

วารสารกฤษฎีกา

OCS e-JOURNAL

เล่ม ๕ ตอน ๑

Better Regulation
for **BetterLife**

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ocs e-Journal

January 2025

Volume 5 Part 1

บทบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายมีความยินดีเป็นอย่างยิ่งที่มีโอกาสได้ต้อนรับท่านผู้อ่านเข้าสู่ปีใหม่ ๒๕๖๘ ไปพร้อมกัน ในโอกาสปีใหม่นี้ วารสารกฎหมายได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบหน้าปกใหม่ เพื่อให้มีความทันสมัยและน่าสนใจยิ่งขึ้น และกองบรรณาธิการมีความตั้งใจอย่างเต็มที่ที่จะสรรหาและนำเสนอบทความเกี่ยวกับกฎหมายที่น่าสนใจ มีคุณภาพ ทันต่อสถานการณ์ เพื่อให้ผู้อ่านได้รับข้อมูลที่ทันสมัยและเป็นประโยชน์

วารสารกฎหมายฉบับนี้ ขอเปิดเล่มด้วย **บทสรุปผู้บริหาร โดย เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (นายปกรณ์ นิลประพันธ์)** ซึ่งท่านเลขาธิการฯ ได้กรุณาเล่าถึงการเปลี่ยนแปลงการจัดทำวารสารทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้แก่ การมี “วารสารกฤษฎีกา” และ “วารสารกฎหมายเปรียบเทียบ” ขึ้นใหม่นอกเหนือจาก “วารสารกฎหมายปกครอง” และวัตถุประสงค์ของวารสารแต่ละฉบับ ซึ่งทั้งหมดนี้มีเป้าหมายเพื่อพัฒนากฎหมายไทยให้มีความทันสมัยและสอดคล้องกับความท้าทายใหม่ ๆ ที่ประเทศไทยและโลกต้องเผชิญในอนาคต

บทความเรื่องแรกที่ต้อนรับปีใหม่ ๒๕๖๘ เป็นบทความที่มีความทันสมัยและเป็นบทความที่เกี่ยวกับกฎหมายที่กำลังจะมีผลใช้บังคับในช่วงต้นปี ๒๕๖๘ ได้แก่ เรื่อง **กฎหมายสมรสเท่าเทียมกระดุมเม็ดแรกในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดย นายจิตรพรต พัฒนสิน** โดยอธิบายถึงความเป็นมา หลักการของการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสให้มีการสมรสเท่าเทียมแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมที่น่าสนใจ อาทิ การเสนอให้มีการรองรับการจัดตั้งครอบครัวที่เท่าเทียมและเป็นธรรม

บทความ เรื่อง **การตรวจสอบความใหม่ (novelty) ในการขอรับอนุสิทธิบัตร โดย นางสาวรัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์** เป็นอีกบทความหนึ่งที่น่าสนใจที่กำลังมีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรมาพูดคุยให้ผู้อ่านได้ทราบล่วงหน้าถึงแนวคิดในการร่างกฎหมายให้ชัดเจนถึงการตรวจสอบความใหม่ในการขอรับอนุสิทธิบัตรว่าต้องมีการดำเนินการตรวจสอบเช่นเดียวกับการขอรับสิทธิบัตรหรือไม่ โดยในปัจจุบันจะไม่มี การตรวจสอบความใหม่ก็ตาม แต่ก็อาจเกิดข้อถกเถียงขึ้นได้ ซึ่งในบทความนี้จะพูดถึงกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับอนุสิทธิบัตรและสิทธิบัตร และกฎหมายของประเทศอื่นที่น่าสนใจในการขอรับอนุสิทธิบัตรและสิทธิบัตร รวมถึงวัตถุประสงค์ของการให้ขอรับอนุสิทธิบัตรได้ ซึ่งทำให้กลไกการพิจารณาออกอนุสิทธิบัตรแตกต่างจากสิทธิบัตร

บทความลำดับถัดมา เรื่อง **การพัฒนากฎหมายและการลดระบบการบริหารงานราชการที่มีพิธีรีตองมากเกินไปของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตอนที่ ๑ รายงานพิเศษของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ เรื่อง การพัฒนาการตรากฎหมายและการลดระบบการบริหารแบบมีพิธีรีตองในสมัยสภานิติบัญญัติชุดที่ ๒๐ โดย นางสาวนันท์ชญาน์ ชาญณรงค์** ซึ่งผู้เขียนได้เล่าถึงความพยายามที่จะปรับเพื่อลดความซับซ้อนของระบบการบริหารแบบมีพิธีรีตองในประเทศเยอรมนี และ

มาตรการต่าง ๆ ที่ปรากฏในรายงานพิเศษดังกล่าว โดยแยกเป็นมาตรการกลางของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ และมาตรการที่แยกตามความรับผิดชอบเชิงนโยบายของแต่ละกระทรวง ซึ่งรัฐบาลเยอรมันได้นำหลักการการตรวจสอบสิ่งที่ปฏิบัติกันอยู่ในปัจจุบัน มาจัดการลดระบบการบริหารงานราชการที่มีพิธีรีตองมากเกินไป อันเป็นเรื่องการดำเนินการเชิงรุกที่น่าสนใจ

บทความเรื่องสุดท้าย ได้แก่ เรื่อง **แนวทางการวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายของ Office of Impact Analysis : OIA ของประเทศออสเตรเลีย** โดยนางสาวณธรา บือตฐ์ และนางสาววิชุกาญจน์ พัฒนพันธ์ชัย ซึ่งนับว่าบทบาทของ OIA มีความน่าสนใจในการบริหารจัดการข้อกำหนดการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎ ระเบียบ นโยบาย (Regulatory Impact Analysis : RIA) ที่กำหนดให้หน่วยงานภาครัฐต้องวิเคราะห์ผลกระทบ (RIA) เมื่อภาครัฐเสนอมาตรการ นโยบายหรือการดำเนินการใด ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิ อำนาจหน้าที่สร้างภาระหรือข้อผูกพันแก่ประชาชน สังคม หรือองค์กรภาคเอกชนที่ต้องปฏิบัติตามนโยบายหรือมาตรการนั้น

นอกจากนั้น วารสารกฤษฎีกาฉบับนี้ขอเสนอผลงานโครงการดีเด่นของผู้เข้ารับการฝึกอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๕ และระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๕ ได้แก่ **โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปีตามมาตรา ๕๖ ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร** โดย นายสง่าพันธุ์ พงศ์เทพอุปถัมภ์ และโครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การทบทวนความจำเป็นในการกำหนดให้ข้าวเป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออก ตามพระราชบัญญัติการส่งออกปอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ โดย นายอนิรุทธ ฤทธิชู

กองบรรณาธิการหวังว่าท่านผู้อ่านจะได้รับประโยชน์จากวารสารกฤษฎีกาที่น่าสนใจ บทความความรู้ใหม่ ๆ และขอขอบคุณท่านผู้อ่านที่ติดตามวารสารกฤษฎีกาของเราจนขึ้นสู่ปีที่ ๕ แล้ว รวมทั้งขออวยพรเนื่องในโอกาสปีใหม่ให้ท่านผู้อ่านทุกท่านมีความสุข สุขภาพแข็งแรง และประสบความสำเร็จในทุกด้าน และ**พบกันใหม่ในวารสารกฤษฎีกา เล่ม ๕ ตอน ๒ (เมษายน ๒๕๖๘)**

สารบัญ

บทความทางกฎหมาย

- 1 บทสรุปผู้บริหาร
โดย ปกรณ์ นิลประพันธ์ เลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกา
- 4 Executive Summary
โดย Pakorn Nilprapunt, Secretary-General of the Council of State
- 6 กฎหมายสมรสเท่าเทียมกระดุมเม็ดแรกในการก่อตั้งครอบครัว
ของบุคคล ที่มีความหลากหลายทางเพศ
โดย จิตสพรต พัฒนสิน
- 29 การตรวจสอบความใหม่ (novelty) ในการขอรับอนุสิทธิบัตร
โดย รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์
- 42 การพัฒนานกฎหมายและการลดระบบการบริหารงานราชการ
ที่มีพิธีรีตองมากเกินไปของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
ตอนที่ ๑ รายงานพิเศษของรัฐบาลแห่งสหพันธ์
เรื่อง การพัฒนาการตรากฎหมายและการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง
ในสมัยสภานิติบัญญัติชุดที่ ๒๐
(Sonderbericht der Bundesregierung – Bessere Rechtsetzung und
Bürokratieabbau in der 20. Legislaturperiode)
โดย นันทกษญาณี ชาญณรงค์
- 54 แนวทางการวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายของ
Office of Impact Analysis : OIA ของประเทศออสเตรเลีย
โดย ณรรธา บิอติฐี และ วิชชุภาณจน์ พัฒนพันธ์ชัย

**67 โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ
ระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๕**

โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้
บุคคลธรรมดาครึ่งปีตามมาตรา ๕๖ ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร

โดย สว่างพันธุ์ พงศ์เทพูปถัมภ์

**73 โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐ
ระดับชำนาญการขึ้นไป รุ่นที่ ๓๕**

โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์ เรื่อง การทบทวนความจำเป็นในการกำหนดให้ข้าว
เป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออก ตามพระราชบัญญัติการส่งออก
และการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒

โดย อนิรุทธ ฤทธิชู

บทสรุปผู้บริหาร

ปกรณ นิลประพันธ์

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

โลกไม่ว่าในยุคใดล้วนต้องเผชิญหน้ากับการเปลี่ยนแปลงมาโดยตลอด ยิ่งวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีก้าวหน้ามากขึ้นเพียงใด การเปลี่ยนแปลงก็จะรวดเร็วขึ้นมากเท่านั้น กฎหมายก็เช่นเดียวกัน เมื่อสังคมวิวัฒนาการเร็วขึ้น กฎหมายก็ต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือปรับปรุงให้เท่าทันการเปลี่ยนแปลงของโลกให้เร็วขึ้นเพราะเราเป็นส่วนหนึ่งของสังคมโลก ถ้าเราปรับตัวไม่ทันเราจะถูกทิ้งไว้ข้างหลังอยู่ตลอดเวลาเพราะเรา “ลอก” มากจนเกินไป เหมือนคนวิ่งหาความสำเร็จอย่างคนอื่น หรือขอตัดเทียมคนอื่นอยู่ตลอด ซึ่งจะไม่มีความหมาย

ในโลกของความเป็นจริง ถ้าเรามุ่งหมายที่จะเป็นผู้นำในเรื่องใด เราต้องมีนวัตกรรมใหม่ ๆ ที่ดีงาม มีคุณค่า และเป็นที่ยอมรับของสังคมโลก คนอื่นจะได้นำไปประยุกต์ใช้ ซึ่งนั่นดีกว่าการลอกแบบคนอื่นอยู่ตลอดเวลา และทำให้เราไม่เคยมตามไม่ทันคนอื่น

อย่างไรก็ดี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายก็ต้องมีการคิดวิเคราะห์อย่างเป็นระบบ และแน่นอนว่าต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องหรือผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าว เพื่อให้กฎหมายที่ตราขึ้นสอดคล้องกับสภาพความต้องการหรือความเป็นจริงของสังคมในขณะนั้น ซึ่งความต้องการหรือความเป็นจริงของในแต่ละสังคม ในแต่ละประเทศ ก็จะแตกต่างกันไปตามภูมิหลัง ความเป็นมา ความรู้สึกนึกคิด ความเชื่อ วัฒนธรรมหรือบริบท (context) ที่แตกต่างกันไปในแต่ละสังคม ซึ่งต้องศึกษาโดยใช้ historical approach และเมื่อมีการตรากฎหมายขึ้นมาแล้ว มีผลใช้บังคับแล้วก็ต้องหมั่นตรวจสอบตรวจสอบตราอยู่เสมอว่ากฎหมายที่ตราขึ้นเมื่ออดีตนั้น ยังคงเหมาะสมแก่กาลสมัยและความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในอีกช่วงเวลาหนึ่งหรือไม่ สมเหตุสมผลหรือไม่ ไม่มี one size fits all

นี่เป็นหลักการสำคัญของกระบวนการตรากฎหมายที่ดี (good regulatory practice: GRP) อันเป็นที่ยอมรับในระดับสากล รวมทั้งต้องมีกระบวนการคิดในการออกนโยบายในการควบคุมกำกับเรื่องต่าง ๆ (regulatory policy) ที่ดีโดยใช้ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนยืนยันได้ด้วย และต้องเป็นการคิดวิเคราะห์โดยปราศจากอคติ (bias) ทั้งปวง

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตระหนักถึงความสำคัญของเรื่องนี้จึงไม่ได้จำกัดตัวเองอยู่เฉพาะการพัฒนากฎหมายปกครองแต่เพียงด้านเดียวอีกต่อไป หากต้องพัฒนากฎหมายอื่นให้สมดุลสอดคล้องกันไปในระดับที่เท่าเทียมกันด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายของประเทศไทยเท่าทันต่อการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน และสามารถรองรับการเปลี่ยนแปลงที่คาดว่าจะเกิดขึ้นในอนาคต และโดยเหมาะสมกับบริบทของประเทศ ไม่ใช่เพียงลอกแบบมาจากกฎหมายต่างประเทศอย่างที่เคยทำ ๆ มาแต่เดิม

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้จัดให้มี “วารสารกฤษฎีกา” และ “วารสารกฎหมายเปรียบเทียบ” ขึ้นอีกสองฉบับนอกเหนือจาก “วารสารกฎหมายปกครอง” ที่มีอยู่ดั้งเดิมแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้ให้นักวิชาการในกฎหมายแขนงต่าง ๆ ได้ศึกษาหาความรู้ และจัดทำเป็นบทความเผยแพร่แก่บุคคลทั่วไป โดย “วารสารกฤษฎีกา” จะมุ่งเน้นการเผยแพร่บทความทางวิชาการเกี่ยวข้องกับกฎหมายที่กำลังเป็นกระแสหลัก เช่น หลักการตรากฎหมายที่ดี (GRP) หลักการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย (RIA) การตรวจสอบความคุ้มค่าของกฎหมาย (Cost-Benefit Analysis) Digital Economy, Digital Asset, Climate Change, Aged Society Impact หรือแม้กระทั่ง AI เพื่อให้พี่น้องประชาชนได้ทราบถึงวิวัฒนาการใหม่ ๆ ทางด้านกฎหมายเพื่อนำไปศึกษาต่อยอดต่อไป โดยไม่ละเลยมิติด้านปรัชญา กฎหมายคลาสสิก ส่วน “วารสารกฎหมายเปรียบเทียบ” จะเน้นการศึกษาเปรียบเทียบโดยเฉพาะเจาะจงในแต่ละเรื่องลงไป โดยใช้ Historical Approach และนำบริบทของแต่ละประเทศที่เป็นกรณีศึกษามาประกอบการทำกฎหมายเปรียบเทียบตามหลักการทำกฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative Law) สากลด้วย ไม่ใช่แค่เพียงการนำกฎหมายของแต่ละประเทศมาวางแปะ ๆ เรียงกันไปแล้วสรุปเอาง่าย ๆ ประเทศนั้นมียกอย่างนั้นประเทศนี้มีอย่างนี้ในลักษณะ Apple to Apple แต่จะต้องวิเคราะห์ลงไปให้ได้ว่าที่มาของหลักการต่าง ๆ เหล่านั้นมีที่มาจากอย่างไร และสอดคล้องกับบริบททางเศรษฐกิจและสังคมไทยหรือไม่ จะสามารถนำมาประยุกต์ใช้และเกิดผลได้อย่างแท้จริงในสังคมไทยหรือไม่ เพราะสิ่งที่ต้องการอย่างแท้จริง ๆ ในการตรากฎหมายคือ “ต้องบังคับใช้ได้” ไม่ใช่เพียงสัญลักษณ์ว่าเราก็มีกฎหมายนั้น ๆ เหมือนอย่างที่คุณอื่นมี ซึ่งการคิดง่าย ๆ ที่ว่านั่นมันดีกว่าอ่อนป้อนเชาะความเชื่อมั่นในกฎหมายและระบบกฎหมาย เพราะถ้ากฎหมายใช้ไม่ได้จริงตามที่ตั้งใจไว้ มันก็จะไม่ต่างจากการเขียนเสือให้วัวกลัว ไม่มีค่าอะไรเลย แถมยังทำให้ผู้คนไม่สนใจที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย และเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายแต่มีเถียงจิตใช้ข่มเหงรังแกหรือเบียดบังผู้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งก็คือประชาชนด้วย

ทั้งหมดนี้ทำไปโดยมุ่งเพื่อพัฒนากฎหมายไทยให้มีความทันสมัยและสอดคล้องกับความท้าทายใหม่ ๆ ที่ประเทศไทยและโลกต้องเผชิญในอนาคต ไม่ว่าจะเป็น Geopolitics, Climate Change, Disruptive Technology, Aged Society, Social Media Disruption อันนำมาซึ่ง Individual Behavioral Change ในลักษณะที่เป็นปัจเจกนิยม (Individualism) ที่เน้นความสุขส่วนตัว และสิทธิเสรีภาพส่วนตัวมากกว่าประโยชน์ส่วนรวม (Public Interest) อันมีผลต่อการออกกฎระเบียบ บางทีกฎหมายที่ตราขึ้นอาจต้องเปลี่ยนแนวไปในทางกำกับดูแล และให้สิทธิประโยชน์จูงใจในการดำเนินการตามกฎหมายมากกว่าการบังคับควบคุม ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาระบบกฎหมายไทยมากกว่าที่จะหยุดนิ่งอยู่ที่เดิม เพราะกฎหมายที่ออกเมื่อช่วงเวลาหนึ่งย่อมทันสมัย ณ เวลาที่ออกเท่านั้น แต่เมื่อเวลาเปลี่ยนไปมันจะกลายเป็นล้าสมัยโดยอัตโนมัติ

ในศุภวาระดิถีขึ้นปีใหม่ ในนามของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผมขออำนวย
อวยพรให้ท่านผู้อ่านประสบแต่ความสุขความเจริญด้วยจตุรพิธพรทั้งปวง มีสุขภาพสมบูรณ์
แข็งแรง และเตรียมพร้อมรับมือกับความท้าทายใหม่ ๆ ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตในวันพรุ่งนี้และต่อ ๆ ไป



Executive Summary

Pakorn Nilprapunt,
Secretary-General of the Council of State

The world, regardless of the era, has always faced change. The more advanced science and technology become, the faster the change occurs. Similarly, the law must evolve and adapt to the world's changes. As part of the global society, if we do not adapt, we will be left behind because we copy too much, trying to emulate others' success or match others constantly, which will never let us catch up.

In reality, if we aspire to lead in any field, we must have innovative and valuable creations that are globally accepted. Others can then adapt these innovations, which is better than constantly copying others and never catching up.

However, changing the law must involve systematic analysis and listening to the opinions of stakeholders to ensure that the enacted laws align with the current social needs and realities. The needs and realities of each society and country differ based on background, history, thoughts, beliefs, culture, and context, requiring a historical approach. Once laws are enacted and enforced, they must be regularly reviewed to ensure they remain relevant and reasonable in changing times. There is no one-size-fits-all solution.

This principle is central to good regulatory practice (GRP), recognized internationally. It also involves developing sound regulatory policies using clear scientific data and unbiased analysis.

The Office of the Council of State recognizes this importance and thus does not limit itself to developing administrative law alone but also strives to develop other laws in a balanced manner. This aims to keep Thai law up-to-date with current changes and anticipates future changes, appropriate to the country's context, not merely copying foreign laws.

For this reason, the Office of the Council of State has established the "Journal of the Council of State" and the "Journal of Comparative Law," in addition to the existing "Journal of Administrative Law." These journals aim to provide legal scholars with a platform to study and share knowledge. The "Journal of the Council of State" focuses on publishing academic articles on trending legal issues,

such as good regulatory practice (GRP), regulatory impact analysis (RIA), cost-benefit analysis, digital economy, digital assets, climate change, aged society impact, and even AI, to inform the public about new legal developments. The “Journal of Comparative Law” focuses on comparative legal studies, using a historical approach and contextual analysis to make relevant comparisons, rather than simply juxtaposing laws from different countries. The aim is to ensure that the derived principles align with the economic and social context of Thailand and can be effectively applied.

In all these efforts, the primary goal is to develop Thai law to be modern and responsive to new challenges, such as geopolitics, climate change, disruptive technology, an aging society, social media disruption, and individual behavioral changes. Often, the law may need to shift towards regulation with incentives rather than mere enforcement.

The Office of the Council of State sees this as more beneficial for the development of the Thai legal system than remaining stagnant. Laws enacted at one time are only modern at that time, but as time changes, they become outdated automatically.

In the auspicious occasion of the New Year, on behalf of the Office of the Council of State, I wish all readers happiness and prosperity, good health, and readiness to face new challenges in the future.



กฎหมายสมรสเท่าเทียมกระดุมเม็ดแรกในการก่อตั้งครอบครัว ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ*

จิตรพรต พัฒนสิน**

เมื่อกล่าวถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือเพศทางเลือก หรือ LGBTQI ซึ่งครอบคลุมถึง ๑) กลุ่มหญิงรักหญิง (Lesbian) ๒) กลุ่มชายรักชาย (Gay) ๓) กลุ่มที่รักได้ทั้งผู้ชายและผู้หญิง (Bisexual) ๔) กลุ่มคนข้ามเพศจากเพศชายเป็นเพศหญิงหรือเพศหญิงเป็นเพศชาย (Transgender) ๕) กลุ่มคนที่พึงพอใจต่อเพศใดเพศหนึ่ง โดยไม่ได้จำกัดในเรื่องเพศและความรัก (Queer) และ ๖) กลุ่มคนที่มีลักษณะเพศทางชีววิทยายังไม่ชัดเจน หรือกลุ่มอินเตอร์เซ็กส์ ที่เกิดมามีลักษณะทางกายภาพโดยมีอวัยวะสืบพันธุ์ของทั้งสองเพศ ไม่สามารถระบุเพศของตัวเองได้อย่างชัดเจน (Intersex)^๑ นั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องใหม่หรือเพิ่งเกิดขึ้นในสังคมสมัยใหม่ แต่เป็นเรื่องที่มีมานานแล้วตั้งแต่ยุคกรีก - โรมัน ซึ่งความสัมพันธ์ทางเพศของบุคคลผู้มีเพศเดียวกันถือเป็นเรื่องปกติ แต่ต่อมาแนวคิดดังกล่าวถูกเปลี่ยนไปตามหลักความเชื่อทางศาสนาว่าการร่วมเพศระหว่างมนุษย์เพศเดียวกันขัดต่อความประสงค์ของพระเจ้าซึ่งเป็นบาปและผิดกฎหมาย ประกอบกับแนวคิดที่ว่าธรรมชาติของการดำรงเผ่าพันธุ์ของมนุษย์จะต้องอาศัยการขยายเผ่าพันธุ์ระหว่างชายและหญิงเนื่องจากเพศหญิงตามธรรมชาติเป็นเพศที่ให้กำเนิดทารกได้เพราะมีเพศสรีระที่มีฮอว์โมน สภาพร่างกาย และรังไข่ที่สามารถรองรับการกำเนิดของทารกที่สืบเนื่องมาจากอสุจิของฝ่ายชาย ดังนั้น จึงมีความเชื่อที่ถูกปลูกฝังมาว่า การสมรสหรือการสร้างครอบครัวที่ถูกต้องตามธรรมชาติจึงต้องเกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีเพศต่างกันเท่านั้น

สำหรับกรณีของประเทศไทยที่ผ่านมาการคุ้มครองและการยอมรับทางสังคมของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังคงตั้งอยู่บนแนวคิดเรื่องระบบสองเพศ (Binary sexes) ที่จำแนกเพศออกเป็นเพศชายและเพศหญิง ทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศกลายเป็นคนส่วนน้อยที่ไม่ได้รับการยอมรับจากสังคมและระบบกฎหมาย โดยกลุ่มบุคคลที่ได้ผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติจากสังคมมากที่สุด ได้แก่ บุคคลข้ามเพศ (Transgender) เนื่องจากเป็นบุคคลที่มีการแสดงออกซึ่งอัตลักษณ์ทางเพศ (Gender Identity) ชัดเจนมากที่สุด ในขณะที่บุคคลกลุ่มอื่น ๆ จะได้รับผลกระทบก็ต่อเมื่อตนเองเปิดเผยวิถีทางเพศ (Sexuality) หรืออัตลักษณ์

* บทความฉบับนี้เป็นความเห็นทางวิชาการส่วนตัวของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา : น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ ๒) น.บ.ท. , Diploma in English Law, LL.M. University of Exeter, U.K.

^๑ รายงานการพิจารณาศึกษา เรื่อง ข้อเสนอต่อสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยคณะกรรมการสิทธิการพัฒนากฎหมาย และกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ และผู้ด้อยโอกาส วุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา กุมภาพันธ์ ๒๕๖๗ หน้า ๑

ทางเพศของตนออกมาให้สังคมได้รับรู้เสียก่อน^๒ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากพระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งเป็นกฎหมายทางเลือกในการคุ้มครองและป้องกันสิทธิให้กับผู้ถูกเลือกปฏิบัติด้วยเหตุแห่งเพศและส่งเสริมความเท่าเทียมกันระหว่างชายหญิงมีผลใช้บังคับซึ่งถือเป็นเครื่องมือทางกฎหมายชิ้นแรกของประเทศไทยที่มีการปกป้องคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่กฎหมายดังกล่าวก็ยังไม่ใช่มิใช่กฎหมายที่รับรองและให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้ได้รับสิทธิต่าง ๆ เช่น สิทธิการสมรสในเพศเดียวกัน จึงได้เกิดความพยายามเรียกร้องและผลักดันให้มีกฎหมายเพื่อบริการการใช้ชีวิตคู่หรือสร้างครอบครัวของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างเสมอภาค โดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้บัญญัติรับรองไว้ในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา รวมถึงการนำประเด็นปัญหาของมาตรา ๑๔๔๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาว่าการที่นายทะเบียนปฏิเสธคำขอจดทะเบียนสมรสด้วยเหตุที่เป็นบุคคลที่มีเพศกำเนิดเหมือนกัน และไม่สามารถจดทะเบียนสมรสได้ตามมาตรา ๑๔๔๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นการขัดหรือแย้งกับมาตรา ๔ มาตรา ๕ มาตรา ๒๕ มาตรา ๒๖ และมาตรา ๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการโต้แย้งสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ ทำให้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ไม่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญให้เหมือนกันในทางกฎหมาย ถูกเลือกปฏิบัติและไม่ได้รับความเป็นธรรมเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ ๒๐/๒๕๖๔ วินิจฉัยประเด็นปัญหาของมาตรา ๑๔๔๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ข้างต้นตามที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ร้องในคดีแพ่งหมายเลขดำที่ ยชพ ๑๐๕๖/๒๕๖๓ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัย โดยสรุปคำวินิจฉัยพอสังเขปได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๔๔๘ เป็นบทบัญญัติที่สอดคล้องกับสภาพธรรมชาติและจารีตประเพณีที่มีมาช้านาน วัตถุประสงค์ของการสมรส คือการที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาเพื่อสถาบันครอบครัว มีบุตร ดำรงเผ่าพันธุ์ตามธรรมชาติ และมีการสืบทอดทรัพย์สิน มรดก มีการส่งต่อความผูกพันกันระหว่างพ่อ แม่ พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา นอกจากนี้ กฎหมายมิได้บังคับให้ชายหญิงทุกคู่ต้องสมรสกัน บุคคลมีเสรีภาพที่จะเลือกอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยไม่ต้องทำตามแบบกฎหมาย ด้วยเหตุนี้มาตรา ๑๔๔๘ จึงไม่ได้จำกัดเสรีภาพของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในการอยู่ร่วมกันและมิได้มีข้อความที่จำกัดสิทธิของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในการทำนิติกรรมใด ๆ ตามกฎหมายที่อาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในสังคม และส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม กรณีจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๕ และมาตรา ๒๖ ของรัฐธรรมนูญฯ

^๒ เรื่องเดียวกัน หน้า ๑

นอกจากนี้ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว จะได้บัญญัติให้ชายและหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิสมรสกันตามกฎหมาย ซึ่งดูเหมือนจะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลก็ตาม แต่มาตรา ๑๔๔๘ เป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระมีเหตุผลสอดคล้องตามธรรมชาติ (True law is right reason, harmonious with nature) และเป็นไปตามขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของสังคมไทย โดยนอกจากการกำหนดให้สิทธิชายและหญิงเท่านั้นที่จะสมรสกันได้ตามกฎหมายแล้ว ยังมีบทบัญญัติอื่น ๆ ที่ดูเหมือนเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เช่น การกำหนดให้ชายหญิงที่จะหมั้นหรือสมรสกันต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสิบเจ็ดปีบริบูรณ์ตามมาตรา ๑๔๓๕ และมาตรา ๑๔๓๘ แต่โดยเนื้อแท้แล้วบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมิใช่การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นการบัญญัติขึ้นโดยมีพื้นฐานบนหลักเหตุและผลทั้งสิ้น เช่น กรณีการห้ามบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบเจ็ดปีหมั้นและสมรสกันเป็นความเหมาะสมของสภาพร่างกายตามธรรมชาติ หรือการห้ามหญิงหม้ายสมรสภายในสามร้อยสิบวัน เพราะเป็นระยะเวลาที่อาจตั้งครรรภ์กับสามีคนก่อนได้ นัยความหมายของความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิงมิใช่การบัญญัติกฎหมายให้ชายเป็นหญิงหรือให้หญิงเป็นชายเนื่องจากเพศนั้นเป็นการแบ่งแยกมาโดยธรรมชาติ (an Act of God) ซึ่งเพศที่ถือกำเนิดมานั้นเลือกไม่ได้ หากจะมีข้อยกเว้นบ้างก็ควรจะแยกออกไปคุ้มครองต่างหากเป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุนี้ จึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๔๘ บัญญัติขึ้นตามธรรมชาติของมนุษย์ สืบสานการดำรงอยู่ของสังคมและขนบธรรมเนียมประเพณีที่สังคมยึดถือ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชายและหญิงตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ มิได้ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ทั้งยังช่วยส่งเสริมความมั่นคงของรัฐและเสริมสร้างความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๗ ทั้งนี้ ในตอนท้ายของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้มีคำแนะนำเพิ่มเติมด้วยว่า เมื่อบริบทสังคมโลกและสังคมไทยในปัจจุบันยอมรับและเริ่มมีการให้สิทธิแก่บุคคลเกี่ยวกับสถานะทางเพศอย่างกว้างขวางมากขึ้น รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรพิจารณาดำเนินการและมีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อสนับสนุนให้บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศได้ใช้ชีวิตร่วมกัน โดยการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อให้สิทธิและเพื่อแก้ไขปัญหาคู่สมรสต่อการดำรงชีวิตของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ

อย่างไรก็ดี แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้มีคำวินิจฉัยว่ามาตรา ๑๔๔๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นก็ตาม แต่คณะรัฐมนตรีและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็ได้มีการดำเนินการในแนวทางลักษณะเดียวกันกับคำแนะนำในตอนท้ายของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเพื่อให้บุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศได้ใช้ชีวิตร่วมกันมาก่อนหน้านี้แล้ว โดยเริ่มอย่างเป็นรูปธรรมตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๖๑ ซึ่งคณะรัฐมนตรีในขณะนั้นได้มีมติเห็นชอบในหลักการร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ และให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณา โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้คณะกรรมการกฤษฎีกา

(คณะพิเศษ) ซึ่งมีศาสตราจารย์พิเศษประสพสุข บุญเดช เป็นประธาน เป็นผู้ตรวจพิจารณา และแจ้งผลการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๓ ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๖๕ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบและให้เสนอร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (เกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ : (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๔๕๒ แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕๑๖ (๑) และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕๒๘)) ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว (เรื่องเสร็จที่ ๓๕๑/๒๕๖๓) ต่อสภาผู้แทนราษฎรพิจารณา โดยร่างพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวได้ผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. สภาผู้แทนราษฎรแล้ว และอยู่ระหว่างรอการเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในวาระที่ ๒ และวาระที่ ๓ ก่อนที่จะเสนอต่อวุฒิสภาตามกระบวนการนิติบัญญัติต่อไป แต่เนื่องจากมีพระราชกฤษฎีกายุบสภาในเดือนมีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๖ เสียก่อน และภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๖ รัฐบาลชุดใหม่ก็ไม่ได้มีการดำเนินการร้องขอต่อรัฐสภาเพื่อให้มีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (เกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ : (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๔๕๒ แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕๑๖ (๑) และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕๒๘)) ที่คณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. สภาผู้แทนราษฎร พิจารณาแล้วเสร็จต่อไปแต่อย่างใด จึงมีผลทำให้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (เกี่ยวกับการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ : (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๔๕๒ แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕๑๖ (๑) และแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๕๒๘)) นั้น ตกไปตามมาตรา ๑๔๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าการเสนอร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการรองรับให้มีการสมรสที่เท่าเทียมของบุคคลที่มีเพศเดียวกันอย่างเป็นทางการอย่างสมบูรณ์ อย่างไรก็ดีตาม ในเวลาต่อมาคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และภาคประชาชนได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. รวมจำนวน ๔ ฉบับ ต่อสภาผู้แทนราษฎร โดยร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวล้วนมีหลักการและสาระสำคัญในลักษณะทำนองเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยเฉพาะความในบรรพ ๕ ครอบคลุมไว้เพื่อรองรับให้บุคคลเพศเดียวกันสามารถหมั้นและสมรสกันได้เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน รวมทั้งจะทำให้มีสิทธิหน้าที่ และสถานะทางครอบครัวเท่าเทียมกับคู่สมรสที่เป็นชายและหญิง ซึ่งร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ได้รับการพิจารณาตามขั้นตอนของกระบวนการนิติบัญญัติโดยสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาให้ความเห็นชอบ และเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาต่อไป จนท้ายที่สุดเมื่อวันที่ ๑๘ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๖๗ วุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (สมรสเท่าเทียม) ที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว โดยขณะนี้ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้

ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วเมื่อวันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๖๗^๓ และจะมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป^๔

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๔) พ.ศ. ๒๕๖๗ (สมรสเท่าเทียม)

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๔) พ.ศ. ๒๕๖๗ นี้มีเจตนารมณ์สำคัญที่มุ่งประสงค์ให้การหมั้นและการสมรส และการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลไม่ว่าเพศใดสามารถกระทำได้อย่างเท่าเทียมโดยมิได้จำกัดไว้เฉพาะชายและหญิงที่เป็นเพศกำเนิดเท่านั้น เนื้อหาของร่างพระราชบัญญัตินี้ส่วนใหญ่จึงเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวตามที่กำหนดไว้ในบรรพ ๕ ครอบครัว โดยตรงเว้นแต่บทบัญญัติบางมาตราที่มีผลใช้บังคับเฉพาะกรณีที่เป็นชายและหญิงที่เป็นเพศกำเนิดโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น นอกจากนี้พระราชบัญญัตินี้ยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมความในบางมาตราของบรรพ ๑ และบรรพ ๖ ได้แก่ มาตรา ๔๓ (ภูมิลำเนาของสามีและภรรยา) มาตรา ๑๙๓/๒๒ (อายุความเรียกร้องระหว่างสามีและภรรยา) มาตรา ๑๖๐๖ (บุคคลที่ถูกจำกัดสิทธิในการรับมรดกฐานเป็นผู้ไม่สมควร) มาตรา ๑๖๒๕ (การคิดส่วนแบ่งและการปันทรัพย์สินระหว่างคู่สมรสในกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย) และมาตรา ๑๖๒๘ (สิทธิโดยธรรมในการสืบมรดกซึ่งกันและกันในกรณีที่สามีภริยาร้างกันหรือแยกกันอยู่) ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกับการสมรสเท่าเทียมด้วย โดยมีรายละเอียดสรุปพอสังเขปได้ดังต่อไปนี้

๑. การแก้ไขบทบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการหมั้นและการสมรสเพื่อกำหนดให้บุคคลสองคนไม่ว่าเพศใดสามารถทำการหมั้นหรือสมรสกันได้โดยมิได้จำกัดไว้เฉพาะชายและหญิงที่เป็นเพศกำเนิดเท่านั้น

๒. การแก้ไขคำว่า “ชาย” “หญิง” “สามี” “ภรรยา” และ “สามีภรรยา” เป็น “บุคคล” “ผู้หมั้น” “ผู้รับหมั้น” และ “คู่สมรส” เพื่อให้มีความหมายครอบคลุมคู่หมั้นหรือคู่สมรสไม่ว่าจะมีเพศใดและสร้างความเป็นกลางทางเพศ เว้นแต่บทบัญญัติบางมาตราที่มีผลใช้บังคับเฉพาะกรณีที่เป็นการหมั้นหรือการสมรสระหว่างชายและหญิงที่เป็นเพศกำเนิดโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น เช่น กรณีเงื่อนไขแห่งการสมรส ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขระยะเวลาการสมรสใหม่ของผู้หญิงที่สามีตายหรือสิ้นสุดลงโดยประการอื่น (มาตรา ๑๔๕๓) การสิ้นสุดแห่งการสมรส ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนการสมรสในกรณีที่หญิงมีครรภ์ก่อนอายุครบตามตรา ๑๔๔๘ (มาตรา ๑๕๐๔

