



วารสาร  
กฤษฎีกา

เล่ม 1 ตอน 2

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

April 2021

**ocs**

**e-Journal**

**Volume 1 Part 2**

Better Regulation for Better Life  
Office of the Council of State

## บทบรรณาธิการ

สวัสดีค่ะ ท่านผู้อ่านทุกท่าน พบกันอีกครั้งสำหรับวารสารกฤษฎีกา เล่ม ๑ ตอน ๒ เมษายน ๒๕๖๔ ซึ่งในฉบับนี้ เรายังคงเจตนารมณ์เดิมในการนำเสนอบทความทางกฎหมาย และหลักกฎหมายที่มีประเด็นสำคัญ ตลอดจนเกร็ดความรู้และสาระต่าง ๆ มากมาย ที่คัดสรรมา เพื่อให้ท่านผู้อ่านทุกท่านได้รับสาระ ความรู้ และหลักกฎหมายในด้านต่าง ๆ อย่างเข้มข้น

ฉบับนี้ กองบรรณาธิการได้เลือกสรรบทความ ซึ่งเป็น ๘ ประเด็นร้อน ๆ ได้แก่

- บทความวิชาการเรื่อง “ปัญหาความรับผิดชอบของประเทศจีนกรณีเชื้อโรคไวรัส COVID 19 ระบาด” ของ ศ.ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช
  - บทความวิชาการเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายในการเฝ้าระวัง ควบคุม และป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ : กรณีศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อของประเทศสิงคโปร์และประเทศญี่ปุ่น” ของนางสาวนัฐกานต์ ขำยัง
  - บทความวิชาการเรื่อง “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับข้อเสนอให้มีการบังคับฉีดวัคซีนป้องกัน COVID 19 ในออสเตรเลีย” ของนายพันวา นิลประพันธ์
  - บทความวิชาการเรื่อง “หลักการกำหนดค่าธรรมเนียมในกฎหมาย” ของ กองพัฒนามาตรฐานกฎหมาย
  - บทความวิชาการเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ตอนที่ ๑” ของนายคณันท์ ชัยชนะ
  - บทความวิชาการเรื่อง “ปัญหาการแข่งขันทางการค้าไม่เป็นธรรมในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์ม” ของนางสาวอรพิม ประสงค์
  - บทความใกล้ตัว เรื่อง “คูชีวิต : ร่างพระราชบัญญัติที่ถูกลืม ?” ของนางสาวรัชนีกร ลาภวณิชชา พรหมศักดิ์
  - บทความวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจจากกองกฎหมายไทย เรื่อง “อำนาจในการออกประกาศคณะกรรมการสำรวจการกักตุนโรคภัยเพื่อขยายระยะเวลาสำรวจการกักตุนโรคภัยของพนักงานเจ้าหน้าที่” ของนางสาวสุกฤตา ฉัตรพรธนดุล และที่ไม่ควรพลาด คือ “แนะนำเว็บไซต์กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่สามารถสืบค้นข้อมูลเป็นภาษาอังกฤษ” ของนางวรรณาริ สิงห์สุขวงษ์ และ “แนะนำเว็บไซต์กฎหมายสำคัญของประเทศแคนาดา” ของนางสาวนุสรรา สุขวิบูลย์ กองกฎหมายต่างประเทศ
- กองบรรณาธิการหวังว่าท่านที่ได้อ่านวารสารฉบับนี้จะได้รับประโยชน์และความรู้ จากมุมมองทางกฎหมายใหม่ ๆ ของนักกฎหมายในต่างประเทศ และอย่าลืมติดตามวารสารกฤษฎีกาในฉบับต่อไปด้วยนะคะ

พบกันใหม่ในวารสารกฤษฎีกาฉบับหน้า (ปีที่ ๑ ตอน ๓ กรกฎาคม ๒๕๖๔)

# สารบัญ

วารสารกฤษฎีกา

## บทความทางกฎหมาย

- ๓ ปัญหาความรับผิดชอบของประเทศจีน กรณีเชื้อโรคไวรัส COVID 19 ระบาด โดย *ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช*
- ๑๔ มาตรการทางกฎหมายในการเฝ้าระวัง ควบคุม และป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ : กรณีศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อของประเทศสิงคโปร์และประเทศญี่ปุ่น โดย *นัฐกานต์ ขำยัง*
- ๓๖ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับข้อเสนอให้มีการบังคับฉีดวัคซีนป้องกัน COVID 19 ในออสเตรเลีย โดย *พันวา นิลประพันธ์*
- ๔๒ หลักการกำหนดค่าธรรมเนียมในกฎหมาย โดย *กองพัฒนามากฎหมาย*
- ๗๒ มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ตอนที่ ๑ โดย *คณินท์ ชัยชนะ*
- ๘๙ ปัญหาการแข่งขันทางการค้าไม่เป็นธรรมในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์ม โดย *อรพิม ประสงค์*

## บทความใกล้ตัว (In Trend)

- ๑๐๙ คู่ชีวิต : ร่างพระราชบัญญัติที่ถูกลืม ? โดย *รัชนิกร ลาภวณิชชาพรหมศักดิ์*

## เรื่องน่ารู้

- ๑๒๒ บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจจากกองกฎหมายไทย เรื่อง “อำนาจในการออกประกาศคณะกรรมการสำรวจการกักตุนโภคภัณฑ์เพื่อขยายระยะเวลาสำรวจการกักตุนโภคภัณฑ์ของพนักงานเจ้าหน้าที่” โดย *สุกฤตา วัตรพรรณดุล*
- ๑๓๐ แนะนำเว็บไซต์กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่สามารถสืบค้นข้อมูลเป็นภาษาอังกฤษ โดย *วรรณารี สิงห์สุวรรณ*
- ๑๓๘ แนะนำเว็บไซต์กฎหมายสำคัญของประเทศแคนาดา โดย *นุสรรา สุขวิบูลย์*

## ปัญหาความรับผิดชอบของประเทศจีนกรณีเชื้อโรคไวรัส COVID 19 ระบาด\*

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช\*\*

เหตุการณ์การระบาดของเชื้อโรคไวรัส COVID 19 ซึ่งต้นตอมาจากเมืองอู่ฮั่น มณฑลเหอเป่ย์ ประเทศจีนนั้น ได้สร้างความเสียหายเป็นวงกว้างทั่วภูมิภาคของโลก ขณะที่เขียนบทความนี้ มีผู้ติดเชื้อจำนวน ๑๑๕ ล้านคนและ คร่าชีวิตประชาชนไปกว่า ๒.๕๗ ล้านคน ส่วนความเสียหายทางเศรษฐกิจนั้นมูลค่ามหาศาลกระทบอุตสาหกรรมน้อยใหญ่หลายธุรกิจ โดยเฉพาะธุรกิจการบิน การขนส่ง การท่องเที่ยว/การโรงแรม และส่งผลกระทบต่อภารกิจงานอีกจำนวนมาก ทำให้เกิดคำถามข้อสงสัยว่า ผู้เสียหายเหล่านี้จะเรียกร้องค่าเสียหายจากประเทศจีนในฐานะประเทศต้นกำเนิดของการแพร่ระบาดเชื้อไวรัส covid 19<sup>๑</sup> ได้หรือไม่เพียงใด คำถามนี้น่าสนใจมากเพราะที่ผ่านมาในอดีต ประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศมักเป็นเรื่องของคนต่างด้าวได้รับความเสียหายในต่างแดน เช่น กิจการของคนต่างด้าวถูกเวนคืนโอนเป็นของรัฐ รัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวจะใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย หรือกรณีการละเมิดอำนาจอธิปไตยของรัฐ<sup>๒</sup> หรือการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบกรณีที่รัฐผู้รับ (receiving state) มิได้คุ้มครองหลักความละเมิดมิได้ในสถานที่ของคณะผู้แทนทางทูตหรือความคุ้มกันทางการทูต<sup>๓</sup> การลงทุน<sup>๔</sup> การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา<sup>๕</sup> เป็นต้น แต่ยังไม่เคยมีการเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบกรณีที่เกิดโรคระบาดระหว่างประเทศในระดับระหว่างประเทศ ข้อเขียนนี้จะเสนอมุมมองของกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะประเด็นความรับผิดชอบของรัฐและกลไกการเสนอให้ศาลระหว่างประเทศพิจารณาว่ามีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงไร

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* ศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (S.J.D.) University of Wisconsin-Madison

<sup>๑</sup> CO หมายถึง corona VI หมายถึง ไวรัส (virus) D หมายถึง เชื้อโรค (disease) ส่วน 2019 แทนปี ค.ศ.ที่เกิดขึ้น

<sup>๒</sup> *Corfu Channel case 1949 (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*

<sup>๓</sup> *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, 1. C. J. Reports 1980

<sup>๔</sup> *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989 *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989

<sup>๕</sup> *GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, 1. C. J. Reports 1997

อนึ่ง มีข้อสังเกตเบื้องต้นว่า ในขณะนี้ มีการเสนอสมมุติฐานอย่างน้อย ๔ แนวทางด้วยกันเกี่ยวกับต้นตอการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัส covid 19 โดยสมมุติฐานแรกซึ่งเกิดขึ้นในช่วงแรก ๆ ที่มีการค้นพบผู้ติดเชื้อและการแพร่ระบาดเป็นวงกว้างที่อุฮั่นนั้นมาจากตลาดค้าสัตว์ป่า สมมุติฐานที่สอง เป็นข้อสงสัยที่เสนอโดยรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ว่ามีเหตุอันควรสงสัยว่าเชื้อหลุดมาจากศูนย์ไวรัสวิทยาที่เมืองอุฮั่น (The Wuhan Institute of Virology) สมมุติฐานที่สามเห็นว่า เชื้อไวรัสมาจากห้องแลปที่เมืองนอร์ทแคโรไลนา ประเทศสหรัฐอเมริกา สมมุติฐานที่สี่เห็นว่ามาจากอาหารแช่แข็งที่ประเทศจีนนำเข้ามาจากต่างประเทศ<sup>๖</sup> และสมมุติฐานสุดท้าย คาดว่าน่าจะมาจากกลุ่มประเทศเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งหนึ่งในนั้นมาจากตลาดนัดจตุจักรประเทศไทย สมมุติฐานที่สามมาจากรัฐบาลจีนและเจ้าหน้าที่ขององค์การอนามัยโลก ส่วนสมมุติฐานสุดท้ายมาจากข้อเขียนในสื่อแห่งหนึ่งของประเทศเดนมาร์กที่อ้างผู้เชี่ยวชาญขององค์การอนามัยโลกที่เข้าไปหาพยานหลักฐานและพิสูจน์การแพร่ระบาดในประเทศจีน อย่างไรก็ตาม ผู้เชี่ยวชาญท่านนี้ได้ออกมาปฏิเสธว่าตนเองมิได้ระบุว่ามาจากประเทศใด

สำหรับข้อเขียนนี้จะจำกัดเฉพาะสองสมมุติฐานแรก เนื่องจากการกระทำของจีนที่ผ่านมามีแนวโน้มให้ชาวโลกสงสัย ไม่ว่าจะเป็นการรายงานการระบาดที่ล่าช้ามาก เกินระยะเวลาที่กฎอนามัยโลกระหว่างประเทศกำหนดเวลาไว้ และกรณี COVID 19 นี้ไม่ใช่กรณีแรก ตอนเกิดโรคระบาดไข้หวัด SARS ระบาดในปี ค.ศ. ๒๐๐๒ รัฐบาลจีนเองก็แจ้งข่าวที่ล่าช้า<sup>๗</sup> นอกจากการรายงานที่ล่าช้าแล้ว ในช่วงการระบาด COVID 19 เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นของจีนพยายามปกปิดข้อมูล และดำเนินคดีกับแพทย์ที่พยายามส่งข่าวให้กับชาวโลก นอกจากนี้ รัฐบาลจีนยืดเยื้อประวิงเวลาในการที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญขององค์การอนามัยโลกเข้าไปตรวจสอบข้อเท็จจริงในเมืองอุฮั่น ซึ่งอีกเช่นกัน กรณีนี้มีไข้เกิดขึ้นครั้งแรก ในคราวไข้หวัด SARS ที่มณฑลกว่างต้ง (Guangdong) ระบาด จีนเองก็ลังเลที่จะให้ความร่วมมือระหว่างประเทศที่จะให้ตัวอย่างข้อมูล

---

<sup>๖</sup> นักวิทยาศาสตร์ยืนยันว่าสมมุติฐานนี้มีความเป็นไปได้น้อยมาก โปรดดู Did the coronavirus really come from frozen food, as the WHO suggests? ใน <https://www.newscientist.com/article/2267598-did-the-coronavirus-really-come-from-frozen-food-as-the-who-suggests/> Read more: <https://www.newscientist.com/article/2267598-did-the-coronavirus-really-come-from-frozen-food-as-the-who-suggests/#ixzz6nZ4FuH54>

<sup>๗</sup> Huang Y. THE SARS EPIDEMIC AND ITS AFTERMATH IN CHINA: A POLITICAL PERSPECTIVE. In: Institute of Medicine (US) Forum on Microbial Threats; Knobler S, Mahmoud A, Lemon S, et al., editors. Learning from SARS: Preparing for the Next Disease Outbreak: Workshop Summary. Washington (DC): National Academies Press (US); 2004. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK92479>

ต่าง ๆ โดยช่วงแรกการระบาดเกิดขึ้นในช่วงเดือนพฤศจิกายนแต่มารายงานในเดือนกุมภาพันธ์<sup>๘๘</sup> ในกรณีของ covid ศาสตราจารย์ Dominic Dwyer (ซึ่งเป็นหนึ่งในทีมผู้เชี่ยวชาญขององค์การอนามัยโลก) ได้กล่าวว่า รัฐบาลจีนปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลของผู้ติดเชื้อจำนวน ๑๗๔ คน ที่เกิดขึ้นในช่วงแรก โดยครึ่งหนึ่งของจำนวนนี้มีความเกี่ยวข้องกับตลาดค้าสัตว์ป่าในอู่ฮั่น แก่ทีมผู้เชี่ยวชาญขององค์การอนามัยโลกที่เข้าไปลงพื้นที่เก็บข้อมูลและตรวจสอบการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัส โดยเฉพาะข้อมูลช่วงที่มีการเริ่มระบาดใหม่ ๆ ช่วงเดือนธันวาคม<sup>๘๙</sup> คำถามก็คือ แล้วอีกครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ติดเชื้อ ๑๗๔ คน ติดเชื้อมาจากที่ใด หากประมวลข้อเท็จจริงประกอบกันแล้ว พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ทั้งในระดับท้องถิ่นและรัฐบาลกลางของจีนน่าสงสัย มีพิรุณและไม่สอดคล้องกับหลักสุจริต (good faith, bona fide) อันเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศและอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ ข้อ ๒๖ ที่กำหนดให้รัฐต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาอย่างสุจริตใจ

### ๑. มูลฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศ

ตราสารระหว่างประเทศที่เหมาะสมจะเป็นจุดเริ่มต้นในการพิจารณาเรียกร้องให้ประเทศจีนรับผิดชอบได้หรือไม่ นั่นคือ Draft's Articles ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (International Law Commission: ILC) ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐจากการกระทำอันมิชอบในทางระหว่างประเทศ หากมองย้อนกลับไปแล้ว จะพบว่า ในอดีตมีความพยายามในระดับระหว่างประเทศที่จะจัดทำร่างอนุสัญญาเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐบาลมาแล้ว ไม่ว่าจะเป็นในกรอบขององค์การสันนิบาตชาติก็ดี the First International Conference of American States ก็ดี Harvard Draft ก็ดี ล้วนแล้วมีขอบเขตจำกัดมากคือ กล่าวถึงแต่เฉพาะความรับผิดชอบของรัฐกรณีที่เกิดความเสียหายต่อคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ต่างประเทศที่เรียกว่า international responsibility of the State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens เท่านั้น<sup>๙๐</sup> รวมถึงรายงานของ Special Rapporteur คนแรกคือ Garcia-Amador ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติ

<sup>๘๘</sup> David P. Fidler, Principles of State Responsibility and China's Behavior in the SARS, American Society of International Law, vol. 8 issue 7, 2003

<sup>๘๙</sup> Covid-19 pandemic: China 'refused to give data' to WHO team จากเว็บไซต์สำนักข่าวรอยเตอร์ <https://news.trust.org/item/20210213085331-subcj/> วันที่ ๑๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔

<sup>๙๐</sup> โปรดดู First Report on International Responsibility by Mr. F.V. Garcia-Amador, Special Rapporteur, the Yearbook of the International Law Commission:- 1956, vol. II, pp.176-179

ด้วย<sup>๑๑</sup> จุดเปลี่ยนสำคัญคือรายงานของศาสตราจารย์ Robert Ago ที่ศึกษาหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐที่มีได้จำกัดเพียงแค่ความรับผิดชอบที่เกิดความเสียหายแก่คนต่างด้าว เช่น การโอนกิจการของคนต่างด้าวตกเป็นของรัฐ (Expropriation) หรือกรณีเกิดการปฏิเสธความยุติธรรม (Denial of justice) เป็นต้น ส่วน Special Rapporteur ท่านสุดท้ายในหัวข้อความรับผิดชอบของรัฐคือ James Crawford ซึ่งได้ผลักดันจนสำเร็จเป็น Draft's articles ที่น่าสนใจก็คือ ในระหว่างการจัดทำร่างอนุสัญญาฯ นี้ เท่าที่ค้นดูข้อมูล ยังไม่มีการหยิบยกประเด็นเรื่องความรับผิดชอบของรัฐมาเชื่อมโยงการแพร่ของโรคระบาดในทางระหว่างประเทศแต่อย่างใด แม้ว่าในอดีต โลกเราจะเผชิญกับโรคระบาดมาหลายครั้งก็ตาม

อนึ่ง แม้ว่า Draft's Article นี้จะยังไม่ีสถานะเป็นสนธิสัญญาก็ตาม แต่ในประเด็นองค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐนั้นถือว่าเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ โดยองค์ประกอบที่สำคัญมีอยู่สองประการคือ ประการแรก การกระทำนั้นต้องสามารถกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ (attributable to state) ในที่นี้คือ ประเทศจีน และประการที่สอง การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ (breach of an international obligation) ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของสนธิสัญญา กฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไป ส่วนองค์ประกอบเรื่องความเสียหายนั้น ในอดีตเคยเป็นประเด็นถกเถียงกันว่า จะต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นหรือไม่จึงจะเรียกร้องให้รัฐรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศได้ อย่างไรก็ดี ประเด็นนี้ยุติแล้วว่า ความเสียหายมิใช่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของความรับผิดชอบของรัฐ เนื่องจากว่า การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศโดยตัวมันเองได้ก่อให้เกิดความเสียหายแล้ว ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะคำนวณเป็นตัวเงินได้หรือไม่ก็ตาม

### ๑.๑ การกระทำของรัฐ

สำหรับองค์ประกอบข้อแรกนั้น มีนัยยะว่า รัฐผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำที่เป็นปัญหานั้น สามารถกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของประเทศจีน ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อม การกระทำของรัฐตาม Draft's Article นี้ มีความหมายกว้าง กินความถึงการกระทำทั้งสามองค์กร คือฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ และฝ่ายบริหารนี้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นการกระทำของรัฐบาลกลางเท่านั้น รัฐที่ใช้ระบอบการปกครองแบบ federalism นั้น การกระทำของรัฐบาลในระดับมลรัฐก็สามารถกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐได้<sup>๑๒</sup> นอกจากนี้แล้ว การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในระดับท้องถิ่นก็รวมอยู่ใน

<sup>๑๑</sup> Second Report on International Responsibility by Mr. F.V. Garcia-Amador, Special Rapporteur, the Yearbook of the International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission Vol.II, 1967, p.105

<sup>๑๒</sup> Article 4 (1) of the Draft's Articles

ความหมายของการกระทำของรัฐด้วย ฉะนั้น การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นไม่ว่าจะเรียกชื่อหรืออยู่ในระดับใดก็ตามก็สามารถกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้<sup>๑๓</sup>

เมื่อทราบขอบเขตและความหมายของการกระทำที่สามารถกล่าวอ้างได้ว่าเป็นของรัฐแล้ว ประเด็นต่อไปสมควรพิจารณาว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาเริ่มแรกที่มีการค้นพบผู้ติดเชื้อ COVID 19 ในเมืองอู่ฮั่น มณฑลเหอเป่ย์ ประเทศจีนนั้น จะสามารถกล่าวอ้างได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำของประเทศจีน จากข้อมูล ณ เวลานั้น มีอยู่ ๒ แนวคิด<sup>๑๔</sup> ที่อธิบายสาเหตุของการระบาดเชื้อโรค COVID 19 คือ แนวคิดแรกซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับเป็นส่วนใหญ่เห็นว่า ต้นเหตุการระบาดมาจากประชาชนคนจีนบริโภคอาหารป่าอย่างค้ำคาว หรือตัวนิ่ม ซึ่งมีเชื้อโรคไวรัส โดยในเมืองอู่ฮั่นมีตลาดค้าสัตว์ป่า จึงมีการสันนิษฐานว่า ต้นเหตุของการติดเชื้อและระบาดเริ่มจากที่นี่ ส่วนแนวคิดที่สอง เห็นว่า ต้นเหตุของการระบาดมาจากศูนย์ไวรัสวิทยาที่เมืองอู่ฮั่น แนวคิดนี้เสนอโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ของประธานาธิบดี โดนัลด์ ทรัมป์ สำหรับกรณีแรกนั้น จะเห็นได้ว่าเกิดจากการกระทำของเอกชน คือการค้าอาหารป่า ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแล้ว การกระทำของเอกชนไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ<sup>๑๕</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของเอกชนในทางระหว่างประเทศ เว้นเสียแต่รัฐจะได้ประกาศยอมรับและรับเอาการกระทำดังกล่าวเป็นของตน<sup>๑๖</sup> อย่างไรก็ตาม หลังจากที่เริ่มมีข่าวพบผู้ติดเชื้อซึ่ง ณ เวลานั้นยังไม่มีใครทราบแน่ชัดว่าเป็นเชื้อโรคอะไร ทราบแต่เพียงว่ามีอาการคล้ายนิวมอเนียแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเมืองอู่ฮั่นมิได้รายงานผลการตรวจพบผู้ติดเชื้อดังกล่าวอย่างทันท่วงที ในทางตรงกันข้าม เจ้าหน้าที่พยายามที่จะปกปิดข้อมูลในเรื่องนี้ รวมถึงการออกหมายเรียกและดำเนิน

<sup>๑๓</sup> โปรดดูรายละเอียดใน Djamchid Momtaz, Attribution of Conduct to the State: State Organs and Entities Empowered to Exercise Elements of Governmental Authority, in The Law of International Responsibility (edited by James Crawford Alain Pellet and Simon Olleson), (U.S.A: Oxford University Press, 2010),pp.239-242

<sup>๑๔</sup> ณ เวลาที่เขียนบทความนี้ ก็ยังไม่มีนักวิทยาศาสตร์คนใดออกมายืนยันชัดเจน ร้อยเปอร์เซ็นต์ได้ว่า ต้นตอของการระบาดเชื้อโรคไวรัส COVID 19 มาจากตลาดค้าสัตว์ป่าในเมืองอู่ฮั่น หรือ ศูนย์ไวรัสวิทยาที่เมืองอู่ฮั่น หรือที่อื่นใดในประเทศจีนหรือแถบบริเวณเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ทำให้ต้นตอของเชื้อโรคไวรัสนี้ยังคงเป็นปริศนาคำมืด

<sup>๑๕</sup> Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, p.52

<sup>๑๖</sup> James Crawford, State Responsibility: The General Part, (the United Kingdom: Cambridge University Press,2013),pp181-187

นายแพทย์ Li Wenliang ผู้ที่ออกมาเปิดเผยข้อมูลว่าพบคนไข้ที่มีอาการคล้ายนิวมอเนีย โดยในหมายเรียกนี้ ได้กล่าวหาว่านายแพทย์ Li ได้กระทำการวิจารณ์โดยการใช้อำนาจอันเป็นเท็จซึ่งก่อให้เกิดความปั่นป่วนในสังคมอย่างรุนแรง โดยในหมายนี้ยังมีข้อความต่อไปอีกด้วยว่า "We solemnly warn you: If you keep being stubborn, with such impertinence, and continue this illegal activity, you will be brought to justice - is that understood?" นายแพทย์ Li ตอบว่า Yes<sup>๑๗</sup> ลงนามรับทราบ นายแพทย์ Li มิใช่เป็นนายแพทย์คนเดียวที่โดนหมายเรียก ยังมีนายแพทย์อื่น ๆ อีกรวมประมาณ ๗-๘ ราย การกระทำของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นลักษณะนี้ถือได้ว่าเป็นการกระทำของประเทศจีนในทางระหว่างประเทศ แม้ว่าจะมิได้เป็นการกระทำโดยรัฐบาลกลางหรือเจ้าหน้าที่ในระดับส่วนกลางของรัฐ

ส่วนกรณีที่สอง หากข้อสันนิษฐานที่ว่า ต้นเหตุการระบาดเชื้อโรคไวรัส COVID 19 มาจากศูนย์ไวรัสวิทยา (Wuhan Institute of Virology) ที่ตั้งอยู่ที่เมืองอู่ฮั่นเกิดเป็นความจริง สิ่งแรกที่ควรพิจารณาคือสถานะของศูนย์ไวรัสวิทยานี้เป็นองค์กรของรัฐหรือเอกชน หรือผสม ซึ่งข้อมูลในเรื่องนี้ยังขาดความชัดเจน อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าศูนย์ไวรัสวิทยาจะมีลักษณะเป็นองค์กรของรัฐหรือไม่ก็ตาม เมื่อเกิดเหตุระบาดของเชื้อโรคแล้ว เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นของจีนมิได้ดำเนินการอย่างทันท่วงทีที่จะให้รายงานให้รัฐบาลกลางทราบ

### ๑.๒ การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

องค์ประกอบข้อที่สองต่อไปคือ การกระทำของรัฐดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งตาม Draft's Article ถือว่าเป็น "กฎปฐมภูมิ" (primary rule) หมายความว่า มีสนธิสัญญา หรือกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไป กำหนดพันธกรณีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้เพื่อให้รัฐกระทำหรืองดเว้นการกระทำ หากรัฐใดละเมิดไม่ยอมปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ผลในทางกฎหมายที่ตามมาคือรัฐนั้นรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ซึ่งจัดว่าเป็น "กฎทุติยภูมิ" (secondary rule) สำหรับความเป็นไปได้ที่รัฐบาลจีนจะละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาคือ

#### ๑) กฎอนามัยระหว่างประเทศ (International Health Regulation 2005)

กฎอนามัยระหว่างประเทศ ค.ศ. ๒๐๐๕ เป็นสนธิสัญญาที่มีผลผูกพันรัฐสมาชิกองค์การอนามัยโลก กฎอนามัยระหว่างประเทศนี้กำหนดพันธกรณีแก่รัฐสมาชิกในเรื่องต่างๆ เกี่ยวกับการประเมิน การรายงานการติดเชื้อและระบาดของโรคติดต่อแก่องค์การอนามัยโลก รวมทั้งกำหนดมาตรการในการป้องกัน ควบคุม โรคระบาดที่รัฐสมาชิกสามารถกระทำได้ สำหรับในส่วนพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐบาลจีนละเมิด ได้แก่ การแจ้งเหตุ (Notification) ตามข้อ ๖ และการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารขณะเกิดเหตุการณ์ด้านสาธารณสุขที่คาดไม่ถึงหรือผิดปกติ

<sup>๑๗</sup> <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-51364382>

(Information-sharing during unexpected or unusual public health events) ตามข้อ ๗ โดยในกฎอนามัยระหว่างประเทศข้อ ๗ บัญญัติให้รัฐสมาชิกต้องให้ข้อมูลข่าวสารแก่องค์การอนามัยโลกทราบภายใน ๒๔ ชั่วโมง เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อ ๗ ใช้คำว่า “shall” ซึ่งมีนัยยะบ่งบอกถึงการบังคับให้ต้องกระทำ หากพิจารณาตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแล้ว อาจถือว่า พันธกรณีตามข้อ ๖ และ ๗ ของกฎอนามัยระหว่างประเทศเป็นพันธกรณีของวิธีการหรือความประพฤติ (obligation of means or conduct) มิใช่พันธกรณีที่ให้บรรลุผลลัพธ์ (obligation of result)<sup>๑๘</sup> หมายความว่า การประเมินและการแจ้งเหตุต่อองค์การอนามัยโลกนี้ ทางจีนจะทำโดยวิธีใดก็ได้ด้วยเครื่องมือที่มีอยู่

ข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยอมรับกันกลับปรากฏว่ารัฐบาลรายงานข้อมูลการติดเชื้อล่าช้ามาก วันที่มีการยืนยันพบผู้ติดเชื้อรายแรกคือวันที่ ๘ ธันวาคม ๒๕๖๓ แต่รัฐบาลจีนรายงานต่อองค์การอนามัยโลกวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๖๓<sup>๑๙</sup> ความล่าช้านี้ส่งผลกระทบต่อรัฐสมาชิกอื่น ๆ ที่จะมีเวลาในเตรียมตัวรับมือกับโรคระบาดครั้งนี้ ยิ่งปล่อยเวลานานไปเท่าใด ก็ยิ่งส่งผลกระทบต่อการเตรียมตัวป้องกันและบรรเทาความเสียหายอันเกิดจากโรคระบาดมากขึ้นเท่านั้น จากการประเมินเบื้องต้นจากทีมงานขององค์การอนามัยโลก ผู้ติดเชื้อไวรัส COVID 19 อาจมีมากกว่าที่รัฐบาลจีนรายงาน

## ๒) ธรรมเนียมก่อตั้งองค์การอนามัยโลก

ธรรมเนียมก่อตั้งองค์การอนามัยโลกเป็นสนธิสัญญาที่กำหนดวัตถุประสงค์ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ การลงคะแนนเสียงขององค์การอนามัยโลกมากกว่าที่จะกำหนดพันธกรณีต่าง ๆ ในการป้องกันและควบคุมโรคระบาดอย่างกฎอนามัยระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในข้อ ๖๔ ของธรรมนูญนี้บัญญัติให้รัฐสมาชิกจะต้องรายงาน statistical and epidemiological reports ฉะนั้น การไม่ปฏิบัติตามข้อ ๖ และข้อ ๗ ของกฎอนามัยระหว่างประเทศ ๒๐๐๕ ก็อาจถือได้ว่าเป็นการละเมิดข้อ ๖๔ ของธรรมนูญก่อตั้งองค์การอนามัยโลกด้วย

## ๓) หลัก *pacta sunt servanda & bona fide*

สองหลักนี้เป็นหลักกฎหมายสำคัญของอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ ข้อที่ ๒๖ และมีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ ภายใต้หลักดังกล่าว รัฐจะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วยความสุจริตใจ ซึ่งมีนัยยะว่า รัฐจะต้องใช้

<sup>๑๘</sup> สำหรับผู้สนใจความหมายและความแตกต่างของ obligations of means และ obligations of result โปรดดู Constantin Economides, Content of the Obligation: Obligations of means and obligations of result, in The Law of International Responsibility (edited by James Crawford Alain Pellet and Simon Olleson), (U.S.A: Oxford University Press, 2010), pp.377-378

<sup>๑๙</sup> Katja Creutz, China's Responsibility for the Covid-19 Pandemic, Finish Institute of International Affairs, June 2020, p.5

ความพยายามอย่างสุดความสามารถที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา รวมถึงรัฐจะต้องงดเว้นการกระทำใด ๆ ที่อาจเป็นการขัดขวางต่อการบรรลุเป้าหมายหรือความมุ่งประสงค์ของสนธิสัญญาด้วย<sup>๒๐</sup> แต่หากพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตั้งแต่เชื้อโรคไวรัส COVID 19 ระบาดใหม่ๆ จะพบข้อพิรุศ ความไม่โปร่งใส ความประวิงเวลา และความไม่ยอมให้ความร่วมมือกับองค์การอนามัยโลกเท่าที่ควร จนเกิดความเคลือบแคลงว่ารัฐบาลมีความพยายามที่จะกลบเกลื่อนหลักฐาน (cover up)<sup>๒๑</sup>

## ๒. การดำเนินคดี

ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจเบื้องต้นก่อนว่า สังคมระหว่างประเทศกับสังคมภายในประเทศมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ สังคมภายในประเทศเป็นแนวดิ่ง (vertical) การสั่งการ การบังคับบัญชา การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายมีประสิทธิภาพมากกว่า ในขณะที่สังคมระหว่างประเทศเป็นแนวนอน (horizontal) แต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตย และความเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สังคมระหว่างประเทศไม่มีศาลโลกที่มีอำนาจตุลาการเหนือรัฐ เขตอำนาจของศาลโลกหรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นขึ้นอยู่กับความยินยอมของรัฐเป็นสำคัญ ดังนั้นในทางทฤษฎี เราอาจเห็นว่า รัฐใดรัฐหนึ่งละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ แต่ขั้นตอนดำเนินการเรียกร้องให้รัฐดังกล่าวรับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายนั้นเป็นอีกกรณีหนึ่งที่ติดขัดอุปสรรคหลายเรื่องทั้งที่เป็นเรื่องทางเทคนิคทางกฎหมายและทางการเมือง/ผลประโยชน์ระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนลองเสนอช่องทางและอุปสรรคของการดำเนินคดีดังนี้

### ๒.๑ การดำเนินคดีภายในประเทศ

ที่ผ่านมามีการฟ้องร้องรัฐบาลจีนในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น นายความชื่อว่า Eric Schmitt ฟ้องที่มลรัฐมิซซูรี<sup>๒๒</sup> และมีการฟ้องคดีแบบ class action ที่ฟอริดา และลาสเวกัส<sup>๒๓</sup> แคลิฟอร์เนีย เท็กซัส อย่างไรก็ตาม การดำเนินการฟ้องร้องคดีทางกฎหมายนี้คงไม่สัมฤทธิ์ผลด้วยเหตุผลติดขัดเรื่องความคุ้มกันของรัฐ (state immunity) ที่น่าสนใจคือ มีประชาชน

<sup>๒๐</sup> Mark Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, (The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p.367

<sup>๒๑</sup> Katja Creutz, p.4

<sup>๒๒</sup> <https://www.thepitchkc.com/yes-missouri-attorney-general-is-still-trying-to-sue-china-regarding-covid-19/>

<sup>๒๓</sup> See Chimeme Keitner, Don't Bother Suing China for Coronavirus

<sup>๒๔</sup> <https://www.8newsnow.com/news/local-news/class-action-lawsuit-filed-in-las-vegas-blames-china-for-covid-19-outbreak/>

รายหนึ่งฟ้องรัฐบาลสหรัฐอเมริกาที่ศาลจังหวัดเชียงใหม่ โดยกล่าวหาว่าเป็นต้นเหตุการระบาดเชื้อไวรัสมาจากห้องแลป P3 ที่รัฐแคลิฟอร์เนีย แต่ศาลเชียงใหม่ไม่รับฟ้องโดยให้เหตุผลว่า จำเลยคือประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ย่อมได้รับความคุ้มกันตามกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศและกรณีไม่ปรากฏว่าจำเลยสละความคุ้มกันแต่อย่างใด<sup>๒๔</sup>

กล่าวโดยสรุปแล้ว มีโอกาสน้อยมากที่ประสบความสำเร็จในการฟ้องรัฐบาลจีนต่อศาลของอีกประเทศหนึ่ง ไม่ว่าจะประเทศใดก็ตามเพราะติดประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐ (state immunity)<sup>๒๕</sup> แม้ว่าอนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐของสหประชาชาติ ยังไม่มีผลใช้บังคับและประเทศจีนมิได้ให้สัตยาบันแล้วก็ตาม แต่หลักกฎหมายเรื่องความคุ้มกันของรัฐมีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ<sup>๒๖</sup> อันมีมูลฐานทางกฎหมายมาจากกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศที่ยอมรับว่า ไม่มีรัฐใดสามารถใช้อำนาจอธิปไตยต่ออีกรัฐหนึ่งได้ หากรัฐนั้นไม่มียินยอม (*par in parem non habet imperium*)<sup>๒๗</sup>

## ๒.๒ การดำเนินคดีในระดับระหว่างประเทศ

เมื่อการดำเนินคดีภายในประเทศติดขัดประเด็นเรื่องความคุ้มกันของรัฐแล้ว คำถามก็คือ แล้วการดำเนินคดีในระดับระหว่างประเทศจะทำได้หรือไม่ ผู้เขียนพิจารณาเบื้องต้นแล้ว พบว่ามีอยู่สองเวทีที่น่าพิจารณา

### ๑) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice)

ศาลระหว่างประเทศหรือที่รู้จักกันดีในนามว่าศาลโลก เป็นศาลที่ระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ ศาลโลกจะมีเขตอำนาจรับฟ้องคดีก็ต่อเมื่อรัฐให้ความยินยอม หากปราศจากความยินยอมแล้ว ศาลโลกไม่อำนาจที่จะพิจารณาคดีได้ โดยรูปแบบของการให้ความยินยอมของ

<sup>๒๔</sup> [https://www.matichon.co.th/local/crime/news\\_2259014](https://www.matichon.co.th/local/crime/news_2259014)

<sup>๒๕</sup> ข้อ ๕ ของอนุสัญญาว่าด้วยความคุ้มกันของรัฐและทรัพย์สินของรัฐของสหประชาชาติ บัญญัติว่า “A State enjoys immunity, in respect of itself and its properties, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.” โปรดดู Roger O’Keefe & Christian Tams (editor), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Properties*, (United Kingdom: Oxford University Press, 2013), pp.99-104

<sup>๒๖</sup> *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, para.77-79 อนึ่ง มีข้อระลึกว่าคดีนี้ศาลโลกตัดสินว่า ความคุ้มกันของรัฐในบริบทของการขัดกันด้วยอาวุธ (armed conflict) หากเป็นการกระทำที่มีลักษณะที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐที่ไม่มีลักษณะการค้ำพาดิชย์ (*acta jure imperii*) ย่อมได้รับความคุ้มกันของรัฐ

<sup>๒๗</sup> Sompong Sucharitkul, 2nd report on jurisdictional immunities of States and their properties, Yearbook of the International Law Commission 1980, vol.II (1) para.120; Yoram Dinstein, *Par in Parem Non Habet Imperium*, 1 Israel Law Review 407, 1966

รัฐสามารถทำได้สามรูปแบบ คือ รูปแบบแรก เป็นการประกาศฝ่ายเดียวยอมรับเขตอำนาจศาล ซึ่งกรณีนี้ไม่ปรากฏว่ารัฐบาลจีนทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลโลก รูปแบบที่สองเป็นการทำ ความตกลงพิเศษสองฝ่าย (ทวิภาคี) แล้วเสนอให้ศาลโลกพิจารณาตัดสิน รูปแบบนี้ส่วนใหญ่มักจะ ทำในกรณีที่สองประเทศพิพาทกันในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้วตกลงกันไม่ได้ด้วยการเจรจาทางการทูต จึงทำความตกลงเสนอให้ศาลโลกเป็นผู้ชี้ขาด รูปแบบที่สองนี้ผู้เขียนคิดว่า ไม่มีทางเกิดขึ้นได้เพราะ ประเทศจีนคงไม่ยอมให้เกิดข้อพิพาทเกิดขึ้น เป็นการตัดไฟตั้งแต่ต้นลม และถึงขั้นมีข้อพิพาท จีนก็ ไม่มีทางยอมทำความตกลงกับคู่พิพาทเพื่อเสนอให้ศาลโลกตัดสิน ส่วนรูปแบบที่สามคือการเข้า เป็นภาคีสันติสัญญาพหุภาคีที่มีข้อกำหนดว่าหากเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้ สันติสัญญาแล้ว ให้เสนอข้อพิพาทดังกล่าวต่อศาลโลกเป็นผู้วินิจฉัย ช่องทางนี้อาจมีความเป็นไปได้ แม้จะไม่มากนักก็ตาม หากพิจารณาข้อที่ ๗๕ ของธรรมนูญก่อตั้งองค์การอนามัยโลก<sup>๒๘</sup> แล้ว ข้อดังกล่าวมีความเป็นไปได้มากที่สุดที่จะเป็นมูลฐานสำหรับเสนอข้อพิพาทให้ศาลโลกพิจารณา อย่างไรก็ดี ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลโลกเป็นประเด็นซับซ้อนมากเกินกว่าที่ข้อเขียนสั้น ๆ นี้จะ ตอบยืนยันชัดเจนแน่นอนว่าศาลโลกมีเขตอำนาจพิจารณาคดีหรือไม่

## ๒) ศาลอาญาระหว่างประเทศ (International Criminal Court: ICC)

ขณะที่เขียนบทความนี้ มีการเสนอรายงานสองฉบับโดยนายความอย่างน้อย สองคนคือ Larry Klayman นายความชาวอเมริกัน และ Ashish Sohani นายความชาวอินเดีย ได้เสนอรายงานไปยังศาลอาญาระหว่างประเทศด้วยสมมุติฐานว่า สาเหตุของการระบาดเชื้อไวรัส นี้มาจากศูนย์ไวรัสวิทยาที่เมืองอู่ฮั่นที่มีการดัดแปลงมาจากเชื้อในค้างคาวเพื่อทำอาวุธชีวภาพ เป็น ความผิดฐานอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (crime against humanity)<sup>๒๙</sup> แม้สมมุติฐานนี้ยังไม่มี หลักฐานสนับสนุนอย่างน่าเชื่อถือร้อยเปอร์เซ็นต์ แต่ก็ยังเป็นสมมุติฐานที่ยังไม่ควรตัดออกอย่าง สิ้นเชิง อย่างไรก็ดี การนำเสนอให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณานั้น ผู้เขียนคิดว่าโอกาส ประสบความสำเร็จแทบไม่มี เนื่องจากประเทศจีนมิได้เป็นภาคีสศาลอาญาระหว่างประเทศและจีน ไม่ทำคำประกาศฝ่ายเดียวยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศตามข้อ ๑๒ (๓) ของ ธรรมนูญกรุงโรมอย่างแน่นอน ส่วนช่องทางให้คณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติเป็นผู้ เสนอเรื่อง ช่องทางนี้ก็คงถูกประเทศจีนในฐานะสมาชิกถาวรใช้สิทธิวีโต้คัดค้านเป็นแน่ นอกจากนี้แล้ว การฟ้องต่อศาลอาญาระหว่างประเทศเป็นการดำเนินคดีกับบุคคลธรรมดา ไม่ใช่รัฐ

<sup>๒๘</sup> Article 75 บัญญัติว่า Any question or dispute concerning the interpretation or application of this Constitution which is not settled by negotiation or by the Health Assembly shall be referred to the International Court of Justice in conformity with the Statute of the Court, unless the parties concerned agree on another mode of settlement.

