

# วารสารกฤษฎีกา

OCS e-JOURNAL

เล่ม ๒ ตอน ๔

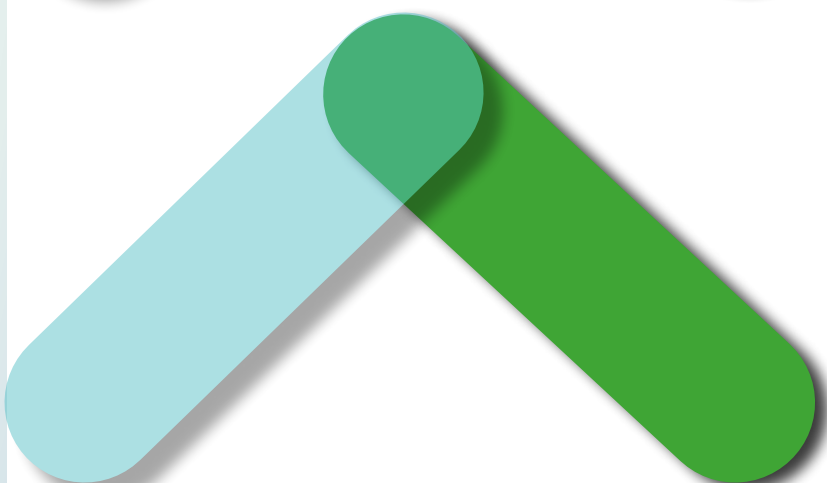
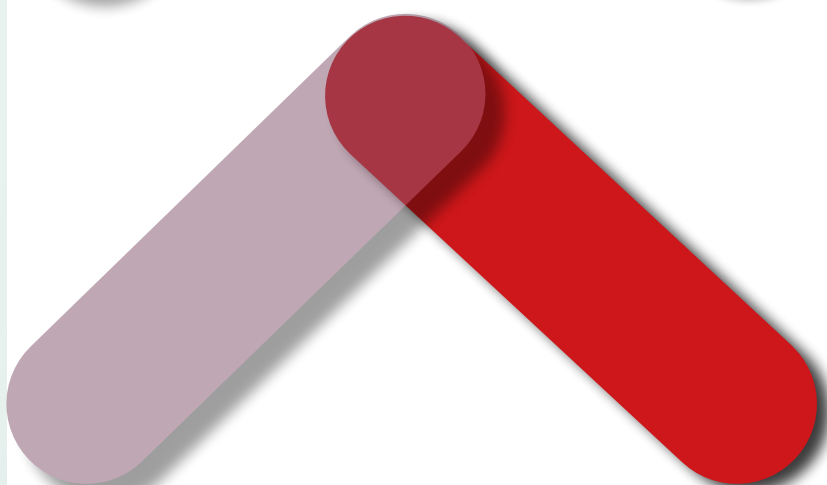
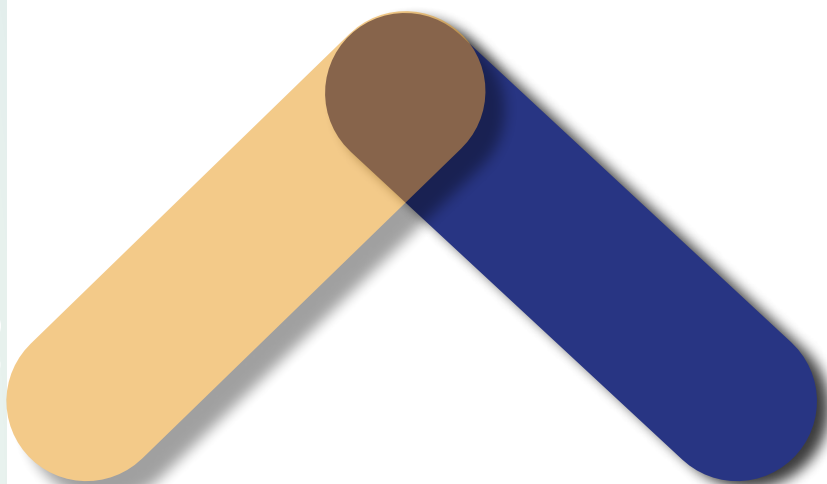
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา



# OCS e-Journal

October 2022

Volume 2 Part 4



Better Regulation for Better Life  
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น



# บทบรรณาธิการ

สวัสดีค่ะ ท่านผู้อ่าน วารสารกฤษฎีกา เล่ม ๒ ตอน ๔ ได้คัดสรรบทความในหลายแง่มุมทั้งด้านสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม มาให้ผู้อ่านได้ติดตามสาระความรู้และประเด็นที่น่าสนใจ

- บทความแรกในเล่มนี้ เรื่อง **การกู้เงินจากกองทุนประกันสังคมตามกฎหมายฟิลิปปินส์** โดย ดร. ปกิตตา นิภาวรรณ โชติภักดีกุล เป็นการศึกษากฎหมายต่างประเทศเพื่อประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... ที่มีหลักการให้ผู้ประกันตนบางกลุ่มสามารถนำเงินประกันสังคมที่สะสมไว้ออกมาใช้ได้ก่อน โดยวิธี ๓ ขอ (ขอเลือก ขอคืน และขอกู้) เพื่อนำเงินชราภาพมาใช้ก่อน ผู้เขียนได้นำเสนอว่ากฎหมายประกันสังคมของต่างประเทศส่วนใหญ่ไม่อนุญาตให้นำเงินชราภาพออกมาใช้ได้ เพราะขัดต่อวัตถุประสงค์ของเงินชราภาพที่เป็นเงินออมไว้ใช้จ่ายสำหรับผู้ประกันตนในช่วงบั้นปลาย แต่มีกฎหมายประกันสังคมของฟิลิปปินส์เปิดโอกาสให้ผู้ประกันตนสามารถขอกู้เงินจากกองทุนประกันสังคมได้ ซึ่งอาจเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหานี้ที่จะนำเงินชราภาพมาใช้ในการฉุกเฉินได้

- บทความ เรื่อง **การซื้อหุ้นคืนของบริษัทมหาชนจำกัด : เจตนารมณ์และข้อสังเกตตามกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕** โดย นายสมภพ ศิริรัตนกุลวงศ์ บทความนี้จะประโยชน์ต่อผู้อ่านอย่างยิ่งโดยเฉพาะในวงการของบริษัทมหาชนจำกัด ที่จะช่วยให้เข้าใจถึงเจตนารมณ์ของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงเรื่องนี้ โดยผู้เขียนได้นำความเป็นมา การอภิปรายในที่ประชุมของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์การทางธุรกิจ ในขั้นตอนการตรวจพิจารณาร่างกฎกระทรวง และข้อสังเกตของผู้เขียนที่ปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายเลขานุการในการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนี้ มาเล่าให้ฟังโดยละเอียด ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อบริษัทมหาชนจำกัด ผู้ถือหุ้น และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของบริษัทมหาชนจำกัด

- บทความ เรื่อง **มาตรการการกำกับดูแลการให้บริการกระจายเสียงหรือบริการโทรทัศนผ่านโครงข่ายอื่นที่ไม่ใช่โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน (Over-The-Top : OTT)** โดย นางวรรณนิมน์ บุญญาธิการ ได้อธิบายถึงลักษณะการให้บริการ OTT กลไกและข้อจำกัดทางกฎหมายที่กำกับดูแลการให้บริการ OTT ของประเทศไทย รวมทั้งเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ เกาหลีใต้ และประเทศออสเตรเลีย ที่ใช้ในการกำกับดูแลบริการ OTT โดยเฉพาะด้านการกำกับดูแลและควบคุมเนื้อหารายการ

- บทความ เรื่อง **กฎหมายคู่ชีวิต (Pacte civil de solidarité : PACS) และกฎหมายว่าด้วยการสมรสของคนเพศเดียวกัน (Mariage de même sexe) ในประเทศฝรั่งเศส** โดย นางสาวรัชนิกร ลาภวนิชชา ได้อธิบายถึงกฎหมายคู่ชีวิต (PACS) ที่ประกาศใช้ในประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. ๑๙๙๙ สถานะและเงื่อนไขของการจดทะเบียน PACS ความสัมพันธ์และสิทธิประโยชน์ในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งอธิบายถึงกฎหมายว่าด้วยการสมรสของคนเพศเดียวกัน (รัฐบัญญัติ วันที่ ๑๗ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ (la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013)) ในแง่มุมที่น่าสนใจที่มีการใช้กฎหมาย PACS ควบคู่กันไปกับการจดทะเบียนสมรส อันส่งผลให้บุคคลทั้งเพศเดียวกันและต่างเพศกันสามารถเลือกจดทะเบียน PACS หรือจดทะเบียนสมรสได้ และได้คลายความสับสนของการหมั้นในประเทศฝรั่งเศสว่า แท้จริงแล้วไม่มีการหมั้นตามกฎหมาย แม้จะมีคนใช้คำว่า “คู่หมั้น” หรือ fiancé(e) ก็ตาม

- บทความ เรื่อง **การปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup : ตอนที่ ๑ : ปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย** โดยทีมฝ่ายเลขานุการ คณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางการปรับปรุงหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจ Startup บทความนี้จะนำเสนออย่างต่อเนื่องเป็น ๓ ตอน ในวารสารกฤษฎีกา โดยการศึกษาเรื่องนี้เกิดขึ้นจากแนวความคิดของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายที่จะจัดทำข้อเสนอในการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ที่เกิดขึ้นจากกฎหมายและกฎระเบียบของภาครัฐ ให้เป็นรูปธรรม สำหรับตอนที่ ๑ นี้ ได้กล่าวถึงความแตกต่างของธุรกิจ Startup กับธุรกิจทั่วไป ปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ทั้งทางกฎหมาย การระดมทุน และปัญหาและอุปสรรคอย่างอื่น ซึ่งชี้ให้เห็นปัญหาที่น่าสนใจโดยเฉพาะการนำสัญญามาตรฐานที่นักลงทุนและธุรกิจ Startup ในระดับนานาชาติใช้เป็นเครื่องมือในการเจรจาต่อรองและทำสัญญาเข้าร่วมลงทุน เช่น SAFE (Simple Agreement for Future Equity) และ KISS (Keep-It-Simple-Security) มาใช้ในประเทศไทย
- บทความ เรื่อง **ป่าชุมชน ช้างเลี้ยง วิถีชีวิตที่เปลี่ยนแปลง** โดย สว.ญ.กิตติญา จรรยาเมธากุล ได้ปูพื้นฐานให้เข้าใจในวิถีชีวิตของช้างเลี้ยงก่อนจะนำไปสู่บทความในเล่มถัดไป โดยได้นำเสนอวิถีชีวิตของช้างเลี้ยงในอดีตที่เคยใช้ชีวิตอยู่ในป่า และความสัมพันธ์ของช้างเลี้ยงกับป่าชุมชนเมื่อช้างเลี้ยงต้องย้ายจากป่ามาอาศัยอยู่ในป่าชุมชน การเปลี่ยนแปลงของวิถีชีวิตของคนและช้างเนื่องจากกฎระเบียบที่เปลี่ยนแปลงไป และการหาทางออกร่วมกันเพื่อให้ดำเนินวิถีชีวิตให้สอดคล้องกับกฎหมาย
- เรื่องน่ารู้ **Cost of Climate Change** โดย นางสาวเกล็ดฟ้า เหาะสูงเนิน ได้นำเสนอการเปิดเผยข้อมูลที่น่าสนใจเกี่ยวกับต้นทุนในการรับมือกับผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ที่เป็นการเร่งงบประมาณและประชาชนทุกคนที่ต้องร่วมด้วยรับพิชิตขอบ เพื่อกระตุ้นเตือนให้เกิดการร่วมมือแก้ไขปัญหายอย่างจริงจัง โดยเฉพาะการกำหนดนโยบายของรัฐบาลเพื่อรับมือกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและเศรษฐกิจ

**พบกับใหม่ กับวารสารกฤษฎีกา เล่ม ๓ ตอน ๑ มกราคม ๒๕๖๖ นะคะ**



# สารบัญ

## บทความทางกฎหมาย

- 1 การกู้เงินจากกองทุนประกันสังคมตามกฎหมายฟิลิปปินส์  
โดย ปกิตตา นิภาวรรณ โชติทิตติกุล
- 23 การซื้อหุ้นคืนของบริษัทมหาชนจำกัด : เจตนารมณ์และข้อสังเกต  
ตามกฎหมายกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน  
การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืน  
ของบริษัท (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕  
โดย สมภพ ศิริรัตนบุญลงค์
- 59 มาตรการการกำกับดูแลการให้บริการกระจายเสียงหรือ  
บริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายอื่นที่ไม่ใช่โครงข่าย  
กระจายเสียงหรือโทรทัศน์ (Over-The-Top : OTT)  
โดย วรณัน มน บุญญาธิการ
- 75 กฎหมายคู่ชีวิต (Pacte civil de solidarité : PACS)  
และกฎหมายว่าด้วยการสมรสของคนเพศเดียวกัน  
(Mariage de même sexe) ในประเทศฝรั่งเศส  
โดย รัชนิกร ลาภวนิชชา
- 108 การปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup :  
ตอนที่ ๑ : ปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย  
โดย อภิชน จันทรเสน/พิชยามนต์ จาริกสุนทรสกุล/ สมภพ ศิริรัตนบุญลงค์
- 135 ป่าชุมชน ช้างเลี้ยง วิถีชีวิตที่แปรเปลี่ยน  
โดย สพ.ญ.กิตติญา จรรยาเมธากุล

## เรื่องน่ารู้

- 142 Cost of Climate Change  
โดย เกล็ดฟ้า เหาะสูงเนิน





## การกู้เงินจากกองทุนประกันสังคมตามกฎหมายฟิลิปปินส์\*

ดร. ปกิตตา นิภาวรรณ โชติกิตติกุล\*\*

## ๑. ที่มาของการเสนอแก้ไขกฎหมาย

เนื่องจากสถานการณ์ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา (Covid-19) ในช่วงปลายปี พ.ศ. ๒๕๖๒ จนถึงปัจจุบัน แรงงานจำนวนมากถูกเลิกจ้างหรือถูกลดเวลาทำงานส่งผลให้ขาดรายได้ในการดำรงชีวิตประจำวันและรายได้ที่จะสามารถนำมาจุนเจือครอบครัวลดลงอย่างมาก สำนักงานประกันสังคม กระทรวงแรงงาน จึงได้พยายามหาวิธีในการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ประกันตนที่ประสบปัญหาทางเศรษฐกิจดังกล่าวให้สามารถใช้ชีวิตได้อย่างพอเพียงในช่วงเวลาที่ยากลำบาก โดยการเสนอแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ ให้ผู้ประกันตนตามมาตรา ๓๓<sup>๑</sup> และมาตรา ๓๙<sup>๒</sup> แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ สามารถนำเงินประกันสังคมที่ตนได้สะสมไว้ออกมาใช้ได้ก่อน ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๑๐ พฤษภาคม ๒๕๖๕ อนุมัติหลักการ ๓ ขอบ (ขอลើก ขอลืบ และขอกู้) ได้แก่

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย (สิงหาคม ๒๕๖๕)

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายสวัสดิการสังคม กองกฎหมายสวัสดิการ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (๒๕๖๓); ปริญญาเอก กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยกลาสโกว สหราชอาณาจักร (๒๕๕๙); ปริญญาโท กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (๒๕๕๑) และปริญญาตรี กฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยมอง-มูแลง ลียง ๓ สาธารณรัฐฝรั่งเศส (๒๕๔๙)

<sup>๑</sup> มาตรา ๓๓ ให้ลูกจ้างซึ่งมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบห้าปีบริบูรณ์และไม่เกินหกสิบปีบริบูรณ์เป็นผู้ประกันตน

ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ประกันตนอยู่แล้วตามวรรคหนึ่ง เมื่อมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์ และยังเป็นลูกจ้างของนายจ้างซึ่งอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่าลูกจ้างนั้นเป็นผู้ประกันตนต่อไป

<sup>๒</sup> มาตรา ๓๙ ผู้ใดเคยเป็นผู้ประกันตนตามมาตรา ๓๓ โดยจ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่าสิบสองเดือน และต่อมาความเป็นผู้ประกันตนได้สิ้นสุดลงตามมาตรา ๓๘ (๒) ถ้าผู้นั้นประสงค์จะเป็นผู้ประกันตนต่อไป ให้แสดงความจำนงต่อสำนักงานตามระเบียบที่เลขาธิการกำหนดภายในหกเดือนนับแต่วันสิ้นสุดความเป็นผู้ประกันตน

จำนวนเงินที่ใช้เป็นฐานในการคำนวณเงินสมทบที่ผู้ประกันตนตามวรรคหนึ่งต้องนำส่งเข้ากองทุนตามมาตรา ๔๖ วรรคสาม ให้เป็นไปตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงความเหมาะสมกับสภาพทางเศรษฐกิจในขณะนั้นด้วย

ให้ผู้ประกันตนตามวรรคหนึ่งนำส่งเงินสมทบเข้ากองทุนเดือนละครั้งภายในวันที่สิบห้าของเดือนถัดไป

**ข้อที่ ๑ “ขอเลือก”** หมายถึง การให้ผู้ประกันตนมีสิทธิเลือกรับเงินบำนาญชราภาพหรือเงินบำเหน็จชราภาพได้ โดยจะต้องเป็นผู้ประกันตนที่จ่ายเงินสมทบครบมาแล้วไม่น้อยกว่า ๑๘๐ เดือน และมีอายุครบ ๕๕ ปีบริบูรณ์ อันเป็นการเปิดช่องให้ผู้ประกันตนสามารถนำเงินไปใช้ได้ตามความเหมาะสมของตนเองว่าต้องการจะรับเงินก้อนครั้งเดียวหรือทยอยรับเงินแต่ละเดือน

**ข้อที่ ๒ “ขอคืน”** หมายถึง การให้ผู้ประกันตนมีสิทธิยื่นขอรับเงินกรณีชราภาพบางส่วนมาใช้ก่อน โดยอาจถูกหักค่าเสียโอกาสในการลงทุนของกองทุนออกจากเงินจำนวนที่จะจ่ายคืนให้แก่ผู้ประกันตน

**ข้อที่ ๓ “ขอกู้”** หมายถึง การให้ผู้ประกันตนมีสิทธินำเงินชราภาพไปเป็นหลักค้ำประกันการกู้เงินกับธนาคารหรือสถาบันการเงิน

โดยข้อที่ ๒ (ขอคืน) และข้อที่ ๓ (ขอกู้) มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาทางการเงินให้แก่ผู้ประกันตนในกรณีฉุกเฉิน และเพื่อป้องกันปัญหาการกู้ยืมเงินนอกระบบ เนื่องจากผู้ประกันตนดังกล่าวยังไม่เข้าเงื่อนไขตามข้อที่ ๑ จึงไม่มีสิทธิที่จะเลือกรับเงินบำนาญชราภาพหรือเงินบำเหน็จชราภาพได้ กรณีข้อที่ ๒ (ขอคืน) และข้อที่ ๓ (ขอกู้) นี้องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organisation : ILO) และหน่วยงานภาครัฐจำนวนมากได้ออกมาแสดงความคิดเห็นว่า เงินชราภาพมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ประกันตนมีเงินไว้ใช้ในช่วงหลังเกษียณอายุการทำงานแล้ว จึงข้อห่วงกังวลว่า ประการแรก หากนำเงินจำนวนดังกล่าวออกมาใช้ก่อนจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางรายได้ของผู้ประกันตนในยามชราภาพ และอาจจะต้องกลับมาเป็นภาระของรัฐบาลอีกครั้ง และประการที่สอง หากมีผู้ประกันตนขอใช้สิทธิจำนวนมากจะส่งผลกระทบต่อสถานภาพความมั่นคงของกองทุนประกันสังคมระยะยาว ซึ่งในที่สุดจะส่งผลกระทบต่อเงินสะสมของผู้ประกันตนรายอื่น ๆ ที่มีได้เลือกใช้สิทธิหรือไม่ อย่างไร

ขณะนี้ร่างพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... อยู่ระหว่างการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๙) ซึ่งได้มีการพิจารณาความเป็นไปได้และทบทวนผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นอย่างรอบด้าน รวมทั้งได้มีการมอบหมายให้ฝ่ายเลขานุการฯ ศึกษากฎหมายต่างประเทศเพื่อประกอบการพิจารณาด้วย จากการตรวจสอบปรากฏว่า กฎหมายประกันสังคมของต่างประเทศส่วนใหญ่ไม่อนุญาตให้นำเงินชราภาพออกมาใช้ได้ก่อนเนื่องจากขัดต่อวัตถุประสงค์ของเงินชราภาพที่เป็นเงินออมไว้ใช้จ่ายสำหรับผู้ประกันตนในช่วงบั้นปลายของชีวิตที่ไม่ได้ทำงานแล้ว อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี แนวทางการแก้ไขปัญหาการนำเงินชราภาพออกมาใช้กรณีฉุกเฉินตามที่สำนักงานประกันสังคมได้เสนอปรากฏในกฎหมายประกันสังคมของประเทศฟิลิปปินส์ (Social Security Act 2018) อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

## ๒. ภาพรวมประกันสังคมประเทศฟิลิปปินส์

ระบบประกันสังคมของฟิลิปปินส์ (The Social Security System (SSS) หรือ *Paseguruhan ng Kapanatagan Panlipunan* ในภาษาฟิลิปปินส์) เป็นแบบกำหนดผลประโยชน์เอาไว้ล่วงหน้า (defined-benefit (DB)) โดยรัฐบาลจะจ่ายสมทบในกรณีที่กองทุนประกันสังคมขาดทุน หน่วยงานที่รับผิดชอบมี ๒ หน่วยงาน คือ (๑) Government Social Insurance System (GSIS) รับผิดชอบระบบประกันสังคมของข้าราชการพลเรือน และ (๒) Social Security System (SSS) รับผิดชอบระบบประกันสังคมภาคเอกชน ซึ่งเป็นประกันสังคมแบบบังคับ มีการกำหนดอายุเกษียณไว้ที่ ๖๐ ปี ขณะนี้ประเทศฟิลิปปินส์มีความพยายามที่จะขยายความครอบคลุมของประกันสังคมภาคบังคับไปยังผู้ประกอบการอาชีพอิสระด้วย<sup>๓</sup>

ระบบประกันสังคมฟิลิปปินส์เริ่มก่อตั้งขึ้นโดยรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๑๑๖๑ หรือกฎหมายประกันสังคม ค.ศ. ๑๙๕๔ ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๘๒๘๒ ค.ศ. ๑๙๙๗ และล่าสุดสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ได้มีการตรารัฐบัญญัติ ฉบับที่ ๑๑๑๙๙ หรือรัฐบัญญัติประกันสังคม ค.ศ. ๒๐๑๘ (the Social Security Act of 2018) ซึ่งเป็นการยกเลิกรัฐบัญญัติประกันสังคม ค.ศ. ๑๙๙๗ มีวัตถุประสงค์เพื่อขยายอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการประกันสังคมเพื่อให้เกิดความยั่งยืนของระบบประกันสังคมในระยะยาว

ระบบประกันสังคมครอบคลุมสิทธิประโยชน์ที่ผู้ประกันตนจะได้รับ ๖ ประการ ได้แก่ เงินบำนาญชราภาพ ประโยชน์ทดแทนกรณีทุพพลภาพ กรณีเจ็บป่วย กรณีคลอดบุตร กรณีอุบัติเหตุจากการทำงาน และกรณีเสียชีวิต ส่วนประโยชน์ทดแทนกรณีว่างงานยังมีจำกัด ผู้ว่างงานอาจมีสิทธิได้รับเงินชดเชยเนื่องจากถูกเลิกจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน (Severance Pay) แต่ไม่มีประกันกรณีว่างงาน<sup>๔</sup>

## ๓. การนำ “เงินทุนสำรองเพื่อการลงทุน” ของกองทุนประกันสังคมไปลงทุน

มาตรา ๒๖ แห่งรัฐบัญญัติประกันสังคม ค.ศ. ๒๐๑๘ (Investment Reserve Fund) บัญญัติว่า

“เงินทุนสำรอง” (“Reserve Funds”) หมายถึง เงินรายได้ทั้งหมดของกองทุนประกันสังคมที่ไม่จำเป็นต้องนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการกิจการตามรัฐบัญญัตินี้ให้สำเร็จลุล่วง

<sup>๓</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI), รายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) วันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๖๔, โครงการการออกแบบระบบการประกันสังคมที่รองรับการเปลี่ยนแปลงของรูปแบบการทำงานในอนาคต เสนอต่อกองทุนยุทธศาสตร์การพัฒนาทรัพยากรมนุษย์และสังคม สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

<sup>๔</sup> Social Security Act 2018, Republic Act No.11199 โปรดดู [https://lawphil.net/statutes/repacts/ra2019/ra\\_11199\\_2019.html](https://lawphil.net/statutes/repacts/ra2019/ra_11199_2019.html)

<sup>๕</sup> อ้างแล้ว, โปรดดูเชิงอรรถที่ ๓

“เงินทุนสำรองเพื่อการลงทุน” (“Investment Reserve Fund”) หมายถึง ส่วนของเงินทุนสำรองที่คณะกรรมการประกันสังคมพิจารณานำไปบริหารจัดการโดยการลงทุน ด้วยทักษะความเชี่ยวชาญ ความใส่ใจ ความระมัดระวัง เพื่อจัดหาเงินรายได้เข้ามายังกองทุน ประกันสังคม ในอัตราที่ไม่ต่ำกว่าตัวเงินคลัง หรือตามตัวชี้วัดอื่นที่ได้รับการยอมรับในตลาดเงิน ตลาดทุน หรือในกิจการที่ได้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ตามกฎระเบียบที่คณะกรรมการ กำหนด โดยมีเงื่อนไขว่า การลงทุนดังกล่าวจะต้องเป็นไปตาม**อัตราส่วนของสภาพคล่อง ความมั่นคงปลอดภัยของสินทรัพย์ และผลตอบแทนที่เหมาะสม** เพื่อรักษาระดับความสามารถ ในการชำระหนี้ของกองทุนตามหลักคณิตศาสตร์ประกันภัย นอกจากนี้ กองทุนประกันสังคม จะต้องจัดทำรายงานการลงทุนประจำปีเสนอต่อวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรด้วย

การลงทุนที่รัฐบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้คณะกรรมการประกันสังคมสามารถนำ เงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนไปลงทุนได้ ได้แก่

(๑) ตราสารหนี้ หลักประกัน ตัวสัญญาใช้เงิน หรือหนี้อื่น ๆ ของรัฐบาลฟิลิปปินส์ หรือที่รัฐบาลฟิลิปปินส์ประกันไว้โดยไม่มีเงื่อนไข โดยจะต้องนำไปลงทุนตามข้อนี้อย่างน้อยร้อยละ ๑๕ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๒) ตราสารหนี้ หลักประกัน ตัวสัญญาใช้เงิน หรือหนี้อื่น ๆ ของรัฐบาลฟิลิปปินส์ หรือของหน่วยงานของรัฐ เพื่อลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ เช่น ถนน สะพาน ท่าเรือ โทรคมนาคม เป็นต้น โดยรัฐบาลฟิลิปปินส์หรือสถาบันการเงินของรัฐบาลจะต้องประกันการลงทุน เหล่านี้ด้วย นอกจากนี้ กองทุนประกันสังคมต้องมีบุริมสิทธิเหนือรายรับของโครงการลงทุน ในโครงสร้างพื้นฐานของประเทศด้วย การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๓๐ ของเงินทุนสำรอง เพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๓) ตราสารหนี้ หลักประกัน ตัวสัญญาใช้เงิน หรือหนี้อื่น ๆ ของสถาบันการเงิน ของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ ที่มีความน่าเชื่อถือหรือรัฐบาลประกัน การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกิน ร้อยละ ๓๐ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๔) ตราสารหนี้ หลักประกัน ตัวสัญญาใช้เงิน หรือหนี้อื่น ๆ ของธนาคารที่ดำเนิน ธุรกิจในฟิลิปปินส์และได้รับการรับรองจากธนาคารกลางแห่งประเทศฟิลิปปินส์ (The Bangko Sentral ng Pilipinas (BSP)) เพื่อเป็นแหล่งเงินทุนให้แก่บริษัทเอกชนที่ดำเนินธุรกิจในฟิลิปปินส์ รวมถึงโรงเรียน โรงพยาบาล วิสาหกิจขนาดเล็กและขนาดย่อม สหกรณ์ และองค์กรเอกชน ที่ไม่แสวงหากำไร (NGOs) ในกรณีนี้จะต้องมีการวางหลักประกันหรือเงินประกันไว้ที่กองทุน ประกันสังคม ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกองทุนประกันสังคมกำหนด ในกรณีที่เป็น การฝากเงินไว้กับธนาคารพาณิชย์ จำนวนเงินลงทุนจะต้องไม่เกินยอดหุ้นทุนที่ไม่ด้อยค่า (unimpaired capital) หรือเงินฝากเอกชนทั้งหมดของธนาคารผู้รับฝาก ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าจำนวนใดต่ำกว่า นอกจากนี้ ธนาคารผู้รับฝากจะต้องได้รับการขึ้นทะเบียนกับคณะกรรมการการเงินของธนาคาร กลางแห่งประเทศฟิลิปปินส์ (BSP) เสียก่อน จึงจะสามารถรับเงินลงทุนจากกองทุนประกันสังคมได้ การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๔๐ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๕) ตราสารหนี้ หลักประกัน ตัวสัญญาใช้เงิน หรือหนี้อื่น ๆ ของหน่วยงานราชการ หรือสถาบันการเงินที่เป็นตัวกลางในการให้กู้เพื่อที่อยู่อาศัย โดยมุ่งเน้นไปที่กลุ่มบุคคลที่มีรายได้ต่ำ โดยให้กู้ได้ไม่เกินร้อยละ ๙๐ ของราคาประเมินของอสังหาริมทรัพย์ที่จำนอง การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๕ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

**กองทุนประกันสังคมอาจให้ผู้ประกันตนกู้ยืมเงินแบบระยะสั้นหรือระยะปานกลาง เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน ค่าการศึกษาเล่าเรียน ประสบภัยพิบัติ หรือกรณีฉุกเฉิน** การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๒๕ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๖) ตราสารหนี้ หลักประกัน ตัวสัญญาใช้เงิน หรือหนี้อื่น ๆ ของสถาบันการศึกษา หรือสถาบันทางการแพทย์ เพื่อลงทุนในโครงการก่อสร้าง พัฒนาปรับปรุงหรือรักษาอาคารสถานที่ของโรงเรียนหรือโรงพยาบาล รวมทั้งเครื่องมือและอุปกรณ์อำนวยความสะดวกต่าง ๆ การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๑๐ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๗) การลงทุนหรือการร่วมทุนในอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงการลงทุนในหุ้นที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ และการลงทุนที่มีจำนองเป็นประกัน หรือการลงทุนในหลักประกันอื่น ๆ ที่กองทุนประกันสังคมยอมรับ โดยมีเงื่อนไขว่าโครงการหรือการลงทุนดังกล่าวจะต้องนำผลประโยชน์เข้าสู่กองทุนประกันสังคม สมาชิกผู้ประกันตน หรือสาธารณประโยชน์ การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๓๕ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๘) ตราสารหนี้ หลักประกัน ตัวสัญญาใช้เงิน หรือหนี้อื่น ๆ ของสถาบันการเงิน หรือบริษัทชั้นนำที่ลงทุนในโครงการภายในประเทศ โดยมีเงื่อนไขว่าบริษัทดังกล่าวจะต้องไม่เคยผิดนัดชำระหนี้ และในช่วง ๕ ปีงบประมาณที่ผ่านมา รายรับของบริษัทจะต้องไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของรายจ่ายประจำของแต่ละปี การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๔๐ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๙) การลงทุนในหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิที่อยู่ในตลาดหลักทรัพย์ หรือตลาดอนุพันธ์อื่น ๆ โดยต้องได้รับการอนุมัติล่วงหน้าจากธนาคารกลางของประเทศฟิลิปปินส์ หรือตราสารบริหารจัดการความเสี่ยงอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้กฎหมายฟิลิปปินส์ ซึ่งมีกำไรตลอดระยะเวลา ๓ ปีที่ผ่านมา และมีการจ่ายดอกเบี้ยอย่างน้อยปีละ ๑ ครั้ง การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๔๐ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๑๐) กองทุนภายในประเทศหรือกองทุนต่างประเทศที่มีอายุอย่างน้อย ๓ ปี การลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๔๐ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด โดยการลงทุนในกองทุนต่างประเทศในปีแรกจะต้องไม่เกินร้อยละ ๑ ของเงินทุนสำรองที่นำไปลงทุนได้ทั้งหมด และอาจเพิ่มขึ้นได้ในอัตราร้อยละ ๑ สำหรับปีต่อมา ทั้งนี้ ห้ามมิให้ลงทุนในกองทุนต่างประเทศเกินกว่าร้อยละ ๑๕ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๑๑) การลงทุนในเงินตราสกุลต่างประเทศ หนี้ที่ต้องชำระเป็นสกุลเงินต่างประเทศ ที่ได้รับการจัดระดับว่าอยู่ในกลุ่มที่สามารถลงทุนได้ หุ้นต่างประเทศชั้นดีที่ไม่มีการเก็งกำไร และตราสารทางการเงินอื่น ๆ ที่ได้รับการรับรองจากธนาคารกลางแห่งประเทศฟิลิปปินส์ หรือ



สินทรัพย์อื่น ๆ ที่ออกมาภายใต้กฎหมายฟิลิปปินส์ หรืออยู่ในตลาดหลักทรัพย์ของประเทศที่หุ้นนั้นจดทะเบียน สถาบันทางการเงินที่ออกตราสารหรือสินทรัพย์เหล่านี้ต้องเป็นสถาบันทางการเงินที่มีกำไรตลอดระยะเวลา ๓ ปีที่ผ่านมา และมีการจ่ายดอกเบี้ยอย่างน้อย ๑ ครั้งทุก ๆ ช่วงเวลาตามที่กำหนด การลงทุนส่วนนี้ในปีแรกจะต้องไม่เกินร้อยละ ๑ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุน ทั้งหมด และอาจเพิ่มขึ้นได้ในอัตราร้อยละ ๑ สำหรับปีต่อมา ทั้งนี้ ห้ามมิให้ลงทุนในกองทุนต่างประเทศเกินกว่าร้อยละ ๑๕ ของเงินทุนสำรองที่นำไปลงทุนได้ทั้งหมด

(๑๒) การให้กู้ยืมเงินที่มีหลักประกัน เช่น เงินสด เงินบำนาญ หลักทรัพย์ของรัฐบาล หรือการค้ำประกันจากสถาบันการเงิน รวมถึงเงินที่ให้ผู้รับบำนาญชราภาพกู้ยืมการลงทุนส่วนนี้จะต้องไม่เกินร้อยละ ๓๐ ของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนทั้งหมด

(๑๓) การลงทุนในตราสารอื่น ๆ ที่ธนาคารกลางแห่งประเทศไทย (BSP) รับรอง ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกันกับตราสารที่ได้กำหนดรายละเอียดไว้ข้างต้น ทั้งนี้ เป็นไปตามนโยบายและแนวปฏิบัติที่คณะกรรมการประกันสังคมประกาศกำหนด

เงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนและรายได้ที่เกิดขึ้นจากการลงทุนไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดินหรือเป็นรายได้ของหน่วยงานอื่น รวมถึงรัฐวิสาหกิจ

โดยสรุป การนำเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนไปลงทุนเมื่อรวมกันแล้วได้ไม่เกินเพดาน ดังนี้

การลงทุน	เพดานการลงทุน
การลงทุนในหลักทรัพย์เอกชน	ไม่เกินร้อยละ ๖๐
การลงทุนในที่อยู่อาศัย	ไม่เกินร้อยละ ๕
การลงทุนในอสังหาริมทรัพย์	ไม่เกินร้อยละ ๓๐
การให้ผู้ประกันตนกู้ระยะสั้นและระยะปานกลาง	ไม่เกินร้อยละ ๒๕
การลงทุนในบริษัทหรือสถาบันการเงินของรัฐบาล	ไม่เกินร้อยละ ๓๐
การลงทุนในภาคอุตสาหกรรม	ไม่เกินร้อยละ ๑๕
การลงทุนในเงินตราต่างประเทศ	ไม่เกินร้อยละ ๗.๕
การลงทุนในโครงการโครงสร้างพื้นฐานของเอกชนที่ไม่มีประกัน	ไม่เกินร้อยละ ๕
การลงทุนในโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐานที่มีประกัน	ไม่เกินร้อยละ ๕
การลงทุนในโครงการร่วมทุนระหว่างรัฐและเอกชนในโครงสร้างพื้นฐานอื่น ๆ	ไม่เกินร้อยละ ๕

ตารางที่ ๑. เพดานการลงทุนด้วยเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุน

#### ๔. สิทธิประโยชน์ในการกู้ยืมเงินกองทุนประกันสังคม

หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการกู้ยืมเงินในกรณีต่าง ๆ เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกันสังคมกำหนด ดังนี้

##### ๔.๑ การกู้ยืมเงินระยะสั้นเพื่อใช้ในการชีวิตประจำวัน (Salary Loan)/กรณีประสบภัยพิบัติ (Calamity Loan)/กรณีฉุกเฉิน (Emergency Loan)

มติคณะกรรมการประกันสังคม ที่ ๓๑๖-ส.๒๐๑๒ ลงวันที่ ๑๘ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๒<sup>๖</sup> กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการกู้ยืมเงินระยะสั้น ดังนี้

(๑) คุณสมบัติของสมาชิกผู้กู้ ผู้ประกันตนทุกคน (ลูกจ้าง ผู้รับจ้างอิสระ ผู้ประกันตนภาคสมัครใจ) มีสิทธิกู้เงินจากกองทุนประกันสังคม

(๑.๑) กรณีการขอกู้ไม่เกิน ๑ เท่าของเงินเดือน สมาชิกผู้กู้ต้องส่งเงินสะสมมาแล้วไม่น้อยกว่า ๓๖ เดือน โดยต้องเป็นการส่งเงินสะสม ๖ เดือนภายใน ๑๒ เดือนล่าสุดก่อนที่จะขอกู้ด้วย

(๑.๒) กรณีการขอกู้ไม่เกิน ๒ เท่าของเงินเดือน สมาชิกผู้กู้ต้องส่งเงินสะสมมาแล้วไม่น้อยกว่า ๗๒ เดือน โดยต้องเป็นการส่งเงินสะสม ๖ เดือนภายใน ๑๒ เดือนล่าสุดก่อนที่จะขอกู้ด้วย

(๑.๓) ในกรณีที่มิมีนายจ้าง นายจ้างของสมาชิกผู้กู้ต้องส่งเงินสมทบหรือเงินกู้เป็นปกติ

(๑.๔) นอกจากนี้ สมาชิกผู้กู้จะต้อง

- ยังไม่ได้รับสิทธิประโยชน์สุดท้าย เช่น สิทธิประโยชน์กรณีทุพพลภาพถาวร กรณีชราภาพ หรือกรณีเสียชีวิต

- ต้องอายุต่ำกว่า ๖๕ ปีบริบูรณ์ ณ เวลาที่ยื่นคำร้องขอกู้

- ต้องไม่เป็นผู้ที่ขาดคุณสมบัติเนื่องจากกระทำความผิดฐานฉ้อโกงต่อกองทุนประกันสังคม

##### (๒) จำนวนเงินที่ให้กู้

(๒.๑) กรณีการขอกู้ไม่เกิน ๑ เท่าของเงินเดือน ให้กู้ได้ไม่เกิน ๑ เท่าของเลขฐานในการคำนวณเงินสะสมและสิทธิประโยชน์ (MSC)<sup>๗</sup> เฉลี่ย ๑๒ เดือนสุดท้าย

(๒.๒) กรณีการขอกู้ไม่เกิน ๒ เท่าของเงินเดือน ให้กู้ได้ไม่เกิน ๒ เท่าของเลขฐานในการคำนวณเงินสะสมและสิทธิประโยชน์ (MSC) เฉลี่ย ๑๒ เดือนสุดท้าย

<sup>๖</sup> SSC Res. No. 316-s.2012 dated 18 April 2012.

<sup>๗</sup> “Monthly Salary Credit” (MSC) หมายถึง ฐานในการคำนวณเงินสะสมและสิทธิประโยชน์ ขึ้นอยู่กับจำนวนเงินที่สมาชิกมีรายได้ในแต่ละเดือน ตามที่กำหนดไว้ในตารางตามมาตรา ๑๘ แห่งรัฐธรรมนูญประกันสังคมฯ ว่าด้วยเงินสะสมของลูกจ้าง (Employee’s Contributions) โปรดดู <https://web.z.com/ph/blog/sss-monthly-contribution/>



(๒.๓) จำนวนเงินกู้สุทธิที่สมาชิกผู้กู้จะได้รับ คือ จำนวนเงินกู้ที่ได้รับอนุมัติ หักด้วยค่าธรรมเนียมการให้บริการ และยอดเงินกู้ค้างชำระ (ถ้ามี)

### (๓) การผ่อนชำระเงินกู้

(๓.๑) สมาชิกผู้กู้ต้องผ่อนชำระเงินกู้ภายใน ๒ ปี โดยแบ่งเป็น ๒๔ งวด

(๓.๒) ให้เริ่มผ่อนชำระตั้งแต่วันที่ ๒ นับแต่วันที่การขอกู้ได้รับการอนุมัติ ก่อนหรือเมื่อถึงวันที่กำหนดชำระ

(๓.๓) ผู้กู้สามารถชำระเงินกู้ได้ที่เครื่องอัตโนมัติของสำนักงานประกันสังคมสาขา ธนาคาร หรือศูนย์ให้บริการทางการเงินเครือข่ายของสำนักงานประกันสังคม

### (๔) ดอกเบี้ยและเบี้ยปรับ

(๔.๑) อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยู่ที่ร้อยละ ๑๐ ต่อปี จนกระทั่งชำระครบทั้งจำนวนโดยคำนวณดอกเบี้ยแบบลดต้นลดดอก แบ่งชำระในระยะเวลา ๒๔ เดือน

(๔.๒) เงินผ่อนชำระส่วนที่เกินจำนวนที่ต้องชำระในแต่ละงวดจะถูกนำไปลดเงินต้นที่ยังค้างชำระอยู่

(๔.๓) การไม่ชำระเงินกู้ครบตามงวดที่กำหนด ให้คำนวณเบี้ยปรับเพิ่มในอัตราร้อยละ ๑ ต่อเดือน

(๔.๔) ในกรณีที่ครบกำหนดเวลาชำระเงินกู้แล้ว ผู้ประกันตนยังชำระหนี้ไม่ครบทั้งจำนวน ให้คำนวณดอกเบี้ยพร้อมทั้งเบี้ยปรับในส่วนของยอดเงินค้างชำระจนกระทั่งชำระหนี้ครบถ้วน

(๕) ค่าธรรมเนียม ให้หักเงินค่าธรรมเนียมในอัตราร้อยละ ๑ จากยอดเงินกู้ที่ได้รับการอนุมัติ

### (๖) การขอกู้ใหม่

(๖.๑) ผู้ประกันตนสามารถขอกู้ใหม่ได้เมื่อชำระเงินต้นแล้วอย่างน้อยร้อยละ ๕๐ และระยะเวลาได้ผ่านไปแล้ว ๑๒ เดือนนับแต่การกู้ครั้งที่แล้ว

(๖.๒) จำนวนเงินที่อาจขอกู้ใหม่ได้อาจจะมากกว่าหรือเท่ากับศูนย์ โดยจะต้องหักยอดเงินที่ค้างชำระอยู่เดิมออกก่อน

### (๗) หน้าที่ของนายจ้าง

(๗.๑) นายจ้างมีหน้าที่ต้องหักจำนวนเงินผ่อนชำระหนี้เงินกู้ออกจากเงินเดือนของลูกจ้างแล้วนำส่งกองทุนประกันสังคม

(๗.๒) กรณีลูกจ้างออกจากบริษัทโดยสมัครใจ (เกษียณอายุ หรือ ลาออก) หรือไม่สมัครใจ (เลิกจ้างหรือบริษัทปิดกิจการ) ให้นายจ้างหักยอดคงค้างชำระเงินกู้ทั้งหมดออกจากสิทธิประโยชน์ที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับจากนายจ้าง และให้นายจ้างนำส่งเงินที่หักไว้แก่กองทุนประกันสังคมทั้งจำนวน

(๗.๓) ให้นายจ้างรายงานวันที่ลูกจ้างออกจากบริษัทและยอดเงินกู้ที่ยังค้างชำระของลูกจ้างให้กองทุนประกันสังคมทราบ ในกรณีที่เมื่อหักสิทธิประโยชน์ที่นายจ้างต้องจ่ายให้ลูกจ้างตามข้อ (๗.๒) แล้ว ยังไม่พอชำระเงินกู้ทั้งจำนวน

(๗.๔) นายจ้างต้องดำเนินการให้ลูกจ้างใหม่ปรับยอดเงินคงค้างในบัญชีเงินกู้ให้เป็นปัจจุบัน หักยอดเงินกู้ค้างชำระจากเงินเดือนของลูกจ้างในแต่ละเดือนแล้วนำส่งสำนักงานประกันสังคม

#### (๘) หน้าที่ของสมาชิกผู้กู้

สมาชิกผู้กู้ที่ย้ายงานหรือเปลี่ยนนายจ้างจะต้องแจ้งยอดเงินกู้ค้างชำระกับกองทุนประกันสังคมให้นายจ้างทราบ และอนุญาตให้นายจ้างหักเงินเดือนเพื่อชำระหนี้เงินกู้ตามงวด รวมทั้งดอกเบี้ยและเบี้ยปรับ

#### (๙) การหักเงินกู้ที่ค้างชำระออกจากสิทธิประโยชน์ที่ผู้ประกันตนจะได้รับ

ในกรณีที่สมาชิกผู้กู้ผิดนัดชำระหนี้ ให้กองทุนประกันสังคมหักยอดเงินกู้ที่ค้างชำระ รวมทั้งดอกเบี้ยและเบี้ยปรับ ออกจากสิทธิประโยชน์เมื่อมีการขอรับสิทธิประโยชน์ ดังนี้

(๙.๑) สำหรับลูกจ้าง ให้หักออกจากสิทธิประโยชน์ครั้งสุดท้าย (final benefits) (ทุพพลภาพถาวร กรณีชราภาพ หรือกรณีเสียชีวิต)

(๙.๒) สำหรับผู้ประกันตนที่เป็นผู้รับจ้างอิสระหรือผู้ประกันตนภาคสมัครใจ ให้หักออกจากสิทธิประโยชน์ระยะสั้น (short-term benefits) (กรณีเจ็บป่วย กรณีคลอดบุตร และทุพพลภาพชั่วคราว) หรือสิทธิประโยชน์ครั้งสุดท้าย (final benefits) (ทุพพลภาพถาวร กรณีชราภาพ หรือกรณีเสียชีวิต)

#### (๑๐) เงื่อนไขอื่น ๆ

(๑๐.๑) ในกรณีที่มีการชำระเงินเอาไว้มากกว่าจำนวนจากการขอกู้เงินครั้งที่แล้ว ให้นายจ้างคืนเงินที่เกินมาชำระหนี้เงินกู้ครั้งนี้ ส่วนในกรณีที่ไม่มีเงินเพิ่มเติมผู้ประกันตนอาจร้องขอรับเงินจำนวนดังกล่าวคืนก็ได้

(๑๐.๒) สมาชิกผู้กู้ต้องแจ้งให้กองทุนประกันสังคมทราบ ในกรณีที่มีการเปลี่ยนนายจ้างหรือที่อยู่

บุคคลใดยื่นคำร้องขอกู้เงินกองทุนประกันสังคมโดยกรอกข้อความอันเป็นเท็จ หรือยื่นเอกสารเท็จมีความผิดอาญาตามกฎหมายประกันสังคมและประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฟิลิปปินส์

นอกจากนี้ คณะกรรมการประกันสังคมได้มีหนังสือเวียนที่ ๒๐๒๐-๑๕ ลงวันที่ ๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๒๐<sup>๔</sup> แจ้งมติคณะกรรมการประกันสังคม ที่ ๒๒๓-s.๒๐๒๒ ลงวันที่

<sup>๔</sup> Social Security Commission (SSC) Circular No. ๑๘839-s.2019, dated 3 July 2020, Salary Loan Release thru-the Bank Development Bank of the Philippines (DBP) via

๖ เมษายน ค.ศ. ๒๐๒๒<sup>๙</sup> เรื่อง การอนุมัติการจ่ายเงินกู้กรณีเพื่อใช้ประจำวันผ่านธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศฟิลิปปินส์ (the Bank Development Bank of the Philippines (DBP)) ผ่านระบบการโอนเงินออนไลน์ PESOnet<sup>๑๐</sup> ภายใต้บันทึกความตกลงระหว่างกองทุนประกันสังคมและธนาคาร เข้าสู่บัญชีของสมาชิกผู้กู้โดยตรง เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ประกันตน

#### ๔.๒ การกู้เงินกรณีผู้รับเงินบำนาญชราภาพ (the SSS Pension Loan Program (PLP))

โครงการกู้เงินกรณีผู้รับเงินบำนาญชราภาพเริ่มตั้งแต่วันที่ ๓ กันยายน ค.ศ. ๒๐๑๘ หลังจากที่ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายประกันสังคมครั้งล่าสุด มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้รับเงินบำนาญชราภาพที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนด โดยการให้กู้ยืมเงินในอัตราดอกเบี้ยต่ำ ทั้งนี้ ตามมติคณะกรรมการประกันสังคม ที่ ๓๔๑ ลงวันที่ ๒๕ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๘<sup>๑๑</sup> พร้อมแนวนโยบายของสำนักงานประกันสังคม ที่ ๒๐๑๘-๐๓๓ ลงวันที่ ๘ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๘<sup>๑๒</sup> ต่อมา คณะกรรมการประกันสังคมได้มีมติที่ ๔๒๙-๒๐๑๙ ลงวันที่ ๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๙<sup>๑๓</sup> แก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการกู้เงินเพิ่มเติม

จากการตรวจสอบ ล่าสุดปรากฏมติคณะกรรมการประกันสังคม ที่ ๒๒๒-ส.๒๐๒๒ ลงวันที่ ๖ เมษายน ค.ศ. ๒๐๒๒<sup>๑๔</sup> กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการกู้ยืมเงินกรณีผู้รับเงินบำนาญชราภาพ (SSS retirees-pensioners)<sup>๑๕</sup> ดังนี้

PESOnet Disbursement Service Program under Memorandum of Agreement (MoA) between Social Security System (SSS) and DBP โปรดดู <https://www.sss.gov.ph/sss/DownloadContent?fileName=ci2020-015.pdf>

<sup>๙</sup> Social Security Commission (SSC) Resolution No. 223-s.2022, dated 24 May 2022, Pension Loan Release thru-the Bank Development Bank of the Philippines (DBP) via PESOnet Disbursement Service Program under Memorandum of Agreement (MoA) between Social Security System (SSS) and DBP โปรดดู <https://www.sss.gov.ph/sss/DownloadContent?fileName=CI2022-012.pdf>

<sup>๑๐</sup> PESOnet เป็นช่องทางการโอนเงินอิเล็กทรอนิกส์ของรัฐบาลฟิลิปปินส์ โดยต้องเป็นการโอนเงินสกุล peso เท่านั้น ซึ่งเป็นระบบที่พัฒนาขึ้นมาจากการจ่ายเช็คแบบเดิม

<sup>๑๑</sup> SSC Resolution No. 341, dated April 25, 2018

<sup>๑๒</sup> SSS Office Implementing Guidelines, Order No. 2018-033, dated May 8, 2018.

<sup>๑๓</sup> SSC Resolution No. 429-s.2019, dated July 5, 2019

<sup>๑๔</sup> SSC Res. No. 212-s.2022, dated 6 April 2022; in Social Security Commission (SSC) Circular No. 2022-s.011, dated 24 May 2022, approving the revised implementing guidelines on the pension loan program for SSS retiree-pensioners

<sup>๑๕</sup> หนังสือเวียนมติคณะกรรมการฉบับนี้เป็นการยกเลิกหนังสือเวียนฉบับที่ ๒๐๑๙-๑๕ ลงวันที่ ๘ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๙ และหนังสือเวียนฉบับ ๒๐๒๐-๒๒ ลงวันที่ ๑๕ กันยายน ค.ศ. ๒๐๒๐

(๑) คุณสมบัติของผู้กู้

(๑.๑) มีอายุไม่เกิน ๘๕ ปี ณ เวลาที่สิ้นสุดระยะเวลาชำระคืนเงินกู้ตามโครงการ

ระยะเวลาการจ่ายเงินกู้ (Payment Term)	อายุ ณ เวลาที่ขอกู้ (Age at Time of Availment)
๖ เดือน	๘๔ ปี ๔ เดือน
๑๒ เดือน	๘๓ ปี ๖ เดือน
๒๔ เดือน	๘๒ ปี ๑๐ เดือน

ตารางที่ ๒. ตัวอย่างอายุของผู้มีสิทธิขอกู้

(๑.๒) ไม่มียอดเงินกู้ค้าง หรือสิทธิประโยชน์ที่ได้รับเกินไปซึ่งต้องจ่ายคืนกองทุนประกันสังคม

(๑.๓) ไม่มีการขอรับเงินชราภาพล่วงหน้าภายใต้โครงการกู้เงินกรณีประสบภัยพิบัติ (the SSS Calamity Loan Package)

(๑.๔) ในกรณีที่ขอรับบำนาญล่วงหน้า ๑๘ เดือน ผู้กู้จะต้องกลับมารับเงินบำนาญรายเดือนตามปกติแล้วอย่างน้อย ๑ เดือน และมีสถานะ “บัญชีปกติ” (“active”)

(๒) จำนวนเงินที่ขอกู้ได้

จำนวนเงินที่ขอกู้ได้ขึ้นอยู่กับจำนวนเงินบำนาญพื้นฐานรายเดือน (basic monthly pension (BMP)) รวมกับเงินเพิ่ม ๑,๐๐๐ บาท ผู้กู้มีสิทธิขอกู้ไม่เกิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท (ประมาณ ๑๓๑,๔๒๐ บาท)<sup>๑๖</sup> โดยสามารถเลือกจำนวนเงินที่จะขอกู้ได้ ดังนี้

๓ เท่า x (จำนวนเงินบำนาญพื้นฐานรายเดือน (BMP) + เงินเพิ่ม ๑,๐๐๐ บาท)

๖ เท่า x (จำนวนเงินบำนาญพื้นฐานรายเดือน (BMP) + เงินเพิ่ม ๑,๐๐๐ บาท)

๙ เท่า x (จำนวนเงินบำนาญพื้นฐานรายเดือน (BMP) + เงินเพิ่ม ๑,๐๐๐ บาท)

๑๒ เท่า x (จำนวนเงินบำนาญพื้นฐานรายเดือน (BMP) + เงินเพิ่ม ๑,๐๐๐ บาท)

(๓) ระยะเวลาชำระคืนเงินกู้

การชำระคืนเงินกู้จะเป็นการหักออกจากเงินบำนาญรายเดือนของผู้กู้

จำนวนเงินที่ขอกู้ได้ (Loanable Amount)	ระยะเวลาชำระหนี้เงินกู้ (Loan Repayment Term)
๓ x (จำนวนเงินบำนาญพื้นฐานรายเดือน (BMP) + เงินเพิ่ม ๑,๐๐๐ บาท)	๖ เดือน

<sup>๑๖</sup> ๑ บาท เท่ากับ ๐.๖๕๗๑ บาท ตามอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศของธนาคารแห่งประเทศไทย ประจำวันที่ ๒๓ สิงหาคม ๒๕๖๕

จำนวนเงินที่ขอกู้ได้ (Loanable Amount)	ระยะเวลาชำระหนี้เงินกู้ (Loan Repayment Term)
๖ x (จำนวนเงินบำนาญพื้นฐานรายเดือน (BMP) + เงินเพิ่ม ๑,๐๐๐ เปโซ)	๑๒ เดือน
๙ x (จำนวนเงินบำนาญพื้นฐานรายเดือน (BMP) + เงินเพิ่ม ๑,๐๐๐ เปโซ)	๒๔ เดือน
๑๒ x (จำนวนเงินบำนาญพื้นฐานรายเดือน (BMP) + เงินเพิ่ม ๑,๐๐๐ เปโซ)	

ตารางที่ ๓. ระยะเวลาชำระคืนเงินกู้

ผู้กู้จะต้องชำระเงินกู้งวดที่ ๑ ในเดือนที่ ๒ นับแต่ที่ได้รับอนุมัติเงินกู้ ตัวอย่างเช่น หากได้รับอนุมัติเงินกู้ในเดือนพฤษภาคม ผู้กู้จะต้องเริ่มชำระเงินกู้งวดที่ ๑ ในเดือนกรกฎาคม โดยการหักจากเงินบำนาญรายเดือนที่จะได้รับในเดือนกรกฎาคมเป็นต้นไป

#### (๔) อัตราดอกเบี้ยเงินกู้

ร้อยละ ๑๐ ต่อปี จนกระทั่งชำระหนี้แล้วเต็มจำนวน โดยคำนวณแบบลดต้นลดดอก ซึ่งอัตราดอกเบี้ยเงินกู้จะรวมหักจากเงินบำนาญที่ผู้กู้จะได้รับในแต่ละเดือนด้วย

#### (๕) การทำประกันชีวิตคุ้มครองสินเชื่อ (Credit life insurance)<sup>๑๗</sup>

ผู้กู้ทุกรายจะต้องทำประกันชีวิตเพื่อคุ้มครองสินเชื่อ โดยผู้กู้จะต้องเป็นผู้จ่ายเบี้ยประกัน ผ่านการหักเงินเบี้ยประกันจำนวน ๑ ครั้งจากจำนวนเงินกู้ที่จะได้รับ

ในกรณีที่ผู้กู้เสียชีวิตก่อนชำระหนี้เงินกู้เต็มจำนวน ให้ถือว่าผู้กู้ได้ชำระยอดเงินกู้คงค้างที่ต้องชำระครบถ้วนแล้ว และห้ามมิให้หักเงินจำนวนดังกล่าวออกจากสิทธิประโยชน์กรณีเสียชีวิตที่ผู้กู้มีสิทธิได้รับ

ในกรณีนี้ ผู้รับประกันจะต้องชำระหนี้เงินต้นทั้งจำนวนให้แก่กองทุนประกันสังคมแทนผู้กู้ เงินส่วนที่เกินหลังจากหักยอดคงค้างที่ต้องชำระแล้ว ให้กองทุนประกันสังคมจ่ายคืนให้แก่ผู้รับประกันประโยชน์ของผู้กู้

ในกรณีที่ไม่สามารถระบุตัวหรือติดตามตัวผู้รับประกันประโยชน์ของผู้กู้ได้ ภายในระยะเวลา ๒ ปีนับตั้งแต่วันที่เรียกร้องขอรับเงินประกัน ให้เงินส่วนที่เกินดังกล่าวตกเป็นของกองทุนประกันสังคม หรือนำไปใช้เพื่อประโยชน์ของกองทุนประกันสังคม

(๖) ช่องทางการยื่นคำร้องขอู้ ผ่านระบบ e-services หรือสำนักงานสาขา

<sup>๑๗</sup> ประกันชีวิตคุ้มครองสินเชื่อ (Credit life insurance) เป็นกรมธรรม์ประกันชีวิตรูปแบบหนึ่งที่กำหนดให้บริษัทผู้รับประกันชำระหนี้ของผู้เอาประกันในกรณีที่ผู้เอาประกันเสียชีวิต

(๗) ช่องทางการรับเงินกู้ เงินกู้จะโอนเข้าบัญชีธนาคารของผู้กู้ตามที่ได้ระบุไว้

(๘) ค่าธรรมเนียมธนาคาร ผู้กู้เป็นผู้รับผิดชอบค่าธรรมเนียมธนาคารด้วยตนเอง โดยจะถูกหักจากจำนวนเงินกู้ที่จะได้รับ

(๙) การขอกู้ใหม่ ผู้กู้จะยื่นคำร้องขอกู้ใหม่ได้อีกครั้งก็ต่อเมื่อได้ชำระหนี้เงินกู้ครบแล้วทั้งจำนวน

#### (๑๐) เงื่อนไขอื่น ๆ

(๑๐.๑) ในกรณีที่เงินบำนาญของผู้ถูกยกเลิก เนื่องจากผู้กู้มีอายุน้อยกว่า ๖๕ ปีบริบูรณ์และกลับมาทำงานอีกครั้ง ไม่ว่าจะทำงานเป็นลูกจ้างหรือทำงานรับจ้างอิสระ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๒-บี (ซี)<sup>๑๘</sup> แห่งรัฐบัญญัติประกันสังคม ค.ศ. ๒๐๑๘

(๑๐.๒) ในกรณีที่เงินบำนาญของผู้ถูกระงับ เนื่องจากผู้กู้ไม่ดำเนินการยืนยันสถานะผู้รับบำนาญประจำปี (Annual Confirmation of Pensioners (ACOP)) ยอดเงินกู้คงค้างจะถูกหักออกจากเงินบำนาญรายเดือนเมื่อผู้กู้กลับมายืนยันสถานะผู้รับบำนาญอีกครั้งนี้ โดยไม่มีเบี้ยปรับ

(๑๐.๓) ผู้รับบำนาญที่อยู่ระหว่างการพิจารณาขอปรับเงินบำนาญ (re-adjudication or adjustment) ไม่มีสิทธิขอกู้ ในทางกลับกัน กองทุนประกันสังคมจะพิจารณาปรับเงินบำนาญให้ผู้รับบำนาญก็ต่อเมื่อได้ชำระหนี้เงินกู้เต็มจำนวนแล้ว

นอกจากนี้ ล่าสุดปรากฏหนังสือเวียนที่ ๒๐๒๒-๑๒ ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๒๒<sup>๑๙</sup> แจ้งมติคณะกรรมการประกันสังคม ที่ ๒๒๓-ส.๒๐๒๒ ลงวันที่ ๖ เมษายน ค.ศ. ๒๐๒๒<sup>๒๐</sup> เรื่องการอนุมัติการจ่ายเงินกู้กรณีชราภาพผ่านธนาคารเพื่อการพัฒนาแห่งประเทศฟิลิปปินส์ (the Bank Development Bank of the Philippines (DBP)) ผ่านระบบการโอนเงินออนไลน์ PESOnet ภายใต้บันทึกความตกลงระหว่างกองทุนประกันสังคมและธนาคารฯ เข้าสู่บัญชีของสมาชิกผู้กู้โดยตรง เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกันตนเช่นกัน

<sup>๑๘</sup> Section 12-B. Retirement Benefits. –

(c) The monthly pension shall be suspended upon the reemployment or resumption of self-employment of a retired member who is less than sixty-five (65) years old. He shall again be subject to Section Eighteen and his employer to Section Nineteen of this Act.