^๓ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๔๑ ตอนที่ ๕๘ ก วันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๖๗ หน้า ๑

^๔ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๔) พ.ศ. ๒๕๖๗

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

วรรคสอง) หรือการระงับซึ่งสิทธิในการขอเพิกถอนการสมรสเมื่อหญิงมีครรภ์ (มาตรา ๑๕๑๐ วรรคสอง)

๓. การแก้ไขอายุการหมั้นและการสมรสจาก ๑๗ ปีบริบูรณ์ เป็น ๑๘ ปีบริบูรณ์ เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาคุ้มครองเด็ก และแนวทางที่กำหนดในกฎหมายต่าง ๆ ของประเทศไทย ที่เป็นเกณฑ์อายุที่พ้นจากความเป็นเด็ก

๔. การเพิ่มเหตุเรียกค่าทดแทนและเหตุฟ้องหย่าให้ครอบคลุมกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไปมีความสัมพันธ์กับบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นเพศใด

๕. การเพิ่มเหตุฟ้องหย่าให้สอดคล้องกับลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสเพศเดียวกันตามมาตรา ๑๕๑๖

๖. การจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่สมรส โดยคู่สมรสมีสิทธิจัดการทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันหรือดูแลผลประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น หรือการถูกจำกัดมิให้รับมรดกฐานเป็นผู้ไม่สมควรได้รับมรดก การแบ่งทรัพย์สินมรดกกรณีคู่สมรสผู้ตายเป็นเจ้าของมรดก และการจัดการหนี้สินของคู่สมรส

๗. การให้บุคคลทั้งที่เป็นคู่สมรสที่ต่างเพศ หรือเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายสามารถรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมได้

๘. การกำหนดบทบัญญัติที่เป็นการกำหนดมิให้พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องครอบครัวและมรดกบังคับใช้ในบางพื้นที่ไว้เป็นการเฉพาะ เช่น กรณีบริเวณพื้นที่ที่อยู่ภายใต้บังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายอิสลามในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ. ๒๕๘๔

๙. การกำหนดบทบัญญัติเพื่อให้มีผลเป็นการแทนที่คำว่า “สามี” “ภรรยา” หรือ “สามีภรรยา” ที่มีการอ้างถึงในกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรี ให้ถือว่าอ้างถึงคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวนั้นได้กำหนดสิทธิหน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับ สามี ภรรยา หรือสามีภรรยาไว้ต่างกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการลดขั้นตอนทางกฎหมายและการเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายหากหน่วยงานผู้รับผิดชอบกฎหมายนั้นเห็นว่าสามารถใช้แทนที่กันได้โดยมิเกิดผลกระทบใด ๆ

๑๐. การกำหนดให้หน่วยงานผู้รับผิดชอบการประเมินผลสัมฤทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ต้องดำเนินการทบทวนกฎหมายในความรับผิดชอบที่กำหนดสิทธิหน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับ สามี ภรรยา สามี ภรรยา หรือคู่สมรส เพื่อรองรับสิทธิหน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้โดยต้องพิจารณาให้เหมาะสมกับเพศสภาพของคู่สมรสด้วย ทั้งนี้ให้หน่วยงานดังกล่าวเสนอผลการทบทวนทั้งกรณีที่ต้องแก้ไขกฎหมายหรือไม่ต้องแก้ไขกฎหมาย พร้อมทั้ง

ร่างกฎหมายในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขกฎหมายต่อคณะรัฐมนตรีภายในระยะเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

จากสาระสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ดังที่สรุปไว้ข้างต้นจะเห็นได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับครอบครัวในครั้งนี้นี้ยังคงหลักการสำคัญเรื่อง ชายหญิงโดยกำเนิดและความเป็นสามีภริยาระหว่างชายและหญิงในปัจจุบันไว้ แต่ได้เพิ่ม การคุ้มครองให้ครอบครัวบุคคลทุกเพศโดยมีการใช้ถ้อยคำที่มีความเป็นกลางทางเพศ โดยมี เจตนารมณ์ที่สำคัญที่ต้องการให้การก่อตั้งครอบครัวการอุปการะเลี้ยงดูและความสัมพันธ์ ในด้านอื่น ๆ ตามกฎหมายของชาย หญิง และบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในฐานะที่เป็นสามี ภริยา หรือคู่สมรสกันนั้น มีเนื้อหาที่กว้างขวางและครอบคลุมเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิ หน้าที่ และสถานะทางครอบครัวของบุคคลดังกล่าวในฐานะที่เป็นสามี ภริยา คู่สมรส บิดามารดา และ บุตรให้มีความเท่าเทียมกัน และไม่ให้นำเอาความแตกต่างทางเพศดังกล่าวมาเป็นข้อจำกัดในทาง กฎหมาย เนื่องจากการสมรสนั้นถือเป็นสิทธิพื้นฐานของบุคคลที่พึงได้รับการคุ้มครองและเข้าถึง อย่างเท่าเทียมกัน

บริบทของต่างประเทศ

กลไกทางกฎหมายที่นำมาปรับใช้เพื่อการรับรองการใช้ชีวิตคู่หรือการสร้าง ครอบครัวของบุคคลเพศเดียวกันในต่างประเทศ พบว่าจะดำเนินการใน ๒ แนวทาง กล่าวคือ การจดทะเบียนสมรส (Same Sex Marriage) ซึ่งจะมีลักษณะทำนองเดียวกันกับการสมรส ระหว่างบุคคลต่างเพศ และ การจดทะเบียนความสัมพันธ์หรือการบันทึกชีวิต (Civil Partnership หรือ Life Partner)^๕ โดยจะขอนำแนวทางของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและไต้หวันมากล่าวไว้เป็น ตัวอย่างพอสังเขป ดังนี้

สาธารณรัฐฝรั่งเศส

การอยู่ร่วมกันของบุคคลในความสัมพันธ์ด้านครอบครัวในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อาจแบ่งออกเป็นสามสถานะด้วยกัน กล่าวคือ การจดทะเบียนสมรสหรือการแต่งงาน (Marriage) การตกลงอยู่ร่วมกันโดยไม่มีการจดทะเบียนสมรส (Concubinage) และสัญญาทางแพ่ง เพื่ออยู่ร่วมกัน (Pacte civil de solidarite (PACS)) หรือการอยู่ร่วมกันโดยการทำสัญญาที่เรียกว่า PACS ซึ่งการอยู่ร่วมกันของบุคคลในความสัมพันธ์ด้านครอบครัวทั้งสามสถานะนั้นก็มีความแตกต่างกันในด้านต่าง ๆ เช่น วัตถุประสงค์ในการอยู่ร่วมกันเพศที่กฎหมายยินยอมให้เลือก สถานะใดสถานะหนึ่ง สิทธิและหน้าที่ การถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน การถือสิทธิในกรณีที่คู่สมรส เสียชีวิต สิทธิเกี่ยวกับการมีบุตรหรือการรับบุตรบุญธรรม รวมทั้งกรณีต่าง ๆ เมื่อมีการสิ้นสุด

^๕ ญัฐติ ชัยสายันต์ “กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลที่มีเพศวิถีรัก เพศเดียวกัน” วิทยานพนพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (๒๕๕๘), หน้า ๒๙๘

ความสัมพันธ์ในแต่ละสถานะ ซึ่งถือว่าเป็นระบบของการอยู่ร่วมกันของบุคคลในความสัมพันธ์ในด้านครอบครัวที่แตกต่างไปจากกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยที่มีแต่เพียงการจดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น^๖ แต่ในที่นี้จะขอลำถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศกรณีการทำสัญญาที่เรียกว่า PACS และการจดทะเบียนสมรสหรือแต่งงานเท่านั้น

สาธารณรัฐฝรั่งเศสตรากฎหมายที่มีชื่อว่า Pacs civil de solidarité (PACS) หรือ civil partnership โดยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ ๑ บุคคล (ตั้งแต่มาตรา ๕๑๕-๑ เป็นต้นไป) เพื่อเป็นการให้เสรีภาพแก่บุคคลในการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยไม่นำเพศมาเป็นข้อจำกัด กล่าวคือ ผู้ที่จะจดทะเบียนได้นั้นจะเป็นคนเพศเดียวกันหรือต่างเพศกันก็ได้ โดยใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ ๑ บุคคล ตั้งแต่มาตรา ๕๑๕-๑ เป็นต้นไป ทั้งนี้ แม้การจดทะเบียน PACS จะไม่มีกฎหมายที่เคร่งครัดเหมือนการสมรส แต่ผู้ที่จดทะเบียน PACS ยังคงมีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันในการช่วยเหลือดูแลซึ่งกันและกัน นอกจากนี้การแยกทางก็สามารถจดทะเบียนเลิกได้ง่ายเนื่องจาก PACS เป็นเพียง “สัญญา” ประเภทหนึ่งเท่านั้น กฎหมาย Pacs civil de solidarité (PACS) มีสาระสำคัญที่กำหนดในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับด้านครอบครัว ดังต่อไปนี้

๑. ระบบทรัพย์สิน โดยหลักทั่วไปหากไม่มีการแสดงเจตนาเป็นอย่างอื่น คู่ Pacsé จะมีสถานะเป็นเจ้าของรวมในทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างดำรงสถานะดังกล่าว ยกเว้นเงินเดือนและรายได้ของแต่ละฝ่ายที่มีได้นำไปเปลี่ยนเป็นทรัพย์สินจะยังคงเป็นสินส่วนตัวของแต่ละฝ่ายต่อไป ซึ่งแตกต่างจากสินสมรสที่ครอบคลุมทรัพย์สินที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรสซึ่งรวมถึงเงินเดือนและรายได้ ยกเว้นทรัพย์สินที่ได้มาจากการให้และการรับมรดก

๒. บุตรที่เกิดจากคู่ Pacsé เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเท่านั้น โดยบิดาของบุตรอาจจดทะเบียนรับรองบุตรได้ ซึ่งจะแตกต่างจากกรณีของการสมรสที่บุตรที่เกิดจากคู่สมรสจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลทั้งสอง

๓. บุตรบุญธรรมของบุคคลที่จดทะเบียน PACS จะเป็นบุตรบุญธรรมของฝ่ายที่รับเท่านั้น โดยคู่ Pacsé อีกฝ่ายไม่มีอำนาจปกครองบุตร ซึ่งจะแตกต่างจากกรณีของการสมรสที่คู่สมรสสามารถที่จะรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้

๔. สิทธิในการรับบำนาญหรือเงินช่วยเหลือ หากฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต คู่ Pacsé ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ไม่มีสิทธิรับบำนาญหรือเงินช่วยเหลือการเป็นหม้ายดังเช่นกรณีคู่สมรส

๕. การเลิก PACS จะเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้

- เลิกด้วยความยินยอม หรือฟ้องเพื่อเลิกสัญญา

^๖ ปาลิรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์ “การอยู่ร่วมกันของบุคคลในความสัมพันธ์ในด้านครอบครัวตามกฎหมายฝรั่งเศส” <http://www.public-law.net>

- จดทะเบียนสมรส ไม่ว่าจะจดทะเบียนกับคู่ Pacsé ของตน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไปจดทะเบียนสมรสกับบุคคลอื่น ซึ่งการยกเลิก PACS จะมีผลใช้บังคับต่อบุคคลภายนอกได้นับแต่วันที่มีการบันทึกทางทะเบียน

- กรณีเสียชีวิต การตายของคู่ Pacsé มีผลให้สัญญาเลิกกันนับแต่วันที่ฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต และจะมีผลใช้บังคับต่อบุคคลภายนอกได้นับแต่วันที่มีการบันทึกทางทะเบียน

- กรณีคู่ Pacsé ตกเป็นคนที่ไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ กฎหมายเปิดช่องให้ผู้ศาลมีคำสั่งให้เป็นผู้อนุบาลสามารถยื่นคำขอให้เลิกสัญญา PACS ของบุคคลนั้นหรือในบางกรณีหากศาลเห็นสมควรก็สามารถสั่งให้เลิกสัญญา PACS ได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมาสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ตรากฎหมายเพื่อรองรับการสมรสของคนเพศเดียวกันในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง เรื่องการสมรส โดยการเพิ่มนิยามคำว่า “การสมรส” ในมาตรา ๑๔๓ เพื่อกำหนดให้การสมรสครอบคลุมทั้งกรณีการสมรสระหว่าง “บุคคลเพศเดียวกัน” และ “บุคคลต่างเพศ” ทั้งนี้ เหตุที่แต่เดิมประมวลกฎหมายแพ่ง เรื่องการสมรสไม่เคยมีนิยามคำว่า “การสมรส” ไว้ ก็สืบเนื่องมาจากจารีตที่เกิดจากความเชื่อทางศาสนาว่าการสมรสจะกระทำไ้ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น ดังนั้นแล้ว เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่ง เรื่องการสมรส ในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ ข้างต้นแล้ว จึงทำให้คู่สมรสเพศเดียวกันที่ได้จดทะเบียนสมรสกับนายทะเบียนแล้วจะได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสต่างเพศทุกประการ และโดยที่เมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งแล้วแต่ก็ยังไม่มีการยกเลิกกฎหมาย PACS จึงทำให้บุคคลทั้งเพศเดียวกันและต่างเพศกันสามารถเลือกก่อตั้งความสัมพันธ์กันตามกฎหมายได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสมสำหรับตน และคู่ที่จดทะเบียน PACS แล้วก็สามารถพัฒนาความสัมพันธ์ต่อไปได้โดยการจดทะเบียนสมรส

อนึ่ง เป็นที่น่าสนใจที่ว่า เหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสสามารถทำการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติส่วนนี้เพื่อรองรับสถานะในการใช้ชีวิตคู่ให้กับคู่รักทุกรูปแบบได้ค่อนข้างง่ายนั้น เนื่องจากระบบกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสแยกเรื่องการสมรสไว้เป็นเรื่องหนึ่งต่างหาก ไม่ได้วางรากฐานของกฎหมายสมรสผูกพันต่อไปในฐานะบิดามารดากับบุตรรวมไว้ในกฎหมายบรรพเดียวกันเหมือนอย่างเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย โดยกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสแยกเรื่องการสมรสออกมาเป็นเรื่อง ๆ และแยกต่างหากจากเรื่องสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดา ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยจะมีรูปแบบกฎหมายในลักษณะทำนองเดียวกันกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีโดยกำหนดเรื่องการสมรสและความเป็นบิดามารดาและบุตร สิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดามารดาและบุตรไว้ในกฎหมายบรรพเดียวกัน จึงมีผลทำให้ “การสมรส” เป็นเรื่องที่ต้องมีความสัมพันธ์และเชื่อมโยงกับความเป็นสถาบันครอบครัวที่ต้องการให้มีความหมายถึงการที่ชายและหญิงสมัครใจใช้ชีวิตร่วมกันในฐานะสามีและภรรยา และส่งผลต่อสถานะความผูกพัน สิทธิและหน้าที่ความเป็นบิดามารดากับบุตรที่จะเกิดขึ้น หลังจากนั้น การสมรสจึงมีลักษณะที่เกิดขึ้นได้กับบุคคลที่มีเพศชายกับเพศหญิงเท่านั้น เพราะความเป็นสามีภรรยาของบุคคลทั้งสองจะนำมาซึ่งความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่จะเกิดขึ้น อันเป็นวัตถุประสงค์ของการวางรากฐานในการก่อตั้งครอบครัว^๗

^๗ ญัตติ ชัยสายัณห์ อ้างแล้ว หน้า ๓๑๔

ไต้หวัน

กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันของไต้หวัน หรือที่รู้จักกันในชื่อว่า กฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติการตามคำวินิจฉัยตีความของศาล เลขที่ ๗๔๘ ซึ่งรัฐสภาไต้หวัน ได้พิจารณาให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ ๑๗ พฤษภาคม ๒๕๖๒ และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๖๒ นี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ศาลไต้หวันได้มีคำวินิจฉัยตีความ เลขที่ ๗๔๘ เมื่อวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ๒๕๖๐ สรุปได้ว่า การที่ประมวลกฎหมายแพ่ง บรรพ ๔ ญาติ หมวด ๒ สมรส ที่ไม่อนุญาตให้บุคคลสองคนที่มีเพศเดียวกันสร้างความสัมพันธ์ถาวรอันมีลักษณะใกล้ชิดและกีดกันบุคคลภายนอกที่ประสงค์จะใช้ชีวิตร่วมกันนั้น ขัดต่อมาตรา ๒๒ ของรัฐธรรมนูญแห่งไต้หวัน ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเสรีภาพในการสมรสของบุคคล และมาตรา ๗ ซึ่งคุ้มครองสิทธิในความเสมอภาคของบุคคล ศาลจึงได้กำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องแก้ไขเพิ่มเติมหรือตรากฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามคำวินิจฉัยตีความของศาลให้แล้วเสร็จภายใน ๒ ปี นับจากวันที่มีคำวินิจฉัยตีความ ทั้งนี้ หากไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือตรากฎหมายให้แล้วเสร็จภายใน ระยะเวลาดังกล่าวให้บุคคลเพศเดียวกันสองคน สามารถอ้างบทบัญญัติเกี่ยวกับการสมรสเพื่อขอจดทะเบียนสมรสต่อหน่วยงานที่จดทะเบียนได้ โดยมีพยานร่วมลงนามอย่างน้อย ๒ คน

กฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติการตามคำวินิจฉัยตีความของศาล เลขที่ ๗๔๘ มีสาระสำคัญเป็นการอนุญาตให้ก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกัน กำหนดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่เกิดจากความสัมพันธ์ดังกล่าว รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขของการก่อตั้งความสัมพันธ์ในรูปแบบดังกล่าวโดยมีสาระสำคัญสรุปพอสังเขป ดังต่อไปนี้

๑. การกำหนดนิยามของคำว่า “ความสัมพันธ์เพศเดียวกัน” ให้ความหมายว่า “การที่บุคคลเพศเดียวกันสองคนก่อตั้งความสัมพันธ์ถาวรอันมีลักษณะใกล้ชิดและกีดกันบุคคลภายนอก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ชีวิตร่วมกัน” ซึ่งการก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกันต้องทำเป็นหนังสือ มีพยานลงชื่ออย่างน้อย ๒ คน และจดทะเบียนต่อนายทะเบียนตามกฎหมาย ทั้งนี้ การก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกันที่ไม่ได้ทำตามรูปแบบดังกล่าวย่อมเป็นโมฆะ

๒. อายุของบุคคลเพศเดียวกันที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกันได้จะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า ๑๘ ปีบริบูรณ์ การก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกันของบุคคลเพศเดียวกันที่ฝ่าฝืนเงื่อนไขเรื่องอายุย่อมเป็นโมฆียะ และอาจถูกร้องขอให้ศาลเพิกถอนความสัมพันธ์นั้นได้ นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดห้ามมิให้มีการก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกันระหว่างกันหากว่าบุคคลที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกันเป็นบุคคลที่มีความเป็นญาติใกล้ชิดกัน หรือเป็นผู้อนุบาลหรือผู้ถูกอนุบาล หรือเป็นการสมรสหรือก่อความสัมพันธ์ซ้อน ซึ่งในกรณีที่บุคคลที่ก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกันเป็นบุคคลที่มีความเป็นญาติใกล้ชิดกันหรือเป็นการสมรสหรือก่อความสัมพันธ์ซ้อน การก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกันนั้นย่อมเป็นโมฆะ ในขณะที่การก่อตั้งความสัมพันธ์เพศเดียวกันระหว่างผู้อนุบาลหรือผู้ถูกอนุบาลย่อมเป็นโมฆียะ

๓. ในการก่อตั้งความสัมพันธ์พิเศษเดียวกันนั้นได้กำหนดหน้าที่ของผู้มีความสัมพันธ์พิเศษเดียวกันในการอยู่กินด้วยกันและภุมิลาเนา การเป็นตัวแทนในการใช้ชีวิตประจำวัน การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ทรัพย์สิน การรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรม การอนุบาล และสิทธิรับมรดก

๔. การสิ้นสุดของการก่อตั้งความสัมพันธ์พิเศษเดียวกันจะเกิดขึ้นโดยความยินยอมโดยคำพิพากษา หรือการไกล่เกลี่ย

๕. ข้อพิพาทที่เกิดจากความสัมพันธ์พิเศษเดียวกันนั้นให้ถือเป็นข้อพิพาทในครอบครัวและให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยข้อพิพาทในครอบครัวมาใช้บังคับ

กล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยตีความฯ ของได้หวั่นเป็นกฎหมายเฉพาะที่เป็นการอนุญาตให้บุคคลพิเศษเดียวกันสามารถก่อตั้งความสัมพันธ์ส่วนบุคคลระหว่างกันได้ โดยมีได้มีผลเป็นการแก้ไขความหมายหรือบทบัญญัติว่าด้วยการสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่ง อย่างไรก็ดี กฎหมายดังกล่าวได้นำหลักการเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สมรสมาใช้บังคับบุคคลที่มีความสัมพันธ์พิเศษเดียวกันในเกือบทุกด้านผ่านการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ นั้นมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์พิเศษเดียวกันโดยอนุโลม เว้นแต่บทบัญญัติบางประการ เช่น อายุของผู้ก่อตั้งความสัมพันธ์ เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อนำมาซึ่งความเสมอภาคของสิทธิในด้านครอบครัวระหว่างบุคคลตามเจตนารมณ์ของคำวินิจฉัยตีความ เลขที่ ๗๔๘ ของศาลได้หวั่นซึ่งอาจจะแตกต่างจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่นอกจากจะมีกฎหมาย PACS แล้ว ยังมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง เรื่องการสมรส ที่เป็นการรับรองให้บุคคลสองคนไม่ว่าจะเป็นพิเศษเดียวกันหรือต่างเพศทำการสมรสด้วยกันได้ด้วย

ปัญหาที่รอการพิจารณาและกระดุมเม็ดต่อไป

เมื่อพิจารณาทางวิชาการและด้านสังคมในการก่อตั้งสถาบันครอบครัวแล้วจะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ยังอาจมีบางเรื่องที่สมควรจะได้รับการพิจารณาเพิ่มเติมเพื่อให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อให้การก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีความเท่าเทียมกับการก่อตั้งครอบครัวของคู่สมรสต่างเพศ เพราะต้องไม่ลืมว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนั้นมีรูปแบบกฎหมายโดยกำหนดเรื่องการสมรสและความเป็นบิดามารดาและบุตร สิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดามารดาและบุตรไว้ในกฎหมายบรรพเดียวกัน จึงมีผลทำให้ “การสมรส” เป็นเรื่องที่ต้องมีความสัมพันธ์และเชื่อมโยงกับความเป็นสถาบันครอบครัวโดยมุ่งประสงค์สำหรับกรณีที่ชายและหญิงสมัครใจใช้ชีวิตร่วมกันในฐานะสามีและภรรยา และส่งผลต่อสถานะความผูกพัน สิทธิและหน้าที่ความเป็นบิดามารดา

กับบุตรที่จะเกิดขึ้นหลังจากนั้น การสมรสจึงมีลักษณะที่เกิดขึ้นได้กับบุคคลที่มีเพศชายกับเพศหญิง หรือคู่สมรสต่างเพศเท่านั้น และความเป็นสามีภรรยาของบุคคลทั้งสองจะนำมาซึ่งความเป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของบุตรที่จะเกิดขึ้น อันเป็นวัตถุประสงค์ของการวางรากฐานในการก่อตั้งครอบครัวนั่นเอง การแก้ไขเพิ่มเติมเพียงแค่บทบัญญัติบางประการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เฉพาะเพื่อให้เกิดการสมรสเท่าเทียมแก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ จึงอาจยังไม่เพียงพอ นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งนี้ อาจส่งผลกระทบต่อแนวบรรทัดฐานหรือแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ถือปฏิบัติ จำเป็นที่หน่วยงานด้านกระบวนการยุติธรรมต้องสร้างความเข้าใจร่วมกันหรือกำหนดแนวทางการพิจารณาให้มีความชัดเจนอีกด้วย ในบทความนี้ ผู้เขียนจึงขอหยิบยกเพียงบางประเด็นที่น่าสนใจเพื่อนำไปสู่แนวทางการพิจารณาเพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือการกำหนดให้มีกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อรับรองและให้ความคุ้มครองบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศอย่างเสมอภาค รวมทั้งกำหนดแนวทางการพิจารณาหรือสร้างความเข้าใจให้กับหน่วยงานผู้ปฏิบัติหรือเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

ก. บทบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนไขระยะเวลาการสมรสใหม่ของหญิงที่สามีตายหรือสิ้นสุดลงโดยประการอื่นตามมาตรา ๑๔๕๓ เป็นบทบัญญัติที่ใช้เฉพาะการสมรสระหว่างชายหญิงตามเพศกำเนิด โดยยังไม่ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ในประเด็นนี้เป็นปัญหาที่สืบเนื่องมาจากมาตรา ๑๔๕๓ แต่เดิม และแม้แต่จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในครั้งนี้อย่างคงเป็นบทใช้บังคับกับกรณีของผู้หญิงตรงเพศ (ที่มีเพศกำเนิดเป็นหญิง) ที่ต้องการจะสมรสใหม่กับผู้ชายตรงเพศ (ที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย) เท่านั้น โดยมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองเด็กที่จะเกิดมาให้มีบิดาโดยขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการใช้คำว่า “ชาย” หรือ “หญิง” ในมาตราดังกล่าว ทำให้ความหมายถูกจำกัดเฉพาะเพศหญิงหรือเพศชายตามเพศกำเนิดเท่านั้น แต่โดยที่ปัจจุบันด้วยวิวัฒนาการทางแพทย์ที่ทันสมัยหรืออาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทำให้บุคคลข้ามเพศ (Transgender) ไม่ว่าจะเป็น “ชายข้ามเพศ” (Female to Male) ซึ่งเป็นบุคคลที่มีเพศกำเนิดหญิง และมีลักษณะทางกายภาพตามธรรมชาติ ที่ไม่ได้ผ่าตัดมดลูก และยังสามารถตั้งครรภ์

^๔ มาตรา ๑๔๕๓ หญิงที่ชายผู้เป็นคู่สมรสตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยประการอื่น จะทำการสมรสใหม่กับชายได้ต่อเมื่อการสิ้นสุดแห่งการสมรสได้ผ่านพ้นไปแล้วไม่น้อยกว่าสามร้อยสิบวัน เว้นแต่

(๑) คลอดบุตรแล้วในระหว่างนั้น

(๒) สมรสกับคู่สมรสเดิม

(๓) มีใบรับรองแพทย์ประกาศนียบัตรหรือปริญญาซึ่งเป็นผู้ประกอบการรักษาโรคในสาขาเวชกรรมได้ตามกฎหมายว่ามิได้มีครรภ์ หรือ

(๔) มีคำสั่งของศาลให้สมรสได้

ให้กำเนิดบุตรได้ หรือ “หญิงข้ามเพศ” (Male to Female) ซึ่งเป็นบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย แต่มีการปลูกถ่ายมดลูกแล้วและสามารถตั้งครรภ์ให้กำเนิดบุตรได้ในอนาคต ดังนั้น การที่บทบัญญัติมาตราดังกล่าวนี้อย่างคงใช้คำว่า “ชาย” และ “หญิง” ตามเพศกำเนิด จึงยังไม่ครอบคลุมบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศดังกล่าว จึงมีข้อที่ควรจะต้องได้รับการพิจารณาว่าบทบัญญัติในมาตรานี้ควรจะให้มีการแก้ไขเพื่อให้ครอบคลุมถึงกรณีของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นการเพิ่มเติมด้วยหรือไม่ เพราะมิฉะนั้นแล้วจะส่งผลให้ “ชายข้ามเพศ” หรือ “หญิงข้ามเพศ” ยังไม่ได้รับความคุ้มครอง ซึ่งจะมีผลทำให้บุตรที่เกิดจากบุคคลดังกล่าวในระหว่างที่การสมรสสิ้นสุดจะไม่มีผู้แทนโดยชอบธรรมที่เป็นบิดาที่ถูกต้องตามกฎหมาย

นอกจากนี้ การที่มาตรา ๑๔๕๓ กำหนดเงื่อนไขเวลาให้ผู้หญิงเท่านั้นที่จะต้องรอเวลา ๓๑๐ วัน จึงจะสมรสใหม่ได้ เพื่อทอเวลาให้แน่ใจว่าผู้หญิงคนนั้นมีการตั้งครรภ์หรือไม่ หากตั้งครรภ์แล้วเด็กในครรภ์นั้นจะเป็นบุตรของใคร โดยใช้บทสันนิษฐานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา ๑๕๓๖ และมาตรา ๑๕๓๗ ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการปกป้องบุตรหรือตัวอ่อนในครรภ์ว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดาคนใดพอสมควรถึงความไม่เท่าเทียมทางเพศ และเป็นการใช้บังคับกับผู้หญิงทุกคนและทุกช่วงอายุซึ่งบางกรณีอาจไม่มีความจำเป็น เช่น กรณีของผู้หญิงอายุ ๖๕ ปีที่แสดงความสามารถจะสมรสใหม่กับผู้ชายอายุ ๗๕ ปี แต่นายทะเบียนปฏิเสธการจดทะเบียนสมรสให้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้ต้องรอรระยะเวลา ๓๑๐ วัน ไม่เช่นนั้นให้ไปขอใบรับรองแพทย์ที่โรงพยาบาลของรัฐเท่านั้นเพื่อนำมาเป็นหลักฐานในการจดทะเบียนสมรส ซึ่งหากพิจารณาข้อเท็จจริงโดยทั่วไปแล้วผู้หญิงอายุ ๖๕ ปี เป็นวัยที่หมดประจำเดือนแล้วไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ กรณีจึงเห็นได้ว่ามาตรา ๑๔๕๓ เป็นการกำหนดเหตุไว้เกินสมควรและไม่ได้สัดส่วน โดยใช้กับทุกช่วงอายุของผู้หญิงโดยไม่ได้คำนึงถึงข้อเท็จจริง อีกทั้งมาตราดังกล่าวใช้บังคับตั้งแต่สมัยที่ยังไม่มีเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการตรวจพิสูจน์ความสัมพันธ์ของบิดา มารดาและบุตร หรือการตรวจรหัสพันธุกรรม หรือที่เรียกว่า “การตรวจดีเอ็นเอ” ซึ่งการสันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรของใครต้องตกเป็นภาระการพิสูจน์ของผู้ที่ตั้งครรภ์ได้หรือผู้หญิงที่ต้องขอใบรับรองแพทย์เพื่อยืนยันว่าไม่ได้มีการตั้งครรภ์ในขณะนั้น กรณีนี้จึงอาจไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดบทบัญญัตินี้ไว้แล้วในปัจจุบัน

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า แม้สภาพปัญหาของมาตรา ๑๔๕๓ ข้างต้นจะเป็นข้อที่น่าพิจารณาอย่างยิ่ง แต่การจะพิจารณาว่าบทบัญญัติมาตรา ๑๔๕๓ ดังกล่าวนี้นี้จะเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลเนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ยังไม่ครอบคลุมทุกเพศหรือไม่นั้น คงต้องพิจารณาในเบื้องต้นถึงเจตนารมณ์ของมาตรา ๑๔๕๓ เสียก่อน และเห็นว่ามาตรานี้มีเจตนารมณ์เฉพาะที่ต้องการห้ามเฉพาะผู้หญิงตรงเพศที่ชายผู้เป็นคู่สมรสตายหรือที่การสมรสสิ้นสุดไม่ให้ทำการสมรสกับชายใหม่ (ที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย) เท่านั้น โดยกำหนดให้หญิงที่การสมรสสิ้นสุดลงจะทำการสมรสใหม่กับชายได้ต้องรอให้เวลาผ่านพ้นไปก่อนไม่น้อยกว่า ๓๑๐ วัน เนื่องจากไม่ต้องการให้เกิดปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นว่า หากหญิงนั้นได้ตั้งครรภ์แล้ว บุคคลใดจะเป็นพ่อของเด็กระหว่างชายผู้เป็นคู่สมรสเดิมหรือชายคนใหม่ ดังนั้น มาตรา ๑๔๕๓ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายสำคัญที่จะคุ้มครองเด็กจึงมีบท

จำกัดสิทธิเฉพาะหญิงที่คู่สมรสเก่าเป็นชายและจะสมรสใหม่กับบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชายเท่านั้น กรณีจึงยังคงมีความจำเป็นต้องกำหนดเพศตามเพศกำเนิดหรือใช้ถ้อยคำที่ระบุถึงเพศกำเนิดไว้ตามความในมาตราดังกล่าว เนื่องจากเป็นบทบัญญัติมาตราจึงมุ่งประสงค์ที่จะบังคับใช้กับชายหญิงตามเพศกำเนิดโดยเฉพาะเจาะจง สำหรับกรณีการตรวจดีเอ็นเอนั้นแม้จะเป็นวิวัฒนาการทางแพทย์และสามารถกระทำได้ในปัจจุบัน แต่ก็ยังคงมีอุปสรรคบางประการในทางปฏิบัติเพราะนอกจากจะเป็นการสร้างภาระค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูงแล้ว การตรวจดีเอ็นเอจะต้องอาศัยความยินยอมของผู้ที่จะต้องถูกตรวจด้วย มิฉะนั้นก็ไม่สามารถตรวจได้ และแม้จะฟ้องร้องศาลก็ตามกฎหมายไม่สามารถบังคับให้ตรวจดีเอ็นเอได้ เช่นเดียวกันกับในเรื่องการมีครรภ์ของหญิงสูงอายุนั้นเป็นข้อเท็จจริงที่ยอมรับกันและใช้กันอย่างแพร่หลายในปัจจุบันว่าด้วยเทคโนโลยีทางการแพทย์สามารถทำให้ผู้หญิงวัยหมดประจำเดือนสามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยการฝากไข่เอาไข่ผสมเทียมแล้วฉีดเข้าไปในมดลูก จึงทำให้ยังคงต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แม้ผู้หญิงดังกล่าวจะอายุมากแล้วก็ตาม บทบัญญัติมาตรา ๑๔๕๓ (๓) ที่กำหนดให้ต้องมีใบรับรองแพทย์แสดงว่าได้ตั้งครรภ์ ในส่วนนี้ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้หญิงจะสามารถสมรสกับชายคนใหม่ได้จึงยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดไว้และเป็นบทบัญญัติที่เหมาะสมแล้วตามสภาพข้อเท็จจริงในปัจจุบัน

อย่างไรก็ดี เมื่อเป็นสิ่งที่ยากที่จะปฏิเสธถึงความก้าวหน้าทางการแพทย์ที่มีวิวัฒนาการอย่างต่อเนื่อง ดังนั้นหากในอนาคตวิวัฒนาการทางการแพทย์หรือเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีความทันสมัยที่จะทำให้ “ชายข้ามเพศ” ซึ่งมีเพศกำเนิดหญิง และมีลักษณะทางกายภาพตามธรรมชาติ ที่ไม่ได้ผ่าตัดมดลูก และยังสามารถตั้งครรภ์ให้กำเนิดบุตรได้ หรือ “หญิงข้ามเพศ” ซึ่งมีเพศกำเนิดเป็นชาย แต่มีการปลูกถ่ายมดลูกแล้วก็สามารถตั้งครรภ์ให้กำเนิดบุตรได้ เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งในด้านการแพทย์และด้านสังคมมนุษย์ (Human Society) ซึ่งจะทำให้บริบทของมาตรา ๑๔๕๓ ต้องปรับเปลี่ยนเจตนารมณ์ไปจากเจตนารมณ์เดิมและอาจมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในมาตรา ๑๔๕๓ เพื่อให้ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๔๕๓ และการใช้ถ้อยคำในบทบัญญัติมาตราดังกล่าวนี้นี้ต้องพิจารณาให้มีความละเอียดรอบคอบเพราะมาตรานี้เป็นบทบัญญัติที่เชื่อมโยงกับมาตราอื่นที่เป็นบทสันนิษฐานว่าเด็กที่จะเกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายคนเก่าหรือชายคนใหม่ด้วย ดังนั้น การใช้ถ้อยคำใด ๆ จึงย่อมจะมีผลกระทบกับบทบัญญัติมาตราอื่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมีได้จำกัดเฉพาะในบรรพ ๕ ครอบครัว เท่านั้น แต่ยังมีในบรรพอื่น หรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น มาตรา ๑๕๐๔ มาตรา ๑๕๑๐ และมาตรา ๑๕๓๗ และพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช ๒๔๗๘ รวมถึงระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. ๒๕๔๑ และเพื่อให้เห็นภาพในส่วนนี้ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้เขียนขอยกเป็นกรณีศึกษาว่า หากมีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๔๕๓ โดยแก้ไขคำว่า “หญิง” เป็น “หญิงหรือบุคคลที่สามารถตั้งครรภ์ได้” หรือแก้ไขคำว่า “หญิง” เป็น “บุคคลที่สามารถตั้งครรภ์ได้” เพื่อให้เป็นการใช้ถ้อยคำที่มีความเป็นกลางทางเพศแล้ว ย่อมมีข้อที่ต้องพิจารณาสำหรับผู้จัดทำร่างกฎหมายด้วยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะเช่นนี้จะมี