<sup>๒๙</sup> [https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=D1B023C0-4033-4197-B68D-C11301478271#\\_ednref13](https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=D1B023C0-4033-4197-B68D-C11301478271#_ednref13)

เพื่อรับมือทางอาญา ฉะนั้นจึงมีประเด็นต้องพิสูจน์องค์ประกอบภายในของฐานความผิดด้วยซึ่งเป็นประเด็นซับซ้อน ฉะนั้น ช่องทางการเสนอเรื่องให้ศาลอาญาระหว่างประเทศพิจารณาจึงแทบเป็นไปได้

### สรุป

กรณีการแพร่ระบาดของเชื้อไวรัส COVID 19 ในครั้งนี้อาจเป็นการจุดประกายครั้งสำคัญให้ประชาคมระหว่างประเทศกลับมาตั้งคำถามว่ากลไกปัจจุบันเอื้อต่อการเรียกร้องให้รัฐรับมือและชดใช้ค่าเสียหายในระดับระหว่างประเทศมากน้อยเพียงใด หากว่ามาตรการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศอย่างเดียวนั้นเพียงพอต่อการรับมือกับโรคระบาดที่อาจเกิดขึ้นอีกในอนาคต



มาตรการทางกฎหมายในการเฝ้าระวัง ควบคุม และป้องกันการแพร่ระบาดของ  
โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙: กรณีศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ  
ของประเทศสิงคโปร์และประเทศญี่ปุ่น\*

นัฐกานต์ ขำยัง\*\*

โดยที่องค์การอนามัยโลกได้ประกาศให้การแพร่ระบาดของโรคโควิด ๑๙ เป็นการระบาดใหญ่ (Pandemic) ซึ่งประเทศไทยก็ได้มีการประกาศให้โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ เป็นโรคติดต่ออันตรายโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๖ (๑)<sup>๑</sup> แห่งพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. ๒๕๕๘ รวมทั้งการที่รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการด้านวิชาการประกาศให้ท้องที่หรือเมืองท่าใดนอกราชอาณาจักรเป็นเขตติดโรคโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๘<sup>๒</sup> แห่งพระราชบัญญัติโรคติดต่อฯ เพื่อที่จะได้นำกลไกและมาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายมาใช้บังคับกับการป้องกันและการควบคุมโรคติดต่อ ตลอดจนควบคุมการแพร่ระบาดของโรคที่อาจจะแพร่ระบาดเข้ามาในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม โดยที่การแพร่ระบาดของโรคดังกล่าวเป็นโรคติดต่ออุบัติใหม่ที่ส่งผลกระทบเป็นวงกว้างต่อการดำรงชีวิตของประชาชน ทั้งในแง่ของเศรษฐกิจและสังคม อีกทั้งมีแนวโน้มที่จะดำเนินต่อไปเป็นระยะเวลานาน ทำให้บทบัญญัติบางประการในพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. ๒๕๕๘ ไม่สามารถป้องกัน ระวัง หรือควบคุมโรคติดต่อที่มีการระบาดทั่วไปอย่างรุนแรงให้ยุติหรือบรรเทาลงโดยเร็ว กรณีจึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. ๒๕๕๘ เพื่อปรับปรุงหลักเกณฑ์การเฝ้าระวัง ป้องกัน และควบคุมโรคติดต่อให้สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว และสามารถรองรับสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดต่อที่อาจเกิดขึ้นในภายหน้า ทั้งกรณีโรคติดต่ออุบัติใหม่และโรคติดต่ออุบัติซ้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมาย

\*บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\*นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายกฎหมายสาธารณสุข กองกฎหมายสวัสดิการสังคม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔)

<sup>๑</sup>มาตรา ๖ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมโรคติดต่อ ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจประกาศกำหนด ดังต่อไปนี้

(๑) ชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่ออันตรายและโรคติดต่อที่ต้องเฝ้าระวัง

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>๒</sup>มาตรา ๘ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมโรคติดต่ออันตรายหรือโรคระบาดที่อาจจะเข้ามาภายในราชอาณาจักร ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการด้านวิชาการมีอำนาจประกาศให้ท้องที่หรือเมืองท่าใดนอกราชอาณาจักรเป็นเขตติดโรค และยกเลิกประกาศเมื่อสถานการณ์ของโรคนั้นสงบลงหรือกรณีมีเหตุอันสมควร

จึงสมควรมีการศึกษาผลกระทบการดำเนินการเกี่ยวกับมาตรการในการเฝ้าระวัง การป้องกัน และการควบคุมโรคติดต่อของต่างประเทศ เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาปรับปรุงพระราชบัญญัติโรคติดต่อฯ ของประเทศไทยต่อไป ทั้งนี้ ผู้เขียนได้หยิบยกประเทศสิงคโปร์และประเทศญี่ปุ่นเป็นกรณีศึกษา เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อของทั้งสองประเทศมีมาตรการและกลไกทางกฎหมายบางประการเพื่อรองรับสถานการณ์ฉุกเฉินด้านการสาธารณสุขเป็นการเฉพาะ รวมทั้งมีแนวคิดในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อยกระดับมาตรการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ด้านสาธารณสุข

## ๑. กฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อของประเทศสิงคโปร์

กฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อของประเทศสิงคโปร์หรือที่เรียกว่า “Infectious Diseases Act” (IDA) ตราขึ้นใช้บังคับในปี ค.ศ. ๑๙๗๖ และได้มีการปรับปรุงแก้ไขมาโดยตลอด ซึ่งในส่วนของประกาศรายชื่อโรคติดต่อและโรคติดต่ออันตราย ให้รวมถึงโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ (Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)) นั้น ปรากฏรายละเอียดตาม Second Schedule, Dangerous Infectious Diseases ที่ได้ประกาศให้ Coronavirus Disease 2019 เป็นโรคติดต่ออันตราย เมื่อวันที่ ๒๘ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๒๐ โดย IDA มีสาระสำคัญสรุปได้ดังต่อไปนี้

### ๑. โครงสร้างของผู้มีอำนาจสั่งการตาม Infectious Diseases Act (IDA)

IDA กำหนดโครงสร้างของผู้มีอำนาจสั่งการตามมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายไว้ดังต่อไปนี้

(๑) รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบ<sup>๓</sup> (ในที่นี้ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข) มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาเพื่อให้คำแนะนำแก่อธิบดีผู้รับผิดชอบ การออกกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ตามที่กำหนด การออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดมาตรการในการดำเนินการเกี่ยวกับโรคติดต่อและการควบคุมโรค

(๒) อธิบดีผู้รับผิดชอบซึ่งกำหนดไว้สามตำแหน่งตามหน้าที่และภารกิจที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ๑) the Director of Medical Services and includes a Deputy Director of Medical Services และ ๒) the Director-General of the Public Health และ ๓) Director-General, Food Administration

(๓) เจ้าหน้าที่สาธารณสุข (health officer)

<sup>๓</sup>“appropriate Minister” means —

(a) in the following cases, the Minister charged with the responsibility for health and sanitary measures in relation to vessels, aircraft, vehicles and persons entering or leaving Singapore:[...]

(b) in any other case, the Minister charged with the responsibility for regulation of diseases and disease control;

## ๒. กลไกและมาตรการที่สำคัญตาม Infectious Diseases Act (IDA)

IDA กำหนดมาตรการในการเฝ้าระวัง ควบคุม และป้องกันโรคติดต่อไว้หลายประการ ทั้งในส่วนของการบริหารจัดการภายในประเทศ และการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อระหว่างประเทศ ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญ ได้ดังนี้

### ๒.๑ การควบคุมโรคติดต่อในสิงคโปร์ (Control of Infectious Diseases within Singapore) มีมาตรการที่สำคัญดังนี้

(๑) การกำหนดให้บุคคลต่าง ๆ มีหน้าที่ในการแจ้ง หากพบผู้ที่เชื่อได้ว่า หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อตามที่กำหนดไว้ (Section 6) เช่น บุคลากรทางการแพทย์ (medical practitioner) ผู้รับผิดชอบชั้นสูงทางการแพทย์หรือห้องปฏิบัติการ (every person in charge of a laboratory used for the diagnosis)

(๒) การให้อำนาจแก่อธิบดี (Director of Medical Services) ในการสั่งให้มีการสอบสวนโรคในทางระบาดวิทยาเพื่อพิจารณาสถานการณ์การเกิดโรคระบาด การตรวจสุขภาพแก่บุคคลใดที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อ เป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรค รวมทั้งการตรวจชั้นสูงบุคคลที่เสียชีวิตอันเนื่องมาจากมีเหตุอันควรสงสัยว่าติดเชื้อ เป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรค (Section 7-9)

(๓) การสั่งให้บุคลากรด้านการสาธารณสุขแจ้งหรือส่งต่อข้อมูลที่ได้รับจากผู้ป่วยเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนโรค เพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรค หรือเพื่อการรักษา แม้ว่าจะมีกฎหมายอื่นกำหนดห้ามเรื่องการเปิดเผยข้อมูลไว้ก็ตาม (Director may require information from healthcare professionals) (Section 10)

(๔) การมีคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่อยู่อาศัยหรือพาหนะ ทำความสะอาดหรือกำจัดความติดโรคภายในระยะเวลาที่กำหนด (Section 12)

(๕) การมีคำสั่งให้ทำลายหรือกำจัดสัตว์ อาหาร หรือน้ำดื่ม เนื่องจากเป็นแหล่งกำเนิดเชื้อหรือทำให้มีการแพร่กระจายการติดเชื้อ (Section 13)

(๖) การสั่งให้บุคคลใดที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรค เป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรคแยกกักในโรงพยาบาลหรือสถานที่ที่กำหนด ตามระยะเวลาที่กำหนด และสั่งให้บุคคลใดที่หายจากโรคแล้วแยกกักต่อไปในที่อยู่อาศัยของตนภายในระยะเวลาที่กำหนดเพื่อความปลอดภัยของประชาชน (isolation of certain persons) (Section 15)

(๗) การให้อำนาจแก่อธิบดี (Director of Medical Services) ในการใช้ดุลพินิจพิจารณาสั่งการให้บุคคลผู้เป็นหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรค เป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรค อยู่ภายใต้การเฝ้าระวังตามเงื่อนไขที่กำหนดและภายในระยะตามที่เห็นสมควร (surveillance) (Section 16)

(๘) การให้อำนาจแก่รัฐมนตรีในการประกาศกำหนดให้ที่อยู่อาศัยใดเป็นบริเวณที่ถูกแยกกักโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อประโยชน์ป้องกันการแพร่ระบาด

ของโรคอย่างกว้างขวาง (isolation area) และเมื่อมีการประกาศบริเวณดังกล่าวแล้ว ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการดังนี้ (Section 17)

- ห้ามบุคคลใดเข้าออกบริเวณดังกล่าว เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากอธิบดี (Director of Medical Services)
- ห้ามมิให้มีการเคลื่อนย้ายบุคคลหรือสินค้าในบริเวณดังกล่าว
- กำหนดให้บุคคลต้องรายงาน ส่งข้อมูลด้านการตรวจรักษา และตอบคำถามและส่งคำตอบนั้นเพื่อนำไปใช้ในการตรวจรักษา ตามที่อธิบดี (Director of Medical Services) เห็นสมควร
- สั่งให้มีการกำจัด ทำลาย หรือบำรุงรักษาสินค้า สิ่งก่อสร้าง แหล่งเก็บน้ำที่ระบายน้ำ ระบบท่อน้ำทิ้ง หรือระบบอื่น ภายในบริเวณพื้นที่แยกกัก ในกรณีที่มีเหตุสงสัยว่าเป็นแหล่งที่ก่อให้เกิดโรค
- สั่งห้าม จำกัด ร้องขอ หรืออนุญาต ให้มีการดำเนินการตามที่กำหนด
- บุคคลใดหลบหนีหรือพยายามที่จะหลบหนีจากสถานที่แยกกัก อาจถูกจับกุมได้โดยไม่ต้องมีหมายจับ

(๙) ในกรณีที่มีการแพร่ระบาดของโรคติดต่ออย่างกว้างขวางและมีนัยยะสำคัญอันก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อชีวิตของประชาชนเป็นจำนวนมาก หรือมีเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเจ็บป่วยอย่างร้ายแรงในสิงคโปร์ (there is an outbreak or imminent outbreak of an infectious disease that poses a substantial risk of a significant number of human fatalities or incidents of serious disability in Singapore) รัฐมนตรีอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้านสาธารณสุข (order or declare a public health emergency) และเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ดังกล่าวแล้ว หากเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วนเพื่อความมั่นคงปลอดภัยด้านการสาธารณสุข ให้มีการประกาศพื้นที่ควบคุมทั้งหมดหรือบางพื้นที่ในสิงคโปร์ (restricted zones during public health emergency) รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขการดำเนินการได้ตามที่เห็นสมควร ในกรณีดังนี้ (Section 17A.)

- การเดินทางเข้าพื้นที่ (entry) และการอยู่อาศัยของบุคคลในสถานที่ต่าง ๆ ไม่ว่าจะ เป็นของรัฐหรือเอกชนภายในพื้นที่ควบคุม
  - การจัดการประชุม การเข้าร่วมกิจกรรม หรือการรวมตัวของบุคคล
- ในพื้นที่ควบคุม

ประกาศพื้นที่ควบคุมดังกล่าวให้มีผลจนกว่ารัฐมนตรีจะประกาศยกเลิกหรือล่วงพ้นกำหนด ๑๔ วันนับแต่วันที่ได้มีการประกาศ เว้นแต่กำหนดเวลาใดจะมาถึงก่อนประกาศดังกล่าวให้สามารถขยายระยะเวลาได้ โดยการขยายระยะเวลาในแต่ละครั้งต้องไม่เกินกำหนด ๑๔ วัน

(๑๐) ในกรณีที่อธิบดี (Director of Medical Services) เห็นว่า ในอาคารมีผู้อยู่อาศัยหรือใช้พื้นที่หนาแน่น และอาจทำให้ผู้อยู่อาศัยหรือใช้อาคารนั้นมีความเสี่ยงในการ

ติดเชื่อ อธิบดีอาจมีคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารลดจำนวนคนเพื่อไม่ให้เกิดความหนาแน่นหรือสั่งปิดอาคารทั้งหมดหรือบางส่วนตามระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีที่  
ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งปิดหรือดำเนินมาตรการเพื่อลดจำนวนคน  
โดยหากมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้น ให้ถือเป็นความรับผิดชอบของเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร  
(abatement of overcrowding) (Section 18)

(๑๑) ในกรณีที่อธิบดี (Director of Medical Services) มีเหตุอันควรเชื่อ  
ได้ว่า สถานที่ใดมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การเกิดโรคระบาดหรือการแพร่ระบาด อธิบดีอาจมีคำสั่ง  
เป็นหนังสือให้ปิดอาคารภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ไม่เกิน ๑๔ วัน หรือสั่งห้ามการขาย  
หรือแจกจ่ายอาหาร น้ำ ในอาคารดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด และสั่งให้เจ้าของ  
หรือผู้ครอบครองทำความสะอาดหรือกำจัดความตื้อโรคภายในระยะเวลาที่กำหนด (closure and  
disinfection of premises) (Section 19)

(๑๒) ในกรณีที่อธิบดี (Director of Medical Services) เห็นว่า การใช้  
มาตรการเฝ้าระวังและการสอบสวนโรคจะเป็นประโยชน์ในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคหรือ  
การเกิดโรคระบาด ณ สถานที่ใด หรือในบริเวณใกล้เคียงกับสถานที่นั้น อธิบดีอาจออกคำสั่งเป็น  
หนังสือเพื่อให้บุคคลใดที่มีหน้าที่รับผิดชอบดูแลสถานที่ดังกล่าวอยู่ภายใต้มาตรการการเฝ้าระวัง  
หรือมีการสอบสวนโรคในสถานที่นั้น และให้เจ้าหน้าที่ด้านการสาธารณสุขเข้าไปในสถานที่  
เพื่อดำเนินมาตรการเฝ้าระวังหรือมีการสอบสวนโรค ตลอดจนกำหนดให้บุคคลที่มีหน้าที่  
รับผิดชอบดูแลสถานที่ดังกล่าวอำนวยความสะดวกในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่  
(surveillance and contact tracing measures at premises) (Section 19A.)

(๑๓) เมื่อปรากฏว่า การจัดประชุมหรือการรวมตัว หรือการจัดกิจกรรม  
เพื่อความบันเทิงใดมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดการแพร่ระบาดของโรค อธิบดี (Director of Medical  
Services) อาจสั่งห้ามหรือจำกัดการจัดประชุม การรวมตัว หรือการทำกิจกรรมดังกล่าวตาม  
เงื่อนไขตามที่เห็นสมควรได้ ภายในระยะเวลาไม่เกิน ๑๔ วัน คำสั่งดังกล่าวให้มีการขยาย  
ระยะเวลาได้ โดยการขยายระยะเวลาในแต่ละครั้งต้องไม่เกินกำหนด ๑๔ วัน คำสั่งดังกล่าวให้มี  
การอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีได้ภายใน ๗ วันนับแต่วันที่ออกคำสั่ง และคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด  
(prohibition or restricted of meetings, gatherings and public entertainments) (Section 20)

(๑๔) อธิบดี (Director of Medical Services) อาจกำหนดแนวทาง (give  
a direction) ให้บุคคลดังต่อไปนี้ต้องปฏิบัติ

๑) บุคคลใดที่เป็นผู้ติดเชื้อหรือเป็นพาหะของโรคซึ่งเป็นผู้ประกอบ  
อาชีพ เป็นผู้ค้าขาย หรือเป็นผู้ประกอบธุรกิจ

๒) บุคคลใดซึ่งเป็นผู้ประกอบอาชีพ เป็นผู้ค้าขาย หรือเป็นผู้ประกอบ  
ธุรกิจที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นสาเหตุของการแพร่ระบาดของโรค

โดยแนวทางดังกล่าว ได้แก่ การดำเนินมาตรการป้องกัน (preventive action) ตามที่อธิบดีเห็นว่าจำเป็นเพื่อป้องกันการเกิดโรคระบาดหรือป้องกันหรือลดการแพร่ระบาดของโรค รวมทั้งให้ดำเนินการดังนี้ (control of occupation, trade, or business) (Section 21)

- หยุดการประกอบอาชีพ ค้าขาย หรือประกอบธุรกิจภายในระยะเวลาที่กำหนด

- ห้ามใช้สถานที่ที่ใช้การประกอบอาชีพ ค้าขาย หรือประกอบธุรกิจภายในระยะเวลาที่กำหนด

- ห้ามใช้ เคลื่อนย้าย หรือขายพาหนะ พืชผล วัตถุ เครื่องจักรกล อุปกรณ์ต่าง ๆ ในสถานที่นั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด ตลอดจนห้ามนำไปกำจัด

(๑๕) บุคคลซึ่งรู้ว่าตนเป็นโรคติดต่อ เป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรคหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อ เป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรคตามรายการโรคที่กำหนดท้ายพระราชบัญญัติ จะต้องไม่ทำให้บุคคลอื่นมีความเสี่ยงในการติดโรคระบาดในกรณีที่ตนเข้าร่วมกิจกรรมหรือไปในสถานที่สาธารณะ (certain persons not to act in manner likely to spread disease) (Section 21A.)

(๑๖) เพื่อประโยชน์ในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคหรือป้องกันการเกิดโรคระบาดในประเทศสิงคโปร์ หรือการระบาดเข้ามาในประเทศสิงคโปร์ หรือแพร่จากประเทศสิงคโปร์ไปสู่ต่างประเทศ รัฐมนตรีอาจมีคำสั่งเป็นหนังสือเพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการดังนี้ (order to disseminate health advisory) (Section 21B.)

๑) เผยแพร่คำแนะนำด้านสุขภาพตามรูปแบบและวิธีการตามที่อธิบดี (Director of Medical Services) กำหนดให้แก่บุคคลที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดในคำสั่ง

๒) แจงหรือให้ข้อมูลที่อยู่ในความควบคุมหรือดูแลของผู้ที่เกี่ยวข้องแก่อธิบดี เพื่ออำนวยความสะดวกในการเผยแพร่ข้อมูล

๓) แจงหรือให้ข้อมูลตาม ๒) แก่ผู้เกี่ยวข้องอื่นที่ต้องดำเนินการเผยแพร่ข้อมูลคำแนะนำด้านสุขภาพ เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกในการเผยแพร่ข้อมูล

**๒.๒ การป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดต่อข้ามประเทศ (Prevention of International Spread of Infectious Diseases) มีมาตรการที่สำคัญดังนี้**

(๑) การให้อำนาจรัฐมนตรีในการประกาศกำหนดเขตพื้นที่ที่เป็นเขตติดโรคในกรณีที่เชื่อได้ว่า จะมีโรคติดต่ออันตรายแพร่ระบาดมายังประเทศสิงคโปร์ จากพื้นที่หรือบริเวณใดในสิงคโปร์หรือจากพื้นที่อื่น นอกจากนี้ อาจสั่งห้ามมิให้บุคคลใดที่มาจากเขตติดโรคที่ได้ประกาศกำหนดเดินทางเข้ามายังประเทศสิงคโปร์ (Infected area) (Section 26)

(๒) ให้ถือว่าพาหนะ บุคคล หรือวัตถุใด ที่มาจากเขตติดโรค เป็นผู้ติดเชื้อหรือเป็นสิ่งที่มีความเสี่ยงโรคติดต่อ เว้นแต่อธิบดี (Director of Medical Services) จะประกาศเป็นอย่างอื่น และให้ถือว่าพาหนะ บุคคล หรือวัตถุ ที่อยู่ระหว่างการขนส่งเป็นผู้ติดเชื้อหรือเป็นสิ่งที่มีความเสี่ยง

โรคติดต่อ หากพบการติดเชื้ระหว่างการเดินทางขนส่งนั้นหรือปรากฏว่ามีลูกเรือ ผู้โดยสาร หรือสัตว์ ปรากฏอาการติดเชื้อ (vessels, persons and articles from infected area) (Section 27)

(๓) ผู้ควบคุมพาหนะหรือศัลยแพทย์ ที่ประจำการในพาหนะนั้น หรือผู้ที่เป็นตัวแทนของพาหนะที่เดินทางมายังสิงคโปร์ มีหน้าที่ในการให้ข้อมูลตามรูปแบบและวิธีการที่กำหนด (Information required on arrival of vessels) (Section 28)

(๔) การกำหนดมาตรการสำหรับเรือหรือพาหนะที่เดินทางมายังสิงคโปร์ เช่น การตรวจสอบเรือหรือพาหนะ บุคคลหรือสินค้าที่มากับเรือหรือพาหนะดังกล่าว การสั่งให้มีการตรวจสอบหรือสอบสวนโรคแก่บุคคลที่มากับเรือหรือพาหนะดังกล่าว กำหนดมาตรการด้านสาธารณสุขให้มีการปฏิบัติในเรือหรือพาหนะนั้น การขอข้อมูลที่จำเป็นเกี่ยวกับสุขภาพของบุคคล ระบบอนามัยหรือสาธารณสุขในการขนส่ง หรือท่าหรือที่แห่งสุดท้ายที่มีการเดินทางผ่าน และการตรวจสอบปุมเรือหรือเอกสารประจำเรือ (Measures required of a vessel or vehicle on arrival) (Section 29)

(๕) การกำหนดให้มีการเข้ารับวัคซีนหรือยาต้านเพื่อป้องกันโรคแก่บุคคลที่เดินทางระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการเดินทางออกจากหรือเดินทางมายังสิงคโปร์ (vaccination and other prophylaxis) (Section 31)

(๖) มาตรการกำจัดความติดเชื้อและการดูแลด้านสุขาภิบาลในเรือหรือพาหนะ (disinfection and treatment of vessel and vehicle) (Section 32)

(๗) การดำเนินการสำหรับเรือที่มีการติดเชื้อ โดยให้มีการกักกัน (quarantine anchorage) ณ สถานที่ที่กำหนด และต้องแสดงสัญญาณเพื่อแสดงให้ทราบถึงการกักกันตามที่กำหนด (arrival of infected ships) (Section 33) และมาตรการเกี่ยวกับบุคคลที่อยู่ในเรือที่ถูกกักกัน เช่น ห้ามออกจากเรือนั้น เว้นแต่ได้รับอนุญาต ห้ามมิให้มีการเอาสัมภาระหรือสินค้าลงจากเรือ (unauthorized boarding of disembarking from infected vessel) (Section 34)

(๘) กำหนดมาตรการเกี่ยวกับการเข้าเทียบท่าของเรือ โดยกำหนดห้ามเรือที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เทียบท่ายังต้องอยู่ในเขตกักกัน (pratique) (Section 35)

(๙) นายเรือ เจ้าของ หรือตัวแทนเจ้าของเรือ ในกรณีที่เรือนั้นถูกกักกัน (quarantine) มีหน้าที่ความรับผิดชอบในเรื่องต่าง ๆ เช่น การเคลื่อนย้าย การดูแลรักษา การควบคุมดูแลบุคคลที่อยู่บนเรือระหว่างการเดินทาง ดำเนินการตามมาตรการที่อธิบดี (Director of Medical Services, Director-General, Food Administration) เจ้าหน้าที่สาธารณสุข หรือเจ้าหน้าที่ที่ควบคุมดูแลการสาธารณสุขที่ท่าเรือ เห็นสมควรในการกักกันเรือและบุคคลที่อยู่บนเรือ

นอกจากนี้ กำหนดให้นายเรือ เจ้าของ หรือตัวแทนเจ้าของเรือ ที่ถูกกักกัน หรือได้รับคำสั่งให้ทำความสะอาด การกำจัดแมลงหรือเชื้อโรค การกำจัดความติดเชื้อ ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการขนย้ายสินค้าหรือสิ่งของอันเนื่องมาจากการดำเนินการ

ตามคำสั่งดังกล่าว รวมทั้งรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตามมาตรานี้ด้วย (liability of master, owner or agent for expenses) (Art.45)

(๑๐) เพื่อประโยชน์ในการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคหรือการเกิดโรคระบาดในประเทศสิงคโปร์ อธิบดีอาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ทุกคนหรือบุคคลใดที่เดินทางมายังสิงคโปร์เข้ารับการตรวจในทางแพทย์ (medical examination of persons arriving in Singapore) (Section 45A.)

(๑๑) ในระหว่างที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินด้านสาธารณสุขอันเนื่องมาจากการแพร่ระบาดของโรค เพื่อประโยชน์ในการป้องกันการแพร่ระบาดภายนอกประเทศ รัฐมนตรีอาจมีคำสั่งเป็นหนังสือให้ทุกคนหรือบุคคลใดที่เดินทางออกจากสิงคโปร์เข้ารับการตรวจในทางแพทย์ คำสั่งดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้เป็นที่รับทราบทั่วไป (Medical examination of persons leaving Singapore during public health emergency) (Section 45B.)

### ๒.๓ การเข้ารับวัคซีนและการให้ยาต้านเพื่อป้องกันโรค (vaccination and other prophylaxis) มีมาตรการที่สำคัญดังนี้

(๑) กำหนดให้เป็นหน้าที่ของพ่อแม่หรือผู้ปกครองในการดำเนินการให้ผู้เยาว์ที่อยู่ในความปกครองต้องเข้ารับวัคซีนตามที่กำหนดไว้ท้ายพระราชบัญญัตินี้ (Responsibility of parent or guardian) (Section 46)

(๒) ในกรณีที่มีการแพร่ระบาดของโรคหรือมีเหตุสงสัยว่าจะมีการแพร่ระบาดในบริเวณใดในประเทศสิงคโปร์ อธิบดี (Director of Medical Services) อาจสั่งให้บุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้รับวัคซีนเพื่อต้านหรือป้องกันโรคเข้ารับการฉีดวัคซีนหรือให้ยาต้านเพื่อป้องกันโรคตามระยะเวลาที่กำหนดในคำสั่ง (power to order certain persons to undergo vaccination or other prophylaxis) (Section 47)

(๓) การกำหนดอัตราค่าใช้จ่ายสำหรับการเข้ารับวัคซีนและยาต้านเพื่อป้องกันโรค โดยให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีในการประกาศกำหนดและประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Fees for vaccinations and other prophylaxis) (Section 54)

### ๒.๔ การบังคับการตามพระราชบัญญัติ (enforcement) มีมาตรการที่สำคัญดังนี้

(๑) เพื่อประโยชน์ในการสอบสวนกรณีมีหรือมีเหตุสงสัยว่ามีโรคติดต่อแพร่ระบาดเป็นวงกว้าง อธิบดี (Director of Medical Services) หรือเจ้าหน้าที่สาธารณสุขมีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ เช่น การเข้าค้นหรือตรวจสอบสถานที่โดยไม่ต้องมีหมายค้น เก็บตัวอย่างวัตถุหรือสิ่งของเพื่อนำไปตรวจสอบ ยึดตัวอย่างวัตถุหรือสิ่งของที่เป็นเหตุต้องสงสัยสั่งให้บุคคลใดทำลายอาหารที่เป็นสิ่งต้องสงสัย สั่งให้บุคคลใดให้ข้อมูลหรือส่งเอกสารหรือหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของตน สั่งเป็นหนังสือให้บุคคลที่เป็นหรือมีเหตุสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อเป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรค ส่งผลตรวจในทางแพทย์ ซึ่งรวมถึงผลการตรวจเลือดหรือ

การตรวจอื่น ๆ ในเวลาและสถานที่ตามที่กำหนด และเข้ารับการรักษาในกรณีที่มีความจำเป็น การสั่งปิดสถานที่หรือกำหนดเป็นเขตปิดล้อม (cordoning off any public place) การสั่งให้มีการใช้สถานที่เพื่อเป็นที่แยกกักและรักษาบุคคลที่เป็นหรือมีเหตุสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อ เป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรค การสั่งให้มีการเคลื่อนย้ายในกรณีที่มีความเหมาะสมหรือจำเป็นเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรค และการสั่งห้ามการเคลื่อนย้าย การเข้าไป หรือการออกจากสถานที่ที่กำหนด (Powers of director and health officers in dealing with outbreaks and suspected outbreaks of infectious diseases) (Section 55)

(๒) อำนาจในการสืบสวนสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่สาธารณสุขในกรณีที่มีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยการสั่งให้บุคคลดำเนินการต่าง ๆ เช่น การจัดเตรียมข้อมูล หรือเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่อยู่ในความครอบครองของตน เพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน หรือในกรณีจำเป็นอาจเรียกให้บุคคลดังกล่าวมาพบตามเวลาและสถานที่ที่กำหนดก็ได้ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่สาธารณสุขอาจเข้าตรวจสอบสถานที่โดยไม่ต้องมีหมายค้นในกรณีที่มีความจำเป็น หรือเก็บตัวอย่างวัตถุหรือสิ่งของ (powers of investigation) (Section 55A.) รวมทั้งมีอำนาจในการเข้าจับกุมบุคคลผู้กระทำความผิดหรือมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ากระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตราต่าง ๆ โดยไม่ต้องมีหมายจับ (powers of arrest) (Section 56)

(๓) การแจ้งชื่อและที่อยู่ และหลักฐานแสดงตัวตนให้แก่เจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่สาธารณสุขในกรณีที่มีการร้องขอ (police officer or health officer may demand names and addresses in certain cases) (Section 57)

(๔) อธิบดี (Director of Medical Services) อาจเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลผู้เป็นหรือมีเหตุสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อ เป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรคให้แก่ ๑) บุคคลใด ๆ หากการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวมีความจำเป็นสำหรับบุคคลนั้นในการดำเนินการมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดหรือการเกิดการแพร่ระบาดเป็นวงกว้าง และ ๒) องค์การอนามัยโลกหรือรัฐภาคี หากการเปิดเผยข้อมูลนั้นมีความจำเป็นในการปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศของสิงคโปร์กับประเทศหรือองค์กรอื่น สำหรับการเปิดเผยข้อมูลให้แก่บุคคลตาม ๑) นั้น อธิบดีอาจกำหนดเงื่อนไขให้บุคคลดังกล่าวต้องปฏิบัติตามที่เห็นสมควรก็ได้ (disclosure of information by director to prevent spread or possible outbreak of infectious disease) (Section 57A.) นอกจากนี้ อธิบดีอาจมีคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้มีหน้าที่ดูแลข้อมูลด้านสุขภาพ (healthcare provider) เปิดเผยข้อมูลที่ได้รับซึ่งเป็นข้อมูลที่มีการระบุถึงบุคคลที่ติดเชื้ เป็นพาหะ หรือเป็นผู้สัมผัสโรค หรือบุคคลต้องสงสัย ให้แก่บุคคลตามที่กำหนดเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดหรือการเกิดการแพร่ระบาดเป็นวงกว้าง (Disclosure of information to prevent spread or possible outbreak of infectious disease, etc., as authorised by Director) (Section 57B.)

(๕) การใช้อำนาจพิเศษของอธิบดี (Director of Medical Services) โดยอนุมัติของรัฐมนตรีเพื่อกำหนดและบังคับใช้มาตรการฉุกเฉิน เพื่อประโยชน์ในการควบคุมโรคติดต่อในพื้นที่ใด ๆ โดยมาตรการฉุกเฉินที่กำหนดนั้น ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาก่อนที่จะบังคับใช้ (Extraordinary powers in relation to emergency measures) (Section 58)

ทั้งนี้ ผู้ใดจงใจฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

### ๓. การออกกฎหมายลำดับรองภายใต้ Infectious Diseases Act

นอกจากกลไกและมาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ใน IDA ตามที่ได้กล่าวไว้แล้ว ข้างต้น IDA ยังกำหนดบทบัญญัติให้มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติฯ ซึ่งในระหว่างที่มีวิกฤตสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ ได้มีการออกมาตรการตามกฎหมายลำดับรองที่สำคัญจำนวนสองฉบับ ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดมาตรการให้บุคคลผู้มีความเสี่ยงต้องปฏิบัติและกำหนดมาตรการที่ต้องปฏิบัติในสถานที่ทำงาน สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

๓.๑ การออกกฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับมาตรการดำเนินการสำหรับผู้มีความเสี่ยง (COVID-19 – STAY ORDERS Regulations 2020) ซึ่งออกภายใต้ Infectious Diseases Act (Section 73<sup>๔</sup>) มีหลักการสำคัญสรุปได้ดังนี้

(๑) การกำหนดความหมายของบุคคลผู้มีความเสี่ยง (at-risk individual) ได้แก่

<sup>๔</sup>อำนาจของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบในการออกกฎในเรื่องต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์และบทบัญญัติในพระราชบัญญัตินี้ และการออกกฎเฉพาะเรื่องตามที่บัญญัติไว้

Regulations

73. — (1) The appropriate Minister may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act for which he is responsible.

