วารสารกฤษฎีกา

OCS e-JOURNAL

เล่ม ๕ ตอน ๔

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

OCS
e-Journal

October 2025

Volume 5 Part 4

Better Regulation for Better Life

พัฒนากฎหมายให้ดีเพื่อให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น

บทบรรณาธิการ

วารสารกฤษฎีกา เล่ม ๕ ตอน ๔ ฉบับนี้ ออกมาในช่วงเวลาที่มีเปลี่ยนแปลงอย่างรอบด้าน ทั้งทางเศรษฐกิจ การเมือง ภูมิอากาศ และเทคโนโลยี รวมถึงยังมีความขัดแย้งทางชายแดน ซึ่งล้วนมีผลกระทบต่อชีวิตประจำวันของประชาชนอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ท่ามกลางความเปลี่ยนแปลงและความขัดแย้งดังกล่าว กฎหมายยังคงเป็นกลไกสำคัญในการกำหนดทิศทาง สร้างความมั่นคง และช่วยประคับประคองให้สังคมก้าวเดินต่อไปได้อย่างมีระบบและสมดุล ด้วยเหตุนี้ กองบรรณาธิการจึงตั้งใจคัดสรรบทความ ให้ครอบคลุมทั้งการพัฒนากฎหมายเพื่อประโยชน์แก่ประชาชน การถอดบทเรียนจากต่างประเทศ รวมถึงการวิเคราะห์ข้อกฎหมายที่ใกล้ตัว เพื่อให้ผู้อ่านได้เห็นทั้งภาพกว้างและรายละเอียดในเชิงลึก กองบรรณาธิการหวังว่าบทความที่นำเสนอในฉบับนี้จะช่วยเสริมสร้างความเข้าใจ และเป็นประโยชน์ทั้งต่อการศึกษา การทำงาน และการใช้ชีวิตของท่านผู้อ่านทุกท่าน

บทความเรื่องแรก **แนวทางการเตรียมการเพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... โดย นายปณตภร จงธีรโชติ** นำเสนอการเตรียมความพร้อมของหน่วยงานภาครัฐต่อร่างกฎหมายใหม่ที่จะช่วยอำนวยความสะดวกให้ประชาชนเข้าถึงการอนุญาตและบริการได้สะดวก รวดเร็ว และโปร่งใสมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนอธิบายวัตถุประสงค์ หลักการ และกลไกสำคัญของร่างกฎหมาย เช่น การยกระดับประชาชนให้เป็น “ประธานแห่งสิทธิ” การทำงานแบบบูรณาการระหว่างหน่วยงาน และระบบ “ใบอนุญาตหลัก” ที่จะช่วยลดความซ้ำซ้อนของขั้นตอนต่าง ๆ ถือเป็นบทความที่ช่วยการเตรียมพร้อมของหน่วยงานภาครัฐได้เป็นอย่างดียิ่งและเป็นประโยชน์ต่อการนำไปใช้จริงในอนาคตอันใกล้

บทความถัดมา **ซอฟลอว์ (Soft Law) กับระบบกฎหมายไทย : ข้อดี ข้อเสีย และข้อเสนอเชิงระบบ โดย นายกฤษดา มุงคุณ** บทความนี้ชวนทำความเข้าใจ “Soft Law” ซึ่งแม้จะไม่ใช่กฎหมายที่มีผลบังคับโดยตรง แต่กลับมีบทบาทสำคัญในระบบราชการไทย ไม่ว่าจะเป็นมติคณะรัฐมนตรี แนวทางปฏิบัติ หรือคำแนะนำต่าง ๆ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงข้อดี เช่น ความยืดหยุ่นและความคล่องตัว ตลอดจนข้อกังวลเรื่องความไม่แน่นอนทางกฎหมายและการตรวจสอบที่จำกัด พร้อมทั้งเสนอแนวทางในการใช้ Soft Law อย่างเหมาะสม เพื่อไม่ให้กลายเป็นช่องว่างที่สร้างความไม่ชัดเจนในระบบกฎหมาย

บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ : เรื่องเสร็จที่ ๓๒๕/๒๕๖๗ โดย นายสักกพล ภุมรินทร์ เป็นการหยิบยกประเด็นที่ใกล้ตัวประชาชนโดยตรงที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นไว้ คือการที่กรุงเทพมหานครเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการจากการอนุญาตให้ใช้พื้นที่สาธารณะ เช่น การตั้งโต๊ะเก้าอี้บนทางเท้า ซึ่งเป็นการอนุญาตตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ นั้น

จะกระทำได้หรือไม่ บทความนี้ชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของการอนุญาต ค่าธรรมเนียมในการอนุญาต และการเก็บค่าบริการอันเนื่องมาจากการให้บริการ และผู้เขียนได้แสดงความเห็นอีกแนวทางหนึ่งที่ต่างจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยอ้างอิงหลักการของข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะเรื่องความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

บทความ เรื่อง **การพัฒนากฎหมายและการลดระบบการบริหารงานราชการที่มีพิธีรีตองมากเกินไปของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตอนที่ ๓ : ศูนย์การร่างกฎหมาย (Zentrum für Legistik) โดย ดร.นันท์ชญาน์ ชาญณรงค์** บทความนี้นำผู้อ่านไปรู้จัก “ศูนย์การร่างกฎหมาย” ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการปรับปรุงคุณภาพกฎหมายและลดความซับซ้อนของระบบราชการ จุดเด่นอยู่ที่การทำงานอย่างเป็นระบบ การตรวจสอบและทบทวนกฎหมายอย่างต่อเนื่อง และการออกแบบให้กฎหมายตอบโจทย์ปัญหาได้จริง และที่น่าสนใจคือการพัฒนาแนวคิดและทัศนคติของผู้ร่างกฎหมาย ให้เปลี่ยนบทบาทจากผู้เขียนไปสู่การเป็นผู้ออกแบบกฎหมาย เพื่อสร้างกฎหมายได้ตรงกับวัตถุประสงค์และเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะ

บทความเรื่องสุดท้าย **เรื่อง กฎการใช้กำลังทางทหารโดยกองทัพบกภาคพื้นดิน โดย นายฐกฤต สัจจปาละ** บทความปิดท้ายฉบับนี้เป็นการวิเคราะห์ประเด็นด้านความมั่นคงและกฎหมายการทหาร โดยมุ่งเน้นไปที่กรอบกฎหมายและหลักเกณฑ์ในการใช้กำลังทางทหารของกองทัพบก ผู้เขียนได้เชื่อมโยงทั้งกฎหมายภายในประเทศ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่ออธิบายให้เห็นถึงเงื่อนไข ขอบเขต และข้อจำกัดในการใช้กำลังทางทหารภายใต้กฎเกณฑ์ต่าง ๆ นับได้ว่าเป็นบทความที่เปิดมุมมองใหม่ในประเด็นที่สำคัญและน่าสนใจอย่างยิ่ง

พบกันใหม่ในวารสารกฤษฎีกา เล่ม ๖ ตอน ๑ (มกราคม ๒๕๖๙)

สารบัญ

บทความทางกฎหมาย

1 **แนวทางการเตรียมการเพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติ**
ตามร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาต
และการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. ....
โดย ปณตภร จงธีรโชติ

27 **ซอฟลอว์ (Soft Law)**
กับการบริหารราชการไทย : ข้อดี ข้อเสีย และ ข้อเสนอเชิงระบบ
โดย กฤษดา มุงคุณ

41 **บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ :**
เรื่อง การเรียกเก็บค่าบริการตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครอันเนื่องมาจาก
การอนุญาตตามมาตรา ๓๙ แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและ
ความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (เรื่องเสร็จที่ ๓๒๕/๒๕๖๗)
โดย สักกพล ภุมรินทร์

54 **การพัฒนากฎหมายและการลดระบบการบริหารงานราชการ**
ที่มีพิธีรีตองมากเกินไปของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
ตอนที่ ๓ ศูนย์การร่างกฎหมาย (Zentrum für Legistik)
โดย นันท์ชญาน์ ชาญณรงค์

62 **กฎการใช้กำลังทางทหารโดยกองทัพบกภาคพื้นดิน**
โดย ฐกฤต สัจจปาละ

แนวทางการเตรียมการเพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติตาม ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาต และการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... *

ปณตภร จงธีรโชติ **

ตามที่คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๖๗ เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... ของคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว (เรื่องเสร็จที่ ๑๔๗๘/๒๕๖๗) ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ ซึ่งปัจจุบันร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวอยู่ระหว่างการพิจารณาของรัฐสภา นั้น โดยที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นการปรับปรุงพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘ โดยมีหลักการใหม่ที่สำคัญจำนวนมากซึ่งหน่วยงานของรัฐพึงเตรียมความพร้อมเพื่อให้สามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้น เพื่อประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนตามเจตนารมณ์ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางการเตรียมการของหน่วยงานต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

๑. วัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติ

ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... มีวัตถุประสงค์เป็นการปรับปรุงพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘ เพื่อเพิ่มการอำนวยความสะดวกของหน่วยงานของรัฐในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชนให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลยิ่งขึ้น โดยกำหนดเวลาดำเนินการในแต่ละขั้นตอนที่ชัดเจน ลดขั้นตอนการอนุญาตที่ซ้ำซ้อนและไม่จำเป็น นำเทคโนโลยีมาใช้ในการอนุญาตและการให้บริการภาครัฐ และให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอนุมัติอนุญาตเพียงเท่าที่จำเป็น ซึ่งจะมีผลเป็นการลดภาระและต้นทุนของประชาชน ลดการทุจริตและประพฤติมิชอบ รวมทั้งเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ

---

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายสาธารณสุข กองกฎหมายสวัสดิการสังคม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กันยายน ๒๕๖๘)

ในภาพรวม อันเป็นการสอดคล้องกับมาตรา ๗๖[๑] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ และแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

๒. ขอบเขตของร่างพระราชบัญญัติ

ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... มีขอบเขตใช้บังคับแก่หน่วยงานของรัฐทุกหน่วย[๒] บรรดาที่มีกฎหมายกำหนดให้ประชาชนต้องมาขออนุมัติ อนุญาต ขึ้นทะเบียน จดทะเบียน หรือจดแจ้งต่อหน่วยงานของรัฐนั้น[๓] รวมทั้งหน่วยงานของรัฐทุกหน่วยที่มีการให้บริการแก่ประชาชน[๔] ทั้งนี้ เฉพาะงานบริการที่ประชาชนต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐ โดยไม่รวมถึงกรณีที่หน่วยงานของรัฐริเริ่มดำเนินการเอง

---

[๑] มาตรา ๗๖ รัฐพึงพัฒนาระบบการบริหารราชการแผ่นดินทั้งราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น และงานของรัฐอย่างอื่น ให้เป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี โดยหน่วยงานของรัฐต้องร่วมมือและช่วยเหลือกันในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดิน การจัดทำบริการสาธารณะ และการใช้จ่ายเงินงบประมาณมีประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อประโยชน์สุขของประชาชน รวมตลอดทั้งพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีความซื่อสัตย์สุจริต และมีทัศนคติเป็นผู้ให้บริการประชาชนให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว ไม่เลือกปฏิบัติ และปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ

รัฐพึงดำเนินการให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐ ให้เป็นไปตามระบบคุณธรรม โดยกฎหมายดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการป้องกันมิให้ผู้ใดใช้อำนาจ หรือกระทำการโดยมิชอบที่เป็นการก้าวก่ายหรือแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ หรือกระบวนการแต่งตั้งหรือการพิจารณาความดีความชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

รัฐพึงจัดให้มีมาตรฐานทางจริยธรรม เพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นหลักในการกำหนดประมวลจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้น ๆ ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าว

[๒] มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน และหน่วยงานอื่นของรัฐทุกหน่วย

ฯลฯ ฯลฯ

[๓] มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ ฯลฯ

“อนุญาต” หมายความว่า การที่เจ้าหน้าที่ยินยอมให้บุคคลใดกระทำการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมก่อนกระทำการนั้น และให้หมายความรวมถึงการออกใบอนุญาต การอนุมัติ การจดทะเบียน การขึ้นทะเบียน การรับแจ้งหรือจดแจ้ง การให้ประทานบัตร และการให้อาชญาบัตรด้วย

ฯลฯ ฯลฯ

หรือที่ให้บริการแก่ประชาชนในเชิงรุก[๕] และไม่รวมถึงองค์กรหรือกรณีที่มีการกำหนดยกเว้นไว้ในร่างมาตรา ๖ ได้แก่ (๑) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี (๒) การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์ (๓) การดำเนินงานตามหน้าที่และอำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เฉพาะในส่วนที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ[๖] (๔) การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ตั้งแต่ในชั้นการสืบสวนและการสอบสวนเป็นต้นไป (๕) การอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เฉพาะในส่วนที่ไม่อาจกำหนดระยะเวลาดำเนินการที่แน่นอนได้ตามที่ ก.พ.ร. กำหนด และ (๖) การอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการทางทหารด้านยุทธการ รวมทั้งตามกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมยุทธภัณฑ์ และกฎหมายว่าด้วยโรงงานผลิตอาวุธของเอกชน

๓. หลักการสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ

๓.๑ การวางหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance) ไว้ในพระราชบัญญัติ

ปัจจุบันประเทศไทยมีการวางหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี หรือที่เรียกว่า The Principle of Good Governance ไว้ในกฎหมายลำดับรอง คือ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๖ ซึ่งใช้บังคับมาเป็นเวลากว่า ๒๒ ปีแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเห็นว่า สมควรยกระดับหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ประกอบกับการกำหนดหลักการดังกล่าวซึ่งมีความสำคัญยิ่งไว้ในกฎหมายลำดับรองส่งผลให้มีค่าบังคับที่ค่อนข้างจำกัด ดังนั้น ในการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงมีมติให้นำหลักการสำคัญบางประการมาบัญญัติไว้ในหมวด ๑ บททั่วไป เช่น

---

[๕] มาตรา ๔ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่บรรดาการอนุญาต การจดทะเบียน และการแจ้ง รวมทั้งการพิจารณา การดำเนินการ และการให้บริการหรือประโยชน์อื่นใดแก่ประชาชน บรรดาที่ประชาชนต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐ

[๖] ดังนั้น ในกรณีที่เป็นการให้บริการแก่ประชาชนอันเป็นการดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและหน่วยธุรการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ จึงอยู่ในขอบเขตของร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. ....

(๑) การบัญญัติรับรองว่าประชาชนเป็น “ประธานแห่งสิทธิ” (Subject of Right) ที่จะได้รับบริการจากรัฐ (ร่างมาตรา ๘[๗]) กล่าวคือ ในการให้บริการแก่ประชาชน หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้เป็นผู้สงเคราะห์ประชาชน หากแต่ประชาชนมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่จะได้รับการบริการจากรัฐ ทั้งนี้ การให้บริการดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี[๘] หลักความเสมอภาค และโดยใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสมกับสภาพกาลด้วย

(๒) หลักการดำเนินงานอย่างบูรณาการ (Integration) ของหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากในการให้บริการประชาชนบางกรณีอาจเกี่ยวข้องกับหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานของรัฐหลายหน่วย ซึ่งหากแต่ละหน่วยงานต่างมุ่งให้เกิดผลสัมฤทธิ์แก่งานของตนเพียงอย่างเดียวอาจส่งผลให้ภารกิจโดยรวมไม่สำเร็จ ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัตินี้จึงกำหนดให้ทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติงานอย่างบูรณาการโดยมุ่งให้เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐในภาพรวมและความผาสุกของประชาชนเป็นเป้าหมายหลัก (ร่างมาตรา [๙])

---

[๗] มาตรา ๘ หน่วยงานของรัฐพึงพัฒนาระบบการปฏิบัติงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิจารณาอนุญาตและการให้บริการประชาชน ให้เป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีโดยใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสมกับสภาพกาล โดยหน่วยงานของรัฐ ผู้อนุญาต และเจ้าหน้าที่ของรัฐพึงตระหนักว่าประชาชนเป็นประธานแห่งสิทธิที่จะได้รับบริการจากรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และต้องร่วมมือและช่วยเหลือกันในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้การพิจารณาอนุญาตและการให้บริการประชาชน รวมทั้งงานอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องเกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุด เพื่อความผาสุกของประชาชนโดยรวม รวมตลอดทั้งพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีศักยภาพ ความซื่อสัตย์สุจริต และทัศนคติในการเป็นผู้ให้บริการประชาชนให้ได้รับความสะดวก รวดเร็ว ไม่สร้างภาระและขั้นตอนที่ไม่จำเป็น และไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

[๘] พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๖

มาตรา ๖ การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ได้แก่ การบริหารราชการเพื่อบรรลุเป้าหมายดังต่อไปนี้

(๑) เกิดประโยชน์สุขของประชาชน

(๒) เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ

(๓) มีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าในเชิงภารกิจของรัฐ

(๔) ไม่มีขั้นตอนการปฏิบัติงานเกินความจำเป็น

(๕) มีการปรับปรุงภารกิจของส่วนราชการให้ทันต่อสถานการณ์

(๖) ประชาชนได้รับการอำนวยความสะดวกและได้รับการตอบสนองความต้องการ

(๗) มีการประเมินผลการปฏิบัติราชการอย่างสม่ำเสมอ

[๙] มาตรา ๙ ในกรณีที่การอนุญาต การให้บริการ หรือภารกิจใดมีความเกี่ยวข้องกับหลายหน่วยงานของรัฐหรือเป็นภารกิจที่ใกล้เคียงหรือต่อเนื่องกัน ให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องนั้นกำหนดแนวทางการบริหารและปฏิบัติงานเพื่อให้เกิดการปฏิบัติภารกิจแบบบูรณาการร่วมกัน โดยมุ่งให้เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐและความผาสุกของประชาชน

(๓) การตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยเร็ว โดยกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องตอบคำถาม ให้ข้อมูล หรือแจ้งผลการดำเนินการให้ประชาชนที่ติดต่อสอบถามทราบภายใน ๑๕ วัน (ร่างมาตรา ๑๐[๑๐])

(๔) การที่หน่วยงานของรัฐจะกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือรายละเอียดอื่นใดให้ประชาชนปฏิบัติ จะคำนึงถึงความสะดวกสบายของตนเองเป็นหลักไม่ได้ หากแต่ต้องคำนึงถึงความสะดวกรวดเร็วแก่ประชาชนเป็นสำคัญ และต้องสร้างภาระแก่ประชาชนน้อยที่สุด (ร่างมาตรา ๑๑ วรรคหนึ่ง[๑๑]) เนื่องจากประชาชนเป็นประธานแห่งสิทธิ การจะกำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่จึงต้องเป็นไป “เท่าที่จำเป็น” เท่านั้น ตามหลักความได้สัดส่วนหรือความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality)

๓.๒ ขยายขอบเขตจากงานอนุญาตให้รวมถึงงานบริการ

โดยที่พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งมุ่งอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในการขออนุมัติ อนุญาต ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลาประมาณ ๑๐ ปีแล้ว ก.พ.ร. จึงเห็นสมควรที่จะขยายขอบเขตการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนให้รวมถึงงานบริการต่าง ๆ ด้วย เนื่องจากในการขอรับบริการหรือสวัสดิการจากหน่วยงานของรัฐ ประชาชนสมควรที่จะได้รับทราบขั้นตอนและระยะเวลาการดำเนินการที่แน่นอน

ในกรณีที่เกิดปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการตามวรรคหนึ่งจากหน่วยงานของรัฐหรือระเบียบข้อบังคับที่ออกโดยหน่วยงานของรัฐ ให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทุกหน่วยต้องร่วมกันดำเนินการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคนั้น

ในกรณีที่จะต้องมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้เป็นหน้าที่ของสำนักงาน ก.พ.ร. ที่จะจัดให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องหารือร่วมกัน ในกรณีที่ไม่สามารถบูรณาการหรือร่วมกันแก้ไขปัญหาอุปสรรคได้ ให้สำนักงาน ก.พ.ร. เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาวินิจฉัย และเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติเป็นประการใดแล้ว ให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติให้เป็นไปตามนั้นและรายงานผลการดำเนินการต่อคณะรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว

[๑๐] มาตรา ๑๐ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้รับการติดต่อสอบถาม ข้อเสนอแนะ หรือแสดงความคิดเห็นเป็นหนังสือจากประชาชน หรือจากหน่วยงานของรัฐด้วยกัน เกี่ยวกับงานบริการหรือการอนุญาตที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของหน่วยงานของรัฐนั้น ให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐนั้นที่จะต้องตอบคำถาม ให้ข้อมูล หรือแจ้งผลการดำเนินการให้บุคคลดังกล่าวทราบภายในสิบห้าวัน

[๑๑] มาตรา ๑๑ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการออกกฎเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือรายละเอียดอื่นใดในการขอรับอนุญาตหรือขอรับบริการ หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่ออกกฎดังกล่าวต้องคำนึงถึงความสะดวกและรวดเร็วที่ประชาชนจะได้รับเป็นสำคัญ และสร้างภาระแก่ประชาชนน้อยที่สุด

ชัดเจนเช่นเดียวกัน คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงบัญญัติหมวด ๓ การให้บริการ (ร่างมาตรา ๒๕[๑๒]) โดยให้นำหลักการสำคัญจากหมวด ๒ การยื่นคำขออนุญาตและการอนุญาต เช่น การจัดทำคู่มือสำหรับประชาชน (ร่างมาตรา ๑๔[๑๓]) และการตรวจความครบถ้วนของเอกสารหลักฐานทันทีมาใช้บังคับแก่การให้บริการแก่ประชาชนของหน่วยงานของรัฐด้วย ดังนั้น ต่อไปนี้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยจึงต้องมีการจัดทำคู่มือสำหรับประชาชนที่ระบุหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการยื่นคำขอรับบริการ ค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการ ขั้นตอนและระยะเวลาในการดำเนินการ รวมทั้งรายการเอกสารหรือหลักฐานที่ต้องยื่นมาพร้อมคำขอรับบริการ เพื่อให้ประชาชนทราบถึงสิทธิหน้าที่อย่างชัดเจนและโปร่งใสตั้งแต่ก่อนขอรับบริการ

---

[๑๒] มาตรา ๒๕ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานของรัฐใดมีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณา รับรอง เห็นชอบ ให้ความเห็น จ่ายเงิน ให้ได้รับสวัสดิการ รวมทั้งการดำเนินการหรือการให้บริการอื่นใดแก่ประชาชน ให้นำความในมาตรา ๑๔ มาตรา ๑๕ มาตรา ๑๖ มาตรา ๑๗ มาตรา ๑๘ และมาตรา ๒๔ มาใช้บังคับแก่การพิจารณา รับรอง เห็นชอบ ให้ความเห็น จ่ายเงิน ให้ได้รับสวัสดิการ รวมทั้งการดำเนินการหรือการให้บริการของหน่วยงานของรัฐนั้นด้วยโดยอนุโลม โดยในกรณีที่บทบัญญัติมาตราดังกล่าวกำหนดให้เป็นหน้าที่หรืออำนาจของผู้อนุญาต ให้ถือว่าเป็นหน้าที่หรืออำนาจของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมาย หรือเจ้าหน้าที่ซึ่งหัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้นมอบหมาย ในการพิจารณา รับรอง เห็นชอบ ให้ความเห็น จ่ายเงิน ให้ได้รับสวัสดิการ และการดำเนินการหรือให้บริการอื่นใดดังกล่าว

[๑๓] มาตรา ๑๔ ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้การกระทำใดจะต้องได้รับอนุญาตและการอนุญาตนั้นไม่จำเป็นต้องออกกฎใด ๆ ผู้อนุญาตจะต้องจัดทำคู่มือสำหรับประชาชนให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ

ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้การกระทำใดจะต้องได้รับอนุญาตและการอนุญาตนั้นต้องมีการออกกฎ ผู้อนุญาตจะต้องจัดทำคู่มือสำหรับประชาชนให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่กฎนั้นมีผลใช้บังคับ

คู่มือสำหรับประชาชนตามมาตรานี้อย่างน้อยต้องประกอบด้วย หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการยื่นคำขอ ค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการ ขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาต รายการเอกสารหรือหลักฐานที่ผู้ขออนุญาตจะต้องยื่นมาพร้อมกับคำขอ แนวทางการใช้ดุลพินิจ โดยต้องกำหนดให้สามารถยื่นคำขอและเอกสารด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามกฎหมายว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางอิเล็กทรอนิกส์ ในการนี้ สำนักงาน ก.พ.ร. จะพิจารณากำหนดให้มีรายละเอียดเพิ่มเติมก็ได้

ให้สำนักงาน ก.พ.ร. มีหน้าที่ตรวจสอบคู่มือสำหรับประชาชนว่าสอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีหรือไม่ ในกรณีที่เห็นว่าเรื่องใดเป็นภาระเกินสมควร หรือปรากฏข้อเท็จจริงว่าหน่วยงานของรัฐผู้อนุญาตไม่อาจปฏิบัติตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคู่มือสำหรับประชาชนได้ ให้สำนักงาน ก.พ.ร. แจ้งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อปรับปรุงคู่มือสำหรับประชาชน หรือปฏิบัติให้ถูกต้องตรงตามที่กำหนดไว้ในคู่มือสำหรับประชาชน ทั้งนี้ ภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีที่หน่วยงานดังกล่าวดำเนินการไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้รายงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาสั่งการต่อไป

๓.๓ การทบทวนระบบอนุญาต

เนื่องจากระบบอนุญาตเป็นปัญหาและอุปสรรคสำคัญประการหนึ่งในระบบเศรษฐกิจและสังคมไทย โดยหลักการใช้ระบบอนุญาตเท่าที่จำเป็นเพิ่งได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐[๑๔] และพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒[๑๕] ส่งผลให้กฎหมายไทยยังมีการใช้ระบบอนุญาต

---

[๑๔] มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ฯลฯ ฯลฯ

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

มาตรา ๒๕๘ ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศอย่างน้อยในด้านต่าง ๆ ให้เกิดผล ดังต่อไปนี้

ฯลฯ ฯลฯ

ค. ด้านกฎหมาย

(๑) มีกลไกให้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา ๗๗ และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยให้มีการใช้ระบบอนุญาตและระบบการดำเนินการโดยคณะกรรมการเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การทำงานเกิดความคล่องตัว โดยมีผู้รับผิดชอบที่ชัดเจน และไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบ

ฯลฯ ฯลฯ

[๑๕] มาตรา ๕ หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน

ฯลฯ ฯลฯ

ในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการเฉพาะกรณีที่จำเป็น และพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน รวมทั้งพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ฯลฯ ฯลฯ

มาตรา ๒๑ หน่วยงานของรัฐต้องตรวจสอบและพิจารณาจัดทำร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

ฯลฯ ฯลฯ

(๕) ไม่ใช้ระบบอนุญาต เว้นแต่มีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชนหรือมีกรณีจำเป็นอันไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้ ในกรณีที่จำเป็นต้องมีระบบอนุญาต การกำหนดระยะเวลา

อยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งในหลายกรณีอาจไม่ได้สัดส่วนกับความเสี่ยงของกิจการนั้น นอกจากนั้น บทบัญญัติว่าด้วยการทบทวนระบบอนุญาตในพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘ ที่ผ่านมายังไม่ได้รับการปฏิบัติตามเท่าที่ควร ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... จึงให้ความสำคัญกับการทบทวนระบบอนุญาตเป็นอย่างมาก ซึ่งรวมถึงการใช้ระบบคณะกรรมการในการพิจารณาอนุญาตด้วย (ร่างมาตรา ๒๖[๑๖]) โดยมีสาระสำคัญดังนี้

(๑) หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยที่มีการใช้ระบบอนุญาตในกฎหมายในความรับผิดชอบของตน ต้องทบทวนความเหมาะสมของระบบอนุญาตเป็นประจำ อย่างน้อยทุก ๕ ปี

หรือขั้นตอนในการพิจารณายื่นคำขออนุญาตดำเนินการต่าง ๆ ต้องคำนึงถึงหลักการและสาระสำคัญของกฎหมายเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ

ฯลฯ ฯลฯ

[๑๖] มาตรา ๒๖ เมื่อมีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาต ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการประเมินในประเด็นดังต่อไปนี้ด้วย

(๑) ความเหมาะสมและความคุ้มค่าของการใช้ระบบอนุญาต เมื่อพิจารณาถึงภาระหน้าที่ที่ประชาชนต้องปฏิบัติ กับประโยชน์ที่สังคมพึงได้รับจากการใช้ระบบอนุญาต พร้อมทั้งระบุอุปสรรคหรือความเสี่ยงหากเปลี่ยนจากระบบการขออนุญาตเป็นการจดแจ้งหรือการจดทะเบียน

(๒) ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตกำหนดให้คณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต ให้ประเมินผลดีและผลเสียของการที่ยังคงระบบคณะกรรมการและการให้คณะกรรมการมีอำนาจอนุญาตไว้

การประเมินผลสัมฤทธิ์ในประเด็นตามวรรคหนึ่ง ให้หน่วยงานของรัฐที่ประเมินผลสัมฤทธิ์ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการกำหนด และให้แจ้งผลการประเมินผลสัมฤทธิ์ไว้ในระบบกลาง ในการนี้ คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการจะกำหนดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์โดยผู้ประเมินอิสระก็ได้

ไม่ว่าจะมีการประเมินผลสัมฤทธิ์ตามวรรคหนึ่งหรือไม่ คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการจะแจ้งหน่วยงานของรัฐพิจารณาประเมินผลสัมฤทธิ์ในประเด็นตามวรรคหนึ่งเป็นการเฉพาะ ในเวลาที่เห็นสมควรก็ได้ ทั้งนี้ ให้หน่วยงานของรัฐนั้นรายงานข้อเสนอแนะและผลการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวพร้อมเหตุผลต่อคณะรัฐมนตรีผ่านคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ แล้วแต่กรณี ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งเพื่อพิจารณามีมติต่อไป

ทั้งนี้ พร้อมกับการประเมินผลสัมฤทธิ์[๑๗] ของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาต[๑๘] และตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ.ร. กำหนด (เช่น วิธีการประเมินระดับความเสี่ยงของกิจการ)

(๒) ในการทบทวนความเหมาะสมของระบบอนุญาต ให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาในประเด็นดังต่อไปนี้เป็นอย่างน้อย

(๒.๑) ความเหมาะสมและความคุ้มค่าของการใช้ระบบอนุญาต เมื่อพิจารณาถึงภาระหน้าที่ที่ประชาชนต้องปฏิบัติ กับประโยชน์ที่สังคมพึงได้รับจากการใช้ระบบอนุญาตโดยให้ระบุปัญหาอุปสรรคหรือความเสี่ยงที่จะเกิดหากเปลี่ยนจากระบบอนุญาตเป็นการจดแจ้งหรือการจดทะเบียนด้วย

---

[๑๗] มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ ฯลฯ

“ประเมินผลสัมฤทธิ์” หมายความว่า การประเมินผลสัมฤทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

ฯลฯ ฯลฯ

พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ ฯลฯ

“การประเมินผลสัมฤทธิ์” หมายความว่า การประเมินผลสัมฤทธิ์ที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายและกฎว่าได้ผลตรงตามวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายนั้นมากน้อยเพียงใด คุ้มค่ากับภาระที่เกิดขึ้นแก่รัฐและประชาชนหรือไม่ หรือมีผลกระทบอื่นอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนหรือไม่เพียงใด

ฯลฯ ฯลฯ

มาตรา ๓๐ การประเมินผลสัมฤทธิ์ให้ดำเนินการประเมินผลที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายและกฎที่ออกตามกฎหมายนั้นในคราวเดียวกัน เพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังต่อไปนี้

(๑) การมีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น โดยยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น ล้าสมัย หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน

(๒) การพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักสากลและพันธกรณีระหว่างประเทศ

(๓) การลดความซ้ำซ้อนและขัดแย้งกันของกฎหมาย

(๔) การลดความเหลื่อมล้ำและสร้างความเป็นธรรมในสังคม

(๕) การเพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ

ฯลฯ ฯลฯ

[๑๘] มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ ฯลฯ

“กฎหมายว่าด้วยการอนุญาต” หมายความว่า บรรดากฎหมายที่มีบทบัญญัติกำหนดให้การดำเนินการใดหรือการประกอบกิจการใดจะต้องได้รับอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้

ฯลฯ ฯลฯ

(๒.๒) ถ้าเป็นกรณีที่คณะกรรมการเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต ต้องประเมินผลดีผลเสียของการที่ยังคงระบบคณะกรรมการและการให้คณะกรรมการมีอำนาจอนุญาตไว้