ความเหมาะสมหรือการใช้ถ้อยคำดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบอื่นใดหรือไม่ เนื่องจากปัจจุบันกฎหมายอื่นยังใช้คำว่า “หญิง” สำหรับกรณีที่มีการตั้งครรภ์ เพราะมีแต่หญิงเท่านั้นที่สามารถตั้งครรภ์ได้ แม้ว่าเพศสภาพภายนอก (Gender) จะมีลักษณะไม่ตรงตามเพศกำเนิดแต่หากมีเพศกำเนิดเป็นหญิงแล้ว กฎหมายย่อมถือว่าผู้นั้นเป็นหญิง เพราะฉะนั้นตามความหมายของกฎหมายคำว่า “หญิง” จึงยังไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีผู้ที่เกิดมามีอวัยวะสืบพันธุ์เป็นเพศผู้แล้วข้ามเพศไปเป็นเพศหญิง ดังนั้น แม้บุคคลจะกำเนิดมามีอวัยวะสืบพันธุ์เป็นเพศเมียแล้วมีเพศวิถี (Sex Orientation) เป็นชาย แต่ในสายตาของกฎหมายยังคงความหมายว่าบุคคลนั้นเป็นหญิง เพราะฉะนั้นคำว่า “หญิง” จึงยังคงครอบคลุมในกรณีชายข้ามเพศอยู่ดี นอกจากนี้แม้จะมีการเพิ่มถ้อยคำว่า “บุคคลที่สามารถตั้งครรภ์ได้” เพื่อให้ครอบคลุมถึงบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศก็ตาม แต่ในการบังคับใช้อาจไม่มีความจำเป็นเนื่องจากคำว่า “หญิง” ตามความหมายของกฎหมาย หมายถึง หญิงตามเพศโดยกำเนิดซึ่งเป็นบุคคลที่ตั้งครรภ์ได้อยู่แล้วเท่านั้น แม้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นชายข้ามเพศ แต่บุคคลนั้นยังคงมีเพศโดยกำเนิดเป็นหญิงที่สามารถตั้งครรภ์ได้ บุคคลนั้นจึงยังอยู่ในความหมายของ “หญิง” อยู่แล้ว ด้วยเหตุนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมโดยเพิ่มถ้อยคำว่า “บุคคลที่สามารถตั้งครรภ์ได้” ก็ย่อมมีความหมายซ้อนและไม่แตกต่างจากคำว่า “หญิง” และหากตัดคำว่า “หญิง” ในมาตรา ๑๔๕๓ ออก และแทนที่คำดังกล่าวด้วยคำว่า “บุคคลที่สามารถตั้งครรภ์ได้” แต่เพียงถ้อยคำเดียวย่อมจะมีผลไปจำกัดสิทธิของผู้ชายตรงเพศที่จะไม่สามารถกระทำการสมรสก่อน ๓๐๐ วัน โดยต้องไปขอรับใบรับรองแพทย์เพื่อรับรองว่าตนเองไม่ใช่บุคคลที่สามารถตั้งครรภ์ได้ อีกทั้งการเปลี่ยนไปใช้คำว่า “บุคคลที่สามารถตั้งครรภ์ได้” ทำให้ต้องมีการพิสูจน์ว่าบุคคลดังกล่าวตั้งครรภ์ได้หรือไม่ เป็นหมันหรือไม่ และต้องขอใบรับรองแพทย์เพื่อเป็นหลักฐานประกอบการพิจารณาเช่นเดิม การแก้ไขถ้อยคำดังกล่าวจึงไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แต่ประการใด แต่จะเป็นการสร้างภาระและจำกัดสิทธิของบุคคลยิ่งขึ้น อีกทั้งยังจะเป็นการสร้างขั้นตอนทางกฎหมายที่เพิ่มขึ้นโดยไม่จำเป็น

อนึ่ง ผู้เขียนยังมีข้อคิดเห็นเพิ่มเติมในประเด็นนี้ด้วยว่า โดยที่ความในหมวด ๔ ความเป็นบิดาและมารดาและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘ โดยเฉพาะมาตรา ๒๙^๔ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องและสัมพันธ์กับความ เป็นบิดามารดาที่ขอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่แล้ว ดังนั้น หากเนื้อหาในหมวดนี้หรือในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นี้ยังไม่ครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแล้ว ก็อาจพิจารณาศึกษาแนวทางเพื่อเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด

^๔ มาตรา ๒๙ เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรขอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘ ก็ได้ซึ่งน่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมมากกว่าการเพิ่มเติมถ้อยคำใดในมาตรา ๑๔๕๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่มุ่งบังคับใช้กับชายหญิงตามเพศกำเนิดโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น หรือหากมีเช่นนั้นแล้วก็ควรเสนอให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศหรือกฎหมายรับรองเพศเพื่อรับรองสิทธิและสถานะของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ผู้เขียนยังมีความเห็นเพิ่มเติมว่าแม้ประเด็นตามมาตรา ๑๔๕๓ ที่กล่าวมาข้างต้นจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการสมรสใหม่ของหญิงก็ตาม แต่ก็เป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อครอบครัวและสิทธิของเด็กซึ่งจะต้องให้ความสำคัญและคำนึงถึงอย่างรอบด้าน และเป็นเรื่องที่มีความอ่อนไหวทางสังคมจึงต้องมีการศึกษาอย่างรอบคอบและหาข้อสรุปหรือแนวทางแก้ไขที่เหมาะสมต่อไป

ข. การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งนี้ยังไม่สามารถทำให้การก่อตั้งหรือสร้างครอบครัวของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศมีความสมบูรณ์ (กรณีการมีสถานะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และการใช้อำนาจปกครองบุตรในครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ)

ประเด็นเรื่องนี้เป็นประเด็นปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่สืบเนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครั้งนี้ซึ่งมีเนื้อหาส่วนใหญ่ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมจะมุ่งเน้นในเรื่องการหมั้นหรือการสมรสโดยยังไม่ครอบคลุมไปถึงการก่อตั้งหรือสร้าง “ครอบครัว” รวมทั้งการดูแลและอุปการะเลี้ยงดู “เด็ก” ซึ่งเป็นบุตรในครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ทั้ง ๆ ที่ผู้ชายข้ามเพศ ทอม เควีย์ร์ และนอนไบนารี ซึ่งมีเพศกำเนิดหญิง และมีลักษณะทางกายภาพตามธรรมชาติ ที่ไม่ได้ผ่าตัดดัดลูกและยังสามารถตั้งครรภ์ให้กำเนิดบุตรได้ หรือผู้หญิงข้ามเพศ เควีย์ร์ และนอนไบนารี ซึ่งมีเพศกำเนิดเป็นชาย แต่มีการปลูกถ่ายมดลูกและสามารถตั้งครรภ์ให้กำเนิดบุตรได้ในอนาคต หรือโดยวิวัฒนาการทางแพทย์ที่ทันสมัย สามารถให้กำเนิดบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ และแม้จะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘ อยู่แล้วก็ตาม แต่เนื้อหาในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทำให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถมีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งขัดแย้งกับสภาพข้อเท็จจริงที่บุคคลเหล่านั้นจะใช้ชีวิตหรือมีกิจวัตรประจำวัน และอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวที่ไม่ต่างไปจากครอบครัวของคู่สมรสต่างเพศ ทำให้การก่อตั้งหรือสร้างครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังไม่สมบูรณ์และยังไม่เป็นที่ยอมรับในสังคม รวมทั้งมีผลทำให้บุตรในครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น การทำหนังสือเดินทางเพื่อเดินทางในต่างประเทศ หรือถูกล้อเลียน (Bully) จากสภาพแวดล้อมในสถานศึกษาหรือสังคมรอบข้าง นอกจากนี้ เมื่อได้พิจารณาถึงหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูระหว่างคู่สมรส หรือระหว่างบิดามารดากับบุตร ตามมาตรา ๑๕๙๘/๓๘ โดยเฉพาะในส่วนที่เป็นกรณีระหว่าง “บิดามารดากับบุตร” นั้นเห็นว่าบทบัญญัติในส่วนนี้ยังไม่ครอบคลุมถึงคู่สมรสที่ไม่สามารถเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น กรณีคู่สมรสที่เป็นหญิงด้วยกันหรือเป็นมารดาทั้งคู่ ซึ่งกรณีเช่นนี้

จะไม่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบิดาหรือสามารถกล่าวอ้างตนเองเป็น “บิดา” หรือมีความรู้สึกไม่สบายใจที่จะถูกเรียกว่าเป็น “บิดา” ของเด็ก ทำให้เด็กในครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้ สมควรที่จะมีแนวทางรองรับสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายให้แก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือมีการใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความเป็นกลางทางเพศเพื่อระบุตัวตนหรือกำหนดสถานะแก่บุคคลกลุ่มนี้ในลักษณะเช่นเดียวกันกับการเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดจากครอบครัวของคู่สมรสต่างเพศด้วยในลักษณะทำนองเดียวกันกับการใช้คำว่า “parents” ในกฎหมาย All Families Are Equal Act ของรัฐ Ontario ประเทศแคนาดา ที่มีการใช้คำว่า “parents” ทั้งนี้ เพื่อให้ครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีบุตรสามารถมีสิทธิและหน้าที่ในลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตรของคู่สมรสต่างเพศ และในขณะเดียวกันบุตรย่อมมีสิทธิและหน้าที่ต่อบุคคลดังกล่าวในสถานะบิดามารดาเหมือนกับสิทธิและหน้าที่ของบุตรที่มีต่อบิดามารดาของคู่สมรสต่างเพศเช่นกัน เหตุที่กล่าวเช่นนี้เพราะการสมรสเท่าเทียมนั้นไม่ควรจำกัดเฉพาะการแต่งงานหรือการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น แต่ควรจะหมายรวมถึงการจัดตั้งครอบครัวที่เท่าเทียมและเป็นธรรม และการเป็นครอบครัวที่มีศักยภาพที่จะเป็นผู้มีบุตรเทียบเท่ากับหญิงชายด้วย

ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นปัญหานี้เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงระหว่างการกำหนดเรื่องอัตลักษณ์หรือรับรองเพศของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และความสัมพันธ์ในครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และการใช้อำนาจปกครองบุตรในครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและต้องพิจารณาด้วยความรอบคอบเนื่องจากจะมีผลกระทบในด้านสังคมและยังมีข้อโต้แย้งทางวิชาการในหลายมิติที่ยังไม่ได้ข้อยุติที่ได้จำกัดเฉพาะในด้านกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าผลสรุปในเรื่องนี้จะเป็นประการใดก็ควรต้องคำนึงถึงเด็กที่อยู่ในความปกครองและสภาพจิตใจของเด็กที่อาจจะได้รับผลกระทบทางสังคมด้วย ดังจะเห็นได้จากแนวทางการดำเนินการของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และได้หวั่น ตามที่ได้กล่าวข้างต้น ซึ่งจะกล่าวไว้แต่เฉพาะกรณีของการรับบุตรบุญธรรมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งของตนเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้หวั่นที่ได้ตรากฎหมายเพื่อรองรับการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไว้เป็นการเฉพาะแยกออกจากประมวลกฎหมายแพ่ง เรื่องครอบครัว ที่เป็นเรื่องการสมรสของคู่สมรสต่างเพศ ด้วยเหตุนี้ ในกฎหมายทั้งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และได้หวั่น จึงยังไม่มีกรกล่าวถึงเรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างคู่สมรสเพศหลากหลายและบุตรที่เกิดในครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ รวมถึงการใช้อำนาจปกครองบุตรไว้แต่อย่างใด สำหรับกรณีของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ปัจจุบันได้กำหนดอำนาจในการปกครองบุตรนั้นจำกัดเฉพาะบิดามารดาที่เป็นชายหญิง และเป็นบุตรที่เกิดโดยวิธีแห่งธรรมชาติเท่านั้น ซึ่งหากได้พิจารณาเพิ่มเติมถึงการมีบุตรของคู่สมรสเพศเดียวกันแล้วจะเห็นได้ว่าจะมีได้โดย ๒ วิธี กล่าวคือ ๑. คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถมีบุตรร่วมกันด้วยวิธีการรับบุตรบุญธรรม หรือ

๒. คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถมีบุตรร่วมกันด้วยวิธีแห่งธรรมชาติ (วิธีธรรมชาติ) หรือวิธีการทางการแพทย์ สำหรับกรณีการมีบุตรร่วมกันด้วยวิธีการรับบุตรบุญธรรมในประการแรกนั้น คู่สมรสเพศเดียวกันย่อมสามารถรับบุตรของคู่สมรสอีกฝ่ายเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ตามมาตรา ๑๕๙๘/๒๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และย่อมมีอำนาจปกครองบุตรในกรณีดังกล่าวอยู่แล้ว โดยบุตรบุญธรรมมีฐานะเทียบเท่าบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๑๕๙๘/๒๘ กรณีจึงไม่น่าจะมีประเด็นปัญหาด้านกฎหมายในส่วนนี้เพราะสถานะของความเป็นบิดามารดาของบุตรประเภทนี้ก็เป็นเพียงบิดามารดาโดยสมมติหรือก่อตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายเนื่องจากตัวของบุตรบุญธรรมเองก็ยังคงมีบิดามารดาที่แท้จริงเป็นผู้ให้กำเนิดอยู่แต่สำหรับกรณีที่คู่สมรสเพศเดียวกันมีบุตรร่วมกันด้วยวิธีธรรมชาติหรือวิธีการทางการแพทย์ในประการที่สองซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น ๒ กรณี กล่าวคือ กรณีการมีบุตรร่วมกันของคู่สมรสเพศชายและเพศชายโดยกำเนิด และกรณีการมีบุตรร่วมกันของคู่สมรสเพศหญิงและเพศหญิงโดยกำเนิด ซึ่งทั้งสองกรณีจะมีประเด็นปัญหาที่ควรได้รับการพิจารณาเพื่อใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้การก่อตั้งหรือสร้างครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ดังต่อไปนี้

กรณีที่ ๑ คู่สมรสเพศชายและเพศชายโดยกำเนิด การมีบุตรร่วมกันของคู่สมรสดังกล่าวด้วยวิธีธรรมชาติไม่สามารถมีบุตรด้วยกันได้และแม้ว่าจะเป็นไปได้ในอนาคตแต่ก็เป็นวิธีที่คนส่วนใหญ่ของสังคมยังไม่เข้าใจและยอมรับ แต่มีเพียงวิธีเดียวที่จะมีบุตรได้ คือ วิธีการทางการแพทย์ เช่น การใช้สเปิร์มหรืออสุจิของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วให้หญิงนอกสมรสตั้งครรภ์แทน ซึ่งปัจจุบันกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทยยังไม่สามารถกระทำได้ จึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

กรณีที่ ๒ คู่สมรสเพศหญิงและเพศหญิงโดยกำเนิด หากใช้วิธีธรรมชาติด้วยวิธีการใด ๆ กล่าวคือให้ฝ่ายหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไปมีเพศสัมพันธ์กับชายนอกสมรสเพื่อให้ตนเองตั้งครรภ์ และในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์ต้องการให้หญิงคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีอำนาจปกครองบุตรด้วย เช่นนี้แล้ว ก็จำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ในหมวดว่าด้วยเรื่อง บิดา มารดา และบุตร ส่วนกรณีใช้วิธีการทางการแพทย์ เช่น การผสมเทียม เป็นต้น ความเป็นบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือไม่ว่าจะใช้ถ้อยคำอื่นใดก็อาจต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพราะกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดให้บุคคลใดเป็นบิดา มารดา หรือผู้ปกครองของเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

อย่างไรก็ดี ในกรณีของการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อรองรับให้คู่สมรสเพศหลากหลายโดยเฉพาะคู่สมรสที่มีเพศเดียวกันมีสถานะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้นั้นอาจมีข้อที่ต้องพิจารณาเพิ่มเติมในด้านสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยว่าจะจะเป็นแนวทางที่มีความเหมาะสมและเป็นการแก้ไขปัญหาได้อย่างตรงจุดหรือไม่ เพราะการที่กฎหมายได้ยินยอมให้คู่สมรสเพศเดียวกันสามารถตั้งครรภ์แทน

หรือรับบริจาคอสุจิจากบุคคลอื่นเพื่อให้ตนตั้งครรภ์ได้เพื่อให้ได้มาซึ่งความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นก็อาจเป็นการละเมิดสิทธิของเด็กที่กำลังจะถือกำเนิดขึ้นมาโดยเป็นการละเมิดสิทธิของการได้เกิดมาในครอบครัวที่สมบูรณ์ตามวิถีแห่งธรรมชาติของเด็กก็อาจเป็นไปได้^{๑๐} ซึ่งเป็นปัญหาที่มีความละเอียดอ่อนเป็นอย่างยิ่ง และเป็นประเด็นที่อาจมีการอภิปรายกันทางวิชาการอย่างกว้างขวาง สมควรจะต้องให้มีการศึกษา วิเคราะห์ข้อดีและข้อเสีย และประโยชน์ที่ได้รับจากการดำเนินการดังกล่าวให้ได้ข้อยุติทั้งด้านวิชาการและด้านสังคมที่ชัดเจนเสียก่อน

สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างบิดามารดากับบุตรนี้ เนื่องจากหน้าที่การอุปการะเลี้ยงดูตามมาตรา ๑๕๔๘/๓๘ ประกอบด้วย ๒ เรื่อง คือ (๑) คู่สมรสหรือระหว่างสามีภรรยาที่มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน และ (๒) บิดามารดากับบุตรมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดยบิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร และบุตรก็มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาซึ่งในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้มีการแก้ไขเฉพาะกรณีของคู่สมรสเท่านั้น แต่ในส่วนของบิดามารดาและบุตรยังไม่มีมีการแก้ไขเนื่องจากกฎหมายปัจจุบันและแม้แต่จะใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เพื่อการมีบุตรก็ตาม บุตรนั้นก็ยังคงเกิดจากบิดามารดาที่มาจากคู่สมรสต่างเพศ ซึ่งจะแตกต่างไปจากกรณีบุตรบุญธรรมที่กฎหมายได้แยกสิทธิและหน้าที่กรณีบุตรบุญธรรมและผู้รับบุตรบุญธรรมออกมาเป็นอีกหมวดหนึ่ง โดยกรณีของคู่สมรสเพศหลากหลายก็สามารถใช้แนวทางของการรับบุตรบุญธรรมได้โดยมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับผู้รับบุตรบุญธรรมที่เป็นชายหญิงตามกฎหมายปัจจุบันแล้ว

ค. ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการแก้ไขคำว่า “ทำนองซู้สาว” เป็น “ทำนองซู้” ใน

มาตรา ๑๕๒๓

ปัญหาเรื่องนี้แม้จะไม่ได้เกี่ยวกับเรื่องการก่อตั้งหรือสร้างครอบครัวของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศโดยตรง แต่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเรื่องใหม่ที่เหมาะสมจะได้กล่าวไว้ด้วย เนื่องจากการเปลี่ยนคำว่า “ทำนองซู้สาว” เป็น “ทำนองซู้” ในมาตรา ๑๕๒๓^{๑๑} โดยเห็นว่าการใช้ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการใช้ถ้อยคำที่เป็นกลางทางเพศ ทั้ง ๆ ที่คำว่า “ทำนองซู้สาว” นั้นเป็นคำที่ใช้กันโดยทั่วไปและไม่มีลักษณะของการเหยียดเพศนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อแนวบรรทัดฐานที่ผ่านมาและจำเป็นต้องสร้างความเข้าใจเพิ่มเติม เหตุที่กล่าวเช่นนี้เพราะเมื่อพิจารณาความหมาย

^{๑๐} ญัฐวุฒิ ชัยสายัณห์ อ้างแล้ว หน้า ๔๔๖

^{๑๑} มาตรา ๑๕๒๓ เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งและจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องหรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น

คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไปในทำนองซู้หรือจากผู้ซึ่งแสดงตนโดยเปิดเผยเพื่อแสดงว่าตนมีความสัมพันธ์กับคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งในทำนองซู้ก็ได้

ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยินยอมหรือรู้เห็นเป็นใจให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) หรือให้ผู้อื่นกระทำการตามวรรคสอง คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งนั้นจะเรียกค่าทดแทนไม่ได้

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน และตามคำพิพากษาศาลฎีกา คำว่า “ซู้” “มีซู้” “เป็นซู้” หรือ “ร่วมประเวณี” ซึ่งเป็นเหตุหย่าในมาตรา ๑๕๑๖ (๑) นั้น คำว่า “มีซู้” หมายถึง ร่วมประเวณีกับชายอื่นที่ไม่ใช่สามีตน คำว่า “มีซู้” จึงใช้เฉพาะกับหญิง^{๑๒} ส่วนคำว่า “เป็นซู้” หมายถึง ร่วมประเวณีกับภรรยาผู้อื่น จึงใช้เฉพาะกับชาย^{๑๓} คำว่า “มีซู้” “เป็นซู้” หรือ “ร่วมประเวณี” ซึ่งเป็นเหตุหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) จึงเป็นกรณีที่ใช้เฉพาะกับชายและหญิงเท่านั้น ในการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในครั้งนี้นี้จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำว่า “หรือกระทำการกับผู้อื่น หรือยอมรับการกระทำของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจิน” เพื่อให้สอดคล้องกับการกระทำที่เกิดขึ้นสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ส่วนคำว่า “ทำนองซู้สาว” ตามมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง นั้น ทั้งความหมายในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน และแนวคำพิพากษาของศาลที่วางแนวทางการพิจารณาไว้ชัดเจนแล้วว่าหมายถึงกรณีการแสดงความรักใคร่ที่มากกว่าเพื่อน แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นมีการร่วมประเวณีเพราะหากมีการร่วมประเวณีแล้วย่อมถือเป็นการ “มีซู้” หรือ “เป็นซู้” เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๕๑๖/๒๕๕๒ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๘๕๑/๒๕๕๕ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๖๔/๒๕๖๒ นอกจากนี้ คำว่า “ทำนองซู้สาว” นั้นไม่จำกัดเฉพาะเพียงความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงเท่านั้น ประกอบกับเมื่อพิจารณามาตรา ๑๕๒๓ แล้วจะเห็นว่า มาตรา ๑๕๒๓ วรรคหนึ่งและวรรคสอง จะมีความแตกต่างกันของระดับความร้ายแรงของการกระทำ กล่าวคือ ความในวรรคหนึ่งเป็นกรณีที่เมื่อศาลให้คู่สมรสหย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ซึ่งถือเป็นเหตุหย่าที่มีความร้ายแรง จึงต้องให้มีการหย่ากันก่อน คู่สมรสจึงจะมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งหรือจากผู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดู ส่วนความในวรรคสองเป็นกรณีที่สิทธิเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินคู่สมรสในทำนองซู้สาวซึ่งถือว่าเป็นกรณีไม่ร้ายแรงเท่ากรณีเหตุฟ้องหย่าตามวรรคหนึ่ง จึงไม่จำเป็นต้องมีการหย่ากันก่อนก็ได้ ด้วยเหตุนี้ การเปลี่ยนแปลงการใช้ถ้อยคำว่า “ทำนองซู้สาว” เป็น “ทำนองซู้” ในมาตรา ๑๕๒๓ วรรคสอง ดังกล่าว นอกจากจะทำให้หลักกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ที่จะสร้างความแตกต่างหรือแสดงให้เห็นถึงระดับความร้ายแรงของการกระทำในการบังคับใช้ระหว่างความในวรรคหนึ่งและวรรคสองแล้ว ยังอาจจะทำให้เกิดปัญหาในการตีความและบังคับใช้กฎหมายถึงความร้ายแรงของการกระทำที่คู่สมรสจะสามารถเรียกค่าทดแทนจากผู้ซึ่งล่วงเกินคู่สมรสของตนได้ว่าต้องถึงขั้นใด เนื่องจากคำว่า “ทำนองซู้” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน และตามแนวคำพิพากษาของศาลยังไม่มีกรณีวินิจฉัยให้ความหมายไว้จึงย่อมส่งผลกระทบต่อแนวทางการพิจารณาของศาลยุติธรรม ซึ่งศาลอาจจะตีความถ้อยคำนี้ไปในทำนองว่าต้องถึงขั้นมีการร่วมประเวณีกันด้วย เช่นเดียวกับคำว่า “เป็นซู้” หรือ “มีซู้” ก็ได้ หรือจะตีความว่าเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่ต้องถึงขั้นมีการร่วมประเวณีเช่นเดียวกันกับคำว่า “ทำนองซู้สาว” ในปัจจุบันก็ได้เช่นกัน และเป็นเรื่องที่ศาลยุติธรรมจะได้วางแนวทางการพิจารณาในส่วนนี้ที่ชัดเจนต่อไป

^{๑๒} ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช “คำอธิบายกฎหมายครอบครัว” สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตยสภา (พิมพ์ครั้งที่ ๒๒) (พ.ศ. ๒๕๕๙) หน้า ๓๙๓

^{๑๓} เรื่องเดียวกัน หน้า ๓๙๑

บทสรุป

เมื่อกรุงโรมไม่ได้สร้างเสร็จในวันเดียว (Rome was not built in a day) ฉะนั้นใด การดำเนินการเพื่อสร้างหรือก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศของประเทศไทย ก็ไม่ต่างจากการก่อสร้างกรุงโรมให้แล้วเสร็จได้ในวันเดียวนั้น เฉกเช่นเดียวกันกับการดำเนินการทางกฎหมายเพื่อการสร้างหรือก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และการรับรองสถานะของบุคคลดังกล่าวในสหราชอาณาจักรที่ต้องใช้ช่วงระยะเวลาหนึ่ง จนกว่าจะลุล่วงโดยเริ่มจากการตรากฎหมายเกี่ยวกับการรับรองเพศเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๔ และพระราชบัญญัติจดทะเบียนคู่ชีวิตระหว่างคู่รักเพศเดียวกันในปี ค.ศ. ๒๐๐๕ โดยอนุญาตให้ คู่รักเพศเดียวกันสามารถรับบุตรบุญธรรมร่วมกันได้ และได้ตราพระราชบัญญัติความเท่าเทียมทางเพศเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๐ และต่อมาในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ จึงได้ตราพระราชบัญญัติการสมรสเพศเดียวกัน จึงอาจกล่าวได้ว่าการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับครอบครัวในครั้งนี้ เป็นเพียงจุดเริ่มต้นเพื่อแก้ไขข้อจำกัดเกี่ยวกับเรื่องเพศที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการกำหนดให้ครอบคลุมทุกเพศและการใช้ถ้อยคำที่มีความเป็นกลางทางเพศ รวมทั้งเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นที่ยอมรับในสังคมปัจจุบันที่มีสภาพเปลี่ยนแปลงไป ซึ่งเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับหลักสากลในการเคารพต่อหลักสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และโดยที่การสมรสเท่าเทียมนั้นไม่ควรจำกัดเฉพาะ การแต่งงานหรือการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น แต่ควรครอบคลุมถึงการจัดตั้งครอบครัวที่เท่าเทียม และเป็นธรรม และการเป็นครอบครัวที่มีศักยภาพที่จะเป็นผู้มีบุตรเทียบเท่ากับหญิงชายด้วย และแม้ว่ามาตรา ๖๗^{๑๔} แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๔) พ.ศ. ๒๕๖๗ จะได้กำหนดให้บทบัญญัติที่มีการใช้คำว่า สามี ภรรยา หรือสามีภรรยา ในกฎหมายบางฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน และได้กำหนดสิทธิ หน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสามี ภรรยา หรือสามีภรรยาไว้เหมือนกับการเป็นคู่สมรสที่ได้จดทะเบียน สมรสตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับนี้แล้ว ไม่ว่าจะ เป็น คู่สมรสต่างเพศหรือคู่สมรสเพศหลากหลาย ให้สามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้ได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายหรือดำเนินการทางกฎหมายเป็นการเพิ่มเติมแต่อย่างใดอีก เพื่อลดขั้นตอนและระยะเวลาทางกฎหมายที่อาจเป็นภาระแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องซึ่งจะเป็น ประโยชน์ทั้งเจ้าหน้าที่และคู่สมรสโดยเฉพาะคู่สมรสเพศหลากหลายที่ไม่ต้องรอการแก้ไขหรือ

^{๑๔} มาตรา ๖๗ บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีใดที่อ้างถึงสามี ภรรยา หรือสามีภรรยา ให้ถือว่าอ้างถึงคู่สมรสที่จดทะเบียน สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ด้วย

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับแก่กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดสิทธิ หน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสามี ภรรยาหรือสามีภรรยาไว้แตกต่างกัน

ทบพวนกฎหมายตามมาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับนี้ก็ตาม แต่บทบัญญัติมาตรา ๖๗ ดังกล่าวก็สามารถแก้ไขปัญหาได้ในระดับหนึ่งเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสภาพปัญหาที่ผู้เขียนได้หยิบยกเป็นข้อพิจารณาข้างต้นจะเห็นว่านอกจากจะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ยังมีกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับ ที่มีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการสมรสเท่าเทียมและการก่อตั้งหรือสร้างครอบครัว ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ เช่น กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมายว่าด้วยการจดทะเบียนครอบครัว กฎหมายว่าด้วย คำนำหน้านามหญิง กฎหมายว่าด้วยบัตรประจำตัวประชาชน กฎหมายว่าด้วยชื่อบุคคลหรือกฎหมาย ว่าด้วยการทะเบียนราษฎร หรือบางกรณีอาจมีความจำเป็นที่จะต้องตรากฎหมายเพิ่มเติม เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการรับรองเพศหรืออัตลักษณ์ทางเพศ หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติ ต่อบุคคล ซึ่งปัจจุบันนี้กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวอยู่ระหว่างการพิจารณาดำเนินการของ หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง สมควรที่หน่วยงานของรัฐจะได้เร่งดำเนินการทบทวนกฎหมายที่เป็น การกำหนดสิทธิ หน้าที่ และสถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสามี ภริยา สามีภริยา หรือคู่สมรส ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน เพื่อรองรับสิทธิ และหน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือ เรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องให้แก่คู่สมรสให้เหมาะสมกับเพศสภาพของคู่สมรส รวมทั้งเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้อง กับเด็กที่เกิดจากคู่สมรสดังกล่าวด้วย และเสนอผลการทบทวนกฎหมายทั้งกรณีที่จะต้องมีการ เสนอให้มีกฎหมาย การปรับปรุงหรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หรือกรณีที่กฎหมายปัจจุบัน สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยไม่ต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแต่อย่างใดต่อคณะรัฐมนตรี ภายใน ๑๘๐ วันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเพื่อให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๖๘^{๑๔} แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ ทั้งนี้ เพื่อให้การก่อตั้ง ครอบครัวของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศจะได้เป็นครอบครัวที่สมบูรณ์ไม่แตกต่างจาก ครอบครัวของบุคคลต่างเพศ มีตัวตนทางสังคมและทางกฎหมาย และขจัดปัญหาความไม่เป็นธรรม ที่อาจเกิดขึ้นกับครอบครัวที่มีความหลากหลายทางเพศ อีกทั้งมิได้เป็นการจำกัดขอบเขตไว้แต่เฉพาะ การแต่งงานหรือการจดทะเบียนสมรสของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเท่านั้น

๑๕ มาตรา ๖๘ ให้นำหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบการประเมินผลสัมฤทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ดำเนินการทบทวนกฎหมายในความรับผิดชอบที่กำหนดสิทธิหน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับสามี ภริยา สามีภริยา หรือคู่สมรส เพื่อรองรับสิทธิหน้าที่ สถานะทางกฎหมาย หรือเรื่องอื่นใดที่เกี่ยวข้องให้แก่คู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ โดยต้องพิจารณาให้เหมาะสมกับเพศสภาพของคู่สมรสด้วย

ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการทบทวนตามวรรคหนึ่ง และเสนอผลการทบทวนพร้อมทั้ง
ร่างกฎหมายในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ต่อคณะรัฐมนตรีภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่
พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ หากไม่สามารถดำเนินการได้ให้รายงานเหตุผลที่ไม่อาจดำเนินการได้ต่อคณะรัฐมนตรี
เพื่อทราบ

บรรณานุกรม

หนังสือ

ศาสตราจารย์พิเศษ ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายกฎหมายครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ ๒๒, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ๒๕๕๙)

รายงานผลการวิจัย

คณะกรรมการการพัฒนาศังคม และกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ และผู้ด้อยโอกาส, “ข้อเสนอต่อสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ,” (รายงานการพิจารณาการศึกษาของคณะกรรมการการพัฒนาศังคม และกิจการเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ และผู้ด้อยโอกาส วุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ๒๕๖๓)

วิทยานิพนธ์

ณัฐวุฒิ ชัยสายันต์, “กฎหมายรับรองสถานะในการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันของบุคคลที่มีเพศวิถีรักเพศเดียวกัน” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ๒๕๕๘)

เว็บไซต์

ปาสีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, “การอยู่ร่วมกันของบุคคลในความสัมพันธ์ในด้านการครอบครัวตามกฎหมายฝรั่งเศส” (Public Law Net : เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย) <<http://www.public-law.net>> สืบค้นเมื่อ ๑ ธันวาคม ๒๕๖๗

หนังสือราชการ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา “บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ.” (เรื่องเสร็จที่ ๓๕๑/๒๕๖๓)

ภักวีต เหมรัชตานันต์ “กฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันของไต้หวัน” เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ ๓๕๑/๒๕๖๓)

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ๒๕๖๐

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การตรวจสอบความใหม่ (novelty) ในการขอรับอนุสิทธิบัตร *

โดย รัชนิกร ลาภวิชชา พรหมศักดิ์**

บทนำ

เมื่อตัวบทที่เห็นอาจไม่ได้สื่อถึงความจริงที่เป็น นอกจากจะเป็นเรื่องที่ท้าทายสำหรับผู้อ่านกฎหมายทั่วไปแล้ว ยังเป็นบทเรียนที่ดีสำหรับผู้ร่างกฎหมายอีกด้วย เป็นที่ทราบกันดีว่าอนุสิทธิบัตร (petty patent/utility model) จะออกให้สำหรับการประดิษฐ์คิดค้นที่มีความซับซ้อนน้อยกว่าสิทธิบัตร (patent) หรือสิ่งที่ไม่สามารถนำไปขอรับสิทธิบัตรได้แม้จะเป็นนวัตกรรมใหม่เพราะยังไม่ครบเงื่อนไขที่จะยื่นขอรับสิทธิบัตร อนุสิทธิบัตรมักแพร่หลายในกลุ่มนักประดิษฐ์ท้องถิ่นที่ไม่ได้ใช้การทดลองหรือการประดิษฐ์ขั้นสูง^๑ ในการอธิบายสาระสำคัญของอนุสิทธิบัตรมักจะต้องเปรียบเทียบกับสิทธิบัตรเสมอ และในหลายประเทศมักจะกำหนดให้นำบทบัญญัติในส่วนของสิทธิบัตรการประดิษฐ์มาใช้บังคับกับอนุสิทธิบัตรโดยอนุโลม ปัญหาที่ทำให้ผู้เขียนเสนอบทความนี้สืบเนื่องมาจากคนที่อ่านกฎหมายอาจจะนึกไม่ถึงว่าการที่ตัวบทกฎหมายเขียนไว้เพียงเท่าที่เห็นนั้น แท้จริงแล้วหมายความว่าอย่างไร กล่าวคือ มีการอธิบายว่าผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรจะต้องตรวจสอบความใหม่ (novelty) ของสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรหรือไม่ บ้างก็มีความเห็นว่าจะต้องตรวจสอบเพราะมาตรา ๖๕ ทวิ (๑) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดไว้ว่า “การประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้ (๑) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่” ในขณะที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาชี้แจงอย่างชัดเจนว่าไม่ต้องตรวจสอบความใหม่ เนื่องจากมาตรา ๖๕ เบญจ อันเป็นมาตราที่กำหนดเกณฑ์ในการตรวจสอบการประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรมิได้บัญญัติว่าจะต้องตรวจสอบความใหม่ด้วย

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** ฝ่ายเลขานุการฯ ร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ., นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., Master 2 (Recherche) กฎหมายระหว่างประเทศ (Mention Assez-bien) Université Lille II, Docteur en droit (Université Lille II) กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล

^๑ ตัวอย่างผลิตภัณฑ์ที่ได้รับอนุสิทธิบัตรไทย อาทิ ลูกประคบสมุนไพร สารประกอบสำหรับกันยุง แปรงสีฟันสำหรับผู้ป่วยที่ใช้เครื่องช่วยหายใจ ขนมกรโนล่าที่มีส่วนผสมของข้าวระยะเมา ข้าวไรซ์เบอร์รี่ ผักเบญจรงค์ และกรรมวิธีการผลิต สูตรอาหารผงซุปรืดนางฟ้าเสริมไข่ขาวและกรรมวิธีการผลิต กรรมวิธีการผลิตบรรจุภัณฑ์แอมป์เคลือบผิวจากเยื่อเปลือกทุเรียน เครื่องคัดแยกขนาดมะเขือเทศเชอร์รี่ ระบบรางลำเลียงกล้วยตาก

ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อความตามตัวบททั้งสองมาตราแล้วก็ไม่อาจโต้แย้งคำตอบและการปฏิบัติงานของกรมทรัพย์สินทางปัญญาได้ ทั้งนี้ ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรได้ใช้แนวทางที่กล่าวมานี้โดยตลอด จนกระทั่งมีการปรับปรุงกฎหมายสิทธิบัตรทั้งฉบับในปี พ.ศ. ๒๕๖๗ โดยร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ได้รับเอาข้อเสนอแนะของกรมทรัพย์สินทางปัญญามากำหนดไว้ให้ชัดเจน จึงเกิดคำถามต่อไปว่านอกจากประเทศไทย ในปัจจุบันมีกฎหมายสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรของประเทศใดที่กำหนดให้ตรวจสอบหรือไม่ต้องตรวจสอบความใหม่ในงานที่นำมาขอรับอนุสิทธิบัตรหรือไม่ และประเทศเหล่านั้นมีเหตุผลอย่างไรในการบัญญัติกฎหมายไว้เช่นนั้น

โดยจะเริ่มศึกษากฎหมายสิทธิบัตรของไทยที่ใช้บังคับอยู่ ณ วันที่เผยแพร่บทความนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม จากนั้นจึงตรวจสอบข้อมูลขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO) รวมถึงกฎหมายต่างประเทศทั้งที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุสิทธิบัตร (utility model/petty patent) ได้แก่ กฎหมายเยอรมัน กฎหมายฝรั่งเศส และประเทศที่ไม่มีอนุสิทธิบัตรแต่มีบทบัญญัติที่น่าสนใจเกี่ยวกับการตรวจสอบความใหม่สำหรับการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตร (patent) ได้แก่ สวิตเซอร์แลนด์

๑. กฎหมายไทย

ประเทศไทยกำหนดเรื่องอนุสิทธิบัตรเอาไว้ในพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ หมวด ๓ ทวิ โดยมาตรา ๖๕ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดในเชิงหลักการว่า การประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรได้ต้อง (๑) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่และ (๒) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรม จากนั้นในมาตรา ๖๕ เบญจ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้กับการตรวจสอบเพื่อรับจดทะเบียนอนุสิทธิบัตร กำหนดว่า ในการจดทะเบียนการประดิษฐ์และออกอนุสิทธิบัตร ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบคำขอรับอนุสิทธิบัตรให้ถูกต้องตามมาตรา ๖๕ ทศ ประกอบด้วยมาตรา ๑๗ กล่าวคือ ให้ตรวจสอบว่ามีการบรรยายรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๗ ครบถ้วนหรือไม่ เช่น ชื่อการประดิษฐ์ รายละเอียดการประดิษฐ์ ข้อถือสิทธิ ลักษณะและความมุ่งหมายของสิ่งประดิษฐ์ และตรวจสอบว่าการประดิษฐ์นั้นได้รับการคุ้มครองตามมาตรา ๖๕ ทศ ประกอบด้วยมาตรา ๙ หรือไม่ กล่าวคือ ตรวจสอบว่าการประดิษฐ์นั้นเป็นสิ่งต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียนหรือไม่ เช่น ขัดต่อความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือเป็นจุลชีพหรือเป็นสารสกัดจากสัตว์หรือพืช และหากอธิบดีพิจารณาแล้วเห็นว่า คำขอรับอนุสิทธิบัตรถูกต้องตามมาตรา ๖๕ ทศ ประกอบด้วยมาตรา ๑๗ และการประดิษฐ์นั้นได้รับความคุ้มครองตามมาตรา ๖๕ ทศ ประกอบด้วยมาตรา ๙ ให้อธิบดีมีคำสั่งให้จดทะเบียนการประดิษฐ์และออกอนุสิทธิบัตรต่อไป

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า มาตรา ๖๕ เบญจ มิได้กำหนดให้ต้องตรวจสอบ “ความใหม่” และ “การประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม” ดังนั้น คำชี้แจงของกรมทรัพย์สินทางปัญญาจึงมีฐานมาจากสิ่งที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย จึงเกิดคำถามต่อไปว่ากรณีของสิทธิบัตรการประดิษฐ์เป็นอย่างไร

ความแตกต่างกับกรณีสิทธิบัตรการประดิษฐ์

หลักการของสิทธิบัตรการประดิษฐ์อยู่ในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา ๙ การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (๑) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
- (๒) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และ
- (๓) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่ว่าด้วยเรื่องของการตรวจสอบเพื่อรับจดทะเบียนสิทธิบัตรการประดิษฐ์ ได้แก่ มาตรา ๒๔ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ มีสาระสำคัญว่า ในการออกสิทธิบัตรเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการตรวจสอบดังนี้ (๑) ตรวจสอบคำขอรับสิทธิบัตรให้ถูกต้องตามมาตรา ๑๗ และ (๒) ตรวจสอบการประดิษฐ์ว่าเป็นการประดิษฐ์ตามมาตรา ๕ กล่าวคือ

๑. ให้ตรวจสอบว่ามีการบรรยายรายละเอียดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๗ ครบถ้วนหรือไม่ อาทิ ชื่อการประดิษฐ์ รายละเอียดการประดิษฐ์ ข้อถือสิทธิ ลักษณะและความมุ่งหมายของสิ่งประดิษฐ์

๒. ให้ตรวจสอบตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๕ ด้วยว่า เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ ตลอดจนเป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นและสามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมได้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรพบว่า กำหนดไว้แตกต่างจากกรณีของการตรวจสอบสิ่งประดิษฐ์ที่จะขอรับอนุสิทธิบัตร ยิ่งเป็นการยืนยันว่าแนวทางที่กรมทรัพย์สินทางปัญญาปฏิบัติมาโดยตลอดในการจดทะเบียนอนุสิทธิบัตรโดยไม่ตรวจสอบความใหม่และการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมนั้น เป็นการปรับใช้กฎหมายที่ถูกต้องแล้ว

เกิดคำถามต่อไปว่าเมื่อประเทศไทยมีแนวปฏิบัติเช่นนี้ ในกฎหมายสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรของประเทศอื่น ๆ มีแนวทางเช่นเดียวกันนี้หรือไม่

๒. ข้อมูลจากองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (World Intellectual Property Organization: WIPO)

ก่อนที่จะศึกษากฎหมายสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรของประเทศอื่น ควรต้องศึกษาข้อมูลขององค์การระหว่างประเทศที่ออกกฎหมาย กฎเกณฑ์และระเบียบปฏิบัติต่าง ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามดังเช่น WIPO เสียก่อน จากการสำรวจของ WIPO พบว่าแต่ละประเทศต่างออกแบบระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาไว้หลากหลายรูปแบบ อาจมีจุดร่วมกันในบางเรื่องที่เป็นสาระสำคัญ แต่ส่วนที่เป็นรายละเอียดจะมีความแตกต่างกัน โดยมีเพียงบางประเทศที่บัญญัติเรื่องอนุสิทธิบัตรในกฎหมายของตน เช่น บราซิล ฝรั่งเศส เยอรมนี อิตาลี จีน ญี่ปุ่น ลาว ไทย เวียดนาม และปรากฏว่ากฎหมายของประเทศที่มีเรื่อง

อนุสิทธิบัตรมิได้กำหนดให้ตรวจสอบความใหม่ในกระบวนการออกอนุสิทธิบัตร แต่จะเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกสามารถคัดค้านอนุสิทธิบัตรและนำไปสู่การตรวจสอบในเนื้อหา (substantive examination) ซึ่งรวมถึงการตรวจสอบความใหม่ได้ในภายหลัง^๒ ในขณะที่อีกหลายประเทศไม่มีอนุสิทธิบัตร โดยรับจดทะเบียนเฉพาะสิทธิบัตรการประดิษฐ์และสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ เช่น อังกฤษ สวิตเซอร์แลนด์ สหรัฐอเมริกา และแม้ว่าจะมีกฎหมายสิทธิบัตรเหมือนกัน แต่บางประเทศมิได้กำหนดให้ตรวจสอบความใหม่ของสิ่งประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตร ความแตกต่างเหล่านี้เป็นเครื่องยืนยันว่ารัฐสมาชิก WIPO ยังคงมีอำนาจอธิปไตยในการกำหนดเนื้อหาของกฎหมายสิทธิบัตรของตน ขอเพียงไม่ขัดต่อมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในความตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาฉบับหลักที่เป็นเกณฑ์กลางในการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำที่รัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเป็น Paris Convention for the Protection of Industrial Property (Paris Convention) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) ซึ่งเป็นความตกลงที่กำหนดเรื่องความใหม่ขึ้นการประดิษฐ์และการประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมของสิทธิบัตร^๓ หรือล่าสุดสนธิสัญญาของ WIPO ว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรม ภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม (WIPO Treaty on Intellectual Property, Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge)^๔

๓. กฎหมายต่างประเทศ

๓.๑ กฎหมายเยอรมัน

กฎหมายเยอรมันมีเรื่องของอนุสิทธิบัตรแยกต่างหากจากสิทธิบัตรการประดิษฐ์ เรียกว่า Utility Model Act (GebrMG)^๕ ใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๓๖ แก้ไข

^๒ WIPO, “Utility models” <https://www.wipo.int/patents/en/topics/utility_models.html> accessed 31 October 2024. เว็บไซต์เผยแพร่รายชื่อของทุกประเทศที่มีกฎหมายอนุสิทธิบัตร

^๓ Article 27 Patentable Subject Matter

“1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.”

^๔ สนธิสัญญา อยู่ระหว่างเปิดให้ประเทศสมาชิก WIPO ลงนาม ณ สำนักงานใหญ่ WIPO เป็นเวลา ๑ ปี หลังจากที่มีการรับรองสนธิสัญญา กล่าวคือ จนถึงวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๖๘

^๕ ฉบับแปลภาษาอังกฤษ (ไม่เป็นทางการ) <https://www.jpo.go.jp/e/system/laws/gaikoku/document/index/germany-e_jitsu.pdf> accessed 3 November 2024 ; ต้นฉบับภาษาเยอรมัน <<https://www.gesetze-im-internet.de/gebrmg/BJNR201300936.html>> และโปรดดูเพิ่มเติม The German Utility Model, “Protection of Innovation: fast, flexible, cost efficient” <https://www.meissnerbolte.com/fileadmin/user_upload/pdf/broschueren/german_utility_model.pdf>, p. 5, accessed 29 October 2024.

เพิ่มเติมครั้งล่าสุดปี ค.ศ. ๒๐๒๑ โดยกำหนดในลักษณะของการวางหลักการใน Section 1 (1)^๖ ว่าการประดิษฐ์ที่จะขอรับอนุสิทธิบัตรนั้นจะต้องมีความใหม่ แต่กำหนดใน Section 8^๗ ว่าสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญา (The German Patent and Trade Mark Office) จะไม่ตรวจสอบความใหม่ของสิ่งที่ขอรับอนุสิทธิบัตรตลอดจนไม่ตรวจขึ้นการประดิษฐ์และไม่ตรวจว่าสามารถนำไปประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้หรือไม่ กล่าวคือ ไม่ตรวจสอบสิ่งที่กำหนดไว้เป็นหลักการใน Section 1 (1) แต่จะตรวจเฉพาะสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้บรรยายในคำขอ เช่น ภาพประกอบ ข้อถ้อยสิทธิ ชื่อผู้ขอ หมายความว่าหลักการเรื่องสิ่งประดิษฐ์ต้องมีความใหม่นั้น ยังคงเป็นสิ่งที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องเคารพเพียงแต่กฎหมายไม่บังคับให้ต้องตรวจสอบก่อนรับจดทะเบียน

เหตุที่กฎหมายเยอรมันกำหนดไว้ชัดเจนเช่นนี้เป็นเพราะจุดแข็งของอนุสิทธิบัตร คือ รับจดทะเบียนและออกอนุสิทธิบัตรได้อย่างรวดเร็ว จึงจำเป็นต้องตัดขั้นตอนการตรวจสอบความใหม่ ขึ้นการประดิษฐ์ และการประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมออกไป เพื่อไม่ให้เป็นการเสียเวลา ด้วยเหตุนี้อนุสิทธิบัตรของประเทศเยอรมนีจึงสามารถออกให้ได้ภายในเวลาเพียงไม่กี่สัปดาห์^๘ อีกทั้งยังช่วยประหยัดค่าใช้จ่ายไปได้มากเพราะไม่จำเป็นต้องยื่นคำขอให้ตรวจสอบความใหม่ ที่สำคัญคือแม้ว่าสิ่งประดิษฐ์นี้เคยเปิดเผยต่อสาธารณะในต่างประเทศมาแล้วก็จะไม่นำมาพิจารณาเพื่อโต้แย้งเรื่องความใหม่ในประเทศเยอรมนี^๙ อย่างไรก็ตาม เมื่อขั้นตอนการจดทะเบียนอนุสิทธิบัตรเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ไม่มีการตรวจสอบเชิงลึกดังเช่นการขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ กฎหมายจึงกำหนดให้บุคคลที่แม้จะไม่มีส่วนได้เสียใด ๆ สามารถขอให้เพิกถอน (cancellation) อนุสิทธิบัตรได้โดยมีค่าธรรมเนียมการยื่นคำร้องขอเพิกถอน ๓๐๐ ยูโร และกระบวนการดังกล่าวจะนำไปสู่การตรวจสอบสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับอนุสิทธิบัตรไปแล้วโดยละเอียดในประเด็นที่มีการยกขึ้นอ้างซึ่งรวมถึงเรื่องความใหม่และขึ้นการประดิษฐ์^{๑๐}

^๖ Section 1 (1) “Inventions that are new, based on an inventive step and are commercially applicable are protected as utility models.”

^๗ Section 8 (1) “Where an application complies with the requirements of Section 4, the Patent Office shall order registration in the Utility Model Register. No examination of the subject matter of the application as to novelty, inventive step or industrial applicability shall be carried out. Section 49(2) of the Patent Law shall apply *mutatis mutandis*.”

^๘ Johannes Lange and Ulrike Kaufmann, “An overview of the German utility model: the so called ‘small patent’”, 3 June 2020 <<https://www.maucherjenkins.com/commentary/utility-models-patent-alternative>> accessed 31 October 2024.

^๙ *Ibid.*

^{๑๐} German Patent and Trade Mark Office, Utility Models, “Cancellation Proceedings” <https://www.dpma.de/english/utility_models/cancellation_proceedings/index.html> accessed 31 October 2024

๓.๒ กฎหมายฝรั่งเศส

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของฝรั่งเศสมีเรื่องอนุสิทธิบัตรเช่นเดียวกับกฎหมายเยอรมัน โดยเรียกว่า un certificat d'utilité แปลได้ว่าหนังสือรับรองการใช้ประโยชน์ โดยกำหนดไว้ใน Article L611-2 แห่งประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา อนุสิทธิบัตรตามกฎหมายฝรั่งเศสอยู่บนหลักการเดียวกันกับของประเทศเยอรมนี กล่าวคือ เงื่อนไขความใหม่ ขั้นตอนการประดิษฐ์และการประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรม เพราะทุกประเทศต่างก็ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน TRIPS Agreement ตามที่กล่าวไว้ในตอนต้น

สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาฝรั่งเศส (Institut national de la propriété industrielle : INPI) เผยแพร่ข้อมูลไว้ว่า การออกอนุสิทธิบัตรนั้นแตกต่างจากสิทธิบัตรการประดิษฐ์ (un brevet) โดยจะเน้นที่ความรวดเร็วในการรับจดทะเบียน ทำให้ไม่มีการตรวจสอบการประดิษฐ์ในเนื้อหา (un examen sur le fond)^{๑๑} แม้ว่ากฎหมายให้อนุโลมใช้ส่วนที่ว่าด้วยสิทธิบัตรการประดิษฐ์กับอนุสิทธิบัตรด้วย^{๑๒} ทำให้อนุสิทธิบัตรอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า จะต้องมีความใหม่เช่นเดียวกับที่กำหนดในสิทธิบัตรการประดิษฐ์^{๑๓} แต่ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรจะไม่ตรวจค้นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (l'art antérieur) ให้สำหรับการขออนุสิทธิบัตร เนื่องจาก Article L611-2 al.2 กำหนดยกเว้นมาตราที่ไม่นำมาใช้บังคับกับอนุสิทธิบัตร^{๑๔} ซึ่งหนึ่งในนั้น

^{๑๑} INPI, «Certificat d'utilité ou brevet pour protéger mon invention en France ?», 12/04/2022 <<https://www.inpi.fr/certificat-d-utilite-ou-brevet-pour-protoger-mon-invention-en-france#:~:text=Quels%20sont%20les%20avantages%20du%20certificat%20d'utilit%C3%A9%20%3F,plus%20mod%C3%A9r%C3%A9%20qu'un%20brevet.>> accessed 3rd November 2024.

^{๑๒} L'article 611-10 du Code de la propriété intellectuelle

«1. Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle. »

^{๑๓} โปรดดูเพิ่มเติม INPI, «Les étapes clés du dépôt de brevet», <<https://www.inpi.fr/protoger-vos-creations/protoger-votre-creation-technique/les-etapes-cles-du-depot-de-brevet>> accessed 3rd November 2024. เป็นคู่มือประชาชนอธิบายขั้นตอนการยื่นคำขอรับสิทธิบัตรและขั้นตอนการตรวจสอบการประดิษฐ์

^{๑๔} L611-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle « Les dispositions du présent livre concernant les brevets sont applicables aux certificats d'utilité à l'exception de celles prévues à l'article L. 612-14, au premier alinéa des articles L. 612-15 et L. 612-17 et aux articles L. 613-23 à L. 613-23-6. (...) »

ก็คือมาตราที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความใหม่ ได้แก่ Article L611-14^{๑๕} โดย INPI จะตรวจสอบเพียงข้อมูลเบื้องต้นที่เรียกว่า un examen formel ความน่าสนใจของการขอรับอนุสิทธิบัตรอยู่ตรงค่าธรรมเนียม เพราะอนุสิทธิบัตรไม่มีการตรวจสอบการประดิษฐ์จึงไม่เรียกเก็บในส่วนนี้ เมื่อรวมแล้วจึงประหยัดกว่าสิทธิบัตร กล่าวคือ กรณีอนุสิทธิบัตร มีค่าธรรมเนียมค่าขอรับอนุสิทธิบัตร ๒๖ ยูโร และค่าธรรมเนียมการออกอนุสิทธิบัตร ๙๐ ยูโร ในขณะที่กรณีสิทธิบัตรการประดิษฐ์ มีค่าธรรมเนียมค่าขอรับสิทธิบัตร ๒๖ ยูโร ค่าตรวจสอบสิทธิบัตร ๕๒๐ ยูโร และค่าธรรมเนียมการออกสิทธิบัตร ๙๐ ยูโร

นอกจากนี้ การที่กฎหมายอนุสิทธิบัตรของฝรั่งเศสไม่กำหนดให้มีการคัดค้านก่อนรับจดทะเบียนก็เพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการออกอนุสิทธิบัตรเช่นกัน เมื่อเป็นเช่นนี้บุคคลที่พบว่าสิ่งประดิษฐ์ที่ได้รับอนุสิทธิบัตรนั้นไม่มีความใหม่หรือเป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้วจะสามารถดำเนินการอย่างไรได้บ้าง คำตอบก็คือเมื่อมีผู้ทรงอนุสิทธิบัตรรายอื่นยื่นคำร้องว่ามี การละเมิดอนุสิทธิบัตรของตนด้วยการจดทะเบียนให้ซ้ำกับงานของตน จึงจะเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการตรวจสอบในรายละเอียดว่าซ้ำอย่างไร ซ้ำจริงหรือไม่^{๑๖} ซึ่งเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Article R616-2 แห่งประมวลกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา^{๑๗} โดยจะเรียกรายงานการตรวจสอบความใหม่ ขึ้นการประดิษฐ์และการประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมว่า un rapport de recherche

^{๑๕} L611-14 du Code de la propriété intellectuelle

« Sous réserve des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 612-15 et si elle a reçu une date de dépôt, la demande de brevet donne lieu à l'établissement d'un rapport de recherche sur les éléments de l'état de la technique qui peuvent être pris en considération pour apprécier, au sens des articles L. 611-11 et L. 611-14, la brevetabilité de l'invention. »

^{๑๖} INPI, “Certificat d'utilité ou brevet pour protéger mon invention en France?”, *Op.cit. supra note 11*.

^{๑๗} Article R616-2 du Code de la propriété intellectuelle

« Le rapport de recherche qui doit être produit dans toute instance en contrefaçon introduite en vertu d'une demande de certificat d'utilité ou d'un certificat d'utilité est établi sur requête écrite du demandeur.

La requête n'est recevable que si elle est accompagnée de la justification du paiement de la redevance prescrite. »

๓.๓ กฎหมายสวิส

สวิตเซอร์แลนด์เป็นประเทศที่ไม่รองรับอนุสิทธิบัตรในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา คงมีเพียงสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่กำหนดไว้ใน Federal Act on Patents for Inventions (Patents Act)^{๑๘} และเป็นเช่นเดียวกันกับกฎหมายเยอรมันและกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวคือ ใน Article 1 Patents Act วางหลักการไว้ชัดเจนว่า สิ่งประดิษฐ์นั้นต้องมีความใหม่และนำไปประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้^{๑๙} ความน่าสนใจอยู่ที่ Article 59 ในส่วนของกระบวนการตรวจสอบการประดิษฐ์ (The Examination Procedure) และกำหนดว่าจะต้องตรวจสอบสิ่งใดบ้างนั้น พบว่ากฎหมายกำหนดชัดเจนว่าไม่ต้องตรวจสอบความใหม่และขั้นการประดิษฐ์^{๒๐} ซึ่งเป็นแนวคิดที่น่าสนใจเพราะประเทศอื่น ๆ รวมถึงประเทศไทยให้ความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการตรวจสอบความใหม่ของการประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตร ทั้งนี้ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาสวิส (The Swiss Federal Institute of Intellectual Property: IPI^{๒๑}) ให้เหตุผลว่าต้องการลดค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบให้กับผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตร^{๒๒} และเพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการออกสิทธิบัตรซึ่งสอดคล้องกับการที่สวิตเซอร์แลนด์เลือกใช้การคัดค้านหลังการออกสิทธิบัตรไปแล้ว แทนที่จะเปิดโอกาสให้คัดค้านก่อนการรับจดทะเบียนได้เหมือนในประเทศอื่น ๆ เพราะผู้ร่างกฎหมายสวิสรวมทั้ง IPI เห็นว่ากระบวนการคัดค้านทำให้เสียเวลา โดยในการคัดค้านตาม Article 59 นี้ บุคคลภายนอกสามารถคัดค้านสิทธิบัตรนั้นได้ภายในเก้าเดือนนับจากวันออกสิทธิบัตร โดยต้องชำระค่าธรรมเนียมการคัดค้าน ๘๐๐ ฟรังก์สวิส แต่มีข้อสังเกตว่าในขั้นการคัดค้านหลังออกสิทธิบัตร (post-opposition) ก็ได้กำหนดให้สามารถยกเรื่องความใหม่มาเป็น

^{๑๘} Federal Act on Patents for Inventions of 25 June 1954 (Status as of 1 July 2023) <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1955/871_893_899/en> accessed 31 October 2024.

^{๑๙} Article 1 Patents Act

“1. Patents for inventions are granted for new inventions applicable in industry.

2. Anything that is obvious having regard to the state of the art (Art. 7 para. 2) is not patentable as an invention.

^{๒๐} Article 59 para. 4 Patents Act

“The Institute shall not examine whether the invention is new or whether it is obvious having regard to the state of the art.” ความในวรรคนี้แก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ และมีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๗๘ จนถึงปัจจุบัน (ค.ศ. ๒๐๒๔)

^{๒๑} ชื่อย่อ IPI มาจาก L’Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle

^{๒๒} The Swiss Federal Institute of Intellectual Property, “Why are inventions not examined for novelty in Switzerland?” <<https://www.ige.ch/en/protecting-your-ip/patents/faqs>> accessed 2nd November 2024.

เหตุคัดค้านได้ (Article 59c)^{๒๓} เนื่องจากเหตุที่จะยกมาคัดค้านได้นั้นต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Article 1a เป็นเรื่องเกี่ยวกับร่างกายมนุษย์หรือส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์ หรือ Article 1b เกี่ยวกับยีนของมนุษย์ หรือ Article 2 เกี่ยวกับสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้เพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อย

หากไม่สามารถคัดค้านโดยอาศัยเหตุเรื่องขาดความใหม่ได้ จะมีช่องทางอื่นให้ได้แย้งหรือไม่ คำตอบคือผู้มีส่วนได้เสียจะยกเรื่องความใหม่หรือขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นฟ้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาให้พิพากษาว่าสิทธิบัตรที่ได้ออกไปนั้นเป็นโมฆะ (an action of nullity) ตาม Article 26 para.1a. ก็ได้^{๒๔} โดยมีอายุความเท่ากับอายุของสิทธิบัตรนั้น สังเกตได้ว่ากฎหมายสวิสไม่เปิดโอกาสให้ยื่นคัดค้านต่อสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นกระบวนการภายในระหว่างผู้ออกสิทธิบัตรและบุคคลที่ประสงค์จะโต้แย้ง แต่สร้างกลไกให้นำคดีไปสู่ศาลในคราวเดียว

สรุปได้ว่าการขอให้ตรวจสอบความใหม่หรือการสืบค้นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว (prior arts) จะเป็นเพียงทางเลือกที่ผู้ขอรับสิทธิบัตรตามกฎหมายสวิสสามารถเลือกที่จะดำเนินการหรือไม่ แต่หากผู้ขอรับสิทธิบัตรต้องการใช้ช่องทางยื่นคำขอ PCT ผ่านสำนักงานสิทธิบัตรสวิสหรือประสงค์จะยื่นคำขอสิทธิบัตรยุโรปต่อ European Patent Office จะต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบความใหม่หรือ full examination เพื่อให้ได้เอกสารรับรองยื่นไปพร้อมกับคำขอเสมอ อย่างไรก็ตาม ความใหม่เป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่จะต้องมีการประดิษฐ์ที่จะได้รับสิทธิบัตร ซึ่งทาง IPI มีคำแนะนำให้ผู้ประดิษฐ์หรือผู้ยื่นคำขอรับสิทธิบัตรตรวจสอบงานที่ปรากฏอยู่แล้วโดยการสืบค้นได้ด้วยตนเองหรือจะจ้างผู้ตรวจสอบเอกชนก็ได้ หรือไม่เช่นนั้นสามารถขอรับบริการจาก Swiss Patent Application Search ก็ได้เช่นกัน โดยมีค่าใช้จ่าย ๕๐๐ ฟรังก์สวิส/๑๐ ข้อถือสิทธิ^{๒๕}

ความพยายามในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อบังคับให้ตรวจสอบความใหม่ เว็บไซต์ของรัฐบาลสวิสมีการเผยแพร่ข้อมูล เรื่อง “Modernising the patent

^{๒๓} Article 59 para.2 Patents Act

“Opposition may only be filed on the grounds that the subject-matter of the patent is not patentable under Articles 1a, 1b and 2.”

^{๒๔} Article 26 para.1 Patents Act

“The court shall, on application, declare the nullity of the patent if:

a. the subject-matter of the patent is not patentable under Articles 1, 1a, 1b and 2;”

^{๒๕} โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม Ordonnance relative aux brevets d’invention, Article 53 – Article 60 < https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1977/2027_2027_2027/fr> accessed 1st November 2024.

examination procedure”^{๒๖} เมื่อครั้งที่มีการเสนอร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตรในช่วงปี ค.ศ. ๒๐๒๐ ยืนยันว่าที่ผ่านมามีคำขอรับสิทธิบัตรในสวิตเซอร์แลนด์จะไม่ถูกตรวจสอบว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นมีความใหม่หรือไม่ รวมถึงจะไม่มี การตรวจสอบขั้นการประดิษฐ์ด้วย กล่าวได้ว่า จะตรวจสอบเฉพาะเรื่องของความสงบเรียบร้อย สิ่งต้องห้ามนำมาจดสิทธิบัตรตามที่กำหนดในกฎหมาย และการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาใช้กับสิ่งที่จะขอรับสิทธิบัตรเท่านั้น ในการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสิทธิบัตร ได้มีการเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมโดยการตรวจสอบแบบ full examination มาใช้กับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ กล่าวคือตรวจสอบเต็มรูปแบบในแง่เนื้อหา ความใหม่ ขั้นการประดิษฐ์ ให้มีการคัดค้านโดยอาศัยเหตุเรื่องขาดความใหม่ได้ ตลอดจนเสนอให้มีอนุสิทธิบัตรตามกฎหมายสวิส อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดข้อเสนอดังกล่าวก็มิได้ปรากฏในกฎหมายที่แก้ไขใหม่แต่อย่างใด ด้วยเหตุว่าต้องการให้ขั้นตอนการตรวจสอบสิทธิบัตรเป็นไปอย่างรวดเร็วและไม่เสียค่าใช้จ่ายที่แพงเกินไป จึงกล่าวได้ว่าในปี ค.ศ. ๒๐๒๔ สวิตเซอร์แลนด์ยังคงไม่ตรวจสอบความใหม่ของสิ่งประดิษฐ์ที่นำมาขอรับสิทธิบัตรเช่นเดิม แต่ไม่ว่ากฎหมายสิทธิบัตรสวิสจะมีความแตกต่างจากกฎหมายของประเทศอื่นอย่างไร ในปี ค.ศ. ๒๐๒๔ สวิตเซอร์แลนด์ยังคงเป็นประเทศที่ได้รับการจัดอันดับ Global Innovation Index ที่จัดโดย WIPO ให้เป็นประเทศผู้นำอันดับหนึ่งในด้านนวัตกรรมติดต่อกันเป็นปีที่ ๑๔ โดยเกณฑ์ส่วนหนึ่งจะพิจารณาจากจำนวนสิทธิบัตรที่ออกให้ในปีนั้นต่อผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ^{๒๗}

๔. แนวทางการยกร่างกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทย

จากการพิจารณาข้อมูลกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น เป็นเครื่องยืนยันว่าสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาจะตรวจสอบความใหม่หรือไม่ก็ได้ บางประเทศกำหนดในเชิงหลักการในบททั่วไปของกฎหมายสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรว่า สิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรต้องเป็นงานที่มีความใหม่ แต่บัญญัติในหมวดการตรวจสอบด้วยว่า ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรไม่ต้องตรวจสอบความใหม่ และไม่ได้กำหนดเป็นเหตุแห่งการคัดค้าน แต่ให้ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาได้โดยตรงเพื่อเพิกถอนอนุสิทธิบัตรที่ออกให้โดยปราศจากความใหม่หรือไม่อาจนำไปใช้ในอุตสาหกรรมได้ เช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐมีอำนาจกำหนดนโยบายในเรื่องการตรวจสอบ

^{๒๖} The Federal Council, “Modernising the patent examination procedure”, Press Release <<https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-84733.html>> accessed 2nd November 2024; Lara Dorigo, Alexandra Bühlmann, “Update on the Swiss Patent Law Reform”, 13 January 2023 <<https://pestalozzilaw.com/en/insights/news/legal-insights/update-swiss-patent-law-reform/>> accessed 2nd November 2024.

^{๒๗} IPI, “Switzerland remains the leader in innovation”, 26 September 2024, <<https://www.ige.ch/en/services/newsroom/news/news-details/die-schweiz-weiterhin-als-fuehrende-innovationskraft>> accessed 2nd November 2024.

สิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตรว่าจะตรวจเรื่องใดบ้าง และการวางหลักการเรื่องความใหม่เอาไว้ในบททั่วไปของกฎหมายสิทธิบัตรย่อมทำให้กฎหมายของประเทศนั้นไม่ขัดต่อ Article 27 TRIPS Agreement^{๒๘} อันเป็นพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในตัว

เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ในท้ายที่สุดผู้ร่างกฎหมายจึงได้เสนอความเห็น ว่า หากกรมทรัพย์สินทางปัญญาดำเนินการตามแนวทางที่กล่าวมาข้างต้นมาโดยตลอด กล่าวคือ ไม่ตรวจสอบความใหม่และไม่ตรวจสอบการประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมสำหรับกรณีของการขอรับอนุสิทธิบัตร เช่นนั้นจะเป็นการดีกว่าหรือไม่ที่จะกำหนดไว้ให้ชัดเจนในกฎหมายสิทธิบัตรที่ปรับปรุงใหม่ในลักษณะเดียวกันกับอีกหลายประเทศด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) ในการพิจารณาวาระที่สาม จึงได้เสนอให้กำหนดเงื่อนไขความใหม่ไว้ในร่างมาตรา ๑๑๘^{๒๙} เพื่อวางหลักการเช่นเดียวกับมาตรา ๖๕ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ๒๕๒๒ ดังนี้

“มาตรา ๑๑๘ การประดิษฐ์ที่ขอรับอนุสิทธิบัตรจะต้องประกอบด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

(๑) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่

(๒) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม”

จากนั้นให้บัญญัติไว้ให้ชัดเจนในร่างมาตรา ๑๒๐^{๓๐} ว่าจะไม่ตรวจสอบความใหม่และการประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม กล่าวคือไม่ตรวจตามมาตรา ๑๑๘ เพื่อให้ชัดเจนและเข้าใจตรงกันทั้งผู้บังคับใช้กฎหมายและประชาชนผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

“มาตรา ๑๒๐ ในการออกอนุสิทธิบัตร ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทำการตรวจสอบ ดังต่อไปนี้

(๑) ตรวจสอบคำขอรับอนุสิทธิบัตร

(๒) ตรวจสอบการประดิษฐ์ตามคำขอรับอนุสิทธิบัตร โดยไม่ตรวจการประดิษฐ์ตามมาตรา ๑๑๘

การตรวจสอบตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

ผลของการไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขพื้นฐานเรื่องความใหม่

เมื่อไม่มีการตรวจสอบความใหม่ที่กำหนดไว้เป็นหลักการในมาตรา ๑๑๘ หากมีผู้พบในภายหลังว่าอนุสิทธิบัตรนั้นขาดความใหม่หรือซ้ำกับงานที่ได้จดอนุสิทธิบัตรไปแล้ว

^{๒๘} *Op.cit. supra note 3.*

^{๒๙} เลขมาตราอาจมีการเปลี่ยนแปลง เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติฯ ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^{๓๐} เลขมาตราอาจมีการเปลี่ยนแปลง เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติฯ ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

หรือไม่สามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมได้ จะอย่างไร ในเรื่องนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) และกรมทรัพย์สินทางปัญญาเห็นพ้องกันว่าควรต้องใช้กลไก “การเพิกถอนอนุสิทธิบัตร” จึงจะเหมาะสม ผู้เขียนเห็นด้วยว่าการคัดค้านก่อนออกอนุสิทธิบัตรจะทำให้กระบวนการจดทะเบียนยื่นคำขอไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสิทธิบัตรและสูญเสียความสามารถในการแข่งขันกับนานาประเทศ ที่ประชุมจึงได้ยกร่างมาตรา ๑๒๒^{๓๑} อันมีสาระสำคัญสรุปได้ว่า บุคคลผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบว่าการประดิษฐ์ที่ได้รับอนุสิทธิบัตรไม่มีลักษณะตามที่กำหนดในมาตรา ๑๑๘ (ขาดความใหม่หรือไม่สามารถประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรม) ภายในหกปีนับแต่วันยื่นคำขอรับอนุสิทธิบัตรในราชอาณาจักร กรณีอธิบดีพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่เป็นการประดิษฐ์ตามมาตรา ๑๑๘ ให้อธิบดีมีคำสั่งให้สอบสวนข้อเท็จจริง และแจ้งคำสั่งให้ผู้ทรงอนุสิทธิบัตรทราบเพื่อยื่นคำชี้แจงภายในหกสิบวัน ถ้าอธิบดีเห็นว่าการประดิษฐ์นั้นไม่เป็นการประดิษฐ์ตามมาตรา ๑๑๘ ให้อธิบดีสั่งเพิกถอนอนุสิทธิบัตรดังกล่าว และแจ้งให้ผู้ขอให้ตรวจสอบและผู้ทรงอนุสิทธิบัตรทราบ เห็นได้ว่าแนวทางการขอให้ตรวจสอบการประดิษฐ์ตามที่กำหนดไว้ในร่างมาตรา ๑๒๒ นี้ เป็นแนวทางที่คล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส แต่อาจต่างจากสวิตเซอร์แลนด์เพราะกฎหมายสวิสให้นำคดีขึ้นสู่ศาลโดยไม่มีช่องทางให้ขอเพิกถอนกับสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาสวิสได้

นอกจากนี้ เพื่อความรัดกุมยังได้กำหนดไว้ในร่างมาตรา ๑๒๗^{๓๒} ที่เป็นบทกวาด (sweeping clause) ในตอนท้าย สำหรับกรณีที่ไม่มีคำร้องขอให้เพิกถอนสิทธิบัตรต่ออธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญาภายในหกปีนับแต่วันยื่นคำขอรับอนุสิทธิบัตรในราชอาณาจักร ก็ยังมีโอกาสฟ้องคดีต่อศาล กล่าวคือ อนุสิทธิบัตรที่ได้ออกไปโดยไม่ชอบด้วยมาตรา ๑๑๘ ให้ถือว่าอนุสิทธิบัตรนั้นไม่สมบูรณ์ ซึ่งความไม่สมบูรณ์นี้ บุคคลใดจะกล่าวอ้างขึ้นก็ได้ หรือบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการจะฟ้องต่อศาลขอให้เพิกถอนอนุสิทธิบัตรนั้นก็ได้

บทสรุป

ผู้เขียนเชื่อมั่นว่าหากร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. ที่เป็นกฎหมายสิทธิบัตรฉบับปรับปรุงซึ่งผ่านการตรวจพิจารณาโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ประกาศใช้เป็นกฎหมายโดยยังคงไว้ซึ่งเนื้อหาตามที่กล่าวมานี้ ประชาชนทั่วไป ผู้สอนกฎหมายและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้ก็คงจะหมดข้อสงสัยในประเด็นนี้และยังได้ทราบที่มาของการกำหนดกฎหมายของหลายประเทศ อีกทั้งร่างพระราชบัญญัติฯ ยังได้นำกลไกการเพิกถอนสิทธิบัตรมาใช้ทั้งในส่วนของการดำเนินการภายในกรมทรัพย์สินทางปัญญา และในส่วนของศาลยุติธรรม

^{๓๑} เลขมาตราอาจมีการเปลี่ยนแปลง เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติฯ ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^{๓๒} เลขมาตราอาจมีการเปลี่ยนแปลง เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติฯ ยังอยู่ระหว่างการดำเนินการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เป็นการยืนยันว่า ความใหม่และการประยุกต์ใช้ในอุตสาหกรรมนั้นเป็นเงื่อนไขพื้นฐานที่ไม่อาจขาดไปได้ของงานที่ขอรับอนุสิทธิบัตรตามกฎหมายไทย



การพัฒนากฎหมายและการลดระบบการบริหารงานราชการที่มีพิธีรื้อต้องมากเกินไป ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี *

ตอนที่ ๑

รายงานพิเศษของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ เรื่อง การพัฒนาการตรากฎหมายและการลดระบบ
บริหารแบบมีพิธีรื้อต้อง ในสมัยสภานิติบัญญัติชุดที่ ๒๐ (Sonderbericht der
Bundesregierung – Bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau in der 20.
Legislaturperiode)

นันท์ชญาณ์ ชาญณรงค์ **

บทความนี้เป็นบทความที่ประสงค์จะให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการพัฒนากฎหมาย
และการลดระบบการบริหารงานราชการที่มีพิธีรื้อต้องมากเกินไปของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
ซึ่งผู้เขียนได้แบ่งบทความนี้ออกเป็น ๓ ตอน โดยในตอนที่ ๑ ที่ท่านกำลังอ่านอยู่นี้ จะเป็นการ
นำเสนอสรุปรายงานพิเศษของรัฐบาลแห่งสหพันธ์เรื่อง การพัฒนาการตรากฎหมายและการลด
ระบบบริหารแบบมีพิธีรื้อต้อง ในสมัยสภานิติบัญญัติชุดที่ ๒๐ (Sonderbericht der
Bundesregierung – Bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau in der 20.
Legislaturperiode) สำหรับตอนที่ ๒ และ ๓ นั้น จะเป็นการนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับร่างกฎหมาย
ว่าด้วยการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรื้อต้อง ฉบับที่ ๔ (Bürokratieentlastungsgesetz IV “BEG
IV”) และศูนย์การร่างกฎหมาย (Zentrum für Legistik) ตามลำดับ

ระบบบริหารแบบมีพิธีรื้อต้อง (Bureaucracy)

คำว่า “Bureaucracy” เป็นคำที่มีที่มาจากภาษาฝรั่งเศส เป็นคำประสมระหว่างคำ
ว่า “bureau” ที่หมายความว่า “โต๊ะทำงาน ห้องทำงาน หรือสำนักงาน” และคำว่า “cratie” ซึ่ง
มีรากศัพท์มาจากภาษากรีก “kratein” หมายถึง “การปกครอง”^๑ เมื่อนำเข้ามารวมกัน จะได้

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและ
บรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ กองกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม; ดุษฎี
บัณฑิตทางนิติศาสตร์ (Doktorin der Rechtswissenschaft (Dr. iur.)) จากมหาวิทยาลัย Goethe
Universität Frankfurt am Main; เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง (Ass. iur. = Zweite Juristische
Staatsprüfung) จากกระทรวงยุติธรรมรัฐเฮสเซน; เนติบัณฑิตเยอรมันขั้นต้น (Erste Juristische Staatsprü-
fung) จากกระทรวงยุติธรรมรัฐบาเดินเวือร์ทเทมแบร์ก และจบการศึกษาระดับอุดมศึกษาจาก
มหาวิทยาลัย Albert-Ludwigs-Universität Freiburg ประเทศเยอรมนี.

