักนิติศาสตร์โรมันแล้วหนี้ตามสัญญา (Obligaciones ex contractu) คือ ข้อตกลงที่กฎหมายยอมรับหรือรับรอง (conventio) ซึ่งในความหมายกว้างอาจรวมถึงข้อตกลงอันทำให้ไม่อาจฟ้องคดีได้ (pactum) ซึ่งข้อตกลง pactum นี้เป็นเพียงข้อตกลงลอยที่กฎหมายมิได้รับรองให้ กล่าวคืออาจใช้เป็นข้อต่อสู้ได้แต่ไม่ก่อให้เกิดหนี้ โดยเงื่อนไขอันเป็นสิ่งจำเป็นในการทำสัญญาที่สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมายโรมันได้แก่⁵⁹

- (1) เจตนาที่จะก่อนิติสัมพันธ์
- (2) วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องชอบด้วยกฎหมายและสามารถบรรลุได้
- (3) คู่สัญญาดตกลงกันโดยสมัครใจ (มิได้ตกลงกันเพราะความกลัวหรือถูกบังคับ)
- (4) สัญญาต้องเป็นไปตามแบบที่กฎหมายรับรอง
- (5) ต้องมีความยินยอมพร้อมใจกันในสาระของสัญญา (ไม่มีความสำคัญผิด)

เงื่อนไขที่ถือเป็นเอกลักษณ์ของหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาของโรมันก็คือ “สัญญาต้องเป็นไปตามแบบที่กฎหมายรับรอง” กล่าวคือสัญญาจะมีรูปแบบที่เป็นแบบพิธีที่เคร่งครัดไม่ว่าจะกำหนดว่าจะต้องใช้คำพูดหรือลายลักษณ์อักษรแบบใด หรือเพียงแต่กำหนดหลักการกว้างๆ ไว้ โดยในสมัยโรมันบุคคลจะทำสัญญานอกจากแบบที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ สัญญาจึงมีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญาแต่ละประเภทเท่านั้น

⁵⁹ อังแล้ว เจริญธรรมที่ 31, หน้า 127.

ในแง่ของขอบเขตของการมีผลบังคับใช้ของสัญญานั้น กฎหมายโรมันยึดถือหลักว่า บุคคลภายนอกไม่มีสิทธิตามสัญญา (alteri stipulari nemo potest) ก่อนข้างเคร่งครัด กล่าวคือ กฎหมายโรมันไม่ยอมรับหลักกฎหมายเรื่องสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก⁶⁰ แม้ต่อมา ในศตวรรษที่ 2 จนกระทั่งสมัยของพระเจ้าจัสติเนียน กฎหมายโรมันก็คงมีข้อยกเว้นให้บุคคลภายนอก สัญญามีสิทธิตามสัญญาโดยสามารถฟ้องร้องบังคับให้คู่สัญญาชำระหนี้แก่เขาได้โดยตรงเพียง 2 กรณี ได้แก่ กรณีการให้ทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีภาระติดพันให้ผู้รับทรัพย์สินนั้น ต้องกระทำการบางอย่างแก่บุคคลภายนอก และกรณีการยกทรัพย์สินให้เป็นกรรมสิทธิ์แก่ผู้รับโดยมีเงื่อนไขให้ผู้รับโอนทรัพย์สินดังกล่าวแก่บุคคลภายนอกซึ่งตามปกติได้แก่ทายาทของผู้ยกให้

สำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศในระบบประมวลกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน (Bürgerlichen Gesetzbuches) กำหนดว่าสัญญาเป็น ข้อตกลงระหว่างบุคคลสองฝ่ายซึ่งมีความประสงค์จะผูกพันกันในทางกฎหมาย ในการเข้าทำสัญญา เพื่อให้มีความผูกพันกันเช่นนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะต้องแสดงเจตนาของตนต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งว่า ตนประสงค์จะผูกพันกันตามข้อตกลงที่มีเงื่อนไขแน่นอนที่ระบุไว้ในคำเสนอของตน และคู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่งต้องยอมรับตามข้อเสนออีกด้วย

3.4.2.1 การเกิดขึ้นของสัญญา⁶¹

การที่บุคคลใดทำคำเสนอ (Antrag, Angebot) ต่อผู้อื่นให้เข้าทำสัญญากับตน บุคคลนั้นต้องผูกพันตามคำเสนอนั้น เว้นแต่จะได้แสดงเจตนา ยกเว้นไว้ว่าไม่ต้องการผูกพัน โดยคำเสนอดังกล่าวต้องมีความแน่นอนและสมบูรณ์ตามองค์ประกอบสำคัญของสัญญา (Essentialia negotii) ขึ้นอยู่กับธรรมชาติและลักษณะของสัญญาแต่ละประเภท หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า หากการแสดงเจตนาสามารถกลายเป็นสัญญาได้เมื่อมีการตอบรับโดยวิธีการอย่างง่าย เช่น เพียงตอบรับว่า “ใช่” ก็ถือว่าการแสดงเจตนาเป็นคำเสนอ

คำสนอง (Annahme) มีลักษณะเป็นอิสระ (Free) และไม่สงวนสิทธิใดๆ (Unreserved Acceptance) ทั้งต้องสอดคล้องตามเจตนาที่ผู้เสนอได้แสดงมา โดยคำสนองจะต้องถูก

⁶⁰ เมธา สุพงษ์, “สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก (ตอนที่ 1).” สืบค้นข้อมูลจาก <https://www.gotoknow.org/posts/388578> เมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2558.

⁶¹ กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, “กระบวนการในการเกิดสัญญา. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 75.

สื่อสารไปยังผู้เสนอสัญญาจึงจะเกิดขึ้นได้ หากเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้า สัญญาเกิดเมื่อผู้ทำคำเสนอได้ทราบถึงคำสนอนั้น แต่หากเป็นการทำคำสนองต่อบุคคลที่ไม่อยู่เฉพาะหน้า สัญญาจะเกิดเมื่อคำสนองไปถึงผู้ทำคำเสนอ โดยการแสดงเจตนาทำคำสนอนั้นคือการสื่อสารทำให้คำสนองอยู่ในขอบเขตที่ผู้ทำคำเสนอจะควบคุมได้ เว้นแต่กรณีที่สัญญาเกิดขึ้นโดยปริยาย ได้แก่ กรณีที่ตามธรรมเนียมผู้เสนอไม่ต้องการให้แจ้งคำสนองกลับมา หรือกรณีที่ผู้เสนอได้ยกเว้นไว้ว่าไม่ต้องมีคำสนองไปยังตน

3.4.2.2 ลักษณะของคำรับรองตามกฎหมายสัญญาเยอรมัน

คำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ การทำคำเสนอนั้นอาจสับสนกับคำเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอ ซึ่งแม้จะมีการตอบรับคำเชื่อเชิญก็ไม่ถือว่าเป็นสัญญาเกิดขึ้นแต่อย่างใด สำหรับกรณีการประกาศโฆษณา โดยที่การโฆษณานั้นมีลักษณะเป็นข้อเสนอที่ต่อบุคคลโดยไม่จำกัดจำนวน บุคคลที่ทำข้อเสนอเช่นนั้นย่อมไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาต่อบุคคลทุกคนที่ประสงค์จะทำสัญญาได้ เช่นเดียวกับกรณีของหนังสือเชิญชวนให้ซื้อหุ้น หรือหนังสือแสดงรายการสินค้า จึงพิจารณาได้ว่าในกรณีการประกาศโฆษณานี้อาจพอเทียบเคียงได้กับการให้คำรับรอง แม้การให้คำรับรองมิได้มีเจตนาในการเชื่อเชิญให้ทำคำเสนอเพื่อเข้าทำสัญญาโดยตรง แต่ก็พอจะถือได้ว่าคำรับรองเป็นการแสดงเจตนาซึ่งทำต่อบุคคลภายนอกไม่จำกัดจำนวนที่อาจพบเห็นและทราบข้อเท็จจริงที่คำรับรองนั้นมุ่งยืนยันเช่นเดียวกัน จึงอาจพิจารณาได้ว่าคำรับรองจึงไม่ถือเป็นคำสนองต่อบุคคลภายนอกแม้บุคคลภายนอกมีคำสนองตอบรับกลับมาก็ไม่อาจเกิดเป็นสัญญาได้เลย

คำมั่น เมื่อพิจารณาถึงคำมั่นตามกฎหมายนั้นพบว่า กฎหมายเยอรมันได้ล่าถึงไว้ 2 ประเภทได้แก่ คำมั่นจะให้รางวัล และคำมั่นจะทำสัญญา โดยคำมั่นจะให้รางวัลตามมาตรา 657 – 661 ยังแบ่งออกเป็นกรให้รางวัลแก่ผู้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และการให้รางวัลแก่ผู้ชนะในการประกวดชิงรางวัล ซึ่งคำมั่นในลักษณะนี้ไม่ก่อให้เกิดสัญญาเมื่อกระทำการสำเร็จ แต่มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งก่อให้เกิดหนี้โดยไม่ต้องการคำสนองรับจากคู่กรณีอีกฝ่าย เมื่อเทียบเคียงกับการให้คำรับรองแล้วก็เห็นว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวเหมือนกัน แต่การรับรองนั้นจะมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่มุ่งผูกนิติสัมพันธ์กับบุคคลที่สามหรือไม่นั้นยังไม่เป็นการแน่ชัด เพียงแต่เป็นการยืนยันข้อเท็จจริงให้ปรากฏเท่านั้น ในขั้นนี้จึงสรุปได้ว่าระหว่างผู้ให้คำรับรองกับบุคคลภายนอกนั้นจะไม่มี ความผูกพันต่อกันในทางสัญญาเลย แต่สำหรับผู้ให้คำรับรองกับผู้ประกอบการที่ติดต่อให้ ผู้ให้คำรับรองดำเนินการให้คำรับรองนั้นย่อมจะมีนิติสัมพันธ์ต่อกัน

สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก⁶² ตามกฎหมายเยอรมันเดิมก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerlichen Gesetzbuches) นั้นยอมรับสัญญาที่ตกลงให้การปฏิบัติการชำระหนี้กระทำต่อบุคคลอีกบุคคลหนึ่งนอกเหนือจากคู่สัญญาได้ สัญญาดังกล่าวถือว่าลูกหนี้ได้สัญญาว่าจะชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ หรือชำระหนี้โดยตรงแก่บุคคลภายนอกที่ไม่มีตัวตนของเจ้าหนี้ก็ได้ ซึ่งถือได้ว่าเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ต่อมาเมื่อเยอรมนีมีความคิดที่จะจัดทำประมวลกฎหมายไว้สำหรับใช้ทั่วกันทั้งประเทศ เยอรมนีได้รับเอาหลักการของกฎหมายโรมันเข้ามา รวมถึงหลักการที่ว่าบุคคลภายนอกย่อมไม่มีสิทธิตามสัญญา (alteri stipulari nemo potest) จึงทำให้หลักกฎหมายสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกของเยอรมันเองที่มีมาแต่เดิมได้ถูกลบเลื่อนไป

อย่างไรก็ดีแนวคิดที่ว่าด้วยการยินยอมให้บุคคลภายนอกสามารถมีสิทธิตามสัญญาได้นั้นเป็นเรื่องที่นักกฎหมายเยอรมันตระหนักถึงและมีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายหลายฉบับ เช่นกฎหมาย The Bavarian Territorial ที่กำหนดให้บุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ได้สิทธิตามสัญญาเมื่อบุคคลภายนอกนั้นให้สัตยาบันหรือสนองรับสัญญา หรือในประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งปรัสเซียที่กำหนดให้บุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ได้สิทธิตามสัญญาเมื่อบุคคลภายนอกนั้นเข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยความยินยอมของลูกหนี้กับเจ้าหนี้ หรือใน Saxon Code ที่กำหนดให้บุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ได้สิทธิตามสัญญาเมื่อบุคคลภายนอกยอมรับการชำระหนี้

ในปัจจุบันนี้แม้เยอรมนียังมิได้มีการแก้ไขกฎหมายในระดับประมวลกฎหมายของรัฐให้การยอมรับหลักสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกไว้อย่างชัดเจน แต่ก็พบเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerlichen Gesetzbuches) ในมาตรา 405 ในเรื่องของสัญญารับขนที่กำหนดให้ผู้รับใบตราส่งมีสิทธิเรียกร้องต่อผู้ขนส่งได้ในนามตนเองเพื่อให้ผู้ขนส่งมอบใบตราส่งและของแก่ผู้รับใบตราส่งได้ อีกทั้งตามกฎหมายประเพณีที่ถือปฏิบัติเป็นการทั่วไปในเรื่องของการโอนกิจการค้าขายนั้น ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าบรรดาเจ้าหนี้ขอเจ้าของกิจการค้าเดิมย่อมได้ไปซึ่งสิทธิที่จะเรียกให้เจ้าของกิจการค้าคนเดิมมีอยู่แก่ตนได้

สำหรับการยอมรับว่าความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากการประพฤติดิตต่อหน้าทีนั้นสามารถเรียกร้องกันได้ผ่านทาง “หลักสัญญาที่มุ่งคุ้มครองบุคคลภายนอก” ตามหลักกฎหมายสัญญานั้น ได้มีตัวอย่างในคำพิพากษาศาล Bundesgerichtshof (Sixth civil division) 12 February 1979, WM 1979,548=NJW 1979,1595 ซึ่งเป็นคดีที่ธนาคารนานาชาติที่มีสำนักงานสาขาอยู่ที่ประเทศเยอรมนีจัดทำรายงานข้อมูลที่ไม่ถูกต้องเที่ยงตรง เมื่อมีผู้ใช้บริการ

⁶² อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 54.

ขอคำแนะนำด้านการลงทุนจากสำนักงานสาขาของธนาคารนานาชาตินั้น ธนาคารได้แนะนำให้ลงทุนในกิจการโรงแรมซึ่งธนาคารทราบว่ามีปัญหาทางการเงินเนื่องจากธนาคารเองก็เป็นเจ้าหนี้รายหนึ่งของโรงแรมแห่งนั้น โดยธนาคารได้จัดทำรายงานข้อมูลให้ไว้ แม้รายงานข้อมูลนั้นจะไม่ได้มีการชักชวนให้ผู้ใช้บริการร่วมลงทุนแต่ด้วยการเป็นเอกสารเผยแพร่ต่อสาธารณชน และธนาคารมีความผูกพันทางสัญญากับผู้ใช้บริการที่เข้ามาขอคำแนะนำซึ่งถือเป็นสัญญาการให้บริการเมื่อธนาคารทำผิดหน้าที่ธนาคารจึงต้องรับผิดชอบต่อผู้ใช้บริการตามสัญญา⁶³

3.4.3 Act on making product available in the market (Product Safety Act) 2011

ในยุคศตวรรษที่ 21 เช่นปัจจุบัน แนวคิดในการคุ้มครองผู้บริโภคและผลิตภัณฑ์ที่ปลอดภัย ได้มีอิทธิพลอย่างมากต่อการกำหนดทิศทางของกฎหมาย องค์การระหว่างประเทศและประเทศต่างๆ ทั่วโลกล้วนให้ความสำคัญและผลักดันกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว โดยสหภาพยุโรป (European Union: EU) ซึ่งเป็นสหภาพทางเศรษฐกิจและการเมืองของประเทศในภูมิภาคยุโรปได้ประกาศใช้ Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council of 3 December 2001 on general product safety (GPSD) ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทของสหภาพยุโรปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดแนวทางให้สมาชิกปฏิบัติตามอย่างเป็นทางการอันเดียวกันในด้านความปลอดภัยของสินค้า โดยมีลักษณะเป็นกฎหมายที่กำกับดูแลความปลอดภัยของสินค้าครอบคลุมทุกชนิด (Horizontal Legislations) ในรูปแบบของการวางข้อกำหนดโดยทั่วไปเป็นหลักการกว้างๆ ว่าสินค้าที่สามารถออกวางตลาดได้จะต้องเป็นสินค้าที่ปลอดภัยเท่านั้น มิได้นำมาตรฐานทางเทคนิคที่ใช้ในการทดสอบสินค้าเฉพาะเรื่องมากำหนดไว้ในกฎหมาย แต่จะใช้มาตรฐานที่เป็นมาตรฐานภาคสมัครใจที่มีร่วมกัน (harmonized (ISO) standard) ในการทดสอบมาตรฐานทางเทคนิคและความปลอดภัยของสินค้าหากสินค้ามีคุณสมบัติตรงตามมาตรฐานนั้นก็สามารถนำออกวางตลาดได้ นอกจากนี้ยังถือเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่มีได้มีกฎหมายเฉพาะใดกำหนดมาตรฐานไว้เป็นการเฉพาะอีกด้วย⁶⁴

สำหรับประเทศเยอรมนีซึ่งเป็นหนึ่งในสมาชิกของสหภาพยุโรปมีความผูกพันต้องปฏิบัติตามกรอบของสหภาพยุโรป ประกอบกับความตระหนักถึงการกำหนดแนวทางเพื่อควบคุม

⁶³ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 50, หน้า 135.

⁶⁴ อนันต์ จันทร์โอภากร, “สรุปผลการทบทวนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องและกรอบแนวทางการดำเนินงานด้าน Product Safety ของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหพันธ์รัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น.”, 2557.

ความปลอดภัยของสินค้าดังกล่าว เยอรมนีจึงได้มีกฎหมาย Act on making product available in the market (Product Safety Act) เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่ออนุวัติการตาม GPSD ของสหภาพยุโรป แม้จะเป็นกฎหมายที่มุ่งเน้นในเรื่องของการควบคุมความปลอดภัยและการวางจำหน่ายสินค้าเป็นหลัก โดยต้องมีลักษณะ 2 อย่างคือ เป็นไปตามข้อบังคับของกฎศีกษาที่เกี่ยวข้อง และ สินค้านั้นมีได้ก่อให้เกิดความเสี่ยงภัยต่อสุขภาพของประชาชนหรือประโยชน์อื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่ก็มีข้อยกเว้นบางส่วนของสินค้าที่การได้รับเครื่องหมายรับรอง ไม่ว่าจะ เป็นเครื่องหมาย CE (Conformite Europeene) สำหรับสินค้าบางชนิดที่ต้องแสดงเครื่องหมายดังกล่าวบนตัวสินค้า จึงจะสามารถนำออกวางตลาดได้ หรือการใช้เครื่องหมาย GS (Geprüfte Sicherheit) สำหรับสินค้าสำเร็จรูป (ready-to-use product) หรือสินค้าตามมาตรา 6 ดังนั้นจึงพิจารณาได้ว่าการให้คำรับรองในเรื่องที่เกี่ยวกับผู้บริโภคและความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์มีกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษ โดยบทบัญญัติแห่ง Article 13 นั้นจะกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบประเมินให้คำรับรอง (conformity assessment) จึงกล่าวได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่สำคัญเกี่ยวกับประเด็นการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองซึ่งเน้นการรับรองสินค้าและผลิตภัณฑ์ตาม Act on making product available in the market (Product Safety Act)

3.4.3.1 การให้คำรับรองแก่ผลิตภัณฑ์ที่จะวางจำหน่าย

Product Safety Act ของเยอรมนีมีจุดเด่นคือการเชื่อมโยงให้มีหน่วยงานที่หลากหลายมีส่วนร่วมและถ่วงดุลซึ่งกันและกันในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายฉบับนี้

1. กระทรวงต่างๆ ที่มีอำนาจในการออกกฎศีกษาโดยได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนรัฐต่างๆ (Bundesrat) โดยกระทรวงแรงงานและสังคม (The Federal Ministry of Labor and Social Affairs) เป็นกระทรวงที่มีบทบาทมากที่สุด ซึ่งได้มีคณะกรรมการเพื่อความปลอดภัยของสินค้า (Product safety Commission) เป็นหน่วยงานย่อยที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐบาล บังระบุมาตรฐานและรายละเอียดอื่นๆ ที่จะนำมาใช้กับสินค้าที่มีได้มีมาตรฐานร่วม (Harmonized Standard) หรือบ่งระบุรายละเอียดต่างๆ ที่จะใช้เพื่อตรวจสอบสินค้าที่ขอใช้เครื่องหมายรับรอง GS

2. หน่วยงานที่มีอำนาจ (Authorizing Authority) จัดตั้งขึ้นโดยรัฐบาล มีหน้าที่ในการดูแลบังคับใช้กฎหมายนี้ โดยมีลักษณะที่สำคัญคือการไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งกับผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ติดตามประเมินการปฏิบัติตามกฎหมาย (Conformity Assessment Body) ซึ่ง Authorizing Authority เป็นผู้แต่งตั้งและกำกับดูแล โดยหน่วยงานที่มีอำนาจสามารถเข้า

ตรวจสอบสถานประกอบธุรกิจหรือห้องทดลองของ Conformity Assessment Body ได้ตามกฎหมายนี้

3. ผู้ทำหน้าที่ติดตามประเมินการปฏิบัติตามกฎหมาย (Conformity Assessment Body) เป็นหน่วยงานได้รับมอบหมายจากหน่วยงานที่มีอำนาจ (Authorizing Authority) ในการตรวจสอบว่าสินค้าที่จะนำออกวางตลาดนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดต่างๆ ของกฎหมายหรือไม่ โดยจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง ไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน และจะต้องทำหน้าที่การประเมินความสอดคล้องด้วยระดับความระมัดระวังสูงสุดของผู้เชี่ยวชาญ จัดหาอุปกรณ์ที่จำเป็น และทำหน้าที่โดยปราศจากแรงกดดันหรือการช่วยเหลือทางการเงินจากผู้อื่น (Article 13 (4)) อีกทั้งจะต้องมีการประกันความรับผิด (liability insurance) ด้วย (Article 13 (8)) สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยสำหรับสินค้าที่ผ่านการตรวจประเมินโดย Conformity Assessment Body นั้นจะได้รับการรับรองว่ามีความสอดคล้องถูกต้องตามข้อกำหนดว่าด้วยความปลอดภัยของสินค้าตามความใน Article 3 ของกฎหมายนี้แล้ว นอกจากนี้หาก Conformity Assessment Body ได้รับอนุญาตจาก Authorizing Authority ก็อาจจะทำหน้าที่เป็น GS Body ในการประเมินรับรองเพื่อให้ได้เครื่องหมาย GS อีกด้วย

นอกจากการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของ Conformity Assessment Body แล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดกรอบสถานะและคุณสมบัติไว้โดยละเอียดอีกด้วย โดย Conformity Assessment Body นั้นต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย (Article 13 (1)) ซึ่งอาจจะเป็นสมาชิกของสมาคมทางธุรกิจ หรือสมาพันธ์ทางวิชาชีพการออกแบบ การผลิต การจัดการ การประกอบ การใช้หรือการบำรุงรักษาสินค้าที่ตนได้ทำการตรวจสอบประเมินได้ แต่ต้องสามารถแสดงให้เห็นว่าไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้งหรือทับซ้อนกับการทำหน้าที่ดังกล่าวได้ (Article 13 (2)) อีกทั้งผู้บริหารระดับสูงหรือเจ้าหน้าที่ที่ทำการตรวจสอบประเมินสินค้าจะต้องไม่ใช่ผู้ออกแบบ ผู้ผลิต ผู้จัดหา ผู้ติดตั้ง ผู้ซื้อ เจ้าของ ผู้ใช้ประโยชน์ ผู้ดูแลบำรุงรักษาสินค้าที่ตนได้ทำการตรวจสอบประเมิน หรือเป็นตัวแทนของบุคคลเหล่านั้นตลอดจนมีผลประโยชน์ขัดแย้งในทางอื่นด้วย (Article 13 (3)) ซึ่งสะท้อนถึงความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่

4. หน่วยงานที่มีอำนาจคุ้มครอง (Market Surveillance Authority) จะทำหน้าที่ประสานงานกับ Authorizing Authority โดย Market Surveillance Authority จะมีอำนาจในการเรียกให้ Authorizing Authority ให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการคุ้มครองสินค้า ซึ่งจะต้องคุ้มครองสินค้าให้ได้สัดส่วน 0.5 ต่อประชากร 1,000 ต่อปี ไม่ว่าจะมีความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากสินค้านั้นหรือไม่ก็ตาม Market Surveillance Authority นี้จะทำการคุ้มครอง

ตามความเหมาะสม โดยมีการกำหนดขอบเขตของการสุ่มตรวจ การมีตัวอย่างสินค้าที่เพียงพอต่อการพิจารณาว่าเป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมายหรือไม่ หากพบว่าสินค้าที่สุ่มตรวจไม่เป็นไปตามข้อกำหนดของกฎหมายหน่วยงานที่มีอำนาจสุ่มตรวจมีอำนาจที่จะดำเนินการดังต่อไปนี้

- (1) ห้ามมิให้นำสินค้าออกแสดง
- (2) ดำเนินการไม่ให้สินค้าที่ไม่เป็นไปตามข้อกำหนดออกวางตลาด
- (3) สั่งให้ Conformity Assessment Body หรือ GS Body เข้าทำการตรวจสอบ

ตามความเหมาะสม

- (4) ห้ามวางตลาดสินค้า
- (5) เรียกเก็บสินค้าจากตลาดหรือเรียกคืนสินค้า
- (6) ยึดหรือทำลายสินค้า

3.4.3.2 คดี TUV Rheinland ผู้ให้คำรับรองของเยอรมนีถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลฝรั่งเศส โดยศาลพิจารณาลงโทษของผู้นำที่ของผู้ให้คำรับรองเพื่อกำหนดความรับผิดชอบ

แม้ผู้ศึกษาจะไม่พบหลักฐานการฟ้องคดีโดยใช้กฎหมายของประเทศเยอรมนีในการตัดสินคดีความเกี่ยวกับการให้คำรับรอง โดยเฉพาะกฎหมาย Act on making product available in the market ที่ได้รับการแก้ไขใหม่ล่าสุด แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากหัวข้อก่อนหน้าได้กล่าวถึงการให้คำรับรองสินค้าที่ปลอดภัยและสามารถวางขายได้ในทวีปยุโรปแล้ว (เครื่องหมาย CE) ในขั้นนี้ผู้เขียนจึงใคร่ขอยกคดีที่มีประเด็นเป็นการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งแก่ผู้ให้คำรับรองโดยพิจารณาจากกรณีปฏิบัติหน้าที่ของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายข้อบังคับของสหภาพยุโรป ซึ่งในคดีนี้ทั้งสองชั้นศาลของประเทศฝรั่งเศสได้มีการให้เหตุผลที่ต่างกันในการพิจารณาการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ให้คำรับรอง ปัจจุบันคดีนี้ยังอยู่ในระหว่างเจรจากันตกลงกันอยู่ คดีนั้นได้แก่คดีที่บุคคลภายนอกผู้เสียหายจำนวนมากได้ยื่นฟ้องบริษัท TÜV ผู้ให้คำรับรองชาวเยอรมันเพื่อให้ชดเชยค่าเสียหายแก่ตนเอง

เมื่อปี 2010 บริษัท Poly Implant Prothèse (PIP) ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติฝรั่งเศส และเป็นผู้ผลิตซิลิโคนที่ใหญ่เป็นอันดับที่สามของโลก ได้กระทำการอันส่งผลกระทบต่อสุขภาพร้ายแรงที่สุดครั้งหนึ่งในประวัติศาสตร์ของวงการอุปกรณ์ทางการแพทย์ โดย PIP ได้ใช้วัสดุซิลิโคนเหลวที่ใช้ในการอุตสาหกรรมมาเป็นวัตถุดิบในการผลิตซิลิโคนเสริมหน้าอก ซึ่งซิลิโคนเหลวที่ใช้ในการอุตสาหกรรมนั้นมีคุณภาพต่ำไม่ได้มาตรฐานสำหรับการผลิตซิลิโคนทางการแพทย์ที่ใช้ในการเสริมหน้าอก และยังพบว่าวัสดุชนิดนี้มีโอกาสในการรั่วซึมมากกว่าซิลิโคนชนิดที่ใช้ในทางการแพทย์โดยบริษัท TÜV Rheinland จากเยอรมนีเป็นผู้ให้การรับรองให้ใช้เครื่องหมาย CE (European Conformity) ซึ่งเป็น

เครื่องหมายแสดงมาตรฐานความปลอดภัยของสินค้าที่วางตลาดในยุโรป ต่อมาซิลิโคนเสริมหน้าอกที่บกพร่องดังกล่าวได้มีการรื้อซึมทำให้วัสดุซิลิโคนเหลวที่ใช้ในการอุตสาหกรรมเข้าสู่ร่างกาย ส่งผลให้สุขภาพสตรีจำนวนมากมีอาการเจ็บป่วย (เฉพาะในฝรั่งเศสมีรายงานจาก France's Health Products Agency ว่าพบการรื้อซึมของซิลิโคนเสริมหน้าอกถึง 7,500 ราย และ 3,000 รายมีได้รับผลข้างเคียง จากผู้ที่ได้ใช้ผลิตภัณฑ์ดังกล่าวของ PIP จำนวน 30,000 คน)

จากเหตุการณ์อันสั่นสะเทือนวงการอุปกรณ์ทางการแพทย์ของ PIP นี้ มีผู้ที่ได้รับการปลูกถ่ายเสริมหน้าอกด้วยผลิตภัณฑ์ที่บกพร่องดังกล่าวถึงกว่า 300,000 ราย ในช่วงปี 2001 – 2010 ใน 65 ประเทศทั่วโลก ส่งผลให้บริษัท PIP นั้นได้ล้มละลายไปในปี 2010 นั้นเอง และนาย Jean-Claude Mas ผู้ก่อตั้งบริษัทได้ถูกศาลพิพากษาให้จำคุก 4 ปี และผู้บริหารระดับสูงอีก 4 ราย ถูกลงโทษด้วย ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน 2013 ศาลการพาณิชย์ เมือง Toulon ของประเทศฝรั่งเศส ได้พิพากษาว่า TÜV Rheinland มีความรับผิดชอบต่อเหตุจากเหตุการณ์นี้ออว เรื่อง PIP โดยศาลได้พิเคราะห์ว่า TÜV Rheinland ได้กระทำการโดยประมาท เนื่องจากไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในฐานะ notified body ตามที่ได้กำหนดไว้เป็นสาระสำคัญใน European medical devices regulatory framework ส่งผลให้บริษัทผู้ผลิตอุปกรณ์ทางการแพทย์ประเทศฝรั่งเศส PIP ก่อเหตุอันฉ้อฉลดังกล่าว

TÜV Rheinland เป็นผู้ตรวจประเมินให้แก่ PIP มาเป็นเวลากว่า 17 ปี โดย TÜV ได้ให้การรับรองแก่ PIP เพื่อให้สามารถใช้เครื่องหมาย CE ได้ ซึ่งเป็นการรับประกันว่าผลิตภัณฑ์ปลูกถ่ายหน้าอกมีความสอดคล้องกับ EU Medical Devices Directive. ศาลเห็นว่าการขาดแคลนการตรวจสอบที่ไม่ได้ประกาศแจ้งล่วงหน้า หรือการทดสอบตัวอย่าง ของ TÜV นั้น ทำให้ไม่สามารถเปิดเผยการกระทำที่ฉ้อฉลโดยไตร่ตรองไว้ก่อนของ PIP ซึ่งได้ใช้ซิลิโคนคุณภาพต่ำแทนซิลิโคนคุณภาพดีตามมาตรฐานของผลิตภัณฑ์ปลูกถ่ายหน้าอก

เมื่อสุขภาพสตรีกว่า 1,600 คน รวมถึงผู้จำหน่ายและนำเข้าผลิตภัณฑ์ 6 ราย ได้ยื่นฟ้องดำเนินคดีแบบกลุ่มจากเหตุดังกล่าว พร้อมเรียกค่าเสียหายต่อผู้ป่วยคนละ 16,000 ยูโร ศาลชั้นต้นได้ยึดถือหลักการตีความโดยขยายหน้าที่ของผู้ตรวจประเมิน โดยศาลได้แถลงว่าผู้ตรวจประเมินมีหน้าที่รับผิดชอบในการตรวจประเมินสถานที่ปฏิบัติงานโดยไม่ได้แจ้งให้ทราบล่วงหน้า เมื่อ TÜV มิได้ทำหน้าที่ในการควบคุม สอดส่อง และการเฝ้าระวังแต่อย่างใด เมื่อปลายปี ค.ศ. 2013 ศาลจึงให้ TÜV จ่ายค่าสินไหมทดแทนเป็นการชั่วคราวแก่ผู้เสียหาย ผู้จัดจำหน่าย และผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ดังกล่าว เป็นขั้นต่ำรายละ 3,000 ยูโรทันที และยังมีค่าเสียหายเฉพาะบุคคลที่รอการประเมินอยู่อีก จึงทำให้ TÜV จะต้องมีความรับผิดชอบหลายล้านยูโร

อย่างไรก็ดี TUV ได้ยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งศาลในประเด็นหน้าที่ของผู้ตรวจประเมิน โดยอ้างว่าตนได้ทำการตามระเบียบข้อบังคับ ซึ่งกำหนดให้ตนมีความรับผิดชอบเพียงในด้านการควบคุมการออกแบบผลิตภัณฑ์และการควบคุมระบบคุณภาพ แต่ในเรื่องกระบวนการผลิตนั้นไม่อยู่ในขอบความรับผิดชอบของตน ข้อที่ยังขึ้นกล่าวอ้างต่อไปคือเหตุเหล่านี้เกิดจากการฉ้อฉลเชิงระบบของ PIP ซึ่งนำส่งเอกสารอันเป็นเท็จ โดยที่ TUV ไม่มีอำนาจภายใต้กรอบของกฎหมายในเวลานั้นที่จะดำเนินการใด ๆ ไปมากกว่านี้เพื่อทราบถึงการกระทำที่ฉ้อฉลได้

ล่าสุดในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2015 ที่ผ่านมา ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศสในเมือง Toulon ได้กลับคำพิพากษาของศาลล่างโดยได้กล่าวว่า TUV ได้กระทำการตามหน้าที่ที่ตนมีในฐานะเป็นผู้ตรวจประเมินและให้การรับรอง และมีได้กระทำผิดทางอาญา กล่าวคือ TUV ได้กระทำการตามกฎหมายที่ใช้บังคับแล้ว ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวทำให้เกิดความไม่พอใจในผู้เสียหายเป็นอย่างมากและเกิดเป็นกระแสที่ผู้เสียหายบางส่วนจะไม่ยอมคืนค่าสินไหมทดแทนที่ตนได้รับชดใช้มาตามคำพิพากษาของศาลล่าง อย่างไรก็ตามก็ดียังไม่มีการเรียกให้คืนค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวแต่อย่างใด

ทั้งนี้ TUV ได้ถูกฟ้องด้วยเหตุอย่างเดียวกันในเยอรมนี และศาลพิพากษาว่าไม่มีความรับผิด โดยศาลแขวง Nürnberg-Fürth ยกฟ้องของผู้เสียหาย เนื่องจากเห็นว่าผู้ตรวจประเมินไม่มีหน้าที่ในการเข้าตรวจประเมินโดยไม่แจ้งให้ทราบล่วงหน้าหรือตรวจสอบตัวผลิตภัณฑ์ ดังนั้นการฉ้อฉลจึงไม่อาจตรวจสอบได้จากกระบวนการตรวจสอบตามกฎหมาย อีกทั้งในปี 2013 ศาลแขวง Frankenthal ก็ได้ตัดสินไปในแนวทางเดียวกันโดยศาลแถลงว่า บทบาทของผู้ตรวจประเมินในการตรวจประเมินความสอดคล้องตามมาตรฐานคือการหลีกเลี่ยงการขาดความเอาใจใส่ของผู้ผลิต มิใช่มีเจตนาให้ป้องกันการฉ้อฉลโดยจงใจเช่นนี้

3.4.4 แนวทางการกำหนดความรับผิดให้แก่ผู้ให้คำรับรองของเยอรมนี

ก่อนที่แนวคิดเกี่ยวกับความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์จะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในยุโรป เยอรมนีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ก็มีแนวคิดและมีการปรับหลักกฎหมายเพื่อกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองซึ่งแตกต่างกับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ทั้งกฎหมายละเมิดและกฎหมายสัญญา

อย่างไรก็ตาม ด้วยการที่กฎหมายละเมิดของเยอรมนีในมาตรา 823 วรรคแรก ได้วางหลักให้การกระทำละเมิดต้องเป็นกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิตามกฎหมายอันได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินและสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด (ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง เช่น สิทธิในการก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ) เท่านั้น หากมีการล่วงสิทธิผิดหน้าที่ในสิทธิ

อื่นๆนอกจากนี้ย่อมไม่เป็นละเมิด ทั้งนี้ ได้มีบทบัญญัติที่ผ่อนคลายความเคร่งครัดของการกำหนดสิทธิ ตามกฎหมายที่อาจถูกล่วงละเมิดได้ โดยการกำหนดให้กรณีที่มีความเสียหายเกิดจากการกระทำ อันฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลอื่นก็เป็นละเมิดได้เช่นกันตามมาตรา 823 วรรคสอง ซึ่งหากมีข้อเท็จจริงใดที่เข้าหลักเกณฑ์สิทธิที่อาจถูกล่วงละเมิดตามมาตรา 823 วรรคสอง ผู้ได้รับความเสียหายก็มีโอกาสได้รับค่าสินไหมทดแทนเช่นกันแม้จะเป็นความเสียหายในเชิงเศรษฐกิจก็ตาม แต่จากแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมนียังตีความในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นว่า ความเสียหายทางเศรษฐกิจต้องเป็นผลโดยตรงที่ไม่ไกลกว่าเหตุด้วย ผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยอ้อม ในกรณีดังกล่าวจึงย่อมไม่มีสิทธิได้รับค่าสินไหมทดแทน

จากหลักกฎหมายละเมิดดังกล่าวพิจารณาได้ว่าบุคคลที่ได้รับความเสียหาย จากคำรับรองนั้นต้องถูกละเมิดสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดและเป็นผู้ได้รับผลกระทบโดยตรงด้วย ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ ผู้ได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจอันเนื่องมาจากคำรับรองที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ของกฎหมายละเมิด ดังกล่าวก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายละเมิด และด้วยเหตุที่ประเทศเยอรมนีใช้ระบบ ประมวลกฎหมาย ดังนั้น การที่ศาลเยอรมันจะพิจารณาขยายความรับผิดทางละเมิดออกไปผ่าน ทางการทำคำพิพากษาเป็นรายกรณีขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันออกไป ทำนองเดียวกับศาล ในระบบ Common Law นั้นจึงไม่อาจกระทำได้ นักกฎหมายเยอรมันจึงได้พัฒนาหลักกฎหมายว่า ด้วยสัญญาเพื่อมาอุดช่องว่างนี้แทน โดยได้มีการนำแนวคิดการคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอก ในการเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย “Rights of Third Parties Act 1999” ของประเทศอังกฤษประกอบกับหลักการตีความกฎหมายสัญญาามาปรับใช้

นักกฎหมายเยอรมันมองว่า Negligent misstatement ซึ่งกินความรวมถึงการให้ คำรับรองโดยประมาทนี้ เป็นกรณีที่สามารถแยกออกจากกฎหมายว่าด้วยละเมิดได้ ซึ่งศาลเยอรมัน ใช้หลักกฎหมายสัญญาไม่ว่าจะเป็นหลัก “การคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกในการเรียกร้อง ค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญา” ซึ่งสามารถกำหนดความรับผิดตามสัญญาแก่ผู้ให้คำรับรองได้ หากผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการที่ขอคำรับรองมีสัญญาต่อกันและในสัญญาได้ระบุถึงสิทธิของ บุคคลภายนอกในการเรียกค่าเสียหายอยู่ก่อน ประกอบกับ “ทฤษฎีโอนความเสียหาย” ที่มาจาก แนวคิดของนักกฎหมายและแนวนโยบายแห่งรัฐที่ว่าด้วยการยอมให้ผู้เสียหาย (ที่มีได้เป็นคู่สัญญา) สามารถโอนความเสียหายที่ตนได้รับจากการปฏิบัติตามสัญญาไปให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายที่มีได้กระทำ ผิดได้ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นฟ้องเรียกค่าเสียหายแทนตน (ซึ่งต่างกับการฟ้องคดีตาม Rights of Third Parties Act 1999 ของอังกฤษ ที่บุคคลภายนอกสามารถฟ้องคดีได้ในนามตนเอง) เมื่อนำหลัก ทั้งสองมาปรับแก้ข้อเท็จจริงเช่นนี้ก็พอจะมีทางกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองได้ แต่ก็ยังต้องการ

สัญญาระหว่างผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการมาเป็นฐานในการกำหนดความรับผิดชอบของตนเอง ซึ่งก็นับได้ว่าการใช้หลักกฎหมายสัญญาดังกล่าวมีข้อจำกัดมากกว่าหลัก Negligent Mistatements หรือ Tort of Negligence ของคอมมอนลอว์⁶⁵ ส่วนแนวคิดในการพัฒนาทสันนิษฐานความรับผิดชอบล่วงหน้าขึ้นเพื่ออุดช่องว่างในกรณีนี้ ผ่านทางการใช้กฎหมายละเมิดเป็นช่องทางในการกำหนดความรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวนี้ยังมิได้รับความสนใจเท่าที่ควร

อย่างไรก็ดีเมื่อปลายปี ค.ศ. 2011 ได้มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องของความปลอดภัยของสินค้าที่นำมาวางตลาด ได้แก่ Act on making product available in the market 2011 (Product Safety Act) ส่งผลให้ในปัจจุบันนี้หากเป็นการให้คำรับรองเพื่อให้ได้เครื่องหมาย CE หรือ GS โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบประเมินตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว ก็จะต้องพิจารณาหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายนั้น เมื่อ Product Safety Act ได้มีการกำหนดสถานะให้หน่วยงานตรวจสอบประเมินเป็นนิติบุคคลที่อาจดำเนินคดีหรือถูกดำเนินคดีได้ตามกฎหมาย⁶⁶ กำหนดคุณสมบัติให้มีความเป็นกลางและปราศจากผลประโยชน์ขัดแย้ง ตลอดจนกำหนดหน้าที่การประเมินความสอดคล้องกันกับมาตรฐานด้วยระดับความระมัดระวังสูงสุดของผู้เชี่ยวชาญ หน้าที่ในการจัดหาอุปกรณ์ที่จำเป็น⁶⁷

เมื่อเป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหน้าที่ไว้และพิจารณาได้ว่าเป็นกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคลอื่น หากผู้มีหน้าที่ตรวจสอบประเมินฝ่าฝืนกฎหมาย Product Safety Act ผู้มีหน้าที่ตรวจสอบประเมินนั้นย่อมมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าตามมาตรา 823 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันได้ โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายมีหน้าที่พิสูจน์แต่เพียงว่า (1) การกระทำละเมิดของผู้ตรวจสอบประเมินเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลอื่น (2) ได้เกิดความเสียหายจากสินค้าที่กฎหมายนั้นควบคุมอยู่ (3) ผู้ได้รับความเสียหายเป็นบุคคลที่กฎหมายประสงค์จะให้ได้รับการเยียวยาในทางแพ่งนั้น เมื่อพิสูจน์ได้ความจริง 3 ประการข้างต้นแล้ว ศาลก็สามารถพิพากษาให้จำเลยมีความรับผิดชอบละเมิดได้ทันที โดยไม่ต้องพิจารณาองค์ประกอบของละเมิดในประการอื่นๆ ตามมาตรา 823 วรรคแรกเลย ประกอบกับในเรื่องการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ตรวจสอบประเมินนี้มีการยอมรับโดยนัยของ Product Safety Act นั้นเอง ที่กำหนดให้ผู้ตรวจสอบประเมินต้องทำประกันความรับผิดชอบของตน

⁶⁵ อังแล้ว เจียงอรรถที่ 56, หน้า 131.