(๓) เมื่อทบทวนระบบอนุญาตเสร็จแล้วให้นำผลที่ได้ไปลงระบบกลาง[๑๙] เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและตรวจสอบได้ ทั้งนี้ เช่นเดียวกับการเผยแพร่รายงานการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย รวมทั้งรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายหรือ RIA

---

[๑๙] มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ ฯลฯ

“ระบบกลาง” หมายความว่า ระบบกลางตามกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

ฯลฯ ฯลฯ

พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒

มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ ฯลฯ

“ระบบกลาง” หมายความว่า ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและเครือข่ายเชื่อมโยงที่จัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ รวมทั้งการเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมายของประชาชน

ฯลฯ ฯลฯ

มาตรา ๑๑ ให้สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) รับผิดชอบในการจัดให้มีบำรุงรักษา และพัฒนาระบบกลางตามที่สำนักงานร้องขอ เพื่อใช้ในการดำเนินการดังต่อไปนี้

(๑) รับฟังความคิดเห็นประกอบการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์

(๒) เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็น การวิเคราะห์ผลกระทบ และร่างกฎหมายที่หน่วยงานของรัฐจัดทำขึ้น รวมทั้งร่างกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีเสนอต่อรัฐสภา

(๓) รับจดแจ้งผู้เกี่ยวข้องซึ่งสมควรรับฟังความคิดเห็นตาม (๑)

(๔) ประกาศรายชื่อกฎหมายและหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบการประเมินผลสัมฤทธิ์และเปิดเผยผลการประเมินผลสัมฤทธิ์ที่หน่วยงานของรัฐจัดทำขึ้น

(๕) รวบรวมและเผยแพร่ข้อมูลกฎหมายและกฎเกณฑ์เพื่อเป็นฐานข้อมูลในการดำเนินการตามหมวด ๕ การประเมินผลสัมฤทธิ์ และหมวด ๖ การเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมาย

(๖) เป็นช่องทางในการรับข้อร้องเรียนหรือข้อเสนอแนะจากองค์กรที่เกี่ยวข้องหรือประชาชนว่าสมควรยกเลิก ปรับปรุง หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายใด

(๗) การดำเนินการอื่นตามที่คณะกรรมการพัฒนากฎหมายกำหนด

การจัดให้มีระบบกลางตามวรรคหนึ่ง อย่างน้อยต้องดำเนินการให้ผู้เกี่ยวข้องหรือประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงข้อมูลและแสดงความคิดเห็นได้อย่างสะดวก แต่ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่จำเป็น

ให้สำนักงานรับผิดชอบในการบริหารจัดการระบบกลางดังกล่าว

ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการนำข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็น และการวิเคราะห์ผลกระทบ รวมทั้งการประเมินผลสัมฤทธิ์เข้าสู่ระบบกลาง และเผยแพร่ผลการดำเนินการดังกล่าวไว้ในระบบกลางด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบที่สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) และสำนักงานร่วมกันกำหนด

(๔) ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าระบบอนุญาตตามกฎหมายในความรับผิดชอบของตนเหมาะสมแล้ว หรือการใช้ระบบคณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาอนุญาตเหมาะสมแล้ว ก.พ.ร. อาจมีข้อเสนอแนะหรือมีความเห็นที่แตกต่างจากผลการทบทวนของหน่วยงานได้

(๕) แม้จะยังไม่ถึงกำหนด ก.พ.ร. อาจแจ้งให้หน่วยงานใดทำการทบทวนความเหมาะสมของระบบอนุญาตก่อนครบกำหนดระยะเวลา ๕ ปีหรือก่อนถึงเวลาประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ก็ได้

(๖) ในกรณีตาม (๔) หรือ (๕) หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการทบทวนความเหมาะสมของระบบอนุญาตอีกครั้งและรายงานผลการพิจารณาไปยังคณะรัฐมนตรีพร้อมข้อเสนอแนะของ ก.พ.ร. ภายใน ๑๘๐ วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งให้ดำเนินการจาก ก.พ.ร. ทั้งนี้ การรายงานดังกล่าว หน่วยงานต้องเสนอผ่าน ก.พ.ร. เพื่อให้ ก.พ.ร. มีความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

(๗) โดยที่การทบทวนระบบอนุญาตโดยหน่วยงานของรัฐเจ้าของกฎหมายนั้นเองอาจก่อให้เกิดอคติได้ ดังนั้น เพื่อความอิสระและเป็นกลาง กฎหมายจึงกำหนดให้ ก.พ.ร. สามารถกำหนดให้ทบทวนระบบอนุญาตโดยผู้ประเมินอิสระก็ได้

๓.๔ การไม่เรียกเอกสารที่หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นผู้ออกหรือมีอยู่ในความครอบครอง

การยื่นคำขอใด ๆ ของประชาชนในปัจจุบันยังต้องแนบเอกสารหลักฐานประกอบจำนวนมากซึ่งส่วนใหญ่ไม่มีความจำเป็นเพราะเป็นเอกสารหรือหลักฐานที่หน่วยงานของรัฐนั้นเองเป็นผู้ออก หรือมีอยู่ในความครอบครองอยู่แล้ว ซึ่งหากประชาชนไม่ยื่นเอกสารเหล่านั้นก็จะไม่ได้รับการพิจารณาอนุญาตหรือไม่ได้รับบริการโดยหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่จะอ้างว่าเป็นไปตามกฎระเบียบ ทั้งที่กฎระเบียบดังกล่าวล้าสมัย ขาดการทบทวนปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาวการณ์ทางเทคโนโลยี จึงเห็นได้ว่าประชาชนเป็นผู้ต้องรับภาระในสิ่งซึ่งหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่อันพึงปฏิบัติ ทั้งยังไม่สอดคล้องกับหลักการแห่งพระราชบัญญัติการบริหารงานและการให้บริการภาครัฐผ่านระบบดิจิทัล พ.ศ. ๒๕๖๒ ด้วย ดังนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเห็นควรวางหลักการไม่เรียกเอกสารที่หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นผู้ออกหรือมีอยู่ในความครอบครองไว้ในร่างมาตรา ๑๑[๒๐] โดยกำหนดให้กฎระเบียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์วิธีการยื่นคำขอ ต้องไม่กำหนดให้

---

[๒๐] มาตรา ๑๑ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการออกกฎเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือรายละเอียดอื่นใดในการขอรับอนุญาตหรือขอรับบริการ หน่วยงานของรัฐซึ่งมีหน้าที่ออกกฎดังกล่าวต้องคำนึงถึงความสะดวกและรวดเร็วที่ประชาชนจะได้รับเป็นสำคัญ และสร้างภาระแก่ประชาชนน้อยที่สุด

กฎตามวรรคหนึ่ง ต้องไม่กำหนดให้ประชาชนแสดงหรือส่งมอบเอกสารต้นฉบับหรือสำเนา

ประชาชนยื่นหรือต้องแนบเอกสารที่หน่วยงานของรัฐนั้นเองเป็นผู้ออก หรือหน่วยงานของรัฐนั้นมีเอกสารนั้นอยู่ในความครอบครองของตนอยู่แล้ว เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง นอกจากนั้น ในกรณีที่กฎใดกำหนดให้ต้องส่งมอบเอกสารมากกว่า ๑ ชุด การที่ประชาชนได้ส่งมอบเอกสารให้หน่วยงานของรัฐ ๑ ชุดแล้วถือเป็นการเพียงพอ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องจัดทำสำเนาให้ครบถ้วนตามจำนวนที่ตนต้องการเอง

๓.๕ ระบบใบอนุญาตหลัก (Super License)

ปัจจุบัน การที่ประชาชนจะประกอบกิจการประกอบธุรกิจใด มักจะต้องขอรับใบอนุญาตมากกกว่า ๑ ใบ บางกรณีต้องขอรับใบอนุญาตเกือบ ๑๐ ใบ เนื่องจากระบบอนุญาตในประเทศไทยมีเป็นจำนวนมากจึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ในหลายกรณีจะมีความซ้ำซ้อนกัน เมื่อประกอบกับการที่หน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่มักจะยืนยันการใช้ระบบอนุญาตของตน โดยไม่ยอมปรับเปลี่ยนหรือลดระดับเป็นการขึ้นทะเบียนหรือจดแจ้ง ดังนั้น เพื่อลดภาระของประชาชนในเรื่องที่ซ้ำซ้อนและไม่มีความจำเป็น ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... จึงบัญญัติให้มีระบบใบอนุญาตหลัก หรือ Super License มาใช้เป็นครั้งแรกในประเทศไทย (ร่างมาตรา ๒๐[๒๑]) โดย “ใบอนุญาตหลัก” หมายถึงใบอนุญาต

เอกสารใดที่หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นผู้ออก หรือมีเอกสารต้นฉบับหรือสำเนาเอกสารนั้นอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐนั้นอยู่แล้ว

ความในวรรคสองไม่ใช้บังคับแก่กรณีจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ที่จะต้องให้ประชาชนนำเอกสารต้นฉบับหรือสำเนาเอกสารมาแสดงหรือส่งมอบในการยื่นคำขอตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่กำหนดให้ต้องส่งมอบเอกสารมากกว่าหนึ่งชุด หากผู้ยื่นได้ส่งมอบเอกสารต้นฉบับหรือสำเนาเอกสารให้หนึ่งชุดแล้ว ให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่จะต้องเป็นผู้จัดทำสำเนาให้ครบถ้วนตามจำนวนที่ตนต้องการ

เมื่อมีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายรวมทั้งกฎตามกฎหมายใด ให้หน่วยงานของรัฐแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายหรือกฎในความรับผิดชอบของตนทุกฉบับให้เป็นไปตามหลักการในมาตรานี้ด้วย

[๒๑] มาตรา ๒๐ ในกรณีที่การประกอบกิจการหรือการดำเนินการของประชาชนในกิจการใดจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตจากผู้อนุญาตหลายรายหรือหลายกระบวนงาน จะตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้มีใบอนุญาตหลักและใบอนุญาตรองของกิจการนั้นก็ได้ ผู้ใดได้รับใบอนุญาตหลักของกิจการใดให้ถือว่าผู้นั้นได้รับใบอนุญาตรองของกิจการนั้นตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตนั้นด้วยแล้ว โดยไม่ต้องยื่นคำขออนุญาตใหม่อีก และให้ระบุการได้รับอนุญาตสำหรับใบอนุญาตรองให้ชัดแจ้งไว้ในใบอนุญาตหลักดังกล่าวด้วย

ในพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่ง ให้ระบุให้ชัดแจ้งถึงกิจการที่เป็นใบอนุญาตหลักและกิจการที่ถือว่าได้รับใบอนุญาตรอง รวมตลอดทั้งหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการอนุญาตสำหรับใบอนุญาตหลักและการมีส่วนร่วมในการพิจารณาของผู้อนุญาตตามใบอนุญาตรอง การเรียกเก็บค่าธรรมเนียม และการนำส่งค่าธรรมเนียม

ที่ผู้ได้รับสามารถประกอบกิจการอื่นตามที่ระบุในใบอนุญาตนั้นได้เลยโดยไม่ต้องไปขอรับใบอนุญาตเพิ่มเติมอีก (ในร่างฯ เรียกว่า “ใบอนุญาตรอง”) แต่ในระหว่างการประกอบกิจการหน่วยงานที่ออกใบอนุญาตหลักไม่มีหน้าที่และอำนาจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการที่เป็นใบอนุญาตรอง โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายใดยังคงมีหน้าที่และอำนาจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการตามกฎหมายนั้นตามปกติต่อไป และผู้รับใบอนุญาตยังคงต้องเสียค่าธรรมเนียมใบอนุญาตและการต่ออายุใบอนุญาตแก่ทุกหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเช่นเดิม สำหรับรายละเอียดว่าใบอนุญาตใดถือเป็นใบหลัก ใบอนุญาตใดถือเป็นใบรอง รวมทั้งหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการพิจารณาใบอนุญาตหลักและการมีส่วนร่วมในการพิจารณาของผู้อนุญาตใบอนุญาตรอง จะเป็นไปตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ทั้งนี้ สำนักงาน ก.พ.ร. เป็นผู้ประสานงานหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวและเสนอ ก.พ.ร. พิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยก่อนตราพระราชกฤษฎีกาต้องมีการส่งร่างพระราชกฤษฎีกาให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาเป็นเวลาไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน แต่ไม่เกิน ๖๐ วัน เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วหากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามิได้มีมติทักท้วง ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต่อไป (ร่างมาตรา ๒๒[๒๒])

เมื่อมีการตราพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ถือว่าหน่วยงานของรัฐผู้อนุญาตและกระทรวงเจ้าสังกัดของหน่วยงานของรัฐผู้อนุญาตนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการในกิจการที่ต้องมีใบอนุญาตรองด้วย

ในมาตรานี้ “ใบอนุญาตหลัก” หมายความว่า ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือให้ดำเนินการในกิจการที่โดยทั่วไปแล้วจะมีการประกอบกิจการหรือดำเนินการที่เป็นใบอนุญาตรองด้วย และ “ใบอนุญาตรอง” หมายความว่า ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการหรือให้ดำเนินการที่โดยทั่วไปแล้วเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบกิจการหรือการดำเนินการที่เป็นใบอนุญาตหลัก

[๒๒] มาตรา ๒๒ ก่อนตราพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา ๒๐ หรือมาตรา ๒๑ ให้คณะรัฐมนตรีส่งร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน แต่ไม่เกินหกสิบวัน เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วหากสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภามิได้มีมติทักท้วง ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต่อไป

ให้เป็นหน้าที่ของสำนักงาน ก.พ.ร. ที่จะหารือกับหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาตเพื่อเสนอคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการพิจารณาให้ความเห็นชอบ ก่อนเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการดำเนินการตามมาตรา ๒๐ หรือมาตรา ๒๑ ต่อไป

๓.๖ การชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตแบบ negative list

หลักการชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตมีมาตั้งแต่พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘[๒๓] ในปัจจุบัน โดยการตราพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา ๑๒[๒๔] เพื่อกำหนดว่าใบอนุญาตใดตามกฎหมายใดบ้างที่ผู้รับใบอนุญาตสามารถชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตได้ และจะชำระค่าธรรมเนียมดังกล่าวได้อย่างไร ดังนั้น ระบบการชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตในปัจจุบันจึงมีลักษณะเป็น positive list กล่าวคือ การชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตทำไม่ได้เป็นหลัก ทำได้เป็นข้อยกเว้นตามกรณีที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา อย่างไรก็ดี เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ก.พ.ร. จึงเห็นควรเปลี่ยนหลักการชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตเป็นแบบ negative list กล่าวคือ การชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตให้ทำได้เป็นหลัก กรณีใดทำไม่ได้ต้องมีการกำหนดยกเว้นไว้ให้ชัดเจนในกฎกระทรวง (เว้นแต่กิจการหรือการดำเนินการที่ใบอนุญาตออกให้เป็นรายครั้ง) โดยร่างมาตรา ๑๙[๒๕]

---

[๒๓] มาตรา ๑๒ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดอายุใบอนุญาตไว้ และกิจการหรือการดำเนินการที่ได้รับใบอนุญาตนั้นมีลักษณะเป็นกิจการหรือการดำเนินการที่เห็นได้ว่าผู้ได้รับใบอนุญาตจะประกอบกิจการหรือดำเนินการนั้นต่อเนื่องกัน คณะรัฐมนตรีจะกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ แทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตก็ได้ และเมื่อหน่วยงานซึ่งมีอำนาจออกใบอนุญาตได้รับค่าธรรมเนียมดังกล่าวแล้ว ให้ออกหลักฐานการต่ออายุใบอนุญาตให้แก่ผู้รับใบอนุญาตโดยเร็ว และให้ถือว่าผู้รับใบอนุญาตได้รับการต่ออายุใบอนุญาตตามกฎหมายนั้น ๆ แล้ว

การกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตชำระค่าธรรมเนียมต่ออายุใบอนุญาตแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวให้ระบุชื่อพระราชบัญญัติและประเภทของใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ผู้รับใบอนุญาตอาจดำเนินการตามวรรคหนึ่งได้

ก่อนตราพระราชกฤษฎีกาตามวรรคสอง ให้คณะรัฐมนตรีส่งร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วหากสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภามิได้มีมติทักท้วง ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต่อไป

ให้เป็นหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการที่จะหารือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาต เพื่อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีในการดำเนินการตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง

[๒๔] พระราชกฤษฎีกาการกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาต พ.ศ. ๒๕๖๔

[๒๕] มาตรา ๑๙ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดอายุใบอนุญาตไว้ และกิจการหรือการดำเนินการที่ได้รับใบอนุญาตนั้นมีลักษณะเป็นกิจการหรือการดำเนินการที่เห็นได้ว่าผู้รับอนุญาตจะประกอบกิจการหรือดำเนินการนั้น

แห่งร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... ได้กำหนดเงื่อนไขกำกับไว้ด้วยว่าเรื่องที่จะขอยกเว้นได้ต้องเป็นกรณีที่มีความเสี่ยงสูงที่จะก่อให้เกิดสาธารณภัยหรือก่ออันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนหรือสิ่งแวดล้อมในวงกว้าง หรือมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษอย่างอื่น ดังนั้น เรื่องใดที่ไม่มีความเสี่ยงสูงจึงไม่อาจขอยกเว้นหลักการชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตได้

๓.๗ การขยายอายุใบอนุญาตเป็นไม่น้อยกว่า ๕ ปี

โดยหลักแล้วบุคคลที่ขอใบอนุญาตประกอบกิจการใด มักจะต้องการประกอบกิจการนั้นในระยะยาว เนื่องจากความจำเป็นในการเลี้ยงชีพและครอบครัว การกำหนดอายุใบอนุญาตระยะสั้น เช่น ๑ ปี ๒ ปี ๓ ปี หรือ ๔ ปี จึงขัดกับธรรมชาติของการประกอบกิจการหรือธุรกิจของมนุษย์ วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการกำหนดอายุใบอนุญาตโดยส่วนใหญ่จึงเป็นเรื่องของค่าธรรมเนียมรายปี สำหรับการตรวจสอบการประกอบกิจการถือเป็นคนละเรื่องกับการกำหนดอายุใบอนุญาต

ต่อเนื่องกัน ผู้รับอนุญาตจะต่ออายุใบอนุญาตโดยการชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตภายในระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ แทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตก็ได้ และเมื่อหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจออกใบอนุญาตได้รับค่าธรรมเนียมดังกล่าวแล้ว ให้ออกหลักฐานการต่ออายุใบอนุญาตให้แก่ผู้รับอนุญาตโดยเร็ว โดยให้ถือว่าผู้รับอนุญาตได้รับการต่ออายุใบอนุญาตตามกฎหมายนั้น ๆ แล้วตั้งแต่วันถัดจากวันที่ใบอนุญาตเดิมสิ้นอายุลง ทั้งนี้ โดยหน่วยงานของรัฐผู้อนุญาตยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องตรวจสอบการประกอบกิจการหรือการดำเนินการที่ได้รับชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตดังกล่าว

การชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

กิจการหรือการดำเนินการใดมีความเสี่ยงสูงที่จะก่อให้เกิดสาธารณภัยหรือก่ออันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนหรือสิ่งแวดล้อมในวงกว้าง หรือมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษอื่นที่ไม่สมควรดำเนินการตามวรรคหนึ่ง จะออกกฎกระทรวงกำหนดกิจการหรือการดำเนินการนั้น ให้ไม่อยู่ภายใต้บังคับวรรคหนึ่งก็ได้ กฎกระทรวงดังกล่าวให้ระบุชื่อพระราชบัญญัติและชื่อใบอนุญาตที่ไม่อาจดำเนินการตามวรรคหนึ่งได้ และให้ระบุระยะเวลาในการพิจารณาต่ออายุใบอนุญาตไว้ให้ชัดเจนด้วย

กิจการหรือการดำเนินการตามกฎหมายใดมีการกำหนดอายุใบอนุญาตไว้แต่ไม่มีการกำหนดให้ผู้รับอนุญาตต้องชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาต เมื่อผู้รับอนุญาตยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตแล้ว ให้สามารถดำเนินการตามที่ได้รับอนุญาตต่อไปได้จนกว่าผู้อนุญาตจะมีคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต และให้ถือว่าหลักฐานการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตเป็นหลักฐานการต่ออายุใบอนุญาตไปพลางก่อน

ก่อนที่จะมีคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตตามวรรคสี่ ผู้อนุญาตต้องตรวจสอบการประกอบกิจการหรือการดำเนินการก่อน หากพบข้อบกพร่อง ให้แจ้งผู้รับอนุญาตดำเนินการแก้ไขภายในระยะเวลาที่เหมาะสม ถ้าผู้รับอนุญาตไม่แก้ไขภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ผู้อนุญาตจึงจะมีอำนาจออกคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต ทั้งนี้ ในการออกคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต ผู้อนุญาตต้องระบุเหตุผลประกอบคำสั่งดังกล่าวด้วย

มิให้ใช้บังคับมาตรานี้แก่กิจการหรือการดำเนินการใดที่ต้องขออนุญาตเป็นรายครั้ง

เพราะไม่ว่าจะมีอายุใบอนุญาตหรือไม่ หน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจในการกำกับดูแลการประกอบกิจการนั้นจะต้องมีการตรวจสอบการประกอบกิจการเป็นระยะอยู่แล้ว โดยไม่จำต้องรอให้มีการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตก่อนแล้วจึงไปตรวจสอบ เพราะอาจไม่ทันการณ์ต่อการคุ้มครองประชาชนและสิ่งแวดล้อม ทั้งยังกระทบต่อประสิทธิภาพในการตรวจสอบตามเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย

ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... จึงกำหนดให้มีการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อขยายอายุใบอนุญาตที่น้อยกว่า ๕ ปี ให้เป็นอย่างน้อย ๕ ปี (ร่างมาตรา ๒๑[๒๖]) โดยไม่กระทบต่อค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตเพราะพระราชกฤษฎีกานั้นจะกำหนดค่าธรรมเนียมที่คิดคำนวณอัตราค่าธรรมเนียมใหม่แล้วไว้ด้วย อนึ่ง สำนักงาน ก.พ.ร. เป็นผู้ประสานงานหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวและเสนอ ก.พ.ร. พิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยก่อนตราพระราชกฤษฎีกาต้องมีการส่งร่างพระราชกฤษฎีกาให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาเป็นเวลาไม่น้อยกว่า ๓๐ วัน แต่ไม่เกิน ๖๐ วัน เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วหากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามิได้มีมติทักท้วง ให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต่อไป (ร่างมาตรา ๒๒)

๓.๘ การจัดให้มีศูนย์รับคำขอกลางที่ให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์

เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... ได้ยกระดับหลักการว่าด้วยศูนย์รับคำขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘[๒๗]

---

[๒๖] มาตรา ๒๑ ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตใดกำหนดอายุใบอนุญาตไว้น้อยกว่าห้าปี จะตราพระราชกฤษฎีกาขยายอายุใบอนุญาตสำหรับกฎหมายนั้นเป็นไม่น้อยกว่าห้าปีก็ได้

การตราพระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งให้กระทำได้เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าอายุใบอนุญาตที่กำหนดในกฎหมายนั้น ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป หรือเป็นภาระแก่ประชาชนเกินสมควร ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวให้ระบุชื่อพระราชบัญญัติและชื่อใบอนุญาต อายุใบอนุญาตที่ขยายแล้วซึ่งต้องไม่น้อยกว่าห้าปี และค่าธรรมเนียมที่ต้องชำระไว้ด้วย

[๒๗] มาตรา ๑๔ ในกรณีจำเป็นและสมควรเพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ให้คณะรัฐมนตรีมีมติจัดตั้งศูนย์รับคำขออนุญาต เพื่อทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางในการรับคำขอตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตขึ้น

ให้ศูนย์รับคำขออนุญาตตามวรรคหนึ่งมีฐานะเป็นส่วนราชการตามมาตรา ๑๘ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๕ โดยอยู่ในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี และจะให้มีสาขาของศูนย์ประจำกระทรวงหรือประจำจังหวัดด้วยก็ได้

เป็น “ศูนย์รับคำขอกลาง” ที่ให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นหลัก (แต่สามารถให้บริการทางกายภาพได้ด้วย) มีหน้าที่เป็นศูนย์กลางที่รวมการรับคำขออนุญาตและคำขอรับบริการรวมถึงค่าธรรมเนียมจากประชาชนแล้วจัดส่งต่อไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรง รวมทั้งให้ข้อมูลและคำแนะนำแก่ประชาชน โดยสำนักงาน ก.พ.ร. จะเป็นผู้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณามีมติสั่งการให้จัดตั้งศูนย์รับคำขอกลางขึ้นในหน่วยงานของรัฐหน่วยงานหนึ่งตามที่สำนักงาน ก.พ.ร. เสนอ ทั้งนี้ คณะรัฐมนตรีจะมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการศูนย์ดังกล่าวก็ได้ ในกรณีเช่นว่านี้หน่วยงานตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจะเป็นผู้กำกับดูแลเอกชนที่ดำเนินการศูนย์นั้น โดยต้องมีหลักประกันเพียงพอที่จะคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและความลับทางการค้าของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพก่อนจึงจะมอบหมายเอกชนได้ (ร่างมาตรา ๒๘[๒๘])

๓.๙ การจัดให้มีช่องทางพิเศษแบบเร่งด่วน (Fast Track)

ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... ยอมรับว่าในบางกรณีประชาชนบางรายจำเป็นต้องขอรับบริการจากหน่วยงานของรัฐแบบเร่งด่วน และยินยอมเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น จึงบัญญัติหลักการ Fast Track ว่าหน่วยงานของรัฐจะจัดให้มีช่องทางพิเศษที่ให้บริการประชาชนแบบเร่งด่วนก็ได้ โดยช่องทางพิเศษดังกล่าวต้องไม่กระทบกระเทือนต่อการให้บริการประชาชนกรณีปกติ (เช่น ใช้บุคลากรที่ outsource มาเฉพาะเพื่อบริการ Fast Track หรืออาจใช้บุคลากรประจำก็ได้ แต่ทำงาน Fast Track เฉพาะนอกเวลาราชการหรือเวลาทำการ) ซึ่งยังต้องอยู่ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคู่มือสำหรับประชาชน สำหรับรายละเอียดของการจัดให้มีช่องทางพิเศษแบบเร่งด่วน ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากค่าธรรมเนียมปกติ รวมทั้งหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง (ร่างมาตรา ๓๓[๒๙])

การจัดตั้งศูนย์รับคำขออนุญาตตามวรรคหนึ่งให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวให้กำหนดรายชื่อกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตที่จะให้อยู่ภายใต้การดำเนินการของศูนย์รับคำขออนุญาต

ในการดำเนินการเกี่ยวกับการรับคำขอ จะกำหนดในพระราชกฤษฎีกาให้ผู้ยื่นคำขอ ยื่นคำขอผ่านทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ก็ได้

[๒๘] มาตรา ๒๘ เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ให้คณะรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของสำนักงาน ก.พ.ร. จัดให้มีศูนย์รับคำขอกลางขึ้นในหน่วยงานของรัฐตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด โดยดำเนินการผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศที่ทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางในการรับคำขอต่าง ๆ ตามกฎหมาย ทั้งนี้ คณะรัฐมนตรีจะมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการศูนย์ดังกล่าวก็ได้ โดยหน่วยงานของรัฐดังกล่าวเป็นผู้กำกับดูแล

การมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการศูนย์รับคำขอกลางตามวรรคหนึ่ง จะกระทำได้ต่อเมื่อมีหลักประกันเพียงพอที่จะคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลและความลับทางการค้าที่มีประสิทธิภาพ

[๒๙] มาตรา ๓๓ ในกรณีที่ผู้ใดมีความจำเป็นเร่งด่วน ประสงค์จะได้รับอนุญาตหรือบริการในระยะเวลารวดเร็วเป็นพิเศษกว่าระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคู่มือสำหรับประชาชน จะยื่นคำขอเพื่อขอรับการอนุญาตหรือบริการเป็นพิเศษดังกล่าว โดยยินยอมเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นตามที่ผู้อนุญาตกำหนดก็ได้

๓.๑๐ การจัดให้มีแบบคำขอและใบอนุญาตเป็นภาษาอังกฤษหรือภาษาอื่น

โดยที่พัฒนาการทางเทคโนโลยีและโลกาภิวัตน์ส่งผลให้ในปัจจุบันการติดต่อสื่อสารระหว่างสถานที่ต่าง ๆ ในโลกมีลักษณะไร้พรมแดน โดยเฉพาะการลงทุนข้ามชาติและการประกอบกิจการหรือตั้งรกรากในต่างประเทศ จึงมีความจำเป็นที่แบบฟอร์มคำขอต่าง ๆ ของประเทศไทยจะสนองตอบความต้องการของชาวต่างชาติมากขึ้น แต่ยังติดข้อกฎหมายอยู่ เนื่องจากมาตรา ๒๖[๓๐] แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ยังกำหนดให้เอกสารต่าง ๆ ที่ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐไทยต้องเป็นภาษาไทย ซึ่งในบางประเภทกิจการไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงในทางปฏิบัติ ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... จึงกำหนดให้หน่วยงานของรัฐสามารถจัดทำแบบคำขอ ใบอนุญาต หลักฐานการต่ออายุใบอนุญาต หรือใบแทนใบอนุญาตเป็นภาษาอังกฤษหรือภาษาอื่นก็ได้ หรือจะมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษหรือภาษาอื่นก็ได้ โดยในกรณีเช่นว่านั้นผู้ยื่นจะกรอกข้อความเป็นภาษาอังกฤษหรือภาษาอื่นก็ได้ และให้ได้รับยกเว้นมาตรา ๒๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ กล่าวคือ ผู้ยื่นไม่ต้องจัดทำคำแปลภาษาไทยกำกับหรือประกอบคำขอไว้ (ร่างมาตรา ๓๔[๓๑])

การจัดให้มีช่องทางพิเศษแบบเร่งด่วนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ในกฎกระทรวงดังกล่าวให้ระบุค่าใช้จ่ายที่ผู้ยื่นคำขอจะต้องชำระเพิ่มขึ้นด้วย

การจัดให้มีช่องทางพิเศษตามวรรคสอง ต้องไม่มีผลกระทบต่อการให้บริการประชาชนตามปกติที่ปรากฏอยู่ในคู่มือสำหรับประชาชนอยู่แล้ว

ค่าใช้จ่ายตามวรรคหนึ่งให้นำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะอนุญาตให้หน่วยงานของรัฐหักเป็นรายจ่ายสำหรับพัฒนาการให้บริการแก่ประชาชนไม่เกินร้อยละห้าสิบก็ได้

ความในวรรคสี่ไม่ใช้บังคับแก่รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐอื่นที่มีกฎหมายกำหนดให้รายได้ของหน่วยงานตกเป็นของหน่วยงานนั้น

[๓๐] มาตรา ๒๖ เอกสารที่ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ให้จัดทำเป็นภาษาไทย ถ้าเป็นเอกสารที่ทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศ ให้คู่กรณีจัดทำคำแปลเป็นภาษาไทยที่มีการรับรองความถูกต้องมาให้ภายในระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่กำหนด ในกรณีนี้ให้ถือว่าเอกสารดังกล่าวได้ยื่นต่อเจ้าหน้าที่ในวันที่เจ้าหน้าที่ได้รับคำแปลนั้น เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะยอมรับเอกสารที่ทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศ และในกรณีนี้ให้ถือว่าวันที่ได้ยื่นเอกสารฉบับที่ทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศเป็นวันที่เจ้าหน้าที่ได้รับเอกสารดังกล่าว

การรับรองความถูกต้องของคำแปลเป็นภาษาไทยหรือการยอมรับเอกสารที่ทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

[๓๑] มาตรา ๓๔ เพื่อประโยชน์ในการให้บริการประชาชน หน่วยงานของรัฐอาจจัดให้แบบคำขอ ใบอนุญาต หลักฐานการต่ออายุใบอนุญาต หรือใบแทนใบอนุญาตเป็นภาษาอังกฤษหรือภาษาอื่น หรือมีภาษาอังกฤษหรือภาษาอื่นกำกับด้วย ตามที่เห็นสมควรก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ การกรอกข้อความในเอกสารดังกล่าวจะกระทำเป็นภาษาอังกฤษหรือภาษาอื่นดังกล่าวก็ได้ และมิให้นำมาตรา ๒๖ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับ

๔. แนวทางการเตรียมการ

จากหลักการสำคัญของร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... ข้างต้น สามารถสรุปแนวทางการเตรียมการของหน่วยงานของรัฐเพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ดังนี้

๔.๑ ด้านกฎหมาย โดยที่ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... ได้วางหลักการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนไว้หลายประการซึ่งหากลักษณะงานของหน่วยงานใดไม่อาจปฏิบัติได้ หรือการปฏิบัติอาจก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสี่ยงสูงต่อประชาชน ก็จะต้องเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีการออกกฎกระทรวงยกเว้นหลักการในเรื่องนั้นกับหน่วยงานตน ดังนั้น หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยจึงต้องศึกษาบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวและสำรวจตรวจสอบว่าหน่วยงานของตนไม่สามารถปฏิบัติตามหลักการใดได้บ้าง แล้วเสนอสำนักงาน ก.พ.ร. พิจารณาจัดทำร่างกฎกระทรวงยกเว้นให้ก่อนเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป อาทิ

(๑) หลักการไม่เรียกเอกสารที่หน่วยงานของรัฐนั้นเป็นผู้ออกหรือมีอยู่ในความครอบครอง โดยร่างมาตรา ๑๑ วรรคสาม[๓๒] บัญญัติให้หน่วยงานที่มีความจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ที่จะต้องให้ประชาชนนำเอกสารต้นฉบับหรือสำเนาเอกสารที่หน่วยงานนั้นเองเป็นผู้ออกหรือหน่วยงานนั้นมีอยู่ในความครอบครอง มาแสดงหรือส่งมอบในการยื่นคำขอตามกฎหมายต้องมีการออกเป็นกฎกระทรวงระบุกรณีที่มีความจำเป็นเช่นว่านั้นพร้อมชื่อเอกสาร ทั้งนี้ หากหน่วยงานใดเรียกเอกสารที่หน่วยงานตนเป็นผู้ออกหรือมีอยู่ในความครอบครอง จากประชาชนผู้ยื่นคำขอโดยยังไม่มีการออกกฎกระทรวงตามมาตรา ๑๑ วรรคสาม ย่อมมีความผิดตามกฎหมาย และหากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ประชาชนที่ถูกเรียกเอกสารโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นด้วย

(๒) หลักการชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาต โดยร่างมาตรา ๑๙ วรรคสาม[๓๓] บัญญัติให้หน่วยงานใดที่มีกิจการในความควบคุมหรือกำกับดูแลซึ่งมีความเสี่ยงสูงที่จะก่อให้เกิดสาธารณภัยหรือก่ออันตรายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนหรือสิ่งแวดล้อมในวงกว้าง หรือมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษอื่นที่ไม่สมควรให้ผู้รับใบอนุญาตชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตได้ ต้องมีการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดให้กิจการนั้นไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๑๙ วรรคหนึ่ง (วางหลักการชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตสำหรับทุกใบอนุญาต) ทั้งนี้ หากหน่วยงานใดปฏิเสธไม่รับชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุ

[๓๒] โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒๐, ข้างต้น

[๓๓] โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒๕, ข้างต้น

ใบอนุญาตจากประชาชนโดยยังไม่มีการออกกฎกระทรวงตามมาตรา ๑๙ วรรคสาม ย่อมมีความผิดตามกฎหมาย และหากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ประชาชนที่มาชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตด้วย

(๓) หลักการตรวจสอบความครบถ้วนของเอกสารหรือหลักฐานประกอบคำขอทันที ตามที่มีการกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในร่างมาตรา ๑๕[๓๔] (กรณียื่นคำขอเป็นเอกสาร)

---

[๓๔] มาตรา ๑๕ เมื่อมีการยื่นคำขอและเอกสารหรือหลักฐานประกอบการพิจารณาเป็นเอกสาร ให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบคำขอและรายการเอกสารหรือหลักฐานที่ยื่นพร้อมคำขอให้ถูกต้องครบถ้วนตามที่ระบุในคู่มือสำหรับประชาชนตามมาตรา ๑๔ เมื่อตรวจสอบแล้วเห็นว่าถูกต้องครบถ้วน ให้บันทึกความถูกต้องครบถ้วนนั้นไว้ท้ายคำขอ พร้อมทั้งแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบทันที แต่หากเห็นว่าคำขอไม่ถูกต้องหรือยังขาดเอกสารหรือหลักฐานใดให้แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบทันที ถ้าเป็นกรณีที่สามารถแก้ไขหรือเพิ่มเติมได้ในขณะนั้น ให้แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอดำเนินการแก้ไขหรือยื่นเอกสารหรือหลักฐานเพิ่มเติมให้ครบถ้วน ถ้าเป็นกรณีที่ไม่อาจดำเนินการได้ในขณะนั้น ให้บันทึกความบกพร่องและรายการเอกสารหรือหลักฐานที่จะต้องยื่นเพิ่มเติม พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาที่ผู้ยื่นคำขอจะต้องดำเนินการแก้ไขหรือยื่นเพิ่มเติมไว้ในบันทึกดังกล่าวด้วย และให้เจ้าหน้าที่และผู้ยื่นคำขอลงนามไว้ในบันทึกนั้น

ให้เจ้าหน้าที่มอบสำเนาบันทึกตามวรรคหนึ่งให้ผู้ยื่นคำขอไว้เป็นหลักฐานโดยทันที

ในกรณีที่ผู้ยื่นคำขอได้จัดทำคำขอถูกต้องและแนบเอกสารหรือหลักฐานครบถ้วนตามที่ระบุในคู่มือสำหรับประชาชนตามมาตรา ๑๔ แล้ว หรือได้แก้ไขหรือยื่นเอกสารหรือหลักฐานเพิ่มเติมครบถ้วนตามที่เจ้าหน้าที่แนะนำหรือตามที่ปรากฏในบันทึกตามวรรคหนึ่งแล้ว เจ้าหน้าที่จะเรียกเอกสารหรือหลักฐานอื่นใดเพิ่มเติมอีกไม่ได้ และจะปฏิเสธการพิจารณาคำขอนั้นโดยอาศัยเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของคำขอหรือความไม่ครบถ้วนของเอกสารหรือหลักฐานไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่ความไม่สมบูรณ์หรือความไม่ครบถ้วนนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือทุจริตของเจ้าหน้าที่ และเป็นผลให้ไม่อาจอนุญาตได้ ในกรณีนี้ให้ผู้อนุญาตสั่งการตามที่เห็นสมควร และให้ดำเนินการทางวินัยหรือดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องโดยไม่ชักช้า

ในกรณีที่ผู้ยื่นคำขอไม่แก้ไขเพิ่มเติมคำขอหรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐานเพิ่มเติมตามที่เจ้าหน้าที่แจ้งให้ทราบหรือตามที่ปรากฏในบันทึกตามวรรคหนึ่ง ให้เจ้าหน้าที่คืนคำขอให้แก่ผู้ยื่นคำขอพร้อมทั้งแจ้งเป็นหนังสือถึงเหตุแห่งการคืนคำขอให้ทราบด้วย

ผู้ยื่นคำขอจะอุทธรณ์คำสั่งคืนคำขอตามวรรคสี่ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือจะยื่นคำขอใหม่ก็ได้ แต่ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องยื่นคำขอใดภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้ยื่นคำขอจะต้องยื่นคำขอนั้นใหม่ภายในระยะเวลาดังกล่าว

และร่างมาตรา ๑๖[๓๕] (กรณียื่นคำขอทางอิเล็กทรอนิกส์) โดยร่างมาตรา ๑๗[๓๖] บัญญัติให้หน่วยงานใดที่มีกระบวนงานอนุญาตหรืองานบริการในความรับผิดชอบซึ่งไม่อาจตรวจสอบความครบถ้วนของเอกสารหรือหลักฐานประกอบคำขอทันที หรือภายใน ๑ วันสำหรับกรณีคำขอที่ยื่นมาทางอิเล็กทรอนิกส์ เช่น กรณีที่มีเอกสารประกอบคำขอเกี่ยวกับข้อมูลทางวิชาการหรือรายงานผลการวิจัยหรือทดสอบทางวิทยาศาสตร์ หรือกรณีที่มีเอกสารประกอบคำขอจำนวนมากจนไม่อาจตรวจสอบให้แล้วเสร็จได้ทัน หรือกรณีที่จำเป็นต้องมีการขอคำชี้แจงหรือข้อมูลเพิ่มเติมในภายหลัง ต้องมีการออกกฎกระทรวงกำหนดให้กระบวนงานหรือเรื่องนั้นไม่อยู่ในบังคับของมาตรา ๑๕ และมาตรา ๑๖ สำหรับระยะเวลาที่ต้องใช้ในการตรวจสอบความครบถ้วนของเอกสารนั้น มีความจำเป็นต้องใช้เวลาเท่าใดต้องระบุไว้ให้ชัดเจนในกฎกระทรวงด้วย ทั้งนี้ หากหน่วยงานใดใช้เวลาตรวจสอบความครบถ้วนของเอกสารหลักฐานมากกว่า ๑ วัน หรือมีการเรียกเอกสารหลักฐานเพิ่มเติมในภายหลังจากประชาชนผู้ยื่นคำขอโดยยังไม่มีการออกกฎกระทรวงตามมาตรา ๑๗ ย่อมมีความผิดตามกฎหมาย และหากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่ประชาชนผู้ยื่นคำขอด้วย

จะเห็นได้ว่า เมื่อร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... มีผลใช้บังคับ หากหน่วยงานใดละเลยไม่ตรวจสอบและเสนอออกกฎกระทรวงยกเว้น และในทางปฏิบัติเกิดความจำเป็นที่ไม่สามารถปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อทั้งหน่วยงาน ผู้อนุญาต เจ้าหน้าที่ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาชนผู้รับใบอนุญาตหรือขอรับบริการ และโดยที่การออกกฎกระทรวงจำเป็นต้องใช้ระยะเวลา

---

[๓๕] มาตรา ๑๖ เมื่อมีการยื่นคำขอและส่งเอกสารหรือหลักฐานประกอบการพิจารณาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ ให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบคำขอและรายการเอกสารหรือหลักฐานที่ยื่นพร้อมคำขอให้ถูกต้องครบถ้วนตามที่ระบุในคู่มือสำหรับประชาชนตามมาตรา ๑๔ ให้แล้วเสร็จภายในวันทำการถัดไป เมื่อตรวจสอบแล้วเห็นว่าถูกต้องครบถ้วน ให้บันทึกความถูกต้องครบถ้วนนั้นไว้ท้ายคำขอ พร้อมทั้งแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบทันที แต่หากเห็นว่าคำขอไม่ถูกต้องหรือยังขาดเอกสารหรือหลักฐานใด ให้แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบทันทีที่ตรวจสอบแล้วเสร็จ โดยให้บันทึกความบกพร่องและรายการเอกสารหรือหลักฐานที่จะต้องยื่นเพิ่มเติม พร้อมทั้งกำหนดระยะเวลาที่ผู้ยื่นคำขอจะต้องดำเนินการแก้ไขหรือยื่นเพิ่มเติมไว้ในบันทึกดังกล่าวด้วย และให้เจ้าหน้าที่ลงนามไว้ในบันทึกนั้น และแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบ

การยื่นคำขอและเอกสารหรือหลักฐานประกอบการพิจารณาด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ให้ถือว่าผู้อนุญาตได้รับตามวันและเวลาตามกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์

ให้นำความในมาตรา ๑๕ วรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า มาใช้บังคับแก่กรณีการยื่นคำขอและเอกสารหรือหลักฐานประกอบการพิจารณาโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยโดยอนุโลม ทั้งนี้ การแจ้งการเรียกเอกสารหรือหลักฐาน และการคืนคำขอในกรณีดังกล่าว ให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์

[๓๖] มาตรา ๑๗ การอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตใดที่ไม่อาจดำเนินการตามมาตรา ๑๕ หรือมาตรา ๑๖ ได้ เนื่องจากมีเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก หรือด้วยเหตุจำเป็นอื่นใด จะออกเป็นกฎกระทรวงกำหนดให้การอนุญาตนั้นไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา ๑๕ หรือมาตรา ๑๖ ก็ได้ แต่กฎกระทรวงดังกล่าวต้องระบุระยะเวลาในการดำเนินการให้ชัดเจนด้วย

การดำเนินการ กรณีจึงไม่สมควรอย่างยิ่งที่หน่วยงานใดจะปล่อยให้กฎหมายมีผลใช้บังคับไปก่อนแล้วหากมีปัญหาเกิดขึ้นจึงมาดำเนินการแก้ไขหรือเสนอออกกฎกระทรวง หากแต่หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยต้องมีการศึกษาวิเคราะห์ล่วงหน้าเพื่อให้สำนักงาน ก.พ.ร. สามารถดำเนินการเสนอและออกกฎกระทรวงตามร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... ได้ทัน ทั้งนี้ ตามเจตนารมณ์ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวที่ได้มีการทอดระยะการมีผลใช้บังคับของกฎหมายไว้ถึง ๑๘๐ วัน (ร่างมาตรา ๒[๓๗])

อนึ่ง ในกรณีที่หน่วยงานใดพิจารณาแล้วเห็นว่าตนไม่อาจปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัตินี้ได้ทั้งฉบับ และไม่ได้รับยกเว้นการใช้บังคับร่างพระราชบัญญัตินี้ตามร่างมาตรา ๖[๓๘] วรรคหนึ่ง ก็จะต้องเสนอสำนักงาน ก.พ.ร. ขอให้มีการตราพระราชกฤษฎีกายกเว้นหน่วยงานตนตามร่างมาตรา ๖ วรรคสอง ต่อไป

๔.๒ ด้านคู่มือสำหรับประชาชน โดยที่ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... มีหลักการสำคัญประการหนึ่งในการขยายการอำนวยความสะดวกจากงานอนุญาตให้ครอบคลุมถึงงานบริการ และโดยที่หัวใจสำคัญของการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนตามกฎหมายดังกล่าว คือ คู่มือสำหรับประชาชน ซึ่งปัจจุบันหน่วยงานผู้อนุญาตต่าง ๆ ก็ได้จัดทำคู่มือสำหรับประชาชนในงานอนุญาตแล้วตามพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘

---

[๓๗] มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่หมวด ๑ บททั่วไป และมาตรา ๓๖ วรรคสอง ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

[๓๘] มาตรา ๖ พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

(๑) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี

(๒) การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดี การบังคับคดี และการวางทรัพย์

(๓) การดำเนินงานตามหน้าที่และอำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เฉพาะในส่วนที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการดำเนินงานของหน่วยธุรการขององค์กรดังกล่าว

(๔) การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทั้งนี้ ตั้งแต่ในชั้นการสืบสวนและการสอบสวนเป็นต้นไป

(๕) การอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เฉพาะในส่วนที่ไม่อาจกำหนดระยะเวลาดำเนินการที่แน่นอนได้ ตามที่คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการกำหนด

(๖) การอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการทางทหารด้านยุทธการ รวมทั้งตามกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมยุทธภัณฑ์ และกฎหมายว่าด้วยโรงงานผลิตอาวุธของเอกชน

การยกเว้นไม่ให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การดำเนินการใดหรือแก่หน่วยงานของรัฐใดนอกจากที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ให้กระทำเท่าที่จำเป็น และให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงให้เวลาสำหรับหน่วยงานของรัฐทุกหน่วยในการจัดทำคู่มือสำหรับประชาชนในงานบริการเป็นเวลา ๑๘๐ วัน โดยระหว่างการจัดทำนั้นให้ชะลอการมีผลใช้บังคับของกฎหมายทั้งฉบับไว้ก่อน เพื่อให้คู่มือสำหรับประชาชนในงานบริการมีผลใช้บังคับพร้อมกับร่างพระราชบัญญัติฯ ต่อไป

ดังนั้น การเตรียมการที่จำเป็นสำหรับเรื่องนี้ คือ หน่วยงานของรัฐต้องมีการตรวจสอบภารกิจในความรับผิดชอบของตนว่ามีงานบริการจำนวนกี่เรื่อง[๓๙] (เฉพาะกรณีที่ประชาชนต้องยื่นคำขอ ไม่รวมถึงงานที่หน่วยงานเป็นผู้ริเริ่มหรือออกให้บริการแก่ประชาชนเอง[๔๐]) และมอบหมายสั่งการให้มีการจัดทำคู่มือสำหรับประชาชนในงานบริการเพื่อให้แล้วเสร็จภายใน ๑๘๐ วัน นับแต่วันที่กฎหมายประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยคู่มือสำหรับประชาชนในงานบริการต้องมีข้อมูลครบถ้วนเหมือนคู่มือสำหรับประชาชนในงานอนุญาตตามที่กำหนดไว้ในร่างมาตรา ๑๔ วรรคสาม[๔๑] กล่าวคือ หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการยื่นคำขอรับบริการ อัตราค่าบริการ ขั้นตอนและระยะเวลาในการให้บริการ รายการเอกสารหรือหลักฐานที่ต้องยื่นมาพร้อมกับคำขอรับบริการ แนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ รวมตลอดทั้งการยื่นคำขอด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ และรายละเอียดอื่นที่สำนักงาน ก.พ.ร. กำหนดเพิ่มเติม (ถ้ามี)

นอกจากนั้น เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องนำคู่มือสำหรับประชาชนของหน่วยงานตนทั้งหมด ทั้งคู่มืองานอนุญาตและคู่มืองานบริการ เผยแพร่ประชาสัมพันธ์ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์ในเว็บไซต์ของหน่วยงาน และ www.info.go.th รวมทั้งปิดประกาศ ณ สถานที่ยื่นคำขอด้วย อนึ่ง นอกจากคู่มือสำหรับประชาชนแล้ว หน่วยงานของรัฐผู้อนุญาตยังมีหน้าที่ต้องจัดทำหลักเกณฑ์และแนวทางในการตรวจสอบการประกอบกิจการ สำหรับ

---

[๓๙] มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ ฯลฯ

“บริการ” หมายความรวมถึง การดำเนินการตามคำขอหรือความประสงค์ของประชาชน รวมตลอดทั้งการอำนวยความสะดวก การให้ความอนุเคราะห์ สงเคราะห์ การจัดหรือให้สวัสดิการ และการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนใด ๆ แก่ประชาชนด้วย

ฯลฯ ฯลฯ

[๔๐] มาตรา ๔ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับแก่บรรดาการอนุญาต การจดทะเบียน และการแจ้ง รวมทั้งการพิจารณา การดำเนินการ และการให้บริการหรือประโยชน์อื่นใดแก่ประชาชน บรรดาที่ประชาชนต้องยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐ

[๔๑] โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑๓, ข้างต้น

กิจการที่อยู่ในความควบคุมหรือกำกับดูแลของตน (ร่างมาตรา ๒๓[๔๒]) และเผยแพร่ผ่านช่องทางเดียวกับคู่มือสำหรับประชาชนด้วย (ร่างมาตรา ๓๒[๔๓])

๔.๓ ด้านอิเล็กทรอนิกส์ ตามที่มีการตราพระราชบัญญัติการปฏิบัติราชการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. ๒๕๖๕ ประกอบกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงานสารบรรณ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๖๔ กำหนดให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยต้องมีช่องทางสำหรับรับคำขอหรือการติดต่อใด ๆ จากประชาชนโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์[๔๔] เช่น ไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์หรืออีเมล นั้น โดยที่ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. ....

---

[๔๒] มาตรา ๒๓ ให้เป็นหน้าที่ของผู้อนุญาตที่จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางการตรวจสอบการประกอบกิจการหรือการดำเนินการของผู้รับอนุญาตให้เป็นไปตามที่กฎหมายว่าด้วยการอนุญาตกำหนด และให้เป็นหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่และผู้อนุญาตที่จะต้องตรวจสอบตามหลักเกณฑ์และแนวทางดังกล่าว

เมื่อมีผู้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ หรือเสียหายจากการประกอบกิจการหรือการดำเนินการของผู้รับอนุญาต ไม่ว่าความจะปรากฏต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เองหรือมีผู้ร้องเรียน ให้เป็นหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะดำเนินการตรวจสอบและสั่งการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว

หลักเกณฑ์และแนวทางตามวรรคหนึ่ง ให้เผยแพร่ให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป

[๔๓] มาตรา ๓๒ เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงคู่มือสำหรับประชาชนตามมาตรา ๑๔ รวมทั้งหลักเกณฑ์และแนวทางตามมาตรา ๒๓ ได้โดยสะดวก ให้ผู้อนุญาตและหัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่เผยแพร่คู่มือ หลักเกณฑ์และแนวทางดังกล่าวผ่านระบบสารสนเทศของหน่วยงานและปิดประกาศไว้ ณ สถานที่ที่กำหนดให้ยื่นคำขอ รวมทั้งเผยแพร่ผ่านช่องทางที่สำนักงาน ก.พ.ร. ประกาศกำหนด

[๔๔] มาตรา ๑๐ บรรดาคำขออนุญาตหรือการติดต่อใด ๆ ที่ประชาชนส่งหรือมีถึงหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องทางช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ที่หน่วยงานของรัฐประกาศกำหนด ให้ถือว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้รับตามวันและเวลาที่คำขออนุญาตหรือการติดต่อนั้นได้เข้าสู่ระบบอิเล็กทรอนิกส์ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น เว้นแต่วันและเวลานั้นเป็นวันหรือเวลานอกทำการของหน่วยงานของรัฐ ให้ถือว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับในวันและเวลาทำการถัดไป

ฯลฯ ฯลฯ

มาตรา ๒๐ ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐประกาศกำหนดช่องทางอิเล็กทรอนิกส์สำหรับประชาชนติดต่อราชการตามมาตรา ๑๐ รวมทั้งกำหนดระบบสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา ๑๖ ให้แล้วเสร็จภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดตามมาตรา ๖

ในระหว่างที่หัวหน้าหน่วยงานของรัฐยังมิได้ประกาศกำหนดช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ของหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๑๐ หรือกำหนดระบบสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา ๑๖ ให้ถือว่าการส่งคำขออนุญาตหรือติดต่อหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ใด ๆ ที่หน่วยงานของรัฐใช้อยู่นั้น เป็นการส่งหรือติดต่อที่ชอบตามมาตรา ๑๐ หรือเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ชอบตามมาตรา ๑๖ แล้วแต่กรณีแล้ว

ได้กำหนดหลักการศูนย์รับคำขอกลางที่ให้บริการประชาชนผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งเป็นการตอกย้ำความสำคัญของการให้บริการประชาชนโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ในปัจจุบัน ดังนั้น หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยจึงต้องจัดให้มีช่องทางอิเล็กทรอนิกส์และเจ้าหน้าที่ประจำช่องทางดังกล่าวสำหรับรับคำขอหรือการติดต่อใด ๆ จากประชาชน ซึ่งรวมถึงการรับเรื่องที่จะส่งต่อมาจากศูนย์รับคำขอกลางด้วย หากหน่วยงานใดยังไม่มีช่องทางดังกล่าวหรือมีแต่ไม่มีความพร้อมในการให้บริการประชาชน (เช่น ไม่มีเจ้าหน้าที่ประจำช่องทางที่คอยรับเรื่องทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือรับเรื่องทางอิเล็กทรอนิกส์แล้วมักจะขอเอกสารเป็นกระดาษเป็นการซ้ำซ้อนอีกครั้งหนึ่ง) อาจก่อให้เกิดความเสียหายและความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาต่อประชาชนที่ยื่นคำขอหรือติดต่อราชการมาโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ได้

๔.๔ ด้านบุคลากร โดยที่ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... มีหลักการสำคัญเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนจำนวนมากดังกล่าวแล้วข้างต้น ดังนั้น หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยจึงควรมีการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์หรือจัดให้มีการอบรมเพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจแก่เจ้าหน้าที่ของตนให้สามารถปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้อย่างถูกต้อง (เช่น การจัดทำและปฏิบัติตามคู่มือสำหรับประชาชน การตรวจสอบเอกสารหลักฐานทันทีและห้ามเรียกเพิ่มเติมในภายหลัง การไม่เรียกเอกสารที่หน่วยงานนั้นเป็นผู้ออกหรือมีอยู่ในความครอบครองจากประชาชนอีก การชำระค่าธรรมเนียมแทนการยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาต และการที่ประชาชนซึ่งขอใบแทนใบอนุญาตไม่ต้องแจ้งความ) และหากสำนักงาน ก.พ.ร. ในฐานะผู้รับผิดชอบร่างพระราชบัญญัตินี้ มีการจัดงานประชุมหรือสัมมนาเพื่อเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งอาจไม่สามารถรองรับเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ครบถ้วนทุกคน ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่จัดส่งเจ้าหน้าที่หรือผู้แทนเข้าร่วมงาน อาจจัดให้ผู้ซึ่งมีโอกาสได้เข้าร่วมงานดังกล่าวไปถ่ายทอดความรู้ความเข้าใจให้แก่เจ้าหน้าที่รายอื่นซึ่งมีหน้าที่ให้บริการประชาชนต่อไปได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การอำนวยความสะดวกและการให้บริการประชาชนตามหลักการของร่างพระราชบัญญัติฯ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุด

นอกจากนี้ สำหรับการเตรียมการในระยะต่อไปภายหลังจากกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว หน่วยงานของรัฐพึงสำรวจตรวจสอบความพร้อมของหน่วยงานในการดำเนินมาตรการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนตามร่างพระราชบัญญัติฯ เพิ่มเติม เช่น การทบทวนคู่มือสำหรับประชาชนในงานอนุญาต การจัดให้มีระบบใบอนุญาตหลัก (ไม่ว่างานในความรับผิดชอบของหน่วยงานจะเป็นใบอนุญาตหลักหรือใบอนุญาตรอง) การขยายอายุใบอนุญาตเป็นไม่น้อยกว่า ๕ ปี การจัดให้มีช่องทางพิเศษแบบเร่งด่วน (Fast Track) การจัดทำแบบคำขอและใบอนุญาตเป็นภาษาอังกฤษหรือภาษาอื่นและโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทบทวนความเหมาะสมของระบบอนุญาตในความรับผิดชอบของตน ซึ่งแต่ละหน่วยงานผู้อนุญาตอาจได้รับแจ้งจาก ก.พ.ร. ได้ทุกเมื่อแม้ยังไม่ถึงกำหนดการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตก็ตาม

กล่าวโดยสรุปแล้ว ร่างพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตและการให้บริการแก่ประชาชน พ.ศ. .... มีการกำหนดมาตรการเพื่อเพิ่มการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนเป็นจำนวนมาก ทั้งมาตรการเดิมที่ปรับปรุงต่อเนื่องมาจากพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘ และมาตรการใหม่ที่สร้างขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาที่ยังคงปรากฏในปัจจุบัน โดยหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ มีหน้าที่ในการปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้การบริการประชาชนผู้ซึ่งเป็น “ประธานแห่งสิทธิ” ที่จะได้รับบริการจากรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุด โดยในการปฏิบัติตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวหน่วยงานของรัฐไม่อาจดำเนินการในเชิงรับ (passive) หากแต่ต้องดำเนินการในเชิงรุก (active) โดยมีการตระเตรียมการในด้านต่าง ๆ ตั้งแต่บัดนี้ เพื่อให้หน่วยงานและเจ้าหน้าที่มีความพร้อมมากที่สุดเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวมในที่สุด

ซอฟลอว์ (Soft Law) กับการบริหารราชการไทย: ข้อดี ข้อเสีย และข้อเสนอเชิงระบบ*

กฤษดา มุงคุณ**

ในการบริหารราชการของรัฐสมัยใหม่ “กฎหมาย” ไม่ได้มีเฉพาะในความหมายของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่ยังรวมถึงบรรทัดฐานหรือแนวทางต่าง ๆ ที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายในเชิงบังคับ แต่มีผลในทางปฏิบัติและการกำหนดพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่รัฐหรือภาคเอกชน แนวทางเหล่านี้เรียกรวมกันว่า “Soft Law” หรือ “กฎหมายไม่ผูกพัน” (non-binding law) ซึ่งได้รับการศึกษาและใช้กันอย่างแพร่หลายในระบบกฎหมายยุโรปและระหว่างประเทศ[๑]

อนึ่ง Soft Law มักอยู่ในรูปของแนวนโยบาย แผนแม่บท คู่มือการปฏิบัติงาน คำแนะนำ หรือข้อเสนอแนะแบบไม่มีผลผูกพัน (guidelines, policy documents, codes of conduct) ซึ่งในหลายกรณีมีสถานะเป็นเพียง “กฎหมายเชิงนโยบาย” แต่กลับมีผลต่อการกำหนดพฤติกรรมของหน่วยงานหรือประชาชนอย่างมีนัยสำคัญ[๒]

นักนิติศาสตร์บางท่าน เช่น Jan Klabbers ได้ตั้งคำถามว่า Soft Law อาจไม่ใช่ “กฎหมาย” ตามความเข้าใจดั้งเดิมของทฤษฎีนิติปรัชญาแนวปฏิฐานนิยม (Positivist Jurisprudence) เพราะไม่มีองค์ประกอบของผลผูกพันในทางกฎหมาย[๓] อย่างไรก็ดี ทัศนะดังกล่าวถูกโต้แย้งว่าไม่สามารถอธิบายความแพร่หลายและประสิทธิผลของ Soft Law ในสังคมปัจจุบันได้อย่างครอบคลุม

สำหรับประเทศไทย แม้จะไม่มีการใช้คำว่า “Soft Law” อย่างเป็นทางการในกฎหมายใดโดยตรง แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่าแนวทางที่มีลักษณะของ Soft Law ปรากฏอยู่ในบริบทของราชการไทยอย่างกว้างขวาง เช่น มติคณะรัฐมนตรี แนวนโยบายจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกาศของหน่วยงานกำกับดูแล หรือแม้แต่เอกสารแสดงเจตจำนง

---

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมาย กองกฎหมายไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (น.บ) เกียรตินิยมอันดับสอง มหาวิทยาลัยขอนแก่น, (น.ม) กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, kritsada.mu@ocs.go.th

[๑] Dinah Shelton, *Introduction: Law, Non-Law and the Problem of ‘Soft Law*, in Shelton (ed), Commitment and Compliance, Oxford University Press, 2000) 1-18.

[๒] Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance”, (2000) 54 International Organization, 421-456.

[๓] Jan Klabbers, “The Redundancy of Soft Law”, (1998) 65 Nordic Journal of International Law, 167-182.

ของภาครัฐ เช่น ยุทธศาสตร์ชาติ แผนปฏิบัติราชการ ที่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ส่งผลโดยนัยต่อการจัดทำงบประมาณหรือการตรวจสอบจากองค์กรกำกับดูแล[๔]

คำถามที่สำคัญคือ ในขณะที่ Soft Law มีข้อดีด้านความยืดหยุ่น ความคล่องตัว และการปรับตัวให้ทันต่อบริบทใหม่ แต่ก็มีข้อกังวลว่า Soft Law อาจขาดความโปร่งใส ขาดความรับผิดชอบ และขาดการควบคุมถ่วงดุลในแบบที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรพึงมี บางกรณีอาจกลายเป็นเครื่องมือให้เจ้าหน้าที่รัฐหลีกเลี่ยงกระบวนการนิติบัญญัติหรือละเว้นการรับผิดชอบต่อสาธารณะ บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อ

๑. ศึกษาลักษณะและบทบาทของ Soft Law ในการบริหารราชการไทย

๒. วิเคราะห์ข้อดี ข้อเสีย และความท้าทายทางนิติศาสตร์

๓. เสนอแนวทางเชิงระบบในการกำกับดูแลและใช้ Soft Law อย่างเหมาะสม โดยยังคงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม ความโปร่งใส และความไว้วางใจของประชาชนต่อภาครัฐ[๕] ดังนี้

๑. ศึกษาลักษณะและบทบาทของ Soft Law ในการบริหารราชการไทย

Soft Law ในระบบกฎหมายไทย แม้ไม่ปรากฏคำนี้โดยตรงในกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือในภาษาราชการโดยทั่วไป แต่เมื่อพิจารณาในทางเนื้อหาแล้ว พบว่าแนวทางหรือเครื่องมือในลักษณะ Soft Law ถูกใช้อย่างแพร่หลายในกระบวนการบริหารราชการแผ่นดิน โดยเฉพาะในรูปของ ประกาศ คำแนะนำ คู่มือปฏิบัติงาน แผนแม่บท มติคณะรัฐมนตรี และแนวนโยบายของหน่วยงานรัฐ ทั้งที่ไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย แต่ส่งอิทธิพลโดยตรงต่อการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่และการกำหนดพฤติกรรมของภาคประชาชน

มีข้อสังเกตด้วยว่า แม้จะยังไม่มีนักกฎหมายหรือนักวิชาการที่นิยามคำว่า Soft Law อย่างเป็นทางการ แต่มีการกล่าวถึงแนวคิดนี้ในงานวิชาการบางส่วน เช่น ในวารสารวิชาการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ ปีที่ ๔ ฉบับที่ ๖ (๒๕๕๖) ที่อธิบายว่า Soft Law หมายถึงแนวปฏิบัติที่เกิดจากการพัฒนาของปัจเจกชน ซึ่งเมื่อได้รับการจัดทำให้อยู่ในรูปของกฎหมายก็จะกลายเป็นกฎหมายที่มีสภาพบังคับ หรือที่เรียกว่า “Hard Law” ในที่สุด[๖]

---

[๔] ดู รักไท เทพปัญญา, “ข้อควรคำนึงของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลในการอาศัยความยินยอมเป็นฐานในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล” (๒๕๖๔) ๑ วารสารกฤษฎีกา OCS e-Journal, 74.