<sup>๑๙</sup> Social Security Commission (SSC) Circular No. 2022-012, dated 3 July 2020 โปรดดู <https://www.sss.gov.ph/sss/DownloadContent?fileName=CI2022-012.pdf>

<sup>๒๐</sup> Social Security Commission (SSC) Resolution No. 223-s.2022, dated 24 May 2022, Pension Loan Release thru-the Bank Development Bank of the Philippines (DBP) via PESOnet Disbursement Service Program under Memorandum of Agreement (MoA) between Social Security System (SSS) and DBP



### ๔.๓ การกู้เงินเพื่อที่อยู่อาศัย

แบ่งได้ออกเป็น ๔ ประเภท ดังนี้

#### ๔.๓.๑ การกู้ยืมโดยตรงเพื่อที่อยู่อาศัยสำหรับสมาชิกสหภาพแรงงาน

(Direct Housing Loan Facility for Workers' Organization Members (WOMs))<sup>๒๑</sup>

การกู้ยืมโดยตรงเพื่อที่อยู่อาศัยสำหรับสมาชิกสหภาพแรงงาน มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือสมาชิกสหภาพแรงงานให้สามารถเข้าถึงที่อยู่อาศัยในราคาประหยัด สำหรับสมาชิกที่สุจริต ขึ้นทะเบียนกับสหภาพแรงงานตามบรรพ ๕ แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน ที่ได้รับการรับรองจากกระทรวงแรงงานและการจ้างงาน (Department of Labor and Employment (DOLE)) คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (the Securities and Exchange Commission (SEC)) และกรมพัฒนาสหกรณ์ (the Cooperative Development Authority)

(๑) จำนวนเงินที่ให้กู้ ไม่เกิน ๒,๐๐๐,๐๐๐ เปโซ โดยขึ้นอยู่กับราคาประเมินของหลักทรัพย์ที่นำมาค้ำประกัน (ระหว่างร้อยละ ๗๐ ถึงร้อยละ ๙๐ ของราคาประเมิน) ความสามารถในการชำระหนี้ของผู้กู้ ความต้องการที่แท้จริงของผู้กู้ โดยพิจารณาจากขอบเขต และเนื้อหาของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และวัสดุอุปกรณ์ที่ต้องใช้ในการก่อสร้าง

(๒) ระยะเวลาในการกู้ ผู้กู้สามารถแบ่งชำระเงินกู้ได้หลายงวด ภายในระยะเวลาตั้งแต่ ๕ - ๓๐ ปี โดยมีเงื่อนไขว่า ผู้กู้จะต้องมีอายุไม่เกิน ๖๕ บริบูรณ์ ณ วันที่ สัญญากู้ครบกำหนดชำระ และระยะเวลาตามสัญญาจะต้องไม่เกินอายุการใช้งานของอาคาร ตามที่กองทุนประกันสังคมประเมิน

(๓) อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ ร้อยละ ๘ ถึงร้อยละ ๑๑ ต่อปี ขึ้นอยู่กับ จำนวนเงินกู้ (ยิ่งกู้มาก ดอกเบี้ยยิ่งสูง)

(๔) หลักประกัน ผู้กู้จะต้องวางหลักประกันที่ได้รับการยอมรับจาก สถาบันการเงินเครือข่าย (Participating Financial Institutions (PFIs)) และกองทุนประกันสังคม

(๕) ประกันภัย ผู้กู้ต้องจัดทำประกันสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัย ประกัน อัคคีภัย และประกันอาคาร และรับผิดชอบเบี้ยประกันดังกล่าวด้วยตนเอง

๔.๓.๒ การกู้ยืมโดยตรงเพื่อที่อยู่อาศัยสำหรับแรงงานฟิลิปปินส์ที่ทำงาน ในต่างประเทศ (Direct Housing Loan Facility for Overseas Filipino Workers (OFWs))<sup>๒๒</sup>

โครงการนี้มีวัตถุประสงค์เป็นการช่วยเหลือแรงงานฟิลิปปินส์ที่ทำงาน ในต่างประเทศ (OFWs) ให้เข้าถึงที่อยู่อาศัยในราคาประหยัด โดยอาจจะเป็นคนฟิลิปปินส์ที่ ปัจจุบันอาศัยอยู่ในต่างประเทศ แต่ต้องการซื้อบ้านให้ครอบครัวที่อาศัยอยู่ในฟิลิปปินส์ หรือ วางแผนจะกลับมาอยู่อาศัยในประเทศฟิลิปปินส์เมื่อเกษียณอายุการทำงาน โดย “แรงงาน

<sup>๒๑</sup> โปรดดู <https://www.sss.gov.ph/sss/appmanager/pages.jsp?page=dhwom>

<sup>๒๒</sup> โปรดดู <https://www.sss.gov.ph/sss/appmanager/pages.jsp?page=dhfw>

ฟิลิปปินส์ที่ทำงานในต่างประเทศ” (OFWs) หมายถึง แรงงานภาคเอกชนตามสัญญาจ้างผ่านโครงการของหน่วยงานการจ้างงานในต่างประเทศ (Philippine Overseas Employment Administration (POEA)) หรือผ่านสถานทูตฟิลิปปินส์ในต่างประเทศ

#### (๑) คุณสมบัติของผู้กู้

(๑.๑) เป็น “แรงงานฟิลิปปินส์ที่ทำงานในต่างประเทศ” (OFWs) ที่ได้รับการรับรองและเป็นสมาชิกภาคสมัครใจของกองทุนประกันสังคม

(๑.๒) ได้ส่งเงินสะสมมาแล้วไม่น้อยกว่า ๓๖ เดือน และต้องส่งเงินสะสมอย่างต่อเนื่อง ๒๔ เดือนก่อนยื่นคำร้องขอกู้

(๑.๓) อายุไม่เกิน ๖๐ ปีบริบูรณ์ ณ วันที่ยื่นคำร้องขอกู้ ในกรณีที่อายุเกิน ๖๐ ปีบริบูรณ์ ณ วันที่ยื่นคำร้องขอกู้ มีสิทธิกู้ได้ไม่เกิน ๕ ปี

(๑.๔) ต้องไม่เคยกู้เงินเพื่อที่อยู่อาศัยจากกองทุนประกันสังคมมาก่อน

(๑.๕) ต้องยังไม่ได้รับสิทธิประโยชน์สุดท้ายจากกองทุนประกันสังคม

(๑.๖) ผู้กู้และคู่สมรสจะต้องชำระหนี้เงินกู้อื่น ๆ ของกองทุนประกันสังคมอย่างเป็นปกติ

(๒) วัตถุประสงค์ของการกู้ยืม เพื่อสร้างบ้านหรือที่อยู่อาศัยแห่งใหม่ซึ่งปลอดภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เพื่อซื้อที่ดินและก่อสร้างที่อยู่อาศัยเหนือที่ดินดังกล่าวหรือเพื่อซื้อที่อยู่อาศัยที่สร้างสำเร็จแล้ว เช่น บ้านเดี่ยว คอนโดมีเนียม ทาวเฮ้าส์ เป็นต้น โดยมีเงื่อนไขว่า ที่อยู่อาศัยดังกล่าวต้องถูกรับรองโดยผู้กู้หรือญาติสนิทของผู้กู้ทันทีที่ซื้อ

(๓) จำนวนเงินที่ให้กู้ ไม่เกิน ๒,๐๐๐,๐๐๐ เปโซ (ประมาณ ๑,๓๑๔,๒๐๐ บาท)<sup>๒๓</sup>

(๔) การชำระหนี้เงินกู้ แบ่งชำระได้หลายครั้ง ภายในเวลา ๕ - ๑๕ ปี ผู้กู้หลักจะต้องมีอายุไม่เกิน ๖๕ ปีบริบูรณ์ ณ วันที่ครบกำหนดชำระซึ่งต้องอยู่ภายในอายุการใช้งานของอาคารดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ตามที่กองทุนประกันสังคมประเมิน

(๕) อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ ร้อยละ ๘ - ๑๑ ต่อปี ขึ้นอยู่กับจำนวนเงินที่กู้

(๖) หลักประกัน ต้องมีการวางหลักประกันตามที่กองทุนประกันสังคมกำหนด

(๗) ประกันภัย ต้องมีการจัดทำประกันวินาศภัย ประกันอัคคีภัย และประกันสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัย

<sup>๒๓</sup> อ้างแล้ว, โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๖



### ๔.๓.๓ การกู้เงินเพื่อซ่อมแซมหรือพัฒนาที่อยู่อาศัย (Housing Loan for Repairs and/or Improvements)<sup>๒๔</sup>

การกู้เงินเพื่อซ่อมแซมหรือพัฒนาที่อยู่อาศัย เป็นโครงการให้กู้ยืมเงินจากกองทุนประกันสังคมโดยตรง หรือกู้ผ่านสถาบันการเงินเครือข่ายที่ได้รับการรับรอง (accredited participating financial institutions (PFIs))

#### (๑) คุณสมบัติของผู้กู้

(๑.๑) เป็นผู้ประกันตนที่ได้ส่งเงินสะสมมาแล้วไม่น้อยกว่า ๓๖ เดือน และต้องส่งเงินสะสมอย่างต่อเนื่อง ๒๔ เดือนก่อนยื่นคำร้องขอกู้

(๑.๒) อายุไม่เกิน ๖๐ ปีบริบูรณ์ ณ วันที่ยื่นคำร้องขอกู้

(๑.๓) ต้องไม่เคยกู้เงินเพื่อซ่อมแซมหรือพัฒนาที่อยู่อาศัยจากกองทุนประกันสังคมมาก่อน

(๑.๔) ต้องยังไม่ได้รับสิทธิประโยชน์สุดท้ายจากกองทุนประกันสังคม

(๑.๕) ผู้กู้และคู่สมรสจะต้องชำระหนี้เงินกู้อื่น ๆ ของกองทุนประกันสังคมอย่างเป็นปกติ

#### (๒) วัตถุประสงค์ของการกู้

(๒.๑) เพื่อซ่อมแซมโครงสร้างของที่อยู่อาศัยที่ชำรุดทรุดโทรมครั้งใหญ่

(๒.๒) เพื่อพัฒนาที่อยู่อาศัยแบบถาวร เช่น ขยายพื้นที่หรือปรับปรุงตกแต่งอาคาร ก่อสร้างรั้วคอนกรีตหรือเหล็ก ติดตั้งบ่อน้ำและปั้มน้ำ

(๓) จำนวนเงินที่ให้กู้ ไม่เกิน ๑,๐๐๐,๐๐๐ บาท (ประมาณ ๖๕๗,๑๐๐ บาท)

#### (๔) อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ ร้อยละ ๙ ต่อปี

(๔.๑) ในกรณีที่สัญญากู้มีอายุไม่เกิน ๑๕ ปี ให้คิดอัตราดอกเบี้ยคงที่ตลอดสัญญา

(๔.๒) ในกรณีที่สัญญากู้มีอายุเกิน ๑๕ ปี ให้คิดอัตราดอกเบี้ยคงที่ ๑๕ ปีแรก และให้ปรับปรุงอัตราดอกเบี้ยทุก ๆ ๕ ปีหลังจากนั้น

(๕) ระยะเวลาชำระเงินกู้ ภายใน ๕ - ๒๐ ปี เว้นแรงงานฟิลิปปินส์ที่ทำงานอยู่ในต่างประเทศ (OFWs) ต้องชำระเงินกู้ภายใน ๑๕ ปี ทั้งนี้ ผู้กู้ต้องมีอายุไม่เกิน ๖๕ ปีบริบูรณ์ ณ วันที่สัญญากู้ครบกำหนดชำระซึ่งต้องอยู่ภายในอายุการใช้งานของอาคารดังกล่าวด้วยตามที่กองทุนประกันสังคมประเมิน

<sup>๒๔</sup> โปรดดู <https://www.sss.gov.ph/sss/appmanager/pages.jsp?page=repairimprov>

(๖) **หลักประกัน** ต้องมีการวางหลักประกันตามที่กองทุนประกันสังคมกำหนด

(๗) **ประกันภัย** ต้องมีการจัดทำประกันวินาศภัย ประกันอัคคีภัย และประกันสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัย

(๘) **ค่าธรรมเนียมการกู้เงิน** ร้อยละ ๐.๕ ถึงร้อยละ ๑ ของจำนวนเงินที่กู้ หรือ ๕๐๐ บาท ขึ้นอยู่กับว่าจำนวนใดสูงกว่า แต่ต้องไม่เกิน ๓,๐๐๐ บาท โดยหักออกจากการจ่ายเงินกู้งวดแรก บวกกับค่าประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์อีก ๕๐๐ บาท

#### ๔.๓.๔ การยอมรับภาระจำนอง (Assumption of Mortgage)<sup>๒๕</sup>

การยอมรับภาระจำนอง (Assumption of Mortgage) เป็นโครงการให้กู้ยืมเงินของกองทุนประกันสังคมแก่สมาชิกที่มีประวัติดี โดยกองทุนประกันสังคมจะยอมรับภาระต้นเงินจากโครงการกู้เพื่อที่อยู่อาศัย (SSS housing loan) ที่สมาชิกยังค้างชำระ และยอมรับจำนองอสังหาริมทรัพย์นั้นต่อ

##### (๑) คุณสมบัติของผู้กู้

(๑.๑) เป็นผู้ประกันตนที่ได้ส่งเงินสะสมมาแล้วไม่น้อยกว่า ๓๖ เดือน และต้องส่งเงินสะสมอย่างต่อเนื่อง ๒๔ เดือนก่อนยื่นคำร้องขอกู้

(๑.๒) อายุไม่เกิน ๖๐ ปีบริบูรณ์ ณ วันที่ยื่นคำร้องขอกู้

(๑.๓) ต้องไม่เคยกู้เงินเพื่อที่อยู่อาศัยจากกองทุนประกันสังคมมาก่อน

(๑.๔) ต้องยังไม่ได้รับสิทธิประโยชน์สุดท้ายจากกองทุนประกันสังคม

(๑.๕) ผู้กู้และคู่สมรสจะต้องชำระหนี้เงินกู้อื่น ๆ ของกองทุนประกันสังคมอย่างเป็นปกติ

(๒) **จำนวนเงินที่ให้กู้** ไม่เกิน ๒,๐๐๐,๐๐๐ บาท (ประมาณ ๑,๒๘๐,๐๐๐ บาท)

(๓) **อัตราดอกเบี้ยเงินกู้** ร้อยละ ๘ - ๑๑ ต่อปี ขึ้นอยู่กับจำนวนเงินที่กู้

(๔) **การชำระเงินกู้** แบ่งชำระได้หลายครั้ง แต่ต้องไม่เกินระยะเวลาตามสัญญาจำนองเดิม ไม่เกินอายุการใช้งานของอาคาร และผู้กู้ต้องอายุไม่เกิน ๖๕ ปีบริบูรณ์ ณ วันที่ครบกำหนด

(๕) **หลักประกัน** อสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยตามสัญญาจำนอง

(๖) **ประกันภัย** ประกันภัยสินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัย และประกันอัคคีภัย

<sup>๒๕</sup> โปรดดู <https://www.sss.gov.ph/sss/appmanager/pages.jsp?page=assumemortgage>

(๗) การปล่อยเงินกู้ กองทุนประกันสังคมจะโอนเงินตามจำนวนเงินต้นที่ยังค้างชำระไปให้แก่ผู้จำนอง ซึ่งผู้จำนอง (ผู้กู้) จะต้องผ่อนชำระหนี้จำนวนนี้คืนแก่กองทุนประกันสังคมจนกว่าจะครบจำนวน

(๘) เบี้ยปรับกรณีผิดนัดชำระหนี้ ร้อยละ ๑.๕ ต่อเดือนที่ค้างจ่าย ในกรณีที่ค้างจ่ายเกินกว่า ๖ เดือน กองทุนประกันสังคมจะยึดทรัพย์จำนอง

#### ๔.๔ การกู้ยืมเพื่อการศึกษา (SSS Educational Loan)

##### (๑) คุณสมบัติของผู้กู้

(๑.๑) เป็นผู้ประกันตน ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้าง แรงงานอิสระ หรือสมาชิกภาคสมัครใจ

(๑.๒) ได้ส่งเงินสะสมเข้ากองทุนแล้วไม่น้อยกว่า ๑๒ เดือน โดยอย่างน้อยต้องจ่ายเงินสมทบ ๑ เดือนล่วงหน้าภายใน ๓ เดือนก่อนยื่นคำขอกู้

(๑.๓) ใช้เลขฐานในการคำนวณเงินสะสมและสิทธิประโยชน์ (MSC) ครั้งล่าสุดที่ ๑๕,๐๐๐ บาท หรือต่ำกว่า โดยมีเงินเดือนจริงไม่เกิน ๒๕,๐๐๐ บาท

(๑.๔) ชำระหนี้เงินกู้ยืมเพื่อที่อยู่อาศัยหรือเงินกู้ระยะสั้นเพื่อใช้ในการชีวิตประจำวันตรงตามกำหนด แต่ถ้าหากมีเงินค้างจ่ายก็ให้ค้างจ่ายได้ไม่เกิน ๓ งวด

(๒) บุคคลผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์จากเงินกู้ยืมเพื่อการศึกษา ได้แก่ ผู้ประกันตน คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย บุตร (รวมถึงบุตรนอกสมรส) พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาของผู้ประกันตนที่ยังไม่ได้แต่งงาน โดยผู้ประกันตนซึ่งแต่งงานแล้วสามารถขอกู้ได้ ๒ ราย (สำหรับตนเอง คู่สมรส หรือบุตร) ในการนี้ ห้ามมิให้บุคคลอื่นนอกจากบุคคลที่กำหนดเป็นผู้มีสิทธิได้รับประโยชน์

(๓) จำนวนเงินที่ให้กู้ กรณีการศึกษาหลักสูตรสามัญ จำนวนเงินไม่เกิน ๒๐,๐๐๐ บาทต่อภาคการศึกษา ส่วนกรณีหลักสูตรอาชีวศึกษา (ไม่เกิน ๒ ปี) จำนวนเงินไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาทต่อภาคการศึกษา เงินกู้จำนวนนี้จะได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลกลางฟิลิปปินส์ และกองทุนประกันสังคมในอัตราส่วนร้อยละ ๕๐ : ๕๐ ผู้ประกันตนหรือผู้ได้รับสิทธิประโยชน์จะต้องรับผิดชอบเงินค่าเล่าเรียนและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกินไปกว่าจำนวนเงินที่สามารถขอกู้ได้

(๔) ดอกเบี้ยและเบี้ยปรับ เงินกู้ในส่วนของรัฐบาล (ร้อยละ ๕๐) ไม่มีการคิดดอกเบี้ย แต่เงินกู้ในส่วนของกองทุนประกันสังคม (อีกร้อยละ ๕๐) คิดดอกเบี้ยที่อัตราร้อยละ ๖ ต่อปีแบบลดต้นลดดอกจนกว่าจะชำระหนี้เงินกู้ครบจำนวน ในกรณีที่ชำระหนี้ตามกำหนดต้องจ่ายเบี้ยปรับในอัตราร้อยละ ๑ ต่อเดือน

(๕) วิธีการปล่อยเงินกู้ ผู้ประกันตนจะได้รับเช็คส่งจ่ายค่าเทอมงวดแรก โดยตรงให้กับโรงเรียน เงินกู้งวดถัดไปจะได้รับก็ต่อเมื่อมีผลการประเมินหรือผลการศึกษาของภาคเรียนที่ผ่านมาจากโรงเรียน พร้อมเอกสารสมัครเรียนต่อในปีการศึกษาถัดไป มายืนยันกับกองทุนประกันสังคม

(๗) การชำระเงินกู้ กรณีการศึกษาหลักสูตรสามัญ มีระยะเวลาการกู้เงินได้ ๕ ปี กรณีหลักสูตรอาชีวศึกษา มีระยะเวลาการกู้เงินได้ ๓ ปี โดยทั้งสองกรณีการชำระเงินกู้งวดแรกจะเริ่มเมื่อเดือนที่ ๑๘ นับแต่เดือนที่เริ่มเปิดภาคเรียน ซึ่งระยะเวลาอาจแตกต่างกันได้ขึ้นอยู่กับระยะเวลาของภาคการศึกษาหลักสูตรนั้น ในกรณีที่ผู้ประกันตนไม่ชำระหนี้ กองทุนประกันสังคมจะหักเงินจำนวนดังกล่าวออกจากสิทธิประโยชน์ที่ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับในอนาคต

(๘) โรงเรียนที่เข้าร่วมโครงการ กรณีหลักสูตรสามัญจะต้องเป็นโรงเรียนที่ได้รับการรับรองจากคณะกรรมการอุดมศึกษา (the Commission on Higher Education) ส่วนกรณีหลักสูตรอาชีวศึกษาจะต้องได้รับการรับรองจากหน่วยงานผู้มีความเกี่ยวข้อง

## ๕. สถานะทางการเงินของกองทุนประกันสังคมฟิลิปปินส์

จากการตรวจสอบรายงานประจำปีของกองทุนประกันสังคมฟิลิปปินส์ในปี ค.ศ. ๒๐๒๐ (รายงานประจำปี ค.ศ. ๒๐๒๒ ยังอยู่ระหว่างการจัดทำ) ส่วนรายการกู้ ปรากฏรายละเอียดตามตารางที่ ๔<sup>๒๖</sup>

รายการ	ค.ศ. ๒๐๒๐	ค.ศ. ๒๐๑๙
สมาชิกกู้ (member loans)	๑๑๘,๑๗๒,๙๓๔,๖๑๕	๙๕,๒๙๔,๓๐๖,๐๓๕
กู้เพื่อที่อยู่อาศัย	๑,๕๖๐,๕๒๐,๕๐๙	๑,๗๓๗,๙๖๓,๑๒๓
กู้กรณีผู้รับบำนาญชราภาพ	๓,๕๑๔,๙๕๕,๒๖๗	๒,๐๐๙,๓๙๕,๘๘๒
กู้เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม	๖๙,๕๐๙,๒๘๓	๖๙,๗๗๘,๔๕๘
โครงการช่วยเหลือสมาชิกเพื่อพัฒนาการประกอบธุรกิจ (Program Member Assistance for Development Entrepreneurship (MADE))	๑๗,๒๑๙,๒๒๐	๑๗,๒๑๙,๒๒๐
รวม	๑๒๓,๓๓๕,๑๓๘,๘๙๔	๙๙,๑๒๘,๖๖๒,๗๑๘

ตารางที่ ๔. รายการกู้ยืมเงินจากกองทุนประกันสังคม (สกุลเงินเปโซ)

ในส่วนเงินกู้กรณีผู้รับบำนาญชราภาพ ปี ค.ศ. ๒๐๒๐ มีจำนวน ๗๔,๙๗๘ ราย รวมเป็นเงินประมาณ ๓,๕๐๐,๐๐๐,๐๐๐ เปโซ (หรือประมาณ ๒,๒๙๙,๘๕๐,๐๐๐ บาท) โดย

<sup>๒๖</sup> Statement of Financial Position, SSS in 2020: Accelerating Digitization through expreSSS, Social security System Annual Report 2020, p.39 โปรดดู <https://www.sss.gov.ph/sss/appmanager/viewArticle.jsp?page=arflipbook>

กองทุนประกันสังคมคาดว่าจะได้รับดอกเบี้ยประมาณ ๑๓๙,๗๕๘,๕๙๙,๐๐๐ บาท (หรือประมาณ ๒,๒๙๙,๘๕๐,๐๐๐ บาท)

ณ วันที่ ๓๑ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๒๐ กองทุนประกันสังคมฟิลิปปินส์อยู่ในสถานะติดลบอยู่ที่ประมาณ ๔๒๐,๐๐๐,๐๐๐,๐๐๐ บาท (หรือประมาณ ๒๖๘,๘๐๐,๐๐๐,๐๐๐ บาท)

รายงานงบดุลของกองทุนประกันสังคม	
สินทรัพย์ทั้งหมด (Total Assets)	๖๓๙,๙๙๔,๑๑๐,๒๗๒
หนี้สินทั้งหมด (Total Liabilities)	๖,๗๖๗,๒๕๑,๓๖๔,๒๓๗
ส่วนทุน (ผู้ถือหุ้น) ทั้งหมด (Total Equity)	(๖,๑๒๗,๒๕๗,๒๕๓,๙๖๕)
หนี้สินและส่วนทุนทั้งหมด (Total Liabilities and Total Equity)	๖๓๙,๙๙๔,๑๑๐,๒๗๒
รายงานสถานะรายรับ - รายจ่าย	
รายรับทั้งหมด (Total Income)	๒๕๔,๓๓๕,๗๖๔,๙๙๐
รายจ่ายทั้งหมด (Total Expenses)	๖๘๑,๖๑๐,๓๖๙,๗๑๗
กำไร (ขาดทุน) Comprehensive Income (Loss)	(๔๒๗,๒๗๔,๖๐๓)

ตารางที่ ๕. สรุปภาพรวมสถานะทางการเงินของกองทุนประกันสังคมฟิลิปปินส์<sup>๒๗</sup> (สกุลเงินเปโซ)

## ๖. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้ว่าการแก้ไขกฎหมายประกันสังคมของประเทศฟิลิปปินส์เพื่อให้ผู้ประกันตนสามารถขอกู้ได้มีได้เป็นการแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับสถานการณ์วิกฤตโควิด - ๑๙ โดยตรงเนื่องจากเป็นการแก้ไขกฎหมายตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๘ ก่อนที่จะมีสถานการณ์โควิด - ๑๙ เกิดขึ้น แต่กฎหมายประกันสังคมฟิลิปปินส์ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ (พ.ศ. ๒๕๖๑) ก็เป็นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายประกันสังคมเพื่อขยายหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการประกันสังคมให้สามารถบริหารจัดการเงินกองทุนประกันสังคม รวมทั้งการนำเงินกองทุนไปลงทุนให้เกิดประสิทธิผลต่อผู้ประกันตนมากที่สุด โดยการลงทุนของเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนจะต้อง

<sup>๒๗</sup> อ้างแล้ว, โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒๔, หน้า ๒๗-๒๘.

เป็นการลงทุนที่มีความเสี่ยงต่ำ ได้รับการรับรองจากธนาคารกลางแห่งประเทศไทยและสถาบันการเงินที่เชื่อถือได้ หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์ กองทุนประกันสังคมยังอาจให้ผู้ประกันตนกู้ยืมเงินทั้งแบบระยะสั้นหรือระยะปานกลาง เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน ค่าการศึกษาเล่าเรียน ประสบภัยธรรมชาติ หรือกรณีฉุกเฉิน โดยมีเงื่อนไขและรายละเอียดในการให้กู้ จำนวนเงินกู้ ระยะเวลาในการกู้ หลักประกันในการกู้ อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ ฯลฯ ที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการประกันสังคมประกาศกำหนด

การนำเงินกองทุนประกันสังคมออกมาให้กู้ตามกฎหมายฟิลิปปินส์นี้เป็นการดำเนินการของกองทุนประกันสังคมเอง ซึ่งแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ ...) พ.ศ. .... ที่กระทรวงแรงงานเสนอ ที่กำหนดให้การขอกู้ หมายถึง การนำเงินชราภาพไปเป็นหลักประกันในการขอกู้เงินกับธนาคารหรือสถาบันการเงิน ในการดำเนินการให้กู้ กองทุนประกันสังคมของฟิลิปปินส์จะต้องมีการเตรียมความพร้อมทั้งด้านบุคลากรที่มีความรู้ความเข้าใจทางการเงินและระบบเทคโนโลยีสารสนเทศที่ทันสมัย และยังสามารถยอมรับความเสี่ยงได้ด้วยว่า หากมีผู้ขอกู้จำนวนมากและผู้กู้ขาดระเบียบวินัยทางการเงินที่ดีก็จะก่อให้เกิดภาระทางการเงินแก่ผู้กู้เพิ่มขึ้นและสร้างปัญหาในการบริหารจัดการเงินกองทุน เช่น การติดตามทวงหนี้ เป็นต้น ในประเด็นนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาในการติดตามทวงหนี้ กฎหมายประกันสังคมฟิลิปปินส์ได้กำหนดไว้ว่า หากผู้ประกันตนไม่นำเงินกู้มาชำระคืนภายในเวลาที่กำหนด กองทุนประกันสังคมมีอำนาจในการหักเงินจำนวนดังกล่าวออกจากสิทธิประโยชน์ที่ผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับในชั้นสุดท้าย ซึ่งจะส่งผลให้สิทธิประโยชน์ชั้นสุดท้ายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นประโยชน์ทดแทนกรณีเจ็บป่วยทุพพลภาพหรือประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้นอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยจะนำแนวทางในการให้กู้ตามกฎหมายฟิลิปปินส์มาใช้ก็อาจใช้วิธีหักเงินสิทธิประโยชน์ชั้นสุดท้ายที่ผู้ประกันตนมีสิทธิจะได้รับได้เช่นกัน

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่ากฎหมายประกันสังคมของฟิลิปปินส์จะเปิดโอกาสให้ผู้ประกันตนสามารถขอกู้เงินจากกองทุนประกันสังคมได้ แต่ก็ไม่ได้ให้สิทธิผู้ประกันตนในการขอเลือกรับเงินในรูปบำเหน็จชราภาพได้โดยผู้ประกันตนจะได้รับเงินในรูปบำนาญชราภาพเท่านั้น ซึ่งก็น่าจะตรงตามวัตถุประสงค์ของประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพที่ให้ผู้ประกันตนที่เกษียณอายุการทำงานแล้วได้รับเงินเพื่อดำรงชีพไปจนตลอดชีวิต ในขณะเดียวกัน การให้เงินในรูปบำนาญชราภาพเป็นการทยอยจ่ายทำให้กองทุนไม่ต้องให้เงินจำนวนมากแก่ผู้ประกันตนในคราวเดียว

ในการนำเงินออกจากกองทุนประกันสังคมนี้ ถึงแม้ว่ากฎหมายฟิลิปปินส์กำหนดว่าการนำเงินทุนสำรองเพื่อการลงทุนไปลงทุนจะต้องไม่เกินจำนวนเงินขั้นสูงที่กฎหมายกำหนด แต่กองทุนประกันสังคมยังต้องมีการดำเนินการต่าง ๆ ในการจ่ายสิทธิประโยชน์ทดแทนให้แก่ผู้ประกันตนในกรณีต่าง ๆ ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการจัดตั้งระบบประกันสังคม การให้ผู้ประกันตนกู้เงินจากกองทุนประกันสังคมได้จำนวนมากย่อมส่งผลกระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของกองทุนประกันสังคมและความยั่งยืนของระบบประกันสังคมได้ ดังจะเห็นได้จากภาพรวมสถานะทางการเงินของกองทุนประกันสังคมของประเทศฟิลิปปินส์ที่มีการขาดทุนอย่างมาก



ส่วนในกรณีการ**ขอคืน**ที่ให้ผู้ประกันตนสามารถนำเงินชราภาพบางส่วนมาใช้ก่อนมีอายุครบ ๕๕ ปีบริบูรณ์ อาจมีกรณีเทียบเคียงได้กับ**ประเทศเยอรมนี** ที่ผู้ประกันตนไม่จำเป็นต้องรอให้ถึงอายุเกษียณเพื่อรับเงินบำนาญ หากผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบครบ ๓๕ ปีแล้วสามารถเลือกที่จะเกษียณก่อนเวลาได้ แต่ก็เป็นการเกษียณอายุก่อนกำหนดส่งผลให้ผู้ประกันตนรายนั้นออกจากระบบประกันสังคม กล่าวคือ ไม่ต้องส่งเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมอีก มิใช่กรณีการขอคืนบางส่วน หรือ**ประเทศออสเตรเลีย**ที่มีการตรากฎหมายให้ผู้สามารถนำเงินชราภาพออกมาใช้ก่อนล่วงหน้าได้ (Superannuation Legislation Amendment (Early Release of Superannuation) Act 2011) เป็นต้น

โดยสรุป จากการศึกษาข้อมูลระบบประกันสังคมของประเทศอื่น ๆ ในเบื้องต้นแต่ละประเทศจะมีวิธีการในการแก้ปัญหากรณีการนำเงินชราภาพออกมาใช้บางส่วนก่อนแตกต่างกัน แต่ไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดที่ให้ทางเลือกแก่ผู้ประกันตน ๓ ทางพร้อมกัน กล่าวคือ ทั้ง “ขอเลือก ขอคืน ขอกู้” ตามร่างพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ตามที่กระทรวงแรงงานเสนอ ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อผู้ประกันตนและต่อเสถียรภาพของกองทุนประกันสังคมได้อย่างมีนัยยะสำคัญตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ปัจจุบันนี้ประเทศส่วนใหญ่มีแนวทางที่จะขยายอายุเกษียณให้มากขึ้นเพื่อรองรับการเปลี่ยนแปลงเป็นสังคมผู้สูงอายุ และมักจะใช้มาตรการชั่วคราวในการให้ความช่วยเหลืออย่างอื่นเพื่อแก้ปัญหาเศรษฐกิจของผู้ประกันตนที่มักเกิดเพียงระยะสั้น ๆ มากกว่าที่จะตรากฎหมายเพื่อให้ผู้ประกันตนสามารถนำเงินกองทุนประกันสังคมออกมาใช้ก่อนล่วงหน้าได้เป็นการทั่วไป การแก้ไขปรับปรุงกฎหมายประกันสังคมของประเทศไทยเพื่อนำเงินกรณีชราภาพบางส่วนออกมาใช้ก่อน จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาผลกระทบให้รอบด้าน

การซื้อหุ้นคืนของบริษัทมหาชนจำกัด :  
เจตนารมณ์และข้อสังเกตตามกฎหมายกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ  
ว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท  
(ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕\*

สมภพ ศิริธนานุกุลวงศ์\*\*

## ๑. บทนำ

### ๑.๑ ความเป็นมา

หลักการดำรงไว้ซึ่งทุน (Maintenance of Capital) เป็นหลักสำคัญประการหนึ่งขององค์กรธุรกิจประเภทบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด เพราะทุนจดทะเบียนที่ปรากฏในหนังสือบริคณห์สนธิย่อมถือเป็นหลักประกันที่สำคัญสำหรับเจ้าหนี้ในอันที่จะใช้สิทธิเรียกร้องจากบริษัทซึ่งมีสภาพบุคคลแยกออกจากผู้ถือหุ้นแต่ละคน การป้องกันมิให้ทุนของบริษัทลดลงจนอาจทำให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับชำระหนี้หรือได้รับชำระหนี้ไม่ถูกต้องครบถ้วน จึงย่อมเป็นวัตถุประสงค์สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายที่จะเข้ามากำกับดูแล<sup>๑</sup> ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายกำหนดห้ามมิให้บริษัทเป็นเจ้าของหุ้นของตนเองหรือรับจำนำหุ้นของตนเอง<sup>๒</sup> อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวมิได้หมายความว่า จะไม่มีข้อยกเว้นเสียเลย โดยเฉพาะองค์กรธุรกิจขนาดใหญ่ดังเช่นบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งในการประกอบกิจการอาจมีผลกำไรสะสมมากพอที่จะนำไปใช้บริหารทางการเงินได้หลายรูปแบบ ขณะเดียวกันองค์กรธุรกิจประเภทนี้ก็มีการระดมทุนจากนักลงทุนทั่วไป จึงอาจมีโอกาสดังกล่าวที่จะเกิดความขัดแย้งระหว่างผู้ถือหุ้นกลุ่มต่าง ๆ ได้

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (สิงหาคม ๒๕๖๕) Master of Laws (Public Law) (with Merit), London School of Economics and Political Science; United Kingdom (นักเรียนทุนรัฐบาล พ.ศ. ๒๕๕๔); นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๑) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; รัฐศาสตรบัณฑิต (ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ) (เกียรตินิยมอันดับ ๑) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

<sup>๑</sup> นิรุบล เลิศนุวัฒน์, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายบริษัทมหาชนจำกัด (พิมพ์ครั้งที่ ๒, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๖๒), ๑๓๘.

<sup>๒</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๑๑๔๓ ห้ามมิให้บริษัทจำกัดเป็นเจ้าของหุ้นของตนเอง หรือรับจำนำหุ้นของตนเอง

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๖๖ บริษัทจะเป็นเจ้าของหุ้นหรือรับจำนำหุ้นของตนเองมิได้.



ด้วยเหตุนี้ในปี พ.ศ. ๒๕๔๔ กระทรวงพาณิชย์จึงได้มีการเสนอให้แก้ไขพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ เพื่อผ่อนคลายให้บริษัทมหาชนจำกัดสามารถเป็นเจ้าของหุ้นของตนเองได้ในบางกรณี<sup>๓</sup> กล่าวคือ บริษัทอาจซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่ออกเสียงไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการแก้ไขข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและสิทธิในการรับเงินปันผล และอีกกรณีคือเมื่อบริษัทมีกำไรสะสมและสภาพคล่องส่วนเกินจึงซื้อหุ้นคืนเพื่อบริหารทางการเงิน ดังปรากฏเป็นบทบัญญัติในมาตรา ๖๖/๑<sup>๔</sup> แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๔ และต่อมาในปีเดียวกัน กระทรวงพาณิชย์ได้ตราอนุบัญญัติเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในเรื่องนี้ขึ้น คือ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท พ.ศ. ๒๕๔๔<sup>๕</sup> มีสาระสำคัญแบ่งเป็น ๓ หมวด ได้แก่ หมวด ๑ การซื้อหุ้นคืนตามมาตรา ๖๖/๑ (๑) หมวด ๒ การซื้อหุ้นคืนตามมาตรา ๖๖/๑ (๒) และหมวด ๓ การจำหน่ายและการตัดหุ้นที่ซื้อคืน

ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๔๖ กระทรวงพาณิชย์ได้มีการเสนอร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืน

<sup>๓</sup> เดิมทีเดียวกระทรวงพาณิชย์เสนอให้กำหนดข้อยกเว้นให้บริษัทเป็นเจ้าของหุ้นของตนเองได้ ๓ กรณี คือ (๑) โดยคำสั่งศาล (๒) โดยการซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นตามมาตรา ๓๑ (การแก้ไขเพิ่มเติมหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัท) มาตรา ๖๕ (การแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญ) มาตรา ๑๐๗ (การลงคะแนนเสียงกรณีปกติหรือกรณีพิเศษ) มาตรา ๑๓๖ (การเพิ่มทุนโดยออกหุ้นใหม่) มาตรา ๑๓๙ (การลดทุนโดยลดมูลค่าหุ้นหรือลดจำนวนหุ้น) และมาตรา ๑๔๖ (การควบบริษัท) และ (๓) โดยการซื้อหุ้นคืนเพื่อบริหารทางการเงินหรือปรับโครงสร้างหนี้ (เรื่องเสร็จที่ ๕๒๘/๒๕๔๓ เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... เอกสารหมายเลข ๑.๑๐ - ๑.๑๑).

<sup>๔</sup> มาตรา ๖๖/๑ บทบัญญัติมาตรา ๖๖ ในส่วนที่เกี่ยวกับการที่บริษัทเป็นเจ้าของหุ้นของตนเอง มิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) บริษัทอาจซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ออกเสียงไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและสิทธิในการรับเงินปันผล ซึ่งผู้ถือหุ้นเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม

(๒) บริษัทอาจซื้อหุ้นคืนเพื่อบริหารทางการเงินเมื่อบริษัทมีกำไรสะสมและสภาพคล่องส่วนเกิน และการซื้อหุ้นคืนนั้นไม่เป็นเหตุให้บริษัทประสบปัญหาทางการเงิน

หุ้นที่บริษัทถืออยู่นั้นจะไม่นับเป็นองค์ประชุมในการประชุมผู้ถือหุ้น รวมทั้งไม่มีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและสิทธิในการรับเงินปันผลด้วย

หุ้นที่ซื้อคืนตามวรรคหนึ่ง บริษัทจะต้องจำหน่ายออกไปภายในเวลาที่กำหนดในกฎกระทรวง ถ้าไม่จำหน่ายหรือจำหน่ายไม่หมดภายในเวลาที่กำหนด ให้บริษัทลดทุนที่ชำระแล้วโดยวิธีตัดหุ้นจดทะเบียนส่วนที่จำหน่ายไม่ได้

การซื้อหุ้นคืนตามวรรคหนึ่ง การจำหน่ายหุ้น และการตัดหุ้นตามวรรคสาม ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง.

<sup>๕</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๘ ตอนที่ ๑๑๐ ก หน้า ๑๐/ ๓๐ พุทธศักราช ๒๕๔๔.

ของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ซึ่งเป็นการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ ขึ้นเป็นครั้งแรก มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการลดระยะเวลาการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนให้กระทำไ้เร็วขึ้น แต่เนื่องจากกระทรวงพาณิชย์เห็นว่าร่างกฎกระทรวงที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้นยังไม่สอดคล้องกับร่างบทบัญญัติที่กระทรวงพาณิชย์ได้เสนอแก้ไข จึงมิได้มีการยืนยันให้ความเห็นชอบร่างกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว<sup>๖</sup> จนกระทั่งในปี พ.ศ. ๒๕๕๐ กระทรวงพาณิชย์ได้ยกร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ขึ้นใหม่ แต่ในระหว่างที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาร่างกฎกระทรวงนั้น กระทรวงพาณิชย์ก็ได้มีการปรับปรุงเนื้อหาของร่างกฎกระทรวงใหม่อีกครั้งในปี พ.ศ. ๒๕๕๒ โดยนำเอาหลักการของร่างกฎกระทรวงที่เสนอมาในสองฉบับก่อนหน้า คือ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๖ และ พ.ศ. ๒๕๕๐ มากำหนดรวมไว้ในร่างกฎกระทรวงฉบับใหม่ แต่เนื่องจากสาระสำคัญของร่างกฎกระทรวงฉบับนี้มีเนื้อหาหลายประการที่เป็นเรื่องสำคัญในเชิงนโยบายและมีผลกระทบต่อประชาชน ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบ ประกอบกับในปี พ.ศ. ๒๕๖๔ กระทรวงพาณิชย์ได้ยกร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ขึ้นใหม่อีกฉบับหนึ่ง จึงทำให้ร่างกฎกระทรวงฯ ที่เสนอไว้เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๒ ต้องยุติการพิจารณาไปในที่สุด<sup>๗</sup>

## ๑.๒ หลักการและสาระสำคัญ

สำหรับร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่กระทรวงพาณิชย์เสนอเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๔ นั้น ปัจจุบันได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

<sup>๖</sup> กรมพัฒนาธุรกิจการค้ามีข้อสังเกตว่าร่างกฎกระทรวงฯ ที่ผ่านการตรวจพิจารณากำหนดข้อยกเว้นให้เฉพาะบริษัทมหาชนจำกัดที่มีสถานะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ ซึ่งมีการกระจ่ายการถือหุ้นไม่ครบถ้วนตามข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ฯ เท่านั้นที่จะมีสิทธิจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนได้ก่อนครบกำหนด ๖ เดือนนับแต่การซื้อหุ้นคืนในแต่ละคราวเสร็จสิ้น ซึ่งกระทรวงพาณิชย์เห็นว่าควรใช้ข้อยกเว้นนี้กับบริษัทมหาชนจำกัดเป็นการทั่วไปด้วย (หนังสือกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ที่ พณ ๐๘๐๓/๓๓๐๘ ลงวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๔๗ เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....) ในเรื่องเสร็จที่ ๒๓๔ - ๒๓๕/๒๕๕๓ เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... .

<sup>๗</sup> โปรดดูการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๔๖ - ๒๕๕๒ ประกอบ ในแฟ้มเรื่องเสร็จที่ ๒๓๔ - ๒๓๕/๒๕๕๓ เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... และเรื่องเสร็จที่ ๙๓๙/๒๕๖๓ เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... .

เมื่อวันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๖๕<sup>๘</sup> และมีผลใช้บังคับแล้ว โดยในชั้นการเสนอร่างกฎหมาย คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการร่างกฎกระทรวงนี้เมื่อวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ มีหลักการ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๔<sup>๙</sup> (๔) แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ และ มาตรา ๖๖/๑<sup>๑๐</sup> วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ บริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๔ มีสาระสำคัญโดยสังเขป ดังนี้ (๑) ปรับปรุงวิธีการ ซื้อหุ้นคืนและวิธีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน (๒) แก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การเปิดเผยข้อมูลโครงการ ซื้อหุ้นคืนแก่สาธารณชน (๓) ลดระยะเวลาการซื้อหุ้นตามโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่ (๔) ลดระยะเวลา การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน (๕) เพิ่มวิธีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน (๖) กำหนดบทเฉพาะกาลให้บริษัท เปิดเปิดเผยข้อมูลโครงการซื้อหุ้นคืนอีกครั้งในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงรายละเอียดของโครงการ เพื่อดำเนินการตามกฎหมายฉบับใหม่ และ (๗) กำหนดบทเฉพาะกาลยกเว้นระยะเวลาการ ซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่ในกรณีที่บริษัทจัดทำโครงการซื้อหุ้นคืนภายใน ๖ เดือนนับแต่วันที่กฎกระทรวง ฉบับใหม่มีผลใช้บังคับ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า สาระสำคัญบางส่วนของร่างกฎกระทรวงฉบับนี้ มีความคล้ายคลึงกับร่างกฎกระทรวงที่กระทรวงพาณิชย์ได้เคยเสนอเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๒ เช่น การเพิ่มวิธีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนให้สามารถจำหน่ายแก่ผู้ถือหุ้นเดิม กรรมการ หรือพนักงาน ของบริษัทได้ การลดระยะเวลาซื้อหุ้นคืนตามโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่ให้กระทำได้เร็วขึ้น เป็นต้น สำหรับรายละเอียดในแต่ละประเด็นที่จะได้นำเสนอในส่วนต่อไปนั้น จะสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของร่างกฎกระทรวงฉบับนี้ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมาย เกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ได้ตรวจพิจารณา และข้อสังเกตจากการ อภิปรายของที่ประชุมคณะกรรมการฯ ตลอดจนข้อสังเกตเพิ่มเติมของผู้เขียนในฐานะที่ปฏิบัติหน้าที่ ฝ่ายเลขานุการในการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนี้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ต่อการศึกษาทำความเข้าใจ และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากกฎหมายฉบับนี้ต่อยอดในเชิงลึกได้ต่อไป

<sup>๘</sup> กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๙ ตอนที่ ๒๒ ก หน้า ๖ - ๑๐).

<sup>๙</sup> มาตรา ๑๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มี อำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ กำหนดแบบพิมพ์ต่าง ๆ และออกกฎกระทรวงในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการขอจดทะเบียนและการรับจดทะเบียนตาม พระราชบัญญัตินี้

(๒) กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้

(๓) ยกเว้นค่าธรรมเนียม

(๔) กำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้.

<sup>๑๐</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔.

๒. เจตนารมณ์และข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ มีสาระสำคัญ ๕ ประการ ดังนี้

### ๒.๑ วิธีการซื้อหุ้นคืน

เดิมข้อ ๗<sup>๑๑</sup> ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ กำหนดวิธีการซื้อหุ้นคืนของบริษัทมหาชนจำกัดให้กระทำได้ ๒ วิธี คือ การเสนอซื้อในกระดานหลักของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย และการเสนอซื้อจากผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไป โดยบริษัทสามารถเลือกวิธีการซื้อหุ้นคืนได้อย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้หากหุ้นที่จะซื้อคืนในโครงการเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ และมีจำนวนไม่เกินร้อยละ ๑๐ ของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด แต่ถ้าเป็นการซื้อเกินกว่าร้อยละ ๑๐ ของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดหรือเป็นหุ้นที่ไม่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ บริษัทต้องใช้วิธีการเสนอซื้อจากผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไปเท่านั้น สำหรับการซื้อขายในกระดานหลักนั้น เดิมเคยมีข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การซื้อขายการชำระราคา และการส่งมอบหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้การซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ฯ ให้กระทำด้วยระบบการซื้อขาย<sup>๑๒</sup> แบ่งออกเป็น ๕ กระดาน ได้แก่ กระดานหลัก กระดานหน่วยย่อย กระดานรายใหญ่ กระดานต่างประเทศ และกระดานอื่นตามที่คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์กำหนด<sup>๑๓</sup> แต่เนื่องจากข้อบังคับฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไปเมื่อปี

<sup>๑๑</sup> ข้อ ๗ วิธีการซื้อหุ้นคืนตามข้อ ๖ ให้ดำเนินการดังนี้

(๑) กรณีหุ้นที่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยและหุ้นที่จะซื้อคืนตามโครงการมีจำนวนไม่เกินร้อยละสิบของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด วิธีการซื้อหุ้นคืนอาจเสนอซื้อในกระดานหลักของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย หรือเสนอซื้อจากผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไปก็ได้

(๒) กรณีหุ้นที่จะซื้อคืนตาม (๑) มีจำนวนเกินกว่าร้อยละสิบของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด หรือกรณีหุ้นที่ไม่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ให้ซื้อหุ้นคืนโดยเสนอซื้อจากผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไป

การซื้อหุ้นคืนโดยวิธีการซื้อในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยจะต้องมีระยะเวลาดำเนินการไม่เกินหกเดือน.

<sup>๑๒</sup> ข้อ ๔ การซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ให้กระทำด้วยระบบการซื้อขาย

ฯลฯ

ฯลฯ.

<sup>๑๓</sup> ข้อ ๙ กระดานที่ใช้ในการซื้อขายมีดังต่อไปนี้

- (๑) กระดานหลัก
- (๒) กระดานหน่วยย่อย
- (๓) กระดานรายใหญ่
- (๔) กระดานต่างประเทศ
- (๕) กระดานอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด.

พ.ศ. ๒๕๕๕<sup>๑๔</sup> และมีข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การซื้อขาย การชำระราคา และการส่งมอบ หลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๕๕ ออกใช้บังคับแทน โดยกำหนดให้การซื้อขายหลักทรัพย์ ในตลาดหลักทรัพย์ฯ กระทำโดยสมาชิกด้วยระบบการซื้อขาย<sup>๑๕</sup> แบ่งเป็น ๒ วิธี คือ วิธีจับคู่ อัตโนมัติ<sup>๑๖</sup> (Automated Order Matching – AOM) และวิธีบันทึกการซื้อขาย<sup>๑๗</sup> (Trade Report)

### วิธีการซื้อหุ้นคืน



<sup>๑๔</sup> ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง ยกเลิกข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการซื้อขาย พ.ศ. ๒๕๕๕  
ข้อ ๒ ให้ยกเลิก

(๑) ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เรื่อง การซื้อขาย การชำระราคา และการส่งมอบ  
หลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๒ ลงวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๔๒

ฯลฯ

ฯลฯ.

<sup>๑๕</sup> ข้อ ๓ การซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ให้กระทำโดยสมาชิกด้วยระบบการซื้อขาย  
ฯลฯ

ฯลฯ.

<sup>๑๖</sup> การซื้อขายด้วยวิธีจับคู่อัตโนมัติ (AOM) มีหลักการสำคัญ คือ เป็นระบบการซื้อขายที่จับคู่  
ราคาเสนอซื้อและราคาเสนอขายตามหลักราคาและเวลาที่ดีที่สุด (Price then Time Priority) โดยราคาเสนอ  
ซื้อที่สูงกว่าราคาเสนอซื้ออื่นให้ได้รับการจับคู่การซื้อขายในลำดับก่อน ถ้าราคาเสนอซื้อในแต่ละราคามีมากกว่า  
๑ รายการ ให้ราคาเสนอซื้อที่เข้ามาในระบบการซื้อขายก่อน ได้รับการจับคู่ในการซื้อขายในลำดับก่อน  
ส่วนราคาเสนอขายที่ต่ำกว่าราคาเสนอขายอื่น ให้ได้รับการจับคู่การซื้อขายในลำดับก่อน ถ้าราคาเสนอขาย  
ในแต่ละรายการมีมากกว่า ๑ รายการ ให้ราคาเสนอขายที่เข้ามาในระบบการซื้อขายก่อน ได้รับการจับคู่การ  
ซื้อขายในลำดับก่อน (ข้อ ๑๔ ของข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การซื้อขาย การชำระราคา และการส่งมอบ  
หลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๕๕).

<sup>๑๗</sup> การซื้อขายด้วยวิธีบันทึกการซื้อขาย (Trade Report) กระทำได้ ๒ แบบ คือ (๑) การซื้อขาย  
ระหว่างสมาชิก (Two-firm Trade Report) โดยสมาชิกผู้ซื้อและผู้ขายเจรจาตกลงกัน หากสมาชิกตกลงกัน  
ได้แล้ว สมาชิกผู้ซื้อและสมาชิกผู้ขายจะบันทึกการซื้อขายเข้ามาในระบบการซื้อขาย และ (๒) การซื้อขายโดย  
สมาชิกผู้ซื้อและผู้ขายเป็นรายเดียวกัน (One-firm Trade Report) โดยให้สมาชิกบันทึกการซื้อขายเข้ามาใน  
ระบบการซื้อขาย (ข้อ ๒๓ ของข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การซื้อขาย การชำระราคา และการส่งมอบ  
หลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๕๕).



ดังนั้น เพื่อให้วิธีการซื้อหุ้นคืนสอดคล้องกับระบบซื้อขายหลักทรัพย์ของตลาดหลักทรัพย์ฯ จึงจำเป็นต้องยกเลิกความใน (๑) ของข้อ ๗<sup>๑๘</sup> ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ โดยเปลี่ยนให้การเสนอซื้อหุ้นคืนของบริษัทจดทะเบียนที่ไม่เกินร้อยละ ๑๐ ให้กระทำได้โดยผ่านระบบการซื้อขายของตลาดหลักทรัพย์ฯ ด้วยวิธีจับคู่ซื้อขายโดยอัตโนมัติ (AOM) หรืออาจเสนอซื้อจากผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไป (General Offer – GO) ก็ได้<sup>๑๙</sup> อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการกำหนดให้ใช้วิธีจับคู่อัตโนมัติในบทบัญญัติข้อนี้ ในความจริงแล้วก็คือวิธีปฏิบัติเดิมของบริษัทจดทะเบียน เนื่องจากการซื้อขายในกระดานหลักจะต้องมีการบันทึกการเสนอซื้อขายเข้าไปในระบบคอมพิวเตอร์ที่ตลาดหลักทรัพย์ฯ จัดไว้ เพื่อให้เกิดการจับคู่ระหว่างคำสั่งเสนอซื้อและคำสั่งเสนอขาย (AOM) ตามหลักราคาและเวลาที่ดีที่สุดอยู่แล้วนั่นเอง ซึ่งวิธีการดังกล่าวจะทำให้ราคาเป็นตามกลไกตลาดอันเป็นข้อแตกต่างจากวิธีบันทึกการซื้อขาย (Trade Report) ที่ผู้ซื้อและผู้ขายรู้จักกัน กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ จึงมิได้นำวิธีการอย่างหลังมาใช้ด้วยแต่อย่างใด

## ๒.๒ วิธีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน

เดิมข้อ ๑๓<sup>๒๐</sup> ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ กำหนดวิธีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนไว้เพียง ๒ วิธีเท่านั้น คือ ให้เสนอขายในกระดานหลักหรือเสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไป อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีการขายในตลาดหลักทรัพย์ฯ อาจไม่ใช่ทางเลือกที่เป็นประโยชน์สำหรับบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการซื้อขายในตลาดอยู่ในภาวะที่ไม่ปกติ เช่น มีการลดลงของราคาหลักทรัพย์อย่างต่อเนื่อง ในขณะที่การเสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไปย่อมมีต้นทุนและขั้นตอนมากมายในการดำเนินการ เช่น ต้องขออนุญาตหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแล<sup>๒๑</sup> ข้อจำกัดดังกล่าวทำให้การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน

<sup>๑๘</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑๑.

<sup>๑๙</sup> กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕

ข้อ ๗ วิธีการซื้อหุ้นคืนตามข้อ ๖ ให้ดำเนินการดังนี้

(๑) กรณีหุ้นที่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยและหุ้นที่จะซื้อคืนตามโครงการมีจำนวนไม่เกินร้อยละสิบของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด วิธีการซื้อหุ้นคืนอาจเสนอซื้อด้วยวิธีจับคู่อัตโนมัติผ่านระบบการซื้อขายของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย หรือเสนอซื้อจากผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไปก็ได้

ฯลฯ

ฯลฯ.

<sup>๒๐</sup> ข้อ ๑๓ วิธีการจำหน่ายหุ้น ให้ดำเนินการดังนี้

(๑) กรณีหุ้นที่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ให้เสนอขายในกระดานหลักของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย หรือเสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(๒) กรณีหุ้นที่ไม่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ให้เสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์.

<sup>๒๑</sup> ตลาดหลักทรัพย์ฯ, “หนังสือตลาดหลักทรัพย์ฯ ที่ ๙/๒๕๕๑ เรื่อง ข้อเสนอการแก้ไข

เกิดความไม่คล่องตัว ในปี พ.ศ. ๒๕๕๒ กระทรวงพาณิชย์จึงเสนอให้เพิ่มวิธีการจำหน่ายหุ้นให้สามารถขายแก่ผู้ถือหุ้นเดิม กรรมการและพนักงานได้ด้วย<sup>๒๒</sup> แต่ท้ายที่สุดร่างกฎกระทรวงฉบับนี้ได้ยุติการพิจารณาไปและมีการเสนอร่างกฎกระทรวงฉบับใหม่ขึ้นในปี พ.ศ. ๒๕๖๔<sup>๒๓</sup> แต่ยังคงหลักการเดิมที่ต้องการให้การเสนอขายหุ้นที่ซื้อคืนสามารถดำเนินการได้หลายวิธีมากขึ้น ทั้งการขายแก่ผู้ถือหุ้นเดิม กรรมการและพนักงานของบริษัท

#### การเสนอขายหุ้นที่ซื้อคืนต่อกรรมการหรือพนักงาน

ในเรื่องการเสนอขายต่อกรรมการและพนักงานของบริษัทนั้น เหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ อนุญาตให้บริษัทดำเนินการได้อาจเนื่องมาจากปัญหาเกี่ยวกับ Dilution Effect ที่จะมีผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นได้หากต้องมีการเพิ่มทุน<sup>๒๔</sup> (Capital Increase) เพราะการออกหุ้นใหม่จะทำให้ผู้ถือหุ้นเดิมถือหุ้นในสัดส่วนที่ลดลง<sup>๒๕</sup> ราคาหุ้นลดลง และกำไรต่อหุ้นลดลง<sup>๒๖</sup> การนำหุ้นเดิมที่บริษัทซื้อคืนกลับมาจำหน่ายให้แก่กรรมการหรือพนักงานของบริษัทเมื่อบริษัทมีโครงการจะตอบแทนการทำงานให้แก่บุคคลเหล่านี้ เช่น โดยการทยอยให้หุ้น (vesting) แก่กรรมการหรือพนักงานผ่านผู้รับช่วงซื้อหลักทรัพย์<sup>๒๗</sup> จึงน่าจะช่วยหลีกเลี่ยงผลกระทบดังกล่าวและเป็นประโยชน์ต่อบริษัทที่จะมีช่องทาง

กฎกระทรวง,” ลงวันที่ ๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๑.

<sup>๒๒</sup> ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (ของกระทรวงพาณิชย์เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๒)

“ข้อ ๑๓ วิธีการจำหน่ายหุ้น ให้ดำเนินการ ดังนี้

(๑) กรณีหุ้นที่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ให้เสนอขายในกระดานหลักของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย หรือเสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไป หรือเสนอขายแก่ผู้ถือหุ้นเดิม กรรมการ พนักงาน โดยการเสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไป หรือเสนอขายแก่ผู้ถือหุ้นเดิม กรรมการ พนักงาน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนดสำหรับการเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่โดยอนุโลม

(๒) กรณีหุ้นที่ไม่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ให้เสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไป โดยให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนดสำหรับการเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่โดยอนุโลม”.

<sup>๒๓</sup> โปรดดูส่วนที่ ๑ บทนำ หัวข้อที่ ๑.๑ ความเป็นมา, ข้างต้น.

<sup>๒๔</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒๐๙-๓/๒๕๖๔” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ณ ห้องประชุมปรีดี พนมยงค์, ๗ กรกฎาคม ๒๕๖๔ ในเรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๕๖๕ เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....), ๑๕ – ๑๖.

<sup>๒๕</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑, ๑๑๔ - ๑๑๕.

<sup>๒๖</sup> “บริษัทเพิ่มทุน...นักลงทุนต้องทำอะไร,” ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย <<https://bit.ly/3sAJeuL>> สืบค้นเมื่อ ๑๑ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕.

<sup>๒๗</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒๔.

การจำหน่ายที่เหมาะสมต่อสถานการณ์ได้มากยิ่งขึ้น และขณะเดียวกันก็เป็นการให้หุ้นต่อผู้ที่สมควรจะได้รับในช่วงจังหวะเวลาที่เหมาะสม ทำให้บุคลากรที่มีคุณภาพคงอยู่กับบริษัทเพื่อสร้างคุณประโยชน์ให้แก่องค์กรได้ต่อไป

อย่างไรก็ดี ผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นได้ต่อโครงสร้างผู้ถือหุ้นเมื่อบริษัทจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนแก่กรรมการหรือพนักงานนั้น ก็มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นไว้ด้วย<sup>๒๘</sup> ซึ่งหากเป็นกรณีการออกหุ้นใหม่จำหน่ายแก่กรรมการหรือพนักงาน บริษัทจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อกรรมการหรือพนักงานตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. ๓๒/๒๕๕๑<sup>๒๙</sup> ซึ่งแม้ประกาศฉบับนี้ จะไม่สามารถนำมาใช้กับหลักทรัพย์เดิมที่เป็นหุ้นซื้อคืนของบริษัทได้ก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ตามประกาศนี้ก็อาจนำมาเป็นต้นแบบให้การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนตามกฎหมายกฏกระทรวงฯ ฉบับนี้ได้ โดยคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (คณะกรรมการ ก.ล.ต.) สามารถอาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๔<sup>๓๐</sup> (๑) ประกอบกับมาตรา ๖๔<sup>๓๑</sup> (๓) แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และ

<sup>๒๘</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๑๘-๑๓/๒๕๕๔” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ณ ห้องประชุม หยุด แสงอุทัย, ๒๗ กรกฎาคม ๒๕๕๔ ในเรื่องเสร็จที่ ๖๒๒-๖๒๓/๒๕๕๔ เรื่อง ร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....), ๕.

<sup>๒๙</sup> ข้อ ๓ ประกาศนี้ให้ใช้บังคับกับการเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ต่อกรรมการหรือพนักงานโดยบริษัทดังต่อไปนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อกรรมการหรือพนักงานโดยตรง หรือเสนอขายผ่านผู้รับช่วงซื้อหลักทรัพย์ หรือเสนอขายต่อบุคคลใด เพื่อให้กรรมการหรือพนักงานได้รับประโยชน์จากหลักทรัพย์ที่เสนอขายนั้นในที่สุด

(๑) บริษัทจดทะเบียน

(๒) บริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยและมีหน้าที่ตามมาตรา ๕๖ ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่นั้นจะเกิดจากการเสนอขายหุ้นโดยบริษัทมหาชนจำกัดเองหรือโดยผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดก็ตาม

(๓) บริษัทมหาชนจำกัดที่บริษัทตาม (๑) หรือ (๒) ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท

(๔) บริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยในกรณีอื่นใดที่มีใช้กรณีตาม (๑) (๒) หรือ (๓)

<sup>๓๐</sup> มาตรา ๑๔ ให้คณะกรรมการ ก.ล.ต. มีอำนาจหน้าที่วางนโยบายการส่งเสริมและพัฒนาตลาดจนกำกับดูแลในเรื่องหลักทรัพย์ ธุรกิจหลักทรัพย์ ตลาดหลักทรัพย์ ศูนย์ซื้อขายหลักทรัพย์ และธุรกิจที่เกี่ยวข้อง องค์กรที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจหลักทรัพย์ การออกหรือเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน การเข้าถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการและการป้องกันการกระทำความไม่เป็นธรรมเกี่ยวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ อำนาจดังกล่าวให้รวมถึง

(๑) ออกระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่ง หรือข้อกำหนดตามพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ.

<sup>๓๑</sup> มาตรา ๖๔ บทบัญญัติในหมวดนี้มีให้ใช้บังคับแก่การเสนอขายหลักทรัพย์ในลักษณะดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๓) การเสนอขายหลักทรัพย์ที่มีลักษณะ ประเภท หรือจำนวนของผู้ลงทุนตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

การเสนอขายหลักทรัพย์ตาม (๒) และ (๓) ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด บริษัท หรือ



ตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ออกประกาศกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล การลงมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น และการใช้สิทธิคัดค้าน (veto) ในทำนองเดียวกับประกาศฯ ทจ. ๓๒/๒๕๕๑ โดยจัดแบ่งระดับการคุ้มครองตามผลกระทบที่ผู้ถือหุ้นอาจได้รับ เป็นต้นว่า หากการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนแก่กรรมการหรือพนักงานมีจำนวนเกินกว่าร้อยละ ๕ ของจำนวนหุ้นที่ชำระแล้ว ณ วันที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติให้เสนอขายหุ้นที่ซื้อคืนและราคาจำหน่ายเข้าขายราคาต่ำ ซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ถือหุ้นอาจได้รับผลกระทบมาก ในกรณีเช่นนี้ ในการส่งหนังสือนัดประชุมผู้ถือหุ้น นอกจากจะต้องส่งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า ๑๔ วันก่อนวันประชุมผู้ถือหุ้น โดยระบุรายละเอียดของหุ้นราคาหุ้นที่จะจำหน่ายให้แก่กรรมการซึ่งจะต้องไม่ต่ำกว่าราคาของพนักงานแล้ว บริษัทยังต้องระบุเหตุผลหรือที่มาของการจำหน่ายหุ้นเกินกว่าร้อยละ ๕ และเข้าขายราคาต่ำไว้ด้วย หรือในการขอมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อยกเลิกการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน ในกรณีนั้นนอกจากจะต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า ๓ ใน ๔ ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงแล้ว ยังจะต้องไม่มีผู้ถือหุ้นซึ่งถือหุ้นรวมกันเกินกว่าร้อยละ ๕ ออกเสียงคัดค้านการจำหน่ายหุ้นแก่กรรมการหรือพนักงานด้วย ซึ่งถือได้ว่าเป็นการจำลองหลักเกณฑ์ในข้อ ๘ ข้อ ๙ และข้อ ๑๐ ของประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. ๓๒/๒๕๕๑ มาใช้กับการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนนั่นเอง เป็นต้น<sup>๓๒</sup>

อนึ่ง ในกฎเกณฑ์ของต่างประเทศได้มีการกำหนดกลไกเพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นข้างน้อยอันเนื่องจากการที่บริษัทจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนต่อกรรมการหรือพนักงานอยู่ด้วยเช่นกัน เช่น ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลเพื่อแสดงให้เห็นถึงสถานะการซื้อคืนและการขาย<sup>๓๓</sup> ภายใต้การกำกับดูแลของ US Securities and Exchange Commission (US SEC) โดยกำหนดให้บริษัทที่จะเสนอขายหลักทรัพย์ซึ่งรวมถึงหุ้นที่ซื้อคืน ต้องยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์ (Registration Statement) ต่อ US SEC ซึ่งหากเป็นการเสนอขายหุ้นตามโครงการให้สิทธิประโยชน์ต่อกรรมการหรือพนักงาน (Employee Benefit Plan) จะต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับหุ้นที่ออกในโครงการทั้งหุ้นออกใหม่ (newly-

เจ้าของหลักทรัพย์ ต้องรายงานผลการขายให้สำนักงานทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันปิดการเสนอขาย.

<sup>๓๒</sup> ตัวอย่างหลักเกณฑ์การกำกับดูแลกรณีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนต่อกรรมการหรือพนักงานของบริษัทในส่วนนี้ อ้างอิงจาก สำนักงาน ก.ล.ต., “สรุปหลักเกณฑ์การกำกับดูแล กรณีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนต่อกรรมการหรือพนักงานของบริษัท” (เอกสารของสำนักงาน ก.ล.ต. ในการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒๑๐-๔/๒๕๖๔ ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ผ่านช่องทาง Microsoft Teams, ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๖๔ ในเรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๕๖๕ เรื่องร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....); และการชี้แจงของผู้แทนสำนักงาน ก.ล.ต. ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒๑๐-๔/๒๕๖๔” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ผ่านช่องทาง Microsoft Teams, ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๖๔ ในเรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๕๖๕), ๗ – ๙.

<sup>๓๓</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒๔, ๑๗.

issued) หุ้นที่ออกอีกครั้ง (reissued) และหุ้นที่ขายอีกครั้ง (resale) จำนวนหุ้นที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นอนุมัติและไม่อนุมัติ จำนวนหุ้นคงเหลือทั้งหมดที่จะออกหรือขายตามโครงการในอนาคต รวมทั้งราคาเฉลี่ยถ่วงน้ำหนัก นอกจากนี้ ในกฎเกณฑ์ของตลาดหลักทรัพย์สำคัญของสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็น NYSE หรือ NASDAQ ก็กำหนดว่าบริษัทที่ออกโครงการหรือเมื่อมีการแก้ไขโครงการอย่างมีนัยสำคัญ (material revision) จะต้องได้รับมติอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วย<sup>๓๔</sup> เช่นเดียวกับในกฎหมายบริษัทของอังกฤษ (Companies Act 2006) ที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขอมติอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น<sup>๓๕</sup> และการเปิดเผยข้อมูลโครงการไว้ด้วยเช่นกัน<sup>๓๖</sup> แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการจัดสรรหุ้นแก่พนักงานตามกฎหมายของอังกฤษนั้นจะครอบคลุมไปถึงผู้ซึ่งเคยเป็นพนักงานของบริษัท บริษัทย่อยและโฮลดิ้งคอมพานี ตลอดจนคู่สมรส คู่ชีวิต บุตรผู้เยาว์ และบุตรเลี้ยงของพนักงานหรือผู้ซึ่งเคยเป็นพนักงานดังกล่าวอีกด้วย<sup>๓๗</sup>

<sup>๓๔</sup> สำนักงาน ก.ล.ต., “เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ กรณีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนต่อกรรมการหรือพนักงานของบริษัท,” (เอกสารของสำนักงาน ก.ล.ต. ในการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒๑๐-๔/๒๕๖๔ ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ผ่านช่องทาง Microsoft Teams, ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๖๔ ในเรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๕๖๕), ๕ - ๖.

<sup>๓๕</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒๑๐-๔/๒๕๖๔,” ๖.

<sup>๓๖</sup> Companies Act 2006 (UK Legislation) <<https://bit.ly/3lvPRVU>> accessed 3 November 2021.

Section 728 (1) Where shares held by a company as treasury shares – ... (b) are transferred for the purposes of an employees’ share scheme, the company must deliver a return to the registrar not later than 28 days after the shares are disposed of... etc.

<sup>๓๗</sup> *Ibid*,

Section 1166 “Employees’ share scheme”

For the purposes of the Companies Acts and employees’ share scheme is a scheme for encouraging or facilitating the holding of shares in or debentures of a company by or for the benefit of –

(a) the bona fide employees or former employees of –

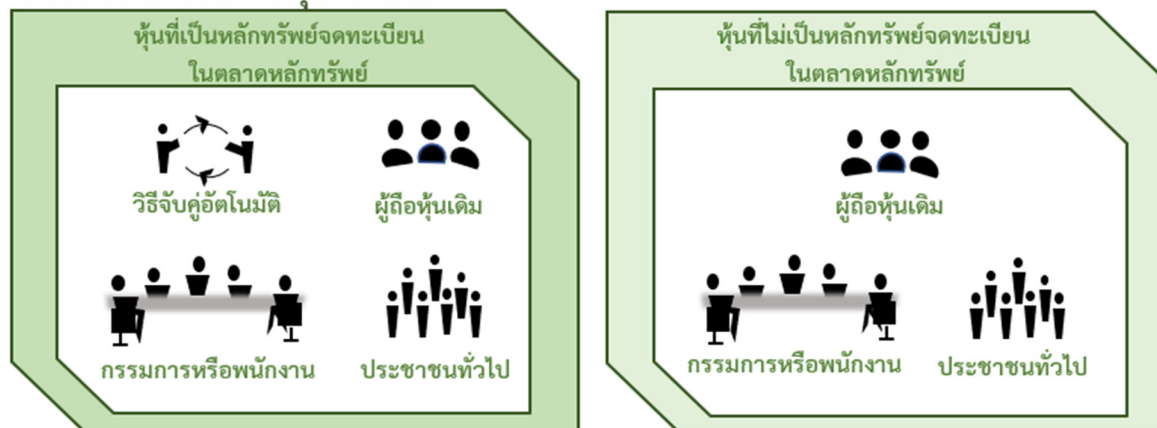
(i) the company,

(ii) any subsidiary of the company, or

(iii) the company’s holding company or any subsidiary of the company’s holding company, or

(b) the spouses, civil partners, surviving spouses, surviving civil partners, or minor children or step - children of such employees or former employees.

## วิธีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน



สำหรับการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนตามข้อ ๑๓<sup>๓๔</sup> ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ นั้น มีข้อสังเกตด้วยว่า วิธีการจำหน่ายหุ้นที่กำหนดในบทบัญญัติข้อนี้มิได้มีความหมายในลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิของบริษัทว่าจะต้องจำหน่ายหุ้นด้วยวิธีการอย่างใดเพียงวิธีการเดียวเท่านั้น แต่คงหมายความว่าบริษัทสามารถเลือกจำหน่ายได้หลายวิธีในโครงการหนึ่ง ๆ เพียงแต่หากประสงค์จะจำหน่ายด้วยวิธีการใดบ้าง ก็จะต้องเปิดเผยข้อมูลโดยระบุไว้ตั้งแต่ในชั้นริเริ่มโครงการหรือก่อนที่จะเริ่มซื้อหุ้นคืน และเมื่อถึง

<sup>๓๔</sup> ข้อ ๑๓ วิธีการจำหน่ายหุ้น ให้ดำเนินการ ดังนี้

(๑) กรณีหุ้นที่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ให้เสนอขายด้วยวิธีการ ดังนี้

(ก) เสนอขายด้วยวิธีจับคู่อัตโนมัติผ่านระบบการซื้อขายของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

(ข) เสนอขายต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทตามสัดส่วนการถือหุ้น

(ค) เสนอขายต่อกรรมการหรือพนักงานของบริษัทตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(ง) เสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(๒) กรณีหุ้นที่ไม่เป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ให้เสนอขายด้วยวิธีการ ดังนี้

(ก) เสนอขายต่อผู้ถือหุ้นของบริษัทตามสัดส่วนการถือหุ้น

(ข) เสนอขายต่อกรรมการหรือพนักงานของบริษัทตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(ค) เสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไปตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์.

ขั้นตอนการจำหน่าย บริษัทก็สามารถเลือกจำหน่ายตามวิธีการที่ระบุไว้นั้น ๆ ได้ โดยจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีการจำหน่ายในเรื่องนั้น ทั้งนี้ เพราะเจตนารมณ์ของการเพิ่มวิธีการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนในกฎกระทรวงที่แก้ไขใหม่ก็เพื่อให้บริษัทมี “ทางเลือก” มากขึ้น แต่ขณะเดียวกันผู้ถือหุ้นและสาธารณชนก็ควรจะได้ทราบข้อมูลตั้งแต่แรกด้วยว่าเมื่อบริษัทซื้อหุ้นคืนมาแล้วจะนำไปขายให้แก่บุคคลใดบ้างและโครงสร้างของผู้ถือหุ้นในอนาคตจะมีลักษณะออกมาเช่นไร และด้วยเหตุผลดังกล่าว กฎกระทรวงที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมจึงได้กำหนดให้รายการที่บริษัทจะต้องเปิดเผยข้อมูลการซื้อขายหุ้นคืนในกรณีเป็นการซื้อหุ้นคืนตามมาตรา ๖๖/๑ (๑) และกรณีการซื้อหุ้นคืนตามมาตรา ๖๖/๑ (๒) จะต้องปรากฏรายการเกี่ยวกับวิธีการจำหน่ายหุ้นเพื่อให้สาธารณชนได้รับทราบไว้ด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในข้อ ๔<sup>๓๙</sup> (๕) และข้อ ๖<sup>๔๐</sup> (๒) (๓) (๔) ของกฎกระทรวง

<sup>๓๙</sup> ข้อ ๔ ให้บริษัทเปิดเผยข้อมูลการซื้อขายหุ้นคืนดังต่อไปนี้แก่สาธารณชน

- (๑) วัน เวลา สถานที่ที่มีการประชุมผู้ถือหุ้นและมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นซึ่งแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและสิทธิในการรับเงินปันผล
- (๒) รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นและจำนวนหุ้นของผู้ถือหุ้นที่ออกเสียงไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นและประสงค์จะให้บริษัทซื้อหุ้นของตนคืน
- (๓) ราคาหุ้น หลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาหุ้น วัน เวลา สถานที่ วิธีการซื้อหุ้นคืน และกำหนดเวลาที่จะซื้อหุ้นคืน

(๔) ผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นและบริษัทภายหลังการซื้อหุ้นคืน

(๕) วิธีการจำหน่ายหุ้น กำหนดเวลาในการจำหน่ายหุ้น และการตัดหุ้นที่ซื้อคืน

การเปิดเผยข้อมูลให้กระทำโดยปิดประกาศ ณ ที่ทำการสำนักงานแห่งใหญ่และสำนักงานสาขาของบริษัท (ถ้ามี) ในวันที่ส่งคำเสนอซื้อหุ้นคืน

ในกรณีที่บริษัทประสงค์จะแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืน ให้บริษัทเปิดเผยข้อมูลโดยแสดงเหตุผลและความจำเป็น รวมทั้งรายการที่มีการแก้ไขดังกล่าวต่อสาธารณชนล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันก่อนการแก้ไขการซื้อหุ้นคืนหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนมีผล และให้นำความในวรรคสองมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม

ความในวรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสามมิให้ใช้บังคับในกรณีที่มิใช่ระเบียบ หรือข้อบังคับอื่นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการซื้อหุ้นคืน ซึ่งมีรายการไม่น้อยกว่าที่กำหนดไว้ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี และบริษัทได้ปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับนั้นแล้ว.

<sup>๔๐</sup> ข้อ ๖ การซื้อหุ้นคืนตามมาตรา ๖๖/๑ (๒) เมื่อบริษัทมีกำไรสะสมและสภาพคล่องส่วนเกินให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้พิจารณาสภาพคล่องส่วนเกินของบริษัทจากความสามารถของบริษัทในการชำระหนี้ที่จะถึงกำหนดภายในหกเดือนข้างหน้านับแต่วันที่เริ่มซื้อหุ้นคืน

(๒) ให้บริษัทจัดทำโครงการซื้อหุ้นคืนซึ่งอย่างน้อยต้องมีรายการดังนี้

(ก) ข้อมูลแสดงกำไรสะสมของบริษัทและความสามารถของบริษัทในการชำระหนี้ที่จะถึงกำหนดภายในหกเดือนข้างหน้านับแต่วันที่เริ่มซื้อหุ้นคืน

(ข) เหตุผลในการซื้อหุ้นคืน

(ค) จำนวนหุ้นที่จะซื้อคืน หลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาหุ้น วิธีการซื้อหุ้น และกำหนดเวลาที่จะซื้อหุ้นคืน

ในกรณีหุ้นที่จะซื้อคืนเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยให้นำราคาหุ้นเฉลี่ยย้อนหลังสามสิบวันก่อนวันที่บริษัทจะทำการเปิดเผยข้อมูลตามข้อ ๙ มาประกอบการพิจารณา กำหนดราคาหุ้นด้วย

(ง) ผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นและบริษัทภายหลังการซื้อหุ้นคืน

กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕<sup>๔๑</sup>

### ๒.๓ การเปิดเผยข้อมูลและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงการ

เมื่อบริษัทได้จัดทำโครงการซื้อหุ้นคืนโดยมีรายการตามข้อ ๖<sup>๔๒</sup> (๒) ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ แล้ว ข้อ ๙<sup>๔๓</sup> วรรคหนึ่ง ได้กำหนดหน้าที่ให้บริษัทต้องเปิดเผยข้อมูลโครงการแก่สาธารณชนล่วงหน้าไม่น้อยกว่า ๑๔ วันก่อนวันเริ่มซื้อหุ้นคืน ส่วนในวรรคสองกำหนดสถานที่เปิดเผยข้อมูล และในวรรคสี่กำหนดข้อยกเว้นในกรณีที่มีภาวะเปราะบางหรือข้อบังคับที่ออกตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์กำหนดไว้เป็นการเฉพาะในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลที่มีรายการไม่น้อยกว่าที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง เมื่อบริษัทได้ปฏิบัติตามอนุบัญญัตินั้นแล้ว ก็ไม่ต้องเปิดเผยข้อมูลตามกฎกระทรวงซ้ำอีก ซึ่งอนุบัญญัตินี้ก็คือ ประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การเปิดเผยข้อมูลและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียนเมื่อบริษัทจดทะเบียนซื้อหุ้นของบริษัทคืนและจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน พ.ศ. ๒๕๔๔<sup>๔๔</sup> ซึ่งมีขอบเขตการใช้บังคับเฉพาะกับบริษัทที่มีหุ้นสามัญ

(จ) วิธีการจำหน่ายหุ้น กำหนดเวลาในการจำหน่าย และการตัดหุ้นที่ซื้อคืน.

<sup>๔๑</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒๐๘-๒/๒๕๖๔” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ณ ห้องประชุม ๓๐๑ อาคารเทเวศร์ และผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ช่องทาง Microsoft Teams, ๓๐ มิถุนายน ๒๕๖๔), ๑๗ – ๑๘; อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒๔, ๗ – ๘.

<sup>๔๒</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๐.

<sup>๔๓</sup> ข้อ ๙ ให้บริษัทเปิดเผยข้อมูลตามที่ระบุไว้ในข้อ ๖ (๒) แก่สาธารณชนล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบสี่วันก่อนวันซื้อหุ้นคืน

การเปิดเผยข้อมูลให้กระทำโดยปิดประกาศ ณ ที่ทำการสำนักงานใหญ่และสำนักงานสาขาของบริษัท (ถ้ามี)

ในกรณีที่บริษัทประสงค์จะแก้ไขหรือยกเลิกโครงการซื้อหุ้นคืน ให้บริษัทเปิดเผยข้อมูลโดยแสดงเหตุผลและความจำเป็น รวมทั้งรายการที่มีการแก้ไขดังกล่าวต่อสาธารณชนล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวันก่อนการแก้ไขโครงการซื้อหุ้นคืนหรือยกเลิกโครงการซื้อหุ้นคืนมีผล และให้นำความในวรรคสองมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม

ความในวรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสามมิให้ใช้บังคับในกรณีที่มีกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับอื่นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับโครงการซื้อหุ้นคืน ซึ่งมีรายการไม่น้อยกว่าที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งหรือวรรคสาม แล้วแต่กรณี และบริษัทได้ปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับนั้นแล้ว.

