

บทที่ 2

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ต (E-Learning) ในสังคมไทย

ในบทนี้ผู้เขียนจะศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่มีผลต่อการประกอบธุรกิจการให้บริการการศึกษาในสังคมไทยบนอินเทอร์เน็ต ประเทศไทยในฐานะที่เป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นสมาชิกของสังคมระหว่างประเทศ ดังนั้นประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ตนมีต่อประเทศอื่น ๆ ในสังคมระหว่างประเทศซึ่งอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และสนธิสัญญา

ดังนั้นในบทนี้จึงทำการศึกษาในประเด็นของกฎหมายโดยแยกพิจารณาตามลักษณะทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมุ่งเน้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจให้บริการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตในสังคมไทย โดยแยกออกเป็น 3 ด้าน กล่าวคือ (2.1) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการ (2.2) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้เรียน และ (2.3) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหา

2.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการนั้น ผู้เขียนมีจุดประสงค์ที่จะตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งกฎหมายภายในประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศใดบ้างที่เป็นการส่งเสริม หรือจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบการ โดยแยกออกมาให้สอดคล้องกับลักษณะของธุรกิจการให้บริการการศึกษาในสังคมไทยบนอินเทอร์เน็ต ซึ่งแยกออกมาเป็นการศึกษาแบบมีหลักสูตร และการศึกษาแบบไม่มีหลักสูตร ซึ่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่นำมาใช้ในเรื่องนี้มีความแตกต่างกัน โดยจะทำการศึกษาถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการ ทั้งที่เป็นสถาบันการศึกษา องค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันการศึกษา และสังคม โดยแบ่งการศึกษาออกมาเป็น

1. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการ (Market Access)
2. กฎหมายที่เข้ามาควบคุมการประกอบการ (Control)
3. กฎหมายที่เข้ามาส่งเสริมการประกอบการ (Promotion)

2.1.1 การให้บริการการศึกษาแบบมีหลักสูตร

ผู้ประกอบการที่ให้บริการการศึกษาแบบมีหลักสูตรนั้น ได้แก่ ผู้ประกอบการที่เป็นสถาบันการศึกษา และผู้ประกอบการที่อยู่ในรูปขององค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันการศึกษา โดยผู้เขียนจะศึกษาทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศว่ามีบทบัญญัติที่เอื้อหรือจำกัดสิทธิในการประกอบการอย่างไรบ้าง โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น

2.1.1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการ: กรณีของสถาบันการศึกษา

ก. กฎหมายภายในประเทศ

กฎหมายฉบับแรกที่จะกล่าวถึงก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นกฎหมายที่ถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่สำคัญที่สุดของประเทศไทย ทั้งนี้มาตรา 4 เป็นการวางหลักประกันในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มาตรา 50 เป็นเรื่องเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ และรัฐไม่สามารถจะจำกัดสิทธิของเอกชนในเรื่องใดใดก็ตามหากไม่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้³ และมาตรา 87 ซึ่งเป็นเรื่องเศรษฐกิจการค้าเสรี⁴ ทั้งสามมาตราของรัฐธรรมนูญนี้เป็นการให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของเอกชนไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจการให้บริการการศึกษานอนอินเทอร์เน็ต

การเข้าสู่ตลาดของสถาบันการศึกษาของรัฐจะมีขึ้นได้หรือไม่ต้องดูว่ามีกฎหมายจัดตั้งสถาบันการศึกษาหรือไม่เช่น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นสถาบันการศึกษาของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดย

¹มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติว่า "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง"

²มาตรา 50 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม"

³รัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรค 2 บัญญัติว่า "การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ...."

⁴มาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติว่า "รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม คุ้มครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาดตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อมรวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกันเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวมหรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค"

พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2522 หรือมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ก็เป็นสถาบันการศึกษาที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งเมื่อปี พ.ศ. 2531 ในพระราชบัญญัติจัดตั้งสถาบันการศึกษาจะกล่าวถึงตั้งแต่ความเป็นนิติบุคคล วัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง โครงสร้างในการบริหารงาน การดำเนินงานของสถาบันการศึกษา รวมตลอดถึงลักษณะของครุขปริญาซึ่งผู้เขียนได้รวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดตั้งสถาบันการศึกษาเอาไว้ในภาคผนวก ค

หากสถาบันการศึกษาของรัฐต้องการที่จะเปิดหลักสูตรการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตจะต้องปฏิบัติตามประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่องหลักเกณฑ์การขอเปิดและดำเนินการหลักสูตรระดับปริญญาในระบบการศึกษาทางไกล พ.ศ. 2548⁵ โดยที่สถาบันการศึกษาที่ขอเปิดหลักสูตรการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังนี้

1. มีการจัดตั้งถูกต้องตามกฎหมาย และอยู่การกำกับดูแลของกระทรวงศึกษาธิการ รวมทั้งต้องมีอาคาร สถานที่ บุคลากร และทรัพยากรอื่นที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการจัดการศึกษาทางไกล
2. การจัดการศึกษาต้องมีมาตรฐานเทียบเคียงได้กับระบบการศึกษาในระบบชั้นเรียน
3. สถาบันการศึกษาที่จัดการศึกษาทางไกลจะต้องพัฒนาระบบการศึกษาทางไกลให้สมบูรณ์อยู่เสมอ
4. สถาบันการศึกษาที่จัดการศึกษาทางไกล จะต้องจัดให้มีระบบการวัดผลและการประเมินการเรียนที่มีประสิทธิภาพและมีมาตรฐานเทียบเคียงได้กับการจัดการศึกษาในระบบชั้นเรียนและสอดคล้องกับมาตรฐานการศึกษาของชาติ
5. สถาบันการศึกษาที่จัดการศึกษาทางไกล จะต้องมีระบบการตรวจสอบและควบคุมให้ผู้เรียนต้องเรียน สอบ และทำผลงานวิชาการอันเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาด้วยตนเอง มีแผนดำเนินการทั้งการสอบประจำภาค และสอบย่อย โดยต้องดำเนินการสอบในสถานที่ที่มีผู้คุมสอบที่สามารถตรวจสอบการเข้าสอบด้วยตนเองของนักศึกษาได้

⁵ ภาคผนวก ญ ประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่องหลักเกณฑ์การขอเปิดและดำเนินการหลักสูตรระดับปริญญาในระบบการศึกษาทางไกล พ.ศ. 2548 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความใน มาตรา 8 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 ประกาศ ณ วันที่ 4 ตุลาคม พ.ศ. 2548

6. หลักสูตรที่จัดการศึกษาทางไกลทุกหลักสูตรจะต้องกำหนดและพัฒนาระบบประกันคุณภาพของหลักสูตรให้มีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับการจัดการศึกษาทางไกล และต้องประเมินเพื่อการพัฒนาหลักสูตรอย่างต่อเนื่องอย่างน้อยทุก ๆ 5 ปี
7. ต้องมีระบบประกันคุณภาพการศึกษาภายในที่มีประสิทธิภาพ และรองรับการประเมินคุณภาพภายนอก
8. ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การขอเปิดและดำเนินการหลักสูตรระดับปริญญาในระบบการศึกษาทางไกลที่คณะกรรมการอุดมศึกษากำหนด⁶
9. คณะกรรมการอุดมศึกษาดำเนินการให้มีการกำกับดูแล ติดตาม และประเมินผลการจัดการศึกษา

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าสถาบันการศึกษาที่สามารถจัดทำหลักสูตรระดับปริญญาในระบบการศึกษาทางไกลนั้นจะต้องมีการจัดตั้งถูกต้องตามกฎหมาย และอยู่ในกำกับของกระทรวงศึกษา ซึ่งผู้เขียนได้รวบรวมรายชื่อสถาบันอุดมศึกษาที่มีการจัดตั้งถูกต้องตามกฎหมายและอยู่ในกำกับกระทรวงศึกษาอยู่ในภาคผนวก ข

ในส่วนของ การเข้าสู่ตลาดของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในกรณีทั่วไป กฎหมายที่ใช้บังคับได้แก่ พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546⁷ ซึ่งจะกล่าวถึงการจัดตั้งและเปิดดำเนินการ คณะกรรมการอุดมศึกษา การดำเนินงาน ปริญญาและเครื่องหมายวิทยฐานะ ทรัพย์สินและการบัญชี การอุดหนุนและส่งเสริม การกำกับและควบคุม การเลิกและโอนกิจการ รวมถึงตลอดถึงการกำหนดโทษ

ในกรณีของคนต่างด้าวหากต้องการที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจให้บริการด้านการศึกษาในประเทศไทยนอกจากพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2546 แล้วจะต้องดู พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 ควบคู่กันไปด้วย ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทั้งที่เป็นคนธรรมดาและนิติบุคคลที่จะได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจต่าง ๆ ในประเทศไทยรวมทั้งธุรกิจบริการทุกประเภทที่ไม่มีกฎหมายจำกัดสัดส่วนการลงทุนหรือกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจไว้เป็นการเฉพาะ (มาตรา 8 และ มาตรา 33) ซึ่งธุรกิจการให้บริการด้านการศึกษาจัดเป็นธุรกิจบริการที่อยู่ในบัญชี 3 ข้อ 21 “การประกอบธุรกิจบริการอื่น ๆ” ซึ่งคนต่างด้าวอาจถือหุ้นข้างมากได้เมื่อได้รับอนุญาตจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบ

⁶ ภาคผนวก ฉ แบบคำขอจัดการศึกษาทางไกล

⁷ รก.เล่ม 120 ตอนที่ 107 ก เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม พ.ศ. 2546

ของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว⁸ และในกรณีที่มหาวิทยาลัยต่างชาติเข้ามาร่วมทุนกับกับมหาวิทยาลัยของรัฐ หรือมหาวิทยาลัยของเอกชนไทยเกี่ยวกับการศึกษาในประเทศไทยนั้น ก็ขึ้นอยู่กับรายละเอียดของการขอร่วมทุนแต่ละธุรกิจว่าจะเข้าข่ายต้องขออนุญาตหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะพิจารณาแต่ละโครงการไป

จริงอยู่ที่ว่าธุรกิจการให้บริการด้านการศึกษาจัดเป็นธุรกิจบริการที่อยู่ในบัญชี 3 ข้อ 21 “การประกอบธุรกิจบริการอื่น ๆ” แต่ในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว ได้บัญญัติรับรองสิทธิในลักษณะต่างตอบแทน (Reciprocity) เอาไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์สำคัญของเรื่องก็คือ หากรัฐใดที่ได้ทำสนธิสัญญาไว้กับประเทศไทยและมีการกำหนดไว้ถึงการให้สิทธิแก่คนไทย หรือ วิชากิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในรัฐภาคีซึ่งเป็นรัฐผู้รับการลงทุน ประเทศไทยจะต้องให้สิทธิในลักษณะเช่นเดียวกันนั้นแก่คนต่างด้าวผู้มีสัญชาติแห่งรัฐภาคีเช่นว่านั้นด้วยเป็นการตอบแทน ดังนั้น หากประเทศได้ทำสนธิสัญญาในลักษณะดังกล่าวนี้ไว้และมีการกำหนดให้สิทธิผู้ประกอบการไทยในการเข้าไปประกอบการให้บริการการศึกษา ประเทศไทยก็ต้องอนุญาตให้คนต่างด้าวที่มีสัญชาติแห่งรัฐภาคีนั้นมีสิทธิเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยเช่นเดียวกันตามหลักเกณฑ์ของหลักต่างตอบแทน

อย่างไรก็ดีตาม พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546⁹ กำหนดเรื่องสัดส่วนของกรรมการสภาสถาบัน ไว้ในมาตรา 30 ว่า “กรรมการสภาสถาบันไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย” มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญได้มีการร่วมมือกับมหาวิทยาลัยต่างประเทศหลายมหาวิทยาลัยเช่น มหาวิทยาลัยนานาชาติไจนส์ UK eUniversities Worldwide ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลประเทศสหราชอาณาจักร และ Unitar ซึ่งเป็นมหาวิทยาลัยในประเทศมาเลเซีย ซึ่งหลักสูตรที่ทางมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญได้ทำร่วมกับมหาวิทยาลัยเหล่านี้ก็จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาสถาบัน และแจ้งให้กับคณะกรรมการทราบภายใน 30 วัน ตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน 2546

เช่นเดียวกันกับกรณีสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ หากสถาบันอุดมศึกษาของเอกชนต้องการที่จะเปิดหลักสูตรการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ต จะต้องปฏิบัติตามประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่อง หลักเกณฑ์การขอเปิดและดำเนินการหลักสูตรระดับปริญญาในระบบการศึกษาทางไกล พ.ศ. 2548

⁸ ภาคผนวก ง จดหมายขอความอนุเคราะห์ข้อมูล ลงวันที่ 9 มิถุนายน 2548 และ ภาคผนวก จ จดหมายตอบกลับจากสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้า ลงวันที่ 21 มิถุนายน 2548

⁹ อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7

ข. กฎหมายระหว่างประเทศ

บ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ (Sourced of International Law) ตามข้อบทที่ 38 แห่งธรรมนูญจัดตั้งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ประกอบด้วยกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) สนธิสัญญา (Treaty) หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) คำพิพากษาของศาล (Judicial decisions) และความเห็นของนักนิติศาสตร์ (Teachings or writings of publicist) ดังนั้นในการศึกษาการเข้าสู่ตลาดของคนต่างด้าวในธุรกิจให้บริการการศึกษานอนอินเทอร์เน็ต (E-Learning) ในสังคมไทย จึงจำเป็นต้องศึกษาทั้งจารีตประเพณีระหว่างประเทศและสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี

(ก) จารีตประเพณีระหว่างประเทศ: หลักต่างตอบแทน (Reciprocity)

วิสาหกิจข้ามชาติหนึ่งสามารถที่จะเข้าไปจัดตั้งองค์กร หรือว่าประกอบการในประเทศต่างๆ ได้ภายใต้ข้อจำกัดเท่าที่มีอยู่ของรัฐผู้รับการลงทุน แต่ภายใต้จารีตประเพณีระหว่างประเทศการยินยอมให้วิสาหกิจข้ามชาติเข้ามาประกอบการในประเทศใดประเทศหนึ่งเป็นสิ่งที่รัฐยอมรับและถือปฏิบัติระหว่างกัน และรัฐเองก็ไม่อาจปฏิเสธการเข้ามาของวิสาหกิจข้ามชาติได้

หลักต่างตอบแทนเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งภายใต้หลักทั่วไปของจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่รัฐต่างๆ มักจะให้แก่กันในเรื่องต่างๆ โดยมีพื้นฐานมาจากการที่รัฐต่างๆ ก็ต้องการเชื่อมสัมพันธ์ไมตรีกับประเทศหนึ่งเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือว่าด้านอื่นๆ

หลักดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 วรรค 2 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ว่าการพิจารณาอนุญาตให้วิสาหกิจข้ามชาติเข้ามาในประเทศไทยนั้นไม่เพียงแต่จะพิจารณาจากข้อกำหนด หรือว่าบทบัญญัติในสนธิสัญญาระหว่างกันเท่านั้น แต่ยังสามารถนำเอาหลักต่างตอบแทนระหว่างรัฐที่มีต่อกันมาพิจารณาประกอบกันไปด้วย

อย่างไรก็ตามถึงแม้ประเทศไทยจะได้นำหลักการในเรื่องต่างตอบแทนมาบัญญัติรับรองถึงสิทธิของคนต่างด้าวในการเข้ามาจัดตั้งสถานศึกษาในประเทศไทยก็ตาม แต่ในทางข้อเท็จจริงพบว่าไม่มีสถานศึกษาข้ามชาติใดๆ เข้ามาโดยอาศัยหลักต่างตอบแทนเลย คงมีแต่สถานศึกษาข้ามชาติที่เข้ามาตามสนธิสัญญาเท่านั้นซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป

(ข) สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี

สนธิสัญญาที่ผูกพันประเทศไทยในเรื่องการเปิดเสรีการค้าบริการด้านการศึกษาในปัจจุบันนี้ ผู้เขียนพบว่ามีอยู่ด้วยกันหลายฉบับที่กำหนดหลักเกณฑ์การเข้าสู่ตลาดการลงทุนของสถาบันการศึกษา (Market access) ของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยพบว่าสนธิสัญญาแต่ละฉบับ

นั้น มีระดับของการเปิดตลาดที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้เป็นไปตามนโยบายของประเทศไทยในการผูกพันสนธิสัญญาในขณะนั้น ซึ่งผู้เขียนจะแยกศึกษาสนธิสัญญาแต่ละฉบับได้แก่

1. ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ GATS

องค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) กำหนดให้การค้าบริการเป็นเรื่องหนึ่งที่ต้องเจรจาเปิดเสรีนอกเหนือจากการเจรจาเรื่องสินค้า โดยใช้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service – GATS) ซึ่งตามกติกาของ GATS ที่สำคัญประการหนึ่งคือการกำหนดให้มีการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการทุกๆ 5 ปี หลังจากที่ความตกลง WTO มีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2538 เพื่อขยายการเปิดตลาด (market access) และยกเลิกอุปสรรคต่างๆ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคนในชาติกับคนต่างชาติ และการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน โดยมีเป้าหมายหลักคือ ให้บรรลุระดับการเปิดเสรีที่สูงขึ้นแบบก้าวหน้าเป็นลำดับ (Progressive Liberalization)

การค้าบริการ หมายถึง การให้บริการที่สามารถเกิดขึ้นได้ 4 รูปแบบ (Mode of supply¹⁰) โดยพิจารณาจากแหล่งกำเนิด (origin) ของผู้ให้บริการ¹¹ คือ

รูปแบบแรก การซื้อขายข้ามพรมแดน (Cross-border Supply) เป็นการซื้อขายบริการระหว่างประเทศที่อาศัยเทคโนโลยีการสื่อสารเป็นสื่อโดยทั้งผู้ซื้อและผู้ขายไม่ต้องเคลื่อนย้ายตัวเองออกนอกประเทศซึ่งการศึกษานอนอินเทอร์เน็ตเป็นธุรกิจบริการในรูปแบบนี้