(2) Without prejudice to the generality of subsection (1), the appropriate Minister may make regulations with respect to all or any of the following matters:[...]

(h) the prescribing of any measure, the prohibition of any act, or the imposing of a duty to do any act, necessary to prevent or control the spread or possible outbreak of an infectious disease; and [...]

(3) The appropriate Minister may, in making any regulations, provide that any contravention of or failure to comply with any regulation shall be an offence punishable with a fine not exceeding \$10,000 or to imprisonment for a term not exceeding 6 months or to both.

๑) บุคคลที่เดินทางมายังสิงคโปร์โดยทางบก ทางอากาศ หรือทางน้ำ จากประเทศหรือดินแดนอื่นภายในระยะเวลาควบคุม<sup>๕</sup>

๒) บุคคลผู้ซึ่งก่อนระยะเวลาควบคุมหรือในระหว่างระยะเวลาควบคุม ได้มีการติดต่อกับบุคคลผู้ซึ่งเป็นหรือมีเหตุสงสัยว่าเป็นโรค COVID-19

๓) บุคคลผู้ซึ่งก่อนระยะเวลาควบคุมหรือในระหว่างระยะเวลาควบคุม ได้เข้ารับการตรวจในทางแพทย์ว่ามีการติดเชื้อโรค COVID-19 และอยู่ระหว่างการรอผลการตรวจ หรือยังไม่ปรากฏผลการตรวจที่ชัดเจน

๔) บุคคลผู้ซึ่งในระยะเวลาการควบคุมปรากฏเหตุหรืออาการต่อบุคคล ที่มีหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบ<sup>๖</sup>ว่าเป็นหรือมีความเสี่ยงที่จะเป็นผู้ติดเชื้อ หรือเป็นพาหะ ของโรค COVID-19

(๒) การสั่งให้บุคคลผู้ที่มีความเสี่ยง (Stay orders) ไปยังสถานที่ตามที่ กำหนดและห้ามออกจากสถานที่นั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด (ซึ่งไม่เกินกำหนดระยะเวลา ๑๔ วัน)

(๓) บุคคลที่ได้รับผลการตรวจทางการแพทย์ปรากฏว่ามีอาการเกี่ยวกับ ระบบทางเดินหายใจ บุคคลดังกล่าวห้ามออกจากสถานที่พักอาศัยของตนเป็นระยะเวลา ๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับการตรวจนั้น

(๔) ให้ถือว่าบุคคล (individual) กระทำความผิด เมื่อบุคคลนั้นได้รับคำสั่ง ให้อยู่พำนักในที่อยู่อาศัยของตนหรือสถานที่ที่กำหนด (Stay-home notices) ตามกำหนด ระยะเวลาที่ระบุในคำสั่งซึ่งอยู่ในช่วงเวลาควบคุม และปรากฏว่าได้ออกจากสถานที่ดังกล่าว โดย ปราศจากข้ออ้างที่สมควร

(๕) บุคคลผู้ฝ่าฝืนโดยไม่มีข้ออ้างตามที่กำหนด ต้องระวางโทษปรับ ไม่เกินหนึ่งหมื่นดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

(๖) ข้อกล่าวอ้างในการออกจากสถานที่ ได้แก่ ๑) การไปพบแพทย์ (seek medical attention) หรือ ๒) ได้รับอนุญาตจากอธิบดีก่อนการออกจากสถานที่นั้น

**๓.๒ การออกกฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับมาตรการปฏิบัติในสถานที่ทำงาน (Workplace Measures to Prevent Spread of Covid-19 Regulations 2020) ซึ่งออกภายใต้ Infectious Diseases Act (Section 73) มีหลักการสำคัญสรุปได้ดังนี้**

(๑) กำหนดให้ผู้ปฏิบัติงานต้องทำงาน ณ สถานที่พักของตน โดยนายจ้าง ต้องจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์ในการอำนวยความสะดวกที่จำเป็นให้แก่ผู้ปฏิบัติงานซึ่งต้อง

<sup>๕</sup>ระยะเวลาควบคุม คือ ระยะเวลาตั้งแต่วันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๖๓ ถึงวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๖๓

<sup>๖</sup>บุคคลที่มีหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบ ได้แก่ the Director of Medical Services and includes a Deputy Director of Medical Services เจ้าหน้าที่ตำรวจ เจ้าพนักงานตรวจคนเข้าเมือง หรือ เจ้าหน้าที่สาธารณสุข

ทำงาน ณ สถานที่พักของตนในช่วงระยะเวลาที่มีการควบคุม<sup>๗</sup> เว้นแต่เป็นกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็นที่ไม่สามารถปฏิบัติงาน ณ สถานที่พักได้ (employers and principal to implement telecommuting)

(๒) การประกอบกิจการหรือธุรกิจจะต้องมีการพิจารณาถึงรูปแบบลักษณะกิจการว่า มีความจำเป็นต้องใช้รูปแบบการติดต่อหรือประสานงานระหว่างบุคคลหรือไม่ ในกรณีที่มีความจำเป็น ต้องมีมาตรการในการตรวจสอบหรือคัดกรองสำหรับผู้ปฏิบัติงานหรือบุคคลที่จะต้องเข้ามาในสถานที่ทำงาน (safe distancing measure) ได้แก่

- การจัดแบ่งกลุ่มผู้ทำงานเป็นสองกลุ่มหรือมากกว่านั้น เพื่อลดหรือหลีกเลี่ยงการติดต่อหรือการสัมผัสทางกายภาพระหว่างกัน

- การกำหนดช่วงระยะเวลาในการเข้าปฏิบัติงานหรือเลิกปฏิบัติงานของกลุ่มบุคคลให้แตกต่างกัน

- ในกรณีที่มีอาการป่วย<sup>๘</sup> จะต้องรายงานให้นายจ้างหรือหัวหน้างานทราบทันที

- ผู้ปฏิบัติงานแต่ละคนจะต้องรักษาระยะห่างระหว่างกันอย่างน้อยหนึ่งเมตร ระยะห่างดังกล่าวให้ใช้สำหรับการจัดที่นั่งในการทำงาน การประชุม การต่อแถวเข้าคิว หรือการใช้สถานที่ร่วมกันด้วย

- ในกรณีที่มีบุคคลอื่น นอกเหนือจากผู้ปฏิบัติงานเข้ามาในสถานที่ทำงาน ไม่ว่าจะด้วยเหตุใด บุคคลเหล่านั้นต้องไม่เข้ามาในเวลาเดียวกัน และไม่ควรรอยู่ในสถานที่ทำงานเป็นระยะเวลานานเกินจำเป็น

(๓) นายจ้างต้องยกเลิกหรือเลื่อนการจัดกิจกรรมต่าง ๆ ที่ต้องมีการพบปะระหว่างบุคคล ในช่วงเวลาที่มีการควบคุม เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้ (safe distancing measure)

- กิจกรรมนั้นมีความสำคัญในการดำเนินการตามภารกิจขององค์กร

- กิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการฝึกอบรมทางวิชาชีพ หรือผู้เชี่ยวชาญแก่ผู้ปฏิบัติงาน หรือการจัดทดสอบเพื่อผ่านหลักสูตรทางวิชาชีพหรือผู้เชี่ยวชาญสำหรับผู้ปฏิบัติงาน

- กิจกรรมด้านการศึกษาซึ่งสถาบันการศึกษาต่าง ๆ จัดให้แก่ผู้ปฏิบัติงาน

(๔) นายจ้างและหัวหน้างานจะต้องสื่อสารข้อมูลเพื่อให้ผู้ปฏิบัติงานและบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ปฏิบัติงานซึ่งเข้ามาในสถานที่ทำงาน ทราบถึงมาตรการที่ใช้บังคับในสถานที่ทำงาน (communications by employers and principals)

(๕) หน้าที่ของผู้ครอบครองสถานที่ในช่วงเวลาที่มีการควบคุม

- ต้องจัดให้มีระบบการระบายอากาศตามธรรมชาติในสถานที่ทำงาน

<sup>๗</sup>ระยะเวลาควบคุม คือ ระยะเวลาตั้งแต่วันที่ ๒ เมษายน ๒๕๖๓ ถึงวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๖๓

<sup>๘</sup>อาการป่วย ได้แก่ ไอ จาม หายใจไม่สะดวก มีน้ำมูก

- จัดให้มีการตรวจวัดอุณหภูมิและสังเกตอาการของบุคคลที่เข้ามาในสถานที่ทำงาน
  - การมีข้อมูลติดต่อของบุคคลภายนอกที่เข้ามาในสถานที่ทำงานเพื่อประโยชน์ในการติดตามหรือสอบสวนโรค
  - การปฏิเสธการเข้ามาในสถานที่ทำงาน ในกรณีที่บุคคลมีอาการไข้หรือมีอาการของโรคตามที่กำหนด หรือบุคคลปฏิเสธการดำเนินการตามมาตรการที่กำหนด
  - กำหนดให้มีการรักษาระยะห่างระหว่างกันในการเข้ามาติดต่อ ณ สถานที่ทำงาน
  - ในกรณีที่พบบุคคลที่มีอาการไข้หรือปรากฏอาการของโรคตามที่กำหนด ให้จัดหาหน้ากากอนามัยให้บุคคลดังกล่าวใส่เพื่อป้องกันการแพร่ของโรค และร้องขอให้ออกจากสถานที่ทำงานทันที หากไม่สามารถกระทำได้ ให้มีการแยกกับบุคคลดังกล่าวไว้
- (๖) นายจ้างหรือหัวหน้างานจะต้องไม่อนุญาตให้บุคคลที่ต้องปฏิบัติตามมาตรการ (stay order) เข้ามาในสถานที่ทำงานในช่วงเวลาที่มีการควบคุม
- (๗) ผู้ปฏิบัติงานหรือบุคคลใดที่มีอาการไข้หรือมีอาการของโรคตามที่กำหนดต้องไม่เข้ามาในสถานที่ทำงาน
- (๘) บุคคลที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดโดยไม่มีข้ออ้างที่สมเหตุสมผลต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ ดอลลาร์สิงคโปร์ หรือจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

## ๒. ระบบการจัดการสำหรับวิกฤตการณ์ด้านสาธารณสุขของประเทศญี่ปุ่น (Structure of Public Health Crisis Management System)

กระทรวงสาธารณสุข แรงงาน และสวัสดิการสังคม (the Ministry of Health, Labour, and Welfare) (MHLW) ถือเป็นองค์กรที่มีความสำคัญเป็นลำดับแรกในการบริหารจัดการสถานการณ์การเกิดขึ้นของโรคติดต่อและวิกฤตการณ์ด้านสาธารณสุขอื่นที่เป็นภัยคุกคามต่อประชาชนในประเทศญี่ปุ่น โดยในปี ค.ศ. ๑๙๙๗ MHLW ได้จัดทำคู่มือปฏิบัติเพื่อเป็นแนวทางในการจัดการกับสถานการณ์ฉุกเฉินด้านสาธารณสุขซึ่งมีที่ มาจากการใช้ยา โรคติดต่อ การดื่มน้ำที่ปนเปื้อน และอาหารที่มีพิษ เพื่อเผยแพร่แก่รัฐบาลท้องถิ่นเพื่อประโยชน์ในการกำหนดแผนปฏิบัติการเพื่อใช้บังคับในกรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้น รวมทั้งได้มีการจัดทำระบบข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์เพื่ออำนวยความสะดวกในการนำไปใช้ด้วย นอกจากบทบาทของ MHLW แล้ว รัฐบาลท้องถิ่น (local government) และโครงสร้างการบริหารในระดับท้องถิ่น ได้แก่ ราชการส่วนจังหวัด (prefecture) ถือเป็นกลไกสำคัญในการดำเนินมาตรการด้านสาธารณสุขระดับท้องถิ่น โดยในแต่ละจังหวัดหรือเมืองตามที่กำหนดจะต้องมีการจัดตั้งสำนักงานด้านสาธารณสุขขึ้นอย่างน้อยจำนวนหนึ่งแห่ง (health center) โดยสำนักงานดังกล่าวมีภารกิจครอบคลุมกิจการสาธารณสุขในด้านต่าง ๆ เช่น สุขอนามัยของอาหารและยา เกษษกรรม และการป้องกันโรคติดต่อ

และในกรณีที่มีวิกฤตการณ์ด้านสาธารณสุขเกิดขึ้น สำนักงานสาธารณสุขแต่ละแห่งจะเป็นศูนย์กลางในการบริหารจัดการในระดับท้องถิ่น ทั้งนี้ ระบบการจัดการสำหรับวิกฤตการณ์ด้านสาธารณสุขของประเทศญี่ปุ่น<sup>๙</sup> มีสาระสำคัญสรุปได้ดังต่อไปนี้

๑. การบริหารจัดการโรคติดต่อภายใต้ Act on the Prevention of Infectious Diseases and Medical Care for Patients with Infectious Diseases (Infectious Diseases Prevention Act<sup>๑๐</sup>) มีกลไกและมาตรการที่สำคัญ สรุปได้ดังนี้

#### ๑.๑ การเฝ้าระวังโรคติดต่อ (Surveillance)

Infectious Diseases Prevention Act แบ่งประเภทโรคติดต่อออกเป็น ๘ ประเภท<sup>๑๑</sup> ตามลักษณะของการติดเชื้อ อาการของโรค และชนิดของโรค และกำหนดให้แพทย์ผู้ทำการตรวจหรือวินิจฉัยโรคติดต่อ หรือกรณีที่แพทย์มีเหตุสงสัยถึงอาการของโรคว่าเป็นโรคติดต่อประเภทที่ ๑ ถึง ๔ ตามที่กำหนดไว้ (เช่น อีโบล่า วัณโรค ซาร์ส อหิวาตกโรค ไวรัสตับอักเสบบี) หรือเป็นประเภทโรคติดต่ออุบัติใหม่ จะต้องรายงานให้ผู้ว่าราชการจังหวัด (governors) ทราบผ่านทางศูนย์สุขภาพ (health centers) ทั้งนี้ ส่วนในกรณีของโรคติดต่อประเภทที่ ๕ (ไข้หวัดใหญ่ ยกเว้นไข้หวัดนก ไวรัสตับอักเสบบี ยกเว้นไวรัสตับอักเสบบีและเอ

<sup>๙</sup>“Japan: Legal Responses to Health Emergencies”, <<https://www.loc.gov/law/help/health-emergencies/japan.php>> . accessed 15th January 2021

<sup>๑๐</sup>Act No. 114 of October 2, 1998, Last Version: Amendment of Act No. 115 of 2014

<sup>๑๑</sup>Category I: Ebola hemorrhagic fever, plague, smallpox, and others.

Category II: Tuberculosis, SARS (severe acute respiratory syndrome), H5N1 avian influenza, and others.

Category III: Cholera, bacillus dysentery, E. coli O157 infection, typhoid, and paratyphoid.

Category IV: Hepatitis E, hepatitis A, yellow fever, anthrax, infantile botulism, avian influenza (excluding H5N1) and others. An infectious disease can be added to this category by Cabinet order.

Category V: Influenza (excluding avian flu and new influenza), viral hepatitis (excluding hepatitis E and A), AIDS, MRSA (methicillin-resistant Staphylococcus aureus), and others. An infectious disease can be newly added to this category by MHLW ordinance.

New Influenza.

Designated Infectious Disease.

New Infectious Disease.

หรือเอคส์) แพทย์มีเวลาในการจัดทำรายงาน ๗ วัน จากนั้นผู้ว่าราชการจังหวัดมีหน้าที่รายงานต่อไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข

ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจกำหนดให้โรงพยาบาลหรือคลินิกมีหน้าที่ในการติดตามหรือเฝ้าระวังเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น โดยผู้บริหารของโรงพยาบาลมีหน้าที่รายงานถึงการตรวจรักษาโรคของแพทย์ต่อผู้ว่าราชการจังหวัด เพื่อให้ผู้ว่าราชการจังหวัดจะได้รายงานผลไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขต่อไป

สถาบันโรคติดต่อแห่งชาติ (The National Institute of Infectious Diseases (NIID)) จะเป็นผู้รวบรวมรายงานสถานการณ์การเกิดโรคติดต่อที่ได้จากสถาบันด้านการสาธารณสุขในเขตจังหวัดนั้น และในกรณีที่เกิดโรคระบาดหรือเกิดโรคติดต่อที่แพร่อย่างรวดเร็วและกว้างขวาง สถาบันโรคติดต่อแห่งชาติจะต้องทำการสอบสวนโรคในทางระบาดวิทยาและมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลกับองค์กรที่มีหน้าที่ในการเฝ้าระวังโรคติดต่อในประเทศอื่น ๆ

**๑.๒ การควบคุมโรคติดต่อ (Infectious Disease Control)** โดยวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายว่าด้วยการป้องกันโรคติดต่อ คือ การคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วย (protecting the rights of patients) ทุกมาตรการที่บังคับใช้สำหรับบุคคลที่เป็นหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อที่กำหนดไว้ในกฎหมายจึงต้องเริ่มต้นที่เกณฑ์ขั้นต่ำ (must be minimally required level) โดยมีการดำเนินการที่สำคัญสรุปได้ดังนี้

๑) ผู้ว่าราชการจังหวัด (Prefectural governor) อาจเสนอแนะให้ผู้ที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อประเภทที่ ๑ ถึง ๓ หรือโรคไข้หวัดใหญ่อุบัติใหม่ เข้ารับการตรวจทางการแพทย์ หากบุคคลดังกล่าวไม่เต็มใจเข้ารับการตรวจ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจจัดส่งเจ้าหน้าที่ไปทำการตรวจให้แก่บุคคลดังกล่าวได้ เว้นแต่เป็นกรณีฉุกเฉิน อย่างไรก็ตาม ผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องแจ้งให้บุคคลดังกล่าวทราบเป็นการล่วงหน้าถึงการเข้ารับการตรวจทางการแพทย์ หรือการส่งเจ้าหน้าที่ไปทำการตรวจ เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้รับรายงานจากแพทย์ผู้ทำการตรวจว่าบุคคลดังกล่าวเป็นโรคติดต่อ ผู้ว่าราชการจังหวัดจะต้องมีคำสั่งเพื่อห้ามบุคคลดังกล่าวไม่ให้ประกอบอาชีพบางอย่าง เช่น พ่อครัวหรือบริการในภัตตาคาร ตามระยะเวลาที่กำหนดซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะของโรคติดต่อที่พบ

๒) ระบบการจัดการสำหรับวิกฤตการณ์ด้านสาธารณสุขได้กำหนดข้อแนะนำหรือกำหนดบังคับสำหรับการเข้ารับการตรวจวินิจฉัยทางการแพทย์หรือการเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล โดยในกรณีที่พบว่าบุคคลที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อตามประเภทที่กำหนด ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจเสนอแนะให้ผู้ที่เป็นโรคติดต่อตามประเภทที่ ๑ หรือ ๒ หรือโรคไข้หวัดใหญ่อุบัติใหม่เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลที่กำหนด หากบุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ผู้ว่าราชการจังหวัดสามารถบังคับให้บุคคลดังกล่าวเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาลที่กำหนดได้ กำหนดระยะเวลาในการเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลกำหนดไว้ที่ ๗๒ ชั่วโมงหรือน้อยกว่านั้น และในกรณีที่มีความจำเป็น จะขยายระยะเวลาในการเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลเพื่อป้องกันการแพร่ของโรคก็ได้ ทั้งนี้ บุคคลจะออกจากโรงพยาบาลได้ต่อเมื่อมี

การรับรองว่าเป็นผู้ปลอดจากเชื้อแล้ว (does not have a pathogen) การร้องขอออกจากโรงพยาบาลสามารถกระทำได้ แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องจัดให้มีการทดสอบหาเชื้อในบุคคลดังกล่าวว่าเป็นผู้ปลอดจากเชื้อแล้ว นอกจากนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจขอความเห็นหรือคำปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญเพื่อประกอบการตัดสินใจได้ ในการออกคำสั่งหรือสั่งการต่าง ๆ ของผู้ว่าราชการจังหวัดไม่ว่าจะเป็นการห้ามไม่ให้ประกอบอาชีพ การสั่งให้เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล หรือการขยายระยะเวลาการรักษาตัวในโรงพยาบาล บุคคลที่ได้รับคำสั่งอาจอุทธรณ์คำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขได้ โดยรัฐมนตรีจะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยโดยขอคำปรึกษาหรือคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญ

๓) ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจสั่งให้มีการใช้มาตรการอื่นเพิ่มเติมเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรค เช่น การสั่งการให้ห้องที่หรือเขตที่มีผู้ติดเชื้อทำความสะอาดหรือกำจัดความติดเชื้อในพื้นที่ (sterilize such places) การสั่งกำจัดแมลงหรือสัตว์ที่เป็นพาหะของโรคในพื้นที่ (exterminate) การสั่งให้เจ้าของหรือผู้ที่มีอาหาร เสื้อผ้า วัตถุหรือสิ่งของที่ปนเปื้อนหรือติดเชื้อ (contaminated) อยู่ในความครอบครอง ต้องกำจัดความติดเชื้อหรือนำสิ่งเหล่านั้นไปกำจัด (sterilize or dispose of such items) หรือสั่งการให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการแทนก็ได้

**๑.๓ มาตรการที่ใช้กับโรคติดต่ออุบัติใหม่ (New Infectious Diseases or New Threats by Known Infectious Diseases)** มีมาตรการที่สำคัญได้แก่

๑) ในกรณีที่มีโรคติดต่ออุบัติใหม่ เช่น โรคไข้หวัดใหญ่อุบัติใหม่ หรือโรคไข้หวัดใหญ่ชนิดใหม่แต่มีลักษณะหรืออาการของโรคร้ายแรงกว่าเดิมจนกระทบต่อชีวิตหรืออนามัยของประชาชนเกิดขึ้น ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องติดตามรายงานเกี่ยวกับสถานการณ์ด้านสาธารณสุขรวมทั้งให้มีการตรวจวัดอุณหภูมิของผู้ที่เป็นหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นไข้หวัดใหญ่อุบัติใหม่ในช่วงระยะเวลาที่คาดว่าป็นระยะฟักตัวของโรค และสั่งห้ามบุคคลดังกล่าวออกจากที่พักอาศัยและดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นเพื่อควบคุมการแพร่กระจายของโรค ในกรณีนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจจัดอาหารและอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่จำเป็นให้แก่ผู้ติดเชื้อ ในกรณีที่มีแนวโน้มว่าโรคดังกล่าวจะแพร่ระบาดเป็นวงกว้างและรุนแรง รัฐบาลอาจสั่งจำกัดการเข้าพื้นที่หรืออาคารและควบคุมการจราจร

๒) ในกรณีที่มีโรคติดต่ออุบัติใหม่ นอกเหนือจากไข้หวัดใหญ่เกิดขึ้น ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจเสนอแนะให้ผู้ที่เป็นหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อดังกล่าวเข้ารับการตรวจทางการแพทย์ หากบุคคลดังกล่าวไม่เต็มใจเข้ารับการตรวจ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจจัดส่งเจ้าหน้าที่ไปทำการตรวจแก่บุคคลดังกล่าวได้ นอกจากนี้ ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจบังคับใช้มาตรการอื่น เช่น การสั่งให้เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล หรือกำจัดความติดเชื้อในตึกหรืออาคาร ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดต้องปรึกษากับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขก่อนสั่งให้มีการดำเนินการ โดยรัฐมนตรีจะให้คำแนะนำด้านเทคนิคแก่ผู้ว่าราชการจังหวัด (technical advice) และเมื่อกระทรวงสาธารณสุขมีแผนหรือมาตรการควบคุมและป้องกันการแพร่ระบาดของ

โรคติดต่ออุบัติใหม่ที่มีประสิทธิภาพแล้ว รัฐบาลอาจประกาศให้มีการนำแผนหรือมาตรการนั้นไปใช้บังคับกับการควบคุมหรือป้องกันโรคติดต่อประเภทที่ ๑ ได้

#### ๑.๔ การกำหนดโรงพยาบาลที่จะเข้ารับการรักษา (Designated Hospitals)

สรุปได้ดังนี้

๑) ประเทศญี่ปุ่นมีระบบสถาบันทางการแพทย์เฉพาะทางสำหรับโรคติดต่อบางประเภท (Designated Specified Infectious Disease Medical Institution) ที่กำหนดภายใต้กฎหมายว่าด้วยการป้องกันโรคติดต่อ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขจะเป็นผู้ประกาศกำหนดโดยความยินยอมของสถาบันนั้น

๒) สถาบันดังกล่าวจะเป็นแบ่งออกเป็นสามประเภท โดยกระทรวงสาธารณสุขได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานสำหรับการเป็นสถาบันเฉพาะทางดังกล่าวเฉพาะกรณีสถาบันประเภทที่หนึ่งและสถาบันประเภทสอง ได้แก่ สถาบันประเภทที่ ๑ จะมีมาตรฐานสิ่งอำนวยความสะดวกในทางการแพทย์ที่สูงกว่าประเภทที่สอง เช่น การมีห้องผู้ป่วยที่มีความกดอากาศต่ำกว่าบริเวณโดยรอบเพื่อป้องกันเชื้อโรคไม่ให้เข้ามาภายในห้องดังกล่าว การมีระบบระบายอากาศเฉพาะสำหรับห้องผู้ป่วย หรือการมีอุปกรณ์ระบายน้ำที่ถูกสุขอนามัยสำหรับการระบายน้ำออกจากห้องหรือบริเวณที่ห้องพักผู้ป่วยตั้งอยู่

๓) เมื่อรัฐมนตรีกำหนดให้สถาบันใดเป็นสถาบันเฉพาะทางสำหรับรักษาโรคติดต่อแล้ว สถาบันดังกล่าวจะมีหน้าที่ในการรักษาผู้ป่วยที่เป็นโรคติดต่อประเภทที่ ๑ และ ๒ โรคติดต่ออุบัติใหม่ และโรคไข้หวัดใหญ่อุบัติใหม่

๔) ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการกำหนดให้สถาบันประเภทที่หนึ่งมีหน้าที่ในการรักษาผู้ป่วยที่เป็นโรคติดต่อประเภทที่ ๑ และ ๒ และโรคไข้หวัดใหญ่อุบัติใหม่ ซึ่งต้องได้รับความยินยอมจากสถาบันนั้น

๕) ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจในการกำหนดให้สถาบันประเภทที่สองมีหน้าที่ในการรักษาผู้ป่วยที่เป็นโรคติดต่อประเภทที่ ๒ และโรคไข้หวัดใหญ่อุบัติใหม่ ซึ่งต้องได้รับความยินยอมจากสถาบันนั้น

๖) สถาบันทางการแพทย์ที่มีการประกาศกำหนดจะต้องรับผู้ป่วยที่เป็นโรคติดต่อบางลักษณะที่จำเป็นต้องเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล และปฏิบัติตามข้อสั่งการต่าง ๆ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขหรือผู้ว่าราชการจังหวัด

#### ๒. การบริหารจัดการโรคติดต่อภายใต้กฎหมายว่าด้วยการกักกัน (The Quarantine Act<sup>๑๒</sup>)

การใช้อำนาจสั่งการให้มีการกักกัน (Quarantine) ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการกักกันอยู่ภายใต้หน้าที่และความรับผิดชอบของสองหน่วยงาน ได้แก่ กระทรวงสาธารณสุขซึ่งรับผิดชอบในการกักกันบุคคลและอาหาร Human and food quarantine และกระทรวงเกษตร

<sup>๑๒</sup>Act No. 201 of June 6, 1951, Last Version: Amendment of Act No. 30 of 2008

ป่าไม้ และการประมง ซึ่งรับผิดชอบในการกักกันพืชและสัตว์ Plant and animal quarantine โดยมีมาตรการที่สำคัญสรุปได้ดังนี้

(๑) เรือหรืออากาศยานที่เดินทางมาจากต่างประเทศหรือแวะจอดที่ต่างประเทศ หรือมีการรับบุคคล วัตถุ หรือสิ่งของจากต่างประเทศ จะต้องได้รับอนุญาตให้เทียบท่าก่อนที่จะเข้ามายังท่าหรือที่ในประเทศญี่ปุ่น (obtain free pratique) เว้นแต่เป็นกรณีที่เข้าไปเขตกักกันโดยตรง นอกจากนี้ ผู้ควบคุมพาหนะมีหน้าที่ต้องรายงานข้อมูลแก่หัวหน้าด่านกักกันตามที่กำหนดไว้ เช่น ในกรณีที่มีผู้เดินทางเจ็บป่วยหรือตายจากการกักกันในเขตกักกันโรคติดต่อ

(๒) เมื่อเรือหรืออากาศยานเข้ามายังเขตกักกัน จะต้องมีการตรวจสอบและซักถามข้อมูลของผู้โดยสารที่เดินทางมาจากต่างประเทศ และพนักงานเจ้าหน้าที่อาจมีการตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่า ผู้โดยสาร เรือ หรืออากาศยานนั้น ปลอดภัยจากการติดเชื้อ

(๓) ในกรณีที่เรือหรืออากาศยานออกจากพื้นที่กักกันโรคหรือผ่านพื้นที่ที่มีการกักกันโรค อาจมีการกำหนดมาตรการเพิ่มเติม เช่น ให้แยกกักบุคคลที่เป็นโรคติดต่อในประเภทที่ ๑ หรือใช้หวัดใหญ่อุบัติใหม่ สั่งการให้บุคคลที่มีเหตุสงสัยว่าเป็นโรคติดต่อในประเภทที่ ๑ หรือใช้หวัดใหญ่อุบัติใหม่ อยู่ในพื้นที่ที่กำหนดหรือในพาหนะนั้น เพื่อป้องกันการแพร่ของโรคเข้ามาในประเทศญี่ปุ่น กำจัดความติดเชื้อในวัตถุหรือสถานที่ซึ่งมีเหตุอันควรสงสัยว่าติดเชื้อหรือปนเปื้อน กำจัดวัตถุ หรือจัดให้มีการเข้ารับวัคซีน

(๔) การติดตามตัวบุคคล (Tracking Persons) สรุปได้ดังนี้

๑) หัวหน้าหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลด้านการกักกัน (the head of a quarantine office) ต้องรายงานข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ถูกกักกันซึ่งเป็นผู้ติดโรคติดต่อประเภทที่ ๒ ถึง ๔ หรือโรคติดต่ออุบัติใหม่ แก่ผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งรับผิดชอบอยู่ในพื้นที่ที่บุคคลนั้นพักอาศัย

๒) ในกรณีที่หัวหน้าหน่วยงานที่ทำหน้าที่ดูแลด้านการกักกันตัดสินใจยกเลิกการกักกันตัวบุคคลซึ่งอาจจะติดโรคติดต่อประเภทที่ ๑ หรือโรคใช้หวัดใหญ่อุบัติใหม่ หัวหน้าหน่วยงานดังกล่าวจะต้องรวบรวมข้อมูลของบุคคลดังกล่าว เช่น ชื่อ ที่อยู่ หรือสถานที่พักอาศัยในญี่ปุ่น ตลอดจนตารางการเดินทางในประเทศญี่ปุ่น แล้วแจ้งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดในพื้นที่ที่เกี่ยวข้องทราบข้อมูลดังกล่าว เพื่อให้มีการตรวจสอบติดตาม และอาจมีการสอบถามข้อมูลจากบุคคลดังกล่าวหรือส่งเจ้าหน้าที่สาธารณสุขไปสอบถามข้อมูลก็ได้

(๕) การกักกันสัตว์ (Animal Quarantine) มาตรการดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อป้องกันโรคติดต่อที่แพร่มาจากสัตว์ โดยให้มีการกักกันหรือห้ามการนำเข้า เช่น การห้ามการนำเข้าลิงจากแอฟริกา

### ๓. การประกาศสถานการณ์พิเศษสำหรับการระบาดของโรคใช้หวัดใหญ่ (Pandemic Influenza Special Measures)

รัฐบาลญี่ปุ่นได้มีการออกกฎหมายที่เรียกว่า “The Special Measures Act on New Influenza” ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๒ เพื่อรับมือกับโรคใช้หวัดใหญ่ (H5N1)

โดยกำหนดให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเมื่อปรากฏผลการสอบสวนกรณีโรคใช้หวัดใหญ่อุบัติใหม่ว่าผู้ที่เป็นหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคใช้หวัดใหญ่อุบัติใหม่จะทำให้มีการแพร่กระจายของโรคอย่างกว้างขวาง (pose a great risk of widely spreading of disease) ซึ่งเมื่อมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว มาตรการฉุกเฉินต่าง ๆ จะถูกนำมาบังคับใช้ได้มากกว่าสองปี และอาจจะขยายระยะเวลาออกไปได้อีกหนึ่งปี โดยสามารถสรุปมาตรการที่สำคัญได้ดังนี้<sup>๑๓</sup>

๑) การร้องขอให้ประชาชนงดเว้นการออกจากที่พักอาศัยตามเวลาที่กำหนด และร้องขอให้ธุรกิจ สถานบันเทิง การจัดกิจกรรมต่าง ๆ จำกัดการจัดกิจกรรมหรือปิดให้บริการ

๒) การจัดให้ประชาชนเข้ารับวัคซีน

๓) การจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกทางการแพทย์ในกรณีฉุกเฉิน

๔) การร้องขอให้มีการขายสินค้าบางประเภทตามที่กำหนดให้แก่รัฐบาล

**๔. การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศญี่ปุ่น (Emergency declared for Tokyo, Kanagawa, Saitama and Chiba) โดยจะมีผลใช้บังคับในวันที่ ๘ มกราคม ๒๕๖๔ และมีการประกาศขยายระยะเวลาจนถึงวันที่ ๗ มีนาคม ๒๕๖๔**

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศญี่ปุ่น มีมาตรการที่สำคัญ ได้แก่

๑) ผู้ว่าราชการในจังหวัดที่เกี่ยวข้องต้องกำหนดมาตรการเพื่อขอความร่วมมือให้ประชาชนอยู่ในที่พักอาศัยหลังจากเวลา ๒๐.๐๐ นาฬิกา

๒) ภัตตาคาร ผับ บาร์ หรือคาเฟ่ที่มีการเสิร์ฟเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เริ่มให้บริการเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้ในช่วงเวลา ๑๑.๐๐ น. ถึงเวลา ๑๙.๐๐ น. และสถานที่ดังกล่าวต้องปิดให้บริการในเวลา ๒๐.๐๐ น. แต่จะมีสิทธิได้รับค่าชดเชยมากกว่า ๖๐,๐๐๐ เยน ต่อวัน ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวไม่ใช่บังคับแก่บริการจัดส่งอาหารหรือการซื้อไปรับประทานที่บ้าน

๓) การลดจำนวนผู้ทำงานในสถานที่ทำงานโดยการร้องขอให้ธุรกิจหรือการประกอบกิจการต่าง ๆ ทำงานจากที่บ้าน โดยต้องจัดหาอุปกรณ์อำนวยความสะดวกในการทำงานให้แก่ผู้ทำงานด้วย

๔) จำกัดจำนวนผู้เข้าร่วมในกิจกรรมต่าง ๆ เช่น การจัดแข่งขันกีฬา โดยกำหนดให้มีจำนวนผู้เข้าร่วมไม่เกินห้าสิบลเปอร์เซ็นต์ของความจุของสถานที่ และกำหนดจำนวนผู้ร่วมสูงสุดไม่เกิน ๕,๐๐๐ คน

<sup>๑๓</sup>- requesting residents to refrain from going outside and requesting entertainment businesses to limit or close their business or events

- vaccinating residents

- opening emergency medical facilities, and

- requesting the sale of specified goods to the government.

๕) โรงภาพยนตร์ ห้างสรรพสินค้า หรือสวนสนุก ยังคงเปิดให้บริการได้ แต่สมควรปิดให้บริการในเวลา ๒๐.๐๐ น.