⁶⁶ Article 13 (1) หน่วยรับรองต้องมีสภาพเป็นบุคคลตามกฎหมาย สามารถทำสัญญา ถือครองและจำหน่ายทรัพย์สิน ตลอดจนดำเนินการทางกฎหมายและกระบวนการพิจารณาในศาลได้

⁶⁷ Article 13 (4) หน่วยรับรองและเจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการประเมินความสอดคล้องด้วยระดับความระมัดระวังสูงสุดของผู้เชี่ยวชาญ จัดหาอุปกรณ์ที่จำเป็น และปราศจากแรงกดดันหรือการช่วยเหลือทางการเงินจากผู้อื่น

ในการทำหน้าที่ตรวจประเมินสินค้าไว้อีกด้วย⁶⁸ ซึ่งย่อมปรากฏโดยนัยว่าผู้ให้คำรับรองย่อมต้องมีความรับผิดชอบละเมิดนั่นเอง

3.5 ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายจีน

จีนเป็นประเทศอุตสาหกรรมที่มีกำลังการผลิตอยู่ในอันดับต้นๆของโลก การเจริญเติบโตทางด้านการอุตสาหกรรมนี้ทำให้จีนต้องมีกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมและรักษามาตรฐานสินค้าที่ผลิตในประเทศของตน ด้วยความที่จีนเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เป็นหลัก และเป็นประเทศที่มีบ่อเกิดแห่งกฎหมายจากการตรากฎหมายของหลายหน่วยงานทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่นจึงทำให้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นจำนวนมากตามไปด้วย โดยในประเด็นเกี่ยวกับการมาตรฐานสินค้าได้มีบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า “Regulations of the People’s Republic of China on Certification and Accreditation (2003)” ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้คำรับรอง (Certification) และการให้คำรับรองระบบงาน (Accreditation) โดยมุ่งเน้นไปที่การควบคุมธุรกิจการให้คำรับรองสินค้าทางในทางการพาณิชย์ การพิจารณาให้ใบอนุญาตแก่คนที่ประกอบธุรกิจให้คำรับรองที่ดำเนินการตามกฎหมายนี้ ตลอดจนกำหนดความรับผิดชอบและบทลงโทษแก่ผู้ให้คำรับรองที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ในขั้นนี้เราสามารถสรุปมาตราสำคัญที่เกี่ยวกับประเด็นความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองได้ดังนี้

มาตรา 23 หน่วยรับรองและผู้ดำเนินการรับรองต้องออกใบรับรองภายในเวลาที่สมควร บรรลุจุดประสงค์ และถูกต้องแท้จริง โดยใบรับรองต้องลงลายมือชื่อผู้ดำเนินการรับรองและได้รับการเห็นชอบจากหน่วยรับรอง

มาตรา 23 วรรคสอง หน่วยรับรองและผู้ดำเนินการรับรองต้องรับผิดชอบในการพิจารณาออกใบรับรอง

มาตรา 25 หน่วยรับรองต้องใช้ใบรับรองหรือเครื่องหมายรับรองในขอบเขตที่รับรองเท่านั้น จะไม่ใช้ในทางที่ให้อาสาสมัครเข้าใจผิดหลงเชื่อในการประกอบการ ผลิตภัณฑ์ หรือบริการที่ได้รับการรับรอง

⁶⁸ Article 13 (8) หน่วยรับรองต้องทำประกันความรับผิดชอบที่เพียงพอต่อการครอบคลุมความเสี่ยงที่เกี่ยวกับการดำเนินการของหน่วยรับรอง

มาตรา 62 เมื่อหน่วยรับรองออกคำรับรองที่เป็นเท็จ หรือคำรับรองที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงอย่างร้ายแรง หน่วยรับรองจะถูกเพิกถอนใบอนุญาตและประกาศต่อสาธารณชน ส่วนผู้ดำเนินการในหน่วยรับรองจะถูกปลด และหากการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา ต้องได้รับโทษตามกฎหมาย หรือหากมีความเสียหายขึ้นหน่วยรับรองต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น

มาตรา 74 เมื่อหน่วยรับรองไม่ติดตามผลิตภัณฑ์ที่ได้รับรอง ไม่ระงับการใช้หรือเพิกถอน การใช้เครื่องหมายรับรองในเวลาอันสมควรเมื่อพบว่าผลิตภัณฑ์ไม่สอดคล้องมาตรฐานที่อ้างอิง จนทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค หน่วยรับรองต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ผลิตและผู้จำหน่าย

จากบทบัญญัติในมาตราต่างๆ ของ Regulations of the People's Republic of China on Certification and Accreditation (2003) นั้น ปรากฏหลักการชัดเจนว่าผู้ให้คำรับรองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ให้คำรับรองตามกรอบที่กฎหมายกำหนด หน้าที่ตามกฎหมายนี้นำมาซึ่งความรับผิดชอบตามกฎหมายเฉพาะนี้ด้วย ไม่ว่าจะเป็นโทษทางปกครองในการเพิกถอนใบอนุญาต โทษทางอาญา และรับผิดชอบในความเสียหายทางแพ่งที่อาจเกิดขึ้นด้วย ซึ่งบทบัญญัติเช่นนี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งไว้เป็นเอกเทศต่างหาก ไม่จำเป็นต้องยึดโยงกับหลักกฎหมายละเมิดหรือหลักกฎหมายสัญญาทั่วไปแต่อย่างใด จึงนับว่าเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งในการกำหนดความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองในรูปแบบของกฎหมายเฉพาะ

3.6 ทิศทางในการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองของต่างประเทศ

3.6.1 การกำหนดความรับผิดตามกฎหมายละเมิด

แนวทางในการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองตามหลักกฎหมายละเมิดนั้น พบได้ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา โดยมองว่าเป็นการกระทำละเมิดฐานประมาท (Tort of Negligence) ที่มีหลักการสำคัญคือการกระทำใดที่ผู้กระทำมิได้ใช้ความระมัดระวังตามที่ตนมีหน้าที่จะต้องระมัดระวัง (Duty of Care) จนเป็นเหตุให้ผู้ที่มีความสัมพันธ์หรือมีหน้าที่ต้องระมัดระวังนั้นได้รับความเสียหาย หรืออาจกล่าวได้ว่าการกระทำเช่นนั้นขัดต่อหลักเพื่อนบ้านที่ดี (neighbor principle) การกระทำนั้นก็อาจเป็นละเมิดได้ ซึ่งศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์สามารถใช้ดุลพินิจที่กว้างขวางในการพิจารณาหลักกฎหมายและข้อเท็จจริงตลอดจนทางได้ทางเสียและประโยชน์ต่อสังคมโดยรวมซึ่งมีลักษณะเป็นเรื่องในทางนโยบาย แต่สำหรับศาลในระบบประมวลกฎหมายอย่างเยอรมนีนั้นจะต้องยึดถือด้วยทฤษฎีความเป็นอิสระ

เมื่อตัวบทกฎหมายในเรื่องละเมิดมีข้อจำกัดในเรื่องของสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครอง การขาดกฎหมายที่รับรองสิทธิหรือมุ่งคุ้มครองประชาชน จึงทำให้การใช้กฎหมายละเมิดกำหนดความรับผิดในระบบประมวลกฎหมายมีความขัดข้อง จึงต้องอาศัยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อแก้ปัญหาข้อขัดข้องดังกล่าว

3.6.2 การกำหนดความรับผิดตามกฎหมายสัญญา

จากการพิจารณาแนวทางการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายสัญญาของประเทศต่างๆ ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นพบว่า ด้วยเหตุที่บุคคลภายนอกสัญญาไม่มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาการให้คำรับรอง บุคคลภายนอกจึงไม่มีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาต่อผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการ และในทางกลับกันผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการก็ไม่มีสิทธิหน้าที่ใดๆ ต่อบุคคลภายนอกสัญญานั้นเช่นกัน เมื่อบุคคลใดได้รับความเสียหายจากการให้คำรับรองตามสัญญาของคู่สัญญาจึงไม่สามารถจะเรียกร้องประการใดต่อคู่สัญญาโดยอาศัยฐานแห่งข้อผูกพันตามสัญญาได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายได้พัฒนาทางแก้ไขในเรื่องหลักกฎหมายสัญญา โดยอาจจะใช้หลักกฎหมายสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกมาช่วยสร้างความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างผู้ให้คำรับรองและบุคคลภายนอกอย่างเช่นนักกฎหมายเยอรมัน แต่ด้วยข้อจำกัดในเรื่องของสิทธิของบุคคลภายนอกดังที่ได้กล่าวมาแล้วจะทำให้ความพยายามในการใช้กฎหมายสัญญาไม่ประสบความสำเร็จเท่าไรนัก

3.6.3 การกำหนดความรับผิดตามกฎหมายพิเศษ

ถึงแม้ภาครัฐจะมอบหมายภารกิจในการตรวจสอบและออกคำรับรองให้แก่เอกชน แต่ในหลายประเทศกลับไม่พบว่ามีกฎหมายหรือแนวคำพิพากษาใดกำหนดความรับผิดผู้ให้คำรับรองไว้เป็นพิเศษ ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะภารกิจที่ผู้ให้คำรับรองดำเนินการอยู่นั้นได้รับการถ่ายทอดมาจากภาครัฐนั่นเอง⁶⁹ และเป็นการยากในการที่จะออกกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้คำรับรองมีความรับผิดเสียที่เดียวอย่างประเทศจีน เนื่องจากเป็นเรื่องของความรับผิดต่อสังคมโดยรวมมิใช่ความรับผิดต่อปัจเจกชนซึ่งถือเป็นเรื่องละเอียดอ่อน อีกทั้งการให้คำรับรองเป็นดุลพินิจของผู้ให้คำรับรองซึ่งถือเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในด้านนั้น การที่ศาลหรือฝ่ายนิติบัญญัติจะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจเช่นนั้นอาจไม่เหมาะสม สำหรับเยอรมนีก็ได้มีกฎหมายพิเศษเฉพาะในเรื่องความปลอดภัยของ

⁶⁹ Supra note 1, p. 284.

สินค้า (product safety act) ซึ่งแม้จะไม่ได้กำหนดความรับผิดของผู้ให้คำรับรองไว้โดยตรง แต่ก็ได้มีการกำหนดหน้าที่และระดับความระมัดระวังของผู้ให้คำรับรองไว้ และมีบทบัญญัติในหลายข้อที่เอื้อให้ผู้ให้คำรับรองต้องมีความรับผิดทางแพ่งและอาจถูกฟ้องคดีได้ จึงเห็นว่าน่าจะมีการเชื่อมโยงกับการกำหนดความรับผิดฐานละเมิด

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายของแต่ละประเทศจะมีได้มีหลักการที่เป็นบรรทัดฐานเดียวกันในการกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรอง แต่กฎหมายของหลายประเทศทั่วโลกก็ได้มีมุมมองที่น่าสนใจในการที่นักกฎหมายใช้หลักกฎหมายเข้ามาแทรกแซงความสัมพันธ์ตามสัญญา ระหว่างผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการ จนทำให้บุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายมีช่องทางในการเรียกร้องเอากับผู้ให้คำรับรองตามหลักกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งการจะเรียกร้องนั้นจะมีขอบเขตและข้อจำกัดมากน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้ ในการพิจารณาเปรียบเทียบแนวทางการกำหนดความรับผิดของแต่ละประเทศจะทำให้เราสามารถค้นหาและผสมผสานข้อดีของแนวทางต่าง ๆ เข้าด้วยกัน เพื่อสร้างแนวทางที่เหมาะสมที่สุดซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมากในการกำหนดความรับผิดของผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลภายนอกตามกฎหมายไทยดังจะกล่าวต่อไป

บทที่ 4

ความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลทั่วไปตามกฎหมายไทย

4.1 สถานะทางกฎหมายของคำรับรองตามหลักกฎหมายสัญญา

ปัจจุบันผู้ให้คำรับรองมักจะมีกรรมวิธีการในการบริหารจัดการกิจการให้บริการ คำรับรองอย่างมีประสิทธิภาพและเป็นแบบแผน ประกอบกับความเป็นผู้ที่มีทักษะความเชี่ยวชาญ ในกิจการนั้น ๆ ภาพลักษณ์ของผู้ให้คำรับรองจึงมีความน่าเชื่อถือและได้รับความไว้วางใจจาก ประชาชน ด้วยเหตุนี้กิจการให้คำรับรองจึงมีความจำเป็นต้องได้รับการกำกับดูแลจากภาครัฐ โดยอยู่ภายใต้ความควบคุมของกฎหมายซึ่งกำหนดข้อปฏิบัติให้ผู้ให้คำรับรองต้องปฏิบัติตาม ซึ่งได้แก่ “พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551” ที่มีหลักการและเหตุผลในการควบคุม ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองเพื่อให้ได้รับความเชื่อถือจากประชาชนโดยเฉพาะผู้บริโภค ทั้งในและต่างประเทศ แต่กฎหมายนี้ก็ได้กำหนดสถานะทางกฎหมายของคำรับรองนี้ไว้โดยชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม เพียงแต่ได้มีการกำหนดคำนิยามของ “การตรวจสอบและรับรอง” ไว้ดังนี้

พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 มาตรา 3

“การตรวจสอบและรับรอง หมายความว่า กระบวนการที่ใช้ในการดำเนินการไม่ว่า จะเป็นการให้บริการทดสอบ สอบเทียบ ตรวจสอบ หรือรับรองด้านการมาตรฐาน เพื่อแสดงให้เห็นว่า ผลิตภัณฑ์ บริการ กระบวนการ ระบบการบริหารหรือการจัดการ บุคลากร องค์กร หรือกิจกรรมอื่น ๆ มีคุณสมบัติตามมาตรฐานที่กำหนดไว้”

ถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวมุ่งเน้นอธิบายความหมายและรายละเอียดของวิธีการใน การตรวจสอบและรับรองซึ่งเป็นกิจกรรมหลักของผู้ให้คำรับรอง (ในกฎหมายดังกล่าวเรียกว่าหน่วย รับรอง) โดยการดำเนินกระบวนการเพื่อจะออกเอกสารซึ่งมีเนื้อหาเป็นการให้คำรับรองได้นั้น ต้องผ่านการตรวจสอบด้วยวิธีการต่าง ๆ แล้วแต่กรณี โดยมุ่งเน้นให้มีการนำผลที่ได้จากการตรวจสอบ มาเปรียบเทียบกับมาตรฐานที่กำหนดไว้ ในแง่นี้การให้คำรับรองก็จึงเป็นการดำเนินการตามหน้าที่ ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เมื่อพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 มิได้กำหนดสถานะของคำรับรองว่าเป็นนิติกรรมหรือสัญญาประเภทใดไว้ จึงอาจมีปัญหา ในการพิจารณาความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา

โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้อภิปรายสถานะของคำรับรองจากการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำรับรองกับผู้ประกอบการที่ขอคำรับรอง และผู้ให้คำรับรองกับบุคคลทั่วไป

4.1.1 สถานะของคำรับรองพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำรับรองกับผู้ประกอบการ

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในการตรวจสอบและรับรองโดยเฉพาะในการขอคำรับรองภาคสมัครใจ พบว่าการให้บริการคำรับรองส่วนมากมักจะมีการเจรจาตกลงกันก่อนเบื้องต้น โดยผู้ให้คำรับรองมักจะมีแบบฟอร์มคำขอใช้บริการให้ผู้ให้คำรับรองเตรียมไว้ให้ผู้สนใจกรอกข้อมูลลงในเอกสารแบบฟอร์มนั้น ซึ่งการจัดเตรียมแบบฟอร์มให้กรอกข้อมูลนั้นพิจารณาได้ว่ามิได้มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญา เพราะคำเสนอต้องมีความชัดเจนแน่นอนและมีรายละเอียดในระดับที่สามารถเกิดเป็นสัญญากันได้ทันทีเพียงมีการสนองรับตามคำเสนอเท่านั้น ตามนัยแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 361 การจัดเตรียมแบบฟอร์มในลักษณะเช่นนี้เป็นเพียงการชี้ชวนให้ทำคำเสนอเท่านั้น แต่ในส่วนของผู้ประกอบการที่ต้องการคำรับรองจะต้องกรอกรายละเอียดในแบบฟอร์มดังกล่าวและอาจแนบเอกสารที่ผู้ให้คำรับรองร้องขอหรือที่คิดว่าน่าจะจำเป็นต่อการพิจารณาให้คำรับรองนี้ ไม่ว่าจะการขอใช้บริการดังกล่าวผู้ให้บริการอาจเรียกเก็บค่าใช้จ่ายหรือไม่ก็ได้ นั้น พิจารณาได้ว่ามีความชัดเจนแน่นอนและมีรายละเอียดเพียงพอที่จะเป็นคำเสนอแล้ว และเมื่อผู้ให้คำรับรองกระทำการใด ๆ อันเป็นการตกลงรับหน้าที่ปฏิบัติการให้คำรับรองตามแบบฟอร์มนั้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ก็จะเป็นการแสดงเจตนาสนองรับคำเสนอตามปกติแล้วจะเกิดเป็นสัญญาผูกพันกันทันทีหากไม่มีข้อตกลงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น จึงกล่าวได้ว่าทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันให้มีการตรวจสอบและดำเนินกระบวนการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อการค้ารับรองแล้วสัญญาการใช้บริการการให้คำรับรองจึงจะถือกำเนิดขึ้น ทั้งนี้ โดยหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาจะมีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้มีสิทธิหน้าที่ระหว่างกัน เมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดไม่กระทำการตามหน้าที่ที่ได้ระบุไว้ในสัญญานั้นก็จะต้องมีความรับผิดชอบตามสัญญา

หน่วยงานที่ให้คำรับรองในประเทศไทยนั้นก็มักจะมีแบบฟอร์มคำขอใช้บริการให้คำรับรองเป็นของตนเองเช่นเดียวกับหน่วยงานของต่างประเทศ โดยส่วนมากจะกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มาขอคำรับรองกรอกข้อมูลส่วนตัว สถานะทางกฎหมาย สถานที่ประกอบกิจการ ประเภทและลักษณะการประกอบธุรกิจ ตลอดจนให้กรอกแสดงเจตนาต้องการขอคำรับรอง เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการทราบข้อมูลโดยทั่วไป แต่ด้วยเหตุที่ผู้ให้คำรับรองแต่ละหน่วยงานก็ล้วนแต่มีแนวคิดในการประกอบธุรกิจและสถานะที่แตกต่างกัน อีกทั้งด้วยเหตุที่ประเภทและลักษณะของการให้

คำรับรองที่แตกต่างกันด้วย ส่งผลให้ผู้ให้คำรับรองบางหน่วยงานอาจกำหนดแบบฟอร์มคำขอใช้บริการที่มีลักษณะเฉพาะและมีรายละเอียดข้อกำหนดและเงื่อนไขในการให้คำรับรอง นอกเหนือไปจากข้อมูลโดยทั่วไปดังที่กล่าวมานั้นก็ได้

โดยจุดประสงค์ตามธรรมชาติของแบบฟอร์มซึ่งถูกสร้างขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกและเอื้อประโยชน์แก่ผู้ออกแบบฟอร์ม ดังนั้น ในแบบฟอร์มขอคำรับรองจะกำหนดรายละเอียดเงื่อนไขที่มักจะเป็นคุณแก่ผู้ให้คำรับรอง เช่น ผู้ขอคำรับรองยืนยันว่าให้ข้อมูลที่ถูกต้องตามความเป็นจริง, ผู้ขอคำรับรองยืนยันว่าได้รับการรับรองจากที่อื่นมาก่อนแล้ว, ผู้ขอคำรับรองยินยอมปฏิบัติตามระเบียบของหน่วยรับรอง, ผู้ขอคำรับรองยินยอมให้ผู้ให้คำรับรองเข้าตรวจสอบ, ผู้ขอคำรับรองต้องจัดเก็บและบันทึกข้อมูลที่เกี่ยวข้องและแจ้งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงข้อมูล, หรือแม้กระทั่งข้อกำหนดยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำรับรองไว้อย่างชัดเจนด้วย สังเกตได้ว่าข้อสัญญาเหล่านี้มักมีลักษณะเป็นการลดภาระหน้าที่ของผู้ให้คำรับรอง และอาจเป็นข้อที่สามารถทำให้ผู้ให้คำรับรองหลุดพ้นจากความรับผิดต่อผู้ประกอบการที่ขอคำรับรองซึ่งเป็นคู่สัญญาของตนได้ จึงยอมส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายอื่นและบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย เนื่องจากแบบฟอร์มขอคำรับรองถือได้ว่าเป็นหลักฐานการแสดงเจตนาทำคำเสนอขอใช้บริการซึ่งจะกลายมาเป็นสัญญาผูกพันกันระหว่างคู่สัญญาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

พิจารณาจากข้อกำหนดเงื่อนไขในการขอคำรับรองดังกล่าวหากมีข้อสัญญาที่ให้ผู้ขอคำรับรองแบกรับภาระจนเกินไป หรือเป็นการจำกัดสิทธิเกินสมควร จะตกเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมซึ่งมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่เพียงใดนั้น ย่อมต้องไปพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตาม หากมีข้อสัญญาในลักษณะที่ยกเว้นความรับผิดของผู้ให้คำรับรองแล้ว ผลักภาระในการรับผิดชอบต่อคำรับรองนี้ไปให้แก่ผู้ขอคำรับรอง ก็มีประเด็นน่าพิจารณาว่าขัดต่อความสปรบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และขัดต่อหลักความเป็นผู้มีวิชาชีพที่ต้องกระทำการด้วยความระมัดระวังหรือไม่ ซึ่งในประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ยังไม่พบว่าได้มีการหยิบยกขึ้นมาพูดถึงกันอย่างเป็นรูปธรรม แม้กระทั่งแนวคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าวก็ยังไม่ปรากฏ จึงยังเป็นข้อที่น่าศึกษาค้นคว้าต่อไปในอนาคต

ในเบื้องต้นอาจสรุปได้ว่าแบบฟอร์มการขอใช้บริการอาจมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำเสนอที่อาจนำไปสู่สัญญา หรือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาเสียเลยหากผู้ให้คำรับรองแสดงเจตนาสนองรับการให้บริการตามที่ขอมานั้น หรืออาจมีการตกลงลงนามในสัญญาหรือเอกสารอื่น ๆ กันใหม่เพื่อเป็นหลักฐานแห่งความผูกพันกันก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาพบว่าสัญญาที่เกิดขึ้นนี้ย่อมมีผลผูกพันเฉพาะผู้ให้คำรับรองกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาเท่านั้น