<sup>๔๔</sup> ประกาศฉบับนี้ยังมีผลใช้บังคับอยู่ แม้ว่าแม่บทที่ให้อำนาจออกประกาศฯ คือ ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการเปิดเผยสารสนเทศและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียน ลงวันที่ ๑๕ กันยายน ๒๕๓๘ จะถูกยกเลิกไปแล้วโดยข้อ ๒ (๑) ของข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการเปิดเผยสารสนเทศและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียน พ.ศ. ๒๕๖๐ ก็ตาม ทั้งนี้ เนื่องจากในบทเฉพาะกาลข้อ ๑๒ ของข้อบังคับฯ พ.ศ. ๒๕๖๐ ยังคงกำหนดให้บรรดาข้อกำหนด คำสั่ง หนังสือเวียน แนวปฏิบัติ หรือนโยบายของตลาดหลักทรัพย์ที่ออกตามความในข้อกำหนดตามข้อ ๒ ซึ่งใช้บังคับอยู่ก่อนวันที่ข้อบังคับนี้ใช้บังคับ ยังคงใช้ต่อไปได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้ง



จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ เท่านั้น<sup>๔๕</sup> จึงเห็นได้ว่า ความในสามารถที่กล่าวมานี้ยังคงเป็นไปตามบทบัญญัติเดิมในข้อ ๙<sup>๔๖</sup> ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมนั่นเอง เพียงแต่กฎกระทรวงที่แก้ไขใหม่ได้นำเอาความในข้อ ๔<sup>๔๗</sup> วรรคสองและวรรคสาม (เดิม) ที่เคยอนุโลมมาใช้มาบัญญัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากขึ้นเท่านั้น

ปัญหาสำคัญของการเปิดเผยข้อมูลโครงการคือ หากบริษัทได้เปิดเผยข้อมูลโครงการแก่สาธารณชนแล้ว ต่อมาจะแก้ไขหรือยกเลิกโครงการได้หรือไม่ ถ้าได้ จะต้องเปิดเผยข้อมูลซ้ำอีกหรือไม่ ในเรื่องนี้หากพิจารณาบทบัญญัติในหมวด ๒ และหมวด ๓ ของกฎกระทรวงฯ ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม ก็ไม่พบว่ามียกเว้นข้อกำหนดไว้ชัดเจนว่าบริษัทจะแก้ไขหรือยกเลิกโครงการได้หรือไม่ เพียงแต่ในสภาพความเป็นจริงก็ปรากฏว่าในหลายกรณีมีบริษัทจดทะเบียนที่แก้ไขรายการการซื้อหุ้นคืนทั้งในช่วงก่อนเริ่มซื้อหุ้นคืนและในระหว่างการซื้อหุ้นคืน ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขจำนวนหุ้นที่จะซื้อคืน กำหนดเวลาซื้อหุ้นคืน กำหนดเวลาจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน หรือแม้กระทั่งในบางโครงการก็มีการยกเลิกโครงการ<sup>๔๘</sup> ความไม่ชัดเจนในทางกฎหมายเรื่องนี้จึงอาจทำให้การกำกับดูแลโดยกฎหมายเป็นไปได้ยากและอาจส่งผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นและสาธารณชนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากบริษัทแก้ไขหรือยกเลิกโครงการโดยไม่ได้เปิดเผยให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้รับทราบ

---

กับข้อบังคับนี้จนกว่าจะมีการออกข้อกำหนด คำสั่ง หนังสือเวียน แนวปฏิบัติ หรือนโยบายในเรื่องดังกล่าวขึ้นใหม่.

<sup>๔๕</sup> บทนิยามคำว่า “บริษัทจดทะเบียน” ตามประกาศฉบับนี้ มีกำหนดอยู่ในข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการเปิดเผยสารสนเทศและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียน พ.ศ. ๒๕๖๐ หมายความว่า บริษัทที่มีหุ้นสามัญจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์.

<sup>๔๖</sup> ข้อ ๙ ให้บริษัทเปิดเผยข้อมูลตามที่ระบุไว้ในข้อ ๖ (๒) แก่สาธารณชนล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบสัปดาห์ก่อนวันซื้อหุ้นคืน ทั้งนี้ ให้นำความในข้อ ๔ วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม.

<sup>๔๗</sup> ข้อ ๔

ฯลฯ

ฯลฯ

การเปิดเผยข้อมูลให้กระทำโดยปิดประกาศ ณ ที่ทำการสำนักงานใหญ่และสำนักงานสาขาของบริษัท (ถ้ามี) ในวันที่ส่งคำเสนอซื้อหุ้นคืน

ความในวรรคหนึ่งและวรรคสองมิให้ใช้บังคับ ในกรณีที่มีกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับอื่นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับโครงการซื้อหุ้นคืนซึ่งมีรายการไม่น้อยกว่าที่กำหนดไว้ตามวรรคหนึ่ง และบริษัทได้ปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับนั้นแล้ว.

<sup>๔๘</sup> โปรดดูตัวอย่างใน บริษัท ศุภลาชัย จำกัด (มหาชน), “หนังสือที่ ศล. ๐๖๒/๒๕๖๓ เรื่อง แจ้งมติคณะกรรมการบริษัทเกี่ยวกับการขอเปลี่ยนแปลงเพิ่มจำนวนหุ้นและวงเงินเกี่ยวกับโครงการซื้อหุ้นคืนเพื่อบริหารทางการเงิน,” ลงวันที่ ๑๙ มีนาคม ๒๕๖๓, SUPALAI <<https://bit.ly/3sv12st>> สืบค้นเมื่อ ๓ พฤศจิกายน ๒๕๖๔; บริษัท ผลิตภัณฑ์ตราเพชร จำกัด (มหาชน), “หนังสือที่ ผตพ. ๐๔๖/๒๕๖๓ เรื่อง แจ้งเปลี่ยนแปลงระยะเวลาซื้อหุ้นคืนและระยะเวลาจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนเพื่อบริหารทางการเงิน,” ลงวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๓, ตราเพชร <<https://bit.ly/3M6weG5>> สืบค้นเมื่อ ๓ พฤศจิกายน ๒๕๖๔; ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน), “หนังสือที่ CSO05-63069 เรื่อง แจ้งยกเลิกโครงการซื้อหุ้นคืนเพื่อบริหารทางการเงิน,” ลงวันที่ ๒๐ เมษายน ๒๕๖๓, SCB ไทยพาณิชย์ <<https://bit.ly/3M76byt>> สืบค้นเมื่อ ๓ พฤศจิกายน ๒๕๖๔.

ข้อมูลที่จำเป็นอย่างเพียงพอ

ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าบริษัทสามารถแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนได้หรือไม่ หากได้ จะกระทำในรายการใดบ้างและช่วงเวลาใด ผู้ได้รับผลกระทบเป็นใคร และจะมีมาตรการคุ้มครองผู้ที่อาจได้รับผลกระทบนั้นอย่างไร รวมทั้งการเปิดเผยข้อมูลจะต้องดำเนินการใหม่หรือไม่ เพียงใด กระทรวงพาณิชย์โดยกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจึงได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้แทนกลุ่มบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ และผู้แทนสำนักงานกฎหมายที่ดำเนินการให้กับทั้งบริษัทในและนอกตลาดหลักทรัพย์ฯ โดยมีผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) ตลาดหลักทรัพย์ฯ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าร่วมด้วย<sup>๔๙</sup> ซึ่งผลการรับฟังความคิดเห็นสรุปได้อย่างชัดเจนว่า<sup>๕๐</sup> บริษัทควรแก้ไขหรือยกเลิกโครงการซื้อหุ้นคืนได้เพื่อความคล่องตัวเนื่องจากอาจมีสถานการณ์จำเป็นที่ทำให้บริษัทต้องปรับเปลี่ยนโครงการหรือยกเลิกโครงการ เช่น ราคาหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ฯ ได้รับผลกระทบจากการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ (โรคโควิด-๑๙) อย่างไรก็ตาม การกำหนดรายการและจุดตัดของระยะเวลาที่จะอนุญาตให้บริษัทแก้ไขหรือยกเลิกโครงการได้นั้น ยังมีความเห็นแตกต่างเป็น ๒ ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ไม่ควรกำหนดจุดตัดแต่ควรให้เป็นไปตามสถานการณ์เพื่อความคล่องตัว แต่ทั้งนี้ อาจจะต้องเงื่อนไขให้บริษัทต้องชี้แจงเหตุผลและความจำเป็นไว้ด้วย ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าถึงแม้บริษัทควรแก้ไขหรือยกเลิกโครงการได้แต่ก็ควรกำหนดจุดตัดให้สามารถกระทำได้เฉพาะในช่วงก่อนเริ่มซื้อหุ้นคืนเท่านั้นเพราะหากเริ่มซื้อหุ้นคืนไปแล้วอาจส่งผลกระทบต่อผู้ถือหุ้นที่ได้แสดงเจตนาขายหุ้นคืนไปแล้ว

สำหรับผู้ที่ได้รับผลกระทบนั้น ในกรณีเจ้าหน้าที่ของบริษัทอาจพอพิจารณาได้ว่าจะไม่ได้รับผลกระทบมากนักเนื่องจากในการจัดทำโครงการ บริษัทจะต้องมีสภาพคล่องส่วนเกินและความสามารถในการชำระหนี้อยู่แล้ว ส่วนในกรณีผู้ถือหุ้นนั้น หากซื้อหุ้นคืนในตลาดหลักทรัพย์ฯ ก็ไม่น่าจะได้รับผลกระทบเนื่องจากกลไกของตลาดหลักทรัพย์ฯ ย่อมเข้ามากำกับดูแลการซื้อขายให้เป็นไปตามราคาตลาด แต่หากเป็นกรณีการซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไป (General Offer) เมื่อได้แสดงเจตนาขายหุ้นคืนไปแล้ว ต่อมาบริษัทมาขอแก้ไขหรือยกเลิกโครงการก็อาจทำให้ผู้ถือหุ้นต้องสูญเสียโอกาสในการนำหุ้นไปเสนอขายแก่ผู้อื่นได้ในเวลาเดียวกัน ประกอบกับในกรณีเช่นนี้ก็ต้องถือว่าบริษัทได้แสดงคำมั่น (commitment) ไว้ในระดับหนึ่ง

<sup>๔๙</sup> กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, “หนังสือกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ที่ พณ ๐๘๑๗/๑๙๔๗ เรื่อง ผลการรับฟังความคิดเห็น (Focus Group) ประกอบการพิจารณาร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....” ลงวันที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๖๔.

<sup>๕๐</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกความเห็นของฝ่ายเลขานุการเสนอคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ลงวันที่ ๒๐ ตุลาคม ๒๕๖๔,” ในเรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๕๖๕.



ที่จะต้องทำตามคำแนะนำซื้อหุ้นของตนที่ได้ให้ไว้ตั้งแต่แรก นอกจากนี้ หากพิจารณาช่วงเวลาซื้อหุ้นคืนที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่เกิน ๒๐ วัน<sup>๕๑</sup> ก็ไม่น่าจะมีเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปมากจนถึงขนาดที่ทำให้บริษัทต้องแก้ไขหรือยกเลิกโครงการ อย่างไรก็ตาม หากบริษัทจำเป็นต้องมีการแก้ไขโครงการก็ควรเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อบริษัทอย่างมีนัยสำคัญ ส่วนการยกเลิกโครงการนั้นไม่ควรให้กระทำได้ เว้นแต่บริษัทจะได้แจ้งเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนในขณะเสนอซื้อหุ้นคืนแล้วว่า อาจยกเลิกโครงการได้ในภายหลัง เช่นนี้จึงจะถือว่าผู้ที่เสนอขายหุ้นได้ยอมรับเงื่อนไขไว้ก่อนแล้ว และอาจให้มีการยกเลิกโครงการในภายหลังได้<sup>๕๒</sup>

สำหรับในต่างประเทศนั้น หากพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อหุ้นคืน ก็พบว่าการกำหนดเรื่องการแก้ไขหรือยกเลิกโครงการซื้อหุ้นคืนไว้ในกฎหมายด้วยเช่นกัน อาทิ กฎหมายบริษัทของสิงคโปร์ (Companies Act 1967) อนุญาตให้บริษัทแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนได้ภายใต้เงื่อนไขว่าบริษัทจะต้องได้รับการอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยมติที่ใช้อาจเป็นมติเสียงข้างมากธรรมดาหรือมติพิเศษขึ้นอยู่กับวิธีการซื้อหุ้นคืนในแต่ละวิธี<sup>๕๓</sup> และมีข้อสังเกต

<sup>๕๑</sup> ข้อ ๘ การซื้อหุ้นคืนโดยเสนอซื้อจากผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไป ให้ดำเนินการดังนี้

(๑) ให้บริษัทส่งคำแนะนำซื้อไปยังผู้ถือหุ้นล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบวันก่อนวันเริ่มซื้อหุ้นคืน โดยหนังสือดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีรายการดังนี้

(ก) รายละเอียดของโครงการซื้อหุ้นคืน  
(ข) จำนวนและราคาหุ้นที่บริษัทเสนอซื้อ  
(ค) วัน เวลา สถานที่ และวิธีการแสดงเจตนาขายหุ้นคืนให้แก่บริษัท และการส่งมอบหุ้น  
(ง) วิธีการจัดสรรหุ้น ในกรณีมีผู้เสนอขายมากกว่าหุ้นที่บริษัทประสงค์จะซื้อคืน ให้ใช้วิธีจัดสรรหุ้นที่รับซื้อตามสัดส่วนของจำนวนหุ้นที่เสนอขาย แต่อาจมีการปิดเศษจำนวนหุ้นที่รับซื้อเพื่อให้ผู้ถือหุ้นเหลือจำนวนหุ้นที่ไม่ได้รับจัดสรรเท่ากับหน่วยการซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยด้วยก็ได้  
(จ) วัน เวลา สถานที่ และวิธีการชำระเงินค่าหุ้นให้แก่ผู้ถือหุ้น  
(๒) ราคาที่เสนอซื้อแก่ผู้ถือหุ้นแต่ละรายต้องเป็นราคาเดียวกันสำหรับหุ้นประเภทเดียวกัน  
(๓) ระยะเวลาในการรับซื้อต้องไม่น้อยกว่าสิบวันและไม่เกินยี่สิบวัน.

<sup>๕๒</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๔๙.

<sup>๕๓</sup> Companies Act 1967 of Singapore (Singapore Statutes Online) <<https://bit.ly/3M7dSol>> accessed 3 November 2021.

Section 76C (4) The authority from an off-market purchase referred to in subsection (2) may, from time to time, be varied or revoked by the company in general meeting.

Section 76D (5) The authority referred to in subsection (2) may, from time to time, be varied or revoked by a special resolution with no votes being cast by any person whose shares are proposed to be purchased or acquired or by his associated persons.

Section 76DA (2) Subject to subsection (3), the authority under subsection (1) may, from time to time, be varied or revoked by a special resolution of the company.

Section 76E (4) The authority for a market purchase may, from time to time,

ด้วยว่า การแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนนี้ มีกำหนดไว้เฉพาะในขั้นตอนการซื้อหุ้นคืนเท่านั้น ส่วนในขั้นตอนของการจำหน่าย ไม่ปรากฏบทบัญญัติในเรื่องนี้ นอกจากนี้ กฎหมายสิงคโปร์ ยังกำหนดกลไกในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลที่บริษัทจะต้องแจ้งต่อนายทะเบียนในแต่ละขั้นตอนของการซื้อหุ้นคืนด้วย<sup>๕๔</sup> เช่นเดียวกับในกฎหมายบริษัทของอังกฤษ (Companies Act 2006) ที่อนุญาตให้บริษัทแก้ไขหรือยกเลิกโครงการได้แต่จะต้องได้รับมติลงหน้า<sup>๕๕</sup> รวมทั้งจะต้องเปิดเผยข้อมูลตามรายการและภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย<sup>๕๖</sup>

be varied or revoked by the company in general meeting but the variation must comply with subsection (2) and (3).

<sup>๕๔</sup> *Ibid*,

Section 76B (9) Where a public company purchases or acquires shares issued by it under section 76C, 76D, 76DA or 76E –

(a) within 30 days after the passing of a resolution referred to in section 76C, 76D, 76DA or 76E, as the case may be, the directors of the company shall lodge with the Registrar a copy of the resolution;

(b) within 30 days after the purchase or acquisition of the shares, the directors of the company shall lodge a notice of purchase or acquisition in the prescribed form with the following particulars: etc.

Section 76K (1D) Where a public company cancels or disposes treasury shares in accordance with subsection (1C), the directors of the company shall lodge with the Registrar a prescribed notice of the cancellation or disposal of treasury shares together with the prescribed fee within 30 days after the cancellation or disposal of treasury shares.

<sup>๕๕</sup> Companies Act 2006, *supra* note 36.

Section 693A (4) The authority may be varied, revoked or from time to time renewed by a resolution of the company.

Section 694 (4) The authority conferred by a resolution under this section may be varied, revoked or from time to time renewed by a resolution of the company.

Section 701 (4) The authority may be varied, revoked or from time to time renewed by a resolution of the company.

<sup>๕๖</sup> *Ibid*,

Sections 728

(1) Where shares held by a company as treasury shares –

(a) are sold, or

(b) are transferred for the purposes of an employees' share scheme,

the company must deliver a return to the registrar not later than 28 days after the shares are disposed of.

(2) The return must state with respect to shares of each class disposed of –

(a) the number and nominal value of the shares, and

(b) the date on which they were disposed of.

etc.

etc.

Section 730

(1) Where shares held by a company as treasury shares are cancelled, the company must deliver a return to the registrar not later than 28 days after the shares are cancelled.

This does not apply to shares that are cancelled forthwith on their acquisition by the company (see section 708).

(2) The return must state with respect to shares of each class cancelled –

(a) the number and nominal value of the shares, and

จากข้อมูลดังกล่าวประกอบกับแนวทางในกฎหมายของต่างประเทศ จะเห็นได้ว่า กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ จึงได้ พยายามกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น แต่ขณะเดียวกันก็ยังต้องการคงไว้ซึ่งความยืดหยุ่นเพื่อให้บริษัทสามารถปรับเปลี่ยนหรือยกเลิก โครงการได้ตามความจำเป็น โดยบัญญัติไว้ในข้อ ๔<sup>๕๗</sup> วรรคสาม ข้อ ๖/๑<sup>๕๘</sup> วรรคสาม และข้อ ๙<sup>๕๙</sup> วรรคสาม ซึ่งมีสาระสำคัญ ๒ ประการ คือ (๑) การกำหนดกลไกเกี่ยวกับการขอความเห็นชอบของ ที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือคณะกรรมการบริษัทในการซื้อหุ้นคืนซึ่งรวมไปถึงกรณีที่มีการแก้ไขหรือ ยกเลิกการซื้อหุ้นคืนด้วย และ (๒) การกำหนดกลไกเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลต่อสาธารณชน ในกรณีที่มีการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืน ดังนี้

**กลไกแรก การขอรับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น** หากพิจารณา กฎกระทรวงก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม จะเห็นว่า ไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าในการ ซื้อหุ้นคืนของบริษัทไม่ว่าจะเป็นตามมาตรา ๖๖/๑ (๑) หรือมาตรา ๖๖/๑ (๒) จะต้องได้รับความ เห็นชอบจากผู้ใด<sup>๖๐</sup> มีแต่เพียงประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การเปิดเผย ข้อมูลและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียนเมื่อบริษัทจดทะเบียนซื้อหุ้นของบริษัทคืน และจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน พ.ศ. ๒๕๔๔ เท่านั้นที่กำหนดไว้ในข้อ ๓/๑<sup>๖๑</sup> ว่า เมื่อบริษัทจดทะเบียน

(b) the date on which they were cancelled.  
etc. etc.

<sup>๕๗</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๙.

<sup>๕๘</sup> ข้อ ๖/๑ การซื้อหุ้นคืนของบริษัทในแต่ละโครงการต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุม ผู้ถือหุ้น เว้นแต่การซื้อหุ้นคืนดังกล่าวมีจำนวนไม่เกินร้อยละสิบของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด โดยบริษัทอาจ กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการในการอนุมัติการซื้อหุ้นคืนดังกล่าวได้

ในกรณีที่หุ้นที่บริษัทซื้อคืนมีจำนวนเกินกว่าร้อยละสิบของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด ให้บริษัททำการซื้อหุ้นคืนภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่ได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่การแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนของบริษัทด้วยโดยอนุโลม.

<sup>๕๙</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๓.

<sup>๖๐</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๕๐, ๖.

<sup>๖๑</sup> ข้อ ๓/๑ ในการซื้อหุ้นของบริษัทจดทะเบียนคืนต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้น ยกเว้นการซื้อหุ้นดังกล่าวมีจำนวนไม่เกินกว่าร้อยละ ๑๐ ของทุนชำระแล้ว บริษัทจดทะเบียนอาจกำหนดไว้ใน ข้อบังคับของบริษัทจดทะเบียนให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนในการอนุมัติการซื้อหุ้นดังกล่าว

ในกรณีที่หุ้นที่บริษัทจดทะเบียนซื้อคืนมีจำนวนเกินกว่าร้อยละ ๑๐ ของทุนชำระแล้ว ให้บริษัทจดทะเบียนทำการซื้อหุ้นคืนภายใน ๑ ปี นับแต่วันที่ได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้น

ในกรณีที่บริษัทจดทะเบียนมีการซื้อหุ้นของบริษัทคืนจำนวนไม่เกินกว่าร้อยละ ๑๐ ของ ทุนชำระแล้ว และไม่ได้กำหนดไว้ในข้อบังคับให้เป็นอำนาจคณะกรรมการของบริษัทจดทะเบียนในการอนุมัติ การซื้อหุ้นดังกล่าว บริษัทจดทะเบียนอาจขออนุมัติการซื้อหุ้นของบริษัทคืนจากผู้ถือหุ้นเป็นหนังสือแทนการ เรียกประชุมผู้ถือหุ้นก็ได้ โดยต้องมีคะแนนเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ คณะกรรมการของบริษัท

จะซื้อหุ้นคืนต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้น เว้นแต่การซื้อหุ้นคืนที่ไม่เกินร้อยละ ๑๐ ของทุนชำระแล้ว ก็อาจกำหนดให้คณะกรรมการของบริษัทเป็นผู้อนุมัติการซื้อหุ้นคืนก็ได้ แต่จะเห็นว่าเนื่องจากประกาศฉบับนี้มีผลใช้บังคับเฉพาะกับบริษัทในตลาดหลักทรัพย์ฯ เท่านั้น<sup>๖๒</sup> ทำให้บริษัทนอกตลาดหลักทรัพย์อาจมีแนวทางการปฏิบัติที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับข้อบังคับของแต่ละบริษัท<sup>๖๓</sup> ดังนั้น การทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องนี้แก่บริษัททั้งในและนอกตลาดหลักทรัพย์<sup>๖๔</sup> ข้อ ๖/๑<sup>๖๕</sup> ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ จึงได้กำหนดให้บริษัทที่จะซื้อหุ้นคืนเพื่อบริหารทางการเงินตามมาตรา ๖๖/๑ (๒) จะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเสียก่อน ยกเว้นการซื้อหุ้นคืนนั้นจะมีจำนวนไม่เกินร้อยละ ๑๐ ของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด บริษัทจึงอาจจะกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการที่จะอนุมัติโครงการซื้อหุ้นคืนเองได้ และการขอรับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือจากคณะกรรมการนั้นก็นำไปใช้กับกรณีที่มีการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนด้วย

## การแก้ไขเปลี่ยนแปลงโครงการ



จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติข้อนี้นี้มีเนื้อหาในลักษณะทำนองเดียวกับข้อ ๓/๑ ของประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การเปิดเผยข้อมูลและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัท

จดทะเบียนต้องมีมติให้ดำเนินการขออนุมัติการซื้อหุ้นดังกล่าวจากผู้ถือหุ้นเป็นหนังสือภายในวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๕๒.

<sup>๖๒</sup> นิยามคำว่า “บริษัทจดทะเบียน” ตามประกาศฉบับนี้ เป็นไปตามข้อ ๓ ของข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการเกี่ยวกับการเปิดเผยสารสนเทศและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียน พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งหมายความว่า บริษัทที่มีหุ้นสามัญจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์.

<sup>๖๓</sup> อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ ๕๐, ๓.

<sup>๖๔</sup> เพิ่งอ้าง, ๖.

<sup>๖๕</sup> อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ ๕๘.

จดทะเบียนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ เพียงแต่เมื่อนำมากำหนดไว้ในกฎกระทรวงซึ่งเป็นอนุบัญญัติของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ ไว้โดยตรง จึงมีผลเท่ากับเป็นการใช้บังคับได้กับทั้งบริษัทมหาชนจำกัดที่จดทะเบียนและไม่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ เมื่อบริษัทจะซื้อหุ้นคืนตามมาตรา ๖๖/๑ (๒) อย่างไรก็ดี ยังมีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับบทบัญญัติในข้อนี้ ดังนี้

ประการแรก จำนวนร้อยละ ๑๐ ของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดยังคงเป็นเกณฑ์จำนวนเดียวกับประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การเปิดเผยข้อมูลและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ ในข้อ ๓/๑<sup>๖๖</sup> ที่กำหนดให้การซื้อหุ้นคืนที่เกินกว่าร้อยละ ๑๐ ของทุนชำระแล้ว บริษัทจะต้องขอความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเสียก่อน แต่ถ้าไม่เกินก็อาจกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้เป็นอำนาจคณะกรรมการของบริษัทเป็นผู้อนุมัติโครงการก็ได้เนื่องจากเกณฑ์จำนวนร้อยละ ๑๐ นี้ถือว่าเป็นตัวเลขที่มีนัยสำคัญที่อาจส่งผลกระทบต่อราคาในตลาดและกระทบต่อทุนของบริษัทได้<sup>๖๗</sup> นอกจากนี้ เกณฑ์จำนวนร้อยละ ๑๐ จะต้องคิดใน “แต่ละโครงการ ๆ” ไป มิได้หมายถึงร้อยละ ๑๐ ของทุกโครงการรวมกัน<sup>๖๘</sup> ซึ่งแต่เดิมอาจเคยมีความเข้าใจกันว่า กรณีบริษัทจดทะเบียนมีการซื้อหุ้นคืนหลายโครงการหากยังมีได้จำหน่ายหุ้นของโครงการครั้งก่อนได้หมด แล้วมีการทำโครงการใหม่ ถึงแม้โครงการก่อนจะซื้อหุ้นคืนไว้ไม่เกินกว่าร้อยละ ๑๐ ของทุนชำระแล้ว แต่ถ้านับรวมกับโครงการใหม่มีจำนวนเกินร้อยละ ๑๐ ก็จะต้องขอความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นเสียก่อน<sup>๖๙</sup> แต่ตามกฎกระทรวงฉบับแก้ไขเพิ่มเติมนี้ได้กำหนดไว้แล้วอย่างชัดเจนว่า ให้คำนวณจำนวนหุ้นที่ซื้อคืนเป็นรายโครงการ ดังนั้น หากโครงการแรกบริษัทซื้อหุ้นคืนมาแล้วร้อยละ ๙ ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดแต่ยังไม่ได้จำหน่ายหรือจำหน่ายแล้วยังไม่ครบจำนวน ต่อมาบริษัทจะจัดทำโครงการใหม่โดยซื้อคืนอีกร้อยละ ๒ แม้เมื่อรวมทั้งสอง

<sup>๖๖</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๖๑.

<sup>๖๗</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายการการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒๑๑-๕/๒๕๖๔” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านช่องทาง Microsoft Teams และห้องประชุมโบราณ ชั้น ๒, ๒๐ ตุลาคม ๒๕๖๔ ในเรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๕๖๕), ๑๐.

<sup>๖๘</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒๑๓-๗/๒๕๖๔” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านช่องทาง Microsoft Teams และห้องประชุมโบราณ ชั้น ๒, ๕ พฤศจิกายน ๒๕๖๔ ในเรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๕๖๕), ๙.

<sup>๖๙</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒๑๒-๖/๒๕๖๔” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ผ่านช่องทาง Microsoft Teams และห้องประชุมโบราณ ชั้น ๒, ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔ ในเรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๕๖๕), ๗ – ๑๒.



โครงการจะเกินร้อยละ ๑๐ ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ บริษัทก็ยัง สามารถให้คณะกรรมการของบริษัทเป็นผู้อนุมัติโครงการที่สองได้หากข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้ เช่นนั้น ทั้งนี้ เหตุผลประการหนึ่งคงเนื่องมาจากว่าในการซื้อหุ้นคืนในแต่ละโครงการนั้น ย่อมจะต้อง ตกอยู่ภายใต้กรอบของกำไรสะสมและสภาพคล่องส่วนเกินตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และกำไรสะสม เหล่านั้นก็ต้องกันไว้จนกว่าจะจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนในโครงการหนึ่ง ๆ ได้หมดเสียก่อนหรือเมื่อมีการ ลดทุนโดยตัดหุ้นที่จำหน่ายไม่หมด<sup>๗๐</sup> อีกทั้งนักลงทุนจะได้รับข้อมูลรายละเอียดต่าง ๆ ของโครงการ จากการเปิดเผยของบริษัทเพื่อประกอบการตัดสินใจด้วยอยู่แล้ว<sup>๗๑</sup>

ประการที่สอง จำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด มีความหมายว่าอย่างไรนั้น ในเรื่องนี้ แม้ว่าบริษัทจะซื้อหุ้นคืนมาแล้วเป็นจำนวนร้อยละเท่าใดของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด ก็ตาม แต่ตราใบที่บริษัทยังไม่ได้จำหน่ายหุ้นในโครงการก่อนหรือจำหน่ายแล้วแต่ยังไม่หมด จำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดในโครงการใหม่ก็เห็นว่าจะยังคงเป็นไปตาม “จำนวนเดิม” ที่ได้ จดทะเบียนไว้ในขณะจัดตั้งบริษัทมิได้หักลดจำนวนลงแต่อย่างใด<sup>๗๒</sup> ตัวอย่างเช่น บริษัท A มีหุ้น ที่จำหน่ายแล้วทั้งหมด ๑๐,๐๐๐,๐๐๐ หุ้น ครั้งแรกบริษัทซื้อหุ้นคืนร้อยละ ๑๐ เท่ากับ ๑,๐๐๐,๐๐๐ หุ้น ต่อมาบริษัทซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่ กรณีเช่นนี้ จำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด ในโครงการใหม่ที่จะนำมาคำนวณว่าเกินกว่าร้อยละ ๑๐ ซึ่งจะต้องขออนุมัติโครงการจาก ที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือไม่นั้น จะยังคงมีจำนวนเท่ากับ ๑๐,๐๐๐,๐๐๐ หุ้นเท่าเดิมตราใบที่บริษัท ยังไม่ได้จดทะเบียนลดทุนที่ชำระแล้วโดยตัดหุ้นที่ซื้อคืนและยังไม่ได้จำหน่าย<sup>๗๓</sup> นอกจากนี้ ถึงแม้ คำว่า “จำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด” ในข้อ ๖/๑ ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และ วิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ จะใช้คำแตกต่างจากคำว่า “ทุนชำระแล้ว” ในข้อ ๓/๑ ของประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การเปิดเผยข้อมูลและการปฏิบัติการ ใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งเป็นแม่แบบของบทบัญญัติของกฎกระทรวงในข้อนี้ ก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่ายังอยู่ในความหมายเดียวกันเนื่องจากเมื่อกล่าวถึงจำนวนร้อยละของหุ้น ก็คือหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด แต่หากกล่าวถึงตัวเงินก็คือทุนชำระแล้วนั่นเอง อีกทั้งคำว่าจำนวน

<sup>๗๐</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๖๘.

<sup>๗๑</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>๗๒</sup> เพิ่งอ้าง.

<sup>๗๓</sup> ข้อ ๑๔ เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่ต้องจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนให้หมดตามข้อ ๑๒ ถ้าบริษัท ไม่จำหน่ายหรือจำหน่ายไม่หมด ให้บริษัทลดทุนที่ชำระแล้วโดยวิธีตัดหุ้นจดทะเบียนที่ซื้อคืนและยังมีได้ จำหน่าย ทั้งนี้ ให้บริษัทปิดประกาศรายละเอียดดังกล่าวไว้ที่ทำการสำนักงานแห่งใหญ่และสำนักงานสาขาของ บริษัท (ถ้ามี) และดำเนินการจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงทุนจดทะเบียนภายในสิบวันนับแต่วันตัดหุ้นดังกล่าว

หุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดก็เป็นคำที่เคยใช้อยู่แล้วก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง<sup>๗๔</sup> ดังนั้น ข้อ ๖/๑ จึงใช้คำว่า “จำหน่ายหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด” เพื่อให้การใช้ถ้อยคำในกฎหมายทั้งฉบับเกิดความสอดคล้องกัน<sup>๗๕</sup> อันเป็นหลักการทั่วไปในการยกร่างกฎหมาย<sup>๗๖</sup>

ประการที่สาม แม้ข้อ ๖/๑ ของกฎกระทรวงฉบับแก้ไขเพิ่มเติมจะเป็นการนำ ความในข้อ ๓/๑<sup>๗๗</sup> ของประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การเปิดเผยข้อมูลและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ มาใช้เป็นแนวทางในการยกร่างบทบัญญัติ ข้อนี้ก็ตาม แต่หากสังเกตจะพบว่า ความในวรรคสามของข้อ ๓/๑ ของประกาศดังกล่าวที่อนุญาตให้ บริษัทจดทะเบียนที่จะซื้อหุ้นคืนไม่เกินร้อยละ ๑๐ ของทุนชำระแล้ว สามารถขออนุมัติจากผู้ถือหุ้นได้โดยทำเป็นหนังสือเวียนแทนการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นนั้น มิได้นำมาบัญญัติไว้ใน กฎกระทรวงด้วยแต่อย่างใด เนื่องจากมาตรการของตลาดหลักทรัพย์ฯ ดังกล่าวนี้น่าจะเป็นเพียงการ กำหนดขึ้นชั่วคราวเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่บริษัทจดทะเบียนที่ยังไม่ได้แก้ไขข้อบังคับของ บริษัทเพื่อให้คณะกรรมการมีอำนาจอนุมัติโครงการได้เท่านั้น ทั้งนี้ สืบเนื่องจากในช่วงประมาณ ปี พ.ศ. ๒๕๕๑ – ๒๕๕๒ ดัชนีตลาดหลักทรัพย์ฯ มีการปรับตัวลงอย่างรุนแรงจากปัญหาวิกฤติ ซับไพร์มในสหรัฐอเมริกา การปรับลดลงของราคาน้ำมัน และการปรับลดประมาณการกำไรของ บริษัทจดทะเบียน รวมทั้งปัจจัยการเมืองภายในประเทศของไทยเองในขณะนั้นที่มีการชุมนุมต่อต้าน รัฐบาลและเปลี่ยนรัฐบาลบ่อยครั้ง<sup>๗๘</sup> ดังนั้น เพื่อให้บริษัทจดทะเบียนสามารถซื้อหุ้นคืนได้ภายใน เวลาอันรวดเร็วท่ามกลางความผันผวนของราคาหุ้น ตลาดหลักทรัพย์ฯ จึงได้กำหนดมาตรการนี้ขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในช่วงเวลาดังกล่าว<sup>๗๙</sup> กรณีจึงไม่มีความจำเป็นต้องนำมาตรการ ชั่วคราวซึ่งเป็นเหตุผลเฉพาะเรื่องมากำหนดเป็นกลไกถาวรในกฎกระทรวงด้วยแต่อย่างใด

ประการสุดท้าย จะสังเกตเห็นว่า ข้อ ๖/๑ บัญญัติอยู่ในหมวด ๒ ว่าด้วยการซื้อ หุ้นคืนตามมาตรา ๖๖/๑ (๒) เท่านั้น ด้วยเหตุนี้ การซื้อหุ้นคืนก็ดี การแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืน ก็ดี ที่จะต้องขอรับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือคณะกรรมการของบริษัท จึงเห็นได้ ชัดเจนว่ามีได้นำไปใช้กับการซื้อหุ้นคืนตามมาตรา ๖๖/๑ (๑) ด้วยแต่อย่างใด เนื่องจากการซื้อหุ้นคืน

<sup>๗๔</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๑๑.

<sup>๗๕</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๖๙, ๖.

<sup>๗๖</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *แนวทางในการจัดทำร่างกฎหมาย Legislative Drafting Guideline* (กรุงเทพฯ: สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง ๒๕๖๓), ๘.

<sup>๗๗</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๖๑.

<sup>๗๘</sup> คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์, *รายงานประจำปี ๒๕๕๑, ๑๔ – ๑๗* <<https://bit.ly/3sEGOey>> สืบค้นเมื่อ ๑๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕.

<sup>๗๙</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “หนังสือที่ บจ. (ว) ๕๐/๒๕๕๑ เรื่อง การปรับปรุงเกณฑ์ การซื้อหุ้นคืนเพื่อให้บริษัทจดทะเบียนสามารถดำเนินการซื้อหุ้นคืนได้โดยสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน,” ลงวันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ๒๕๕๑.



ตามมาตรา ๖๖/๑ (๑) เป็นกรณีที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมอันเนื่องจากการแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและสิทธิในการรับเงินปันผลให้สามารถขายหุ้นของตนคืนแก่บริษัทได้ ซึ่งหากกฎกระทรวงจะกำหนดให้การซื้อหุ้นคืนหรือการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนในกรณีนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยแล้ว ก็ย่อมไม่อาจทำให้บทบัญญัติมาตรา ๖๖/๑ (๑) บรรลुวัตถุประสงค์นี้ได้<sup>๘๐</sup> ดังนั้น การซื้อหุ้นคืนและการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนในกรณีที่ผู้ถือหุ้นข้างน้อยขายหุ้นคืนแก่บริษัทตามมาตรา ๖๖/๑ (๑) จึงมิได้กำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นหรือจากคณะกรรมการของบริษัทก่อนแต่อย่างใด

**กลไกที่สอง**เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ถือหุ้นและผู้ที่เกี่ยวข้องที่อาจได้รับผลกระทบจากการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนของบริษัทก็คือ การกำหนดให้ต้องมีการเปิดเผยข้อมูลการแก้ไขหรือยกเลิกนั้นต่อสาธารณชน ซึ่งเดิมก็เป็นกลไกที่มีอยู่แล้วในข้อ ๔<sup>๘๑</sup> และข้อ ๙<sup>๘๒</sup> ของกฎกระทรวงก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม เพียงแต่เป็นการเปิดเผยข้อมูลในชั้นริเริ่มการซื้อหุ้นคืนหรือโครงการซื้อหุ้นคืนเท่านั้น แต่เมื่อกฎกระทรวงฉบับแก้ไขเพิ่มเติมได้บัญญัติเรื่องการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนไว้แล้วด้วย จึงเห็นได้ว่าคงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้มีกลไกการเปิดเผยข้อมูลเพื่อรองรับในกรณีนี้ไว้ด้วย ซึ่งก็ปรากฏให้เห็นอยู่ในวรรคสามของข้อ ๔<sup>๘๓</sup> และวรรคสามของข้อ ๙<sup>๘๔</sup> ของกฎกระทรวงที่ได้แก้ไขเพิ่มเติม ทั้งนี้ เมื่อบริษัทได้แสดงเหตุผลความจำเป็นของการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนและได้เปิดเผยข้อมูลด้วยความชัดเจนตรงไปตรงมา ก็น่าจะถือได้ว่าเป็นการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นและผู้ที่เกี่ยวข้องได้พอสมควร ส่วนเรื่องระยะเวลาการเปิดเผยข้อมูลที่บทบัญญัติข้อนี้กำหนดไว้สั้นกว่าในชั้นการริเริ่มการซื้อหุ้นคืน คือเพียง ๗ วันเท่านั้น ก็เพราะมุ่งหมายให้บริษัทดำเนินการได้สะดวกยิ่งขึ้น แต่ขณะเดียวกันก็ต้องไม่เป็นการเอาเปรียบนักลงทุนมากเกินไป

<sup>๘๐</sup> เจตนารมณ์ของมาตรา ๖๖/๑ (๑) ปรากฏในชั้นการยกร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ตั้งแต่เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๓ โดยผู้แทนกรมทะเบียนการค้าในขณะนั้นได้ชี้แจงว่า ปัญหาในการดำเนินกิจการของบริษัท มีบางกรณีที่ผู้ถือหุ้นบางส่วนไม่เห็นด้วยกับที่ประชุม แต่เนื่องจากเป็นเสียงข้างน้อยจึงทำให้ต้องยอมรับมติของเสียงส่วนใหญ่ ดังนั้น มาตรา ๖๖/๑ (๑) จึงมีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ถือหุ้นส่วนน้อย (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๒-๒/๒๕๔๓” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ณ ห้องประชุม พระยารอรัถการีย์นิพนธ์, ๑๑ กันยายน ๒๕๔๓ ในเรื่องเสร็จที่ ๕๒๘/๒๕๔๓), ๓.

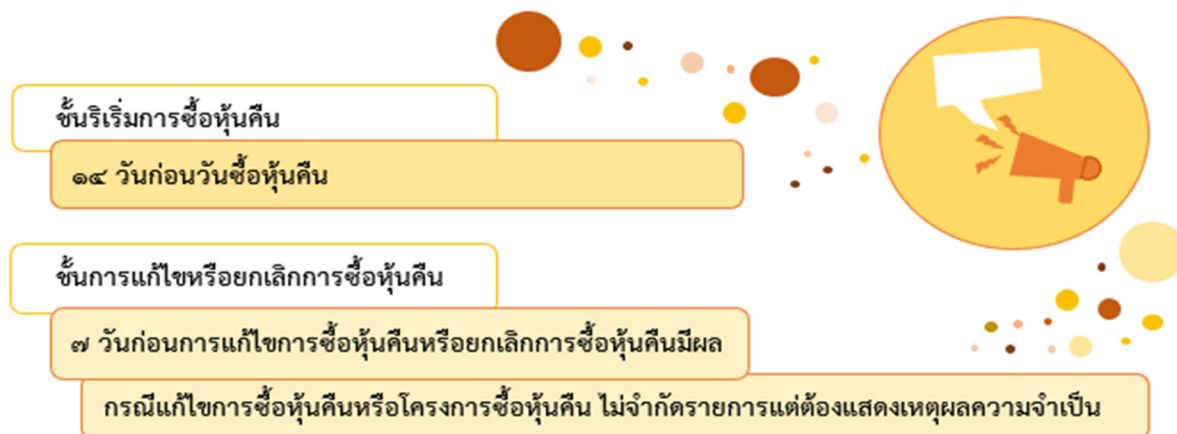
<sup>๘๑</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๗.

<sup>๘๒</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๖.

<sup>๘๓</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๙.

<sup>๘๔</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๓.

## การเปิดเผยข้อมูลการซื้อขายหุ้นคืน



อนึ่ง การนับระยะเวลา ๑๔ วันในกรณีการเปิดเผยข้อมูลในชั้นการริเริ่มโครงการซื้อหุ้นคืนก็ดี หรือ ๗ วันในกรณีการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนหรือโครงการซื้อหุ้นคืนก็ดี เห็นว่าน่าจะนับช่วงเวลา ๑๔ วันเต็ม หรือ ๗ วันเต็ม แล้วแต่กรณี เพราะกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องล่วงหน้าไม่น้อยกว่า เช่น หากจะซื้อหุ้นคืนในวันที่ ๑๕ ตุลาคม ๒๕๖๕ การเปิดเผยล่วงหน้าก็ต้องมีช่วงเวลา ๑๔ วันเต็มก่อนวันเริ่มซื้อหุ้นคืน กล่าวคือ จะต้องประกาศแก่สาธารณชนอย่างช้าที่สุดในวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕ มิฉะนั้นย่อมถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ไม่ชอบ

สำหรับรายการและช่วงเวลาที่จะแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนหรือโครงการซื้อหุ้นคืนนั้น จะเห็นว่ากฎกระทรวงไม่ได้กำหนดเรื่องนี้ไว้ และหากพิจารณากฎหมายของต่างประเทศ เช่น กฎหมายบริษัทของอังกฤษและสิงคโปร์ก็ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้เช่นกัน<sup>๘๖</sup> ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะจะทำให้การบริหารจัดการบริษัทเกิดความยุ่งยากไม่คล่องตัว ทั้งจะทำให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายตามมาได้ด้วยว่ารายการหรือช่วงเวลาที่ไม่ได้ระบุไว้ในกฎหมายจะแก้ไขหรือยกเลิกได้หรือไม่ อย่างไรก็ดี ถึงแม้กฎหมายจะไม่ได้มีข้อจำกัดในเรื่องนี้ แต่หากพิจารณากฎของกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดและกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่มีอยู่ในปัจจุบันก็น่าจะเป็นกรอบในการกำกับดูแลให้เป็นไปตามหลักบรรษัทภิบาลได้ เพราะในการบริหารงานของคณะกรรมการของบริษัทนั้น กฎหมายกำหนดว่า จะต้องกระทำด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับ และมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยคำนึงรักษาผลประโยชน์ของบริษัทเป็นที่ตั้ง ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามและบริษัทเสียหายหรืออาจเสียหาย

<sup>๘๕</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๕๐.

<sup>๘๖</sup> Companies Act 2006, *supra* note 36; Companies Act 1967, *supra* note 53.

กรรมการก็อาจต้องรับผิดชอบ<sup>๘๗</sup> นอกจากนี้ในทางปฏิบัติเมื่อจะแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อขายหุ้นคืนก็จะต้องเป็นเรื่องที่มีเหตุผลความจำเป็นจริง ๆ โดยคำนึงถึงช่วงเวลาที่เหมาะสมของการปรับเปลี่ยนหรือ

<sup>๘๗</sup> พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๗๗ คณะกรรมการมีอำนาจและหน้าที่จัดการบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ข้อบังคับและมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๘๕ ในการดำเนินกิจการของบริษัท กรรมการต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย วัตถุประสงค์ และข้อบังคับของบริษัท ตลอดจนมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและระมัดระวังผลประโยชน์ของบริษัท

ในกรณีที่กรรมการคนใดกระทำการหรือละเว้นกระทำการใดอันเป็นการไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง บริษัทหรือผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี อาจดำเนินการได้ดังต่อไปนี้

(๑) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย ให้บริษัทเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกรรมการคนนั้นได้

ในกรณีที่บริษัทไม่เรียกร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะแจ้งเป็นหนังสือให้บริษัทดำเนินการเรียกร้องก็ได้ หากบริษัทไม่ดำเนินการตามที่มีผู้ถือหุ้นนั้นแจ้ง ผู้ถือหุ้นนั้น ๆ จะนำคดีขึ้นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนบริษัทก็ได้

(๒) ถ้าการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะขอให้ศาลสั่งระงับการกระทำดังกล่าวก็ได้

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ดำเนินการตามวรรคสอง ผู้ถือหุ้นจะขอให้ศาลสั่งให้กรรมการคนนั้นออกจากตำแหน่งก็ได้

ผู้ถือหุ้นซึ่งดำเนินการตามวรรคสองและวรรคสาม ต้องถือหุ้นของบริษัทอยู่ในขณะที่กรรมการคนนั้นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้บริษัทเสียหายหรืออาจทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทแล้วแต่กรณี

มาตรา ๘๑ กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้นแก่บริษัทในกรณีดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๓) การดำเนินการใด ๆ โดยฝ่าฝืนมาตรา ๘๕

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๘๔ กรรมการต้องรับผิดชอบร่วมกันเพื่อความเสียหายใด ๆ อันเกิดขึ้นแก่ผู้ถือหุ้นและบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัทในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้นด้วย

(๑) การแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความอันควรต้องแจ้งเกี่ยวกับฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัทในการเสนอขายหุ้น หุ้นกู้หรือตราสารการเงินของบริษัท

(๒) การแสดงข้อความหรือลงรายการในเอกสารที่ยื่นต่อนายทะเบียน โดยข้อความหรือรายการนั้นเป็นเท็จ หรือไม่ตรงกับบัญชี ทะเบียน หรือเอกสารของบริษัท

(๓) การจัดทำงบดุลและบัญชีกำไรขาดทุน รายงานการประชุมผู้ถือหุ้นหรือรายงานการประชุมคณะกรรมการอันเป็นเท็จ

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๘๙/๘ ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรับผิดชอบและความระมัดระวัง กรรมการและผู้บริหารต้องกระทำเยี่ยงวิญญูชนผู้ประกอบธุรกิจเช่นนั้นจะพึงกระทำภายใต้สถานการณ์อย่างเดียวกัน

ฯลฯ

ฯลฯ

ยกเลิกเพื่อรักษาผลประโยชน์สูงสุดของบริษัทและผู้ถือหุ้น<sup>๘๘</sup> ดังนั้น การแก้ไขรายการการซื้อขายหุ้นคืนตามข้อ ๕<sup>๘๙</sup> วรรคหนึ่งก็ดี หรือโครงการซื้อขายหุ้นคืนตามข้อ ๖<sup>๙๐</sup> (๒) ก็ดี จึงไม่ได้จำกัดรายการและช่วงเวลาไว้ เพียงแต่ถ้าบริษัทจะแก้ไขหรือยกเลิกก็ต้องชี้แจงเหตุผลและความจำเป็นให้สาธารณชนทราบ ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลเหล่านี้ ตลาดหลักทรัพย์ฯ อาจกำหนดกฎเกณฑ์สำหรับบริษัทจดทะเบียนให้ปฏิบัติเป็นการเฉพาะด้วยก็ได้ แต่จะต้องคำนึงถึงรายการที่มีการเปิดเผยว่าจะต้องไม่น้อยกว่ามาตรฐานตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

เป็นที่น่าสังเกตว่า ถึงแม้กฎหมายจะได้กำหนดกลไกในการกำกับดูแลการบริหารจัดการของบริษัทและกรรมกรดังกล่าวข้างต้น แต่หากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการซื้อขายหุ้นคืนหรือการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนและการตัดหุ้นที่ซื้อคืนตามกฎหมายระหว่งนั้น ยังไม่พบว่ามีกำหนดบทกำหนดโทษ (sanction) ในกฎหมายแม่บทไว้ โดยเฉพาะ<sup>๙๑</sup> คงมีแต่เพียงมาตรการในเชิงบริหารที่กำหนดเรื่องการตรวจสอบการดำเนินงานของบริษัทและกรรมกรภายใต้การดำเนินการของกระทรวงพาณิชย์<sup>๙๒</sup> ซึ่งบัญญัติไว้ในหมวด ๙ มาตรา ๑๒๘<sup>๙๓</sup> และมาตรา ๑๒๙<sup>๙๔</sup> แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดฯ เท่านั้น โดยให้อำนาจแก่ผู้ถือหุ้น

<sup>๘๘</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๖๙, ๑๕.

<sup>๘๙</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๙.

<sup>๙๐</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๐.

<sup>๙๑</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๖๙, ๓. ทั้งนี้ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๐ กระทรวงพาณิชย์เคยเสนอเพิมบทบัญญัติเรื่องโทษแก่บริษัทที่กระทำผิดตามมาตรา ๖๖/๑ วรรคสี่ โดยต้องการให้เพิ่มความขึ้นเป็นมาตรา ๒๐๑/๑ กำหนดความผิดของบริษัทที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา ๖๖/๑ วรรคสี่ ต้องระวางโทษไม่เกินสองแสนห้าหมื่นบาท ซึ่งร่างพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ฉบับนี้ ได้ผ่านการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจแล้ว โดยอยู่ในระหว่างการพิจารณาของกระทรวงพาณิชย์เพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาต่อไป (เรื่องเสร็จที่ ๕๕๘/๒๕๖๐).

<sup>๙๒</sup> เพิ่งอ้าง, ๒ - ๕.

<sup>๙๓</sup> มาตรา ๑๒๘ ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมด จะเข้าซื้อหุ้นทำคำขอเป็นหนังสือให้นายทะเบียนแต่งตั้งผู้ตรวจสอบเพื่อดำเนินการตรวจสอบกิจการและฐานะการเงินของบริษัท ตลอดจนตรวจสอบการดำเนินงานของคณะกรรมการด้วยก็ได้

ฯลฯ

ฯลฯ.

<sup>๙๔</sup> มาตรา ๑๒๙ นายทะเบียนจะแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่คนหนึ่งหรือหลายคนเป็นผู้ตรวจสอบ เพื่อดำเนินการตรวจสอบบริษัทก็ได้เมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่า

ฯลฯ

ฯลฯ

(๒) บริษัทฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือแจ้งข้อความที่เป็นเท็จในการขอจดทะเบียนในงบดุลหรือบัญชีกำไรขาดทุน หรือในรายงานที่ยื่นต่อนายทะเบียนหรือที่เปิดเผยแก่ประชาชนทั่วไป

ฯลฯ

ฯลฯ.

สามารถเข้าซื้อเครื่องขอต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าในฐานะนายทะเบียนให้แต่งตั้งผู้ตรวจสอบกิจการและฐานะการเงินของบริษัทและการดำเนินงานของคณะกรรมการบริษัท หรืออาจเป็นกรณีที่นายทะเบียนมีเหตุอันควรสงสัยว่าบริษัทฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัดฯ ก็อาจแต่งตั้งผู้ตรวจสอบบริษัทนั้นได้ และเมื่อตรวจสอบแล้ว ก็อาจมีคำสั่งให้บริษัทดำเนินการให้ถูกต้อง<sup>๙๕</sup> หากยังคงฝ่าฝืนจึงจะมีโทษฐานฝ่าฝืนคำสั่งของนายทะเบียนต่อไป<sup>๙๖</sup>

อนึ่ง มีข้อสังเกตเกี่ยวกับการใช้ถ้อยคำในข้อ ๔<sup>๙๗</sup> วรรคสี่ของกฎกระทรวงที่แก้ไขเพิ่มเติมด้วยว่า การซื้อหุ้นคืนในกรณีตามมาตรา ๖๖/๑ (๑) ที่ผู้ถือหุ้นข้างน้อยออกเสียงไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขข้อบังคับของบริษัทนั้น กฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นแสดงเจตนาขายหุ้นคืนให้แก่บริษัทได้ โดยบริษัทจะต้องส่งคำเสนอซื้อหุ้นคืนให้แก่ผู้ถือหุ้นทุกรายที่ได้แจ้งความประสงค์ ดังนั้น การซื้อหุ้นคืนในกรณีนี้จึงเป็นกรณีที่ทราบแน่ชัดอยู่แล้วว่าผู้ถือหุ้นรายใดบ้างจะขายหุ้นคืนแก่บริษัท จึงไม่จำเป็นที่จะต้องจัดทำขึ้นเป็น “โครงการ” ซื้อหุ้นคืนเหมือนดังเช่นกรณีมาตรา ๖๖/๑ (๒) ซึ่งเป็นเรื่องที่ยังไม่อาจทราบได้แน่นอนว่าบุคคลใดบ้างที่จะขายหุ้นคืนแก่บริษัท และการซื้อหุ้นคืนในกรณีเช่นนั้นก็มิอาจกระทำได้ในวันเดียวจึงต้องมีการจัดทำเป็นโครงการ<sup>๙๘</sup> ด้วยเหตุผลดังกล่าว คำว่า “โครงการ” ซึ่งเดิมเคยเขียนอยู่ในวรรคสามของข้อ ๔<sup>๙๙</sup> ของกฎกระทรวงก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม จึงได้ถูกตัดออกเพื่อให้ตรงกับสภาพความเป็นจริงของการซื้อหุ้นคืนในกรณีที่ไม่ได้มีการจัดทำเป็นโครงการแต่อย่างใด

<sup>๙๕</sup> มาตรา ๑๓๒ เมื่อนายทะเบียนได้รับรายงานผลการตรวจสอบจากผู้ตรวจสอบแล้วให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

๑. สั่งให้บริษัทดำเนินการให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้  
๒. สั่งให้บริษัทดำเนินการให้ถูกต้องตามพระราชบัญญัตินี้

<sup>๙๖</sup> มาตรา ๒๐๘ บริษัทใดไม่ดำเนินการให้ถูกต้องตามคำสั่งของนายทะเบียนซึ่งสั่งตามมาตรา ๑๓๒ (๓) ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท.

<sup>๙๗</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓๙.

<sup>๙๘</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๑๗-๑๒/๒๕๔๔” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ณ ห้องประชุม สมภพ โทตะกิตย, ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๔๔ ในเรื่องเสร็จที่ ๖๒๒-๖๒๓/๒๕๔๔), ๑๑ – ๑๒.

<sup>๙๙</sup> อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๔๗.



## ๒.๔ การลดระยะเวลาการซื้อหุ้นตามโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่

### การลดระยะเวลาการซื้อหุ้นตามโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่



ข้อ ๑๑<sup>๑๐๐</sup> ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ อนุญาตให้บริษัทสามารถซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่ได้เร็วขึ้น คือเมื่อพ้นกำหนด ๖ เดือนนับแต่วันซื้อหุ้นคืนครบจำนวนแล้ว หรือวันสิ้นสุดกำหนดเวลาการซื้อหุ้นคืนครั้งสุดท้าย หรือวันที่การยกเลิกโครงการซื้อหุ้นคืนมีผล ซึ่งก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงเคยกำหนดว่า ต้องพ้นกำหนด ๑ ปีนับแต่วันสิ้นสุดโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งสุดท้าย<sup>๑๐๑</sup> เนื่องจากในการยกร่างกฎกระทรวงเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๔ มีความเห็นในขณะนั้นว่าหากกำหนดช่วงเวลาไว้สั้นเกินไป อาจกลายเป็นช่องทางให้เกิดการปั่นหุ้นได้<sup>๑๐๒</sup> อย่างไรก็ดี หากพิจารณากลไกของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่ากฎหมายมีมาตรการหลายประการที่จะช่วยป้องกันการสร้างราคาหุ้นและมีหน่วยงานที่ช่วยในการกำกับดูแล<sup>๑๐๓</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งตลาดหลักทรัพย์ฯ และสำนักงาน ก.ล.ต. เช่น คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ฯ ได้มีการออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการเปิดเผยข้อมูลและกำหนดกรอบช่วงราคาขึ้นลงของหุ้นที่ซื้อคืนและที่จำหน่ายออกไป<sup>๑๐๔</sup> และราคาเหล่านี้

<sup>๑๐๐</sup> ข้อ ๑๑ การซื้อหุ้นคืนตามโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่จะกระทำได้เมื่อพ้นกำหนดหกเดือน นับแต่วันซื้อหุ้นคืนครบจำนวนแล้ว หรือวันสิ้นสุดกำหนดเวลาการซื้อหุ้นคืนครั้งสุดท้าย หรือวันที่การยกเลิกโครงการซื้อหุ้นคืนมีผล.

<sup>๑๐๑</sup> ข้อ ๑๑ การซื้อหุ้นตามโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่จะกระทำได้เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันสิ้นสุดโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งสุดท้าย.

<sup>๑๐๒</sup> อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ ๙๘, ๑๔.

<sup>๑๐๓</sup> อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๔, ๑๒.

<sup>๑๐๔</sup> ข้อ ๕/๑ ของประกาศคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ฯ เรื่อง การเปิดเผยข้อมูลและการปฏิบัติการใด ๆ ของบริษัทจดทะเบียนเมื่อบริษัทจดทะเบียนซื้อหุ้นของบริษัทคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดว่า บริษัทจดทะเบียนจะกำหนดราคาเสนอซื้อหุ้นของบริษัทคืนได้ไม่เกินกว่าราคาปิดของหุ้นเฉลี่ย ๕ วันทำการซื้อขายก่อนหน้าบวกด้วยจำนวนร้อยละ ๑๕ ของราคาปิดเฉลี่ยดังกล่าว ( $\leq ๑๑๕\%$  ของราคาปิดเฉลี่ย ๕ วันทำการซื้อขายล่าสุด) ส่วนราคาเสนอขายหุ้นที่ซื้อคืนก็ต้องไม่น้อยกว่าราคาปิดของหุ้นเฉลี่ย ๕ วันทำการซื้อขายก่อนหน้าหักด้วยจำนวนร้อยละ ๑๕ ของราคาปิดเฉลี่ยดังกล่าว ( $\geq ๘๕\%$  ของราคาปิดเฉลี่ย ๕ วันทำการซื้อขายล่าสุด).

ย่อมมีข้อมูลย้อนหลัง (historical data) ให้สามารถตรวจสอบความผิดปกติได้<sup>๑๐๕</sup> หรือในกรณีที่มีการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ฯ ก็กำหนดให้ต้องยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์และร่างหนังสือชี้ชวน (filing) ต่อสำนักงาน ก.ล.ต. เสียก่อน<sup>๑๐๖</sup> ซึ่งใช้บังคับกับทั้งบริษัทในและนอกตลาดหลักทรัพย์ รวมถึงหลักทรัพย์เดิมที่เป็นหุ้นซื้อคืนด้วย<sup>๑๐๗</sup> นอกจากนี้ ยังมีบทบัญญัติที่กำหนดให้การซื้อหรือจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนเมื่อได้ปฏิบัติตามประกาศของคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ฯ แล้ว ก็มีให้ถือว่าเป็นการสร้างราคาหุ้น<sup>๑๐๘</sup> หรือในกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดก็มีการกำหนดเงื่อนไขว่าบริษัททั้งในและนอกตลาดหลักทรัพย์จะซื้อหุ้นคืนได้ก็ต่อเมื่อมีกำไรสะสมและสภาพคล่องส่วนเกินโดยจะต้องไม่เป็นเหตุให้บริษัทประสบปัญหาทางการเงิน<sup>๑๐๙</sup> ดังนั้น มาตรการที่มีอยู่เหล่านี้จึงน่าจะช่วยผ่อนคลายข้อจำกัดที่เคยกำหนดให้บริษัทต้องเว้นวรรคการซื้อหุ้นคืนไปถึง ๑ ปี ลงได้ เพื่อให้บริษัทที่มีความพร้อมสามารถซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่ได้เร็วขึ้นอันจะช่วยให้การบริหารสภาพคล่องของบริษัทเกิดประโยชน์มากขึ้น

สำหรับคำว่า “วันสิ้นสุดโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งหลังสุด” ซึ่งข้อ ๑๑<sup>๑๑๐</sup> เดิมของกฎกระทรวงก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดให้เป็นจุดเริ่มต้นการนับระยะเวลานั้น ตลาดหลักทรัพย์ฯ เคยมีหนังสือเวียนชี้แจงว่า หมายถึง วันสิ้นสุดกำหนดเวลาที่จะซื้อหุ้นคืนตามโครงการเท่านั้น กล่าวคือ เป็นวันที่บริษัทซื้อหุ้นคืนเสร็จสิ้นนับแต่วันเริ่มโครงการโดยไม่รวมขั้นตอนการจำหน่ายและ

<sup>๑๐๕</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๔, ๑๑.

<sup>๑๐๖</sup> พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๖๕ การเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนหรือบุคคลใด ๆ จะกระทำได้ต่อเมื่อผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัด บริษัทหรือเจ้าของหลักทรัพย์ได้ยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์และร่างหนังสือชี้ชวนต่อสำนักงาน และแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์และร่างหนังสือชี้ชวนดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้ว.

<sup>๑๐๗</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๔, ๑๓.

<sup>๑๐๘</sup> พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๒๔๔/๓ ห้ามมิให้บุคคลใดกระทำการ ดังต่อไปนี้

(๑) ส่งคำสั่งซื้อหรือขายหลักทรัพย์ หรือซื้อหรือขายหลักทรัพย์ อันเป็นการทำให้บุคคลทั่วไปเข้าใจผิดเกี่ยวกับราคาหรือปริมาณการซื้อหรือขายหลักทรัพย์

(๒) ส่งคำสั่งซื้อหรือขายหลักทรัพย์ หรือซื้อหรือขายหลักทรัพย์ ในลักษณะต่อเนื่องกัน โดยมุ่งหมายให้ราคาหลักทรัพย์หรือปริมาณการซื้อหรือขายหลักทรัพย์นั้นผิดไปจากสภาพปกติของตลาด

มาตรา ๒๔๔/๔ มิให้นำมาตรา ๒๔๔/๓ มาใช้บังคับแก่กรณีดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๒) การซื้อหุ้นคืน หรือการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนในโครงการซื้อหุ้นคืน โดยได้ปฏิบัติตามประกาศของคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ.

<sup>๑๐๙</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๔, ๑๒.

<sup>๑๑๐</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๑๐๑.



การตัดหุ้นที่ซื้อคืนที่จะต้องดำเนินการภายหลังจากซื้อหุ้นคืนเสร็จสิ้นแล้ว<sup>๑๑๑</sup> ด้วยเหตุนี้ การที่ บพ.บัญญัติใหม่กำหนดให้นับระยะเวลา ๖ เดือนนับแต่วันซื้อหุ้นคืนครบจำนวนแล้วหรือวันสิ้นสุด กำหนดเวลาซื้อหุ้นคืนครั้งสุดท้ายที่สุด จึงเห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติเดิม ดังกล่าวเพียงแต่นำมาเขียนให้ชัดเจนยิ่งขึ้นเท่านั้น นอกจากนี้ การนับระยะเวลา ๖ เดือนในบทบัญญัติ ข้อนี้นี้ยังได้เพิ่มกรณีการนับระยะเวลาดังตั้งแต่วันที่การยกเลิกโครงการซื้อหุ้นคืนมีผลไว้ด้วย<sup>๑๑๒</sup> เพื่อให้ สอดรับกับความในข้อ ๙<sup>๑๑๓</sup> ใหม่ที่กำหนดว่า ในกรณีที่บริษัทจะยกเลิกโครงการจะต้องเปิดเผย ข้อมูลล่วงหน้าอย่างน้อย ๗ วันก่อนที่การยกเลิกนั้นจะมีผล ดังนั้น การเริ่มนับระยะเวลา ๖ เดือน ในกรณีนี้ จึงเห็นได้ว่าจะต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่การยกเลิกโครงการมีผลซึ่งจะต้องไม่น้อยกว่า ๗ วัน นับแต่วันที่ปิดประกาศ ไม่ได้เริ่มนับวันที่ตั้งแต่วันที่ประกาศยกเลิกโครงการ

มีข้อน่าสังเกตว่า การนับระยะเวลาในกรณีวันสิ้นสุดกำหนดเวลาการซื้อหุ้นคืนนั้น ระบุให้นับครั้งหลังสุดเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีเมื่อซื้อหุ้นคืนครบจำนวนแล้วและกรณีที่มีการ ยกเลิกโครงการที่ไม่ได้ระบุว่าจะต้องเป็นการซื้อหุ้นคืนครั้งสุดท้ายสุดด้วยหรือไม่ อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่า บพ.บัญญัติในสองกรณีนี้จะไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนว่าต้องนับแต่วันซื้อหุ้นคืนครบจำนวนแล้วในโครงการ ครั้งหลังสุดหรือวันที่การยกเลิกโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งสุดท้ายสุดมีผลหรือไม่ แต่ก็เห็นว่า โดยสภาพแล้ว ก็ควรจะมีความหมายเช่นนั้น กล่าวคือ ต้องนับในโครงการครั้งสุดท้ายสุด มิใช่ นับในโครงการครั้งก่อน ๆ ที่ไม่ใช่ครั้งสุดท้ายสุดด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติในส่วนนี้มีความสัมพันธ์กับความในตอนต้นที่ระบุว่า “การซื้อหุ้นคืนตามโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่จะกระทำได้เมื่อ...” ซึ่งย่อมแสดงโดยนัยอยู่แล้วว่า โครงการครั้งใหม่จะเริ่มได้ก็ต่อเมื่อต้องเทียบกับโครงการในครั้งก่อนหน้าที่เพิ่งซื้อหุ้นคืนครบจำนวน หรือที่มีการยกเลิกการซื้อหุ้นคืนไปอันเป็นไปตามลำดับของเหตุการณ์<sup>๑๑๔</sup> ตัวอย่างเช่น เมื่อซื้อหุ้นคืน ครบจำนวนแล้ว บริษัทก็เริ่มนับระยะเวลา ๖ เดือนนับแต่นั้นได้ทันทีเพื่อเตรียมทำโครงการครั้งใหม่ โดยไม่ต้องนับย้อนกลับไปถึงวันที่การซื้อหุ้นคืนครบจำนวนของโครงการครั้งก่อน ๆ ซึ่งย่อม ไม่ก่อปรด้วยเหตุผลและวิสัยที่จะต้องกระทำเช่นนั้น

## ๒.๕ การลดระยะเวลาการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน

กฎหมายกำหนดให้บริษัทต้องถือหุ้นที่ซื้อคืนไว้ช่วงระยะเวลาหนึ่งก่อนที่จะ จำหน่ายออกไปเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการซื้อขายไปติดต่อกันในช่วงระยะเวลาอันสั้นซึ่งอาจจะ กลายเป็นช่องทางให้เกิดการสร้างราคาหุ้นได้<sup>๑๑๕</sup> แต่ในบางประเทศ เช่น สิงคโปร์ กฎหมายไม่ได้ บังคับว่าบริษัทจะต้องจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน โดยอนุญาตให้บริษัทสามารถถือหุ้นของตนเองไว้ได้ (treasury

<sup>๑๑๑</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “หนังสือที่ บจ. (ว) ๓๘/๒๕๔๗ เรื่อง วันสิ้นสุด โครงการซื้อหุ้นคืน (Treasury Stock),” ลงวันที่ ๙ มิถุนายน ๒๕๔๗.

<sup>๑๑๒</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๖๘, ๑๑ – ๑๒.

<sup>๑๑๓</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๔๓.

<sup>๑๑๔</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๖๘, ๑๓ – ๑๔.

<sup>๑๑๕</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๔, ๑๔ – ๑๕.

stock)<sup>๑๑๖</sup> เพียงแต่ถ้าการถือหุ้นนั้นมีจำนวนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด บริษัทก็มีหน้าที่ต้องจำหน่ายหรือยกเลิกหุ้นนั้น<sup>๑๑๗</sup> หรือถ้าบริษัทไม่ประสงค์จะถือหุ้นไว้ (treasury stock) ก็อาจจำหน่ายออกไปได้โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าจะต้องจำหน่ายออกไปเมื่อใด<sup>๑๑๘</sup> ซึ่งหลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันนี้ก็มีปรากฏในกฎหมายบริษัทของอังกฤษด้วยเช่นกัน<sup>๑๑๙</sup> อันเป็นข้อแตกต่างจาก

<sup>๑๑๖</sup> Companies Act 1967, *supra* note 53.

Section 76H – (1) Where ordinary shares or stocks are purchased or otherwise acquired by a company in accordance with sections 76B to 76G, the company may –

- (a) hold the shares or stocks (or any of them); or
- (b) deal with any of them, at any time, in accordance with

section 76K.

etc.

etc.

<sup>๑๑๗</sup> *Ibid*, Section 76I –

(1) Where a company has shares of only one class, the aggregate number of shares held as treasury shares shall not at any time exceed 10% of the total number of shares of the company at that time.

(2) Where the share capital of a company is divided into shares of different classes, the aggregate number of the shares of any class held as treasury shares shall not at any time exceed 10% of the total number of the shares in that class at that time.

(3) Where subsection (1) or (2) is contravened by a company, the company shall dispose of or cancel the excess shares in accordance with section 76K before the end of the period of 6 months beginning with the day on which that contravention occurs, or such further period as the Registrar may allow.

(4) In subsection (3), “the excess shares” means such number of the shares, held by the company as treasury shares at the time in question, as resulted in the limit being exceeded.

<sup>๑๑๘</sup> *Ibid*, section 76H.

Section 76K – (1C) Where shares are held by a public company as treasury shares, the company may at any time –

- (a) sell the shares (or any of them) for cash;
- (b) transfer the shares (or any of them) for the purposes of or pursuant to any share scheme, whether for its employees, directors or other persons;

etc.

etc.

<sup>๑๑๙</sup> Companies Act 2006, *supra* note 36.

Section 724 (3) Where this section applies the company may –

- (a) hold the shares (or any of them), or
  - (b) deal with any of them, at any time, in accordance with
- section 727 or 729.