[๕] ดู Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), The Oxford Handbook of Comparative Law, (Oxford University Press ๒๐๐๖) บทที่ ๕.

[๖] อานนท์ ศรีบุญโรจน์, “สถานะของปัจเจกในบริบทกฎหมายระหว่างประเทศสมัยใหม่” (๒๕๕๖) ๖ วารสารวิชาการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ, ๓๘-๓๙.

Soft Law เหล่านี้มักมีลักษณะ ๓ ประการสำคัญ[๗]

(๑) ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยตรง กล่าวคือ ผู้ไม่ปฏิบัติตามจะไม่ถูกลงโทษทางกฎหมายในทางเทคนิค

(๒) มีผลชี้นำพฤติกรรมในทางปฏิบัติ มักถูกใช้เป็นแนวทางในการอนุมัติ อนุญาต หรือในการกำกับดูแล และ

(๓) มีการสั่งสมและถ่ายทอดในระบบราชการ ผ่านคู่มือ แนวนโยบาย หรือคำสั่งซึ่งมีลักษณะ “เชิงแนะนำ” มากกว่า “เชิงบังคับ”

ยกตัวอย่างเช่น มติคณะรัฐมนตรี จำนวนมากมีลักษณะเป็น Soft Law โดยมิได้มีผลบังคับต่อประชาชน แต่มีผลต่อการกำกับพฤติกรรมของหน่วยงานรัฐ เช่น การกำหนดแนวทางให้ทุกหน่วยงานต้องใช้กระดาษรีไซเคิล หรือส่งเสริมความเสมอภาคทางเพศในแผนการบริหารบุคลากร แนวทางเหล่านี้แม้จะไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย ก็ส่งอิทธิพลต่อการจัดทำนโยบาย การใช้จ่ายงบประมาณ และกระบวนการทางปกครองโดยปริยาย[๘]

อีกตัวอย่างหนึ่งคือ คำแนะนำของหน่วยงานกำกับดูแล เช่น สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) หรือธนาคารแห่งประเทศไทยที่ออกแนวทางปฏิบัติ (Guidelines) ให้แก่ผู้ประกอบกิจการทางการเงิน ซึ่งแม้จะไม่มีผลบังคับโดยตรง แต่หากผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตาม อาจถูกพิจารณาว่าไม่เป็นไปตาม “ธรรมาภิบาล” (Good Governance) หรือมีความเสี่ยงต่อการไม่ได้รับอนุญาตในอนาคต

บทบาทของ Soft Law เหล่านี้ จึงไม่ได้จำกัดอยู่เพียงการให้คำแนะนำเชิงวิชาการหรือข้อเสนอเชิงนโยบาย หากแต่เป็นกลไกหนึ่งที่รัฐใช้ควบคุมพฤติกรรมโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งในบางกรณีอาจมีผลชัดเจนกว่ากฎหมายด้วยซ้ำ เพราะสามารถเปลี่ยนแปลงได้รวดเร็ว และปรับตัวได้ตามสถานการณ์[๙]

ขณะเดียวกัน Soft Law ยังมีบทบาทสำคัญในการทดสอบนโยบายก่อนออกกฎหมายจริง เช่น ในการจัดทำเขตทดลองนวัตกรรมภายใต้กรอบกำกับดูแล (Regulatory Sandbox) ของหน่วยงานด้านเศรษฐกิจหรือเทคโนโลยี[๑๐] ซึ่งอนุญาตให้ภาคเอกชนดำเนินการ

---

[๗] ดู Kenneth W. Abbott and Duncan Snidal, “Hard and Soft Law in International Governance” (2000) 54 International Organization 421, 423.

[๘] รัชนีกร ลาภวณิชชา, “กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที” (๒๕๕๕) ๒ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๖๒, ๒๗๐–๒๗๑.

[๙] Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), The Oxford Handbook of Comparative Law, (Oxford University Press 2006) 328-331.

[๑๐] ธนาคารแห่งประเทศไทยใช้แนวคิด Regulatory Sandbox เพื่อเปิดโอกาสให้สถาบันการเงินทดลองบริการทางการเงินรูปแบบใหม่ โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลอย่างใกล้ชิด เพื่อประเมินความเสี่ยงก่อนจะมีการอนุมัติให้ดำเนินการในวงกว้าง, ดู BOT, รายงานประจำปี ๒๕๖๒.

ภายใต้แนวทางเฉพาะที่ไม่มีผลบังคับ แต่ใช้เป็นเครื่องมือทดลองนโยบายและเก็บข้อมูลเพื่อปรับปรุงกฎหมายต่อไป

อย่างไรก็ดี การใช้ Soft Law ต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรม (Rule of Law) ซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายใต้กรอบที่ชัดเจน โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ ไม่ใช่เครื่องมือที่เปิดช่องให้รัฐใช้อำนาจตามดุลพินิจโดยไม่ต้องรับผิด หากไม่มีการควบคุมและกำกับอย่างเหมาะสม Soft Law อาจถูกใช้เป็นเครื่องมือแทรกแซงทางนโยบายโดยขาดความชอบธรรม

๒. วิเคราะห์ข้อดี ข้อเสีย และความท้าทายทางนิติศาสตร์ของ Soft Law ในระบบราชการไทย

การใช้ Soft Law ในระบบราชการไทยได้กลายเป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญมากขึ้นในยุคที่การบริหารราชการต้องเผชิญกับความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ทั้งทางเศรษฐกิจ เทคโนโลยี และสังคม Soft Law จึงเป็นแนวทางที่ “รัฐ” ใช้เพื่อวางแนวปฏิบัติเบื้องต้น ชี้นำ หรือควบคุมพฤติกรรม โดยไม่ต้องตราเป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันอย่างเป็นทางการ ซึ่งมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ดังนี้

๒.๑ ข้อดีของ Soft Law

(๑) ความยืดหยุ่นสูง

Soft Law เป็นเครื่องมือที่มีข้อได้เปรียบอย่างชัดเจนในแง่ของ “ความยืดหยุ่นในการกำหนดนโยบายและแนวทางปฏิบัติ” โดยรัฐสามารถออก Soft Law ได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติซึ่งมีขั้นตอนซับซ้อน เช่น การพิจารณาโดยรัฐสภา การประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือการรับฟังความคิดเห็นอย่างเป็นทางการเหมือนกับกฎหมายลำดับรองหรือพระราชบัญญัติ ตัวอย่างชัดเจนคือในช่วงการแพร่ระบาดของโรคโควิด-๑๙ หน่วยงานหลายแห่งของไทย เช่น กระทรวงสาธารณสุข กระทรวงศึกษาธิการ หรือสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) ได้ออกแนวทางหรือคำแนะนำเฉพาะกิจ เช่น แนวปฏิบัติเพื่อการเว้นระยะห่างทางสังคม การทำงานที่บ้าน หรือการเรียนการสอนออนไลน์ ซึ่งแม้ไม่ใช่กฎหมายที่มีผลบังคับโดยตรง แต่ถูกนำไปใช้ในทางปฏิบัติอย่างกว้างขวาง และช่วยให้สามารถดำเนินการได้รวดเร็วทันต่อสถานการณ์ อนึ่ง แนวคิดนี้สอดคล้องกับหลักของ “responsive regulation” หรือการกำกับดูแลแบบตอบสนองที่ให้น้ำหนักกับการปรับตัวของรัฐมากกว่าการออกบทบัญญัติตายตัว[๑๑]

(๒) เป็นเครื่องมือทดสอบนโยบาย

Soft Law สามารถใช้เป็น “สนามทดลอง” (pilot policy tool) สำหรับแนวนโยบายหรือกลไกการกำกับดูแลใหม่ ก่อนที่จะมีการตราเป็นกฎหมายถาวร โดยตัวอย่างที่เด่นชัดที่สุดคือแนวคิด Regulatory Sandbox ซึ่งใช้ในหลายประเทศ รวมถึงประเทศไทย เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย ใช้ sandbox ทดสอบฟินเทค หรือ ก.ล.ต.

[๑๑] Julia Black, “Regulatory Styles and the Limits of the New Public Management” (2001) 5 Journal of Law and Society, 103-117.

ใช้ sandbox สำหรับนวัตกรรมด้านตลาดทุน รวมทั้งสำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (DGA) ส่งเสริม sandbox ด้านบริการอิเล็กทรอนิกส์ของรัฐ

Sandbox เหล่านี้มีกรอบ Soft Law ที่ไม่ผูกพันทางกฎหมาย แต่ผู้ประกอบการสามารถเข้าร่วมโดยยอมรับเงื่อนไข เพื่อให้หน่วยงานรัฐสามารถประเมินผลลัพธ์ ความเสี่ยง และผลกระทบ ก่อนตัดสินใจออกกฎหมายรองหรือหลักเกณฑ์ที่ผูกพันในอนาคต

แนวทางนี้ได้รับการสนับสนุนจาก FCA ของอังกฤษ ซึ่งเป็นหน่วยงานแรก ๆ ที่ให้คำนิยาม sandbox ไว้อย่างเป็นทางการว่า “A regulatory sandbox is a framework set up by a regulator that allows innovative products or services to be tested in the market with real consumers under a controlled environment.”[๑๒]

(๓) ส่งเสริมความร่วมมือมากกว่าการบังคับ

ข้อได้เปรียบที่สำคัญของ Soft Law คือ การสร้างแรงจูงใจทางสังคมและจริยธรรม แทนที่จะใช้ “แรงบังคับทางกฎหมาย” Soft Law เปิดโอกาสให้หน่วยงานและผู้มีส่วนได้เสียมีส่วนร่วมในการกำหนดแนวปฏิบัติ อันนำไปสู่ความสมัครใจในการปฏิบัติตาม ยกตัวอย่าง เช่น แนวปฏิบัติของ ก.พ.ร. ที่ส่งเสริม “ธรรมาภิบาล” ผ่านเกณฑ์การประเมินผลหรือรางวัลคุณภาพการบริหารจัดการภาครัฐ (PMQA) ซึ่งแม้ไม่มีผลผูกพัน แต่หลายหน่วยงานรัฐก็ปฏิบัติตามเพราะเชื่อมโยงกับชื่อเสียง งบประมาณ และแรงจูงใจภายในระบบราชการ

ในเชิงทฤษฎีแล้ว คือกลไกของ “governance through soft instruments” ซึ่งอธิบายว่าการกำกับที่ดีไม่จำเป็นต้องมีการลงโทษ หากมีการ “ชี้นำ” (nudging) ผ่านมาตรฐาน จริยธรรม หรือแนวทางที่ภาคส่วนต่าง ๆ ยอมรับร่วมกัน[๑๓]

(๔) สนับสนุนการประสานงานข้ามหน่วยงาน

ในระบบราชการที่มีลักษณะ “แนวดิ่ง” (vertical hierarchy) การประสานงานระหว่างหน่วยงานต่างสังกัดมักติดขัดจากข้อจำกัดด้านกฎหมาย เช่น อำนาจหน้าที่เฉพาะ การตีความกฎหมายแตกต่างกัน หรือความซ้ำซ้อน Soft Law เช่น แผนแม่บทแห่งชาติ หรือ ยุทธศาสตร์ของคณะกรรมการระดับชาติ จึงเป็นเครื่องมือที่ช่วยสร้างแนวทางกลางที่ทุกฝ่ายสามารถใช้เป็นจุดร่วมได้ ตัวอย่าง ได้แก่ ยุทธศาสตร์ชาติ ๒๐ ปี แผนปฏิรูปประเทศ และแนวทางการบูรณาการงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลสัมฤทธิ์ดังกล่าวข้างต้นไม่ได้มีผลบังคับ

---

[๑๒] Financial Conduct Authority (FCA) ให้คำนิยามว่า “A regulatory sandbox is a framework set up by a regulator that allows innovative products or services to be tested in the market with real consumers under a controlled environment.” (กรอบงานที่จัดทำโดยหน่วยงานกำกับดูแล ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการทดสอบผลิตภัณฑ์หรือบริการนวัตกรรมใหม่ในตลาดจริง โดยมีผู้บริโภคจริงเข้าร่วม ภายใต้สภาพแวดล้อมที่มีการควบคุมดูแลอย่างใกล้ชิด) แปลโดยผู้เขียน.

[๑๓] Christine Parker et al., “The Promise of Soft Law: Self-Regulation and Codes of Conduct in Regulatory Governance” (2011) Melbourne University Law Review 895, 912-915

ตามกฎหมายต่อนิติบุคคลหรือประชาชนทั่วไป แต่ถูกใช้เพื่อเชื่อมโยงแผนของหน่วยงานต่าง ๆ ให้มีทิศทางเดียวกัน โดยเฉพาะในการจัดทำงบประมาณหรือประเมินผลราชการประจำปี ดังนั้น Soft Law จึงช่วย ลดต้นทุนในการตกลงเชิงนโยบาย และสร้างแนวทางกลางสำหรับหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ต่างกัน

๒.๒ ข้อเสียของ Soft Law

(๑) ขาดผลผูกพันในทางกฎหมายโดยตรง

Soft Law โดยนิยามคือแนวทางปฏิบัติหรือข้อเสนอที่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามจะไม่ถูกลงโทษในทางกฎหมายโดยตรง การไม่มีผลบังคับเช่นนี้ทำให้ Soft Law ขาด “แรงจูงใจจากภายนอก” (external enforceability) ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายในความหมายดั้งเดิม

อนึ่ง ในระบบราชการไทย หากไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายลำดับสูงรองรับ เช่น พระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา เจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานต่าง ๆ อาจเลือกที่จะไม่ปฏิบัติตาม Soft Law ได้โดยไม่ถือว่าผิดกฎหมาย ซึ่งอาจนำไปสู่ความไม่แน่นอนในระบบการบริหาร เช่น แนวทางจากคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย หรือแนวทางความร่วมมือระหว่างหน่วยงาน ที่ไม่มีผลผูกพัน หากถูกเพิกเฉยโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ก็ไม่อาจเรียกร้องหรืออุทธรณ์ในเชิงกฎหมายได้

การที่ Soft Law ไม่อาจบังคับใช้ได้จริงในบางกรณี จึงอาจบั่นทอนความศักดิ์สิทธิ์ของแนวทางการบริหาร และลดทอนการยึดโยงระหว่างนโยบายกับการปฏิบัติ

(๒) เสี่ยงต่อการใช้ดุลพินิจเกินควบคุม

Soft Law เมื่อไม่มีกรอบกฎหมายกำกับ อาจเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อ้างอิงเพื่อ “สร้างหลักเกณฑ์เพิ่มเติม” โดยไม่มีฐานกฎหมายรองรับ ซึ่งเสี่ยงต่อการกลายเป็น “กฎหมายเงา” (shadow law) ที่ไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลอย่างเพียงพอ เช่น หนังสือเวียน คำแนะนำ หรือแนวปฏิบัติภายในบางหน่วยงาน อาจถูกนำมาใช้ “ปฏิเสธ” คำขอหรือสิทธิตามกฎหมายของประชาชน โดยที่ Soft Law เหล่านั้นไม่เคยผ่านกระบวนการนิติบัญญัติหรือรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ

อนึ่ง Jan Klabbers นักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศได้อภิปรายไว้ในบทความชื่อว่า “Institutional ambivalence by design: Soft organizations in international law” (2001) ว่า Soft Law แม้ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายอย่างแท้จริง (legally binding norm) แต่ในทางปฏิบัติกลับ “ทำหน้าที่แทนกฎหมาย” (law-substitute) อย่างแฝงเร้น ประเด็นที่ Klabbers กังวลคือ Soft Law ถูกใช้ในสถานะที่ “คลุมเครือ”[๑๔] กล่าวคือ รัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐเริ่มใช้อ้าง Soft Law ในการตัดสินใจหรือดำเนินนโยบาย ราวกับว่าเป็นกฎหมาย

[๑๔] Jan Klabbers, “Institutional ambivalence by design: Soft organizations in international law,” (2544) 3 Nordic Journal of International Law 403, 410.

ที่มีผลผูกพัน ทั้งที่ไม่มีขั้นตอนรองรับตามรัฐธรรมนูญ เช่น การตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการควบคุมโดยองค์กรตรวจสอบต่าง ๆ ได้แก่

(๒.๑) การแปลง Soft Law ให้กลายเป็น “มาตรฐานบังคับโดยพฤตินัย” ในทางปฏิบัติ เจ้าหน้าที่รัฐอาจอ้างแนวทางใน Soft Law มาใช้ในการอนุมัติหรือปฏิเสธสิทธิของประชาชน เช่น การไม่อนุญาตใบอนุญาตโดยอ้าง “แนวปฏิบัติของกรม” ที่ไม่มีสถานะทางกฎหมาย หรือการปฏิเสธเงินสนับสนุนเพราะไม่เป็นไปตาม “คู่มือ” ที่หน่วยงานออกขึ้นเอง พฤติกรรมเช่นนี้ คือการ แปลง Soft Law ให้มีผล “บังคับโดยพฤตินัย” (de facto binding) ทั้งที่ไม่เคยผ่านกลไกการตรากฎหมายหรือตรวจสอบโดยสาธารณะเลย

(๒.๒) การไม่สามารถตรวจสอบถ่วงดุลได้ เมื่อ Soft Law ไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย จึงไม่สามารถตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้ในหลายกรณี เพราะไม่ถือเป็น “กฎ คำสั่ง หรือการกระทำทางปกครอง” อย่างชัดเจนในความหมายของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง สิ่งนี้ทำให้ Soft Law กลายเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่รัฐมีอำนาจดุลพินิจโดยไม่มีระบบควบคุมตรวจสอบ (accountability mechanisms) ทั้งในเชิงกฎหมายและในเชิงนโยบาย

(๒.๓) การข้ามขั้นตอนประชาธิปไตย กล่าวคือ Soft Law หลายฉบับถูกกำหนดขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานราชการภายใน โดยไม่ได้ผ่านกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสีย หรือการพิจารณาจากรัฐสภา ซึ่งทำให้ “การใช้อำนาจรัฐ” ถูกแอบแฝงในรูปของเทคนิคบริหาร แทนที่จะปรากฏในรูปของกระบวนการประชาธิปไตย[๑๕]

กล่าวโดยสรุป Klabbers เรียกปรากฏการณ์นี้ว่าเป็นการ “ขยายอำนาจของรัฐในเงามืด” (expansion of shadow governance) ซึ่งบั่นทอนความไว้วางใจของประชาชนและอาจขัดต่อหลักนิติธรรม

(๓) ขัดต่อหลักนิติธรรมและความโปร่งใส

หลักนิติธรรม (Rule of Law) กำหนดว่า การใช้อำนาจของรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ตราไว้อย่างชัดเจน เปิดเผย และตรวจสอบได้ Soft Law ซึ่งมักไม่มีขั้นตอนการตราอย่างเป็นทางการ เช่น ไม่มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ไม่ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา หรือไม่เผยแพร่ต่อสาธารณะในวงกว้าง อาจละเมิดหลักนี้ได้

ในบางกรณี Soft Law อาจถูกจัดทำ “ลับเฉพาะ” ภายในหน่วยงาน เช่น แนวทางประเมินงบประมาณหรือหนังสือเวียนภายในที่ไม่มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะ ทำให้เกิดการตัดสินใจตามแนวทางที่ประชาชนไม่สามารถเข้าถึง หรือใช้สิทธิขอให้มีการทบทวนได้อย่างเต็มที่

---

[๑๕] Jan Klabbers, “The Redundancy of Soft Law” (1998) 65 Nordic Journal of International Law 16, 170-171.

ใน The Oxford Handbook of Comparative Law ซึ่งเป็นงานวิชาการสำคัญที่ Reimann และ Zimmermann เป็นบรรณาธิการ ได้มีการอภิปรายว่า Soft Law มีลักษณะซ่อนตัวในทางการเมือง-กฎหมาย กล่าวคือ มันสามารถดำรงอยู่ในระบบได้โดยไม่ต้องถูกตรวจสอบหรือควบคุมแบบเดียวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งถือเป็น “จุดเปราะบาง” (vulnerability) ของระบบกฎหมายร่วมสมัย แม้ Soft Law จะไม่มีผลบังคับในทางนิตินัย แต่ในทางพฤตินัยกลับมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบาย สั่งการ และประเมินผลในระบบราชการอย่างกว้างขวาง

หากรัฐไม่กำหนดให้ Soft Law ต้องผ่านกระบวนการเผยแพร่ต่อสาธารณะ เช่น ประกาศในราชกิจจานุเบกษา รับฟังความคิดเห็น หรือเผยแพร่ในระบบฐานข้อมูลกลาง ก็เท่ากับว่า Soft Law กลายเป็น กติกาลับที่ประชาชนไม่รู้ว่าใช้อยู่ และไม่รู้ว่าอุทธรณ์ได้หรือไม่[๑๖]

Soft Law ที่ไม่มีความโปร่งใส คือ Soft Law ที่ไม่มีความชอบธรรม ส่วน Soft Law ที่ไม่มีระบบกำกับ คือ Soft Law ที่กลายเป็นอำนาจแฝงของรัฐ ดังนั้น หากรัฐยังใช้ Soft Law ต่อไปอย่างกว้างขวาง จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีมาตรการด้านความโปร่งใส (transparency) และ กลไกการกำกับตรวจสอบ (oversight mechanisms) ควบคู่กัน เพื่อป้องกันไม่ให้ Soft Law กลายเป็นเครื่องมือการใช้อำนาจที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของสังคม

(๔) สร้างความคลุมเครือในทางปฏิบัติ

Soft Law อยู่กึ่งกลางระหว่าง “สิ่งที่ต้องปฏิบัติ” กับ “สิ่งที่ควรปฏิบัติ” ส่งผลให้เจ้าหน้าที่รัฐหรือผู้ปฏิบัติงานเกิดความสับสนว่า Soft Law เป็นเพียง “คำแนะนำ” หรือเป็น “แนวปฏิบัติที่บังคับใช้ได้”

ปัญหานี้ชัดเจนในกรณีที่หน่วยงานต่าง ๆ ออก Soft Law หลายชุดที่อาจขัดแย้งกัน หรือเมื่อเจ้าหน้าที่ใช้ Soft Law เพื่อประเมินผลการทำงานของข้าราชการหรือหน่วยงานอื่น ๆ โดยไม่ชัดเจนว่าการไม่ปฏิบัติตามมีผลในทางวินัยหรือไม่

ด้านประชาชนก็อาจไม่สามารถร้องเรียนหรือฟ้องร้องในกรณีที่ได้รับผลกระทบจากการไม่ปฏิบัติตาม Soft Law เพราะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองหรือรับรองสิทธิในกรณีนั้น

ปัญหานี้สะท้อนว่า Soft Law หากไม่มีการกำหนดขอบเขตหรือสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจน จะกลายเป็นเครื่องมือที่ “คลุมเครือ” และ “ไม่มีหลักประกันทางสิทธิกฎหมาย” สำหรับผู้ที่ได้รับผลกระทบ

๒.๓ ความท้าทายทางนิติศาสตร์

แม้ Soft Law จะเป็นเครื่องมือที่มีประโยชน์ในด้านความยืดหยุ่นและการปรับตัวของภาครัฐ แต่ในเชิงนิติศาสตร์กลับก่อให้เกิดข้อถกเถียงสำคัญหลายประการเกี่ยวกับ

---

[๑๖] Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), (The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press 2006) 329.

“ธรรมชาติของกฎหมาย” และ “ขอบเขตของอำนาจรัฐ” อันเป็นประเด็นที่สัมพันธ์กับหลักนิติธรรมและแก่นแท้ของการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยความท้าทายทางนิติศาสตร์ที่สำคัญมีดังนี้

(๑) ความไม่ชัดเจนของสถานะทางกฎหมาย (Legal Ontology Problem) กล่าวคือ Soft Law เป็น “บรรทัดฐาน” ที่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายอย่างแท้จริง แต่กลับถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือกำหนดพฤติกรรม ซึ่งในเชิงนิติศาสตร์แบบดั้งเดิม เช่น แนวคิดของ H.L.A. Hart ซึ่งเน้นย้ำว่า กฎที่เป็นกฎหมายจะต้องสามารถรับรู้ได้ชัดเจน (rules of recognition) ผ่านแหล่งที่มาที่มีอำนาจทางกฎหมาย การบังคับใช้ และบทลงโทษ ซึ่ง Soft Law ไม่ผ่านเกณฑ์เหล่านี้[๑๗]

ในทัศนะนี้ Soft Law ไม่ใช่กฎหมาย แต่ก็ “ดูเหมือน” กฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิด ภาวะพร่าเลือนทางกฎหมาย (normative ambiguity) ที่ทั้งผู้ใช้และผู้รับผลกระทบไม่สามารถวางใจในสถานะของมันได้อย่างมั่นคง

(๒) ความท้าทายต่อหลักนิติธรรม (Rule of Law Challenge) กล่าวคือ Soft Law มักถูกสร้างขึ้นนอกกระบวนการที่เปิดเผยและมีส่วนร่วม จึงขาดคุณสมบัติพื้นฐานของ “กฎหมายในระบอบประชาธิปไตย” เช่น ความโปร่งใส การคาดการณ์ได้ และความสามารถในการตรวจสอบ (foreseeability and reviewability)

อนึ่ง Reimann และ Zimmermann ระบุว่า “หากรัฐใช้ Soft Law โดยขาดความโปร่งใสหรือไม่ระบุขอบเขตการบังคับใช้ให้ชัดเจน จะทำให้กลไกกำกับดูแลในระบอบประชาธิปไตยอ่อนแอลง และเสี่ยงต่อการใช้อำนาจโดยมิชอบ”[๑๘]

กรณีที่หน่วยงานรัฐใช้แนวปฏิบัติภายในมา “จำกัดสิทธิ” ของประชาชนโดยไม่มีกฎหมายรองรับ ถือเป็นการละเมิดหลัก “legal certainty” และ “due process” ซึ่งเป็นรากฐานของนิติรัฐ

(๓) ความคลุมเครือของการบังคับใช้และการตีความ (Ambiguity in Legal Effects and Interpretation) Soft Law อยู่ในสถานะที่ไม่ชัดเจนว่ามีผลในทางกฎหมายหรือไม่ ส่งผลให้เจ้าหน้าที่รัฐบางรายถือว่าเป็นแนวทาง “บังคับใช้ได้” ในขณะที่บางรายกลับมองว่า “ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม”

สถานการณ์เช่นนี้สอดคล้องกับสิ่งที่ Jan Klabbers เรียกว่า “ความพร่าเลือนของขอบเขตอำนาจรัฐ” (blurring of normative boundaries) เพราะ Soft Law ถูกใช้แทนที่กฎหมายโดยไม่มีฐานอำนาจที่ตรวจสอบได้ เขาระบุว่า “Soft Law ที่ไม่มีผลผูกพันอาจกลายเป็นอำนาจที่ไม่สามารถตรวจสอบได้ หากรัฐหรือเจ้าหน้าที่ใช้มันเพื่อการตัดสินใจที่มีผลกระทบเชิงสิทธิโดยไม่มีฐานจากกฎหมายที่แท้จริง”[๑๙]

---

[๑๗] H.L.A. Hart, The Concept of Law, Oxford University Press, 1961, 94–95.

[๑๘] Ibid, Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, 329.

[๑๙] Ibid, Jan Klabbers, 170-171.

(๔) ความท้าทายในการรับรองสิทธิและกลไกเยียวยา (Legitimacy and Legal Remedies) Soft Law มักไม่ถือเป็น “กฎหมาย” หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ส่งผลให้ประชาชนที่ได้รับผลกระทบจาก Soft Law เช่น ถูกปฏิเสธสิทธิ หรือไม่ได้รับบริการตามแนวปฏิบัติของรัฐ ไม่สามารถฟ้องร้องต่อศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

กล่าวอีกนัยหนึ่ง Soft Law เป็นกลไกที่ “ใช้อำนาจได้แต่ไม่ต้องรับผิด” (power without legal liability) ซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักการของรัฐภายใต้กฎหมาย (state under the law) อย่างชัดเจน[๒๐]

หมวดวิเคราะห์	ประเด็น	คำอธิบายโดยสรุป
ข้อดี	ความยืดหยุ่นสูง	รัฐสามารถใช้ Soft Law ตอบสนองสถานการณ์เฉพาะหน้าได้โดยไม่ต้องผ่านรัฐสภา
ข้อดี	พื้นที่ทดสอบนโยบายใหม่	ใช้เป็น sandbox ทดสอบนวัตกรรม เช่น ด้านการเงิน เทคโนโลยี หรือบริการภาครัฐ
ข้อดี	สร้างความร่วมมือโดยไม่ใช้การบังคับ	เน้นการจูงใจมากกว่าการบังคับ เช่น แนวทางธรรมาภิบาล หรือจริยธรรม
ข้อดี	เป็นกลไกเชื่อมโยงนโยบายข้ามหน่วยงาน	ช่วยบูรณาการแผนงานและยุทธศาสตร์จากหลายหน่วยงานให้มีทิศทางร่วมกัน
ข้อเสีย	ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายโดยตรง	Soft Law ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายจึงอาจถูกเพิกเฉยหรือไม่ยึดถือ
ข้อเสีย	เปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเกินขอบเขต	เจ้าหน้าที่อาจใช้อ้างแทนกฎหมาย ทั้งที่ไม่ผ่านกระบวนการตราโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
ข้อเสีย	ขาดความโปร่งใสและไม่สามารถตรวจสอบได้	ไม่มีการเผยแพร่หรือรับฟังความคิดเห็น ทำให้ประชาชนไม่สามารถตรวจสอบได้
ข้อเสีย	ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนทางการปฏิบัติ	ทำให้ทั้งเจ้าหน้าที่และประชาชนสับสนว่าจะต้องปฏิบัติตามหรือไม่
ความท้าทายทางนิติศาสตร์	ไม่ผ่านเกณฑ์ความเป็นกฎหมายในเชิงทฤษฎี	ขัดกับแนวคิดของ H.L.A. Hart ที่ย้ำว่ากฎหมายต้องมีแหล่งที่มาชัดเจน
ความท้าทายทางนิติศาสตร์	อาจขัดต่อหลักนิติธรรมและระบบถ่วงดุล	Soft Law ไม่อยู่ภายใต้กลไกตรวจสอบ เช่น รัฐสภาหรือศาลปกครอง

[๒๐] Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Measure of Property*, (Cambridge University Press, 2012) 110-113.

หมวดวิเคราะห์	ประเด็น	คำอธิบายโดยสรุป
ความท้าทายทางนิติศาสตร์	ไม่มีกรอบชัดเจนในการตีความและบังคับใช้	แนวปฏิบัติบางฉบับคลุมเครือ ไม่รู้ว่าเป็นแนวแนะนำหรือข้อบังคับ
ความท้าทายทางนิติศาสตร์	ไม่สามารถอ้างสิทธิหรือฟ้องร้องในทางกฎหมายได้	ผู้ได้รับผลกระทบไม่สามารถใช้ Soft Law เป็นฐานเรียกร้องสิทธิต่อศาลได้

ที่มา: ผู้เขียน ๒๕๖๘.