รูปแบบที่สอง การบริโภคบริการในต่างประเทศ (Consumption Abroad) ผู้ซื้อบริการเดินทางออกไปใช้บริการในต่างประเทศ เช่น การศึกษาในต่างประเทศ ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตที่ผู้เขียนจะศึกษา

รูปแบบที่สาม การจัดตั้งธุรกิจเพื่อให้บริการ (Commercial Presence) ผู้ขายบริการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจบริการในประเทศคู่ค้า เช่น โรงเรียนนานาชาติที่เข้ามาเปิดสถาบันการศึกษาในประเทศไทย ซึ่งการค้าบริการแบบนี้มีอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดแต่ไม่อยู่ในขอบเขตที่ผู้เขียนจะศึกษา

รูปแบบที่สี่ การเข้ามาทำงานของคนชาติ (Presence of Natural Persons) เป็นการค้าบริการโดยบุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างชาติเข้ามาให้บริการแก่ลูกค้าในกรณีของธุรกิจการให้บริการด้านการศึกษา ก็จะเป็นการเข้ามาทำงานของคนต่างชาติเป็นครูสอนภาษาหรือครูในสถาบันการศึกษาต่างๆ ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตที่ผู้เขียนจะศึกษา

¹⁰ Article I (2) ของ GATS

¹¹ ดูรายละเอียดเรื่องการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการได้ที่ <http://www.dnt.moc.go.th/>

คำนิยามของการให้บริการด้านการศึกษา (Education Services) กำหนดไว้ในเอกสาร CPC (Central Product Classification)¹² ได้รวบรวมบริการประเภทต่างๆ ตามที่ระบุไว้ในเอกสาร CPC มาจัดทำเป็น Services Sectorial Classification List¹³ เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการเจรจาและจัดทำตารางข้อผูกพัน (Schedule of Specific Commitments)¹⁴ โดยแยกเป็นสาขาและสาขาย่อยของบริการที่มีการค้าระหว่างประเทศจำนวน 12 สาขา

สาขาบริการอันดับแรกใน 12 สาขา คือ สาขาบริการธุรกิจ (Business Services: CPC Section: 9) ได้แก่บริการด้านต่างๆ ที่เป็นธุรกิจบริการชุมชน สังคม และบริการส่วนบุคคล ซึ่งส่วนใหญ่ประกอบด้วยภาคเอกชนต่างๆ ไป กิจกรรมในสาขาบริการธุรกิจนี้ยังแบ่งออกเป็นสาขาย่อยๆ อีก เช่น บริการด้านการศึกษา (Education Services : Division: 92) เป็นการให้บริการด้านการศึกษา (Education Services)” เป็นหนึ่งในสาขาบริการทางธุรกิจ ซึ่งตรงกับเอกสาร CPC 921 และเป็นสาขาที่ประเทศไทยนำมากำหนดไว้เพื่อใช้เป็นพื้นฐานในการเจรจาและจัดทำตารางข้อผูกพันในกรอบ WTO ด้วยโดยการจัดทำเอกสาร S/DCS/W/TH¹⁵ ซึ่งเป็นตารางข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้เข้าไปผูกพัน

¹² คำว่า “CPC (Central Product Classification)” กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศได้ให้คำนิยามไว้ว่าหมายถึงระบบการจำแนกประเภทสินค้า บริการและสินทรัพย์ ที่องค์การสหประชาชาติได้ทำขึ้น เพื่อให้ประเทศต่างๆ ใช้เป็นกรอบ (Frame work) ในการจัดทำสถิติระหว่างประเทศเกี่ยวกับตัวสินค้า บริการ และสินทรัพย์ โดยยึดคำนิยาม หรือคำจำกัดความที่ได้ให้ไว้ไปในแนวทางเดียวกันเพื่อให้ข้อมูลสถิติที่จัดทำขึ้นสามารถใช้ประโยชน์ในทางเปรียบเทียบระหว่างประเทศกันได้

¹³ เอกสาร World Trade Organization MTN.GNS/W/120 (10 July 1991)

¹⁴ คำว่า “ตารางข้อผูกพัน (Schedule of Specific Commitments)” กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศได้ให้คำนิยามไว้ว่าหมายถึง ตารางข้อผูกพันเฉพาะ เป็นตารางที่สมาชิก WTO แต่ละประเทศระบุข้อผูกพันการเปิดตลาดบริการสาขาต่างๆ ตามรูปแบบการให้บริการ (Mode of Supply) ซึ่งการเปิดตลาดของสมาชิกแต่ละประเทศในสาขาบริการใดๆ นั้นสามารถกำหนดเงื่อนไขสำหรับต่างชาติในการเข้าสู่ตลาดการค้าบริการ (Market Access) และการได้รับการปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Nation Treatment) ได้ ระดับของการเปิดตลาดบริการดังกล่าวเป็นผลมาจากการเจรจาตกลงกันระหว่างประเทศสมาชิกเป็นรอบๆ

¹⁵ เอกสาร World Trade Organization S/DCS/W/THA (24 January 2003)

และเปิดเสรีในด้านการศึกษานในสาขาย่อยดังนี้ 9219¹⁶, 9221, 9222, 9223, 9224¹⁷ และ 92400¹⁸ โดยมีเงื่อนไขในการเปิดเสรีด้านการศึกษาคือ ไทยไม่ได้ผูกพัน (Unbound)¹⁹ การเปิดเสรีในรูปแบบการให้บริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply) ยกเว้นการศึกษาเทคนิคและวิชาชีพ (CPC 92230²⁰ และ CPC 92240²¹) และการศึกษาผู้ใหญ่ เฉพาะการศึกษานอกระบบสำหรับผู้ใหญ่ (CPC 92400²²)

¹⁶ บริการการศึกษาระดับประถม ซึ่งประกอบด้วยบริการการศึกษาระดับประถมอื่น ๆ (CPC 9219) แต่ไม่รวมถึงบริการหลักสูตรสอนอ่านหนังสือสำหรับผู้ใหญ่ซึ่งเป็นสาขาย่อยภายใต้บริการการศึกษาผู้ใหญ่

¹⁷ บริการการศึกษาระดับมัธยม ประกอบด้วยบริการการศึกษาระดับมัธยมทั่วไป (CPC 92210) บริการการศึกษาระดับมัธยมระดับสูง (CPC 92220) บริการการศึกษานเทคนิคและวิชาชีพ (CPC 92230) บริการการศึกษานเทคนิคและวิชาชีพสำหรับคนพิการ (CPC 92240)

¹⁸ บริการการศึกษาผู้ใหญ่ เฉพาะการศึกษานอกระบบสำหรับผู้ใหญ่ (CPC 92400)

¹⁹ ซึ่งหมายความว่าแม้ขณะนี้ไทยยังไม่มีข้อจำกัดในการให้บริการของคนต่างชาติ แต่ในอนาคตไทยอาจออกกฎระเบียบใด ๆ ที่เป็นข้อจำกัดการให้บริการของคนต่างชาติ แต่อนาคตไทยอาจจะออกกฎระเบียบใด ๆ ที่เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด หรือการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติได้

²⁰ Technical and vocational secondary education services – Technical and vocational secondary education services below the university level. Such education services consist of programmes emphasizing subject-matter specialization and instruction in both theoretical and practical skills. They usually apply to specific profession.

²¹ Technical and vocational secondary school – type education service for handicapped students – Technical and vocational secondary school – type education services specially designed to meet the possibilities and needs of handicapped students below the university level.

²² Adult education services n.e.c. – Education services for adults who are not in the regular school and university system. Such education services may be provided in day or evening by schools or by special institutions for adult education. Included are education services through radio or television broadcasting or by correspondence. The programmes may cover both general and vocational subjects. Services related to literacy programmes for adults are also included. Exclusion: Higher education services provided within the

และในส่วนของข้อเสนอกับประเทศไทยได้เสนอไปตามเอกสารขององค์การการค้าโลกที่ TN/S/O/THA (15 September 2003) ในเรื่องบริการด้านการศึกษาที่มีธุรกิจย่อยที่ประเทศไทยผูกพันเพิ่มเติมจากเดิมโดยเพิ่มเติมในสาขาย่อยดังนี้ การศึกษาในระดับอุดมศึกษา CPC 92300²³ การศึกษาในระดับวิชาชีพทั้งระยะสั้นและระยะยาว 92400²⁴ และการศึกษาอื่น 92900²⁵ แต่อย่างไรก็ดี ในส่วนของบริการด้านการศึกษา ในรูปแบบบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply) ประเทศไทยผูกพันเท่าเดิม ซึ่งการเจรจารอบดังกล่าวควรจะเสร็จตอนปลายปี พ.ศ. 2547 แต่จากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ²⁶ การเจรจาดังกล่าวไม่สัมฤทธิ์ผลยังไม่ได้ข้อสรุปตั้งนั้นเอกสารฉบับดังกล่าวจึงยังไม่มีผลผูกพันประเทศไทย