โดยปกติสัญญาย่อมจะไม่ส่งผลกระทบไปถึงบุคคลภายนอก อีกทั้งแบบฟอร์มการขอใช้บริการให้คำบริรอนนั้นเป็นแต่เพียงขั้นตอนในการได้รับคำบริรอนเท่านั้นไม่ใช่การให้คำบริรอนที่แท้จริง เนื่องจากคำบริรอนนั้นเป็นเอกสารที่ได้ถูกทำขึ้นจากความตกลงกันระหว่างผู้ให้คำบริรอนกับผู้ประกอบการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของผู้ให้คำบริรอนและเป็นสิ่งตอบแทนของผู้ประกอบการ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำบริรอนกับผู้ประกอบการที่ขอคำบริรอนนี้ เอกสารคำบริรอนจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นเพียงวัตถุประสงค์แห่งหนึ่ง ที่ผู้ให้คำบริรอนต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญาให้แก่ผู้ประกอบการเท่านั้น และผู้ให้คำบริรอนจะมีความรับผิดชอบตามสัญญาต่อผู้ประกอบการที่ขอคำบริรอนเท่านั้น

4.1.2 สถานะของคำบริรอนพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้คำบริรอนกับบุคคลทั่วไป

แม้ว่าคำบริรอนนั้นมีวัตถุประสงค์ในการยืนยันข้อเท็จจริงของผู้ประกอบการโดยผู้ให้คำบริรอนได้จัดทำคำบริรอนขึ้นเพื่อเป็นการชำระหนี้ตามสัญญาแก่ผู้ประกอบการ แต่โดยเนื้อหาและวัตถุประสงค์ตามธรรมชาติของคำบริรอนนั้นย่อมเป็นการสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่ผู้ประกอบการผ่านการรับรองข้อเท็จจริงต่อสาธารณชนเป็นวงกว้าง กล่าวคือการบริรอนนั้นไม่เพียงแต่เป็นการยืนยันข้อเท็จจริงเท่านั้นแต่ยังมีนัยเป็นการประชาสัมพันธ์ความถูกต้องได้มาตรฐานของผู้ประกอบการอีกด้วย จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าคำบริรอนย่อมมีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกด้วย แต่ความผูกพันเช่นนี้จะมีความผูกพันที่มีผลทางกฎหมายหรือไม่นั้นจำต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การพิจารณาว่าการให้คำบริรอนเป็นกระทำที่มีผลในทางกฎหมายหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 เรื่องนิติกรรม ที่ได้วางหลักกฎหมายไว้ว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครมุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” ซึ่งสามารถกล่าวได้ว่านิติกรรมคือการกระทำของบุคคลโดยชอบด้วยกฎหมายและมุ่งต่อผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้น อันได้แก่การเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ การจะพิจารณาว่าคำบริรอนเป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งหรือไม่นั้น ข้อที่สำคัญที่ต้องนำมาพิจารณาคือมี “การแสดงเจตนาเพื่อมุ่งผูกนิติสัมพันธ์กันหรือไม่” ซึ่งในข้อนี้มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาวางหลักไว้หลายคดี โดยคดีหมายเลขฎีกาที่ 718/2519 ซึ่งเป็นเรื่องของผู้จัดการสาขาของธนาคารออมสิน ได้ทำหนังสือขออนุมัติต่อธนาคารให้ปฏิบัติการนอกระเบียบโดยตนยินยอมจะรับผิดชอบไม่ว่าในกรณีใด ๆ ศาลฎีกาในคดีนี้

พิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปฏิบัติในวงงาน ไม่ใช่การแสดงเจตนาเพื่อมุ่งผูกนิติสัมพันธ์ จึงไม่ใช่การค้าประกัน แต่อย่างไรก็ตามผู้จัดการยังคงมีความรับผิดชอบอยู่ ซึ่งจากหลัก ในคดีดังกล่าวพิจารณาได้ว่าศาลดูที่เจตนาในการกระทำเป็นสำคัญ เมื่อนำมาเทียบเคียงกับเรื่องการ ให้คำรับรองแล้วก็พอจะพิจารณาได้ว่าการให้คำรับรองซึ่งเป็นเพียงการยืนยันข้อเท็จจริงตามแนว มาตรฐานที่กำหนดไว้นั้น ไม่ได้มี “เจตนาเพื่อมุ่งผูกนิติสัมพันธ์กัน” แต่อย่างไร ในชั้นนี้จึงอธิบายได้ว่า คำรับรองนั้นไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติกรรมที่ทำต่อบุคคลทั่วไป แต่ด้วยการไม่เป็นนิติกรรมนี้ ก็ไม่อาจสรุปได้ว่าผู้ให้คำรับรองจะไม่มี ความรับผิดชอบในทางแพ่งต่อบุคคลทั่วไป เพราะในคำพิพากษา ศาลฎีกาดังกล่าวยังได้วางหลักว่าความรับผิดชอบยังคงเกิดขึ้นได้

เมื่อวิเคราะห์ถึงลักษณะของคำรับรองตามกฎหมายสัญญาแล้วก็ย่อมพิจารณาได้ว่า ระหว่างผู้ให้คำรับรองกับบุคคลภายนอกนั้นไม่ได้มีการแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองโต้ตอบกัน จึงยังไม่มี ความตกลงใด ๆ ต่อกันเลย และด้วยเหตุที่สัญญานั้นเป็นนิติกรรมที่เกิดขึ้นโดยอาศัย การแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกันของทั้งสองฝ่ายเช่นนี้ โดยทั่วไปแล้วความสัมพันธ์ทางกฎหมายใน ลักษณะสัญญาจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาในคำรับรองก็มีได้เป็นการกล่าวอ้าง หรือรับรองต่อบุคคลภายนอกโดยชัดแจ้งและเฉพาะเจาะจงเพื่อให้บุคคลภายนอกรายใดเข้ามา มีความผูกพันตามกฎหมายด้วย เพียงแต่เป็นการรับรองข้อเท็จจริงตามแนวทางมาตรฐานที่ตนได้ ทดสอบมาเท่านั้น ความสัมพันธ์ตามธรรมชาติระหว่างผู้ให้คำรับรองกับบุคคลทั่วไปก็เป็นเพียงการที่ ผู้ให้คำรับรองแถลงข้อความยืนยันข้อเท็จจริงต่อบุคคลทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงต่อบุคคลเท่านั้น ด้วยเหตุนี้สถานะทางกฎหมายของคำรับรองตามกฎหมายสัญญาจึงยังคงมีความคลุมเครืออยู่ ไม่อาจจะถือได้ว่า เป็นคำเสนอเพราะมิได้เป็นการแสดงเจตนาเพื่อให้มีการสนองรับผูกพันกันเป็น สัญญา และย่อมไม่ถือว่าเป็นคำมั่นด้วยเหตุผลประการเดียวกัน ท้ายที่สุดจึงไม่อาจเกิดเป็นสัญญา ผูกพันระหว่างกันได้

เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาสัญญาขอคำรับรองระหว่างผู้ให้คำรับรองกับผู้ประกอบการ ตามหลักกฎหมายที่ว่าสัญญาจะก่อผลผูกพันกันระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น ก็มีประเด็นที่น่าคิดขึ้นมาว่า จะมีเหตุผลประการใดที่พอจะทำให้บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาเข้ามา มีความเกี่ยวพันกับ สัญญานั้นได้หรือไม่ กรณีแรกคือต้องพิจารณาให้ได้ความว่าเป็นผู้สืบสิทธิของคู่สัญญาหรือไม่ กล่าวคือ หากเป็นผู้ที่ได้สิทธิตกทอดมาจากคู่สัญญาสิทธิตามสัญญาย่อมตกทอดมายังผู้สืบสิทธิได้ แต่กรณีผู้สืบสิทธินี้ต้องเป็นการสืบสิทธิในสัญญาที่ก่อหนี้ซึ่งอยู่ในกองทรัพย์สินเท่านั้น⁷⁰ การทำสัญญา

⁷⁰ จี๊ด เศรษฐบุตร, “หลักกฎหมายแห่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา.” พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 257.

ขอคำรับรองนั้นจึงไม่มีการสืบทอดกันได้ อีกกรณีหนึ่งที่บุคคลภายนอกอาจจะเข้ามามีสิทธิตามสัญญาได้ก็โดยผ่านช้อยกเว้นที่เรียกว่า “สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก” ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 ได้วางหลักให้คู่สัญญาสามารถทำการตกลงให้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญานั้นให้แก่บุคคลภายนอกสัญญาอันจะมีลักษณะเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกได้ โดยบุคคลภายนอกผู้แสดงเจตนาเข้าถือเอาสิทธิตามสัญญานั้นสามารถฟ้องให้ผู้ให้คำรับรองปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาได้

เมื่อพิจารณาตามสัญญาขอคำรับรองแล้วการกำหนดให้ชำระหนี้ต่อบุคคลภายนอกโดยทั่วไปที่มีได้เจาะจงว่าเป็นผู้ใดเพียงแต่กำหนดเงื่อนไขว่าเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากคำรับรองนั้นสามารถเทียบเคียงได้ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 277/2551⁷¹ ซึ่งศาลตัดสินว่าไม่ขัดกับมาตรา 374 แต่อย่างไรก็ตามการจะชำระหนี้ตามสัญญาคือการตรวจสอบและออกคำรับรองตามแนวมาตรฐานแก่ผู้ประกอบการนั้น ก็ยังไม่พบแนวคำพิพากษาของศาลไทยว่าบุคคลภายนอกจะฟ้องร้องให้ผู้ให้คำรับรองปฏิบัติการชำระหนี้โดยการตรวจสอบและออกคำรับรองตามแนวมาตรฐานแก่ผู้ประกอบการนั้นหรือแก่ตนได้อย่างไร การจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกเช่นนี้จะสามารถทำได้หรือไม่นั้นก็ยังไม่ชัดเจนซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีการปฏิบัติการชำระหนี้เป็นเรื่องเฉพาะที่ต้องกระทำต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นหลักสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกตามกฎหมายไทยบุคคลภายนอกก็สามารถจะถือเอาประโยชน์ตามสัญญา ตลอดจนมีสิทธิฟ้องร้องเรียกเอาประโยชน์ตามสัญญาได้ แต่หากเป็นกรณีการเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญานั้นบุคคลภายนอกจะสามารถเรียกได้หรือไม่ประการใดเนื่องจากกฎหมายไทยไม่มีหลัก “การคุ้มครองสิทธิของบุคคลภายนอกในการเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดจากสัญญา” ซึ่งสามารถกำหนดความรับผิดตามสัญญาแก่ผู้ให้คำรับรองได้ หากผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการที่ขอคำรับรองมีสัญญาต่อกันและในสัญญาได้ระบุถึงสิทธิของบุคคลภายนอกในการเรียกค่าเสียหายอยู่ก่อน และ “ทฤษฎีโอนความเสียหาย” อย่างกฎหมายเยอรมัน ดังนั้น การใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามสัญญาของบุคคลภายนอกโดยอาศัยหลักสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามมาตรา 374 นั้นจึงมีข้อขัดข้องที่สำคัญอยู่มาก

ในชั้นนี้จึงพิจารณาได้ว่าตัวคำรับรองเองไม่มีสถานะเป็นนิติกรรม หรือเป็นสัญญาประเภทใด ๆ ตามกฎหมายแพ่งแต่อย่างใด และการใช้หลักสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกสร้างสถานะทางกฎหมายให้แก่คำรับรองรวมทั้งกำหนดความรับผิดตามสัญญาแก่ผู้ให้คำรับรอง

⁷¹ ฎีกาที่ 277/2551 ข้อตกลงที่ระบุให้โจทก์และจำเลยตกลงโอนที่ดินให้บริษัทที่จะทำการสร้างโรงเรียน สัญญามีผลบังคับได้

ก็พบกับข้อขัดข้อง ทั้งนี้ สำหรับการกำหนดความรับผิดทางแพ่งนั้นก็อาจจะพิจารณาได้ตามหลักกฎหมายละเมิดที่มีลักษณะเป็นนิติเหตุมิใช่นิติกรรมเนื่องจากการให้คำรับรองไม่เป็นการมุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย

4.2 ความรับผิดของผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลทั่วไปตามกฎหมายไทย

ประเทศไทยมีนิติวิธีตามระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) นอกเหนือจากความรับผิดของผู้ให้คำรับรองต่อผู้ประกอบการที่ขอคำรับรองตามหลักกฎหมายสัญญาแล้วกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยได้มีการกล่าวถึงหน้าที่และความรับผิดของคำรับรองต่อบุคคลทั่วไปอยู่บ้าง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเฉพาะ กล่าวคือการกำหนดบทลงโทษผู้ให้คำรับรองที่กระทำผิดหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติทั้งในทางอาญาและทางปกครองตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 หรือกฎหมายทั่วไป เช่น ประมวลกฎหมายอาญา และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สำหรับความรับผิดทางแพ่งในฐานะละเมิดนั้นยังไม่มีข้อความชัดเจนบางประการซึ่งจะได้กล่าวถึงดังต่อไปนี้

4.2.1 พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551

4.2.1.1 ความเป็นมาและหลักการของกฎหมาย

เมื่อวันที่ 19 มิถุนายน 2550 คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. ตามที่กระทรวงอุตสาหกรรมได้เสนอสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจึงได้มีหนังสือด่วนมาก ที่ นร 0503/10894 ลงวันที่ 28 มิถุนายน 2550 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อให้ตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอให้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณา และได้เชิญผู้แทนจากกระทรวงต่าง ๆ เช่น กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ กระทรวงพาณิชย์ กระทรวงสาธารณสุข และกระทรวงอุตสาหกรรม มาชี้แจงรายละเอียดประกอบการพิจารณาตรวจร่างโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีบันทึกความเห็นประกอบร่างพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. ที่ผ่านการตรวจสอบและปรับแก้ไขแล้ว เป็นเรื่องเสร็จที่ 753/2550 ต่อมา เมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2550 คณะรัฐมนตรีจึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณา โดยในชั้นคณะกรรมการวิสามัญของสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีการปรับแก้ไขอีกเพียง

เล็กน้อยเท่านั้น โดยพิจารณาเสร็จเมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2550 จนกระทั่งร่างกฎหมายดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติและได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2551 จากกระบวนการทั้งหมดในการยกร่างพระราชบัญญัตินี้ตั้งแต่ในชั้นของคณะรัฐมนตรีจนถึงการประกาศใช้บังคับนั้นได้กระทำลงในเวลาที่กระชั้นชิดมาก

พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะที่วางหลักการให้รัฐเข้ามาควบคุมกิจกรรมการให้คำรับรอง ซึ่งมีความเป็นมาจากการที่หน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงานเข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับการมาตรฐานทำให้ขาดความเป็นเอกภาพด้านการมาตรฐาน อีกทั้งในช่วงเวลาดังกล่าวยังไม่มีกฎหมายควบคุมผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองเพื่อให้ได้รับความน่าเชื่อถือจากผู้ประกอบการที่เข้ารับการตรวจสอบและรับรองมาตรฐาน รวมทั้งผู้บริโภคทั้งภายในและต่างประเทศ สภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะนั้นจึงได้ยกร่างพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ว่าด้วยการมาตรฐานขึ้นมา โดยกำหนดให้จัดตั้งคณะกรรมการมาตรฐานแห่งชาติ (กมช.) ซึ่งมีหน้าที่สำคัญ 2 ประการคือ (1) มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายในการส่งเสริมการมาตรฐานของประเทศให้มีความเป็นเอกภาพ มีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับสถานการณ์การค้าระหว่างประเทศ ส่งเสริมความร่วมมือให้มีการทำความตกลงระหว่างหน่วยงานทั้งในประเทศและต่างประเทศ (2) ทำหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองมาตรฐานของผู้ประกอบกิจการต่าง ๆ อาทิเช่น กำหนดหลักเกณฑ์วิธีการในการโฆษณาของผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรอง และดำเนินการอื่นๆตามกฎหมาย (มาตรา 7)

นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวยังได้วางโครงสร้างของส่วนงานที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมให้คำรับรอง โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการเฉพาะด้านการมาตรฐานซึ่งแต่งตั้งโดย กมช. เพื่อกำหนดแก้ไข หรือยกเลิกมาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจสอบและรับรอง ตลอดจนกำหนดมาตรการในการแก้ไข และป้องกันปัญหาเกี่ยวกับการมาตรฐานด้วย และดำเนินการอื่นๆตามกฎหมายนี้หรือตามที่ กมช. มอบหมาย (มาตรา 13) โดยคณะกรรมการทั้งสองคณะมีอำนาจในการเรียกให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือเรียกให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดที่เกี่ยวข้องมาเพื่อประกอบการพิจารณาได้ (มาตรา 15) ส่วนสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม จะทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของ กมช. มีบทบาทในงานประชุม งานศึกษาข้อมูล เป็นต้น (มาตรา 17) โดยมีเลขาธิการสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเป็นหัวหน้าส่วนงาน

การมีหน่วยงานของรัฐเข้ามาควบคุมดูแลภายใต้กฎหมายเช่นนี้ ส่งผลให้ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองต้องดำเนินกิจการตามนโยบายของรัฐอย่างเคร่งครัด ตั้งแต่การขอรับใบอนุญาตหากเป็นกิจการตรวจสอบและรับรองในสาขาที่คณะกรรมการเฉพาะด้าน

กำหนดให้ต้องแสดงเครื่องหมายมาตรฐานบังคับ และการขอรับใบรับรอง หากเป็นกิจการตรวจสอบและรับรองในสาขาที่คณะกรรมการเฉพาะด้านกำหนดให้ต้องแสดงเครื่องหมายทั่วไป ซึ่งการอนุญาตหรือการรับรองโดยหน่วยงานของรัฐนี้เองเป็นกระบวนการรับรองระบบงาน (Accreditation) ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2

พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดบทบัญญัติที่ใช้ในการควบคุมการดำเนินการของผู้ให้คำรับรองไว้ชัดเจนในหมวด 3 การควบคุม ซึ่งถ้าหากผู้ให้คำรับรองรายใดไม่กระทำการตามบทบัญญัติดังกล่าวก็ย่อมจะได้รับโทษทางอาญาและทางปกครองตามหมวดที่ 5 บทกำหนดโทษ โดยมีสาระสำคัญโดยสรุปดังต่อไปนี้

1. ห้ามผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองโฆษณาหรือกล่าวอ้างว่าสามารถให้บริการตรวจสอบและรับรองนอกเหนือจากที่ตนได้รับการอนุญาตหรือรับรองจากหน่วยงานรัฐ
2. ห้ามผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองมีส่วนได้เสียในผลประโยชน์กับผู้ประกอบกิจการที่มาขอใช้บริการ
3. ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองต้องปฏิบัติตามมาตรฐานการตรวจสอบและรับรอง หรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการตรวจสอบและรับรองที่ กมช. กำหนด
4. การโฆษณาเกี่ยวกับการตรวจสอบและรับรองต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ กมช. กำหนด
5. ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองต้องปฏิบัติตามมาตรฐานการตรวจสอบและรับรอง หรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการตรวจสอบและรับรองที่คณะกรรมการกำหนด
6. ในกรณีที่ตรวจพบความบกพร่องหรือผิดพลาดในผลการตรวจสอบและรับรอง ต้องแจ้งให้ผู้ประกอบกิจการทราบ และดำเนินการแก้ไขความบกพร่องหรือผิดพลาดนั้นทันที และต้องแจ้งให้สำนักงานหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบ แล้วแต่กรณี ทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตรวจพบความบกพร่องหรือผิดพลาดในผลการตรวจสอบและรับรอง

4.2.1.2 ความรับผิดทางปกครอง

หากผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองรายใดไม่สามารถปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 หรือกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จะต้องถูกดำเนินการในทางปกครองโดยเริ่มจากมาตรการสถานเบาไปหามาตรการสถานหนัก ได้แก่

(1) การออกหนังสือเตือนกรณีไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย เป็นการเตือนเป็นหนังสือให้ปฏิบัติให้ถูกต้องภายในเวลาที่กำหนดจากหน่วยงานที่รับผิดชอบ โดยหน่วยงานที่รับผิดชอบต้องออกหนังสือเตือนก่อนจะสั่งพักใช้ใบอนุญาตเสมอ ทั้งนี้ แม้ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองจะดำเนินการแก้ไขหรือปฏิบัติตามที่ได้รับแจ้งเตือนอย่างถูกต้องภายในเวลาที่กำหนดแล้ว ก็ไม่เป็นเหตุลบล้างความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 38)

(2) การลดการตรวจสอบและรับรอง เลขาธิการสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายในฐานะผู้อนุญาตมีอำนาจสั่งลดการตรวจสอบและรับรองในสาขาใดสาขาหนึ่งได้ กล่าวคือ ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองจะไม่สามารถทำการตรวจสอบรับรองในสาขานั้น และไม่สามารถแสดงเครื่องหมายมาตรฐานบังคับได้ แต่หากเป็นกรณีมาตรฐานทั่วไปจะเพียงแต่ไม่สามารถแสดงเครื่องหมายมาตรฐานทั่วไปได้เท่านั้น แต่ยังคงตรวจสอบและรับรองมาตรฐานทั่วไปได้เช่นเดิม (มาตรา 39)

(3) การสั่งพักใบอนุญาตหรือใบรับรอง หากผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองที่ถูกเตือนเป็นหนังสือตามมาตรา 38 แต่ยังไม่ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้อง เลขาธิการสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมในฐานะผู้อนุญาต ก็มีอำนาจในการสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือใบรับรองในสาขานั้น ๆ ได้ครั้งละไม่เกิน 3 เดือน ซึ่งในระหว่างนั้นจะมีผลเช่นเดียวกับการถูกสั่งลดการตรวจสอบตามมาตรา 39 (มาตรา 40)