๓. ข้อเสนอเชิงระบบเพื่อการใช้ Soft Law อย่างเหมาะสมในบริบทไทย

จากการศึกษาลักษณะ บทบาท และผลกระทบของ Soft Law ในระบบราชการไทย จะเห็นได้ว่า Soft Law เป็นเครื่องมือที่มีศักยภาพในการเสริมสร้างประสิทธิภาพ ความยืดหยุ่น และการตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วของบริบททางสังคมและเศรษฐกิจ อย่างไรก็ตาม ความอ่อนในเชิงบังคับทางกฎหมาย ความคลุมเครือในสถานะ และช่องว่างในการกำกับดูแล อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางหลักการ โดยเฉพาะในเรื่องหลักนิติธรรม ความรับผิด และความโปร่งใสของรัฐ ดังนั้น จึงควรมีข้อเสนอเชิงระบบเพื่อให้การใช้ Soft Law ในการบริหารราชการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม โดยสามารถสรุปข้อเสนอได้เป็น ๔ ด้านหลัก ดังนี้

(๑) การจัดทำ Soft Law ต้องมีหลักเกณฑ์และกระบวนการที่ชัดเจน

รัฐควรมีแนวทางกลางในการจัดทำ Soft Law สำหรับหน่วยงานราชการ เช่น ออกระเบียบของคณะรัฐมนตรี หรือแนวปฏิบัติจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อกำหนดว่า Soft Law สามารถจัดทำในกรณีใด ต้องมีองค์ประกอบอะไร ต้องแสดงสถานะว่า “ไม่ผูกพัน” อย่างไร และต้องเผยแพร่ในลักษณะใดเพื่อให้ประชาชนทราบ โดยเฉพาะต้องแยกให้ชัดเจนระหว่าง “แนวทางปฏิบัติ” กับ “กฎข้อบังคับ” เพื่อไม่ให้ประชาชนหรือเจ้าหน้าที่เข้าใจคลาดเคลื่อน

รูปแบบนี้เคยถูกเสนอไว้ในระดับสากล เช่น OECD ได้เสนอแนวทาง “Best Practice Principles on the Governance of Regulators” ที่แนะนำให้หน่วยงานกำกับดูแลต้องมี “Soft Law governance policy” เพื่อสร้างความโปร่งใสในการออกแนวปฏิบัติ[๒๑]

(๒) ต้องมีการเผยแพร่ Soft Law ต่อสาธารณะอย่างเปิดเผยและเข้าถึงได้

Soft Law ทุกฉบับควรต้องเผยแพร่ผ่านช่องทางสาธารณะที่เป็นทางการ เช่น เว็บไซต์ของหน่วยงาน หรือระบบฐานข้อมูลกฎหมายกลาง เช่น เว็บไซต์ราชกิจจานุเบกษา หรือ ระบบ e-Law เพื่อให้ประชาชนและเจ้าหน้าที่สามารถเข้าถึงและตรวจสอบได้โดยสะดวก

[๒๑] OECD, Best Practice Principles for Regulatory Policy: The Governance of Regulators, 2014.

หลักนี้สอดคล้องกับหลักความโปร่งใส (Transparency) ในระบบ “Open Government” ซึ่งถือว่าเอกสารทางราชการที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะควรเปิดเผยต่อสาธารณชนโดยไม่มีข้อจำกัด เว้นแต่กรณีที่มีเหตุผลตามกฎหมาย เช่น ความมั่นคงหรือความลับส่วนบุคคล

(๓) ต้องกำหนด “น้ำหนักทางกฎหมาย” ของ Soft Law อย่างชัดเจน

แม้ Soft Law ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายโดยตรง แต่ในทางปฏิบัติควรมีการกำหนดว่า แนวทางนั้นสามารถนำมาใช้ในการตัดสินใจทางปกครองหรือกระบวนการยุติธรรมได้เพียงใด เช่น ใช้เป็นเกณฑ์แนะนำ (indicative guidance) ใช้เป็นองค์ประกอบพิจารณาทางนโยบาย หรือห้ามใช้เป็นข้ออ้างในการละเมิดสิทธิตามกฎหมาย

การทำเช่นนี้จะช่วยลดการใช้ Soft Law เป็นเครื่องมือ “สร้างข้อผูกพันแฝง” และลดการอ้างอิงเกินขอบเขตโดยเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งเป็นหนึ่งในปัญหาหลักที่ Jan Klabbers เคยเตือนว่า Soft Law อาจกลายเป็น “backdoor legislation” หรือช่องทางออกกฎหมายที่ขาดความชอบธรรม[๒๒]

(๔) ต้องมีระบบตรวจสอบและประเมินผลการใช้ Soft Law

การใช้ Soft Law ควรอยู่ภายใต้ ระบบประเมินผล (impact assessment) เช่นเดียวกับการประเมินผลกระทบของกฎหมาย (Regulatory Impact Assessment: RIA) โดยเฉพาะในกรณีที่ Soft Law มีผลกระทบต่อกลุ่มเป้าหมายวงกว้าง เช่น แนวปฏิบัติด้านสิ่งแวดล้อม การศึกษา หรือสาธารณสุข

นอกจากนี้ ควรมีระบบรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนประกาศใช้ Soft Law ที่สำคัญ และจัดให้มีการทบทวน (review) หรือการเพิกถอน (sunset clause) สำหรับ Soft Law ที่ล้าสมัยหรือละเมิดหลักสิทธิมนุษยชน

กรณีของ European Commission มีการออก Notice หรือ Guidelines หลายฉบับที่มีกระบวนการ “open consultation” และประกาศวาระในการปรับปรุงอย่างเป็นระบบถือเป็นต้นแบบที่น่าสนใจสำหรับประเทศไทย

๔. บทสรุปเชิงนโยบาย

Soft Law ได้กลายเป็นเครื่องมือสำคัญในการบริหารราชการแผ่นดินของไทยในหลายทศวรรษที่ผ่านมา โดยเฉพาะในช่วงที่สภาพแวดล้อมของสังคมมีการเปลี่ยนแปลงรวดเร็ว เช่น ภาวะวิกฤตโรคระบาด การเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี และความคาดหวังของประชาชนต่อภาครัฐที่ต้องมีความยืดหยุ่นและคล่องตัวมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน การใช้ Soft Law อย่างไม่มีระบบหรือไร้กลไกตรวจสอบถ่วงดุล ก็อาจย้อนกลับมาเป็นภัยเงียบที่บั่นทอนหลักนิติธรรมและความไว้วางใจของประชาชนต่อรัฐ ดังนั้น การออกแบบระบบนโยบายสาธารณะเพื่อรองรับ Soft Law อย่างมีธรรมาภิบาล จึงถือเป็นภารกิจเร่งด่วนที่ต้องดำเนินการควบคู่ไปกับการใช้ Soft Law อย่างต่อเนื่อง โดยมีหลักการสำคัญ ๔ ประการ ดังนี้

[๒๒] Jan Klabbers, The Redundancy of Soft Law, 1998, 170.

(๑) Soft Law ต้องไม่เป็น “อำนาจแฝง” นอกกรอบรัฐธรรมนูญ

แม้ Soft Law จะมีข้อดีในแง่ความยืดหยุ่นและความคล่องตัวในการบริหารราชการ แต่ต้องไม่ลืมว่า การใช้อำนาจของรัฐต้องมีรากฐานอยู่ในกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของระบบนิติรัฐ (Rechtsstaat) หากปล่อยให้ Soft Law กลายเป็นเครื่องมือในการ “ตัดสินใจแทนกฎหมาย” โดยไม่มีฐานอำนาจรองรับ ก็จะทำให้เกิดภาวะ “อำนาจพร่าเลือน” ที่ตรวจสอบไม่ได้ และขัดต่อหลักประชาธิปไตยโดยแก่นแท้ ดังนั้น หน่วยงานรัฐต้องจำกัดบทบาทของ Soft Law ให้อยู่ในขอบเขตที่ชัดเจน เช่น ใช้สำหรับการแนะนำแนวทาง ไม่ใช่เพื่อจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน เว้นแต่มีฐานกฎหมายรองรับโดยชัดแจ้ง

(๒) การใช้ Soft Law ต้องอยู่ภายใต้กลไกความโปร่งใสและการมีส่วนร่วม

Soft Law ที่ดีต้องไม่ใช่สิ่งที่ “เจ้าหน้าที่คิดกันเอง ใช้กันเอง” แต่ต้องเป็นแนวปฏิบัติที่ผ่านการพิจารณาอย่างรอบคอบ เปิดเผยต่อสาธารณะ และเปิดโอกาสให้ประชาชนหรือผู้มีส่วนได้เสียได้แสดงความคิดเห็นก่อนประกาศใช้ โดยเฉพาะหาก Soft Law นั้นจะส่งผลต่อสิทธิของบุคคล หรือการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในวงกว้าง

การกำหนดให้ Soft Law ต้องเผยแพร่ผ่านช่องทางทางการ เช่น เว็บไซต์หน่วยงาน หรือระบบศูนย์กลางกฎหมาย จะช่วยให้เกิดการรับรู้ (legal transparency) และสามารถใช้เป็นเกณฑ์ประเมินผลการบริหารงานของหน่วยงานได้อีกทางหนึ่ง

(๓) ต้องมีระบบกำกับดูแล Soft Law ทั้งในเชิงกระบวนการและผลลัพธ์

Soft Law ควรมีสถานะอยู่ภายใต้ “ระบบธรรมาภิบาลของกฎหมาย” เช่นเดียวกับกฎหมายอื่น ๆ ได้แก่ ๑) มีการกำหนดวัตถุประสงค์และขอบเขตของการใช้ ๒) มีการประเมินผลกระทบทางสังคมหรือเศรษฐกิจ (Soft Law Impact Review) ๓) มีการปรับปรุงเมื่อบริบทเปลี่ยนแปลง และ ๔) มีระบบทบทวนโดยองค์กรภายนอก เช่น คณะกรรมการตรวจสอบ หรือสภาที่ปรึกษานโยบาย ดังนั้น มาตรการเหล่านี้จะช่วยให้ Soft Law ไม่กลายเป็น “อำนาจซ่อนเร้น” ที่ใช้อย่างต่อเนื่องโดยไม่มีใครรู้ผลกระทบ หรือไม่มีการตรวจสอบความเหมาะสมตามกาลเวลา

(๔) ส่งเสริมวัฒนธรรมทางราชการที่เห็นความสำคัญของ Soft Law อย่างถูกทิศทาง

Soft Law ไม่ควรถูกมองว่าเป็น “เอกสารชั่วคราว” หรือ “คำสั่งลอย ๆ” แต่ควรปลูกฝังในวัฒนธรรมของราชการว่าเป็น เครื่องมือทางวิชาการและนโยบาย ที่ต้องอาศัยความรับผิด ความชัดเจน และหลักฐานเชิงประจักษ์ในการจัดทำ

ขณะเดียวกัน ผู้ปฏิบัติงานต้องตระหนักว่า Soft Law ไม่ใช่กฎหมาย และจึงไม่ควรใช้เป็นข้ออ้างในการละเมิดสิทธิของประชาชนหรือจำกัดสิทธิโดยไม่มีฐานอำนาจ หากมีความคลุมเครือ ต้องยึดหลักตีความโดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้มีสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นหลัก

กล่าวโดยสรุป หากรัฐสามารถออกแบบ กลไกเชิงระบบที่ชัดเจน โปร่งใส และตรวจสอบได้ เพื่อกำกับดูแลการใช้ Soft Law อย่างเหมาะสม Soft Law จะสามารถกลายเป็น เครื่องมือสำคัญของการบริหารราชการแบบทันสมัย (Modern Public Governance) ที่ช่วยลดภาระของกฎหมายลายลักษณ์อักษร รองรับความเปลี่ยนแปลงของสังคม และยังคงรักษาไว้ซึ่งหลักนิติธรรม ความชอบธรรมของรัฐ และความไว้วางใจของประชาชน อย่างยั่งยืน

บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ : เรื่อง การเรียกเก็บค่าบริการตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร อันเนื่องมาจากการอนุญาตตามมาตรา ๓๙ แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (เรื่องเสร็จที่ ๓๒๕/๒๕๖๗) *

สักกพล ภุมรินทร์ **

กรุงเทพมหานครเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งในการทำกิจการใด ๆ ในเขตของกรุงเทพมหานคร ในหลายประการ เช่น การดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน การป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย การจัดให้มีการบำรุงรักษาทางบก ทางน้ำ และทางระบายน้ำ การดูแลรักษาที่สาธารณะ การสาธารณูปโภค การสาธารณสุข การอนามัยและครอบครัว เป็นต้น[๑] นอกจากนี้ ยังต้องปฏิบัติตามกฎหมายอื่น ๆ ที่ให้อำนาจแก่กรุงเทพมหานครในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย เช่น พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดเรียบร้อยและความเป็นระเบียบของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นต้น ปัญหาที่เกิดขึ้นและพบเห็นได้บ่อยในเขตกรุงเทพมหานคร คือ มีผู้ประกอบการร้านอาหารหรือสะสมอาหารมีการตั้งวางโต๊ะรุกล้ำในพื้นที่ทางเท้าสาธารณะเพื่อให้บริการแก่ลูกค้า ซึ่งที่ผ่านมากรุงเทพมหานครโดยสำนักงานเขตได้ดำเนินการตามกฎหมายโดยดำเนินคดีกับผู้ทำการฝ่าฝืนวางตั้งโดยไม่ได้รับอนุญาต จึงมีปัญหาว่า เมื่อกรุงเทพมหานครอนุญาตให้ผู้ขออนุญาตติดตั้ง ตาก และวางสิ่งใด ๆ ในที่สาธารณะตามมาตรา ๓๙ แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ แล้ว กรุงเทพมหานครจะสามารถเรียกเก็บค่าบริการตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการ ได้อีกหรือไม่ โดยบทความนี้จะเป็นการวิเคราะห์เกี่ยวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๓๒๔/๒๕๖๗ ในการใช้และการตีความเรื่องการอนุญาตตามกฎหมายฉบับหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ กับการเรียกเก็บเงินค่าบริการตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการ ว่าจะกระทำได้หรือไม่ และเมื่อพิจารณาจากหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเรื่องความเป็นอิสระด้านการคลังท้องถิ่นแล้ว จะส่งผลอย่างไรบ้าง

---

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายการค้าอุตสาหกรรม กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม (สิงหาคม ๒๕๖๘)

[๑] มาตรา ๘๙ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘

๑. ความเป็นมาและสาระสำคัญของเรื่องเสร็จที่ ๓๒๕/๒๕๖๗

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องนี้มีมูลเหตุมาจากการที่กรุงเทพมหานครได้มีหนังสือขอหารือปัญหาข้อกฎหมายมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เนื่องจากพบว่ามีผู้ประกอบการตั้งวางโต๊ะ เก้าอี้ เพื่อให้บริการลูกค้าบนทางเท้าสาธารณะเพิ่มมากขึ้น แม้ที่ผ่านมาได้ดำเนินคดีกับผู้ฝ่าฝืนตามมาตรา ๓๙ แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ.๒๕๓๕ ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นอนุญาตให้ติดตั้ง ตาก วาง หรือแขวนสิ่งใด ๆ ในที่สาธารณะได้ แต่กฎหมายดังกล่าวมิได้บัญญัติเรื่องค่าธรรมเนียมการอนุญาตไว้ กรุงเทพมหานครมีแนวคิดออกข้อบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์การอนุญาตและจัดเก็บค่าธรรมเนียม/ค่าบริการ โดยอ้างอิงข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการ พ.ศ. ๒๕๔๓ และ (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๖๕ เพื่อจัดหารายได้มาบริหารจัดการเมือง อย่างไรก็ดี กระทรวงมหาดไทยมีความเห็นว่าไม่อาจจัดเก็บค่าธรรมเนียมได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติฯ มิได้ให้อำนาจไว้ อีกทั้งข้อบัญญัติค่าบริการไม่สามารถนำมาใช้แทนได้ อย่างไรก็ตาม กรุงเทพมหานครเห็นว่า อำนาจเรียกเก็บค่าบริการตามข้อบัญญัติดังกล่าวตั้งอยู่บนมาตรา ๙๒ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘ ซึ่งให้อำนาจจัดบริการแก่เอกชนและเรียกเก็บค่าบริการ เช่น การตั้งโต๊ะ ม้านั่ง เต็นท์ หรือการกองวัสดุก่อสร้างในที่สาธารณะ ดังนั้น ผู้ประสงค์ใช้ที่สาธารณะต้องปฏิบัติตามทั้งมาตรา ๓๙ และข้อบัญญัติค่าบริการ กล่าวคือ เมื่อได้รับอนุญาตแล้ว กรุงเทพมหานครยังคงสามารถเรียกเก็บค่าบริการได้ ทั้งนี้ กรุงเทพมหานครได้หารือคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า การอนุญาตตามมาตรา ๓๙ จะสามารถเรียกเก็บค่าบริการตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) ได้วินิจฉัยว่า เมื่อพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๓๙[๒] ได้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดติดตั้ง ตาก วาง หรือแขวนสิ่งใด ๆ ในที่สาธารณะ เว้นแต่ได้รับหนังสืออนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นการกระทำของราชการส่วนท้องถิ่น ราชการส่วนอื่นหรือรัฐวิสาหกิจหรือของหน่วยงานที่มีอำนาจกระทำได้ หรือเป็นการวางไว้เพียงชั่วคราว และพระราชบัญญัติดังกล่าวก็มิได้กำหนดให้มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบริการ

---

[๒] มาตรา ๓๙ ห้ามมิให้ผู้ใดติดตั้ง ตาก วาง หรือแขวนสิ่งใด ๆ ในที่สาธารณะ เว้นแต่ได้รับหนังสืออนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นการกระทำของราชการส่วนท้องถิ่น ราชการส่วนอื่นหรือรัฐวิสาหกิจหรือของหน่วยงานที่มีอำนาจกระทำได้ หรือเป็นการวางไว้เพียงชั่วคราว

การติดตั้ง ตาก วาง หรือแขวนสิ่งใด ๆ ในที่สาธารณะโดยมิได้มีหนังสืออนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือได้รับอนุญาตแต่มิได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในการอนุญาต ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ผู้กระทำการตามวรรคหนึ่งปลดหรือรื้อถอนภายในเวลาที่กำหนด ถ้าผู้นั้นละเลย เพิกเฉย นอกจากมีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินคดีตามพระราชบัญญัตินี้ต่อไป

หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดเกี่ยวกับการติดตั้ง ตาก วาง หรือแขวนสิ่งใด ๆ ในที่สาธารณะไว้ ดังนั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่จึงไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ค่าบริการ หรือค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการออกหนังสืออนุญาตตามมาตรา ๓๙ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองฯ ได้

ส่วนมาตรา ๙๒[๓] แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘ ซึ่งบัญญัติให้กรุงเทพมหานครอาจให้บริการแก่เอกชน ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นโดยเรียกค่าบริการได้ โดยตราเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครและกรุงเทพมหานครโดยความเห็นชอบของสภากรุงเทพมหานครได้ตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการ พ.ศ. ๒๕๔๓ เพื่อกำหนดประเภทบริการและอัตราค่าบริการ โดยตามข้อ ๔ (๖)[๔] แห่งข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครดังกล่าวกำหนดให้กรุงเทพมหานครอาจให้บริการในการทำการต่าง ๆ ในที่สาธารณะได้ ซึ่งปัจจุบันได้มีการกำหนดอัตราค่าบริการไว้ในบัญชีอัตราค่าบริการท้ายข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการ พ.ศ. ๒๕๔๓ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการ (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๖๕ จำนวน ๖ รายการ เช่น การตั้งโต๊ะ ม้านั่ง กระโจม เต็นท์ ชั่วคราว การกองสิ่งของ วัสดุก่อสร้างต่าง ๆ ชั่วคราว

สำหรับข้อหารือนี้เป็นกรณีที่ร้านจำหน่ายอาหารตั้งวางโต๊ะเก้าอี้เพื่อให้บริการลูกค้าบนทางเท้าสาธารณะซึ่งอยู่ภายใต้บังคับมาตรา ๓๙[๕] แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองฯ ที่กำหนดให้ต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งการพิจารณาอนุญาตดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐใช้อำนาจทางปกครองฝ่ายเดียวในการกำกับดูแลการใช้ที่สาธารณะเพื่อการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยกำหนดให้บุคคลต้องขออนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการตามที่รัฐอนุญาตได้ มิใช่เป็นกรณีที่รัฐให้บริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนโดยผู้ใช้บริการมีทางเลือกว่าจะใช้บริการภาครัฐนั้นอันจะเป็นเหตุให้รัฐสามารถเรียกเก็บค่าตอบแทนการให้บริการที่เรียกว่า “ค่าบริการ” ได้ ดังนั้น การที่กรุงเทพมหานครจะนำพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ และข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการฯ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้บริการมาใช้บังคับโดยถือว่าการอนุญาตให้ตั้งวางโต๊ะเก้าอี้ในที่สาธารณะตามมาตรา ๓๙ แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองฯ เป็นการให้บริการตั้งโต๊ะ ม้านั่งฯ ในที่สาธารณะ จะเป็นการนำ

---

[๓] มาตรา ๙๒ กรุงเทพมหานครอาจให้บริการแก่เอกชน ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นโดยเรียกค่าบริการได้ โดยตราเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร

[๔] ข้อ ๔ กรุงเทพมหานครอาจให้บริการแก่เอกชน ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ และราชการส่วนท้องถิ่น ในเรื่องดังต่อไปนี้

ฯลฯ ฯลฯ

(๖) การทำการต่าง ๆ ในที่สาธารณะ

ฯลฯ ฯลฯ

[๕] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒

หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่แตกต่างกันมาใช้บังคับในกรณีเดียวกันซึ่งไม่อาจกระทำได้ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของกระทรวงมหาดไทยในฐานะรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองฯ ที่เห็นว่า กรุงเทพมหานครไม่มีอำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากการอนุญาตตามมาตรา ๓๙ แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองฯ และไม่อาจนำข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการฯ มาบังคับใช้แก่กรณีการอนุญาตตามมาตรา ๓๙ ได้ ด้วยเหตุนี้ กรุงเทพมหานครจึงไม่มีอำนาจเรียกเก็บค่าบริการตั้งวางโต๊ะเก้าอี้ในที่สาธารณะจากการบังคับให้บุคคลต้องมาขออนุญาตตามมาตรา ๓๙ แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองฯ

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) มีข้อสังเกตว่า เมื่อพิจารณาประเภทของบริการและรายการต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในบัญชีอัตราค่าบริการท้ายข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการฯ มีหลายรายการที่ไม่ชัดเจนว่าในการเรียกเก็บค่าบริการนั้น กรุงเทพมหานครได้ดำเนินการใดให้แก่ผู้จ่ายค่าบริการในลักษณะต่างตอบแทน หรือเป็นเพียงเงินที่เรียกเก็บโดยมิได้มีการดำเนินการใด ๆ หากกรุงเทพมหานครเรียกเก็บค่าบริการโดยมิได้มีการดำเนินการใด ๆ การเรียกเก็บค่าบริการดังกล่าวย่อมไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการเรียกเก็บค่าบริการที่ประชาชนได้จ่ายเพื่อเป็นค่าตอบแทนบริการที่ได้รับจากรัฐตามกฎหมายและตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๖๔[๖] ที่เห็นชอบหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าบริการตามที่คณะกรรมการพัฒนากฎหมายได้วางไว้ (เรื่องเสร็จที่ ๑๒๗๕/๒๕๖๔) และให้หน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติ สมควรที่กรุงเทพมหานครจะได้พิจารณาทบทวนการกำหนดประเภทของบริการและรายการต่าง ๆ ตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการฯ เพื่อให้เป็นการเก็บค่าบริการอันเป็นการต่างตอบแทนการให้บริการตามนัยมาตรา ๙๒[๗] แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ ที่บัญญัติให้อำนาจกรุงเทพมหานครในการเรียกเก็บค่าบริการอันเนื่องมาจากการให้บริการแก่เอกชน ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น โดยตราเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร และสอดคล้องกับกฎหมายและหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเรียกเก็บค่าบริการตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวต่อไป

---

[๖] หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๕๐๓/ว ๓๔๖๘ ลงวันที่ ๑๗ ธันวาคม ๒๕๖๔ เรื่อง หลักเกณฑ์ว่าด้วยการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าบริการ

[๗] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓

๒. บทวิเคราะห์ความเห็น เรื่อง การเรียกเก็บค่าบริการตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครอันเนื่องมาจากการอนุญาตตามมาตรา ๓๙ แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ (เรื่องเสร็จที่ ๓๒๕/๒๕๖๗)

จากบันทึกความเห็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่ามีประเด็นที่น่าสนใจและควรแก่การนำมาวิเคราะห์ ดังต่อไปนี้

๒.๑ อำนาจในการอนุญาตและการเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการตามกฎหมาย

หน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ มีอำนาจในการอนุญาตซึ่งรวมถึงการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการได้นั้นจะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ สำหรับการอนุญาตจะมีหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขอย่างใด ขึ้นอยู่กับกฎหมายที่ให้อำนาจฉบับนั้นจะกำหนดไว้ กรณีของพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดเรียบร้อยและความเป็นระเบียบของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕ มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดการดำเนินงานด้านการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองโดยกำหนดหน้าที่และอำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่น[๘] โดยกำหนดให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจในการอนุญาตดำเนินการต่าง ๆ เช่น มาตรา ๓๙[๙] กำหนดการอนุญาตติดตั้ง ตาก วาง หรือแขวนสิ่งใด ๆ ในที่สาธารณะ และมาตรา ๔๐ วรรคสอง[๑๐] กำหนดให้มีอำนาจในการมีหนังสือเตือนเมื่อเกิดการฝ่าฝืนติดตั้ง ตาก วาง หรือแขวนสิ่งใด ๆ ที่อาคารในลักษณะที่สกปรกรกรุงรังหรือไม่เป็นระเบียบเรียบร้อยและมีสภาพที่ประชาชนอาจเห็นได้จากที่สาธารณะ ส่วนพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘ เป็นกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยกำหนดให้มีหน้าที่และอำนาจ

---

[๘] หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๐๓ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินงานด้านการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน ไม่เหมาะสมกับสภาวการณ์ปัจจุบันโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับบทลงโทษและอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่น เป็นเหตุให้การดำเนินการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองไม่ได้ผลเท่าที่ควร สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองเสียใหม่ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

[๙] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒

[๑๐] มาตรา ๔๐ ห้ามมิให้ผู้ใดติดตั้ง ตาก วาง หรือแขวนสิ่งใด ๆ ที่อาคารในลักษณะที่สกปรกรกรุงรังหรือไม่เป็นระเบียบเรียบร้อยและมีสภาพที่ประชาชนอาจเห็นได้จากที่สาธารณะ

ถ้ามีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่มีหนังสือเตือนให้เก็บหรือจัดทำให้เป็นที่เรียบร้อย ถ้าผู้ติดตั้ง เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารละเลย เพิกเฉย นอกจากมีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินคดีตามพระราชบัญญัตินี้ต่อไป

ต่าง ๆ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้[๑๑] โดยมาตรา ๙๒[๑๒] แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพฯ บัญญัติว่า กรุงเทพมหานครอาจให้บริการแก่เอกชน ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นโดยเรียกค่าบริการได้ โดยตราเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร และมาตรา ๑๑๗[๑๓] แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ บัญญัติว่า กรุงเทพมหานครอาจมีรายได้ ดังต่อไปนี้ (๖) ค่าบริการตามมาตรา ๙๒[๑๔] และได้มีการออกข้อบัญญัติกรุงเทพมานคร เรื่อง ค่าบริการ พ.ศ. ๒๕๔๓ กำหนดให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครมีอำนาจกำหนดอัตราค่าบริการได้ไม่เกินอัตราที่กำหนดไว้ในบัญชีค่าบริการท้ายข้อบัญญัตินี้ และข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการ (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๖๕ โดย (๖) ของข้อบัญญัติดังกล่าวกำหนดอัตราค่าบริการทำการในที่สาธารณะ และ (๗) การขอใช้สถานที่

สำหรับการเรียกเก็บค่าธรรมและค่าบริการจากประชาชนนั้น จะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายที่ได้วางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าบริการ ดังต่อไปนี้[๑๕] คือ (๑) การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจะต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ และต้องกำหนดอัตราขั้นสูงไว้ในกฎหมาย (๒) หน่วยงานของรัฐไม่พึงเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากประชาชนในการที่ประชาชนต้องปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายเพื่อให้ภาครัฐได้ข้อมูล และกำหนดเรื่องการเก็บค่าบริการ และ (๕) กำหนดว่าเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการเรียกเก็บค่าบริการ จึงไม่พึงกำหนดค่าบริการไว้ในกฎหมาย และการกำหนดอัตราค่าบริการของกิจการของรัฐต้องไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไรสูงสุด (maximization of profit) หากแต่เป็นการจัดให้มีกำไร (ถ้ามี) เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาปรับปรุง และขยายบริการสาธารณะให้ดีขึ้นหรือทั่วถึงยิ่งขึ้น

---

[๑๑] หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๑๘ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วรวม ๕ ครั้ง ก็ยังมีบทบัญญัติที่ไม่เหมาะสมกับกาลสมัย ดังนั้น เพื่อให้การบริหารราชการกรุงเทพมหานครมีความเหมาะสมและคล่องตัวสามารถสนองตอบความต้องการของประชาชนได้โดยสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ และเพื่อให้เป็นไปตามหลักการปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

[๑๒] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓

[๑๓] มาตรา ๑๑๗ กรุงเทพมหานครอาจมีรายได้ ดังต่อไปนี้

ฯลฯ	ฯลฯ
(๖) ค่าบริการตามมาตรา ๙๒	
ฯลฯ	ฯลฯ

[๑๔] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓

[๑๕] มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๖๔ เรื่อง หลักเกณฑ์ว่าด้วยการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าบริการ

โดยความเคารพต่อความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองฯ ไม่ได้กำหนดเรื่องค่าธรรมเนียมในการอนุญาตในกรณีการขออนุญาตตามมาตรา ๓๙[๑๖] แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองฯ กรุงเทพมหานครจึงไม่อาจเก็บค่าธรรมเนียมในกรณีนี้ได้ แต่สามารถเก็บค่าบริการได้ตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครฯ ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ อันเป็นรายได้ที่กรุงเทพมหานครในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดเก็บและนำไปใช้ประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งจะสอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกด้วย

๒.๒ ความเป็นอิสระทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

หลักสำคัญของความเป็นอิสระทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีข้อพิจารณาที่สำคัญ ดังนี้

๒.๒.๑ ข้อพิจารณาจากองค์ประกอบของการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรปกครองท้องถิ่นเกิดขึ้นบนพื้นฐานทฤษฎีการกระจายอำนาจและอุดมการณ์ประชาธิปไตยซึ่งมุ่งเปิดโอกาสและสนับสนุนให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมืองและกิจกรรมการปกครองตนเองในระดับหนึ่ง ซึ่งจะเห็นได้จากลักษณะสำคัญของการปกครองท้องถิ่นที่เน้นการมีอำนาจอิสระในการปกครองตนเอง มีการเลือกตั้งมีองค์กรหรือสถาบันที่จำเป็นในการปกครองตนเองและที่สำคัญ คือ ประชาชนในท้องถิ่นจะมีส่วนร่วมในการปกครองตนเองอย่างกว้างขวาง ด้วยเหตุนี้ องค์ประกอบของการเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงต้องมีองค์ประกอบสำคัญ ๕ ประการ ได้แก่[๑๗]

๑. มีสถานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ความสำคัญของความเป็นนิติบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือเป็นเรื่องสำคัญสำหรับการกระจายอำนาจและจัดสรรอำนาจ เพราะความเป็นนิติบุคคลจะทำให้สิทธิหน้าที่ของกลุ่มบุคคลหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแตกต่างจากสิทธิและหน้าที่ของบุคคลแต่ละคนที่มารวมกัน หรือกล่าวได้ว่าความเป็นนิติบุคคลทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นบุคคลอีกคนหนึ่งที่แยกออกจากกลุ่มบุคคลที่เป็นสมาชิกของท้องถิ่นนั้น ส่งผลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิและหน้าที่เป็นของตนเอง สามารถตัดสินใจและกระทำการใด ๆ ได้ตามดุลพินิจของท้องถิ่นเอง โดยราชการ

---

[๑๖] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ ๒

[๑๗] สมคิด เลิศไพฑูรย์, *กฎหมายการปกครองท้องถิ่น*(พิมพ์ครั้งที่ ๑ สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา ๒๕๔๗) ๒๔ – ๔๓.