ในส่วนธุรกิจที่เกี่ยวข้องเนื่องธุรกิจให้บริการด้านการศึกษาผู้เขียนจะแยกธุรกิจออกมาเป็นสองส่วนคือ (1) ธุรกิจโทรคมนาคม หมายถึงธุรกิจการจัดทำโครงข่าย (2) ธุรกิจที่อยู่ในการเจรจาเรื่องคอมพิวเตอร์และบริการที่เกี่ยวข้องซึ่งลักษณะของธุรกิจจากบทที่ 1 นั้นจะอยู่ในหัวข้อ ธุรกิจการจัดทำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ธุรกิจการจัดทำเนื้อหา ธุรกิจจัดจำหน่ายสื่อและอุปกรณ์การศึกษา และ ธุรกิจรับจ้างดูแล ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตที่ผู้เขียนจะศึกษา

2. ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชีย-แปซิฟิก APEC

ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชีย-แปซิฟิก มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการขยายตัวทางเศรษฐกิจของภูมิภาคและของโลก พัฒนาและส่งเสริมระบบการค้าหลายฝ่ายและเป็นการลดอุปสรรคทางการค้า การบริการและการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกโดยให้สอดคล้องกับกฎของ GATS จาก การสำรวจของผู้เขียนในเรื่องการให้บริการการศึกษานอนอินเทอร์เน็ตนั้นอยู่ในรูปแบบบริการข้ามพรมแดน (Cross-border Supply) ประเทศไทยยังไม่ได้เริ่มต้นการเจรจาในเรื่องนี้

3. ความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี FTA

เขตการค้าเสรี (Free Trade Area: FTA) หมายถึงการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของประเทศต่าง ๆ ด้วยการจัดตั้งเป็นเขตการค้าเสรี โดยมีเป้าหมายทางการค้าระหว่างกัน การลดภาษีศุลกากรภายใน

regular education system are classified in subclass 92310 (Post-secondary technical and vocational education services) or 92390 (Other higher education services)

²³ Higher education services

²⁴ Professional and/or Short Courses Education Services

²⁵ Other education services – Foreign language tuition service

²⁶ สัมภาษณ์ทางโทรศัพท์ เมื่อวันที่ 18 เมษายน 2548

กลุ่มให้เหลือน้อยที่สุดหรือเป็นร้อยละ 0 และใช้อัตราภาษีปกติกับประเทศนอกกลุ่มโดยเขตการค้าเสรี เป็นการเจรจาในกรอบกว้างครอบคลุมการเปิดเสรีทั้งการค้าสินค้า บริการ การลงทุนและความร่วมมือ ในด้านอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นนโยบายทางการค้า กระบวนการทางศุลกากร มาตรฐานสินค้า ไปจนถึง ประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม ลิขสิทธิ์ทางปัญญา การศึกษา ฯลฯ แล้วแต่ความตกลงของคู่เจรจา

ความตกลงไทย-ออสเตรเลียที่ได้ลงนามและมีความตกลงร่วมกันแล้วในการบริการด้าน การศึกษาซึ่งออสเตรเลียสนใจที่จะมาเปิดมหาวิทยาลัยในประเทศไทย โดยไทยได้ทำข้อผูกพันใน ออสเตรเลียเข้ามาจัดตั้งมหาวิทยาลัยได้โดยถือหุ้นข้างมากสูงสุดร้อยละ 60 ภายในปี 2548 แต่ต้อง เป็นสถาบันที่สอนในด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ตั้งอยู่นอกกรุงเทพฯ และจังหวัดใหญ่ และไทยได้ กำหนดให้สมาชิกของ University Council กิ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย²⁷ ดังนั้นความตกลงที่ประเทศ ไทยกับออสเตรเลียเป็นการให้บริการในรูปแบบที่ 3 การจัดตั้งธุรกิจเพื่อให้บริการ (Commercial Presence) ผู้ขายบริการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจบริการในประเทศคู่ค้า ในส่วนของการให้บริการ ด้านการศึกษาการศึกษาผ่านทางอินเทอร์เน็ต แบบที่ 1 การซื้อขายข้ามพรมแดน (cross-border supply) ไม่มีผลผูกพันกับประเทศไทย

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของการเข้าสู่ ตลาดของผู้ประกอบการจะพบว่าเป็นสิทธิเด็ดขาดของคนชาติแต่เป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขของคนต่างด้าว ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้น และการเข้าสู่ตลาดในธุรกิจการให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ต หลักเกณฑ์ที่เพิ่มเข้ามาจากหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ทุกสถาบันอุดมศึกษาไม่ว่าจะของรัฐหรือของเอกชน จะต้องปฏิบัติตามคือกฎกระทรวงว่าด้วยการเปิดวิทยาเขตทางไกล

2.1.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการ: กรณีองค์กรอื่นที่มีมิใช่ สถาบันการศึกษา

ก. กฎหมายภายในประเทศ

ในกรณีของการให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตแบบที่มีหลักสูตรและจัดทำโดยองค์กรอื่นที่มีมิใช่สถาบันการศึกษา กฎหมายตัวแรกที่เข้ามาเกี่ยวข้องก็เช่นเดียวกันกับกรณีของสถาบันการศึกษา คือ "รัฐธรรมนูญ" ที่วางหลักประกันในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ใน มาตรา 4 เรื่องเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ มาตรา 50 และในวรรคสองของมาตรา 50 รัฐไม่สามารถจะจำกัดสิทธิของเอกชนในเรื่องใดใดก็ตามหากไม่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้ และมาตรา 87 ซึ่งเป็นเรื่องเศรษฐกิจการค้าเสรี ทั้ง

²⁷ www.moe.go.th

สามมาตราของรัฐธรรมนูญนี้เป็นการให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของเอกชนไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจการให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ต

กฎหมายฉบับต่อมาที่กำหนดถึงการเข้าสู่ตลาดของการให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตจากกรณีศึกษาในบทที่ 1 กรณีศึกษาศูนย์อิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีคอมพิวเตอร์แห่งชาติ (NECTEC) จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534²⁸ มาตรา 22 "ให้จัดตั้งศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ ... และศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ เป็นส่วนหนึ่งของสำนักงาน" NECTEC เป็นองค์กรที่รับผิดชอบด้านการพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศในประเทศไทย ซึ่งทาง NECTEC เองก็มีหน่วยงานที่ให้บริการเรื่อง อีเลิร์นนิ่งโดยเฉพาะและร่วมกับหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีสารสนเทศในประเทศไทย

กรณีศึกษา โครงการเรียนรู้แบบออนไลน์แห่งสวทช. เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งโดยมติที่ประชุมคณะกรรมการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) ซึ่งสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (สวทช.) จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534²⁹ ซึ่งมีผลบังคับใช้วันที่ 30 ธันวาคม 2534 เช่นเดียวกับกับศูนย์เทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์และคอมพิวเตอร์แห่งชาติ และโครงการนี้เป็นโครงการที่แสวงหากำไรโดยประเภทธุรกิจที่จัดทำนั้นเริ่มตั้งแต่ธุรกิจให้บริการคำปรึกษา ธุรกิจดูแลระบบคอมพิวเตอร์ ธุรกิจการจัดทำโปรแกรมคอมพิวเตอร์ ธุรกิจการจัดทำเนื้อหา รวมทั้งธุรกิจจัดจำหน่ายสื่อและอุปกรณ์การศึกษา

กรณีศึกษา กรมส่งเสริมอุตสาหกรรม และกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ ทั้งสองหน่วยงานเป็นหน่วยงานของรัฐมีกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรและมีใช้สถาบันการศึกษาแต่ก็ให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตซึ่งลักษณะของการให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตของแต่ละองค์กรนั้นแตกต่างกัน

²⁸ รก.2534/240/100 เมื่อวันที่ 29 ธันวาคม 2534

เหตุผลในการมีพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี 2534 เนื่องจากรัฐบาลจะนำวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาใช้ในการพัฒนาประเทศอย่างมีประสิทธิภาพจึงจำเป็นต้องเพิ่มสมรรถนะทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีของภาครัฐบาลและภาคเอกชน และการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีนั้นต้องครอบคลุมกิจกรรมหลายประเภทและต้องอาศัยทุนจำนวนมากทั้งจากภาครัฐบาลและจากแหล่งทุนอื่นทั้งภายในและต่างประเทศซึ่งการระดมทุนนั้นต้องอาศัยความชำนาญการพิเศษไม่อาจอาศัยองค์กรทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีที่มีอยู่แล้วดังนั้นจึงตราพระราชบัญญัตินี้เพื่อจัดตั้งกองทุน และจัดตั้งศูนย์แห่งชาติเพื่อพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเฉพาะสาขา

²⁹ มาตรา 3 "สำนักงาน" หมายความว่า สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ

ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการจัดทำอีเลิร์นนิ่ง แต่ส่วนมากแล้วองค์กรของรัฐมักไม่ได้ทำอีเลิร์นนิ่งเอง แต่จะเป็นการจ้างบริษัทเอกชนให้เข้ามาทำอีเลิร์นนิ่งให้ซึ่งจะผูกพันกันในรูปแบบของสัญญาจ้างทำของ