Section 727 (1) Where shares are held as treasury shares, the company may at any time –

- (a) sell the shares (or any of them) for a cash consideration, or
- (b) transfer the shares (or any of them) for the purposes of or pursuant to an employees’ share scheme

กฎหมายของไทยที่ไม่อนุญาตให้บริษัทถือหุ้นของตนเอง หากแต่เมื่อพ้นกำหนดเวลาจำหน่ายแล้ว ไม่ได้จำหน่ายหรือจำหน่ายได้ไม่ครบจำนวน บริษัทก็ต้องตัดหุ้นนั้นแล้วจดทะเบียนลดทุนต่อไป<sup>๑๒๐</sup> ซึ่งตามกฎหมายกระทรวงปัจจุบันที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมอนุญาตให้บริษัทเริ่มจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนได้เมื่อพ้นกำหนด ๓ เดือนนับแต่การซื้อหุ้นคืนในแต่ละคราวเสร็จสิ้น โดยต้องจำหน่ายให้หมดภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในการซื้อหุ้นคืน แต่ต้องไม่เกิน ๓ ปีนับแต่เมื่อได้ซื้อหุ้นคืนเสร็จสิ้น และหากจะจำหน่ายหุ้นใหม่ บริษัทก็ต้องจำหน่ายหุ้นเดิมที่ซื้อคืนมานั้นให้เสร็จสิ้นเสียก่อน

### การลดระยะเวลาการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน



เดิมที่เรื่องการกำหนดเวลาจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนนี้ กระทรวงพาณิชย์ได้เคยเสนอแก้ไขมาแล้วครั้งหนึ่งเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๖ โดยต้องการให้ลดระยะเวลาการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนจาก ๖ เดือนเหลือ ๑ เดือน ภายใต้เงื่อนไขว่าจะใช้เฉพาะกับหุ้นที่ซื้อคืนตามโครงการเพื่อการปรับโครงสร้างของผู้ถือหุ้นเพื่อกระจายการถือหุ้นไปยังผู้ลงทุนรายย่อยที่เป็นประชาชนทั่วไปเท่านั้น ซึ่งในการพิจารณา ร่างกฎกระทรวงในขณะนั้น คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจเห็นว่าเป็นการกำหนดข้อยกเว้นให้กับบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งมีความจำเป็นต้องกระจายหุ้นให้ครบถ้วนตามข้อกำหนดของตลาดหลักทรัพย์ฯ ส่วนบริษัทมหาชนจำกัดที่มีได้เป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ ก็ควรยังคงอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ให้จำหน่ายได้เมื่อพ้นกำหนด ๖ เดือน เพื่อเป็นการป้องกันการสร้างราคาหุ้น<sup>๑๒๑</sup> ต่อมาในชั้นการยืนยัน

<sup>๑๒๐</sup> อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ ๗๓.

<sup>๑๒๑</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ครั้งที่ ๘๕-๑๖/๒๕๔๗” (การประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน บริษัท และองค์กรทางธุรกิจ ณ ห้องประชุม หยุต แสงอุทัย, ๕ พฤศจิกายน ๒๕๔๗ ในเรื่องเสร็จที่ ๒๓๔ - ๒๓๕/๒๕๔๗), ๒ - ๓.

ร่างกฎกระทรวงดังกล่าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้ามีข้อสังเกตว่าการจำกัดให้ใช้ช้อยกเว้นเฉพาะกับบริษัทมหาชนจำกัดที่มีสถานะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ เท่านั้น ยังไม่สอดคล้องกับความประสงค์ที่ต้องการให้บริษัทมหาชนจำกัดทั้งในและนอกตลาดหลักทรัพย์ได้รับประโยชน์ด้วย จึงมิได้ยืนยันให้ความเห็นชอบร่างกฎกระทรวง<sup>๑๒๒</sup>

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงในครั้งนี้ กระทรวงพาณิชย์ได้เสนอให้ลดระยะเวลาการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนเช่นเดียวกัน แต่ลดจาก ๖ เดือนเหลือ ๓ เดือนนับแต่การซื้อหุ้นคืนในแต่ละคราวเสร็จสิ้น นอกจากนี้ หากเป็นการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนแก่กรรมการหรือพนักงานก็ให้ลดระยะเวลาเหลือ ๑ เดือนนับแต่การซื้อหุ้นคืนในแต่ละคราวเสร็จสิ้น<sup>๑๒๓</sup> ซึ่งในเรื่องการลดระยะเวลาจาก ๖ เดือนเหลือ ๓ เดือนนั้น เห็นว่าเป็นเหตุผลที่น่ารับฟังได้ว่าเพื่อให้บริษัทสามารถจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนได้อย่างคล่องตัวมากขึ้น โดยเฉพาะในภาวะที่ราคาหุ้นในตลาดอาจเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว บริษัทก็ควรมีโอกาสที่เปิดกว้างมากขึ้นที่จะจำหน่ายหุ้นได้ในช่วงจังหวะเวลาที่เหมาะสม แต่ในเรื่องการลดระยะเวลาการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนในกรณีของกรรมการหรือพนักงานนั้น เห็นว่าเหตุผลที่สนับสนุนให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกับกรณีอื่น ๆ ยังไม่ชัดเจนเพียงพอ<sup>๑๒๔</sup> ดังนั้น ข้อ ๑๒<sup>๑๒๕</sup> ของกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ

<sup>๑๒๒</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๖.

<sup>๑๒๓</sup> ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....

ข้อ ๓ ให้ยกเลิกความใน ... ข้อ ๑๒ ... แห่งกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท พ.ศ. ๒๕๕๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ ๑๒๒

๑๒๒

ข้อ ๑๒ ให้บริษัทจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนได้เมื่อพ้นกำหนดสามเดือนนับแต่การซื้อหุ้นคืนในแต่ละคราวตามหมวด ๑ หรือหมวด ๒ เสร็จสิ้น และต้องจำหน่ายให้หมดภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในการซื้อหุ้นคืน ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสามปีนับแต่การซื้อหุ้นคืนเสร็จสิ้นและต้องจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนให้เสร็จสิ้นก่อนที่จะมีการจำหน่ายหุ้นใหม่

กรณีบริษัทจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนตามวรรคหนึ่งให้แก่กรรมการ หรือพนักงาน ให้กระทำได้เมื่อพ้นกำหนดหนึ่งเดือนนับแต่การซื้อหุ้นคืนในแต่ละคราวเสร็จสิ้น

๑๒๒

๑๒๒

”.

<sup>๑๒๔</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ....” ในเรื่องเสร็จที่ ๗๑/๒๕๖๕ (ส่งพร้อมหนังสือ ที่ นร ๐๙๐๕/๔ ลงวันที่ ๑๙ มกราคม ๒๕๖๕ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี).

<sup>๑๒๕</sup> ข้อ ๑๒ ให้บริษัทจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนได้เมื่อพ้นกำหนดสามเดือนนับแต่การซื้อหุ้นคืนในแต่ละคราวตามหมวด ๑ หรือหมวด ๒ เสร็จสิ้น และต้องจำหน่ายให้หมดภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในการซื้อหุ้นคืน ทั้งนี้ ต้องไม่เกินสามปีนับแต่การซื้อหุ้นคืนเสร็จสิ้นและต้องจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนให้เสร็จสิ้นก่อนที่จะมีการจำหน่ายหุ้นใหม่.

พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๕ จึงไม่ได้กำหนดให้ระยะเวลาจำหน่ายหุ้นในกรณีนี้แตกต่างจากการจำหน่ายด้วยวิธีการอื่น ๆ กล่าวคือ ยังคงกำหนดให้จำหน่ายได้เมื่อพ้นกำหนด ๓ เดือนนับแต่การซื้อหุ้นคืนในแต่ละคราวเสร็จสิ้น และจะต้องจำหน่ายให้หมดภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในวิธีการซื้อหุ้นคืนแต่ไม่เกินสามปีนับแต่การซื้อหุ้นคืนเสร็จสิ้น

### ๓. บทส่งท้าย

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๔ นับได้ว่าเป็นหมุดหมายครั้งสำคัญของการแก้ไขกฎหมายนี้ในรอบระยะเวลากว่า ๒๐ ปี นับแต่กฎกระทรวงฉบับนี้ใช้บังคับ ถึงแม้ในช่วงเวลา ๒๐ ปีดังกล่าวจะมีความพยายามแก้ไขกฎกระทรวงนี้มาแล้วหลายครั้ง แต่ก็เพิ่งประสบความสำเร็จในปี พ.ศ. ๒๕๖๕ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงในครั้งนี้จะยังประโยชน์หลายประการให้เกิดแก่บริษัทมหาชนจำกัดในการบริหารสภาพคล่องส่วนเกินได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการลดระยะเวลาการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนที่สามารถกระทำได้เร็วขึ้น การจัดทำโครงการซื้อหุ้นคืนครั้งใหม่ที่ทำได้เร็วขึ้น การเปิดกว้างให้บริษัทสามารถปรับเปลี่ยนการซื้อหุ้นคืนหรือโครงการซื้อหุ้นคืนได้ยืดหยุ่นเหมาะสมกับสถานการณ์ การลดความซ้ำซ้อนในการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดและกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูล และที่สำคัญเป็นการเปิดโอกาสให้บริษัทมีช่องทางการจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืนได้หลากหลายวิธีการยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการให้พนักงานของบริษัทได้มีส่วนเป็นเจ้าของกิจการผ่านการถือหุ้นที่ซื้อคืนเหล่านี้ได้โดยตรง

ขณะเดียวกัน เพื่อสร้างสมดุลให้เกิดขึ้นระหว่างประโยชน์ที่บริษัทได้รับกับสิทธิประโยชน์อันพึงมีพึงได้ของผู้ถือหุ้นและผู้ที่เกี่ยวข้อง กฎกระทรวงที่แก้ไขเพิ่มเติมจึงได้กำหนดหลักการในเรื่องการขอรับความเห็นชอบจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อนที่บริษัทจะซื้อหุ้นคืน รวมทั้งในกรณีที่มีการแก้ไขหรือยกเลิกการซื้อหุ้นคืนเมื่อจำนวนหุ้นที่ซื้อคืนนั้นมีนัยที่สำคัญต่อโครงสร้างผู้ถือหุ้นและต่อทุนของบริษัท โดยได้วางหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนแก่บริษัทมหาชนจำกัดทั้งที่มีสถานะเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ และที่มีได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ฯ ซึ่งแม้จะเป็นหลักการใหม่ของกฎกระทรวงฉบับนี้ แต่ก็ไม่นับว่าเป็นเรื่องแปลกใหม่ที่บริษัทมหาชนจำกัดส่วนใหญ่ได้ปฏิบัติอยู่ก่อนแล้วตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ นอกจากนี้ การได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการซื้อหุ้นคืนของบริษัทอย่างถูกต้องครบถ้วนในแต่ละขั้นตอนของการซื้อหุ้นคืน ซึ่งรวมถึงเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขใด ๆ หรือเมื่อมีการยกเลิกการซื้อหุ้นคืน ก็อยู่ในความมุ่งหมายของกฎกระทรวงฉบับนี้ในอันที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นและประโยชน์สาธารณะโดยส่วนรวมด้วย

ท้ายที่สุด การแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงนี้เป็นการสะท้อนให้เห็นความพยายามของรัฐในอันที่จะจัดอุปสรรคต่าง ๆ ในทางกฎหมายซึ่งเดิมอาจเคยเห็นว่าเป็นสิ่งที่กฎหมายจำต้องกำหนดไว้ให้มีความเข้มงวดเพื่อปกป้องคุณค่าบางประการในทางเศรษฐกิจและสังคม แต่เมื่อสภาพการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป กฎหมายก็จำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนเพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสม

กับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไปนั้น โดยคำนึงถึงผลได้เสียของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายผ่านการรับฟังความคิดเห็น และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการปรับปรุงกฎหมายนั้นอย่างรอบด้านและเป็นระบบ ซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะการศึกษาทำความเข้าใจตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังต้องเรียนรู้เจตนารมณ์และที่มาของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ แนวทางของต่างประเทศ ตลอดจนสภาพและบริบทที่เกิดขึ้นจริงในทางธุรกิจและการพาณิชย์ อันเป็นเจตจำนงสำคัญที่คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเป็นความมุ่งหมายของการพัฒนาและปฏิรูปกฎหมายเพื่อให้เศรษฐกิจมีความก้าวหน้า ธุรกิจมีการเติบโตอย่างยั่งยืนพร้อมก้าวทันการเปลี่ยนแปลงของโลกในปัจจุบัน และยกระดับคุณภาพชีวิตที่ดีให้เกิดแก่ปัจเจกบุคคลและสังคมในท้ายที่สุดนั่นเอง



มาตรการการกำกับดูแลการให้บริการกระจายเสียงหรือบริการโทรทัศน์  
ผ่านโครงข่ายอื่นที่ไม่ใช่โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ (Over-The-Top : OTT)\*

นางวรรณมน บุญญาธิการ\*\*

ด้วยเทคโนโลยีและพฤติกรรมของคนในปัจจุบันทำให้รูปแบบในการรับชมสื่อเพื่อความบันเทิงเกิดความเปลี่ยนแปลง จากเดิมที่การรับชมสื่อเพื่อความบันเทิงจำกัดเพียงแค่การรับจากวิทยุ โทรทัศน์ โรงภาพยนตร์ ที่มีผังรายการที่แน่นอนชัดเจน และมีกำหนดเวลาในการออกอากาศที่พร้อมกันทั่วประเทศ หรือการรับชมสื่อเพื่อความบันเทิงผ่านเทปบันทึกภาพและเสียงในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งค่อนข้างมีข้อจำกัดสำหรับผู้รับชมในการรับชม เนื่องจากผู้รับชมไม่สามารถกำหนดช่วงเวลาในการรับชมได้เอง อีกทั้งยังมีการควบคุมเนื้อหาของรายการที่ออกอากาศให้มีความเหมาะสมกับช่วงวัยของผู้รับชม เช่น การกำหนดระดับความเหมาะสมของเนื้อหา (Rating) การกำหนดช่วงเวลาในการออกอากาศให้เหมาะสมกับช่วงวัยของผู้รับชม ต่อมาเมื่อมีการใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลาย ประกอบกับเทคโนโลยีที่มีความก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น ทำให้เกิดแพลตฟอร์มในการออกอากาศสื่อเพื่อความบันเทิงในรูปแบบใหม่ ๆ โดยมีจุดเด่นในเรื่องความยืดหยุ่นในการรับชม ผู้รับชมรายการต่าง ๆ สามารถเลือกสถานที่และระยะเวลาในการรับชมที่ตรงกับการใช้ชีวิตของตนเอง อีกทั้งสามารถเลือกรับชมเฉพาะเนื้อหาของรายการที่ต้องการรับชมได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อเกิดเสรีในการให้บริการหรือรับบริการในลักษณะนี้ ก็เกิดปัญหาเรื่องการควบคุมการเข้าถึงสื่อและเนื้อหาของรายการให้มีความเหมาะสมและปลอดภัยต่อผู้รับชม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้รับชมเป็นเด็กและเยาวชนซึ่งไม่สามารถใช้วิจารณญาณในการรับชมได้อย่างเหมาะสมสามารถเข้าถึงสื่อ หรือเนื้อหารายการได้โดยง่าย เมื่อไม่มีการควบคุมที่เหมาะสมแล้วย่อมส่งผลเสียต่อพฤติกรรมของเด็กและเยาวชนเป็นอย่างมาก ซึ่งตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันยังไม่มี ความชัดเจนเรื่องการควบคุมเนื้อหาหรือรายการที่ออกอากาศในแพลตฟอร์มออนไลน์เหมือนเช่น รายการหรือสื่อเพื่อความบันเทิงในรูปแบบเดิม

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายการค้าและอุตสาหกรรม กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กันยายน ๒๕๖๕)



### ๑. การให้บริการ Over-The-Top (OTT)

ในปัจจุบันได้มีบริการออกอากาศสื่อเพื่อความบันเทิงผ่านแพลตฟอร์มออนไลน์หรือที่เรียกว่า “การให้บริการกระจายเสียงหรือบริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายอื่นที่ไม่ใช่โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์” หรือ Over-The-Top (OTT) ซึ่งมีลักษณะเป็นการให้บริการรับส่งสัญญาณ ถ่ายทอดไฟล์มัลติมีเดียทั้งภาพและเสียงไปยังผู้รับบริการ (ผู้ชม) โดยตรง ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต โดยช่องทางการให้บริการจะเป็นเว็บไซต์หรือแอปพลิเคชันต่าง ๆ ซึ่งผู้ให้บริการจะต้องมีอุปกรณ์ในการรับชม เช่น คอมพิวเตอร์ โทรศัพท์มือถือ แท็บเล็ต หรือโทรทัศน์ระบบดิจิทัลที่สามารถเชื่อมต่อสัญญาณอินเทอร์เน็ตได้ ซึ่งเนื้อหาที่ได้มีการถ่ายทอดไปนั้นมีทั้งภาพยนตร์ รายการโทรทัศน์ วิดีโอ เพลง หรือเนื้อหาต่าง ๆ โดยผู้ให้บริการจะเป็นเพียงผู้ผลิตเนื้อหา แต่ไม่ต้องลงทุนหรือเป็นเจ้าของโครงข่ายอินเทอร์เน็ตเอง

การให้บริการ Over-The-Top (OTT) ประกอบด้วย ๕ ส่วนหลัก ได้แก่

(๑) เนื้อหารายการ (Content) เช่น ละคร ซีรีส์ ภาพยนตร์ เพลง

(๒) ผู้ให้บริการแพลตฟอร์ม (Service Platform) เช่น Facebook, Viu, Netflix, Disney+ และผู้ให้บริการสตรีมมิ่งอื่น ๆ

(๓) ผู้จัดจำหน่ายอุปกรณ์ที่รองรับการให้บริการ OTT เช่น โทรศัพท์มือถือ ระบบปฏิบัติการคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์อื่น ๆ ที่ทำให้การรับชมความบันเทิงผ่านบริการ OTT นั้นสะดวกยิ่งขึ้น

(๔) ผู้ใช้บริการ หรือผู้บริโภค ไม่ว่าจะเป็นบริการที่เสียเงินหรือไม่เสียเงินก็ตาม

(๕) ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต\*

ทั้งนี้ รูปแบบการทำธุรกิจของผู้ให้บริการ สามารถแบ่งได้เป็น ๕ รูปแบบ ได้แก่

(๑) รูปแบบการหารายได้จากการเก็บค่าสมาชิก (Subscription Video on Demand : SVoD) เช่น Netflix หรือ Disney+

(๒) รูปแบบการหารายได้จากการเก็บค่าบริการเป็นรายครั้ง (Transactional Video on Demand : TVoD)

(๓) รูปแบบการหารายได้จากการโฆษณา (Advertising-Based Video on Demand : AVoD) คือจะไม่เก็บค่าบริการจากผู้ใช้จ่ายแต่จะคิดค่าบริการจากเจ้าของสินค้าและบริการ เช่น Youtube Facebook Instagram และ Twitter เป็นต้น

(๔) รูปแบบการหารายได้จากการเก็บค่าบริการเพิ่มเติมจากบริการเสริม (Freemium)

\* ฤกษ์ กิจฉาย, “OTT กับ การ Disrupt TV ไทย”, (Depa) <https://www.depa.or.th/th/article-view/ott-disrupt-tv/> สืบค้นเมื่อวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๖๕

คือ จะเก็บจากผู้ให้บริการต่อเมื่อผู้ให้บริการต้องการให้บริการเสริมที่ไม่เกี่ยวกับการให้บริการปกติ เช่น Youtube premium เป็นต้น

(๕) การให้บริการแบบไม่หารายได้ (As a Feature) เพื่อเพิ่มช่องทางให้ลูกค้าของตนเข้าถึงบริการ OTT ของตนได้มากขึ้นเพื่อเป็นการรักษาลูกค้าของตนเอง<sup>๒</sup>

การบริการ OTT มีรูปแบบและลักษณะเป็นห่วงโซ่การประกอบกิจการ คือ เนื้อหารายการจะถูกรวบรวมแล้วส่งไปยังแพลตฟอร์ม แล้วใช้โครงข่ายสนับสนุนส่งบริการไปยังผู้รับชมทั่วโลก

นอกจากนี้ ยังมีบริการ OTT ในลักษณะที่ผู้ใช้สามารถผลิตเนื้อหาเอง (User Generated Content (UGC)) เช่น Youtube, Facebook, Instagram Twitter และ Tiktok ก็มีรูปแบบและลักษณะของห่วงโซ่การประกอบกิจการเหมือนบริการ OTT อื่น ๆ เพียงแต่เนื้อหารายการมาจากผู้ใช้ที่สามารถผลิตเนื้อหาได้เอง แล้วค่อยนำส่งไปยังแพลตฟอร์ม รวบรวมส่งเนื้อหาผ่านโครงข่ายสนับสนุนไปยังผู้ชมหรือผู้รับบริการ

จากองค์ประกอบดังกล่าวข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า OTT เป็นรูปแบบการให้บริการถ่ายทอดเนื้อหาวิดีโอ ภาพยนตร์ ละคร ภาพ เสียง ผ่านแพลตฟอร์มต่าง ๆ โดยผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ซึ่งมีการใช้รูปแบบและเทคโนโลยีการออกอากาศที่แตกต่างไปจากเดิมที่เป็นการออกอากาศทางวิทยุ โทรทัศน์ ฉายในโรงภาพยนตร์ หรือการให้เช่าภาพยนตร์ในรูปแบบวิดีโอหรือซีดี

## ๒. การกำกับดูแลตามกฎหมายภายในของประเทศไทย

### ๒.๑ การกำหนดนิยามตามกฎหมายไทย

เมื่อศึกษากฎหมายของไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าได้มีกฎหมายเพื่อกำกับดูแลที่เกี่ยวข้องกับสื่อเพื่อความบันเทิงเหล่านี้อยู่หลายฉบับ โดยแยกการกำกับดูแลตามลักษณะการแพร่ภาพหรือหรือกระจายเสียง ได้แก่ (๑) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ (๒) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ และ (๓) พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ โดยในเบื้องต้น เห็นว่าควรที่จะพิจารณาถึงนิยามของกิจการประเภทต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เพื่อให้ทราบถึงขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายแต่ละฉบับ และพิจารณาว่าการกำกับดูแลบริการ OTT นั้น

<sup>๒</sup> อรรถมน พิเชฐวรกุล, “Over-the-Top (OTT) กับการกำกับดูแล”, (กรุงเทพธุรกิจ) <<https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/645167>>/ สืบค้นเมื่อ ๒๘ สิงหาคม ๒๕๖๕

เข้าลักษณะเป็นกิจการประเภทใด และอยู่ในอำนาจการกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติฉบับใด โดยตามพระราชบัญญัติข้างต้นได้กำหนดนิยามของกิจการประเภทต่าง ๆ ดังนี้

**“กิจการกระจายเสียง”** หมายความว่า กิจการวิทยุกระจายเสียง และกิจการกระจายเสียง ซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการกระจายเสียง

**“กิจการโทรทัศน์”** หมายความว่า กิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรทัศน์ซึ่งให้บริการการส่งข่าวสารสาธารณะหรือรายการไปยังเครื่องรับที่สามารถรับชมและฟังการให้บริการนั้น ๆ ได้ ไม่ว่าจะส่งโดยผ่านระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการอื่นทำนองเดียวกันที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรทัศน์

**“กิจการโทรคมนาคม”** หมายความว่า กิจการซึ่งให้บริการการส่ง การแพร่ หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือสิ่งอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้โดยระบบคลื่นความถี่ ระบบสาย ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้า หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน และรวมถึงกิจการซึ่งให้บริการดาวเทียมสื่อสาร หรือกิจการอื่นที่ กสทช. กำหนดให้เป็นกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่รวมถึงกิจการที่เป็นกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการวิทยุคมนาคม

**“ภาพยนตร์”** หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียง ซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพที่เคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่อง แต่ไม่รวมถึงวีดิทัศน์

**“วีดิทัศน์”** หมายความว่า วัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียง ซึ่งสามารถนำมาฉายให้เห็นเป็นภาพเคลื่อนไหวได้อย่างต่อเนื่องในลักษณะที่เป็นเกมการเล่น คาราโอเกะ ที่มีภาพประกอบหรือลักษณะอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

**“ฉาย”** หมายความว่า การนำภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์มากระทำให้ปรากฏภาพ หรือภาพและเสียงด้วยเครื่องฉาย หรือเครื่องมืออื่นใด และให้หมายความรวมถึงการถ่ายทอดด้วย

จากนิยามข้างต้นจะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ มีการกำหนดนิยามคำว่า **“ภาพยนตร์”** ประกอบกับคำว่า **“ฉาย”** ที่แคบ โดยมีความมุ่งหมายในการกำกับดูแลภาพยนตร์ที่เป็นวัสดุที่มีการบันทึกภาพ หรือภาพและเสียง ซึ่งสามารถนำมาฉายด้วยเครื่องมือฉายหรือเครื่องมืออื่นใด หรือการถ่ายทอดเท่านั้น ประกอบกับในชั้นการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. .... คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๕) ได้เคยให้ความเห็น ว่า “...ร่างพระราชบัญญัตินี้ไม่สามารถนำมาใช้ควบคุม

การฉายภาพยนตร์และวีดิทัศน์ หรือภาพเคลื่อนไหวต่าง ๆ ผ่านระบบการส่งสัญญาณภาพผ่านดาวเทียมหรือระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งมีกระบวนการและเทคโนโลยีที่ซับซ้อน ซึ่งหากรัฐบาลต้องการควบคุมการฉายหรือถ่ายทอดภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ในลักษณะดังกล่าวก็จะต้องมีการศึกษารายละเอียดในการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับต่อไป...”<sup>๓</sup> ดังนั้น การให้บริการ OTT ที่มีการฉายภาพด้วยระบบอินเทอร์เน็ตซึ่งมีกระบวนการและเทคโนโลยีที่ซับซ้อนจึงไม่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑

สำหรับนิยามคำว่า “กิจการโทรคมนาคม” ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ นั้น จะมุ่งเน้นไปที่บริการด้านการติดต่อสื่อสาร ทั้งแบบโครงข่ายการติดต่อสื่อสารแบบแบบใช้สาย เช่น โทรศัพท์พื้นฐาน โทรศัพท์ระหว่างประเทศ โทรศัพท์สาธารณะ และอินเทอร์เน็ต สำหรับโครงข่ายการติดต่อสื่อสารแบบไร้สาย เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ โทรศัพท์ติดตามตัว และวิทยุคมนาคม โดยเป็นการติดต่อสื่อสารด้วยเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือสิ่งอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้ โดยไม่ได้จำกัดระบบในการรับส่งเนื้อหาในการสื่อสาร ดังนั้น กิจการโทรคมนาคมจึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของบริการ OTT ในลักษณะเป็นเครื่องมือที่ใช้สำหรับการให้บริการ OTT

ส่วนนิยามคำว่า “กิจการโทรทัศน์” และ “กิจการกระจายเสียง” ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ กำหนดให้ใช้นิยามตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ ซึ่งตามนิยามดังกล่าวข้างต้น มุ่งเน้นที่กิจการที่เป็นการส่งเนื้อหารายการไปยังผู้ใช้บริการ โดยได้กำหนดวิธีการและระบบที่ใช้ในการให้บริการและรับบริการที่เปิดกว้าง และรองรับต่อเทคโนโลยีที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งเมื่อพิจารณานิยาม “กิจการโทรทัศน์” และ “กิจการกระจายเสียง” แล้ว เห็นว่าการให้บริการ OTT เข้าลักษณะเป็น “กิจการโทรทัศน์” และ “กิจการกระจายเสียง” ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ทั้งนี้ ด้วยเทคโนโลยีการให้บริการ OTT เป็นการให้บริการที่ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตไม่ได้ใช้คลื่นความถี่ที่จะต้องได้รับการจัดสรรคลื่นความถี่ก่อน จึงทำให้บริการ OTT เข้าลักษณะเป็นกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช่คลื่นความถี่

<sup>๓</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ. .... เรื่องเสรีที่ ๑๙๐/๒๕๕๐

## ๒.๒ การกำกับดูแลการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์

ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ กำหนดให้ผู้ที่จะประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ใช้คลื่นความถี่ ต้องได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องของสัดส่วนรายการและผังรายการ การหารายได้ และการบันทึกรายการที่ออกอากาศไปแล้วและระยะเวลาในการเก็บรักษาสื่อบันทึกนั้น โดยในแง่ของการควบคุมเนื้อหารายการที่จะนำออกฉายนั้น ไม่ได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการควบคุมเนื้อหารายการสำหรับกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์ที่ไม่ได้ใช้คลื่นความถี่ไว้อย่างชัดเจน มีเพียงการกำหนดการควบคุมเนื้อหารายการในกรณีของกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่ โดยกำหนดให้กิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ที่ใช้คลื่นความถี่แต่ละประเภทต้องจัดผังรายการให้มีสัดส่วนรายการตามที่กฎหมายกำหนด และผู้รับใบอนุญาตต้องจัดผังรายการให้เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการประกอบกิจการที่ได้รับใบอนุญาต นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ยังมีบทบัญญัติที่ห้ามการออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาสาระที่ก่อให้เกิดการล้มล้างการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ลามกอนาจาร กระทบต่อจิตใจหรือสุขภาพ ของประชาชนอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ กำหนดเป็นหน้าที่ของผู้รับใบอนุญาตในการตรวจสอบ และระงับการออกอากาศรายการมีเนื้อหาของรายการเข้าลักษณะข้างต้น โดยหากผู้รับใบอนุญาต ไม่ดำเนินการ ให้กรรมการมีอำนาจสั่งให้ระงับการออกอากาศนั้นได้ทันที และให้สอบสวนข้อเท็จจริง ดังกล่าว หากพบว่าการกระทำดังกล่าวเกิดจากการละเลยของผู้ขอรับใบอนุญาตก็ให้ดำเนินการแก้ไข หรืออาจสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตก็ได้ นอกจากนี้ ยังมีมาตรการในการกำหนดช่วงเวลา ของการออกอากาศรายการบางประเภทเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กและเยาวชน

สำหรับการจัดระดับความเหมาะสมของรายการโทรทัศน์ ได้มีการกำหนด ไว้ในประกาศสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการจัดระดับความเหมาะสมของรายการโทรทัศน์ ตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๖ โดยเป็นระบบการกำกับดูแลตนเอง (Self-Regulation) และมีการจำแนกเนื้อหา ของรายการโทรทัศน์ตามช่วงอายุของผู้ชม ตามหลักเกณฑ์ ๒ ประการ ได้แก่

๑) หลักเกณฑ์ของระบบการจำแนกเนื้อหาที่ควรมีการจำกัด และ

๒) หลักเกณฑ์ของระบบการจำแนกเนื้อหาที่ควรมีการส่งเสริม โดยแบ่งระดับความเหมาะสมเป็น ๖ ระดับ คือ “ป” (๓ - ๕ ปี) “ค” (๖ - ๑๒ ปี) “ท” (ทุกวัย) “น ๑๓” (น้อยกว่า ๑๓ ปี ควรได้รับคำแนะนำ) “น ๑๘” (น้อยกว่า ๑๘ ปี ควรได้รับคำแนะนำ) และ “ฉ” (เฉพาะผู้ใหญ่)

สำหรับการกำกับดูแลบริการ OTT โดยเฉพาะในเรื่องของการจัดระดับความเหมาะสมของรายการนั้น ยังไม่มีบทบัญญัติตามกฎหมายที่เข้ามากำกับดูแลเป็นการเฉพาะ และถึงแม้ว่าจะขอบเขตตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ จะครอบคลุมถึงบริการ OTT ก็ตาม แต่รูปแบบการออกอากาศที่แตกต่างกัน ทำให้การกำกับดูแลด้านเนื้อหารายการด้วยกฎหมายฉบับเดียวกันอาจจะยังไม่เหมาะสมเท่าที่ควร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การควบคุมเนื้อหารายการสำหรับเด็กและเยาวชน โดยหากเป็นการให้บริการ OTT ที่ผู้ใช้บริการสามารถเข้าชมรายการได้โดยง่าย และไม่ได้มีการกำหนดช่องรายการ และระยะเวลาในการออกอากาศ ก็จะทำให้ไม่สามารถควบคุมเนื้อหารายการในส่วนนั้นได้ อย่างไรก็ตาม สำหรับบางแพลตฟอร์มก็ได้มีการติดตั้งระบบการควบคุมการเข้าถึงเนื้อหารายการ โดยผู้ใช้งาน รวมทั้งการจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหา (Rating) ไว้ เพื่อจำกัดการเข้าชมรายการของเด็กและเยาวชน เช่น ในกรณีของ Netflix ก็ได้มีการติดตั้งระบบ “Netflix Parental Control” โดยผู้ปกครองสามารถตั้งค่าโปรไฟล์ของเด็ก และเลือกระดับความเหมาะสมของรายการที่เด็กสามารถเข้าถึงได้ รวมทั้งการขัดขวางการเข้าถึงรายการบางประเภทที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมกับเด็ก และการกำหนดรหัสผ่านเพื่อป้องกันไม่ให้เด็กสามารถเข้าถึงระบบการตั้งค่าดังกล่าวได้ หรือในกรณีของ Youtube ที่ได้ทำแพลตฟอร์มสำหรับเด็กขึ้นมาโดยเฉพาะอย่าง Youtube Kids ซึ่งได้มีการจำกัดเนื้อหารายการให้มีความเหมาะสมสำหรับเด็กเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แพลตฟอร์มดังกล่าวก็ยังไม่สามารถคัดกรองเนื้อหารายการให้มีความเหมาะสมกับเด็กได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากในเบื้องต้นผู้สร้างสรรค์รายการจะเป็นผู้กำหนดได้ว่ารายการที่ได้นำเสนอผ่าน Youtube นั้น จะให้สามารถนำเสนอผ่าน Youtube Kids ด้วยหรือไม่ แล้วจึงผ่านการกลั่นกรองของระบบอีกครั้งหนึ่ง

### ๓. กฎระเบียบที่ใช้กำกับดูแล OTT ของต่างประเทศ

ปัจจุบันในหลายประเทศที่ได้มีมาตรการการกำกับดูแลบริการ OTT ซึ่งสามารถแบ่งการกำกับดูแลทางกฎหมายได้เป็น ๓ ประเด็นใหญ่ ได้แก่ ๑) การกำกับดูแลด้านการแข่งขัน ๒) การกำกับดูแลด้านโครงข่าย และ ๓) การกำกับดูแลด้านเนื้อหา รายการ โดยเนื้อหาของบทความฉบับนี้มุ่งเน้นที่การกำกับดูแลด้านเนื้อหา รายการเป็นหลัก เนื่องจากเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง



### ๓.๑ ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีการกำกับดูแลด้านการออกอากาศของสื่อเพื่อความบันเทิงภายใต้ Broadcasting Act โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้มีขอบเขตครอบคลุมการให้บริการด้านการออกอากาศในรูปแบบต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดนิยามคำว่า “**บริการออกอากาศ (broadcasting service)**” ให้ความหมายว่า บริการที่มีการถ่ายทอดสัญญาณหรือสัญญาณ ไม่ว่าจะมีการเข้ารหัสหรือไม่ ซึ่งประกอบด้วย ๑) รายการใด ๆ ที่สามารถที่จะถูกรับหรือรับ หรือแสดงเป็นภาพไม่ว่าจะเป็นภาพเคลื่อนไหวหรือภาพนิ่ง ๒) รายการเสียงใด ๆ สำหรับการรับวิทยุ ๓) รายการใด ๆ ที่มีทั้งภาพและเสียงสำหรับการรับวิทยุที่นำเสนอออกมา โดยบุคคลที่มีเครื่องมือที่เหมาะสมกับการรับ หรือรับและแสดง ทั้งนี้ โดยมีคำนึงถึงความหมายของการส่งของบริการนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้ Info-communications Media Development Authority (IMDA) มีอำนาจในการอนุญาตสำหรับการออกอากาศ ๒ ประเภท คือ ใบอนุญาตออกอากาศ (Broadcasting licences) และใบอนุญาตระบบการออกอากาศ (Broadcasting apparatus licences) ทั้งนี้ ผู้ได้รับใบอนุญาตประเภทต่าง ๆ จะต้องปฏิบัติตามประมวลหลักการปฏิบัติ (Code of Practice) ที่เกี่ยวกับมาตรฐานของรายการและโฆษณาและมาตรฐานการออกอากาศ สำหรับกรณีของการให้บริการ OTT ก็ได้มีการกำหนด Content Code for Over-The-Top, Video-on-Demand and Niche Services เพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำกับการให้บริการ OTT บริการวีดิทัศน์ตามคำขอ (Video-on Demand) และบริการเฉพาะกลุ่ม (Niche Services) ที่ให้บริการโดยผู้ได้รับอนุญาตตาม Broadcasting Act โดยประมวลหลักการปฏิบัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมให้เนื้อหาของรายการที่ออกอากาศโดยผู้ให้บริการที่ได้รับอนุญาตตาม Broadcasting Act ไม่ให้ขัดต่อประโยชน์สาธารณะหรือคำสั่ง ความสงบเรียบร้อยของสังคม เป็นต้น นอกจากนี้ ภายใต้ Broadcasting Act IMDA มีอำนาจในการกำหนดบทลงโทษต่อผู้ให้บริการถ่ายทอดรายการที่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนประมวลหลักการปฏิบัติฉบับนี้

ภายใต้ประมวลหลักการปฏิบัติฉบับนี้ ได้กำหนดให้ผู้ให้บริการ OTT จะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับในลักษณะเดียวกับผู้ประกอบการโทรทัศน์ เช่น การจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหา (Rating) โดยแบ่งเป็น ๖ ระดับ เช่นเดียวกับกรณีของภาพยนตร์ ดังนี้

(๑) G – General หรือรายการที่รับชมเป็นการทั่วไป

(๒) PG – Parental Guidance หรือรายการที่ต้องได้รับคำแนะนำของผู้ปกครอง

(๓) PG13 – Parental Guidance for Children below 13 หรือรายการที่ต้องได้รับคำแนะนำของผู้ปกครองสำหรับเด็กที่มีอายุต่ำกว่า ๑๓ ปี

(๔) NC16 – No Children below 16 years of age หรือรายการที่ห้ามเด็กที่อายุต่ำกว่า ๑๖ ปี รับชม

(๕) M18 – Mature 18, for persons 18 years and above หรือรายการสำหรับผู้ใหญ่ที่มีอายุตั้งแต่ ๑๘ ปีขึ้นไป

(๖) R21 – Restricted to persons 21 years and above หรือรายการที่จำกัดให้เฉพาะผู้ที่มีอายุตั้งแต่ ๒๑ ปีขึ้นไป

ทั้งนี้ นอกจากบริการการออกอากาศรายการสำหรับเด็กและเยาวชนแล้ว ผู้ให้บริการสามารถนำเสนอเนื้อหาที่อยู่ในระดับ NC16 หรือระดับที่สูงกว่า โดยให้มีระบบการควบคุมจากผู้ปกครอง (parental locks) สำหรับการเข้าถึงเนื้อหาที่ได้มีการออกอากาศสำหรับการให้บริการเนื้อหาในระดับ R21 ผู้ให้บริการจะต้องมีกลไกการยืนยันอายุของผู้ใช้บริการ โดยจะต้องตั้งค่าการออกอากาศที่มีการปิดกั้นการเข้าชมเนื้อหารายการนั้น ๆ เป็นค่าเริ่มต้น และในการเข้าชมเนื้อหารายการเหล่านั้นจะต้องเป็นการที่ผู้ใช้บริการซื้อบริการเพิ่มเติม หรือการเข้าชมเนื้อหารายการโดยใช้รหัสผ่าน ทั้งนี้ รายการที่อยู่ในระดับ R21 จะต้องเป็นบริการที่เก็บค่าบริการเท่านั้น นอกจากนี้ ผู้ให้บริการการออกอากาศจะต้องแสดงระดับความเหมาะสมของเนื้อหา (rating) เพื่อเป็นการแจ้งเตือนให้ผู้รับชมได้ทราบก่อนตัดสินใจที่จะรับชมหรือซื้อบริการในรายการนั้น ๆ เพิ่มเติม เพื่อรับชมเนื้อหาของรายการ ทั้งนี้ สำหรับรายการที่มีระดับความเหมาะสมของเนื้อหาในระดับ PG 13 หรือสูงกว่าควรมีคำแนะนำสำหรับผู้รับชมมาประกอบการจัดประเภท โดยระบุองค์ประกอบหลักซึ่งมีส่วนในการจัดประเภท เช่น รายการนี้จัดอยู่ในระดับ M 18 ซึ่งเป็นรายการที่มีเนื้อหาที่มีความรุนแรงสูง สำหรับการควบคุมด้านเนื้อหารายการที่ออกอากาศ หลักการทั่วไปคือเนื้อหาของรายการที่ออกอากาศจะต้องไม่กระทบต่อชาติและประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งเชื้อชาติและศาสนา นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดองค์ประกอบ ๗ ประการที่ใช้ในการพิจารณาเนื้อหารายการที่จะต้องให้ความระมัดระวัง ได้แก่ (๑) สาระสำคัญของเนื้อหารายการ (๒) ความรุนแรง (๓) สื่อลามก (๔) เพศ (๕) ภาษา (๖) การใช้สารเสพติด และ (๗) เนื้อหาที่เป็นเรื่องสยองขวัญ ซึ่งในแต่ละองค์ประกอบก็ได้มีการกำหนดรายละเอียดการพิจารณาที่แตกต่างกันตามแต่ละระดับ

โดยจะเห็นได้ว่าการกำกับดูแลเนื้อหาการบริการ OTT ของประเทศสิงคโปร์ยังคงอยู่ภายใต้ Broadcasting Act เป็นหลัก โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมสำหรับบริการ OTT เป็นการเฉพาะไว้ใน Content Code for Over-The-Top, Video-on-Demand and Niche Services รวมทั้งได้มีการจัดประเภทของเนื้อหาการตามความเหมาะสมกับผู้ชมแต่ละช่วงวัย รวมทั้งมีการกำหนดมาตรการในการป้องกันการเข้าถึงเนื้อหาการที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็กและเยาวชนอย่างชัดเจน

### ๓.๒ ประเทศเกาหลีใต้

การกำกับดูแลบริการ OTT ของประเทศเกาหลีใต้ อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของ Korean Communication Commission (KCC) และ Ministry of Science, ICT and Future Planning (MSIP) โดยได้มีการบังคับใช้ Broadcasting Act เป็นกฎหมายหลักสำหรับการกำกับดูแลบริการการออกอากาศในประเทศเกาหลีใต้ โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการสร้างความเห็นของสาธารณชนในระบอบประชาธิปไตยและปรับปรุงวัฒนธรรมของชาติและสร้างการส่งเสริมสวัสดิการสาธารณะ โดยการรับประกันเสรีภาพและหน้าที่สาธารณะในการแพร่ภาพและกระจายเสียง โดยภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการนิยามคำว่า “การออกอากาศ (broadcasting)” หมายความว่า การถ่ายทอดการสื่อสารไร้สายที่ดำเนินการโดยสถานีสำหรับออกอากาศเพื่อวัตถุประสงค์ในการถ่ายทอดเสียงหรือภาพไปยังสาธารณะ ข่าวดู ความเห็น ความเห็นสาธารณะต่อการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม เหตุการณ์ปัจจุบัน การศึกษา ดนตรี และรายการบันเทิงต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งในขั้นนี้เห็นว่าขอบเขตตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ครอบคลุมถึงบริการ OTT อย่างไรก็ตาม ประเทศเกาหลีใต้ได้มีการใช้บังคับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติสำหรับการให้บริการออกอากาศผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตชื่อ Internet Multimedia Broadcast Services Act โดยกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของผู้ใช้บริการการพัฒนาเทคโนโลยีและอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะในการแพร่ภาพและกระจายเสียงและการปรับปรุงวัฒนธรรมของชาติ รวมทั้งการสร้างการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติและการปรับปรุงสวัสดิการสาธารณะ โดยการทำให้มั่นใจว่าธุรกิจการแพร่ภาพและกระจายเสียงได้มีการใช้เครือข่ายอินเทอร์เน็ตในสภาพแวดล้อมที่มีการบรรจบกันของการแพร่ภาพกระจายเสียงกับการโทรคมนาคมได้อย่างเหมาะสม กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดนิยามคำว่า “การออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet multimedia broadcasting)” หมายความว่า การออกอากาศที่ป้อนเนื้อหาที่หลากหลาย รวมถึง ข้อมูลรูปภาพ เสียง และการพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ รวมถึงรายการออกอากาศตามเวลาจริง ไปยังผู้ใช้บริการผ่านเครื่องรับโทรทัศน์ ในขณะที่เดียวกันก็ใช้เกณฑ์วิธีอินเทอร์เน็ต (internet protocol : IP) แบบสองทางและใช้ B-ISDN (Broadband integrated services digital network) รวมทั้งยังกำหนดนิยามคำว่า “บริการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet multimedia broadcasting service business)” หมายความว่า ธุรกิจที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

(๑) ธุรกิจที่ส่งเนื้อหารายการไปยังผู้ใช้บริการผ่านผู้ให้บริการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่ได้รับเนื้อหารายการที่เป็นบริการออกอากาศสาธารณะเพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และ

(๒) ธุรกิจที่ให้บริการเนื้อหารายการผ่านอินเทอร์เน็ต กล่าวคือ ธุรกิจที่ป้อนรายการให้แก่ผู้ให้บริการสื่อการแพร่ภาพและกระจายเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต

นอกจากนี้ ยังได้กำหนดนิยามคำว่า “ผู้ให้บริการด้านธุรกิจการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต (Internet multimedia broadcasting business entities)” ให้หมายความว่า

(๑) ผู้ให้บริการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หมายถึง บุคคลใด ๆ ที่ได้รับใบอนุญาตในการให้บริการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

(๒) ผู้ให้บริการเนื้อหารายการที่ออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หมายถึง บุคคลใด ๆ ที่ได้จัดทำรายการหรือขึ้นทะเบียน หรือได้รับอนุมัติในการจัดการเนื้อหารายการสำหรับออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

สำหรับการควบคุมด้านเนื้อหาของรายการที่ออกอากาศ ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้เพียงผู้ดำเนินธุรกิจการออกอากาศ (Broadcasting business operators) ตาม Broadcasting Act ผู้ดำเนินธุรกิจสื่อสาร (Communications business operators) ตาม Telecommunications Business Act และผู้ประกอบการที่ได้ผลิตและนำเสนอเนื้อหา รายการภายใต้กฎหมายฉบับอื่น ๆ อาจจะนำเสนอเนื้อหารายการสำหรับการออกอากาศผ่านสื่ออินเทอร์เน็ตให้แก่ผู้ให้บริการออกอากาศ (broadcast service providers) โดยผู้ให้บริการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตต้องได้รับใบอนุญาตจาก Minister of Science, ICT and Future Planning (MISP) ก่อนจึงจะดำเนินการออกอากาศได้ ทั้งนี้ ผู้ที่จะขออนุญาตได้นั้นจะต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น สำหรับผู้ให้บริการเนื้อหารายการที่ออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่จะนำเสนอรายการเกี่ยวกับการรายงานข่าว หรือรายการที่มีขอบเขตเกี่ยวกับการรายงานข่าว วัฒนธรรม และความบันเทิงผ่านผู้ให้บริการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต จะต้องได้รับความเห็นชอบจาก the Korea Communication Commission และในกรณีที่จะนำเสนอเนื้อหารายการเกี่ยวกับการนำเสนอสินค้าผ่านทางผู้ให้บริการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะต้องได้รับความเห็นชอบจาก Minister of Science, ICT and Future Planning (MISP)

โดยจะเห็นได้ว่าในการกำกับดูแลเนื้อหารายการของบริการ OTT ของประเทศเกาหลีใต้จะกำหนดแยกออกมาเป็นกฎหมายเฉพาะอีกฉบับหนึ่งแยกจาก Broadcasting Act แต่ไม่ได้มีการควบคุมเนื้อหารายการที่เข้มงวดนัก กล่าวคือ ไม่ได้มีการจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหารายการที่จะออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต เพียงแค่ให้ได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศเกาหลีใต้มุ่งเน้นการให้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน รวมทั้งมุ่งเน้นการพัฒนาอุตสาหกรรมบันเทิง การปรับปรุงวัฒนธรรมของชาติ และการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติเท่านั้น ดังนั้น ในการ

ควบคุมผู้ให้บริการด้านธุรกิจการออกอากาศมัลติมีเดียผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจะมีเพียงการรายงานหรือการขึ้นทะเบียนกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่เกี่ยวข้อง ส่วนในการควบคุมเนื้อหารายการที่จะออกอากาศก็จะมีเพียงการได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

### ๓.๓ ประเทศออสเตรเลีย

เดิมการกำกับดูแลบริการ OTT ของประเทศออสเตรเลียอยู่ภายใต้ The Broadcasting Services Act 1992 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำกับดูแลบริการการแพร่ภาพและกระจายเสียงในทุกรูปแบบ โดยได้กำหนดเกี่ยวกับการให้บริการออนไลน์ (Online Services) ไว้ในตารางที่ ๕ แนบท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้ ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๒๑ ได้มีการประกาศใช้ The Online Safety Act 2021 ขึ้นมา เพื่อสร้างความเข้มแข็งของมาตรฐานอุตสาหกรรมออนไลน์ และแก้ปัญหาช่องว่างของระบบความปลอดภัยทางออนไลน์ที่มีอยู่ในปัจจุบัน เมื่อ The Online Safety Act 2021 มีผลใช้บังคับแล้วก็มีผลเป็นการยกเลิกตารางที่ ๕ แนบท้าย The Broadcasting Services Act 1992 ที่เคยบังคับใช้เกี่ยวกับการให้บริการออนไลน์ที่มีอยู่เดิม ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้มุ่งเน้นเพียงการแพร่ภาพและกระจายเสียงเนื้อหารายการผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น แต่เป็นกฎหมายที่ครอบคลุมกิจกรรมทางออนไลน์ทุกประเภท โดยมีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงและส่งเสริมความปลอดภัยทางออนไลน์สำหรับประชาชนชาวออสเตรเลีย

The Online Safety Act 2021 ไม่ได้กำหนดนิยามคำว่า “เนื้อหาทางออนไลน์ (Online content)” ไว้ แต่ได้มีการจัดประเภทของวัสดุ (Material) ที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมและห้ามการเผยแพร่ผ่านช่องทางออนไลน์ไว้ ๒ ประเภท ได้แก่ (๑) วัสดุประเภทที่ ๑ (Class 1 material) และ (๒) วัสดุประเภทที่ ๒ (Class 2 material) ซึ่งมีระดับความรุนแรงของเนื้อหาที่แตกต่างกัน สำหรับในกรณีของภาพยนตร์ (Film) นั้น วัสดุประเภทที่ ๑ และวัสดุประเภทที่ ๒ มีความแตกต่างกัน ดังนี้

(๑) วัสดุประเภทที่ ๑ หมายถึง ภาพยนตร์หรือเนื้อหาของภาพยนตร์ที่ถูกจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหาอยู่ในชั้น RC (refused classification) โดย the Classification Board ภายใต้ the Classification (Publications, Film and Computer Games) Act 1995 หรือภาพยนตร์หรือเนื้อหาของภาพยนตร์ที่ไม่ได้ถูกจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหา แต่หากจะต้องถูกจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหาจะต้องอยู่ในชั้น RC

(๒) วัสดุประเภทที่ ๒ หมายถึง ภาพยนตร์หรือเนื้อหาของภาพยนตร์ที่ถูกจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหาอยู่ในชั้น X18+ โดย the Classification Board ภายใต้ the Classification (Publications, Film and Computer Games) Act 1995 หรือภาพยนตร์หรือเนื้อหาของภาพยนตร์ที่ไม่ได้ถูกจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหา แต่หากจะต้องถูกจัดระดับความเหมาะสมของเนื้อหาจะต้องอยู่ในชั้น X18+

โดย eSafety Commissioner ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้มีหน้าที่และอำนาจในการกำกับดูแลเนื้อหาของวัสดุที่เผยแพร่ในช่องทางออนไลน์ ซึ่งได้มีการกำหนด



วิธีการในการดำเนินการของ eSafety Commissioner ไว้หลากหลายวิธี ตามลักษณะของเนื้อหาของวัสดุที่ได้มีการเผยแพร่ ดังนี้

(๑) ระบบการจำกัดการเข้าถึง (Restricted access system) ที่กำหนดรายละเอียดโดย eSafety Commissioner ไว้ในกฎระเบียบ โดยการออกกฎระเบียบดังกล่าวจะต้องมีบทบัญญัติที่แตกต่างกันระหว่างวัสดุที่มีลักษณะที่แตกต่างกัน รวมทั้งต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการปกป้องเด็กและเยาวชนจากวัสดุที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมสำหรับเด็กและเยาวชน และภาระทางการเงินหรือการบริหารงานของผู้ให้บริการโซเชียลมีเดีย ผู้ให้บริการอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่กำหนด และเรื่องอื่น ๆ ที่เห็นว่าเกี่ยวข้อง

(๒) การส่งหนังสือแจ้งการนำออกซึ่งวัสดุประเภทที่ ๑ ที่ถูกเผยแพร่ทางบริการในโซเชียลมีเดีย บริการอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง และบริการทางอินเทอร์เน็ตที่กำหนด และถูกเข้าถึงได้โดยผู้ให้บริการที่อยู่ในประเทศออสเตรเลีย ต่อผู้ให้บริการโซเชียลมีเดีย ผู้ให้บริการอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่กำหนด และผู้ให้บริการเว็บโฮสติ้งหรือบริการฝากเว็บไซต์

(๓) การส่งหนังสือแจ้งการนำออกซึ่งวัสดุประเภทที่ ๒ ที่ถูกเผยแพร่ทางบริการในโซเชียลมีเดีย บริการอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง และบริการทางอินเทอร์เน็ตที่กำหนด และถูกเข้าถึงได้โดยผู้ให้บริการที่อยู่ในประเทศออสเตรเลีย ต่อผู้ให้บริการโซเชียลมีเดีย ผู้ให้บริการอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่กำหนด และผู้ให้บริการเว็บโฮสติ้งหรือบริการฝากเว็บไซต์

(๔) การส่งหนังสือแจ้งการแก้ไขเกี่ยวกับวัสดุประเภทที่ ๒ ที่ถูกเผยแพร่ทางบริการในโซเชียลมีเดีย บริการอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง และบริการทางอินเทอร์เน็ตที่กำหนด และถูกเข้าถึงได้โดยผู้ให้บริการที่อยู่ในประเทศออสเตรเลีย ต่อผู้ให้บริการโซเชียลมีเดีย ผู้ให้บริการอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่กำหนด และผู้ให้บริการเว็บโฮสติ้งหรือบริการฝากเว็บไซต์ โดย eSafety Commissioner อาจมีหนังสือแจ้งการแก้ไขต่อผู้ให้บริการโดยกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องทำตามขั้นตอนที่เหมาะสมทั้งหมดเพื่อให้มั่นใจว่าวัสดุที่มีเนื้อหาที่ไม่เหมาะสมได้ถูกลบออกจากบริการ หรือมีการใช้ระบบการจำกัดการเข้าถึงเนื้อหาดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้ ผู้ให้บริการจะต้องดำเนินการภายใน ๒๔ ชั่วโมงนับจากได้รับหนังสือแจ้งการแก้ไข หรือระยะเวลาที่ eSafety Commissioner กำหนด

(๕) การส่งหนังสือแจ้งการลบการเชื่อมโยงระหว่างหน้าเว็บเพจ (Link) ในกรณีบุคคลที่ให้บริการโปรแกรมค้นหาทางอินเทอร์เน็ตและผู้ให้บริการในประเทศออสเตรเลียสามารถเข้าถึงวัสดุประเภทที่ ๑ โดยใช้การเชื่อมโยงระหว่างหน้าเว็บเพจที่ผู้ให้บริการดังกล่าวเผยแพร่ โดย eSafety Commissioner อาจมีหนังสือแจ้งการลบการเชื่อมโยงระหว่างหน้าเว็บเพจดังกล่าวต่อผู้ให้บริการ โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องยุติการเชื่อมโยงไปยังสื่อที่ให้บริการ ทั้งนี้ ผู้ให้บริการจะต้องดำเนินการภายใน ๒๔ ชั่วโมงนับจากได้รับหนังสือแจ้งการแก้ไข หรือระยะเวลาที่ eSafety Commissioner กำหนด



(๖) การส่งหนังสือแจ้งการลบแอปพลิเคชัน ในกรณีบุคคลที่ให้บริการแอปพลิเคชัน ละผู้ให้บริการในประเทศออสเตรเลียดาวน์โหลดแอปพลิเคชันที่มีการนำเสนอวัสดุประเภทที่ ๑ ผ่านทางบริการโซเชียลมีเดีย ผู้ให้บริการอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตที่กำหนด โดย eSafety Commissioner อาจมีหนังสือแจ้งการลบแอปพลิเคชันต่อผู้ให้บริการแอปพลิเคชัน โดยกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องยุติบริการให้ผู้ให้บริการในประเทศออสเตรเลียดาวน์โหลดแอปพลิเคชันนั้น ๆ ทั้งนี้ ผู้ให้บริการจะต้องดำเนินการภายใน ๒๔ ชั่วโมง นับจากได้รับหนังสือแจ้งการแก้ไข หรือระยะเวลาที่ eSafety Commissioner กำหนด

โดยจะเห็นได้ว่าการกำกับดูแลเนื้อหารายการของบริการ OTT ของประเทศออสเตรเลียในปัจจุบันจะกำหนดเป็นกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลด้านความปลอดภัยทางออนไลน์ ซึ่งมีการกำกับดูแลในด้านเนื้อหาที่เข้มงวดกว่ากฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยกำหนดให้มืองค์กรในการกำกับดูแลโดยเฉพาะ ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีหน้าที่และอำนาจในการแจ้งให้ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ตประเภทต่าง ๆ ดำเนินการปิดกั้นการเข้าถึงเนื้อหาที่ไม่เหมาะสม หรือดำเนินการลบเนื้อดังกล่าวได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนชาวออสเตรเลีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กและเยาวชน

จากการพิจารณากฎหมายที่กำกับดูแลบริการ OTT ของ ๓ ประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศสิงคโปร์ เกาหลีใต้ และออสเตรเลีย เป็นประเทศที่ได้มีการกำหนดบทบัญญัติสำหรับการกำกับดูแลบริการ OTT อย่างชัดเจน และมีระดับความเข้มงวดที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ การมีบทบัญญัติที่ชัดเจนจะทำให้ผู้ให้บริการรู้ถึงแนวทางที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และผู้ให้บริการมีความมั่นใจถึงความปลอดภัยในการใช้บริการ โดยหลักของการควบคุมเนื้อหาของรายการที่ออกอากาศทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องเด็กและเยาวชนในการได้รับสื่อที่ไม่เหมาะสม ทั้งนี้ ประเทศสิงคโปร์และออสเตรเลียมีการกำหนดกลไกในการเข้าถึงเนื้อหารายการผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตสำหรับเด็กและเยาวชนอย่างชัดเจน ซึ่งกลไกดังกล่าวน่าจะเป็นกลไกที่ทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายมากที่สุด

#### ๔. บทสรุป

ถึงแม้ว่าในปัจจุบันพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ จะมีขอบเขตที่ครอบคลุมถึงการให้บริการกระจายเสียงหรือบริการโทรทัศน์ผ่านโครงข่ายอื่นที่ไม่ใช่โครงข่ายกระจายเสียงหรือโทรทัศน์” หรือ Over-The-Top (OTT) ก็ตาม แต่บทบัญญัติของกฎหมายรวมถึงกฎหมายระดับอนุบัญญัติที่ออกตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ยังไม่ได้มีการกำหนดถึงกลไกในการกำกับดูแลบริการ OTT อย่างชัดเจน นอกจากนี้ ยังเห็นว่าในรูปแบบการให้บริการของกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์กับบริการ OTT มีความแตกต่างกัน เนื่องจากช่องทางในการออกอากาศของกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์มีจำนวนที่จำกัดกว่าการให้บริการ OTT จึงทำให้การกำกับดูแลรวมถึงการควบคุมเนื้อหารายการที่ออกอากาศของกิจการกระจายเสียง

และกิจการโทรทัศน์ทำได้ง่ายกว่า รวมทั้ง เทคโนโลยีในปัจจุบันทำให้ผู้ใช้บริการสามารถเลือกรับบริการ OTT จากต่างประเทศได้อย่างเสรี และสามารถเข้าถึงได้ง่าย ซึ่งกฎระเบียบในการกำกับดูแลและควบคุมเนื้อหารายการของต่างประเทศมีความแตกต่างกันเป็นอย่างมาก โดยปัญหาในเรื่องเนื้อหารายการที่ไม่เหมาะสมนั้นจะเกิดกับกรณีที่ผู้ใช้บริการเป็นเด็กและเยาวชนเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น หากไม่มีการกำกับดูแลและควบคุมเนื้อหาได้อย่างเหมาะสมก็จะก่อให้เกิดปัญหาในสังคมได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากโลกแห่งอินเทอร์เน็ตถือเป็นโลกที่ไร้พรมแดน การกำหนดกฎระเบียบภายในประเทศเพื่อควบคุมแพลตฟอร์มของต่างประเทศนั้นก็เป็นไปได้ยาก การกำหนดกฎระเบียบที่ใช้ในการกำกับดูแลจึงต้องมีสมดุลระหว่างเสรีภาพทางด้านสื่อและการควบคุมความเหมาะสมในด้านเนื้อหา การกำหนดกฎระเบียบในการกำกับดูแลจึงต้องมีเท่าที่จำเป็น ไม่เป็นภาระของผู้ให้บริการและผู้ใช้บริการ

ในการนี้ ผู้เขียนจึงได้เสนอแนวทางในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT ดังนี้

(๑) การกำหนดบทบัญญัติที่เป็นการกำกับดูแลการให้บริการ OTT โดยอาจไม่จำเป็นที่จะต้องตราเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแต่สามารถออกเป็นกฎหมายระดับอนุบัญญัติ เช่น ประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับเดิม ทั้งนี้ ควรมีการกำหนดให้ชัดเจนว่าการให้บริการ OTT เป็นกิจการที่ถือเป็นการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ และขอบเขตการกำกับดูแลมีความเหมือนหรือต่างจากการประกอบกิจการกระจายเสียงหรือกิจการโทรทัศน์หรือไม่

(๒) การกำหนดให้ผู้ให้บริการ OTT ที่เปิดให้บริการในประเทศไทย ต้องขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานที่รับผิดชอบ เพื่อให้เป็นการง่ายต่อการกำกับดูแลของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ เห็นว่าในกรณีเช่นว่านี้ไม่จำเป็นต้องใช้ระบบการอนุญาตเข้ามาควบคุม และกำกับดูแลการให้บริการ OTT เนื่องจากการให้บริการ OTT ไม่ได้เป็นกิจกรรมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสาธารณะที่รุนแรง การใช้ระบบการขึ้นทะเบียนเพื่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถตรวจสอบและติดตามได้ก็เพียงพอแล้ว

(๓) การออกอากาศเนื้อหารายการผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตควรมีการกำหนดระดับความเหมาะสมของเนื้อหาต่อผู้ใช้บริการในแต่ละช่วงวัย โดยสามารถอ้างอิงระดับความเหมาะสมตามประกาศสำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการจัดระดับความเหมาะสมของรายการโทรทัศน์ ตามประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดทำผังรายการสำหรับการให้บริการกระจายเสียงหรือโทรทัศน์ พ.ศ. ๒๕๕๖ และเห็นว่าในการกำหนดระดับของเนื้อหาการรายการยังควรใช้ระบบการกำกับดูแลตนเอง (Self-Regulation) ที่ผู้ให้บริการจะต้องมีการกำหนดระดับอายุไว้และแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจน

ทั้งนี้ ในกรณีที่เนื้อหารายการที่ไม่เหมาะสมกับเด็กและเยาวชนก็ควรกำหนดให้ผู้ให้บริการสร้างระบบจำกัดการเข้าถึงเนื้อหารายการดังเช่นกรณีของประเทศออสเตรเลีย หรือระบบการควบคุมจากผู้ปกครองของประเทศสิงคโปร์

(๔) การกำหนดระบบการรายงานเนื้อหารายการที่ไม่เหมาะสมมายังหน่วยงานที่รับผิดชอบเพื่อให้เกิดการตรวจสอบ และแจ้งเตือนให้ผู้ให้บริการ OTT ได้มีการปรับปรุงเนื้อหา รายการ หรือจำกัดการเข้าถึงเนื้อหารายการ ซึ่งหากพบว่าผู้ให้บริการ OTT ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็ให้มีกลไกการลงโทษที่เหมาะสม

ทั้งนี้ การให้บริการ OTT ในปัจจุบันมีอย่างแพร่หลาย โดยเป็นการให้บริการจากผู้ให้บริการภายในประเทศ และภายนอกประเทศ และเป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจประการหนึ่ง ในการกำหนดกฎหมาย กฎ หรือระเบียบที่ใช้ในการกำกับดูแลการให้บริการ OTT นั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจำเป็นต้องสร้างความสมดุลระหว่างเสรีภาพทางด้านสื่อและการควบคุมความเหมาะสมในด้านเนื้อหา

## กฎหมายคู่ชีวิต (Pacte civil de solidarité : PACS) และกฎหมายว่าด้วยการสมรสของ คนเพศเดียวกัน (Mariage de même sexe) ในประเทศฝรั่งเศส\*

ธวัชกร ลาภนิชชา\*\*

### บทนำ

ในสมัยโบราณสังคมฝรั่งเศสไม่ยอมรับความสัมพันธ์ระหว่างคนเพศเดียวกันเพราะถือว่าขัดต่อศีลธรรม โดยเห็นเป็นเรื่องที่ผิดแปลกไปจากธรรมชาติที่สังคมเคยยอมรับมาโดยตลอด ถึงขนาดที่เคยกำหนดโทษอาญากรรมที่พบคนเพศเดียวกันมีความสัมพันธ์ทางเพศ แต่ได้ยกเลิกไปเมื่อปี ค.ศ. ๑๗๙๑ หลังจากนั้นสังคมก็ยังปฏิเสธกลุ่มหลากหลายทางเพศมาโดยตลอด ในช่วงปี ค.ศ. ๑๙๘๐ มีการค้นพบโรคภูมิคุ้มกันบกพร่อง (HIVs) และเกิดการแพร่ระบาดอย่างรุนแรง สังคมฝรั่งเศสยังคงกล่าวโทษกลุ่มหลากหลายทางเพศว่าเป็นต้นตอของโรคดังกล่าว ซึ่งเกิดจากการตีตราว่าเป็นกลุ่มที่มีพฤติกรรมสำส่อน กว่าที่รัฐบาลฝรั่งเศสจะสามารถสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องให้กับสังคมได้ว่าความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างชายและหญิงก็เป็นที่มาของการระบาดของโรคได้เช่นกัน หากมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกันโรคก็ต้องใช้เวลาอีกหลายปีหลังจากนั้น<sup>๑</sup> ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๘๑ รัฐบาลของประธานาธิบดีฟร็องซัวส์ มิตแตร็อง (François Mitterrand) เริ่มต้นจากการเสนอร่างกฎหมายยกเลิกโทษอาญา เป็นกรณีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างคนเพศเดียวกันที่บรรลุนิติภาวะแล้วและผู้ที่มีอายุมากกว่า ๑๕ ปี (อายุที่สมรสได้ในสมัยนั้น) ในขณะที่ความสัมพันธ์ตามที่กล่าวมาหากเกิดระหว่างคนต่างเพศจะไม่ใช่ความผิดอาญา เรียกได้ว่ากฎหมายอาญามาตรา ๓๓๑ ในขณะนั้นเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมโดยอาศัยเหตุแห่งเพศ รัฐบาลฝรั่งเศสซึ่งได้ให้สัตยาบันต่อกติกาสากลและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมโดยอาศัยเหตุแห่งเพศจึงจำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว ต่อมาการเรียกร้องให้รัฐรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคนเพศเดียวกันในฝรั่งเศส เริ่มชัดเจนมากขึ้นในช่วงทศวรรษที่ ๙๐ โดยมีการเสนอร่างกฎหมายครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ.