บริหารส่วนกลางจะไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงดุลพินิจดังกล่าว ยกเว้นเพียงแต่การควบคุมให้การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น[๑๘]

๒. การมีพื้นที่รับผิดชอบที่ชัดเจน เมื่อราชการส่วนกลางกระจายอำนาจทางปกครองมาให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว จำเป็นต้องมีพื้นที่ในการใช้อำนาจที่ได้รับมาจากส่วนกลางด้วย และเนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์การในระบบกระจายอำนาจตาม “พื้นที่” โดยส่วนกลางแบ่งพื้นที่การปกครองของรัฐออกเป็นส่วน ๆ ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในพื้นที่นั้น ๆ

๓. มีองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่น การกำหนดให้ฝ่ายสภาท้องถิ่นและฝ่ายบริหารท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชนนั้น เป็นเรื่องของการประกันความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ ถ้าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งของประชาชนก็มีหน้าที่ทำงานให้กับประชาชน หากมาจากส่วนกลางก็มีหน้าที่ทำงานให้กับส่วนกลาง ดังนั้น การเลือกตั้งจึงเป็นสิ่งที่ช่วยเกื้อหนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระจากส่วนกลาง

๔. มีอำนาจหน้าที่เป็นของตนเอง การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีอำนาจหน้าที่เป็นของตนเองแยกต่างหากจากรัฐก็เพื่อให้มีความเป็นอิสระในการดำเนินการมิฉะนั้นก็จะต้องรอคำสั่งจากส่วนกลาง นอกจากนี้ ในการบริหารงานตามอำนาจหน้าที่ของท้องถิ่นก็จะมีความเป็นอิสระด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ตัวแทนของประชาชนในท้องถิ่นสามารถตัดสินใจตามเจตนารมณ์ของท้องถิ่นได้

๕. มีระบบการคลังและทรัพย์สินเป็นของตนเอง ความเป็นนิติบุคคลมหาชนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในมิติด้านการคลัง[๑๙] เห็นได้จากการที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการบริหารจัดเก็บภาษีและรายได้อื่น ๆ ได้ตามหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม ดังนั้น แม้ว่ารายได้จำนวนหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะได้รับจากส่วนกลางในรูปแบบของเงินอุดหนุน แต่เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการบริหารการคลังของตนเอง จึงเท่ากับว่าการมีอำนาจบริหารจัดการการคลังของตนเองได้นั้นก่อให้เกิดความเป็นอิสระ

---

[๑๘] นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และคณะ, *รายงานฉบับสมบูรณ์ รายงานผลการศึกษาความก้าวหน้าของการกระจายอำนาจในประเทศไทยและข้อเสนอ* (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๕๒) ๕๗.

[๑๙] คำอธิบายทางตำราในหลายเล่มใช้คำต่างกัน บางเล่มใช้คำว่า “งบประมาณ” บางเล่มใช้คำว่า “การคลัง” ซึ่งโดยรวมแล้วผู้เขียนเห็นว่า คือ การมี “เงิน” เป็นของตัวเองเพื่อใช้ในการบริหารงานตามหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั่นเอง

ในระดับหนึ่ง เพื่อให้การใช้จ่ายเพื่อประโยชน์สาธารณะสอดคล้องกับความต้องการของแต่ละท้องถิ่นอย่างแท้จริง[๒๐]

๒.๒.๒ หลักความเป็นอิสระทางการคลังของท้องถิ่น (Fiscal Autonomy or Financial Autonomy)

ความเป็นอิสระทางการคลังจะเป็นเหตุปัจจัยที่สำคัญในการพิจารณาความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในบรรดาความเป็นอิสระทางการคลังทั้งสามด้าน ได้แก่ รายได้ รายจ่าย และดุลการคลัง ความเป็นอิสระทางด้านรายได้ถือว่าเป็นความอิสระที่อาจเรียกได้ว่าสำคัญมากที่สุด เนื่องจากความเป็นอิสระทางด้านรายได้จะเป็นปัจจัยชี้ขาดและเป็นตัวกำหนดความเป็นกลางด้านรายจ่ายและดุลการคลัง หากว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่มีแหล่งรายได้ที่เป็นอิสระของตน[๒๑]

ดังนั้น หลักความเป็นอิสระทางการคลัง (Fiscal Autonomy or Financial Autonomy) คือ หลักการที่หน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิและอำนาจในการจัดเก็บรายได้ด้วยตนเอง (self-revenue raising) กำหนดการใช้จ่ายงบประมาณให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในพื้นที่ มีความยืดหยุ่นในการบริหารการคลังโดยไม่ต้องพึ่งพารัฐส่วนกลางเกินสมควร อาจกล่าวได้ว่าหลักการนี้มีที่มาจากแนวคิดการกระจายอำนาจ (Decentralization) ซึ่งยึดหลักการว่า “ท้องถิ่นรู้ปัญหาของตนเองดีที่สุด” และควรมีทรัพยากรเพียงพอที่จะจัดบริการสาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพ[๒๒]

---

[๒๐] ผู้สนใจโปรดดู กฤฎิฎีกา ทองเพ็ชร, *ความเป็นอิสระทางการเงินการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไทย ใน อาจารียบูชา ๘๐ ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต* (โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์ มีนาคม ๒๕๖๑) ๓๕๓ – ๓๙๓.

[๒๑] สมชัย ฤชุพันธ์, รายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น: มีปัญหาอะไร แก้อย่างไร (สถาบันพัฒนาสยาม กรุงเทพฯ: เอส แอล พลับบลิเคชั่น) ๕.

[๒๒] การปกครองส่วนท้องถิ่น, ‘การปกครองท้องถิ่น’ <https://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%E0%B8%81 %E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B8%9B%E0%B8%81%E0%B8%84%E0%B8%A3%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%AA%E0%B9%88%E0%B8%A7%E0%B8%99%E0%B8%97%E0%B9%89%E0%B8%AD%E0%B8%87%E0%B8%96%E0%B8%B4%E0%B9%88%E0%B8%99> สืบค้นเมื่อ ๑๒ สิงหาคม ๒๕๖๘.

๒.๒.๒.๑ องค์ประกอบของหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ความเป็นอิสระทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประกอบไปด้วยสององค์ประกอบ คือ[๒๓]

๑) ความเป็นอิสะทางด้านรายรับ โดยรายรับจะหมายความรวมทั้งรายได้และเงินกู้ ดังนั้น รัฐจึงมอบความเป็นอิสระทางด้านรายรับให้แก่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผ่านการกำหนดแหล่งที่มาของรายรับ ซึ่งแหล่งที่ว่าเช่นนี้ มีหลายกรณีด้วยกัน เช่น ภาษีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดเก็บเอง เงินอุดหนุนที่รัฐบาลจัดสรรให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือเงินกู้จากสถาบันการเงิน รายได้เหล่านี้จะสะท้อนความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่อเมื่อรัฐบาลต้องจัดสรรให้ในลักษณะที่เปิดโอกาสให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจตัดสินใจนำแหล่งรายได้เหล่านั้นไปใช้จ่ายตามอำนาจหน้าที่

๒) ความเป็นอิสระทางด้านรายจ่าย หมายถึง การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจในการตัดสินใจในการนำงบประมาณไปใช้ ความเป็นอิสระทางด้านรายจ่ายจึงประกอบด้วยสองลักษณะ คือ การกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความสามารถในการริเริ่มรายการใช้จ่ายและการกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความสามารถในการเปลี่ยนแปลงรายการใช้จ่าย

๒.๒.๒.๒ กรอบของกฎหมายที่เกี่ยวกับความเป็นอิสระทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เมื่อพิจารณาจากกรอบของกฎหมายในระบบกฎหมายของประเทศไทย จึงอาจกำหนดกรอบของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอิสระทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ดังนี้

๑) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๕๐ วางหลักให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายการบริหาร และการจัดทำบริการสาธารณะ และมาตรา ๒๕๑ วางหลักให้รัฐต้องกระจายรายได้อย่างเป็นธรรมและเพียงพอแก่ท้องถิ่น

๒) พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๖ บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีรายได้ของตนเองในสัดส่วนที่เหมาะสม และมาตรา ๓๐ บัญญัติว่ารัฐบาลต้องจัดสรรงบประมาณสนับสนุนท้องถิ่นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๓๕ ของรายได้สุทธิของรัฐบาล และ

---

[๒๓] Meryem Ait Ouali, Mohamed Boussetta, “A Comparative Study of Local FinancialAutonomy in Italy, France and Morocco” (2017) 34 European Scientific Journal 151, 153-154.

๓) พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๑ วางกรอบเกี่ยวกับการจัดทำงบประมาณ การบริหารงบประมาณ และความสัมพันธ์ทางการคลังระหว่างรัฐส่วนกลางกับท้องถิ่น

๒.๒.๓ แนวการวินิจฉัยที่น่าสนใจเกี่ยวกับความเป็นอิสระทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในการพิจารณาเรื่องความเป็นอิสระทางการคลังขององค์ปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องพิจารณาหรือคำนึงถึงความเห็นหรือแนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดต่าง ๆ ที่อาจนำมาพิจารณาประกอบ ดังนี้

(ก) แนวการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

๑) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๑๗/๒๕๔๖ เรื่อง การตราพระราชกฤษฎีกาโอนภารกิจโรงพยาบาลส่งเสริมสุขภาพตำบลให้องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การโอนภารกิจไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องโอนงบประมาณ บุคลากร และทรัพย์สินไปพร้อมกัน ไม่เช่นนั้นจะกระทบหลักความเป็นอิสระทางการคลังและทำให้ท้องถิ่นไม่สามารถจัดบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ

หลักที่ได้จากคำวินิจฉัยนี้ คือ การโอนภารกิจโดยไม่จัดสรรงบประมาณและรายได้ที่เพียงพอเป็นการขัดต่อหลักการกระจายอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

๒) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๑๙/๒๕๕๐ เรื่อง การโอนภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT) บางส่วนให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ว่า การกำหนดอัตราการโอนและวิธีจัดสรรโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นไปตามหลักการรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้รัฐต้องจัดสรรรายได้แก่ท้องถิ่นอย่างเป็นธรรม

หลักที่ได้จากคำวินิจฉัยนี้ คือ การกำหนดสัดส่วนรายได้ท้องถิ่นต้องตราเป็นกฎหมาย เพื่อคุ้มครองเสถียรภาพของรายได้ท้องถิ่นและลดการแทรกแซงจากฝ่ายบริหาร

(ข) แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

๑) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๔๖๓/๒๕๔๘ เรื่อง องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) ฟ้องคดีต่อกระทรวงการคลัง เนื่องจากไม่ได้รับการโอนงบประมาณตามสัดส่วนที่กฎหมายกำหนด ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาว่า การที่รัฐไม่โอนงบประมาณตามสัดส่วนตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจฯ เป็นการละเลยต่อหน้าที่ทางกฎหมาย และกระทบต่อความเป็นอิสระทางการคลังของท้องถิ่น

หลักที่ได้จากคำพิพากษาฉบับนี้ คือ สิทธิในการได้รับการจัดสรรงบประมาณตามกฎหมายของท้องถิ่น เป็นสิทธิที่สามารถฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้

๒) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.๕๙๘/๒๕๕๐ เรื่อง เทศบาลนครแห่งหนึ่งถูกผู้ฟ้องคดีท้วงติงเรื่องการออกข้อบัญญัติจัดเก็บค่าธรรมเนียมสูงเกินควร ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมเป็นดุลพินิจของท้องถิ่นที่กฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ต้องไม่เกินสมควรแก่เหตุและสอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษีอากร

หลักที่ได้จากคำพิพากษาฉบับนี้ คือ แม้ท้องถิ่นมีอิสระทางการคลัง แต่ยังต้องอยู่ภายใต้กรอบของหลักความชอบด้วยกฎหมายและความสมเหตุสมผล

เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยข้างต้น มีข้อสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญมักจะเน้นย้ำ หน้าที่ของรัฐในการจัดสรรทรัพยากรให้เพียงพอแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้สามารถปฏิบัติภารกิจได้จริง ส่วนศาลปกครองสูงสุดมักจะวางหลักว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีสิทธิและอำนาจฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระทางการคลังของตนเอง แต่การใช้อำนาจต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและไม่กระทบสิทธิของประชาชนเกินสมควร

๒.๓ ความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับกฎหมายอื่น ๆ ในเรื่องเดียวกัน

ประเด็นหนึ่งที่สำคัญในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๓๒๕/๒๕๖๗ ฉบับนี้ คือ การที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๐) ได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า “กรุงเทพมหานครจึงไม่มีอำนาจเรียกเก็บค่าบริการตั้งวางโต๊ะเก้าอี้ในที่สาธารณะจากการบังคับให้บุคคลต้องมาขออนุญาตตามมาตรา ๓๙ แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองฯ” และคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ ยังมีข้อสังเกตว่า “สมควรที่กรุงเทพมหานครจะได้พิจารณาทบทวนการกำหนดประเภทของบริการและรายการต่าง ๆ ตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการฯ เพื่อให้เป็นการเก็บค่าบริการอันเป็นการต่างตอบแทนการให้บริการตามนัยมาตรา ๙๒ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานครฯ ที่บัญญัติให้อำนาจกรุงเทพมหานครในการเรียกเก็บค่าบริการอันเนื่องมาจากการให้บริการแก่เอกชน ส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น โดยตราเป็นข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร และสอดคล้องกับกฎหมายและหลักเกณฑ์ว่าด้วยการเรียกเก็บค่าบริการตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวต่อไป”

จากความเห็นดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับกฎหมายเฉพาะที่กำหนดในเรื่องการรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมืองที่แม้ว่าจะให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการพิจารณาอนุญาตได้ก็ตาม แต่กลับไม่ได้กำหนดเรื่องค่าธรรมเนียมไว้ การที่กรุงเทพมหานครในฐานะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะใช้อำนาจตามกฎหมายจัดตั้งของตนในเรียกเก็บค่าธรรมเนียมและค่าบริการการใช้พื้นที่ตามอำนาจของตน จึงไม่อาจจะเรียกว่าเป็นการไม่มีอำนาจเสียทีเดียว เพียงแต่เป็นการใช้กฎหมายตามที่กำหนดให้อำนาจในเรื่องนั้น ซึ่งเป็นคนละฉบับ

ที่สำคัญมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับเรื่องค่าธรรมเนียมหรือค่าบริการไม่ใช่กฎหมาย คงมีแต่สถานะเป็นเพียงแนวปฏิบัติให้หน่วยงานต่าง ๆ รับไปดำเนินการเท่านั้น ซึ่งอาจจะผูกพันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ในบางกรณี แต่สำหรับกรณีตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับนี้ ผู้เขียนเห็นว่า หาได้ลบล้างหรือยกเลิกอำนาจของกรุงเทพมหานครในการเก็บค่าบริการตามข้อบัญญัติกรุงทพมหานครฯ ไม่ การตีความเช่นนี้ ย่อมทำให้อิสระทางการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถูกลดทอนหรือถูกจำกัดโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ในที่นี้ คือ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ๒๕๒๘ และข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง ค่าบริการ พ.ศ. ๒๕๔๓ และที่แก้ไขเพิ่มเติม

๓. ข้อพิจารณาอื่น ๆ

หน้าที่และอำนาจตามกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายจัดตั้งกับกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ที่ให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการดำเนินการหรือกฎหมายเฉพาะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องปฏิบัติตาม มักจะเกิดปัญหาขัดข้องในการปฏิบัติตามอันเป็นมูลเหตุในการหารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่เนือง ๆ เห็นได้จากบันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาต่าง ๆ เช่น บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง หน้าที่และอำนาจขในการจัดการปัญหาสุนัขจรจัดองกรมปศุสัตว์ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กรณีเทศบาลตำบลเขาน้อย (เรื่องเสร็จที่ ๔๒๑/๒๕๖๒) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยกำหนดให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นผู้กำหนดแบบเอกสาร (เรื่องเสร็จที่ ๕๔๐/๒๕๖๖) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจในการตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร (เรื่องเสร็จที่ ๘๙๙/๒๕๖๖) บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจในการตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเกี่ยวกับรถโดยสารประจำทางพลังงานไฟฟ้า (เรื่องเสร็จที่ ๑๒๓๐/๒๕๖๖)

ผู้เขียนเห็นว่า ในการพิจารณาเรื่องที่คาบเกี่ยวระหว่างกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกับกฎหมายเฉพาะที่กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องปฏิบัติตามนั้น จะต้องพิจารณาและตีความให้สอดคล้องกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในทุกมิติไม่เพียงแต่ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการปกครองส่วนท้องถิ่นที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้

การพัฒนากฎหมายและการลดระบบการบริหารงานราชการที่มีพิธีรีตองมากเกินไป ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตอนที่ ๓ ศูนย์การร่างกฎหมาย (Zentrum für Legistik)*

นันท์ชญาน์ ชาญณรงค์ **

บทความนี้เป็นบทความที่ประสงค์จะให้ข้อมูลความรู้เกี่ยวกับการพัฒนากฎหมายและการลดระบบการบริหารงานราชการที่มีพิธีรีตองมากเกินไปของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งผู้เขียนได้แบ่งบทความนี้ออกเป็น ๓ ตอน โดยในตอนที่ ๑ และ ๒ ผู้เขียนได้นำเสนอสรุปรายงานพิเศษของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ เรื่อง การพัฒนาการตรากฎหมายและการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง ในสมัยสภานิติบัญญัติชุดที่ ๒๐ (Sonderbericht der Bundesregierung – Bessere Rechtsetzung und Bürokratieabbau in der 20. Legislaturperiode) และสรุปข้อมูลจากกฎหมายว่าด้วยการลดระบบบริหารแบบมีพิธีรีตอง ฉบับที่ ๔ (Bürokratieentlastungsgesetz IV) ซึ่งสามารถหาอ่านได้ในวารสารกฤษฎีกา เล่มที่ ๕ ตอนที่ ๑ พ.ศ. ๒๕๖๘ หน้าที่ ๔๒-๕๓ และเล่มที่ ๕ ตอนที่ ๒ พ.ศ. ๒๕๖๘ หน้าที่ ๘๒-๘๙ ตามลำดับ สำหรับสิ่งที่ท่านจะได้อ่านต่อไปนี้ คือ ตอนสุดท้ายของบทความ ซึ่งจะนำเสนอข้อมูลเกี่ยวกับศูนย์การร่างกฎหมาย (Zentrum für Legistik)

---

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำต้องเห็นพ้องด้วย.

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ กองกฎหมายปกครองและกองพัฒนากฎหมาย (อีกหน้าที่หนึ่ง); ดุษฎีบัณฑิตทางนิติศาสตร์ (Doktorin der Rechtswissenschaft (Dr. iur.)) จากมหาวิทยาลัย Goethe Universität Frankfurt am Main; เนติบัณฑิตเยอรมันขั้นสูง (Ass. iur. = Zweite Juristische Staatsprüfung) จากกระทรวงยุติธรรมรัฐเฮสเซน; เนติบัณฑิตเยอรมันขั้นต้น (Erste Juristische Staatsprüfung) จากกระทรวงยุติธรรมรัฐบาเดนเวือร์ทเทมแบร์ก และจบการศึกษาระดับอุดมศึกษาจากมหาวิทยาลัย Albert-Ludwigs-Universität Freiburg ประเทศเยอรมนี.

ศูนย์การร่างกฎหมาย (Zentrum für Legistik)

ศูนย์การร่างกฎหมาย (Zentrum für Legistik) ถูกก่อตั้งขึ้นตั้งแต่ ปี ค.ศ. ๒๐๒๓[๑] ในรูปแบบของโครงการ ภายใต้กระทรวงยุติธรรมและคุ้มครองผู้บริโภคแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) เพื่อให้เป็นศูนย์กลางในการเสริมสร้างคุณสมบัติการเป็นผู้ร่างกฎหมายและสนับสนุนการวิจัยในเรื่องของการร่างกฎหมายเชิงปฏิบัติ (pragmatische Gesetzgebung)[๒]

ที่มา

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีกฎหมายที่บังคับใช้เป็นจำนวนมาก และมีแนวโน้มว่าจะเพิ่มสูงขึ้น โดยจากข้อมูลล่าสุด (เมื่อวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๒๔) พบว่า มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ จำนวน ๑,๗๙๗ ฉบับ ซึ่งประกอบไปด้วยบทบัญญัติ รวมทั้งสิ้น ๕๒,๔๐๑ มาตรา และกฎหมายระดับพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวง อีก ๒,๘๖๖ ฉบับ ที่หากนับเป็นตัวบทบัญญัติ จะสามารถนับรวมได้มากกว่า ๔๔,๔๗๕ ข้อ[๓] โดยจำนวนกฎหมายที่กล่าวมานี้ เป็นเพียงกฎหมายที่ออกโดยสหพันธ์เท่านั้น ยังไม่รวมถึงกฎหมายของสหภาพยุโรปที่บังคับใช้โดยตรง และกฎหมายที่ออกโดยรัฐทั้ง ๑๖ รัฐ ของเยอรมัน กฎหมายเหล่านี้ ไม่เพียงแต่จะมีจำนวนที่มากเท่านั้น แต่ยังมีความหลากหลายในรูปแบบและโครงสร้าง มีความซับซ้อนและรายละเอียดที่มากเกินสมควร ลักษณะการเขียนก็ยากต่อความเข้าใจ ซึ่งอาจนำไปสู่การบั่นทอนความเชื่อมั่นในระบบนิติรัฐและระบอบประชาธิปไตยได้[๔] อีกทั้ง กฎหมายหลายฉบับ มีการกำหนดขั้นตอนการดำเนินงานซับซ้อนมากมาย ซึ่งนอกจากจะก่อภาระในงานราชการ บริษัทเอกชน และประชาชนแล้ว ยังเป็นอุปสรรคในการที่จะปรับขั้นตอนดังกล่าวให้เข้าสู่ระบบดิจิทัลอีกด้วย[๕] ดังนั้น การตรากฎหมายในลักษณะที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่นำไปสู่การส่งเสริม

---

[๑] อาทิ Deutscher Bundestag - 20. Wahlperiode Drucksache 20/13600, หน้า 47.

[๒] Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, <https://www.bmjv.de /DE/themen/buerokratieabbau_rechtsetzung/bessere_rechtsetzung/zentrum_legistik/zentrum_legistik_node.html> accessed 5 Auguest 2025.

[๓] Deutscher Bundestag, <https://www.bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-1009624> accessed 5 Auguest 2025.

[๔] Bundesministerium der Justiz, Referat DA3, Zentrum für Legistik (ZfL) Exposé | Stand: Januar 2025, หน้า 5.

[๕] Ibid.

ระบบการบริหารงานราชการที่มีพิธีรีตองมากเกินไปให้มีการขยายตัวมากขึ้น[๖] และเป็นบ่อเกิดของปัญหาและเป็นการสร้างภาระค่าใช้จ่ายซ้ำเติมสังคมโดยรวม[๗]

การที่จะแก้ไขปัญหาข้างต้นได้นั้น จึงต้องแก้โดยการออกแบบกฎหมายให้มีลักษณะที่ดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ กล่าวคือ ต้องเป็นกฎหมายที่สอดคล้องหรือใกล้เคียงกับการปฏิบัติจริงมากขึ้น มุ่งเน้นประโยชน์ของผู้ใช้กฎหมายเป็นสำคัญ และมีลักษณะที่จะสามารถถูกปรับไปใช้ในระบบดิจิทัลได้[๘]

เป้าหมาย

ศูนย์การร่างกฎหมาย มีเป้าหมายสำคัญ ๔ ประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่ง เพื่อเสริมสร้างคุณสมบัติการเป็นผู้ร่างกฎหมายให้แก่บุคลากรที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการร่างกฎหมาย และส่งเสริมการวิจัยในเรื่องการร่างกฎหมายเชิงปฏิบัติ ดังที่ได้เกริ่นไว้แล้วในตอนต้น ประการที่สอง คือ เป้าหมายที่จะพัฒนาเครื่องมือและวิธีการใหม่ ๆ เพื่อสนับสนุนการร่างกฎหมายให้มีโครงสร้างและมีประสิทธิภาพดียิ่งขึ้น ประการที่สาม เพื่อยกระดับมาตรฐานงานร่างกฎหมายในประเทศเยอรมนี และประการสุดท้าย เพื่อเป็นแกนกลางสำคัญในการขับเคลื่อนการเปลี่ยนผ่านกระบวนการการออกกฎหมายสู่ระบบดิจิทัล[๙]

ความก้าวหน้าของโครงการ

๑. ในช่วงเริ่มแรก ศูนย์การร่างกฎหมายมุ่งเน้นไปที่ fuzzy frontend ของการออกกฎหมาย

กระบวนการการออกกฎหมายเป็นกระบวนการที่มีความซับซ้อน ประกอบไปด้วยขั้นตอนหลาย ๆ ขั้นตอน จุดสำคัญหลาย ๆ จุด และมีผู้เกี่ยวข้องหลาย ๆ คน เพื่อให้เห็นภาพง่าย ๆ จะสามารถแบ่งวงจรของกระบวนการการออกกฎหมายได้เป็น ๔ ช่วง ได้แก่ (๑) ช่วงการสร้างนโยบายทางการเมือง —> (๒) ช่วงต้นของการริเริ่มกระบวนการออกกฎหมายในกระทรวง —> (๓) ช่วงการพิจารณาร่างกฎหมายและการออกกฎหมายในชั้นรัฐสภา —> (๔) ช่วงการประเมินผล —> (๑) ช่วงการสร้างนโยบายทางการเมือง วนไปเป็นวงจร ซึ่งศูนย์การร่างกฎหมายมีเป้าหมายที่จะเข้าไปให้การสนับสนุนในทุก ๆ ช่วงของวงจรนี้ อย่างไรก็ดี ศูนย์ฯ ให้ความสำคัญและมุ่งเน้นที่จะเข้าไปให้การสนับสนุนในช่วงที่ (๒) กล่าวคือ ช่วงต้นของการริเริ่มกระบวนการออกกฎหมาย

[๖] Ibid.

[๗] Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, supra note 2

[๘] Ibid.

[๙] Ibid.

ในกระทรวง มากที่สุด เนื่องจากเป็นช่วงที่เริ่มสร้างแนวคิด (Concept) สำหรับกฎหมายใหม่หรือกฎหมายที่แก้ไขใหม่ ซึ่งเป็นช่วงที่ยังมีความไม่แน่นอนอยู่มาก หรือที่เรียกว่า fuzzy frontend[๑๐]

สำหรับเหตุผลที่เน้นให้ความสำคัญกับ fuzzy frontend ประการหนึ่งเป็นเพราะช่วงดังกล่าวเป็นช่วงที่มีความสำคัญในการตัดสินใจในแง่ของโครงสร้างของกฎหมายที่กำลังจะออก ซึ่งเป็นแนวคิดที่เป็นรากฐานของกฎหมาย[๑๑] โดยส่วนใหญ่แล้ว การแก้ไขโครงสร้างของกฎหมายเป็นไปได้ยากเมื่อการออกกฎหมายมีการดำเนินไปถึงในขั้นตอนท้าย ๆ เนื่องจากในขั้นตอนท้าย ๆ จะมีข้อจำกัดเพิ่มมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อจำกัดด้านเวลา เหตุผลประการที่สอง คือ ในช่วง fuzzy frontend ผู้ร่างกฎหมายจะมีอำนาจ (และความรับผิดชอบ) ในการออกแบบกฎหมายมาก[๑๒] ซึ่งในทางปฏิบัติในปัจจุบัน อำนาจเหล่านี้ไม่ได้ถูกใช้อย่างเต็มที่เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายขาดความรู้เชิงวิธีการ ดังนั้น ในช่วงต้นของการออกกฎหมาย กล่าวคือ ช่วงระหว่างการเปลี่ยนแปลงจากตัวนโยบายไปเป็นข้อความทางกฎหมาย จึงเป็นช่วงที่ดีที่สุด ที่ศูนย์ฯ จะสามารถเข้าไปสนับสนุนและปรับปรุงคุณภาพของการออกกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด[๑๓]

๒. ใช้โมเดล Double Diamond เป็นแนวปฏิบัติทั่วไปในการดำเนินการร่างกฎหมาย

ในสถานการณ์ที่มีเวลาจำกัดและมีแรงกดดันให้ต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จโดยเร่งด่วน ผู้ร่างกฎหมายอาจเลือกใช้ความคิดที่คิดได้เป็นความคิดแรกมาใช้เพื่อแก้ปัญหา อย่างไรก็ดี ความคิดดังกล่าวอาจไม่ได้เป็นทางออกของปัญหาที่มีเหตุมีผล ดังนั้น ศูนย์ฯ จึงได้คิดค้นพัฒนาโมเดลการดำเนินการร่างกฎหมายขึ้น ตามรูปข้างล่าง เพื่อเป็นแนวปฏิบัติให้ผู้ร่างกฎหมายสามารถวิเคราะห์ปัญหาอย่างเป็นระบบและสามารถค้นหาทางออกให้กับปัญหาได้อย่างมีเหตุมีผล โดยศูนย์ฯ ได้พัฒนาโมเดลดังกล่าวขึ้น ด้วยการนำโมเดล Double Diamond ซึ่งเป็นโมเดลแม่บท (Metamodel) โมเดลหนึ่ง จาก Design Thinking มาปรับใช้กับการดำเนินการร่างกฎหมายโดยเฉพาะ[๑๔]

---

[๑๐] Bundesministerium der Justiz, Referat DA3, Zentrum für Legistik (ZfL) Exposé | Stand: Januar 2025, หน้า 7.

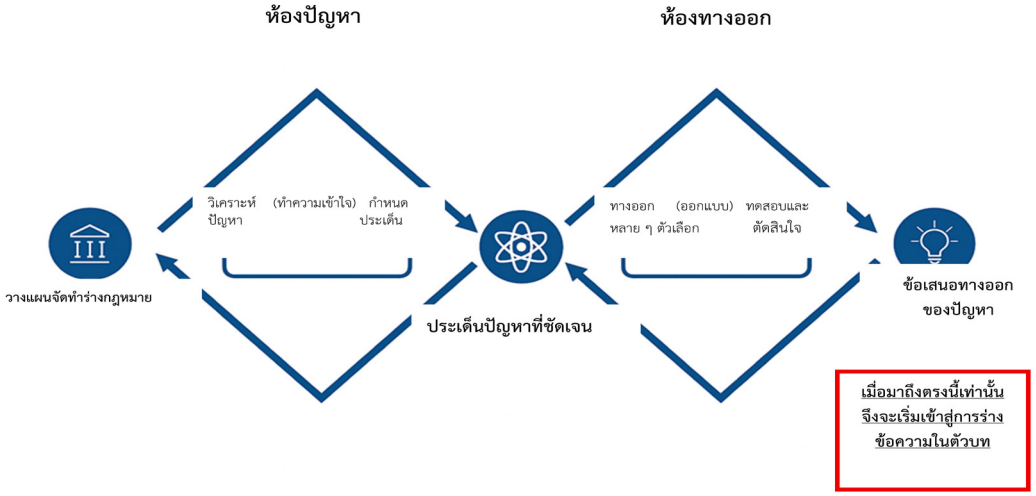
[๑๑] Ibid.

[๑๒] Ibid, p.8.

[๑๓] Ibid.

[๑๔] Ibid.

โมเดลการดำเนินการร่างกฎหมาย[๑๕]



อนึ่ง ตามโมเดลข้างต้น สิ่งสำคัญที่ต้องระลึกไว้เสมอก็คือ การเริ่มดำเนินการร่างข้อความตัวบทในกฎหมายฉบับใหม่หรือที่ต้องปรับแก้ ในระยะต้นของการออกแบบแนวคิดนั้น ควรเริ่มต้นก็ต่อเมื่อได้ผ่านขั้นตอนทุกอย่างที่อยู่ในห้องปัญหาและห้องทางออกตามโมเดลอย่างครบถ้วนแล้วเท่านั้น กล่าวคือ ผู้ร่างกฎหมายควรวาดภาพรวม (“ภาพใหญ่”) ให้ชัดเจนก่อนแล้วจึงค่อยเริ่มลงมือทำงานในรายละเอียดในตัวบทกฎหมายนั่นเอง[๑๖]

๓. เปลี่ยน mindset โดยมุ่งเน้นไปที่การออกแบบ

หัวใจสำคัญของการใช้แนวปฏิบัติที่พัฒนาในข้อ ๒ ให้สำเร็จอยู่ที่ mindset ของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งต้องมองบทบาทของตนเองในฐานะ “ผู้ออกแบบโครงสร้างนโยบาย” มากกว่าเป็นผู้เขียนข้อความทางกฎหมายเพียงอย่างเดียว โดยหลักการพื้นฐานที่ควรยึดถือมีดังนี้

- **ทำความเข้าใจโดยใช้ภาพ (Visuell)** ผู้ร่างกฎหมายควรเสนอความคิดและแนวคิดใหม่ ๆ รวมถึงความเข้าใจในตัวปัญหา สาเหตุ และผลทางกฎหมายที่อาจตามมาได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยใช้เทคนิคการแสดงผลข้อมูลเชิงภาพ เช่น แผนภาพร่างเบื้องต้น แผนภาพแสดงกระบวนการ หรือผังวิเคราะห์เชิงตรรกะ (logic trees) เป็นเครื่องมือ เพื่อสร้างความเข้าใจที่ลึกซึ้งและชัดเจน ในขณะเดียวกัน การที่ผู้ร่างกฎหมายสามารถที่จะวาดความคิดออกมาเป็นภาพได้ยังเป็นเครื่องแสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายผู้นั้นมีเข้าใจในความคิดของตนเองในระดับโครงสร้างอย่างแท้จริง[๑๗]

---

[๑๕] โมเดลนี้เป็นโมเดลจากเอกสารตามเชิงอรรถที่ ๑๔ โดยผู้เขียนคัดลอกและนำมาแปลโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาใด ๆ.