^๑ Cornelsen Verlag GmbH (2024), Duden Wörterbuch, สืบค้นได้ที่
<https://www.duden.de/suchen/dudenonline/B%C3%BCrokratie> (สืบค้นครั้งล่าสุดเมื่อวันที่
๒๔ สิงหาคม ๒๕๖๗); Gerd Schneider / Christiane Toyka-Seid, Das junge Politik-Lexikon von
www.hanisauland.de, สืบค้นได้ที่ [https://www.hanisauland.de/wissen/lexikon/grosses-lexikon/b/
buerokratie.html](https://www.hanisauland.de/wissen/lexikon/grosses-lexikon/b/buerokratie.html) (สืบค้นครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๖๗).

ความหมายว่า “การปกครองของโต๊ะทำงาน ห้องทำงาน หรือสำนักงาน” การแปลโดยการรวมคำอย่างง่าย ๆ นี้ อาจจะไม่สละสลวยและมีความแตกต่างจากคำแปลที่ผู้อ่านอาจเคยได้อ่านมาจากพจนานุกรมแปลภาษา แต่การแปลในลักษณะนี้จะทำให้เห็นภาพชัดเจน กล่าวคือ ภาพของการปกครองที่เกิดขึ้นและดำเนินไปบนโต๊ะทำงาน ห้องทำงาน หรือสำนักงาน มีเอกสารมากมายบนโต๊ะทำงาน มีการแบ่งหน้าที่อย่างชัดเจนว่าใครมีหน้าที่อะไร นั่งทำงานที่โต๊ะทำงานใด ห้องทำงานไหน สำนักงานใด และการทำงานตามหน้าที่เหล่านั้น ก็เป็นไปตามกระบวนการ ขั้นตอนที่ถูกกำหนดไว้อย่างละเอียด โดยผู้เขียนจะขอแปลเพื่อให้สละสลวยและเข้าใจง่าย ๆ ว่า “ระบบการบริหารงานแบบมีพิธีรีตอง”

เมื่อนึกถึงภาพการบริหารงานแบบมีพิธีรีตองแล้ว หลายคนคงนึกถึงระบบการทำงานในระบบราชการ ซึ่งการนึกคิดเช่นนี้ ไม่ได้เป็นเฉพาะเมื่อนึกถึงระบบการทำงานในราชการของประเทศไทยเท่านั้น แต่เมื่อนึกถึงระบบราชการของประเทศอื่น ๆ เช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ต่อไปจะเรียกโดยย่อว่าประเทศเยอรมนี) เห็นได้จากการที่คนเยอรมันมีการใช้คำว่า “Bürokratie” เป็นคำพ้องกับคำว่า “Verwaltung” ที่หมายความว่าฝ่ายปกครองหรือราชการด้วย^๒ แต่กระนั้น คำว่า “Bureaucracy” เมื่อพิจารณาในรูปคำจริง ๆ แล้ว ไม่ได้มีความหมายในเชิงลบอย่างที่เข้าใจกัน นอกจากนี้ ยังมีประโยชน์และจำเป็นต่อการสร้างและจัดการองค์กร โดยเฉพาะองค์กรภาครัฐหรือราชการที่เป็นเครื่องมือสำคัญที่ได้รับความชอบธรรมจากระบอบประชาธิปไตยให้มีหน้าที่ใช้กฎหมายให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม^๓

อย่างไรก็ดี ความหมายเชิงลบของ คำว่า “Bureaucracy” ที่เป็นความหมายที่คนส่วนใหญ่เข้าใจกันนั้นก็มิใช่เหตุผล เนื่องจากระบบราชการปัจจุบันมีความเป็นพิธีรีตองมากเกินไป ถึงขั้นที่เป็นอุปสรรคและสร้างความสับสนต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือการดำเนินชีวิตของประชาชน^๔ ดังนั้น เพื่อให้ระบบราชการสามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมและประเทศชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน ไม่สร้างอุปสรรคและความสับสนให้แก่ประชาชนและระบบเศรษฐกิจ จึงมีความพยายามในการจะลดความซับซ้อนของระบบการบริหารงานแบบมีพิธีรีตองลง

^๒ Normenkontrollrat Badenwürttemberg (2021), Ursachen übermäßiger Bürokratie, หน้า 1, สืบค้นได้ที่ https://www.normenkontrollrat-bw.de/fileadmin/_normenkontrollrat/PDFs/Empfehlungsberichte_und_Positionspapiere/Positionspapier-Ursachen-uebermaessiger-Buerokratie.pdf (สืบค้นครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๖๗).

^๓ เฟิ่งอ้าง.

^๔ เฟิ่งอ้าง.

ตัวอย่างความสำเร็จของการปรับความซับซ้อนของระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองในประเทศไทย

สำหรับในประเทศไทย ก็มีความพยายามที่จะปรับลดความซับซ้อนของระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองลง ที่เห็นผลสำเร็จชัดเจนก็คือการปรับการทำงานให้สอดคล้องกับวิถีชีวิตรูปแบบใหม่ หรือ new normal อันเป็นปฏิริยาตอบสนองกับวิถีชีวิตที่เปลี่ยนแปลงไปในช่วงของสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนาหรือโควิด ๒๐๑๙ ของหน่วยงานราชการต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นหนึ่งในหน่วยงานราชการที่ได้มีการปรับเปลี่ยนรูปแบบการปฏิบัติงาน^๕ ให้เป็นการปฏิบัติงานนอกสถานที่ตั้งตั้งแต่เริ่มมีการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนาเมื่อปี ๒๕๖๓ เป็นต้นมา โดยมีการร่วมมือกับองค์กรทั้งภาครัฐและเอกชนพัฒนาเทคโนโลยีดิจิทัลมาใช้สนับสนุนการปฏิบัติงาน จนปัจจุบันสามารถปรับให้เป็นการปฏิบัติงานผ่านระบบดิจิทัลได้เกือบร้อยเปอร์เซ็นต์ โดยการใช้ระบบดิจิทัลนี้สามารถลดขั้นตอนการสั่งงานภายในได้มากกว่า ๑๐๐ ขั้นตอน^๖ ทำให้การทำงานเป็นไปด้วยความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพมากขึ้น อีกทั้งยังเป็นการลดการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ (เช่น กระดาษ แฟ้ม) ประหยัดพลังงาน ลดมลพิษ ลดปัญหาการจราจร เนื่องจากบุคลากรส่วนใหญ่ไม่จำเป็นต้องเข้ามาปฏิบัติงานในที่ทำงาน แต่สามารถปฏิบัติงานจากที่ใดก็ได้ (Work from Anywhere) ซึ่งเป็นการสร้าง work life balance ส่งเสริมความสัมพันธ์ในครอบครัว ยกระดับคุณภาพชีวิตและความพึงพอใจในการทำงานของบุคลากร ซึ่งเป็นปัจจัยที่สำคัญในการสร้างและยกระดับคุณภาพของงานอีกด้วย นอกจากการปรับกระบวนการภายในหน่วยงานแล้ว การพัฒนากฎหมายก็มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการช่วยปรับลดความซับซ้อนของระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองลง การออกพระราชบัญญัติการปฏิบัติราชการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๖๕ เป็นตัวอย่างที่สำคัญตัวอย่างหนึ่งที่พิสูจน์ให้เห็นแล้วว่าระบบบริหารงานแบบมีพิธีรีตองในงานราชการนั้นไม่ได้เกิดขึ้นและดำรงอยู่ด้วยเหตุผลของตัวมันเองหรือเป็นสิ่งที่ตายตัว แต่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ เทคโนโลยี และวิถีชีวิตที่เปลี่ยนแปลงไป เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน สังคม และประเทศชาติ

ความพยายามที่จะปรับเพื่อลดความซับซ้อนของระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองในประเทศไทยขณะนี้

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในช่วงต้น ไม่เฉพาะแต่ประเทศไทยเท่านั้น ประเทศเยอรมนีก็มีความพยายามที่จะปรับเพื่อลดความซับซ้อนของระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองลงเช่นเดียวกัน โดยเมื่อวันที่ ๒๕ ตุลาคม ๒๕๖๖ ที่ผ่านมารัฐบาลแห่งสหพันธ์ได้จัดทำรายงานพิเศษ เรื่อง

^๕ สำนักวิจัยและพัฒนาระบบงานบุคคล สำนักงาน ก.พ. (๒๕๖๕), คู่มือแนวทางการปฏิบัติราชการที่รองรับชีวิตและการทำงานวิถีใหม่, หน้า ๓๙.

^๖ ปกรณ์ นิลประพันธ์, เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา, ในการพูดคุยระหว่างน้องใหม่กับท่านเลขาธิการ ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ ๑๗ กรกฎาคม ๒๕๖๗.

การพัฒนาการตรากฎหมายและการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง ในสมัยสภานิติบัญญัติชุดที่ ๒๐ (Sonderbericht der Bundesregierung – Bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau in der 20. Legislaturperiode) เพื่อรายงานต่อรัฐสภาถึงความคืบหน้าในการดำเนินงานต่อรัฐสภา ซึ่งรัฐสภาได้ส่งรายงานดังกล่าวต่อไปยังคณะกรรมการธิการที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาต่อไป^๗ โดยในย่อหน้าต่อจากนี้ผู้เขียนจะขอสรุปสาระสำคัญของรายงานพิเศษดังกล่าวโดยสังเขป ดังนี้

รายงานพิเศษของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ เรื่อง การพัฒนาการตรากฎหมายและการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง ในสมัยสภานิติบัญญัติชุดที่ ๒๐ (Sonderbericht der Bundesregierung – Bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau in der ๒๐. Legislaturperiode)^๘

รายงานพิเศษฉบับนี้ แบ่งเนื้อหาออกได้เป็น ๒ ส่วนใหญ่ ๆ คือ ๑. มาตรการกลางของรัฐบาลแห่งสหพันธ์^๙ และ ๒. มาตรการที่แยกตามความรับผิดชอบเชิงนโยบายของกระทรวงต่าง ๆ ในรัฐบาล ซึ่งทั้งสองส่วนนี้ประกอบไปด้วยมาตรการทั้งที่ได้มีการดำเนินการเสร็จสิ้นแล้ว มาตรการที่อยู่ระหว่างการดำเนินการ และมาตรการที่ได้วางแผนไว้ว่าจะดำเนินการ^{๑๐}

๑. มาตรการกลางของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ ประกอบด้วย ๔ มาตรการใหญ่ ๆ ได้แก่

๑.๑ กิจกรรมของคณะกรรมการเลขานุการแห่งรัฐ^{๑๑} เพื่อการพัฒนาการตรากฎหมาย และการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง (Staatssekretärs-Ausschusses für Bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau)^{๑๒}

คณะกรรมการเลขานุการแห่งรัฐเพื่อการพัฒนาการตรากฎหมาย และการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง ได้มีการเชิญให้สมาคมผู้ประกอบการต่าง ๆ ทั้งจากในภาค

^๗ Deutscher Bundestag (2023), Sonderbericht zur besseren Rechtsetzung und zum Bürokratieabbau, สืบค้นได้ที่ <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw45-de-sonderbericht-breg-975438> (สืบค้นครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๖๗).

^๘ Bundesministerium der Justiz (2023), Sonderbericht der Bundesregierung – Bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau in der 20. Legislaturperiode, สืบค้นและดาวน์โหลดได้ที่ https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Dokumente/Sonderbericht_BT_Buerokratieabbau.html (สืบค้นครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๖๗).

^๙ เพิ่งอ้าง, หน้า ๖.

^{๑๐} เพิ่งอ้าง.

^{๑๑} หากเทียบกับตำแหน่งในประเทศไทยเลขานุการแห่งรัฐของประเทศเยอรมนีมีฐานะเทียบเท่ากับข้าราชการระดับปลัดกระทรวง

^{๑๒} อ้างไว้ เชมอร์รที่ ๑๐.

เศรษฐกิจและภาคสังคมเข้าร่วมรับฟังความคิดเห็นในเรื่องการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง โดยมีสมาคมผู้ประกอบการรวมทั้งสิ้น ๕๗ สมาคม เข้าร่วมรับฟังความคิดเห็นโดยตอบแบบสอบถามออนไลน์และสมาคมเหล่านั้นได้ยื่นข้อเสนอรวมทั้งสิ้น ๔๔๒ ข้อ ซึ่งกรมสถิติแห่งสหพันธ์ได้วิเคราะห์ข้อเสนอดังกล่าวและนำมาจัดกลุ่มแยกได้เป็น ๕ ประเภท^{๑๓} ได้แก่

ประเภทที่ ๑ ข้อเสนอที่สามารถนำไปสร้างเป็นมาตรการทางกฎหมายของแต่ละกระทรวงได้โดยตรงหรือสามารถนำไปสร้างเป็นมาตรการโดยตรงในร่างกฎหมายว่าด้วยการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง ฉบับที่ ๔ (Bürokratieentlastungsgesetz IV “BEG IV”)^{๑๔}

ประเภทที่ ๒ ข้อเสนอที่ยังมีความจำเป็นต้องตรวจสอบว่าเมื่อพิจารณาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือมาตรการในกฎหมายระดับรองที่เกี่ยวข้องแล้ว สามารถที่จะสร้างกรอบเงื่อนไขในการพัฒนากระบวนการให้มีประสิทธิภาพดีขึ้นได้หรือไม่^{๑๕}

ประเภทที่ ๓ ข้อเสนอที่ยังมีความจำเป็นต้องศึกษาและติดตามต่อไป โดยการตรวจสอบสิ่งที่ปฏิบัติกันอยู่ในปัจจุบันหรือการศึกษาในรูปแบบของการทำเป็นโครงการเพื่อที่จะหาแนวทางในการแก้ปัญหาและพัฒนามาตรการเฉพาะที่เป็นรูปธรรมต่อไปในกรณีที่เป็น^{๑๖}

ประเภทที่ ๔ ข้อเสนอที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสหพันธ์และต้องได้รับการส่งต่อไปยังผู้มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบ (เช่น รัฐต่าง ๆ ในเยอรมัน สหภาพยุโรป หรือองค์กรปกครองตนเอง เป็นต้น) เพื่อพิจารณา^{๑๗}

ประเภทที่ ๕ ข้อเสนอที่ยังจำเป็นต้องพัฒนาเครื่องมือและวิธีในการพัฒนาการตรากฎหมายให้ดีขึ้นต่อไป^{๑๘}

โดยข้อเสนอในประเภทที่ ๑ และ ๒ นี้ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ โดยกระทรวงต่าง ๆ ได้มีการวิเคราะห์ผลและจัดทำรายงานเผยแพร่ เพื่อให้เกิดความโปร่งใส ว่าข้อเสนอต่าง ๆ นั้น จะถูกนำไปทำให้เกิดขึ้นจริงได้หรือไม่ อย่างไร หรือเพราะเหตุใดข้อเสนอข้อใดจึงถูกตีตกไปสำหรับข้อเสนอประเภทอื่น ๆ ยังอยู่ในกระบวนการวิเคราะห์ผล^{๑๙}

นอกจากนี้ ยังมีการใช้ผลจากการวิเคราะห์ข้อเสนอประเภทที่ ๑ มาใช้เป็นพื้นฐานในการร่างกฎหมายว่าด้วยการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง ฉบับที่ ๔ (Bürokratieentlastungsgesetz IV “BEG IV”) ที่คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ได้มีมติ

^{๑๓} เฟ็งอ้าง.

^{๑๔} เฟ็งอ้าง.

^{๑๕} เฟ็งอ้าง.

^{๑๖} เฟ็งอ้าง.

^{๑๗} เฟ็งอ้าง.

^{๑๘} เฟ็งอ้าง.

^{๑๙} เฟ็งอ้าง.

ให้ความเห็นชอบในสาระสำคัญในการประชุมเมื่อวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๖๖^{๒๐} ด้วย ซึ่งผู้เขียนจะได้นำเสนอสาระสำคัญของร่างกฎหมายดังกล่าวในตอนต่อไป ของบทความนี้

๑.๒ การดำเนินการริเริ่มในสหภาพยุโรป

ในการประชุมคณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๖๖ คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ได้มีมติเห็นชอบให้ใช้ “เอกสารเพื่อการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองในชั้นสหภาพยุโรป” (Das Papier zum Bürokratieabbau auf Ebene der Europäischen Union) เพื่อเป็นพื้นฐานในการร่วมมือกับประเทศสมาชิกยุโรปอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศส ในการริเริ่มด้านต่าง ๆ ซึ่งตามเอกสารดังกล่าว คณะรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ได้เห็นชอบมาตรการต่าง ๆ เช่น (๑) การผลักดันให้มีการใช้เครื่องมือในการพัฒนาการตรากฎหมายในชั้นสหภาพยุโรปที่มีอยู่แล้ว เช่น การดำเนินการประเมินผลให้จริงจังกมากยิ่งขึ้น โดยที่ยังคงมาตรฐานในการคุ้มครองที่จำเป็นเอาไว้ (๒) มีการเสนอให้มีการดำเนินการจัดทำบัญชีคำนวณต้นทุนที่เกิดขึ้นจากระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองที่เป็นอยู่ในปัจจุบันในชั้นสหภาพยุโรป โดยอาจจัดทำขึ้นในรูปแบบที่คล้ายคลึงกับดัชนีต้นทุนที่เกิดขึ้นจากระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองของเยอรมัน (๓) มีการเสนอให้ปรับลดหน้าที่ในการจัดทำรายงานต่าง ๆ อันเป็นหน้าที่ที่กฎหมายยุโรปกำหนดไว้ให้เหลือน้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น โดยพิจารณาจากเป้าหมายของหน้าที่เหล่านั้น และขจัดหน้าที่ในการจัดทำรายงานที่ซ้ำซ้อนกัน สำหรับกฎหมายยุโรปที่จะออกใหม่ มีการเสนอให้ตรวจสอบความเป็นไปได้ในการปรับเปลี่ยนเพื่อใช้ระบบดิจิทัล (Digitalcheck) เพื่อพัฒนาให้กฎหมายยุโรปสามารถสอดคล้องและสอดคล้องกับการใช้ระบบดิจิทัลได้มากยิ่งขึ้น เป็นต้น^{๒๑} นอกจากนี้ กระทรวงเศรษฐกิจและคุ้มครองสิ่งแวดล้อมแห่งสหพันธ์ยังได้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นจากสาธารณะในเรื่องเกี่ยวกับอุปสรรคที่เกิดจากระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองในชั้นสหภาพยุโรป ซึ่งปัจจุบันอยู่ระหว่างการตรวจสอบและวิเคราะห์ข้อเสนอแนะจากการรับฟังดังกล่าว^{๒๒}

๑.๓ หลักการในเชิงวิธีการรูปแบบใหม่

(๑) การตรวจสอบความเป็นไปได้ในการปรับเปลี่ยนเพื่อใช้ระบบดิจิทัล (Digitalcheck)

ในการเริ่มต้นร่างกฎหมายจะต้องมีการพิจารณาว่ากระบวนการธุรกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องสามารถดำเนินการในรูปแบบดิจิทัลได้หรือไม่ และนำกรณีการดำเนินการในรูปแบบดิจิทัลนั้นมาเป็นข้อพิจารณาในการร่างกฎหมายด้วยตั้งแต่ต้น เนื่องจากกฎหมายที่สอดคล้องและสอดคล้องกับการใช้ระบบดิจิทัลเป็นปัจจัยพื้นฐานสำคัญในการพัฒนากระบวนการดิจิทัล ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชน บริษัท และหน่วยงานราชการ^{๒๓}

^{๒๐} เฟิ่งอ้าง, หน้า ๗.

^{๒๑} เฟิ่งอ้าง.

^{๒๒} เฟิ่งอ้าง, หน้า ๘.

^{๒๓} เฟิ่งอ้าง.

(๒) การตรวจสอบสิ่งที่ปฏิบัติกันอยู่ในปัจจุบัน (Praxischeck)

การตรวจสอบสิ่งที่ปฏิบัติกันอยู่ในปัจจุบัน (Praxischeck) หมายถึง กระบวนการที่เป็นระบบในการตรวจสอบค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนในส่วนของการบริหารแบบมีพิธีรีตองที่เกิดขึ้นจากกฎหมายและกฎเกณฑ์ ซึ่งกระบวนการนี้เป็นกระบวนการตรวจสอบโดยนำทุกสิ่งที่เกี่ยวข้องมารวมพิจารณาทั้งหมดและเป็นการตรวจสอบในตัวของการบังคับใช้กฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้น โดยคำนึงถึง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียที่เกี่ยวข้อง กระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยกระทรวงการเศรษฐกิจและการคุ้มครองสภาพอากาศแห่งสหพันธ์ เพื่อค้นหาและระบุสิ่งที่เป็อุปสรรคในเชิงระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองต่อแผนการลงทุนแผนใดแผนหนึ่งที่วางไว้อย่างเป็นรูปธรรมแล้ว หรือกรณีต่าง ๆ และเมื่อสามารถระบุอุปสรรคที่เกิดขึ้นได้แล้วก็จะได้พัฒนาสิ่งที่เป็คำตอบที่จะมาแก้ไขปัญหาละจัดอุปสรรคดังกล่าวต่อไป ซึ่งกระบวนการ Praxischeck นี้ได้ถูกพัฒนาขึ้นครั้งแรกในบริบทของเรื่อง “การติดตั้งและการใช้งานระบบแผงโซลาร์เซลล์ในภาคธุรกิจ” นอกจากนี้ ยังได้ถูกใช้ในกรณีอื่น ๆ เช่น ในเรื่องการตั้งบริษัท เป็นต้น^{๒๔}

(๓) ห้องทดลองสถานการณ์จริง (Reallabore)

ห้องทดลองสถานการณ์จริงเป็นการเปิดโอกาสให้สามารถทดลองนวัตกรรมใหม่ ๆ บนเงื่อนไขของสถานการณ์จริงในช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้โดยอยู่ภายใต้การติดตามดูแลจากทางราชการ ซึ่งการใช้ห้องทดลองนี้จะทำให้สามารถสะสมประสบการณ์ ได้รู้ถึงโอกาสและความเสี่ยงของนวัตกรรมนั้น ๆ และผลที่ได้จากห้องทดลองนี้ไปเป็นพื้นฐานของการปรับปรุงกรอบกฎหมาย เช่น การอนุญาตให้ใช้นวัตกรรมดังกล่าวได้เป็นการทั่วไป ซึ่งปัจจุบันรัฐบาลแห่งสหพันธ์ได้มีเป้าหมายที่จะออกกฎหมายว่าด้วยห้องทดลองสถานการณ์จริงที่จะเป็นกรอบเงื่อนไขสำหรับห้องทดลองสถานการณ์จริงที่เป็นแบบเดียวกันทั้งหมดและที่เป็นมิตรต่อนวัตกรรม^{๒๕}

(๔) หลัก Once-Only

เมื่อวันที่ ๘ ธันวาคม ๒๕๖๕ นายกรัฐมนตรีของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ ร่วมกับนายกรัฐมนตรีของรัฐบาลแห่งรัฐต่าง ๆ ในประเทศเยอรมนีได้แสดงเจตนารมณ์ร่วมกันที่จะใช้หลัก Once-Only ให้เร็วที่สุด กล่าวคือ ความพยายามที่จะให้หน่วยงานราชการต่าง ๆ เข้าถึงซึ่งข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ทางราชการใดหน่วยงานราชการหนึ่งมีอยู่แล้ว โดยไม่ต้องขอหรือเก็บข้อมูลนั้นซ้ำซ้อนอีก ซึ่งการเข้าถึงนี้จำเป็นจะต้องได้รับความยินยอมจากประชาชนที่เกี่ยวข้องที่ได้ให้ข้อมูลนั้นไว้หรือต้องได้รับอำนาจจากกฎหมาย ปัจจุบันได้มีการตั้งทีมนวัตกรรมซึ่งมีสมาชิกที่มาจากหลายกระทรวงและหลายระดับให้ร่วมกันทำงานแบบ Agile หาและทดสอบแนวคิดใหม่ ๆ เพื่อพัฒนาสร้างพิมพ์เขียวที่จะมาแก้ไขปัญหในการแลกเปลี่ยนข้อมูลของหน่วยงานราชการ

^{๒๔} เฟ็งอ้าง.

^{๒๕} เฟ็งอ้าง.

ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบัน ตัวอย่างที่สามารถยกขึ้นมาให้เห็นได้ชัดเจนก็คือการที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้เงินช่วยเหลือต่าง ๆ มีการใช้ “รายรับ” เป็นเงื่อนไขสำคัญ ดังนั้นการปรับคำหรือนิยามของคำว่า “รายรับ” ให้สอดคล้องกันและสามารถใช้ร่วมกันได้ ก็เป็นวิธีหนึ่งที่จะสามารถทำให้การแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างหน่วยงานราชการ ไม่ว่าจะเป็นการแลกเปลี่ยนข้อมูลทั้งหมดหรือบางส่วน เป็นสิ่งที่เป็นไปได้^{๒๖}

(๕) ศูนย์การร่างกฎหมาย (Zentrum für Legistik)

ศูนย์การร่างกฎหมาย (Zentrum für Legistik) เป็นหน่วยงานที่อยู่ภายใต้กระทรวงการยุติธรรมแห่งสหพันธ์ ถูกจัดตั้งขึ้นใหม่ในปี พ.ศ. ๒๕๖๖ เพื่อพัฒนาคุณภาพของการร่างกฎหมายให้ดีขึ้น โดยศูนย์การร่างกฎหมายนี้จะดูแลกระบวนการออกกฎหมายทั้งระบบ โดยพุ่งเป้าไปที่ช่วงเริ่มต้นของการออกกฎหมาย เนื่องจากช่วงดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการตัดสินใจทางโครงสร้างและหลักการ ซึ่งจะเป็นตัวตัดสินคุณภาพของกฎหมายที่จะเกิดขึ้นนั้น ๆ นอกจากนี้ ศูนย์การร่างกฎหมายยังมีเป้าหมายที่จะพัฒนานักร่างกฎหมายและพัฒนาหลักในการร่างกฎหมายในเชิงวิชาการอีกด้วย^{๒๗}

๑.๔ การทำงานร่วมกันกับคณะกรรมการที่ปรึกษาเกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายแห่งชาติ

คณะกรรมการที่ปรึกษาเกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายแห่งชาติเป็นผู้ให้คำปรึกษารัฐบาลแห่งสหพันธ์ในเรื่องการพัฒนาการตรากฎหมายให้ดีขึ้นและลดการใช้ระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองลง ช่วยเหลือนักร่างกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้วิธีการในการประเมินและแสดงค่าใช้จ่ายและเวลาที่จะต้องใช้เวลาทั้งหมดที่จะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามกฎหมาย และตั้งแต่ต้นปี ๒๕๖๖ ที่ผ่านมากomiteeกรรมการฯ ยังเป็นผู้ดำเนินการตรวจสอบความเป็นไปได้ในการปรับเปลี่ยนเพื่อใช้ระบบดิจิทัล (Digitalcheck) สำหรับแผนในการออกบทบัญญัติใหม่ ๆ อีกด้วย^{๒๘}

๒. มาตรการที่แยกตามความรับผิดชอบเชิงนโยบายของกระทรวงต่าง ๆ ในรัฐบาล

สำหรับส่วนที่ ๒ ของรายงานพิเศษของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ เป็นการรายงานให้เห็นถึงมาตรการการลดความซับซ้อนของระบบบริหารราชการแบบมีพิธีรีตองที่แยกตามความรับผิดชอบเชิงนโยบายในกระทรวงต่าง ๆ ในรัฐบาลของประเทศเยอรมนี ทั้งที่ดำเนินการไปแล้ว อยู่ระหว่างการดำเนินการในปัจจุบัน และอยู่ในแผนการดำเนินการ รวมทั้งสิ้นมากกว่า ๑๐๐ มาตรการ^{๒๙} ซึ่งผู้เขียนจะขอยกตัวอย่างที่น่าสนใจเพียง ๘ ตัวอย่าง มานำเสนอ ดังนี้

^{๒๖} เฟิงอ้าง, หน้า ๙.

^{๒๗} เฟิงอ้าง.

^{๒๘} เฟิงอ้าง.

^{๒๙} เฟิงอ้าง, ตั้งแต่หน้า ๑๐ ถึง ๕๒.

(๑) การจัดทำทะเบียนพื้นฐานสำหรับบริษัท (Basisregister für Unternehmen) ในอนาคต ทะเบียนพื้นฐานสำหรับบริษัท (Basisregister für Unternehmen) จะเป็นที่เก็บสะสมข้อมูลพื้นฐานของบริษัททุกบริษัทในประเทศเยอรมนี รวมถึงหมายเลขทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นหมายเลขที่กำหนดขึ้นเป็นรูปแบบเดียวกันสำหรับทั้งสหพันธ์เพื่อใช้ระบุตัวตนที่แน่นอนของบริษัทต่าง ๆ การจัดทำทะเบียนพื้นฐานสำหรับบริษัทนี้ถือเป็นก้าวสำคัญก้าวหนึ่งในการเริ่มต้นจัดการการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างหน่วยงานราชการให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เป็นการใช้หลัก Once-Only ในอนาคต บริษัทต่าง ๆ จะต้องให้ข้อมูลแก่ทางราชการเพียงครั้งเดียวเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องให้ข้อมูลซ้ำซ้อนเพื่อจดทะเบียนต่าง ๆ อีกต่อไป ซึ่งจากการประเมินผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นพบว่า หากสามารถจัดทำทะเบียนพื้นฐานสำหรับบริษัทและใช้หลัก Once-Only ได้อย่างครบถ้วนบริบูรณ์ จะทำให้สามารถลดต้นทุนสำหรับบริษัทได้ เป็นมูลค่าถึงหลักร้อยล้านยูโรต่อปี^{๓๐}

(๒) การลดความซับซ้อนในการตั้งบริษัทใหม่หรือตั้งบริษัทต่อจากบริษัทเดิม (Neu- und Nachfolgegründungen vereinfachen) ในแผนยุทธศาสตร์ Start up ของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ได้มีการจัดทำและดำเนินการโครงการเพื่อลดกำแพงที่เกิดจากระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองสำหรับกระบวนการก่อตั้งบริษัท ซึ่งในการดำเนินการโครงการนั้น สำนักงานสถิติแห่งสหพันธ์ได้รับมอบหมายให้ตรวจสอบสิ่งที่ปฏิบัติกันอยู่ในปัจจุบัน (Praxischeck) โดยตรวจสอบจากตัวอย่างจริงของการก่อตั้งบริษัทในสาขาต่าง ๆ ที่เลือกมาพิจารณา ซึ่งในการตรวจสอบดังกล่าวได้โฟกัสไปที่ทุก ๆ ขั้นตอนของการบริหารจัดการและระบบบริหารราชการแบบมีพิธีรีตองในกระบวนการก่อตั้งบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการปฏิบัติหรือบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือ ปฏิสัมพันธ์ระหว่างผู้ก่อตั้งบริษัทและหน่วยงานราชการ และปฏิสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานราชการหลาย ๆ หน่วยงานและระบบงานภายในของหน่วยงานราชการทั้งหลาย ซึ่งผลลัพธ์ที่ได้จะนำไปสู่การออกคำแนะนำในการปฏิบัติเพื่อลดหรือทำลายกำแพงที่เกิดจากระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองนั้นลงสำหรับโครงการที่กล่าวมานี้คาดว่าจะสิ้นสุดในปลายปี ๒๕๖๗^{๓๑}

(๓) การลดความซับซ้อนและการเร่งการขยายตัวของการสร้างพลังงานหมุนเวียน (Ausbau der Erneuerbaren Energien vereinfachen und beschleunigen) เช่น การกำหนดให้ลดความซับซ้อนในการลงทะเบียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทะเบียนสำหรับการติดตั้งโซลาเซลล์บนระเบียงอาคาร การลดเงื่อนไขหรือข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการขายไฟฟ้า และกำหนดให้ต้องลดความซับซ้อนและเพิ่มความรวดเร็วในกระบวนการการต่อเข้าเครือข่าย^{๓๒}

(๔) การตัดเงื่อนไขที่จะต้องให้แสดงประกาศนียบัตรหรือใบรับรองสำหรับสิ่งก่อสร้างหรือระบบบางประเภท (Wegfall von Anlagenzertifikaten für bestimmte Anlagen) เช่น สำหรับระบบการผลิตหรือการเก็บกักพลังงานไฟฟ้าซึ่งมีความสามารถในการผลิต

^{๓๐} เฟ็งอ้าง, หน้า ๑๑.

^{๓๑} เฟ็งอ้าง, หน้า ๑๒ และ ๑๓.

^{๓๒} เฟ็งอ้าง, หน้า ๑๓.