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., Master 2 (Recherche) สาขากฎหมายระหว่างประเทศ (Mention Assez-bien) Université Lille II, Docteur en droit (Université Lille II) สาขากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

<sup>๑</sup> Timothée Ventrin, « La place de l'homosexualité en France à travers ces quarante dernières années », le 21 mai 2021, <https://france3-regions.francetvinfo.fr/nouvelle-aquitaine/la-place-de-l-homosexuel-en-france-a-travers-ces-quarante-dernieres-annees-2086195.html> สืบค้นเมื่อ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๖๕

๑๙๙๐ เรียกว่า *contrat de partenariat civil* หรือ *civil partnership contract* แต่ก็ไม่ประสบผลสำเร็จ

จนกระทั่งปี ค.ศ. ๑๙๙๙<sup>๒</sup> ประเทศฝรั่งเศสได้ประกาศใช้กฎหมายที่เรียกว่า *Pacte civil de solidarité (PACS)* หรือ *civil partnership* ที่ให้เสรีภาพแก่บุคคลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยไม่นำเพศมาเป็นข้อจำกัด โดยกำหนดว่าผู้ที่จดทะเบียน PACS จะเป็นคนเพศเดียวกันหรือต่างเพศก็ได้ รัฐบาลได้เสนอร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ ๑ บุคคล ตั้งแต่มาตรา ๕๑๕-๑ ถึง ๕๑๕-๗-๑ และเขียนรายละเอียดต่าง ๆ เอาไว้ค่อนข้างมาก ทำให้บางมาตรามีถึง ๘ บรรทัด สำหรับสิทธิประโยชน์ที่จะได้รับการจดทะเบียน PACS คือ ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่เคร่งครัดเหมือนการสมรส (เช่น มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของคู่สมรสตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย) แต่ยังคงมีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในการช่วยเหลือดูแลซึ่งกันและกัน แต่หากวันใดต้องการแยกทางก็สามารถเลิกได้โดยสะดวก และมีค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการหย่า

ในส่วนแรกจะกล่าวถึงกฎหมายชีวิตของประเทศฝรั่งเศส (๑) ก่อนที่จะศึกษากฎหมายการสมรสของคนเพศเดียวกัน (๒) เพื่อให้เห็นวิวัฒนาการของสังคมฝรั่งเศส และสุดท้ายเป็นเรื่องข้อพิจารณาเกี่ยวกับการหมั้นตามกฎหมายฝรั่งเศส (๓) เนื่องจากการหมั้นเป็นประเด็นอภิปรายในที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติชีวิต พ.ศ. .... ค่อนข้างมาก เพราะร่างพระราชบัญญัติชีวิต พ.ศ. .... ทั้งฉบับของรัฐบาลและฉบับของพรรคประชาธิปัตย์ ต่างก็ไม่กำหนดเรื่องหมั้นเอาไว้ ในขณะที่พรรคการเมืองพรรคหนึ่งได้กำหนดให้มีการหมั้นในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อการสมรสเท่าเทียม

## ๑. กฎหมายชีวิต (Pacte civil de solidarité : PACS)

### ๑.๑ สถานะและเงื่อนไขการจด PACS

๑.๑.๑ มีสถานะเป็น “สัญญา” ประเภทหนึ่ง ต่างจากการสมรสที่มีสถานะเป็น “สถาบัน”<sup>๓</sup> อย่างหนึ่ง คำว่าสถาบันหรือ *institution* นั้นมีความหมายว่า รากฐานโครงสร้างที่เป็นลำดับขั้น ในบางครั้งหมายถึง แบบแผน (*norm*) จึงนำมาใช้สื่อถึงการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมขนาดเล็กหรือครอบครัวที่มีโครงสร้างของความสัมพันธ์ของบุคคลในครอบครัว ต่างไปจาก “สัญญา” ทั่วไป ที่มุ่งก่อนติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายต่าง ๆ ในสัญญาเท่านั้น ดังนั้น การที่ผู้ร่างกฎหมายฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ตั้งใจกำหนดให้ชีวิตเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งอย่างหนึ่งอยู่ในบรรพ ๑ ซึ่งเป็นเรื่องบุคคล ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่าต้องการจำกัดรูปแบบของ

<sup>๒</sup> RAULT Wilfried, « Chapitre 1. La genèse du PACS », dans : , L'invention du PACS. Pratiques et symboliques d'une nouvelle forme d'union, sous la direction de RAULT Wilfried. Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2009, p. 15-32. URL : <https://www.cairn.info/--9782724611007-page-15.htm>

<sup>๓</sup> Jean-Marc Sauvé, La famille, le mariage et l'union maritale, Colloque du Comité de coopération judiciaire France/Irlande/Royaume-Uni Dublin, les 13 et 14 mai 2011

ความสัมพันธ์ให้ครอบคลุมเฉพาะการจัดการทรัพย์สินระหว่างคนสองคน สิทธิประโยชน์ทางภาษี และการได้รับเงินช่วยเหลือค่าเช่าบ้านเพิ่มขึ้น เห็นได้จากการที่ผู้ร่างกฎหมายมิได้บัญญัติกฎหมายให้คู่ชีวิตเป็นสถาบันที่มีสิทธิหน้าที่เทียบเท่ากับการสมรส

**๑.๑.๒ ไม่จำกัดเพศ** เปิดกว้างให้ทุกเพศสามารถจดทะเบียนได้ ทั้งคู่รักเพศเดียวกัน หรือคู่รักต่างเพศ ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้คู่รักเพศเดียวกันเห็นว่า คู่รักต่างเพศมีสิทธิที่ดีกว่า เนื่องจากเลือกได้ทั้งสมรส และจดคู่ชีวิต โดยกำหนดเงื่อนไขว่าบุคคลทั้งคู่ต้องบรรลุนิติภาวะ กล่าวคือ ฝ่ายคนสัญชาติฝรั่งเศสต้องอายุ ๑๘ ปีบริบูรณ์ ฝ่ายคนต่างชาติต้องบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายสัญชาติของรัฐตน เช่น คนสัญชาติไทย ต้องอายุ ๒๐ ปี หรือบรรลุนิติภาวะโดยเหตุอื่นที่กฎหมายกำหนดแล้ว นอกจากนี้ ทั้งคู่ต้องไม่อยู่ระหว่างการสมรสหรือเป็นคู่ชีวิตกับบุคคลอื่น (ห้ามจดทะเบียน หากจดทะเบียนให้ทะเบียนที่จดทะเบียนครั้งหลังเป็นโมฆะ) ต้องไม่มีความสัมพันธ์สายโลหิตใกล้ชิด ต้องมีถิ่นที่อยู่ (residence) ร่วมกัน แต่ไม่จำเป็นต้องเป็นภูมิลำเนา (domicile) ไม่ได้บังคับว่าต้องอยู่บ้านเดียวกันตลอดเวลา มีสัญญามาตรฐาน (standard form contract) ให้เลือกใช้ หรือจะร่างสัญญา PACS ขึ้นเองก็ได้ หากเขียนเองต้องมีรายละเอียดบางประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

**๑.๑.๓ ไม่จำกัดสัญชาติ** กล่าวคือ คนทุกสัญชาติสามารถจด PACS ในประเทศฝรั่งเศสได้ โดยมีเงื่อนไขว่าทั้งคู่ต้องมี “ถิ่นที่อยู่” ในฝรั่งเศส ทั้งนี้ เนื่องมาจากว่ากฎหมายฝรั่งเศสไม่สนใจว่ากฎหมายของประเทศที่บุคคลนั้นมีสัญชาติจะมีระบบ civil partnership หรือเทียบเท่าหรือไม่ ดังนั้น คนสัญชาติไทยทั้งคู่ที่มีถิ่นที่อยู่ในฝรั่งเศสก็สามารถจด PACS ได้ แม้ว่าในขณะที่จดทะเบียน ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายคู่ชีวิตก็ตาม ในเรื่องนี้เองที่ผู้ร่างกฎหมายฝรั่งเศสมีแนวคิดที่แตกต่างจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่เห็นว่าอย่างน้อยควรกำหนดให้ฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย จึงจะจดคู่ชีวิตตามกฎหมายไทยได้ โดยให้เหตุผลว่าต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการกระทบกระทั่งกับประเทศอื่น ๆ ที่ต่อต้านหรือไม่ยอมรับการจดทะเบียน civil partnership ของคนเพศเดียวกัน เช่น ประเทศมุสลิมในอาเซียน ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นในอีกทางหนึ่ง กล่าวคือ การที่คนเพศเดียวกันคู่หนึ่งแสดงเจตนาชัดเจนที่จะอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว หากบุคคลคู่หนึ่งเป็นคนชาติของรัฐที่ใช้กฎหมายซารีอะห์ หรือสาธารณรัฐประชาชนจีน คงเป็นการยากที่คนคู่หนึ่งจะกลับไปใช้ชีวิตร่วมกันอย่างเปิดเผยในรัฐดังกล่าวเพราะขัดกับจารีตของประเทศตน หรือหากจะไปจดทะเบียนตามกฎหมายต่างประเทศ ก็คงเป็นเพียง “สัญลักษณ์” ทางใจสำหรับคนสองคนเท่านั้น เพราะไม่อาจนำไปกล่าวอ้างเป็นฐานแห่งสิทธิในรัฐเหล่านั้นที่ตนมีสัญชาติได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากประเทศไทยจะบัญญัติกฎหมายโดยไม่กำหนดเงื่อนไขว่าอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทยก็ย่อมได้ หากผู้ร่างกฎหมายกังวลเรื่องจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่านอกจากการนำ “สัญชาติ” ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมากำหนดไว้ในกฎหมายเพื่อเป็นจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทยแล้ว ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เรายังสามารถใช้ “ถิ่นที่อยู่”



(residence) เป็นจุดเกาะเกี่ยวในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ได้เช่นกัน<sup>๔</sup> เช่น กำหนดว่า ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจึงจะจดทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมายไทยได้ ซึ่งเรื่องการพิจารณาว่าบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ก็เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎรของไทย อย่างไรก็ตาม กรณีกฎหมายฝรั่งเศสได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับการจดทะเบียน PACS นอกฝรั่งเศส (ที่สถานกงสุลฝรั่งเศส) คือ กฎหมายกำหนดว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติฝรั่งเศส

## ๑.๒ ระบบทรัพย์สินของคู่ชีวิต

๑.๒.๑ เลือกระบบทรัพย์สินได้ตามต้องการ เป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเมื่อจะแยกทางกัน กฎหมายฝรั่งเศสให้เลือกใช้ได้ ๒ แบบ ได้แก่

๑) ระบบแยกทรัพย์สิน (la séparation de biens) เป็นระบบโดยผลของกฎหมายในกรณีที่คู่ชีวิตมิได้ตกลงกันเป็นอย่างอื่น (มาตรา ๕๑๕-๕ แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ๒๐๐๗) มาตรา ๕๑๕-๕ วรรคหนึ่งกำหนดให้ต่างคนต่างจัดการทรัพย์สินของตน (สินส่วนตัว) ในระหว่างที่มีความสัมพันธ์ฉันคู่ชีวิต โดยใครก่อนหน้า ย่อมเป็นหนี้ของบุคคลนั้นฝ่ายเดียว ไม่ต้องให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายรับผิดชอบในฐานะลูกหนี้ร่วม คู่ชีวิตฝ่ายใดซื้อทรัพย์สินอย่างใดมาย่อมเป็นของฝ่ายนั้น ไม่ใช่ทรัพย์สินร่วมกัน โดยมาตรานี้กำหนดไว้ด้วยว่า ให้โอกาสแต่ละฝ่ายสามารถพิสูจน์ต่อบุคคลภายนอกได้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของตน ในกรณีที่ไม่มีหลักฐานพิสูจน์ได้ กฎหมายสันนิษฐานว่าเป็นทรัพย์สินร่วมกันต้องแบ่งกันคนละครึ่งเมื่อเลิกคู่ชีวิต

๒) ระบบทรัพย์สินร่วมกัน (l'indivision) (มาตรา ๕๑๕-๕-๑) เป็นอีกรูปแบบที่คู่ชีวิตสามารถเลือกใช้ได้ แต่ต้องระบุให้ชัดเจนในสัญญา PACS จะเลือกตั้งตั้งแต่วันที่จดทะเบียนคู่ชีวิตก็ได้ หรือจะมาขอแก้ไขสัญญา PACS เพื่อเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินในภายหลังก็ได้เช่นกัน สำคัญคือ กฎหมายแบ่งทรัพย์สินที่มีอยู่หรือได้มาก่อนจดทะเบียน PACS ให้เป็นสินส่วนตัว และให้ทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างที่ใช้ชีวิตร่วมกันเป็นทรัพย์สินร่วมกัน หากเลิกกันจะนำมาแบ่งเป็นสองส่วน และให้แต่ละฝ่ายเท่า ๆ กัน โดยไม่คำนึงว่าทั้งสองฝ่ายจะทำมาหาได้เท่ากันหรือไม่ ทั้งนี้ มาตรา ๕๑๕-๕-๒ กำหนดรายการทรัพย์สินไว้ ๖ ประเภท ที่กันไว้ให้เป็นทรัพย์สินส่วนตัวของแต่ละฝ่าย เช่น ทรัพย์สินที่มีลักษณะเป็นของส่วนตัว ทรัพย์สินที่ได้มาจากการให้หรือการรับมรดกนั้นต้องระบุชัดว่าให้แก่คู่ชีวิตฝ่ายนั้น ไม่เช่นนั้นจะถูกนำมารวมเป็นทรัพย์สินร่วมกัน โดยผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการกำหนดประเภททรัพย์สินบางชนิด คงทำได้เพียงกำหนดกว้าง ๆ และพิจารณาเป็นกรณีไป

อนึ่ง หากคู่ชีวิตประสงค์จะใช้แบบใด ต้องจดทะเบียนในสัญญาและแจ้งโนตารีพับลิก โดยมีข้อสังเกตว่าไม่ว่าจะเลือกใช้ระบบทรัพย์สินแบบใด คู่ชีวิตไม่ใช่ลูกหนี้ร่วม

<sup>๔</sup> โปรตดู รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, “จุดเกาะเกี่ยวของ Civil Partnership และการสมรสกับรัฐที่รับจดทะเบียน: หลักถิ่นที่อยู่”, ใน อาจารย์บุชา ๖๐ ปี รศ. ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, กันยายน ๒๕๖๒ บทความนี้จะแสดงให้เห็นตัวอย่างของหลายประเทศที่นำ “ถิ่นที่อยู่” ของคู่ที่จะจดทะเบียนมาใช้เป็นเงื่อนไข เช่น เนเธอร์แลนด์ ฝรั่งเศส

จากการกู้ยืม ฝ่ายใดกู้เงินก็ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่อีกฝ่ายรับทราบและยินยอมเป็นผู้กู้ร่วม และยกเว้นเรื่องการก่อหนี้เพื่อความจำเป็นในการใช้สอยดำรงชีวิตของครอบครัว การก่อหนี้เพื่อจัดการบ้านเรือนที่อาศัยอยู่ด้วยกัน ถือว่าเป็นหนี้ร่วมได้ เพราะต้องคำนึงถึงกรณีที่คู่ชีวิตมีบุตรด้วยกัน หรือรับบุตรบุญธรรมด้วย

### ๑.๒.๒ ความแตกต่างของระบบทรัพย์สินของคู่ชีวิตและคู่สมรส

กรณีของการสมรส ประมวลกฎหมายแพ่งจะมีระบบทรัพย์สินของคู่สมรสให้เลือก ๓ แบบ ได้แก่<sup>๕</sup>

๑) **communauté réduite aux acquêts<sup>๕</sup>** เป็นระบบโดยผลของกฎหมายที่ใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๖๖ (มาตรา ๑๔๐๑ - มาตรา ๑๔๐๘ ประมวลกฎหมายแพ่ง) ในกรณีที่คู่สมรสมิได้แสดงเจตนาเลือกแบบอื่นและไม่ได้ทำสัญญาก่อนสมรสเพื่อจัดการทรัพย์สินสาระสำคัญของระบบนี้คือ กฎหมายจะแบ่งทรัพย์สินของคู่สมรสเป็นสินส่วนตัว (biens propres) และสินสมรส (biens communs) โดยทรัพย์สินที่ได้มาก่อนสมรส อุปกรณ์เครื่องมือที่ใช้ในการประกอบอาชีพ หรือทรัพย์สินที่ได้มาจากการให้โดยเสนหาหรือจากการรับมรดกระหว่างการสมรส จะเป็นสินส่วนตัวของแต่ละฝ่าย ส่วนทรัพย์สินนอกเหนือจากที่กล่าวมาที่ได้มาระหว่างสมรส จะเป็นสินสมรส<sup>๖</sup> เช่น ดอกผลของสินส่วนตัว เงินเดือนหรือรายได้ของแต่ละฝ่าย เงินที่ได้รับเนื่องจากการเกษียณอายุ เห็นได้ว่าระบบทรัพย์สินนี้สามารถเทียบเคียงได้กับที่ใช้อยู่ในบรรพ ๕ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ด้วยเหตุที่กฎหมายฝรั่งเศสมีระบบทรัพย์สินหลายแบบให้เลือก คู่สมรสจึงสามารถจดทะเบียนต่อโนตารีพับลิกเพื่อเปลี่ยนแปลงระบบทรัพย์สินได้ตามต้องการ

ในเรื่องของหนี้ มาตรา ๒๒๐ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กำหนดเรื่องหนี้ร่วมของคู่สมรสไว้ชัดเจน โดยเฉพาะหนี้ที่เกิดจากการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นหนี้ร่วมของสามีภรรยา ในขณะที่กฎหมาย PACS ไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ชัดเจน แม้ว่าในความเป็นจริงแล้วคู่ PACS ต่างเพศอาจมีบุตรด้วยกันก็ตาม ยิ่งเป็นเครื่องยืนยันว่าผู้ร่างกฎหมายต้องการให้กฎหมายคู่ชีวิตมีความแตกต่างในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ และมีการผูกมัดที่น้อยกว่าสถานภาพสมรส

๒) **séparation de biens (แยกทรัพย์สิน)** (มาตรา ๑๕๓๖ - มาตรา ๑๕๔๓ ประมวลกฎหมายแพ่ง) มาตรา ๑๕๓๖ บัญญัติไว้ชัดเจนว่าคู่สมรสต้องแสดงเจตนาเลือกกระบวนนี้ และเขียนไว้ในสัญญาจัดการทรัพย์สิน โดยจะไม่มีทรัพย์สินร่วมกัน ทรัพย์สินที่แต่ละฝ่ายได้มาถือเป็นทรัพย์สินของฝ่ายนั้น โดยต่างฝ่ายต่างรับผิดชอบในหนี้ของตน เว้นแต่เป็นหนี้ที่เกิดจากการจัดพิธีสมรสที่จะต้องรับผิดชอบร่วมกัน เหมาะสำหรับคู่สมรสที่มีความเสี่ยงในการทำ

<sup>๕</sup> « Mariage sans contrat : régime de la communauté réduite aux acquêts » <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F835>, Vérifié le 27 juillet 2021 - Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre) สืบค้นเมื่อวันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๖๕

<sup>๖</sup> โปรดดูเพิ่มเติมในมาตรา ๑๔๐๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ธุรกิจ และเมื่อหย่า ให้ใช้หลักว่าใครครอบครองสิ่งของใดในบ้าน ก็จะได้กลับไปตามนั้น โดยในกรณี  
ที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต บรรดาทรัพย์สินของผู้ตายจะเป็นทรัพย์สินมรดกภายใต้กฎหมายมรดกต่อไป

**๓) participation aux acquêts** (มาตรา ๑๕๖๙ - มาตรา ๑๕๘๑  
ประมวลกฎหมายแพ่ง) เป็นระบบผสม ระหว่างข้อ ๑) และ ๒) โดยคู่สมรสต้องแสดงเจตนาเลือก  
ระบบนี้ กล่าวคือ มีสินส่วนตัว และทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างสมรสจากการให้โดยเสน่หาและ  
จากการรับมรดกจะเป็นสินส่วนตัว ระหว่างการสมรสยังคงอยู่จะใช้ระบบทรัพย์สินเสมือน  
หนึ่งระบบแยกทรัพย์สิน (séparation de biens) ต่างคนต่างจัดการทรัพย์สินที่ตนได้มาระหว่าง  
สมรส และต่างรับผิดชอบในหนี้สินของตนเป็นการส่วนตัว แต่เมื่อมีการหย่าหรือสิ้นสุดการสมรส  
มาตรา ๑๕๖๙ กำหนดให้ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิในทรัพย์สินครึ่งหนึ่งของมูลค่าสุทธิที่อีกฝ่าย  
มีอยู่ โดยคำนวณจากวันที่จดทะเบียนสมรสจนถึงวันหย่าหรือสิ้นสุดการสมรส ผู้เขียนมีข้อสังเกต  
ว่าทั้งสามแบบเป็นระบบทรัพย์สินที่กฎหมายรับรอง ในขณะที่ของไทยไม่ได้มีระบบที่หลากหลาย  
ให้เลือก อาจมีกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจบางคู่ใช้วิธีไม่จดทะเบียนสมรสเพื่อจะได้ไม่ต้องอยู่ภายใต้  
ระบบสินสมรส หรืออาจมีกรณีที่คู่สมรสทำสัญญาก่อนสมรสในเรื่องทรัพย์สินตามมา  
มาตรา ๑๕๖๕<sup>๗</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยก็ได้เช่นกัน

เห็นได้ว่าระบบทรัพย์สินของคู่สมรสตามกฎหมายฝรั่งเศสมีความ  
แตกต่างจากกฎหมายไทยอย่างมาก เพราะบรรพ ๕ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
มีระบบทรัพย์สินแบบบังคับ กล่าวคือ การจดทะเบียนสมรสจะนำมาซึ่งระบบสินสมรส และ  
สินส่วนตัว เพียงเปิดโอกาสให้คู่สมรสสามารถตกลงทำสัญญาก่อนสมรสเพื่อจัดการทรัพย์สินระหว่าง  
กันไม่ให้กลายเป็นสินสมรสได้ ดังนั้น ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....  
ที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี การตัดสินใจว่าจะนำระบบใดมาเป็นต้นแบบของกฎหมายไทยในขั้นนี้  
คณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติควรต้องคำนึงถึงเหตุผลและที่มาในการมี  
กฎหมายคู่ชีวิตของฝรั่งเศสด้วยว่า เป็นเพราะฝรั่งเศสกำหนดเป้าหมายในการจัดการทรัพย์สินของ  
คู่ชีวิตให้แยกจากกันตั้งแต่ต้น เว้นแต่จะตกลงเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับรูปแบบของ  
ความสัมพันธ์ที่ไม่แนบแน่นดังเช่นกรณีของการสมรสในขณะที่ระบบทรัพย์สินของคู่สมรสจะเป็น  
แบบทรัพย์สินร่วมกัน เว้นแต่แสดงเจตนาจะแยก ที่สำคัญกฎหมายฝรั่งเศสมีระบบทรัพย์สินหลาย  
รูปแบบให้เลือกใช้ ซึ่งเป็นจุดที่สำคัญและแตกต่างจากระบบทรัพย์สินภายใต้บรรพ ๕ ของประมวล  
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไทย ส่วนร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... กำหนดเรื่องทรัพย์สิน  
ระหว่างคู่ชีวิตเอาไว้โดยล่อมาจากระบบทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและ  
พาณิชย์ การที่จะแก้ไขระบบทรัพย์สินในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ให้เหมือนของฝรั่งเศส จึงต้อง

<sup>๗</sup> มาตรา ๑๕๖๕ ถ้าสามีภริยาได้ทำสัญญากันไว้ในเรื่องทรัพย์สินเป็นพิเศษก่อนสมรส  
ความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาในเรื่องทรัพย์สินนั้น ให้บังคับตามบทบัญญัติในหมวดนี้

พิจารณาด้วยว่าสอดคล้องกับความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตในร่างมาตราอื่นที่กำหนดไว้โดยใช้คู่สมรสเป็นต้นแบบหรือไม่ ไม่เช่นนั้นอาจเกิดความลักลั่นได้

### ๑.๓ ความสัมพันธ์ระหว่างบุพการีและบุตร

ประเด็นสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวกับบุตร ได้แก่ ๑) ความสัมพันธ์ระหว่างบุพการีและบุตร ๒) อำนาจปกครองบุตร และ ๓) หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร กฎหมายไม่ได้บัญญัติรับรองเรื่องบุตรที่เกิดจากคู่ชีวิตชายหญิงเอาไว้โดยตรง และไม่ได้กำหนดในกฎหมายว่าคู่ชีวิตต้องทำหรือสามารถทำข้อตกลงใด ๆ ในสัญญา PACS ในเรื่องเหล่านี้ เพื่อให้สามารถเปรียบเทียบกับกรณีการสมรส จะกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรภายใต้ระบบครอบครัวรูปแบบต่าง ๆ ดังนี้

**๑.๓.๑ กรณีคู่ชีวิต** กฎหมาย PACS ไม่ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ จึงต้องย้อนกลับไปพิจารณาตามกฎหมายครอบครัว โดยมาตรา ๓๑๑-๒๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง<sup>๔</sup> ที่แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๖ กำหนดให้ “ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตของมารดากับบุตรตามกฎหมายจะได้รับการรับรองเมื่อหญิงนั้นระบุสถานะมารดาไว้ในสูติบัตรของเด็ก” ดังนั้นเมื่อปรับใช้มาตรานี้กับกรณีเด็กที่เกิดภายใต้ความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิตชายและหญิง เด็กจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเท่านั้น และจะต้องให้มารดาระบุในสูติบัตร ในขณะที่บิดาของเด็กนั้นจะไม่มีบทสันนิษฐานโดยกฎหมายรองรับ แต่จะต้องจดทะเบียนรับรองเด็กนั้นเป็นบุตรหรือแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ในวันที่ไปแจ้งเกิดให้ดีกว่าตนเป็นบิดา ทั้งนี้ บทสันนิษฐานว่าสามีของหญิงที่คลอดเด็กเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก จะเป็นกรณีที่เด็กเกิดระหว่างการสมรสของชายและหญิงดังกล่าวเท่านั้น ตามมาตรา ๓๑๒<sup>๕</sup> ที่แก้ไขเพิ่มเติมในปี ๒๐๐๖ (กฎหมายก่อนแก้ไข จะมีวรรคสอง กำหนดให้ชายที่เป็นสามีของมารดาเด็กฟ้องศาลเพื่อพิสูจน์ว่าตนไม่ใช่บิดาของเด็กตามบทสันนิษฐานในวรรคแรกได้)

**๑.๓.๒ กรณีสมรส** เด็กที่เกิดจากการสมรสเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสต่างเพศ หากเด็กเกิดจากคู่สมรสหญิง-หญิง ซึ่งจะเป็นกรณีการอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ก็จะเป็นไปตามที่ได้กล่าวต่อไป

**๑.๓.๓ กรณีเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์** โดยคู่ชีวิตหญิง-หญิง หรือคู่สมรสหญิง-หญิง ทั้งสองกรณี หญิงที่ไม่ใช่คนตั้งครรภ์สามารถจดรับรองเด็กเป็นบุตรได้โดยวิธีการที่เรียกว่า “การรับรองร่วมกัน” (reconnaissance conjointe เป็นศัพท์เฉพาะ หากนำมาใช้ในกฎหมายครอบครัวจะเข้าใจได้ตรงกันว่าหมายถึงกรณีนี้) เป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรา ๓๔๒-๔ ถึงมาตรา ๓๔๒-๑๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

<sup>๔</sup> Article 311-25 « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ».

<sup>๕</sup> L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari.

โดยในทางปฏิบัตินั้นสามารถรับรองได้ที่โนตารี**ก่อน**ที่จะเริ่มกระบวนการตั้งครรภ์ (ลงนามในเอกสารยอมรับในวันเดียวกับที่ยินยอมรับบริจาคสเปิร์ม) ในวันที่เด็กเกิด โรงพยาบาลจะระบุในเอกสารของทารกว่า มารดาที่คลอดคือใคร มารดาคนที่สองคือใคร (ฝรั่งเศสเรียกว่าแม่คนที่สอง หรือ second mother) หากไม่ได้แสดงเจตนายอมรับร่วมกันต่อโนตารีก่อนหรือในวันที่เด็กคลอด สามารถดำเนินการภายหลังได้เช่นกันแต่จะมีัยการเข้ามาเกี่ยวข้องในขั้นตอนต่าง ๆ

#### ผลจากการรับรองร่วมกัน (reconnaissance conjointe)

มีผลให้มารดาคนที่สองมีสถานะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย มีอำนาจปกครองบุตร มีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ต่อเด็กเช่นเดียวกับมารดาที่ให้กำเนิด สามารถให้บุตรใช้นามสกุลของตนร่วมกับนามสกุลมารดาที่คลอดได้

#### ๑.๔ รับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ (adoption conjointe) ตามกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง วันที่ ๒๑ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๒๒

๑.๔.๑ สถานการณ์ก่อนปี ค.ศ. ๒๐๒๒ ก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายการรับบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรมของบุคคลที่จดทะเบียน PACS เป็นได้แค่บุตรบุญธรรมของฝ่ายที่ได้จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น คู่ชีวิตอีกฝ่ายไม่มีอำนาจปกครองบุตร โดยทำได้เพียงร่วมกันเลี้ยงดูเด็กตามข้อเท็จจริง กระทั่งมีคดีขึ้นสู่ศาลฝรั่งเศสมาโดยตลอด ถึงขนาดที่มีการฟ้องรัฐบาลฝรั่งเศสเป็นคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights)<sup>๑๑</sup> สำหรับคดีที่ถือได้ว่าเป็น landmark case ได้แก่ คดี E.B. vs France<sup>๑๒</sup> ผู้ร้องเป็นหญิงคู่รักเพศเดียวกันเริ่มจากการฟ้องศาลยุติธรรมในประเทศฝรั่งเศส เมื่อต่อสู้จนครบทุกชั้นศาลแล้วยังคงไม่พอใจในคำตัดสินของศาลฎีกา จึงได้ร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปว่า การที่กฎหมายฝรั่งเศสไม่เปิดช่องให้คนเพศเดียวกันที่จดทะเบียน PACS แล้วสามารถรับบุตรของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ ถือเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคู่รักเพศเดียวกันในการเข้าถึง “สิทธิในการรับบุตรบุญธรรม” เนื่องจากมาตรานี้รองรับเฉพาะกรณีของการรับบุตรบุญธรรม

<sup>๑๑</sup> เป็นศาลในระดับระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาและตีความปัญหาข้อกฎหมายตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) ที่เกิดขึ้นระหว่างปัจเจกชนผู้ถูกละเมิดสิทธิและรัฐสมาชิกของอนุสัญญา ผู้ทรงสิทธิที่มีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลนี้ได้ คือ ปัจเจกชนที่ถูกโต้แย้งสิทธิ โดยสามารถฟ้อง “รัฐสมาชิก” ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นจำเลยได้ หากบุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญา ปัจจุบันรัฐสมาชิกของอนุสัญญา มีทั้งสิ้น ๔๖ ประเทศ ได้แก่ รัฐสมาชิกของสหภาพยุโรป สหราชอาณาจักร (แม้มีข่าวในปี ๒๕๖๕ ว่าจะออกจากการเป็นภาคี แต่รัฐบาลยังไม่ได้เริ่มดำเนินการ) ไอร์แลนด์ นอร์เวย์ ยูเครน ตุรกี สวิตเซอร์แลนด์ มอนเตเนโกร โมนาโก อัลบาเนีย บอสเนีย-เฮอร์เซโกวีนา ซานมาริโน มาเซโดเนีย จอร์เจีย มอลโดวา เซอร์เบีย อาร์เมเนีย อันดอร์รา อาเซอร์ไบจาน แลตเวีย อนึ่ง รัสเซียถอนตัวจากการเป็นภาคีอนุสัญญา อย่างเป็นทางการเมื่อ ๑๕ มีนาคม ๒๕๖๕ หลังจากรัฐบาลส่งกำลังทหารบุกยึดยูเครนเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๖๕

<sup>๑๒</sup> ECHR, E.B. vs. France, no. 43546/02, 22 January 2008.



ของบุคคลต่างเพศเท่านั้นขัดต่อหลักการในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยศาลฎีกาฝรั่งเศส (la cour de cassation) ได้พิจารณาคดีนี้และมีความเห็นว่า แม้ผู้ร้องจะมีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะรับบุตรบุญธรรมได้ และเด็กได้อยู่อาศัยเป็นครอบครัวโดยได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากผู้ร้องและมารดาของเด็ก แต่การรับบุตรบุญธรรมนั้นจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ไม่เป็นผลดีแก่เด็ก เนื่องจากการอนุญาตตามคำร้องจะส่งผลให้มารดาของเด็กสูญเสียอำนาจปกครองบุตรทั้งหมดไปในทันที โดยอำนาจดังกล่าวจะถ่ายโอนไปยังผู้รับบุตรบุญธรรม ตามมาตรา ๓๖๕<sup>๑๒</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งเป็นบทบัญญัติในส่วนของการรับบุตรบุญธรรมแบบไม่ขาดจากครอบครัวเดิม (l'adoption simple)<sup>๑๓</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๑๐ เกิดคดีในลักษณะเดียวกัน<sup>๑๔</sup> ขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปอีกครั้ง โดยผู้ฟ้องคดีมีส่วนในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรของคู่ชีวิตที่จดทะเบียนหนึ่งตนเองเป็นมารดาเด็กเพราะอาศัยอยู่บ้านเดียวกัน โดยผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าเด็กมีสิทธิที่จะมีบุพการี (parents) ตามกฎหมายครบทั้งสองคน แม้จะมีเพศเดียวกันก็ตาม โดยเมื่อเปรียบเทียบสถานการณ์ที่เกิดขึ้นกับกรณีของคู่ชีวิตต่างเพศที่ได้จดทะเบียน PACS แล้ว หรือแม้แต่ชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาก็น่าจะมีสิทธิดีกว่าคนเพศเดียวกันที่จดทะเบียน PACS เนื่องจากคู่ชายหญิงสามารถรับบุตรสืบสายโลหิตของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นบุตรบุญธรรมได้<sup>๑๕</sup> จึงขอให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีคำพิพากษาว่ารัฐบาลฝรั่งเศสละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และให้รัฐบาลฝรั่งเศสแก้ไขกฎหมายมาตรา ๓๖๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เพื่อให้การเลือกปฏิบัติต่อคู่เพศเดียวกันและคู่ต่างเพศนั้นหมดไป

<sup>๑๒</sup> Article 365 « L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint, mais celui-ci en conserve l'exercice.

Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les mêmes conditions qu'à l'égard de l'enfant légitime.

Les règles de l'administration légale et de la tutelle de l'enfant légitime s'appliquent à l'adopté. »

<sup>๑๓</sup> L'adoption simple (Limited Adoption) เป็นการรับบุตรบุญธรรมที่ยังคงรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและครอบครัวเดิม โดยกฎหมายยอมรับให้เด็กสามารถสร้างความสัมพันธ์ตามกฎหมายกับครอบครัวใหม่ได้ การรับบุตรบุญธรรมประเภทนี้สามารถเพิกถอนได้ (Revocable) เนื่องจากเด็กยังยังไม่ขาดจากครอบครัวเดิม การรับบุตรบุญธรรมแบบนี้มีประโยชน์ต่อบุตรบุญธรรมในเรื่องของการรับมรดก โดยสามารถทำได้ทั้งกรณีที่บุตรบุญธรรมยังเป็นผู้เยาว์หรือบรรลุนิติภาวะแล้ว

<sup>๑๔</sup> ECHR, Gas and Dubois vs. France, no. 25951/07, 31 August 2010.

<sup>๑๕</sup> บทบัญญัติเดิมก่อน ๒๑ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๒๒ จะเขียนรับรองให้เฉพาะคู่สมรส ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา ๓๔๕-๑ ประมวลกฎหมายแพ่ง ได้เพิ่มคำว่า คู่ชีวิต partenaire และคู่ concubinage



ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายฝรั่งเศสได้ยอมรับให้คนที่มิได้มีสถานภาพสมรสสามารถรับบุตรบุญธรรมได้ เป็นการรับฝ่ายเดียว (เหมือนกฎหมายไทย) และสิทธิดังกล่าวนี้ก็ได้จำกัดเพียงแค่ว่าไปเท่านั้น ผู้มีความหลากหลายทางเพศก็สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ แม้จะเป็นการรับเดี่ยวหรือรับเพียงฝ่ายเดียว กรณีจึงไม่อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายฝรั่งเศสและรัฐบาลฝรั่งเศสเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม การที่ศาลมีคำตัดสินดังกล่าวมาจึงไม่ได้บังคับให้ฝรั่งเศสต้องแก้ไขกฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมร่วมกัน ทำให้ปัญหาเรื่องอำนาจปกครองบุตรยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องและเป็นคดีขึ้นสู่ศาลภายในของฝรั่งเศสมาโดยตลอด

สำหรับวิธีการแก้ปัญหาเฉพาะหน้าที่รัฐบาลฝรั่งเศสนำมาใช้โดยที่ไม่ได้แก้ไขกฎหมายรับบุตรบุญธรรมในขณะนั้น ต้องย้อนไปเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๖<sup>๑๖</sup> ศาลฎีกาฝรั่งเศสอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันที่จดทะเบียน PACS สามารถใช้วิธีการ “มอบอำนาจปกครองบุตร” (la délégation d'autorité parentale) ให้แก่คู่ชีวิตได้ หรือกรณีของคู่รักเพศเดียวกันที่อยู่ร่วมกันโดยไม่จดทะเบียนที่เรียกว่า concubinage ก็สามารถใช่วิธีนี้ได้ ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าทั้งคู่จะต้องอยู่ร่วมกันมาอย่างต่อเนื่องและมีสถานะคู่ชีวิตที่มั่นคง ที่สำคัญคือต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นตามพฤติการณ์และวิธีการดังกล่าวต้องเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ตัวเด็ก

หากพิจารณาประเด็นเดียวกันนี้ในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี เห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงกับบรรพ ๕ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างมาก เพราะมีเป้าหมายดั้งเดิมคือ ต้องการรับรองสิทธิและหน้าที่ทุกประการให้คู่ชีวิตที่เป็นคู่รักเพศเดียวกันเหมือนกับคู่สมรสให้มากที่สุด แต่มิได้รับการเรียกว่า “คู่สมรส” โดยร่างได้กำหนดเหตุแห่งการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิตไม่ต่างจากการหย่าของคู่สมรส ไม่ว่าจะเป็นการหย่าโดยความยินยอม หรือหย่าโดยคำพิพากษา การเลิกคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ที่เสนอโดยรัฐบาล จึงไม่อาจทำได้ง่ายเหมือนการเลิกสัญญา PACS ตามกฎหมายฝรั่งเศส อีกทั้งยังกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีอำนาจเหนือคดีตามกฎหมายคู่ชีวิตไม่ต่างไปจากการสมรส จึงเป็นข้อแตกต่างที่ชัดเจนระหว่างคู่ชีวิตตามกฎหมายไทยกับคู่ชีวิตตามกฎหมายฝรั่งเศส ดังนั้น การที่กรรมาธิการบางส่วนพยายามผลักดันให้ที่ประชุมลดทอนสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ฉบับรัฐบาลเพื่อให้คล้ายคลึงกับกฎหมาย PACS ของฝรั่งเศส ย่อมต้องพิจารณาว่าจะลดทอนสิทธิในเรื่องใด หากเป็นเรื่องสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต และปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (สมรสเท่าเทียม) ไม่ผ่านการพิจารณาในวาระสองและวาระสาม แต่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ผ่านวาระสองและวาระสาม

<sup>๑๖</sup> Cass. 1er civ., 24 February 2006. เป็นกรณีของคู่รักหญิง-หญิง ซึ่งได้จดทะเบียน PACS ในปี ค.ศ. 1999 ต่อมาฝ่ายหนึ่งให้กำเนิดทารกเพศหญิงสองคนโดยไม่ปรากฏบิดาของเด็ก คู่ชีวิตอีกฝ่ายประสงค์จะร่วมใช้อำนาจปกครองเด็กทั้งสอง จึงยื่นคำร้องต่อศาล ซึ่งศาลเห็นว่ามาตรา ๓๗๗ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งไม่ได้บัญญัติห้ามไว้

ย่อมเป็นที่น่าเสียดายที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายคู่ชีวิตฉบับที่ให้สิทธิแก่คู่รักเพศเดียวกันน้อยกว่าคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

#### ๑.๔.๒ แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้

ส่วนหนึ่งเนื่องมาจากการที่ฝรั่งเศสมีกฎหมายสมรสเท่าเทียมเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๓ ทำให้สิทธิในการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคู่สมรสเพศเดียวกันเป็นไปโดยอัตโนมัติ ไม่ต้องแก้ไขกฎหมาย แต่กรณีของคู่ชีวิตยังคงไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวจนกระทั่งปี ค.ศ. ๒๐๒๒ ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นเพราะกฎหมาย PACS ได้รับการออกแบบมาเพื่อรองรับสถานะความสัมพันธ์แบบหลวม ๆ ไม่แน่นแฟ้นเท่าการสมรส<sup>๑๗</sup> ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลสองคนที่สามารถเลิกกันได้ง่ายโดยการบอกกล่าวล่วงหน้าเสมือนหนึ่งสัญญาทางการค้าและแจ้งที่โนตารีพับลิกว่าประสงค์จะเลิกคู่ชีวิต เช่นนี้อาจไม่มั่นคงเพียงพอและไม่อาจทำให้ผู้ร่างกฎหมายรวมถึงผู้กำหนดนโยบายตัดสินใจนำชีวิตของเด็กมาเสี่ยงกับความสัมพันธ์เช่นนี้ได้ หากบุคคลคู่หนึ่งมีความมั่นใจแล้วว่าจะใช้ชีวิตครอบครัวด้วยกันก็คงปรับสถานะจากคู่ชีวิตมาเป็นคู่สมรสแล้วจึงค่อยรับบุตรบุญธรรม ด้วยเหตุนี้ เรื่องการรับบุตรบุญธรรมของคู่ PACS จึงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ยาวนานมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๘ ที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมีคำพิพากษาในคดี E.B. vs France<sup>๑๘</sup> กระทั่ง ปี ค.ศ. ๒๐๑๘ รัฐบาลมอบหมายให้กระทรวงยุติธรรมรวบรวมสถิติการรับบุตรบุญธรรม<sup>๑๙</sup> โดยคู่รักเพศเดียวกันจดทะเบียน PACS แล้ว เพื่อนำมาใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาว่าสมควรจะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหรือไม่ และท้ายที่สุดก็ได้เสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๒๒

สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่พึงตระหนักคือ การรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายฝรั่งเศสมี ๒ แบบ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แบบที่เรียกว่า l'adoption plénière คือการรับบุตรบุญธรรมเต็มรูปแบบที่สร้างความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมขึ้นใหม่นั้น ยังทำให้บุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบทอดของผู้รับบุตรบุญธรรมด้วย อาทิ ต้องใช้นามสกุล

<sup>๑๗</sup> ในเรื่องนี้ มีหลักฐานรองรับว่า รัฐบาลฝรั่งเศสได้ยกข้อต่อสู้ในคดี Mmes GAS et Dubois ต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ในปี ค.ศ. ๒๐๑๐ ว่า เหตุที่ไม่ประสงค์ให้คู่ชีวิตรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ เป็นเพราะการเลิก PACS นั้นสามารถทำได้โดยง่าย เพียงแค่ทั้งสองฝ่ายหรือแม้แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตัดสินใจเลิกก็สามารถไปแจ้งยกเลิกทางทะเบียนได้ โดยกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้ต้องผ่านการพิจารณาของศาลครอบครัว จึงไม่อาจรับประกันความมั่นคงในชีวิตตลอดจนให้ความคุ้มครองเด็กหรือบุตรบุญธรรมที่ต้องมีชีวิตอยู่เป็นครอบครัวกับคู่ชายหญิงหรือคู่เพศเดียวกันที่ยกเลิก PACS ได้ในช่วงก่อนที่จะมีการเลิกทะเบียน ซึ่งเป็นจุดที่แตกต่างจากการสมรสที่กำหนดให้ศาลครอบครัวเข้ามามีบทบาทไกล่เกลี่ยก่อนที่จะให้หย่าในกรณีที่คู่สมรสมีบุตรด้วยกันหรือรับบุตรบุญธรรม โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลัก

<sup>๑๘</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถที่ ๑๐

<sup>๑๙</sup> Ministère de la justice, Service statistique ministériel de la justice, « L'adoption de l'enfant du conjoint en 2018 », n° 175 février 2020, สืบค้นเมื่อวันที่ ๕ สิงหาคม ๒๕๖๕

ของผู้รับบุตรบุญธรรม และให้สิทธิที่จะใส่ชื่อสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรมทั้งคู่ต่อจากชื่อเด็กได้จากสถิติของกระทรวงยุติธรรมพบว่า ในครอบครัวที่เป็นคู่สมรสเพศเดียวกัน (หญิง-หญิง) บุตรบุญธรรมจะเปลี่ยนมาใช้นามสกุลของแม่ทั้งสองถึงร้อยละ ๘๒<sup>๒๐</sup> ในขณะที่การรับบุตรบุญธรรมแบบ l'adoption simple นั้น ไม่สามารถให้บุตรบุญธรรมใช้ชื่อสกุลได้ เพราะบุตรบุญธรรมยังไม่ได้ตัดขาดความสัมพันธ์จากครอบครัวเดิม ในเรื่องการใส่ชื่อสกุล ผู้เขียนพิจารณาจากการเก็บสถิติของกระทรวงยุติธรรมแล้วพบว่าสังคมฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับชื่อสกุลเป็นอย่างมาก การตรวจสอบสถานะของบุคคลในการติดต่อราชการต่าง ๆ ใช้ชื่อสกุลเป็นหลัก การรับบุตรบุญธรรมแบบ l'adoption plénière จึงมีวัตถุประสงค์หลักคือต้องการคนสืบทอดสายสกุลของผู้รับบุตรบุญธรรม นอกจากนี้ การรับบุตรบุญธรรมแบบ l'adoption plénière นั้น กฎหมายจำกัดอายุของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรมไว้ไม่เกิน ๑๕ ปี แต่การรับบุตรบุญธรรมแบบ l'adoption simple ทำได้โดยไม่จำกัดอายุของบุตรบุญธรรม ดังนั้น แนวโน้มการรับบุตรบุญธรรมแบบ l'adoption simple จึงเพิ่มขึ้นทุกปี เพราะสามารถทำได้ง่ายกว่า หากเกิดกรณีจำเป็นจะต้องรับบุตรบุญธรรมก็สามารถทำได้ตลอดเวลา เช่น สมรสกับบุคคลที่เป็นหม้ายมีลูกติด เมื่อตอนที่บุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายมีอายุเกิน ๑๕ ปี แล้ว ก็สามารถรับบุตรบุญธรรมได้ด้วยวิธีนี้ หรือเมื่อคู่สมรสที่มีบุตรติดตามเสียชีวิตไป และฝ่ายที่มีชีวิตอยู่มีความประสงค์จะรับบุตรของผู้ตายเป็นบุตรบุญธรรม ก็สามารถทำได้เช่นกัน

### ๑.๕ การสิ้นสุดการเป็นคู่ PACS

เป็นไปตามเหตุที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา ๕๑๕-๗ กล่าวคือ

**๑.๕.๑ เลิกด้วยความยินยอมของทั้งคู่ หรือฝ่ายหนึ่งแจ้งต่อโนตารีหรือแจ้งต่อเจ้าหน้าที่เขตที่ได้ไปจดทะเบียนเพื่อเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว** (มาตรา ๕๑๕-๗ วรรค ๓) โดยไม่ต้องแสดงเหตุผลใด ๆ ในการขอเลิกทั้งสิ้น เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดเหตุในการเลิกกันไว้ ทำให้เลิกได้ง่ายกว่าการหย่าในกรณีของคู่สมรส โดยกฎหมายกำหนดให้บอกกล่าวให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายทราบ และนำหลักฐานการบอกกล่าวมาใช้ประกอบการขอเลิกคู่ชีวิตต่อเจ้าหน้าที่หรือโนตารีพับติก เมื่อเจ้าหน้าที่บันทึกการขอเลิกในระบบ ถือว่าสถานะคู่ชีวิตเป็นอันสิ้นสุดทันที

**๑.๕.๒ จดทะเบียนสมรส** ไม่ว่าจะจดทะเบียน Pacsé ของตนเพื่อพัฒนาความสัมพันธ์ หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปจดทะเบียนสมรสกับบุคคลอื่น นายทะเบียนจะบันทึกการเลิก PACS ในทะเบียน จากนั้นโนตารีจะดำเนินการโฆษณาให้ทราบเป็นการเปิดเผย และบันทึกในสูติบัตร (un acte de naissance) ของทั้งสองฝ่ายว่าได้มีการจดทะเบียนเลิกกันแล้ว ซึ่งการยกเลิก PACS จะมีผลใช้ยันต่อบุคคลภายนอกได้นับแต่วันที่มีการบันทึกทางทะเบียน (article 515-7 du code civil précise que « Le pacte civil de solidarité se dissout par la

<sup>๒๐</sup> Ibid., p. 6

mort de l'un des partenaires ou par le mariage des partenaires ou de l'un d'eux »).

**๑.๕.๓ กรณีเสียชีวิต** การตายของคู่ Pacsé มีผลให้สัญญาเลิกกันนับแต่วันที่ฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต และจะมีผลใช้บังคับต่อบุคคลภายนอกได้นับแต่วันที่มีการบันทึกทางทะเบียน เนื่องจากกฎหมายมีเจตนาไม่กำหนดให้คู่ชีวิตมีสถานะทายาทโดยธรรมของอีกฝ่าย ดังนั้นจึงแนะนำให้คู่ชีวิตทำพินัยกรรมหากประสงค์จะให้อีกฝ่ายเป็นผู้รับพินัยกรรม นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งตาย กฎหมายให้อนุโลมใช้มาตรา ๗๖๓ มาตรา ๘๓๑ ถึง ๘๓๑-๔ (เรื่องที่อยู่อาศัยร่วมกันและสัญญาเช่า) ที่ใช้กับคู่สมรสมาใช้กับคู่ชีวิตด้วย

**๑.๕.๔ กรณีคู่ Pacsé ตกเป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ** กฎหมายเปิดช่องให้ผู้ที่มีศาลมีคำสั่งให้เป็นผู้อนุบาลสามารถยื่นคำขอให้เลิกสัญญา PACS ของบุคคลนั้น หรือในบางกรณีหากศาลเห็นสมควรก็สามารถสั่งให้เลิกสัญญา PACS ได้เช่นกัน

#### ๑.๖ สิทธิประโยชน์อื่น ๆ ที่เป็นผลมาจากการจดทะเบียนคู่ชีวิต

เป็นเรื่องที่ผู้เรียกร้องให้มีกฎหมายสมรสเท่าเทียมมักจะนำมาใช้เป็นข้อโจมตีร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ที่คณะรัฐมนตรีเสนอ โดยพยายามชี้ให้เห็นข้อด้อยของร่างนี้ว่า ท้ายที่สุดก็ไม่อาจทำให้คู่ชีวิตมีสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ เทียบเท่าสามีและภรรยา และคู่สมรสได้ ในขณะที่ PACS เป็นรูปแบบของการอยู่ร่วมกันที่รัฐบาลฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๙๙ มีความตั้งใจแล้วว่าจะให้สิทธิประโยชน์เรื่องใดบ้างแก่คู่ชีวิต และสังเกตได้ว่ารัฐได้ทยอยให้สิทธิต่าง ๆ เพิ่มขึ้นทีละน้อย โดยในบางเรื่องก็ยังคงสงวนไว้ให้เฉพาะคู่สมรส เพื่อเป็นการยืนยันว่าหากคู่รักคู่หนึ่งมีความพร้อมที่จะพัฒนาความสัมพันธ์ให้มากขึ้นก็ควรเปลี่ยนสถานะจากคู่ PACS มาเป็นคู่สมรส

**๑.๖.๑ สิทธิในการรับบำนาญหรือเงินช่วยเหลือ** หากฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต คู่ Pacsé ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่มีสิทธิรับบำนาญหรือเงินช่วยเหลือการเป็นหม้ายดังเช่นกรณีคู่สมรส

**๑.๖.๒ สิทธิได้รับความช่วยเหลือที่อยู่อาศัยร่วมกัน** ได้เงินช่วยค่าเช่าบ้านเพิ่มขึ้นกว่าการแยกขอแบบเดี่ยว

**๑.๖.๓ การยื่นภาษี** สามารถยื่นแบบเสียภาษีเงินได้ร่วมกันได้ตั้งแต่ปีแรกที่จดทะเบียนคู่ชีวิต ช่วยประหยัดได้มากขึ้น ได้รับการยกเว้นภาษีการโอน กรณีโอนทรัพย์สินให้อีกฝ่ายได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมจากการรับมรดกเมื่อมีชื่อเป็นผู้รับพินัยกรรม

**๑.๖.๔ การขออนุญาตเข้าเมืองและพำนักรักษาในต่างประเทศฝรั่งเศสแบบระยะยาว** เป็นสิทธิประโยชน์ที่น่าสนใจสำหรับคนต่างด้าว โดยเฉพาะคนจากประเทศที่ต้องขอวีซ่าระยะยาวเพื่อศึกษาต่อในฝรั่งเศส เงื่อนไขที่กฎหมายคู่ชีวิตบังคับคือเรื่องการมีถิ่นที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น คนที่มีได้มีสัญชาติของรัฐบาลสมาชิกสหภาพยุโรปจดคู่ชีวิตในฝรั่งเศสกับคนสัญชาติฝรั่งเศส (เช่น คนสัญชาติไทย คนที่มีได้มีสัญชาติของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและจดคู่ชีวิตในประเทศฝรั่งเศสกับคนสัญชาติของรัฐบาลสมาชิกสหภาพยุโรป) และคนที่มีได้มีสัญชาติของ

รัฐสมาชิกสหภาพยุโรปที่จัดคู่ชีวิตกับคนที่มิได้มีสัญชาติของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป แต่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีถิ่นที่อยู่ในฝรั่งเศส คนต่างด้าวตามที่กล่าวมานี้จะได้รับสิทธิประโยชน์ในการขอวีซ่าระยะยาวในกลุ่มของ *vie privée et familiale* (ชีวิตส่วนบุคคลและครอบครัว)<sup>๒๑</sup> คือ ได้รับการพิจารณาอนุมัติที่ง่ายกว่าคนต่างด้าวที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องครอบครัวกับประเทศฝรั่งเศสเลย เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้คู่ชีวิตฝ่ายที่ต้องขอวีซ่าระยะยาวต้องพิสูจน์ก็คือ ๑) หลักฐานการจดคู่ชีวิต ๒) หลักฐานพิสูจน์ความสัมพันธ์ว่าเป็นคู่ชีวิตจริง ๆ เช่น มีที่อยู่อาศัยร่วมกัน

**๑.๗ สิทธิประโยชน์ที่คู่ชีวิตจะไม่ได้รับและต่างจากคู่สมรส** อาทิ เรื่องเงื่อนไขการแปลงสัญชาติ โดยคู่ชีวิตจะยังคงอยู่ภายใต้เงื่อนไขการแปลงสัญชาติเป็นฝรั่งเศสไม่ต่างจากคนต่างด้าวทั่วไปไม่ได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ ในขณะที่คู่สมรสต่างด้าวของคนสัญชาติฝรั่งเศสจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ผ่อนคลายน้อยกว่า ได้รับการพิจารณาแปลงสัญชาติด้วยเงื่อนไขที่ดีกว่าคนต่างด้าวทั่วไป เรื่องการใช้นามสกุลของอีกฝ่าย คู่ชีวิตจะไม่มีสิทธิใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่าย ต่างจากคู่สมรสที่สามารถใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งได้ และเมื่อคู่สมรสมีบุตรหรือบุตรบุญธรรม บุตรหรือบุตรบุญธรรมย่อมมีสิทธิใช้นามสกุลของบุพการีที่สมรสกันได้

เมื่อพิจารณาจากสาระสำคัญของกฎหมายคู่ชีวิตของฝรั่งเศส สามารถสรุปได้ว่าแนวคิดในสังคมฝรั่งเศสในเรื่องการรับรองสิทธิในการสร้างครอบครัวของคนเพศเดียวกัน เริ่มจากการสร้างกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์แบบหลวม ๆ ให้กับคู่รัก โดยมีความตั้งใจตั้งแต่แรกที่จะให้สิทธินี้กับคนทุกเพศ แม้ว่าคู่รักต่างเพศจะสามารถจดทะเบียนสมรสได้ แต่เมื่อมีกฎหมาย PACS ชายและหญิงจำนวนมากก็มักจะเริ่มต้นความสัมพันธ์แบบคู่ชีวิตไปก่อน ซึ่งกฎหมาย PACS เปิดช่องให้มีการพัฒนาความสัมพันธ์จากคู่ชีวิตไปสู่คู่สมรสได้ โดยบัญญัติไว้ชัดเจนตามที่กล่าวมาในประเด็นนี้ ก่อนที่จะถึงปี ค.ศ. ๒๐๑๓ จึงถูกมองว่ารัฐให้ทางเลือกหรือปฏิบัติต่อคู่ชาย-หญิงดีกว่าคู่รักเพศเดียวกัน เพราะชายหญิงมีทางเลือกมากกว่า ในขณะที่คู่รักเพศเดียวกันทำได้เพียงจดทะเบียน PACS ดังนั้น จึงมีความพยายามเรียกร้องให้รัฐฝรั่งเศสเปิดกว้างยอมรับการสมรสของคนเพศเดียวกัน และประสบความสำเร็จใน ๑๓ ปีต่อมา ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

## ๒. การสมรสของคนเพศเดียวกัน (le mariage de même sexe)

ในขณะที่เขียนบทความนี้ กฎหมายไทยยังไม่รองรับสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวโดยการสมรสให้กับบุคคลเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ครอบครัว หรือพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช ๒๔๗๘ ล้วนแต่กำหนดให้ชายและหญิงเท่านั้นที่จะสมรสได้

<sup>๒๑</sup> มาตรา L 423-23 แห่งประมวลกฎหมายคนเข้าเมืองและการพำนักอาศัยของคนต่างด้าวและสิทธิของผู้ลี้ภัย Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile



เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓ หุ่นส่วนและบริษัท ที่คนบางกลุ่มเห็นว่าสามารถนำมาใช้กับกลุ่มผู้หลากหลายทางเพศได้ จะพบว่ากฎหมายหุ่นส่วน และบริษัทเป็นกฎหมายที่รับรองนิติฐานะของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเพื่อจัดการทรัพย์สินโดยมุ่งเน้น เรื่องประกอบธุรกิจ ถือเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินระหว่างบุคคลแต่มิใช่ ความสัมพันธ์ในฐานะครอบครัว จึงกล่าวได้ว่ายังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดของไทย ที่ยอมรับให้คนเพศเดียวกันสร้างครอบครัวด้วยกันได้ ทั้งที่ครอบครัวเป็นหน่วยย่อยที่สำคัญที่สุด ของสังคม การก่อตั้งครอบครัวโดยได้รับการรับรองตามกฎหมายจึงควรเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐให้ การรับรองแก่ประชาชน และเมื่อคนเพศเดียวกันยังไม่สามารถจดทะเบียนสร้างครอบครัวร่วมกัน ได้ตามกฎหมายไทย จึงไม่ต้องกล่าวถึงการรับบุตรบุญธรรมร่วมกันของคนกลุ่มนี้

ในคราวประชุมสภาผู้แทนราษฎร วันที่ ๑๗ มิถุนายน ๒๕๖๕ ที่ประชุมได้มีมติ รับหลักการร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่คณะรัฐมนตรีเสนอ พร้อมกับรับหลักการร่าง พระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ของพรรคประชาธิปัตย์ และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (สมรสเท่าเทียม) ที่เสนอโดยนายธัญวัจน์ กมลวงศ์วัฒน์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคก้าวไกล ดังนั้น คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงต้องพิจารณาร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียมไปพร้อมกัน ผู้เขียนได้เข้าร่วมการประชุมในฐานะผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อสังเกตว่า กรรมาธิการบางส่วนและที่ปรึกษาคณะกรรมการบางท่านมักจะอ้างถึงระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่ใช้ทั้งคู่ชีวิตและคู่สมรสควบคู่กันไป และเริ่มมีแนวคิดว่าการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ที่เสนอโดยรัฐบาล ให้มีลักษณะเช่นเดียวกับ PACS ของฝรั่งเศส คือ ให้ทุกเพศจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ และให้สิทธิในเรื่องต่าง ๆ น้อยกว่าการสมรส เพื่อให้สอดคล้องกับการสมรสเท่าเทียม การที่จะ ตัดสินใจปรับแก้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ฉบับรัฐบาลเพื่อด้อยสิทธิของคู่ชีวิต ให้แตกต่างจาก คู่สมรสเพศเดียวกันนั้นเป็นเรื่องที่ต้องทบทวนให้รอบคอบตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ยิ่งไปกว่านั้น ภารกิจที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับมาในชั้นการตรวจพิจารณาร่าง คือ ยกร่าง กฎหมายคู่ชีวิตที่ให้สิทธิแก่คู่ชีวิตเช่นเดียวกันกับที่คู่สมรสได้รับตามบรรพ ๕ และบรรพ ๖ ให้มากที่สุด แต่ยังไม่รับรองสิทธิตามกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ โดยในช่วงปลายปี พ.ศ. ๒๕๖๑ ยังไม่ปรากฏ การเสนอร่างกฎหมายเพื่อการสมรสเท่าเทียม และที่ประชุมได้สอบถามหน่วยงานเจ้าของเรื่องแล้ว ว่าต้องการเปิดกว้างให้คนเพศเดียวกันสมรสกันได้เลยหรือไม่ เพื่อจะได้ไม่ต้องแก้ไขกฎหมายอีก ในอนาคต หน่วยงานเจ้าของเรื่องชี้แจงว่ามีกฎหมายคู่ชีวิตก็เป็นการเพียงพอแล้วในขณะนี้ เพราะ การร่างกฎหมายให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสกันได้ในขณะที่นั้นอาจมีกระแสต่อต้านที่รุนแรง หลังจาก ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้วเสร็จเมื่อต้นปี พ.ศ. ๒๕๖๓ เมื่อเวลา ล่วงเลยมาจนถึงปี ๒๕๖๕ รัฐบาลจึงได้นำร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ กลับมาอีกครั้ง และต่อมา คณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้ให้ความสนใจการแก้ไขกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก



### ๒.๑ รัฐบัญญัติ วันที่ ๑๗ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ (la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013)

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ ฝรั่งเศสได้ประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการสมรสของคนเพศเดียวกัน (ในฝรั่งเศสเรียกว่า mariage de même sexe) ได้แก่ “รัฐบัญญัติ วันที่ ๑๗ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ (la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013) เพื่อรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกัน” ซึ่งเรื่องนี้มีที่มาจากตั้งแต่สมัยที่นางเซโกแลน รัยาล (Ségolène Royal) ผู้สมัครชิงตำแหน่งประธานาธิบดีจากพรรคสังคมนิยม (Parti Socialiste) หาเสียงไว้ในปี ค.ศ. ๒๐๐๗ แต่แพ้การเลือกตั้ง แคมเปญนี้จึงไม่ได้รับการสานต่อ เนื่องจากฝ่ายชนะการเลือกตั้งไม่เห็นด้วยกับการสมรสเท่าเทียมอย่างชัดเจน จนกระทั่งในปี ค.ศ. ๒๐๑๒ ผู้สมัครชิงตำแหน่งประธานาธิบดีจากพรรคสังคมนิยม คือนายฟร็องซัวส์ ออลลองด์ (François Hollande) ได้นำแคมเปญเดิมมาหาเสียงอีกครั้ง โดยอนุमानว่า หากพรรคชนะการเลือกตั้ง ย่อมเป็นเครื่องยืนยันว่าประชาชนส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการที่รัฐบาลจะเสนอร่างกฎหมายให้คนเพศเดียวกันสมรสกันได้ และเมื่อชนะการเลือกตั้ง ประธานาธิบดีจึงได้ทำตามที่เขาเสียงไว้โดยการผลักดันร่างกฎหมายการสมรสสำหรับทุกคน หรือ mariage pour tous (marriage for all) สำหรับผู้ที่ไม่เห็นด้วยก็ได้ออกมาแสดงการคัดค้านโดยเดินขบวนประท้วงในทุกเมืองใหญ่ ส่วนมากไม่เห็นด้วยในเรื่องการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสเพศเดียวกัน และคัดค้านเรื่องการอุ้มบุญ โดยเห็นว่าครอบครัวควรประกอบด้วยพ่อแม่ต่างเพศและบุตร ส่วนการก่อตั้งครอบครัวของคนเพศเดียวกันก็ควรเป็นเพียงความสัมพันธ์ระหว่างคนสองคนเท่านั้น ไม่ควรนำเรื่องบุตรเข้าไปเกี่ยวข้องด้วย

แนวคิดเรื่องการสมรสของประเทศฝรั่งเศสในอดีตนั้นไม่ได้ต่างไปจากชาติอื่น เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. ๑๘๐๔ มาตรา ๒๑๓ บัญญัติไว้ว่า สามามีหน้าที่ต้องปกป้องคุ้มครองภริยา และภริยาต้องเชื่อฟังสามี ต่อมาในช่วงทศวรรษที่ ๗๐ ที่มีการเรียกร้องความเสมอภาคระหว่างชายหญิง จึงได้เริ่มการแก้ไขบทบัญญัติมาตรานี้พร้อมกับมาตราอื่น ๆ ที่ใช้คำว่าสามีและภริยา โดยนำคำว่าคู่สมรส (les époux เทียบได้กับคำว่า spouses ในภาษาอังกฤษ) มาใช้แทน และแก้ไขหน้าที่ระหว่างคู่สมรสให้มีความเสมอภาคกันยิ่งขึ้น

สำหรับการแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ เพื่อให้คนเพศเดียวกันสมรสกันได้ ใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งเรื่องการสมรส จากเดิมที่ประมวลกฎหมายแพ่งไม่เคยมีนิยาม “การสมรส” เอาไว้ และมีได้ระบุเพศของคู่สมรสมาก่อน<sup>๒๒</sup> แต่ถ้อยคำที่แสดงเพศชายและเพศหญิงจะปรากฏในมาตราอื่น ๆ เช่น ในมาตราที่กำหนดอายุขั้นต่ำในการสมรส ดังนั้น ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาจึงเป็นจารีตที่เกิดจากแนวความเชื่อทางศาสนาว่า การสมรสจะ

<sup>๒๒</sup> ในเรื่องนี้หากเทียบกับกฎหมายไทยพบว่า มาตรา ๑๔๕๗ บัญญัติว่า “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” มาตรานี้มิได้กำหนดเพศของคู่สมรส แต่มาตรา ๑๔๕๘ บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากันและต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย” เป็นมาตราที่ระบุชัดว่าบุคคลสองคนที่จะสมรสต้องเป็นคนต่างเพศกันโดยกำเนิดเท่านั้น

กระทำไ้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจน ผู้ร่างกฎหมายจึงได้บัญญัติ มาตรา ๑๔๓ เพิ่มขึ้น เพื่อกำหนดบทนิยามของ “สมรส” ไว้เป็นครั้งแรก ว่า “การสมรสเป็น สัญญาที่สร้างขึ้นโดยบุคคลสองคนที่มีเพศต่างกัน หรือเพศเดียวกัน”<sup>๒๓</sup> จึงทำให้คู่สมรส เพศเดียวกันได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันกับคู่สมรสต่างเพศทุกประการ หนึ่ง นับตั้งแต่การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. ๑๘๐๓ ฝรั่งเศสไม่เคยนิยามคำว่า “สมรส” มาก่อน กระทั่งปี ค.ศ. ๒๐๑๓

## ๒.๒ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ วันที่ ๑๗ พฤษภาคม

ค.ศ. ๒๐๑๓<sup>๒๔</sup>

ก่อนที่รัฐบัญญัติจะมีผลใช้บังคับเพียงหนึ่งเดือน ศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้รับพิจารณาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติในประเด็นว่า การให้คน เพศเดียวกันสมรสกันได้เป็นสิ่งที่ขัดต่อ “หลักการพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายของ สาธารณรัฐ” ซึ่งข้อความนี้ปรากฏอยู่ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ<sup>๒๕</sup> เนื่องจาก ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา การสมรสเป็นเรื่องที่สงวนไว้ให้ชายและหญิงเท่านั้น เห็นได้จากการที่ กฎหมายทุกฉบับเขียนรับรองเฉพาะคู่สมรสชายหญิง ดังนั้น การให้คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถ รับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้เช่นเดียวกับคู่สมรสชายหญิงจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ ผู้ร่าง กฎหมายไม่มีอำนาจที่จะกระทำได้ โดยมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ๑๒๐ คน เป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ตีความ โดยอ้างว่าในการเสนอร่างกฎหมายนี้ ผู้เสนอยังมิได้ศึกษาผลกระทบ ของกฎหมายอย่างเพียงพอ

ศาลรัฐธรรมนูญจึงถือโอกาสนี้อธิบายสิ่งที่เขียนไว้ในอารัมภบทของ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๕๘ ซึ่งเป็นการเขียนอ้างอิงถึงอารัมภบทในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๔๖

๑) สิ่งที่จะเรียกได้ว่าเป็น “หลักการพื้นฐาน” หรือรากฐาน หลักการ ดังกล่าวต้องมีความสำคัญเพียงพอ คือมีระดับความเป็นทั่วไปของหลักการและอยู่ในเรื่องที่มีผลกระทบ กับชาติบ้านเมือง เช่น เรื่องของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน อธิปไตยของรัฐ

๒) หลักการที่อ้างว่าเป็นพื้นฐานนี้จะต้องเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ใน บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในช่วงปี ค.ศ. ๑๙๔๖ ที่รัฐธรรมนูญและอารัมภบท ดังกล่าวบังคับใช้อยู่ และต้องพิสูจน์ด้วยว่าตลอดระยะเวลาที่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ไม่เคยมี การเปลี่ยนแปลงของหลักการเช่นนั้น

<sup>๒๓</sup> Article 143 « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. »

<sup>๒๔</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

<sup>๒๕</sup> อารัมภบทของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ การกระทำใด ๆ ที่ขัด ต่ออารัมภบทย่อมถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย

ศาลเห็นว่า ต่อข้ออ้างของผู้ร้องว่า การสมรสเป็นเรื่องที่สงวนไว้ให้เฉพาะชายและหญิงตลอดมานั้น ศาลไม่เห็นว่าเป็นหลักการที่จะเรียกได้ว่าเป็น “หลักการพื้นฐาน” หรือมีความสำคัญเพียงพอ มีระดับความเป็นทั่วไป และเป็นเรื่องที่มีผลกระทบกับชาติบ้านเมือง ดังเช่นเรื่องของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน จะกระทบต่ออธิปไตยของรัฐ จึงเห็นว่ารัฐบัญญัติที่ให้คนเพศเดียวกันสมรสกันได้ไม่ขัดต่ออารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ๑๙๔๖

ส่วนในประเด็นที่ว่า ผู้ร่างกฎหมายไม่มีอำนาจแก้ไขกฎหมายในเรื่องที่ผู้ร้องอ้างว่าเป็นหลักการพื้นฐานหรือรากฐานอย่างเรื่องสมรสนั้น ศาลเห็นว่า ผู้ร่างกฎหมาย (ในที่นี้หมายถึงฝ่ายนิติบัญญัติ) มีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใหม่หรือจะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่เดิม หรือจะยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดก็ได้ ตราบเท่าที่การกระทำที่กล่าวมายังคงรับรองสิทธิหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติยอมรับกฎหมายให้คนเพศเดียวกันสมรสกันได้นั้น เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันโดยไม่มีเหตุอันควรต่อคู่ชายหญิงและคู่เพศเดียวกัน ทำให้คู่เพศเดียวกันไม่สามารถเข้าถึงสิทธิอย่างเดียวกันที่สถานะสมรสสามารถให้ได้ ทำให้ไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมดังที่คู่ชายหญิงได้รับการคุ้มครอง<sup>๒๖</sup>

**๒.๓ สารสำคัญของรัฐบัญญัติ วันที่ ๑๗ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ (la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013)** เพื่อรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกัน มีทั้งหมด ๒๒ มาตราสามารถสรุปได้ดังนี้

**๑) แก้ไขเนื้อหาในประมวลกฎหมายแพ่ง** เป็นการกำหนดให้แก้ไขเพิ่มเติมเฉพาะบางมาตราที่สำคัญ เช่น เพศ โดยตัดคำว่า “ชาย” “หญิง” ออกจากบางมาตรา และใช้คำว่า “บุคคล” แทน ส่วนบทบัญญัติที่ใช้คำว่า “คู่สมรส” หรือ « les époux » อยู่แต่เดิมก็มิได้ประสบปัญหาในการบังคับใช้ และเป็นที่น่าสังเกตว่าในประมวลกฎหมายแพ่ง (มาตรา ๒๑๒ - มาตรา ๒๒๖) ในหมวดหน้าที่และสิทธิของคู่สมรส (Des devoirs et des droits respectifs des époux) ได้มีการแก้ไขคำว่าสามีและภริยาเป็นคู่สมรสมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๗๑ เช่น หน้าที่ของคู่สมรส มาตรา ๒๑๒ กำหนดให้ คู่สมรสต่างมีหน้าที่เคารพ ซื่อสัตย์ ช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน และมาตรา ๒๑๓ กำหนดให้ คู่สมรสต่างช่วยกันกำหนดทิศทางของครอบครัว ทั้งเรื่องทางจิตใจและทางวัตถุ ทั้งคู่ต้องร่วมกันรับผิดชอบการศึกษาของบุตรและเตรียมความพร้อมสำหรับอนาคตของบุตร

**๒) แก้ไขกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Laws Rules)** โดยให้บัญญัติเพิ่มเติมว่า “คุณสมบัติและเงื่อนไขในการสมรสของแต่ละฝ่ายอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยบุคคลของฝ่ายนั้น” (กฎหมายขัดกันใช้คำว่า la loi personnelle หมายถึงกฎหมายสัญชาติหรือกฎหมายภูมิลำเนา) และ “บุคคลเพศเดียวกันสองคนสามารถสมรสได้เมื่อ

<sup>๒๖</sup> อ้างแล้ว, เชิงอรรถ ๒๔

ปรากฏว่ากฎหมายว่าด้วยบุคคลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือกฎหมายของรัฐที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาหรือมีถิ่นที่อยู่ ยอมรับการสมรสของคนเพศเดียวกัน”

ข้อสังเกตที่น่าสนใจในประเด็นนี้เป็นเรื่องที่ว่า การที่ผู้ร่างกฎหมายฝรั่งเศสเขียนกฎหมายขัดกันเช่นนี้ถือเป็นนิตินโยบาย<sup>๒๗</sup> ที่จะใช้กฎหมายภายในของฝรั่งเศสเหนือกว่ากฎหมายต่างประเทศ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเห็นว่าอยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะออกกฎหมายเช่นนี้ได้ แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดกันนี้จะไม่นำมาใช้กับประเทศที่ได้ทำความตกลงหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศกับฝรั่งเศสในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลหรือ personal law หรือที่ฝรั่งเศสเรียกว่า la loi personnelle ในความตกลงทวิภาคีเหล่านั้นมักจะกำหนดไว้ชัดเจนว่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบุคคล เช่น เงื่อนไขการสมรส จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐที่บุคคลนั้นมีสัญชาติเท่านั้น หมายความว่า จะไม่ให้ใช้กฎหมายฝรั่งเศสบังคับ ไม่ว่ากฎหมายสมรสเพศเดียวกันของฝรั่งเศสจะเขียนไว้อย่างเปิดกว้างเพียงใด หากอีกฝ่ายมีสัญชาติของรัฐที่ทำความตกลงดังกล่าว เช่น อัลจีเรีย โมร็อกโก เวียดนาม<sup>๒๘</sup> เช่นนี้ก็ไม่อาจสมรสกับคนเพศเดียวกัน แม้จะอาศัยอยู่ในฝรั่งเศสทั้งคู่