นอกจากกรณีศึกษาที่ยกขึ้นมาเป็นตัวอย่างแล้วยังมีองค์กรของรัฐองค์กรอื่นที่ให้บริการด้านการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตซึ่งผู้เขียนรวบรวมรายชื่อองค์กรรัฐที่มีกฎหมายจัดตั้งและให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตเอาไว้ในภาคผนวก ค เพราะแต่ละองค์กรต่างตระหนักถึงความสำคัญของการศึกษา การถ่ายทอดองค์ความรู้ให้กับประชาชนโดยทั่วไป

หากองค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นกระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ ต้องการที่จะจัดการศึกษาเฉพาะทางตามความต้องการและความชำนาญของหน่วยงานเช่นเดียวกันกับกรณีสถาบันอุดมศึกษาหน่วยงานดังกล่าว จะต้องปฏิบัติตามกฎกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการจัดการศึกษาเฉพาะทาง พ.ศ. 2547³⁰ ซึ่งออกมาโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2545 และมาตรา 21³¹ แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 กฎกระทรวงว่าด้วยการจัดการศึกษาเฉพาะทาง พ.ศ. 2547 โดยมีหลักเกณฑ์และวิธีการโดยสรุปดังนี้ หากกระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐต้องการจัดการศึกษาเฉพาะทางจะต้อง (1) จัดให้สอดคล้องกับนโยบาย แผนการศึกษาแห่งชาติ มาตรฐานการศึกษาของชาติ (2) ต้องจัดให้มีการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่จัดการศึกษาเฉพาะทางด้วยกันและกับกระทรวงศึกษาธิการ (3) ต้องจัดให้มีการประกันคุณภาพภายใน และถ้าหากสถานศึกษาเฉพาะทางใด ต้องการให้มีการเทียบวุฒิทางการศึกษาตามหลักสูตรของกระทรวงศึกษา ให้เสนอขอเทียบวุฒิทางการศึกษาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีกำหนดเอาไว้

ดังนั้นหากกระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ ต้องการจัดการศึกษาเฉพาะทางก็สามารถทำได้ โดยทำตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎกระทรวงนี้กำหนดเอาไว้ และหากต้องการขอเทียบวุฒิการศึกษา ก็สามารถทำได้เช่นเดียวกัน

³⁰ ภาคผนวก ข (รก. เล่ม 121 ตอนที่ 47 ก ลงวันที่ 26 กรกฎาคม 2547)

³¹ มาตรา 21 บัญญัติให้กระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ อาจจัดการศึกษาเฉพาะทางตามความต้องการและความชำนาญของหน่วยงานนั้นได้ โดยคำนึงถึงนโยบายและมาตรฐานการศึกษาของชาติทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

กรณีศึกษา บริษัทยูคอมเป็นบริษัทเอกชนมิใช่สถาบันการศึกษาให้บริการการศึกษานบนอินเทอร์เน็ต (E-learning) ผ่านทางเว็บไซต์ ซึ่งบริษัทฯ เป็นผู้ให้บริการด้านโปรแกรมการศึกษา ระบบรักษาความปลอดภัย แต่ทางยูคอมก็ไม่ได้เป็นผู้จัดทำเนื้อหาที่ใช้ในการเรียนการสอนเองแต่จะเป็นการร่วมมือกับหน่วยงานอื่น หรืออาจารย์ในสถาบันการศึกษา

กรณีศึกษา บริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เป็นบริษัทเอกชนซึ่งในปัจจุบันการให้บริการการศึกษานบนอินเทอร์เน็ตของบริษัทเป็นการให้บริการการศึกษากับคนในองค์กรของตนก่อนยังไม่เปิดบริการให้กับประชาชนทั่วไป บริษัทตระหนักถึงการพัฒนาศักยภาพคนภายในองค์กร

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการให้บริการการศึกษานบนอินเทอร์เน็ตนั้นกรณีการให้บริการการศึกษาที่มีหลักสูตร ในกรณีของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐหรือของเอกชนต้องการที่จะเปิดหลักสูตรการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ต จะต้องปฏิบัติตามประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่องหลักเกณฑ์การขอเปิดและดำเนินการหลักสูตรระดับปริญญาในระบบการศึกษาทางไกล พ.ศ. 2548 แต่หากว่าการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการกรณีองค์กรอื่นที่มิใช่สถาบันการศึกษาและองค์กรนั้นเป็นองค์กรของรัฐบาลเข้าสู่ตลาดจะต้องปฏิบัติตามกฎกระทรวงว่าด้วยการจัดการศึกษาเฉพาะทาง พ.ศ. 2547 และประเด็นต่อไปคือการให้บริการการศึกษานบนอินเทอร์เน็ตที่ไม่มีหลักสูตร รัฐธรรมนูญก็อนุญาตให้จัดทำได้แต่เนื้อหาจะต้องไม่ผิดกฎหมายและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.1.1.2 กฎหมายที่เข้ามาควบคุมการประกอบการ (Control) ของผู้ประกอบการ: กรณีของสถาบันการศึกษา

กฎหมายที่วางกรอบและหลักเกณฑ์ในการจัดการการศึกษาของประเทศไทยได้แก่พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ 2542 การจัดการศึกษาถือเป็นนโยบายนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐในเรื่องการศึกษาไว้ในมาตรา 81 พุทธถึงรัฐต้องจัดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาแห่งชาติปรับปรุงการศึกษาให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจ สังคม การพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ปลูกฝังจิตสำนึก ส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ และวัฒนธรรมของชาติ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติเป็นกฎหมายแม่บทเชื่อมต่อกับรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นฐานหลักแห่งรัฐในเรื่องนโยบายการศึกษา ศาสนา ศิลปะ และวัฒนธรรมของประเทศและเพื่อเป็นกรอบแนวทางในการปฏิรูปการศึกษาของประเทศ

กฎหมายที่เข้ามาควบคุมการประกอบการของผู้ประกอบการในกรณีสถาบันการศึกษาของรัฐจะอยู่ในพระราชบัญญัติสถาบันการศึกษานั้น ๆ หรือไม่เช่น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นสถาบันการศึกษาของรัฐดังนั้นการควบคุมการประกอบการ หลักสูตรการเรียนการสอนของ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยก็ต้องดูพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2522 หรือมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ก็ต้องดูพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2531 ในพระราชบัญญัติสถาบันการศึกษา วัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง โครงสร้างในการบริหารงาน การดำเนินงานของสถาบันการศึกษา รวมตลอดถึงลักษณะของครุขปริญาซึ่งผู้เขียนได้รวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดตั้งสถาบันการศึกษาเอาไว้ในภาคผนวก ค

หลักเกณฑ์โดยทั่วไปของพระราชบัญญัติสถานศึกษาต่าง ๆ หากจะต้องการเปิดหลักสูตรการเรียนการสอนในสาขาหรือแขนงใหม่ ๆ จะต้องผ่านกระบวนการดังนี้ เนื่องจากสถาบันอุดมศึกษา มีการแบ่งโครงสร้างบริหารออกเป็น สภามหาวิทยาลัย คณะกรรมการประจำคณะ และอาจารย์ประจำคณะ ดังนั้นหากคณะใดต้องการเปิดหลักสูตรใหม่ จะต้องมีความเห็นของคณะกรรมการประจำคณะก่อน เพื่อพิจารณาหลักสูตรเรียบร้อยแล้วก็จะเสนอต่อสภามหาวิทยาลัยซึ่งมีหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นชอบหลักสูตรการศึกษาให้สอดคล้องกับมาตรฐานที่สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษาเป็นผู้กำหนด

หากสถาบันการศึกษาของรัฐต้องการที่จะเปิดหลักสูตรการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ต จะต้องปฏิบัติตามประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่องหลักเกณฑ์การขอเปิดและดำเนินการหลักสูตรระดับปริญญาในระบบการศึกษาทางไกล พ.ศ. 2548 โดยที่สถาบันการศึกษาที่ขอเปิดหลักสูตรการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวไปแล้วข้างต้น

ในส่วนของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนกฎหมายที่เข้ามาควบคุมการประกอบการได้แก่พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 ซึ่งหากต้องการที่จะเปิดดำเนินการในสาขาวิชาใดเพิ่มเติม³²จากที่ขออนุมัติไว้ในการขอรับใบอนุญาต³³ สถาบันอุดมศึกษาเอกชนจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาสถาบันการศึกษา และต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการอุดมศึกษา เช่นเดียวกับกรณีของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ คือต้องปฏิบัติตามประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่องหลักเกณฑ์การขอเปิดและดำเนินการหลักสูตรระดับปริญญาในระบบการศึกษาทางไกล พ.ศ. 2548

³² มาตรา 18 การเปิดดำเนินการในสาขาวิชาใดเพิ่มเติมจากที่ได้รับอนุมัติไว้ตามมาตรา 11 สถาบันอุดมศึกษาเอกชนจะกระทำต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากสภาสถาบันและให้แจ้งคณะกรรมการทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่สภาสถาบันให้ความเห็นชอบ