รวมทั้งสิ้นไม่เกิน ๕๐๐ กิโลวัตต์ และมีความสามารถในการส่งพลังงานเข้าไม่เกิน ๒๗๐ กิโลวัตต์ ได้มีการตัดเงื่อนไขให้ไม่ต้องแสดงประกาศนียบัตรหรือใบรับรองสำหรับสิ่งก่อสร้างหรือระบบนั้นในกระบวนการขออนุญาตใช้งานระบบดังกล่าว แต่ให้สามารถแสดงประกาศนียบัตรหรือใบรับรองหน่วยหรือส่วนประกอบต่าง ๆ แทนได้ เป็นการลดความซับซ้อนและเร่งกระบวนการอนุญาตใช้งานระบบดังกล่าวให้เร็วขึ้น^{๓๓}

(๕) การสร้างทะเบียนกลางสำหรับเก็บรวบรวมและการติดตามสิ่งก่อสร้างหรือส่วนของสิ่งก่อสร้างหรือระบบหรือส่วนของระบบเพื่อการพลังงาน (Aufbau eines Registers für die Erfassung und Überwachung von Energieanlagen und Energieanlagenteilen) ให้เป็นระบบทะเบียนกลางที่สามารถเข้าถึงผ่านทางออนไลน์ได้ ซึ่งจะช่วยลดขั้นตอนในกระบวนการต่อระบบการผลิตพลังงานเข้าเครือข่ายได้อย่างมากและลดปริมาณข้อมูลที่จะต้องส่งต่อไปมาด้วย โดยในปัจจุบันผู้เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้จัดการระบบ ผู้ติดตั้ง หน่วยงานที่ออกใบประกาศนียบัตรหรือใบรับรองต่าง ๆ และผู้จัดการเครือข่ายต้องมีการติดต่อสื่อสารโดยส่งข้อมูลไปมาทั้งที่เป็นข้อมูลซึ่งเป็นเอกสารกระดาษและเอกสารแนบในอีเมล และผู้จัดการเครือข่ายต่าง ๆ ก็เก็บข้อมูลในรูปแบบไฟล์ที่แตกต่างกันในฐานข้อมูลของตน^{๓๔}

(๖) สำหรับในด้านการเงินการคลัง รัฐบาลแห่งสหพันธ์มีการตราร่างกฎหมายว่าด้วยการเสริมสร้างโอกาสในการเจริญเติบโต การลงทุน นวัตกรรม การลดความซับซ้อนของระบบภาษีและการสร้างระบบภาษีที่เป็นธรรม (Wachstumschancengesetz) ซึ่งในร่างกฎหมายดังกล่าวมีบทบัญญัติที่มีเป้าหมายเพื่อลดระบบบริหารราชการแบบมีพิธีรีตองลงหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเพิ่มมูลค่าของ thresholds ต่าง ๆ เช่น การเพิ่มมูลค่าของยอดขายที่บริษัทจะต้องมีหน้าที่จัดทำบัญชีตามกฎหมายพาณิชย์ จากเดิม ๖๐๐,๐๐๐ ยูโร เป็น ๘๐๐,๐๐๐ ยูโร โดยบริษัทที่มียอดขายไม่ถึงยอดดังกล่าว สามารถทำบัญชีอย่างง่ายได้ซึ่งจากมาตรการนี้มีการประเมินว่าจะสามารถลดค่าใช้จ่ายให้ภาคเศรษฐกิจได้ถึง ๘๒.๒ ล้านยูโรต่อปี^{๓๕} หรือการเพิ่มมูลค่าของค่าเสื่อมราคาของสินทรัพย์ทางเศรษฐกิจที่มีมูลค่าน้อยที่สามารถนำไปหักภาษีได้ทันที จาก ๘๐๐ ยูโร เป็น ๑,๐๐๐ ยูโร หรือการเพิ่ม threshold ที่ทำให้บริษัทจะต้องมีหน้าที่นำส่งภาษีมูลค่าเพิ่มต่อรัฐทุก ๆ สามเดือน ที่คิดจากภาษีที่นำส่งในปีก่อนหน้าจาก ๑,๐๐๐ ยูโร เป็น ๒,๐๐๐ ยูโร ซึ่งคาดว่าจะการเพิ่ม threshold ดังกล่าว จะทำให้หลาย ๆ บริษัท เปลี่ยนเป็นบริษัทที่จะต้องนำส่งภาษีมูลค่าเพิ่มต่อรัฐเพียงแค่ ๑ ครั้ง ต่อปีเท่านั้น เป็นการปลดปล่อยหลาย ๆ บริษัทจากระบบบริหารที่มีพิธีรีตองลงและลดต้นทุนแก่บริษัทเหล่านั้น รวมถึงภาคเศรษฐกิจ

^{๓๓} เฟิ่งอ้าง.

^{๓๔} เฟิ่งอ้าง.

^{๓๕} เฟิ่งอ้าง, หน้า ๑๘.

โดยรวมด้วย^{๓๖} ซึ่งปัจจุบันร่างกฎหมายดังกล่าวได้กลายเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วตั้งแต่วันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๖๗^{๓๗}

(๗) การเปลี่ยนแปลงงานราชการไปเป็นงานราชการระบบดิจิทัล (Verwaltungsdigitalisierung) ซึ่งตามรายงานพิเศษฉบับนี้ รัฐบาลได้มีการตราร่างกฎหมายแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการเข้าถึงผ่านทางออนไลน์และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงงานราชการไปเป็นงานราชการระบบดิจิทัล โดยในร่างกฎหมายดังกล่าว มีการกำหนดมาตรการที่สำคัญในการลดภาระที่เกิดจากระบบการบริหารแบบมีพิธีรีตองให้แก่ประชาชน บริษัท และหน่วยงานราชการ เช่น การกำหนดให้สามารถติดต่อกับหน่วยงานราชการทางอิเล็กทรอนิกส์ ได้แทนการใช้การติดต่อทางหนังสือเป็นลายลักษณ์อักษร การสร้างบัญชีกลางสำหรับประชาชน ซึ่งประชาชนทุกคนจะมีบัญชีดังกล่าวเพื่อใช้ยืนยันตัวตนและพิสูจน์ตัวตนได้ ในกระบวนการทุกกรณีและสามารถยื่นคำขอต่าง ๆ ได้ทั่วยุทธศาสตร์ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดให้ใช้หลัก Digital-Only สำหรับบริการจากภาครัฐสู่บริษัท ส่งผลให้บริษัทไม่จำเป็นต้องมายื่นขออนุญาตหรือแจ้งเรื่องต่าง ๆ ที่หน่วยงานราชการด้วยตนเองอีกเป็นการลดเวลาและค่าใช้จ่าย อย่างไรก็ตาม ร่างกฎหมายดังกล่าวได้มีการกำหนดระยะเวลาเปลี่ยนผ่านไปสู่การใช้ระบบดิจิทัลอย่างเดียวนั้นไว้ ๕ ปี เพื่อให้บริษัทและหน่วยงานราชการได้ปรับตัวด้วย^{๓๘} โดยปัจจุบันร่างกฎหมายดังกล่าวได้กลายเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว ตั้งแต่วันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๖๗ ที่ผ่านมา^{๓๙}

(๘) ในส่วนของงานยุติธรรมได้มีมาตรการปรับกระบวนการยุติธรรมปรับให้ทันสมัย ดำเนินการไปได้ด้วยความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น และลดค่าใช้จ่ายให้น้อยลง โดยใช้ระบบดิจิทัล เช่น การปรับปรุงกฎหมายให้สามารถใช้วิดีโอคอนเฟอเรนซ์ในคดีในศาลแพ่งได้ (Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtbarkeit)^{๔๐}

^{๓๖} เพิ่งอ้าง.

^{๓๗} Bundesgesetzblatt (2024), Gesetz zur Stärkung von Wachstumschancen, Investitionen und Innovation sowie Steuervereinfachung und Steuerfairness (Wachstumschancengesetz), สืบค้นได้ที่ <https://www.recht.bund.de/bgb/1/2024/108/VO.html> (สืบค้นครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๖๗).

^{๓๘} อ้างไว้ เชิงอรรถที่ ๓๖, หน้า ๒๕ และ ๒๖.

^{๓๙} Bundesgesetzblatt, Gesetz zur Änderung des Onlinezugangsgesetzes sowie weiterer Vorschriften zur Digitalisierung der Verwaltung (OZG-Änderungsgesetz — OZGÄndG), สืบค้นได้ที่ <https://www.recht.bund.de/bgb/1/2024/245/VO.html> (สืบค้นครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๖๗).

^{๔๐} อ้างไว้ เชิงอรรถที่ ๓๘, หน้า ๓๒ และ ๓๓.

สรุป

ระบบการบริหารราชการแบบมีพิธีรื้อตองนั้นเป็นสิ่งที่มีความประโยชน์ เนื่องจากระบบราชการไม่ว่าจะเป็นระบบราชการของไทยหรือเยอรมัน ล้วนเป็นองค์กรใหญ่จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการปฏิบัติงานอย่างมีระเบียบแบบแผนเพื่อให้งานสามารถดำเนินไปได้ตามกฎหมาย และเพื่อประโยชน์ของประชาชน สังคม และประเทศชาติ โดยระเบียบแบบแผนต่าง ๆ ไม่ได้เป็นสิ่งที่ตายตัว ไม่สามารถแก้ไขได้ ไม่ได้มีขึ้น “เปล่า ๆ ปลื้ ๆ” แต่ระเบียบแบบแผน พิธีรื้อตองเหล่านี้ ล้วนมีที่มาและเหตุผล เช่น การเขียนกฎหมายหรือจัดทำเอกสารต่าง ๆ โดยใช้กระดากและลงนาม เพื่อจะได้เก็บไว้เป็นหลักฐาน เมื่อการดำเนินชีวิตเปลี่ยนแปลงไป มีวิกฤตการณ์ สถานการณ์หรือ การพัฒนาใหม่ ๆ เกิดขึ้น เช่น ในปัจจุบันมีการพัฒนาเทคโนโลยีทำให้การจัดทำเอกสารในรูปแบบ ดิจิทัลเป็นไปได้ง่าย สะดวก รวดเร็ว ประหยัดทรัพยากร จัดเก็บเป็นหลักฐานได้อย่างปลอดภัย และสามารถค้นหา เข้าถึงข้อมูลได้ง่าย ที่มาและเหตุผลของระเบียบแบบแผนหรือพิธีรื้อตองเหล่านั้น ก็อาจจะหมดไป ระเบียบแบบแผนหรือพิธีรื้อตองเดิมที่เคยมีความประโยชน์ อาจมีความประโยชน์ลดลงหรือ กลายเป็นอุปสรรค จำเป็นต้องได้รับการแก้ไขและปรับเปลี่ยน ซึ่งสถานการณ์การแพร่ระบาดของ โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนาหรือโควิด ๒๐๑๙ ทำให้เห็นแล้วว่าการเปลี่ยนแปลง เพื่อลดระบบบริหาร แบบมีพิธีรื้อตองในประเทศไทยลงนั้น เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้และการเปลี่ยนแปลงนั้นยังคงเป็น ประโยชน์ต่อเนื่องแม้วิกฤตดังกล่าวจะได้อยู่ติลงแล้ว อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงไม่จำเป็นต้องรอ วิกฤต เมื่อดูจากรายงานพิเศษของรัฐบาลแห่งสหพันธ์จะเห็นว่ารัฐบาลเยอรมันได้มีการพัฒนา หลักการในเชิงวิธีการรูปแบบใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบสิ่งที่ปฏิบัติกันอยู่ในปัจจุบัน (Praxischeck) ซึ่งเป็นหลักการการจัดการลดระบบการบริหารงานราชการที่มีพิธีรื้อตองมากเกินไป แบบเชิงรุกที่เป็นสิ่งที่น่าจะนำมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทยได้เช่นกัน



แนวทางการวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายของ Office of Impact Analysis : OIA ของ ประเทศออสเตรเลีย*

ณรรธา บัวตู่ **

วิชุกาญจน์ พัฒนพันธ์ชัย ***

OIA (The Office of Impact Analysis) สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบเป็นหน่วยงานภายใต้กรมนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี (Department of the Prime Minister and Cabinet) ทำหน้าที่หลักในการดูแล บริหารจัดการข้อกำหนดการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎ ระเบียบ นโยบาย (Regulatory Impact Analysis : RIA) และสนับสนุนให้หน่วยงานภาครัฐดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎ ระเบียบ นโยบายที่จะใช้กับบุคคล สังคม และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งข้อกำหนดการวิเคราะห์ผลกระทบนี้ต้องมีการปรับปรุงและพัฒนาอยู่เสมอตามการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมและสภาวะทางเศรษฐกิจ โดยสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ได้มีการออก Australian Government Guide to Policy Impact Analysis (March 2023)^๑ เพื่อเป็นแนวทางให้กับหน่วยงานภาครัฐนำไปใช้ ซึ่งต้องเป็นไปตามมาตรฐานสากลที่ได้รับการยอมรับจากองค์กรเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (OECD) หน่วยงานภาครัฐต้องดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบ (RIA) เมื่อ “ภาครัฐเสนอมาตรการ นโยบายหรือการดำเนินการใด ๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิ อำนาจหน้าที่ สร้างภาระหรือข้อผูกพันแก่ประชาชน สังคม หรือองค์กรภาคเอกชนที่ต้องปฏิบัติตามนโยบายหรือมาตรการนั้น” ดังนั้น ผลการวิเคราะห์ผลกระทบของหน่วยงานภาครัฐต้องเผยแพร่ให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไปเมื่อมีการประกาศนโยบายหรือมาตรการดำเนินการใด ๆ ที่บังคับใช้กับประชาชน รวมทั้งต้องแจ้งข้อมูล หลักฐานที่หน่วยงานภาครัฐได้นำมาประกอบการพิจารณาการวิเคราะห์ผลกระทบ (RIA) นั้นด้วย การวิเคราะห์ผลกระทบ (RIA) มีหลักการสำคัญดังนี้

หลักการสำหรับผู้กำหนดนโยบายของรัฐบาลออสเตรเลีย

๑. ผู้กำหนดนโยบายควรแสดงให้เห็นถึงเหตุผลและความจำเป็นที่ชัดเจนถึงปัญหาของนโยบายที่จำเป็นต้องมีการแทรกแซงจากรัฐบาล ความคุ้มค่าและประสิทธิภาพ

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายการเงินการคลัง ฝ่ายกฎหมายการเงิน

*** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน ฝ่ายกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน

^๑ Australian Government Guide to Policy Impact Analysis (March 2023), สืบค้นจาก https://oia.pmc.gov.au/sites/default/files/2023-05/oia-impact-analysis-guide-march-2023_0.pdf

ของนโยบาย และข้อพิจารณาที่เป็นทางเลือกอื่นที่สามารถตอบสนองหรือดำเนินการตามนโยบายได้ โดยไม่ต้องออกเป็นกฎ หรือระเบียบ

๒. ผู้กำหนดนโยบายต้องระบุวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนของนโยบาย ที่ผ่านการพิจารณาแล้วว่าเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดที่จะนำมาดำเนินการ เพื่อจะใช้เป็นแนวทางในการประเมิน หรือวิเคราะห์ผลกระทบ (RIA) ให้ตรงประเด็น

๓. ไม่ควรใช้วิธีการออกกฎระเบียบเป็นตัวเลือกริเริ่มต้นสำหรับการกำหนดนโยบาย ต้องคำนึงถึงผลได้ ผลเสีย ความคุ้มค่าที่ได้รับจากการดำเนินนโยบายในแง่มุมที่หลากหลาย

๔. ผู้กำหนดนโยบายควรมีการปรึกษาหารือและแลกเปลี่ยนข้อมูลกับหน่วยงาน องค์กรต่าง ๆ ทั้งภาครัฐและเอกชน ประชาชน ภาคสังคม และผู้มีส่วนได้ส่วนเสียจากนโยบาย อย่างกว้างขวาง เปิดเผย ในเวลาที่เหมาะสมก่อนดำเนินนโยบาย และแสดงให้เห็นถึงความจริงใจของภาครัฐในการออกนโยบายนั้น เพื่อให้ได้ข้อมูลที่ถูกต้อง เพียงพอ สร้างความเชื่อมั่นว่า มาตรการหรือนโยบายนั้นจะนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ดีที่สุดสำหรับประเทศ

๕. ต้องเปิดเผยข้อมูลและหลักฐานที่ผู้กำหนดนโยบายใช้เป็นแนวทางในการพิจารณา และกำหนดนโยบายให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลได้เป็นการทั่วไป และโดยเร็วที่สุดเมื่อมีการประกาศนโยบาย

๖. ต้องมีการตรวจสอบนโยบายหลังการนำนโยบายไปปฏิบัติ ว่ามีการปฏิบัติตามนโยบายเพียงใด บรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบายหรือไม่ ผลลัพธ์ที่ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่ดีขึ้นต่อประชาชนและประเทศชาติตามเจตนาเพียงใด หรือมีผลกระทบเชิงลบหรืออุปสรรคใด ในการดำเนินนโยบายดังกล่าว รวมทั้งผลกระทบด้านลบที่อาจมีขึ้นต่อกลุ่มบุคคลหรือองค์กรใด

ข้อพิจารณาหลักเจ็ดหัวข้อในการวิเคราะห์ผลกระทบจากนโยบาย

การวิเคราะห์ผลกระทบ (RIA) มีความจำเป็นอย่างยิ่งเมื่อภาครัฐออกนโยบาย หรือมาตรการใช้บังคับกับประชาชน เพื่อให้ทราบนโยบายนั้นกระทบต่อสิทธิ อำนาจหน้าที่ สร้างภาระหรือข้อผูกพันแก่ประชาชน สังคม องค์กรต่าง ๆ อย่างไร หรือทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลง พฤติกรรมหรือวิถีปฏิบัติต่อสังคมหรือชุมชนอย่างไร และเพื่อให้ทราบถึงความคุ้มค่าและผลกระทบทางเศรษฐกิจที่ภาครัฐและผู้ปฏิบัติตามนโยบายต้องเสียไป สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ได้กำหนดข้อพิจารณาหลักเจ็ดหัวข้อ สำหรับการวิเคราะห์ผลกระทบจากนโยบาย ได้แก่

๑. ปัญหาของนโยบายที่ต้องแก้ไข ข้อมูลเชิงบวก เชิงลบที่เกี่ยวข้องที่ได้จากการดำเนินนโยบาย

๒. วัตถุประสงค์ เหตุผลและความจำเป็นที่นโยบายนั้นต้องมีการแทรกแซง โดยหน่วยงานภาครัฐ และวิธีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของมาตรการ

๓. มาตรการอื่นใดเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบาย โดยไม่ออกกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับ

๔. ผลประโยชน์สุทธิของนโยบายที่พิจารณา (ความคุ้มค่าในการดำเนินนโยบาย)

๕. กลุ่มบุคคลหรือผู้มีส่วนได้เสียที่รับฟังความคิดเห็น และการนำความคิดเห็นไปประกอบการพิจารณา

๖. มาตรการที่พิจารณาว่าเป็นแนวทางที่ดีที่สุดที่จะดำเนินการ และวิธีปฏิบัติตามมาตรการ

๗. การประเมินมาตรการหรือนโยบาย ด้วยวิธีการและข้อมูลที่แสดงถึงตัวชี้วัดความสำเร็จ

การวิเคราะห์ผลกระทบจากนโยบายทั้งเจ็ดหัวข้อมีรายละเอียด ดังนี้

๑. ปัญหาของนโยบายที่ต้องแก้ไข และข้อมูลที่เกี่ยวข้อง

หน่วยงานภาครัฐต้องระบุและกำหนดปัญหาของนโยบายที่ต้องแก้ไขอย่างชัดเจน เช่น ความล้มเหลวของกลไกการตลาด (Market failure) ความล้มเหลวด้านกฎระเบียบ หรือภัยสาธารณะ โดยแสดงให้เห็นสาเหตุของปัญหามาจากนโยบายหรือจากวิธีปฏิบัติ การปฏิบัติตามนโยบายมีความเสี่ยงหรืออันตรายที่ต้องบรรเทาหรือแก้ไขอย่างน้อยเพียงใดเมื่อเทียบกับการไม่มีนโยบายนั้น โดยต้องระบุข้อมูลเกี่ยวกับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากนโยบาย กฎ ระเบียบหรือมาตรการที่มีอยู่เดิมกับการบังคับใช้นโยบายในปัจจุบัน ตลอดจนความบกพร่องหรืออุปสรรคของนโยบาย มาตรการหรือกฎ ระเบียบ ข้อมูลส่วนนี้ต้องรับฟังจากผู้มีส่วนได้เสียอย่างรอบด้านและตรงเป้าหมาย เพื่อให้ได้ข้อมูลที่ครบถ้วนถูกต้องที่สุดเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ผลกระทบ

๒. วัตถุประสงค์ เหตุผลและความจำเป็นที่ภาครัฐต้องเข้าแทรกแซงนโยบาย และวิธีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของมาตรการ

หน่วยงานภาครัฐต้องระบุเหตุผลอันสมควรที่ภาครัฐต้องเข้าแทรกแซงนโยบายหรือมาตรการ และต้องแสดงให้เห็นว่าภาครัฐมีศักยภาพและความสามารถที่จะทำให้นโยบายเกิดความสำเร็จและความคุ้มค่ามากกว่าหากภาครัฐไม่เข้าแทรกแซงหรือไม่ดำเนินการใด ๆ โดยต้องระบุวัตถุประสงค์ ผลลัพธ์ เป้าหมาย ตลอดจนข้อจำกัดหรืออุปสรรค และปัจจัยรอบด้านที่แสดงให้เห็นว่า นโยบายหรือมาตรการที่เสนอจะประสบความสำเร็จตามเป้าหมายและเป็นไปตามตัวชี้วัดผลความสำเร็จอย่างไร นอกจากนี้ ต้องแสดงเหตุผลอุปสรรค ข้อขัดข้อง หรือข้อจำกัดของทางเลือกอื่นที่ไม่เหมาะสมเพื่อให้เห็นว่านโยบายหรือมาตรการที่เสนอเป็นทางเลือกที่ดีที่สุด

อย่างไรก็ดี การพิจารณาการเข้าแทรกแซงจากภาครัฐ หน่วยงานต้องคำนึงด้วยว่าบางกรณีไม่จำเป็นที่ภาครัฐต้องเข้าแทรกแซง หรือการที่รัฐเข้าแทรกแซงอาจก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า ดังนั้น รัฐควรเข้าแทรกแซงนโยบายเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งเมื่อกลไกการตลาดมีความผิดปกติที่ส่งผลกระทบเป็นวงกว้างต่อภาคเศรษฐกิจโดยรวม หรืออาจส่งผลกระทบต่อภาคธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญ หรือสร้างความได้เปรียบ เสียเปรียบทางธุรกิจอย่างรุนแรงจนอาจก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการประกอบอาชีพ เช่น เกิดการผูกขาดทางการค้า การทุบตลาด หรือเกิดภาวะขาดแคลนสินค้าไม่เพียงพอกับความต้องการของประชาชน หรือเกิดการกระจุกตัวของสินค้าส่งผลต่อราคาของสินค้าแต่ละพื้นที่ หรือกรณีสินค้าและบริการที่ไม่อาจซื้อขายได้ทั่วไป เช่น อาวุธ สินค้าที่เป็นวัตถุอันตราย หรือสินค้าสาธารณะที่ไม่สามารถจำกัดการเข้าถึงหรือจำกัด

การเข้าถึงได้ยาก เช่น ปลา หรือต้นไม้ในพื้นที่สาธารณะ จึงจำเป็นต้องใช้อำนาจรัฐในการดำเนินการ เช่น การเจรจาสนธิสัญญาทางการทูต การขอความร่วมมือระหว่างประเทศ

๓. มาตรการอื่น ๆ ที่ต้องพิจารณา

การวิเคราะห์ผลกระทบส่วนนี้ หน่วยงานภาครัฐต้องระบุทางเลือกของนโยบายที่เป็นไปได้และสามารถดำเนินการได้จริง ต้องแสดงให้เห็นว่าแต่ละมาตรการที่เสนอสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบายได้ ผลการวิเคราะห์ต้องมีรายละเอียดและข้อมูลที่น่าเชื่อถือเพียงพอที่ทำให้ผู้มีอำนาจตัดสินใจมั่นใจว่าได้พิจารณาทุกทางเลือกแล้วและทางเลือกที่เสนอนั้นดีที่สุด ทางเลือกที่เสนอต้องพิจารณาถึงการใช้อำนาจรัฐหรือมาตรการบังคับหลายระดับ เริ่มตั้งแต่การประชาสัมพันธ์สร้างความรู้ความเข้าใจเพื่อให้ประชาชนตระหนักรู้และเลือกปฏิบัติ มาตรการกึ่งระเบียบ (Quasi-regulation) ได้แก่ วิธีปฏิบัติของภาคอุตสาหกรรม ข้อตกลงระหว่างภาคอุตสาหกรรมและรัฐบาล แผนงานและขั้นตอนการรับรองคุณภาพสินค้า มาตรการการกำกับดูแลร่วมกันระหว่างภาครัฐและเอกชน (Co-regulation) ได้แก่ กฎ ข้อบังคับที่กำหนดหลักเกณฑ์การบังคับใช้ผ่านหลักปฏิบัติของภาคอุตสาหกรรมหรือภาคเอกชน และมาตรการกำกับดูแลตนเอง (Self-regulation) โดยคณะรัฐมนตรีเป็นผู้พิจารณาว่าจำเป็นต้องออกกฎระเบียบใดใหม่ กรณีที่มีข้อพิจารณาเป็นพิเศษทางการเมือง เศรษฐกิจ ความมั่นคงของประเทศ ทั้งนี้ การเสนอทางเลือกของนโยบาย ต้องมีอย่างน้อย ๑ มาตรการที่มีได้เป็นการออกกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับใดใหม่

ในการประเมินการวิเคราะห์ผลกระทบหน่วยงานภาครัฐควรต้องพิจารณาข้อมูลเชิงลึกด้านพฤติกรรมของบุคคล (behavioural insights) และสภาพสังคมด้วย โดยวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับปัจจัยขับเคลื่อนพฤติกรรมที่จะเปลี่ยนแปลงไปของบุคคลแต่ละช่วงวัยและกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการออกกฎ ระเบียบที่อาจกระทบต่อบุคคล

๔. ผลประโยชน์สุทธิของนโยบายที่พิจารณา (ความคุ้มค่าในการดำเนินนโยบาย)

สาระสำคัญของการวิเคราะห์ผลประโยชน์สุทธิ คือ การวิเคราะห์ว่าการไม่นโยบายหรือมาตรการจะส่งผลดีหรือแย่กว่าการมีนโยบายหรือมาตรการนั้น โดยเปรียบเทียบต้นทุนหรือค่าใช้จ่ายที่เสียไปกับผลประโยชน์ที่ได้รับมาจากการดำเนินมาตรการของนโยบาย หน่วยงานภาครัฐต้องวิเคราะห์และประมาณการผลประโยชน์สุทธิของแต่ละมาตรการอย่างชัดเจน ตั้งแต่รายละเอียดของขั้นตอน วิธีดำเนินการ ผู้ได้รับผลกระทบจากแต่ละมาตรการ อันเป็นการประเมินต้นทุนและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่คำนวณได้เป็นมูลค่าทางการเงิน และต้นทุนและผลประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่อาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ในทันที เช่น ระยะเวลา ความได้เปรียบเสียเปรียบทางการค้า สภาพสังคม ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า และผลประโยชน์อื่น ๆ ที่มีนัยสำคัญ และนำมาวิเคราะห์กระจายต้นทุนและผลประโยชน์ของแต่ละมาตรการ โดยต้องแสดงผลการวิเคราะห์ผลกระทบทั้งเชิงคุณภาพและปริมาณ และต้องเป็นการวิเคราะห์ตามมาตรฐานสากล (หากมี)

๔.๑ การวิเคราะห์ผู้ที่ได้รับผลกระทบและผลประโยชน์สุทธิ หน่วยงานภาครัฐต้องคำนวณต้นทุน ผลประโยชน์ทั้งหมดที่ได้รับทั้งหมดและสิ่งที่ต้องสูญเสียหรือใช้ไปทั้งที่คำนวณ

เป็นมูลค่าทางการเงินได้โดยตรงและโดยอ้อม ทั้งเชิงปริมาณและคุณภาพ และต้องแสดงหลักฐาน และแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถือและตรวจสอบได้ประกอบการพิจารณา ซึ่งอาจประกอบด้วย

๔.๑.๑ ตัวชี้วัดทางเศรษฐกิจ เช่น ผลกระทบต่อค่าแรง ความรู้สึกของผู้บริโภค การแข่งขันทางการค้า ปริมาณการค้า การลงทุนและการเติบโตทางเศรษฐกิจ

๔.๑.๒ ผลกระทบด้านสาธารณสุขและความปลอดภัยในการดำเนินชีวิต การปรับปรุงด้านสุขภาพและความปลอดภัย เช่น นโยบายที่มุ่งลดการบาดเจ็บในที่ทำงาน ที่อาจมีค่าใช้จ่ายในระยะสั้นแต่ให้ผลประโยชน์ในระยะยาว

๔.๑.๓ ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งทางตรงและทางอ้อม ผลกระทบโดยตรง ระยะสั้น และที่ส่งผลในระยะยาว

๔.๑.๔ ต้นทุนของสินค้าและบริการที่เปลี่ยนแปลงไป กฎระเบียบที่ยืดหยุ่นสามารถเพิ่มหรือลดราคาสินค้าและบริการได้ จากข้อกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์ ข้อกำหนดเกี่ยวกับการตลาด การจัดจำหน่าย การเข้าถึงสินค้าและบริการของผู้บริโภค

๔.๑.๕ การแทรกแซงตลาด ข้อจำกัดในการแข่งขัน การเข้าสู่ตลาด หรือการเข้าถึงสินค้าและบริการที่อาจมีผลกระทบต่ออุปสงค์และอุปทาน ส่งผลกระทบโดยตรงต่อราคาและคุณภาพ ตลอดจนทางเลือกและความพร้อมจำหน่าย

๔.๑.๖ พฤติกรรมของหน่วยงานที่กำกับดูแล ด้านการให้บริการประชาชน การกำหนดค่าใช้จ่าย มูลค่า การบังคับใช้กฎระเบียบหรือมาตรการของรัฐ การตรวจสอบคุ้มครองผู้บริโภค

๔.๑.๗ ต้นทุนในการทำธุรกิจที่อาจเปลี่ยนแปลง การจำกัดการแข่งขัน หรืออุปทาน (supply) ปัจจัยที่อาจส่งผลกระทบต่ออุปสงค์และอุปทาน

๔.๑.๘ ผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงนโยบาย กฎระเบียบด้านต่าง ๆ เช่น สวัสดิการ เงินอุดหนุน และเงื่อนไขการระดมทุนอื่น ๆ

๔.๑.๙ การบริหารงานด้านกฎ ระเบียบ ค่าใช้จ่ายของรัฐในการพัฒนา การบริหารจัดการและการบังคับใช้กฎ ระเบียบ ต้นทุนเหล่านี้มีความสำคัญในการวิเคราะห์เชิงปริมาณ เนื่องจากต้นทุนเหล่านี้จะได้รับการสนับสนุนผ่านมาตรการทางภาษี การออกแบบนโยบาย ควรจัดสรรต้นทุนโดยตรงให้กับผู้รับผลประโยชน์จากข้อเสนอแนะนโยบายแทนที่จะกระจายต้นทุนไปทั่วทุกภาคส่วนของชุมชนที่ไม่ได้รับผลประโยชน์

๔.๒ การจัดทำการวิเคราะห์ค่าใช้จ่ายและผลกระทบจากการมีมาตรการ หรือกฎระเบียบ หน่วยงานภาครัฐต้องคำนึงถึงปัจจัยดังนี้

๔.๒.๑ ค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นสำหรับผู้ประกอบธุรกิจ

๔.๒.๒ ค่าใช้จ่ายที่ประชาชนต้องเสียไป

๔.๒.๓ ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

๔.๒.๔ ผลกระทบต่อการดำเนินงานของภาครัฐ

๔.๒.๕ ค่าใช้จ่ายในการบังคับใช้มาตรการหรือกฎระเบียบ

๔.๓ ประเด็นอื่น ๆ ที่ต้องคำนึงถึงในการวิเคราะห์ผลประโยชน์สุทธิของมาตรการหรือกฎระเบียบที่พิจารณา นอกเหนือไปจากผู้ที่ได้รับผลกระทบและผลประโยชน์สุทธิ และค่าใช้จ่ายและผลกระทบจากการมีมาตรการหรือกฎระเบียบดังกล่าวไว้ข้างต้นแล้ว หน่วยงานของรัฐยังต้องวิเคราะห์ปัจจัยอื่น ๆ ด้วย เช่น บุคคลหรือธุรกิจที่อาจได้รับผลกระทบทางอ้อม ผลกระทบต่อกลไกการตลาด และการเริ่มประกอบธุรกิจใหม่ ทั้งนี้ กรณีที่มีการรับฟังความคิดเห็นจากองค์กรหรือผู้มีส่วนได้เสีย หน่วยงานของรัฐต้องสงวนข้อมูลบางประเภทไว้เป็นความลับเพื่อไม่ให้ส่งผลกระทบต่อกลไกการตลาด ซึ่งอาจก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบทางการค้าได้

๕. กลุ่มบุคคลหรือผู้มีส่วนได้เสียที่รับฟังความคิดเห็น และการนำความคิดเห็นไปประกอบการพิจารณา

ในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็น หน่วยงานของรัฐต้องกำหนดวัตถุประสงค์ของการรับฟังความคิดเห็น รูปแบบการรับฟังความคิดเห็น ตลอดจนกลุ่มบุคคลที่รับฟังความคิดเห็นให้ละเอียดชัดเจนเพื่อความโปร่งใสในการกำหนดนโยบายหรือออกมาตรการหรือกฎระเบียบใด ๆ ในเบื้องต้นต้องมีการวางแผนการดำเนินการรับฟังความคิดเห็น กลุ่มเป้าหมายหรือผู้มีส่วนได้เสียที่จะรับฟังความคิดเห็น และต้องสรุปความเห็นของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทั้งหมดทั้งที่แสดงความเห็นที่เห็นด้วยและที่คัดค้านนโยบายหรือมาตรการรวมทั้งข้อเสนอแนะที่มีให้ครบถ้วน และแสดงผลการวิเคราะห์ความคิดเห็นดังกล่าวว่านโยบายหรือมาตรการนั้นควรต้องมีการปรับเปลี่ยนหรือแก้ไขอย่างไร ด้วยวิธีการและช่วงเวลาใด ทั้งนี้ กรณีที่นโยบายหรือมาตรการที่เห็นควรต้องแก้ไขหรือปรับเปลี่ยนนั้นมีความอ่อนไหวต่อภาคเศรษฐกิจโดยรวมหรือจะกระทบต่อกลไกการตลาด หน่วยงานของรัฐต้องหารือกับสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) โดยเร็วที่สุด

ทั้งนี้ การรับฟังความคิดเห็นจะต้องมีความต่อเนื่อง รอบด้าน เข้าถึงได้ ไม่ก่อให้เกิดภาระและมีเวลาการรับฟังอย่างเพียงพอ โดยมีข้อดีและเสียของแต่ละรูปแบบการรับฟังความคิดเห็นสรุปได้ดังนี้

	โอกาสที่ควรปรับใช้	รูปแบบที่อาจปรับใช้
การหารือแบบสาธารณะ (Full Public Consultation)	<ul style="list-style-type: none"> เป็นวิธีการหลักที่ควรดำเนินการ เมื่อเน้นความโปร่งใสและความรับผิดชอบต่อสาธารณะ เมื่อไม่มีประเด็นเรื่องข้อมูลเป็นความลับ 	<ul style="list-style-type: none"> เปิดรับฟังความคิดเห็นจากสาธารณะ เปิดรับฟังความคิดเห็นจากผู้ได้รับผลกระทบโดยตรง ผ่านสื่อออนไลน์ โซเชียลมีเดีย และการโฆษณาอย่างกว้างขวาง/ทั่วประเทศ

	โอกาสที่ควรปรับใช้	รูปแบบที่อาจปรับใช้
การปรึกษาหารือแบบเจาะกลุ่มเป้าหมาย (Targeted Consultation)	<ul style="list-style-type: none"> • เมื่อมีผู้ได้รับผลกระทบเป็นกลุ่มบุคคล/ธุรกิจหรืออยู่ในขอบเขตที่ชัดเจน • เมื่อควรรับฟังความคิดเห็นโดยจำกัดเพื่อให้ได้รับความเห็นที่เกี่ยวข้องมากที่สุด 	<ul style="list-style-type: none"> • รับฟังความเห็นโดยการพบปะรายบุคคลหรือผ่านโทรศัพท์ • รับฟังความเห็นจากกลุ่มบุคคลเป้าหมายโดยตรง • ผ่านสื่อออนไลน์ โซเชียลมีเดีย และการโฆษณาในวงจำกัด • รับฟังความเห็นจากองค์กรหรือกลุ่มตัวแทนผู้ได้รับผลกระทบ
การปรึกษาหารือแบบรักษาความลับ (Confidential Consultation)	<ul style="list-style-type: none"> • เมื่อมาตรการหรือกฎหมายมีความอ่อนไหวหรือละเอียดอ่อน เพื่อมิให้เกิดความกังวลหรือความสับสนหรือสร้างความตื่นตระหนกแก่บุคคล สังคมหรือภาคธุรกิจโดยไม่จำเป็น 	<ul style="list-style-type: none"> • รับฟังความเห็นจากกลุ่มบุคคลเฉพาะหรือกลุ่มผู้นำ • จัดทำการวิจัยเชิงปริมาณเกี่ยวกับความเห็นของผู้ได้รับผลกระทบ • การปรึกษารูปแบบนี้จะต้องมีการปรึกษาหารือภายหลังการออกนโยบายหรือมาตรการ