[๑๖] Bundesministerium der Justiz, supra note 10, p.9.

[๑๗] Ibid

• **ยึดผู้ใช้กฎหมายเป็นศูนย์กลาง (Nutzendenzentriert)** ให้ความสำคัญกับผู้ใช้กฎหมายที่มาจากหลากหลายหน่วยงาน ซึ่งมาพร้อมกับความต้องการและความจำเป็นที่แตกต่างกัน และดึงผู้ใช้กฎหมายเหล่านั้นเข้ามามีส่วนร่วมในจุดที่เกี่ยวข้องกับแต่ละคนหรือหน่วยงาน[๑๘]

• **ข้ามศาสตร์ (Interdisziplinär)** เปิดรับความร่วมมือจากหลากหลายสาขาและยกเลิกการทำงานแบบแยกส่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในขั้นตอนการวิเคราะห์ปัญหาและการหาทางออกของปัญหา[๑๙]

• **อดทนต่อความผิดพลาด (Fehlertolerant)** มองความล้มเหลวให้เป็นส่วนที่จำเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการการค้นหาทางออกใหม่ ๆ เพื่อให้สามารถสร้างสรรค์ตัวเลือกสำหรับทางออกให้ได้มากที่สุดและนำตัวเลือกเหล่านั้นมาพิเคราะห์พิจารณาว่าตัวเลือกใดเป็นทางออกที่ดีและเหมาะสมที่สุด ทั้งนี้ หลักการพื้นฐานในข้อนี้ ไม่ได้ใช้เฉพาะแค่กับตัวผู้ร่างกฎหมายเองเท่านั้น แต่ผู้บังคับบัญชาของผู้ร่างกฎหมายก็จำเป็นต้องยึดมั่นในหลักการพื้นฐานข้อนี้ด้วย[๒๐]

• **คิดสร้างสรรค์ (Kreativ)** ผู้ร่างกฎหมายต้องมีความกล้าที่จะใช้ความคิดสร้างสรรค์ของตนเองในกรอบอำนาจในการออกแบบที่ตนมีและใช้มันอย่างมีความรับผิดชอบ[๒๑]

• **เปิดใจ (Unvoreingenommen)** รับฟังและตั้งคำถามกับความคิดแปลกใหม่ ไม่ตั้งธงคำตอบไว้ก่อน มีความตื่นตัวอยากรู้อยากเห็น ทั้งในแง่มุมที่เคยพิจารณาแล้วและยังไม่เคยพิจารณา[๒๒]

• **ใช้กระบวนการแบบวนซ้ำ (Iterativ)** คือ พร้อมที่จะตั้งคำถามหรือตรวจสอบสมมติฐานต่าง ๆ รวมถึงข้อกำหนดทางการเมืองที่วางไว้สำหรับโครงการจัดทำกฎหมายเรื่องนั้น ๆ อยู่เสมอ ไม่ว่าจะในเวลาใดก็ตาม ในกระบวนการนี้ จะอ้างอิงหรือใช้ประโยชน์จากขั้นตอนต่าง ๆ ที่ดำเนินมาก่อนแล้ว และทำซ้ำขั้นตอนเหล่านั้น เมื่อจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีข้อมูลใหม่ปรากฏ ซึ่งอาจสรุปง่าย ๆ ว่าต้องไม่ยึดติดกับสมมติฐานเดิมและพร้อมทบทวนปรับปรุงสมมติฐานอยู่เสมอ[๒๓]

การเปลี่ยนแปลงทัศนคติเหล่านี้จะช่วยยกระดับคุณภาพของร่างกฎหมายและสร้างสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการคิดเชิงโครงสร้างในระยะยาว

---

[๑๘] Ibid.

[๑๙] Ibid.

[๒๐] Ibid.

[๒๑] Ibid.

[๒๒] Ibid.

[๒๓] Ibid.

ขอบเขตการดำเนินงาน

๑. ถ่ายทอดความรู้และทักษะการปฏิบัติงานที่ใช้ได้จริง ให้แก่ผู้ร่างกฎหมาย เช่น จัดฝึกอบรม สัมมนาให้ความรู้ เพื่อที่จะเพิ่มขีดความสามารถของผู้ร่างกฎหมายให้สามารถนำวิธีการและเครื่องมือ ที่เป็นนวัตกรรมใหม่ ที่สามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้จริง ไปใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพและมีคุณภาพมากว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน[๒๔]

๒. ช่วยเหลือและให้คำปรึกษาในการจัดทำกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโครงการจัดทำกฎหมายที่มีความซับซ้อน เช่น ด้วยการจัดตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจ (Task Forces) ซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญในเรื่องวิธีการเพื่อเข้าไปช่วยเหลือในหน่วยงานต่าง ๆ ในเรื่องนั้น ๆ โดยเน้นการช่วยเหลือให้ตรงจุด ปัจจุบัน จะเห็นว่าบางกระทรวงเอง ก็มีการตั้งหน่วยงานกลาง ที่มีความเชี่ยวชาญในด้านกระบวนการการออกกฎหมาย เพื่อให้คำปรึกษาแก่หน่วยงานต่าง ๆ ของตนอยู่บ้างแล้ว[๒๕]

๓. อำนวยความสะดวกในการจัดหาและพัฒนาข้อมูลและเครื่องมือ เกี่ยวกับการออกกฎหมาย ให้หน่วยงานสามารถค้นคว้า ค้นหา ได้ง่ายยิ่งขึ้น โดยเฉพาะเครื่องมือดิจิทัล เช่น โปรแกรมสำหรับจัดทำภาพแสดงข้อมูล หรือ โปรแกรมสำหรับการทำงานข้ามหน่วยงานรูปแบบออนไลน์ เป็นต้น[๒๖]

๔. เชื่อมโยงข้อเสนอที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหมายที่ดี เนื่องจากในปัจจุบันมีหลายหน่วยงานให้ความสนใจและศึกษาในเรื่องการออกกฎหมายให้ดีขึ้น ตัวอย่างเช่น สำนักนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ (Bundeskanzleramt) กระทรวงยุติธรรม (BMJ) กระทรวงมหาดไทย (BMI) คณะที่ปรึกษาควบคุมคุณภาพกฎระเบียบแห่งชาติ (Nationale Normenkontrollrat) และสหภาพยุโรป อีกทั้ง กระทรวงหลาย ๆ กระทรวงก็ได้มีการสั่งสมความเชี่ยวชาญเฉพาะอย่างในกระบวนการออกกฎหมายอยู่ด้วยแล้ว ดังนั้น การผลักดันพัฒนาให้หน่วยงานดังกล่าวเข้ามาประสานเป็นเครือข่ายและทำงานร่วมกันจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและอาจเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการสร้างแนวปฏิบัติของรัฐในเรื่องการออกกฎหมาย[๒๗]

๕. วิจัยและประเมินผล ศูนย์ฯ จะให้การสนับสนุนและขยายขอบเขตสนับสนุนการวิจัยเกี่ยวกับการออกกฎหมายที่กล้าที่จะวิเคราะห์และวิจารณ์แนวทางปฏิบัติของรัฐที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งศูนย์ฯ ให้ความสำคัญกับหัวข้อวิจัย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคำถามที่ว่า (๑) ระบบในปัจจุบันที่ใช้กันอยู่ในสหพันธ์ที่ให้ผู้ออกนโยบายและผู้ร่างกฎหมายเป็นคนเดียวกันนั้น

---

[๒๔] Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, supra note 2.

[๒๕] Ibid.

[๒๖] Ibid.

[๒๗] Ibid.

ยังเหมาะสมอยู่หรือไม่ หรือควรจะให้มีผู้เชี่ยวชาญเฉพาะมาทำหน้าที่เป็น “ผู้แปล” ทางออกของปัญหาให้เป็นภาษากฎหมายต่างหาก ดังเช่นที่ปฏิบัติกันในระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ (๒) คำถามที่ว่าสามารถนำ AI มาเป็นตัวช่วยในกระบวนการการออกกฎระเบียบได้หรือไม่ และ (๓) คำถามที่ว่าอนาคตของกฎหมายดิจิทัลที่แท้จริงมีหน้าตาเป็นเช่นไร[๒๘]

สรุป

การก่อตั้งศูนย์การร่างกฎหมายเป็นความพยายามอย่างหนึ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในการที่จะลดความซับซ้อนของระบบบริหารแบบมีพิธีรีตองลง เนื่องจากค้นพบว่าสภาพการณ์ของการออกกฎหมายในปัจจุบัน เป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อให้ระบบดังกล่าวขยายตัวมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ การออกกฎหมายโดยไม่ได้คิดให้รอบคอบ ทำให้กฎหมายมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น แต่คุณภาพกลับลดต่ำลง ไร้ประสิทธิภาพ นอกจากไม่ได้ช่วยแก้ไขปัญหาแล้ว ยังเป็นการเพิ่มภาระแก่ประชาชน ภาคธุรกิจ และสังคมโดยรวม การจะลดความซับซ้อนของระบบดังกล่าว จึงต้องแก้ไขที่ต้นเหตุ ซึ่งก็คือ การปรับปรุงการออกกฎหมาย ในส่วนของแนวทางการแก้ไข ศูนย์ฯ มุ่งเน้นการเข้าไปมีบทบาทตั้งแต่ช่วงเริ่มต้นของกระบวนการร่างกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงรอยต่อระหว่างการได้รับนโยบายทางการเมืองกับการจัดทำร่างกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร โดยให้ความช่วยเหลือเชิงวิธีการแก่ผู้ร่างกฎหมาย พร้อมทั้งทำหน้าที่เป็นผู้พัฒนาและเผยแพร่เครื่องมือและวิธีการสมัยใหม่ที่สามารถประยุกต์ใช้ในกระบวนการร่างกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยหนึ่งในแนวทางปฏิบัติที่ศูนย์ฯ ส่งเสริม คือการนำเครื่องมือเชิงออกแบบมาใช้ อาทิ โมเดล “Double Diamond” ซึ่งช่วยให้สามารถวิเคราะห์ปัญหาและกำหนดแนวทางแก้ไขได้อย่างเป็นระบบและรอบด้าน ก่อนเข้าสู่ขั้นตอนการร่างข้อความทางกฎหมาย นอกจากนี้ ศูนย์ฯ ยังให้ความสำคัญกับการพัฒนาแนวคิดและทัศนคติของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในกระบวนการ โดยมุ่งสนับสนุนให้ผู้ร่างกฎหมายเปลี่ยนบทบาทจาก ‘ผู้เขียน’ ไปสู่การเป็น ‘ผู้ออกแบบ’ กฎหมาย เพื่อให้สามารถสร้างกฎหมายที่ตอบโจทย์เชิงนโยบายและเกิดประโยชน์ต่อสาธารณะได้อย่างแท้จริง อนึ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีวิสัยทัศน์ในการพัฒนากฎหมายให้ดีขึ้น เพื่อคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น “Better Regulation für Better Life” ซึ่งสอดคล้องกับหนึ่งในเป้าหมายสำคัญของศูนย์ฯ คือ การยกระดับคุณภาพของกฎหมาย ดังนั้น สำนักงานฯ อาจพิจารณานำแนวทาง แนวคิด และแนวปฏิบัติฯ ที่ศูนย์ฯ ได้พัฒนาขึ้น ไปประยุกต์ใช้ในการดำเนินงาน เพื่อให้สามารถขับเคลื่อนการบรรลุวิสัยทัศน์ดังกล่าวให้เกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมยิ่งขึ้น

◇◇◇

กฎการใช้กำลังทางทหารโดยกองทัพบกภาคพื้นดิน *

ฐกฤต สัจจปาละ **

๑. บทนำ

ความขัดแย้งทางเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชาเป็นความขัดแย้งที่มีมาช้านาน โดยสาเหตุหลักของความขัดแย้งระหว่างไทยและกัมพูชามาจากจุดยึดโยงเขตแดนซึ่งไม่ตรงกันอันเป็นผลมาจากการที่ทั้งสองฝ่ายต่างถือเอาแผนที่คนละมาตราส่วนกัน กล่าวคือ ประเทศไทยยึดถือแผนที่มาตราส่วน ๑:๕๐,๐๐๐ ส่วนประเทศกัมพูชายึดถือแผนที่มาตราส่วน ๑:๒๐๐,๐๐๐ ในขณะที่หลักการที่วางไว้ในสนธิสัญญาสยาม–ฝรั่งเศส ร.ศ. ๑๒๒ ได้กำหนดว่าให้ยึดตามเส้นสันปันน้ำ ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ทั้งสองฝ่ายจึงตั้งคณะกรรมาธิการเขตแดนร่วมไทย-กัมพูชา (Joint Boundary Commission - JBC) เพื่อจัดทำแนวเขตแดนระหว่างกันให้ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับของทั้งสองฝ่ายขึ้น และต่อมาได้มีการทำบันทึกความเข้าใจ ๔๓ (Memorandum of Understanding – MOU ๔๓) โดยข้อ ๕ ของ MOU ๔๓ วางหลักการห้ามมิให้ดัดแปลงภูมิประเทศตามแนวชายแดนซึ่งอาจมีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสันปันน้ำ อย่างไรก็ดี ได้ปรากฏข้อพิพาทจากการกระทำอันเป็นการละเมิด MOU ๔๓ มาโดยตลอด อาทิ กรณีการเผาศาลาตรีมุข พร้อมเคลื่อนกำลังมาวางที่ต้นพญาสัตบรรณ รวมถึงขุดคูเลทำลายสันปันน้ำตลอดจนการใช้อาวุธบริเวณช่องบก อ.น้ำยืน จังหวัดอุบลราชธานี จนเกิดการปะทะบริเวณชายแดน ต่อมาทั้งสองฝ่ายจึงได้เริ่มมีการเสริมกำลังทหาร อาวุธยุทโธปกรณ์ และออกมาตรการคุมเข้มจุดผ่านแดนชายแดนตามมา[๑]

ในขณะที่การเจรจาแบบทวิภาคีตามหลักการแก้ไขปัญหาอย่างสันติวิธียังไม่บรรลุผล เมื่อวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๖๘ ข้อเท็จจริงปรากฏว่ากัมพูชาได้มีการยิงปืนใหญ่เข้าไปยังพื้นที่

---

* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำต้องเห็นพ้องด้วย

** นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน กองกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กันยายน ๒๕๖๘).

[๑] กรมประชาสัมพันธ์, “สรุปสถานการณ์ชายแดนไทย – กัมพูชา” (๑๔ มิถุนายน ๒๕๖๘) <https://www.prd.go.th/th/content/category/detail/id/3219/iid/397635> สืบค้นเมื่อ ๒๒ สิงหาคม ๒๕๖๘; กองทัพบก, “ประวัติศาสตร์การปักปันเขตแดนไทย-กัมพูชา” (๑๓ กรกฎาคม ๒๕๖๘) <https://rta.mi.th/rta-knowledge-ep๒๓-thailand-cambodia-border/> สืบค้นเมื่อ ๒๒ สิงหาคม ๒๕๖๘; กองทัพบก, “กองทัพบก ขอประณามฝ่ายกัมพูชา จากเหตุลอบวางทุ่นระเบิดในพื้นที่ชายแดนช่องอานม้า อำเภอน้ำยืน จังหวัดอุบลราชธานี จนเป็นเหตุให้กำลังพลได้รับบาดเจ็บสาหัส” (๒๓ กรกฎาคม ๒๕๖๘) <https://rta.mi.th/rta-condemns-cambodia-for-laying-mines-in-border-area-of-chong-an-ma-ubon-ratchathani-july-2025/> สืบค้นเมื่อ ๑๐ สิงหาคม ๒๕๖๘.

ชุมชนที่พลเรือนไทยพักอาศัยและโรงพยาบาล เป็นผลให้พลเรือนไทยได้รับบาดเจ็บและถึงแก่ความตาย ฝ่ายไทยจึงได้ใช้สิทธิป้องกันตนเองเพื่อตอบโต้การรุกรานดังกล่าว ท้ายที่สุดทั้งสองฝ่ายได้เจรจาหยุดยิงโดยไม่มีเงื่อนไขที่กรุงปุตราจายา ประเทศมาเลเซีย เมื่อวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๖๘ โดยมีนายอันวาร์ อิบราฮิม นายกรัฐมนตรีมาเลเซีย ในฐานะประธานอาเซียน เป็นผู้ประสานงานและอำนวยความสะดวก การปะทะจึงได้สิ้นสุดลงใน ช่วงเที่ยงคืนของวันดังกล่าว[๒]

อนึ่ง ด้วยเหตุที่สภาพภูมิประเทศของไทยนั้นมีอาณาเขตทางบกติดต่อกับประเทศเพื่อนบ้านถึงสี่ประเทศ ภัยคุกคามต่อความมั่นคงและบูรภาพแห่งดินแดนทำนองเดียวกันจึงอาจเกิดมีขึ้นได้อีกในอนาคต และโดยที่มาตรการใช้กำลังทางทหารระหว่างกันเป็นประเด็นละเอียดอ่อนต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ตลอดจนอาจก่อให้เกิดความรับผิดต่อทั้งรัฐและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องของประเทศคู่พิพาท หากเกิดกรณีการใช้กำลังที่ไม่ต้องตามมาตรฐานสากลหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นได้ ผู้เขียนจึงเห็นสมควรศึกษาวิเคราะห์ข้อความคิดเกี่ยวกับกฎการใช้กำลังทางทหารโดยกองทัพบกภาคพื้นดิน โดยจะได้ศึกษาในส่วนของบทกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนหลักการสากลประการต่าง ๆ ประกอบด้วย หลักทฤษฎีสงครามที่ชอบธรรม วิธีการเริ่มใช้กำลังทางทหาร และขั้นตอนการดำเนินการภายหลังสิ้นสุดสงคราม ตามลำดับ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์สำหรับเป็นแนวทางประกอบการพิจารณาใช้กำลังของฝ่ายความมั่นคงในบริบทของกฎหมายได้ต่อไป[๓]

๒. กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการใช้กำลังทางทหารของกองทัพบกทางภาคพื้นดิน[๔]

เนื่องจากกองทัพบกเป็นส่วนหนึ่งของกระทรวงกลาโหม ในเบื้องต้นจึงจำเป็นต้องทำความเข้าใจโครงสร้างในการใช้กำลังก่อนว่ากระทรวงกลาโหมมีส่วนราชการสามส่วน ได้แก่ สำนักงานรัฐมนตรี สำนักงานปลัดกระทรวง และกองทัพไทย[๕] โดยกองทัพไทยจะเป็นส่วนราชการ

---

[๒] BBC News ไทย, ““หยุดยิงทันที และไม่มีเงื่อนไข” ไทย-กัมพูชาบรรลุข้อตกลง มีผลเที่ยงคืนวันนี้ หลังปะทะชายแดนเข้าสู่วันที่ ๕” <https://www.bbc.com/thai/articles/c79ln31vx1lo> สืบค้นเมื่อ ๒๒ สิงหาคม ๒๕๖๘.

[๓] ThaiPBS, “ใครได้-ใครเสีย ชำแหละ ๑๓ ข้อตกลงหยุดยิง ไทยกัมพูชา” (๘ สิงหาคม ๒๕๖๘) <https://www.thaipbs.or.th/news/content/355180> สืบค้นเมื่อ ๒๒ สิงหาคม ๒๕๖๘; RYT9, “ไทย-กัมพูชา: ทอ. พบโดรนบินสอดแนมที่ตั้งทหารในหลายพื้นที่” (๒ สิงหาคม ๒๕๖๘) <https://www.ryt9.com/s/iq01/12734327> สืบค้นเมื่อ ๒๒ สิงหาคม ๒๕๖๘; Spacebar, “ภัยคุกคามที่ต้องระวัง! โดรนสอดแนมกัมพูชามีความแม่นยำในการสอดแนมสูงมาก” (๔ สิงหาคม) <https://spacebar.th/world/cambodia-cw-15-drone-high-performance-surveillance> สืบค้นเมื่อ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๘.

[๔] ในการใช้กำลังทางทหารของกองทัพไทย โดยปกติจะเป็นการปฏิบัติการร่วมระหว่างเหล่าทัพ อย่างไรก็ตาม ในบทความนี้จะขอจำกัดขอบเขตการศึกษาโดยกล่าวถึงเพียงการใช้กำลังทางบกของกองทัพบกไทยบนภาคพื้นดินเป็นสำคัญ

[๕] มาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑.

ที่มีหน้าที่เตรียมกำลังกองทัพไทย การป้องกันราชอาณาจักรและดำเนินการเกี่ยวกับการใช้กำลังทหารตามอำนาจหน้าที่ของกระทรวงกลาโหม และมีผู้บัญชาการทหารสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชารับผิดชอบ[๖]

กองทัพไทยมีส่วนราชการประกอบไปด้วยกองบัญชาการกองทัพไทย กองทัพบก กองทัพเรือ และกองทัพอากาศ[๗] ซึ่งกองบัญชาการกองทัพไทยมีหน้าที่ควบคุม อำนวยการ สั่งการ และกำกับดูแลการดำเนินงานของส่วนราชการในกองทัพไทยในการเตรียมกำลัง การป้องกันราชอาณาจักร และการดำเนินการเกี่ยวกับการใช้กำลังทหารตามอำนาจหน้าที่ของกระทรวงกลาโหมให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยมีผู้บัญชาการทหารสูงสุดเป็นผู้บังคับบัญชารับผิดชอบ[๘]

ในส่วนของกองทัพบกในการเตรียมกำลัง การป้องกันราชอาณาจักร และดำเนินการเกี่ยวกับการใช้กำลังกองทัพบกตามอำนาจหน้าที่ของกระทรวงกลาโหมนั้น จะมีผู้บัญชาการทหารบกเป็นผู้บังคับบัญชารับผิดชอบ[๙]

ในปัจจุบันมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑ ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมในการออกกฎกระทรวง ข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ และคำสั่งเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ซึ่งแม้ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการใช้กำลังทหาร การเคลื่อนกำลังทหาร และการเตรียมพร้อม พ.ศ. ๒๕๔๕ จะออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๐๓ อันเป็นกฎหมายฉบับเก่าก็ตาม แต่บทเฉพาะกาล มาตรา ๕๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑ ก็รองรับให้ข้อบังคับที่ออกตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๐๓ ดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ จนกว่าจะมีการออกข้อบังคับที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแทน

ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการใช้กำลังทหาร การเคลื่อนกำลังทหาร และการเตรียมพร้อม พ.ศ. ๒๕๔๕[๑๐] มีการกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมหรือผู้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือเป็นผู้มีอำนาจสั่งการใช้กำลังทหาร เคลื่อนกำลังทหาร และเตรียมพร้อม โดยมีคณะผู้บัญชาการทหาร (ประกอบไปด้วยผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ และเสธทหาร โดยมีผู้บัญชาการทหารสูงสุดเป็นประธาน) เป็นที่ปรึกษา

---

[๖] มาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑.

[๗] มาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑.

[๘] มาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑.

[๙] มาตรา ๑๙ แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. ๒๕๕๑.

[๑๐] กองบัญชาการกองทัพไทย, กฎหมายคุ้มครองการปฏิบัติการทางทหาร (พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๔) ๓๑๘-๓๒๔.

การใช้กำลังทางทหารที่มีอาวุธจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับคำสั่งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมหรือผู้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ยกเว้นกรณีที่การใช้กำลังทหารที่ผู้บังคับบัญชาของทหารในเขตพื้นที่พิจารณาสั่งการได้ตามแผนที่กำหนดไว้หรือตามความจำเป็น โดยไม่ต้องรอรับคำสั่งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ได้แก่ ก) กรณีมีการรุกล้ำดินแดน ข) กรณีมีการประกาศสงคราม หรือมีสถานะสงคราม หรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว และ ค) กรณีหน่วยทหารถูกโจมตี

ในส่วน**การเคลื่อนกำลังทหารที่มีอาวุธ**จะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับคำสั่งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมหรือผู้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ยกเว้น

- กรณีที่การเคลื่อนกำลังทหารเพื่อใช้กำลังทหารที่ผู้บังคับบัญชาของทหารในเขตพื้นที่พิจารณาสั่งการได้ตามแผนที่กำหนดไว้หรือตามความจำเป็น โดยไม่ต้องรอรับคำสั่งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ได้แก่ ก) กรณีมีการรุกล้ำดินแดน ข) กรณีมีการประกาศสงคราม หรือมีสถานะสงคราม หรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว และ ค) กรณีหน่วยทหารถูกโจมตี และ

- กรณีที่การเคลื่อนกำลังทางทหารเพื่อวางกำลังตามแนวชายแดนผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ มีอำนาจพิจารณาสั่งการได้ตามแผนที่กำหนดไว้หรือตามความจำเป็น

การเตรียมพร้อมจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับคำสั่งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมหรือผู้รับมอบอำนาจเป็นหนังสือจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ยกเว้นให้ผู้บังคับบัญชาของทหารในเขตพื้นที่พิจารณาสั่งการได้ตามแผนที่กำหนดไว้หรือตามความจำเป็น โดยไม่ต้องรอรับคำสั่งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ในกรณีดังนี้ ๑) เมื่อมีสิ่งบอกเหตุว่าจะมีการรุกล้ำดินแดน ๒) เมื่อมีการประกาศสงคราม หรือมีสถานะสงคราม หรือได้ประกาศใช้กฎอัยการศึกแล้ว ๓) เมื่อมีสิ่งบอกเหตุว่าหน่วยทหารอาจถูกจู่โจม และ ๔) เมื่อมีเหตุการณ์ปรากฏว่าจะเกิดความไม่สงบขึ้น

ในการใช้กำลังทหารหรือใช้อาวุธนั้น ให้ผู้บัญชาการของทหารกำหนดกฎการใช้กำลัง (Rules of Engagement) หรือแนวทางการใช้อาวุธให้สอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ[๑๑] โดยกฎการใช้กำลังจะปรากฏอยู่หลายรูปแบบ เช่น คำสั่งซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้กำลัง หรือแผนยุทธการ ในส่วนของประเทศไทยจะปรากฏในรูปแบบของคำสั่ง ได้แก่ คำสั่ง กห. (เฉพาะ) ที่ ๕๙/๕๐ ลงวันที่ ๗ มีนาคม ๒๕๕๐ เรื่องกฎการใช้กำลังของกองทัพไทย ซึ่งจะกำหนดแนวทางที่อนุญาตให้ใช้กำลังได้โดยชอบด้วยกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหากกองกำลังฝ่ายไทยไม่ปฏิบัติตามกฎการใช้กำลังแล้ว อาจมีความผิดฐานขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชาตามประมวลกฎหมายอาญาทหาร

[๑๑] เพิ่งอ้าง, น. ๓๒๔.

มาตรา ๓๐ ถึงมาตรา ๓๓ ดังนั้น หลักการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎการใช้กำลังจึงต้องสอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ปฏิบัติหน้าที่จึงควรทำความเข้าใจทฤษฎีสงครามที่ชอบธรรม (Just War Doctrine) เนื่องจากเป็นหลักการพื้นฐานที่ถูกนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

นอกจากนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการปฏิบัติการรบ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช ๒๔๕๗ ยังได้ให้อำนาจแก่ทหารในการประกาศใช้กฎอัยการศึก กล่าวคือ เมื่อมีสงครามหรือจลาจลขึ้น ณ แห่งใด ให้ผู้บังคับบัญชาทหาร ณ ที่นั้น ซึ่งมีกำลังอยู่ใต้บังคับไม่น้อยกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใด ๆ ของทหาร มีอำนาจประกาศใช้กฎอัยการศึก เฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นได้ แต่จะต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด[๑๒] และในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึก ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจเหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุทธการระงับปราบปรามหรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนต้องปฏิบัติตามความต้องการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร[๑๓] และเมื่อจะเลิกใช้กฎอัยการศึกแห่งใด จะทำได้ต้องมีประกาศกระแสพระบรมราชโองการเสมอ[๑๔]

๓. หลักทฤษฎีสงครามที่ชอบธรรม (Just War Doctrine)

หลักทฤษฎีสงครามที่ชอบธรรม หรือ Just War Doctrine (Bellum Justum) เป็นหลักการที่วางกฎเกณฑ์ในการใช้กำลังทางทหารทั้งก่อน ระหว่าง และภายหลังสิ้นสุดการขัดกันทางอาวุธ โดยหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญาหลายฉบับ[๑๕] หลักการดังกล่าวประกอบด้วย

๑. Jus ad Bellum คือ หลักเกณฑ์ที่จะใช้ในการพิจารณาถึงเหตุที่จะสามารถเริ่มใช้กำลังทางทหารได้

๒. Jus in Bello คือ หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมการใช้กำลังในระหว่างที่เกิดการขัดกันทางอาวุธ

---

[๑๒] มาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช ๒๔๕๗.

[๑๓] มาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช ๒๔๕๗.

[๑๔] มาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช ๒๔๕๗.

[๑๕] A. Walter Dorn, “The Just War Index: Comparing Warfighting and Counterinsurgency in Afghanistan” (A. Walter Dorn, 2011) <https://walterdorn.net/139-just-war-index-afghanistan> accessed 15 August 2025.

๓. Jus Post Bellum[๑๖] คือ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ภายหลังสิ้นสุดการขัดกันทางอาวุธแล้ว

ในการพิจารณาว่าการใช้กำลังแต่ละครั้งจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาไปตามลำดับโดยเริ่มต้นจาก Jus ad Bellum ตามด้วย Jus in Bello และสิ้นสุดลงที่ Jus Post Bellum[๑๗]

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่ต้องใช้พิจารณาประกอบค่านิยมและความเชื่อในยุคสมัยนั้น ๆ ดังนั้น เมื่อใช้หลักการดังกล่าวเป็นเกณฑ์ในการนำไปสู่การใช้กำลังแล้ว การใช้กำลังดังกล่าวจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องที่มีความเป็นพลวัตเปลี่ยนไปตามค่านิยมและความเชื่อของสังคมในแต่ละยุคสมัย แต่ในบทความนี้จะกล่าวถึงค่านิยมและความเชื่อในยุคสมัยปัจจุบันหรือยุคหลังสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุด ซึ่งจะใช้กฎบัตรสหประชาชาติเป็นหลักโดยมองสงครามเป็นเรื่องต้องห้าม และไม่ใช่วิธีการในการแก้ไขความขัดแย้งที่ยั่งยืน[๑๘]

๔. กฎหมายเกี่ยวกับวิธีการเริ่มใช้กำลังทางทหารบนหลักการ Jus ad bellum[๑๙]

ภายใต้หลัก Jus ad Bellum มีเหตุที่สามารถเริ่มใช้กำลังทางทหารได้โดยชอบด้วยกฎหมายอยู่หกเหตุ ได้แก่[๒๐]

ก) เหตุที่เป็นธรรม (Just Cause) คือหลักเกณฑ์ที่ตอบคำถามว่าสงครามแต่ละคราวนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อความถูกต้อง โดยในปัจจุบันแม้กฎบัตรสหประชาชาติ (United Nations Charter) มาตรา ๒ (๔) จะวางหลักการไว้ว่าห้ามมิให้รัฐสมาชิกใช้กำลังหรือคุกคามด้วยกำลังต่อบูรณภาพแห่งดินแดน หรือเอกราชทางการเมืองของรัฐใดๆ หรือในทางอื่นใดที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสหประชาชาติก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วหลักการดังกล่าวนี้

---

[๑๖] Michael Lacewing, “Just War Theory” (Michael Lacewing Philosopher and Teacher, 2015) <https://www.alevelphilosophy.co.uk/handouts_ethics/JustWarTheory.pdf> accessed 19 August 2025.