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรา ๑๙ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๔๑ กำหนดว่า เงื่อนไขแห่งการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย ซึ่งมีผลทำให้คนสัญชาติไทยที่ประสงค์จะสมรสกับคนต่างชาติที่กฎหมายของประเทศนั้นไม่ยอมรับการสมรสเพศเดียวกัน ไม่อาจสมรสกันตามกฎหมายไทยที่แก้ไขใหม่ได้ นอกจากนี้ คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ได้มีมติให้ตัดร่างมาตราที่กำหนดเงื่อนไขว่าฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างน้อยต้องมีสัญชาติไทยจึงจะจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยได้ออก หมายความว่า ประเทศไทยเปิดกว้างให้คนทุกสัญชาติสามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายไทยได้ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ และท้ายที่สุดสถานะคู่ชีวิตจะได้รับการยอมรับเฉพาะในประเทศไทยและประเทศอื่นที่ยอมรับคู่ชีวิตเพศเดียวกันเท่านั้น ส่วนในเรื่องสมรสเท่าเทียมจะแตกต่างออกไป เพราะหากพิจารณาตามที่มาตรา ๑๙ กำหนดไว้ นายทะเบียนต้องพิจารณาด้วยว่ากฎหมายว่าด้วยบุคคลของว่าที่คู่สมรสทั้งสองคนห้ามการสมรสของคนเพศเดียวกันหรือไม่ หากปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดนายทะเบียนต้องปฏิเสธไม่จดทะเบียนสมรสให้กับคู่รักที่รัฐเจ้าของสัญชาติของฝ่ายหนึ่งห้ามการสมรสเพศเดียวกัน แต่ถ้านายทะเบียนจะไม่สนใจเงื่อนไขข้อนี้และรับจดทะเบียนสมรสให้ ก็ไม่อาจกล่าวอ้างว่ามีการสมรสในสายตาของรัฐเจ้าของสัญชาติหรือภูมิลำเนาของคู่สมรสที่ห้ามการสมรสเพศเดียวกันนั้น ตัวอย่างเช่น ในวันที่กฎหมายสมรสเท่าเทียมมีผลใช้บังคับในไทย นายเปโตร ชายสัญชาติรัสเซียประสงค์จะจดทะเบียนสมรสกับนายสุพจน์ คนสัญชาติไทย ที่เขตบางรัก หากนายทะเบียนเขตบางรัก

<sup>๒๗</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, p. 22

<sup>๒๘</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, p. 21

พิจารณาเงื่อนไขการสมรสตามมาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ จะต้องปฏิเสธ เพราะรัสเซียไม่ยอมรับการสมรสเพศเดียวกัน ที่นำเรื่องนี้มายกเป็นข้อสังเกตเพราะเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายขัดกันของฝรั่งเศสที่ได้แก้ไขให้สอดคล้องกับการสมรสเพศเดียวกัน จะเห็นได้ชัดเจนว่ากฎหมายฝรั่งเศสแก้ไขเพื่อใช้ถิ่นที่อยู่ของว่าที่คู่สมรสเป็นจุดเกาะเกี่ยวกับฝรั่งเศส เพื่อให้กฎหมายสมรสเท่าเทียมของฝรั่งเศสเอื้อมมือไปถึง ส่วนรัฐเจ้าของสัญชาติของคู่สมรสที่ไม่ยอมรับการสมรสของคนเพศเดียวกันนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้ให้ความสนใจ

**๓) การรับบุตรบุญธรรม** กำหนดให้แก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม ความสัมพันธ์ระหว่างกัน ตลอดจนการเลือกใช้ชื่อสกุลของบุตรบุญธรรม และเพิ่มเรื่องการอนุญาตให้คู่สมรสเพศเดียวกันอีกฝ่ายสามารถรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตน (ไม่ว่าจะเป็นการรับบุตรบุญธรรมเต็มรูปแบบ (adoption plénière) หรือรับบุตรบุญธรรมแบบที่ยังไม่ขาดจากครอบครัวเดิม (adoption simple)) โดยให้ใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมแบบไม่ขาดจากครอบครัวเดิมได้ (วิธีการจะไม่ยุ่งยาก) ส่วนการรับบุตรที่ติดตามของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมนั้นก็สามารถทำได้เช่นกัน ตามมาตรา ๓๔๕-๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

**๔) การใช้นามสกุล** เพิ่มมาตรา ๒๒๕-๑ กำหนดให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งสามารถใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายได้ ด้วยวิธีการเปลี่ยนชื่อสกุล หรือเพิ่มชื่อสกุล ซึ่งให้เลือกได้ว่าจะใช้ชื่อสกุลเดิมของตนขึ้นก่อนหรือจะใช้ชื่อสกุลคู่สมรสอีกฝ่ายขึ้นก่อนก็ได้ และกำหนดไว้ด้วยว่าการณที่รับบุตรบุญธรรม คู่สมรสสามารถเลือกได้ว่าจะให้ชื่อสกุลทั้งหมดแก่บุตรบุญธรรม (รวมสกุลเดิมของตนด้วย) หรือจะให้ใช้ชื่อสกุลเดียว

### ๕) บทเฉพาะกาล

**๕.๑) ให้อำนาจในการตรารัฐกำหนด (l'ordonnance) เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอื่น** มาตรา ๑๔ ของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้รัฐบาลสามารถใช้อำนาจในการตรารัฐกำหนด ตามมาตรา ๓๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ เพื่อดำเนินการตามที่จำเป็น โดยการตรากฎหมายอื่น ยกเว้นการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง เพื่อให้คู่สมรสหรือบุพการีเพศเดียวกันได้รับสิทธิและมีหน้าที่ตามกฎหมายอย่างเดียวกันกับคู่สมรสต่างเพศ โดยกำหนดระยะเวลาดำเนินการตรารัฐกำหนดภายใน ๖ เดือน นับจากวันที่รัฐบัญญัติสมรสเพศเดียวกันมีผลใช้บังคับ และฝ่ายบริหารต้องเสนอรัฐกำหนดดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาภายในกำหนด ๓ เดือน นับจากวันที่รัฐกำหนดประกาศในราชกิจจานุเบกษา

**๕.๒) กำหนดบทเฉพาะกาลย้อนกลับไปรับรองการสมรสของคู่สมรสเพศเดียวกันที่ได้ทำในต่างประเทศโดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐที่รับจดทะเบียน** ก่อนวันที่ฝรั่งเศสจะประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ เพื่อให้การสมรสนั้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายฝรั่งเศสและสามารถใช้ยันกับบุคคลภายนอกได้ โดยไม่ต้องมาจดทะเบียนกันใหม่



## ๖) แก้ไขถ้อยคำในมาตราอื่นของประมวลกฎหมายแพ่ง

มาตรา ๖-๑ (บททั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่ง) กำหนดให้การสมรสและความสัมพันธ์จากการรับบุตรบุญธรรมจะนำมาซึ่งผลอย่างเดียวกัน ก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ที่กฎหมายรับรอง ทั้งนี้ ไม่ว่าคู่สมรส หรือบุพการีนั้นจะเป็นคู่ต่างเพศ หรือคู่เพศเดียวกัน

มาตรา ๓๔ เอ (เรื่องสิทธิบัตรของบุตร) คำว่า “บิดาและมารดา” (le père et la mère) ให้แทนที่ด้วยคำว่า “บุพการี” (les parents)

มาตรา ๗๕ วรรคท้าย (ขั้นตอนและวิธีการประกอบการสมรสที่ศาลว่าการของเมือง) คำว่า “สามีและภรรยา” (le mari et la femme) ให้แทนที่ด้วยคำว่า “คู่สมรส” (les époux)

มาตรา ๓๗๑-๑ วรรคสอง (การใช้อำนาจปกครองบุตร) คำว่า “บิดาและมารดา” ให้แทนที่ด้วยคำว่า “บุพการี”

๗) แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นอกจากการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว กฎหมายลงวันที่ ๑๗ พ.ค. ๒๐๑๓ ได้กำหนดให้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่เกี่ยวข้องเอาไว้ด้วย ได้แก่

๗.๑) ประมวลกฎหมายการกระทำทางสังคมและครอบครัว (Code de l'action sociale et des familles) เพื่อขยายการให้ความช่วยเหลือให้ครอบคลุมกรณีคู่สมรสเพศเดียวกันด้วย เป็นกฎหมายที่กำหนดเรื่องการให้ความช่วยเหลือทางสังคม (รักษาพยาบาล ช่วยเหลือทารก ช่วยเหลือเรื่องที่อยู่อาศัย ช่วยเหลือคนสูงอายุ) โดยให้แก่บุคคลต่าง ๆ เช่น คนที่อาศัยอยู่ในฝรั่งเศส คนต่างด้าว อาทิ art. L211-1 (V) L211-4 (V)

๗.๒) ประมวลกฎหมายเงินบำนาญข้าราชการพลเรือนและทหาร (Code des pensions civiles et militaires de retraite) อาทิ Article L88 กรณีมีสิทธิรับบำนาญตกทอดหลายทาง แก้ไขให้บุตรที่กำพร้าสามารถคำนวณและรับเงินบำนาญตกทอดของ “บิดา” และ “มารดา” รวมกัน ให้แก้ไขเป็นคำว่า “บุพการี”

๗.๓) ประมวลกฎหมายท้องถิ่นและการประมงทางทะเล (Code rural et de la pêche maritime) แก้ไขเพิ่มเติมเรื่อง “ค่าทดแทน” อาทิ Article L732-10 (M) L732-10-1 (M) L732-11 (M) L732-12 (V) L732-12-1 (V)

๗.๔) ประมวลกฎหมายประกันสังคม (Code de la sécurité sociale) แก้ไขเพิ่มเติมและยกเลิกบางมาตรา มีบางส่วนแก้ไขโดยใช้คำที่เป็นกลางว่า “ผู้เอาประกันภัย” แทนคำว่า “ภรรยา” ที่ใช้อยู่เดิม อาทิ Article L331-7 (M) L351-4 (M) L613-19 (T) L613-19-1 (T) L613-19-2 (T) L711-9 (Ab) L713-6 (V) L722-8 (Ab) L722-8-1 (Ab) L722-8-3 (Ab)

๗.๕) ประมวลกฎหมายแรงงาน (Code du travail) บัญญัติเพิ่มในประมวลกฎหมายแรงงานว่า จะไม่มีลูกจ้างคนใดที่จะถูกแทรกแซง เลิกจ้าง หรือถูกเลือกปฏิบัติตามมาตรา L. 1132-1 ด้วยการอ้างเหตุจากเพศวิถี แม้จะเป็นคนที่มาจากประเทศที่ไม่ยอมรับ



คนที่รักเพศเดียวกัน ในขณะที่สิทธิลาพักตามกฎหมายแรงงานนั้น ผู้เขียนตรวจสอบแล้วพบว่าไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติม เพราะกฎหมายใช้คำว่า “สมรส” อยู่แล้ว และไม่ปรากฏว่าต้องแก้ไขคำว่า “บิดา” “มารดา” ที่ปกติเป็นคำที่สะท้อนเพศกำเนิด แต่ก็อาจใช้ในความหมายพอให้ทราบว่าคนที่เลี้ยงดูตามกฎหมาย ก็หมายถึงบิดา มารดา ส่วนใครจะเป็นบิดา ใครเป็นมารดา ยังไม่ปรากฏปัญหาให้ต้องวินิจฉัย

๗.๖) รัฐกำหนด *Ordonnance n° 2002-149 du 7 février 2002* ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม article 6 (V) ของรัฐกำหนดฉบับนี้เพื่อให้บังคับใช้กฎหมายสมรสเพศเดียวกันตามประมวลกฎหมายแพ่งกับดินแดน Mayotte ซึ่งเป็นดินแดนในปกครองที่ไม่ได้อยู่ติดกับแผ่นดินฝรั่งเศส

### ข้อสังเกตต่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเรื่องการแก้ไขถ้อยคำในกฎหมายฝรั่งเศสเพื่อรองรับการสมรสของคนเพศเดียวกันว่า ผู้ร่างกฎหมายมิได้แก้ไขเพิ่มเติมทุกมาตราที่ปรากฏคำว่า “สามี” “ภรรยา” ที่บ่งบอกว่าเป็นการสมรสของเพศชายและหญิง ตัวอย่างเช่น

๑. ประมวลกฎหมายแพ่งหลายมาตราที่ยังคงเดิม คือ ใช้คำว่า สามี และภรรยา ก็มีได้มีการแก้ไข เช่น

๑.๑ มาตรา ๑๐๘ วรรคหนึ่ง ภูมิลำเนาของสามีและภรรยา (ประกาศใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๗๖) กฎหมายบัญญัติว่า สามีและภรรยาสามารถมีภูมิลำเนาแยกกันได้ โดยไม่กระทบถึงหน้าที่ในการอยู่ร่วมกันของทั้งคู่<sup>๒๙</sup> มาตรา ๑๐๘ อยู่ในบรรพ ๑ บุคคล หมวดภูมิลำเนา อย่างไรก็ตาม ยังมีมาตรา ๒๑๕ ในบรรพ ๑ บุคคล ในหมวดการสมรส ที่กฎหมายกำหนดว่า คู่สมรสมีหน้าที่ต้องอยู่ร่วมกัน ถิ่นที่อยู่ของครอบครัว ได้แก่ สถานที่ที่ทั้งคู่ตกลงกันเลือก สังเกตว่ากฎหมายใช้คำว่า *la résidence de la famille* ซึ่งเป็นคนละคำและคนละความหมายกับคำว่าภูมิลำเนาหรือ *le domicile* หากพิจารณาความมุ่งหมายของมาตรา ๑๐๘ เห็นได้ว่าไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมเพราะสามารถเข้าใจได้ว่ากฎหมายตั้งใจเขียนแยกให้เป็นเป็นคน ๆ ไป แต่หากแก้ไขให้เป็นคู่สมรสทั้งสองฝ่ายสามารถมีภูมิลำเนาแยกกันได้ ก็อ่านเข้าใจได้เช่นกัน เพียงแต่ฝรั่งเศสเลือกที่จะไม่แก้ไขคำในมาตรา ๑๐๘ นี้

๑.๒ มาตรา ๑๐๘-๒ ภูมิลำเนาของผู้เยาว์ (ใช้มาตั้งแต่ปี ๑๙๗๖) ยังคงใช้คำว่า “บิดา” และ “มารดา” เช่นเดิม ไม่ได้แก้ไข เพราะถึงอย่างไรผู้ที่จะมีบุตรด้วยกันก็ต้องเป็นคู่สมรสชายหญิง อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. ๒๐๒๑ ที่รัฐได้แก้ไขกฎหมายเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ให้คู่สมรสหญิง-หญิง สามารถใช้วิธีการอุ้มบุญได้เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ ก็ยังมีได้มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในมาตรานี้

<sup>๒๙</sup> Le mari (สามี) et la femme (ภรรยา) peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de la vie.

« Le mineur non émancipé est domicilié chez ses père (บิดา) et mère (มารดา).

Si les père et mère ont des domiciles distincts, il est domicilié chez celui des parents avec lequel il réside. »

## ๒. กฎหมายที่แก้ไขภายหลัง

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายเหล่านี้ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญตราเมื่อปี ๒๐๑๓ แต่เพียงมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังเพื่อให้สอดคล้องกับการสมรสเท่าเทียม

### ๒.๑ มาตรา ๑๑๘๙ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

**ความแพ่ง** ในหมวดของการใช้อำนาจปกครองบุตร กรณีที่ศาลต้องซักถามผู้เยาว์ในศาล กฎหมายกำหนดว่า ต้องมีบุคคลใดบ้างไปร่วมรับฟังการสืบพยานเด็ก และใช้คำว่า “บิดา” “มารดา” จึงได้ออกข้อกำหนดหรือ Décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du code de procédure civile เพื่อแก้ถ้อยคำในมาตรานี้ โดยแก้เป็นคำว่า “บุพการี”<sup>๓๐</sup>

**๒.๒ ประมวลรัษฎากร** เพิ่งแก้ไขเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๙ ให้สามารถแสดงชื่อคู่สมรสทั้งสองคนได้ จากเดิมที่การยื่นแบบร่วมกันนั้น ในเอกสารจะแสดงแค่ชื่อของ “สามี” เท่านั้น รัฐบาลอาจเห็นว่าไม่ใช่เรื่องที่ต้องแก้ไขเร่งด่วนในปี ค.ศ. ๒๐๑๓

**๒.๓ กฎหมายเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ (La loi relative à la bioéthique élargit la procréation médicalement assistée : PMA)** ฝรั่งเศสตราบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายสาธารณสุขในปี ค.ศ. ๑๙๙๔ เพื่อให้ “คู่สมรสชายหญิง” และ “คู่ชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยา” สามารถใช้เทคโนโลยีการอุ้มบุญสำหรับคู่ที่มีบุตรด้วยตนเองไม่ได้ ต่อมาเมื่อวันที่ ๒๙ กันยายน ค.ศ. ๒๐๒๑ ฝรั่งเศสประกาศใช้กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องการอุ้มบุญเพื่อให้หญิงโสดที่บรรลุนิติภาวะแล้วใช้วิธีการตั้งครรภ์เองโดยรับบริจาคสเปิร์มเพื่อเป็นแม่เลี้ยงเดี่ยวได้ และให้สิทธิเดียวกันนี้กับคู่สมรสหญิง-หญิงสามารถใช้การอุ้มบุญได้<sup>๓๑</sup> อนึ่ง กฎหมายอุ้มบุญของฝรั่งเศสไม่รวมถึงการรับจ้างตั้งครรภ์ให้กับคู่สมรสชาย-ชาย ที่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรองรับ

<sup>๓๐</sup> « A l'audience, le juge entend le mineur, ses parents, tuteur ou personne ou représentant du service à qui l'enfant a été confié ainsi que toute autre personne dont l'audition lui paraît utile. Il peut dispenser le mineur de se présenter ou ordonner qu'il se retire pendant tout ou partie de la suite des débats. »

<sup>๓๑</sup> เนื่องจากประเด็นเรื่องการอุ้มบุญอยู่นอกขอบเขตของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ การเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อการสมรสเท่าเทียม หากผู้อ่านสนใจประเด็นนี้สามารถศึกษาเพิ่มเติมได้จาก LOI n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, Journal officiel électronique authentifié n° 0178 du 03/08/2021 ; <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000038811571/> สืบค้นเมื่อวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๖๕

อนึ่ง การรับจ้างตั้งครรภ์ให้กับคู่สมรสชาย-ชาย (Gestation pour autrui : GPA) นั้น กฎหมายฝรั่งเศสห้ามจ้างหญิงอื่นที่มีใช้คู่สมรสมาตั้งครรภ์แทน โดยเป็นการต้องห้ามตามมาตรา ๑๖-๗ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (หมวดการเคารพในเนื้อตัวร่างกายมนุษย์) กำหนดว่า ข้อตกลงทุกชนิดที่เกี่ยวกับการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะ<sup>๓๒</sup> ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ชีวิตหรือคู่สมรสชาย-ชาย เมื่อไม่เข้าเงื่อนไขกฎหมายอุ้มบุญ หากไม่รับบุตรบุญธรรม ส่วนมากก็จะหลบเลี่ยงโดยการจ้างคนตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ ส่วนประเทศที่ห้ามรับจ้างตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์แทน ได้แก่ เยอรมนี เบลเยียม สเปน อิตาลี ลักเซมเบิร์ก ประเทศที่ยอมรับการรับจ้างตั้งครรภ์ ได้แก่ เดนมาร์ก เนเธอร์แลนด์ รัสเซีย กรีซ แคนาดา อินเดีย และบางมลรัฐในสหรัฐอเมริกา<sup>๓๓</sup>

กรณีเด็กที่เกิดจากการรับจ้างตั้งครรภ์ในต่างประเทศ เมื่อผู้ว่าจ้างและเด็กนั้นเดินทางกลับมาฝรั่งเศส กฎหมายยอมรับให้ระบุความสัมพันธ์ทางสายเลือดในทางทะเบียนได้ระหว่างเด็กกับบิดาหรือมารดาเพียง ๑ คนเท่านั้น ซึ่งก็คือคนที่บริจาคสเปิร์มในกรณีของคู่ชาย-ชาย และบิดาหรือมารดาอีกคนจะต้องใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมหากต้องการให้ระบุความสัมพันธ์ของตนกับเด็กเอาไว้ในทะเบียนราษฎร

เมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว ฝรั่งเศสก็ยังไม่ได้ยกเลิกกฎหมาย PACS เพราะกฎหมายทั้งสองส่วนมีเนื้อหารับรองสิทธิและกำหนดหน้าที่ให้คู่ชีวิตและคู่สมรส “ในระดับที่แตกต่างกัน” ทำให้บุคคลทั้งเพศเดียวกันและต่างเพศกันสามารถเลือกก่อความสัมพันธ์กันตามกฎหมายได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมสำหรับตน และคู่ที่จดทะเบียน PACS แล้วก็สามารถพัฒนาความสัมพันธ์ต่อไปได้โดยการจดทะเบียนสมรส ซึ่งต่างจากบางประเทศ เช่น เยอรมนี เมื่อได้แก้ไขกฎหมายให้ทุกเพศสามารถสมรสได้ ก็ได้ยกเลิกกฎหมายคู่ชีวิต หรือ life partner เพราะเห็นว่ากฎหมายคู่ชีวิตให้สิทธิหน้าที่ในระดับที่ไม่ต่างจากการสมรส ส่วนประเทศไทยนั้น อาจมีแนวโน้มที่จะมีกฎหมายสองฉบับควบคู่กันไปดังเช่นฝรั่งเศส เพราะในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ที่ประชุมมีมติให้ตรวจพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ไปพร้อมกับร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียม และให้สภาผู้แทนราษฎรลงมติในวาระสองและสาม ว่าต้องการกฎหมายฉบับใดบ้าง

<sup>๓๒</sup> Article 16-7 « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »

<sup>๓๓</sup> Vie Publique, « Gestation pour autrui : quelles sont les évolutions du droit ? », <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18636-gestation-pour-autrui-quelles-sont-les-evolutions-du-droit#:~:text=Plusieurs%20pays%20europ%C3%A9ens%2C%20dont%20la,%2C%20l'Inde%2C%20etc.> สืบค้นเมื่อวันที่ ๒ สิงหาคม ๒๕๖๕

### ๓. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการหมั้น

#### ๓.๑. ความสำคัญของการหมั้น

เรื่องการหมั้นเป็นประเด็นที่คณะกรรมการการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ และร่างสมรสเท่าเทียมให้ความสนใจอย่างมาก เพราะกรรมการ ส่วนหนึ่งประสงค์จะให้บัญญัติเรื่องการหมั้นไว้ในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ของรัฐบาล โดยให้ เหตุผลว่าร่างกฎหมายสมรสเท่าเทียมที่เสนอโดยพรรคก้าวไกลได้มีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมให้บุคคล เพศเดียวกันสามารถหมั้นได้เช่นเดียวกับชายและหญิง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเรื่องการหมั้นในบรรพ ๕ นั้น เป็นเรื่องที่ผู้ร่างกฎหมายบัญญัติไว้ให้สอดคล้องกับประเพณี วัฒนธรรมดั้งเดิมของไทย เพราะ ไทยมีแนวคิดปกป้องเพศหญิงมาแต่เดิม ตามกฎหมายปัจจุบันชายต้องเป็นฝ่ายหมั้นหญิงเท่านั้น แม้ในความจริงจะมีกรณีที่หญิงมีฐานะจึงเอาเงินของตนไปให้ชายใช้มาหมั้นตนจะได้ไม่อับอายแขก ที่มาในงานหมั้น แต่ตามกฎหมายก็ต้องถือว่าชายหมั้นหญิง ชายเป็นฝ่ายที่กฎหมายกำหนดว่าต้อง ให้สินสอด<sup>๓๔</sup> แก่ฝ่ายหญิงเพื่อเป็นค่าน้ำนมแก่บุพการีของหญิงที่เลี้ยงดูหญิงจนเติบโตมาได้กระทั่ง ได้มาสมรสกับชาย<sup>๓๕</sup> หากชายผิดสัญญาทิ้งไป แม้ศาลจะไม่สามารถบังคับให้ชายมาสมรสด้วย กฎหมายก็กำหนดให้หญิงยึดสินสอดและของหมั้นไว้ได้ ย้อนกลับไปที่กรณีคู่รักเพศเดียวกัน หากกำหนดเรื่องการหมั้นโดยใช้คำว่า “ผู้หมั้น” และ “ผู้รับหมั้น” ย่อมเกิดคำถามว่าต้องเขียน เรื่องสินสอดให้ด้วยหรือไม่ เพราะสินสอดแตกต่างจากของหมั้น การให้สินสอดมิใช่การให้ โดยเสนหาแต่เป็นการให้ตอบแทนหญิงที่ตกลงว่าจะสมรสกับชาย และให้แก่บิดามารดาหรือ ผู้ปกครองหญิง เมื่อให้สินสอดแล้วกรรมสิทธิ์ในสินสอดนั้นเป็นของบิดามารดาหญิงทันที ไม่ได้อยู่ ภายใต้ง่อนไขว่าจะต้องสมรส โดยมีข้อยกเว้นให้ชายเรียกสินสอดคืนได้เฉพาะกรณีที่มีเหตุสำคัญ อันเกิดแก่หญิงหรือโดยมีพฤติการณ์ซึ่งฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบ ทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่อาจ สมรสกับหญิงนั้น<sup>๓๖</sup>

<sup>๓๔</sup> มาตรา ๑๔๓๗ วรรคสาม สินสอด เป็นทรัพย์สินซึ่งฝ่ายชายให้แก่บิดามารดา ผู้รับบุตร บุญธรรมหรือผู้ปกครองฝ่ายหญิง แล้วแต่กรณี เพื่อตอบแทนการที่หญิงยอมสมรส ถ้าไม่มีการสมรสโดยมีเหตุ สำคัญอันเกิดแก่หญิงหรือโดยมีพฤติการณ์ซึ่งฝ่ายหญิงต้องรับผิดชอบ ทำให้ชายไม่สมควรหรือไม่อาจสมรสกับ หญิงนั้น ฝ่ายชายเรียกสินสอดคืนได้

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>๓๕</sup> ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายกฎหมายครอบครัว, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ บัณฑิตยสภา (พิมพ์ครั้งที่ ๒๓) ๒๕๖๑. น. ๖๒ มีประเด็นอภิปรายในการยกร่างบรรพ ๕ นี้ว่า สินสอดเป็น สิ่งจำเป็นหรือไม่ กรรมการร่างกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่าไม่ควรมีเพราะเหมือนการเลี้ยงบุตรไว้ขาย อีกฝ่ายเห็น ว่าควรมีเพราะมิใช่การซื้อขายหญิง แต่เป็นค่าข้าวค่าน้ำค่าเลี้ยงดู ที่ปรากฏมาตั้งแต่กฎหมายลักษณะผัวเมีย หากชายจะสมรสกับหญิงก็ควรเคารพพระลัทธิบุญคุณบิดามารดาของหญิงที่เลี้ยงดูหญิงนั้นมาจนเติบโต จึงควรให้ สินสอด

<sup>๓๖</sup> อ้างแล้ว, เจริญธรรมที่ ๒๖

ในยุคแรกกฎหมายไทยรับรองให้ชายคู่หมั้นฟ้องเรียกค่าทดแทนจากชายอื่นที่มาลวงละเมิดทางเพศหรือมีความสัมพันธ์ทางเพศกับหญิงคู่หมั้นได้ หากพิจารณาให้ดีจะเห็นว่าประเพณีการหมั้นที่ได้รับรองไว้ในบรรพ ๕ นั้น สร้างความไม่เสมอภาคระหว่างชายหญิง ดังนั้น ในทรรศนะของผู้เขียน การร่างกฎหมายให้คู่รักชายและชายหรือคู่รักหญิงและหญิงหมั้นกันได้จึงไม่ใช่การพยายามสร้างความเสมอภาคระหว่างคู่ชายหญิงและคู่เพศเดียวกัน จึงสมควรต้องพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ วิธีคิดของคนในยุคร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ประกอบกัน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงได้ค้นคว้ากฎหมายของประเทศฝรั่งเศสในเรื่องนี้เพิ่มเติมเพื่อให้คณะกรรมการพิจารณา ได้รับทราบข้อมูลว่า แท้จริงแล้วฝรั่งเศสไม่มีการหมั้นตามกฎหมาย แม้จะมีคนใช้คำว่า “คู่หมั้น” หรือ fiancé(e) ให้ได้ยินกันก็ตาม

### ๓.๒ สถานะทางกฎหมายของ « fiançailles » ในกฎหมายฝรั่งเศส

#### (๑) ความหมายของ fiançailles และ fiancé(e)

คำที่ใช้กันทั่วไปว่า fiançailles (อ่านว่า ฟิอ็องซัย) หรือเรียกคู่หมั้นว่า fiancé(e) (อ่านว่า ฟิอ็องเซ) นั้น แท้จริงแล้วไม่ใช่คำในกฎหมาย แต่เป็นคำที่มีใช้มาตั้งแต่สมัยโบราณ มีรากศัพท์จากละตินว่า *fido* หมายถึง ภาควิมิใจในตัวของคนหนึ่ง บางตำราหมายถึงอนาคต เมื่อตรวจสอบจากความหมายที่ปรากฏในพจนานุกรมของฝรั่งเศส คำว่า fiançailles หมายถึง ให้คำมั่นว่าจะสมรส<sup>๓๗</sup> ส่วนพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้นิยามคำนี้ว่า เป็นการผูกพันระหว่างบุคคลสองคนว่าจะสมรสโดยทั่วไปแล้วต้องกระทำต่อหน้าสมาชิกในครอบครัวของทั้งสอง และอาจมีบาทหลวงมาเป็นสักขีพยานก็ได้<sup>๓๘</sup> สารานุกรมฉบับแรก (ค.ศ. ๑๗๕๑) ของฝรั่งเศส<sup>๓๙</sup> ให้คำจำกัดความเอาไว้ว่า fiançailles เป็นคำมั่นของบุคคลสองคนว่าจะสมรส โดยได้กระทำต่อหน้าบาทหลวง ในเรื่องที่ต้องกระทำในโบสถ์ ต่อหน้าบาทหลวงนี้ มีหลักฐานย้อนไปถึงปี ค.ศ. ๑๕๕๔<sup>๔๐</sup> ว่ากษัตริย์ผู้ปกครองฝรั่งเศสในยุคนั้นมักจะมีการหมั้นก่อนจะสมรส โดยต้องหมั้นในโบสถ์สำคัญ เช่น Notre-Dame de Paris มีบาทหลวงเป็นสักขีพยาน ต่อหน้าเชื้อพระวงศ์ทั้งหลาย การหมั้นและสถานะคู่หมั้นในประวัติศาสตร์ฝรั่งเศสเป็นความนิยมของชนชั้นสูงในตอนปลายของยุคกลาง มีหลักฐานว่า ในปี ค.ศ. ๑๓๙๕ กษัตริย์ริชาร์ดที่ ๒ และชาร์ลส์ที่ ๖ ได้ตกลงหมั้นกัน โดยชาร์ลส์ที่ ๖ เป็นตัวแทนรับหมั้นให้บุตรสาว มีการอธิบายในเอกสารทางประวัติศาสตร์ว่าการหมั้นระหว่างสองราชวงศ์จะมีผลผูกพันว่าที่คู่สมรสและผูกพันสองครอบครัวเข้าด้วยกันเหมือนเป็นหลักประกันว่าจะจัดการสมรสอย่างแน่นอน โดยมักปรากฏการตกลงหมั้นในหนังสือสัญญาสงบศึก<sup>๔๑</sup> กล่าวโดยสรุปคือ การหมั้นของฝรั่งเศสเป็นเรื่องที่ทำอย่างจริงจังในสังคม

<sup>๓๗</sup> Dictionnaire Larousse

<sup>๓๘</sup> Dictionnaire de l'Académie française, huitième édition (1932-1935)

<sup>๓๙</sup> Encyclopédie, 1re édition (1751) FIANÇAILLES, s. f. pl. (Hist. anc. & mod.)

<sup>๔๐</sup> Article de M. le Chevalier de Jaucourt.

<sup>๔๑</sup> Geneviève RIBORDY, « Les fiançailles dans le rituel matrimonial de la noblesse française à la fin du Moyen Âge : tradition laïque ou création ecclésiastique ? », *Revue*



ศักดินา มิใช่ในยุคปัจจุบัน และไม่ว่ายุคใด การหมั้นหรือคำมั่นจะสมรสเป็นเรื่องที่ไม่อาจบังคับให้คนที่ไม่ต้องการสมรสมาเข้าพิธีสมรสได้ ทำได้เพียงบังคับเอากับทรัพย์สินที่สองฝ่ายได้แลกเปลี่ยนกันเท่านั้น

## (๒) ความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายฝรั่งเศสยุคประมวลกฎหมาย

### (la codification)

จุดที่ทำให้เกิดความชัดเจนในกฎหมายฝรั่งเศส คือ การยกร่างและประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. ๑๘๐๔ หรือ Code napoléon ซึ่งผู้ร่างไม่ได้กำหนดเรื่องการหมั้นหรือที่เรียกกันติดปากว่า fiançailles ไว้ในกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น ศาลฎีกาฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๘๓๘<sup>๔๒</sup> โดยศาลเห็นว่า คำมั่นว่าจะสมรสเป็นโมฆะอยู่ในตัว เนื่องจากการขัดแย้งต่อเสรีภาพอันไม่มีข้อจำกัดที่จะต้องได้รับการรับรองในการสมรส (la liberté du mariage) และเสรีภาพอันเป็นสิ่งสำคัญนี้ต้องคงไว้จนกว่าจะมีการสมรสเกิดขึ้น เนื่องจากศาลมองว่าการสมรสเป็นสถาบันที่ไม่ใช่เรื่องทางการค้าจึงไม่ควรให้อยู่ภายใต้ข้อสัญญาหรือความตกลงใด ๆ ความยินยอมในการสมรสจะต้องเกิดขึ้นอย่างเสรี ว่าที่คู่สมรสมีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะสมรสหรือไม่จนกระทั่งวันที่มีพิธีสมรส ดังนั้น หากกฎหมายยอมให้คนสองคนถูกผูกมัดด้วยข้อสัญญาว่าจะสมรส ความยินยอมของคนทั้งสองจะไม่เป็นอิสระจนถึงวันทำพิธี เพราะทั้งสองทำได้เพียงการรักษาสัญญาและเดินเข้าสู่พิธีสมรสเท่านั้น ในกรณีที่ เป็นข้อสัญญา สิ่งที่ศาลจะให้ได้คือ กำหนดค่าเสียหายและดอกเบี้ยผิดนัดให้ ซึ่งเป็นไปได้ว่าฝ่ายที่ไม่ได้อยากสมรสอาจจำเป็นต้องสมรสเพราะไม่ต้องการชำระค่าเสียหายและดอกเบี้ยให้อีกฝ่าย เช่นนี้สภาพครอบครัวที่เป็นหน่วยสำคัญของสังคมย่อมไม่อาจดำรงอยู่ได้ เห็นได้ว่าเหตุผลที่ศาลฝรั่งเศสพยายามอธิบายนั้นทำให้เข้าใจวิธีคิดว่าเหตุใดกฎหมายจึงไม่เขียนให้มีการหมั้นดังเช่นในยุคกลางอีกต่อไป

ในปัจจุบัน ศาลฝรั่งเศสและตำรากฎหมายต่างก็ถือว่า การหมั้น (fiançailles) เป็นเพียงนิติเหตุ (un fait juridique) ไม่ใช่นิติกรรม (un acte juridique) และไม่ใช่อสัญญา (un contrat) ตามกฎหมายครอบครัว แต่เนื่องจากพฤติกรรมของคนฝรั่งเศสในยุคต่อมา ก็ยังคงเรียกการตกลงว่าจะสมรสในอนาคตหรือการแลกแหวนของคู่รักว่าการหมั้น ดังนั้น ศาลจึงแก้ปัญหาในกรณีที่มีการฟ้องคดีว่าอีกฝ่ายบิดพลิ้วไม่ยอมสมรส ไม่ว่าจะมาจากสาเหตุใดก็ตาม โดยการนำบทบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิด (la responsabilité délictuelle) มาปรับใช้ในกรณีนี้โจทก์สามารถนำสืบเพื่อพิสูจน์ว่ามีการตกลงกันว่าจะสมรสได้ แต่เนื่องจากกฎหมายไม่บัญญัติเรื่องหมั้นจึงไม่มีเหตุในการเลิกการหมั้นและเรื่องเกี่ยวเนื่องอื่น ๆ ดังเช่นกฎหมายไทย และสังเกตได้ว่าสังคมฝรั่งเศสไม่ได้ให้ความสำคัญกับการที่คู่สมรสไปมีความสัมพันธ์ทางเพศกับบุคคลอื่น ต่างจากแนวคิดแบบไทยที่กำหนดกฎหมายเรื่องการหมั้นเพื่อปกป้องศักดิ์ศรี

historique, 2001/4 n° 620, pp. 885 – 911. Disponible sur <https://www.cairn.info/revue-historique-2001-4-page-885.htm>

<sup>๔๒</sup> Civ. 30 mai 1838, Bouvier Juris. Générale V° Mariage, n°82 Sirey 1838, 1, 492



ของคู่หมั้นฝ่ายชาย ต่อมาในปี ๒๕๕๐ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้ปกป้องศักดิ์ศรีทั้งชายและหญิงอย่างเสมอภาค ดังเช่นกรณีที่ถูกคู่หมั้นอีกฝ่ายนอกกาย หรือนอกใจหรือคู่หมั้นของตนถูกบุคคลอื่นข่มขืนกระทำชำเรา โดยพิจารณาได้จากการเขียน มาตรา ๑๔๔๐<sup>๔๓</sup> เรื่องการเรียกค่าทดแทนที่ให้เรียกได้เพื่อทดแทนความเสียหายต่อ “กาย” หรือ “ชื่อเสียง” แห่งชายหรือหญิงคู่หมั้น ประกอบกับมาตรา ๑๔๔๕<sup>๔๔</sup> กำหนดว่า ชายหรือหญิงคู่หมั้น อาจเรียกค่าทดแทนจาก “ผู้ซึ่งได้ร่วมประเวณีกับคู่หมั้นของตน” ในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่า บุคคลภายนอกนั้น “รู้” หรือ “ควรจะรู้” ว่าคนที่ตนมีความสัมพันธ์ทางเพศด้วยนั้นหมั้นแล้ว โดยมีเงื่อนไขว่าจะเรียกค่าทดแทนตามมาตรานี้ได้ต้องบอกเลิกสัญญาหมั้นแล้ว ต่างจากกรณีที่ คู่หมั้นเรียกค่าทดแทนจากบุคคลที่ได้ข่มขืนกระทำชำเราหรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้น ของตนซึ่งไม่จำเป็นต้องบอกเลิกสัญญาหมั้นก็ได้หากยังคิดว่าจะสมรสกันอยู่<sup>๔๕</sup>

### (๓) แนวคำพิพากษาศาลฝรั่งเศส

อาจเกิดข้อสงสัยว่า กฎหมายฝรั่งเศสไม่มีเรื่องการหมั้น ในขณะที่ บรรดาผู้รักต่างก็เรียกผู้รักของตนว่า fiancé หรือ fiancée กระทั่งเป็นที่เข้าใจผิดไปทั่วโลกว่า การหมั้นเป็นเรื่องที่มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่ง หากเกิดกรณีที่ผู้รักให้คำสัญญาว่าจะ สมรสกันในอนาคต ชื่อของขวัญให้กัน โฉนทรัพย์สินให้แก่กัน หรือแหวนหมั้น (bague de fiançailles) หากต่อมาการสมรสไม่เกิดขึ้น จะทำอย่างไรกับทรัพย์สินและแหวนที่แลกกันนั้น ในเรื่องนี้ ศาลฝรั่งเศสวางหลักในคำพิพากษาว่า ในการพิสูจน์ว่ามีสัญญาว่าจะสมรส จะต้องพิสูจน์ ให้ได้ว่ามีการกำหนดวัน เดือนและปีที่จะสมรสไว้แล้ว ส่วนการอยู่ร่วมกันตามข้อเท็จจริง การที่หญิงกำลังตั้งครรภ์ หรือการมีบุตรด้วยกัน หรือแม้แต่มีโครงการสร้างอนาคตร่วมกัน<sup>๔๖</sup> จะไป เรียนต่อต่างประเทศด้วยกัน เหล่านี้ศาลไม่รับฟังว่ามีสัญญาจะสมรสเกิดขึ้น

<sup>๔๓</sup> มาตรา ๑๔๔๐ ค่าทดแทนนั้นอาจเรียกได้ ดังต่อไปนี้

(๑) ทดแทนความเสียหายต่อกายหรือชื่อเสียงแห่งชายหรือหญิงนั้น

(๒) ทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้น บิดามารดา หรือบุคคลผู้กระทำการในฐานะ เช่นบิดามารดาได้ใช้จ่ายหรือต้องตกเป็นลูกหนี้เนื่องในการเตรียมการสมรสโดยสุจริตและตามสมควร

(๓) ทดแทนความเสียหายเนื่องจากการที่คู่หมั้นได้จัดการทรัพย์สินหรือการอื่นอันเกี่ยวแก่ อาชีพหรือทางทำมาหาได้ของตนไปโดยสมควรด้วยการคาดหมายว่าจะได้มีการสมรส

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>๔๔</sup> มาตรา ๑๔๔๕ ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ร่วมประเวณีกับคู่หมั้น ของตนโดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้น เมื่อได้บอกเลิกสัญญาหมั้นแล้วตามมาตรา ๑๔๔๒ หรือมาตรา ๑๔๔๓ แล้วแต่กรณี

<sup>๔๕</sup> มาตรา ๑๔๔๖ ชายหรือหญิงคู่หมั้นอาจเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งได้ข่มขืนกระทำชำเรา หรือพยายามข่มขืนกระทำชำเราคู่หมั้นของตนโดยรู้หรือควรจะรู้ถึงการหมั้นนั้นได้โดยไม่ต้องบอกเลิกสัญญา หมั้น

<sup>๔๖</sup> CA Aix-en-Provence, 8 déc. 2009, n° 08/14934

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ Aix en Provence<sup>๔๗</sup> ที่ตัดสินไว้ในปี ค.ศ. ๒๐๐๙ เป็นแนวทางที่ใช้กล่าวอ้างมาโดยตลอดกระทั่งปัจจุบัน ในคดีนี้หญิงอ้างว่าชายให้สัญญาว่าจะสมรสกับตน ทั้งคู่อยู่กินกันฉันสามีภริยาและมีบุตรด้วยกัน ๑ คน ต่อมาชายไปจดทะเบียนสมรสกับหญิงอื่น ศาลไม่อาจบังคับให้ชายสมรสกับโจทก์ได้ ดังนั้น สิ่งที่ฝ่ายที่ถูกทิ้งจะทำได้คือ พิสูจน์ว่าเกิดความเสียหายแก่ตนเอง เช่น จอรถที่จัดงานแต่งงานแล้ว สิ่งทำของขวัญ หรือสิ่งอาหารในงานเลี้ยงแล้ว หมายความว่าต้องมีการกำหนดวันสมรสแล้ว จากนั้นมีความเสียหายอย่างไรก็นำกฎหมายทั่วไปในเรื่องละเมิดมาใช้ สิ่งที่จะได้รับหากชนะคดีคือ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิด โดยนำมาตรา ๑๐๘๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง<sup>๔๘</sup> เรื่อง “การให้เพื่อการสมรส” ซึ่งเป็นเพียงมาตราเดียวที่ใช้ถ้อยคำชัดเจนว่า “เพื่อการสมรส” มาปรับใช้แก่กรณี (มาตราอื่น ๆ ในหมวดนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการ “ให้แก่คู่สมรส”) กล่าวคือ การให้เพื่อการสมรสจะสิ้นสุดลงถ้าการสมรสมิได้เกิดขึ้น หากตีความตามตัวอักษรก็ต้องหมายความว่าต่างฝ่ายต่างต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับจากอีกฝ่าย แต่จะต้องคืนทุกอย่างที่ได้มาหรือไม่ เช่น ของขวัญ แหวนที่แลกกัน หากพิจารณาจากมาตรา ๑๐๘๘ ก็น่าที่จะต้องส่งแหวนคืนกันและกัน แต่ปรากฏว่าศาลฎีกาฝรั่งเศสเคยมีคำพิพากษาเรื่องแหวนที่ว่าที่คู่สมรสแลกเปลี่ยนกัน ศาลเห็นว่าต้องนำเรื่องของขวัญหรือทรัพย์สินที่ให้ตามฐานานุรูปมาปรับใช้ เรียกว่า un présent d’usage เช่นเดียวกับของขวัญอื่น ๆ หากเป็นแหวนที่มีราคาปกติ เหมาะสมกับฐานานุรูปของฝ่ายที่ซื้อ ต่างฝ่ายต่างเก็บไว้ได้ (อาจนำไปขายต่อไป) หรือหากเป็นของขวัญที่ใช้แล้วหมดไปก็ไม่ต้องหามาส่งคืน แต่มีคำพิพากษาศาลฎีกา<sup>๔๙</sup> ที่น่าสนใจตัดสินว่า กรณีที่แหวนที่ฝ่ายหนึ่งให้อีกฝ่ายเพื่อเป็นค้ำประกันว่าจะสมรส ต่อมาการสมรสมิได้เกิดขึ้น โดยฝ่ายเจ้าของแหวนนำสืบและพิสูจน์ได้ว่าแหวนนั้นเป็นเครื่องเพชรประจำตระกูล (un bijou de famille) เช่นนี้ย่อมต้องส่งคืนอีกฝ่าย เรื่องของขวัญเพื่อการสมรสที่ต้องส่งคืนอีกฝ่ายนั้นรวมถึงเครื่องประดับที่มีมูลค่าสูงด้วย เคยมีคดีฟ้องหย่า<sup>๕๐</sup> ซึ่งอดีตภริยาปฏิเสธที่จะคืนแหวนที่ได้มาเพื่อการสมรสหรือแหวนหมั้นแก่อดีตสามี แต่ฝ่ายชายนำสืบว่าแหวนดังกล่าวมีมูลค่าสูงมากเพราะทำจากเพชรและไข่มุกที่เก่าแก่หายากและเป็นหนึ่งในเครื่องประดับประจำตระกูล ศาลตัดสินว่าให้คืนแหวนนี้แก่ชาย เช่นเดียวกันกับคดีฟ้องหย่าอีกคดีหนึ่งที่ศาลพิพากษาว่า เครื่องเพชรประจำตระกูลหรือเครื่องประดับมูลค่าสูงของอีกฝ่ายแม้จะให้แก่อดีตภริยาระหว่างสมรส ก็เป็นเพียงการให้ยืมใช้คงรูปเท่านั้น ไม่ว่าทั้งคู่จะเลือกกระบบทรัพย์สินแบบใด ฝ่ายอดีตภริยาก็ต้องส่งคืนเครื่องเพชรประจำตระกูลหรือเครื่องประดับมูลค่าสูงให้แก่อดีตสามีหรือตระกูลของฝ่ายชาย<sup>๕๑</sup>

<sup>๔๗</sup> Ibid.

<sup>๔๘</sup> Article 1088 « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s’ensuit pas. »

<sup>๔๙</sup> Cass. 1ère civ., le 19 décembre 1979, 78-13.346, Publié au bulletin

<sup>๕๐</sup> Cass. 1ère civ., le 21 juin 1961, Publié au bulletin

<sup>๕๑</sup> Cass. 1ère civ., le 23 mars 1983, 82-12.526, Publié au bulletin

นอกจากนี้ มีตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศสในเรื่องที่ศาลตัดสินว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของคู่หมั้นอีกฝ่าย<sup>๕๒</sup> กล่าวคือ หญิงฟ้องคดีว่าชายคู่หมั้นสร้างความเสียหายให้แก่ตนอันเนื่องมาจากการตกลงว่าจะสมรส แต่ท้ายที่สุดการสมรสไม่อาจเกิดขึ้นได้เพราะทั้งคู่ไม่สามารถตกลงเลือกระบบทรัพย์สินที่ใช้กับคู่สมรสได้ ตามที่ได้ศึกษามาข้างต้นจะเห็นได้ว่าคู่สมรสมีสิทธิเลือกระบบทรัพย์สินได้ ๓ แบบ ในคดีนี้ ในตอนที่ตกลงว่าจะสมรสกัน ทั้งคู่ตกลงกันแล้วว่า จะเลือกระบบทรัพย์สินแบบมีสินสมรสและสินส่วนตัว (communauté réduite aux acquêts) ต่อมาฝ่ายชายได้รับคำปรึกษาจากที่ปรึกษากฎหมาย จึงเปลี่ยนใจเลือกให้ระบบแยกทรัพย์สิน (séparation de biens) เมื่อถึงวันจดทะเบียนสมรส ทั้งคู่ไม่สามารถตกลงกันได้ ฝ่ายชายจึงไม่สมรส ฝ่ายหญิงจึงมาฟ้องศาลเพื่อให้ศาลกำหนดค่าเสียหายจากการถูกปฏิเสธไม่สมรสให้ ฝ่ายชายอ้างว่าตนมีเสรีภาพในการเลือกระบบทรัพย์สิน เช่นเดียวกับที่ฝ่ายหญิงมี และการที่ตนเลือกและให้คำตอบแก่ฝ่ายหญิงได้เช่นนั้นเป็นเพราะฝ่ายหญิงเพิกเฉยให้ตนทราบว่าประสงค์จะเลือกระบบทรัพย์สินแบบที่มีสินสมรสและสินส่วนตัว จึงไม่ใช่ความผิดของตน และไม่ได้ก่อความเสียหายแก่หญิง ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีที่เกิดขึ้นไม่ถือว่าเป็นความเสียหาย เพราะทั้งคู่มีเสรีภาพจนถึงวันสมรสในการที่จะตัดสินใจว่าจะสมรสหรือไม่ การตกลงกันว่าจะสมรสไม่ได้มีผลบังคับให้อีกฝ่ายต้องสมรสด้วยและการตกลงไม่ได้ว่าจะเลือกระบบทรัพย์สินแบบใดจนท้ายที่สุดทำให้ไม่อาจสมรสกันได้นั้น ไม่ได้เป็นเหตุแห่งความเสียหายให้อีกฝ่าย ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าเป็นเพราะโจทก์ไม่ได้นำเสนอว่าได้รับความเสียหายอย่างไร เช่น สั่งทำการแต่งงาน จองสถานที่ จองร้านอาหารเพื่อฉลองสมรส

### บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

๑) การพยายามแสวงหาความเสมอภาค โดยมีได้ศึกษาไปถึงที่มาทางประวัติศาสตร์ของเรื่องนั้น ๆ อาจให้ผลในทางตรงข้าม แทนที่จะเสมอภาค กลับย่ำอยู่กับที่ เช่น ความประสงค์ที่จะแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๔๖๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>๕๓</sup> โดยกำหนดวรรคสามว่า “ความสัมพันธ์ของคู่สมรสหมายความว่าคู่สมรสที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา หรือคู่สมรสเพศเดียวกันระหว่างสามีกับสามี หรือภริยากับภริยา” ผู้เขียนไม่เห็นว่าจะเป็น

<sup>๕๒</sup> Cass. 1ère civ., le 19 juillet 1966, Publié au bulletin

<sup>๕๓</sup> ในกรณีนี้ สำนักงานฯ ได้เสนอร่างมาตรา ๑๔๖๑ ว่า “คู่สมรสต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา หรืออยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว

คู่สมรสต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน” โดยนำถ้อยคำ “อยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว” มาจากร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ เพื่อแสดงให้เห็นลักษณะหรือพฤติกรรมของการเป็นคู่สมรส เพราะเห็นว่ากรรมาธิการฝ่ายหนึ่งต้องการให้มีคำว่า “สามีและภริยา” เพื่อสื่อถึงเพศชายและเพศหญิง ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งต้องการให้คู่สมรสรวมถึงกลุ่มหลากหลายทางเพศด้วย

ประโยชน์ เพราะทุกคู่ที่จดทะเบียนสมรสตามบรรพ ๕ มาตรา ๑๔๕๗<sup>๔๔</sup> ย่อมมีสถานะเป็น “คู่สมรส” เหมือนกันทั้งหมด เนื่องจากมาตรานี้ไม่ได้กำหนดเพศไว้ตั้งแต่ต้น อีกทั้งคำว่าสามีภริยาเป็นคำโบราณที่มีรากศัพท์มาจากคำบาลี-สันสกฤต มีความหมายแบ่งชนชั้นอยู่ในตัว กล่าวคือ “สามี” แปลว่า ชายที่เป็นคู่ครองของหญิง นาย เจ้าของ และ ในสันสกฤตใช้ว่า “สวามิน” แปลว่า ผู้เป็นใหญ่ ส่วน “ภริยา” เป็นคำบาลี แปลว่า เมีย หญิงที่เป็นคู่ครองของชาย สันสกฤตใช้ว่า “ภารยา” นอกจากนี้ยังนำไปใช้ในเรื่องภาระจำยอม ได้แก่ สามยทรัพย์ หมายถึง ทรัพย์ที่เป็นประธาน อสังหาริมทรัพย์ที่ได้ประโยชน์จากภาระจำยอม และภารยทรัพย์ หมายถึง อสังหาริมทรัพย์ที่ตกอยู่ในภาระจำยอม ทรัพย์ที่ต้องรองรับทรัพย์ที่เป็นหลัก ทั้งสองคำนี้จึงไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความเสมอภาคอย่างที่กรรมาธิการบางส่วนเรียกร้อง และถึงแม้จะเขียนถ้อยคำดังกล่าวในกฎหมายก็ไม่อาจทำให้การตีความคำว่า “สามีและภริยา” ในกฎหมายเฉพาะครอบคลุมไปถึงสามีและสามี หรือภริยาและภริยา เพื่อให้ได้สิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายเฉพาะ หากต้องการให้คู่ชีวิตและคู่สมรสเพศเดียวกันได้รับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายเฉพาะ ก็ต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเหล่านั้น เช่น สิทธิลดหย่อนภาษี นอกจากนี้ หากต้องการถ้อยคำที่เป็นกลางไม่ระบุเพศ ใช้คำว่า “คู่สมรส” มีความเหมาะสมแล้ว ดังที่ได้ยกตัวอย่างกฎหมายฝรั่งเศสว่าได้เลิกใช้คำว่าสามีภริยาในประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายอื่น ๆ โดยใช้คำว่าคู่สมรสแทน ยกเว้นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเพศชาย เพศหญิงเป็นการเฉพาะตัวเท่านั้น เช่น บิดารับรองบุตร หรือมารดาที่คลอดบุตร

๒) การเสนอให้เขียนกฎหมายคู่ชีวิตเป็นหมวดหนึ่งในบรรพ ๕ และเขียนสมรสของคนเพศเดียวกันไว้อีกหมวด โดยไม่ให้กระทบกับบรรพ ๕ ที่มีอยู่เดิม เป็นข้อเสนอที่น่าสนใจจากกรรมาธิการบางส่วน อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่คัดค้านมีความเห็นว่าไม่อาจนำมาแก้ไขเพิ่มเติมในบรรพ ๕ ได้ แต่ควรบัญญัติไว้เป็นกฎหมายเฉพาะ เนื่องจากการก่อตั้งครอบครัวของคนเพศเดียวกันเป็นแนวคิดใหม่ที่ไม่อาจนำมาผนวกไว้กับบรรพ ๕ ซึ่งเป็นเรื่องครอบครัวแบบดั้งเดิม และสามารถเขียนบทบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้กับกฎหมายคู่ชีวิตได้อยู่แล้ว ในเรื่องนี้ผู้เขียนสังเกตได้ว่าวิธีการร่างกฎหมายของไทยแตกต่างจากฝรั่งเศส เพราะฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยการแก้ไขเพิ่มเติมทุกเรื่องเอาไว้ในประมวลกฎหมาย จึงไม่มีกฎหมายเฉพาะในระดับรัฐบัญญัติแยกออกมา ในขณะที่ประเทศไทยใช้ทั้งสองรูปแบบ

สำหรับข้อเสนอให้เขียนกฎหมายสมรสเท่าเทียมไว้อีกหมวด โดยการแยกคู่สมรสเพศเดียวกันออกจากคู่สมรสต่างเพศ ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่ามี ความแตกต่างจากเรื่อง การเขียนหมวดคู่ชีวิตในบรรพ ๕ หากพิจารณาในแง่มุมของความต้องการความเสมอภาค ก็ไม่ควรแยกออกจากสมรสของชายหญิง และถึงจะเขียนแยกคนละหมวดก็ต้องมีการอนุโลมใช้มาตราต่าง ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อยู่ดี เพราะไม่มีทางที่จะเขียนลอกทุกมาตรามาจากหมวดที่ว่าด้วย

<sup>๔๔</sup> มาตรา ๑๔๕๗ บัญญัติว่า การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น

สามีและภริยาในบรรพ ๕ แต่เปลี่ยนถ้อยคำจาก “สามีและภริยา” มาเป็น “สามีและสามี” “ภริยาและภริยา” ที่มีแต่จะสร้างความสับสนให้ประชาชนผู้ใช้กฎหมาย

๓) ในเรื่องการหมั้น หากจะต้องนำมาเขียนในส่วนของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... (สมรสเท่าเทียม) ควรต้องคำนึงด้วยว่าในระบบการหมั้นมีแนวคิดเรื่องสินสอดรวมอยู่ด้วย มีข้อสังเกตว่าในการจัดคู่ชีวิตหรือการสมรสเพศเดียวกัน หากเกิดการฟ้องร้องเป็นคดี จะต้องมีการนำสืบว่าใครเป็นคนให้สินสอดแก่ใคร ไม่เช่นนั้นต้องเขียนในกฎหมายให้มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ แต่การกำหนดเช่นนี้จะทำให้ระบบการหมั้นที่ควรจะเป็นฐานของการสร้างครอบครัวในอนาคตกลายเป็นการทำสัญญาเชิงพาณิชย์ไปหรือไม่ เป็นเรื่องที่ต้องใคร่ครวญให้รอบคอบ อนึ่ง บรรพ ๕ ปัจจุบันกำหนดให้ฝ่ายชายให้สินสอดแก่บิดามารดาของหญิงเพื่อตอบแทนที่หญิงยอมสมรสด้วย โดยไม่จำเป็นต้องทำสัญญาหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือใด ๆ เพราะมีความชัดเจนในเพศอยู่แล้วว่าใครต้องให้ใคร เช่นเดียวกันกับการหมั้น ชายต้องเป็นฝ่ายหมั้นหญิง แต่กรณีคู่หมั้นเพศเดียวกันจะต้องนำสืบเพื่อพิสูจน์ว่าใครเป็นฝ่ายไปหมั้นใคร

การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยใช้คำกลาง ๆ ไม่ระบุเพศ ได้แก่ ผู้หมั้นและผู้รับหมั้น จะมีผลให้ฝ่ายหญิงสามารถหมั้นฝ่ายชายได้ ย่อมต้องตกลงให้ชัดเจนแต่แรกเช่นเดียวกับคู่หมั้นเพศเดียวกัน เพราะจะมีผลต่อการเรียกสินสอดและของหมั้นคืน และเรียกค่าทดแทนจากบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ทางเพศ หรือข่มขืนกระทำความชำเราคู่หมั้นของตน ในกรณีของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ หากท้ายที่สุดจะมีได้กำหนดเรื่องการหมั้นไว้ ก็สามารถใช้เรื่องการให้และถอนคืนการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่นเดียวกับกรณีตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศสที่กล่าวไว้ในส่วนที่ ๓ ได้

## บทสรุป

จากการศึกษากฎหมายคู่ชีวิตและการสมรสของคนเพศเดียวกันของฝรั่งเศส ประกอบกับการพิจารณาข้อเสนอจากกรรมาธิการบางกลุ่ม มีข้อสังเกตว่าการจะร่างกฎหมายไปในทิศทางใดนั้น นอกเหนือจากนิตินโยบายของรัฐบาลแล้ว สิ่งสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงคือ ความสอดคล้องของกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่หรือกฎหมายที่ได้แก้ไขเพิ่มเติม กับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนั้นและในกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ การพยายามเสนอร่างกฎหมายโดยมิได้สำรวจมาก่อนว่าสิ่งที่เสนอมานั้นขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นหรือไม่ โดยเฉพาะการเสนอแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ เพื่อหวังจะให้ผลไปแก้ไขกฎหมายเฉพาะอื่นโดยอัตโนมัติ ทั้งที่ยังมิได้รับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในส่วนองกฎหมายเฉพาะเหล่านั้นว่าสามารถตีความคำว่าสามีและภริยาให้รวมถึง “คู่สมรสเพศเดียวกัน” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แก้ไขใหม่นี้ได้หรือไม่ อาจสร้างปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายในอนาคต ส่วนการใช้กฎหมายฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ (Model Law) ในการร่างกฎหมายคู่ชีวิต หรือกฎหมายสมรสเท่าเทียม อาจไม่ได้ช่วยให้เรามีกฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทย เพราะจะกลายเป็นการลอกเลียน

ทั้งที่ฝรั่งเศสและไทยมีพื้นฐานความคิดและอุปนิสัยชนชาติที่ต่างกัน ในบางเรื่องก็ไม่อาจนำมาใช้กับกฎหมายไทยได้ เช่น ต้องการมีระบบทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตแบบฝรั่งเศส โดยไม่ได้สนใจว่าฝรั่งเศสมีระบบทรัพย์สินให้เลือกใช้ได้ ๓ แบบ ในขณะที่ระบบทรัพย์สินในบรรพ ๕ ของไทยมีแบบเดียว คือ ระบบสินสมรส ที่นำมาอนุโลมใช้กับคู่ชีวิตเพราะเห็นว่าเป็นระบบที่ประชาชนคุ้นเคย ส่วนการเสนอระบบทรัพย์สินแบบที่ไม่เคยมีมาก่อนในกฎหมายไทยในชั้นกรรมาธิการ โดยไม่ได้ศึกษาผลกระทบต่าง ๆ ไว้ล่วงหน้า อีกทั้งยังมีเวลาพิจารณาจำกัดอย่างมากนั้น ย่อมเป็นเรื่องที่น่ากังวลใจอย่างยิ่งสำหรับประชาชนที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย



การปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup :  
ตอนที่ ๑ : ปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย\*

อภิชน จันทรเสน\*\*  
พิชยامنต์ จาริกสุนทรสกุล\*\*\*  
สมภพ ศิริธรรมาภรณ์\*\*\*\*

ความสำเร็จของธุรกิจ Startup ในการสร้างผลิตภัณฑ์หรือบริการที่สามารถแก้ปัญหาและอำนวยความสะดวกให้กับคนจำนวนมากพร้อมทั้งสร้างความมั่งคั่งอย่างก้าวกระโดดให้ผู้เริ่มประกอบการและนักลงทุนเป็นเรื่องที่สร้างแรงบันดาลใจให้กับผู้ประกอบการในภาคเอกชนทั่วโลก และในส่วนของภาครัฐ จากเดิมที่การประกอบธุรกิจ Startup เป็นเรื่องของภาคเอกชนโดยเฉพาะ ก็กลายมาเป็นธุรกิจอุตสาหกรรมที่ทุกประเทศมีนโยบายแข่งขันส่งเสริม เนื่องจากการเติบโตของธุรกิจ Startup จะนำมาซึ่งการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการสร้างพลังทางสังคมให้กับประเทศนั้นอย่างมีนัยสำคัญ สำหรับประเทศไทยเองก็เช่นกัน ในช่วงเวลา ๑๐ ปีที่ผ่านมา มีคนรุ่นใหม่จำนวนไม่น้อยที่มีความฝัน ความกล้า และมีความรู้ทางเทคโนโลยีที่ก้าวเข้ามาประกอบธุรกิจ Startup ซึ่งมีทั้งที่ประสบความสำเร็จสามารถขยายธุรกิจได้อย่างกว้างขวาง และที่ไม่ประสบความสำเร็จต้องเลิกกิจการจากปัญหาอุปสรรคต่าง ๆ หรือล้มละลายจากหนี้สินที่เกิดขึ้น เพื่อให้การประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทยมีอัตราความสำเร็จที่สูงขึ้นที่ผ่านมารัฐบาลโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจึงได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อช่วยเหลือธุรกิจ Startup เช่น การให้ทุนโดยหน่วยงานทางเทคโนโลยีและนวัตกรรม การกำหนดมาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการลงทุน สร้างบุคลากรผ่านสถาบันการศึกษา และการปรับปรุงกฎระเบียบ

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กันยายน ๒๕๖๕), น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, LL.M. (Corporate and Commercial Law) London School of Economics and Political Science, PhD (Law) The Australian National University.

\*\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายการศึกษาและวัฒนธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กันยายน ๒๕๖๕), น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., น.ม. (สาขากฎหมายธุรกิจ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. (cum laude) Indiana University Maurer School of law.

\*\*\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ กองกฎหมายพาณิชย์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กันยายน ๒๕๖๕), ร.บ. (ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ) (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., LL.M. (Public Law) (with Merit) London School of Economics and Political Science.

ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม จากข้อมูลที่ได้มีการสำรวจล่าสุดโดยศูนย์กลางนวัตกรรมแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (CU Innovation Hub)<sup>๑</sup> พบว่าธุรกิจ Startup ในประเทศไทยยังมีอัตราความสำเร็จไม่มากนักและมูลค่าการลงทุนมีลดน้อยลงตามลำดับโดยเฉพาะเมื่อเทียบกับประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกัน ด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการศึกษาแนวทางการปรับปรุงหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจ Startup เพื่อศึกษาปัญหาอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทยและจัดทำข้อเสนอเพื่อแก้ไขปัญหาและอุปสรรคดังกล่าว โดยเฉพาะปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นจากกฎหมายและกฎระเบียบของภาครัฐซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายโดยตรง

เพื่อเผยแพร่แนวทางการดำเนินการของคณะกรรมการฯ และสร้างความรู้ความเข้าใจให้กับผู้เกี่ยวข้องในภาคส่วนต่าง ๆ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการรับฟังความคิดเห็นประกอบการเสนอร่างกฎหมายต่อไป ผู้เขียนทั้งสามซึ่งปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายเลขานุการจึงได้นำเนื้อหาและข้อเสนอที่มีการพิจารณาในชั้นต่าง ๆ มาจัดทำเป็นบทความการปรับปรุงกฎหมายให้รองรับการประกอบธุรกิจ Startup จำนวนสามตอน ซึ่งจะลงพิมพ์ในวารสารกฤษฎีกาต่อเนื่องกัน ดังนี้

ตอนที่ ๑ ปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย

ตอนที่ ๒ แนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่น่าสนใจในต่างประเทศ และ

ตอนที่ ๓ ข้อเสนอเพื่อแก้ไขปัญหาและอุปสรรค

โดยฉบับนี้ เป็นบทความตอนที่ ๑ ซึ่งผู้เขียนจะแบ่งออกเป็น ๓ ส่วน ได้แก่ I. ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับธุรกิจ Startup สำหรับนักกฎหมาย II. ปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย และ III. บทสรุป

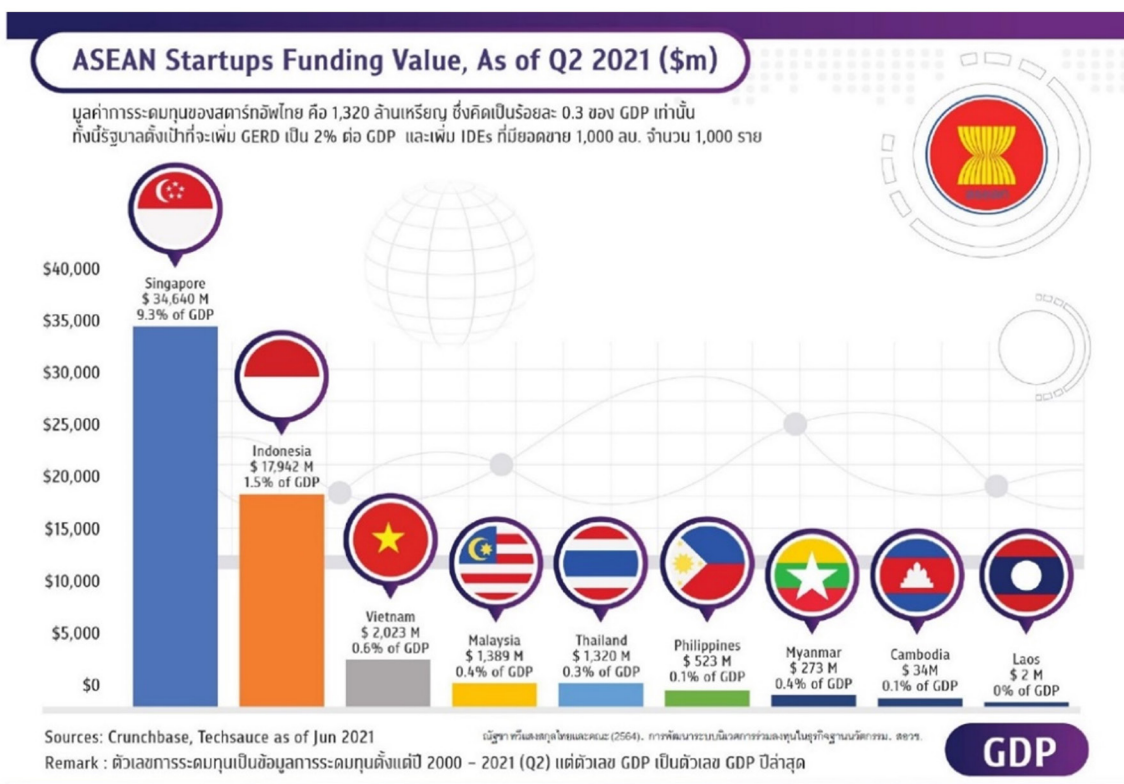
## I. ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับธุรกิจ Startup สำหรับนักกฎหมาย

การส่งเสริมและสนับสนุนการประกอบธุรกิจ Startup ให้ประสบความสำเร็จเป็นเป้าหมายสำคัญของนานาประเทศทั่วโลก เนื่องจากธุรกิจ Startup ที่ประสบความสำเร็จจะช่วยให้เกิดการพัฒนอย่่างก้าวกระโดดของเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะมีผลให้ผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (GDP) ของประเทศนั้นเพิ่มสูงขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ และส่งผลต่อเนื่องให้อัตราการจ้างงานและจำนวนภาษีที่ภาครัฐจัดเก็บได้เพิ่มมากขึ้นด้วย นอกจากนี้โดยที่ผลิตภัณฑ์และบริการของธุรกิจ Startup มักเกิดจากการนำเทคโนโลยีและนวัตกรรมมาใช้ในการประกอบกิจการโดยพัฒนาสิ่งใหม่เพื่อทดแทนสิ่งเดิมที่ไม่มีประสิทธิภาพ การประกอบธุรกิจ Startup จึงเป็นปัจจัย

<sup>๑</sup> ข้อมูลจากศูนย์กลางนวัตกรรมแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (CU Innovation Hub) โดยอนุกรรมการฯ (นางสาวณัฐชา ทวีแสงสกุลไทย) เสนอต่อคณะกรรมการศึกษาแนวทางการปรับปรุงหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจ Startup ในการประชุมครั้งที่ ๑-๑/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๑๔ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๕.

สำคัญที่ก่อให้เกิดนวัตกรรมทางสังคม (social innovation) และพลังทางสังคม (social vitality) ด้วย ทั้งนี้ มีข้อมูลที่น่าสนใจในกรณีของประเทศไทย โดยศูนย์กลางนวัตกรรมแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ให้ข้อมูลว่า ในปี พ.ศ. ๒๕๖๒ GDP ของประเทศไทยกว่าร้อยละ ๖๐ เกิดจากธุรกิจ Startup และ อัตราส่วนของภาษีที่จัดเก็บได้กว่าร้อยละ ๕๐ เป็นภาษีที่เสียโดยธุรกิจ Startup นอกจากนี้ อุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ Startup มีการจ้างงานกว่า ๒,๙๐๐,๐๐๐ ตำแหน่ง และมีการ ยื่นขอจดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญากว่า ๙๐๐,๐๐๐ คำขอ<sup>๒</sup>

ภาพที่ ๑ มูลค่าการลงทุนในธุรกิจ Startup ในประเทศสมาชิกอาเซียน<sup>๓</sup>



สำหรับการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย จากข้อมูลในปี ๒๕๖๔ ที่รวบรวมโดย Crunchbase ซึ่งเป็นแพลตฟอร์มนานาชาติที่แสดงข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจในประเทศต่าง ๆ พบว่าในประเทศไทยมีการลงทุนในธุรกิจ Startup เป็นมูลค่ารวมประมาณ

<sup>๒</sup> เฟื่องอ้าง.

<sup>๓</sup> ธีรชญา ทวีแสงสกุลไทย และคณะ, “การพัฒนาระบบนิเวศการร่วมลงทุนในธุรกิจฐานนวัตกรรมของประเทศไทย: เร่งยกระดับประเทศไทยสู่สเกลอัพ 2030 IDEs Investment Ecosystem: Accelerating Thailand Scale-Up Nation 2030” (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อศูนย์กลางนวัตกรรมแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (CU Innovation Hub) และสำนักงานสภานโยบายการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรมแห่งชาติ (สอวช.) ๒๕๖๔), ๑๒ <<http://cuir.car.chula.ac.th/handle/123456789/77702>> สืบค้นเมื่อ ๑๖ สิงหาคม ๒๕๖๕.