๖) โรงเรียน มหาวิทยาลัย หรือเนอสเซอรี่ ยังคงเปิดให้มีการจัดการเรียนการสอนได้ แต่ร้องขอให้มีการงดการจัดกิจกรรมเสริมหลักสูตรหรือกิจกรรมพิเศษนอกหลักสูตร

**๕. การเสนอแก้ไขและปรับปรุงกฎหมายเพื่อกำหนดโทษแก่บุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ (COVID-19) ในประเทศญี่ปุ่น<sup>๑๔</sup>**

#### ๕.๑ เหตุผลความจำเป็น

แม้ประเทศญี่ปุ่นจะได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินในเมืองต่าง ๆ แต่มาตรการที่ประกาศกำหนดนั้นมีผลเป็นการการร้องขอหรือการขอความร่วมมือให้ประชาชนปฏิบัติตาม (urged) โดยมิได้มีผลเป็นมาตรการบังคับ (ordered) หรือกำหนดบทลงโทษ เช่น โทษปรับหรือจำคุก (fines and prison sentences) ด้วยเหตุนี้ คณะรัฐมนตรีของประเทศญี่ปุ่นจึงมีมติเห็นชอบกับการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Infectious Diseases Prevention Act และ Quarantine Act เพื่อกำหนดมาตรการบังคับสำหรับบุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ เมื่อวันที่ ๒๒ มกราคม ๒๕๖๔ เพื่อนำร่างกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเสนอต่อรัฐสภา (The Diet) โดยรัฐสภาได้มีมติให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว เมื่อวันที่ ๓ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๖๔ โดยกฎหมายดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับในวันที่ ๑๓ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๖๔ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

#### ๕.๒ การแก้ไขเพิ่มเติม Infectious Diseases Prevention Act สรุปได้ดังนี้

##### ๕.๒.๑. มาตรการสำหรับผู้ประกอบธุรกิจหรือกิจการ

(๑) กำหนดให้อำนาจแก่ผู้บริหารท้องถิ่น (local government) ในพื้นที่ที่มีการประกาศใช้บังคับสถานการณ์ฉุกเฉิน (under state emergency) ให้สามารถออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบการเปลี่ยนแปลงเวลาการประกอบกิจการ (shorten their hours) หรือหยุดประกอบกิจการตามระยะเวลาที่กำหนดได้ (shut down for a

<sup>๑๔</sup>“Japan cabinet approves bill for tougher virus measures”, <https://www.thisismoney.co.uk/wires/afp/article-9174933/Japan-cabinet-approves-bill-tougher-virus-measures.html>. accessed 22<sup>nd</sup> January 2021

“Japan enacts laws setting fines for antivirus measure noncompliance” ,<https://english.kyodonews.net/news/2021/02/672b77d898d6-japan-to-pass-bills-allowing-fines-for-antivirus-measure-non-compliance.html>. accessed 20<sup>th</sup> February 2021

“Japan's new virus law: Fines for noncompliance and support for hard-hit firms” , <https://www.japantimes.co.jp/news/2021/02/04/national/new-virus-law-explainer/>. accessed 20<sup>th</sup> February 2021

designated period) ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวในกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ต้องระวางโทษปรับสามแสนเยน

(๒) กำหนดให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นในการเข้าไปตรวจสอบสถานประกอบการหรือกิจการได้ ก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับสถานการณ์ฉุกเฉินเมื่อสถานการณ์ของการแพร่ระบาดของโรคร้ายแรงในระดับสามซึ่งมีการแพร่ระบาดอย่างรวดเร็วและมีผู้ติดเชื้อภายในประเทศเป็นจำนวนมาก (during stage 3 alert)<sup>๑๕</sup> เพื่อประโยชน์ในการควบคุมและตรวจสอบผลบังคับใช้ของการออกคำสั่งให้มีการเปลี่ยนแปลงเวลาการประกอบกิจการ ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเมื่อสถานการณ์ของการแพร่ระบาดของโรคร้ายแรงในระดับสามต้องระวางโทษปรับสองแสนเยน

### ๕.๒.๒. มาตรการกำหนดให้บุคคลผู้ติดเชื้อต้องปฏิบัติ

(๑) กำหนดให้ผู้ติดเชื้อที่ได้รับคำสั่งให้ต้องเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล (hospitalized) ที่ปฏิเสธการเข้ารับการรักษาในโรงพยาบาล ต้องระวางโทษปรับมากกว่าห้าแสนเยน

(๒) กำหนดให้ผู้ป่วยซึ่งเป็นผู้ติดเชื้อที่ปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการสอบสวนโรคเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการแพร่ระบาดหรือการติดเชื้อ (tracking their infection route) ต้องระวางโทษปรับมากกว่าสามแสนเยน

### ๕.๓ การแก้ไขเพิ่มเติม Quarantine Act สรุปลงได้ดังนี้

มาตรการดังกล่าวกำหนดให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการกำหนดให้บุคคลที่เดินทางมาจากต่างประเทศต้องกักกันตนเอง ณ ที่พักอาศัย เป็นระยะเวลา ๑๔ วัน (self-quarantine for 14 days in principle) ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวปฏิเสธ เจ้าหน้าที่มีอำนาจกำหนดให้บุคคลกักกันตนเอง ณ สถานที่ที่กำหนด หากบุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต้องระวางโทษจำคุกหนึ่งปีหรือปรับมากกว่าหนึ่งล้านเยน<sup>๑๖</sup>

### ๕.๔ มาตรการอื่น

(๑) การให้ความช่วยเหลือด้านการเงิน (financial support) แก่ผู้ประกอบการหรือผู้ประกอบการที่ให้ความร่วมมือและดำเนินการตามคำสั่งในการเปลี่ยนแปลงเวลาการประกอบกิจการหรือหยุดประกอบกิจการตามระยะเวลาที่กำหนด

(๒) การกำหนดให้รัฐบาลท้องถิ่น (local governments) สามารถประกาศชื่อและตำหนิโรงพยาบาลที่ปฏิเสธการรับการรักษาผู้ป่วยที่ติดเชื้อ COVID-19 (name and shame medical facilities that flout requests to admit Covid-19 patients) เนื่องจากโรงพยาบาลเอกชนมีสิทธิที่จะปฏิเสธการรับผู้ป่วยเข้ารับการรักษาตัวได้

<sup>๑๕</sup>during stage 3 alert, one level away from the maximum

<sup>๑๖</sup>“Japan extends travel restrictions and tightens quarantine measures”, < <https://www.japantimes.co.jp/news/2021/02/04/national/japan-travel-restrictions/>>. accessed 20th February 2021

### บทสรุป

จากการศึกษากลไกและมาตรการในการเฝ้าระวัง ป้องกัน และควบคุมโรคติดต่อของทั้งประเทศสิงคโปร์และประเทศญี่ปุ่น พบว่า การกำหนดกลไกหรือมาตรการทางกฎหมายเพื่อระงับหรือยับยั้งการแพร่ระบาดของโรคติดต่ออย่างมีประสิทธิภาพจำเป็นต้องกำหนดบทบัญญัติบางประการที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อย สวัสดิภาพและความปลอดภัยของประชาชน หรือประโยชน์สาธารณะ เช่น การสั่งให้หยุดประกอบกิจการหรือกำหนดเวลาเปิดปิดกิจการ การสั่งปิดสถานที่ การกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการเดินทาง การทำกิจกรรม และการอยู่อาศัยหรือพำนักในสถานที่ของบุคคล และการติดตามข้อมูลของบุคคลเพื่อประโยชน์ในการสอบสวนโรครวมทั้งการกำหนดให้อำนาจพิเศษบางประการในการสั่งการในกรณีที่มีวิกฤตการณ์ด้านสาธารณสุขหรือกรณีฉุกเฉินเกิดขึ้น โดยมีระยะเวลาการใช้บังคับเป็นคราว ๆ และมีการประกาศยกเลิกมาตรการฉุกเฉินนั้นเมื่อสถานการณ์อันเป็นวิกฤตมีแนวโน้มที่ดีขึ้นหรือสิ้นสุดลง กรณีจึงสามารถนำแนวทางหรือกลไกของกฎหมายต่างประเทศมาใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. ๒๕๕๘ เพื่อรองรับกรณีวิกฤตการณ์ที่เกิดขึ้นจากโรคติดต่ออันตรายหรือโรคระบาดที่มีผลกระทบในวงกว้าง (Pandemic) อันเป็นหรืออาจเป็นอันตรายต่อชีวิต สุขภาพ หรือการดำรงชีวิตตามปกติของประชาชนอย่างรุนแรงและกว้างขวาง เพื่อแก้ไขปัญหาอันเป็นวิกฤตนั้นอย่างทันที่ต่อไป



ข้อพิจารณาเกี่ยวกับข้อเสนอให้มีการบังคับฉีดวัคซีนป้องกัน COVID-19 ในออสเตรเลีย  
Evaluation concerning the hypothetical application of mandatory vaccination and  
potential alternatives in assisting COVID-19 vaccination programme in Australia \*

Panwa Nilprapunt

## 1. Introduction

Despite how Australia's geographical advantages and willingness to employ strict containment policies have contributed to its relatively successful management of the 2019 Coronavirus Disease (COVID-19) pandemic: with 29,166 cases and 909 deaths confirmed as of March 2021 (World Health Organisation, n.d.), its influence on the Australian society remains undeniably profound. Many of the virus' effects, for instance, have resulted in detrimental consequences on the Australian economy: including how the closure of borders and lockdowns have contributed to the end of Australia's 29 years of uninterrupted economic growth (D'Souza, 2020; Lim et al., 2021); and how the country's significant reduction in short term performances - including the 7.4% unemployment rate in June 2020 - can potentially hinder its long term development despite the prospect of recovery (Australian Bureau of Statistics [ABS], 2021b). The vaccination campaign, in particular, has been among a set of policies intended by the Australian government to remedy the effects of COVID-19: with 164,437 people already vaccinated and 73% of the population expressing willingness to participate (ABS, 2021a; Australian Government Department of Health, n.d.; O'Sullivan et al., 2020). Yet regardless of the populace apparent consensus, many observers remain sceptical of the government's decision to make vaccination voluntary, with some proposing the idea of imposing sanctions on non-compliant subjects to sustain the creation of herd immunity in Australia (Guerrera, 2020).

Intrigued by this ongoing debate, this analysis seeks to examine how mandatory vaccination can assist in the management of COVID-19. It starts by putting forward the notion that, employing Gary Becker's economic axioms, mandatory vaccination can theoretically increase the vaccination rate through

---

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

influencing the individual’s cost-benefit rationale. It then argues that, due to the absence of homogeneity in the real-world economy and unintended consequences, the extent of this approach’s practicality remains limited; and that there exist alternatives that the government can also employ to provide results necessary for Australia’s effective and sustainable recovery.

**2. Theoretical Interpretation**

In order to effectively explain reasons that may incentivise the government’s adoption of the mandatory vaccination policy, the essay finds it necessary to identify how the decision to get vaccinated can include costs and benefits that are different between personal and societal levels. In particular, an individual is likely to base their decision on personal risks and opportunity costs involved: including monetary costs and inherent risks of side effects, to the benefit of acquiring COVID-19 immunity. Meanwhile, the government’s evaluation tends to focus upon social costs and benefits of vaccination: such as the benefit of increasing the national output level from more economic activities, in measuring the extent of the policy’s effectiveness. Accordingly, the government is likely to decide that more immunisation is necessary on the ground that marginal social benefits of increasing contribution to the economy far exceed the marginal social costs required - a conclusion which can become conflicted with individual choices and beliefs (Boettke & Powell, 2021; O’Sullivan et al. 2020).

Consequently, this dispute of interests allows for the use of Becker’s model to rationalise the government’s application of incentives to influence individuals’ decisions regarding the COVID-19 vaccination. Describing economic agents as operating in their self-interests to pursue maximum utility, Becker (as cited in Heckman, 2015) hypothesized that consumption would occur at the point of equilibrium where costs and benefits of the decision are equal. This rationalisation in return becomes especially relevant within the context of the voluntary vaccination, as individuals who consider themselves economically satisfied are likely to abstain from the programme: a decision which is highly undesirable for the government as it reduces the capacity for national immunity to be effectively established (Boettke & Powell, 2021). Hence the notion that consumers tend to disregard the external effects of their decisions can help justify the government’s adoption of the mandatory vaccination policy, as the widespread access to vaccines

and enforcement by the State can coerce people into vaccinating under threats of community pressure and public sanctions.

In addition to how the criminalisation of non-vaccinated individuals can influence the consumers' behaviour, the imposition of penalties such as fines and restriction from public services can also help coerce people into vaccinating by causing the increase in costs of their choices. Once again the Becker's paradox can be used in explaining this phenomenon as, thanks to how criminal activities can be considered as a form of rational economic decisions, individuals are unlikely to commit a crime if the costs of getting caught exceed the utility from committing such offence and getting away (Persson & Siven, 2007). This adherence of consumers toward the cost-benefit rationale thus allows the use of mandatory vaccination to reinforce the management of COVID-19, since sufficiently harsh punishments are likely to deter the population from defying the public regulation and ensure compliance to the immunisation campaign.

### 3. Practical Assessment & Conclusion

Nevertheless, while it is possible to argue that mandatory vaccination can rectify the vaccines' wasted positive externalities, the policy's prescriptive nature can also lead to consequences that can offset the extent of its effectiveness. This notion becomes evident when considering that, similar to how the effects of COVID-19 appear to be more profound in demographics with lower socioeconomic standing (O'Sullivan et al., 2020), the policy's unilateral approach may result in unintentional discrimination towards social groups - namely Aboriginal Australians - whose limited economic opportunities can prevent them from participating in the programme. Furthermore, the adoption of discriminatory policies in assisting the management of the mandatory vaccination can be detrimental to the trust in government, as the act of forcing the populace into vaccinating without regards to the vaccines' risks and effects - both of which contribute to 74% of reasons Australians may decide not to get vaccinated (ABS, 2021a) - can be considered as the violation of human rights and thus provide incentives for potential social unrests in the long run: as evidenced by examples of public demonstration in Melbourne following the government's facemask mandate, along with the Amnesty

International’s condemnation of the Indonesian government following its decision to designate non-vaccination as a criminal offence (Australian Human Rights Commission, n.d.; Hamid, 2021; McPhee, 2021).

Ultimately, while the government may possess valid incentives to employ mandatory vaccination in the management of COVID-19, its inflexibility and vulnerability to unintended consequences imply that it should only be used as a last resort. Nevertheless, this essay also recognises that the policy consideration of cost-benefit rationale also opens up the opportunity for the government to employ other alternatives - namely increasing engagement with the public and reducing the vaccination costs through welfare support - that can assist in reducing the externality of vaccination and offer means for the pandemic management and the adjustment to the post-COVID-19 world.

## References

Australian Bureau of Statistics. (2021 a). Household Impacts of COVID-19 Survey: February 2021 (Cat. No. 4940.0), <https://www.abs.gov.au/statistics/people/people-and-communities/household-impacts-covid-19-survey/latest-release>

Australian Bureau of Statistics. (2021b, March 18). Employment hits 13 million – recovers to Pre-COVID level [Press Release]. <https://www.abs.gov.au/media-centre/media-releases/employment-hits-13-million-recovers-pre-covid-level>

Australian Government Department of Health. (n.d.). Getting Vaccinated for COVID-19. Retrieved March 19, 2021, from <https://www.health.gov.au/initiatives-and-programs/covid-19-vaccines/getting-vaccinated-for-covid-19>

Australian Human Rights Commission. (n.d.). COVID-19 vaccinations and federal discrimination law. Retrieved March 19, 2021, from <https://humanrights.gov.au/our-work/rights-and-freedoms/covid-19-vaccinations-and-federal-discrimination-law>

Boettke, P., & Powell, B. (2021). The political economy of the COVID-19 pandemic. *Southern Economic Journal*. <https://doi.org/10.1002/soej.12488>

D’Souza, G. (2020). Immigration and COVID-19. Committee for Economic Development of Australia. <https://cedakenticomedia.blob.core.windows.net/cedamediacontainer/kentico/media/researchcataloguedocuments/pdfs/ccep-labour-2020-gd-immigration-and-covid.pdf>

Guerrera, O. (2020, August 14). ‘Why would that be controversial?’: Readers on mandatory COVID-19 Vaccination. *The Sydney Morning Herald*. <https://www.smh.com.au/national/why-would-that-be-controversial-readers-on-mandatory-covid-19-vaccination-20200811-p55kn9.html>

Hamid, U. (2021). Mandatory vaccination will not solve Indonesia’s COVID-19 problem. *Indonesia at Melbourne*. <https://indonesiatmelbourne.unimelb.edu.au/mandatory-vaccination-will-not-solve-indonesias-covid-19-problem/>

Heckman, JJ. (2015). Gary Becker: Model Economic Scientist. *The American Economic Review*, 105(5), 74–79. <https://doi.org/10.1257/aer.p20151106>

Lim, G., Nguyen, V., Robinson, T., Tsiaplias, S., & Wang, J. (2021). The Australian Economy in 2020–21: The COVID-19 Pandemic and Prospects for Economic Recovery. *Australian Economic Review*, 54(1), 5–18. <https://doi.org/10.1111/1467-8462.12405>

McPhee, S. (2021, January 13). Anti-lockdown protest outside Australian Open in Melbourne Park. *News.com.au*. <https://www.news.com.au/national/victoria/news/antilockdown-protest-outside-australian-open-in-melbourne-park/news-story/ea6183d477ec839d23af8e39f73ffdad>

O’Sullivan, D., Rahamathulla, M., & Pawar, M. (2020). The Impact and Implications of COVID-19: An Australian Perspective. *The International Journal of Community and Social Development*, 2(2), 134–151. <https://doi.org/10.1177/2516602620937922>

Persson, M. & Siven, C. (2007). The Becker Paradox and Type I Versus Type II Errors in the Economics of Crime. *International Economic Review*, 48(1), 211–233. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2354.2007.00423.x>

World Health Organisation. (n.d.). WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard. <https://covid19.who.int/>



## หลักการกำหนดค่าธรรมเนียมในกฎหมาย\*

กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา\*\*

### ความนำ

การกำหนดค่าธรรมเนียมในกฎหมายมีอยู่ทั่วไปในกฎหมายไทย ค่าธรรมเนียมที่กำหนดจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันซึ่งที่ผ่านมา การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของประเทศไทย ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนว่าอัตราที่จะกำหนดนั้นควรมาจากฐานการคิดคำนวณอย่างไร เมื่อพิจารณากฎหมายหลายฉบับประกอบกัน ทำให้เห็นว่า อัตราค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บนั้น มีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก และทำให้ผู้เขียนเกิดข้อสงสัยด้วยว่าค่าธรรมเนียมกิ่งภาษี และค่าธรรมเนียมที่เป็นค่าบริการนั้น แท้จริงแล้ว มีขอบเขตการพิจารณาที่แตกต่างกันอย่างไร เป็นการพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นว่า อัตราที่เรียกเก็บนั้นสอดคล้องกับกิจกรรมที่ภาครัฐดำเนินการ ให้เช่นนี้หรือไม่ และค่าธรรมเนียมประเภทใดที่ต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจในการเรียกเก็บ

ต่างประเทศมีการกำหนดค่าธรรมเนียมในกฎหมายเช่นกัน โดยมีประเด็นที่น่าสนใจและมีความแตกต่างจากการเก็บค่าธรรมเนียมของไทย คือ ในหลายประเทศ มีแนวทางการพิจารณาว่าการดำเนินการใดที่กฎหมายกำหนดเป็นหน้าที่ให้ประชาชนต้องปฏิบัติ เพื่อประโยชน์ในการเก็บข้อมูลของภาครัฐ การดำเนินการนั้นไม่ควรที่จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากประชาชน ส่วนการพิจารณาประเภทของค่าธรรมเนียมที่จะเรียกเก็บ หากเป็นการบังคับจัดเก็บที่ประชาชนไม่มีทางเลือกอื่นถือเป็นค่าธรรมเนียมประเภทภาษีที่ต้องมีกฎหมายแม่บทระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนเท่านั้นจึงจะเรียกเก็บได้ แต่หากเป็นค่าบริการในลักษณะตอบแทนประโยชน์ที่ได้รับจากภาครัฐ ไม่ว่าจะเรียกว่าอะไร เช่น user charges หรือ service fees ยังมีข้อแตกต่างกันในแต่ละประเทศ

บทความนี้ ผู้เขียนได้ตรวจสอบแนวทางการกำหนดค่าธรรมเนียมในกฎหมายต่างประเทศ ประกอบด้วย ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ประเทศนิวซีแลนด์ และประเทศแคนาดา โดยเห็นว่าน่าจะนำมาใช้วิเคราะห์แนวทางการกำหนดค่าธรรมเนียมในกฎหมายไทย

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นางสาวพิชานาถ ค่ายวง นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ  
นางสาวใจใส วงศ์พิเชษฐ นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ  
นางสาวอรพิม ประสงค์ นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ  
นายปณตกร จงธีรโชติ นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ  
นางกาญจนาภรณ์ อินทปันตี เลิศลอย ผู้อำนวยการฝ่ายวิเคราะห์ผลกระทบและประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนในการกำหนดค่าธรรมเนียมประเภทต่าง ๆ ในกฎหมาย ลดขั้นตอนและภาระที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน และทำให้เกิดความชัดเจนในการพิจารณากำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของหน่วยงานของรัฐเพื่อที่จะสามารถปฏิบัติตามแนวทางการทบทวนอัตราค่าธรรมเนียมในการอนุมัติ อนุญาต ของทางราชการ ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒ มกราคม ๒๕๖๓ ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นไปแนวทางเดียวกัน

**ผลการศึกษาปรากฏว่า** ค่าธรรมเนียมในต่างประเทศมีขอบเขตการพิจารณาประเภทของค่าธรรมเนียมและแนวทางการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมค่อนข้างละเอียดและชัดเจน โดยผู้เขียนจะขอเสนอผลการศึกษารูปเป็นหัวข้อตามลำดับ ดังนี้ (๑) ประเภทและฐานอำนาจตามกฎหมายในการเก็บค่าธรรมเนียม ข้อมูลในส่วนนี้จะทำให้เกิดความชัดเจนว่าค่าธรรมเนียมมีกี่ประเภท แต่ละประเภทแตกต่างกันอย่างไร ประเภทใดต้องมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการเรียกเก็บ ซึ่งจะให้เกิดความชัดเจนในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของสำนักงานฯ และ (๒) แนวทางการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ข้อมูลในส่วนนี้จะพิจารณาแนวทางการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมตามกฎหมายไทยและของต่างประเทศว่าการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมมีแนวทางการพิจารณาอย่างไร ค่าธรรมเนียมลักษณะใดที่ไม่มีการเรียกเก็บ และในปัจจุบันมีการกำหนดรูปแบบของการเก็บค่าธรรมเนียมด้วยวิธีการใดเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน เพื่อให้การกำหนดค่าธรรมเนียมมีเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจนและเป็นรูปธรรม ดังนี้

## ๑. ประเภทและฐานอำนาจตามกฎหมายในการเก็บค่าธรรมเนียม

### ๑.๑ ประเภทและฐานอำนาจในการเก็บค่าธรรมเนียมตามกฎหมายไทย

ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดประเภทของค่าธรรมเนียม และฐานอำนาจที่ชัดเจนในการเก็บค่าธรรมเนียมไว้ มีเพียงบทบัญญัติตามมาตรา ๒๖<sup>๑</sup> ประกอบกับ มาตรา ๓๗<sup>๒</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติรองรับสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลไว้

<sup>๑</sup> มาตรา ๒๖ การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิ และเสรีภาพไว้ด้วย กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

<sup>๒</sup> มาตรา ๓๗ บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ตราขึ้นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรม ภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของ ตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายจากการเวนคืน โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ผลกระทบต่อผู้ถูกเวนคืน รวมทั้งประโยชน์ที่ผู้ถูกเวนคืนอาจได้รับจากการเวนคืนนั้น

โดยกำหนดให้การจำกัดสิทธิดังกล่าวกระทำได้เฉพาะเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ซึ่งในที่นี้คือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารที่จะกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิที่ได้รับ การรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญฯ

เมื่อพิจารณากฎหมายไทยที่มีการเก็บค่าธรรมเนียม พบว่า ไม่มีบทบัญญัติใด ในกฎหมายที่ระบุประเภทของค่าธรรมเนียมไว้ การกำหนดค่าธรรมเนียมมีการใช้คำเรียก ที่แตกต่างกัน เช่น ภาษี ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย ค่าบำรุง ค่าดำเนินการ ฯลฯ และมีอัตรา ที่กำหนดเป็นเพดานในการเรียกเก็บไว้ท้ายพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการเรียกเก็บ แต่ไม่ปรากฏ ว่าค่าธรรมเนียมแต่ละประเภทยังมีความแตกต่างกันอย่างไร โดยผู้เขียนขอแบ่งการเรียกเก็บ ค่าธรรมเนียมตามกฎหมายไทยตามสาระของการเรียกเก็บได้เป็น ๕ กลุ่ม ดังนี้

(๑) ค่าธรรมเนียมสำหรับสิทธิพิเศษที่ได้รับตามกฎหมายสำหรับบุคคลหรือกลุ่ม บุคคลเป็นการเฉพาะ ค่าธรรมเนียมกลุ่มนี้มักจะอยู่ในรูปของค่าภาคหลวง ค่าสัมปทาน ค่าธรรมเนียมการนำเข้าส่งออกสินค้าตามโควต้าสินค้าที่กำหนด เช่น ค่าธรรมเนียมสัมปทานทำไม้ สักและสัมปทานเก็บหาของป่าหวงห้ามตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ ค่าสงวนพื้นที่ในแปลงสำรวจ ปิโตรเลียมตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม ค่าธรรมเนียมการใช้คลื่นความถี่และค่าธรรมเนียมเลขหมาย โทรคมนาคมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคม และค่าธรรมเนียมการส่งออก และค่าธรรมเนียมการนำเข้าซึ่งผลิตผลเกษตรกรรมขั้นต้น เป็นต้น ค่าธรรมเนียมกลุ่มนี้มักมีราคา ค่อนข้างสูงเนื่องจากเป็นการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินการหรือมีคู่แข่งในวงจำกัด ซึ่งนัก กฎหมายส่วนใหญ่มักจะมองค่าธรรมเนียมกลุ่มนี้ว่ามีลักษณะในการทำงานเดียวกับภาษี เนื่องจาก อัตราที่เรียกเก็บมิได้สอดคล้องกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง ในประเด็นนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศจะทำให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับการแบ่งประเภทของ ค่าธรรมเนียม ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

---

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นต้องใช้เพื่อการที่บัญญัติไว้ในวรรคสาม เว้นแต่เป็นการเวนคืนเพื่อนำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปชดเชยให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ ที่ถูกเวนคืนตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลา การเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ให้ชัดเจน ถ้ามิได้ใช้ประโยชน์เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือมี อสังหาริมทรัพย์เหลือจากการใช้ประโยชน์ และเจ้าของเดิมหรือทายาทประสงค์จะได้คืน ให้คืนแก่เจ้าของเดิม หรือทายาท

ระยะเวลาการขอคืนและการคืนอสังหาริมทรัพย์ ที่ถูกเวนคืนที่มิได้ใช้ประโยชน์ หรือที่เหลือจาก การใช้ประโยชน์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไป ให้เป็นไป ตามที่ กฎหมายบัญญัติ

การตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุเจาะจงอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์ ที่ถูกเวนคืนตามความจำเป็น มิให้ถือว่าเป็นการขัดต่อมาตรา ๒๖ วรรคสอง

(๒) ค่าธรรมเนียมการอนุมัติ ใบอนุญาต ใบรับแจ้ง หนังสือรับรอง ใบสำคัญ การจดทะเบียนหรือขึ้นทะเบียน และการต่ออายุการอนุมัติอนุญาตดังกล่าว ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ บุคคลต้องกระทำก่อนที่จะประกอบกิจการหรือดำเนินการที่กฎหมายกำหนดได้ เช่น ค่าธรรมเนียม ใบอนุญาตนำคนต่างด้าวมาทำงานและใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการ บริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตนำเข้าหรือส่งออกเชื้อพันธุ์ พืชและใบรับรองสุขอนามัยพืชตามกฎหมายว่าด้วยการกักพืช ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตให้เป็น สมาคมกีฬาที่ใช้คำว่า “แห่งประเทศไทย” และใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนจัดตั้งสมาคมกีฬา ตามกฎหมายว่าด้วยการกีฬาแห่งประเทศไทย ค่าขึ้นทะเบียนและค่าหนังสือรับรองการขึ้น ทะเบียนเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ ค่าธรรมเนียม หนังสือรับรองถิ่นกำเนิดสินค้าหรือหนังสือรับรองคุณภาพสินค้าตามกฎหมายว่าด้วยการส่งออก ไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า ค่ารูปเครื่องหมายการค้า เครื่องหมายบริการ เครื่องหมายรับรอง หรือเครื่องหมายร่วมที่มีด้านกว้างหรือด้านยาวเกิน ๕ เซนติเมตร ตามกฎหมาย ว่าด้วยเครื่องหมายการค้า และค่าธรรมเนียมการแจ้งการเกิด การตาย หรือการย้ายที่อยู่ตาม กฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร เป็นต้น

(๓) ค่าธรรมเนียมที่เป็นค่าตอบแทนประโยชน์ที่ได้รับจากการให้บริการภาครัฐ หรือการใช้ประโยชน์จากโครงสร้างพื้นฐานหรือสิ่งสาธารณูปโภคที่รัฐจัดให้มีขึ้น เช่น ค่าธรรมเนียม การใช้ยานยนต์บนทางหลวงหรือสะพานตามกฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าธรรมเนียมการใช้ยานยนต์ บนทางหลวงและสะพาน ค่าบำรุงทางน้ำชลประทานตามกฎหมายว่าด้วยการชลประทานหลวง ค่าธรรมเนียมกำกับการบินพลเรือนตามกฎหมายว่าด้วยการบินพลเรือนแห่งประเทศไทย ค่าธรรมเนียมการขอให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าวินิจฉัยตามกฎหมายว่าด้วยการ แข่งขันทางการค้า ค่าธรรมเนียมสำหรับการเก็บรักษาไปรษณีย์ภัณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยไปรษณีย์ ค่าเก็บและขนส่งสิ่งปฏิกูลตามกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข ค่าธรรมเนียมการตรวจลงตราตาม กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ค่าธรรมเนียมการให้บริการด้านนิติวิทยาศาสตร์ตามกฎหมายว่าด้วย การให้บริการด้านนิติวิทยาศาสตร์ ค่าธรรมเนียมการตรวจพิจารณาภาพยนตร์หรือวีดิทัศน์ และการตรวจพิจารณาสื่อโฆษณาตามกฎหมายว่าด้วยภาพยนตร์และวีดิทัศน์ และค่าพาหนะ และค่าเบี้ยเลี้ยงในการเดินทางไปตรวจสอบสถานที่ขุดดินหรือถมดินตามกฎหมายว่าด้วยการขุดดิน และถมดิน เป็นต้น

(๔) ค่าธรรมเนียมสำหรับการขอเอกสารหรือข้อมูลในความครอบครองหรือใน ความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ เช่น ค่าคัดสำเนาเอกสารพร้อมรับรองสำเนาถูกต้อง ค่ารับรองสำเนาเอกสาร ค่าตรวจหรือคัดเอกสารซึ่งนายทะเบียนเก็บรักษาไว้ ค่าถ่ายเอกสาร ค่าตรวจค้นหรือหาข้อมูล ค่าถ่ายข้อมูลที่จัดทำจากระบบคอมพิวเตอร์ ค่าบันทึกข้อมูล ค่าแปล ใบอนุญาตเป็นภาษาต่างประเทศ และค่าธรรมเนียมในการออกเอกสารต่าง ๆ เป็นต้น และ

(๕) ค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายกรณีอื่น ๆ ซึ่งกำหนดแตกต่างหลากหลาย ตามแต่ลักษณะของกฎหมายเฉพาะเรื่อง เช่น ค่าพยาบาลของพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติงาน

ในวันหยุดราชการหรือนอกเวลาราชการตามกฎหมายว่าด้วยการกักพืช ค่าใช้จ่ายในการตรวจพาหนะนอกเวลาราชการและการรอคอยเพื่อตรวจพาหนะอันมิใช่ความผิดของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ค่าธรรมเนียมรับคืนไม้ไหลลอยและค่าธรรมเนียมทำการล่วงเวลาตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ ค่าที่พักสัตว์หรือซากสัตว์ที่นำเข้ามาในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์ เป็นต้น

สำหรับกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการเก็บค่าธรรมเนียมนั้น ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติกฎหมายอื่นที่กำหนดแนวทางการกำหนดประเภทค่าธรรมเนียมหรือหลักเกณฑ์ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม แต่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การบริหารจัดการและเก็บรักษาค่าธรรมเนียมภาครัฐโดยกำหนดหน้าที่แก่หน่วยงานที่เรียกเก็บค่าธรรมเนียมต้องปฏิบัติ ดังนี้

๑) การกำหนดให้หน่วยงานที่เรียกเก็บค่าธรรมเนียมมีหน้าที่ต้องนำส่งเงินเข้าคลังตามมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. ๒๔๙๑ ที่กำหนดให้บรรดาเงินทั้งปวงที่พึงชำระให้แก่รัฐบาลรวมทั้งค่าธรรมเนียมหรือเงินอื่นใด หัวหน้าส่วนราชการที่ได้เก็บหรือรับเงินนั้นมีหน้าที่ควบคุมให้ส่งเข้าบัญชีเงินคงคลังบัญชีที่ ๑ หรือส่งคลังจังหวัดหรือคลังอำเภอตามกำหนดเวลาและข้อบังคับที่รัฐมนตรีกำหนด โดยไม่หักเงินไว้เพื่อการใด ๆ เลย เว้นแต่กรณีองค์การของรัฐบาลบรรดาที่ใช้ทุนหรือทุนหมุนเวียนซึ่งรัฐมนตรีกำหนดข้อบังคับว่าด้วยการนำทุนหรือผลกำไรเข้าบัญชีเงินคงคลังบัญชีที่ ๑ เป็นอย่างอื่น

๒) การกำหนดมิให้หน่วยงานนำค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บไปใช้จ่ายเว้นแต่เป็นการเรียกเก็บที่เพิ่มขึ้นเพื่อนำไปใช้จ่ายเป็นรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๑ โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

- มาตรา ๒๖<sup>๓</sup> กำหนดหลักเกณฑ์มิให้มีการเสนอกฎหมายที่มีบทบัญญัติให้จัดเก็บภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้นจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายเพื่อให้หน่วยงานของรัฐนำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐนั้นหรือเพื่อการหนึ่งการใดเป็นการเฉพาะ เว้นแต่กรณีการจัดเก็บภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้นเพื่อเป็นรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

- มาตรา ๓๓<sup>๔</sup> กำหนดให้การจัดเก็บ ลด และยกเว้นรายได้แผ่นดินที่เป็นค่าธรรมเนียมอันมิใช่ค่าตอบแทนการให้บริการกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย

<sup>๓</sup> มาตรา ๒๖ การเสนอกฎหมายที่มีบทบัญญัติให้จัดเก็บภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้นจากที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เพื่อให้หน่วยงานของรัฐนำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐนั้นหรือเพื่อการหนึ่งการใดเป็นการเฉพาะจะกระทำมิได้ เว้นแต่กรณีการจัดเก็บภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้นเพื่อเป็นรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

<sup>๔</sup> มาตรา ๓๓ การจัดเก็บ ลด และยกเว้นรายได้แผ่นดินที่เป็นค่าธรรมเนียมอันมิใช่ค่าตอบแทนการให้บริการ จะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย

- มาตรา ๘๒<sup>๕</sup> ซึ่งเป็นบทเฉพาะกาลกำหนดยกเว้นการใช้บังคับมาตรา ๒๖ มาตรา ๓๒ มาตรา ๓๓ และมาตรา ๓๕ ที่กำหนดเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้นจากที่กำหนดไว้ในกฎหมาย การยกเว้น การลดหย่อนภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียม หรือการกันเงินรายได้ซึ่งมีผลบังคับใช้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ

ส่วนการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมที่มีลักษณะเป็นค่าบริการโดยแท้ เช่น ค่าสำเนาเอกสาร ค่ารับรองสำเนา ฯลฯ นั้น ยังมีความแตกต่างกันในกฎหมายแต่ละฉบับ โดยปัจจุบันมีประกาศคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ เรื่อง การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการขอสำเนาหรือขอสำเนาที่มีค่าธรรมเนียมของข้อมูลข่าวสารของราชการ ที่ประกาศเมื่อวันที่ ๗ พฤษภาคม ๒๕๕๒ กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไว้ เช่น ค่าสำเนาเอกสารขนาด A ๔ หน้าละไม่เกิน ๑ บาท หรือการเรียกค่าธรรมเนียมการรับรองความถูกต้องของข้อมูลข่าวสาร ให้คิดในอัตราค่าธรรมเนียมไม่เกิน ๕ บาท เป็นต้น

### ๑.๒ ประเภทและฐานอำนาจในการเก็บค่าธรรมเนียมในต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาข้อมูลเกี่ยวกับการเก็บค่าธรรมเนียมในต่างประเทศ พบว่าต่างประเทศมีแนวทางการพิจารณาค่าธรรมเนียมที่ค่อนข้างละเอียด โดยจะพิจารณาว่าสมควรเรียกเก็บค่าธรรมเนียมประเภทใดเนื่องจากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมแต่ละประเภทมีผลต่อฐานอำนาจตามกฎหมาย อัตราที่จะกำหนด การยกเว้นค่าธรรมเนียม และการนำค่าธรรมเนียมนั้นไปใช้ประโยชน์ ดังนี้

#### ประเทศฝรั่งเศส

##### ๑) ประเภทของค่าธรรมเนียม

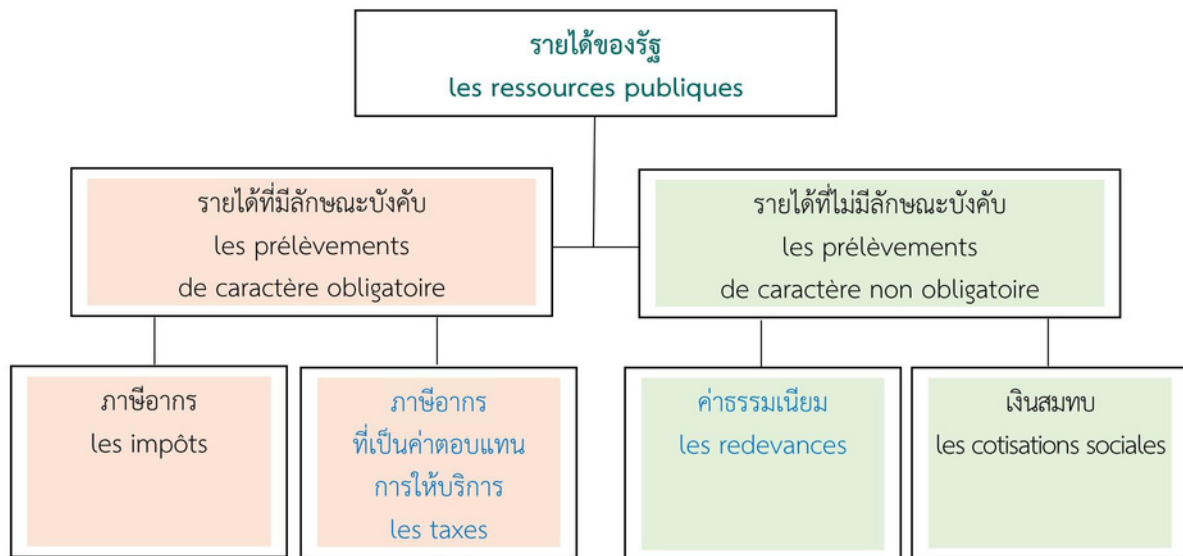
หลักกฎหมายเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมของประเทศฝรั่งเศสเป็นหลักกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษา (jurisprudence) เป็นหลัก โดยกฎหมายต่าง ๆ จะกำหนดหลักการเพิ่มเติมเฉพาะค่าธรรมเนียมบางประเภทเท่านั้น เช่น ค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับการใช้ทางและการเดินอากาศ ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel)<sup>๖</sup> ได้

<sup>๕</sup> มาตรา ๘๒ บทบัญญัติในมาตรา ๒๖ มาตรา ๓๒ มาตรา ๓๓ และมาตรา ๓๕ ไม่ใช้บังคับกับกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้นจากที่กำหนดไว้ในกฎหมาย การยกเว้น การลดหย่อนภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียม หรือการกันเงินรายได้ซึ่งมีผลบังคับใช้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ

<sup>๖</sup> CE, ass., 21 nov. 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens* และ Cons. const., 6 oct. 1976, n° 76-92 L., *Nature juridique de dispositions de la loi n° 67-1175 du 28 déc. 1967 portant réforme du régime relative au droit de port et de navigation modifiée par l'article 64 de la loi de finances pour 1974.*

ให้นิยามของ “ค่าธรรมเนียม” (redevance)<sup>๗</sup> ไว้ หมายความว่า บรรดาเงินที่เรียกเก็บจาก ผู้ใช้บริการสาธารณะ เพื่อแลกกับการให้บริการสาธารณะหรือเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการใช้สิ่ง สาธารณูปโภค เฉพาะในกรณีที่เงินที่เรียกเก็บนั้นเป็นค่าตอบแทนการให้บริการสาธารณะหรือการ ใช้สิ่งสาธารณูปโภคโดยตรง และเพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายที่รัฐได้จ่ายไปเพื่อให้บริการดังกล่าวเท่านั้น<sup>๘</sup>

กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสแบ่งรายได้ของรัฐออกเป็น ๒ ประเภท คือ รายได้ ที่มีลักษณะบังคับ (les prélèvements de caractère obligatoire) ประกอบด้วยภาษีอากร (les impôts) และภาษีอากรที่เป็นค่าตอบแทนการให้บริการ (les taxes) และรายได้ที่ไม่มีลักษณะบังคับ (redevances และ cotisations sociales) ดังนี้



ภาษีอากรที่เป็นค่าตอบแทนการให้บริการ (les taxes) มีความคล้ายคลึงกับ ค่าธรรมเนียม เนื่องจากเป็นเงินที่เรียกเก็บจากผู้ใช้บริการสาธารณะ เพื่อแลกกับการให้บริการ

<sup>๗</sup> เรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “ค่าธรรมเนียมเพื่อตอบแทนการให้บริการ” (redevance pour service rendu) หรือ “ค่าตอบแทนการให้บริการ” (rémunération pour service rendu) ซึ่งเป็นคำที่ใช้ใน กฎหมายเกี่ยวกับภาษี

<sup>๘</sup> Cette notion recouvre l'ensemble des sommes d'argent demandées aux usagers d'un service public, en l'échange d'une prestation délivrée par ce service ou pour l'utilisation d'un ouvrage public, dès lors que ces sommes sont la contrepartie directe du service et qu'elles ont vocation à seulement couvrir les charges causées à l'administration par ledit service.

สาธารณะหรือเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการใช้สิ่งสาธารณูปโภค<sup>๙</sup> เช่นเดียวกัน<sup>๑๐</sup> อย่างไรก็ตาม ภายใต้อำนาจที่ ๒ ประเภทมีความแตกต่างกัน ดังนี้

- การกำหนดอัตราภาษีอากรที่เป็นค่าตอบแทนการให้บริการไม่ต้องคำนึงถึงรายจ่ายที่รัฐได้จ่ายไปจริง ส่วนการเก็บค่าธรรมเนียมต้องเรียกเก็บในจำนวนที่สอดคล้องและได้สัดส่วนกับค่าใช้จ่ายในการให้บริการแก่ผู้ใช้หนึ่งคน<sup>๑๑</sup>

- รัฐอาจยกเว้นการจ่ายภาษีอากรที่เป็นค่าตอบแทนการให้บริการได้<sup>๑๒</sup> เช่น ผู้สูงอายุที่มีอายุ ๖๐ ปีขึ้นไป แต่ไม่สามารถยกเว้นการจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้แม้ว่าบุคคลกลุ่มนั้นจะเป็นผู้ที่ได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องจ่ายภาษีอากรที่เป็นค่าตอบแทนการให้บริการก็ตาม

ประเทศฝรั่งเศสกำหนดประเภทของค่าธรรมเนียมเพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับอัตราที่เรียกเก็บและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการจัดบริการสาธารณะโดยประเทศฝรั่งเศสจำแนกประเภทของบริการสาธารณะออกเป็น ๒ ประเภท คือ บริการสาธารณะทางปกครอง (service public administratif) และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (service public industriel et commercial) ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า บริการสาธารณะทางปกครองอาจมีรายได้ที่มาจากภาษีอากรที่เป็นค่าตอบแทนการให้บริการ (les taxes) ได้ และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมไม่อาจมีรายได้ที่มาจากภาษีอากร (les impôts) และภาษีอากรที่เป็นค่าตอบแทนการให้บริการ (les taxes)<sup>๑๓</sup> ดังนั้น บริการสาธารณะทางปกครองจึงอาจมีรายได้ทั้งจากภาษีอากรและค่าธรรมเนียม ในขณะที่บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมสามารถมีรายได้จากเฉพาะค่าธรรมเนียมเท่านั้น เช่น ค่าธรรมเนียมการใช้น้ำและค่าธรรมเนียมการใช้นามบิน

## ๒) ฐานอำนาจในการเก็บค่าธรรมเนียม

มาตรา ๔<sup>๑๔</sup> แห่งรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับงบประมาณ (Loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances) หรือ LOLF

<sup>๙</sup> La taxe peut être définie comme la somme exigée en contrepartie des prestations offerts par un service public ou de la possibilité d'utiliser un ouvrage public.

<sup>๑๐</sup> ค่าธรรมเนียม (redevance) และภาษีอากรที่เป็นค่าตอบแทนการให้บริการ (taxe) จึงแตกต่างจากภาษีอากร (impôt) เนื่องจากการจ่ายภาษีอากร (เช่น ภาษีเงินได้และภาษีมูลค่าเพิ่ม) ไม่ได้เป็นไปเพื่อเป็นค่าตอบแทนการให้บริการ

<sup>๑๑</sup> CGCT, art. 1522.

<sup>๑๒</sup> Cass. com., 3 oct. 2006, *Martellil*.

<sup>๑๓</sup> CE, 29 oct. 1997, n° 144.007, *Sté Sucrierie agricole de Colleville*.

<sup>๑๔</sup> Article 4 La rémunération de services rendus par l'Etat peut être établie et perçue sur la base de décrets en Conseil d'Etat pris sur le rapport du ministre chargé des

กำหนดว่า การจัดเก็บภาษีอากรต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ<sup>๑๕</sup> ส่วนการจัดเก็บค่าธรรมเนียม รวมถึงการกำหนดฐานในการคำนวณ อัตรา และการจัดเก็บค่าธรรมเนียม เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร เนื่องจากค่าธรรมเนียมเป็นรายได้ที่ไม่มีลักษณะบังคับ<sup>๑๖</sup> อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารแต่รัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้การจัดเก็บค่าธรรมเนียมจะต้องตราเป็นรัฐกฤษฎีกาที่ได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐ (décret en Conseil d'Etat) โดยต้องมีรายงานจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย โดยรัฐกฤษฎีกากำหนดให้มีการจัดเก็บค่าธรรมเนียมจะสิ้นผลไป (caducs) หากไม่มีการอนุมัติ (ratification) ในรัฐบัญญัติงบประมาณประจำปีฉบับถัดไปที่เกี่ยวข้องกับปีนั้น (dans la plus prochaine loi de finances afférente à l'année concernée) นอกจากนี้ รัฐกฤษฎีกากำหนดให้มีการจัดเก็บค่าธรรมเนียมจะต้องกำหนดวัตถุประสงค์ของการจัดเก็บค่าธรรมเนียมและบริการสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการเก็บค่าธรรมเนียมนั้นไว้ด้วย สำหรับการกำหนดฐานในการคำนวณ อัตรา และวิธีการจัดเก็บค่าธรรมเนียมให้ออกเป็นกฎกระทรวงหรือคำสั่งของผู้ว่าการท้องถิ่นในกรณีที่มีการมอบอำนาจ (arrêté ministériel ou, compte tenu des délégations éventuellement consenties, préfectoral)<sup>๑๗</sup>

**ตัวอย่าง** มาตรา ๒<sup>๑๘</sup> แห่งรัฐบัญญัติงบประมาณแก้ไขปรับปรุงสำหรับปี ค.ศ. ๒๐๑๗ (Loi n° 2017-1640 du 1<sup>er</sup> décembre 2017 de finances rectificative pour 2017) ได้อนุมัติ รัฐกฤษฎีกาที่กำหนดให้มีการจัดเก็บค่าธรรมเนียมโดยหน่วยงานกลยุทธ์ด้านไอทีทางการเงินของรัฐ<sup>๑๙</sup> โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวใช้ถ้อยคำว่า “ให้การเรียกเก็บ

---

finances et du ministre intéressé. Ces décrets deviennent caducs en l'absence d'une ratification dans la plus prochaine loi de finances afférente à l'année concernée.

<sup>๑๕</sup> Article 34 de la Constitution

La loi fixe les règles concernant :

etc.

etc.

- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ;

etc.

etc.

<sup>๑๖</sup> Cons. const., 10 mars 1966, n° 66-38 L.

<sup>๑๗</sup> CE, Ass., 10 juill. 1996, n° 168702, *Société Direct Mail Promotion et autres*.

<sup>๑๘</sup> Article 2 Est autorisée, au delà de l'entrée en vigueur de la présente loi, la perception des rémunérations de services instituées par le décret n° 2017-1188 du 21 juillet 2017 relatif à la rémunération de certains services rendus par le service à compétence nationale dénommé « Agence pour l'informatique financière de l'Etat ».

<sup>๑๙</sup> Décret n° 2017-1188 du 21 juillet 2017 relatif à la rémunération de certains services rendus par le service à compétence nationale dénommé « Agence pour l'informatique financière de l'Etat »

ค่าตอบแทนสำหรับบริการที่กำหนดขึ้นโดยรัฐกฤษฎีกาหมายเลข ๒๐๑๗-๑๑๘๘ ลงวันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๐๑๗ ที่เกี่ยวข้องกับค่าตอบแทนการให้บริการบางอย่างโดยหน่วยงานกลยุทธ์ด้านไอทีทางการเงินของรัฐ ได้รับการอนุมัติเกินกว่าวันที่รัฐบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ” (est autorisée, au delà de l’entrée en vigueur de la présente loi)

**คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ** ในคำวินิจฉัยที่ ๒๐๐๑-๔๔๘ ลงวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๑<sup>๒๐</sup> คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความมาตรา ๔ แห่งรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับงบประมาณ ว่า ค่าธรรมเนียมเหล่านี้เป็นรายรับของรัฐจึงต้องมีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐบัญญัติเกี่ยวกับงบประมาณ อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า กระบวนการในการอนุมัติตามมาตรา ๔ แห่งรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับงบประมาณใช้บังคับกับรัฐกฤษฎีกาที่กำหนดให้มีการจัดเก็บค่าธรรมเนียมเท่านั้น (les décrets en Conseil d’Etat instituant la rémunération d’un service rendu par l’Etat) โดยไม่ใช้บังคับกับคำสั่งหรือมติกรรมที่ออกโดยอาศัยอำนาจจากรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว (à l’exclusion des actes pris sur la base de ces décrets) ทั้งนี้ กระบวนการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เป็นเพียงการอนุมัติการจัดเก็บค่าธรรมเนียมให้เกินกว่าวันที่รัฐบัญญัติงบประมาณประจำปีฉบับถัดไปมีผลใช้บังคับ จึงอาจสรุปได้ว่าการกำหนดค่าธรรมเนียมในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับงบประมาณกำหนดเพียงเงื่อนไขในการจัดให้มีการเก็บค่าธรรมเนียมและการอนุมัติรัฐกฤษฎีกาที่กำหนดให้มีการเก็บค่าธรรมเนียมเท่านั้น ทั้งนี้ การอนุมัติ (ratification) ดังกล่าว เป็นเพียงการที่ฝ่ายนิติบัญญัติยืนยันบทบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น

### ประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์

ประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าธรรมเนียมไว้โดยเฉพาะ แต่มีการกำหนดประเภทของค่าธรรมเนียมและแนวทางการจัดเก็บในลักษณะเดียวกันที่กำหนดไว้ในคู่มือการจัดเก็บค่าธรรมเนียมภาครัฐ<sup>๒๑</sup> ดังนี้

#### ๑) ประเภทของค่าธรรมเนียม

การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมของประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์เป็นการเรียกในความหมายกว้างทั้งที่เป็นการเก็บภาษีและการเก็บค่าบริการ โดยการเรียกเก็บมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ภาษี (Taxes) เรียกเก็บเพื่อนำไปสนับสนุนสวัสดิการหรือบริการที่รัฐ

<sup>๒๐</sup> Cons. const. 25 juillet 2001, n° 2001-448 DC, *Loi organique relative aux lois de finances*.

<sup>๒๑</sup> Deciding prices in public services markets: principles for value for money. UK National Audit Office. 2013 และ Charging Fees for Public Sector Goods and Services. New Zealand Controller and Auditor General. 2008.

ให้จัดสรรให้โดยไม่คิดค่าใช้จ่าย หรือคิดค่าใช้จ่ายต่ำกว่าต้นทุนเพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปเข้าถึงได้ เช่น การอุดหนุนการศึกษา ค่ารักษาพยาบาล หรือเพื่อนำไปใช้ในการจัดสรรทรัพยากรทางสังคม ให้มีประสิทธิภาพสูงสุดโดยเก็บภาษีจากภาคส่วนหนึ่งของสังคมเพื่อช่วยเหลือสังคมอีกส่วนหนึ่ง หรือเก็บภาษีจากการดำเนินกิจกรรมหนึ่งเพื่อไปช่วยเหลือกิจกรรมอื่น หรือเพื่อใช้ภาษีในการจำกัดปริมาณการเข้าถึงทรัพยากร ส่วนค่าธรรมเนียม (Fees) เรียกเก็บเพื่อแลกเปลี่ยนกับบริการของรัฐที่บุคคลได้รับ หรือเพื่อนำค่าธรรมเนียมนั้นไปอุดหนุนในส่วนที่ภาษีเก็บได้น้อยกว่าต้นทุนจริง โดยการแบ่งแยกระหว่างภาษีและค่าธรรมเนียมมีหลักเกณฑ์การพิจารณา ๔ ประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ภาษีเป็นการบังคับจ่าย โดยจะถือเป็นการบังคับจ่าย หากว่าประชาชนตัดสินใจเลือกที่จะกระทำการใดหรือใช้บริการใดของรัฐแล้ว รัฐสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายบังคับใช้ประชาชนต้องจ่ายเงินเพื่อแลกกับการกระทำนั้นหรือบริการนั้น เช่น ผู้ที่จะเดินทางเข้ามาทำงานในประเทศอังกฤษต้องจ่ายค่าวีซ่า ค่าวีซ่าจึงเป็นการบังคับจ่ายที่เข้าลักษณะเป็นภาษี ส่วนค่าบริการวีซ่าแบบด่วน แม้ไม่จ่ายก็สามารถเข้าประเทศอังกฤษได้ จึงมิใช่การบังคับจ่ายและเข้าลักษณะเป็นค่าธรรมเนียม หรือกรณีของภาษีเงินได้ แม้ประชาชนจะสามารถเลือกที่จะไม่ทำงานเพื่อไม่ต้องจ่ายภาษีเงินได้ แต่หากเลือกที่จะทำงานแล้วทุกคนต้องจ่ายภาษี กรณีนี้ถือว่าการบังคับจ่าย

ประการที่สอง ผู้จ่ายได้รับผลประโยชน์โดยตรงหรือไม่ เช่น จ่ายเงินแล้วได้ใบสูติบัตร ทะเบียนสมรส เป็นต้น ผู้จ่ายภาษีจะไม่ได้รับผลประโยชน์โดยตรงจากการบังคับจ่ายในขณะที่ผู้จ่ายค่าธรรมเนียมจะได้รับผลประโยชน์หรือบริการโดยตรงจากเงินที่จ่ายนั้น

ประการที่สาม อัตราที่เก็บครอบคลุมต้นทุนของภาครัฐหรือไม่ และได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่ประชาชนได้รับหรือไม่ ภาษีไม่จำเป็นต้องครอบคลุมต้นทุนภาครัฐหรือได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่ประชาชนได้รับ การเก็บภาษีอาจเรียกเก็บสูงหรือต่ำกว่าต้นทุนภาครัฐก็ได้ ในขณะที่ค่าธรรมเนียมต้องสามารถแสดงได้ว่าอัตราที่เรียกเก็บครอบคลุมค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนของภาครัฐ และได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่ผู้จ่ายค่าธรรมเนียมได้รับ และ

ประการที่สี่ อัตราที่เก็บมีนัยสำคัญทางเศรษฐกิจหรือส่งผลกระทบต่ออุปสงค์-อุปทานของตลาดหรือไม่ การเก็บภาษีจะไม่มีนัยสำคัญทางเศรษฐกิจหรือส่งผลกระทบต่ออุปสงค์-อุปทานของตลาด ในขณะที่การเก็บค่าธรรมเนียมอาจส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคหรือส่งผลกระทบต่ออุปสงค์ทางเศรษฐกิจได้ การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมจึงควรพิจารณาอัตราที่เป็นราคาตลาดด้วย มิฉะนั้นภาครัฐอาจเป็นผู้ทำลายกลไกตลาดได้ เช่น การเก็บค่าบริการส่งไปรษณีย์ในอัตราที่ถูกกว่าราคาตลาดย่อมส่งผลกระทบต่อราคาที่เอกชนกำหนดในการให้บริการส่งเอกสารแบบเดียวกัน

## ๒) ฐานอำนาจในการเก็บค่าธรรมเนียม

การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมที่มีลักษณะเป็นการบังคับจ่าย (ภาษี) หน่วยงานที่เรียกเก็บต้องมีฐานอำนาจจากกฎหมายแม่บทในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียม โดยรายละเอียดของวิธีการเรียกเก็บและอัตราค่าธรรมเนียมจะกำหนดไว้ในลูกบท เช่น พระราชบัญญัติการทะเบียน

ราชฎร ค.ศ. ๑๙๕๓<sup>๒๒</sup> ของประเทศอังกฤษ กำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะกำหนดรายละเอียดของค่าธรรมเนียม โดยจะระบุอัตราที่แน่นอนหรือระบุวิธีในการคำนวณอัตราค่าธรรมเนียมก็ได้

นอกจากนี้ คู่มือการจัดเก็บค่าธรรมเนียมภาครัฐยังกำหนดแนวทางการจัดเก็บให้หน่วยงานต้องดำเนินการ ดังนี้

๑) ต้องจัดเก็บอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ หน่วยงานต้องให้บริการที่มีคุณภาพหรือสิทธิประโยชน์ที่ได้สัดส่วนกับอัตราค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บ ควรเรียกเก็บอัตราค่าธรรมเนียมให้เหมาะสมกับบริการที่รัฐจัดสรรให้ และควรพิจารณาทางเลือกอื่นที่มีประสิทธิภาพเพื่อเปรียบเทียบด้วย และ

๒) ต้องจัดเก็บอย่างโปร่งใส กล่าวคือ หน่วยงานต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและประชาชนทั่วไปประกอบการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ต้องจัดทำบัญชีแสดงงบบุคลากรจัดเก็บค่าธรรมเนียม และต้องมีกระบวนการทบทวนความเหมาะสมของการจัดเก็บอัตราค่าธรรมเนียม เช่น กระบวนการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย เป็นต้น

### ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดามีพระราชบัญญัติค่าธรรมเนียมบริการ ๒๐๑๗ (Service Fees Act: SFA) ใช้บังคับกับค่าธรรมเนียม ที่รัฐบาลแคนาดาเรียกเก็บจากประชาชน รวมทั้งเพื่อให้ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ของกระทรวง ทบวง กรม และหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มความโปร่งใสและตรวจสอบได้ของค่าธรรมเนียมบริการ (service fees) และเพื่อให้อัตราที่เรียกเก็บมีความเป็นปัจจุบันและสะท้อนต้นทุนในการให้บริการของรัฐ โดยค่าธรรมเนียมตามกฎหมายนี้เป็นค่าธรรมเนียมในความหมายกว้าง ครอบคลุมการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายทุกประเภทของภาครัฐทั้งที่เป็นภาษีและค่าบริการ สำคัญของพระราชบัญญัติดังกล่าวสรุปได้ดังนี้

(๑) ขอบเขตของคำว่า “ค่าธรรมเนียม” (fee) ตามกฎหมายนี้หมายถึง จำนวนของเงินที่ภาครัฐเรียกเก็บ ไม่ว่าจะเป็ค่าธรรมเนียม (fee) ค่าใช้จ่าย (charge) ภาษีอากร (levy) หรือในชื่ออื่นใด ที่กำหนดโดยผู้ว่าการรัฐ คณะกรรมการคลัง (Treasury Board) รัฐมนตรีหรือองค์กรของสหพันธ์ (federal entity) โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือจากสัญญา ซึ่งต้องชำระสำหรับ (ก) บริการ (ข) การใช้ประโยชน์สิ่งอำนวยความสะดวก

<sup>๒๒</sup> Births and Deaths Registration Act 1953 (UK)

38A Fees

(2) Regulations under this section may—

(a) specify the amount of any fee payable under the regulations, or

(b) set out how such a fee is to be determined.

(ค) การอนุญาต อนุมัติ หรือการให้สิทธิในรูปแบบอื่นใด (ง) การจัดหาสินค้า หรือ (จ) เพื่อชดเชยต้นทุนที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐ (มาตรา ๒ (๑))

(๒) กำหนดมาตรฐานการเก็บค่าธรรมเนียม (performance standards)<sup>๒๓</sup> ดังนี้

๒.๑) กำหนดหน้าที่ (obligation) ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบการจัดเก็บค่าธรรมเนียม<sup>๒๔</sup> ต้องทำให้แน่ใจว่ามาตรฐานการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องกับค่าธรรมเนียมนั้น สอดคล้องกับนโยบายหรือข้อกำหนด (directives) ของคณะกรรมการคลัง (มาตรา ๔)

๒.๒) กำหนดหน้าที่หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติม (amendments) ค่าธรรมเนียม ให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบต้องรับฟังความคิดเห็นของบุคคลและองค์กรซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น (มาตรา ๕)

๒.๓) กำหนดมาตรฐานการเข้าถึงข้อมูลได้ (accessibility) โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบต้องทำให้แน่ใจว่ามาตรฐานการดำเนินงานเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมรวมทั้ง มาตรฐานที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น สาธารณชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย (มาตรา ๖)

๒.๔) กำหนดให้มีการยกเว้น (remissions) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบเห็นว่าการดำเนินงานเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมไม่เป็นไปตามมาตรฐานในพึงประมาณใด เจ้าหน้าที่ต้อง ยกเว้นค่าธรรมเนียมบางส่วนในจำนวนที่เห็นว่าเหมาะสมแก่ผู้ชำระค่าธรรมเนียมที่ได้รับผลกระทบ ก่อนวันที่ ๑ กรกฎาคม ของปีงบประมาณถัดไป (มาตรา ๗ (๑)) ทั้งนี้ การพิจารณาข้อยกเว้นและจำนวน ค่าธรรมเนียมที่ยกเว้นดังกล่าวต้องเป็นไปตามนโยบายและข้อกำหนดของคณะกรรมการคลัง (มาตรา ๗ (๒))

(๓) การปรึกษาหารือและการตรวจสอบของรัฐสภา (Consultation and Parliamentary Review)<sup>๒๕</sup> พระราชบัญญัติค่าธรรมเนียมบริการ ๒๐๑๗ ของแคนาดา กำหนดให้ต้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้ก่อนกำหนดค่าธรรมเนียม เว้นแต่เป็นกรณีที่ค่าธรรมเนียมต้องมีการปรับอัตราทุกปีหรือ ทุกกรอบระยะเวลาตามที่กำหนดในกฎหมาย

<sup>๒๓</sup> ใช้บังคับกับค่าธรรมเนียมประเภท (ก) (ข) และ (ค) ตามที่กล่าวใน (๑) บททั่วไป เท่านั้น และไม่ใช่บังคับกับค่าธรรมเนียมที่กำหนดในสัญญา ค่าธรรมเนียมที่จ่ายโดยหรือในนามของรัฐมนตรีหรือ องค์กรของสหพันธ์ ค่าธรรมเนียมที่กำหนดภายใต้พระราชบัญญัติการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือพระราชบัญญัติ ข้อมูลส่วนบุคคล และค่าธรรมเนียมที่กำหนดจำนวนซึ่งผู้กำหนดไม่สามารถควบคุมค่าธรรมเนียมได้ เช่น การ ประชุม หรือเป็นไปตามอัตราตลาด

<sup>๒๔</sup> เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ (responsible authority) คือ หัวหน้าผู้บริหารระดับสูงหรือรองฯ ขององค์กรของสหพันธ์ (federal entity) (ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกตำแหน่งว่าอย่างไร) ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งมอบหมาย เป็นหนังสือให้รับผิดชอบเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมขององค์กรนั้น ๆ

<sup>๒๕</sup> ใช้บังคับกับค่าธรรมเนียมประเภท (ก) ถึง (ง) ตามที่กล่าวใน (๑) บททั่วไป และไม่ใช่บังคับ กับค่าธรรมเนียมที่กำหนดในสัญญา ค่าธรรมเนียมที่จ่ายโดยหรือในนามของรัฐมนตรีหรือองค์กรของสหพันธ์ ค่าธรรมเนียมที่กำหนดภายใต้พระราชบัญญัติการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือพระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล ค่าธรรมเนียมที่กำหนดจำนวนซึ่งผู้กำหนดไม่สามารถควบคุมค่าธรรมเนียมได้ เช่น การประชุม หรือเป็นไปตาม อัตราตลาด และกรณีที่มีพระราชบัญญัติอื่นกำหนดให้ต้องรับฟังความคิดเห็นก่อนกำหนดค่าธรรมเนียม

๓.๑) ข้อเสนอ (fee proposal) เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับค่าธรรมเนียม ต้องจัดทำข้อเสนออัตราค่าธรรมเนียมโดยใช้ข้อมูลอย่างน้อย ได้แก่ จำนวนหรือวิธีการกำหนด จำนวนค่าธรรมเนียม กรณีที่ต้องชำระค่าธรรมเนียม ค่าชี้แจงเหตุผลที่ต้องชำระค่าธรรมเนียม ปัจจัยที่ใช้ในการคิดคำนวณอัตราค่าธรรมเนียม และมาตรฐานการดำเนินงานเกี่ยวกับค่าธรรมเนียม นั้น (มาตรา ๑๑)

๓.๒) การรับฟังความคิดเห็น (consultation) เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบต้องรับฟังความคิดเห็นบุคคลและองค์กรที่มีส่วนได้เสียกับข้อเสนอตาม ๓.๑) (มาตรา ๑๒) โดยบุคคลหรือองค์กรผู้มีส่วนได้เสียอาจยื่นคำคัดค้านเป็นหนังสือต่อเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบต้องแต่งตั้งคณะกรรมการ (panel) ขึ้นชุดหนึ่งเพื่อพิจารณาคำคัดค้าน โดยคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วย (ก) ผู้ที่เลือกโดยเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ ๑ คน (ข) ผู้ที่เลือกโดยผู้คัดค้าน ๑ คน และ (ค) ผู้ที่เลือกโดย (ก) และ (ข) อีก ๑ คน ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายใด ๆ ในการดำเนินงานของคณะกรรมการพิจารณาคำคัดค้าน และคณะกรรมการฯ ต้องจัดทำรายงานผลการพิจารณาคำคัดค้านภายใน ๙๐ วัน แต่รายงานดังกล่าวไม่ผูกพันเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบแต่อย่างใด (มาตรา ๑๓)

๓.๓) เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบต้องเสนอเอกสารที่เกี่ยวข้องต่อรัฐสภา (มาตรา ๑๔) ประกอบด้วย ข้อเสนอค่าธรรมเนียม สรุปผลการรับฟังความคิดเห็น และรายงานผลการพิจารณาคำคัดค้านและสรุปผลการพิจารณาดำเนินการของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบ (ถ้ามี)

(๔) การปรับอัตราประจำปี (Annual Adjustment)<sup>๒๖</sup> มาตรา ๑๗ กำหนดให้มีการปรับอัตราค่าธรรมเนียมทุกปีงบประมาณตามอัตราร้อยละของการเปลี่ยนแปลงของดัชนีราคาผู้บริโภค (Consumer Price Index) ของแคนาดาซึ่งจัดทำโดยสำนักงานสถิติแคนาดาตามพระราชบัญญัติสถิติ (Statistics Act)

(๕) รายงาน (Reports)<sup>๒๗</sup> มาตรา ๒๐ กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบต้องจัดทำรายงานเสนอต่อรัฐสภาทุกปีงบประมาณโดยมีเนื้อหา ดังนี้

๕.๑) ค่าธรรมเนียมที่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบนั้น มีอำนาจจัดเก็บในปีงบประมาณก่อน

๕.๒) ผู้มีอำนาจกำหนดค่าธรรมเนียมดังกล่าว

๕.๓) รายได้จากค่าธรรมเนียมนั้น

๕.๔) ต้นทุนที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมนั้น

<sup>๒๖</sup> ไม่ใช่บังคับกับค่าธรรมเนียมที่กำหนดในสัญญา ค่าธรรมเนียมที่จ่ายโดยหรือในนามของรัฐมนตรีหรือองค์กรของสหพันธ์ ค่าธรรมเนียมที่กำหนดภายใต้พระราชบัญญัติการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารหรือพระราชบัญญัติข้อมูลส่วนบุคคล ค่าธรรมเนียมที่กำหนดจำนวนซึ่งผู้กำหนดไม่สามารถควบคุมค่าธรรมเนียมได้ เช่น การประชุม หรือเป็นไปตามอัตราตลาด และกรณีที่ค่าธรรมเนียมถูกปรับตามรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด

<sup>๒๗</sup> ไม่ใช่บังคับกับค่าธรรมเนียมที่จ่ายโดยหรือในนามของรัฐมนตรีหรือองค์กรของสหพันธ์

๕.๕) ระดับของการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรฐานการดำเนินการของแต่ละค่าธรรมเนียม

๕.๖) การยกเว้นค่าธรรมเนียมตามมาตรา ๗ ข้างต้น

๕.๗) ค่าธรรมเนียมในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบซึ่งจะถูกปรับอัตราตามมาตรา ๑๗ ข้างต้น ในปีงบประมาณถัดไป พร้อมกับวัน จำนวน และวิธีในการปรับ

๕.๘) ข้อมูลอื่นตามที่คณะกรรมการคลังกำหนด

### ข้อมูลอื่นของต่างประเทศ

ผู้เขียนได้ตรวจสอบข้อมูลแนวปฏิบัติที่ดีในการกำหนดค่าธรรมเนียมของสมาคมเจ้าหน้าที่การเงินของรัฐบาล (Government Finance Officer Association)<sup>๒๘</sup> ซึ่งเป็นสมาคมวิชาชีพของเจ้าหน้าที่การเงินของรัฐในระดับท้องถิ่นระดับจังหวัดและระดับท้องถิ่นของสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ซึ่งตั้งขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๐๖ ณ กรุงชิคาโก สหรัฐอเมริกา และข้อมูลจากเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้อง<sup>๒๙</sup> พบว่ามีการแยกความแตกต่างระหว่างภาษีและค่าธรรมเนียมในลักษณะของค่าใช้จ่ายบริการภาครัฐ ดังนี้

๑) ภาษีเป็นการจัดเก็บรายได้ภาครัฐ (revenue) โดยบังคับจ่ายตามอัตราที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่ค่าธรรมเนียมเป็นการจัดเก็บเพื่อสนับสนุนค่าใช้จ่ายภาครัฐ และเพื่อให้การใช้ทรัพยากรภาครัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โดยเก็บจากผู้ใช้บริการโดยตรง เช่น ค่าธรรมเนียมการใช้ถนน ค่าธรรมเนียมการใช้น้ำ ค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนรถยนต์

๒) เกณฑ์การเก็บภาษีเป็นการบังคับโดยผู้จ่ายไม่มีทางเลือก และอัตราที่เรียกเก็บไม่จำเป็นต้องสะท้อนต้นทุนในการดำเนินกิจกรรมที่แท้จริง แต่ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการเก็บภาษีนั่นว่าต้องการเก็บเพื่อวัตถุประสงค์ใด โดยทั่วไปการเก็บภาษีจะเก็บจาก ๓ กิจกรรมคือ รายได้ที่บุคคลได้รับ สินค้าที่บุคคลอุปโภคบริโภค และทรัพย์สินที่บุคคลมีสิทธิครอบครองหรือเป็นเจ้าของ ในขณะที่ค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บต้องสะท้อนต้นทุนในการดำเนินกิจกรรมที่แท้จริง (activity based costing) ที่ใช้ในการผลิตบริการหรือกิจกรรมที่มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมนี้ ต้นทุนนี้รวมค่าใช้จ่ายทั้งทางตรงและทางอ้อม เช่น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการและการบำรุงรักษาด้วย

๓) การเก็บภาษีและค่าธรรมเนียมที่มีลักษณะเป็นภาษี คือ บังคับเก็บนั้น ต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ มิฉะนั้นย่อมไม่สามารถเรียกเก็บจากประชาชนได้ เนื่องจากค่าใช้จ่ายประเภทนี้ กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น คดี *McCarthy & Stone*

<sup>๒๘</sup> Best Practices: Establishing Government Charges and Fees (<https://www.gfoa.org/materials/establishing-government-charges-and-fees>)

<sup>๒๙</sup> Johannes Chan. Payment for Government Services by Consumers: Some Legal Considerations. McGill Guide 9<sup>th</sup> ed. 2000. 30 (Part 2) Hong Kong LJ 184.