[๑๗] Laurie R. Blank, “Irreconcilable Differences: The Thresholds for Armed Attack and International Armed Conflict” (2020) Vol. 96:1 Notre Dame Law Review 249, 270 and 280.

[๑๘] John F. Coverdale, “An Introduction to the Just War Tradition” (2004) Volume 16, Number 2, Pace University School of Law International Law Review 221, 221-238.

[๑๙] Michael Lacewing, supra note 16.

[๒๐] William V. O’Brien and Anthony C. Arend, “Just War Doctrine and the International Law of war” (Military Medical Ethics, Volume 1) 228 <https://medcoeckapwstor-prd01.blob.core.usgovcloudapi.net/pfw-images/borden/ethicsvol1/Ethics-ch-08.pdf> accessed 19 August 2025.

เป็นหลักการที่มีอยู่ในทุกรัฐแม้จะยังไม่ได้เป็นสมาชิกประเทศของสหประชาชาติ[๒๑] อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นอยู่สามประการ ได้แก่ ๑) ความยินยอมของรัฐที่จะให้ใช้กำลังโจมตี (Consent of the territorial state) ๒) กรณีที่คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติอนุมัติการใช้กำลังเพื่อปฏิบัติการรักษาสันติภาพ (UN Security Council Authorization for the Use of Force) (มาตรา ๔๒) และ ๓) หลักการป้องกันตนเอง (Self-defense) (มาตรา ๕๑)[๒๒]

ในส่วนของหลักการป้องกันตนเอง (Self-defense) (มาตรา ๕๑) เป็นสิทธิที่มีอยู่ในแต่ละรัฐอยู่ก่อนที่จะมีกฎบัตรสหประชาชาติ (inherent right)[๒๓] สิทธิดังกล่าวจึงเป็นสิทธิที่แต่ละประเทศสามารถปกป้องตนเองจากการโจมตีได้แม้จะไม่ได้เป็นรัฐสมาชิกแห่งสหประชาชาติก็ตาม โดยหลักรัฐที่ถูกโจมตีโดยกำลังอาวุธ (armed attack)[๒๔] จะใช้สิทธิป้องกันตนเองได้ (threshold point) นั้น รัฐผู้ถูกโจมตีจะต้องถูกโจมตีโดยกำลังอาวุเท่านั้น[๒๕] ตัวอย่างของการโจมตีโดยกำลังอาวุธ เช่น การยิงด้วยปืนใหญ่ (bombardment) หรือการรุกล้ำทางอาณาเขต (invasion of territory) ซึ่งการโจมตีโดยกำลังอาวุธนี้จะมีความรุนแรง (high threshold) กว่ากรณีการใช้กำลัง (use of force) หรือกรณีการปะทะเล็กน้อยตามแนวชายแดน (mere frontier incident) ทั้งนี้ แม้การใช้กำลังหรือกรณีการปะทะเล็กน้อยตามแนวชายแดนดังกล่าวจะมีการสูญเสียกำลังพลเกิดขึ้นก็ตาม การปะทะเล็กน้อยตามแนวชายแดนก็ยังไม่ถือเป็นการโจมตีโดยกำลังอาวุธ[๒๖] ดังนั้นแม้จะมีการประกาศสงครามแล้วก็ตาม แต่หากยังไม่มีการโจมตีทางอาวุธเกิดขึ้นสิทธิในการป้องกันตนเองก็ย่อมยังไม่เกิดตามมา เนื่องจากยังถือเป็นเพียงภัยคุกคาม (threat of force) เท่านั้น[๒๗]

ในการป้องกันตนเองนี้ต้องทำการป้องกันตนเองในทันทีโดยไม่ขาดตอนจากการถูกโจมตี (immediacy requirement) อย่างไรก็ตาม ช่วงเวลาที่ทางรัฐผู้ถูกโจมตีใช้ในการพิจารณามาตรการตอบโต้เพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาทโดยสันติวิธีนี้ ช่วงระยะเวลาดังกล่าวไม่ทำให้ขาดตอนไปจากการถูกโจมตีแต่อย่างใด ดังนั้น รัฐที่ถูกโจมตีจึงยังคงสามารถใช้สิทธิป้องกันตนเองได้อยู่ เช่น รัฐ A ซึ่งเป็นรัฐที่มีชายแดนติดกันกับรัฐ B ต่อมารัฐ A ทำการโจมตีรัฐ B

---

[๒๑] John Dehn, “The UN Charter’s Original Effect on State Sovereignty and the Use of Force” (2020) <https://www.justsecurity.org/72177/the-un-charters-original-effect-on-state-sovereignty-and-the-use-of-force/> accessed 15 August 2025.

[๒๒] Laurie R. Blank, supra note 17, p. 252.

[๒๓] Constantinos Yiallourides, Markus Gehring and Jean-Pierre Gauci, The Use of Force in Relation to Sovereignty Disputes over Land Territory (British Institute of International Comparative Law, 2018) 73.

[๒๔] Ibid, p. 82-83.

[๒๕] Laurie R. Blank, supra note 17, p. 250 and 252.

[๒๖] Laurie R. Blank, supra note 17, p. 253-254 and 262.

[๒๗] Laurie R. Blank, supra note 17, p. 267.

และเข้ายึดครองพื้นที่บางส่วนของรัฐ B หากรัฐ B ปล่อยให้ระยะเวลาผ่านไปเนิ่นนาน รัฐ B ย่อมเสียสิทธิในการป้องกันตนเองเพื่อเอาดินแดนคืนจากรัฐ A ได้[๒๘]

ข้อสังเกต สิทธิในการป้องกันตนเองนี้สามารถใช้ล่วงหน้าได้หากมีภยันตรายที่ใกล้จะถึง หรือที่เรียกว่า สิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้า (Anticipatory Self-Defense)[๒๙] ซึ่งประกอบไปด้วยการป้องกันตนเองจากภยันอันตรายที่ใกล้จะถึง (Pre-Emptive Attack) และการป้องกันตนเองจากภยันตรายที่ยังอยู่ห่างไกล (Preventive Attack) โดยกรณีที่มีการป้องกันตนเองเนื่องจากมีภยันตรายที่ใกล้จะถึง[๓๐] แล้ว จะสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักการ Caroline doctrine[๓๑] เช่น หากรัฐ A และรัฐ B มีชายแดนติดกัน โดยรัฐ B ได้ทำการบุกรุกและครอบครองพื้นที่บางส่วนของรัฐ A โดยมีการปะทะตามแนวชายแดนเล็กน้อย ซึ่งโดยหลักยังไม่ถือเป็นการโจมตีทางอาวุธ (armed attack) ที่จะก่อให้เกิดสิทธิป้องกันตนเองได้ แต่หากรัฐ B ได้ทำการรวมพลเพื่อเตรียมการรุกรานรัฐ A รัฐ A ย่อมมีสิทธิป้องกันตนเองล่วงหน้า โดยไม่จำเป็นต้องรอให้รัฐ B เข้าโจมตีก่อนแต่อย่างใด แต่หากภยันตรายนั้นยังอยู่ห่างไกลก็จะเป็นการป้องกันตนเองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างของกรณีการป้องกันตนเองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากภยันตรายยังอยู่ห่างไกล เช่น รัฐ A เป็นรัฐที่ปราศจากอาวุธนิวเคลียร์ ต่อมารัฐ A พยายามพัฒนาอาวุธนิวเคลียร์ขึ้น แต่ก็ยังอยู่ในขั้นตอนของการค้นคว้าและพัฒนาอยู่ เช่นนี้รัฐ B ย่อมไม่สามารถทำการโจมตีรัฐ A เพื่อป้องกันตนเองได้ เนื่องจากภยันตรายยังอยู่ห่างไกล[๓๒]

นอกจากสิทธิในการป้องกันตนเองจะสิ้นสุดไปด้วยการขาดตอน สิทธิในการป้องกันตนเองยังสิ้นสุดไปเมื่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ดำเนินมาตรการเพื่อรักษาสันติภาพแล้วด้วยเช่นกัน อนึ่ง แม้การใช้สิทธิป้องกันตนเองนี้จะไม่จำเป็นต้องได้รับการอนุมัติจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติก่อน อย่างไรก็ตาม ภายหลังป้องกันตนเองแล้วต้องมีการแจ้งไปยังคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติให้ทราบถึงสาเหตุที่ทำการป้องกันตนเอง และวิธีการป้องกันตนเองที่ได้ใช้ไปแล้วด้วย (กฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา ๕๑)[๓๓]

---

[๒๘] Constantinos Yiallourides, supra note 23, p. 79.

[๒๙] William V. O'Brien and Anthony C. Arend, supra note 20, p. 227.

[๓๐] Laurie R. Blank, supra note 17, p. 268-269.

[๓๑] Megan C. Mallone and Christine E. Seibert, "Applying the Legal Framework of Anticipatory Self-Defense to the Democratic People's Republic of Korea" (Digital Reporter Post, 2018) 1-2 <https://www.jagreporter.af.mil/Portals/88/2018%20Articles/Documents/20181213%20Mallone%20Defense.pdf?ver=H8j_Iv6EJOA9p2fwZgCxZg%3D%3D> accessed 19 August 2025.

[๓๒] Ibid, p.3-4; Constantinos Yiallourides, supra note 23, p. 82-83.

[๓๓] Megan C. Mallone and Christine E. Seibert, Ibid, p. 3; John F. Coverdale, supra note 18, p. 233.

ข) เจตนาที่ถูกต้อง (Right Intention) มาจากเจตนาที่ตรงตามเหตุที่เป็นธรรม (Just Cause) ดังนั้น การทำสงครามโดยมีเหตุเพียงเพื่อแย่งทรัพยากรหรืออาณาเขตย่อมเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้

ค) การกระทำโดยผู้มีอำนาจ (Competent Authority) การทำสงครามต้องเป็นการกระทำของผู้มีอำนาจตามกฎหมายภายในของประเทศผู้เข้าร่วมสงครามนั้น ๆ ทั้งนี้ เพื่อแยกสงครามที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมส่วนรวมออกจากความไม่สงบในสังคมพลเรือน (private violence)[๓๔]

ง) วิธีการสุดท้าย (Last Resort) ในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งพึงใช้สันติวิธีเท่าที่พอจะเป็นไปได้ก่อนเสมอ การใช้กำลังทางทหารจึงเป็นวิธีการท้าย ๆ ในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งภายหลังจากที่ได้ใช้วิธีการทางการทูต การใช้เวทีระหว่างประเทศเพื่อกดดันผ่านการลดการให้เงินสนับสนุนหรือคว่ำบาตรด้านต่าง ๆ และวิถีทางอื่นใดที่ปราศจากการใช้กำลังทางทหาร[๓๕]

จ) มีความเป็นไปได้ที่การใช้กำลังทางทหารจะสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเหตุที่เป็นธรรม (Probability of Success)

ฉ) หลักความได้สัดส่วน (Proportionate) คือหลักการที่กำหนดว่าจะเป็นสงครามที่ชอบธรรมได้ ประโยชน์จากการทำสงครามต้องได้สัดส่วนกับผลกระทบของสงคราม เช่น ผลกระทบต่อชีวิต ความเสียหายต่อชุมชนเมือง และสิ่งแวดล้อม เป็นต้น[๓๖]

๕. กฎหมายเกี่ยวกับวิธีการใช้กำลังทางทหารบนหลักการ Jus in Bello[๓๗]

หลัก Jus in Bello เป็นหลักที่ให้ความคุ้มครองมนุษยชาติและควบคุมผลกระทบของสงครามให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดด้วยการวางกฎเกณฑ์ในการดำเนินยุทธวิธีทางทหารโดยจะมีข้อจำกัดหรือข้อห้ามในการโจมตีเป้าหมายบางเป้าหมาย โดยเฉพาะผู้ที่ไม่ได้เข้าร่วมในการขัดกันทางอาวุธ ตลอดจนห้ามใช้อาวุธที่มีอานุภาพการทำลายล้างสูง เป็นต้น[๓๘]

ในปัจจุบันมีอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ เป็นแหล่งที่มาหลักของหลักการ Jus in Bello โดยอนุสัญญาเจนีวามีสี่ฉบับ ได้แก่ ฉบับแรก ว่าด้วยการปรับปรุงสภาพความเป็นอยู่ของทหารบาดเจ็บและเจ็บป่วยในสนามรบ ฉบับที่สอง ว่าด้วยการปรับปรุงสภาพความเป็นอยู่ของผู้บาดเจ็บ ผู้ป่วย และลูกเรือที่อับปางในสงครามทางทะเล ฉบับที่สาม ว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก และฉบับที่สี่ ว่าด้วยการคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม

---

[๓๔] John F. Coverdale, Ibid, p. 250.

[๓๕] John F. Coverdale, Ibid, p. 259.

[๓๖] John F. Coverdale, Ibid, p. 255.

[๓๗] Michael Lacewing, supra note 16.

[๓๘] Laurie R. Blank, supra note 17, p. 257-258.

โดยประเทศไทยได้ให้สัตยาบันและประเทศกัมพูชาได้ทำการภาคยานุวัติอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ ทั้งสี่ฉบับแล้ว[๓๙]

ต่อมาได้มีพิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977)) ว่าด้วยความคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลกระทบจากความขัดแย้งทางอาวุธระหว่างประเทศ (International Armed Conflicts) และพิธีสารเพิ่มเติม II (Additional Protocols II (1977)) ว่าด้วยความคุ้มครองผู้ที่ได้รับผลกระทบจากความขัดแย้งทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ (non-international armed conflicts) ซึ่งพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับก็มีพื้นฐานมาจากหลักการ Jus in Bello เช่นกัน โดยทางกัมพูชาได้ทำการภาคยานุวัติพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับแล้ว[๔๐] แต่สำหรับประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันแก่พิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับดังกล่าว[๔๑] อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในพิธีสารเพิ่มเติมทั้งสองฉบับดังกล่าวส่วนใหญ่แล้วได้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศไปแล้ว เนื่องจากเป็นข้อปฏิบัติที่หลายรัฐได้ถือปฏิบัติมาอย่างสม่ำเสมอ (state practice) ในเชิงบังคับอย่างกฎหมาย (Opinio Juris)

ดังนั้น กฎหมายที่ใช้ในกรณีการขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศ (International Armed Conflict) ได้แก่ อนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ ทั้งสี่ฉบับ พิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977)) และจารีตประเพณีระหว่างประเทศ[๔๒]

กฎหมายที่ใช้ในกรณีการขัดกันทางอาวุธที่ไม่ใช่ระหว่างประเทศ (Non-International Armed Conflict) ได้แก่ อนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ ทั้งสี่ฉบับ ตามมาตรา ๓ (Common article 3) พิธีสารเพิ่มเติม II (Additional Protocols II (1977)) และจารีตประเพณีระหว่างประเทศ[๔๓]

ในการที่จะใช้อนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ ทั้งสี่ฉบับ ได้นั้น มาตรา ๒ (Common Article 2) ของอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ ทั้งสี่ฉบับ วางหลักว่าต้องเกิดความขัดแย้งทางอาวุธระหว่างประเทศ (International Armed Conflict) ก่อนเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีการประกาศสงครามก่อนแต่อย่างใด อนุสัญญาทั้งสี่ฉบับจึงจะมีผลบังคับใช้ได้ (triggered point)[๔๔] ซึ่งความขัดแย้งทางอาวุธระหว่างประเทศ

---

[๓๙] ICRC, “IHL Database” <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/treaties-and-states-parties?title=&topic=&state=TH&from=&to=&sort=state&order=ASC> accessed 19 August 2025; ICRC, “IHL Database” < https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/treaties-and-states-parties?title=&topic=&state=KH&from=&to=&sort=state&order=ASC> accessed 19 August 2025.

[๔๐] Ibid.

[๔๑] ICRC, Ibid.

[๔๒] ICRC, “International Humanitarian Law Answers to Your Questions” (2015) 21.

[๔๓] Ibid, p. 21.

[๔๔] Laurie R. Blank, supra note 17, p. 250 and 258; ICRC, Ibid, p. 18-19.

(International Armed Conflict) นี้เกิดขึ้นได้ง่าย (low threshold) แม้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างประเทศเพียงเล็กน้อยก็ถือเป็นความขัดแย้งทางอาวุธระหว่างประเทศแล้ว เช่น การจับกุมหรือการรุกล้ำดินแดน หรือการปะทะตามแนวชายแดนที่เล็กน้อย ก็ถือเป็นความขัดแย้งทางอาวุธระหว่างประเทศ (International Armed Conflict) แล้ว จึงสามารถนำอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ ทั้งสี่ฉบับมาบังคับใช้กับกรณีดังกล่าวได้[๔๕]

ภายใต้หลักการ Jus in Bello ประกอบไปด้วย หลักการต่าง ๆ ดังนี้

ก) ห้ามอาวุธบางประเภท (Prohibition of Weapon) อาวุธบางอย่างเป็นอาวุธที่ต้องห้ามโดยกฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากโดยสภาพแล้วมีความร้ายแรงอยู่ในตัว โดยเฉพาะอาวุธที่สร้างความเจ็บปวดเกินความจำเป็น รวมถึงอาวุธที่โดยสภาพแล้วปราศจากความแม่นยำในการโจมตี ซึ่งจะส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่พลเรือนได้ เช่น อาวุธเคมี (Chemical weapons) และอาวุธชีวภาพ (Biological weapons)[๔๖] ซึ่งหลักการที่ห้ามรัฐภาคีใช้ พัฒนา ผลิต หรือครอบครอง หรือถ่ายโอนการครอบครอง และให้ทำลายอาวุธชีวภาพและอาวุธเคมีก็มีปรากฏอยู่ใน ๑) อนุสัญญาว่าด้วยการห้ามการพัฒนา ผลิต และสะสมอาวุธชีวภาพและอาวุธพิษ และว่าด้วยการทำลายอาวุธดังกล่าว ๒๕๑๕ (Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction 1972) ๒) อนุสัญญาว่าด้วยการห้ามการพัฒนา ผลิต สะสม และใช้อาวุธเคมี และการทำลายอาวุธเคมี ๒๕๓๖ (Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction 1993)[๔๗] และ ๓) มาตรา ๓๕ แห่งพิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977))

นอกจากนี้ ยังมีการห้ามใช้ทุ่นระเบิดตามอนุสัญญาว่าด้วยการห้ามใช้ สะสม ผลิต และโอนทุ่นระเบิดสังหารบุคคลและการทำลายทุ่นระเบิด (Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction (1997)) หรือสนธิสัญญาออตตาวา ที่กำหนดให้รัฐภาคีห้ามใช้ พัฒนา ผลิต หรือครอบครอง หรือถ่ายโอนการครอบครองอาวุธดังกล่าว หรือช่วยรัฐอื่นในการกระทำดังกล่าว และรัฐภาคีต้องทำลายทุ่นอาวุธที่อยู่ในความครอบครองให้หมดสิ้น[๔๘]

ข) หลักการแยกแยะการโจมตี (Discrimination หรือ Civilian Immunity) หลักการนี้ให้แยกแยะการโจมตีเป้าหมายทางทหารออกจากเป้าหมายทางพลเรือน โดยห้ามทำการโจมตีเป้าหมายทางพลเรือน เว้นแต่พลเรือนดังกล่าวจะได้เข้าร่วมกับกองกำลัง เช่น พลเรือนใช้พาหนะซึ่งแม้จะเป็นของพลเรือนในการขนอาวุธเพื่อสนับสนุนกองกำลังทางทหารหรือการที่

[๔๕] Laurie R. Blank, Ibid, p. 258-260.

[๔๖] William V. O'Brien and Anthony C. Arend, supra note 20, p. 231-234.

[๔๗] ICRC, supra note 42, p. 52.

[๔๘] ICRC, Ibid, p. 50.

พลเรือนเข้าร่วมการสู้รบเพื่อทำการประทุษร้าย (direct participation in hostilities) เช่นนี้ พลเรือนดังกล่าวก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและถูกโจมตีได้โดยชอบ (มาตรา ๕๑ วรรคสามแห่งพิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977)))[๔๙] รวมถึงกรณีที่การโจมตีโดยใช้อาวุธระยะไกลที่ปราศจากความแม่นยำอันอาจทำให้การโจมตีพลาดไปถูกพลเรือนได้ก็ขัดกับหลักการนี้เช่นกัน (มาตรา ๕๑ วรรคสี่แห่งพิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977)))[๕๐]

เครื่องหมายกาชาด เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดง และเครื่องหมายแก้วเจียรนัยแดง (the red cross, the red crescent and the red crystal emblems) โดยหลักห้ามถูกโจมตี และห้ามกองกำลังใดนำเครื่องหมายกาชาดมาใช้แอบแฝง (perfidy) เพื่อเป้าหมายทางทหารในการหลีกเลี่ยงการถูกโจมตี และทำการโจมตีประเทศคู่พิพาทได้ง่ายขึ้นเนื่องจากเป็นอาชญากรรมสงคราม (มาตรา ๓๗ วรรคหนึ่งแห่งพิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977))[๕๑] และมาตรา ๓๘ และมาตรา ๔๒ แห่งอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ ฉบับที่หนึ่ง)

เครื่องหมายกาชาด เครื่องหมายเสี้ยววงเดือนแดง แก้วเจียรนัยแดง

ที่มา : https://www.redcross.org.uk/about-us/what-we-do/protecting-people-in-armed-conflict/the-emblem

นอกจากนี้ อนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ฉบับที่หนึ่ง มาตรา ๑๙ ถึงมาตรา ๒๐ กับอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ฉบับที่สี่ มาตรา ๑๘ ต่างก็วางหลักว่าสถานที่ตั้งหน่วยทางการแพทย์ และหน่วยทางการแพทย์เคลื่อนที่ (medical units and transports, civilian hospital) ห้ามถูกโจมตี และปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว โดยห้ามทำการโจมตีหน่วยการแพทย์ดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นหน่วยทางการแพทย์ของพลเรือนหรือทหารก็ตาม และห้ามขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยทางการแพทย์ดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม หน่วยแพทย์ดังกล่าวอาจสูญเสียความคุ้มกัน

[๔๙] John F. Coverdale, supra note 18, p. 263-264; ICRC, Ibid, p. 26, 47 and 49.

[๕๐] ICRC, Ibid, p. 47.

[๕๑] ICRC, Ibid, p. 56.

จากการถูกโจมตีได้หากมีการใช้สถานพยาบาลเป็นที่กำบังของกองกำลัง โดยต้องทำการแจ้งเตือนก่อนการโจมตีด้วย (อนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ฉบับที่หนึ่ง มาตรา ๒๑ กับอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ฉบับที่สี่มาตรา ๑๙)[๕๒]

ภายใต้หลักการแยกแยะการโจมตีเป้าหมายทางทหารออกจากเป้าหมายทางพลเรือนนี้ จึงเกิดหลักห้ามใช้พื้นที่ทางพลเรือนในการป้องกันการโจมตีเพื่อเป็นโล่มนุษย์ (Human Shield) ทั้งนี้ ตามอนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ ฉบับที่สี่ว่าด้วยการคุ้มครองพลเรือนในยามสงคราม มาตรา ๒๘ และพิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977)) มาตรา ๕๑ (๗) โดยหลักการดังกล่าวได้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ข้อที่ ๙๗ (Customary International Humanitarian Law) แล้ว

ในทำนองเดียวกับการใช้โล่มนุษย์ มรดกทางวัฒนธรรมก็ได้รับความคุ้มกันจากการถูกโจมตีโดยห้ามใช้เป็นที่กำบังของกองกำลังจากการถูกโจมตี ตลอดจนห้ามทำการโจมตีมรดกทางวัฒนธรรม ซึ่งเป็นการได้รับความคุ้มกันเช่นเดียวกับลักษณะเป็นทรัพย์สินของพลเรือน โดยหลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทรัพย์สินทางวัฒนธรรมในกรณีความขัดแย้งทางอาวุธ ค.ศ. ๑๙๕๔ (Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict 1954) และในพิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977)) มาตรา ๕๓ และในปัจจุบันหลักเกณฑ์ห้ามโจมตีมรดกทางวัฒนธรรมกับห้ามใช้มรดกทางวัฒนธรรมเป็นที่กำบังของกองกำลังได้กลายเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้วตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ข้อที่ ๓๘ และข้อ ๓๙ (Customary International Humanitarian Law)[๕๓]

ค) ความจำเป็นทางทหาร (Military Necessity) คือ หลักการที่ห้ามใช้กำลังเกินสัดส่วนเท่าที่จำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ทางทหาร กล่าวคือ การขัดกันทางอาวุธต้องได้สัดส่วนเท่าที่จำเป็น (Proportionality) ในการที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์ทางยุทธศาสตร์ทางการทหาร (military utility) เท่านั้น ดังนั้น การโจมตีเป้าหมายทางทหารที่อยู่ในพื้นที่ชุมชนเพื่อเอาพลเรือนเป็นโล่มนุษย์จึงอาจกระทำได้หากเป้าหมายทางทหารดังกล่าวก่อให้เกิดภยันตรายอย่างร้ายแรงยิ่งกว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับพลเรือนเนื่องจากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นทางทหารและได้สัดส่วน แม้จะกระทบกับพลเรือนบ้างก็ตาม (collateral damage) ทั้งนี้ ตามพิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977)) มาตรา ๕๑ วรรคห้า (b))[๕๔]

ง) การปฏิบัติต่อเชลยศึกด้วยดี (Prisoners of War must be Treated Well) โดยหลักกองกำลังติดอาวุธสามารถที่จะถูกโจมตีได้ เว้นแต่ จะตกเป็นผู้อยู่นอกการรบ (hors de combat) ซึ่งการอยู่นอกการรบนี้คือการที่กองกำลังยอมจำนน บาดเจ็บหรือเจ็บป่วยจนไม่สามารถ

[๕๒] ICRC, Ibid, p. 74.

[๕๓] ICRC, Ibid, p. 75-76.

[๕๔] William V. O'Brien and Anthony C. Arend, supra note 20, p. 230,240,242 and 243; John F. Coverdale, supra note 18, p. 221, 268,271 and 277.

ป้องกันตนเองได้ เช่นนี้บุคคลดังกล่าวก็จะกลายสภาพไปเป็นเชลยศึกซึ่งต้องห้ามถูกโจมตีหรือทำร้าย (พิธีสารเพิ่มเติม I (Additional Protocols I (1977)) มาตรา ๔๑ และจารีตประเพณีระหว่างประเทศของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ข้อที่ ๔๗ (Customary International Humanitarian Law)) และยังต้องห้ามดำเนินคดีต่อบุคคลดังกล่าวเพียงเพราะเขาเข้าร่วมสงคราม เว้นแต่จะเป็นข้อหาอาชญากรรมสงคราม[๕๕] หรือเชลยศึกกระทำผิดตามกฎหมายภายในของรัฐผู้ทำการควบคุมตัวเชลยศึกไว้[๕๖] อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินคดีดังกล่าวเชลยศึกต้องได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและมีสิทธิโต้แย้ง มีสิทธิที่จะมีทนายความ และจะไม่มีความผิดหากไม่มีกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศบัญญัติเป็นความผิด (อนุสัญญาเจนีวา (Geneva Conventions) ค.ศ. ๑๙๔๙ ฉบับที่สามว่าด้วยการปฏิบัติต่อเชลยศึก มาตรา ๙๙)

๖. ขั้นตอนการดำเนินการภายหลังสิ้นสุดสงคราม (Jus Post bellum)[๕๗]

ขั้นตอนการดำเนินการภายหลังสิ้นสุดสงครามมี ดังนี้

ก) การประกาศสงบศึกต้องกระทำโดยผู้มีอำนาจตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ (Proper Authority Declaration of Peace)

ข) การดำเนินคดีอาชญากรรมสงคราม (War Crime Trial) รัฐทุกรัฐมีอำนาจทำการสอบสวนและฟ้องร้องเพื่อดำเนินคดีต่ออาชญากรสงครามได้ (universal jurisdiction)[๕๘] ซึ่งการกระทำที่ถือว่าเป็นอาชญากรรมสงคราม ได้แก่ การกระทำของผู้ที่ทำการฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในช่วงสงคราม (Jus in Bello) ทั้งหมด[๕๙] ตัวอย่างของอาชญากรรมสงคราม (War crime) เช่น การโจมตีพลเรือนโดยไม่แยกแยะจากเป้าหมายทางการทหาร การโจมตีหน่วยทางการแพทย์ การใช้สถานพยาบาลหรือมรดกทางวัฒนธรรมเป็นที่กำบัง หรือการใช้อาวุธที่มีอานุภาพการทำลายล้างสูงและสร้างความทุกข์ทรมานจนเกินความจำเป็น[๖๐]

---

[๕๕] ICRC, supra note 42, p. 27-28.

[๕๖] Yvette Issar, “When can a prisoner of war be prosecuted?” (Humanitarian Law and Policy, 23 June 2022) <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2022/06/23/on-trial-geneva-convention-prisoners-of-war/> accessed 19 August 2025.

[๕๗] Michael Lacewing, supra note 16.

[๕๘] ICRC, “Universal Jurisdiction over Warcrime” (2014) <https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/universal-jurisdiction-icrc-eng.pdf> accessed 19 August 2025.

[๕๙] William V. O’Brien and Anthony C. Arend, supra note 20, p. 239; ICRC, supra note 42, p. 95.

[๖๐] ICRC, Ibid, p. 94.

๗. บทสรุป

หลายคนมักเข้าใจว่าสงครามคือการรบที่ปราศจากกฎเกณฑ์ และจะใช้วิธีการใดก็ได้เพื่อให้ได้มาซึ่งชัยชนะเหนือประเทศคู่ขัดแย้ง แต่ในความเป็นจริงแล้วสงครามไม่ใช่การรบที่ไร้กฎเกณฑ์ หากแต่มีกฎเกณฑ์ควบคุมตั้งแต่ก่อนเกิดความขัดแย้ง ไปจนถึงระหว่างเกิดการขัดกันทางอาวุธไปจนถึงสิ้นสุดสงคราม ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้สิ้นสุดลง ประชาคมโลกต่างได้บทเรียนของสงครามที่ไร้กฎเกณฑ์ และผลกระทบของสงครามที่มีต่อมนุษยชาติ กฎหมายระหว่างประเทศจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญในการควบคุมสงครามเพื่อให้เกิดความเสียหายน้อยที่สุดและเท่าที่จำเป็น ด้วยเหตุนี้การขัดกันทางอาวุธระหว่างประเทศไทยทางภาคพื้นดินกับประเทศกัมพูชาหรือกับประเทศอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นอีกในอนาคตจึงไม่ใช่สิ่งที่สามารถกระทำได้โดยไร้กฎเกณฑ์ หากแต่จะต้องคำนึงถึงอำนาจตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้ได้มาซึ่งความชอบธรรมในการใช้กำลังของกองทัพบก ซึ่งจะส่งผลดีต่อประเทศไทยในเวทีโลก ดังนั้น กฎการใช้กำลัง (Rule of Engagement) จะต้องระบุถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการใช้กำลังเพื่อให้เกิดแนวปฏิบัติที่สอดคล้องกับกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ในการทำความเข้าใจกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อให้ง่ายต่อกำลังพลซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติที่หน้างาน หัวใจสำคัญของการใช้กำลังจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่มาจากทฤษฎีสงครามที่ชอบธรรม (Just War Doctrine) ซึ่งจะกล่าวถึงเหตุอันชอบธรรมที่จะใช้กำลัง (Jus ad Bellum) วิธีการใช้กำลัง (Jus in Bello) และวิธีดำเนินการภายหลังสิ้นสุดสงคราม (Jus Post Bellum) และหลักการเหล่านี้เองจะทำให้ประเทศไทยมีความชอบธรรมในการทำศึกสงคราม และนำมาซึ่งชัยชนะให้แก่คนไทยโดยที่ส่งผลกระทบน้อยที่สุด

ที่ปรึกษา

นายปกรณ์ นิลประพันธ์

บรรณาธิการ

นางสมาพร นิลประพันธ์

กองบรรณาธิการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม
นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย
นางสาวคนึงนิจ แซ่เฮง
นางสาวธมณณัฏฐ์ พราหมณ์ดี
นางสาวเสาวนีย์ จันทร์ชวลิต
นางสุปราณี เพ็งหนู
นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์
นางสาวรัชนีกร ลาภวณิชชา
นางสาวพรรณพร สนธิไชย

ผู้จัดการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม

เหรัญญิก

นางสาวศิริพรรณ พวงทอง

สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน
Advanced Legal Training Institute