๔๕,๐๐๐ ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ ๐.๓ ของ GDP ซึ่งอยู่ในระดับต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นในประชาคมอาเซียน (ภาพที่ ๑) โดยมีมูลค่าการลงทุนอยู่ในลำดับที่ ๕ ตามหลังประเทศสิงคโปร์ (๑,๒๕๐,๐๐๐ ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ ๙.๓ ของ GDP) ประเทศอินโดนีเซีย (๖๕๐,๐๐๐ ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ ๑.๕ ของ GDP) ประเทศเวียดนาม (๗๓,๐๐๐ ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ ๐.๖ ของ GDP) และประเทศมาเลเซีย (๕๐,๐๐๐ ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ ๐.๔ ของ GDP) ตามลำดับ

เพื่อประโยชน์ในการระบุปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย ในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงข้อมูลพื้นฐานบางประการของธุรกิจ Startup ซึ่งมีความแตกต่างจากการประกอบธุรกิจโดยทั่วไป กล่าวคือ (๑) คำจำกัดความหรือนิยามของธุรกิจ Startup (๒) แนวทางการประกอบธุรกิจ Startup และ (๓) ปัจจัยสำคัญที่ทำให้การประกอบธุรกิจ Startup ประสบความสำเร็จ

### ๑. คำจำกัดความหรือนิยามของธุรกิจ Startup

ธุรกิจ Startup มีหน้าตาอย่างไร จะต้องเป็นองค์กรในรูปแบบใด และมีเป้าหมายในการประกอบธุรกิจอย่างไร เป็นเรื่องสำคัญที่สร้างความสับสนให้แก่คนจำนวนไม่น้อยโดยเฉพาะต่อนักกฎหมายที่เคยชินกับรูปแบบขององค์กรธุรกิจที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายจากการศึกษาของผู้เขียน พบว่าธุรกิจ Startup ยังไม่มีคำนิยามที่ชัดเจนในกฎหมายไทย มีเพียงคำจำกัดความที่เป็นที่รับรู้และเข้าใจกันทั่วไปในหมู่ผู้ประกอบการ ซึ่งอาจสรุปตามที่ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยให้คำจำกัดความไว้ว่าเป็น “กิจการที่เริ่มต้นธุรกิจจากจุดเล็ก ๆ สามารถเติบโตได้อย่างรวดเร็วแบบก้าวกระโดด ออกแบบให้ธุรกิจมีการทำซ้ำได้โดยง่าย (Repeatable) และขยายกิจการได้ง่าย (Scalable) มีการนำเทคโนโลยีและ/หรือนวัตกรรมมาใช้เป็นหัวใจหลักในการสร้างธุรกิจ มักเป็นธุรกิจที่เกิดขึ้นจากไอเดียเพื่อแก้ปัญหาในชีวิตประจำวัน หรือเห็นโอกาสทางธุรกิจที่ยังไม่มีใครเคยคิดหรือทำมาก่อน”<sup>๔</sup> จากคำจำกัดความดังกล่าว จึงอาจกำหนดองค์ประกอบสำคัญของธุรกิจ Startup ได้ ๒ ประการ คือ (๑) มีการใช้เทคโนโลยีและนวัตกรรมเป็นหัวใจหลักในการประกอบธุรกิจ และ (๒) ผู้ประกอบธุรกิจ Startup และนักลงทุนมีความประสงค์ที่จะขยายธุรกิจให้เติบโตโดยเร็วกว่าธุรกิจทั่วไป นอกจากนี้ ธุรกิจ Startup ที่ประสบความสำเร็จมักนำเสนอผลิตภัณฑ์หรือบริการที่สามารถแก้ปัญหาในชีวิตประจำวันที่ไม่เคยมีใครทำได้มาก่อน หรือสามารถเข้ามาสร้างความปั่นป่วน (disruption) ให้กับธุรกิจรายเดิมในตลาดที่ไม่สามารถปรับตัวได้จนกลายเป็นเจ้าตลาดแทน

อนึ่ง มักมีความเข้าใจว่าธุรกิจ Startup หมายถึงรูปแบบองค์กรธุรกิจแบบใดแบบหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องนัก โดยธุรกิจ Startup อาจอยู่ในรูปของกิจการเจ้าของคนเดียว ห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือเป็นบริษัทจำกัดก็ได้ เพียงแต่จะต้อง

<sup>๔</sup> ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, “๕๐ คำศัพท์เบื้องต้นเกี่ยวกับธุรกิจ Startup” <[https://classic.set.or.th/dat/vdoArticle/attachFile/AttachFile\\_1464689572136.pdf](https://classic.set.or.th/dat/vdoArticle/attachFile/AttachFile_1464689572136.pdf)> สืบค้นเมื่อ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๕.

เป็นธุรกิจที่มีการใช้เทคโนโลยีและนวัตกรรมเป็นหัวใจหลักในการประกอบธุรกิจและมีเป้าหมายที่จะขยายธุรกิจให้เติบโตโดยรวดเร็วดังได้กล่าวข้างต้น แต่ในทางปฏิบัติธุรกิจ Startup แทบทุกแห่งเมื่อเติบโตจนถึงระดับหนึ่งมักจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด เนื่องจากเป็นรูปแบบขององค์กรธุรกิจที่ผู้ประกอบการ และนักลงทุนมีความคุ้นเคย มีการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น รองรับการลงทุนลักษณะต่าง ๆ และสามารถแปรสภาพเป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่เสนอขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งเป็นเป้าหมายสูงสุดในการประกอบธุรกิจ Startup ได้

นอกจากนี้ โดยที่ธุรกิจ Startup มักจะเริ่มจากการเป็นธุรกิจขนาดเล็กจึงมักมีความสับสนระหว่างความเชื่อมโยงของธุรกิจ Startup กับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) ซึ่งภายใต้วัตถุประสงค์ของบทความนี้ อาจสรุปได้ว่าในช่วงเริ่มแรกของการประกอบการธุรกิจ Startup ถือได้ว่าเป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมประเภทหนึ่ง เนื่องจากเข้าตามนิยามของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ตามกฎกระทรวงกำหนดลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. ๒๕๖๒<sup>๕</sup> โดยในช่วงแรกธุรกิจ Startup แทบทุกแห่งมักเริ่มต้นจากการเป็นวิสาหกิจรายย่อย (Micro Enterprise) ในภาคการค้าและบริการซึ่งมีการจ้างงานไม่เกิน ๕ คนและมีรายได้ไม่เกิน ๑.๘ ล้านบาทต่อปี<sup>๖</sup> หากต่อมาเมื่อการประกอบธุรกิจเริ่มประสบความสำเร็จและมีผู้สนใจร่วมลงทุนมากขึ้นก็จะขยายขนาดขึ้นเป็นวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลาง (SMEs) ตามลำดับ แต่ทั้งนี้แนวทางการประกอบธุรกิจของธุรกิจ Startup จะมีความแตกต่างกับแนวทางการประกอบธุรกิจของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมโดยทั่วไปอย่างมาก โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับ (๑) การเริ่มต้นธุรกิจ (๒) แนวคิดการใช้นวัตกรรมในการประกอบธุรกิจ (๓) แหล่งเงินทุน และ (๔) เป้าหมายในการประกอบธุรกิจ ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวทำให้มาตรการส่งเสริมที่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง อาจไม่ตอบโจทย์ในการส่งเสริมธุรกิจ Startup ดังเช่นในกรณีการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดย่อมและขนาดกลางโดยทั่วไป

<sup>๕</sup> กฎกระทรวงกำหนดลักษณะของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้วิสาหกิจขนาดย่อม ได้แก่ กิจการที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ (๑) กิจการผลิตสินค้าที่มีจำนวนการจ้างงานไม่เกินห้าสิบคนหรือมีรายได้ต่อปีไม่เกินหนึ่งร้อยล้านบาท (๒) กิจการให้บริการ กิจการค้าส่ง หรือกิจการค้าปลีกที่มีจำนวนการจ้างงานไม่เกินสามสิบคนหรือมีรายได้ต่อปีไม่เกินห้าสิบล้านบาท และวิสาหกิจขนาดกลาง ได้แก่ กิจการที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ (๑) กิจการผลิตสินค้าที่มีจำนวนการจ้างงานเกินกว่าห้าสิบคนแต่ไม่เกินสองร้อยคนหรือมีรายได้ต่อปีเกินกว่าหนึ่งร้อยล้านบาทแต่ไม่เกินห้าร้อยล้านบาท (๒) กิจการให้บริการ กิจการค้าส่ง หรือกิจการค้าปลีก ที่มีจำนวนการจ้างงานเกินกว่าสามสิบคนแต่ไม่เกินหนึ่งร้อยคนหรือมีรายได้ต่อปีเกินกว่าห้าสิบล้านบาทแต่ไม่เกินสามร้อยล้านบาท.

<sup>๖</sup> ประกาศสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม เรื่อง การกำหนดลักษณะของวิสาหกิจรายย่อย ลงวันที่ ๒๑ มิถุนายน ๒๕๖๓ กำหนดให้ “วิสาหกิจรายย่อย” หมายถึง กิจการผลิตสินค้า กิจการให้บริการ กิจการค้าส่ง หรือกิจการค้าปลีก ที่มีจำนวนการจ้างงานไม่เกินห้าคน หรือรายได้ต่อปีไม่เกินหนึ่งล้านแปดแสนบาท



ตารางที่ ๑ ความแตกต่างระหว่างธุรกิจ Startup  
กับวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs)<sup>๗</sup>

ความแตกต่าง	SMEs	Startup
การเริ่มต้น (Starting)	เริ่มต้นธุรกิจจากสินค้าหรือบริการใดก็ได้ จากนั้นจึงกำหนดแผนธุรกิจ (Business Plan) ในการขายสินค้าหรือบริการนั้น	เริ่มต้นธุรกิจโดยเน้นความสำคัญของ เทคโนโลยีและนวัตกรรมในสินค้าหรือ บริการ จากนั้นจึงสร้างรูปแบบธุรกิจ (Business Model) ที่รองรับการเติบโต อย่างรวดเร็ว
การใช้เทคโนโลยีและ นวัตกรรมในการทำธุรกิจ (Innovations)	เป็นสินค้าหรือบริการที่มีอยู่แล้ว แต่มีการปรับปรุงให้ดีขึ้น โดยอาจใช้ เทคโนโลยีในบางส่วน	เป็นการใช้เทคโนโลยีหรือนวัตกรรม ในการสร้างสรรค์สิ่งใหม่เพื่อแก้ปัญหา บางอย่างและเพื่อการขับเคลื่อนธุรกิจ
การบริหารจัดการ (Management)	มีแผนการดำเนินธุรกิจที่ชัดเจน หรือไม่มีก็ได้	มักมีเป้าหมายและแผนการ ดำเนินธุรกิจที่ชัดเจน
แหล่งเงินทุน (Funding)	เจ้าของกิจการเองหรือขอสินเชื่อเงินกู้ยืม จากสถาบันการเงิน	มักมีนักลงทุนเข้ามาร่วมลงทุน เพื่อผลตอบแทนในอนาคต
ความเสี่ยงทางการเงิน (Liquidity Risk)	ความเสี่ยงมักเกิดจากเจ้าของกิจการ หากบริหารจัดการได้ไม่ดี กิจการอาจ ขาดสภาพคล่อง และการกู้ยืมทำได้ยาก	ความเสี่ยงมักเกิดจากผลประกอบการ ไม่เป็นไปตามที่นำเสนอต่อนักลงทุน ส่งผลให้ไม่ได้รับเงินลงทุนต่อไป
สินทรัพย์ (Assets)	ส่วนใหญ่เป็นสินทรัพย์ที่จับต้องได้	ส่วนใหญ่เน้นไปทางสินทรัพย์ทางปัญญา
การเติบโต (Growth)	มักเติบโตในอัตราคงที่และโดยเน้น ความมั่นคงของธุรกิจ	เน้นการเติบโตอย่างก้าวกระโดดภายใน ระยะเวลาอันสั้น
ผลตอบแทน (Profit)	เน้นผลตอบแทนในลักษณะของการสร้าง กำไรอย่างต่อเนื่องให้กับผู้ถือหุ้น	เน้นการเติบโตของกิจการ โดยสร้าง ผลตอบแทนในลักษณะผลกำไรจากการ เสนอขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ (IPO) หรือการขายกิจการให้กับธุรกิจอื่น

<sup>๗</sup> ข้อมูลในส่วนนี้เรียบเรียงและสรุปจาก Krungsri Guru, “Startup และ SME สองอย่างนี้ต่างกัน อย่างไร,” KRUNGSR (plearnเพลิน) <<https://www.krungsri.com/th/plearn-plearn/the-differences-between-startup-and-sme>> สืบค้นเมื่อ ๕ มีนาคม ๒๕๖๕; Finance-Rumour, “Startup (สตาร์ทอัพ) คือ อะไร? แตกต่างจาก SME (เอสเอ็มอี) หรือไม่?” <<https://www.finance-rumour.com/investment/startup-vs-sme/>> สืบค้นเมื่อ ๕ มีนาคม ๒๕๖๕; Officemate Admin, “5 ความแตกต่างระหว่าง ธุรกิจ SME กับ ธุรกิจ Startup” <<https://bit.ly/34iXY9l>> สืบค้นเมื่อ ๕ มีนาคม ๒๕๖๕; Peakblog, “Startup และ SMEs ต่างกัน อย่างไร” <<https://bit.ly/34iX3FY>> สืบค้นเมื่อ ๕ มีนาคม ๒๕๖๕; Short Recap, “เปรียบเทียบให้ชัด! ทุกความแตกต่างระหว่าง “SMEs กับ Startup” <<https://bit.ly/3INGPDR>> สืบค้นเมื่อ ๕ มีนาคม ๒๕๖๕; กรุงเทพธุรกิจออนไลน์, “‘Start-Up’ กับ ‘SMEs’ ต่างกันอย่างไร?” <<https://www.bangkokbiznews.com/business/912863>> สืบค้นเมื่อวันที่ ๕ มีนาคม ๒๕๖๕; บุริม โอทกานนท์, “SMEs กับ Startup,” CUTIP (Chulalongkorn University Technopreneurship and Innovation Management Program) <<https://bit.ly/36Yq0YF>> สืบค้นเมื่อ ๕ มีนาคม ๒๕๖๕.



สำหรับการกำหนดนิยามในกฎหมายนั้น จากการตรวจสอบพบว่ายังไม่มี การกำหนดนิยามของธุรกิจ Startup ไว้โดยตรง มีเพียงแต่การใช้คำว่า “วิสาหกิจเริ่มต้น” ในเอกสาร ของทางราชการแทนคำภาษาอังกฤษว่า “Startup” หรือคำทับศัพท์ว่า “สตาร์ทอัพ” และใน กฎหมายบางฉบับมีการใช้ถ้อยคำหรือการกำหนดหลักเกณฑ์โดยอ้อมเพื่อให้หมายถึงธุรกิจ Startup เช่น พระราชบัญญัติการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศสำหรับ อุตสาหกรรมเป้าหมาย พ.ศ. ๒๕๖๐ ใช้คำว่า “อุตสาหกรรมเป้าหมาย” หรือพระราชกฤษฎีกา ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ ๖๕๘) พ.ศ. ๒๕๖๑ ใช้คำว่า “กิจการที่ประกอบอุตสาหกรรม เป้าหมาย” โดยมีอนุบัญญัติที่กำหนดความหมายและขอบเขตของอุตสาหกรรมเป้าหมาย ไว้อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งแม้จะสามารถใช้เป็นแนวทางในการกำหนดลักษณะกิจการที่รัฐประสงค์ จะส่งเสริมในขอบเขตของกฎหมายนั้น แต่ก็มีความเห็นโดยทั่วไปว่า การขาดนิยามของธุรกิจ Startup ที่ชัดเจน ก่อให้เกิดความสับสนของทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยเฉพาะในการที่ ผู้ประกอบการและนักลงทุนจะพิจารณาว่า กิจการนั้นเข้าข่ายเป็นธุรกิจ Startup ที่อาจขอรับการ ส่งเสริมจากภาครัฐได้หรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องและภาคเอกชนจึงเสนอ ให้มีการกำหนดนิยามของวิสาหกิจเริ่มต้นให้ชัดเจนในกฎหมายด้วย

## ๒. แนวทางการประกอบธุรกิจ Startup

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแนวทางการประกอบธุรกิจ Startup โดยทั่วไปนั้น อาจกล่าว ได้ว่า ผู้เริ่มประกอบธุรกิจ Startup (Founders) มักเป็นผู้ประกอบการรุ่นใหม่ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญในเทคโนโลยีขั้นสูง (Deep Tech) หรือในเทคโนโลยีการให้บริการทางออนไลน์ โดยเฉพาะการพัฒนาแอปพลิเคชันต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค โดยใน ระยะเริ่มแรก (Seed Stage) ผู้ประกอบธุรกิจ Startup มักเริ่มต้นธุรกิจจากการใช้เงินทุนส่วนตัว หรือระดมทุนจากเครือข่ายและเพื่อนฝูงในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ในช่วงต้นและการเริ่มหาแนวคิด ในการทำธุรกิจ (Early Product and Business Ideas Development) จากนั้นเมื่อได้พัฒนา ผลิตภัณฑ์และแนวคิดในการทำธุรกิจให้มีความชัดเจนแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจ Startup จะนำเสนอ ผลิตภัณฑ์และแนวคิดในการทำธุรกิจนั้นแก่บุคคลหรือองค์กรต่าง ๆ เพื่อให้เข้ามาร่วมลงทุนและ ช่วยเหลือในการขยายธุรกิจต่อไป ซึ่งผู้ที่เข้ามาลงทุนในธุรกิจ Startup จะมีทั้งที่เป็นนักลงทุนสถาบัน (Venture Capitals) นักลงทุนบุคคล (Angel Investors) และหน่วยบ่มเพาะธุรกิจ (Incubators) ที่จัดตั้งโดยหน่วยงานของรัฐ สถาบันการศึกษา หรือองค์กรเอกชน โดยหากผลิตภัณฑ์และแนวคิด ในการทำธุรกิจนั้นมีความเป็นไปได้ในการสร้างผลกำไรและมีช่องทางในการเติบโตได้อย่างต่อเนื่อง นักลงทุนหรือหน่วยสนับสนุนต่าง ๆ ก็จะเข้ามาร่วมลงทุนโดยให้เงินทุนในการขยายกิจการ ตลอดจน ช่วยเป็นพี่เลี้ยงให้ความสนับสนุนด้านต่าง ๆ เช่น การเข้าช่วยให้เข้าถึงเครือข่าย (connection) และ การให้คำปรึกษาเพื่อให้เกิดรูปแบบธุรกิจที่มีประสิทธิภาพ โดยสิ่งที่นักลงทุนและหน่วยสนับสนุน มักจะได้รับตอบแทนมักอยู่ในรูปของหุ้นในองค์กรธุรกิจที่มีการจัดตั้งขึ้น หรือการที่นักลงทุนให้ธุรกิจ Startup นั้นกู้ยืมเงินไปใช้ในกิจการโดยนักลงทุนที่เป็นเจ้าหนี้มีสิทธิแปลงหนี้เป็นทุนในภายหลัง

(Convertible Debts) ทั้งนี้ การดำเนินการของธุรกิจ Startup ในระยะนี้เรียกว่าระยะเติบโต (Growth Stage) ซึ่งอาจแบ่งแยกย่อยได้อีกเป็น ๓ ระยะ คือ

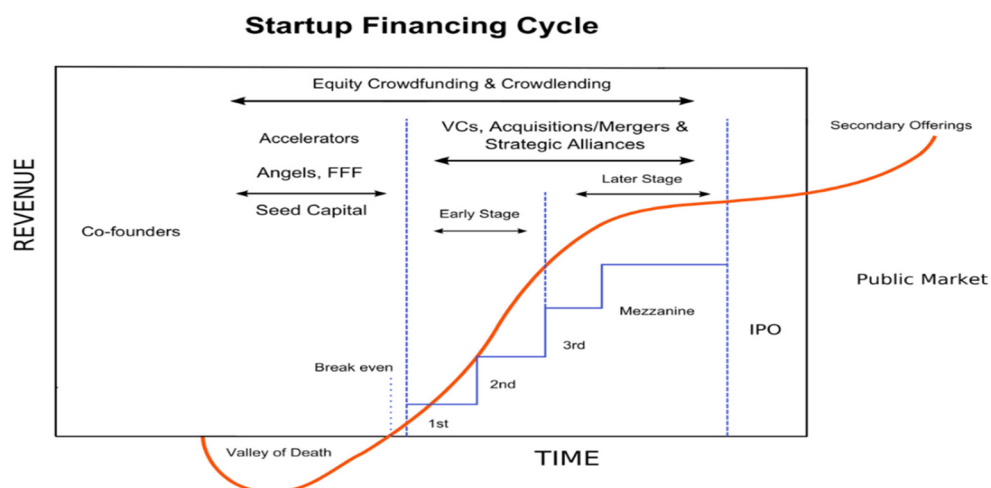
(๑) Series A หรือการระดมทุนครั้งแรก ซึ่งเงินทุนที่ได้ในรอบนี้มักใช้เพื่อปรับปรุงพัฒนาผลิตภัณฑ์ให้ตรงกับความต้องการของตลาด และขยายตลาดในขั้นแรก

(๒) Series B หรือการระดมทุนครั้งที่สอง ซึ่งเงินทุนที่ได้ในรอบนี้มักใช้เพื่อขยายกิจการในประเทศให้มีขนาดใหญ่ขึ้นและเพื่อเพิ่มฐานลูกค้า และ

(๓) Series C และ Series ต่อ ๆ ไป หรือการระดมทุนครั้งที่สามและหลังจากนั้น ซึ่งเงินทุนที่ได้ในรอบนี้มักใช้เพื่อขยายกิจการและเพิ่มฐานลูกค้าในระดับนานาชาติ

เมื่อมีการระดมทุนแต่ละครั้งข้างต้น เงินลงทุนจากนักลงทุนและสัดส่วนการถือหุ้นของนักลงทุนใน Startup ก็จะมีเพิ่มมากขึ้น ขณะที่สัดส่วนการถือหุ้นของผู้เริ่มประกอบการก็จะลดน้อยลงไปตามลำดับ โดยหาก Startup สามารถเติบโตได้อย่างต่อเนื่องก็จะเข้าสู่ระยะสุดท้าย ซึ่งเป็นเป้าหมายของการประกอบธุรกิจของ Startup ทุกแห่ง คือ การออกจากธุรกิจ (Exit) ซึ่งมีสองลักษณะ คือ (๑) การเสนอขายหุ้นแก่ประชาชนทั่วไปในตลาดหลักทรัพย์ (Initial Public Offering: IPO) และ (๒) การถูกควบรวมกิจการ (Merger & Acquisition) โดยองค์กรธุรกิจอื่น ซึ่งทั้งสองลักษณะจะสร้างผลกำไรจำนวนมากให้ผู้เริ่มประกอบการและนักลงทุน และในทางกลับกันหาก Startup นั้นไม่อาจเติบโตหรือสร้างผลกำไรได้ตามเป้าหมาย นักลงทุนก็จะไม่ให้เงินลงทุนกับกิจการต่อไป ส่งผลให้การเติบโตของ Startup หยุดชะงักหรือต้องปิดตัวลง ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า ในการประกอบธุรกิจ Startup การขยายตัวจากระยะเริ่มแรก (seed stage) ไปสู่ระยะเติบโต (growth stage) มักเป็นไปอย่างรวดเร็ว โดยอาจขยายตัวได้ถึงสองหรือสามเท่าภายในระยะเวลา ๖ เดือนถึง ๑ ปี (โปรดดูภาพที่ ๒) ซึ่งเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญจากการประกอบธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ ซึ่งมักมีการขยายตัวอย่างคงที่และในอัตราที่ไม่สูงมากนัก

ภาพที่ ๒ วงจรการประกอบกิจการและการระดมทุนของธุรกิจ Startup<sup>๘</sup>



<sup>๘</sup> Kompere, "Startup Financing Cycle" <<https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=6206260>> accessed 1 August 2022.

### ๓. ปัจจัยสำคัญที่ทำให้การประกอบธุรกิจ Startup ประสบความสำเร็จ<sup>๙</sup>

สมาคมไทยผู้ประกอบการเงินร่วมลงทุน (TVCA) และศูนย์กลางนวัตกรรมแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (CU Innovation Hub) เสนอว่า ปัจจัยภายในสำคัญที่จะทำให้การประกอบธุรกิจ Startup ประสบความสำเร็จ มีอย่างน้อย ๕ ประการ กล่าวคือ

(๑) ปัญหาที่ธุรกิจ Startup นั้นประสงค์จะแก้ไขเป็นปัญหาที่สำคัญ และผลิตภัณฑ์หรือบริการนั้นสามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้จริง ตลอดจนรูปแบบวิธีการดำเนินธุรกิจก่อให้เกิดรายได้กับผู้ประกอบการอย่างต่อเนื่อง

(๒) ตลาดสามารถเติบโตได้ (Scalable) มีขนาดใหญ่พอ และไม่มีผู้ประกอบการรายอื่นที่ครองส่วนแบ่งการตลาดอยู่แล้ว

(๓) ธุรกิจ Startup นั้นมีข้อได้เปรียบที่สำคัญเหนือคู่แข่ง (Unfair Advantage) เช่น มีเทคโนโลยีที่เลียนแบบได้ยาก เป็นผู้ทรงสิทธิบัตร หรือได้รับสัมปทานหรือสิทธิผูกขาดจากภาครัฐ

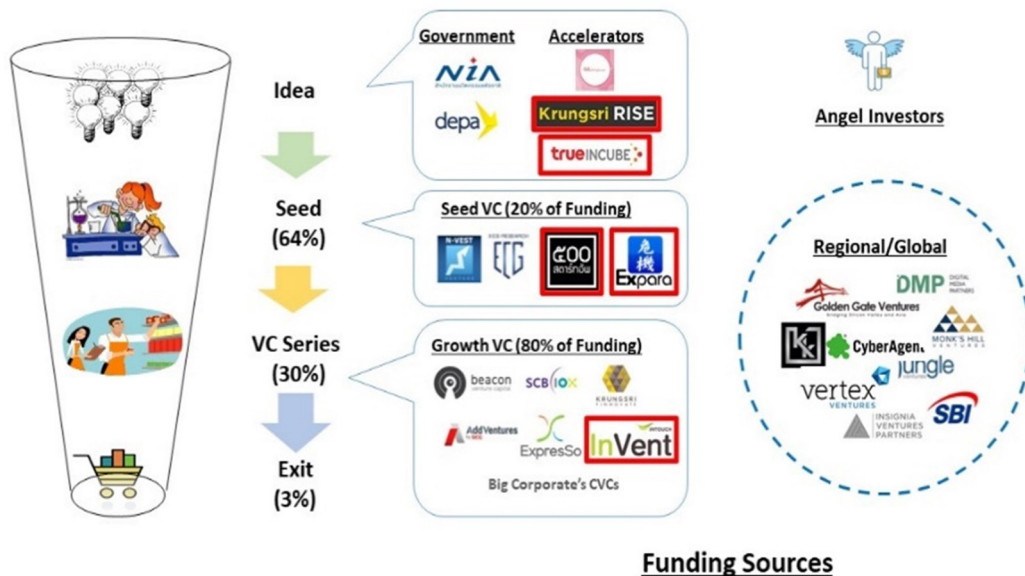
(๔) มีผู้เริ่มประกอบการที่มีความสามารถทั้งทางด้านเทคนิค (Domain Expert) และทางด้านการบริหารงาน (Management Skill) ซึ่งผู้เริ่มประกอบการที่มีความสามารถสูง (A-Team People) จะสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุน และ

(๕) มีการจับคู่ระหว่าง Startup และนักลงทุนหรือหน่วยบ่มเพาะที่เหมาะสม อย่างไรก็ตาม โดยที่ผลิตภัณฑ์และบริการที่เป็นที่ต้องการของตลาดสามารถพัฒนาได้ยาก ประกอบกับระดับการแข่งขันที่สูงและผู้เริ่มประกอบการที่ดียังมีจำนวนไม่มากนัก ทำให้อัตราความสำเร็จของ Startup ไทยอยู่ในระดับต่ำ และจำนวนนักลงทุนในธุรกิจ Startup ในประเทศไทยมีอยู่น้อยราย (โปรดดูภาพที่ ๓) กล่าวคือ ที่ผ่านมาจากจำนวนผู้เริ่มประกอบการที่เริ่มพัฒนาแนวคิดและผลิตภัณฑ์ ๑๐๐ ราย โดยเฉลี่ยจะสามารถเข้าสู่ระยะเริ่มแรก (Seed Stage) ได้ ๖๔ ราย และเข้าสู่ระยะเติบโต (Growth Stage) ได้ ๓๐ ราย และจะสามารถทำกำไรจากการออกจากรกิจการ (Exit) โดยการเสนอขายหุ้นแก่ประชาชนทั่วไปในตลาดหลักทรัพย์หรือการควบรวมกิจการได้เพียง ๓ ราย นอกจากนี้ พบว่านักลงทุนส่วนใหญ่ในประเทศไทยมุ่งเน้นการลงทุนใน Startup ที่อยู่ในระยะเติบโตแล้ว (ร้อยละ ๘๐) ซึ่งมีความเสี่ยงในการลงทุนน้อยกว่า ส่งผลให้มีธุรกิจ Startup ที่ผ่านระยะเริ่มแรกไปสู่ระยะเติบโตลดน้อยลงเป็นลำดับ

<sup>๙</sup> ข้อมูลในส่วนนี้เรียบเรียงและสรุปจากข้อมูลที่ผู้เขียนได้รับจากสมาคมไทยผู้ประกอบการเงินร่วมลงทุน (TVCA) และศูนย์กลางนวัตกรรมแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (CU Innovation Hub).

ภาพที่ ๓ อัตราความสำเร็จของ Startup ไทย  
และภาพรวมของนักลงทุนในประเทศไทย<sup>๑๐</sup>

## Thailand Startup & VC Ecosystem



## II. ปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย

จากการรวบรวมและศึกษาข้อมูล แนวทาง และสถานการณ์ในการประกอบธุรกิจ Startup ประกอบกับการรับฟังความคิดเห็นจากผู้เกี่ยวข้องทั้งในภาคเอกชนและภาครัฐ สามารถสรุปปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทยในปัจจุบันได้เป็น ๓ ส่วน คือ (๑) ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมาย (๒) ปัญหาและอุปสรรคในการระดมทุน และ (๓) ปัญหาและอุปสรรคอื่น ๆ โดยมีรายละเอียด ดังนี้<sup>๑๑</sup>

### ๑. ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมาย

เมื่อกล่าวโดยทั่วไป โครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมายที่ทันสมัยและมีประสิทธิภาพ เช่น การจัดตั้งและบริหารองค์กรธุรกิจ การจัดซื้อจัดจ้าง การบังคับชำระหนี้ การขออนุญาตประกอบกิจการ และการจ้างแรงงาน เป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่ช่วยส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจ

<sup>๑๐</sup> ข้อมูลจากสมาคมไทยผู้ประกอบการธุรกิจเงินร่วมลงทุน (TVCA) โดยอนุกรรมการฯ (นายธนพงษ์ ณ ระนอง) เสนอต่คณะกรรมการศึกษาแนวทางการปรับปรุงหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจ Startup ในการประชุมครั้งที่ ๑-๑/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๑๔ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๕.

<sup>๑๑</sup> ข้อมูลในส่วนนี้เรียบเรียงและสรุปจากเอกสารที่ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการศึกษาแนวทางการปรับปรุงหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจ Startup ได้นำเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการฯ ระหว่างครั้งที่ ๑-๑/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๑๔ มีนาคม ๒๕๖๕ ถึงครั้งที่ ๑๐-๑๐/๒๕๖๕ เมื่อวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๒๕๖๕.

ทุกประเภทประสบความสำเร็จ แต่โครงสร้างพื้นฐานดังกล่าวมีความสำคัญต่อการประกอบธุรกิจในลักษณะของ Startup ยิ่งกว่าต่อการประกอบธุรกิจประเภทอื่น เนื่องจากตลาดของสินค้าและบริการของธุรกิจ Startup เป็นตลาดที่มีการแข่งขันสูงและมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ประกอบกับทุนและแรงงานในธุรกิจ Startup สามารถเคลื่อนย้ายข้ามพรมแดนได้ง่าย นักลงทุนและผู้ประกอบการจึงอาจเลือกย้ายไปลงทุนหรือประกอบธุรกิจในประเทศที่มีโครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมายที่เหมาะสมและมีมาตรการส่งเสริมการประกอบธุรกิจ Startup ที่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ การระดมทุน และลดความเสี่ยงต่าง ๆ ได้มากที่สุด ซึ่งจากการวิเคราะห์โครงสร้างพื้นฐานทางกฎหมายของประเทศไทย พบว่ายังมีกฎหมายหลายเรื่องที่เป็นข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจ Startup โดยข้อจำกัดดังกล่าวสามารถแบ่งได้เป็น ๒ กลุ่มใหญ่ คือ (๑) ข้อจำกัดในการบริหารจัดการองค์กรธุรกิจและในการระดมทุน และ (๒) ข้อจำกัดตามกฎหมายอื่น ๆ

#### (๑) ข้อจำกัดในการบริหารจัดการองค์กรธุรกิจและการระดมทุน

โดยที่ธุรกิจ Startup เมื่อเติบโตจนถึงจุดหนึ่งมักจะจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด ซึ่งต้องมีการบริหารจัดการตามบทบัญญัติในบรรพ ๓ เอกเทศสัญญา ลักษณะ ๒๒ หุ้นส่วน และบริษัท แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่โดยที่กฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัดของไทย ได้ตราขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๔๗๑ หรือเมื่อกว่า ๙๔ ปีมาแล้ว จึงทำให้บทบัญญัติหลายมาตรา โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับส่วนทุนของบริษัทจำกัดยังไม่รองรับหรือสอดคล้องกับแนวทางการประกอบธุรกิจ Startup ซึ่งใช้เครื่องมือทางการเงินการลงทุนในรูปแบบใหม่เพื่อระดมทุนจากนักลงทุน และเพื่อจูงใจให้บุคลากรที่มีความสามารถสูงเข้ามาทำงานกับธุรกิจ Startup ซึ่งเป็นธุรกิจที่แม้จะมีโอกาสได้รับผลตอบแทนสูงแต่ก็มีความเสี่ยงสูงกว่าธุรกิจทั่วไปมาก ทั้งนี้ ข้อจำกัดสำคัญตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัดอาจสรุปได้เป็น ๔ เรื่อง ดังนี้

#### เรื่องที่ ๑ การเสนอขายหุ้นและหุ้นกู้แก่ประชาชนทั่วไป

โดยที่ธุรกิจ Startup ทั่วไปมักมีข้อจำกัดในการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน มาใช้ในการประกอบกิจการ เนื่องจากผู้เริ่มประกอบการมักเป็นเยาวชนรุ่นใหม่ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยี แต่ไม่มีทรัพย์สินส่วนตัวเพียงพอที่จะใช้ในการค้ำประกันในการขอสินเชื่อ และตัวธุรกิจ Startup เองก็ยังไม่มียุติทางทางการเงิน (track record) ที่อาจใช้อ้างอิงกับสถาบันการเงินได้ ทำให้การขอทุนสนับสนุนจากหน่วยงานของรัฐและการระดมทุนจากนักลงทุน เป็นวิธีการหลักในการเข้าถึงเงินทุนเพื่อใช้ในการประกอบกิจการของธุรกิจ Startup อย่างไรก็ตาม ธุรกิจ Startup ที่จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดตามกฎหมายไทยมีข้อจำกัดในการระดมทุนจากนักลงทุน เนื่องจากมาตรา ๑๑๐๒<sup>๑๒</sup> และมาตรา ๑๑๒๙<sup>๑๓</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ห้ามมิให้บริษัทจำกัดเสนอขายหุ้นต่อประชาชนทั่วไปและออกหุ้นกู้เพื่อระดมทุนตามลำดับ อย่างไรก็ตาม เพื่อส่งเสริมให้บริษัทจำกัดที่มีความพร้อมให้สามารถใช้เครื่องมือทางการเงินการลงทุนที่มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

<sup>๑๒</sup> มาตรา ๑๑๐๒ ห้ามมิให้ชี้ชวนประชาชนให้ซื้อหุ้น.

<sup>๑๓</sup> มาตรา ๑๑๒๙ บริษัทจำกัดจะออกหุ้นกู้ไม่ได้.



(สำนักงาน ก.ล.ต.) โดยคณะกรรมการกำกับตลาดทุนจึงได้ใช้อำนาจตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์อนุญาตให้บริษัทจำกัดสามารถเสนอขายหุ้นเป็นการทั่วไป<sup>๑๔</sup> หรือออกหุ้นกู้ได้<sup>๑๕</sup> หากได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด ซึ่งปัจจุบันมีข้อยกเว้นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ Startup กำหนดไว้ ๔ กรณี คือ

๑) การเสนอขายหุ้นของบริษัทจำกัดโดยผู้ถือหุ้น (Private Placement: PP) ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. ๘/๒๕๕๘ ซึ่งอนุญาตให้บริษัทจำกัดเสนอขายหุ้นของบริษัทโดยผู้ถือหุ้นต่อนักลงทุนบางประเภทได้ โดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนด

๒) การเสนอขายหลักทรัพย์ผ่านระบบคราวด์ฟันดิง (Crowdfunding: CF) ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. ๒๑/๒๕๖๒ อนุญาตให้บริษัทจำกัดโดยเฉพาะบริษัทที่เพิ่งเริ่มธุรกิจ หรือ Startup สามารถระดมทุนจากประชาชนหมู่มา (the crowd) ได้โดยผ่านเว็บไซต์ที่เป็นตัวกลาง (funding portal)

๓) การเสนอขายหุ้นของวิสาหกิจเพื่อสังคมที่เป็นบริษัทจำกัด (Social Enterprise: SE) ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. ๑/๒๕๖๓ อนุญาตให้วิสาหกิจเพื่อสังคมที่เป็นบริษัทจำกัดซึ่งได้จดทะเบียนไว้กับสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคมสามารถเสนอขายหุ้นได้เป็นการทั่วไปหรือต่อบุคคลในวงกว้าง ไม่ว่าจะเป็นการเสนอขายโดยบริษัทที่ออกหุ้นหรือโดยผู้ถือหุ้นของบริษัท

๔) การเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ต่อบุคคลในวงจำกัดโดยวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (Public Offering: PO-SME) ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. ๑๗/๒๕๖๓ ซึ่งอนุญาตให้วิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นบริษัทจำกัดที่เข้าร่วมโครงการส่งเสริมการระดมทุนผ่านตลาดทุนตามความร่วมมือระหว่างสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.) กับสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) สามารถออกหุ้นหรือหุ้นกู้แปลงสภาพเพื่อขายให้กับผู้ลงทุนได้ในวงจำกัดโดยไม่ต้องขออนุญาตและยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์ (filing) ต่อบริษัท ก.ล.ต.

ด้วยเหตุนี้ ธุรกิจ Startup ที่มีความประสงค์จะเสนอขายหุ้นและหุ้นกู้แก่ประชาชนเพื่อระดมทุนมาใช้ในกิจการจึงสามารถขออนุญาตจากสำนักงาน ก.ล.ต. โดยปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีข้อยกเว้นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ แต่จากรับฟังความคิดเห็นพบว่า ผู้เริ่มประกอบการและนักลงทุน

<sup>๑๔</sup> มาตรา ๓๔ การเสนอขายหุ้นของบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าจะกระทำโดยบริษัทจำกัดที่ออกหุ้นนั้นหรือผู้ถือหุ้นของบริษัทดังกล่าวมิให้กระทำการเป็นการทั่วไปหรือต่อบุคคลในวงกว้าง เว้นแต่จะได้รับยกเว้นหรือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด.

<sup>๑๕</sup> มาตรา ๓๗ มิให้นำบทบัญญัติมาตรา ๑๒๒๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ห้ามมิให้บริษัทจำกัดออกหุ้นกู้มาใช้บังคับแก่บริษัทจำกัดที่ได้รับอนุญาตให้ออกหุ้นกู้ตามพระราชบัญญัตินี้.



จำนวนมากยังไม่ทราบถึงข้อยกเว้นดังกล่าว เนื่องจากไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลทางกฎหมายและการเงินที่ครบถ้วนและทันสมัยจากที่ปรึกษากฎหมายและการเงินที่มีคุณภาพและมีค่าบริการสูงได้ ด้วยเหตุนี้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งจากภาครัฐและเอกชนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา ๑๐๐๒ และมาตรา ๑๑๒๙ โดยเพิ่มเติมถ้อยคำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ชัดเจนว่า บริษัทจำกัดอาจเสนอขายหุ้นเป็นการทั่วไปและออกหุ้นกู้ได้ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งเป็นการชี้ช่องบอกทางในกฎหมาย (signpost) เพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่ผู้ใช้กฎหมาย พร้อมทั้งประสานงานให้หน่วยงานภาครัฐต่าง ๆ ร่วมกันประชาสัมพันธ์เพื่อสร้างความรับรู้ที่ถูกต้องให้กับหน่วยบ่มเพาะและที่ปรึกษากฎหมายและการเงินในทุกระดับต่อไป<sup>๑๖</sup>

นอกจากข้อจำกัดในการขายหุ้นต่อประชาชนทั่วไปและการออกหุ้นกู้เพื่อระดมทุนแล้ว บริษัทจำกัดตามกฎหมายไทยยังมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการออกหุ้นเพิ่มทุนตามมาตรา ๑๒๒๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>๑๗</sup> ซึ่งกำหนดเป็นหลักการสำคัญว่าในการออกหุ้นเพิ่มทุนนั้น บริษัทจำกัดจะต้องเสนอหุ้นให้แก่ผู้ถือหุ้นเดิมตามสัดส่วนก่อน (pro rata) เพื่อมิให้มีการลดลงของสัดส่วนการถือหุ้น (dilution effect) โดยผู้ถือหุ้นเดิมมิได้ยินยอม ซึ่งหลักการดังกล่าวมีผลให้การระดมทุนของธุรกิจ Startup จากนักลงทุนรายใหม่และการให้สิทธิที่จะซื้อหุ้นในราคาที่กำหนด (Employee Stock Option Program : ESOP) และการทยอยให้หุ้น (Vesting) กับผู้บริหารหรือพนักงานของธุรกิจ Startup นั้นมีความยุ่งยากเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะในกรณีที่ผู้เริ่มประกอบการมิได้ทำข้อตกลงระหว่างกัน (Shareholder's Agreement) ไว้ล่วงหน้าว่าผู้ถือหุ้นเดิมจะไม่ใช้สิทธิในการซื้อหุ้นเพิ่มทุนดังกล่าว ซึ่งหากผู้เริ่มประกอบการคนใดคนหนึ่งเลือกที่จะใช้สิทธิซื้อหุ้นจะก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างผู้ประกอบการด้วยกันหรือระหว่างผู้ประกอบการกับนักลงทุน ด้วยเหตุนี้จึงมีข้อเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๒๒๒ โดยอนุญาตให้บริษัทจำกัดได้รับการยกเว้นการเสนอหุ้นให้แก่ผู้ถือหุ้นเดิมตามสัดส่วนก่อน ในกรณีที่เป็นการเพิ่มทุนในกรณีเพื่อจัดทำโครงการ ESOP หรือ Vesting และการระดมทุนจากบุคคลภายนอกตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะต้องมีการพิจารณาโดยละเอียดว่าควรที่จะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขอย่างไร เพื่อไม่ให้ผู้ถือหุ้นเดิมโดยเฉพาะที่เป็นผู้ถือหุ้นรายย่อยได้รับความเสียหายจากการเพิ่มทุนในลักษณะที่เป็นการยกเว้นดังกล่าว

<sup>๑๖</sup> มีข้อพิจารณาเพิ่มเติมในเชิงการร่างกฎหมายว่า มีความจำเป็นที่จะต้องมีการชี้ช่องบอกทางในกฎหมายไว้หรือไม่ เนื่องจากถึงแม้บทมาตราในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้มีถ้อยคำที่ระบุไว้อย่างชัดเจน บริษัทจำกัดก็สามารถดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้อยู่แล้ว และการระบุไว้เช่นนั้นอาจก่อให้เกิดข้อจำกัดในการดำเนินการต่อไปได้.

<sup>๑๗</sup> มาตรา ๑๒๒๒ บรรดาหุ้นที่ออกใหม่นั้น ต้องเสนอให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนหุ้นที่เขาถืออยู่

คำเสนอเช่นนี้ ต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ถือหุ้นทุก ๆ คน ระบุจำนวนหุ้นให้ทราบว่าผู้นั้นชอบที่จะซื้อได้กี่หุ้น และให้กำหนดวันว่าถ้าพ้นวันนั้นไปไม่ได้มีคำสนองมาแล้วจะถือว่าเป็นอันไม่รับซื้อ

เมื่อวันที่กำหนดล่วงไปแล้วก็ดี หรือผู้ถือหุ้นได้บอกมาว่าไม่รับซื้อหุ้นนั้นก็ดี กรรมการจะเอาหุ้นเช่นนั้นขายให้แก่ผู้ถือหุ้นคนอื่นหรือจะรับซื้อไว้เองก็ได้.

## เรื่องที่ ๒ การให้สิทธิกับผู้บริหารหรือพนักงานในการซื้อหุ้นในราคาที่กำหนด (ESOP) และการทยอยให้หุ้น (Vesting)

โดยที่ความสำเร็จในการประกอบธุรกิจ Startup ซึ่งมักเป็นธุรกิจเกี่ยวกับเทคโนโลยีขั้นสูง (Deep Tech) หรือการให้บริการทางออนไลน์ที่ตอบโจทย์ของผู้บริโภคขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถของบุคลากรโดยตรง การดึงดูดผู้บริหารหรือพนักงานที่มีความสามารถให้เข้ามาร่วมงานและรักษาไม่ให้อ้ายไปร่วมงานกับคู่แข่งหรือย้ายไปทำงานในองค์กรที่มีความมั่นคงสูงกว่าจึงเป็นความท้าทายที่สำคัญของธุรกิจ Startup ทุกแห่ง นอกจากนี้ โดยที่ในระยะเริ่มแรกธุรกิจ Startup มักมีทุนไม่มากนัก การกำหนดค่าตอบแทนให้ผู้บริหารและพนักงานในลักษณะที่เป็นค่าตอบแทนที่ขึ้นกับความสำเร็จของ Startup นั้นในอนาคต เช่น การให้หุ้น (Vesting) หรือการให้สิทธิในการซื้อหุ้นในราคาที่กำหนด (ESOP) จึงเป็นกลไกสำคัญในการสร้างแรงจูงใจ (incentive) ให้พนักงานรู้สึกว่าเป็นเจ้าของหรือเป็นส่วนหนึ่งของกิจการ ซึ่งเป็นเครื่องมือในการบริหารงานบุคคลของธุรกิจ Startup ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในระดับนานาชาติ อย่างไรก็ตาม การนำกลไกดังกล่าวมาใช้กับธุรกิจ Startup ที่เป็นบริษัทจำกัดตามกฎหมายไทยยังมีข้อจำกัดหลายประการอันเนื่องมาจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น ข้อจำกัดเกี่ยวกับการออกหุ้นเพิ่มทุนดังได้กล่าวข้างต้น และการที่บริษัทจำกัดไม่สามารถมีหุ้นที่ออกแล้วแต่ถือไว้เอง (Treasury Shares) และไม่สามารถซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้น ผู้บริหาร หรือพนักงานกลับเข้ามาเป็น Treasury Shares เพื่อใช้บริหารจัดการ ESOP หรือ Vesting ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ในกรณีของ Treasury Shares โดยที่มาตรา ๑๑๐๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>๑๔</sup> กำหนดให้บริษัทจำกัดต้องออกหุ้นและจัดให้มีผู้ถือหุ้นทั้งหมดเมื่อจัดตั้งหรือเมื่อออกหุ้นเพิ่มทุน บริษัทจำกัดจึงไม่สามารถกันหุ้นไว้ส่วนหนึ่ง (เช่น ร้อยละ ๑๐ ถึงร้อยละ ๒๐ ดังที่เป็นแนวปฏิบัติในระดับนานาชาติ) เพื่อจัดทำโครงการ ESOP หรือ Vesting ในอนาคตได้ ทั้งนี้ จากการรับฟังความคิดเห็น พบว่าในทางปฏิบัติ ธุรกิจ Startup บางแห่งที่ประสงค์จะจัดทำโครงการ ESOP หรือ Vesting จะใช้วิธีการดำเนินการโดยอ้อมโดยนำหุ้นที่ตั้งใจจะให้ผู้บริหารหรือพนักงานในอนาคตนั้นไปฝากไว้กับผู้เริ่มประกอบธุรกิจคนหนึ่ง และเมื่อถึงเวลาหรือเงื่อนไขที่กำหนด ผู้เริ่มประกอบธุรกิจคนนั้นก็จะต้องให้หุ้นหรือขายหุ้นให้กับผู้บริหารหรือพนักงานตามที่ตกลงไว้ต่อไป ซึ่งการดำเนินการในลักษณะนี้อาจก่อปัญหาที่นำไปสู่ข้อขัดแย้งได้ง่าย เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการลงคะแนนเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิในการได้รับเงินปันผล ภาระทางภาษีของผู้เริ่มประกอบธุรกิจรายนั้นเมื่อมีการโอนหุ้นให้แก่ผู้บริหารหรือพนักงาน และที่สำคัญที่สุด ปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดตามกฎหมายหากผู้เริ่มประกอบธุรกิจดังกล่าวไม่ยอมให้หุ้นหรือขายหุ้นให้กับผู้บริหารหรือพนักงานตามที่ตกลงไว้ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงมีข้อเสนอให้ปรับปรุงมาตราที่เกี่ยวข้องให้บริษัทจำกัดไม่ต้องจัดให้มีผู้ถือหุ้นในหุ้นทั้งหมด แต่ให้มีทุนจดทะเบียน (Authorized Share

<sup>๑๔</sup> มาตรา ๑๑๐๔ จำนวนหุ้นทั้งหมดซึ่งบริษัทคิดจะจดทะเบียนนั้น ต้องมีผู้เข้าซื้อชื่อหรือออกให้กันเสร็จก่อนการจดทะเบียนของบริษัท.

Capital) และทุนชำระแล้ว (Paid-Up Share Capital) ในลักษณะเดียวกับบริษัทมหาชนจำกัดต่อไป อย่างไรก็ตาม การปรับปรุงกฎหมายในลักษณะดังกล่าว จะเป็นการแก้ไขหลักการใหญ่ของกฎหมายบริษัทจำกัดซึ่งจะกระทบกับบริษัทจำกัดทั้งหมดไม่เฉพาะแต่เพียงธุรกิจ Startup จึงจะต้องมีการพิจารณาข้อดีข้อเสียและผลกระทบโดยละเอียดต่อไป

นอกจากนี้ มาตรา ๑๑๔๓<sup>๑๙</sup> กำหนดห้ามบริษัทจำกัดเป็นเจ้าของหุ้นของตนเองหรือรับจำนำหุ้นของตนเอง ทำให้ธุรกิจ Startup ไม่สามารถซื้อหุ้นคืนจากผู้เริ่มก่อการ ผู้บริหาร หรือพนักงานที่เลิกปฏิบัติงานให้กับองค์กรหรือย้ายไปทำงานกับคู่แข่ง และนำมาจัดสรรในโครงการ ESOP หรือ Vesting ให้กับผู้บริหารหรือพนักงานรายใหม่ได้ ดังนั้น จึงมีข้อเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๑๔๓ ดังกล่าว โดยอนุญาตให้บริษัทจำกัดสามารถซื้อหุ้นคืนได้ตามเงื่อนไขของกฎหมายและต้องจำหน่ายออกไปภายในเวลาที่กำหนด โดยอาจนำหลักเกณฑ์เรื่องเดียวกันของบริษัทมหาชนจำกัดที่ออกตามความในมาตรา ๖๖/๑ แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๔<sup>๒๐</sup> ประกอบกับบทกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการว่าด้วยการซื้อหุ้นคืน การจำหน่ายหุ้นที่ซื้อคืน และการตัดหุ้นที่ซื้อคืนของบริษัท พ.ศ. ๒๕๔๔ มาพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมเพื่อมิให้มีการใช้เป็นช่องทางในการฟ่องถ่ายเงินทุนของบริษัทจำกัดเพื่อโกงเจ้าหนี้และลูกจ้างซึ่งเป็นข้อกังวลที่สำคัญของกฎหมาย

### เรื่องที่ ๓ การแปลงหนี้เป็นทุนและหุ้นกู้แปลงสภาพ

ในการระดมทุนจากนักลงทุน นอกจากวิธีการออกหุ้นเพิ่มทุนให้กับนักลงทุนโดยตรงแล้ว อีกวิธีการหนึ่งที่มีการใช้กันโดยทั่วไปโดยเฉพาะในกรณีที่นักลงทุน

<sup>๑๙</sup> มาตรา ๑๑๔๓ ห้ามมิให้บริษัทจำกัดเป็นเจ้าของถือหุ้นของตนเอง หรือรับจำนำหุ้นของตนเอง.

<sup>๒๐</sup> มาตรา ๖๖/๑ บทบัญญัติมาตรา ๖๖ ในส่วนที่เกี่ยวกับการที่บริษัทเป็นเจ้าของหุ้นของตนเอง มิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้

(๑) บริษัทอาจซื้อหุ้นคืนจากผู้ถือหุ้นที่ออกเสียงไม่เห็นด้วยกับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและสิทธิในการรับเงินปันผลซึ่งผู้ถือหุ้นเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม

(๒) บริษัทอาจซื้อหุ้นคืนเพื่อบริหารทางการเงินเมื่อบริษัทมีกำไรสะสมและสภาพคล่องส่วนเกิน และการซื้อหุ้นคืนนั้นไม่เป็นเหตุให้บริษัทประสบปัญหาทางการเงิน

หุ้นที่บริษัทถืออยู่นั้นจะไม่นับเป็นองค์ประชุมในการประชุมผู้ถือหุ้น รวมทั้งไม่มีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนและสิทธิในการรับเงินปันผลด้วย

หุ้นที่ซื้อคืนตามวรรคหนึ่ง บริษัทจะต้องจำหน่ายออกไปภายในเวลาที่กำหนดในกฎกระทรวง ถ้าไม่จำหน่ายหรือจำหน่ายไม่หมดภายในเวลาที่กำหนด ให้บริษัทลดทุนที่ชำระแล้วโดยวิธีตัดหุ้นจดทะเบียนส่วนที่จำหน่ายไม่ได้

การซื้อหุ้นคืนตามวรรคหนึ่ง การจำหน่ายหุ้น และการตัดหุ้นตามวรรคสาม ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง.

ยังไม่มั่นใจว่าธุรกิจของ Startup นั้นจะสามารถเติบโตได้ คือการที่นักลงทุนให้ธุรกิจ Startup กู้ยืมเงินไปใช้ในการประกอบธุรกิจ โดยกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่า หากธุรกิจ Startup นั้นเติบโตได้ดี นักลงทุนมีสิทธิเลือกที่จะขอรับชำระหนี้เป็นหุ้นของบริษัทจำกัด ซึ่งมีผลให้นักลงทุนแปลงสภาพจากเจ้าหนี้ที่จะได้รับประโยชน์เฉพาะจากเงินต้นและดอกเบี้ยที่ได้รับชำระคืน กลายเป็นผู้ถือหุ้นที่จะได้รับประโยชน์โดยตรงจากการเติบโตของธุรกิจ Startup นั้น อย่างไรก็ตาม ฎหมายบริษัทจำกัดของไทยยังไม่อนุญาตให้มีการแปลงหนี้เป็นทุนโดยตรงได้ โดยมาตรา ๑๑๑๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>๒๑</sup> กำหนดให้ผู้ลงชื่อจองหุ้นต้องจ่ายเงินค่าหุ้นให้แก่บริษัทจำกัดเต็มมูลค่าจะหักหนี้กับบริษัทไม่ได้ โดยมีวัตถุประสงค์ดั้งเดิมเพื่อให้บริษัทจำกัดมีสินทรัพย์ที่แท้จริงเป็นเงินทุนสำหรับการประกอบกิจการ ไม่ใช่มีแต่เพียงสินทรัพย์ที่แปลงมาจากหนี้เท่านั้น ซึ่งในกรณีของธุรกิจ Startup ข้อกำหนดดังกล่าวมีผลให้ธุรกิจ Startup ไม่สามารถออกหุ้นเพิ่มทุนให้กับเจ้าหนี้โดยตรงได้ จะต้องดำเนินการโดยอ้อมโดยหาเงินมาชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ก่อนแล้วจึงออกหุ้นเพิ่มทุนและให้เจ้าหนี้ชำระค่าหุ้นนั้นกลับคืนมา ซึ่งเป็นการสร้างขั้นตอนและก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการที่ไม่จำเป็น

เพื่อช่วยเหลือให้บริษัทจำกัดสามารถแปลงหนี้เป็นทุนได้ง่ายขึ้น สำนักงาน ก.ล.ต. โดยคณะกรรมการกำกับตลาดทุนจึงออกประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ. ๑๗/๒๕๖๓ กำหนดให้บริษัทจำกัดที่เป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเข้าร่วมโครงการส่งเสริมการระดมทุนผ่านตลาดทุนตามความร่วมมือระหว่างสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.) กับสำนักงาน ก.ล.ต. (Public Offering: PO-SME) สามารถออกหุ้นกู้แปลงสภาพ (convertible bond) เพื่อเสนอขายให้กับผู้ลงทุนได้ในวงจำกัดได้โดยไม่ต้องขออนุญาตและยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายหลักทรัพย์ (filling) ต่อสำนักงาน ก.ล.ต. อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบธุรกิจ Startup ที่ร่วมแสดงความคิดเห็นให้ข้อมูลว่า ข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อการระดมทุนของธุรกิจ Startup ไม่มากนัก เนื่องจากการออกหุ้นกู้แปลงสภาพมีความซับซ้อนและมีรายละเอียดมาก จำเป็นต้องจ้างที่ปรึกษาทางกฎหมายหรือการเงินที่มีความรู้เฉพาะและมีค่าบริการสูง จึงไม่ใช่วิธีการระดมทุนที่เหมาะสมสำหรับธุรกิจ Startup ส่วนใหญ่ที่มีเงินทุนและความรู้ทางกฎหมายและการเงินไม่มากนัก ดังนั้น ภาคเอกชนจึงเสนอให้ปรับปรุงกฎหมายให้บริษัทจำกัดสามารถออกหุ้นเพิ่มทุนเพื่อหักหนี้กับเจ้าหนี้ได้โดยตรง โดยมีข้อพิจารณาว่าการปรับปรุงกฎหมายเรื่องนี้มีผลกระทบกับบริษัทจำกัดทั้งหมด ไม่ใช่เฉพาะที่เป็นธุรกิจ Startup เท่านั้น และเจ้าหนี้อาจใช้เป็นช่องทางในการเข้าครอบงำบริษัทจำกัดหรือผู้ถือหุ้นที่เป็นเจ้าหนี้ของบริษัทอาจใช้ในการเอาเปรียบผู้ถือหุ้นรายอื่นได้ จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบต่อไป

<sup>๒๑</sup> มาตรา ๑๑๑๙ หักทุก ๆ หักจำต้องให้ใช้เป็นเงินจนเต็มค่า เว้นแต่หุ้นซึ่งออกตามบทบัญญัติมาตรา ๑๑๐๘ อนุมาตรา (๕) หรือมาตรา ๑๒๒๑

ในการใช้เงินเป็นค่าหุ้นนั้น ผู้ถือหุ้นจะหักหนี้กับบริษัทหาได้ไม่.

## เรื่องที่ ๔ การเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิในหุ้น

ข้อจำกัดสำคัญประการสุดท้ายของกฎหมายบริษัทจำกัดไทยที่เกี่ยวกับธุรกิจ Startup คือ การใช้บุริมสิทธิในหุ้นเป็นเครื่องมือในการระดมทุนจากนักลงทุนและการจัดการความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้นประเภทต่าง ๆ ในธุรกิจ Startup ดังที่มีการใช้อย่างแพร่หลายในระดับนานาชาติ โดยนักลงทุนจะนำเงินมาลงทุนโดยแลกกับหุ้นบุริมสิทธิที่ธุรกิจ Startup นั้นออกให้ โดยแลกกับหุ้นบุริมสิทธิซึ่งมีสิทธิบางประการเหนือกว่าหุ้นสามัญเพื่อลดความเสี่ยงของนักลงทุน โดยบุริมสิทธิที่มีการกำหนดโดยทั่วไป เช่น (๑) สิทธิในการออกเสียงลงคะแนนที่ต่างจากหุ้นสามัญ เช่น คะแนนเสียงต่อหุ้นมากกว่าหรือมีสิทธิในการคัดค้านมติสำคัญ (Veto Right)<sup>๒๒</sup> (๒) สิทธิในการได้รับเงินปันผลที่แตกต่างจากหุ้นสามัญ และ (๓) สิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อนผู้ถือหุ้นคลาสอื่นในกรณีเลิกกิจการหรือล้มละลาย เป็นต้น นอกจากนี้ โดยที่ธุรกิจ Startup มักมีการระดมทุนหลายรอบ เช่น Series A Series B และ Series C ซึ่งมีมูลค่าและเงื่อนไขต่างกัันดังได้กล่าวข้างต้น บุริมสิทธิที่กำหนดในหุ้นเพิ่มทุนแต่ละรอบ (หุ้นบุริมสิทธิแต่ละคลาส) จึงมักมีความแตกต่างกัน และอาจต้องมีการปรับปรุงบุริมสิทธิที่กำหนดไว้เดิมให้สอดคล้องกับบุริมสิทธิที่กำหนดใหม่ด้วย อย่างไรก็ตาม การกำหนดบุริมสิทธิในหุ้นและการแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญตามกฎหมายไทยยังมีข้อจำกัด เนื่องจากมาตรา ๑๑๔๒<sup>๒๓</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดห้ามมิให้บริษัทจำกัดแก้ไขบุริมสิทธิในหุ้นที่ได้ออกไปแล้ว และไม่มีการกำหนดกลไกให้บริษัทจำกัดสามารถแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญได้ ส่งผลให้ในทางปฏิบัติหากธุรกิจ Startup ประสงค์จะแก้ไขบุริมสิทธิหรือแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญจะต้องดำเนินการโดยอ้อม โดยยกเลิกหุ้นบุริมสิทธิคลาสเดิมก่อนแล้วจึงออกหุ้นบุริมสิทธิคลาสใหม่ให้กับนักลงทุนซึ่งเป็นวิธีการมีความยุ่งยาก ขาดความแน่นอน ใช้ระยะเวลานาน และมีค่าใช้จ่ายสูง เนื่องจากการยกเลิกหุ้นบุริมสิทธิคลาสเดิมถือเป็นการลดทุนอย่างหนึ่งตามมาตรา ๑๒๒๖<sup>๒๔</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บริษัทจำกัดจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังเจ้าหนี้ด้วย

<sup>๒๒</sup> สำนักงานกฎหมาย Baker & McKenzie ให้ข้อมูลว่า บุริมสิทธิในหุ้นที่นักลงทุนต่างชาติให้ความสำคัญ คือ การมี Veto Right และความคล่องตัวในการเปลี่ยนแปลงสิทธิในการได้รับเงินปันผลที่สอดคล้องกับการลงทุนในช่วงเวลาต่างๆ (ข้อมูลจากการหารือร่วมกันระหว่างผู้เขียนกับสำนักงานกฎหมาย Baker & McKenzie เมื่อวันที่ ๒๐ กรกฎาคม ๒๕๖๕).

<sup>๒๓</sup> มาตรา ๑๑๔๒ ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้ว ได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้น ๆ เป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย.

<sup>๒๔</sup> มาตรา ๑๒๒๖ เมื่อบริษัทประสงค์จะลดทุน ต้องโฆษณาความประสงค์นั้นในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่อย่างน้อยหนึ่งคราว และต้องมีหนังสือบอกกล่าวไปยังบรรดาผู้ซึ่งบริษัทรู้ว่าเป็นเจ้าหนี้ของบริษัท บอกให้ทราบรายการซึ่งประสงค์จะลดทุนลงและขอให้เจ้าหนี้ผู้มีข้อความอย่างหนึ่งอย่างใดในการลดทุนนั้น ส่งคำคัดค้านไปภายในสามสิบวันนับแต่วันที่บอกกล่าวนั้น

ถ้าไม่มีผู้ใดคัดค้านภายในกำหนดเวลาสามสิบวัน ก็ให้พึงถือว่าไม่มีการคัดค้าน

ถ้าหากมีเจ้าหนี้คัดค้าน บริษัทจะจัดการลดทุนลงไม่ได้ จนกว่าจะได้ใช้หนี้หรือให้ประกันเพื่อหนี้รายนั้นแล้ว.



ซึ่งหากเจ้าหนี้คัดค้านบริษัทจำกัดจะลดทุนไม่ได้จนกว่าจะได้ใช้หนี้หรือให้ประกันหนี้แล้ว ทั้งนี้ จากการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องพบว่า ข้อจำกัดเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิในหุ้นและการแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญนี้เป็นอุปสรรคที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งต่อการเติบโตของธุรกิจ Startup ในประเทศไทย เนื่องจากการเพิ่มต้นทุนในการระดมทุนอย่างมีนัยสำคัญ และไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติของนักลงทุนต่างชาติที่มีความคุ้นเคยกับระบบกฎหมายที่บุริมสิทธิในหุ้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยอิสระ ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติจำนวนมากขาดความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนในธุรกิจ Startup ที่จดทะเบียนตามกฎหมายบริษัทจำกัดไทย และกำหนดเงื่อนไขให้ธุรกิจ Startup ไทย ต้องไปจดทะเบียน Holding Company ที่ประเทศสิงคโปร์ที่มีระบบกฎหมายที่นักลงทุนต่างชาติคุ้นเคย<sup>๒๕</sup>

เพื่อแก้ไขปัญหาลักษณะดังกล่าวจึงมีข้อเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๑๔๒ โดยอนุญาตให้บริษัทจำกัดอาจเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิในหุ้นได้โดยมติพิเศษ เช่น กำหนดให้ใช้มติ ๓ ใน ๔ ของที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยต้องขอมติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ๒ ครั้ง กล่าวคือ มติจากผู้ถือหุ้นกลุ่มที่ไม่เปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิ ๑ ครั้ง และมติของกลุ่มที่เปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิอีก ๑ ครั้ง อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอนี้แตกต่างกับข้อเสนอในการแก้ไขบทบัญญัติอื่น ๆ ข้างต้น การแก้ไขมาตรา ๑๑๔๒ ดังกล่าวจะมีผลกระทบกับบริษัทจำกัดทั้งหมดไม่เฉพาะต่อธุรกิจ Startup เท่านั้น จึงต้องมีการพิจารณาโดยละเอียดต่อไป

## (๒) ข้อจำกัดทางกฎหมายอื่น ๆ

นอกจากข้อจำกัดในการบริหารจัดการองค์กรธุรกิจที่เกิดจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ไม่สอดคล้องกับเครื่องมือทางการเงินการลงทุนสมัยใหม่แล้ว จากการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชนและหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง พบว่าการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทยประสบปัญหาอุปสรรคจากการดำเนินการตามกฎหมายอื่น ๆ ด้วย โดยอาจสรุปข้อจำกัดสำคัญได้ ดังนี้

๑) ข้อจำกัดจากการมีกฎหมายที่ธุรกิจ Startup จะต้องปฏิบัติตามเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะกฎหมายที่กำหนดให้จะต้องมีการขออนุญาตหรือจดทะเบียนก่อนเริ่มประกอบธุรกิจ

ปัจจัยสำคัญที่สุดประการหนึ่งในการประกอบธุรกิจ Startup ให้ประสบความสำเร็จและสามารถแข่งขันในระดับนานาชาติได้ คือ การที่ธุรกิจ Startup สามารถนำเสนอผลิตภัณฑ์หรือบริการใหม่ และสามารถปรับตัวให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้บริโภคที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างรวดเร็ว แต่โดยที่ผู้ประกอบการ Startup ในประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่าง ๆ จำนวนมาก จึงทำให้การประกอบธุรกิจ Startup ขาดความคล่องตัวและต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎหมาย (compliance cost) สูง นอกจากนี้

<sup>๒๕</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ ๒๒.



ในกรณีที่ประเภทธุรกิจนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องขออนุญาตหรือจดทะเบียนกับหน่วยงานภาครัฐก่อนเริ่มประกอบกิจการ ธุรกิจ Startup จะประสบกับความยุ่งยากและความไม่แน่นอนในการเริ่มประกอบกิจการ ส่งผลให้ผู้เริ่มประกอบการรุ่นใหม่ซึ่งมักมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีแต่ไม่ได้มีความรู้ทางกฎหมายหรือประสบการณ์ในการติดต่อกับหน่วยงานภาครัฐเกิดความสับสนและท้อแท้ในการดำเนินการให้ถูกต้อง เช่น ไม่ทราบว่าจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใด ต้องยื่นขออนุญาตจากหน่วยงานใด หรือจะขอรับการส่งเสริมหรือสิทธิประโยชน์จากภาครัฐได้อย่างไร ซึ่งก่อให้เกิดความเสี่ยงในทางกฎหมาย (legal risks) ในการประกอบธุรกิจ หรือการไม่ได้รับการคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ เช่น สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาหรือความลับทางการค้า<sup>๒๖</sup> ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของการประกอบธุรกิจ Startup

จากการรวบรวมข้อมูลของผู้เขียน พบว่า มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติไม่น้อยกว่า ๒๐ ฉบับที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ Startup ในระยะต่าง ๆ โดยสามารถแบ่งประเภทกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้เป็น ๒ กลุ่มใหญ่ ดังนี้

**กลุ่มที่ ๑** กฎหมายที่ธุรกิจ Startup ทุกแห่งหรือส่วนใหญ่มีความเกี่ยวข้อง คือ

ก) กฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. ๒๔๙๙ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

ข) กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร ได้แก่ ประมวลรัษฎากร ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมสรรพากร

ค) กฎหมายแรงงาน ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ และพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. ๒๕๑๘ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน และพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. ๒๕๓๗ และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานประกันสังคม

ง) กฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๗ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมทรัพย์สินทางปัญญา และ

จ) กฎหมายเกี่ยวกับการระดมทุน เช่น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงาน ก.ล.ต. และตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๓๕ และพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

<sup>๒๖</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกการประชุมคณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางการปรับปรุงหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจ Startup ครั้งที่ ๒-๒/๒๕๖๕ (๒๑ มีนาคม ๒๕๖๕), ๕.

กลุ่มที่ ๒ กฎหมายที่ธุรกิจ Startup อาจมีความเกี่ยวข้องตามประเภทการประกอบกิจการหรือผลิตภัณฑ์หรือบริการของธุรกิจ Startup นั้น คือ

ก) กฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมวิสาหกิจลักษณะเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. ๒๕๔๓ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (สสว.) และพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม (สสส.)