(4) การเพิกถอนใบอนุญาต หากเป็นกรณีดังต่อไปนี้

ก. ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองเคยถูกสั่งพักใช้ ใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองมากระทำความผิดอีกภายในห้าปี

ข. ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองได้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเศรษฐกิจหรือต่อประโยชน์สาธารณะ

ค. ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองกระทำความผิดตามมาตรา 56 หรือมาตรา 57 เลขาธิการสำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมก็มีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือใบรับรองได้ (มาตรา 41)

สำหรับความรับผิดในทางปกครองตาม (2) - (4) ที่ได้กล่าวมานี้ สามารถอุทธรณ์ได้ตามหลักของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง โดยมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาต หรือผู้รับใบรับรองสามารถอุทธรณ์คำสั่งของผู้อนุญาตต่อคณะกรรมการการมาตรฐานแห่งชาติได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งจากผู้อนุญาต โดยผู้เขียนเห็นว่าการเตือน

เป็นหนังสือตาม (1) เป็นเพียงการแจ้งเตือนจากหน่วยงานที่รับผิดชอบเท่านั้น มิใช่คำสั่งทางปกครอง จากผู้อนุญาตจึงไม่อาจอุทธรณ์ตามมาตรานี้ได้

ทั้งนี้ นอกจากการที่ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองรายได้ถูกคำสั่งลด การตรวจสอบและรับรองในสาขานั้น คำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือใบรับรอง สิ่งเพิกถอนใบอนุญาต หรือใบรับรองแล้ว ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองรายนั้นจะถูกประกาศรายชื่อว่าถูกลงโทษ ตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้ผู้บริโภคและประชาชนทราบด้วย เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครอง ผู้บริโภคหรือประชาชน (มาตรา 44)

4.2.1.3 ความรับผิดทางอาญา

พิจารณาคูบทกำหนดโทษในหมวดที่ 5 ซึ่งเป็นโทษในทางอาญา มีการกำหนดโทษ ปรับและโทษจำคุกไว้ โดยในส่วนของโทษปรับนั้นจะมีระวางโทษที่สูงกว่าโทษปรับในประมวล กฎหมายอาญาที่เป็นกฎหมายทั่วไปอย่างเห็นได้ชัด ผู้ประกอบการตรวจสอบที่ไม่ทำตามที่กำหนดนี้ กำหนดจะต้องระวางโทษตามอัตราที่ได้กำหนดไว้ สำหรับบทบัญญัติที่กำหนดโทษในมาตราที่สำคัญ มีดังต่อไปนี้

ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองที่ประกอบการตรวจสอบรับรองในสาขาที่ กมช. ประกาศกำหนด โดยไม่ได้รับใบอนุญาตหรือใบรับรอง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท (มาตรา 48)

ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่แสดงเครื่องหมายมาตรฐานบังคับ ไม่แสดง ใบอนุญาตไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ไม่ขอรับใบแทนใบอนุญาตจากผู้อนุญาตเมื่อใบอนุญาตชำรุด หรือสูญหาย ฯลฯ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท (มาตรา 49)

ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองผู้ใดโฆษณาหรือกล่าวอ้างว่าตน เป็นผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองอันเป็นเท็จ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท (มาตรา 51)

ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองผู้ใดโฆษณาหรือกล่าวอ้างว่าตน เป็นผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองในสาขาที่ได้รับอนุญาตหรือรับรองเกินความจริง หรือมีส่วนได้เสียในผลประโยชน์กับผู้ประกอบกิจการ (มาตรา 52)

ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองผู้ใดไม่ทำตามที่ดินถูกคำสั่งลดการตรวจสอบ และรับรองในสาขานั้น คำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือใบรับรอง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท (มาตรา 54)

ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองผู้ใดจัดทำผลการตรวจสอบและรับรอง อันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา 56)

4.2.2 ประมวลกฎหมายอาญา

ด้วยลักษณะของประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่รวบรวมความรับผิดชอบทางอาญาไว้เป็นหมวดหมู่ จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไปที่ควบคุมความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยประมวลกฎหมายอาญาได้มีบทบัญญัติที่วางหลักเกี่ยวกับการทำคาร์บอนไว้ 7 ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง หมวด 3 ความผิดเกี่ยวกับเอกสาร ในมาตรา 269 ดังต่อไปนี้

มาตรา 269 “ผู้ใดในการประกอบกิจการงานในวิชาแพทย์ กฎหมาย บัญชีหรือ วิชาอื่นใด ทำคาร์บอน เป็นเอกสารอันเป็นเท็จ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้ใดโดยทุจริตใช้หรืออ้างคาร์บอนอันเกิดจากการกระทำความผิดตามวรรคแรก ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน”

จากบทบัญญัติในมาตรา 269 มีข้อพิจารณาที่สำคัญและสามารถนำมาใช้ประกอบการกำหนดความรับผิดชอบในทางแพ่งของผู้ให้คาร์บอนเอกชนได้ ในประเด็นดังนี้

1. ถ้อยคำตามความในวรรคแรกของกฎหมายมุ่งประสงค์จะเอาผิดเฉพาะผู้ประกอบการวิชาชีพที่ต้องใช้ความรู้พิเศษ เช่น แพทย์ กฎหมาย บัญชี หรือผู้ประกอบการวิชาชีพอื่นใด ที่ทำคาร์บอนเอกสารอันเป็นเท็จ ดังปรากฏตัวอย่างตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 3635/2546 ซึ่งจำเลยที่ 1 เป็นเจ้าของที่ดินและเป็นผู้กู้เงินจากธนาคาร ไม่ได้ประกอบวิชาชีพประเมินราคาทรัพย์สิน และไม่ได้ทำคาร์บอนในรูปแบบสรุปผลการประเมินราคาหลักประกันที่ดินอาคาร และจำเลยที่ 3 เป็นแต่เพียงผู้ทำรายงานตรวจสอบที่ดินเสนอต่อ ผ. โดย ผ. เป็นผู้ลงนามรับรองในฐานะผู้ประเมินธนาคารเห็นว่าที่ดินที่จะเป็นหลักประกันมีราคาประเมินสูงจึงให้จำเลยที่ 1 กู้เงินไป ต่อมาธนาคารพบว่าที่ดินมีราคาประเมินสูงกว่าความเป็นจริง สำหรับเรื่องนี้ศาลฎีกาเห็นว่า ผู้กระทำความผิดตามมาตรานี้จะต้องเป็นผู้ประกอบการงานวิชาชีพตั้งที่ระบุไว้เท่านั้น จำเลยที่ 1 เป็นผู้กู้เงินจากธนาคารอาคารสงเคราะห์ สาขานครปฐมไม่ได้ประกอบวิชาชีพการประเมินราคาทรัพย์สิน และไม่ได้ทำคาร์บอนในรูปแบบสรุปผลการประเมินราคาหลักประกันที่ดินอาคารตามสำเนาเอกสารหมาย จ.5

ส่วนจำเลยที่ 3 เป็นเพียงผู้ทำรายงานการตรวจสอบที่ดินและเสนอต่อนายเผด็จ สุวรรณมณี โดยนายเผด็จเป็นผู้ลงลายมือชื่อรับรองในฐานะผู้ประเมินในเอกสารหมายเลข 5 จำเลยที่ 3 จึงไม่ได้เป็นผู้ทำคำรับรองในเอกสารดังกล่าว การกระทำของจำเลยที่ 1 และที่ 3 ไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269 ดังที่โจทก์ฟ้อง จำเลยที่ 1 และที่ 3 จึงไม่มีความผิดตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นและไม่จำต้องวินิจฉัยฎีกาของโจทก์ต่อไป ที่ศาลอุทธรณ์ภาค 7 พิพากษายกฟ้องโจทก์มาชั้นศาลฎีกาเห็นฟ้องด้วย ฎีกาของโจทก์ฟังไม่ขึ้น

จากแนวคำพิพากษาในคดีดังกล่าวได้มีการกล่าวถึง “วิชาชีพการประเมินราคาทรัพย์สิน” ซึ่งถือเป็นประเด็นสำคัญในการตัดสินคดีนี้ เพราะมีผลต่อคำตัดสินว่าการกระทำของจำเลยรายใดเป็นความผิดหรือไม่ เมื่อการพิจารณาถึงความรู้ความเชี่ยวชาญดังกล่าวจึงเป็นเรื่องเฉพาะตัวบุคคลโดยแท้ แม้จำเลยที่ 3 จะเป็นผู้ทำรายงานการตรวจสอบที่ดิน แต่เนื่องจากจำเลยที่ 3 มิได้รับการยอมรับนับถือว่าเป็นผู้มีวิชาชีพ ฐานะของจำเลยที่ 3 เป็นเพียงแค่ผู้ทำรายงานเสนอผู้มีวิชาชีพให้ลงลายมือชื่อทำคำรับรองเท่านั้น ดังนั้น จำเลยที่ 3 จึงไม่อาจมีความผิดฐานผู้มีวิชาชีพทำคำรับรองอันเป็นเท็จตามมาตรา 269 นี้ได้เลยทีเดียว เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีของผู้ให้คำรับรองตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 แล้ว หากพิจารณาได้ว่าการให้คำรับรองตามแนวมาตรฐานเป็นวิชาชีพสาขาหนึ่งโดยตัวของมันเองหรือผู้มีวิชาชีพสาขาอื่น ๆ กระทำการให้คำรับรองอันเป็นเท็จก็ว่าจะมีความผิดตามมาตรา 269 นี้ได้ตามนัยอย่างเดียวกัน

2. กระทำคำรับรองเท็จโดยไม่จำเป็นต้องมีพฤติการณ์ประกอบการกระทำที่แสดงให้เห็นได้ว่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ใดหรือไม่ เพียงแค่รู้ว่าข้อความที่ตนได้ทำคำรับรองนั้นเป็นความเท็จก็มีความผิดตามมาตรา 56 พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ที่กำหนดพฤติการณ์ประกอบการกระทำว่าต้องเป็นกรณีการจัดทำผลการตรวจสอบและรับรองเป็นเท็จโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นด้วย ซึ่งถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวไม่ถือว่าต้องมีเจตนาพิเศษมุ่งให้เกิดความเสียหาย เพียงแต่เป็นพฤติการณ์ประกอบการกระทำเท่านั้น

สำหรับการพิจารณาความผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญานี้ หากพิจารณาว่าผู้ให้คำรับรองก็เป็นวิชาชีพหนึ่งในปัจจุบันที่ใช้ทักษะและวิชาความรู้พิเศษเฉพาะด้าน เมื่อผู้ให้คำรับรองกระทำคำรับรองเอกสารอันเป็นเท็จก็ย่อมจะต้องระวางโทษตามมาตรา 269 นี้ อย่างไรก็ตามความผิดฐานนี้มีได้ระบุให้ผู้ที่ให้คำรับรองเท็จโดยประมาทต้องระวางโทษด้วย จึงต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาว่าบุคคลจะมีความรับผิดทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิดโดยเจตนาเท่านั้น อีกทั้งบทบัญญัติในเรื่อง

การให้คำรับรองเท็จของผู้มีวิชาชีพตามประมวลกฎหมายอาญานี้เป็นบทบัญญัติทั่วไป เมื่อมีกฎหมายพิเศษได้แก่ พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 มาตรา 56 ที่วางหลักว่า “ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองผู้ใดจัดทำผลการตรวจสอบและรับรองอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินสองล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ซึ่งเป็นกรณีเฉพาะที่ผู้เชี่ยวชาญนั้นเป็นผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองตามกฎหมายพิเศษย่อมต้องรับผิดตามกฎหมายพิเศษที่กำหนดระวางโทษไว้สูงกว่ามาก โดยเฉพาะโทษปรับที่แตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดระหว่างโทษปรับตามประมวลกฎหมายอาญา 4,000 บาท กับโทษปรับตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ที่สูงถึง 2,000,000 บาท

4.2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากความรับผิดตามกฎหมายเฉพาะและตามกฎหมายอาญาที่กล่าวมาล้วนเป็นโทษทางปกครองและทางอาญาซึ่งเป็นเรื่องในทางกฎหมายมหาชนที่ผู้ให้คำรับรองที่กระทำผิดต้องมีความรับผิดชอบต่อรัฐ อย่างไรก็ตามประเด็นสำคัญที่ทำให้ข้าพเจ้าศึกษาถึงความรับผิดของผู้ให้คำรับรองนี้เป็นเรื่องของความรับผิดต่อประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นภาคเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการเชื่อถืออ้างอิงคำรับรองที่ไม่ถูกต้องนั้น ในการนี้จึงต้องพิจารณาหลักกฎหมายในทางแพ่งว่าจะมีหลักกฎหมายใดที่สามารถกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองได้อย่างไรก็ดีแม้โดยสภาพของคำรับรองนั้นจะเกิดขึ้นมาจากสัญญาของผู้ให้คำรับรองกับผู้ขอคำรับรองแต่ในระหว่างผู้ให้คำรับรองกับบุคคลภายนอกนั้นไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆต่อกันเลย การกำหนดมาตรการในทางกฎหมายให้ผู้ให้คำรับรองรับผิดต่อบุคคลภายนอกตามกฎหมายสัญญาดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อที่ 4.1 จึงมีข้อขัดข้อง ในส่วนนี้จึงพิจารณาถึงความรับผิดในทางละเมิดเป็นหลัก

4.2.3.1 การกำหนดความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420

การพิจารณากำหนดความรับผิดตามกฎหมายว่าด้วยละเมิดจึงเป็นแนวคิดที่นักกฎหมายอาญกขึ้นมาเป็นทางเลือกในการอุดช่องว่าง เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในความรับผิดทางละเมิดจะพบว่าได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายละเมิดของเยอรมนีอย่างมาก โดยตามมาตรา 420 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” มีหลักการที่แทบจะเหมือนกันกับมาตรา 823 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นอย่างมาก จึงอาจมีปัญหาเดียวกันในการกำหนดความรับผิดทางละเมิดแก่ผู้ให้คำรับรอง อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนี้ยังไม่ปรากฏ

คดีที่บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายจากการเชื่อถือในคำรับรองมาฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้คำรับรองฐานละเมิดแต่อย่างไร

เมื่อพิจารณาตามคำอธิบายของ ศาสตราจารย์ ไพจิตร ปุญญพันธ์ จะพบว่า ความรับผิดเพื่อละเมิด เกิดจากการล่วงสิทธิผิดหน้าที่ (Breach of duty) มิใช่การใช้สิทธิ และหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้เบื้องต้นนั้นเป็นหน้าที่ที่มีต่อบุคคลอื่นโดยทั่วไป (General) และการทำผิดหน้าที่นี้ย่อมฟ้องเรียกเอาค่าเสียหายกันได้เพราะเป็นการละเมิดต่อสิทธิโดยทั่วไป⁷²

ในส่วนหลักเกณฑ์ของความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปในมาตรา 420 นั้นมีดังนี้

1. ผู้ใด
2. การกระทำ
3. โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ
4. โดยผิดกฎหมาย
5. มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น

ในส่วนหลักเกณฑ์เรื่อง “โดยผิดกฎหมาย” อธิบายได้ว่า นอกจากการกระทำใดที่เป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ชัดแจ้งจะเป็นการกระทำ “โดยผิดกฎหมาย” แล้ว ความรับผิดฐานละเมิดนั้นไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าการกระทำใดเป็นความผิดอย่างกฎหมายอาญาแต่อย่างไร เพราะความรับผิดละเมิดเกิดจากการผิดหน้าที่ (Breach of duty) ซึ่งมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ หน้าที่ที่เกิดจากสัญญา หรือหน้าที่ที่เกิดจากความสัมพันธ์ในข้อเท็จจริง เมื่อพิจารณาคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบกับฉบับร่างภาษาอังกฤษของบทบัญญัติซึ่งใช้คำว่า “unlawful” ตรงกับคำว่า มิชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงพิจารณาได้ว่าหากการกระทำใดกระทำลงโดยไม่มีสิทธิ (sans droit) หรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายก็ย่อมถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายตามความในมาตรา 420 ด้วย

นอกจากนี้ข้อสังเกตในกฎหมายละเมิดของไทยในประเด็น “มีความเสียหายแก่บุคคลอื่น” กฎหมายไทยคุ้มครองสิทธิของบุคคลตามมาตรา 420 ได้แก่ สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยอย่างหนึ่งอย่างใดนั้นต้องเป็น “สิทธิที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย” ด้วย

⁷² ไพจิตร ปุญญพันธ์, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย.”, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ 2548), หน้า 15.

ซึ่งตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้รับรองสิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในชื่อเสียง เป็นต้น เมื่อพิจารณาในชั้นนี้จะพบว่าหากบุคคลภายนอกได้รับความเสียหายเนื่องจากคำรับรองนั้นล่วงละเมิดต่อสิทธิตามมาตรา 420 หรือสิทธิอื่นตามกฎหมาย เขาก็ย่อมมีสิทธิเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดจากผู้ให้คำรับรองได้ ซึ่งศาลอาจพิจารณากำหนดให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนโดยสถานใด เพียงใดตามพฤติการณ์และความร้ายแรงของละเมิดได้ (มาตรา 438) แต่อย่างไรก็ตามสิทธิบางประเภท เช่น สิทธิทางเศรษฐกิจโดยแท้ยังไม่ได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย ผู้ที่เสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้จะฟ้องร้องผู้ให้คำรับรองฐานละเมิดย่อมจะไม่ได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

4.2.3.2 บทสันนิษฐานความผิดตามมาตรา 422

หากพิจารณาว่ามาตรา 420 เป็นบทบัญญัติที่วางหลักละเมิดทั่วไปแล้ว มาตรา 422 ที่บัญญัติว่า “ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด” ก็สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นส่วนเสริมของมาตรา 420 ที่เป็นบทหลัก กล่าวคือ มาตรา 422 นี้ จะทำหน้าที่เป็นบทบัญญัติสันนิษฐานความผิดประการหนึ่งของกฎหมายละเมิดตามทฤษฎีหลักการการพิสูจน์ (Doctrine of Res Ipsa loquita) หมายความว่า เป็นบทบัญญัติที่มีการหลักการการพิสูจน์ไปยังจำเลยผู้กระทำละเมิด โดยมาตรา 422 เป็นเพียงบทสันนิษฐานว่าผู้กระทำเป็นผู้ผิด (presumption of fault) ที่มีลักษณะเป็นข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาดเท่านั้น มิใช่บทสันนิษฐานความรับผิด (presumption of liability) ที่มีลักษณะเด็ดขาดใกล้เคียงกับความรับผิดโดยเคร่งครัด จำเลยจึงมีภาระในการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าว⁷³

เมื่อจำเลยกระทำการฝ่าฝืนบทบังคับของกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองผู้อื่นแล้ว จำเลยก็ต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยผู้นั้นเป็น “ผู้ผิด” ซึ่งหลักเกณฑ์ในมาตรา 420 ที่ว่ามีการกระทำโดยผิดกฎหมายไม่ว่าจะโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็เป็นอันสันนิษฐานได้ตามมาตรา 422 นี้⁷⁴ แต่อย่างไรก็ดีโจทก์ในคดีละเมิดจึงยังต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงต่อไปให้รับฟังได้ตามหลักเกณฑ์อื่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 420 โดยโจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นนั้นเป็นผลเนื่องมาจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายด้วย เมื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้เช่นนี้แล้ว ศาลจึงจะสามารถกำหนดความรับผิดทางแพ่งในฐานละเมิดแก่จำเลยได้

⁷³ หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 816/2538 โดยท่านอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ และท่านอาจารย์สมชาย รัตนชื่อสกุล

⁷⁴ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 66, หน้า 26.