(Developments) Ltd V Richmond Upon Thames London Borough Council [1992 2 AC 48 at 68, 70-71] ที่ภาคีรัฐเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการพิจารณาโครงการก่อนการยื่นโครงการเพื่อขอรับอนุญาต กรณีนี้จะเรียกเก็บได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ เมื่อถ้อยคำในกฎหมายไม่ชัดเจน [a local authority shall have power to do anything which is calculated to facilitate, or is conducive or incidental to, the discharge of any of their functions] ท้องถิ่นจึงไม่อาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวได้

## ๒. แนวทางการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม

### ๒.๑ การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมตามกฎหมายไทย

ผู้เขียนได้ตรวจสอบบทบัญญัติกฎหมายไทยที่มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมและคู่มือการร่างกฎหมายแล้ว ไม่พบแนวทางในการพิจารณาว่าค่าธรรมเนียมในลักษณะใดจะไม่มีการเรียกเก็บจากประชาชน บทบัญญัติเกี่ยวกับการเก็บค่าธรรมเนียมตามกฎหมายแต่ละฉบับมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับหน่วยงานที่เสนอร่างกฎหมายนั้นว่าประสงค์จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมใด และในอัตราเท่าใด การพิจารณากำหนดอัตราค่าธรรมเนียมส่วนใหญ่จะเทียบเคียงจากอัตราที่มีการเรียกเก็บในกฎหมายที่มีบทบัญญัติใกล้เคียงกันหรือจากอัตราที่มีการเรียกเก็บในต่างประเทศ แต่ไม่ปรากฏว่ามีแนวทางหรือหลักเกณฑ์การกำหนดค่าธรรมเนียมที่ชัดเจนอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณามีความเป็นรูปธรรม ผู้เขียนจะขอเสนอตัวอย่างบทบัญญัติกฎหมายที่มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมเป็น ๓ กลุ่ม คือ กลุ่มที่หนึ่ง ค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตทั่วไปของประชาชนตามกฎหมายการทะเบียนราษฎร กลุ่มที่สอง ค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจที่มีการกำกับดูแลมาตรฐานและความปลอดภัยตามกฎหมายเครื่องสำอาง และกลุ่มที่สาม ค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของบุคคลตามกฎหมายที่ดิน ซึ่งเมื่อพิจารณาอัตราค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจะเห็นได้ว่า มีการเรียกเก็บสำหรับการดำเนินการที่แตกต่างกันและกำหนดอัตราที่แตกต่างกันมาก ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง ค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชีวิตทั่วไปของประชาชนตามกฎหมายการทะเบียนราษฎร

#### ๑. การออกบัตรประจำตัวคนซึ่งไม่มีสัญชาติไทยตามมาตรา ๕

กรณีทำบัตรครั้งแรกหรือบัตรเดิมหมดอายุ ๑๐๐ บาท

กรณีบัตรเดิมสูญหาย ถูกทำลาย หรือชำรุดในสาระสำคัญ ๑๐๐ บาท

กรณีเปลี่ยนบัตรเนื่องจากการแก้ไขรายการผู้ถือบัตร ๑๐๐ บาท

#### ๒. การขอคัดสำเนา หรือคัดและรับรองสำเนารายการทะเบียน

หรือบัตรประจำตัวตามมาตรา ๖ ๑๐๐ บาท

#### ๓. การขอคัดสำเนา หรือคัดและรับรองสำเนา

รายการข้อมูลทะเบียนประวัติราษฎรตามมาตรา ๑๔ (๑) ๑๐๐ บาท

- ๔. การแจ้งการเกิดตามมาตรา ๑๘ วรรคสาม  
การแจ้งการตายตามมาตรา ๒๑ วรรคสี่  
หรือการแจ้งการย้ายที่อยู่ตามมาตรา ๓๐/๒ ฉบับละ ๑๐๐ บาท
- ๕. การขอรับสำเนาทะเบียนบ้านตามมาตรา ๓๙ วรรคสอง ฉบับละ ๑๐๐ บาท
- ๖. การแจ้งหรือขอเมื่อพ้นกำหนดเวลา  
ตามมาตรา ๑๙/๓ วรรคสอง หรือมาตรา ๕๑ ครั้งละ ๑,๐๐๐ บาท

กลุ่มที่สอง ค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจที่มีการกำกับดูแล  
มาตรฐานและความปลอดภัยตามพระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. ๒๕๕๘

- (๑) ใบรับจดแจ้งการผลิตเพื่อขาย ฉบับละ ๕,๐๐๐ บาท
- (๒) ใบรับจดแจ้งการนำเข้าเพื่อขาย ฉบับละ ๕,๐๐๐ บาท
- (๓) ใบรับจดแจ้งการรับจ้างผลิต ฉบับละ ๕,๐๐๐ บาท
- (๔) ใบแทนใบรับจดแจ้ง ฉบับละ ๑,๐๐๐ บาท
- (๕) คำขอจดแจ้ง ฉบับละ ๕๐๐ บาท
- (๖) คำขอแก้ไขรายการในใบรับจดแจ้ง ครั้งละ ๕๐๐ บาท
- (๗) หนังสือรับรองตามมาตรา ๒๐ ฉบับละ ๑,๐๐๐ บาท
- (๘) การขอความเห็นตามมาตรา ๒๔ รายการละ ๑๐,๐๐๐ บาท
- (๙) การขอความเห็นตามมาตรา ๔๖ เรื่องละ ๑๐,๐๐๐ บาท
- (๑๐) การต่ออายุใบรับจดแจ้ง ครั้งละเท่ากับค่าธรรมเนียม  
ใบรับจดแจ้งประเภทนั้น ๆ
- (๑๑) คำขออื่น ๆ ฉบับละ ๑๐๐ บาท

จากอัตราค่าธรรมเนียมดังกล่าว กฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับ  
เครื่องสำอาง พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้กำหนดค่าธรรมเนียมที่พึงชำระ ดังต่อไปนี้

- (๑) ใบรับจดแจ้งการผลิตเพื่อขาย การนำเข้าเพื่อขาย หรือการรับจ้างผลิต
  - (ก) ผลิตภัณฑ์เดี่ยว ฉบับละ ๙๐๐ บาท
  - (ข) ผลิตภัณฑ์ที่รวมบรรจุในบรรจุภัณฑ์เดียวกัน  
ไม่สามารถแยกจำหน่ายได้ ฉบับละ ๙๐๐ บาท
  - (ค) ผลิตภัณฑ์เดี่ยวที่ได้รับการจดแจ้ง  
แล้วนำมารวมบรรจุเป็นชุดเดียวกัน ฉบับละ ๙๐๐ บาท
- (๒) ใบแทนใบรับจดแจ้ง ฉบับละ ๑๐๐ บาท
- (๓) คำขอจดแจ้ง ฉบับละ ๑๐๐ บาท
- (๔) คำขอแก้ไขรายการในใบรับจดแจ้ง ครั้งละ ๕๐๐ บาท
- (๕) หนังสือรับรองตามมาตรา ๒๐
  - (ก) หนังสือรับรองการขาย ฉบับละ ๕๐๐ บาท
  - (ข) หนังสือรับรองการขาย พร้อมแนบสูตร ฉบับละ ๕๐๐ บาท

(ค) หนังสือรับรองสถานที่ผลิต	ฉบับละ ๕๐๐ บาท
(ง) หนังสือรับรองสถานที่นำเข้า	ฉบับละ ๕๐๐ บาท
(จ) หนังสือรับรองแหล่งกำเนิดผลิตภัณฑ์	ฉบับละ ๕๐๐ บาท
(ฉ) หนังสือรับรองมาตรฐานวิธีการที่ดี ในการผลิต	ฉบับละ ๑,๐๐๐ บาท
(บ) การขอความเห็นตามมาตรา ๒๔	รายการละ ๕,๐๐๐ บาท
(๓) การขอความเห็นตามมาตรา ๔๖	
(ก) สื่อสิ่งพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง และสื่ออื่น ๆ	เรื่องละ ๕,๐๐๐ บาท
(ข) สื่อวิทยุโทรทัศน์ ภาพยนตร์ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์	เรื่องละ ๑๐,๐๐๐ บาท
(๘) การต่ออายุใบรับจดทะเบียน	ครั้งละเท่ากับค่าธรรมเนียม ใบรับจดทะเบียนประเภทนั้น ๆ
(๙) คำขออื่น ๆ	ฉบับละ ๑๐๐ บาท

กลุ่มที่สาม ค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของบุคคลตามประมวลกฎหมาย  
ที่ดิน ประกอบด้วยค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายต่างๆ ดังนี้

๑. ค่าธรรมเนียมในการขอสัมปทาน	รายละ ๕๐๐ บาท
๒. ค่าสัมปทานปีหนึ่ง เศษของไร่ให้คิดเป็นหนึ่งไร่	ไร่ละ ๒๐ บาท
๓. ค่าธรรมเนียมออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์	
(๑) ที่ดินเนื้อที่ไม่เกิน ๒๐ ไร่	แปลงละ ๓๐ บาท
(๒) ที่ดินเนื้อที่เกิน ๒๐ ไร่ ส่วนที่เกิน เศษของไร่ให้คิดเป็นหนึ่งไร่	ไร่ละ ๒ บาท

๔. ค่าธรรมเนียมการพิสูจน์สอบสวนหรือตรวจสอบเนื้อที่เกี่ยวกับหนังสือรับรอง  
การทำประโยชน์

(๑) ถ้าเรียกเป็นรายแปลง	แปลงละ ๓๐ บาท
(๒) ถ้าเรียกเป็นรายวัน	วันละ ๓๐ บาท
(๓) ค่าคัดหรือจำลองแผนที่	แปลงละ ๓๐ บาท
(๔) ค่าคำนวณเนื้อที่หรือสอบแล	แปลงละ ๓๐ บาท
(๕) ค่าจับระยะ	แปลงละ ๑๐ บาท
๕. ค่าธรรมเนียมออกโฉนดที่ดิน	
(๑) ที่ดินเนื้อที่ไม่เกิน ๒๐ ไร่	แปลงละ ๕๐ บาท
(๒) ที่ดินเนื้อที่เกิน ๒๐ ไร่ ส่วนที่เกิน เศษของไร่ให้คิดเป็นหนึ่งไร่	ไร่ละ ๒ บาท



- (๑๐) ค่าตรวจสอบข้อมูลด้านงานรังวัด ด้านทะเบียนที่ดิน  
ด้านประเมินราคาหรือข้อมูลอื่น ครั้งละ ๑๐๐ บาท
- (๑๑) ค่าสำเนาจากสื่อบันทึกข้อมูลทางคอมพิวเตอร์หรือสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่น  
หรือสำเนาข้อมูลอื่น แผ่นละ ๕๐ บาท

## ๑๑. ค่าใช้จ่าย

(๑) ค่าพาหนะเดินทางให้แก่เจ้าพนักงานให้จ่ายในลักษณะเหมาจ่าย  
พนักงานเจ้าหน้าที่ และคนงานที่จ้าง ตามระเบียบกระทรวง  
ไปทำการรังวัดเกี่ยวกับโฉนดที่ดิน มหาดไทยด้วยความเห็นชอบ  
หรือพิสูจน์สอบสวน หรือตรวจสอบเนื้อที่ของกระทรวงการคลัง  
เกี่ยวกับหนังสือรับรองการทำประโยชน์

ตามคำขอ

(๒) ค่าเบี้ยเลี้ยงให้แก่เจ้าพนักงาน ให้จ่ายในลักษณะเหมาจ่าย  
พนักงานเจ้าหน้าที่ และค่าจ้างคนงาน ตามระเบียบกระทรวง  
ที่จ้างไปทำการรังวัดเกี่ยวกับโฉนดที่ดินมหาดไทยด้วยความเห็นชอบ  
หรือพิสูจน์สอบสวน หรือตรวจสอบเนื้อที่ของกระทรวงการคลัง  
เกี่ยวกับหนังสือรับรองการทำประโยชน์

ตามคำขอ

(๓) ค่าป่วยการให้แก่เจ้าพนักงานผู้ปกครองท้องที่  
หรือผู้แทนที่ไปในการรังวัดเกี่ยวกับโฉนดที่ดิน  
หรือพิสูจน์สอบสวน หรือตรวจสอบเนื้อที่  
เกี่ยวกับหนังสือรับรองการทำประโยชน์ คนหนึ่ง วันละ ๑๐๐ บาท

(๔) ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการรังวัดเกี่ยวกับให้จ่ายในลักษณะเหมาจ่าย  
โฉนดที่ดิน หรือพิสูจน์สอบสวน หรือ ตามระเบียบกระทรวง  
ตรวจสอบเนื้อที่เกี่ยวกับหนังสือรับรอง มหาดไทยด้วยความเห็นชอบ  
การทำประโยชน์ของกระทรวงการคลัง

(๕) ค่าปิดประกาศให้แก่ผู้ปิดประกาศ แปลงละ ๒๐ บาท

(๖) ค่าพยานให้แก่พยาน คนละ ๒๐ บาท

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายที่ดินยังมีกำหนดบัญชีค่าตอบแทนอื่นไว้ด้วย ดังนี้  
ค่าตอบแทนในการอนุญาต

- (๑) ตามมาตรา ๙ (๑) ไร่ละ ๑,๐๐๐ บาทต่อปี
- (๒) ตามมาตรา ๙ (๒) หรือมาตรา ๙ (๓)
- (ก) การขุดหรือตูดทราย ลูกบาศก์เมตรละ ๒๘ บาท
- (ข) การขุดดินหรือลูกรังหรืออื่น ๆ ไร่ละ ๑๐,๐๐๐ บาทต่อปี  
หรือลูกบาศก์เมตรละ ๑๐ บาท

จากอัตราค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย และค่าตอบแทนดังกล่าว กฎกระทรวง ฉบับที่ ๔๗ (พ.ศ. ๒๕๔๑) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๙๗ ได้กำหนดค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย และค่าตอบแทน รายละเอียดปรากฏตามเอกสารแนบ ๒

## ๒.๒ การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมตามกฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาข้อมูลเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในต่างประเทศพบว่าต่างประเทศมีการกำหนดแนวทางการพิจารณากำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไว้ แต่ส่วนใหญ่จะกำหนดในลักษณะเป็นหลักการสำหรับการนำไปปรับใช้ มิได้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ตายตัวว่าจะต้องนำค่าใช้จ่ายใดบ้างมาใช้ในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม สำหรับกรณีที่ไม่คิดค่าธรรมเนียมก็เช่นเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนไม่พบบทบัญญัติในกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ตายตัวว่าจะไม่คิดค่าธรรมเนียมในกรณีใดบ้าง แต่เมื่อพิจารณาจากค่าธรรมเนียมที่มีการเรียกเก็บเปรียบเทียบกับของไทยแล้ว เห็นว่า ค่าธรรมเนียมที่ไม่มีการเรียกเก็บจะเป็นค่าธรรมเนียมที่กฎหมายกำหนดเป็นหน้าที่ให้ประชาชนต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ในการจัดทำข้อมูลของภาครัฐ โดยมีรายละเอียดดังนี้

### ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอัตราค่าธรรมเนียมไว้โดยตรง แต่ได้กำหนดหลักการในการกำหนดค่าธรรมเนียมไว้ในลักษณะของการคิดค่าใช้จ่ายที่บุคคลได้รับประโยชน์จากการบริการของภาครัฐ การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมจึงต้องได้สัดส่วนกับบริการที่ได้รับนั้น หลักการดังกล่าวมีเนื้อหาโดยสรุปดังนี้

(๑) การเก็บค่าธรรมเนียมต้องเป็นไปเพื่อแลกกับการให้บริการสาธารณะหรือเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการใช้สิ่งสาธารณูปโภค

หลักการ คือ ผู้ที่จ่ายค่าธรรมเนียมต้องเป็นผู้ใช้บริการสาธารณะหรือสิ่งสาธารณูปโภค และได้ใช้บริการสาธารณะและสิ่งสาธารณูปโภคนั้นแล้ว ซึ่งหมายความว่ารัฐไม่สามารถกำหนดให้เก็บค่าธรรมเนียมเพื่อจัดให้มีบริการสาธารณะหรือก่อนที่จะมีบริการสาธารณะนั้นได้ แม้ว่ารัฐจะมีค่าใช้จ่ายเพื่อจัดให้มีบริการสาธารณะนั้นแล้วก็ตาม<sup>๓๐</sup> อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์การรัฐธรรมนูญได้ผ่อนคลายนหลักการนี้ โดยตัดสินว่า เงินที่จัดเก็บได้จากค่าธรรมเนียมการใช้งานสนามบินสามารถนำไปใช้ในการลงทุนเพื่อปรับปรุงสนามบินได้<sup>๓๑</sup>

นอกจากนี้ ค่าธรรมเนียมเป็นรายได้ที่ไม่มีลักษณะบังคับ จึงไม่ใช่รายได้ที่ต้องจัดเก็บกับบุคคลทุกคนแต่จะจัดเก็บเฉพาะกับบุคคลที่ได้ใช้บริการสาธารณะหรือ

<sup>๓๐</sup> CE, 6 mars 1970, Augé : Rec. CE 1970, p. 163.

<sup>๓๑</sup> Cons. const., 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, Loi relative aux aéroports, cons 15 ในแนวทางเดียวกัน ดู CE, 8 juill. 1996, n° 121520, M. X.

สิ่งสาธารณูปโภคแล้วเท่านั้น ผู้ที่ได้ใช้บริการสาธารณะและสิ่งสาธารณูปโภคนั้นจึงไม่อาจปฏิเสธที่จะไม่จ่ายค่าธรรมเนียมได้<sup>๓๒</sup>

(๒) ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมได้เอง

หลักการ คือ ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมเอง โดยไม่ต้องมีการปรึกษาหารือหรือรับฟังความคิดเห็นจากผู้ใช้บริการสาธารณะ การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมจึงต้องยึดหลักความเสมอภาคของพลเมืองในการรับภาระสาธารณะ (le principe de l'égalité devant les charges publiques) กล่าวคือ รัฐจะต้องเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้ทุกคนในอัตราที่เท่ากัน อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้วางแนวคำพิพากษาไว้ว่า รัฐสามารถเก็บค่าธรรมเนียมในอัตราที่แตกต่างกันตามประเภทของผู้ใช้ได้ ใน ๓ กรณี คือ (๑) เมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ (๒) เมื่อผู้ใช้แต่ละประเภทอยู่ในสถานะที่แตกต่างกัน และ (๓) เมื่อการกำหนดอัตราที่แตกต่างกันเกิดจากความจำเป็นในเรื่องของประโยชน์สาธารณะ<sup>๓๓</sup> เช่น รัฐสามารถกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการลงทะเบียนเข้าศึกษาในโรงเรียนดนตรีแห่งชาติที่แตกต่างกันได้ตามรายได้ของแต่ละครอบครัว โดยที่อัตราค่าธรรมเนียมสูงสุดจะต้องไม่มากกว่าเงินที่รัฐได้ใช้จ่ายไปเพื่อจัดการเรียนการสอน เนื่องจากการจัดการเรียนการสอนดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ<sup>๓๔</sup>

ในกรณีที่รัฐจัดให้มีบริการสาธารณะในรูปแบบเดียวกับบริการที่จัดทำขึ้นโดยภาคเอกชน ในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม รัฐจะต้องยึดหลักความเสมอภาคของเงื่อนไขในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ เช่น ต้องอยู่ภายใต้ราคาหรืออัตราค่าบริการที่เท่าเทียมกับบริษัทเอกชนในการจัดทำบริการ ซึ่งหมายความว่า รัฐไม่สามารถกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมที่ต่ำมากจนกระทั่งเป็นการกำจัดคู่แข่งจากภาคเอกชน และไม่สอดคล้องกับหลักการแข่งขันทางการค้าได้<sup>๓๕</sup> ในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่รัฐเป็นผู้ให้บริการหลักก็ไม่สามารถกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการใช้บริการที่สูงจนเกินไปได้ เนื่องจากจะเป็นการเอารัดเอาเปรียบโดยผู้ที่มีส่วนแบ่งในตลาดมากจนสามารถกำหนดทิศทางของตลาดนั้น ๆ ได้ (l'abus de position dominante)<sup>๓๖</sup>

(๓) ค่าธรรมเนียมต้องเป็นไปเพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายที่รัฐได้จ่ายไปเพื่อให้บริการดังกล่าวเท่านั้น (le principe de l'équivalence financière ou de proportionnalité)

<sup>๓๒</sup> CE, sect., 28 juill. 1993, *Bernadet*.

<sup>๓๓</sup> CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez* ; CE, sect., 25 juin 2003, *Mme Martinet*.

<sup>๓๔</sup> CE, sect., 29 déc 1997, 2 arrêts, *Cne de Gennevilliers et Cne de Nanterre* ; ในแนวทางเดียวกัน ดู CE, 20 janv. 1989, *Centre communal d'action sociale de La Rochelle* (การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในศูนย์รับเลี้ยงเด็ก) และ CE, 10 févr. 1993, *Ville de La Rochelle* (การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในโรงอาหารของโรงเรียน)

<sup>๓๕</sup> *Collectivités publiques et concurrence* », *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 2002, p. 237 et s.

<sup>๓๖</sup> CE, 29 juill. 2002, n° 200886, *Société Cegedim*.

แม้ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นผู้มีอำนาจกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมได้เอง แต่การกำหนดอัตราจะต้องเป็นไปเพื่อชดเชยค่าใช้จ่ายที่รัฐได้จ่ายไปเพื่อให้บริการดังกล่าวเท่านั้น การเก็บค่าธรรมเนียมจึงต้องเรียกเก็บในจำนวนที่สอดคล้องและได้สัดส่วนกับค่าใช้จ่ายในการให้บริการแก่ผู้ใช้หนึ่งคน<sup>๓๓๗</sup> และจะต้องไม่มากกว่าค่าใช้จ่ายที่รัฐได้จ่ายไปเพื่อการให้บริการนั้น ทั้งนี้ ตามแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐว่าผู้ใช้ไฟฟ้าจะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมการใช้ไฟฟ้าที่สอดคล้องกับค่าใช้จ่ายที่รัฐได้จ่ายไปเพื่อจ่ายไฟ (distribution) เท่านั้น โดยไม่ต้องนำค่าปฏิบัติการ (charge du fonctionnement) และค่าบำรุงรักษาระบบ (entretien) ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่แยกต่างหากจากการให้บริการจ่ายไฟมาคำนวณอัตราค่าธรรมเนียมการใช้ไฟฟ้า<sup>๓๓๘</sup> ในทางตรงกันข้าม รัฐอาจกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมต่ำกว่าค่าใช้จ่ายที่รัฐได้จ่ายไปเป็นอย่างมากก็ได้<sup>๓๓๙</sup> ตราบใดที่อัตราค่าธรรมเนียมสูงสุดยังคงน้อยกว่าค่าใช้จ่ายที่รัฐได้จ่ายไป<sup>๓๔๐</sup>

ตัวอย่างการคิดค่าธรรมเนียม การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมจะต้องสอดคล้องและได้สัดส่วนกับการให้บริการสาธารณะ ดังนั้น การคำนวณค่าธรรมเนียมการเก็บขยะจะต้องคำนึงถึงปัจจัยหลายประเภท เช่น จำนวนคนที่อาศัยอยู่ในที่พักอาศัยนั้น จำนวนหรือปริมาณขยะที่ได้แจกจ่ายไป และน้ำหนักขยะ (ถ้ามีการชั่งน้ำหนัก)<sup>๓๔๑</sup> การกำหนดค่าธรรมเนียมดังกล่าวโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยเหล่านี้ทำให้ค่าธรรมเนียมนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>๓๔๒</sup> ทั้งนี้ รัฐไม่สามารถเว้นการจ่ายค่าธรรมเนียมหรือลดอัตราค่าธรรมเนียม เมื่อการยกเว้นหรือการลดอัตราค่าธรรมเนียมนั้นไม่สอดคล้องหรือได้สัดส่วนกับการให้บริการสาธารณะ ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐเคยตัดสินว่า มติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดให้ยกเว้นไม่ต้องจัดเก็บค่าธรรมเนียมการเก็บขยะสำหรับผู้สูงอายุซึ่งมีอายุหกสิบปีขึ้นไป<sup>๓๔๓</sup> หรือสำหรับผู้ใช้งานบางประเภท<sup>๓๔๔</sup> นั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

#### (๔) การใช้จ่ายเงินที่หน่วยงานจัดเก็บได้

หลักการ คือ การเก็บค่าธรรมเนียมเป็นการแลกกับการให้บริการสาธารณะหรือเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการใช้สิ่งสาธารณูปโภค ดังนั้น เงินที่จัดเก็บได้จึงต้องนำไปชดเชยค่าใช้จ่ายเพื่อ

<sup>๓๓๗</sup> CE, ass., 21 nov. 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens* (อ้างถึงแล้วตามเชิงอรรถที่ ๑)

<sup>๓๓๘</sup> CE, 31 juill. 2009, n° 296.964, *Ville de Grenoble*.

<sup>๓๓๙</sup> CE, 3 déc. 1986, n° 60301, *Office public d'HML de Paris*.

<sup>๓๔๐</sup> CE, 20 janv. 1989, *Centre communal d'action sociale de La Rochelle*.

<sup>๓๔๑</sup> CE, 24 mai 2006, n° 283.070, *Cne de Larnage*.

<sup>๓๔๒</sup> CGCT, art. L. 2333-76 และ art. L. 2333-77 ; CE, 6 mai 1985, *Cne de Pointe-à-Pitre* ; CE, 19 juin 1991, *Cne de Piriac-sur-mer*.

<sup>๓๔๓</sup> CE, 27 févr. 1998, *Cne de Sassenay*.

<sup>๓๔๔</sup> CE, 25 juin 2003, n° 240.411, *Communauté Chartreuse Guiers*.

การให้บริการสาธารณะนั้นทั้งหมด<sup>๔๕</sup> และไม่สามารถนำไปใช้จ่ายเพื่อการใช้งานอื่นได้ เช่น ค่าใช้จ่ายทางด่วนหรือค่าเข้าใช้สระว่ายน้ำสาธารณะเป็นค่าธรรมเนียมเนื่องจากผู้ที่จ่ายเงินคือผู้ใช้ทางด่วนและสระว่ายน้ำ โดยเป็นการจ่ายเงินเพื่อแลกกับการใช้สิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าวเท่านั้น อย่างไรก็ตามหากค่าเข้าใช้สระว่ายน้ำสูงเกินกว่าบริการที่ผู้ใช้ได้รับ และรัฐนำเงินที่จัดเก็บได้ไปใช้จ่ายเพื่อการใช้งานอื่น (เช่น การบำรุงรักษาส่งสาธารณูปโภคอื่น) นอกจากการนำไปชดเชยค่าใช้จ่ายที่รัฐได้จ่ายไปในการดำเนินการเปิดให้ใช้สระว่ายน้ำ เงินที่จัดเก็บได้นั้นจะกลายเป็นการจัดเก็บภาษีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐได้ตัดสินว่า การขึ้นอัตราค่าน้ำเพื่อนำเงินที่จัดเก็บได้ไปใช้เป็นงบประมาณกลางของเมือง โดยใช้เป็นค่าใช้จ่ายอื่นที่ไม่ใช่การจัดให้มีน้ำประปา นั้น เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>๔๖</sup>

### ประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์

คู่มือการจัดเก็บค่าธรรมเนียมภาครัฐ<sup>๔๗</sup> ของประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์มีได้กำหนดวิธีการตายตัวในการคำนวณอัตราค่าธรรมเนียม แต่ได้กำหนดแนวทางการพิจารณากำหนดอัตราค่าธรรมเนียมให้ดำเนินการ ดังนี้

(๑) ต้องมีเป้าหมายในการเรียกเก็บที่ชัดเจน

(๒) ต้องครอบคลุมต้นทุนที่แท้จริง

(๓) ข้อยกเว้นในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมที่สูงหรือต่ำกว่าต้นทุน ต้องได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงการคลัง และต้องทบทวนอัตราเป็นระยะเพื่อให้สอดคล้องกับต้นทุนรวมทั้งต้องจัดทำบัญชีที่บันทึกรายรับเพื่อความโปร่งใส

๓.๑) ในกรณีที่เก็บค่าธรรมเนียมต่ำกว่าต้นทุน ต้องพิจารณาว่าเก็บต่ำกว่าต้นทุนเพราะอะไร มีภาษีมาทดแทนหรือไม่ เช่น ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ในการดำเนินการทางศาล จำเป็นต้องเก็บต่ำกว่าต้นทุน เพราะหากเก็บตามต้นทุนจริงอาจจะเป็นอุปสรรคต่อประชาชนในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้

๓.๒) ในกรณีที่เก็บค่าธรรมเนียมสูงกว่าต้นทุน ต้องพิจารณาว่า เก็บสูงกว่าต้นทุนเพราะอะไร เช่น จำเป็นต้องเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน เป็นค่าใช้จ่ายสำหรับการจ้าง sub-contract นำค่าธรรมเนียมที่ได้ไปชดเชยค่าใช้จ่ายที่จัดเก็บภาษีได้น้อย

<sup>๔๕</sup> CE, 21 nov. 1958, *Synd. National des transports aériens* และ Cons. Const, 6 oct. 1976, n° 76-92 L.

<sup>๔๖</sup> CE, 30 sep. 1996, n° 156176, *Société stéphanoise des eaux et ville de Saint-Étienne*.

<sup>๔๗</sup> Deciding prices in public services markets: principles for value for money. UK National Audit Office. 2013 และ Charging Fees for Public Sector Goods and Services. New Zealand Controller and Auditor General. 2008.

- (๔) ปัจจัยที่นำมาใช้ในการคำนวณเพื่อกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ประกอบด้วย
- ๔.๑) อาคารสถานที่ รวมถึงมูลค่าของทรัพย์สินที่ได้มาโดยเปล่าด้วย
  - ๔.๒) สิ่งติดตัง (สิ่งปลูกสร้างบนที่ดินหรือสิ่งของที่ติดกับตัวอาคาร ซึ่งตามหลักทั่วไปแล้วถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินหรืออาคารนั้น)
  - ๔.๓) ค่าบำรุงรักษา รวมถึงค่าทำความสะอาด
  - ๔.๔) ค่าสาธารณูปโภค เช่น ค่าน้ำ ค่าไฟฟ้า ค่าโทรศัพท์
  - ๔.๕) ค่าอุปกรณ์สำนักงาน ซึ่งรวมถึงระบบปฏิบัติการที่ติดตั้งภายใน
  - ๔.๖) ค่าตราไปรษณียกร เครื่องพิมพ์ อุปกรณ์สื่อสาร
  - ๔.๗) ค่าจ้างเจ้าหน้าที่ทั้งหมดในการให้บริการ (รวมถึงค่าฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ด้วย)
  - ๔.๘) ค่าดำเนินการ เช่น ค่าตรวจบัญชี ค่าบริการทางกฎหมาย
  - ๔.๙) ค่าวัสดุติดและค่าพัสดุอื่น ๆ
  - ๔.๑๐) ค่าจ้างงานวิจัยและพัฒนา
  - ๔.๑๑) ค่าเสียอมราคาของทุนเริ่มต้น (startup cost) และต้นทุนที่เกิดขึ้นครั้งเดียว (on-off capital items)
    - ๔.๑๒) ภาษี เช่น ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีท้องถิ่น แสตมป์อากร
    - ๔.๑๓) ต้นทุนเงินทุน (capital charges)
    - ๔.๑๔) ค่าเบี้ยประกันวินาศภัย
    - ๔.๑๕) ต้นทุนในการจัดจำหน่าย เช่น ค่าขนส่ง
    - ๔.๑๖) ค่าจ้างผู้รับจ้าง (sub-contractor)
    - ๔.๑๗) ค่าโฆษณา
    - ๔.๑๘) หนี้สูญ
    - ๔.๑๙) ต้นทุนการปฏิบัติตามกฎหมายและต้นทุนการกำกับดูแล
    - ๔.๒๐) ประมาณการหนี้สินในอนาคต
- (๕) ปัจจัยที่ไม่นำมาคำนวณอัตราค่าธรรมเนียม ประกอบด้วย
- ๕.๑) ต้นทุนอันเกิดจากผลกระทบภายนอก เช่น มลภาวะ อาชญากรรม
  - ๕.๒) ต้นทุนการปฏิบัติตามนโยบายอื่น ๆ (นอกเหนือจากนโยบายที่กำหนดให้รัฐให้บริการนั้น ๆ แก่ประชาชน)
  - ๕.๓) ต้นทุนการบังคับใช้กฎหมาย
  - ๕.๔) ค่าชดเชยสิ่งของที่ได้ทำประกันวินาศภัยไว้แล้ว
  - ๕.๕) ทุนเริ่มต้น (startup cost) และต้นทุนที่เกิดขึ้นครั้งเดียว (on-off capital items)

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณากฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้ประชาชนต้องดำเนินการตามที่ภาครัฐกำหนดเพื่อประโยชน์ด้านการเก็บข้อมูลภาครัฐ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการทะเบียนราษฎร ก็ไม่ปรากฏว่ามีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการแจ้งเกิด-ตาย ไม่มีการกำหนดค่าธรรมเนียมคำขอ อีกทั้งยังสามารถแจ้งได้ทั้งทางออนไลน์และที่สำนักงานเขต โดยมีเพียงค่าธรรมเนียมในการออกใบสูติบัตรและใบมรณะ หากผู้แจ้งประสงค์จะได้รับเอกสารดังกล่าว เนื่องจากภาครัฐจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรในการดำเนินการและเอกสารนั้นถูกนำไปใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตน

### ข้อมูลอื่นของต่างประเทศ

ผู้เขียนได้ตรวจสอบข้อมูลแนวปฏิบัติที่ดีในการกำหนดค่าธรรมเนียมของสมาคมเจ้าหน้าที่การเงินของรัฐบาล (Government Finance Officer Association)<sup>๔๘</sup> ประกอบกับแนวคิดเกี่ยวกับบัญชีต้นทุนกิจกรรม<sup>๔๙</sup> ปรากฏแนวทางการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมโดยคำนึงถึงปัจจัยต่อไปนี้ด้วย

(๑) ค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บต้องสะท้อนต้นทุนในการดำเนินกิจกรรมที่แท้จริง (activity based costing) ที่ใช้ในการผลิตบริการหรือกิจกรรมที่มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมนั้น หน่วยงานจึงต้องทราบค่าใช้จ่ายที่เป็นต้นทุนที่แท้จริง

ในกรณีที่หน่วยงานเรียกเก็บค่าธรรมเนียมไม่เต็มจำนวนค่าใช้จ่ายหรือเรียกเก็บเกินจำนวนค่าใช้จ่าย หน่วยงานจึงต้องชี้แจงเหตุผลความจำเป็นในการดำเนินการดังกล่าวด้วย

(๒) การพิจารณาทางเลือกอื่นในการให้บริการเพื่อที่จะไม่ต้องเก็บค่าธรรมเนียมหรือลดอัตราการเรียกเก็บ

(๓) การพิจารณาความสามารถของประชาชนในการจ่ายค่าธรรมเนียม อัตราที่กำหนดต้องเป็นอัตราที่บุคคลสามารถรับภาระได้

(๔) การเทียบเคียงกับอัตราเดิมที่เคยเรียกเก็บ อัตราค่าธรรมเนียมอื่นในลักษณะเดียวกัน หรืออัตราของต่างประเทศที่มีการเรียกเก็บ

(๕) การพิจารณาอัตราเงินเฟ้อ โดยคำนึงถึงระยะเวลาที่เหมาะสมในการใช้อัตราค่าธรรมเนียมที่กำหนด

(๖) การคำนึงถึงวิธีการและศักยภาพของภาครัฐในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมให้มีประสิทธิภาพ

(๗) การคาดการณ์ถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมดังต่อไปนี้

<sup>๔๘</sup> Best Practices: Establishing Government Charges and Fees (<https://www.gfoa.org/materials/establishing-government-charges-and-fees>)

<sup>๔๙</sup> <https://www.myaccount-cloud.com/Article/Detail/88035>

๗.๑) อัตราที่กำหนดส่งผลให้เกิดการจำกัด demand ของสินค้าและบริการหรือไม่

๗.๒) อัตราที่กำหนดเป็นการอุดหนุนสินค้าหรือบริการชนิดใดหรือธุรกิจใดหรือไม่

๗.๓) อัตราที่กำหนดส่งผลต่อความสามารถในการแข่งขันของภาคเอกชนหรือไม่

ในกรณีที่กิจกรรมใดมีการให้บริการทั้งภาครัฐและภาคเอกชน การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมต้องไม่ก่อให้เกิดผลเป็นการกีดกันตลาด เช่น การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในอัตราที่ต่ำกว่าต้นทุน ส่งผลให้ภาคเอกชนที่มีการดำเนินกิจกรรมนั้นต้องแบกรับภาระต้นทุนดังกล่าวเพื่อที่จะสามารถแข่งขันกับภาครัฐได้ ซึ่งท้ายที่สุดภาคเอกชนอาจไม่สามารถแบกรับต้นทุนในระยะยาวได้

(๘) การพิจารณามีให้อัตราที่กำหนดส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

(๙) การทบทวนอัตราค่าธรรมเนียมตามรอบระยะเวลาที่เหมาะสม โดยพิจารณาจากปัจจัยข้างต้นอีกครั้ง นอกจากนี้ หน่วยงานยังต้องพิจารณาความจำเป็นว่ากิจกรรมที่มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมนั้นยังมีความจำเป็นต้องมีอยู่หรือไม่ด้วย

(๑๐) การให้ข้อมูลต่อสาธารณะอย่างเพียงพอเพื่อประโยชน์ในการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง

### ๓. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาการกำหนดค่าธรรมเนียมในกฎหมายของไทยเปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ เห็นว่า

๓.๑ การเก็บรายได้เข้ารัฐของไทยสามารถแบ่งได้เป็น ๒ ประเภทเช่นเดียวกัน คือ (๑) ค่าธรรมเนียมที่มีลักษณะเป็นการบังคับจ่ายในลักษณะของภาษีซึ่งการเรียกเก็บต้องอาศัยกฎหมายแม่บทให้อำนาจจึงจะสามารถเรียกเก็บได้ และ (๒) ค่าธรรมเนียมที่เป็นค่าตอบแทนการใช้บริการภาครัฐ ซึ่งในส่วนนี้ยังไม่มี ความชัดเจนว่ามีขอบเขตเพียงใด หากพิจารณาจากลักษณะของการเรียกเก็บว่าเป็นการบังคับจัดเก็บหรือไม่ตามแนวทางของต่างประเทศจะทำให้เกิดความชัดเจนว่าค่าธรรมเนียมที่เป็นทางเลือกของประชาชนในลักษณะของค่าบริการโดยแท้ เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่สามารถกำหนดได้เอง

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ค่าธรรมเนียมในลักษณะของภาษีนั้น จำเป็นต้องพิจารณาให้เกิดความชัดเจนว่ามีขอบเขตเพียงใด เนื่องจากค่าธรรมเนียมบางอย่างอาจมีลักษณะเป็นทางเลือกและเป็นค่าตอบแทนประโยชน์ที่บุคคลเฉพาะกลุ่มได้รับ แต่มีลักษณะเป็นการบังคับจ่ายด้วย เช่น ค่าสัมปทาน ค่าจดทะเบียนสิทธิบัตร ค่าจดทะเบียนรถยนต์ เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการจัดทำแนวทางการพิจารณาประเภทของค่าธรรมเนียมตามกฎหมายเพื่อที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะได้เกิดความชัดเจนในการเสนอและพิจารณาร่างกฎหมายต่อไป

๓.๒ สำหรับมาตรการการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ภาครัฐที่เกี่ยวกับการกำหนดค่าธรรมเนียม ซึ่งกฎหมายแคนาดาที่กำหนดเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เพื่อเป็นมาตรฐานและทำให้เกิดความโปร่งใสในการกำหนดค่าธรรมเนียมนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ค่าธรรมเนียมในกฎหมายของประเทศไทยจะกำหนดเป็นบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ การเสนอแก้ไขค่าธรรมเนียมจึงต้องจัดทำเป็นร่างพระราชบัญญัติเพื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมอัตราเพดานเดิมที่กำหนดไว้ การเสนอค่าธรรมเนียมและการเสนอแก้ไขอัตราค่าธรรมเนียมจึงต้องมีการรับฟังความคิดเห็นผู้เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ อยู่แล้ว หลักการในส่วนนี้จึงน่าจะใช้บังคับไปได้โดยยังไม่ต้องเพิ่มเติมมาตรฐานการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ภาครัฐในลักษณะเดียวกับแนวทางของประเทศแคนาดา

๓.๓ ในส่วนของการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม การยกเว้นไม่เรียกเก็บค่าธรรมเนียม และการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนในการชำระค่าธรรมเนียมนั้น นอกจากกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องแล้ว ยังมีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒ มกราคม ๒๕๖๓ เรื่อง แนวทางการทบทวนอัตราค่าธรรมเนียมในการอนุมัติ อนุญาต ของทางราชการ ตามที่สำนักงาน ก.พ.ร. เสนอด้วย ซึ่งแนวทางการทบทวนอัตราค่าธรรมเนียมที่สำนักงาน ก.พ.ร. เสนอ มีดังนี้

๑) กรณีค่าธรรมเนียมใบคำขอและใบแทน ให้พิจารณารายได้จากการจัดเก็บค่าธรรมเนียมเทียบกับต้นทุน หากรายได้จากการจัดเก็บค่าธรรมเนียมต่ำกว่าต้นทุนในการดำเนินการ ให้หน่วยงานพิจารณายกเลิกการจัดเก็บดังกล่าว เนื่องจากไม่คุ้มค่าต่อการดำเนินการของภาครัฐ

๒) กรณีค่าธรรมเนียมใบอนุญาต ให้พิจารณาทบทวนการจัดเก็บค่าธรรมเนียมในการอนุมัติ อนุญาตของทางราชการ ตามเงื่อนไขดังนี้