	โอกาสที่ควรปรับใช้	รูปแบบที่อาจปรับใช้
การปรึกษาหารือหลังการตัดสินใจ (Post-decision Consultation)	<ul style="list-style-type: none"> เมื่อมาตรการหรือกฎหมายมีความอ่อนไหวหรือละเอียดอ่อนมาก และผู้ที่รับฟังความเห็นอาจได้เปรียบจากการทราบข้อมูล เมื่อมีประเด็นปัญหาที่มีการวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางและการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ เมื่อการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะอาจส่งผลกระทบต่อการรักษาความลับของการดำเนินนโยบายของคณะรัฐมนตรี 	<ul style="list-style-type: none"> ต้องได้รับความเห็นชอบจาก OIA ก่อนเท่านั้น ดำเนินการในรูปแบบใดข้างต้นก็ได้ เน้นหาหรือเรื่องปัญหาในการบังคับใช้และปัญหาที่เกิดช่วงปรับตัว หากผลการรับฟังความคิดเห็นปรากฏว่าการบังคับใช้มาตรการทำให้เกิดผลที่ไม่คาดคิดหรือแตกต่างจากที่คาดคิดในสาระสำคัญ หน่วยงานของรัฐควรต้องพิจารณาปรับเปลี่ยนมาตรการ/กฎระเบียบ

๖. การนำแนวที่ดีที่สุดมาดำเนินการ

เมื่อได้มีการวิเคราะห์ผลกระทบตามแนวทางที่สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) วางหลักไว้อย่างรอบด้านแล้ว หน่วยงานของรัฐต้องระบุว่า จะเลือกดำเนินนโยบายหรือมาตรการใดพร้อมเหตุผลและหลักฐานหรือข้อมูลที่ใช้ประกอบการพิจารณา โดยต้องอธิบายกระบวนการตัดสินใจ กลุ่มผู้แสดงความคิดเห็น ผลการวิเคราะห์ และสรุปโครงสร้างแผนงานที่ชัดเจนเป็นรูปธรรม ระบุวิธีการและแผนดำเนินการโดยละเอียด ผู้รับผิดชอบแผนงาน ผู้ประสานงานกับผู้มีส่วนได้เสีย ระบุรายละเอียดถึงความสมดุลระหว่างต้นทุนและผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ อุปสรรคหรือข้อจำกัดของการดำเนินการ ความท้าทายในการดำเนินการ ตลอดจนข้อมูลความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นและการจัดการความเสี่ยงนั้น

๗. การประเมินมาตรการหรือนโยบาย ด้วยวิธีการและข้อมูลที่แสดงถึงตัวชี้วัดความสำเร็จ

ท้ายที่สุดหน่วยงานของรัฐจะต้องระบุวิธีการติดตามและประเมินผลการปฏิบัติงานของนโยบายหรือมาตรการ โดยเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์และตัวชี้วัดความสำเร็จ

ที่กำหนดไว้ ทั้งในระหว่างดำเนินการและหลังการดำเนินการ โดยต้องระบุวิธีการวัดผลความสำเร็จว่าจะวัดผลอะไร อย่างไร โดยใคร ต้องรายงานเรื่องนี้ต่อใคร เพราะเหตุใด ต้องระบุแหล่งข้อมูลที่น่าเชื่อถือตรวจสอบได้ และระบุว่าจำเป็นต้องมีข้อตกลงการแบ่งปันข้อมูล การอนุมัติด้านจริยธรรมหรือไม่

ประเด็นสำคัญที่ต้องระบุสำหรับการประเมินผลกระทบของมาตรการหรือนโยบาย ได้แก่ ผลลัพธ์ที่ได้จากการปฏิบัติตามนโยบายเป็นไปในเชิงบวกหรือไม่ มีผลดีอย่างไร ต่อใคร นโยบายมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลบรรลุผลลัพธ์ตามที่ตั้งเป้าหมายไว้หรือไม่ นโยบาย มาตรการ กฎหมาย กฎ ระเบียบหรือข้อบังคับส่งผลกระทบที่เหมือนหรือแตกต่างกันสำหรับกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกันในแต่ละช่วงวัย กลุ่มอาชีพ เพศ ศาสนาและในแต่ละพื้นที่ อย่างไร เช่น มีการนำนโยบายไปปฏิบัติมาก น้อยเพียงใด การปฏิบัติตามนโยบายส่งผลที่ดีขึ้นโดยตรงต่อประชาชนอย่างไร การบรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบายใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า ใช้ต้นทุนน้อยที่สุดหรือเกิดความคุ้มค่ามากที่สุดแล้วหรือไม่ นโยบายนั้นมีอันตราย ก่อให้เกิดอุปสรรคหรือส่งผลกระทบหรือผลลัพธ์ที่แตกต่างกันของประชากรแต่ละกลุ่ม แต่ละช่วงวัย อย่างไร

นอกจากนี้ ต้องมีการติดตามตรวจสอบและประเมินผลการดำเนินนโยบายเป็นระยะ ๆ เพื่อพิจารณาว่านโยบายหรือมาตรการนั้น ๆ ยังจำเป็นที่ต้องมีการแทรกแซงจากภาครัฐหรือไม่ เพียงใด ในช่วงระยะเวลาที่เปลี่ยนไป หรือต้องปรับปรุงแก้ไข อะไร อย่างไร เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงด้านเทคโนโลยีที่เป็นไปอย่างรวดเร็วส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของบุคคล สภาพสังคมและวัฒนธรรมการใช้ชีวิต ความต้องการของผู้บริโภค การเปลี่ยนแปลงด้านประชากรศาสตร์ การเปลี่ยนแปลงด้านสิ่งแวดล้อม สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ย่อมส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของนโยบายได้

การเสนอผลวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายไปยังสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA)

หน่วยงานของรัฐสามารถจัดทำการวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายไปยังสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ได้สองช่วงเวลา ได้แก่ ๑. ผลวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายในขั้นริเริ่ม (Early Assessment) และ ๒. ผลวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายขั้นสุดท้าย (Final Assessment) ดังนี้

๑. ผลวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายขั้นริเริ่ม (Early Assessment)

เมื่อหน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบตามที่สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) วางแนวทางไว้สี่หัวข้อแรก อันเป็นการวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายขั้นริเริ่ม หน่วยงานของรัฐต้องส่งผลการวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายที่ลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการที่กำกับหน่วยงานของรัฐนั้น เลขานุการหรือหัวหน้าผู้บริหารของหน่วยงานของรัฐ รวมถึงผลการคำนวณค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติมายังสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ในขั้นตอนนี้ ผู้มีอำนาจกำหนดนโยบายจะยังไม่ได้สรุปว่าจะเลือกนโยบายใด แต่เป็นการสร้างความเชื่อมั่น

แก่ผู้มีอำนาจตัดสินใจด้านนโยบายว่าได้รับข้อมูลที่ถูกต้อง ครบคลุมและเหมาะสมในขั้นตอนการพิจารณากำหนดนโยบาย และยังช่วยเพิ่มโอกาสสูงสุดสำหรับผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในการแสดงความคิดเห็น และการสร้างความรับรู้ของประชาชน

สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) จะตรวจสอบผลและประเมินผลวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายในขั้นริเริ่ม (Early Assessment) ของหน่วยงานของรัฐที่เสนอมา โดยคำนึงถึงเกณฑ์ที่สำคัญสองประการ ได้แก่ ๑) ข้อมูลที่ใช้ประกอบการพิจารณาได้สัดส่วนกับขั้นตอนของกระบวนการหรือไม่ หากมีข้อจำกัดหรือปัญหาจะมีการจัดการหรือแนวทางแก้ไขอย่างไร และ ๒) ทางเลือกที่นำเสนอมีความเหมาะสมเพียงใด มีแผนหรือแนวทางที่เหมาะสมเป็นไปได้อย่างไร มีการรับฟังความคิดเห็นหรือได้ปรึกษาจากผู้ที่ได้รับผลกระทบจากข้อเสนอหรือไม่ กรณีสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) พบว่า ผลการวิเคราะห์ผลกระทบของหน่วยงานภาครัฐมีข้อมูลไม่เพียงพอหรือแผนการให้คำปรึกษาไม่เป็นที่น่าพอใจ สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) จะขอให้หน่วยงานของรัฐส่งข้อมูลเพิ่มเติมหรือให้คำแนะนำในด้านที่เห็นว่าควรต้องได้รับการแก้ไข โดยสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) จะประเมินด้วยว่ามีการปฏิบัติตามข้อแนะนำดังกล่าวด้วยหรือไม่ในขั้นตอนการประเมินผลกระทบของนโยบายในขั้นสุดท้าย (Final Assessment)

๒. การวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายขั้นสุดท้าย (Final Assessment)

การวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายขั้นสุดท้ายจะดำเนินการเมื่อหน่วยงานของรัฐนำเสนอข้อมูลตามหัวข้อการวิเคราะห์ผลกระทบทั้งเจ็ดหัวข้อครบถ้วนแล้ว โดยสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) จะประเมินผลการวิเคราะห์ผลกระทบของหน่วยงานภาครัฐว่าผลการวิเคราะห์สนับสนุนการตัดสินใจเชิงนโยบายที่มีข้อมูลครบถ้วนหรือไม่ ทั้งนี้ การประเมินขั้นสุดท้ายมีกระบวนการสองขั้นตอน คือ

ในขั้นแรก สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) จะพิจารณาผลการวิเคราะห์ผลกระทบว่ามีความสอดคล้องกับนโยบายหรือมาตรการของรัฐและการตอบคำถามการวิเคราะห์ผลกระทบทั้งเจ็ดหัวข้อได้สัดส่วนเพียงใด และวิเคราะห์ว่าทางเลือกที่ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียได้แสดงความคิดเห็นสอดคล้องกับชุดตัวเลือกของนโยบายของรัฐที่สามารถปฏิบัติได้จริงหรือไม่ อันเป็นการสะท้อนถึงความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียต่อการวิเคราะห์นโยบายของหน่วยงานภาครัฐว่าถูกต้องหรือไม่ ทั้งนี้ สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) จะแสดงความคิดเห็นเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นทางการภายในห้าวันทำการหลังจากได้รับรายงานผลการวิเคราะห์ผลกระทบที่ลงนามโดยรัฐมนตรีช่วยว่าการที่กำกับหน่วยงานของรัฐ เลขานุการ หรือหัวหน้าผู้บริหารของหน่วยงานของรัฐ และหากมีกรณีที่ต้องการข้อมูลหรือผลการวิเคราะห์ผลกระทบในแง่มุมอื่นเพิ่มเติม สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) จะแจ้งให้หน่วยงานของรัฐที่เสนอผลการวิเคราะห์ผลกระทบไปดำเนินการ ซึ่งหน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการและแก้ไขผลการวิเคราะห์ผลกระทบตามคำแนะนำของสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA)

ในขั้นที่สอง สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) จะประเมินการวิเคราะห์ผลกระทบโดยคำนึงถึงความสอดคล้องกับกระบวนการที่เกี่ยวข้อง ข้อมูลที่ชัดเจน น่าเชื่อถือ และตรวจสอบได้ที่ใช้ในการวิเคราะห์ และรายละเอียดที่มากเพียงพอ เช่น วิธีการให้คำปรึกษาที่เหมาะสม ตัวเลือกของนโยบายที่เสนอซึ่งอย่างน้อยต้องมีสามตัวเลือก หนึ่งในนั้นต้องเป็นตัวเลือกที่ไม่เป็นการออกกฎระเบียบ หรือข้อบังคับใดใหม่ ผลการวิเคราะห์เชิงลึกที่มีความสอดคล้องกับขนาดของปัญหา ปัจจัยและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น ทั้งนี้ จะประเมินด้วยว่าผลการวิเคราะห์ผลกระทบของหน่วยงานของรัฐต้องไม่ปรากฏข้อผิดพลาดที่ร้ายแรงและชัดเจน

เมื่อสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ประเมินการวิเคราะห์ผลกระทบของหน่วยงานของรัฐเสร็จสิ้นแล้ว จะส่งต่อผลการวิเคราะห์ผลกระทบนั้นไปยังผู้มีอำนาจตัดสินใจด้านนโยบายเพื่อการตัดสินใจขั้นสุดท้าย ซึ่งผู้มีอำนาจตัดสินใจด้านนโยบายมีอิสระในการตัดสินใจผลลัพธ์ของการประเมินผลวิเคราะห์ผลกระทบไม่เป็นการผูกมัดให้ผู้มีอำนาจตัดสินใจด้านนโยบายต้องปฏิบัติตาม ผลการวิเคราะห์ผลกระทบเป็นเพียงข้อมูลทางเลือกในการพิจารณาประกอบการตัดสินใจทางนโยบายเท่านั้น ทั้งนี้ สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) จะเผยแพร่ผลการประเมินการวิเคราะห์ผลกระทบของหน่วยงานของรัฐบนเว็บไซต์ของสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ให้ประชาชนทั่วไปเข้าถึงได้ ดังนั้น การวิเคราะห์ผลกระทบที่มีข้อมูลและรายละเอียดไม่เพียงพอ หรือไม่ถูกต้องอาจส่งผลให้เกิดการตรวจสอบข้อเท็จจริงและโต้แย้งข้อมูลที่ใช้ประกอบการพิจารณาได้

ระดับการประเมินผลวิเคราะห์ผลกระทบโดยสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA)

สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ได้จัดระดับการประเมินผลวิเคราะห์ผลกระทบไว้สี่ระดับ ได้แก่ ๑. การปฏิบัติที่เป็นแบบอย่าง (Exemplary Practice) ๒. แนวปฏิบัติที่ดี (Good Practice) ๓. เพียงพอ (Adequate) และ ๔. ไม่เพียงพอ (Insufficient) ดังนี้

๑. การปฏิบัติที่เป็นแบบอย่าง (Exemplary Practice)

แนวทางปฏิบัติที่สามารถใช้เป็นแบบอย่างการวิเคราะห์ผลกระทบประกอบด้วย การวิเคราะห์ผลกระทบที่มีคุณภาพสูงเป็นพิเศษ โดยพิจารณาจากกระบวนการและความสอดคล้องกับทั้งเจ็ดหัวข้อ อันเป็นแนวทางของสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) และมีข้อเสนอ กระบวนการที่พัฒนาจากเดิมอย่างยอดเยี่ยม

๒. แนวปฏิบัติที่ดี (Good Practice)

การวิเคราะห์ผลกระทบที่ได้รับการประเมินว่าเป็นแนวปฏิบัติที่ดีประกอบด้วย การวิเคราะห์เชิงคุณภาพที่ดี ที่ตอบข้อพิจารณาเจ็ดหัวข้อ และปฏิบัติตามกระบวนการการพัฒนานโยบายที่เหมาะสมสอดคล้องกับความสำเร็จและขนาดของปัญหาที่มีการแทรกแซงจากภาครัฐ การปฏิบัติที่ไม่มีกระบวนการมากเกินไป

๓. ความเพียงพอ (Adequate)

ระดับการประเมินผลกระทบที่เพียงพอหมายถึง การวิเคราะห์ผลกระทบที่มีข้อมูล รายละเอียดเพียงพอสำหรับการตัดสินใจ แต่อาจมีข้อบกพร่องหลายประการ และ/หรือ กระบวนการพัฒนานโยบายที่ใช้ในการสนับสนุนการวิเคราะห์ที่ยังขาดองค์ประกอบบางประการ เช่น การไม่ปรึกษาหารือจากองค์กร หน่วยงานหรือการรับฟังความคิดเห็นของบุคคลที่เกี่ยวข้องในระดับที่สมเหตุสมผล

๔. ความไม่เพียงพอ (Insufficient)

ระดับการประเมินผลกระทบที่ไม่เพียงพอ หมายความว่า กระบวนการและการวิเคราะห์มีคุณภาพต่ำ ไม่มีรายละเอียดและความชัดเจนของข้อมูลเพียงพอ ไม่ควรใช้เป็นพื้นฐานในการตัดสินใจ กรณีสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ประเมินผลวิเคราะห์ผลกระทบในระดับที่ไม่เพียงพอ หน่วยงานภาครัฐต้องทำการทบทวนการวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายหลังการดำเนินการ (post-implementation review) ให้แล้วเสร็จภายในสองปีหลังจากดำเนินนโยบาย

กรณีพิเศษที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องเสนอผลการวิเคราะห์ผลกระทบ มีสี่กรณี ดังนี้

๑. การยกเว้นโดยนายกรัฐมนตรี (Prime Minister's exemptions)

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจยกเว้นการวิเคราะห์ผลกระทบของนโยบายสำหรับหน่วยงานของรัฐได้ หากมีกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น โดยต้องบันทึกว่านโยบายนั้นยกเว้นการวิเคราะห์ผลกระทบโดยนายกรัฐมนตรี และระบุเหตุผลการยกเว้นการวิเคราะห์ผลกระทบทางเว็บไซต์ของสำนักนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี (Department of the Prime Minister and Cabinet) ด้วย

กรณีที่สามารยกเว้นการวิเคราะห์ผลกระทบแก่หน่วยงานของรัฐ ได้แก่

๑.๑ เมื่อมีเหตุการณ์ฉุกเฉิน จำเป็นเร่งด่วนที่เกิดขึ้นโดยไม่อาจคาดการณ์ได้มาก่อนซึ่งเหตุการณ์นั้นได้เกิดขึ้นก่อนมีการตัดสินใจดำเนินการวิเคราะห์ผลกระทบ

๑.๒ กรณีที่เกี่ยวข้องกับงบประมาณหรือความอ่อนไหวทางเศรษฐกิจที่อาจส่งผลกระทบต่อการรักษาความลับอันจะก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการแข่งขันทางการค้า การกีดกันการค้าหรือกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภค อันจะก่อให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจของประเทศต่อไปได้ อนึ่ง หน่วยงานภาครัฐต้องทบทวนเหตุแห่งการยกเว้นการวิเคราะห์ผลกระทบโดยนายกรัฐมนตรีภายหลังมีการดำเนินนโยบาย (Ex post evaluation) ให้เสร็จสิ้นภายในสองปีนับจากที่นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจยกเว้นการวิเคราะห์ผลกระทบนั้นหรือในช่วงเวลาอื่นที่นายกรัฐมนตรีเห็นชอบ

๒. การดำเนินการเทียบเท่าการวิเคราะห์ผลกระทบ (Impact Analysis Equivalent)

รัฐมนตรีช่วยว่าการที่กำกับหน่วยงานของรัฐ เลขาธิการ หรือหัวหน้าผู้บริหารของหน่วยงานของรัฐอาจตกลงกับสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ให้ทำการรับรอง

การประเมินหรือการวิเคราะห์ผลกระทบที่สร้างขึ้นผ่านกระบวนการอื่นที่มีมาตรฐานเทียบเท่ากับที่กำหนดในคู่มือของสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) นี้ได้ โดยต้องได้ตอบข้อพิจารณาการวิเคราะห์ผลกระทบทั้งเจ็ดหัวข้อแล้ว

ในกรณีที่ใช้แนวทางอื่นในการวิเคราะห์ผลกระทบที่หน่วยงานภาครัฐทำขึ้น สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) อาจพิจารณาว่าเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับผลการวิเคราะห์ผลกระทบนั้นหรืออาจให้วิเคราะห์ผลกระทบในแง่มุมอื่นเพิ่มเติม โดยพิจารณาภายใต้ขอบเขตหรือบริบทของการวิเคราะห์ผลกระทบ ว่าสามารถตอบคำถามการวิเคราะห์ผลกระทบเจ็ดหัวข้อได้อย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ ทั้งนี้ สำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ไม่ได้ประเมินคุณภาพการวิเคราะห์ผลกระทบจากเอกสารของทางการ แต่จะประเมินความเกี่ยวข้องของผลการวิเคราะห์ผลกระทบกับข้อเสนอนโยบายที่มีอยู่ หากข้อเสนอนั้นไม่เกี่ยวข้อง มีข้อมูลไม่เพียงพอ หรือขาดการวิเคราะห์เชิงลึก และจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์ผลกระทบเพิ่มเติมจะแจ้งหน่วยงานภาครัฐให้ดำเนินการ เมื่อสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) พิจารณาผลการวิเคราะห์ผลกระทบแล้วเห็นว่า เป็นไปตามมาตรฐาน จะออกหนังสือรับรองความเทียบเท่าการวิเคราะห์ผลกระทบ และเผยแพร่ทางเว็บไซต์ของสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) เมื่อมีการประกาศผลการตัดสินใจ ซึ่งอาจมีความคิดเห็นของสำนักงานวิเคราะห์ผลกระทบ (OIA) ด้วย

๓. นโยบายที่แถลงก่อนการเลือกตั้ง (Election commitments)

นโยบายต่าง ๆ ที่ได้แถลงไว้ก่อนการเลือกตั้งจะได้รับยกเว้นไม่ต้องวิเคราะห์ผลกระทบ

๔. การเพิ่มรายได้และมาตรการคุ้มครองการจัดหารายได้ของรัฐ (Revenue raising and protection measures)

นโยบายที่มีเนื้อหาด้านงบประมาณหรือการหารายได้ของรัฐต้องดำเนินการด้วยมาตรการทางการเงินที่เข้มงวด ตามวิธีการของหน่วยงานที่มีหน้าที่ด้านนี้โดยตรงที่ต้องพิจารณาแล้วว่า มาตรการหรือนโยบายนั้นเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติมากที่สุด ทั้งไม่อาจวิเคราะห์ต้นทุนและผลประโยชน์ได้ครอบคลุมเพื่อจะวัดรายได้และรายจ่ายเพื่อกิจการของรัฐได้อย่างชัดเจน มาตรการกรณีนี้จึงได้รับยกเว้นไม่ต้องวิเคราะห์ผลกระทบด้านนโยบาย



โครงการดีเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๕
โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์

เรื่อง การยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาครึ่งปี

ตามมาตรา ๕๖ ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร *

สง่าพันธุ์ พงศ์เทพธัมภ**

ผู้จัดทำโครงการปฏิบัติราชการที่สำนักงานสรรพากรพื้นที่กรุงเทพมหานคร ๑๓ กรมสรรพากร มีภารกิจเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี การเสนอแนะ การใช้นโยบายทางภาษีอากร เพื่อให้ได้รายได้จากภาษีอากรตามเป้าหมายอย่างทั่วถึงและเป็นธรรม เป็นกลไกในการพัฒนา เศรษฐกิจและสังคม และเกิดความสนใจในการเสียภาษี ซึ่งผู้จัดทำโครงการมีหน้าที่รับผิดชอบ ในการเร่งรัดภาษีอากรค้างตามประมวลรัษฎากร รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ผู้จัดทำโครงการ ได้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับกฎหมายฉบับดังกล่าว ประกอบกับความรู้ที่ได้รับจากการเข้าร่วมอบรม หลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๕ เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ มาตรา ๗๗^๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เห็นว่ามาตรา ๕๖ ทวิ^๒ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีก่อนถึงกำหนดเวลา กำหนดให้ผู้มีหน้าที่ ยื่นรายการตามแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ แสดงรายการเงินได้เฉพาะตามมาตรา ๔๐ (๕) (๖) (๗) หรือ (๘) ไม่ว่าจะจะมีเงินได้ประเภทอื่นรวมอยู่ด้วยหรือไม่ ที่ได้รับตั้งแต่เดือนมกราคมถึงเดือนมิถุนายน

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นิติกรปฏิบัติการ กรมสรรพากร ผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับ ปฏิบัติการ รุ่นที่ ๒๕ (มิถุนายน ๒๕๖๗)

^๑ มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบ อาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ

^๒ มาตรา ๕๖ ทวิ เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีก่อนถึงกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๖ ให้ผู้มีหน้าที่ยื่นรายการตามมาตรา ๕๖ มาตรา ๕๗ มาตรา ๕๗ ทวิ และมาตรา ๕๗ ตริ ยื่นรายการตามแบบ ที่อธิบดีกำหนด แสดงรายการเงินได้เฉพาะตามมาตรา ๔๐ (๕) (๖) (๗) หรือ (๘) ไม่ว่าจะจะมีเงินได้ประเภทอื่น รวมอยู่ด้วยหรือไม่ ที่ได้รับตั้งแต่เดือนมกราคมถึงเดือนมิถุนายน ภายในเดือนกันยายนของทุกปีภาษี

ฯลฯ

ฯลฯ

ภายในเดือนกันยายนของทุกปีภาษี ทำให้จะต้องยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้สองครั้ง ได้แก่ การยื่นแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ และแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๐ ในปีภาษีเดียว จึงเห็นว่าจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายมาตราดังกล่าว ว่าเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้เสียภาษีเกินควรหรือไม่ เมื่อเทียบกับผลลัพธ์ที่ได้ และการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

ประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายที่รวบรวมเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากรจากเงินได้ของผู้มีเงินได้และเข้าลักษณะที่จะต้องเสียภาษี เพื่อปรับปรุงภาษีอากรให้เป็นธรรมแก่สังคมที่เป็นประโยชน์แก่ราษฎรและยังปลูกจิตสำนึกให้ตระหนักถึงหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ^๓

ประมวลรัษฎากรมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจัดเก็บภาษีของผู้มีเงินได้อันเข้าลักษณะพึงเสียภาษี โดยกำหนดระยะเวลายื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้สำหรับบุคคลธรรมดาตามมาตรา ๕๖^๔ ด้วยแบบฯ ที่กำหนด มีรายละเอียด คือ

๑. แบบฯ ภ.ง.ด. ๙๐ สำหรับผู้มีเงินได้กรณีทั่วไป ซึ่งมีเงินได้พึงประเมินทุกประเภท มีกำหนดยื่นแบบฯ ภายในเดือนมกราคม - มีนาคม ของปีภาษีถัดไป

๒. แบบฯ ภ.ง.ด. ๙๑ สำหรับผู้มีเงินได้จากการจ้างแรงงานตามมาตรา ๔๐ (๑) แห่งประมวลรัษฎากร ประเภทเดียว มีกำหนดยื่นแบบฯ ภายในเดือนมกราคม - มีนาคม ของปีภาษีถัดไป

๓. แบบฯ ภ.ง.ด. ๙๓ แสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับใช้ยื่นก่อนถึงกำหนดเวลาการยื่นแบบตามปกติ คือภายในเดือนธันวาคมของปีที่ได้รับเงินได้พึงประเมิน

๔. แบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ แสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปีเป็นการยื่นแบบแสดงรายการเงินได้เฉพาะเงินได้พึงประเมิน สำหรับผู้มีเงินได้ตามมาตรา ๔๐ (๕)

^๓ เชมภัทร ทฤษฎิกุล. (๒๕๖๕). ครอบรอบ ๘๔ ปี ประมวลรัษฎากร: ความเปลี่ยนแปลงตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา. สืบค้นเมื่อ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๖๗, จาก <https://pridi.or.th/th/content/2022/04/1062>

^๔ มาตรา ๕๖ ให้บุคคลทุกคน เว้นแต่ผู้เยาว์ หรือผู้ที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ ยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินที่ตนได้รับในระหว่างปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว พร้อมทั้งข้อความอื่น ๆ ภายในเดือนมีนาคม ทุก ๆ ปี ตามแบบที่อธิบดีกำหนดต่อเจ้าพนักงานซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งถ้าบุคคลนั้น

(๖) (๗) หรือ (๘)^๕ แห่งประมวลรัษฎากร ที่ได้รับตั้งแต่เดือนมกราคมถึงเดือนมิถุนายน ไม่ว่าจะมียกเงินได้ประเภทอื่นรวมอยู่ด้วยหรือไม่ก็ตาม มีกำหนดยื่นแบบฯ ภายในเดือนกรกฎาคม - กันยายนของปีภาษีนั้น

๕. แบบฯ ภ.ง.ด. ๙๕ สำหรับคนต่างด้าวผู้มีเงินได้จากการจ้างแรงงานจากสำนักงานปฏิบัติการภูมิภาค มีกำหนดยื่นแบบฯ ภายในเดือนมกราคม - มีนาคม ของปีภาษีถัดไป

การยื่นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปี ด้วยแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ ตามมาตรา ๕๖ ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยลดความเสี่ยงที่จะค้างชำระภาษีในระหว่างปี ลดความเสี่ยงในการต้องจ่ายเงินเพิ่ม ช่วยให้ผู้เสียภาษีสามารถปรับการชำระภาษีให้เหมาะสมกับรายได้ที่มีในช่วงนั้น จะทำให้แบ่งเบาภาระภาษีของผู้เสียภาษีอากร เมื่อยื่นภาษีในปีภาษี เนื่องจากได้ยื่นภาษีเงินได้ประจำปีไปแล้ว และยังทำให้รัฐได้รับเงินภาษีบางส่วนเข้ามาเพื่อใช้เป็นสภาพคล่องในระหว่างปี

เนื่องจากผู้จัดทำโครงการได้รับฟังปัญหาจากผู้เสียภาษีเรื่องการยื่นภาษีบุคคลธรรมดา ว่าเหตุใดจึงจำเป็นต้องมีการยื่นภาษีประจำปี สำหรับรายการเงินได้เฉพาะตามมาตรา ๔๐ (๕) (๖) (๗) หรือ (๘) ตามมาตรา ๕๖ ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งผู้เสียภาษีจะต้องยื่นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปี ด้วยแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ ภายในเดือนกันยายนของปีภาษี หากมีภาษีที่ชำระไว้ ให้ถือเป็นเครดิตในการคำนวณภาษีที่ต้องชำระภาษีประจำปี และจะต้องยื่นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปี สำหรับเงินได้พึงประเมินของปีภาษีดังกล่าวอีกครั้ง ด้วยแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๐ ภายในเดือนมีนาคมของปีภาษีถัดไป โดยให้นำเงินได้จากการยื่นแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ มารวมคำนวณ หากมีภาษีต้องชำระให้นำเครดิตภาษีที่ยื่นไว้ตามแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ มาใช้ ซึ่งก่อให้เกิดภาระต้องจัดเตรียมข้อมูลสำหรับการยื่นแบบฯ สองครั้ง สำหรับเงินได้ที่เกิดขึ้นในปีภาษีเดียว

^๕ มาตรา ๔๐ เงินได้พึงประเมินนั้นคือ เงินได้ประเภทดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๕) เงินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้เนื่องจาก

(ก) การให้เช่าทรัพย์สิน ...

ฯลฯ

ฯลฯ

(๖) เงินได้จากวิชาชีพอิสระ คือ วิชากฎหมาย การประกอบโรคศิลปะ วิศวกรรม สถาปัตยกรรม การบัญชี ประณีตศิลปกรรม หรือวิชาชีพอิสระอื่นซึ่งจะได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดชนิดไว้

(๗) เงินได้จากการรับเหมาที่ผู้รับเหมาต้องลงทุนด้วยการจัดหาสัมภาระในส่วนสำคัญนอกจากเครื่องมือ

(๘) เงินได้จากการธุรกิจ การพาณิชย์ การเกษตร การอุตสาหกรรม การขนส่ง หรือการอื่นนอกจากที่ระบุไว้ใน (๑) ถึง (๗) แล้ว

ผู้จัดทำโครงการจึงได้รวบรวมข้อมูลการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาด้วยแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๐ ภ.ง.ด. ๙๑ และ ภ.ง.ด. ๙๔ จากรายงานประเมินผลการจัดเก็บภาษีสรรพากรของหน่วยงานภายในกรมสรรพากร พบว่า สำหรับปีงบประมาณ ๒๕๖๖ กรมสรรพากรสามารถจัดเก็บภาษีจากการยื่นแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ ได้เป็นจำนวนเงินประมาณ ๓,๐๐๐ ล้านบาทจากการยื่นแบบฯ เพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปี ตามแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๐ จัดเก็บภาษีได้เป็นจำนวนเงินประมาณ ๑๔,๐๐๐ ล้านบาท และตามแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๑ จัดเก็บภาษีได้เป็นจำนวนเงินประมาณ ๑๑,๐๐๐ ล้านบาท รวมจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา เป็นจำนวนเงินประมาณ ๒๘๐,๐๐๐^๖ ล้านบาท



แผนภูมิที่ ๑ แสดงข้อมูลเปรียบเทียบยอดจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเปรียบเทียบ

แบบ \ เงินได้	เงินได้สุทธิหลังหักค่าใช้จ่าย										หน่วย : ล้านบาท	
	เงินได้มาตรา ๔๐(๑)-(๒)		เงินได้มาตรา ๔๐(๕)		เงินได้มาตรา ๔๐(๖)		เงินได้มาตรา ๔๐(๗)		เงินได้มาตรา ๔๐(๘)		จำนวนรายยื่นแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๐ (ราย)	จำนวนภาษีที่ชำระ พร้อมแบบฯ (ล้านบาท)
	จำนวนเงิน	จำนวนราย	จำนวนเงิน	จำนวนราย	จำนวนเงิน	จำนวนราย	จำนวนเงิน	จำนวนราย	จำนวนเงิน	จำนวนราย		
ภ.ง.ด. ๙๐	๑๔,๔๗,๖๔๔	๒๖๘,๐๔๔	๗๒,๖๔๔	๑๒๐,๗๒๐	๔๔,๓๕๕	๑๒๑,๗๓๐	๓๖,๖๑๔	๑๒๑,๗๓๐	๒๖๔,๖๕๔	๑,๑๔๗,๕๑๑	๓,๐๑๖,๐๐๖	๑๓,๘๖๔
				๑๒๐,๗๒๐		๑๒๑,๗๓๐		๑๒๑,๗๓๐		๑,๑๔๗,๕๑๑	๑,๕๑๒,๐๔๓	

ตารางที่ ๑^๗ แสดงเงินได้สุทธิหลังหักค่าใช้จ่าย/ลดหย่อน และจำนวนรายที่ยื่นแบบแยกตามประเภทเงินได้

^๖ ข้อมูลจากรายงานประเมินผลการจัดเก็บภาษีสรรพากรของหน่วยงานภายในกรมสรรพากร ปีงบประมาณ ๒๕๖๖

^๗ รายงานข้อมูลประเมินผลจัดเก็บภาษีสรรพากรของหน่วยงาน ประจำปีภาษี ๒๕๖๖

จากข้อมูลแผนภูมิที่ ๑ สามารถแสดงให้เห็นว่าจากการยื่นแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ กรมสรรพากรสามารถจัดเก็บภาษีได้ เป็นจำนวนเงินประมาณ ๓,๐๐๐ ล้านบาท นั้นคิดเป็นสัดส่วนยอดจัดเก็บประมาณร้อยละ ๑ ของภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาทั้งหมด เป็นสัดส่วนที่น้อยมากไม่มีนัยสำคัญ เพราะว่าประมวลรัษฎากร ได้กำหนดให้มีการหักภาษี ณ ที่จ่าย สำหรับเงินได้ตามมาตรา ๓ เตรส^๘ และมาตรา ๕๐^๙ โดยเงินได้ตามมาตรา ๔๐ (๕) (๖) (๗) หรือ (๘) ได้มีการหักภาษี ณ ที่จ่ายไว้แล้วบางส่วน เมื่อขณะมีการยื่นแบบ ภ.ง.ด. ๙๔ จึงใช้ภาษีหัก ณ ที่จ่าย ทำให้เมื่อยื่นแบบฯ มียอดเงินที่จะต้องชำระภาษีไม่มากนัก โดยผู้จัดทำโครงการได้จัดทำสมมุติฐานคำนวณจำนวนเงินคิดเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับการจัดเตรียมและการยื่นแบบฯ ว่าภายใต้สมมุติฐานที่ต่างกัน ตามตารางที่ ๒

ตารางที่ ๒ แสดงสมมุติฐานคำนวณจำนวนเงินค่าใช้จ่ายจากการจัดเตรียมและการยื่นแบบฯ

จำนวนรายที่ยื่นแบบ ภ.ง.ด. ๙๐ แสดงเงินได้ตามมาตรา ๔๐(๕)-(๘)	อัตราร้อยละ	สมมุติฐานเวลาการจัดเตรียมและการยื่นแบบฯ					
		๑๕ นาที (man-hour)	คิดจำนวนเงินราย ชั่วโมงละ ๕๐ บาท (หน่วย: บาท)	๓๐ นาที (man-hour)	คิดจำนวนเงินราย ชั่วโมงละ ๕๐ บาท (หน่วย: บาท)	๖๐ นาที (man-hour)	คิดจำนวนเงินราย ชั่วโมงละ ๕๐ บาท (หน่วย: บาท)
๑,๕๑๒,๐๙๑	๑๐๐%	๒๒๖,๘๑๔	๑๑,๓๔๐,๖๘๓	๗๕๖,๐๔๖	๓๗,๘๐๒,๒๗๕	๑,๕๑๒,๐๙๑	๗๕,๖๐๔,๕๕๐
๑,๐๕๘,๔๖๔	๗๐%	๑๕๘,๗๗๐	๗,๙๓๘,๔๗๘	๕๒๙,๒๓๒	๒๖,๔๖๑,๕๙๓	๑,๐๕๘,๔๖๔	๕๒,๙๒๓,๑๘๕
๗๕๖,๐๔๖	๕๐%	๑๑๓,๔๐๗	๕,๖๗๐,๓๔๑	๓๗๘,๐๒๓	๑๘,๙๐๑,๑๓๘	๗๕๖,๐๔๖	๓๗,๘๐๒,๒๗๕
๔๕๓,๖๒๗	๓๐%	๖๘,๐๔๔	๓,๔๐๒,๒๐๕	๒๒๖,๘๑๔	๑๑,๓๔๐,๖๘๓	๔๕๓,๖๒๗	๒๒,๖๘๑,๓๖๕