สำหรับ “กฎหมาย” อันมีที่ประสงค์ปกป้องบุคคลอื่น ๆ นั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติ เทศบัญญัติ เป็นต้น แต่ระเบียบข้อบังคับของกระทรวงหรือมติคณะรัฐมนตรีมิใช่กฎหมาย การกระทำฝ่าฝืนระเบียบ เหล่านั้นยังถือว่าเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายไม่ได้ ยังต้องพิจารณาพฤติการณ์อย่างอื่น ประกอบด้วย ตามนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446/2551 ที่วางหลักว่า “ระเบียบของ กระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการเบิกจ่ายรักษาและตรวจเงินของเทศบาลเป็นระเบียบการภายใน มิใช่กฎหมายการที่เทศมนตรีไม่ปฏิบัติตามระเบียบ การทำให้เงินหาย จะต้องรับผิดชอบหรือไม่ต้องรับผิดชอบต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและประกอบด้วยเหตุผลอื่นอีกด้วย”

กฎหมายที่มีการฝ่าฝืนนั้น จะต้องมิว่าวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการเกิดความเสียหาย แก่บุคคลอื่นด้วย เช่น พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ได้ระบุเหตุผลในการประกาศใช้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่า “...เพื่อความปลอดภัยแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น” จึงพิจารณาได้ว่ากฎหมาย ดังกล่าวย่อมจะมีบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองบุคคลอื่นอยู่ ไม่ว่าจะเป็นมาตรา 22 ที่กำหนดให้ผู้ขับขี่ ต้องปฏิบัติตามสัญญาณจราจรหรือเครื่องหมายจราจร มาตรา 24 ที่กำหนดให้ผู้ขับขี่ต้องปฏิบัติตามสัญญาณจราจรที่พนักงานเจ้าหน้าที่แสดงให้ปรากฏข้างหน้าด้วย แต่หากกฎหมายที่ฝ่าฝืนนั้น มิใช่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อปกป้องผู้อื่น แม้จะมีการฝ่าฝืนและก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ก็มีใช้กรณีที่กฎหมายจะมุ่งสนับสนุนให้ผู้ก่อการฝ่าฝืนกฎหมายเช่นนั้นเป็นผู้ผิด

4.3 บทวิเคราะห์แนวทางการกำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลทั่วไป

จากการพิจารณาถึงสถานะของตัวคำรับรองแล้วพบว่า แม้จะเป็นเอกสารที่ยืนยัน ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งซึ่งมาจากการตรวจสอบตามแนวทางของการมาตรฐานแล้ว แต่เอกสาร ดังกล่าวก็ไม่ใช่ออกสารสัญญา หรือหลักฐานแห่งความผูกพันตามสัญญาระหว่างผู้ให้คำรับรองกับ บุคคลทั่วไปเลยแม้แต่น้อย อีกทั้งการตีความให้สัญญาที่ผู้ให้คำรับรองและผู้ประกอบการ ที่ขอคำรับรองตกลงกันนั้นก่อสิทธิบางประการแก่บุคคลทั่วไปซึ่งอยู่นอกขอบเขตของสัญญานั้น ก็จะเป็นการขัดกับเจตนาของคู่สัญญาและยังขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายสัญญาที่ว่าสัญญามีผลผูกพันบังคับกันได้เฉพาะระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น

ด้วยหลักการพื้นฐานของสัญญาที่จะมีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญานี้เองทำให้เกิดปัญหา ว่าการจะกำหนดให้ผู้ให้คำรับรองที่ไม่มีความผูกพันตามสัญญาโดยชัดแจ้งกับบุคคลทั่วไป ให้ต้องมา

รับผิดชอบบุคคลเหล่านั้นควรจะอ้างอิงอาศัยหลักกฎหมายใด ซึ่งปัญหานี้ถือเป็นช่องว่างทางกฎหมาย ที่นำมาสู่การศึกษากฎหมายของต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมาย Common law และ Civil Law โดยกฎหมายทั้ง 2 ระบบต่างก็มีแนวทางในการแก้ปัญหาไปในทางเดียวกัน กล่าวคือ เห็นว่าการ กำหนดความรับผิดทางแพ่งของผู้ให้คำรับรองต่อบุคคลทั่วไปตามหลักกฎหมายสัญญาโดยตรงนั้น ไม่สามารถกระทำได้ จึงถือเป็นสิ่งจำเป็นที่นักกฎหมายจะต้องพิจารณาหาช่องทางอื่นต่อไป ในการกำหนดความรับผิดทางแพ่งแก่ผู้ให้คำรับรอง ไม่ว่าจะเป็นการขยายหลักกฎหมายสัญญา ให้คุ้มครองบุคคลภายนอก หรือการบัญญัติกฎหมายเฉพาะที่กำหนดหน้าที่หรือความรับผิดไว้เป็นพิเศษแต่สำหรับช่องทางที่นักกฎหมายในหลายประเทศให้ความสนใจในการพิจารณากำหนด ความรับผิดได้แก่การนำหลักกฎหมายละเมิดมาปรับใช้

สำหรับผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางการนำหลักกฎหมายละเมิดมาปรับใช้ เนื่องจากการที่ ผู้ให้คำรับรองทำการให้คำรับรองนั้น มิได้มุ่งประสงค์ผูกนิติสัมพันธ์กับบุคคลทั่วไปแต่อย่างใด ซึ่งสอดคล้องกับหลักกฎหมายละเมิดที่วางหลักว่าการกระทำละเมิดนั้น อีกทั้งยังเป็นการกระทำ ที่ไม่มุ่งให้เกิดผลในทางกฎหมาย จึงมีลักษณะเป็นนิติเหตุมิใช่นิติกรรม นอกจากนี้ การให้คำรับรอง ในปัจจุบัน ที่มักจะมีลักษณะเป็นการให้คำรับรองโดยผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพ ซึ่งประกอบการในเชิงพาณิชย์นั้น ก็จะมีแง่มุมในการวิเคราะห์ความรับผิดในทางละเมิดที่ลึกซึ้งยิ่งกว่า กรณีการทำละเมิดตามปกติด้วย

4.3.1 พื้นฐานในการพิจารณากำหนดความรับผิดทางละเมิด

หลักกฎหมายละเมิดนั้นมีพัฒนาการมาจากกฎหมายโรมันดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ในบทที่ 3 โดยตามกฎหมายโรมันถือว่า “ความรับผิดทางละเมิดนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิด” (liability based on fault) ส่วนความรับผิดที่ไม่ได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิดนั้นไม่ถือว่าเป็นละเมิด โดยแท้เป็นได้แต่เพียงสิ่งเสมือนละเมิด (quasi-delict) เท่านั้น ต่อมาเมื่อสังคมมีวิวัฒนาการกฎหมาย ก็ย่อมวิวัฒนาการตามไปด้วย จนกระทั่งในยุคศตวรรษที่ 19 ด้วยปัจจัยที่สำคัญอย่างการปฏิวัติ อุตสาหกรรมที่ส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวันของคนในสังคมโลกอย่างมาก ทำให้ศาลและ นักนิติบัญญัติในประเทศภาคพื้นยุโรปประเทศต่าง ๆ มีความพยายามในการลดความเข้มงวดต่าง ของหลัก “ความรับผิดทางละเมิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิด” ให้ผ่อนคลายเป็นด้วยวิธีการ ในการกำหนดความรับผิดใน 3 รูปแบบดังนี้⁷⁵

⁷⁵ อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 30, หน้า 97.

(1) การกำหนดมาตรฐานความระมัดระวัง (Standard of Care) ไว้ในระดับสูง โดยมาตรฐานความระมัดระวังนี้จะสูงมากสำหรับกิจการบางอย่าง เช่น เจ้าของโรงงานที่ผลิตวัตถุมีพิษ วัตถุไวไฟ หรือวัตถุอันตรายจะถูกกำหนดให้ต้องใช้ความระมัดระวังสูงสุดในการปกป้องความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่คนงาน จึงมีผลทำให้ความรับผิดของเจ้าของโรงงานในลักษณะนี้ มีความใกล้เคียงกับความรับผิดเด็ดขาด สำหรับประเทศที่นำแนวคิดการกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังไว้สูงนั้น ได้แก่ อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

(2) การกำหนดข้อสันนิษฐาน “ความผิด” ไว้ (Presumption of fault) กล่าวคือ เมื่อมีข้อเท็จจริงตรงตามเงื่อนไขที่บทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ก็จะส่งผลให้จำเลยถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจะต้องมีความรับผิดทางละเมิด โดยข้อสันนิษฐานนี้ จำเลยจะต้องเป็นผู้ที่มีหน้าที่นำสืบหักล้างให้ได้ ซึ่งในหลายกรณี กฎหมายก็กำหนดเหตุที่สามารถจะยกขึ้นนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานอย่างจำกัด

(3) การบัญญัติกฎหมายพิเศษเป็นรายกรณี กล่าวคือเมื่อมีสถานการณ์หรือเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นอันมีความสมเหตุสมผลพอที่จะส่งผลให้มีการรับผิดอย่างเด็ดขาด (strict liability) ก็สามารถบัญญัติกฎหมายให้ผู้กระทำการที่กฎหมายกำหนดมีความรับผิดได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่ามีการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อประการใดหรือไม่ สำหรับการกำหนดความรับผิดโดยวิธีการนี้ประเทศเยอรมนีได้นำไปใช้ โดยมองว่าความรับผิดอย่างเด็ดขาดมิได้อยู่ในขอบเขตของความรับผิดในทางละเมิด และเป็นบทกฎหมายเฉพาะซึ่งศาลจะไม่นำบทบัญญัติกฎหมายเหล่านี้ไปใช้โดยเทียบเคียงกับกรณีอื่น ๆ

เมื่อพิจารณาวิธีการผ่อนปรนความเข้มงวดของหลัก “ความรับผิดทางละเมิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิด” ทั้ง 3 รูปแบบนั้น เห็นว่า แนวทางที่ (1) การกำหนดระดับความระมัดระวังไว้สูง และแนวทางที่ (2) การกำหนดข้อสันนิษฐานความผิดนั้น ยังมีความยึดโยงกับ “ความผิด” ที่เป็นพื้นฐานของความรับผิดอยู่ จึงเป็นกรณีที่มีการกำหนดความรับผิดมิได้ละทิ้งออกจากหลักการเดิมตามกฎหมายโรมันโดยสิ้นเชิง หากแต่เป็นการสร้างกลไกที่จะพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดอันจะต้องมีความรับผิดทางละเมิดได้ โดยผู้เขียนเห็นว่าความผิดนั้นยังคงเป็นกำลังภายในที่แฝงอยู่ในหลักกฎหมายละเมิด และการกำหนดความรับผิดโดยมิได้อ้างอิงอาศัยความผิดนั้นควรจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษที่มีเหตุอันควรกำหนดให้เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดตามแนวทางที่ (3) โดยจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปเท่านั้น

4.3.2 ปัญหาการขาดแคลนบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง และระดับความระมัดระวังในการปฏิบัติงานของผู้ให้คำรับรอง

สำหรับกรณีการให้คำรับรองนั้น การพิจารณาว่าการให้คำรับรองที่บกพร่องโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออันเป็นการกระทำที่ถือว่าเป็น “ความผิด” หรือไม่นั้น เป็นสิ่งสำคัญตามหลัก “ความรับผิดชอบที่ขึ้นอยู่กับพื้นฐานของความผิด” โดยการกระทำการให้คำรับรองตามแนวมาตรฐานนั้น มีลักษณะของการตรวจสอบข้อเท็จจริงในด้านต่าง ๆ เช่น ระบบการประกอบการ กระบวนการผลิต ซึ่งหากมีความบกพร่องเกิดขึ้นจากตัวผู้ตรวจสอบเองที่ไม่สามารถทำการตรวจสอบให้ได้ดี เช่น การทำการโดยฉ้อฉลเพื่อผลประโยชน์อันตนมิควรได้ หรือทำการโดยละเอียดไม่ไยดี ต่อหน้าที่ในการตรวจสอบของตนก็ควรจะถือว่าผู้ให้คำรับรองมี “ความผิด” ในการกระทำของตนแล้ว แต่ลำพังเพียงการพิจารณาถึงการทำหน้าที่บกพร่องนี้ถ้าหากผู้ให้คำรับรองเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไป ที่มีได้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพ การพิจารณาว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดหรือไม่ ก็สามารถจะพิจารณาเปรียบเทียบกับวิญญูชนคนทั่วไปที่มีภาวะ วิชา และอยู่ในพฤติกรรมเช่นนั้นได้ อย่างไม่ลำบาก

หากสมมุติว่านาย ก. ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปทำการตรวจประเมินผลิตภัณฑ์ประเภทภาชนะที่ทำจากสแตนเลส นาย ก. ก็เพียงแต่ใช้ความสามารถของตนในการสังเกตเนื้อภาชนะ ตัวอย่างว่ามีความเรียบร้อยไม่บุบเสียหาย หรืออาจจะแค่ทดสอบความแข็งแรงของภาชนะด้วยการสัมผัสเท่าที่อยู่ในวิสัยที่นาย ก. จะทำได้ การตรวจประเมินของนาย ก. แม้จะพบข้อบกพร่องในทางเทคนิคอยู่บ้างก็จึงไม่น่าจะถือว่าเป็นความผิดของนาย ก. แต่อย่างไรก็ดีในวงการธุรกิจนั้นผู้ให้คำรับรองก็มักจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพด้วยกันทั้งนั้น การจะพิจารณาว่าการให้คำรับรองที่บกพร่องว่าเป็นความผิดหรือไม่โดยใช้มุมมองเปรียบเทียบกับวิญญูชนทั่วไปย่อมไม่เหมาะสมด้วยเหตุผล ดังกรณีสมมุติข้างต้นหากนาย ข. เป็นผู้มีวิชาชีพในการตรวจประเมินผลิตภัณฑ์จากโลหะได้ทำการตรวจประเมินโดยใช้เพียงการสังเกตด้วยตาหรือการสัมผัสภาชนะตามปกติ เช่นเดียวกันกับนาย ก. กระทำ โดยนาย ข. ไม่ได้ใช้หลักวิชาการที่ตนมีความเชี่ยวชาญในการตรวจประเมินผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นการไม่สมควร และถือเป็นข้อที่พิจารณาได้ว่านาย ข. ผู้ให้คำรับรองที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญแต่กลับใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบเพียงเท่านี้ก็ควรจะมีความผิดได้แล้ว ซึ่งจะแตกต่างกับกรณีของนาย ก. บุคคลทั่วไปที่มีการกระทำอย่างเดียวกัน หลักการนี้พิจารณาเทียบเคียงได้กับความผิดทางอาญาที่ผู้เชี่ยวชาญทำเอกสารรับรองอันเป็นเท็จตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 269 ที่ถือเอาความเป็นผู้มีวิชาชีพเป็นองค์ประกอบความผิดข้อหนึ่งเลยทีเดียว หากผู้กระทำคำรับรองอันเป็นเท็จมิใช่ผู้มีวิชาชีพก็ไม่อาจมีความรับผิดชอบฐานนี้ได้

ในความเป็นจริงพบว่าคำรับรองที่ก่อให้เกิดความเสียหายมักจะเป็นลักษณะของคำรับรองที่บกพร่องในด้านของการใช้ความระมัดระวังในระดับสูงอย่างผู้มีวิชาชีพที่ตนควรจะได้ใช้ แต่มิได้ใช้ในขณะปฏิบัติกรตรวจประเมินเพื่อให้คำรับรอง เช่น คดี Candler v. Crane Christmas & Co., [1951] ของอังกฤษ หรือกรณีคดีของบริษัท TÜV Rheinland ผู้ให้คำรับรองจากเยอรมนีถูกฟ้องโดยบุคคลทั่วไปที่ได้รับ ความเสียหายดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นว่าประเด็นในคดีเหล่านี้ที่ศาลทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบประมวลกฎหมายได้หยิบยกขึ้นมาพิจารณาเป็นอันดับแรก ๆ ก็คือการพิจารณาว่าผู้ให้คำรับรองมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่เพียงใด โดยศาลจะพิจารณาจากพฤติการณ์ต่าง ๆ โดยประเด็นที่สำคัญที่สุดคือการมีทักษะความรู้ ความเชี่ยวชาญของผู้ให้คำรับรองนั้นทำให้ผู้ให้คำรับรองต้องมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังยิ่งไปกว่าบุคคลธรรมดา หากศาลพิจารณาว่าผู้ให้คำรับรองเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญสูงในระดับผู้มีวิชาชีพเฉพาะด้านนั้น ๆ ศาลก็มักจะถือว่าบุคคลเช่นนั้นต้องมีระดับความระมัดระวังที่จะใช้ในการกระทำที่สูงตามไปด้วย เมื่อผู้ให้คำรับรองไม่ทำหน้าที่โดยใช้ความระมัดระวังในระดับที่ตนควรมีแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลทั่วไปศาลก็อาจกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองได้ ทั้งนี้ การกำหนดระดับความระมัดระวังเช่นนี้เป็นไปตามแนวทางที่ (1) คือการกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังไว้สูงเพื่อเป็นการผ่อนปรนความเข้มข้นของหลัก “ความรับผิดทางละเมิดที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิด” นั่นเอง

การกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ให้คำรับรองนั้นแต่ละประเทศก็มีรูปแบบในการกำหนดที่แตกต่างกัน โดยอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ได้ปรากฏแนวคำพิพากษาซึ่งวางหลักการไว้เป็นบรรทัดฐาน (precedent case) กล่าวคือในการกำหนดความรับผิดทางละเมิดฐานแถลงข้อความเท็จโดยประมาท (Negligence Misstatements) แก่ผู้ให้คำรับรอง ศาลต้องพิจารณาว่าผู้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายนั้นมีหน้าที่ที่ต้องระมัดระวัง (Duty of care) ต่อผู้เสียหายหรือไม่เป็นอันดับแรก โดยสามารถแยกขั้นตอนการพิจารณาออกได้เป็น 3 ชั้น ได้แก่ ชั้นแรก ความคาดหมายได้ (foreseeability) ชั้นที่สอง ความใกล้ชิด (proximity) ชั้นที่ 3 พิจารณาปัจจัยทางนโยบาย (Policy factor) ซึ่งนำมาปรับใช้ได้กับการกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ให้คำรับรอง ทั้งนี้ การกำหนดระดับของความระมัดระวังนั้นต้องพิจารณาว่าผู้ให้คำรับรองนั้นเป็นผู้มีวิชาชีพหรือไม่ประการใดด้วย หากพิจารณาว่าเป็นผู้มีวิชาชีพก็ย่อมจะกำหนดให้มี ความระมัดระวังอย่างสูงในระดับผู้มีวิชาชีพตามหลักการ Bolam Test โดยใช้หลักการเปรียบเทียบการกระทำของผู้ให้คำรับรองรายนั้นกับการกระทำของผู้ให้คำรับรองผู้มีวิชาชีพรายอื่น ๆ ที่ให้การรับรองตามประเพณีปฏิบัติของวิชาชีพ

แต่ในส่วนของเยอรมนีซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้นได้ปรากฏกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดระดับความระมัดระวังของผู้ให้คำรับรองความปลอดภัยของสินค้าตามมาตรฐานของสหภาพยุโรป (เครื่องหมาย CE) ได้แก่ Act on making products available on the market 2011 (Product Safety Act) ใน “Article 13 (4) The conformity assessment body and its staff shall carry out the conformity assessment activities with the highest degree of professional integrity and the requisite technical competence in the specific field and shall be free from all pressures and inducements,.....” ซึ่งเป็นการกำหนดให้ผู้ให้คำรับรองและเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติหน้าที่การตรวจประเมินด้วยความระมัดระวังในระดับสูงสุดของคุณธรรมจริยธรรมในวิชาชีพนั้นและใช้อำนาจหน้าที่เท่าที่จำเป็นในทางเทคนิคเฉพาะสาขานั้น โดยปราศจากความกดดันและการชักจูงใจ

สำหรับประเทศไทยซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมายยังไม่ปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ให้คำรับรองไว้อย่างชัดเจน ทำให้อาจเกิดปัญหาในการนำสืบถึงความรับผิดชอบตามมาตรา 420 ซึ่งตามแนวทางดั้งเดิมของกฎหมายละเมิดต้องการการพิสูจน์ถึง “ความผิด” เพื่อเป็นฐานในการกำหนดความรับผิดชอบ จึงอาจทำให้ผู้ให้คำรับรองที่กระทำการโดยไม่ใช้ความระมัดระวังในระดับผู้มีวิชาชีพรอดพ้นจากความรับผิดทางละเมิดเลยก็ได้อีก หากบุคคลนั้นใช้ความระมัดระวังตามธรรมดาอย่างบุคคลทั่วไป ทั้งที่บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพ ซึ่งเป็นเรื่องที่สร้างความประหลาดใจแก่ผู้ศึกษาเป็นอย่างยิ่ง

หากนักนิติบัญญัติของไทยประสงค์กำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองก็อาจจะเลือกใช้แนวทางการกำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ให้คำรับรองโดยการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายพิเศษอย่างเยอรมนี ก็จะช่วยให้ศาลสามารถพิจารณา กำหนดความรับผิดโดยมีฐานในการอ้างอิงที่มีความชัดเจน กล่าวคือสามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำผิดหน้าที่ตามกฎหมายในการใช้ความระมัดระวัง และบทบัญญัตินี้จะเป็นที่พึงของผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการให้คำรับรองที่บกพร่องอีกด้วย

4.3.3 ปัญหาข้อขัดข้องในกรณีที่บุคคลทั่วไปจะพิสูจน์ความผิดในการให้คำรับรองของผู้ให้คำรับรอง

หากจะยึดถือแนวทางการกำหนดความรับผิดทางละเมิดโดยต้องพิสูจน์ถึงความผิดของผู้ก่อความเสียหายโดยเคร่งครัด ในบางกรณีก็ไม่อาจจะคุ้มครองบุคคลทั่วไปที่มีความเสียหายเปรียบต่อเอกชนที่ประกอบกิจการให้คำรับรอง ทั้งในแง่ของฐานะทางเศรษฐกิจและสังคม การเข้าถึงข้อมูล

ข่าวสาร ตลอดจนในแง่ของการขาดความรู้ความเชี่ยวชาญได้ ส่งผลให้บุคคลทั่วไปที่ได้รับความเสียหายเหล่านี้ต้องรับภาระการพิสูจน์ความผิดของผู้ให้คำรับรองเมื่อกกล่าวอ้างข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อศาล นักกฎหมายจึงจำเป็นต้องสร้างตัวช่วยในการพิสูจน์ความรับผิดของผู้ให้คำรับรองขึ้นมา โดยพิจารณาตามมาตรา 422 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยนั้น กำหนดหลักการแห่งข้อสันนิษฐานความรับผิดในกรณีที่มีการฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงเป็นการผ่อนปรนหลักการดั้งเดิมของกฎหมายละเมิดต้องมีการพิสูจน์ให้ได้ความว่าผู้กระทำมีความผิดหรือไม่ประการใดให้มีความยืดหยุ่น เป็นธรรม ตลอดจนเหมาะสมกับสภาพสังคมยุคทุนนิยมในปัจจุบันด้วย

หากนำมาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาเปรียบเทียบกับมาตรา 823 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมนีจะพบว่าเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน เนื่องจากกฎหมายละเมิดไทยได้ถูกยกสร้างขึ้นตามแนวทางของกฎหมายละเมิดเยอรมนีด้วย โดยมีสาระสำคัญเป็นบทสันนิษฐานเกี่ยวกับการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองบุคคลอื่นเช่นกัน แต่ด้วยเหตุที่มาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นเพียงบทบัญญัติในการสันนิษฐานความผิดเท่านั้นจึงต้องใช้ประกอบกับมาตรา 420 กล่าวคือเมื่อมีข้อเท็จจริงใด ๆ ตรงกับที่บัญญัติในไว้มาตรา 422 ก็จะมีผลทางกฎหมายเป็นการถูกสันนิษฐานเพียงว่าเป็นผู้ผิดเท่านั้น แต่ยังคงพิสูจน์ข้อเท็จจริงให้ครบตามองค์ประกอบอื่นในมาตรา 420 อีก เช่น ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายเป็นผลเนื่องมาจากการทำความผิดหรือไม่นั้นก็ต้องพิจารณาต่อไป จำเลยจึงจะมีความรับผิดฐานละเมิด แต่มาตรา 823 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมนีจะเป็นบทสันนิษฐานถึงขนาดที่ว่า การฝ่าฝืนกฎหมายเช่นนั้นเป็นการกระทำละเมิดเลยทีเดียวไม่จำเป็นต้องดูองค์ประกอบอื่นในมาตรา 823 วรรคหนึ่งอีก จึงถือได้ว่ามาตรา 823 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ผ่อนปรนความเข้มข้นของหลักเกณฑ์องค์ประกอบการทำละเมิดตามมาตรา 823 วรรคหนึ่งโดยเด็ดขาด