๒.๑) ต้นทุนในการดำเนินการ โดยพิจารณารายได้จากการจัดเก็บค่าธรรมเนียมเทียบกับการดำเนินการของภาครัฐ และภาระที่จะเกิดขึ้นกับประชาชน ทั้งนี้ ให้ประเมินความคุ้มค่าในการให้บริการของภาครัฐ ณ ปัจจุบัน โดยเฉพาะด้านอัตรากำลังของเจ้าหน้าที่ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการอื่น ๆ หากรายได้จากการจัดเก็บค่าธรรมเนียมต่ำกว่าต้นทุนในการดำเนินการให้หน่วยงานพิจารณายกเลิกใบอนุญาต และ/หรือทบทวนขั้นตอนการให้บริการ และอาจต้องประเมินเปรียบเทียบกับภาระที่จะเกิดขึ้นกับประชาชนที่มารับบริการร่วมด้วย

๒.๒) ความทันสมัยของกฎหมายที่กำหนดอัตราค่าธรรมเนียม โดยพิจารณาความเหมาะสมของอัตราจัดเก็บที่ถูกระบุอยู่ในกฎหมาย เพื่อให้คุ้มค่าต่อการดำเนินการ ณ ปัจจุบัน ซึ่งควรพิจารณาทบทวนอัตราค่าธรรมเนียมทุก ๆ ๕ ปี ตามมาตรา ๖ ของพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการพิจารณาอนุญาตของทางราชการ พ.ศ. ๒๕๕๘ หากหน่วยงานเห็นควรยกเลิกการจัดเก็บ และ/หรือปรับอัตราค่าธรรมเนียม ให้หน่วยงานพิจารณาดำเนินการในค่าธรรมเนียมที่ถูกระบุในกฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ และคำสั่งของหน่วยงานก่อน เนื่องจากสามารถดำเนินการแก้ไขได้โดยง่าย ทั้งนี้ ในกรณีที่ปรับอัตรา

ค่าธรรมเนียมสูงขึ้นนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระต่อประชาชน รวมถึงหน่วยงานต้องแสดงให้เห็นถึงประสิทธิภาพในการให้บริการที่ดีขึ้น

๒.๓) ประเภทของใบอนุญาต โดยพิจารณาใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติ อนุญาต การรับรอง การจดทะเบียน การขึ้นทะเบียน การรับแจ้ง และการตรวจสอบ ทั้งนี้ ไม่ครอบคลุมใบอนุญาตด้านจริยธรรม เช่น การขออนุญาตฆ่าสัตว์ การขออนุญาตสุรา ยาสูบ และการพนัน เป็นต้น เนื่องจากใบอนุญาตดังกล่าวอาจก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ และส่งผลกระทบต่อเชิงลบ รวมถึงใบอนุญาตด้านวัตถุอันตราย เชื้อโรค โบราณวัตถุ และศิลปกรรม เนื่องจากต้องใช้เป็นหลักฐานยืนยันทางกฎหมาย และอาจเกี่ยวข้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศ

๒.๔) ช่องทางการให้บริการ หากส่วนราชการมีการดำเนินการออกใบอนุญาตฯ ผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์แล้ว หรือมีแผนการให้บริการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ให้พิจารณาแนวทางการจัดแจ้งผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ และทบทวนอัตราค่าธรรมเนียมที่เหมาะสม ทั้งนี้ อาจยกเลิกการจัดเก็บค่าธรรมเนียมได้ เนื่องจากการให้บริการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ สามารถลดต้นทุนในการดำเนินการ รวมถึงการดำเนินการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์จะช่วยสร้างความโปร่งใส ส่งผลให้เจ้าหน้าที่ผู้กำกับดูแลตรวจสอบข้อมูล (tracking) ได้ทันที และยังเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนในการขอรับบริการ

ทั้งนี้ ให้ส่วนราชการที่มีการจัดเก็บค่าธรรมเนียมในการอนุมัติ อนุญาตของทางราชการ พิจารณาทบทวนการจัดเก็บค่าธรรมเนียมให้สอดคล้องกับปัจจุบัน และให้สำนักงาน ก.พ.ร. เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติให้ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อมุ่งลดภาระค่าใช้จ่ายภาคธุรกิจและประชาชน

ผู้เขียนได้พิจารณากฎหมายไทยและแนวทางของต่างประเทศ ที่เกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ประกอบกับมติคณะรัฐมนตรีข้างต้นที่ให้มีการทบทวนการกำหนดค่าธรรมเนียม การออกใบอนุญาต และช่องทางการให้บริการแล้ว เห็นว่า การกำหนดค่าธรรมเนียมของไทยยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การพิจารณาอัตราค่าธรรมเนียมที่เหมาะสม ซึ่งปัจจัยที่ต่างประเทศนำมาใช้ในการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมมิใช่การกำหนดหลักเกณฑ์ที่ตายตัว การนำแนวทางในลักษณะของกฎหมายอังกฤษและนิวซีแลนด์มาพิจารณาเพื่อปรับใช้น่าจะทำให้แต่ละหน่วยงานที่เสนอร่างกฎหมายสามารถเล็งเห็นถึงค่าใช้จ่ายที่ชัดเจนยิ่งขึ้นโดยยังมีความยืดหยุ่นในการปรับใช้ อีกทั้งหากมีความจำเป็นที่จะกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสูงหรือต่ำกว่าค่าใช้จ่ายจริงก็ยังสามารถดำเนินการได้ เพียงแต่หน่วยงานต้องชี้แจงเหตุผลความจำเป็นที่กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไม่สอดคล้องกับค่าใช้จ่ายจริงได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี มีความสอดคล้องกับแนวทางการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของต่างประเทศที่ได้นำเสนอไปข้างต้น หากหน่วยงานผู้รับผิดชอบการดำเนินการตามกฎหมายมีแนวทางการพิจารณาอัตราค่าธรรมเนียมที่ชัดเจน หน่วยงานจะทราบได้ว่าค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนดนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่สมควรปรับเพิ่มหรือยกเลิกการจัดเก็บหรือไม่ นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นด้วยกับ

แนวทางของต่างประเทศที่จะไม่เรียกเก็บค่าธรรมเนียมหากเรื่องนั้นเป็นการกำหนดหน้าที่ให้บุคคลต้องกระทำการใด เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินของภาครัฐว่าน่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมเนื่องจากประชาชนไม่ได้ประโยชน์จากการดำเนินการนั้นโดยตรงเป็นการส่วนตัว การบังคับจ่ายค่าธรรมเนียมในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการผลักให้ประชาชนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นและก่อภาระให้แก่ประชาชนเกินความจำเป็น

### ข้อมูลอ้างอิงแนวทางของประเทศฝรั่งเศส

- Jean LAMARQUE, Olivier NEGRIN et Ludovic AYRAULT, *Droit fiscal général*, 4<sup>e</sup> éd., 2016, p. 64-76.
- Martin COLLET, *Finances publiques*, 3<sup>e</sup> éd., 2018-2019, p. 293-296.
- La documentation française, *Guide de légistique*, 3<sup>e</sup> éd., 2017, p. 642-654.

### ข้อมูลอ้างอิงแนวทางของประเทศอังกฤษและนิวซีแลนด์

- Taxes and fees for sales of service: how they differ and why it is important (UK the Office of National Statistic 2019)
- Managing public money (UK Treasury 2019)
- Deciding prices in public services markets: principles for value for money (UK the National Audit Office 2013)

### ข้อมูลอ้างอิงแนวทางของประเทศแคนาดา

- Service Fees Act 2017

### ข้อมูลอ้างอิงสำหรับเอกสารที่เกี่ยวข้องอื่น

- Johannes Chan. Payment for Government Services by Consumers: Some Legal Considerations. McGill Guide 9<sup>th</sup> ed. 2000. 30 (Part 2) Hong Kong LJ 184.
- Best Practices: Establishing Government Charges and Fees (<https://www.gfoa.org/materials/establishing-government-charges-and-fees>)
- Paying Taxes (World Bank) (<https://www.doingbusiness.org/en/data>)
- บัญชีต้นทุนกิจกรรม (<https://www.myaccount-cloud.com/Article/Detail/88035>)



มาตรการทางกฎหมายสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรงในประเทศเยอรมนี  
กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)  
ตอนที่ ๑\*

คณันท์ ชัยชนะ\*\*

๑. บทนำ

โดยที่มาตรา ๗๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้รัฐพึงกำหนด “โทษอาญา” เฉพาะ “ความผิดร้ายแรง” เท่านั้น ดังนั้น ในกรณีอื่น ๆ ที่เป็น “ความผิดไม่ร้ายแรง” รัฐจึงต้องหลีกเลี่ยงการใช้โทษอาญาและกำหนดโทษหรือมาตรการประเภทอื่นที่ไม่ใช่โทษอาญา อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ว่า โทษหรือมาตรการประเภทอื่นที่จะนำมาใช้กับความผิดไม่ร้ายแรงนั้นได้แก่มาตรการใดบ้างหรือจะต้องมีลักษณะอย่างไร จึงเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดลักษณะและรายละเอียดของโทษหรือมาตรการอื่นให้สอดคล้องกับลักษณะของการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง เพื่อให้กฎหมายยังคงมีสภาพบังคับต่อไป ประกอบกับแผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายได้กำหนดให้มีการปรับปรุงกฎหมายในการกำหนดโทษอาญาให้เหมาะสมกับสภาพความผิดหรือกำหนดมาตรการลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดและฐานะของผู้กระทำความผิด เพื่อมิให้บุคคลต้องรับโทษหนักเกินสมควรหรือต้องรับภาระในการรับโทษที่แตกต่างกันอันเนื่องมาจากฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน

ด้วยเหตุดังกล่าว คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... เพื่อให้เป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการพิจารณาและกำหนดมาตรการสำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่ไม่ใช่ความผิดร้ายแรงและโดยสภาพไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรงหรือไม่กระทบต่อส่วนรวมอย่างกว้างขวาง โดยเรียกมาตรการใหม่นี้ว่า “การปรับเป็นพินัย” ซึ่งเป็นมาตรการที่กำหนดให้ผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายต้องชำระเงินตามที่กำหนด แต่มิใช่โทษปรับทางอาญา รวมทั้งให้เปลี่ยนความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวและความผิดที่มีโทษปรับทางปกครองตามกฎหมายบางฉบับ เป็นความผิดทางพินัย

คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔ เห็นชอบในหลักการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายแปลและให้ความเห็น กองกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (มีนาคม ๒๕๖๔), Diplom-Jurist (Georg-August-Universität Göttingen), Erste juristische Staatsprüfung (Niedersachsen).

เสนอ และให้เสนอรัฐสภาพิจารณาต่อไปในฐานะกฎหมายตามหมวด ๑๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในการพิจารณาจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศที่มีการแยกความผิดไม่ร้ายแรงออกจากความผิดอาญาและไม่นำโทษอาญามาใช้กับการกระทำดังกล่าว โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศเยอรมนีซึ่งมีกฎหมายกลางที่ใช้ในการพิจารณาโทษสำหรับความผิดไม่ร้ายแรงเป็นการเฉพาะ เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ” (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten / Act on Regulatory Offences) ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ ค.ศ. ๑๙๕๒ (พ.ศ. ๒๔๙๕) โดยมีแนวคิดและความเป็นมาใกล้เคียงกับสถานการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบัน กล่าวคือ มาจากความพยายามลดปริมาณความผิดอาญา (Entkriminalisierung) เพื่อให้โทษอาญามีไว้ใช้เฉพาะกับความผิดร้ายแรงเท่านั้น<sup>๑</sup>

บทความนี้เป็นการนำเสนอองค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาค้นคว้ากฎหมาย แนวคิด และประสบการณ์ของประเทศเยอรมนี ที่ใช้ประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. .... ในระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๖๒ ถึง ๒๕๖๓

## ๒. ที่มาและวิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบในประเทศเยอรมนี

### ๒.๑ รากฐานทางความคิด

การแยกความผิดไม่ร้ายแรงออกมาจากกฎหมายอาญาเพื่อกำหนดให้เป็นความผิดอีกประเภทหนึ่งที่ไม่ใช่โทษอาญา แม้ว่าจะเพิ่งมีการตราเป็นกฎหมายครั้งแรกในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ แต่มีรากฐานมาจากแนวคิดและพัฒนาการทางกฎหมายที่มีมาก่อนหน้านั้นเป็นเวลายาวนานแล้ว<sup>๒</sup> โดยมีที่มาจากกระแสเรียกร้องให้ลดจำนวนความผิดอาญาเพื่อจำกัดขอบเขตการใช้กฎหมายอาญาไว้ใช้สำหรับกรณีที่จำเป็นจริง ๆ เท่านั้นในฐานะที่เป็นมาตรการตอบโต้ที่รุนแรงที่สุดของรัฐ (*ultima-ratio*) ในขณะที่การฝ่าฝืนข้อห้ามหรือคำสั่งของรัฐซึ่งโดยลำพังแล้วไม่มีความชั่วร้ายในทางศีลธรรมจรรยา ก็สมควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากความผิดอาญา ไม่ควรค่าแก่

<sup>๑</sup> Erich Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 15. Aufl., Verlag C.H. Beck, 2009, Einleitung Rn. 1; Michael Lemke, Andreas Mosbacher, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2. Aufl., C.F. Müller, 2005, Einleitung Rn. 3.

<sup>๒</sup> Wolfgang Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Aufl., Springer, 2005, S. 23.

การนำโทษอาญามาใช้<sup>๓</sup> และไม่ควรถองได้รับผลกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติยศอันเกิดจากการดำเนินคดีอาญา<sup>๔</sup> โดยเฉพาะในสังคมยุคใหม่ที่มีความซับซ้อน มีการตรากฎหมายเป็นจำนวนมากเพื่อกำหนดกฏกติกาในเรื่องต่าง ๆ ของชีวิต มีทั้งการกำหนดข้อห้ามและข้อควรปฏิบัติต่าง ๆ จำนวนมาก ทำให้กฎหมายเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและแทรกแซงในชีวิตประจำวันของประชาชนมากขึ้นเรื่อย ๆ โอกาสที่บุคคลจะกระทำผิดกฎหมายจึงเกิดขึ้นได้ไม่ยาก ในขณะที่ความผิดจำนวนมากไม่ใช่การกระทำที่มีความเลวร้ายในตัวหรือผิดศีลธรรมจรรยา (*mala in se*) แต่เป็นเพียงการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามสิ่งที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น กล่าวคือเป็นความผิดเพียงเพราะกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด (*mala prohibita*) บุคคลที่กระทำความผิดเหล่านี้ส่วนใหญ่ก็เป็นคนปกติทั่วไปในสังคมที่อาจมีพลังเหลือบ้าง แต่ไม่ถึงกับเป็นคนชั่วร้ายหรือเป็นอาชญากรที่สมควรจะได้รับโทษร้ายแรง ในประเทศเยอรมนีจึงมีแนวคิดที่จะแยกความผิดไม่ร้ายแรงเหล่านี้ออกจากความผิดอาญาโดยแท้ (*kriminelles Unrecht / criminal offence*) เพื่อให้มีหลักเกณฑ์ วิธีการพิจารณา และลักษณะของโทษที่สอดคล้องกับความไม่ร้ายแรงของความผิด โดยในยุคเริ่มแรกได้เรียกความผิดที่ไม่ร้ายแรงนี้ว่า “ความผิดทางปกครอง” (*Verwaltungsunrecht / administrative offence*)<sup>๕</sup>

## ๒.๒ ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. ๑๘๗๑

ในการยกร่างประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. ๑๘๗๑ คณะกรรมการยกร่างกฎหมายส่วนหนึ่งเห็นว่า ไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนมาแยกระหว่างความผิดอาญากับความผิดทางปกครองได้ ในยุคนั้นเยอรมนีจึงใช้โทษอาญาสำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายทุกรูปแบบ แต่มีการแบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็น ๓ ประเภท ตามระดับความร้ายแรง ได้แก่ ความผิดสถานหนัก (*Verbrechen*) ความผิดสถานเบา (*Vergehen*) และความผิดลหุโทษ (*Übertretung*)<sup>๖</sup> ตามแบบของกฎหมายอาญาฝรั่งเศสที่แบ่งประเภทความผิดอาญาออกเป็น ๓ ประเภทเช่นกัน ได้แก่ *crime*, *délit* และ *contravention*<sup>๗</sup> ทั้งนี้ ความผิดลหุโทษตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. ๑๘๗๑ (มาตรา ๓๖๐ ถึงมาตรา ๓๗๐) คือ การกระทำที่มีระดับความชั่วร้าย (*Unrechtsgehalt*) ค่อนข้างต่ำและมีลักษณะการกระทำส่วนใหญ่เป็นการฝ่าฝืนคำสั่งของฝ่ายปกครอง รวมทั้งมีหลักการพิจารณาบางประการที่แตกต่างจากความผิด

<sup>๓</sup> Erich Göhler, *supra note 1*, Einleitung, Rn. 1; Michael Lemke, Andreas Mosbacher, *supra note 1*, Einleitung Rn. 3.; Uwe Thieß, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, Luchterhand 2002, Rn. 13.

<sup>๔</sup> Bundestag Drucksache, I/2100 S. 14.

<sup>๕</sup> Wolfgang Mitsch, *supra note 3*, § 4.

<sup>๖</sup> Erich Göhler, *supra note 1*, Einleitung, Rn. 2.

<sup>๗</sup> Wolfgang Mitsch, in: Wolfgang Mitsch, *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 5. Auflage, C.H. Beck, 2018, Einleitung Rn. 6.

อาญาประเภทอื่น เช่น การพยายามและการสนับสนุนการกระทำความผิดลหุโทษ ไม่ถือเป็นความผิด (มาตรา ๔๓ และมาตรา ๔๔) และมีกระบวนการพิจารณาที่ยุงยากน้อยกว่า คดีอาญาปกติ เช่น เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลแขวง นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. ๑๘๗๗ ก็ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง สามารถออกคำสั่งกำหนดโทษสำหรับความผิดลหุโทษบางประเภทได้ โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ มีอำนาจสั่งปรับหรือจำคุกได้ไม่เกิน ๑๔ วัน (Strafverfügung)<sup>๘</sup> ส่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มีอำนาจสั่งปรับได้สถานเดียวในกรณีความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร (Strafbescheid)<sup>๙</sup> และหากผู้ต้องหาไม่เห็นด้วยกับคำสั่งกำหนดโทษก็สามารถโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวไปยังศาลได้ ขั้นตอนหลังจากนั้นก็จะเป็นการพิจารณาคดีอาญาตามปกติต่อไป กลไกนี้เป็นจุดเริ่มต้นของการให้ฝ่ายปกครองเข้ามามีอำนาจสั่งกำหนดโทษ “ในเบื้องต้น” (Vorentscheidung) เพื่อให้สามารถจับคดีได้โดยไม่ต้องไปถึงชั้นศาล แต่ทั้งนี้ กระบวนการทั้งหมดยังคงเป็นเรื่องทางอาญาและอยู่ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

### ๒.๓ วิวัฒนาการช่วงต้นศตวรรษที่ ๒๐

การพัฒนาไปสู่สังคมแบบรัฐสวัสดิการ (Sozialer Verwaltungsstaat) ในประเทศเยอรมนีช่วงต้นศตวรรษที่ ๒๐ ทำให้รัฐเข้ามามีบทบาทในชีวิตของประชาชนเกือบจะทุกเรื่องโดยการกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งประกอบด้วยข้อห้ามและคำสั่งมากมาย ทำให้ปริมาณความผิดอาญาที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ นอกเหนือจากประมวลกฎหมายอาญา มีปริมาณมากจนนักกฎหมายเองยังยากที่จะรู้จักทั้งหมด ในขณะที่มาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายยังคงมีเพียงประเภทเดียวเท่านั้น คือ โทษอาญา ซึ่งถูกนำมาใช้โดยไม่คำนึงว่าความผิดในแต่ละกรณีนั้นโดยตัวมันเองแล้วมีความร้ายแรงถึงขั้นต้องใช้โทษอาญาหรือไม่ เนื่องจากในยุคนี้รัฐไม่มีเครื่องมืออื่นที่จะนำมาใช้จัดการกับการกระทำความผิดนอกจากโทษอาญา<sup>๑๐</sup>

ในขณะเดียวกันก็ปรากฏให้เห็นถึงแนวโน้มของการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองในการกำหนดโทษสำหรับความผิดบางประเภท โดยเฉพาะความผิดในทางเศรษฐกิจ เช่น กฎหมายตลาดหลักทรัพย์ ค.ศ. ๑๙๐๘ (Börsengesetz) ได้ให้อำนาจคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ (Börsenkommission) สั่งลงโทษความผิดบางประเภทเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ได้ โดยกำหนดกระบวนการพิจารณาความผิดดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ นอกจากนี้กฎหมายทางเศรษฐกิจบางฉบับก็ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองสั่งลงโทษความผิดไม่ร้ายแรงที่เป็นเพียงการฝ่าฝืน

<sup>๘</sup> มาตรา ๔๕๓ ถึงมาตรา ๔๕๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. ๑๘๗๗ (StPO 1877)

<sup>๙</sup> มาตรา ๔๕๙ ถึงมาตรา ๔๖๙ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. ๑๘๗๗ (StPO 1877)

<sup>๑๐</sup> Erich Göhler, *supra* note 1, Einleitung Rn. 3.

หลักเกณฑ์การประกอบกิจการบางประเภทได้หากฝ่ายปกครองพิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะที่เกี่ยวข้องแล้วเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องส่งเรื่องให้ศาลพิจารณาพิพากษา<sup>๑๑</sup> กฎหมายบางฉบับก็กำหนดให้เป็นอำนาจของอัยการในการพิจารณาในแต่ละกรณีว่ามีเหตุสมควรฟ้องศาลหรือไม่หรือสมควรให้ฝ่ายปกครองสั่งลงโทษในกรณีนั้น ๆ<sup>๑๒</sup> นอกจากนี้ก็มีการขยายอำนาจของตำรวจและฝ่ายปกครองในการกำหนดโทษในเบื้องต้น (Strafverfügung และ Strafbescheid) ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาด้วย

การเพิ่มจำนวนของความผิดอาญาในกฎหมายต่าง ๆ และการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองในการกำหนดโทษสำหรับการทำความผิดนี้เองส่งผลให้กระแสรายการเรียกร้องให้แยกความผิดไม่ร้ายแรงที่ไม่สมควรต้องรับโทษอาญาออกจากกฎหมายอาญามีมากขึ้นเรื่อย ๆ<sup>๑๓</sup> และเป็นที่มาของหนังสือ “กฎหมายอาญาทางปกครอง” (Das Verwaltungsstrafrecht) ของ James Goldschmidt ซึ่งตีพิมพ์ในปี ค.ศ. ๑๙๐๒ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการนำกฎหมายอาญาไปใช้ในทางที่ผิดและป้องกันการเสื่อมคุณค่าของกฎหมายอาญา<sup>๑๔</sup> และเป็นงานเขียนชิ้นสำคัญที่ได้วางรากฐานทางความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการแบ่งแยกระหว่าง “ความผิดอาญา” กับ “ความผิดทางปกครอง”<sup>๑๕</sup>

#### ๒.๔ กฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙

แนวคิดและทฤษฎีของ James Goldschmidt ในหนังสือ “กฎหมายอาญาทางปกครอง” (Das Verwaltungsstrafrecht) ถูกนำมาใช้ในการตรากฎหมายเป็นครั้งแรกใน “กฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙” (Wirtschaftsstrafgesetz)<sup>๑๖</sup> ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้บังคับในช่วงเวลาสั้น ๆ หลังสงครามโลกครั้งที่ ๒ และมีที่มาจากความจำเป็นของรัฐที่จะต้องกำหนดกฎหมายต่าง ๆ เกี่ยวกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจเพื่อจัดระเบียบและฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจให้กลับมาเป็นเหมือนเดิม เช่น กำหนดความผิดเกี่ยวกับการกักตุนสินค้า การขึ้นราคาสินค้าโดยมิชอบ การจัดทำบัญชีสินค้าเป็นเท็จ ฯลฯ ส่งผลให้ประชาชนทั่วไปก็อาจตกเป็นผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเหล่านั้นได้โดยง่าย แต่เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง จึงไม่จำเป็นต้องมีโทษอาญาและสามารถใช้กระบวนการที่ไม่ซับซ้อนในการพิจารณาได้ กฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ จึงได้กำหนดให้ฝ่ายปกครอง (ซึ่งมี

<sup>๑๑</sup> § 15 Verordnung über den Warenverkehr 1942; Bundestag Drucksache V/1296 S. 22.

<sup>๑๒</sup> Bewirtschaftungsnotgesetz vom 30. Oktober 1947

<sup>๑๓</sup> Wolfgang Mitsch, *supra note* 3, S. 24.

<sup>๑๔</sup> Erich Göhler, *supra note* 1, Einleitung, Rn. 4.

<sup>๑๕</sup> Bundestag Drucksache V/1269 S. 22; Erich Göhler, *ibid.*

<sup>๑๖</sup> Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts vom 26. Juli 1949.

หน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจอยู่แล้ว) มีอำนาจสั่งลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยในกรณีที่การกระทำนั้นไม่กระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม<sup>๑๗</sup>

กฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ มีคุณลักษณะสำคัญที่มีผลต่อวิวัฒนาการของกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบในประเทศเยอรมนี ดังนี้

(๑) เป็นกฎหมายฉบับแรกของเยอรมนีที่แยกความผิดที่ไม่ร้ายแรงออกจากความผิดอาญา<sup>๑๘</sup> โดยกำหนดให้เป็นความผิดอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า “ความผิดต่อกฎระเบียบ” (Ordnungswidrigkeit / regulatory offence) เพื่อไม่ให้ซ้ำกับคำว่า “ความผิดอาญา” ซึ่งใช้คำว่า “Straftat” โดยเป็นครั้งแรกที่มีการแยกความผิดต่อกฎระเบียบออกจากความผิดอาญา โดยการกำหนดองค์ประกอบความผิดให้แตกต่างกัน ซึ่งต่างจากแนวการตรากฎหมายที่ผ่านมาที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองหรืออัยการพิจารณาเป็นรายกรณีว่าสมควรฟ้องศาลหรือสมควรให้ฝ่ายปกครองสั่งกำหนดโทษเอง<sup>๑๙</sup>

(๒) กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต่อกฎระเบียบต้องชำระ “ค่าปรับ” (Geldbuße) ให้แก่หน่วยงานของรัฐ โดยใช้คำว่า “Geldbuße” เพื่อไม่ให้ซ้ำกับ “โทษปรับทางอาญา” ซึ่งใช้คำว่า “Geldstrafe”

(๓) บัญญัติหลักเกณฑ์ทางสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติสำหรับความผิดต่อกฎระเบียบไว้เป็นการเฉพาะ

(๔) กำหนดให้หน่วยงานฝ่ายปกครองมีอำนาจสั่งปรับ แต่ผู้ต้องหาสิทธิโต้แย้งเพื่อนำเรื่องไปสู่การพิจารณาของศาลได้

ทั้งนี้ กฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ ได้กำหนดความผิดไว้ ๓ ประเภทด้วยกัน ได้แก่

(๑) ความผิดอาญา (Straftat) มีโทษจำคุก (Freiheitsstrafe) และโทษปรับทางอาญา (Geldstrafe) เช่น ความผิดฐานกักตุนสินค้า

(๒) ความผิดต่อกฎระเบียบ (Ordnungswidrigkeit) ผู้กระทำความผิดต้องชำระค่าปรับให้แก่หน่วยงานของรัฐ (Geldbuße) เช่น ความผิดฐานปล่อยปะละเลยให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสถานที่ประกอบกิจการของตน

(๓) ความผิดที่อาจเป็นได้ทั้งความผิดอาญาหรือความผิดต่อกฎระเบียบ ขึ้นอยู่กับขนาดของผลกระทบของการกระทำความผิดในแต่ละกรณี เรียกว่า “ความผิดผสม” (Mischtatbestand) เช่น ความผิดฐานขึ้นราคาสินค้าโดยมิชอบ โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจสั่งปรับจะต้องพิจารณาตามเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖ ซึ่งกำหนดว่า การฝ่าฝืนใด ๆ จะเป็นความผิดอาญาทางเศรษฐกิจก็ต่อเมื่อเป็นการกระทำที่กระทบต่อผลประโยชน์ของรัฐในการดำรงไว้ซึ่งระบบ

<sup>๑๗</sup> Erich Göhler, *supra* note 1, Einl. Rn. 5.

<sup>๑๘</sup> Bundestag Drucksache I/2100 S. 14.

<sup>๑๙</sup> Bundestag Drucksache V/1296 S. 22.

เศรษฐกิจโดยรวมหรือในแต่ละภาคส่วน โดยเป็นการกระทำที่มีขอบเขตหรือผลกระทบที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ระบบเศรษฐกิจของประเทศ หรือเป็นการกระทำที่แสดงทัศนคติที่ไม่เคารพต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมหรือในแต่ละภาคส่วน สำหรับการกระทำที่ไม่มีลักษณะตามเกณฑ์ดังกล่าวก็จะถือว่าเป็นเพียงความผิดต่อกฎระเบียบเท่านั้น ทั้งนี้ เกณฑ์ดังกล่าวเป็นเกณฑ์ที่คิดค้นและเรียบเรียงโดย Eberhardt Schmidt บทพื้นฐานความคิดและทฤษฎีของ James Goldschmidt

กฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ ได้กลายมาเป็นแม่แบบให้แก่กฎหมายอีกหลายฉบับในเวลาต่อมาในการกำหนดมาตรการสำหรับความผิดที่ไม่ร้ายแรง โดยกฎหมายเหล่านั้นได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ทางสารบัญญัติและวิธีบัญญัติตามกฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ มาใช้กับความผิดต่อกฎระเบียบตามกฎหมายอื่น ๆ ด้วยโดยอนุโลม กฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ จึงเปรียบเสมือนเป็น “กฎหมายกลาง” สำหรับการพิจารณาความผิดต่อกฎระเบียบในประเทศเยอรมนีสมัยนั้น<sup>๒๐</sup>

## ๒.๕ กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๕๒

กฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ มีกำหนดสิ้นผลใช้บังคับในปี ค.ศ. ๑๙๕๑ จึงมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายกลางสำหรับการพิจารณาความผิดต่อกฎระเบียบที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ขึ้นมาแทนที่ ประกอบกับในสมัยนั้นนักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นพ้องว่าไม่ควรจำกัดหลักกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบอยู่เฉพาะในเรื่องความผิดทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่ควรขยายขอบเขตให้ครอบคลุมทุกเรื่อง<sup>๒๑</sup> ในปี ค.ศ. ๑๙๕๒ จึงได้มีการประกาศใช้ “กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๕๒” (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) โดยการนำกฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ มาปรับปรุงเนื้อหาสาระให้สามารถใช้ได้กับความผิดในทุกเรื่อง ไม่เฉพาะความผิดทางเศรษฐกิจเท่านั้น เพื่อให้เป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการพิจารณาความผิดต่อกฎระเบียบที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ และเพื่อรองรับการเปลี่ยนความผิดอาญาในกฎหมายฉบับต่าง ๆ มาเป็นความผิดต่อกฎระเบียบในอนาคต<sup>๒๒</sup>

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๕๒ มีเนื้อหาประกอบด้วย ๒ ส่วน ได้แก่

ส่วนที่ ๑ บททั่วไป – เป็นบทบัญญัติสารบัญญัติ มีทั้งที่บัญญัติเองเป็นการเฉพาะและที่กำหนดให้นำบทบัญญัติบางเรื่องในบททั่วไปแห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม

<sup>๒๐</sup> Wolfgang Mitsch, *supra* note 3, § 4 II.

<sup>๒๑</sup> Bundestag Drucksache V/1296 S. 23.

<sup>๒๒</sup> Bundestag Drucksache I/2100 S. 15.

ส่วนที่ ๒ วิธีพิจารณา - เป็นบทบัญญัติวิธีสบัญญัติ กำหนดวิธีการพิจารณาความผิดต่ออภฺรระเบียบในชั้นเจ้าหน้าที่ ชั้นอัยการ ชั้นศาล การบังคับคำสั่งปรับ และความสัมพันธ์กับคดีอาญา โดยยึดตามแนวทางของกฎหมายความผิดอาญาทางเศรษฐกิจ ค.ศ. ๑๙๔๙ โดยเฉพาะมีการแยกระหว่างการพิจารณาความผิดต่ออภฺรระเบียบกับการพิจารณาความผิดอาญาออกจากกันโดยเด็ดขาด ไม่มีการพิจารณาร่วมกัน ไม่มีการเปลี่ยนแปลงประเภทคดี เช่น ในกรณีศาลในคดีอาญาสั่งไม่รับพิจารณาคดีเพราะเห็นว่าการกระทำตามฟ้องไม่ใช่ความผิดอาญาแต่เป็นเพียงความผิดต่ออภฺรระเบียบ ศาลก็ไม่อาจสั่งปรับในฐานะความผิดต่ออภฺรระเบียบได้ แต่จะต้องสั่งไม่รับพิจารณาหรือยกฟ้องในคดีอาญา แล้วอัยการก็จะส่งเรื่องไปยังฝ่ายปกครองเพื่อให้ริเริ่มกระบวนการใหม่ตามกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภฺรระเบียบ

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภฺรระเบียบ ค.ศ. ๑๙๕๒ ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดฐานความผิดไว้เป็นการเฉพาะ แต่เป็นกฎหมายกลางที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติที่กำหนดองค์ประกอบความผิดในกฎหมายต่าง ๆ

หลังจากมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภฺรระเบียบในปี ค.ศ. ๑๙๕๒ แล้ว ก็ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติความผิดอาญาที่เป็นลหุโทษและความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวในกฎหมายต่าง ๆ เพิ่มเติมอีกเลย และพบว่าความผิดอาญาลหุโทษในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ก็ทยอยถูกยกเลิกหรือเปลี่ยนมาเป็นความผิดต่ออภฺรระเบียบ<sup>๒๓</sup> ในขณะที่เดียวกันก็มีการกำหนดความผิดต่ออภฺรระเบียบในกฎหมายต่าง ๆ เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว โดยในระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๕๒ ถึง ๑๙๖๗ ได้มีการกำหนดความผิดต่ออภฺรระเบียบในกฎหมายจำนวนมากกว่าหนึ่งร้อยฉบับ ส่วนใหญ่เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงในระดับเดียวกับความผิดลหุโทษ ซึ่งมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนกฎระเบียบในทางปกครองโดยแท้ เช่น การฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับการแจ้งตามกฎหมายว่าด้วยทะเบียนราษฎร แต่ในบางครั้งก็รวมถึงความผิดที่โดยลักษณะแล้วจะกำหนดให้เป็นความผิดอาญาสถานเบา (Vergehen) ก็ได้ โดยเฉพาะการกระทำที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย (Gefährdung) แต่ยังไม่ถึงขั้นก่อให้เกิดความเสียหายจริง (Verletzung)<sup>๒๔</sup>

โดยสรุปแล้ว ในยุคแรกของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภฺรระเบียบสามารถแบ่งประเภทของการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดต่ออภฺรระเบียบออกเป็น ๒ กลุ่ม ได้แก่

(๑) การกระทำที่ไม่มีความชั่วร้ายในตัว มีความเป็นกลางในทางศีลธรรมจรรยา (moralisch neutral) เป็นเพียงการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามสิ่งที่รัฐกำหนด

<sup>๒๓</sup> Erich Göhler, *supra* note 1, Einleitung Rn. 10; Wolfgang Mitsch, *supra* note 3, S. 26.

<sup>๒๔</sup> Bundestag Drucksache V/1296 S. 23.

(๒) การกระทำความผิดที่มีระดับความชั่วร้าย (Unrechtsgehalt) ต่ำมากจนไม่สมควรใช้กฎหมายอาญา<sup>๒๕</sup>

### ๒.๖ กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

ต่อมาในปี ค.ศ. ๑๙๖๘ ได้มีการประกาศใช้ “กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘” ซึ่งเป็นการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบหลังจากที่ได้ใช้บังคับมาเป็นระยะเวลา ๑๖ ปี โดยได้ปรับปรุงเนื้อหาทั้งในส่วนสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติเพื่อแก้ไขปัญหาและข้อบกพร่องที่พบเจอในระหว่างการบังคับใช้กฎหมายฉบับปี ๑๙๕๒ และเพื่อรองรับการขยายขอบเขตความผิดต่อกฎระเบียบไปในกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะกฎหมายการจราจรทางปกครองซึ่งมีปริมาณการกระทำความผิดจำนวนมาก (Massendelikt) จึงต้องมีกระบวนการพิจารณาที่กระชับ ไม่ซับซ้อน และสามารถเชื่อมโยงหรือเปลี่ยนรูปไปเป็นคดีอาญาได้โดยไม่ยุ่งยากและไม่เสียเวลา<sup>๒๖</sup> ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายปี ๑๙๕๒ ตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่า ความผิดอาญาและความผิดต่อกฎระเบียบเป็นความผิดคนละประเภทและมีลักษณะที่แตกต่างกัน (wesensmäßiger Unterschied) ผู้ร่างกฎหมายจึงได้ออกแบบให้กระบวนการพิจารณาความผิดทั้งสองประเภทแยกจากกันโดยเด็ดขาด ไม่สามารถรวมการพิจารณาหรือเปลี่ยนกระบวนการพิจารณาจากประเภทหนึ่งไปเป็นอีกประเภทหนึ่งได้ ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่าบ่อยครั้งมีการกระทำที่มีลักษณะคาบเกี่ยวหรือก้ำกึ่งระหว่างความผิดอาญาและความผิดต่อกฎระเบียบ และบางครั้งในเหตุการณ์หนึ่งก็อาจมีความผิดทั้งสองประเภทเกิดขึ้นได้ เช่นเดียวกับกรณีความผิดเกี่ยวพันกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Zusammenhangstat) แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้ความพยายามอย่างมากในการเขียนองค์ประกอบความผิดของความผิดทั้งสองประเภทให้มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนเพื่อไม่ให้เกิดความทับซ้อนกันแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็ยังคงสามารถเกิดกรณีความเกี่ยวพัน ความก้ำกึ่ง หรือความคาบเกี่ยวระหว่างความผิดทั้งสองประเภทนี้ได้ ดังนั้น การแยกกระบวนการพิจารณาความผิดทั้งสองประเภทออกจากกันโดยเด็ดขาดจึงอาจนำไปสู่ผลการวินิจฉัยในเรื่องเดียวกันหรือเหตุการณ์เดียวกันที่ขัดแย้งกัน และยังเป็นภาระสิ้นเปลืองงบประมาณภาครัฐในการพิจารณาเรื่องเดียวกันซ้ำซ้อนกันหลายรอบโดยหลายหน่วยงานอีกด้วย เช่น กรณีในเหตุการณ์หนึ่งมีผู้ร่วมกระทำความผิดหลายคน บางคนทำเพียงความผิดต่อกฎระเบียบ บางคนทำความผิดอาญา กรณีนี้จะไม่สามารถพิจารณาคดีร่วมกันได้ทั้งที่มีข้อเท็จจริงอยู่ในเหตุการณ์เดียวกัน หรือกรณีการขับรถชนแล้วหนี ก็จะต้องแยกการพิจารณาเนื่องจากการขับรถชนเป็นความผิดอาญา แต่การหนีออกจากที่เกิดเหตุเป็นเพียงความผิดต่อ

<sup>๒๕</sup> Ibid.