³³ มาตรา 11 ในการขอรับใบอนุญาต ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องเสนอโครงการจัดตั้งข้อกำหนดและสาขาวิชาที่จะเปิดสอนมาพร้อมกับคำขอด้วย

2.1.1.3 กฎหมายที่กฎหมายที่เข้ามาควบคุมการประกอบการ (Control) ของผู้ประกอบการ: กรณีขององค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันการศึกษา

กฎหมายที่วางกรอบและหลักเกณฑ์ในการจัดการการศึกษาของประเทศไทยได้แก่ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐต้องจัดการศึกษาอบรม และสนับสนุนให้เอกชนจัดการศึกษาอบรมให้เกิดความรู้คู่คุณธรรมดังนั้นกระทรวงศึกษาจึงออกกฎกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการจัดการศึกษา เฉพาะทาง พ.ศ. 2547

และในกรณีของการให้บริการศึกษานอนอินเทอร์เน็ตของเอกชน พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติในมาตรา 45³⁴ ระบุว่า เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องกำหนดนโยบายและมาตรการที่ชัดเจนเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของเอกชนด้านการศึกษา แต่จากการสำรวจกระทรวงศึกษาฯ ยังไม่ได้ออกหลักเกณฑ์และวิธีการในการมีส่วนร่วมของเอกชนด้านการศึกษาแต่อย่างใด

2.1.1.4 กฎหมายที่กฎหมายที่เข้ามาควบคุมการประกอบการ (Control) ของผู้ประกอบการ: กรณีการจัดทำโดยสังคม

จะเห็นได้ว่าการให้บริการศึกษานอนอินเทอร์เน็ตที่จัดทำขึ้นโดยสังคมนั้นเป็นการศึกษาตามอัธยาศัย เป็นโอกาสทางการศึกษาของสังคมไม่เกี่ยวกับการได้วุฒิมัธยมศึกษา ในบทที่ 1 กรณีของ มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน อาจารย์แหวน หรือแม้แต่ Teenpath.net การให้บริการการศึกษาของกรณีศึกษาที่ยกขึ้นมา นั้นเป็นเสรีภาพทางการศึกษา และเป็นเสรีภาพของบุคคลในการเรียน และการสอน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดถึงเสรีภาพในทางวิชาการเอาไว้ในมาตรา 42³⁵ สิ่งที่รัฐธรรมนูญได้วางกรอบและหลักเกณฑ์เอาไว้เพียงแค่ว่าไม่ขัดต่อหน้าที่ของ พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในการจัดการการศึกษาของประเทศ

³⁴ มาตรา 45 ให้สถานศึกษาเอกชนจัดการศึกษาได้ทุกระดับและทุกประเภท การศึกษาตามที่กฎหมายกำหนด โดยรัฐต้องกำหนดนโยบายและมาตรการที่ชัดเจนเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของเอกชน ในด้านการศึกษา

³⁵ มาตรา 42 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ

การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัย ตามหลักวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของ พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

2.1.3.1 กฎหมายที่เข้ามาส่งเสริมการประกอบการ (Promotion) ของผู้ประกอบการ: กรณีของ สถาบันการศึกษา

กฎหมายที่เข้ามาส่งเสริมการประกอบการกฎหมายที่วางกรอบการพัฒนาคนไทยกรอบใหญ่ก็คือพระราชบัญญัติพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ 2521 ซึ่งระบุเอาไว้ใน แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับ 9 พ.ศ. 2545-2549 ส่วนที่ 3 การเสริมสร้างรากฐานของสังคมให้เข้มแข็ง ในแนวทางการพัฒนา 3.1 การพัฒนาคนให้มีคุณภาพและรู้เท่าทันการเปลี่ยนแปลง (2) การปฏิรูปการศึกษาและการเรียนรู้ตลอดชีวิต ต้องจัดหลักสูตรให้มีความหลากหลายให้ชุมชนมีบทบาทในการจัดการศึกษามากขึ้น ใช้สื่อเพื่อการศึกษาทุกรูปแบบ

ในกรณีของสถาบันการศึกษาเอกชนกรณีของ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ รัฐก็ต้องเข้ามาส่งเสริมการประกอบการของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ โดยอาจจะช่วยเหลือเป็นมาตรการในการสนับสนุนด้านเงินลงทุน มาตรการทางภาษี หรือสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 46³⁶

กฎหมายระหว่างประเทศ : ความร่วมมือในกลุ่ม ASEAN

ผู้เขียนพบว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนรัฐมนตรีสื่อสารอาเซียน (ASEAN Telecommunication Ministers (TELMIN) และ (Telecommunications and Information Technology Officials Meeting: TELSOM) ซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐ ที่ต้องการสนับสนุนทางด้านเทคโนโลยีการสื่อสารและการเรียนรู้อีเลิร์นนิ่งของประเทศในภูมิภาคอาเซียนรวมตัวกันจัดสัมมนาอีเลิร์นนิ่งในประเทศไทยเพื่อกำหนดทิศทางและสนับสนุนการเรียนรู้อีเลิร์นนิ่งของแต่ละประเทศ³⁷ ซึ่งการจัดสัมมนาดังกล่าวทำให้เกิดข้อสรุปที่จะให้ประเทศในกลุ่มอาเซียนยอมรับการเรียนรู้ผ่านระบบอีเลิร์นนิ่งและได้วุฒิการศึกษาสามารถนำมาใช้กับประเทศในอาเซียนได้ทั้งหมดแต่ยังไม่มีผลออกมาเป็นนโยบายการศึกษาของประเทศไทยแต่อย่างใด³⁸

³⁶ มาตรา 46 รัฐที่ต้องให้การสนับสนุนด้านเงินอุดหนุน การลดหย่อนหรือการยกเว้นภาษีและสิทธิประโยชน์อย่างอื่นที่เป็นประโยชน์ในทางการศึกษาแก่สถานศึกษาเอกชนตามความเหมาะสมรวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนด้านวิชาการให้สถานศึกษาเอกชนมีมาตรฐานและสามารถพึ่งตนเองได้

³⁷ กลุ่มอาเซียนรวมตัว จัดสัมมนาอีเลิร์นนิ่งระดับภูมิภาค. เทเลคอมเจอร์นอล 1 สิงหาคม 2547.

³⁸ สัมภาษณ์ศ.ศรีศักดิ์ จามรมาน, 2 เมษายน 2547.

2.1.3.2 กฎหมายที่เข้ามาส่งเสริมการประกอบการ (Promotion) ของผู้ประกอบการ: กรณีขององค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันการศึกษา

กฎหมายฉบับแรกที่เข้ามาส่งเสริมการประกอบการในกรณีขององค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันการศึกษาได้แก่ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งระบุเอาไว้ในหมวดที่ 8 เรื่อง ทรัพยากรและการลงทุนเพื่อการศึกษาในมาตรา 58 ให้มีการระดมทรัพยากรและการลงทุนด้านงบประมาณ การเงิน ทรัพย์สินจากหน่วยงานต่างๆทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อมาใช้ในการจัดการศึกษา

กฎหมายฉบับต่อมาคือพระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นการส่งเสริมการลงทุนทั้งคนไทยและคนต่างด้าวเพื่อเป็นการจูงใจให้เข้ามาลงทุนในธุรกิจ ซึ่งจากการสำรวจของผู้เขียนมาตรการของรัฐที่ใช้ตามพระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน ก็คือมาตรการที่ให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้เพื่อแก้ไขปัญหาการขาดแคลนบุคลากรด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ

กฎหมายฉบับต่อมาคือพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เป็นการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมมีโอกาสที่จะลงทุนในธุรกิจให้บริการศึกษานอนอินเทอร์เน็ต โดยในมาตรา 17 กำหนดให้สำนักงานมีอำนาจหน้าที่ ให้ความอุดหนุนหรือช่วยเหลือเพื่อการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม และ เข้าร่วมกิจการกับบุคคลอื่น หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด เพื่อประโยชน์แก่การส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งจากการสำรวจของผู้เขียนสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมส่งเสริมโดยให้กู้ยืมเงินเพื่อนำไปใช้ในกิจการบริหารงานของบริษัทที่จัดทำเนื้อหาสอนภาษาอังกฤษ

กฎหมายฉบับต่อไปที่ผู้เขียนจะกล่าวถึงคือพระราชบัญญัติสถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายจัดตั้งสถาบันที่เปิดโอกาสให้สถาบันสามารถบริหารงานในลักษณะการจัดการธุรกิจด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และในมาตรา 7 ยังให้อำนาจสถาบันมีอำนาจหน้าที่ในการร่วมมือกับหน่วยงานอื่น ในกิจการที่เกี่ยวกับการวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ร่วมมือกับประเทศอื่น องค์กร หรือหน่วยงานต่างประเทศในกิจการทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีได้ด้วย

2.1.3.3 กฎหมายที่เข้ามาส่งเสริมการประกอบการ (Promotion) ของผู้ประกอบการ: กรณีจัดการศึกษาโดยสังคม

การให้บริการการศึกษานอนอินเทอร์เน็ตที่จัดทำโดยสังคมนั้นโดยธรรมชาติของการจัดการศึกษาเป็นการศึกษานอกระบบ³⁹ และการศึกษาตามอัธยาศัยดังนั้นผู้เขียนจะนำไปเขียนรวมกับการให้บริการศึกษาแบบไม่มีหลักสูตรในหัวข้อต่อไป