ดังนั้น การยื่นแบบฯ ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาครึ่งปี จึงอาจเป็นการสร้างภาระให้กับผู้เสียภาษีในการจัดเตรียมข้อมูลยื่นแบบฯ และไม่คุ้มค่ากับประโยชน์ที่รัฐได้รับการเก็บภาษี สำหรับภาระในการรับแบบฯ ของกรมสรรพากร หรือเก็บสำรองข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ กรณีหากได้มีการยื่นแบบฯ ทางอินเทอร์เน็ต

๒. วิเคราะห์แนวทางในการแก้ไขปัญหา

เมื่อพิจารณาผลลัพธ์จากข้อมูลที่ได้จากการยื่นแบบ ภ.ง.ด. ๙๔ แล้ว ประกอบกับหลักเกณฑ์มาตรา ๗๗ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เห็นว่าจำนวนยอดเงินที่จัดเก็บได้จากการยื่นแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ มีสัดส่วนคิดเป็นเพียงร้อยละ ๑ ของภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา

^๘ มาตรา ๓ เตรส ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษี ให้อธิบดีมีอำนาจออกคำสั่งให้ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ ซึ่งไม่มีหน้าที่หักภาษี ณ ที่จ่ายตามลักษณะ ๒ หักภาษี ณ ที่จ่ายตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และอัตราที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

ฯลฯ

ฯลฯ

^๙ มาตรา ๕๐ ให้บุคคล ห้างหุ้นส่วน บริษัท สมาคม หรือคณะบุคคลผู้จ่ายเงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ หักภาษีเงินได้ไว้ทุกคราวที่จ่ายเงินได้พึงประเมินตามวิธีดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

ทั้งหมด และจากข้อมูลตามตารางที่ ๑ มีผู้ยื่นแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๐ จำนวนประมาณ ๓ ล้านราย ภายใต้สมมุติฐานว่า ได้มีผู้ยื่นแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ ด้วยการแสดงรายการเงินได้ตามมาตรา ๔๐ (๕) - (๘) เป็นจำนวนประมาณ ๑.๕ ล้านราย ทำให้บุคคลเหล่านี้จะต้องมีภาระในการดำเนินการจัดเตรียมข้อมูลและยื่นแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ กรมสรรพากรมีภาระในการรับแบบฯ หรือเก็บสำรองข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ หากพิจารณาถึงหลักความพอสมควรแก่เหตุ ความจำเป็น ความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ และประโยชน์ที่ได้รับในการลดภาระของผู้เสียภาษี จึงเห็นควรยกเลิกการใช้บทบัญญัติตามมาตรา ๕๖ ทวิ ทั้งมาตรา

๓. ข้อเสนอแนะ

หากพิจารณายกเลิกบทบัญญัติ มาตรา ๕๖ ทวิ โดยให้มีผลในปีภาษีถัดไป ผู้มีเงินได้ยังคงมีหน้าที่ยื่นแบบแสดงรายการเงินได้เพื่อเสียภาษีตามมาตรา ๕๖ ด้วยแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๐ และแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๑ สำหรับเงินได้ที่เกิดขึ้นในปีภาษีประจำปีภายในเดือนมีนาคมของปีภาษีถัดไป จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำให้บุคคลผู้มีเงินได้จะต้องยื่นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปี ด้วยแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ อีก การยกเลิกการยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปี จะทำให้ผู้เสียภาษีได้รับความสะดวกในการรวบรวมข้อมูลสำหรับการยื่นภาษีเพียงครั้งเดียว ในปีภาษีนั้น อีกทั้งยังเป็นการเลื่อนการจ่ายเงินทำให้ผู้เสียภาษีมีเงินอยู่ในมือ มีสภาพคล่องสำหรับใช้จ่าย ทำให้เศรษฐกิจหมุนเวียน กรมสรรพากรลดภาระในการรับแบบฯ หรือเก็บสำรองข้อมูลในระบบคอมพิวเตอร์ (กรณียื่นแบบฯ ทางอินเทอร์เน็ต) หากรัฐเห็นว่าการชดเชยเงินภาษีที่ขาดหายไปจากการยื่นแบบภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปี อาจจะออกกฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มชนิดหรือประเภทเงินได้หักภาษี ณ ที่จ่าย ชนิดอื่นๆ ให้ครอบคลุมเงินได้เพิ่มมากขึ้น

๔. บทสรุป

ผู้จัดทำโครงการได้รับความรู้ความเข้าใจ ตามมาตรา ๗๗ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๖๐ และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายที่บังคับใช้ ตามหลักนิติรัฐในฐานะที่เป็น “เกณฑ์” ในการตรากฎหมาย จะต้องพิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วน หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ เพื่อให้มีกฎหมายเพียงพอที่จำเป็น โดยได้ทราบปัญหาจากการบังคับใช้มาตรา ๕๖ ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งกำหนดให้บุคคลผู้มีเงินได้จะต้องยื่นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาประจำปี ด้วยแบบฯ ภ.ง.ด. ๙๔ ว่าเป็นการสร้างภาระให้กับผู้เสียภาษีเกินควรในการจัดเตรียมข้อมูลยื่นแบบฯ และความไม่คุ้มค่ากับประโยชน์ที่รัฐได้รับจากการเก็บภาษี จะต้องนำไปพิจารณายกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์และสภาพเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป ตลอดจนความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน ซึ่งสามารถนำความรู้ที่ได้ไปต่อยอดสู่การพัฒนาในการปฏิบัติหน้าที่ตามภารกิจที่ได้รับมอบหมายต่อไป

โครงการนิติเด่นของผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการขึ้นไป
รุ่นที่ ๓๕

โครงการการประเมินผลสัมฤทธิ์

เรื่อง การทบทวนความจำเป็นในการกำหนดให้ข้าวเป็นสินค้า

ที่ต้องขออนุญาตในการส่งออก ตามพระราชบัญญัติการส่งออกปอกและการนำเข้า
ในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ *

อนิรุทธ ฤทธิชู **

ผู้จัดทำโครงการดำรงตำแหน่งนิติกร สังกัดกรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีภารกิจกำกับดูแลการส่งออก การนำเข้า ปกป้องและรักษาผลประโยชน์ทางการค้า โดยรับผิดชอบงานด้านกฎหมายเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการส่งออกปอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ จึงยกประเด็นปัญหาจากการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้มาประเมินผลสัมฤทธิ์ เนื่องจากในปัจจุบันมีการกำหนดให้ข้าวเป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออก โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมคุณภาพมาตรฐานข้าวที่จะส่งออก แต่ในขณะเดียวกันกระทรวงพาณิชย์ก็มีกฎหมายเฉพาะสำหรับควบคุมคุณภาพมาตรฐานสินค้าส่งออกอยู่แล้ว คือ พระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ ซึ่งให้อำนาจกำหนดสินค้ามาตรฐาน และมาตรฐานสินค้า และต้องมีใบรับรองมาตรฐานสินค้าแสดงต่อพนักงานศุลกากรในการส่งออก เพื่อป้องกันความเสียหายจากการส่งออกสินค้าที่ไม่มีคุณภาพมาตรฐาน ดังนั้นจึงเห็นได้ว่ายังมีมาตรการอื่นที่สามารถนำมาใช้กำกับดูแลการส่งออกข้าวได้ โดยไม่จำเป็นต้องใช้ระบบอนุญาต ซึ่งผู้จัดทำโครงการได้ดำเนินการประเมินผลสัมฤทธิ์ตามหลักการในมาตรา ๗๗^๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายและใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

** นิติกรชำนาญการ กรมการค้าต่างประเทศ ผู้เข้าอบรมหลักสูตรการพัฒนานักกฎหมายภาครัฐระดับชำนาญการ รุ่นที่ ๓๕ (มิถุนายน ๒๕๖๗)

^๑ มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ

ฯลฯ

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

๑. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

กระทรวงพาณิชย์มีนโยบายในการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่การค้าระหว่างประเทศอันอาจสร้างความเสียหายที่รุนแรงและยากแก่การเยียวยา โดยเฉพาะความเสียหายต่อภาพลักษณ์และชื่อเสียงของสินค้าไทยโดยเฉพาะสินค้าข้าว เนื่องจากข้าวของไทยเป็นสินค้าที่สร้างรายได้และชื่อเสียงให้กับประเทศไทยมาอย่างยาวนาน จึงได้กำหนดให้ข้าวเป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออก ตามพระราชบัญญัติการส่งออกปศุสัตว์และการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดระเบียบผู้ประกอบการส่งออกข้าว และเพื่อควบคุมคุณภาพมาตรฐานข้าวที่จะส่งออก เพื่อป้องกันไม่ให้มีการส่งข้าวที่ไม่มีคุณภาพมาตรฐานออกไปยังต่างประเทศอันจะสร้างความเสียหายแก่ชื่อเสียงของข้าวไทยดังกล่าว และในขณะเดียวกัน กระทรวงพาณิชย์ก็มีกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจในการควบคุมคุณภาพมาตรฐานสินค้าส่งออก คือ พระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ ที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาชื่อเสียงและภาพลักษณ์ ตลอดจนความนิยมเชื่อถือของนานาประเทศต่อสินค้าไทยเช่นเดียวกัน ซึ่งในปัจจุบันมีการกำหนดให้ข้าวหอมมะลิไทยเป็นสินค้ามาตรฐานตามพระราชบัญญัตินี้

การปฏิบัติตามมาตรการเกี่ยวกับการส่งออกข้าวภายใต้พระราชบัญญัติการส่งออกปศุสัตว์และการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ และพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ ดังกล่าว ผู้ประสงค์จะส่งออกข้าวต้องดำเนินการ ดังนี้

๑) มาตรการตามพระราชบัญญัติการส่งออกปศุสัตว์และการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๕ (๒)^๒ แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ประกาศกำหนดให้ข้าวทุกชนิดเป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออก^๓ เป็นผลให้การส่งออกข้าวจะต้อง

^๒ มาตรา ๕ ในกรณีที่จำเป็นหรือสมควรเพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สาธารณประโยชน์ การสาธารณสุข ความมั่นคงของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อประโยชน์อื่นใดของรัฐ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษาในเรื่องหนึ่งเรื่องใด ดังต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(๒) กำหนดสินค้าใดให้เป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออกหรือในการนำเข้า

๑.ล๑

๑.ล๑

^๓ ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง กำหนดให้ข้าวเป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออกปศุสัตว์ในราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๕๕

๑.ล๑

๑.ล๑

ข้อ ๓ ในประกาศนี้ “ข้าว” หมายความว่า ข้าวเจ้า หรือข้าวเหนียว ทั้งที่เป็นข้าวเปลือก ข้าวกล้อง ข้าวสาร ปลายข้าว ข้าวมัน และรำ แต่ไม่รวมถึงผลิตภัณฑ์ที่ทำมาจากข้าว

๑.ล๑

๑.ล๑

ข้อ ๔ ให้ข้าวเป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออกปศุสัตว์ในราชอาณาจักร

๑.ล๑

๑.ล๑

ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย^๔ ซึ่งการขออนุญาตจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงการขออนุญาต และการอนุญาตให้ส่งออกนอกและนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๕๕ ซึ่งตามข้อ ๕ ของกฎกระทรวงกำหนดให้หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และเอกสารหลักฐานการขออนุญาตเป็นไปตามระเบียบกระทรวงพาณิชย์ โดยได้มีการออกระเบียบกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการส่งออกนอกไปนอกราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้กรณีส่งออกเพื่อการค้า ผู้ขออนุญาตส่งออกข้าวทุกชนิดต้องเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบการค้าข้าวประเภทค้าข้าวส่งไปจำหน่ายต่างประเทศจากกรมการค้าภายในหรือสำนักงานพาณิชย์จังหวัด ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการค้าข้าว พ.ศ. ๒๕๔๙ ต้องขึ้นทะเบียนเป็นผู้ส่งออกข้าวออกนอกไปนอกราชอาณาจักรต่อกรมการค้าต่างประเทศ ต้องไม่เคยกระทำความเสียหายแก่การค้าระหว่างประเทศ^๕ ต้องยื่นคำร้องพร้อมเอกสารหลักฐานต่อเจ้าหน้าที่^๖ และกำหนดเงื่อนไขให้ต้องตรวจสอบคุณภาพมาตรฐานข้าว

^๔ มาตรา ๗ เมื่อได้ประกาศกำหนดสินค้าใดให้เป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออกหรือในการนำเข้าตามมาตรา ๕ (๒) แล้ว ห้ามมิให้ผู้ใดส่งออกหรือนำเข้าสินค้านั้น เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์หรือผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มอบหมาย

ฯลฯ

ฯลฯ

^๕ ข้อ ๗ คุณสมบัติของผู้มีสิทธิเป็นผู้ส่งออกข้าว

(๑) ต้องเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบการค้าข้าวประเภทค้าข้าวส่งไปจำหน่ายต่างประเทศจากกรมการค้าภายในหรือสำนักงานพาณิชย์จังหวัดที่ผู้ขออนุญาตมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่

(๒) ต้องเป็นผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ส่งออกข้าวออกนอกไปนอกราชอาณาจักรไว้กับกรมการค้าต่างประเทศ

(๓) ต้องเป็นผู้ซึ่งไม่เคยกระทำการใด ๆ ที่เป็นผลเสียหายแก่การค้าระหว่างประเทศมาก่อน ในกรณีเป็นนิติบุคคล กรรมการหรือหุ้นส่วนผู้จัดการของนิติบุคคลนั้น ต้องเป็นผู้ซึ่งไม่เคยกระทำการใด ๆ ที่เป็นผลเสียหายแก่การค้าระหว่างประเทศมาก่อน หรือไม่เคยเป็นกรรมการหรือหุ้นส่วนผู้จัดการของนิติบุคคลที่เคยกระทำการใด ๆ ที่เป็นผลเสียหายแก่การค้าระหว่างประเทศมาก่อน

ฯลฯ

ฯลฯ

^๖ ข้อ ๙ ให้ผู้ส่งออกข้าวที่ประสงค์จะส่งออกข้าวไปนอกราชอาณาจักร ยื่นคำร้องขอรับใบอนุญาตส่งสินค้าออกนอกไปนอกราชอาณาจักร ตามแบบ อ.๑ และใบอนุญาตให้ส่งสินค้าออกนอกไปนอกราชอาณาจักร ตามแบบ อ.๒ ทำกฎกระทรวงต่อกรมการค้าต่างประเทศ พร้อมเอกสารหลักฐานที่กำหนด ได้แก่ ใบกำกับสินค้า (Invoice) และ/หรือเอกสารหลักฐานอื่นที่แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับการตกลงซื้อขายข้าวจากผู้ซื้อในต่างประเทศ อาทิ ชื่อและที่อยู่ของผู้ส่งออก ผู้ซื้อ และผู้รับสินค้า ประเภท ชนิด และชั้นของข้าว ปริมาณสินค้า ราคา ประเทศผู้ซื้อและผู้รับสินค้า กำหนดส่งออก เป็นต้น ผ่านระบบวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามที่กรมการค้าต่างประเทศกำหนด

ฯลฯ

ฯลฯ

ก่อนส่งออก แยกเป็น ๒ กรณี ได้แก่ กรณีข้าวที่เป็นสินค้ามาตรฐานตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าข้าว พ.ศ. ๒๕๐๓ ต้องผ่านการตรวจสอบคุณภาพมาตรฐานจากสำนักงานมาตรฐานสินค้าหรือผู้ประกอบการตรวจสอบมาตรฐานสินค้า และกรณีข้าวที่ไม่เป็นสินค้ามาตรฐาน ต้องผ่านการตรวจสอบคุณภาพมาตรฐานจากสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย และมีข้อกำหนดให้ผู้ส่งออกต้องดำเนินการพิมพ์หรือประทับตรารายละเอียดเกี่ยวกับผู้ส่งออกบนกระสอบ ถุง หรือภาชนะที่ใช้บรรจุข้าวด้วย^๗ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อกำกับดูแลด้านคุณภาพมาตรฐานข้าวที่จะส่งออก ส่วนกรณีการส่งออกข้าวที่มีใช้เพื่อการค้าจะต้องมีหนังสือชี้แจงเหตุผลความจำเป็น และจะพิจารณาอนุญาตให้ส่งออกได้ไม่เกินปริมาณที่กำหนด^๘

๒) มาตรการตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าข้าว พ.ศ. ๒๕๐๓ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยคำแนะนำของคณะกรรมการมาตรฐานสินค้าอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๔^๙ ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ออกประกาศกำหนดให้ข้าวหอมมะลิไทยเป็นสินค้ามาตรฐาน^{๑๐} อันเป็นผลให้ผู้ส่งออกข้าวหอมมะลิไทยต้องจดทะเบียนเป็นผู้ทำการค้า

^๗ ข้อ ๑๐ การส่งข้าวออกไปนอกราชอาณาจักร ผู้ส่งออกข้าวต้องดำเนินการ ดังนี้

(๑) ส่งออกข้าวที่ได้มาตรฐานตามที่กระทรวงพาณิชย์ประกาศกำหนด

ฯลฯ

ฯลฯ

(๔) ให้มีการตรวจสอบคุณภาพและมาตรฐานข้าวที่จะส่งออกจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(ก) กรณีส่งออกข้าวประเภทหรือชนิดที่เป็นสินค้ามาตรฐานตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้า พ.ศ. ๒๕๐๓ ต้องผ่านการตรวจสอบคุณภาพและมาตรฐาน โดยสำนักงานมาตรฐานสินค้า กรมการค้าต่างประเทศ หรือผู้ประกอบการตรวจสอบมาตรฐานสินค้าที่ได้รับอนุญาตจากสำนักงานมาตรฐานสินค้า กรมการค้าต่างประเทศ

(ข) กรณีส่งออกข้าวประเภทหรือชนิดอื่นนอกจาก (ก) ต้องผ่านการตรวจสอบคุณภาพและมาตรฐาน โดยสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย

(๕) ต้องพิมพ์หรือประทับตราชื่อผู้ส่งออก และที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่หรือเลขทะเบียนผู้ส่งออกข้าวที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับกรมการค้าต่างประเทศ โดยให้มีขนาดตัวอักษรซึ่งสามารถมองเห็นได้อย่างชัดเจน บนกระสอบ ถุง หรือภาชนะอื่นใดที่ใช้บรรจุข้าวส่งออก และกรณีข้าวที่ส่งออกได้บรรจุกระสอบ ถุง หรือภาชนะขนาดเล็กไว้ในกระสอบ ถุง หรือภาชนะบรรจุข้าว ต้องประทับตราดังกล่าวไว้บนภาชนะขนาดเล็กที่บรรจุในภาชนะขนาดใหญ่ด้วย

^๘ ข้อ ๑๗ ให้ผู้ที่มีความประสงค์จะส่งออกข้าวที่มีใช้เพื่อการค้าทำหนังสือชี้แจงเหตุผลความจำเป็นพร้อมเอกสารหลักฐานที่แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับปริมาณและเหตุผลความจำเป็นในการขออนุญาตส่งออกต่อกรมการค้าต่างประเทศ เมื่อได้รับอนุญาตแล้วให้ยื่นคำร้องและใบอนุญาตตามข้อ ๙

^๙ มาตรา ๔ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยคำแนะนำของคณะกรรมการมาตรฐานสินค้ามีอำนาจ

(๑) กำหนดหรือยกเลิกสินค้าให้เป็นสินค้ามาตรฐาน

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๑๐} ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง กำหนดให้ข้าวหอมมะลิไทยเป็นสินค้ามาตรฐาน และมาตรฐานสินค้าข้าวหอมมะลิไทย พ.ศ. ๒๕๔๙ และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ขาออกซึ่งสินค้ามาตรฐานต่อสำนักงานมาตรฐานสินค้า กรมการค้าต่างประเทศ ตามมาตรา ๑๒^{๑๑} และต้องจัดให้มีการตรวจสอบมาตรฐานสินค้าโดยสำนักงานมาตรฐานสินค้าหรือผู้ประกอบการตรวจสอบมาตรฐานสินค้า เพื่อขอใบรับรองมาตรฐานสินค้าไปแสดงต่อพนักงานศุลกากรในการส่งออก ตามมาตรา ๑๗^{๑๒} ของพระราชบัญญัติเดียวกัน และมีข้อกำหนดให้ผู้ส่งออกต้องจัดให้มีตราแผ่นป้าย สลาก หรือเครื่องหมายที่สินค้ามาตรฐานหรือวัตถุที่ห้ามห่อด้วย^{๑๓} ซึ่งการปฏิบัติตามมาตรการนี้ นอกจากจะเป็นไปตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ แล้ว ยังเป็นการปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขในการอนุญาตส่งออกตามพระราชบัญญัติการส่งออก ไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ ดังกล่าวมาข้างต้นด้วย จึงเห็นได้ว่า มาตรการตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ ทำให้ข้าวที่ถูกกำหนดให้เป็นสินค้ามาตรฐานได้รับการตรวจสอบคุณภาพมาตรฐานก่อนการส่งออกและไม่มีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายจากการส่งออกข้าวที่ไม่มีคุณภาพมาตรฐาน

การกำหนดให้ข้าวทุกชนิดต้องขออนุญาตส่งออกตามพระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ ส่งผลให้ผู้ส่งออกต้องขอใบอนุญาตทุกครั้งที่จะส่งออก ซึ่งแต่ละเดือนมีการออกใบอนุญาตมากกว่า ๔,๐๐๐ ฉบับ^{๑๔} โดยหลักเกณฑ์ในการอนุญาตมีขั้นตอนที่ซับซ้อน ไม่จำเป็น และไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในหลายประเด็น อันแสดงถึงการนำระบบอนุญาตมาใช้โดยไม่สอดคล้องกับระดับการควบคุม

^{๑๑} มาตรา ๑๒ ผู้ใดทำการค้าขาออกโดยส่งหรือนำออกนอกราชอาณาจักรทางด่านศุลกากรที่รัฐมนตรีกำหนดซึ่งสินค้ามาตรฐาน ต้องจดทะเบียนเป็นผู้ทำการค้าขาออกซึ่งสินค้ามาตรฐานนั้น ณ สำนักงานมาตรฐานสินค้าหรือสำนักงานสาขา

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๑๒} มาตรา ๑๗ สินค้ามาตรฐานซึ่งผู้ทำการค้าขาออกประสงค์จะส่งหรือนำออกนอกราชอาณาจักรทางด่านศุลกากรที่รัฐมนตรีกำหนด ผู้ส่งหรือนำออกจะต้องจัดให้มีการตรวจสอบมาตรฐานสินค้าและขอรับใบรับรองมาตรฐานสินค้าจากสำนักงานมาตรฐานสินค้าหรือสำนักงานสาขาหรือผู้ที่รัฐมนตรีแต่งตั้งให้เป็นผู้ออกใบรับรองมาตรฐานสินค้าตามพระราชบัญญัตินี้ และผู้ส่ง หรือนำออกต้องแสดงใบรับรองมาตรฐานสินค้านั้นต่อเจ้าพนักงานศุลกากร ทั้งนี้ เว้นแต่เป็นการส่งหรือนำสินค้ามาตรฐานออกนอกราชอาณาจักรตามมาตรา ๑๖ วรรคสอง

ฯลฯ

ฯลฯ

^{๑๓} กฎกระทรวงการจดทะเบียนเป็นผู้ทำการค้าขาออกซึ่งสินค้ามาตรฐานและการกำหนดเงื่อนไขการทำการค้าขาออกซึ่งสินค้ามาตรฐาน พ.ศ. ๒๕๖๔ ข้อ ๙

^{๑๔} กรมการค้าต่างประเทศ “ข้อมูลการออกใบอนุญาตส่งออกสินค้าของกรมการค้าต่างประเทศ ประจำเดือนมิถุนายน ๒๕๖๗ จำนวน ๔,๘๘๓ ฉบับ” (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก [https://www.dft.go.th/th-th/บริการจากกรม/บริการข้อมูล-Information/ชุดข้อมูลเปิดของกรมการค้าต่างประเทศ, \(๒๕๖๗, ๒ กรกฎาคม\)](https://www.dft.go.th/th-th/บริการจากกรม/บริการข้อมูล-Information/ชุดข้อมูลเปิดของกรมการค้าต่างประเทศ, (๒๕๖๗, ๒ กรกฎาคม))

ไม่เป็นไปตามหลักการในมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ และไม่สอดคล้องกับคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การใช้ระบบอนุญาตในกฎหมาย ที่กำหนดให้ใช้ระบบอนุญาตในกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้และไม่มีมาตรการอื่นที่ดีกว่า^{๑๕} โดยมีรายละเอียดสภาพปัญหาสรุปได้ ดังนี้

๑) การกำหนดคุณสมบัติผู้ส่งออกเพื่อการค้าว่า ต้องได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบการค้าข้าว ประเภทค้าข้าวส่งไปจำหน่ายต่างประเทศ จากกรมการค้าภายใน หรือสำนักงานพาณิชย์จังหวัด และต้องมาขึ้นทะเบียนเป็นผู้ส่งออกข้าวกับกรมการค้าต่างประเทศถือเป็นการดำเนินการซ้ำซ้อนกันในเรื่องที่มีวัตถุประสงค์เดียวกัน อีกทั้งหากเป็นผู้ที่จะส่งออกข้าวหอมมะลิไทยซึ่งเป็นสินค้ามาตรฐานตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าข้าวออก พ.ศ. ๒๕๐๓ ก็ต้องขึ้นทะเบียนเป็นผู้ทำการค้าข้าวออกซึ่งสินค้ามาตรฐานต่อสำนักงานมาตรฐานสินค้า ตามที่พระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดด้วย การที่ระเบียบกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการส่งออกข้าวไปนอกราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๖๒ กำหนดให้ต้องขึ้นทะเบียนกับกรมการค้าต่างประเทศดังกล่าวจึงเป็นการสร้างขั้นตอนที่ไม่จำเป็น เนื่องจากกรมการค้าภายใน และกรมการค้าต่างประเทศต่างก็เป็นหน่วยงานในสังกัดกระทรวงพาณิชย์ ที่หากกระทรวงพาณิชย์ต้องการจัดระเบียบผู้ส่งออกข้าวก็ควรกำหนดให้มีการขออนุญาตหรือขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกอบการส่งออกข้าวต่อหน่วยงานเพียงหน่วยงานเดียว นอกจากนี้ การกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามว่าผู้ขออนุญาตต้องเป็นผู้ซึ่งไม่เคยกระทำความเสียหายแก่การค้าระหว่างประเทศก็เป็นข้อกำหนดที่ไม่จำเป็นและไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ เนื่องจากหากผู้ส่งออกปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในการตรวจสอบคุณภาพมาตรฐานข้าวโดยถูกต้องและมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดแล้ว ก็ย่อมไม่มีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายจากการส่งออกข้าวที่ไม่มีคุณภาพมาตรฐานดังกล่าว แม้ผู้ส่งออกจะเคยกระทำความเสียหายแก่การค้าระหว่างประเทศมาก่อนก็ตาม

^{๑๕} ๔ การอนุญาต/ใบอนุญาต : มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เป็นมาตรการในการควบคุมและกำกับดูแลการทำกิจกรรมหรือประกอบธุรกิจของประชาชนที่มีความเข้มงวดสูง หรือมีความจำเป็นต้องกำหนดจำนวนหรือปริมาณ เพราะมีลักษณะที่กระทบต่อชีวิต สิทธิ เสรีภาพ สังคม หรือประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง จึงต้องห้ามมิให้ประกอบกิจกรรมหรือธุรกิจนั้นจนกว่าจะได้รับอนุญาต โดยการใช้ระบบอนุญาตสามารถทำได้เมื่อ

๔.๑ เป็นกรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เนื่องจากการควบคุมหรือกำกับดูแลตามระดับที่กำหนดตาม ๑ ถึง ๓ ไม่เพียงพอสำหรับการคุ้มครองประโยชน์ส่วนร่วมของประชาชน

๔.๒ ไม่มีมาตรการอื่นที่ดีกว่าเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน

๔.๓ ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อส่วนรวม

๔.๔ ไม่เป็นภาระแก่ประชาชนจนไม่คุ้มค่ากับประโยชน์ที่ภาครัฐจะได้รับ

๒) การกำหนดเงื่อนไขการส่งออกเพื่อการค้าว่าต้องมีการตรวจสอบคุณภาพมาตรฐานก่อนส่งออก จะเห็นได้ว่าในส่วนของข้าวหอมมะลิไทยซึ่งเป็นสินค้ามาตรฐานผู้ส่งออกจะต้องตรวจสอบมาตรฐานตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ อยู่แล้ว ข้าวหอมมะลิไทยซึ่งได้รับใบรับรองมาตรฐานสินค้าจึงได้รับการกำกับดูแลด้านมาตรฐานและไม่มีความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายจากการส่งออกข้าวดังกล่าว จึงไม่จำเป็นต้องกำหนดว่าการส่งออกข้าวหอมมะลิไทยต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการส่งออกปศุสัตว์และการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ อีก เนื่องจากเป็นมาตรการที่ซ้ำซ้อนในเรื่องที่มีวัตถุประสงค์เดียวกัน ส่วนข้าวชนิดอื่นที่ไม่เป็นสินค้ามาตรฐานตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ แม้การกำหนดให้ต้องขออนุญาตส่งออกและให้มีการตรวจสอบคุณภาพมาตรฐานโดยสภาหอการค้าแห่งประเทศไทยถือเป็นการกำกับดูแลด้านคุณภาพมาตรฐานตามวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้ต้องขออนุญาตก็ตาม แต่เมื่อกระทรวงพาณิชย์มีพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ ที่สามารถนำมาใช้ควบคุมมาตรฐานสินค้าส่งออกได้ทุกชนิดอยู่แล้ว ประกอบกับการที่กระทรวงพาณิชย์มีนโยบายในการกำกับดูแลคุณภาพมาตรฐานของข้าวที่จะส่งออกทุกชนิด กระทรวงพาณิชย์ก็ควรกำหนดให้ข้าวชนิดอื่น ๆ นอกเหนือจากข้าวหอมมะลิไทย เป็นสินค้ามาตรฐานตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ ด้วย เพื่อให้การควบคุมคุณภาพมาตรฐานข้าวที่จะส่งออกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวและผู้ส่งออกสามารถใช้เพียงใบรับรองมาตรฐานสินค้าในการส่งออก โดยไม่ต้องใช้ระบบอนุญาตซึ่งเป็นมาตรการที่เข้มงวดและสร้างภาระแก่ประชาชนและหน่วยงานของรัฐเป็นอย่างมาก

๓) การกำหนดให้การส่งออกที่มีใช้เพื่อการค้าต้องมีหนังสือชี้แจงเหตุผลความจำเป็น และจะพิจารณาอนุญาตให้ส่งออกไม่เกินปริมาณที่กำหนด จากการตรวจสอบสถิติการขออนุญาตส่งออกที่มีใช้เพื่อการค้าพบว่า ตั้งแต่มีการกำหนดมาตรการแทบจะไม่มีการออกใบอนุญาตส่งออกข้าวที่มีใช้เพื่อการค้า ซึ่งอาจจะเป็นเพราะข้าวไทยมีจำหน่ายอยู่ทั่วโลกและผู้ที่อยู่ในต่างประเทศสามารถหาซื้อได้โดยไม่ต้องนำเข้าจากประเทศไทยด้วยตนเอง ทั้งนี้ การส่งออกที่มีใช้เพื่อการค้าเป็นการส่งออกข้าวในปริมาณไม่มากจึงมีความเสี่ยงต่ำที่จะเกิดความเสียหายในวงกว้าง สภาพการณ์ในปัจจุบันจึงไม่มีความจำเป็นต้องควบคุมกิจกรรมนี้เนื่องจากเป็นกิจกรรมที่เกิดขึ้นได้น้อยและไม่ได้มีความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างร้ายแรง

๒. วิเคราะห์แนวทางในการแก้ปัญหา

พระราชบัญญัติการส่งออกปศุสัตว์และการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ ให้อำนาจประกาศกำหนดให้สินค้าใดต้องขออนุญาตส่งออก ซึ่งเป็นมาตรการที่เข้มงวดและสร้างภาระแก่ประชาชน การใช้กฎหมายดังกล่าวจึงควรใช้กับสินค้าที่ต้องกำกับดูแลเป็นพิเศษและมีความจำเป็นโดยไม่อาจใช้มาตรการอื่นได้เท่านั้น ซึ่งแม้ในปัจจุบันข้าวจะเป็นสินค้า

ที่ต้องกำกับดูแลเป็นพิเศษด้านคุณภาพมาตรฐานการส่งออก แต่เมื่อมีพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ เป็นกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจกำกับดูแลด้านคุณภาพมาตรฐานส่งออกอยู่แล้ว โดยมีกลไกเพียงการตรวจสอบมาตรฐานสินค้าและขอใบรับรองมาตรฐานสินค้า อันเป็นภาระแก่ประชาชนน้อยกว่าการขอใบอนุญาต ดังนั้น การเลือกใช้ระบบอนุญาตโดยที่มีเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตในด้านคุณภาพมาตรฐานข้าวที่จะส่งออก ในขณะที่มีกฎหมายเฉพาะอยู่แล้วและเป็นมาตรการที่สร้างภาระน้อยกว่าแต่ให้ผลที่มีประสิทธิภาพเช่นเดียวกัน การใช้ระบบอนุญาตจึงไม่ใช่กรณีที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้และไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสมที่สุด ทั้งยังเป็นภาระต่อหน่วยงานของรัฐที่ปัจจุบันต้องออกใบอนุญาตเดือนละกว่า ๔,๐๐๐ ฉบับ และในขณะนี้ยังไม่ปรากฏกรณีการขาดแคลนอาหารในประเทศหรือสถานการณ์อื่น ๆ ที่จะส่งผลกระทบรุนแรงในอันที่จะต้องนำระบบอนุญาตมาใช้กำกับดูแลการส่งออกข้าวในมิติอื่นแต่อย่างใด การกำกับดูแลการส่งออกข้าวจึงควรใช้กลไกของพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ และควรกำหนดมาตรการให้ประชาชนต้องปฏิบัติเฉพาะกรณีการส่งออกข้าวเพื่อการค้าเท่านั้น เพราะการส่งออกที่มีใช้เพื่อการค้าเป็นกรณีที่มีความเสี่ยงต่ำที่จะเกิดความเสียหายแก่การค้าระหว่างประเทศดังที่กล่าวมาแล้ว

๓. ข้อเสนอแนะ

กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ ควรดำเนินการประเมินผลสัมฤทธิ์การใช้บังคับระบบอนุญาตส่งออกข้าวอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อพิจารณาว่าการบังคับใช้มีประสิทธิภาพหรือไม่ และหากยกเลิกมาตรการจะกระทบต่อภารกิจของหน่วยงานหรือต่อประชาชนโดยรวมหรือไม่ อย่างไร โดยในขั้นนี้ ผู้จัดทำโครงการเห็นว่า ควรยกเลิกการกำหนดให้ข้าวเป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออกตามพระราชบัญญัติการส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งสินค้า พ.ศ. ๒๕๒๒ และควรเปลี่ยนไปใช้กลไกการกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ. ๒๕๐๓ โดยกำหนดให้ข้าวทุกชนิดเป็นสินค้ามาตรฐานตามกฎหมายฉบับนี้ เพื่อให้การกำกับดูแลด้านคุณภาพมาตรฐานของข้าวที่ส่งออกอยู่ภายใต้กฎหมายเพียงฉบับเดียว

๔. บทสรุป

การประเมินผลสัมฤทธิ์การบังคับใช้มาตรการในการกำหนดให้ข้าวเป็นสินค้าที่ต้องขออนุญาตในการส่งออกนี้ ทำให้ผู้จัดทำโครงการมีความเข้าใจถึงความสำคัญของการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย โดยมีหลักคิดในการวิเคราะห์สภาพปัญหา การตรวจสอบผลสัมฤทธิ์จากการบังคับใช้กฎหมาย และการพิจารณาหาแนวทางและข้อเสนอแนะในการแก้ไข โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมาย และผลกระทบที่เกิดขึ้นกับประชาชนว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่ เพื่อที่จะนำไปสู่การวิเคราะห์ว่าระบบอนุญาตยังมีความจำเป็นอยู่ หรือมีมาตรการอื่นที่เหมาะสมกว่าหรือไม่ อย่างไร ทั้งยังทำให้ตระหนักว่าหน่วยงานของรัฐต้องประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายอย่างตรงไปตรงมา เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่ดีขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม



ที่ปรึกษา

นายปกรณ์ นิลประพันธ์

บรรณาธิการ

นางสมพร นิลประพันธ์

กองบรรณาธิการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม นางสาวปราณี เพ็ญ
นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัยนายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์
นางสาวคณินิจ แซ่เฮง นางสาวรัชนิกร ลาภวนิชชา
นางสาวรมณณัญญ์ พรหมณดี นางสาวพรรณพร สนธิไชย
นางสาวเสาวนีย์ จันทรชวลิต

ผู้จัดการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

แรัญญิก

นางสาวศิริพรรณ พวงทอง

A magnifying glass with a black frame and handle is positioned over a stack of papers. The lens of the magnifying glass is centered on the text 'Better Regulation for Better Life'. The background shows a stack of papers and a wooden surface, all in a warm, golden-brown color palette.

Better Regulation
for **BetterLife**