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ในมาตรา 32 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่ในประการต่าง ๆ ของผู้ให้คำรับรองไว้ เช่น หน้าที่ในการปฏิบัติตามมาตรฐานการตรวจสอบและรับรอง หรือหลักเกณฑ์วิธีการที่คณะกรรมการมาตรฐานแห่งชาติเป็นผู้กำหนดตามมาตรา 32 (1) หรือหน้าที่ในการแจ้งผู้ประกอบการให้ทราบและดำเนินการแก้ไขความบกพร่องหรือผิดพลาดในกรณีที่ผู้ให้คำรับรองตรวจพบความบกพร่องหรือผิดพลาดนั้นตามมาตรา 32 (3) เป็นต้น ซึ่งการตรวจสอบตามแนวมาตรฐานหรือหน้าที่ในการแจ้งเตือนผู้ประกอบการเมื่อพบข้อผิดพลาดเช่นนี้ก็ไม่สามารถอุดช่องว่างในการที่ผู้ให้คำรับรองไม่ใช้ความระมัดระวังในการให้คำรับรองได้เลย ดังนั้น หน้าที่ที่ยังขาดหายไปประการหนึ่งก็คือ

หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในระดับผู้มีวิชาชีพในการตรวจสอบและให้คำรับรองเพื่อเป็นการแสดงความรับผิดชอบต่อสังคมและประชาชนโดยรวม

เมื่อการกำหนดหน้าที่ของผู้ให้คำรับรองตามกฎหมายในปัจจุบันยังไม่มี ความชัดเจนว่าเป็นกรณีที่มีบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ตามนัยมาตรา 422 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ แต่หากได้มีการบัญญัติกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้คำรับรองต้องใช้ความระมัดระวังในระดับผู้มีวิชาชีพในการตรวจประเมินเพื่อให้คำรับรองไว้ ก็จะเป็นการสร้าง ความชัดเจนของการกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบต่อบุคคลทั่วไปในสังคม ซึ่งพิจารณาได้ว่าเป็นบทบังคับแห่งกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น ๆ ตามมาตรา 422 ซึ่งบุคคลทั่วไปผู้ได้รับความเสียหายย่อมได้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนี้ได้

กรณีดังกล่าวถือเป็นช่องว่างทางกฎหมายที่นำมาสู่การศึกษากฎหมายของต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมาย Common law และ Civil Law โดยกฎหมายทั้ง 2 ระบบ ต่างก็ประสบกับปัญหาในประเด็นสำคัญอย่างเดียวกัน กล่าวคือปัญหาในการจะกำหนดให้ผู้ให้คำรับรองที่ไม่มีความผูกพันตามสัญญาโดยชัดแจ้งกับบุคคลทั่วไปต้องมารับผิดต่อบุคคลเหล่านั้น จะมีแนวทางการกำหนดความรับผิดโดยอาศัยหลักกฎหมายใด นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงปัจจัยถึงธรรมชาติของการให้คำรับรองเชิงพาณิชย์ซึ่งปัจจุบันมักจะมีลักษณะเป็นการให้คำรับรองโดยผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพ ตลอดจนความเหมาะสมและเหตุผลทางนโยบายสาธารณะอีกด้วย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

สถานะของคำรับรองที่จะก่อความผูกพันทางสัญญานั้นไม่มีความชัดเจนในระหว่างผู้ให้คำรับรองและบุคคลภายนอกที่เชื่อถือในคำรับรอง และไม่อาจกำหนดนิติสัมพันธ์กันในทางสัญญาต่อกันได้โดยตรง โดยนักกฎหมาย Common Law มักจะให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์โดยเฉพาะ (Privity) ซึ่งปรากฏชัดเจนในระหว่างคู่สัญญามากกว่าจึงมองสถานะของคำรับรองเป็นหน้าที่อย่างหนึ่งของผู้ให้คำรับรองต้องกระทำเท่านั้น ส่วนนักกฎหมาย Civil Law ในเยอรมนีก็พยายามขยายหลักกฎหมายสัญญาให้คุ้มครองบุคคลภายนอก ประกอบกับหลักการโอนความเสียหายจากคู่สัญญามาให้บุคคลภายนอกเพื่อก่อตั้งสิทธิในการเรียกค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม ในการใช้หลักกฎหมายสัญญาของประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีแนวคิดพื้นฐานตรงกันว่าบุคคลภายนอกไม่มีสิทธิตามสัญญา ทำให้การกำหนดความรับผิดยังมีข้อจำกัดอยู่มาก

จากการพิจารณาแนวคำพิพากษาของศาลและข้อเท็จจริงที่มักปรากฏในทางปฏิบัติของการให้คำรับรองนั้น เป็นการยากจะปฏิเสธได้ว่าคำรับรองถูกสร้างขึ้นโดยไม่มีเจตนาให้กระทบต่อบุคคลภายนอกเสียเลย ในทางกลับกันคำรับรองนั้นได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นเครื่องหมายแสดงถึงความสำเร็จมาตรฐานหรือความมีคุณภาพของกิจกรรมใด ๆ ซึ่งประชาชนบุคคลทั่วไปที่ทราบถึงการได้รับคำรับรองก็ย่อมมีความเชื่อถือว่าผู้ที่ได้รับคำรับรองเป็นผู้ที่ดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นการสะท้อนถึงจุดประสงค์หลักของการมีคำรับรองคือการที่ผู้ได้รับคำรับรองจะสามารถใช้คำรับรองนั้นยืนยันความน่าเชื่อถือของตนได้ในเชิงพาณิชย์ ดังนั้น จึงเป็นที่ชัดเจนว่าคำรับรองนั้นมีลักษณะตามธรรมชาติที่ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลภายนอกเป็นเรื่องธรรมดา การที่ผู้ให้คำรับรองจะยกข้อกล่าวอ้างที่ผู้ให้คำรับรองมักจะยกว่าตนไม่อาจทราบได้ว่าจะมีผู้ใดเชื่อถือในคำรับรองของตนนั้นย่อมจะมีน้ำหนักน้อย และถึงแม้สถานะของคำรับรองตามกฎหมายสัญญาจะไม่มี ความชัดเจนทำให้ไม่สามารถกำหนดความสัมพันธ์ตามสัญญาระหว่างผู้ให้คำรับรองกับบุคคลทั่วไปที่เชื่อถือในคำรับรองนั้นได้ แต่ก็ควรกำหนดให้ผู้ให้คำรับรองนั้นต้องมีความรับผิดชอบในคำรับรองของตนเพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนทั่วไปด้วย ทั้งนี้ ในการกำหนดความรับผิดก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะของคำรับรองตามกฎหมายสัญญาเพียงอย่างเดียว การพิจารณาใช้หลักกฎหมายอื่นที่นอกเหนือจากกฎหมายสัญญาก็เป็นช่องทางที่สามารถกำหนดความรับผิดได้เช่นกัน

5.1.1 บทสรุปกฎหมายต่างประเทศ

จากการพิจารณาเปรียบเทียบหลักกฎหมายในการกำหนดความรับผิดของผู้ให้คำรับรองในมุมมองของประเทศต่างๆ พบว่าในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ที่ข้าพเจ้าได้ศึกษานั้น ได้แก่ อังกฤษ และอเมริกา มีแนวความคิดที่คล้ายคลึงกันโดยกำหนดให้ผู้ให้คำรับรองซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวัง (Duty of Care) ในการให้บริการทำคำรับรองเมื่อผู้ให้คำรับรองกระทำการล่วงละเมิดหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกจนเกิดความเสียหาย ศาลก็มักจะกำหนดความรับผิดตามหน้าที่การใช้ความระมัดระวัง ซึ่งต้องคำนึงถึงประเด็นต่างๆ เช่น ความคาดเห็นได้ ความเชื่อถือไว้วางใจ ความสัมพันธ์เป็นพิเศษ ตลอดจนเหตุผลในเชิงนโยบาย เช่น ความได้สัดส่วนของการกำหนดความรับผิดด้วย ซึ่งในประเด็นเหล่านี้ศาลจะเป็นผู้ชี้ขาดตามข้อเท็จจริงซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละคดีซึ่งศาลมักจะกำหนดความรับผิดในทางละเมิดในการให้คำรับรองโดยประมาท

ในส่วนของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อย่างเยอรมนี ก็มีแนวคิดที่แตกต่างกันออกไปโดยพิจารณาว่าการใช้หลักกฎหมายละเมิดนั้น มีข้อจำกัดเรื่องสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัดและเรื่องการได้รับผลกระทบโดยตรงของผู้เสียหายด้วย ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายในการกำหนดความรับผิดทางละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ได้รับ ความเสียหายทางเศรษฐกิจ ได้มีการขยายหลักความรับผิดตามสัญญาของผู้ให้คำรับรองภายใต้หลักสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอก และยังได้วางหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ที่อาจได้รับผลกระทบด้วย แต่จุดอ่อนที่สำคัญของการขยายหลักกฎหมายสัญญา คือ ต้องมีสัญญาในระหว่างผู้ขอคำรับรองกับผู้ให้คำรับรองและมีการกำหนดในสัญญาให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกเสียก่อนด้วย อย่างไรก็ตาม แนวคิดของกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์ (Product Safety Act) นั้น ก็อาจสร้างความเป็นไปได้ในการให้นักกฎหมายเยอรมันหันกลับมาพิจารณาหลักกฎหมายละเมิดในการกำหนดความรับผิดต่อบุคคลภายนอก

ปัจจุบันแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคมีอิทธิพลเป็นอย่างมาก ในหลายประเทศ และด้วยความที่ผู้ที่เสียหายจากคำรับรองมักจะเป็นผู้บริโภคทำให้แนวทางกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองในทางปกครองหรือทางอาญานั้นชัดเจนขึ้น ส่วนในทางแพ่งนั้น ก็มีบางประเทศที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้คำรับรองต้องรับผิดในทางแพ่งอย่างชัดเจน เช่น ประเทศจีน ได้กำหนดให้ผู้ให้คำรับรองที่ทำคำรับรองเท็จต้องรับผิดในความเสียหาย ตามมาตรา 74 แห่ง Regulations on Certification and Accreditation 2003 ซึ่งบทบัญญัติที่ชัดเจนเช่นนี้ จะทำให้ปัญหาในการกำหนดฐานความรับผิดทางแพ่งหมดไป หรือแม้กระทั่งประเทศเยอรมนีเอง

ซึ่งเดิมใช้หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาในการโยงให้ผู้ให้คำรับรองมีความรับผิดชอบ ก็เริ่มกำหนดให้มีการคุ้มครองผู้บริโภคตามมาตรา 13 (4) แห่ง Act on making products available on the market (Product Safety Act) 2011 โดยกำหนดให้หน่วยรับรองและเจ้าหน้าที่หน่วยรับรองจะต้องดำเนินการประเมินความสอดคล้องด้วยระดับความระมัดระวังสูงสุดของผู้เชี่ยวชาญ จัดหาอุปกรณ์ที่จำเป็นและดำเนินการโดยปราศจากแรงกดดัน หรือการช่วยเหลือทางการเงินจากผู้อื่น ด้วย ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักกฎหมายละเมิดของเยอรมนีแล้ว ได้ความว่าการกำหนดหน้าที่ให้หน่วยรับรองจะต้องดำเนินการประเมินความสอดคล้อง ด้วยระดับความระมัดระวังสูงสุดของผู้เชี่ยวชาญนั้น เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองบุคคลอื่น ๆ หากผู้เสียหายพิสูจน์ข้อเท็จจริงได้ว่ามี การฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ก็ต้องถูกสันนิษฐานไว้ว่า ต้องมีความรับผิดชอบต่อบุคคลอื่น ตามมาตรา 823 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี

5.1.2 บทสรุปกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ถือเป็นหัวใจสำคัญในการยกระดับการมาตรฐานของชาติให้มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และวางหลักการให้รัฐเข้ามาควบคุมกิจกรรมการให้คำรับรองเพื่อให้ได้รับความน่าเชื่อถือจากผู้ประกอบการที่เข้ารับการตรวจสอบและรับรองมาตรฐาน รวมทั้งผู้บริโภคทั้งภายในและต่างประเทศ โดยพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดคำนิยามของ “การตรวจสอบและรับรอง” และ “มาตรฐาน” เอาไว้ซึ่งเมื่อพิจารณาตามคำนิยามดังกล่าวแล้ว จะพบว่าครอบคลุมถึงกิจกรรมการให้การรับรองในหลายๆ ด้าน อย่างไรก็ตามในส่วนของการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรองนั้นจะพบว่ามี การกำหนดความรับผิดชอบในทางอาญา และในทางปกครองเท่านั้น แต่สำหรับความรับผิดชอบทางแพ่งนั้นไม่ได้มีการกำหนดไว้ ประชาชนคนทั่วไปในประเทศไทยจึงอาจประสบปัญหาว่าสิทธิในทางแพ่งของตนอาจไม่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งจะสะท้อนเป็นปัญหาทางกฎหมายในการปรับใช้หลักกฎหมายใดระหว่างหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาหรือละเมิดในการให้ความคุ้มครองประชาชนผู้ได้รับความเสียหายเหล่านั้น โดยการกำหนดความรับผิดชอบทางแพ่งแก่ผู้ให้คำรับรอง

เมื่อพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นบทบัญญัติอันเป็นกฎหมายเฉพาะมิได้กำหนดความรับผิดชอบในทางแพ่งไว้จึงต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป โดยเริ่มพิจารณาจากการที่ผู้ประกอบการมีความประสงค์จะให้ผู้ให้คำรับรองดำเนินการตรวจสอบประเมินและให้คำรับรองแก่ตน จึงได้แสดงเจตนาทำคำเสนอโดยการกรอกแบบฟอร์มของผู้ให้คำรับรองและเมื่อผู้ให้คำรับรองแสดงเจตนาสนองรับก็จะมีผลเป็นสัญญาผูกพันกัน

ในระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ให้คำรับรอง แต่ในแง่ของบุคคลภายนอกนั้นหาได้มีความผูกพันใด ๆ กับผู้ให้คำรับรองไม่ ต่อมาเมื่อผู้ให้คำรับรองตรวจประเมินและออกคำรับรองให้ผู้ประกอบการก็พิจารณาได้ว่าคำรับรองนั้นก็เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ทำไว้กับผู้ประกอบการเท่านั้น ผู้ให้คำรับรองมิได้มุ่งประสงค์จะให้คำรับรองนั้นก่อนนิติสัมพันธ์ใด ๆ กับบุคคลทั่วไปที่มีใจคู่สัญญาเลย แต่ด้วยเหตุที่คำรับรองนั้นมีเนื้อหาเป็นการยืนยันข้อเท็จจริงในการตรวจสอบตามแนวมาตรฐาน และผู้ให้คำรับรองก็มีความรู้ความเชี่ยวชาญและได้รับการยอมรับจากสังคมอย่างผู้มีวิชาชีพ จึงพิจารณาได้ว่าคำรับรองซึ่งเป็นการกระทำของผู้ให้คำรับรองนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลทั่วไป และอาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ถ้าหากคำรับรองไม่ตรงกับความเป็นจริงหรือมีความบกพร่องประการอื่น เมื่อเทียบเคียงกับความผิดฐานทำคำรับรองเป็นเอกสารอันเป็นเท็จตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 269 จะพบว่าผู้กระทำความผิดฐานนี้ได้ต้องเป็นผู้ประกอบการงานในวิชาชีพเท่านั้น ความเป็นผู้มีวิชาชีพของผู้ให้คำรับรองจึงเป็นปัจจัยสำคัญปัจจัยหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาในการกำหนดความรับผิดในทางแพ่งแก่ผู้ให้คำรับรองด้วย โดยการกำหนดความรับผิดทางแพ่งนี้ผู้เขียนได้พิจารณาหลักกฎหมายสัญญาและหลักกฎหมายละเมิดเป็นสำคัญ

จากการศึกษาโดยเปรียบเทียบหลักกฎหมายสัญญาและกฎหมายละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเราผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาให้ผู้ให้คำรับรองมีความรับผิดต่อบุคคลทั่วไปในฐานะละเมิดมีน้ำหนักมากกว่าความรับผิดตามสัญญาด้วยเหตุผล 3 ประการดังต่อไปนี้

1. การให้คำรับรองไม่ใช่นิติกรรม เนื่องจากการให้คำรับรองเป็นเพียงการยืนยันข้อเท็จจริงตามแนวมาตรฐานเท่านั้น มิได้มีความมุ่งหมายในการก่อนิติสัมพันธ์กับบุคคลทั่วไปแต่อย่างใด แต่ทว่าการให้คำรับรองที่ก่อความเสียหายแก่บุคคลอื่นเป็นการกระทำที่มีผลในทางกฎหมายเช่นกัน กล่าวคือทำให้ผู้อื่นถูกรบกวนสิทธิที่ตนมีแต่ด้วยเหตุที่การกระทำนั้นมิได้เป็นการมุ่งในการก่อนิติสัมพันธ์กันระหว่างคู่กรณีจึงถือว่าการกระทำนั้นเป็นนิติเหตุมิใช่นิติกรรม การกำหนดความรับผิดแก่ผู้ให้คำรับรองในกรณีนี้จึงควรกำหนดให้รับผิดในทางละเมิดที่มีลักษณะเป็นนิติเหตุมากกว่ากำหนดให้รับผิดทางสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นนิติกรรม

2. ความรับผิดทางละเมิดเกิดจากการผิดหน้าที่ (Breach of duty) ซึ่งหน้าที่นี้ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นจากสัญญาเสมอไป แต่หน้าที่อาจเกิดขึ้นโดยมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้หรือมีความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงบางอย่างต่อกันเป็นพิเศษก็ได้ ดังนั้น แม้ผู้ให้คำรับรองไม่มีความสัมพันธ์และหน้าที่ตามสัญญาต่อบุคคลภายนอกเลยก็ตาม ผู้ให้คำรับรองก็ยังคงอาจมีความรับผิดฐานละเมิดต่อบุคคลภายนอกได้

เมื่อพิจารณาได้ว่าผู้ให้คำรับรองจะต้องมีหน้าที่เสียก่อนและได้กระทำผิดหน้าที่นั้นจึงจะเป็นละเมิด ถ้าหากมีกฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้แล้ว การที่ผู้ให้คำรับรองไม่ทำหน้าที่ตามกฎหมายนั้นก็เป็นละเมิดได้ สำหรับในกรณีนี้ได้มี พระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้คำรับรองไว้ในมาตรา 32 (1) ว่า “ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองต้องปฏิบัติตามมาตรฐานการตรวจสอบและรับรอง หรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการตรวจสอบและรับรอง ที่คณะกรรมการกำหนด” หากผู้ให้คำรับรองให้คำรับรองโดยไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานดังกล่าวก็เป็นการผิดหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดก็จะเป็นการกระทำละเมิดได้

นอกจากการปฏิบัติตามแนวมาตรฐานการตรวจสอบและรับรองแล้ว ระดับความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ก็เป็นประเด็นสำคัญ สำหรับผู้ให้คำรับรองซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพนั้น ก็ควรที่จะมีความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่มากกว่าคนทั่วไปและจะต้องมีความรับผิดชอบต่อสังคมมากขึ้นตามไปด้วย หากผู้ให้คำรับรองไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างสูงในระดับผู้มีวิชาชีพก็ควรจะต้องถือว่าเป็นการกระทำผิดหน้าที่โดยประมาทที่ย่อมจะเป็นความผิดฐานละเมิดได้ แต่เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและระดับความระมัดระวังของผู้ให้คำรับรองไว้ จึงได้มีข้อเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 มาตรา 32 ในหัวข้อที่ 5.2

3. เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในกฎหมายสัญญาและกฎหมายละเมิดแล้วพบว่า การจะพิจารณาให้ผู้ให้คำรับรองรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกในฐานะผิดสัญญานั้นมีข้อขัดข้องที่สำคัญคือ ผู้ให้คำรับรองกับผู้ประกอบการต้องมีความผูกพันตามสัญญาต่อกันและสัญญานั้นต้องมีการระบุข้อความให้สิทธิแก่บุคคลภายนอกในการเรียกร้องเอาประโยชน์ตามสัญญาด้วย อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงมักไม่พบข้อสัญญาที่มีลักษณะเช่นนั้นในสัญญาขอคำรับรอง เนื่องจากผู้ประกอบการที่ต้องการขอคำรับรองจะต้องยินยอมลงนามในแบบฟอร์มการขอคำรับรองที่ผู้ให้คำรับรองเตรียมไว้ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่เอื้อประโยชน์แก่ผู้ให้คำรับรอง แต่ในทางกลับกันเราจะพบแต่เพียงข้อสัญญาที่มีวัตถุประสงค์มุ่งไปในทางยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ให้คำรับรองเสียมากกว่า

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากสมมุติฐานที่ว่าคำรับรองมีธรรมชาติที่ย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอก อีกทั้งผู้ให้คำรับรองยังมักเป็นผู้เชี่ยวชาญที่มีทักษะพิเศษในแขนงต่างๆ เมื่อผู้ให้คำรับรองปฏิบัติตามตรวจสอบและรับรองตามมาตรฐานโดยบกพร่องไม่ใช้ความระมัดระวังจนทำให้คำรับรองนั้นไม่ถูกต้อง

เที่ยงตรงตามความเป็นจริงและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลทั่วไปนั้น เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทั่วไปที่อาจได้รับผลกระทบจากการซื้อสินค้า การใช้บริการ หรือกระทำการอื่นใด โดยเชื่อถือในคำรับรองเช่นนั้น จึงควรกำหนดให้ผู้ให้คำรับรองต้องมีความรับผิดชอบในทางแพ่งต่อบุคคลทั่วไปเหล่านั้นด้วย โดยการกำหนดความรับผิดชอบนี้ต้องมีบทบัญญัติกฎหมายมารองรับ ประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนจะได้เสนอแนะต่อไปนี่จึงเป็นการพิจารณาแก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยเพื่อเติมเต็มช่องว่างทางกฎหมายดังกล่าว