2.1.2 การให้บริการการศึกษาแบบไม่มีหลักสูตร

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการทั้งสามกรณี สถาบันการศึกษา องค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันการศึกษา และการจัดทำโดยสังคมนั้นหากเป็นการเรียนการสอนแบบไม่มีหลักสูตรเป็นการศึกษาตามอัธยาศัย⁴⁰ ซึ่งกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องก็เช่นเดียวกันกับกรณีของการให้บริการการศึกษาแบบมีหลักสูตรซึ่งก็คือ "รัฐธรรมนูญ" ที่วางหลักประกันในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ในมาตรา 4 เรื่องเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ มาตรา 50 และในวรรคสองของมาตรา 50 รัฐไม่สามารถจะจำกัดสิทธิของเอกชนในเรื่องใดใดก็ตามหากไม่มีกฎหมายกำหนดเอาไว้ และมาตรา 87 ซึ่งเป็นเรื่องเศรษฐกิจการค้าเสรี ทั้งสามมาตราของรัฐธรรมนูญนี้เป็นการให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของเอกชนไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจการให้บริการการศึกษานอนอินเทอร์เน็ต เป็นเสรีภาพในทางวิชาการซึ่งใครก็สามารถมีห้องเรียนบนอินเทอร์เน็ตได้

กฎหมายที่เข้ามาควบคุมการประกอบการ (Control) ของผู้ประกอบการจะเห็นได้ว่าการให้บริการการศึกษานอนอินเทอร์เน็ตที่จัดทำขึ้นโดยสังคมนั้นเป็นการศึกษาตามอัธยาศัย เป็นโอกาสทางการศึกษาของสังคมไม่เกี่ยวกับการได้วุฒิบัตร ตามกรณีศึกษาในบทที่ 1 กรณีของ มหาวิทยาลัยเที่ยงคืน อาจารย์แหวน หรือแม้แต่ Teenpath.net การให้บริการการศึกษาของกรณีศึกษาที่ยกขึ้นมาเป็นเสรีภาพทางการศึกษา และเป็นเสรีภาพของบุคคลในการเรียน และการสอน ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนด

³⁹ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 15 ได้กำหนดความหมายของการศึกษานอกระบบ เป็นการศึกษาที่มีความยืดหยุ่นในการกำหนดจุดมุ่งหมาย รูปแบบ วิธีการจัดการศึกษา ระยะเวลาของการศึกษา การวัดผลและประเมินผล ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญของการสำเร็จการศึกษา เนื้อหาและหลักสูตรจะต้องมีความเหมาะสมสอดคล้องกับสภาพปัญหาและความต้องการของบุคคลแต่ละกลุ่ม

⁴⁰ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 15 ได้กำหนดความหมายของการศึกษาตามอัธยาศัย เป็นการศึกษาที่ให้ผู้เรียนได้เรียนรู้ด้วยตนเองตามความสนใจ ศักยภาพ ความพร้อม และโอกาส โดยศึกษาจากบุคคล ประสบการณ์ สังคม สภาพแวดล้อม สื่อ หรือแหล่งความรู้อื่นๆ

ถึงเสรีภาพในทางวิชาการเอาไว้ในมาตรา 42⁴¹ สิ่งที่รัฐธรรมนูญได้วางกรอบและหลักเกณฑ์เอาไว้เพียงแค่นี้ไม่ได้ขัดต่อหน้าที่ของ พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในการจัดการการศึกษาของประเทศ

นอกจากรัฐธรรมนูญกฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีสารสนเทศเช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งการให้บริการการศึกษานบนอินเทอร์เน็ตถือเป็นธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์⁴² ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จึงต้องนำมาใช้ควบคุมผู้ประกอบการด้วย ในส่วนกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศอื่น ๆ ที่แม้กระทั่งในปัจจุบันยังเป็นร่างกฎหมายอยู่เช่น ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ซึ่งกำหนดโทษในทางอาญาสำหรับผู้กระทำความผิด

กฎหมายที่เข้ามาส่งเสริมการประกอบการ (Promotion) ของผู้ประกอบการลักษณะของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้เงินสนับสนุนการดำเนินการของการให้บริการการศึกษานบนอินเทอร์เน็ตและเป็นหน่วยงานที่ให้บริการการศึกษานบนอินเทอร์เน็ตยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของ "วิชาการดอทคอม" ซึ่งเป็นเว็บไซต์ที่รวบรวมสาระการเรียนรู้เพื่อการศึกษาของประเทศไทยนั้นได้รับการสนับสนุนจาก สถาบันส่งเสริมการสอนวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (สสวท.) ซึ่งเป็นสถาบันที่จัดตั้งขึ้นโดยประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 42 ลงวันที่ 16 มกราคม พ.ศ. 2515 ภายใต้ความร่วมมือและการสนับสนุนทั้งด้านงบประมาณ และผู้เชี่ยวชาญจากโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (UNDP) ปัจจุบันเป็นหน่วยงานในกำกับกระทรวงศึกษาธิการ ตามพระราชบัญญัติสถาบันส่งเสริมการสอนวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2548

นอกจากนี้การเกิดขึ้นของศูนย์อิเล็กทรอนิกส์และเทคโนโลยีแห่งชาติ (NECTEC) จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี พ.ศ. 2534 มีการจัดทำเว็บไซต์ที่เป็นเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับ E-learning⁴³ และยังเป็นจุดเริ่มต้นของการศึกษาแบบอรรถยาศัยในประเทศไทย นอกจากนี้ยังให้บริการดาวน์โหลดโปรแกรมเพื่อการจัดทำ E-learning

⁴¹ มาตรา 42 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในทางวิชาการ

การศึกษาอบรม การเรียนการสอน การวิจัย และการเผยแพร่งานวิจัย ตามหลักวิชาการย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ เท่าที่ไม่ขัดต่อหน้าที่ของ พลเมืองหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

⁴² มาตรา 4 "ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์" หมายความว่า ธุรกรรมที่กระทำขึ้นโดยใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งหมด หรือแต่บางส่วน

⁴³ <http://elearning.nectec.or.th/>

ในกรณีของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) เป็นหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรี โดยจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ.2544 ด้วยเจตนารมณ์ให้มีกองทุนเพื่อทำหน้าที่ ส่งเสริมสนับสนุนให้ประชาชนมีพฤติกรรมสร้างเสริมสุขภาพ และลด ละ เลิกพฤติกรรมที่เสี่ยงต่อการทำลายสุขภาพ อันจะนำไปสู่การมีสุขภาพกายแข็งแรง สุขภาพจิตสมบูรณ์ และมีคุณภาพชีวิตที่ดี

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการวิจัย พ.ศ. 2535 มีฐานะเป็นหน่วยงานของรัฐที่อยู่นอกระบบราชการในกำกับของสำนักนายกรัฐมนตรี โดยมีวัตถุประสงค์ "เพื่อสนับสนุนการวิจัยที่จะนำไปสู่การพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ การปกครอง เทคโนโลยี และวิชาการของประเทศ"

จากการสำรวจสถานการณ์ด้านข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายจะเห็นได้ว่าลักษณะของการให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตในสังคมไทยส่วนใหญ่เป็นกรณีของการจัดทำโดยสังคมซึ่งองค์กรทุนต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายต่างตระหนักถึงความสำคัญของการจัดการเรียนการสอนบนอินเทอร์เน็ตดังนั้นจึงมีการส่งเสริมหน่วยงานและบุคคลธรรมดาให้มีการจัดทำการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตมากมาย

กฎหมายที่ออกมาใช้บังคับกับกรณีการศึกษาแบบมีหลักสูตรเท่านั้นที่มีลักษณะพิเศษคือหากต้องการจัดทำจะต้องปฏิบัติตามกฎกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยการจัดการศึกษาเฉพาะทาง พ.ศ. 2547 หรือจะต้องปฏิบัติตามประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่องหลักเกณฑ์การขอเปิดและดำเนินการหลักสูตรระดับปริญญาในระบบการศึกษาทางไกล พ.ศ. 2548 ในกรณีการศึกษาแบบไม่มีหลักสูตรนั้นไม่มีกฎเกณฑ์ที่กำหนดเอาไว้เป็นพิเศษว่าการให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตจะต้องปฏิบัติตาม แสดงว่ากฎหมายทั่วไปที่มีอยู่แล้วนั้นเอื้อต่อการประกอบธุรกิจให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ต เช่น กรณีของการให้ใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวให้มีระยะเวลาขึ้นก็เป็นไปตามกฎหมายทั่วไป ในพระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2521