ข) กฎหมายเกี่ยวกับการขอรับการส่งเสริมจากภาครัฐ ได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ และพระราชบัญญัติการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศสำหรับอุตสาหกรรมเป้าหมาย พ.ศ. ๒๕๖๐ อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานส่งเสริมการลงทุน และพระราชบัญญัติการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ การวิจัย และนวัตกรรม พ.ศ. ๒๕๖๒ และพระราชบัญญัติส่งเสริมการใช้ประโยชน์ผลงานวิจัยและนวัตกรรม พ.ศ. ๒๕๖๔ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานสภานโยบายการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรมแห่งชาติ (สอวช.) และสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม (สกสว.) ตามลำดับ

ค) กฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ได้แก่ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า

ง) กฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวและการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ได้แก่ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมการจัดหางาน และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

จ) กฎหมายล้มละลาย คือ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๔๘๓ ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมบังคับคดี และ

ฉ) กฎหมายการอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะตามแต่ประเภทธุรกิจหรือสินค้าและบริการของ Startup นั้น ๆ อาทิ กฎหมายธุรกิจสถาบันการเงิน กฎหมายประกันภัย กฎหมายอาหารและยา และกฎหมายสถานพยาบาล เป็นต้น

จากปัญหาอุปสรรคในการปฏิบัติตามกฎหมายต่าง ๆ ข้างต้น จึงมีข้อเสนอให้มีการปรับปรุงกฎหมายต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมให้ธุรกิจ Startup สามารถประกอบกิจการได้โดยคล่องตัว ซึ่งมีทั้งข้อเสนอที่เป็นแนวทางการดำเนินการระยะสั้น เช่น การออกกฎหมายเฉพาะ ยกเว้นการดำเนินการตามกฎหมายบางเรื่องให้ธุรกิจ Startup ที่ได้รับการรับรอง และข้อเสนอที่เป็นการดำเนินการระยะยาว เช่น การแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติอนุญาตต่าง ๆ โดยคำนึงถึง

ระดับการควบคุม การกำกับดูแล หรือการแทรกแซงของรัฐที่มีความเหมาะสมซึ่งเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับมาตรา ๗๗<sup>๒๗</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่กำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน นอกจากการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายแล้ว ข้อเสนอสำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การจัดให้มีหน่วยงานกลางที่ทำหน้าที่ให้การส่งเสริมสนับสนุนการประกอบธุรกิจ Startup แบบเบ็ดเสร็จ (one-stop service) ซึ่งจะช่วยลดภาระให้แก่ผู้ประกอบการและนักลงทุนในการติดต่อ ขอข้อมูล และขออนุญาตจากหน่วยงานภาครัฐหลายแห่งที่มีอำนาจและหน้าที่ในการดำเนินการควบคุมหรือกำกับดูแลตามกฎหมายของตนต่อไป

## ๒) ข้อจำกัดจากกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง การทำงานของคนต่างด้าว และการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

โดยที่การประกอบธุรกิจ Startup มักต้องอาศัยเทคโนโลยีระดับสูง ธุรกิจ Startup หลายแห่งจึงมีความจำเป็นต้องจ้างบุคลากรชาวต่างชาติที่มีทักษะสูงเข้ามาร่วมงานเพื่อถ่ายทอดเทคโนโลยี พัฒนานวัตกรรม และเพิ่มทักษะให้แก่บุคลากรไทย อย่างไรก็ตาม การจ้างแรงงานต่างด้าวที่มีทักษะสูงให้เข้ามาทำงานในประเทศไทยมีเงื่อนไขและขั้นตอนทางกฎหมายที่ยุ่งยากซับซ้อน โดยธุรกิจนั้นจะต้องมีคุณสมบัติในการเป็นนายจ้างตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และการทำงานของคนต่างด้าว เช่น มีทุนจดทะเบียนชำระแล้วไม่ต่ำกว่า ๒ ล้านบาท และต้องมีอัตราส่วนจำนวนคนต่างด้าวกับพนักงานคนไทยอย่างน้อย ๑ ต่อ ๔ คน<sup>๒๘</sup> ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะการประกอบธุรกิจ Startup ในระยะแรกที่ใช้บุคลากรและเงินทุนไม่มากนัก และในส่วนของแรงงานต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาทำงานกับธุรกิจ Startup ในประเทศไทย จะต้องได้รับการตรวจลงตราประเภทอยู่ชั่วคราวเพื่อทำงาน (Non-Immigrant Visa “B”) และต้องยื่นขอใบอนุญาตทำงาน (Work Permit) ซึ่งต้องต่ออายุทุก ๑ ปี ส่งผลให้เกิดความไม่สะดวกในการเข้ามาทำงานในประเทศ

<sup>๒๗</sup> มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง.

<sup>๒๘</sup> คำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ ๓๒๗/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๕๗ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณากรณีคนต่างด้าวขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว และระเบียบกรมการจัดหางาน ว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ ลงวันที่ ๑๓ สิงหาคม ๒๕๕๒.

นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาลงทุนในธุรกิจ Startup ของนักลงทุนต่างด้าวจะมีข้อจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยหากนักลงทุนต่างด้าวทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างด้าวเข้ามาถือหุ้นมากกว่าร้อยละ ๕๐ ของจำนวนหุ้นทั้งหมดในธุรกิจ Startup จะมีผลให้ธุรกิจ Startup นั้นมีสถานะเป็นธุรกิจต่างด้าวที่มีข้อจำกัดต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจในประเทศไทยด้วย

อนึ่ง เป็นที่น่ายินดีว่า เพื่อแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการจ้างแรงงานต่างด้าวที่มีทักษะสูงให้เข้ามาทำงานกับธุรกิจ Startup คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อเดือนพฤษภาคม ๒๕๖๕ เห็นชอบข้อเสนอของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) เกี่ยวกับมาตรการกระตุ้นเศรษฐกิจและการลงทุนโดยการดึงดูดชาวต่างชาติที่มีศักยภาพสูงสู่ประเทศไทย คือ การกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราวเป็นกรณีพิเศษตามมาตรการกระตุ้นเศรษฐกิจและการลงทุนโดยการดึงดูดชาวต่างชาติที่มีศักยภาพสูงสู่ประเทศไทย (Long-Term Resident Visa) และหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราวเป็นกรณีพิเศษ (Smart Visa) ซึ่งเมื่อมีการดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่มีการปรับปรุงเหล่านี้แล้ว คาดว่าจะช่วยเปิดโอกาสให้ธุรกิจ Startup สามารถดึงดูดบุคลากรชาวต่างชาติที่มีคุณภาพสูงเข้ามาร่วมขับเคลื่อนธุรกิจ Startup ของประเทศไทยได้มากยิ่งขึ้น

## ๒. ปัญหาและอุปสรรคในการระดมทุน

นอกจากปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายแล้ว ปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทยที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ข้อจำกัดในการระดมทุน โดยเฉพาะในระยะเริ่มแรกของการประกอบการ (Seed Stage) โดยที่ธุรกิจ Startup เป็นธุรกิจที่ดำเนินการโดยคนรุ่นใหม่ซึ่งมีความรู้และความเชี่ยวชาญทางเทคโนโลยี แต่ผู้ประกอบการในกลุ่มนี้มักไม่มีทรัพย์สินส่วนตัวที่จะใช้เป็นหลักประกัน และกิจการ Startup ที่เพิ่งเริ่มดำเนินการยังไม่มีประวัติทางการเงิน (track record) ที่อาจใช้อ้างอิงได้ จึงทำให้ไม่สามารถกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินมาใช้ในการประกอบกิจการและการขยายธุรกิจในลักษณะเดียวกับการประกอบธุรกิจทั่วไปได้ นอกจากนี้ แม้ธุรกิจ Startup บางแห่งจะมีเทคโนโลยีในระดับสูง แต่การจดทะเบียนสิทธิบัตรในประเทศไทยต้องใช้ระยะเวลานาน และสถาบันการเงินในประเทศไทยยังขาดแนวปฏิบัติในรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้เป็นหลักทรัพย์ที่สามารถค้ำประกันสินเชื่อได้ จึงทำให้ธุรกิจ Startup ต้องอาศัยการขอทุนสนับสนุนจากหน่วยงานของรัฐและการระดมทุนจากนักลงทุนเพื่อหาทุนมาใช้ในการประกอบกิจการเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันมูลค่าการลงทุนของนักลงทุนที่ให้ทุนสนับสนุนหรือร่วมลงทุนในธุรกิจ Startup ในประเทศไทยยังมีจำนวนไม่มากนัก และมูลค่าการลงทุนมีแนวโน้มที่จะลดลงอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะการลงทุนในธุรกิจ Startup ที่อยู่ในระยะเริ่มแรก (Seed Stage) ที่มีความเสี่ยงสูง มีมูลค่าเพียงร้อยละ ๒๐ ของมูลค่าการลงทุนทั้งหมด ทำให้ธุรกิจ Startup ไทยมีจำนวนน้อยรายที่จะสามารถเข้าสู่ระยะเติบโต (Growth Stage) ได้ (โปรดดูภาพที่ ๓)

เพื่อสนับสนุนให้มีการลงทุนในธุรกิจ Startup เพิ่มขึ้น ที่ผ่านมารมสรรพากร จึงได้เสนอให้มีการตรากฎหมายเพื่อสนับสนุนการลงทุนในธุรกิจ Startup อย่างต่อเนื่อง โดยเริ่มตั้งแต่ การตราพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ ๕๙๗) พ.ศ. ๒๕๕๙ และพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ ๖๓๖) พ.ศ. ๒๕๖๐<sup>๒๙</sup> และต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๘ มีนาคม ๒๕๖๕ เห็นชอบ หลักการปรับปรุงมาตรการการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเพื่อส่งเสริมการระดมทุนในวิสาหกิจ เริ่มต้น และตราเป็นพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้น รัษฎากร (ฉบับที่ ๗๕๐) พ.ศ. ๒๕๖๕ โดยมีสาระสำคัญ คือ (๑) ให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีสำหรับ การลงทุนโดยตรงในบริษัทเป้าหมาย (Startup ไทยที่ประกอบกิจการที่รัฐต้องการสนับสนุน) โดยยกเว้นภาษีเงินได้ให้แก่บุคคลธรรมดาและบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล สำหรับรายได้จาก การโอนหุ้นของบริษัทเป้าหมายซึ่งประกอบกิจการที่รัฐต้องการสนับสนุนตามเงื่อนไข ที่กำหนด และ (๒) ให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีสำหรับการลงทุนโดยอ้อมในบริษัทเป้าหมาย ผ่านกิจการเงินร่วมลงทุน (Venture Capital: VC) (ได้แก่ บริษัทที่ประกอบกิจการเงินร่วมลงทุน (CVC) และผู้ถือหุ้นทรัพย์สินของทรัสต์เพื่อกิจการเงินร่วมลงทุน Private Equity Trust (PE Trust)) อย่างไรก็ดี นักลงทุนและภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ Startup ให้ความเห็น ที่น่าสนใจว่า สิทธิประโยชน์ตามพระราชกฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ ๗๕๐)ฯ ยังขาดการยกเว้นภาษีในส่วน ของเงินปันผลให้ผู้ลงทุนซึ่งเป็น Private Equity Trust (PE Trust) ที่ได้ลงทุนทางอ้อมผ่าน VC จึงอาจมีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงหลักเกณฑ์อีกครั้งต่อไปในอนาคต

นอกจากปัญหาในการระดมทุนที่เกิดจากการไม่สามารถขอสินเชื่อจากสถาบัน การเงินและการขาดแรงจูงใจทางภาษีให้กับนักลงทุนแล้ว มีข้อมูลที่น่าสนใจที่ผู้เขียนได้รับ จากการรับฟังความคิดเห็นจากภาคเอกชน คือ กฎหมายไทยยังไม่รองรับรูปแบบและสัญญา มาตรฐานที่นักลงทุนและธุรกิจ Startup ในระดับนานาชาติใช้เป็นเครื่องมือในการเจรจาต่อรอง และทำสัญญาเข้าร่วมลงทุน โดยสัญญามาตรฐานที่เป็นที่รู้จักโดยทั่วไป คือ SAFE (Simple

<sup>๒๙</sup> พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ ๖๓๖) พ.ศ. ๒๕๖๐ มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนกิจการเงินร่วมลงทุน (Venture Capital: VC) โดยยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลให้แก่บริษัทซึ่งประกอบกิจการเงินร่วมลงทุน (Corporate Venture Capital: CVC) ที่จัดแจ้งต่อสำนักงานกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (สำนักงาน ก.ล.ต.) ภายในวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๖๑ สำหรับเงินปันผลที่ได้รับจากบริษัทเป้าหมาย (Startup ที่ประกอบอุตสาหกรรมเป้าหมาย และได้รับการรับรองจากสำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ) และรายได้จากการโอนหุ้นของ บริษัทเป้าหมายเป็นระยะเวลา ๑๐ รอบระยะเวลาบัญชี รวมทั้งยกเว้นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาและภาษีเงินได้ นิติบุคคลให้แก่ผู้ถือหุ้นของ CVC และผู้ถือหุ้นทรัพย์สินของทรัสต์เพื่อกิจการเงินร่วมลงทุน (Private Equity Trust: PE Trust)) ที่จัดแจ้งต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ภายในวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๖๑ สำหรับเงินปันผลที่ได้รับ จาก CVC และ PE Trust รายได้จากการโอนหุ้นของ CVC และหน่วยทรัสต์ของ PE Trust และรายได้จาก การที่ CVC และ PE Trust เลิกกันเป็นระยะเวลา ๑๐ ปีภาษี หรือ ๑๐ รอบระยะเวลาบัญชี แล้วแต่กรณี.



Agreement for Future Equity) ที่จัดทำโดย Y Combinator<sup>๓๐</sup> และ KISS (Keep-It-Simple-Security) โดย 500 Startups<sup>๓๑</sup> ซึ่งเป็นสัญญามาตรฐานที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มความคล่องตัวและความแน่นอนในการระดมทุนในระยะเริ่มต้นของธุรกิจ Startup (Seed Stage) โดยมีสาระสำคัญคือ หากนักลงทุนให้เงินแก่บริษัท Startup ในระยะเริ่มต้น และหากบริษัทเติบโตและมีกำไร นักลงทุนสามารถใช้สิทธิในการแปลงเงินลงทุนนั้นเป็นหุ้นของธุรกิจ Startup ได้ตามกระบวนการมาตรฐานที่ไม่สามารถกำหนดเป็นอื่นได้ ซึ่งเป็นการลดความเสี่ยงตามกฎหมาย (Legal Risks) ในการเข้าไปลงทุนหรือประกอบการในประเทศซึ่งมีระบบกฎหมายที่ตนไม่คุ้นเคย

อย่างไรก็ดี การจะนำ SAFE และ KISS มาใช้ในประเทศไทย ยังติดปัญหาข้อกฎหมายสำคัญซึ่งผู้เกี่ยวข้องเห็นว่ายังขาดความชัดเจน คือ โดยที่ SAFE และ KISS ไม่ใช่สัญญากู้ยืมเงินและไม่ใช่หุ้นกู้ แต่เป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ (สัญญานอกบรรพ ๓ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ซึ่งให้สิทธิแก่นักลงทุนในการแปลงเงินลงทุนเป็นหุ้นเมื่อเกิดเหตุการณ์ตามที่กำหนด ซึ่งมีข้อพิจารณาว่า หากธุรกิจ Startup ไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาดังกล่าว สิทธิหน้าที่ของคู่สัญญา (ผู้ประกอบการธุรกิจ Startup และนักลงทุน) จะเป็นอย่างไร นักลงทุนที่เป็นเจ้าหนี้จะสามารถร้องต่อศาลให้บังคับให้ธุรกิจ Startup ที่เป็นลูกหนี้ออกหุ้นเพิ่มทุนให้แก่ตนตามสัญญา SAFE และ KISS ได้หรือไม่ ซึ่งมีความเห็นที่ต่างกันเป็น ๒ ทาง คือ **ทางที่หนึ่ง** เห็นว่าศาลอาจตัดสินให้ธุรกิจ Startup ออกหุ้นตามที่กำหนดในสัญญาอันเป็นการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามมาตรา ๒๑๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งตรงกับความต้องการของนักลงทุนต่างชาติได้<sup>๓๒</sup> และ**ทางที่สอง** เห็นว่าเป็นกรณีที่สภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระ เนื่องจากตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัดจะต้องมีขั้นตอนการลงมติพิเศษของผู้ถือหุ้นเพื่อเพิ่มทุน

<sup>๓๐</sup> Y Combinator, “Safe Financing Documents” (September 2018 (updated March 2021) <<https://www.ycombinator.com/documents>> accessed 11 July 2022.

<sup>๓๑</sup> 500 Startup, <<https://500.co/>> accessed 11 July 2022; Kindrik Partners, “convertible note (KISS terms)” <<https://kindrik.sg/templates/se-asia-convertible-note-kiss-terms/>> accessed 11 July 2022.

<sup>๓๒</sup> มาตรา ๒๑๓ ถ้าลูกหนี้ละเลยเสียไม่ชำระหนี้ของตน เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับชำระหนี้ก็ได้ เว้นแต่สภาพแห่งหนี้จะไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้นได้

เมื่อสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้บังคับชำระหนี้ได้ ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการอันหนึ่งอันใด เจ้าหนี้จะร้องขอต่อศาลให้สั่งบังคับให้บุคคลภายนอกกระทำการอันนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่ายให้ก็ได้ แต่ถ้าวัตถุแห่งหนี้เป็นอันให้กระทำการนิติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งไซ้ ศาลจะสั่งให้ถือเอาตามคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนาของลูกหนี้ก็ได้

ส่วนหนี้ซึ่งมีวัตถุเป็นอันจะให้งดเว้นการอันใด เจ้าหนี้จะเรียกร้องให้หรือถอนการที่ได้กระทำลงแล้วนั้นโดยให้ลูกหนี้เสียค่าใช้จ่าย และให้จัดการอันควรเพื่อถ่วงน้ำหนักด้วยก็ได้

อนึ่งบทบัญญัติในวรรคทั้งหลายที่กล่าวมาาก่อนนี้ หากกระทบกระทั่งถึงสิทธิที่จะเรียกเอาค่าเสียหายไม่.



อีกขั้นตอนหนึ่ง และศาลอาจเพียงตัดสินเพียงให้ธุรกิจ Startup ชดใช้ค่าเสียหายซึ่งไม่ใช่สิ่งที่นักลงทุนต่างชาติต้องการ และนักลงทุนจะมีภาระเพิ่มเติมในการพิสูจน์ต่อศาลว่ามีความเสียหายเท่าใดจากการไม่ได้รับหุ้นนั้น ด้วยปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวที่ยังขาดความชัดเจน นักลงทุนต่างชาติจำนวนมากจึงเลือกที่จะไม่ลงทุนในประเทศไทย และเลือกไปลงทุนในประเทศที่นักลงทุนมีความคุ้นเคยกับระบบกฎหมายและสามารถจำกัดความเสี่ยงทางกฎหมายได้แทน

### ๓. ปัญหาและอุปสรรคอื่น ๆ (โปรดดูภาพที่ ๔)

นอกจากปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายและการระดมทุนแล้ว ศูนย์กลางนวัตกรรมแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (CU Innovation Hub) ได้สรุปปัญหาและอุปสรรคอื่น ๆ ในการประกอบธุรกิจ Startup ในประเทศไทย ดังนี้

#### (๑) ปัญหาคุณภาพของผู้เริ่มประกอบการและผู้ร่วมดำเนินการ (Team)

ประเทศไทยยังมีผู้เริ่มประกอบการที่มีความสามารถสูง (A-Team People) จำนวนไม่มากนัก เมื่อเทียบกับประเทศอื่น ทั้งที่พอมีแหล่งเงินทุน (funding) ที่ธุรกิจ Startup อาจเข้าถึงได้ แต่ Startup ไทยยังไม่สามารถระดมทุนได้ เนื่องจากสาเหตุเกี่ยวกับคุณภาพของผู้เริ่มประกอบการ ๔ ประการ ได้แก่

๑) ผู้ประกอบการขาดความตั้งใจจริงและแรงบันดาลใจในการสร้างนวัตกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งการขาดแคลนชาตพี่เลี้ยง (Mentors) และ VC ที่มีคุณภาพในการช่วยพัฒนาทักษะของผู้ประกอบธุรกิจ Startup และผู้ประกอบธุรกิจ Startup ไทยที่ประสบความสำเร็จในระดับหนึ่ง มักผันตัวเป็น Mentor แทนที่จะทำธุรกิจต่อไปจนสามารถ Exit ได้

๒) ผู้ประกอบการขาดการมุ่งมั่น และการเปิดกว้างทางความคิดและทัศนคติแบบสากล (Global Mindset) โดยการสนับสนุนธุรกิจ Startup ของไทยมักไม่เน้นผลลัพธ์การเรียนรู้ (Learning Outcomes) จากการพัฒนาทักษะหรือความเชี่ยวชาญของผู้ประกอบธุรกิจ Startup อย่างต่อเนื่อง แต่เน้นการฝึกอบรมที่จัดขึ้นเป็นวาระพิเศษต่าง ๆ (event) ซึ่งไม่มีการติดตามผลการฝึกอบรมอย่างต่อเนื่อง

๓) ขาดความร่วมมือในการสร้างนวัตกรรมระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรที่ช่วยเหลือหรือสนับสนุน Startup มีหลายหน่วยงานและมีการดำเนินการที่ซ้ำซ้อนกัน

๔) ขาดการปลูกฝังวัฒนธรรมในการแข่งขัน (competitiveness) เพื่อความก้าวหน้าและยั่งยืน แทนการเลือกความสบายในระยะสั้น

(๒) ปัญหาความสอดคล้องของผลิตภัณฑ์และตลาด (Product - Market Fit) เนื่องจากการประกอบธุรกิจ Startup มีการแข่งขันสูงและความก้าวหน้าของเทคโนโลยีมีการพัฒนาอย่างรวดเร็วทำให้มีผลิตภัณฑ์ใหม่ในตลาดจำนวนมาก ผลิตภัณฑ์ใหม่ที่จะอยู่รอดและเป็นที่ยอมรับในตลาดต้องมีสาระสำคัญที่สอดคล้องตรงกับลักษณะความต้องการของผู้บริโภค

แต่ธุรกิจ Startup ไทยยังมีความสามารถในการสร้างผลิตภัณฑ์หรือบริการซึ่งสอดคล้องกับตลาดอย่างจำกัด ซึ่งมีสาเหตุหลักจาก (๑) ความไม่เข้าใจขนาดของตลาดและการเลือกตลาดที่ไม่สามารถขยายขนาด (scale-up) ได้ และ (๒) ผลิตภัณฑ์ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของตลาดเพราะขาดองค์ความรู้เชิงลึก ขาดการวิจัยเชิงลึก เนื่องจากขาดโปรแกรมบ่มเพาะและเร่งการเติบโตธุรกิจที่ดี (Incubation and Acceleration)

(๓) ปัญหาการขาดระบบนิเวศในการสนับสนุนธุรกิจ Startup (Startup Ecosystem) ที่ดี ธุรกิจ Startup ในประเทศไทยยังขาดระบบนิเวศสนับสนุนที่ดี ด้วยสาเหตุดังต่อไปนี้

๑) การให้เงินทุนสนับสนุนไม่ครอบคลุมและไม่ต่อเนื่องตลอดช่วงการพัฒนาธุรกิจฐานนวัตกรรม รวมทั้งการให้เงินทุนของหน่วยงานของรัฐบาลการบูรณาการ มีการให้ทุนที่ซ้ำซ้อนกัน โดยไม่มีการแบ่งว่าหน่วยงานใดให้การสนับสนุน Startup ในระดับ (stage) ไດ

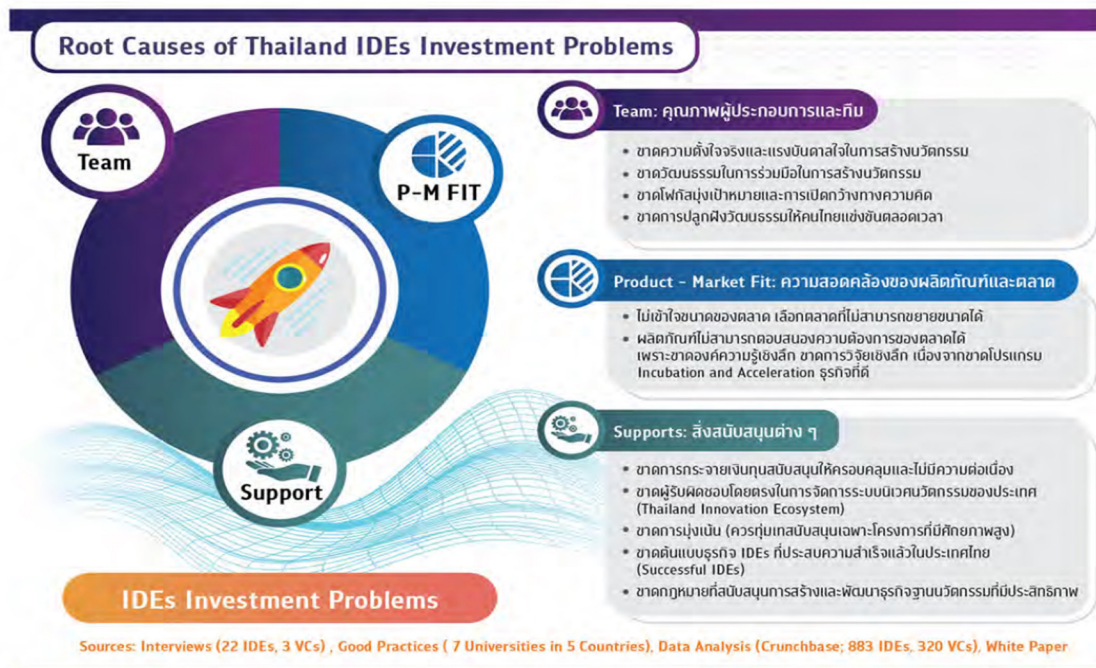
๒) ขาดหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงในการจัดการระบบนิเวศนวัตกรรมของประเทศ (Thailand Innovation Ecosystem)

๓) ขาดการมุ่งเน้นของภาครัฐไปที่โครงการสำคัญโครงการใดโครงการหนึ่ง โดยควรเลือกให้การสนับสนุนเฉพาะโครงการที่มีศักยภาพสูงเพื่อผลักดันให้ไปถึงเป้าหมาย

๔) ขาดต้นแบบธุรกิจที่ประสบความสำเร็จแล้วในประเทศไทย (Successful IDEs) และ

๕) ขาดกฎหมายที่สนับสนุนการสร้างและพัฒนาธุรกิจฐานนวัตกรรมที่มีประสิทธิภาพ

(๔) การขาดความรู้ความเข้าใจทางกฎหมายและสิทธิประโยชน์ของผู้ประกอบการธุรกิจและนักลงทุน แม้ปัจจุบันจะมีกฎหมายและมาตรการที่ออกมาส่งเสริมสนับสนุนการประกอบการของธุรกิจ Startup เป็นจำนวนมาก แต่ผู้ประกอบการธุรกิจ Startup และนักลงทุนส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจกลไกของกฎหมายที่จะช่วยลดความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจ (legal risk) รวมถึงสิทธิประโยชน์และมาตรการส่งเสริมของภาครัฐ จึงจะต้องมีการประชาสัมพันธ์และการให้ความรู้อย่างเป็นระบบต่อไป

ภาพที่ ๔ ปัญหาและอุปสรรคอื่น ๆ ของธุรกิจ Startup ในประเทศไทย<sup>๓๓</sup>

ต้นเหตุของความท้าทายในการพัฒนาระบบนิเวศการร่วมลงทุนในประเทศไทย

### III. บทสรุป

ในการปฏิบัติงานฝ่ายเลขานุการฯ ให้แก่คณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางการปรับปรุงหลักการเกี่ยวกับการกำกับดูแลและส่งเสริมธุรกิจ Startup ผู้เขียนได้พบว่าประเทศไทยมีปัญหาและอุปสรรคที่ไม่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ Startup อยู่หลายประการ ทั้งในส่วนของปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมาย ปัญหาและอุปสรรคในการระดมทุน และปัญหาและอุปสรรคอื่น ๆ โดยเฉพาะแนวปฏิบัติและสภาพแวดล้อมต่าง ๆ ในประเทศไทยที่ยังไม่สอดคล้องกับแนวปฏิบัติในระดับนานาชาติ ดังนั้น บทความในฉบับต่อไป ผู้เขียนจะนำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการประกอบธุรกิจ Startup ที่มีการดำเนินการในประเทศต่าง ๆ ซึ่งมีทั้งกรณีของประเทศที่มีระบบกฎหมายและสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการประกอบธุรกิจ Startup อยู่แล้ว และกรณีของประเทศที่มีระบบกฎหมายและสภาพแวดล้อมยังเป็นอุปสรรคแต่ได้มีการแก้ไขปัญหาล่วงหน้านั้นด้วยวิธีการที่น่าสนใจซึ่งอาจนำมาปรับใช้กับการส่งเสริมธุรกิจ Startup ในประเทศไทยต่อไป

<sup>๓๓</sup> อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ ๓ ,น. ๒๑.

## ป่าชุมชน ช้างเลี้ยง วิถีชีวิตที่แปรเปลี่ยน\*

สพ.ญ.ทิตถุยา จรรยาเมธากุล\*\*

## อดีตที่ช้างเลี้ยงและป่าได้พึ่งพากัน

ในอดีตที่ชีวิตช้างเลี้ยงหรือช้างบ้าน มีงานหลักคือการลากไม้ ปางช้าง (ที่อยู่อาศัยของช้างเลี้ยง) จึงเป็นพื้นที่ในเขตป่า หรือบริเวณชายป่าที่มีความอุดมสมบูรณ์ ช้างเลี้ยงในยุคสมัยนั้นจึงไม่ต้องกินหญ้าหรือพืชอาหารที่คนปลูกให้ แต่อาศัยหากินจากแหล่งอาหารตามธรรมชาติ ทั้งที่เป็นอาหารหลักและอาหารเสริม ช้างกินพืชได้หลากหลายชนิด เพราะมีอวัยวะพิเศษที่ช่วยเหลือในการกิน ได้แก่ งวง ที่สามารถดึงกิ่งไม้หรือเถาวัลย์จากที่สูง และมีงา ที่ใช้แทงเปลือกไม้ แล้วใช้วงลอกเปลือกไม้นั้นออกมากิน จากข้อมูลการกินอาหารของช้าง<sup>๑</sup> เราสามารถแบ่งอาหารของช้างได้ ถึง ๕ จำพวก ได้แก่

๑. จำพวกหญ้า เช่น แคม อ้อ กก พง ทองกงหรือเลาแล้งและหญ้าชนิดอื่นๆ
๒. จำพวกไม้ไผ่ เช่น ไผ่รวก ไผ่ข้าวหลาม ไผ่หอม ไผ่ไร่ ไผ่ตง ไผ่ป่าหรือไผ่หนาม
๓. จำพวกเถาวัลย์ เช่น บอระเพ็ด เครือสะบ้า กระทงลาย หวาย เครือเขาน้ำ
๔. จำพวกไม้ยืนต้น เช่น ไทร มะเดื่อ ขนุน มะขามป้อม จั้ว มะรุมป่า หว้า เต็ง
๕. จำพวกพืชไร่พืชสวน เช่น ข้าวโพด สับปะรด กล้วย ถั่ว ข้าว อ้อย มะพร้าว

นอกจากป่าจะเป็นแหล่งอาหารแล้ว จากคำกล่าวที่ว่า อาหารคือยา สำหรับช้างก็เช่นเดียวกัน พืชอาหารที่มีในแหล่งธรรมชาติบางชนิดมีสรรพคุณทางยาที่มีผลต่อช้าง อีกทั้งการกินดินโป่งยังเป็นการเพิ่มแร่ธาตุให้การร่างกายช้างได้ดี<sup>๒</sup> ช้างจัดเป็นสัตว์ที่ค้ำจุนสิ่งมีชีวิตอื่นๆในระบบนิเวศ หรือที่เรียกว่า Umbrella species และเป็นสัตว์ที่เอื้อต่อการดำรงอยู่ของระบบนิเวศ (key stone species) ที่มีหน้าที่บุกเบิกป่า แล้วยางในป่า จึงเปรียบเสมือนวิศวกรผู้สร้างเส้นทางเดินน้อยใหญ่ให้กับสัตว์ป่า ให้ต้นไม้เล็กได้แสงแดดได้เจริญเติบโต ช้างยังขุดดินโป่งให้ทั้งตัวเองและ

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* สัตวแพทย์ประจำสมาคมสหพันธ์ช้างไทยและฟาร์มช้างภัทร, สัตวแพทยศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, หลักสูตรวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาวิทยาศาสตร์สัตวแพทย์. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

<sup>๑</sup> สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนโดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ฉบับเสริมการเรียนรู้ (เล่ม ๑๒, พิมพ์ครั้งที่ ๑ , บริษัท ด่านสุทธาการพิมพ์ จำกัด, ๒๕๕๑) ๒๔.

นรินทร์ สีตะสุวรรณ และคณะ, ผลของการเลี้ยงที่มีต่อพฤติกรรมของช้าง (ภาควิชาชีววิทยา คณะวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ๒๕๓๕) ๒๕.

<sup>๒</sup> ทิชากร อวดกล้า และสุทธาธร ไชยเรืองศรี, “ความหลากหลายและความเสี่ยงจากพืชอาหารของช้าง : กรณีศึกษาปางช้างในจังหวัดเชียงใหม่”, (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อการประชุมช้างแห่งชาติ ๒๕๖๔) ๓๑.

สัตว์อื่นๆ จากพฤติกรรมของช้างที่มีการกินเดินสลับกันไป ช้างจึงเป็นนักกระจายเมล็ดพันธุ์ที่ดี<sup>๓</sup> การมีอยู่ของช้างเลี้ยงกับป่าได้กลายเป็นความชินตาของทุกคนในยุคสมัยนั้น

### เมื่อช้างเลี้ยงและป่าต้องแยกห่างกัน

กิจการตัดไม้ที่ดำเนินมาเนิ่นนานเป็นเวลาหลายทศวรรษ ได้ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก่อให้เกิดภัยธรรมชาติต่าง ๆ โดยเฉพาะจากการตัดไม้เถื่อนที่เชื่อมโยงกับเหตุการณ์น้ำป่าหลากที่จังหวัดนครศรีธรรมราช เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๓๒ น้ำป่าได้พัดเอาสูงจำนวนมากจากบนยอดเขา เข้ามาทำลายบ้านเรือนจนเสียหาย มีผู้เสียชีวิตจำนวนมาก พลตรีสนั่น ขจรประศาสน์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ในสมัยนั้น ได้เห็นว่าเป็นหนึ่งในผลกระทบที่เกิดจากพื้นที่ธรรมชาติลดน้อยลง จึงประกาศปิดป่าสัมปทานทั่วประเทศในปีนั้น<sup>๔</sup> แนวทางการบริหารประเทศได้ให้ความสำคัญในการบริหารทรัพยากรธรรมชาติมากขึ้น บทกฎหมาย ระเบียบ ข้อตกลง ที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการการใช้พื้นที่ป่าเกิดขึ้นหลากหลายฉบับเพื่อปกป้องทรัพยากรธรรมชาติอันมีค่า ได้แก่ พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช ๒๔๘๔ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นต้น หลังจากการประกาศปิดป่า งานของช้างเลี้ยงก็เปลี่ยนไปจนกระทั่งได้มาเกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว การสาธิตลากไม้ แสดงความสามารถ การนั่งช้าง การให้คนทั่วไปได้มาเรียนรู้วิถีชีวิตช้างกลายเป็นงานหลักของช้างเลี้ยงจำนวนมากหลายพันเชือกในประเทศไทย ปางช้างท่องเที่ยวได้จัดตั้งขึ้นมากมาย เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของนักท่องเที่ยวทั้งต่างชาติและไทย แม้ว่าปางช้างจะกระจายทั่วประเทศ แต่ในจังหวัดที่โดดเด่นเรื่องการท่องเที่ยวและมีพื้นที่ธรรมชาติ มักพบการกระจุกตัวของประชากรช้างเลี้ยงที่หนาแน่น เช่น เขตจังหวัดเชียงใหม่ระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๕๘ - ๒๕๖๐ พบว่ามีจำนวนปางช้างและช้างเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง<sup>๕</sup> การตั้งปางช้างนั้นนอกจากพื้นที่เหมาะสมต่อการเดินทาง การทำการท่องเที่ยว (อยู่ไม่ห่างจากแหล่งที่ดึงดูดความสนใจของนักท่องเที่ยวได้) ยังพบว่า การเลี้ยงช้างให้สุขภาพดี ก็ต้องอยู่ในพื้นที่ไม่แออัด มีแหล่งอาหารตามธรรมชาติที่พอเพียงต่อความต้องการอันได้แก่ ลำห้วย แม่น้ำ ป่าไม้ เป็นต้น<sup>๖</sup>

แม้ว่าการรักษาช้างในปัจจุบัน ได้พัฒนาไปมากกว่าสมัย ๓๐ ปีที่ผ่านมา มีจำนวนสัตวแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านช้างมากขึ้น การตรวจทางห้องปฏิบัติการที่ดีขึ้น ได้ผลการตรวจไวขึ้น

<sup>๓</sup> เฉลิมชาติ สมเกิด และเปรมจิตร เหมวัฒน์, ช้าง น้องเคยเห็นช้างหรือเปล่า มุลนิธิคืนช้างสู่ธรรมชาติ, (มปป).

<sup>๔</sup> สิทธิเดช มหาสางกุล, บันทึกหมอช้าง (มปป , ๒๕๖๕) ๕๖.

<sup>๕</sup> ศูนย์ความเป็นเลิศด้านการศึกษาและวิจัยช้าง คณะสัตวแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, “ข้อมูลประชากรช้างเลี้ยงจังหวัดเชียงใหม่” (เพจศูนย์สุขภาพช้างและสัตว์ป่า, ๑๑ เมษายน ๒๕๖๒) <<https://www.facebook.com/photo/?fbid=1633920803288096&set=a.1633891569957686>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

<sup>๖</sup> รณชิต รุ่งศรี, “ธุรกิจปางช้างขนาดเล็ก ทางออกหรือทางตันของอนาคตช้างไทย, คชาศาสน์ ปีที่ ๑๙ ฉบับที่ ๖๔-๖๕ (ศิลปะการพิมพ์, ๒๕๖๒) ๓๒-๓๓.



และรักษาได้ด้วยยาแผนปัจจุบันมากมายหลายขนาน แต่เรากลับพบว่า ในภาวะการณ์เจ็บป่วยบางกรณี ช้างมีการตอบสนองต่อการใช้สมุนไพรดีกว่ายาแผนปัจจุบัน และเมื่อพิจารณาในแง่งบประมาณ ความปลอดภัยของยาที่ใช้ (กรณีการรักษาลูกช้าง ต้องระวังพฤติกรรมกรดลอง เช่น การสูดดมกลิ่นยา การกินยา) สมุนไพรที่ตอบโจทย์ได้ดีกว่า รวมถึงกรณีที่ช้างยังไม่ได้อยู่ในจุดที่สัตวแพทย์ไปดูแลได้ทันที ส่วนมากการปฐมพยาบาลเบื้องต้นจึงเป็นหน้าที่ของความรู้อาจารย์ ซึ่งมักจะใช้ยาสมุนไพรแก้ไขสถานการณ์เฉพาะหน้าไปก่อนได้ โดยแนวทางการใช้สมุนไพรที่ยังพบการใช้ในปัจจุบันเช่น การห้ามเลือด สามารถใช้ใบสาบเสือ (หญ้าดอกขาว) ขยี้เป็นวุ้นแล้วแปะลงบนบาดแผลได้ผลดี เป็นต้น<sup>๗</sup> การใช้ยาสมุนไพรรักษาช้างแบ่งได้ ๒ ลักษณะ คือ ๑) สมุนไพรที่ใช้รักษาโรคที่เกี่ยวกับช้าง เช่น หัวไพรดำแก้อาการท้องเสีย รากมะดันแก้ท้องผูก ผลมะงั่วแก้พิษงู ผลน้ำเต้าต้นรักษาฝี เครือสะบ้าขัดผิว ๒) สมุนไพรที่ใช้บำรุงกำลังช้าง เช่น เปลือกฝาง เปลือกไม้สัก เกาของบอระเพ็ดแก้อาการอ่อนเพลีย กลัวย่น้ำว่าเป็นยาประสานน้ำนม ข้าวเหนียวเป็นยาบำรุงกำลัง<sup>๘</sup>

หลายครั้งที่ช้างป่วย ไม่สบายตัว(ครั่นเนื้อครั่นตัว) หงุดหงิด หรืออยู่ในช่วงต้องการฟื้นฟูร่างกาย ความรู้มักจะพาช้างเข้าป่าเพื่อให้ช้างเลือกกินสมุนไพรเพื่อรักษาอาการดังกล่าว แต่หากจะรักษาอาการบางประการที่จำเป็นต้องมีการปรุงยา เช่น การบาดเจ็บ การตากแดด การลนไฟ การนำมาผสมกัน ในส่วนนี้จะถือเป็นความรู้ทางสมุนไพรของอาจารย์ช้าง มักได้รับการถ่ายทอดภูมิปัญญาจากบรรพบุรุษ ในรูปแบบของภูมิปัญญาการเลี้ยงช้าง ซึ่งพืชสมุนไพรที่ใช้ก็แตกต่างกันในแต่ละพื้นที่ แต่ละภูมิภาค<sup>๙</sup> จากที่กล่าวมาจะเห็นถึงโอกาสการเข้าถึงป่าที่ลดน้อยลงของช้างเลี้ยง และการที่ช้างเลี้ยงได้เข้ามาใกล้ชิดชุมชนแหล่งท่องเที่ยว แต่หากมองความสำคัญด้านสุขภาพช้างมาเป็นลำดับต้น ๆ แล้ว ป่ายังมีความสำคัญมาก แล้วความรู้อาจารย์ คนเลี้ยงช้างจะทำอะไรได้บ้าง

### ป่าชุมชน และช้างเลี้ยง

พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้นิยาม “ป่าชุมชน” ว่า ป่านอกเขตป่าอนุรักษ์หรือพื้นที่อื่นของรัฐนอกเขตป่าอนุรักษ์ ที่ได้รับอนุมัติให้จัดตั้งเป็นป่าชุมชน โดยชุมชนร่วมกับรัฐในการอนุรักษ์ ฟื้นฟู จัดการ บำรุงรักษา ตลอดจนใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพในป่าชุมชน อย่างสมดุลและยั่งยืน ตาม

<sup>๗</sup> คณะนายสัตวแพทย์ โรงพยาบาลช้าง สถาบันคชบาลแห่งชาติในพระอุปถัมภ์ฯ, ตำรับการดูแลช้าง, (ศิลปการพิมพ์, ๒๕๕๔) ๕๐.

<sup>๘</sup> สรวิชัย มายะ, ความรู้ระดับครูในเรื่องการจัดการช้าง (กลุ่มอำนวยการสถาบันคชบาลแห่งชาติ องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้, ๒๕๕๓) ๕-๘.

<sup>๙</sup> สุขใจ รัตนยุวกร, ภัทร พลายเชื้อเวช และจินต์ภาทิพย์ ศรีเมือง, แผนงานวิจัยการอนุรักษ์ภูมิปัญญาการเลี้ยงช้างของหมอช้าง และความรู้อาจารย์ในประเทศไทย (มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลธัญบุรี วิทยาเขตสุรินทร์ ๒๕๕๗) ๖๓-๗๗.



พระราชบัญญัตินี้ ต้องมีการจัดตั้งคณะกรรมการจัดการป่าชุมชน ซึ่งชาวบ้านในละแวกนั้นถือเป็นสมาชิกป่าชุมชน มีสิทธิใช้ประโยชน์ในป่าชุมชนในด้านต่าง ๆ ได้แก่ ๑) ส่งเสริมการศึกษาเรียนรู้และสร้างจิตสำนึกเกี่ยวกับการอนุรักษ์และฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในป่าชุมชน ๒) การท่องเที่ยวเชิงอนุรักษ์โดยชุมชนและการพักผ่อนหย่อนใจ ๓) เก็บหาของป่า ๔) ใช้ประโยชน์จากไม้ในบริเวณที่กำหนดให้เป็นเขตใช้ประโยชน์ โดยให้ใช้สอยในครัวเรือนของสมาชิกป่าชุมชนหรือใช้ในกิจการสาธารณะภายในชุมชน และ ๕) ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพในป่าชุมชนตามความจำเป็นต่อการอุปโภคบริโภคในครัวเรือนสมาชิกป่าชุมชน ทั้งนี้ การใช้ประโยชน์ดังกล่าวต้องสอดคล้องกับแผนการจัดการป่าชุมชนที่คณะกรรมการป่าชุมชนประจำจังหวัดอนุมัติและอยู่บนพื้นฐานของความสมดุลและยั่งยืน

ในหลายพื้นที่ของปวงช้างจังหวัดเชียงใหม่ เน้นการท่องเที่ยวที่เปิดโอกาสให้นักท่องเที่ยวได้ชื่นชมวิถีชีวิตที่เป็นธรรมชาติ ดังนั้นจำเป็นต้องมีพื้นที่ใกล้ชิดป่า ในขณะที่เดียวกันก็ต้องคมนาคมสะดวก จึงพบว่าปวงช้างโดยมากอยู่ใกล้ชิดป่าชุมชน ซึ่งส่วนมากสำหรับแนวทางการอนุญาตให้ช้างเลี้ยงได้ใช้ประโยชน์ในเขตป่าชุมชนนั้น ขึ้นอยู่กับทางคณะกรรมการจัดการป่าชุมชนจะตกลงกับผู้เลี้ยงช้าง จากการสัมภาษณ์ผู้เลี้ยงช้างในอำเภอหางดงและอำเภอแม่แตง จังหวัดเชียงใหม่ พบว่า ส่วนมากชาวบ้านจะเข้าใจถึงความจำเป็นที่ช้างเลี้ยงต้องใช้พื้นที่ป่าชุมชน ทั้งในแง่ของเป็นแหล่งอาหารตามธรรมชาติที่มีผลดีต่อสุขภาพช้าง ความต้องการกินพืชสมุนไพรและนำสมุนไพรมารักษาช้าง เป็นพื้นที่การเดินออกกำลังกาย แต่จากพื้นที่ป่าที่ต้องใช้ร่วมกัน และชาวบ้านที่ไม่คุ้นเคยกับช้างเลี้ยง จึงขอความร่วมมือความเข้าใจว่า ต้องมีความเข้าใจอยู่กับช้างตลอดเวลา เพื่อให้ไม่เป็นอันตรายกับชาวบ้านที่เข้าไปหาของป่าในบริเวณใกล้เคียงกัน รวมถึงการไม่ผูกกล่ามโซ่ยาวไว้ในบริเวณป่าชุมชนทั้งช่วงกลางวันและยามค่ำคืน<sup>๑๐</sup> แต่สำหรับเขตที่มีครอบครัวผู้เลี้ยงช้างเป็นสมาชิกส่วนใหญ่ในชุมชน เช่น หมู่บ้านห้วยผักกูด อำเภอแม่แจ่ม จังหวัดเชียงใหม่ ที่มีช้างเลี้ยงเป็นสมาชิกของชุมชนถึง ๑๒๕ เชือก คนในชุมชนเชื่อว่า ช้าง คน ป่า เราเกี่ยวข้องกันในทุกมิติ และมีวิถีในการอยู่ร่วมกันแบบเกื้อกูล การใช้ป่าชุมชนร่วมกันของครอบครัวคนเลี้ยงช้างในเขตนี้ ทุกคนมีความเข้าใจกัน ชาวบ้านส่วนมากเป็นเจ้าของช้างจึงคุ้นเคยและเข้าใจธรรมชาติของช้างเป็นอย่างดี การปล่อยโซ่ล่ามช้างระยะยาวบริเวณชายป่าก็เป็นวิถีการเลี้ยงช้างอีกรูปแบบ เจ้าของช้างจะเข้าไปดูแลช้างของตนเองเป็นประจำทุกวัน จึงเป็นการสำรวจพื้นที่ป่าไปด้วย โดยเฉพาะหากพื้นที่ป่านั้นเชื่อมต่อไปยังพื้นที่เขตหมู่บ้านอื่น ๆ ด้วย พบว่าการเดินตามช้างนั้นให้ผลดีในการ

<sup>๑๐</sup> บทสัมภาษณ์ ธีรภัทร ตรังปราการ, นายกสมาคมสหพันธ์ช้างไทย, สมาคมสหพันธ์ช้างไทย (สำนักงานใหญ่สมาคมสหพันธ์ช้างไทย, ๒๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕).

ตรวจสอบบริเวณต้นน้ำและรักษาป่าให้อุดมสมบูรณ์ไปได้ตลอดปี เนื่องจากในช่วงฤดูแล้งที่พืชอาหารช้างที่ได้จากการเพาะปลูกจะโตช้าและลดน้อยลง เจ้าของช้างจึงคาดหวังที่จะพึ่งพาป่าเป็นแหล่งอาหารหลักของช้าง<sup>๑๑</sup>

### ชาวช้างช่วยป่า



#### ภาพการนำช้างช่วยชุมชนทำแนวกันไฟนอกเขตพื้นที่ปางช้าง

แท้จริงแล้วช้างเลี้ยงและความรู้ช้าง ได้มีบทบาทการช่วยดูแลป่าชุมชนมานาน เนื่องจากเส้นทางที่ช้างเดินเป็นประจำ นอกจากจะมีการกินอาหารจนมีผลให้ป่าที่รกโปร่งขึ้นแล้ว การใช้ทางเดินช้างจนพื้นดินเรียบเตียนคล้ายถนนในป่า หรือที่เรียกว่า ด่านช้าง ก็เปรียบเสมือนแนวกันไฟตามธรรมชาติได้อีกด้วย โดยได้มีการศึกษาสถิติการเกิดไฟป่าในพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าซับลังกาที่มีจำนวนครั้งลดลงเมื่อมีการนำช้างเข้าไปในโครงการปล่อยช้างคืนสู่ธรรมชาติ<sup>๑๒</sup>

สำหรับปางช้างโดยทั่วไปในเขตจังหวัดเชียงใหม่ มีความสัมพันธ์กับชุมชนโดยรอบ เช่น การสร้างรายได้ ว่าจ้างเจ้าหน้าที่ในท้องถิ่น เข้าร่วมกิจกรรมสำคัญทางศาสนาและการให้การสนับสนุนกิจกรรมชุมชน เป็นส่วนหนึ่งของหลักการจัดการปางช้างที่ดีที่เกี่ยวข้องกับสวัสดิภาพ

<sup>๑๑</sup> สาทิต トラชูความดี, ประธานมูลนิธิชุมชนเลี้ยงช้างบ้านห้วยผักกูด, “วิถีคนกับช้าง/ช้างคืนถิ่น คนหรือช้าง ใครได้ประโยชน์/การส่งเสริมการท่องเที่ยวในยุคโควิด-๑๙” (โครงการช้างคืนถิ่น ณ บ้านห้วยผักกูด, หมู่บ้านห้วยผักกูด อำเภอแม่แจ่ม จังหวัดเชียงใหม่, ๒๘ มีนาคม ๒๕๖๕.<<https://www.facebook.com/EREC.CMU/videos/1118440018952176>> สืบค้นเมื่อ ๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕

<sup>๑๒</sup> เฉลิมชาติ สมเกิด และเปรมจิตร เหมวัฒน์, ช้าง น้องเคยเห็นช้างหรือเปล่า มูลนิธิคืนช้างสู่ธรรมชาติ, (มปป) ๑๕.

ทางอ้อม<sup>๑๓</sup> ดังนั้นควาญช้างมักมีส่วนช่วยชุมชนในการทำแนวกันไฟทั้งในเขตปางช้างและนอกเขตช่วยสำรวจไฟป่า รวมถึงช่วยในการดับไฟโดยรอบปางช้างเพื่อเป็นการป้องกันอันตรายให้ช้างด้วย



<sup>๑๓</sup> ฉัตรโชติ ทิตาราม, คู่มือการจัดการและสวัสดิภาพของช้างเลี้ยงเอเชียที่ใช้ในการท่องเที่ยวในประเทศไทย (บกก.กิตติชัย พรินต์ติ้ง ๒๕๖๓) ๑๙.

โครงการชาวช้างช่วยป่าจึงเป็นการรวบรวมเครือข่ายของความรู้อันชาญฉลาดในจังหวัด ซึ่งความรู้นี้ส่วนมากเป็นคนที่ปลูกเกอญอมีความใกล้ชิดธรรมชาติมาตั้งแต่เด็ก คำนึงกับเส้นทางเดินในป่า รวมถึงมีความแข็งแรง คล่องแคล่ว และสามารถบังคับช้างได้ดี<sup>๑๔</sup>

ช้างและความรู้อันชาญฉลาดจึงเป็นอีกสมาชิกป่าชุมชนที่ช่วยกันดูแลป่าได้อย่างดี ทั้งในบทบาทผู้ดูแลป่า ที่ช่วยแผ้วถางให้สัตว์น้อยใหญ่ ถางป่าให้เปิดโล่งมีการเจริญของต้นไม้หลากหลาย การช่วยเพาะขยายพันธุ์พืช และยังช่วยลดความเสียหายจากการเกิดไฟป่าได้ จึงกล่าวได้ว่า ช้าง คน ป่า เราเกี่ยวข้องกันในทุกมิติ วิถีชีวิตทั้งของคนและช้างเลี้ยงที่เปลี่ยนแปลงไปเนื่องจากระเบียบกฎหมายต่าง ๆ นั้น ไม่ใช่ปัญหาไปเสียทีเดียว แต่การหาทางออกร่วมกัน การร่วมมือกันเพื่อให้สามารถดำเนินวิถีชีวิตให้สอดคล้องกับกฎ ระเบียบ ข้อตกลง หรือให้ไม่ขัดต่อบทกฎหมายนั้น ๆ เป็นสิ่งที่ทุกชีวิตสามารถทำได้ร่วมกันได้

<sup>๑๔</sup> บทสัมภาษณ์ อธิภัทร ตรังปราการ, นายกสมาคมสหพันธ์ช้างไทย, สมาคมสหพันธ์ช้างไทย (สำนักงานใหญ่สมาคมสหพันธ์ช้างไทย, ๒๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕).



## Cost of Climate Change \*

นางสาวเกิ้ลดีฟ้า เหาะสูงเนิน \*\*

นับตั้งแต่ช่วงก่อนปฏิวัติอุตสาหกรรมในปลายศตวรรษที่ ๑๘๐๐ โลกมีอุณหภูมิเฉลี่ยสูงขึ้นประมาณ ๑.๑ องศาเซลเซียส ซึ่งทศวรรษที่ผ่านมา (ปี ๒๐๑๑-๒๐๒๐) เป็นช่วงที่โลกร้อนขึ้นมากที่สุด<sup>๑</sup> ผู้คนจำนวนมากมักมองว่าการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศมีผลเพียงทำให้อุณหภูมิของโลกสูงขึ้น แต่ในความเป็นจริง อุณหภูมิที่สูงขึ้นเป็นเพียงจุดเริ่มต้นเท่านั้น ปัจจุบันเราได้เห็นผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศแล้วไม่ว่าจะเป็นภัยแล้ง น้ำท่วม คลื่นความร้อน คลื่นพายุซัดฝั่ง การเพิ่มสูงขึ้นของระดับน้ำทะเล และการลดลงของความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งล้วนก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมในทุกมิติ

การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศส่งผลกระทบต่อสุขภาพ การผลิตน้ำและอาหาร ผลิตภาพของแรงงาน ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การโยกย้ายถิ่นฐานของแรงงาน (climate refugees) ผลกระทบเหล่านี้ส่งผลกระทบต่อแต่ละประเทศอย่างไม่เท่าเทียมกัน เพราะแม้ว่าประเทศที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกสูงชั้นบรรยากาศส่วนมากจะเป็นประเทศพัฒนาแล้ว (คิดเป็นร้อยละ ๗๐)<sup>๒</sup> แต่ประเทศที่ได้รับผลกระทบจากภาวะโลกร้อนมากที่สุดกลับเป็นประเทศกำลังพัฒนาที่ไม่มีความพร้อมในระบบโครงสร้างพื้นฐาน อาทิ ระบบสาธารณสุข เทคโนโลยีพลังงานทดแทน ความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจที่ทำให้คนรายได้น้อยปรับตัวได้ยากกว่า

หากย้อนกลับไปยังช่วงน้ำท่วมใหญ่ในประเทศไทยเมื่อปี ๒๐๑๑ ค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมและฟื้นฟูสภาพความเป็นอยู่และเศรษฐกิจของทั้งประเทศสูงถึง ๔.๖ หมื่นล้านดอลลาร์

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักพัฒนาระบบราชการปฏิบัติการ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย LL.M. European Intellectual Property Law, Stockholm University, LL.M. European Business Law, Aix-Marseille University (ฝึกปฏิบัติราชการส่วนกลางในโครงการพัฒนานักบริหารการเปลี่ยนแปลงรุ่นใหม่ รุ่นที่ ๑๕ ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ระหว่างวันที่ ๗ กรกฎาคม - ๗ กันยายน ๒๕๖๕)

<sup>๑</sup> UN Thailand, 'Climate Change' <<https://thailand.un.org/en/173511-climate-change>> accessed 2 September 2022.

<sup>๒</sup> EPA, 'Global Greenhouse Gas Emission Data' (EPA, 2014) <<https://www.epa.gov/ghgemissions/global-greenhouse-gas-emissions-data>> accessed 4 September 2022.

สหรัฐ<sup>๓</sup> และเมื่อไม่นานมานี้ รัฐบาลกลางสหรัฐได้เปิดเผยว่าอาจจะต้องใช้งบประมาณประมาณ ปีละ ๒.๒ ล้านล้านดอลลาร์สหรัฐ ไปกับการรับมือกับภาวะโลกร้อน<sup>๔</sup> ขณะที่ USAID ประเมินว่า ประเทศไทยมีต้นทุนจากสภาพภูมิอากาศจากความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม อุตสาหกรรม และชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน คิดเป็นมูลค่าประมาณ ๑.๘ แสนล้านดอลลาร์สหรัฐ ต่อปีจนกว่าจะถึงปี ๒๐๓๐<sup>๕</sup> ตัวเลขเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เป็นปัญหาทางเศรษฐกิจและเป็นต้นทุนทางสังคมที่ผู้เสียภาษี (taxpayers) และผู้บริโภค (consumers) ต้องแบกรับจากงบประมาณที่ภาครัฐหรือภาคธุรกิจใช้ในการประกันความเสี่ยง เช่น การประกันความเสียหายจากน้ำท่วม การประกันพืชผลทางการเกษตร การประกันสุขภาพ การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานที่สามารถรองรับภัยพิบัติ รวมถึงการใช้งบประมาณเพื่อวิธีการต่าง ๆ ในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก

การมองปัญหาโลกร้อนในปัจจุบันจึงไม่ควรมองจากเฉพาะมุมมองด้านสิ่งแวดล้อม เท่านั้น แต่ควรมองด้วยมุมมองทางเศรษฐศาสตร์ การวิเคราะห์ผลกระทบและความเสี่ยงที่จะ เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (Climate Impact and Risk Analysis) ได้กลายมา เป็นกระบวนการสำคัญในหลายประเทศเพื่อเตรียมความพร้อมสำหรับเหตุการณ์ในอนาคต เช่น ในกรณีภัยพิบัติร้ายแรง รัฐบาลต้องจัดทำสิ่งสาธารณูปโภคพื้นฐานและดูแลกลุ่มเปราะบาง ผู้ประกอบธุรกิจต้องหาวิธีการบริหารจัดการโลจิสติกส์และห่วงโซ่อุปทานให้สะดุดลงน้อยที่สุด ผู้บริโภคอาจต้องใช้ความรอบคอบมากขึ้นในการตัดสินใจบริเวณที่จะอยู่อาศัยและทำประกันภัย พิบัติแก่อสังหาริมทรัพย์<sup>๖</sup>

University of California at Berkeley ได้เปิดเผยข้อมูลที่น่าสนใจว่า ต้นทุนจาก ภาวะโลกร้อนที่สูงที่สุดในประเทศสหรัฐอเมริกาคือต้นทุนด้านสุขภาพ โดยเฉพาะในช่วงที่อุณหภูมิ ร้อนจัด สอดคล้องกับในประเทศสเปนและประเทศโปรตุเกส ที่มีผู้เสียชีวิตจากคลื่นความร้อนถึง ๒,๐๐๐ คนภายในเดือนเดียว (สิงหาคม ๒๐๒๒) ความเสี่ยงสำคัญอีกประการคือผลผลิต ทางการเกษตรที่ไม่เป็นไปตามฤดูกาล (crop failure) เพราะอาจนำไปสู่วิกฤตด้านความมั่นคง ทางอาหาร (food security) ในอนาคต สำหรับในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา United Nations

<sup>๓</sup> Open Development Thailand, 'Climate Change' (ODM, 12 February 2018) <<https://thailand.opendevlopmmentmekong.net/topics/climate-change/#ref-340-9>> accessed 2 September 2022.

<sup>๔</sup> Emma Newburger, 'Climate change could cost U.S. \$2 trillion each year by the end of the century, White House says' (CNBC, 4 April 2022).

<sup>๕</sup> John Talberth, *Climate Change in the Lower Mekong Basin: An Analysis of Economic Values at Risk* (USAID Mekong ARCC, 2014).

<sup>๖</sup> Sanjay Patnaik, 'What is climate risk and why does it matter?' (Brookings, 1 September 2022) <<https://www.brookings.edu/blog/up-front/2022/09/01/what-is-climate-risk-and-why-does-it-matter/>> accessed 2 September 2022.



Environment Program (UNEP) คาดการณ์ว่าร้อยละ ๕๔ ของงบประมาณรัฐบาลจะเป็นต้นทุนด้านการปรับตัว (adaptation costs) โดยเฉพาะการสร้างสิ่งปลูกสร้างเพื่อรับมือกับอุทกภัยและระดับน้ำทะเลที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างกำเเพงกันคลื่น (seawall) การพัฒนาระบบขนส่งทางรางเพื่อช่วยลดการใช้ยานพาหนะส่วนตัวก็นับเป็นต้นทุนที่นำมาคำนวณด้วย<sup>๗</sup>

นอกจากนี้ยังมีการศึกษาต้นทุนทางเศรษฐศาสตร์ที่เกิดขึ้นจากสภาพภูมิอากาศที่เรียกว่า “social cost of carbon” จุดประสงค์ของตัวเลขนี้มีขึ้นเพื่อประเมินประสิทธิภาพและความคุ้มค่าของการตัดสินใจ กฎระเบียบ นโยบาย รวมถึงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานที่รัฐบาลใช้รับมือกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ นักวิจัยที่เสนอแนวคิดนี้คำนวณว่าประชาชนจะต้องจ่ายเงิน ๑๘๕ ดอลลาร์สหรัฐ ต่อการปล่อยคาร์บอน ๑ ตัน ในขณะที่รัฐบาลโอบามาประเมินตัวเลขได้ ๕๑ ดอลลาร์สหรัฐ และรัฐบาลทรัมป์ประเมินว่าการปล่อยคาร์บอน ๑ ตันสู่ชั้นบรรยากาศมีต้นทุนเพียง ๗ ดอลลาร์สหรัฐเท่านั้น<sup>๘</sup> อย่างไรก็ตาม การประเมินค่าตัวเลขนี้ให้ไม่ต่ำจนเกินไปก็น่าจะเป็นการทำให้รัฐบาลตื่นตัวในการเปลี่ยนผ่านไปสู่เศรษฐกิจคาร์บอนต่ำ (low-emissions economy) เพื่อลดต้นทุนจากภาวะโลกร้อนในระยะยาว ด้วยการสนับสนุนการลงทุนในเทคโนโลยีและอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับพลังงานสะอาด เช่น พลังงานหมุนเวียน และพลังงานไฮโดรเจน<sup>๙</sup> การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพื่อเตรียมรับมือกับภัยพิบัติและอุทกภัยที่สูงขึ้น การออกมาตรการจูงใจให้เอกชนลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก โดยเฉพาะมาตรการด้านราคาคาร์บอน (Carbon Pricing) อย่างระบบภาษีคาร์บอน (Carbon Tax) และระบบการซื้อขายใบอนุญาตปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Emission Trading Scheme : ETS)

หากพูดถึงเรื่องการเก็บ Carbon Tax มาตรการปรับราคาคาร์บอนก่อนข้ามพรมแดน (Carbon Border Adjustment Mechanism : CBAM) ภายใต้นโยบาย Green Deal เพื่อป้องกันการนำเข้าสินค้าที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกสูงเข้ามาในสหภาพยุโรป อาจทำให้มีผู้โต้แย้งว่าถึงอย่างไรบริษัทต่าง ๆ ก็สามารถผลักภาระในการจ่ายภาษีคาร์บอนไปให้ผู้บริโภคได้ โดยเฉพาะในธุรกิจที่มีผู้ให้บริการน้อยรายอย่างไฟฟ้าและน้ำมันเชื้อเพลิง เรื่องนี้เป็นความจริงเพียงครึ่งเดียว หากรัฐบาลสามารถจัดโครงสร้างภาษีคาร์บอนให้เกิดความเป็นธรรมได้ เช่นในรัฐ British Columbia ของประเทศแคนาดา ผู้บริโภคที่จ่ายเงินซื้อสินค้าจะได้รับส่วนแบ่ง (dividend)

<sup>๗</sup> UNOPS, *Infrastructure for climate action* (UNOPS 2021).

<sup>๘</sup> Dino Grandoni and Brady Dennis, ‘Cost of climate change far surpass government estimates, study says’ (The Washington Post, 1 September 2022) <<https://www.washingtonpost.com/climate-environment/2022/09/01/costs-climate-change-far-surpass-government-estimates-study-says/>> accessed 3 September 2022.

<sup>๙</sup> Deloitte, ‘Deloitte Report: Inaction on Climate Change Could Cost the US Economy \$14.5 Trillion by 2070’ (Deloitte, 25 January 2022) <<https://www2.deloitte.com/us/en/pages/about-deloitte/articles/press-releases/deloitte-report-inaction-on-climate-change-could-cost-the-us-economy-trillions-by-2070.html>> accessed 4 September 2022.

เพื่อเป็นส่วนลดค่าไฟฟ้าหรือค่าน้ำมันที่สูงขึ้นจากภาษีคาร์บอน ถือเป็นการสร้างแรงจูงใจให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกลดลง เพราะอาจเลือกที่จะเก็บเงินส่วนนี้แทนการจ่ายภาษีคาร์บอน<sup>๑๐</sup>

ปัจจุบันประเทศต่างๆ เริ่มหันมาใช้วิธีการลดความเสี่ยงแบบเชิงรุก (proactive risks mitigation) ควบคู่ไปกับนโยบายที่ช่วยส่งเสริมการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก เพราะการฟื้นฟูภายหลังจากที่เกิดภัยพิบัติขึ้นแล้วและการเพิกเฉยไม่ทำอะไรมีต้นทุนที่สูงกว่ามาก เช่น ในประเทศเยอรมนี – รัฐบาลต้องการช่วยลดค่าครองชีพและหาแนวทางสำหรับการบรรลุเป้าหมาย Net-Zero Nation จึงทดลองจำหน่ายตัวขนส่งสาธารณะเพียง ๙ ยูโรต่อเดือน (ประมาณ ๓๓๐ บาท) ให้กับประชาชน ๕๒ ล้านคนระหว่างเดือนมิถุนายนถึงสิงหาคมที่ผ่านมา ผลที่ได้คือสามารถลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์จากยานพาหนะได้ถึง ๑.๘ ล้านตัน หรือคิดเป็นร้อยละ ๗ ของมลพิษทางอากาศในประเทศ<sup>๑๑</sup> อีกกรณีที่น่าสนใจคือประเทศสิงคโปร์ – เพื่อลดผลกระทบจากคลื่นความร้อน (urban heat effect) ที่ทำให้ประเทศสิงคโปร์มีจำนวนเครื่องปรับอากาศต่อจำนวนประชากรสูงที่สุดในอาเซียน รัฐบาลจึงได้เริ่มโครงการ Cooling Singapore ในปี ๒๐๑๗ เพื่อหาวิธีการที่เหมาะสมที่สุด (multi-disciplinary research) ในการลดความร้อนของเกาะ เช่นการปลูกต้นไม้บนดาดฟ้าอาคาร การออกแบบอาคารให้ช่องลมผ่านได้ การวางระบบหล่อเย็นขนาดใหญ่ในย่านธุรกิจ และรัฐบาลยังมีแผนที่จะปลูกต้นไม้ให้ได้ ๑ ล้านต้นภายในปี ๒๐๓๐<sup>๑๒</sup>

หันกลับมามองที่ประเทศไทย ความวุ่นวายทางการเมืองในช่วงสิบปีกว่าที่ผ่านมา ทำให้สังคมถูกเบี่ยงเบนความสนใจและให้ความสำคัญกับวิกฤตการณ์ด้านสิ่งแวดล้อมน้อยกว่าที่ควรจะเป็น ทั้งที่ประเทศไทยและภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เป็นหนึ่งในบริเวณที่จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศมากที่สุดแห่งหนึ่งของโลก<sup>๑๓</sup> แม้ว่ารายได้

<sup>๑๐</sup> Andrew Moseman and Christopher Knittel, ‘Will companies pass on the cost of a carbon tax to consumers’ (Climate Portal, 11 January 2022) <<https://climate.mit.edu/ask-mit/will-companies-pass-cost-carbon-tax-consumers>> accessed 4 September 2022.

<sup>๑๑</sup> Tom Crowfoot, ‘How are the world’s biggest emitters cutting down? 5 climate change stories to read this week’ (World Economic Forum, 2 September 2022) <<https://www.weforum.org/agenda/2022/09/climate-change-latest-stories-02-september?>> accessed 4 September 2022.

<sup>๑๒</sup> Faris Mokhtar, ‘This Is How Singapore Keeps Its Cool as the City Heats Up’ (Bloomberg, 2 December 2020) <<https://www.bloomberg.com/news/features/2020-12-01/singapore-climate-change-reducing-heat-takes-trees-and-technology>> accessed 4 September 2022.

<sup>๑๓</sup> ADB, *The Economics of Climate Change in Southeast Asia: A Regional Review* (ADB 2009).

ร้อยละ ๗๕ ของประเทศจะมาจากภาคอุตสาหกรรม แต่ประชากรกว่าร้อยละ ๔๐ ยังคงทำงานอยู่ในภาคการเกษตรและประมงที่ต้องพึ่งพาสภาพอากาศเป็นหลัก ผลกระทบจากภาวะโลกร้อน เช่น น้ำท่วม ภัยแล้ง จึงไม่จำกัดเพียงผลกระทบทางเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่ยังคงกลายเป็นต้นทุนทางสังคมด้วย โดยเฉพาะการเคลื่อนย้ายแรงงานจากสังคมชนบทมาสู่สังคมเมือง รวมไปถึงการเคลื่อนย้ายแรงงานจากประเทศเพื่อนบ้านเข้ามาในประเทศไทย การทะลักเข้ามาของคนจำนวนมาก นอกจากจะเพิ่มความเสี่ยงอาชญากรรม การค้ายาเสพติด และโรคติดต่อร้ายแรง ยังส่งผลกระทบต่อตลาดแรงงานภายใน ระบบสาธารณสุขและการศึกษาของประเทศ<sup>๑๔</sup>

ในระดับระหว่างรัฐ ประเทศไทยมีต้นทุนด้านความสัมพันธ์กับประเทศเพื่อนบ้าน และภูมิรัฐศาสตร์ที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่ต้องให้ความสำคัญจากเหตุสองประการ คือ การเพิ่มจำนวนของแรงงานผิดกฎหมายซึ่งทำให้ประเทศไทยเป็นที่จับตามองจากสังคมระหว่างประเทศในเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชน และการจัดการทรัพยากรในแม่น้ำโขงร่วมกันระหว่างประเทศในแม่น้ำโขงตอนล่าง (ไทย ลาว กัมพูชา เวียดนาม) และประเทศจีน ในกรอบคณะกรรมการจัดการแม่น้ำโขง (Mekong River Commission : MRC)<sup>๑๕</sup> ความขัดแย้งดังกล่าวทำให้สหรัฐอเมริกาเข้ามามีบทบาทในภูมิภาคในฐานะหุ้นส่วนลุ่มน้ำโขง (Mekong-U.S. Partnership) ในแง่หนึ่งอาจทำให้การจัดการทรัพยากรเป็นไปอย่างเท่าเทียมและมีองค์ความรู้ใหม่ ๆ มากขึ้น แต่อีกแง่หนึ่งก็อาจทำให้ปัญหาที่มีอยู่เดิมนั้นซับซ้อนมากขึ้นอีก

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศครอบคลุมทุกมิติ และเป็นต้นทุนที่สูงมากที่ทุกคนจะต้องร่วมกันจ่าย การเห็นประเทศต่าง ๆ ร่วมกันแสดงจุดยืนในเวทีอย่าง COP26 หรือร่วมกันบรรลุข้อตกลง Paris Agreement เป็นเพียงจุดเริ่มต้นของการตระหนักถึงความสำคัญและกำหนดเป้าหมายเพื่อลดภาวะโลกร้อน แต่การร่วมมือกันแก้ไขปัญหายังจริงจางจะต้องอาศัยเจตจำนงทางการเมือง (political will) ของแต่ละรัฐบาลในการกำหนดนโยบายที่สอดคล้องกับบริบทประเทศและสร้างคุณค่าใหม่ร่วมกันให้คนในสังคม เพื่อให้การรับมือกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและเศรษฐกิจสามารถเติบโตได้ไปพร้อมกัน

<sup>๑๔</sup> Danny Mark, 'Climate Change in Thailand: Impact and Response' (2011) CSEA <DOI: 10.1353/csa.2011.0132> accessed 5 September 2022.

<sup>๑๕</sup> Ibid.



# ที่ปรึกษา

นายปกรณ์ นิลประพันธ์

## บรรณาธิการ

นางสมาพร นิลประพันธ์

## กองบรรณาธิการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย

นางสาวดนีนิจ แซ่เฮง

นางสาวธมณณ์ฎฐิ พราหมณ์ดี

นางสาวเสาวนีย์ จันทริขวลิต

นางสุปราณี เพ็ญหนู

นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์

นางสาวรัชนิกร ลาภวณิชชา

นางสาวพรรณพร สนั่นไชย

## ผู้จัดการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

## แหรียญญิก

นางสาวศิริพรรณ พวงทอง



# OCS

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

Better Regulation for Better Life  
พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน  
Advanced Legal Training Institute