เมื่อพิจารณาว่าการผู้ให้คำรับรองควรมีความรับผิดชอบในทางแพ่งโดยอาศัยช่องทางการกำหนดความรับผิดชอบตามหลักกฎหมายละเมิดมากกว่ากฎหมายสัญญาดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่การพิจารณาแก้ไขบทบัญญัติเรื่องละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 ลักษณะ 5 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปนั้นย่อมจะส่งผลกระทบต่อการให้คำรับรองทุกประเภทรวมถึงการให้คำรับรองโดยทั่วไปที่เป็นแต่เพียงการยืนยันข้อเท็จจริงโดยมิได้มีการตรวจประเมินและสอบเทียบตามมาตรฐานและผู้ให้คำรับรองทั่วไปนั้นอาจเป็นใครก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญในระดับผู้มีวิชาชีพและไม่จำเป็นต้องประกอบกิจการอย่างเป็นทางการจะเป็นกิจจะลักษณะ ทำให้คำรับรองโดยทั่วไปนั้นมีเนื้อหาในลักษณะอัตวิสัย (subjective) และมักจะเป็นเพียงการยืนยันข้อเท็จจริงใด ๆ จากพื้นฐานประสบการณ์ที่ตนมีดังตัวอย่างของการให้คำรับรองโดยทั่วไป เช่น กรณีที่นิตยสารรายสัปดาห์หรือรายการโทรทัศน์ให้การรับรองภัตตาคารอาหารทะเลแห่งหนึ่งว่าอาหารมีรสชาติอร่อยพร้อมทั้งอนุญาตให้แสดงเครื่องหมายของนิตยสารหรือรายการโทรทัศน์นั้น การรับรองรสชาติเป็นเรื่องของอำเภอใจโดยแท้ เพราะแต่ละบุคคลย่อมปรารถนารสชาติอาหารที่แตกต่างกันไป ต่างกับการให้คำรับรองตามแนวมาตรฐานซึ่งมาตรฐานต่าง ๆ มีลักษณะที่เป็นภววิสัย (objective) กล่าวคือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวัตถุโดยไม่เกี่ยวข้องกับความรู้สึกนึกคิด เป็นอิสระจากจิตใจ สามารถพิจารณาตรวจสอบได้ตามมาตรฐานเป็นหลัก ตัวอย่างเช่น กรณีที่บริษัทเอกชนซึ่งประกอบธุรกิจให้คำรับรองกระทำการตรวจสอบและรับรองโรงงานผลิตอาหารทะเลแช่แข็งตามแนวทางของมาตรฐานระบบบริหารงานคุณภาพ (ISO 9001)

นอกจากนี้ยังพิจารณาได้ว่าคำรับรองทั่วไปไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมอย่างมีนัยยะสำคัญอย่างการให้คำรับรองตามแนวมาตรฐานที่มักใช้ในการสร้างความน่าเชื่อถือและผลประโยชน์ในทางธุรกิจ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งโดยการกำหนดความรับผิดชอบแก่ผู้ให้คำรับรองโดยทั่วไปจึงอาจไม่เป็นการยุติธรรมสำหรับผู้ให้คำรับรองที่เป็นบุคคลทั่วไป และการจะกำหนดให้ผู้ให้คำรับรองตามแนวมาตรฐานมีความรับผิดชอบในทางละเมิดก็เป็นเรื่องที่มีลักษณะเพาะเจาะจงเกินไปจึงไม่ควรเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควร

ดำเนินการแก้ไขกฎหมายที่มีจุดประสงค์มุ่งเน้นถึงการควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ให้คำรับรองอยู่ แล้วอย่างพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 จะมีความเหมาะสมมากกว่า

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้คำรับรองซึ่งบังคับใช้อยู่นั้นในปัจจุบันนั้นมิได้กำหนดความรับผิดในทางแพ่งเอาไว้เลย หากจะกำหนดความรับผิดทางแพ่งในกรณีนี้ไว้โดยตรงก็อาจส่งผลเป็นการกระทบกระเทือนไปยังบทบัญญัติอื่นในกฎหมายนี้ด้วย อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดหน้าที่ของผู้ให้คำรับรองในการปฏิบัติการตรวจสอบและรับรองไว้ในมาตรา 32 อยู่แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าหน้าที่ของผู้ให้คำรับรองนั้นมีหน้าที่ตามกฎหมายแต่ไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ (breach of duty) ตามที่กฎหมายกำหนดก็ย่อมจะต้องมีความรับผิดทางละเมิดได้ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามมาตรา 32 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 32 ผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรอง ต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบรับรองต้องปฏิบัติตามมาตรฐานการตรวจสอบและรับรอง หรือหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการตรวจสอบและรับรองที่คณะกรรมการกำหนด

(2) ในกรณีที่โฆษณาเกี่ยวกับการตรวจสอบและรับรองต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด

(3) ในกรณีที่ตรวจพบความบกพร่องหรือผิดพลาดในผลการตรวจสอบและรับรอง ต้องแจ้งให้ผู้ประกอบกิจการทราบ และดำเนินการแก้ไขความบกพร่องหรือผิดพลาดนั้นทันที

(4) ต้องแจ้งให้สำนักงานหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบ แล้วแต่กรณี ทราบภายในสิบห้า วันนับแต่วันที่ตรวจพบความบกพร่องหรือผิดพลาดในผลการตรวจสอบและรับรองตาม (3)”

พบว่าบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดหน้าที่ตามกฎหมายเอาไว้หลายประการแต่ก็มิได้มีการกล่าวถึงหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและระดับความระมัดระวังของผู้ให้คำรับรองเอาไว้แต่อย่างใด โดยหน้าที่ของผู้ให้คำรับรองตามมาตรา 32 (1) นี้เป็นหน้าที่ในการปฏิบัติตามมาตรฐานการตรวจสอบและรับรองเท่านั้น แต่ก็มิได้กล่าวต่อไปว่าการปฏิบัติตามมาตรฐานเช่นนั้นผู้ประกอบการต้องใช้ความระมัดระวังหรือไม่อย่างไร

เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ให้คำรับรองยกข้ออ้างขึ้นปฏิเสธการทำผิดหน้าที่ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในระดับวิญญูชนในการปฏิบัติตามแนวมาตรฐานการตรวจสอบและรับรองแล้ว ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 ในมาตรา 32 โดยกำหนดระดับความระมัดระวัง (Duty of Care) ในการปฏิบัติหน้าที่

ตรวจประเมินของผู้ให้คำรับรองไว้ในระดับผู้มีวิชาชีพตามแนวทางที่เยอรมนีได้กำหนดระดับความระมัดระวังของผู้ให้คำรับรองเอาไว้ใน Act on making products available on the market (Product Safety Act) 2011 Article 13 (4) “The conformity assessment body and its staff shall carry out the conformity assessment activities with the highest degree of professional integrity and the requisite technical competence in the specific field” โดยผู้เขียนได้นำหลักการดังกล่าวมาเพิ่มเติมความในมาตรา 32 โดยกำหนดเป็น (5) ต่อจากความในบทบัญญัติเดิม ประกอบกับการใช้แนวทางในการกำหนดข้อความให้ใกล้เคียงกับที่ได้มีกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีผู้รับฝากทรัพย์สินเป็นผู้มีวิชาชีพตามมาตรา 659 จึงปรากฏเป็นข้อความที่เสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมดังต่อไปนี้

“(5) ให้ผู้รับใบอนุญาต ผู้รับใบรับรอง หรือผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองตามพระราชบัญญัตินี้เป็นผู้มีวิชาชีพเฉพาะในการตรวจสอบและรับรอง และให้ปฏิบัติการตรวจสอบและรับรองด้วยความระมัดระวังโดยใช้ฝีมือเท่าที่เป็นธรรมดาจะต้องใช้และสมควรจะต้องใช้ในระดับผู้มีวิชาชีพ”

เนื่องจากการกำหนดหลักการบังคับให้ผู้รับใบอนุญาต ผู้รับใบรับรองที่ได้รับการยอมรับจากภาครัฐตามกฎหมายนี้ รวมทั้งผู้ประกอบการตรวจสอบและรับรองที่ไม่ได้รับใบอนุญาตหรือใบรับรองจากภาครัฐที่อยู่ในบทนิยามของพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในการตรวจสอบและให้การรับรองตามแนวมาตรฐานอยู่แล้ว ต้องมีระดับความระมัดระวัง (Duty of Care) ในระดับของผู้มีวิชาชีพในการพิจารณาให้คำรับรอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการบังคับและเป็นสิ่งเตือนใจไม่ให้ผู้ให้คำแนะนำดำเนินการโดยบกพร่องต่อหน้าที่ โดยการหย่อนความระมัดระวังตามหลักวิชาความรู้ที่ตนเชี่ยวชาญอันจะทำให้เกิดความเสียหายแก่สังคมโดยรวม ถ้าหากผู้ให้คำรับรองไม่ใช้ความระมัดระวังและใช้ฝีมือเท่าที่เป็นธรรมดาจะต้องใช้และสมควรจะต้องใช้ในระดับผู้มีวิชาชีพจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลทั่วไป ผู้ให้คำรับรองนั้นก็ย่อมจะมีความรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 420 โดยถือว่ามี การล่วงละเมิดหน้าที่ (breach of duty) เกิดขึ้นแล้ว อย่างไรก็ตามการพิจารณาถึงหลักของความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุด้วย เช่น กรณีที่บุคคลภายนอกนั้นอาจไม่เชื่อถือในคำรับรองนั้นจริง ๆ ก็ตาม

นอกจากนี้ในการกำหนดความรับผิดชอบละเมิดตามมาตรา 420 ให้แก่ผู้ให้คำรับรองนี้หากพิจารณาตามแนวทางในการกำหนดความรับผิดชอบละเมิดดั้งเดิมตั้งแต่ในสมัยโรมัน หรือในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ยุคแรก ๆ ที่ล้วนแต่ให้ความสำคัญกับ “ความผิด” (fault) อันเป็นพื้นฐานของความรับผิดชอบละเมิด กล่าวคือหากมองว่าการให้คำรับรองที่ไม่ถูกต้องตามหลักการหรือมีความบกพร่อง เป็นสิ่งที่ชั่วร้ายก็จะถือได้ว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดในตัวเองและจะต้องมีความรับ

ผิดเพื่อการนั้นด้วย แต่เมื่อในความเป็นจริงบุคคลทั่วไปไม่สามารถพิสูจน์ความผิดของผู้มีวิชาชีพได้โดยง่าย จึงต้องพิจารณาข้อสันนิษฐานความผิดตามมาตรา 422 ประกอบด้วย เพื่อเป็นการผ่อนปรนความเข้มข้นของหลักการมีความผิดเป็นพื้นฐานแห่งความรับผิด โดยทั้งผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 32 (5) ในพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติพ.ศ. 2551 ตามที่ผู้เขียนได้เสนอแนะนั้น จะส่งผลเป็นการกำหนดบทบังคับแห่งกฎหมายอันมีที่ประสงค์เพื่อปกป้องบุคคลอื่นๆ ตามความนัยมาตรา 422 จึงอาจถือว่าการที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 32 (5) แห่งพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติ พ.ศ. 2551 นี้ เป็นข้อสันนิษฐานความผิดในการกำหนดความรับผิดฐานละเมิดตามหลักความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิดในมาตรา 422 ได้ โดยผู้เสียหายก็เพียงแต่พิสูจน์ข้อเท็จจริงอื่นให้รับฟังได้ตามหลักเกณฑ์อื่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 420 กล่าวคือพิสูจน์เพิ่มเติมให้ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลอื่นนั้นเป็นผลเนื่องมาจากการตรวจสอบและให้คำรับรองที่ฝ่าฝืนกฎหมายเช่นนั้นหรือไม่ เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองและลดภาระแก่ประชาชนทั่วไป ในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนี้ อาจพิจารณาถึงขนาดว่าบุคคลภายนอกนั้นไม่เชื่อถือในคำรับรองของผู้ให้คำรับรองหรือไม่เพียงใด แต่น่าจะนำมาประกอบกับเหตุผลอื่นในการจะตัดสินหาความเชื่อมโยงกัน

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลในทางนโยบายสาธารณะ (public policy) แล้วเมื่อพบว่าการกำหนดหน้าที่และระดับความระมัดระวังในการปฏิบัติการตรวจประเมินและให้คำรับรองดังกล่าวอาจกระทบต่อการประกอบธุรกิจการให้คำรับรอง หรืออาจกระทบต่อต้นทุนในการผลิตซึ่งอาจจะถูกผลักภาระมายังประชาชนทั่วไปในฐานะผู้บริโภคที่ต้องมีค่าใช้จ่ายในการซื้อสินค้าหรือบริการเพิ่มขึ้นแล้ว กฎหมายละเมิดของไทยก็ได้มีช่องทางตามมาตรา 438 ในการที่ศาลจะสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่จำเลยต้องชดใช้แก่โจทก์ตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดได้ ตลอดจนศาลอาจคำนึงถึงความยุติธรรมตามธรรมชาติประกอบกับการคำนึงถึงระดับความระมัดระวังในระดับของผู้มีวิชาชีพในการกำหนดความรับผิดให้เหมาะสมแก่กรณีเป็นรายกรณีไป ทำให้หากมีการประชาสัมพันธ์สร้างความเข้าใจร่วมกันทั้งในระหว่างผู้ให้คำรับรอง ผู้ประกอบการ หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง และผู้บริโภคเป็นอย่างดีแล้ว ก็จะทำให้เกิดผลกระทบในทางเศรษฐกิจและสังคมน้อยลง เมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ประชาชนบุคคลทั่วไปจะได้รับจากการคุ้มครองตามข้อกฎหมายที่ผู้เขียนเสนอแนะให้แก้ไขใหม่นี้ก็เห็นว่าจะมีความสมเหตุสมผลในการปรับแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 32 (5) ในพระราชบัญญัติการมาตรฐานแห่งชาติพ.ศ. 2551 ด้วยประการทั้งปวง

รายการอ้างอิง

เอกสารภาษาไทย

กำชัย จงจักรพันธ์, “กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ.” พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

จิต เศรษฐบุตร, “หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา.”, พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

จิตติ ดิงศภัทย์, “หลักวิชาซีพนักกฎหมาย.”, พิมพ์ครั้งที่ 13 กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

ประชุม โฉมฉาย, “กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแอ่งไกลแขกขอน.”, พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ตุลาคม 2558.

พัชรี ธรรมเดชศักดิ์, “ความสำคัญของระบบการตรวจสอบและรับรองการค้าโลก.” สำนักงานคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยการรับรองระบบงาน สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม.

พินัย ณ นคร, “หลักกฎหมายสัญญาของประเทศอังกฤษ.” ในหนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพอาจารย์นุกูล ณ นคร, 2542.

พีชธร บุญยรัตพันธุ์, “นโยบายสาธารณะ (public policy).” ในการบรรยายวิชา รัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร.

เพ็ง เพ็งนิตติ, “คำอธิบาย (ฉบับย่อ) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด และ พ.ร.บ. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.” พิมพ์ครั้งที่ 6, 2555.

ไพจิตร ปุญญพันธ์, “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด เรื่องข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย.”, พิมพ์ครั้งที่ 11 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ 2548.

วีระวัฒน์ ปวราจารย์, “คำบรรยายเนติบัณฑิต สมัยที่ 65 วิชา กฎหมายอาญา มาตรา 209-287, 367-398.”, ในการบรรยายครั้งที่ 4 ที่เนติบัณฑิตยสภา, 2555.

อนันต์ จันทโรภากร, “โครงสร้างพื้นฐาน กฎหมายลักษณะละเมิด.” ในหนังสือรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, 2531.

อนันต์ จันทโรภากร, “สรุปผลการทบทวนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องและกรอบแนวทางการดำเนินงานด้าน Product Safety ของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร สหพันธ์รัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น.”, 2557.

วิทยานิพนธ์

กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, “กระบวนการในการเกิดสัญญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

ปวรา โปธิพิพิธ, “ความรับผิดทางละเมิดในการให้คำแนะนำโดยประมาท (TORT LIABILITY FOR NEGLIGENT MISSTATEMENTS).” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

เว็บไซต์ประเทศไทย

โครงการ Q-Mark, “ความเป็นมา.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.qmark.or.th/whatqmark.html> เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2558.

ธนาคารกรุงไทย, “บริการออกหนังสือรับรองทางการเงิน.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.ktb.co.th/ktb/th/product-detail-personal.aspx?product=yRNFeZBGcAwX%2fZaYw0OtZw%3d%3d&type=c> เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

ธนาคารกรุงศรีอยุธยา, “เกี่ยวกับเรา.” สืบค้นข้อมูลจาก <https://www.krungsri.com/bank/th/>

[Other/Download-Forms/Personal-Form/Financialguaranteeissuance.html](https://www.krungsri.com/bank/th/Other/Download-Forms/Personal-Form/Financialguaranteeissuance.html) เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

ปกรณ์ นิลประพันธ์, “ความปลอดภัยของผลิตภัณฑ์.” การพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภค (กุมภาพันธ์ 2548) สืบค้นข้อมูลจาก www.lawreform.go.th เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม

2558. สำนักงานมาตรฐานเกษตรอินทรีย์, “บริการของเรา.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.actorganic-cert.or.th/services> เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2558.

เมธา สุพงษ์, “สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก (ตอนที่ 1).” สืบค้นข้อมูลจาก <https://www.gotoknow.org/posts/388578> เมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2558.

สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม, “การรับรองระบบงาน.” สืบค้นข้อมูลจาก http://www.tisi.go.th/accreditation/item/2012&gws_rd=cr&ei=wdk1VpnhL8TvmAWP6qzQDQ เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.

สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม, “การให้คำรับรอง (Certification) และการรับรองระบบงาน (Accreditation).” สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.tisi.go.th/accreditation/item/2012> เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.

สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม, “ความหมายของคำต่างๆที่เกี่ยวกับการมาตรฐาน.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://app.tisi.go.th/standardization/definition.html> เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2558.

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, “ตาราง : ผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP) ด้านการผลิต ณ ราคาปัจจุบัน.” สืบค้นข้อมูลจาก http://www.fpo.go.th/S-Source/Data/Table.php?dataname=Prod_GDP_y,Prod_GDP_q&Language=Thai เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2558.

สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย, “ประวัติและความเป็นมาของระบบC/O-Online.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://rss.thaichamber.org/rss/view.asp?nid=5147> เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย, “มาตรฐานสินค้า.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://rss.thaichamber.org/>

[rss/view.asp?nid=3372](http://rss.thaichamber.org/rss/view.asp?nid=3372) เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

หอการค้าไทย, “บริการออกหนังสือรับรองทางการเงิน.” สืบค้นข้อมูลจาก http://www.thaichamber.org/scripts/service_detail.asp?nPAGETYPEID=423&Tag=3 เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

MASCI, “สถาบันรับรองมาตรฐานไอเอสโอ.” สืบค้นข้อมูลจาก http://www.masci.or.th/services_th.php?servicesid=3 เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.

NCB, “รายงานข้อมูลเครดิตนิติบุคคล.” สืบค้นข้อมูลจาก https://www.ncb.co.th/pro_commercial.htm เมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2558.

NECTEC, “ศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.nectec.or.th/index.php/about-ecec.html> เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2558.

คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 718/2519

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 816/2538

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3635/2546

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 277/2551

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446/2551

Book

Harpwood Vivienne, “Modern Tort Law” , seventh edition Oxfordshire. Routledge-Cavendish (2008)

Journal

Clark Christopher J., “Potential Liability of Non-Manufacturer Certifiers of Quality.”, 10 Vill. L. Rev. 708 (1965).

Ferrari Matteo. “The Liability of Private Certification Bodies for Pure Economic Loss : Comparing English and Italian Law.”, 2010.

Street Thomas A., “THE FOUNDATIONS OF LEGAL LIABILITY 182 et seq.”, (1906).

McBratney William H., “The Doctrine of Public Calling.” , Washington University Law Review Vol. 1952 Issue 2 1952 Wash. U. L. Q. 239 (1952).

Internet

ISO, “What is conformity assessment?.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://www.iso.org/iso/home/about/conformity-assessment.htm> เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.

Law Dictionary, “What is PROFESSIONAL? definition of PROFESSIONAL (Black's Law Dictionary).” สืบค้นข้อมูลจาก <http://thelawdictionary.org/professional/> เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558.

USLEGAL, “Common Calling Law & Legal Definition.” สืบค้นข้อมูลจาก <http://definitions.uslegal.com/c/common-calling/> เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม 2558.

Case

Bolam v. Friern Hospital Management Committee [1957] 1 WLR 583

Candler v Crane, Christmas & Co [1951] 2 KB 164

Coggs v Bernard [1703] 2 Ld Raym 909

Derry v Peek [1889] LR 14 App Cas 337

Donoghue v. Stevenson [1932] AC 562

Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] AC 465

Mutual Life And Citizens' Assurance Co Ltd And Another -v- Evatt [1971] 2 WLR 23

Van Oppen v. Bedford Charity Trustees [1989] 3 All ER 389

Van Winkle v. American Steam Boiler Ins. Co., 52 N.J.L. 240, 19 A. 472 [1890]

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นาย ชัชวิน คงเจริญ
วันเดือนปีเกิด	4 พฤษภาคม 2534 - นิติศาสตร์บัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ - ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภานายความ - เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 66 สำนักอบรมศึกษากฎหมาย เนติบัณฑิตยสภา
ตำแหน่ง	นิติกร ฝ่ายกฎหมาย ธนาคารแห่งประเทศไทย
ประสบการณ์ทำงาน	2557 - ปัจจุบัน นิติกร ฝ่ายกฎหมาย ธนาคารแห่งประเทศไทย 2557 นิติกรปฏิบัติการ สำนักงานต่างประเทศ สำนักงานอัยการสูงสุด 2556 - 2557 นิติกร กองนิติการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์