ในส่วนของกฎหมายระหว่างประเทศก็เช่นเดียวกันไม่ว่าจะเป็นหลักเรื่องจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักต่างตอบแทน พันธกรณีต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคีต่างก็ไม่ได้มีความตกลงใดที่เป็นเรื่องเฉพาะของ E-learning ดังนั้นจึงมีแต่หลักเกณฑ์ทั่วไป เช่นกรณีการเปิดตลาดเสรีที่สามารถใช้ได้กับธุรกิจทุกประเภท แต่หากต้องการให้เกิดการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนก็จำเป็นต้องมีกฎหมายเพิ่มเติม ไม่จำเป็นต้องออกมาในรูปของพระราชบัญญัติ แต่อาจจะเป็นกฎหมายในรูปของนโยบายของรัฐ เช่นในรูปของพระราชกฤษฎีกา ประกาศกระทรวง เป็นเรื่องเฉพาะต่าง ๆ เช่นประกาศของ

กรมสรรพากรเรื่องมาตรการภาษีในการสนับสนุนการศึกษา E-learning ที่ภาคเอกชนสามารถนำไปลดหย่อนภาษีได้ นอกจากนี้องค์การระหว่างประเทศต่างพยายามผลักดัน และส่งเสริมให้ E-learning เกิดขึ้นและไม่มีองค์การระหว่างประเทศใดที่ไม่ตระหนักถึงความสำคัญของ E-learning จนถึงขนาดที่วารัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนรวมตัวกันจัดสัมมนาอีเลิร์นนิ่งในประเทศไทยเพื่อกำหนดทิศทางและสนับสนุนการเรียนอีเลิร์นนิ่งของแต่ละประเทศ

2.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้เรียน

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้เรียนนั้น ผู้เขียนมีจุดประสงค์ที่จะตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งกฎหมายภายในประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศใดบ้างที่เกี่ยวข้องกับผู้เรียนโดยผู้เขียนจะเริ่มต้นจากหากผู้เรียนถูกหลอกลวงให้ชำระเงินเพื่อเรียนผ่านอินเทอร์เน็ต แต่ไม่สามารถที่จะเข้าเรียนได้ หรือในกรณีที่มีการโฆษณาว่าสามารถเรียนและได้รับปริญญาภายใน 9 เดือนแต่เมื่อจ่ายเงินเพื่อลงทะเบียนไปแล้วกลับไม่ได้ผลตามที่โฆษณาในกรณีนี้จะมีกฎหมายใดบ้างที่คุ้มครองผู้เรียน

กฎหมายฉบับแรกที่คุ้มครองผู้เรียนเลยคือพระราชบัญญัติการคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับ 2) พ.ศ. 2541 มาตรา 47⁴⁴ เป็นเรื่องของการโฆษณาเกินจริง ซึ่งหากก่อให้เกิดความเข้าใจผิดไม่ว่าในเรื่องแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นเกี่ยวกับบริการ ผู้โฆษณาจะมีโทษทั้งจำคุกและปรับ

เนื่องจากธรรมชาติของ E-learning จะต้องมีการเรียนการสอนผ่านสื่ออินเทอร์เน็ตดังนั้นกฎหมายที่เข้ามาควบคุมอีกกฎหมายหนึ่งก็คือพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545

⁴⁴ มาตรา 47 ผู้ใดโดยเจตนาก่อให้เกิดความเข้าใจผิดในแหล่งกำเนิด สภาพ คุณภาพ ปริมาณ หรือสาระสำคัญประการอื่นอันเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ ไม่ว่าจะ เป็นของ ตนเองหรือผู้อื่น โฆษณา หรือใช้ฉลากที่มีข้อความอันเป็นเท็จหรือข้อความที่รู้หรือควรรู้อยู่แล้วว่า อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิด เช่นว่านั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกิน ห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งกระทำความผิดซ้ำอีก ผู้กระทำความต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ซึ่งการเรียนการสอนผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์นั้นตรงกับความหมายของคำว่าขายตรง⁴⁵ และตลาดแบบตรง⁴⁶ ดังนั้นการประกอบการธุรกิจให้บริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ตจึงต้องดูกฎหมายฉบับนี้ด้วย โดยเป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการจะต้องไปจดทะเบียนกับนายทะเบียนถึงลักษณะของบริการ คณะกรรมการที่ควบคุมดูแลพระราชบัญญัตินี้คือคณะกรรมการขายตรงและตลาดแบบตรงนายทะเบียนคือเลขาธิการคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค การที่กำหนดแบบนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้เรียนไม่ให้ถูกหลอกลวงจากการซื้อบริการการศึกษาบนอินเทอร์เน็ต

ข้อสังเกตคือหากเป็นการให้บริการการศึกษาที่มาจากต่างประเทศก็จะไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้และใครจะเป็นคนคุ้มครองเอกชน

2.3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหา

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหา ผู้เขียนมีจุดประสงค์ที่จะตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งกฎหมายภายในประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศใดบ้าง หากเนื้อหาที่นำมาทำ E-learning เป็นการสอนให้ทำระเบิด หรือเป็นการสอนให้ฆ่าคนอื่น จะมีกฎหมายใดบ้างที่เข้ามาควบคุมเนื้อหาเหล่านี้

จะเห็นได้ว่ากฎหมายที่เข้ามาควบคุมเนื้อหานั้นเป็นกฎหมายที่มีอยู่แล้วหากเป็นการเรียนการสอนแบบในห้องเรียนแต่ลักษณะพิเศษของเรื่องก็คือเนื้อหาเหล่านี้ทำอยู่ในรูปของสื่ออิเล็กทรอนิกส์ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายก็ต้องใช้ประกอบกันระหว่างกฎหมายที่มีอยู่แล้วกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องเทคโนโลยีสารสนเทศเช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ดังนั้นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์จึงต้องนำมาใช้ควบคุมผู้ประกอบการด้วย ในส่วนกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศอื่น ๆ ที่แม้กระทั่งในปัจจุบันยังเป็นร่างกฎหมายอยู่เช่น ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ซึ่งกำหนดโทษในทางอาญาสำหรับ

⁴⁵ "ขายตรง" หมายความว่า การทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการนำเสนอขายต่อผู้บริโภค โดยตรง ที่อยู่อาศัยหรือสถานที่ทำงานของผู้บริโภคหรือของผู้อื่น หรือสถานที่อื่นที่มีสถานที่ประกอบการค้าเป็นปกติธุระ โดยผ่านตัวแทนขายตรงหรือผู้จำหน่ายอิสระชั้นเดียวหรือหลายชั้น แต่ไม่รวมถึงนิติกรรมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁴⁶ "ตลาดแบบตรง" หมายความว่า การทำตลาดสินค้าหรือบริการในลักษณะของการสื่อสารข้อมูลเพื่อเสนอ ขายสินค้าหรือบริการโดยตรงต่อ ผู้บริโภคซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทางและมุ่งหวังให้ผู้บริโภคแต่ละราย ตอบกลับเพื่อซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ประกอบการธุรกิจ ตลาดแบบตรงนั้น

ผู้กระทำความผิด หรือร่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลแต่อย่างไรก็ดีกฎหมายที่กล่าวมาทั้งสองฉบับนั้นยังไม่มีผลใช้บังคับดังนั้นในปัจจุบันจึงอยู่ในช่วงสุญญากาศทางกฎหมาย

จากการศึกษาในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่าการให้บริการการศึกษานอนอินเทอร์เน็ตในสังคมกฎหมายที่วางกรอบนโยบายทางการศึกษาของประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์โดยทั่วไปทั้งในเรื่อง การเข้าสู่ตลาดของธุรกิจ การควบคุมมาตรฐานการศึกษา หรือแม้กระทั่งการส่งเสริมการศึกษาในทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการศึกษาในระบบ การศึกษานอกระบบ หรือ การศึกษาตามอัธยาศัย สำหรับการให้บริการการศึกษานอนอินเทอร์เน็ต E-learning หากสถานศึกษาต้องการเปิดหลักสูตรการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ต สถานศึกษานั้นต้องทำตามประกาศกระทรวงศึกษาธิการในเรื่องหลักเกณฑ์การขอเปิดและดำเนินการหลักสูตรปริญญาในระบบการศึกษาทางไกล พ.ศ. 2548 แต่ในกรณีขององค์กรอื่นที่มีใช้สถาบันการศึกษาที่เป็นของรัฐก็จะต้องปฏิบัติตามกฎกระทรวงศึกษาว่าด้วยการจัดการศึกษาเฉพาะทาง พ.ศ. 2547 การออกหลักเกณฑ์ดังกล่าวออกมาเป็นกฎหมายลำดับรองทำให้ทันต่อสภาพเทคโนโลยีในปัจจุบัน อย่างไรก็ตามอย่างไรก็ดีหลักเกณฑ์ทั้งสองอย่างที่ออกมาใช้บังคับนั้นไม่รวมถึงการจัดการศึกษาโดยเอกชน หากรัฐต้องการจัดการศึกษาให้ครบวงจร และสนับสนุนให้ทุกฝ่ายจัดการเรียนการสอนผ่านทางอินเทอร์เน็ตแล้ว จะเป็นจะต้องออกหลักเกณฑ์เพิ่มเติมสำหรับเอกชนที่ต้องการจัดการเรียนการสอนผ่านอินเทอร์เน็ตมาใช้บังคับเช่นเดียวกัน ซึ่งมาตรการของภาครัฐจะเป็นอย่างไรนั้นผู้เขียนจะนำเสนอต่อไปในบทที่ 3