<sup>๒๖</sup> Bundestag Drucksache V/1296 S. 23 f.

กฎระเบียบตามกฎหมายการจราจรทางบก เป็นต้น<sup>๒๗</sup> กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ จึงได้กำหนดให้สามารถพิจารณาตีความผิดต่อกฎระเบียบร่วมกับคดีอาญาได้ และสามารถเปลี่ยนประเภทคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องกลับไปเริ่มกระบวนการใหม่ตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ เพื่อลดขั้นตอนให้มีความง่ายและรวดเร็ว<sup>๒๘</sup> อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองสิทธิและอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน เพื่อให้ไม่ต้องถูกดำเนินคดีหลายรอบโดยหลายหน่วยงาน<sup>๒๙</sup>

นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ ก็ได้ยกเลิก “ความผิดผสม” (ความผิดที่อาจเป็นได้ทั้งความผิดอาญาหรือความผิดต่อกฎระเบียบ ขึ้นอยู่กับผลกระทบของการกระทำความผิด ซึ่งผู้ใช้กฎหมายจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณี – Mischtatbestand) มีผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนตั้งแต่แรกว่าการกระทำใดเป็นความผิดอาญาและการกระทำใดเป็นความผิดต่อกฎระเบียบ ไม่ปล่อยให้เป็นการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่หรือศาลซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมาย แต่ควรต้องเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดให้เกิดความชัดเจนตั้งแต่แรก ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย (Bestimmtheitsgrundsatz)<sup>๓๐</sup> อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่การกระทำมีลักษณะคาบเกี่ยวหรือก้ำกึ่งระหว่างความผิดอาญากับความผิดต่อกฎระเบียบ แทนที่จะกำหนดให้เป็นความผิดผสมแล้วให้ผู้ใช้กฎหมายไปพิจารณาข้อเท็จจริงรายกรณี กฎหมายหลายฉบับก็เลือกที่จะกำหนดองค์ประกอบความผิดให้ชัดเจน โดยกำหนดให้ความผิดต่อกฎระเบียบเป็นฐานความผิดเริ่มต้น (Grundtatbestand) และกำหนดพฤติการณ์พิเศษ (Erschwerungsmerkmal) ที่จะทำให้การกระทำนั้นกลายเป็นความผิดอาญา<sup>๓๑</sup>

สำหรับเนื้อหาอื่น ๆ ในส่วนสารบัญญัตินั้นได้มีการปรับปรุงให้อ่านง่ายขึ้นและสะดวกต่อการใช้และทำความเข้าใจ เพื่อให้เหมาะกับผู้ใช้กฎหมายส่วนใหญ่ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ไม่ใช่ศาล อัยการ หรือตำรวจ และอาจไม่ได้จบกฎหมายมาโดยตรง เช่น

- การบัญญัติหลักกฎหมายสารบัญญัติไว้ในกฎหมายนี้เป็นการเฉพาะ โดยไม่นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาใช้โดยอนุโลม (ต่างจากกฎหมายปี ๑๙๕๒) แม้หลักการส่วนใหญ่จะตรงกับหลักกฎหมายอาญาก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายอ่านง่ายขึ้นและป้องกันปัญหาการตีความอันเกิดจากการนำกฎหมายอื่นมาใช้โดยอนุโลม<sup>๓๒</sup>

<sup>๒๗</sup> Bundestag Drucksache V/1296 S. 24; Erich Göhler, *supra* note 1, Einleitung Rn. 12.

<sup>๒๘</sup> Wolfgang Mitsch, *supra* note 3, S. 26.

<sup>๒๙</sup> Bundestag Drucksache V/1269 S. 37.

<sup>๓๐</sup> Bundestag Drucksache V/1269 S. 27 f.

<sup>๓๑</sup> Bundestag Drucksache V/1269 S. 28.

<sup>๓๒</sup> *Ibid.*

- การไม่นำหลักการแยกระหว่างตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุนตามกฎหมายอาญามาใช้ แต่เรียกบุคคลเหล่านี้ด้วยคำคำเดียวว่า “ผู้ร่วมกระทำความผิด” (Beteiligte) และไม่ได้กำหนดไว้ตายตัวว่าตัวการ ผู้ใช้ และผู้สนับสนุน จะต้องถูกสั่งปรับเป็นสัดส่วนเท่าใดของกันและกัน ซึ่งแตกต่างจากหลักกฎหมายอาญา ทั้งนี้ เพื่อลดความยุ่งยากของการใช้กฎหมาย<sup>๓๓</sup> ทำให้เจ้าหน้าที่สามารถสั่งปรับได้โดยไม่ต้องชี้ชัดว่าบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นมีสถานะเป็นอะไร โดยผู้ร่วมกระทำความผิดแต่ละคนจะได้รับโทษที่แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับบทบาทและสัดส่วนของการมีส่วนร่วมในความผิดนั้น ซึ่งเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี

ในการตรากฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภุชเวร ค.ศ. ๑๙๖๘ ได้มีการเสนอร่างกฎหมายอีกฉบับหนึ่งควบคู่กันไปด้วย คือ กฎหมายให้ใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภุชเวร ลงวันที่ ๒๔ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๖๘ (Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. Mai 1968) ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายคลุม (Mantelgesetz) มีสาระสำคัญเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับอื่น ๆ ให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภุชเวร ค.ศ. ๑๙๖๘ โดยเฉพาะการเปลี่ยนความผิดอาญาโทษในกฎหมายการจราจรทางบกให้เป็นความผิดต่ออภุชเวร (มาตรา ๓ ข้อ ๖) ซึ่งเป็นหนึ่งในมาตรการลดจำนวนความผิดอาญา (Entkriminalisierung) โดยเฉพาะในเรื่องที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก

## ๒.๗ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภุชเวรหลังปี ๑๙๖๘

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภุชเวร ค.ศ. ๑๙๖๘ เป็นกฎหมายที่ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน แม้จะผ่านการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วหลายครั้ง แต่ก็ยังเป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมในหลักการปลีกย่อย ไม่เคยกระทบหลักการสำคัญของกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นว่า กฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภุชเวร ค.ศ. ๑๙๖๘ เป็นกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและยังคงได้รับการยอมรับโดยทั่วไป<sup>๓๔</sup>

อย่างไรก็ดี หากจะกล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งสำคัญ อาจกล่าวได้ว่ามี ๓ ครั้งด้วยกัน ได้แก่

(๑) การแก้ไขเพิ่มเติมในปี ๑๙๗๔ - เป็นปีแห่งการปฏิรูปกฎหมายอาญาครั้งสำคัญ จึงต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออภุชเวรเพื่อให้มีหลักการที่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาฉบับใหม่ โดยประเด็นหนึ่งของการปฏิรูปกฎหมายอาญาในครั้งนั้น คือ การยกเลิกบรรดาความผิดที่ไม่ร้ายแรงทั้งหมดที่ยังคงหลงเหลือเป็นความผิดอาญาทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและในกฎหมายระดับสหพันธ์ทุกฉบับ อันได้แก่ ความผิดอาญาโทษและ

<sup>๓๓</sup> Christoph Coen, in Jürgen Graf, Beck'scher Online-Kommentar, OWiG, 25. Edition, Stand: 01.01.2020, § 14 Rn. 2 ff.

<sup>๓๔</sup> Erich Göhler, *supra note* 1, Einleitung Rn. 13.

ความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือมีโทษจำคุกต่ำกว่า ๖ เดือน โดยส่วนใหญ่ถูกเปลี่ยนมาเป็นความผิดต่อกฎระเบียบ บางส่วนถูกยกเลิก และบางส่วนถูกเปลี่ยนเป็นความผิดอาญาที่มีโทษจำคุกมากกว่า ๖ เดือน ทั้งนี้ ความผิดอาญาโทษในประมวลกฎหมายอาญาที่เปลี่ยนมาเป็นความผิดต่อกฎระเบียบได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ โดยกำหนดเพิ่มเติมเป็นบทบัญญัติ “ส่วนที่ ๓ ความผิดฐานต่าง ๆ”<sup>๓๕</sup> จึงอาจกล่าวได้ว่า กระบวนการแยกความผิดที่ไม่ร้ายแรงออกจากระบบกฎหมายอาญาซึ่งได้ริเริ่มมาก่อนหน้านั้นเป็นเวลายาวนาน ได้เสร็จสิ้นโดยสมบูรณ์ในปี ๑๙๗๔

(๒) การแก้ไขเพิ่มเติมในปี ๑๙๘๖ - เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกระบวนการพิจารณาให้มีความง่ายและกระชับมากยิ่งขึ้น เช่น ขยายขอบเขตการตัดเตือนโดยเจ้าหน้าที่ ปรับปรุงการขอบเขตและวิธีการพิจารณาคำโต้แย้งในชั้นเจ้าหน้าที่ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จำกัดสิทธิในการอุทธรณ์คำพิพากษาในกรณีที่ไม่มีการออกนั่งพิจารณาคดี ผ่อนปรนหลักเกณฑ์เรื่องการรับฟังพยานหลักฐานในชั้นศาล และจำกัดสิทธิในการขออนุญาตอุทธรณ์คำพิพากษาในกรณีที่คำปรับมีจำนวนเล็กน้อย เป็นต้น

(๓) การแก้ไขเพิ่มเติมในปี ๑๙๙๘ - มีวัตถุประสงค์เพื่อลดภาระของศาล โดยกำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคัดสินในเนื้อหาสาระได้ตั้งแต่ในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง หากเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงชัดเจนไม่ซับซ้อน และกำหนดผลของการที่ผู้ต้องหาไม่เข้าร่วมการพิจารณาคดีในชั้นศาลโดยปราศจากเหตุอันควร โดยกำหนดให้ศาลสั่งจำคุกคดีเพราะถือว่าผู้ต้องหาละทิ้งการโต้แย้งคำสั่งของฝ่ายปกครอง อันมีผลให้คำสั่งปรับของฝ่ายปกครองเป็นที่สุดในทันที นอกจากนี้ยังมีการเพิ่มเพดานค่าปรับเป็น ๒ เท่าจากที่กำหนดไว้ในปี ๑๙๖๘ เพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะเศรษฐกิจ

### ๓. ภาพรวมของกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ เป็นกฎหมายกลางที่ใช้กับบรรดาความผิดต่อกฎระเบียบทั้งปวงที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องชำระค่าปรับ (Geldbuße) โดยมีทั้งบทบัญญัติสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ รวมทั้งกำหนดฐานความผิดสำหรับการกระทำบางประเภทที่ไม่เหมาะที่จะนำไปบัญญัติไว้ในกฎหมายอื่น ๆ แต่ทั้งนี้ ความผิดต่อกฎระเบียบส่วนใหญ่จะถูกบัญญัติในกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ ซึ่งจะระบุอย่างชัดเจนว่าการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ เป็นเพียงความผิดต่อกฎระเบียบหรือเป็นความผิดอาญา โดยการเลือกใช้ถ้อยคำให้สอดคล้องกับความผิดแต่ละประเภท กล่าวคือ ใช้คำว่า “ค่าปรับ” (Geldbuße) ในกรณีที่ประสงค์ให้เป็นเพียงความผิดต่อกฎระเบียบ และใช้คำว่า “โทษปรับ” (Geldstrafe) ในกรณีที่ประสงค์ให้เป็นความผิดอาญา แต่ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าการกระทำใดบ้างสมควรกำหนดให้เป็นความผิดต่อกฎระเบียบและการ

<sup>๓๕</sup> Ibid, Einl. Rn. 11.

กระทำใดบ้างสมควรกำหนดให้เป็นความผิดอาญา จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการพิจารณาความเหมาะสมให้สอดคล้องกับบริบทของกฎหมายแต่ละฉบับ

นอกจากนี้ ในกฎหมายเฉพาะยังต้องระบุให้ชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใดมีอำนาจพิจารณาและกำหนดค่าปรับ ตลอดจนกำหนดวิธีพิจารณาหรือหลักเกณฑ์ในบางเรื่องที่ประสงค์จะให้แตกต่างจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายกลาง

ในการพิจารณาร่างกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ผู้ร่างได้นำประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาเป็นต้นแบบ โดยได้มีการปรับให้สอดคล้องกับลักษณะของความผิดต่อกฎระเบียบ ดังนี้

(๑) ลดอำนาจการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ ให้สอดคล้องกับความเล็กน้อยของการกระทำ (ความผิดไม่ร้ายแรง)

(๒) ลดขั้นตอนและความยุ่งยากในกระบวนการพิจารณา ให้สอดคล้องกับความเล็กน้อยของโทษ (มีเพียงค่าปรับ ไม่มีโทษจำคุก)

(๓) เขียนกฎหมายให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจและการใช้งาน เนื่องจากผู้ใช้กฎหมายในชั้นแรกไม่ใช่อัยการหรือผู้พิพากษา แต่เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นข้าราชการท้องถิ่นซึ่งไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายเท่ากับอัยการและผู้พิพากษา<sup>๓๖</sup>

กฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ มีสาระสำคัญครอบคลุมเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

### ส่วนที่ ๑ บททั่วไป

บทบัญญัติในส่วนที่ ๑ เป็นส่วนที่วางหลักกฎหมายสารบัญญัติเพื่อใช้ในการพิจารณาความผิดต่อกฎระเบียบทุกประเภท โดยยกร่างตามแนวทางของบทบัญญัติในภาค ๑ บทบัญญัติทั่วไป แห่งประมวลกฎหมายอาญา ยกเว้นบทบัญญัติในบางเรื่องที่ไม่สามารถนำหลักกฎหมายอาญามาใช้ได้ ทั้งนี้ ในกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๕๒ ได้เคยกำหนดให้นำบทบัญญัติในบางเรื่องแห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้โดยอนุโลม และบัญญัติเฉพาะในส่วนที่ประสงค์ให้แตกต่างจากกฎหมายอาญา แต่ในกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๖๘ ผู้ร่างได้บัญญัติหลักกฎหมายสารบัญญัติสำหรับความผิดต่อกฎระเบียบไว้เป็นการเฉพาะ โดยไม่ได้กำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญามาใช้โดยอนุโลมเลย ทั้งนี้ เพื่อความสะดวกแก่ผู้ใช้กฎหมายและเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการตีความอันอาจเกิดจากการอนุโลมใช้กฎหมายสารบัญญัติ ตลอดจนเพื่อทำให้ผู้ร่างได้มีโอกาสทบทวนความเหมาะสมของบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาแต่ละมาตราก่อนจะนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ<sup>๓๗</sup>

<sup>๓๖</sup> Bundestag Drucksache V/1269 S. 28, 31f.

<sup>๓๗</sup> Ibid, S. 26, 28.

บทบัญญัติในส่วนที่ ๑ ประกอบด้วยสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(๑) ขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมาย (บทนิยาม, หลักไม่มีกฎหมายไม่มีโทษ, เว้นเวลา, ขอบเขตการบังคับในเชิงพื้นที่)

(๒) หลักการทั่วไปของความรับผิดชอบ (เจตนา, ประมาท, การงดเว้น, ความไม่รู้, การสำคัญผิด, ความรับผิดชอบของนิติบุคคล, ความสามารถในการรับผิดชอบ, ป้องกัน, จำเป็น, พยายาม, ผู้มีส่วนในการกระทำความผิด )

(๓) การกำหนดค่าปรับ (เกณฑ์การกำหนดจำนวนค่าปรับ, การขยายระยะเวลาชำระค่าปรับ, การผ่อนชำระ)

(๔) การกระทำความผิดหลายบทหรือหลายกระทง

(๕) การริบทรัพย์สิน

(๖) ค่าปรับสำหรับนิติบุคคล

(๗) อายุความ

## ส่วนที่ ๒ กระบวนการพิจารณา

บทบัญญัติในส่วนที่ ๒ เป็นส่วนที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาความผิดต่ออฎฐระเบียบ โดยมีวิธีการเขียนที่แตกต่างจากส่วนที่ ๑ ตรงที่ไม่ได้บัญญัติวิธีการพิจารณาสำหรับความผิดต่ออฎฐระเบียบไว้โดยเฉพาะ แต่กำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้โดยอนุโลม และบัญญัติเฉพาะเรื่องที่ไม่มีในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและเรื่องที่ประสงค์ให้แตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากในกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออฎฐระเบียบ ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๕๒ นั้นเคยใช้วิธีบัญญัติวิธีการพิจารณาความผิดต่ออฎฐระเบียบไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีได้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ส่งผลให้ในทางปฏิบัติพบว่า มีหลายกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนว่าเจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติอย่างไร เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาเป็นเรื่องของขั้นตอนการปฏิบัติที่มีความละเอียดซับซ้อนและสามารถเกิดประเด็นคำถามได้ในทุกขั้นตอน ในขณะที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติครอบคลุมกระบวนการพิจารณาในแต่ละขั้นตอนโดยละเอียด ผู้ร่างกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออฎฐระเบียบ ฉบับปี ค.ศ. ๑๙๖๘ จึงบัญญัติมาตราที่มีลักษณะเป็นบทกวาดกำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้โดยอนุโลม เว้นแต่กฎหมายนี้จะกำหนดเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ เพื่ออุดช่องว่างที่อาจเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออฎฐระเบียบ<sup>๓๘</sup>

บทบัญญัติในส่วนที่ ๒ ประกอบด้วยสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(๑) อำนาจในการสอบสวนและการออกคำสั่งปรับ

(๒) บทบัญญัติทั่วไปของกระบวนการพิจารณา

<sup>๓๘</sup> Ibid, S. 31.

- (๓) การพิจารณาในชั้นหน่วยงานทางปกครองและอัยการ
- (๔) คำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง
- (๕) การโต้แย้งคำสั่งปรับและวิธีพิจารณาในชั้นศาล
- (๖) ความสัมพันธ์ระหว่างคดีอาญากับคดีความผิดทางปกครอง
- (๗) ผลของคำสั่งและคำพิพากษาของศาล และการขอให้พิจารณาใหม่
- (๘) การบังคับตามคำสั่งปรับ
- (๙) ค่าธรรมเนียม

### ส่วนที่ ๓ ความผิดฐานต่าง ๆ

การปฏิรูปกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. ๑๙๗๔ มีผลเป็นการยกเลิกความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญา โดยส่วนหนึ่งได้เปลี่ยนมาเป็นความผิดต่ออวัยวะเปียบและนำมาบัญญัติไว้ในส่วนที่ ๓ แห่งกฎหมายว่าด้วยความผิดต่ออวัยวะเปียบ ค.ศ. ๑๙๖๘ เช่น

- ส่งเสียงดังอื้ออึงในที่สาธารณะโดยไม่มีเหตุอันควร
- ไม่ยอมบอกหรือแกล้งบอกชื่อหรือที่อยู่อันเป็นเท็จเมื่อเจ้าพนักงานถามชื่อหรือ

ที่อยู่เพื่อปฏิบัติการตามกฎหมาย

- ก่อให้เกิดความไม่สงบวุ่นวายในที่สาธารณะ
- ปล่อยปละละเลยให้สัตว์ร้ายเที่ยวไปโดยลำพัง

### ๔. ภาพรวมของกระบวนการพิจารณาความผิดต่ออวัยวะเปียบ

๑) หน่วยงานทางปกครองดำเนินการสอบสวนและออกคำสั่งปรับ

๒) หากผู้ต้องหาไม่โต้แย้งคำสั่งปรับภายใน ๒ สัปดาห์ เจ้าหน้าที่มีอำนาจบังคับให้เป็นไปตามคำสั่ง โดยนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองมาใช้โดยอนุโลม

๓) หากผู้ต้องหาโต้แย้งคำสั่ง เจ้าหน้าที่จะพิจารณาทบทวนคำสั่งอีกครั้งหนึ่ง

๔) ถ้าเจ้าหน้าที่เห็นด้วยกับคำโต้แย้งก็จะเพิกถอนคำสั่ง แต่ถ้าไม่เห็นด้วยก็จะส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการ

๕) ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่ามีการกระทำความผิดจริงก็จะยื่นฟ้องต่อศาลแขวงเป็นคดีความผิดต่ออวัยวะเปียบ

๖) ผู้ต้องหาสามารถอุทธรณ์คำพิพากษาศาลได้เพียงครั้งเดียว คดีสิ้นสุดที่ศาลอุทธรณ์

ตารางเปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาความผิดต่อฎระเบียบในประเทศเยอรมนี  
กับกระบวนการพิจารณาคดีอาญาในประเทศไทย

ความผิดต่อฎระเบียบ	คดีอาญา (ความผิดที่เปรียบเทียบได้)	คดีอาญา (ปกติ)
เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง ดำเนินการสอบสวน	เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง แสวงหาข้อเท็จจริง	เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง แสวงหาข้อเท็จจริง
เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง <b>ออกคำสั่งปรับ</b>	ฝ่ายปกครอง <b>เปรียบเทียบโทษอาญา</b> หรือ <b>กล่าวโทษ</b> ต่อพนักงานสอบสวน เพื่อให้เปรียบเทียบโทษอาญา	เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง <b>กล่าวโทษ</b> ต่อพนักงานสอบสวน เพื่อให้ริเริ่มกระบวนการสอบสวน
ผู้ต้องหา <b>โต้แย้งคำสั่งปรับ</b>	ผู้ต้องหา <b>ไม่ชำระเงิน</b> ตามที่ได้มีการเปรียบเทียบ ให้ดำเนินคดีต่อไป	-
เจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง ยืนยันคำสั่งและ <b>ส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการ</b>	พนักงานสอบสวน <b>ส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการ</b>	พนักงานสอบสวน <b>ส่งสำนวนไปยังพนักงานอัยการ</b>
พนักงานอัยการพิจารณาสำนวนและยื่น <b>ฟ้องต่อศาล</b> เป็นคดีความผิดต่อฎระเบียบ	พนักงานอัยการพิจารณาสำนวนและยื่น <b>ฟ้องต่อศาล</b> เป็นคดีอาญา	พนักงานอัยการพิจารณาสำนวนและยื่น <b>ฟ้องต่อศาล</b> เป็นคดีอาญา
ศาลชั้นต้นพิจารณาคดีและ <b>พิพากษาสั่งปรับ</b>	ศาลชั้นต้นพิจารณาคดีและ <b>พิพากษาลงโทษอาญา</b>	ศาลชั้นต้นพิจารณาคดีและ <b>พิพากษาลงโทษอาญา</b>
ผู้ต้องหา ยื่น <b>อุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้น</b>	จำเลย ยื่น <b>อุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้น</b>	จำเลย ยื่น <b>อุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้น</b>
<b>ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษา</b> ในคดีความผิดต่อฎระเบียบ	ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาในคดีอาญา	ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาในคดีอาญา
คดีถึงที่สุด	จำเลย ยื่น <b>ฎีกา</b> คำพิพากษาศาลอุทธรณ์	จำเลย ยื่น <b>ฎีกา</b> คำพิพากษาศาลอุทธรณ์
	ศาลฎีกามีคำพิพากษาในคดีอาญา	ศาลฎีกามีคำพิพากษาในคดีอาญา
	คดีถึงที่สุด	คดีถึงที่สุด

สำหรับเนื้อหาในตอนต่อไปจะได้นำเสนอหลักการสำคัญของกฎหมายว่าด้วย  
ความผิดต่อกฎระเบียบ และความสัมพันธ์ระหว่างคดีความผิดต่อกฎระเบียบกับคดีอาญา  
ตามกลไกที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยความผิดต่อกฎระเบียบ ค.ศ. ๑๙๖๘



## ปัญหาการแข่งขันทางการค้าไม่เป็นธรรมในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์ม\*

อรพิม ประสงค์\*\*

ในปัจจุบันการประกอบธุรกิจบนดิจิทัลแพลตฟอร์มเป็นวิธีการที่แพร่หลาย และมีรูปแบบที่หลากหลาย โดยดิจิทัลแพลตฟอร์มจะทำหน้าที่เป็นตัวกลางเพื่อเชื่อมโยงบุคคล สองกลุ่มหรือมากกว่านั้นเข้าด้วยกัน ยกตัวอย่างเช่น Facebook ที่ทำหน้าที่เชื่อมโยงกลุ่มเพื่อน ผู้มีความสนใจในเรื่องเดียวกัน หรือผู้ซื้อและผู้ขายเข้าด้วยกัน Apple App Store ที่ทำหน้าที่เชื่อมโยงระหว่างผู้ใช้บริการแอปพลิเคชันและผู้พัฒนาซึ่งนำแอปพลิเคชันออกวางจำหน่าย หรือ Amazon ที่ทำหน้าที่เป็น Marketplace หรือตลาดสินค้าและบริการที่เชื่อมโยงผู้บริโภค เข้ากับผู้ขายสินค้าและผู้ให้บริการ เพื่อให้บุคคลต่าง ๆ ดังกล่าวเข้ามาซื้อขายสินค้าและบริการบน ดิจิทัลแพลตฟอร์ม รวมทั้งยังเป็นช่องทางให้ผู้ค้าโฆษณาสินค้าและบริการของตน ให้แก่ผู้บริโภคได้อีกด้วย

การเติบโตและความสำเร็จของดิจิทัลแพลตฟอร์มขึ้นอยู่กับสิ่งที่เรียกว่า Network Effect ซึ่งสามารถจำแนกออกเป็น ๒ ประเภท คือ

(๑) Direct Network Effect หรือ “ผลกระทบเครือข่ายทางตรง” ซึ่งหมายความว่า ยิ่งมีผู้ใช้งานดิจิทัลแพลตฟอร์มมากขึ้นเท่าใด มูลค่าของดิจิทัลแพลตฟอร์มก็จะยิ่งสูงขึ้น มากเท่านั้น ทั้งนี้ ตัวอย่างที่มักถูกยกขึ้นมาอธิบาย คือ กรณีของโทรศัพท์มือถือ เนื่องจาก หากมีโทรศัพท์เพียงเครื่องเดียวก็จะมีประโยชน์อะไร แต่หากการใช้โทรศัพท์มือถือนั้นได้รับความนิยมนและมีผู้ใช้งานจำนวนมาก มูลค่าของโทรศัพท์มือถือก็จะเพิ่มขึ้นทันที เพราะเป็นอุปกรณ์ที่สามารถเชื่อมโยงและใช้พูดคุยกับคนจำนวนมากได้ และ

(๒) Indirect Network Effect หรือ “ผลกระทบเครือข่ายทางอ้อม” ซึ่งหมายความว่า มูลค่าของแพลตฟอร์มด้านหนึ่งจะมากขึ้นจากการที่มีผู้ใช้แพลตฟอร์มจากอีกด้านหนึ่งมากขึ้น ซึ่งหมายความว่า การที่จำนวนผู้ใช้งานดิจิทัลแพลตฟอร์มเพิ่มมากขึ้นจะช่วยดึงดูดให้ผู้ค้า นักการตลาด และนักโฆษณา เข้ามาใช้และลงทุนบนแพลตฟอร์มมากขึ้น เนื่องจากแพลตฟอร์มนั้น สามารถช่วยให้เข้าถึงลูกค้าจำนวนมากได้

แนวคิดของการทำธุรกิจดิจิทัลแพลตฟอร์มให้ประสบความสำเร็จจึงมุ่งเน้นไปที่การ ขยายฐานของผู้ใช้งานให้ได้มากที่สุด มากกว่ามุ่งเน้นการทำกำไรระยะสั้น ดิจิทัลแพลตฟอร์ม

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและ บรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายวิจัยและพัฒนากฎหมาย กองพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (มีนาคม ๒๕๖๔), Docteur en droit (Université de Bordeaux, สาธารณรัฐฝรั่งเศส) สาขากฎหมายสิทธิมนุษยชน

ส่วนใหญ่จึงมักให้ผู้ใช้งานที่เป็นผู้บริโภครักษาการใช้งานได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย เพราะว่าเมื่อผู้ใช้งานมีจำนวนมากแล้ว ผู้ประกอบการดิจิทัลแพลตฟอร์มก็สามารถเรียกเก็บค่าใช้จ่าย ค่าตอบแทน หรือผลประโยชน์อื่น ๆ จากผู้ค้า นักการตลาด และนักโฆษณาได้

อย่างไรก็ดี หนึ่งในปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินธุรกิจในรูปแบบของดิจิทัลแพลตฟอร์ม คือ ผู้ประกอบการรายใหญ่ซึ่งมีอำนาจต่อรองสูงมักเป็นผู้กุมอำนาจตลาด และมีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า ในบทความนี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายสภาพปัญหาในการประกอบธุรกิจบนดิจิทัลแพลตฟอร์ม กฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศ แนวทางของต่างประเทศในการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหา และกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทย รวมทั้งข้อเสนอแนะในการแก้ปัญหา ตามลำดับ

### ๑. สภาพปัญหาในการประกอบธุรกิจบนดิจิทัลแพลตฟอร์ม

นักวิชาการมักกล่าวว่าดิจิทัลแพลตฟอร์มทำหน้าที่เป็น “ทางผ่านของการเชื่อมต่อทางอินเทอร์เน็ต” (gateway) หรือประตูที่เป็นตัวกลางทำหน้าที่เชื่อมต่อผู้ซื้อและผู้ขายเข้าด้วยกัน ซึ่งประตูเชื่อมต่อที่ว่านี้อาจมีลักษณะที่แตกต่างกัน เช่น (๑) web browser ที่อยู่บนคอมพิวเตอร์ แท็บเล็ต หรือโทรศัพท์มือถือ ซึ่งเชื่อมต่อระหว่างผู้ใช้กับโลกออนไลน์ (๒) บริการ E-commerce ซึ่งเชื่อมต่อระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายสินค้าและบริการ (๓) App stores ซึ่งเชื่อมต่อระหว่างผู้ใช้งานแอปพลิเคชันและผู้พัฒนาแอปพลิเคชัน และ (๔) Search engines เช่น Google search ซึ่งเป็น “เครื่องมือที่จำเป็นต้องใช้” ในการหาข้อมูล สินค้า หรือบริการ และโดยที่ปัจจุบันเราอยู่ในยุคที่มีข้อมูลบนอินเทอร์เน็ตจำนวนมากศาล ซึ่งทำให้ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตต้องใช้เวลาอย่างมากในการค้นหาสิ่งที่ต้องการ ดังนั้น การจัดลำดับ (ranking) และการแสดงผลการค้นหาจึงมีความสำคัญยิ่งที่จะทำให้ข้อมูล สินค้า หรือบริการไปถึงมือผู้ทำการค้นหาได้

ดิจิทัลแพลตฟอร์มจึงมักถูกพูดถึงในลักษณะที่เป็น “ผู้เฝ้าประตู” (gatekeeper) หรือผู้ที่ทำหน้าที่ช่วยกั้นกรองข้อมูลก่อนจะส่งผ่านข้อมูลดังกล่าวให้แก่ผู้ที่ค้นหาข้อมูลนั้น มากกว่าการทำหน้าที่เป็นผู้เชื่อมต่อ (gateway) เพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ การกั้นกรองข้อมูลโดยดิจิทัลแพลตฟอร์มนั้นเป็นฟังก์ชันหลักที่มีความสำคัญและอาจเรียกได้ว่าเป็นจุดขายของดิจิทัลแพลตฟอร์มแต่ละแห่ง เนื่องจากดิจิทัลแพลตฟอร์มที่ประสบความสำเร็จคือแพลตฟอร์มที่สามารถช่วยเหลือผู้บริโภคให้ได้รับข้อมูลหรือเข้าถึงสินค้าและบริการที่ตนต้องการได้อย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ ดิจิทัลแพลตฟอร์มบางแห่ง โดยเฉพาะแพลตฟอร์มขนาดใหญ่ที่มีผู้ใช้งานจำนวนมากซึ่งมีอำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่า มักมีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้าอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการรายอื่น

พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมทางการค้าดังกล่าวอาจแบ่งได้เป็น ๓ ประเภท คือ (๑) พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันระหว่างผู้ค้า ซึ่งเข้ามาใช้บริการดิจิทัลแพลตฟอร์มในการขายสินค้าหรือบริการ (ต่อจากนี้ขอเรียกว่า third-party sellers) (๒) การที่ผู้ประกอบการแพลตฟอร์ม ซึ่งมีร้านค้าอยู่บนแพลตฟอร์มนั้นด้วย

มีพฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันระหว่างร้านค้าของตนและร้านค้าของ third-party sellers และ (๓) การซื้อกิจการและการลอกเลียนแบบนวัตกรรมของบริษัทคู่แข่ง

### ๑.๑ พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันระหว่าง third-party sellers

โดยที่การกั้นกรองและนำเสนอข้อมูลให้เหมาะสมกับสิ่งที่ผู้ใช้งานค้นหา เพื่อให้สามารถเข้าถึงสินค้าและบริการได้โดยเร็ว นั้น เป็นฟังก์ชันหลักของดิจิทัลแพลตฟอร์ม จึงเป็นไปได้ และไม่มีประโยชน์ที่ระบบจะนำเสนอข้อมูลของสินค้าและบริการ ในลักษณะที่เท่าเทียมกันทุกประการ (non-discriminatory way) ดังนั้น ดิจิทัลแพลตฟอร์ม จึงต้องกั้นกรองข้อมูล และโดยหลักการจะต้องนำเสนอข้อมูลในรูปแบบที่สมเหตุสมผล และเป็นกลาง (objectively justifiable manner) เช่น การนำเสนอรายการสินค้าและบริการ โดยเรียงลำดับตามคุณภาพและความต้องการของผู้ใช้งานเพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อผู้ใช้งานมากที่สุด ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบการดิจิทัลแพลตฟอร์มมีข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งาน เช่น ความชอบและประเภทของสินค้าที่เคยซื้อผ่านทางแพลตฟอร์ม ก็อาจนำข้อมูลนั้นไปใช้ประกอบการกั้นกรองและนำเสนอข้อมูลต่อผู้ใช้งานได้

เมื่อดิจิทัลแพลตฟอร์มทำหน้าที่เป็น “ตัวกลาง” หรือ “เจ้าบ้าน” การตัดสินใจแสดงผลการค้นหาสินค้าตามลำดับใดนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่จะการันตีความสำเร็จของผู้ค้าบนแพลตฟอร์มทั้งสิ้น เนื่องจากผู้ใช้งานมักเชื่อการแสดงผลบนแพลตฟอร์ม และมักเลือกซื้อสินค้าที่ได้รับการแสดงผลในลำดับต้น ๆ เสมอ ดังนั้น การให้ความสำคัญแก่ผู้ค้าบางราย โดยการทำให้สินค้าในร้านค้าของผู้ค้านั้นโดดเด่นขึ้น ก็จะทำให้ผู้ค้ารายนั้นประสบความสำเร็จในการขายสินค้ามากกว่าผู้ค้ารายอื่น ประกอบกับรายได้ส่วนหนึ่งของดิจิทัลแพลตฟอร์มมาจากการเรียกเก็บค่าตอบแทนจาก third-party sellers ที่มาประกอบธุรกิจบนแพลตฟอร์ม ในปัจจุบันจึงพบว่าผู้ประกอบการแพลตฟอร์มมักมีระบบที่เรียกว่า paid prominence (หรือ paid prioritization หรือ sponsored prominence) ที่เป็นการเสนอให้ third-party sellers จ่ายค่าตอบแทนให้กับแพลตฟอร์ม เพื่อแลกกับการที่ระบบจะทำให้สินค้าของผู้ค้ารายนั้นโดดเด่นกว่าสินค้าของผู้อื่น หรือแสดงสินค้านั้นบ่อยกว่าสินค้าอื่นเมื่อผู้ใช้งานทำการค้นหาสินค้า โดยในการแสดงรายการสินค้านั้น ดิจิทัลแพลตฟอร์มมักใช้วิธีการแสดงสินค้าที่มีลักษณะตรงกับสิ่งที่ผู้บริโภคต้องการซื้อจริง ๆ (organic search results) ควบคู่ไปกับการแสดงสินค้าที่มีการจ่ายค่าสปอนเซอร์ (sponsored search results) เป็นลำดับแรก กรณีจึงเห็นได้ว่า การแสดงผลสินค้าเช่นนี้ไม่ได้เป็นไปโดยคำนึงถึงประโยชน์ของลูกค้าเป็นสำคัญเพียงอย่างเดียว แต่ยังคงคำนึงถึงความสำเร็จทางด้านตลาดของผู้ค้าอีกด้วย

ระบบ paid prominence จึงทำให้ผู้ค้ามีความจำเป็นต้องจ่ายเงินแก่ผู้ประกอบการดิจิทัลแพลตฟอร์มเพื่อให้ร้านค้าของตนโดดเด่นขึ้น อันเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้ค้า ทั้งนี้ นักวิชาการส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ระบบนี้จะยิ่งส่งเสริมผู้ค้ารายใหญ่ที่มี

กำลังทรัพย์มาก ทำให้ผู้ค้ารายย่อยไม่สามารถแข่งขันกับผู้ค้ารายใหญ่ได้เลย<sup>๑</sup> นอกจากนี้ ระบบดังกล่าวยังอาจส่งผลกระทบต่อราคาสินค้า เนื่องจากผู้ค้าซึ่งจ่ายค่าตอบแทนให้กับแพลตฟอร์มจะสามารถทำยอดขายได้มากกว่าผู้ค้าที่ไม่ได้จ่ายค่าตอบแทน แต่ในเมื่อผู้ค้านั้นต้องจ่ายค่าตอบแทนเพื่อทำให้สินค้าของตนโดดเด่น จึงย่อมต้องกำหนดราคาสินค้าให้แพงขึ้น (โดยทั้งนี้อาจแพงกว่าราคาสินค้าของผู้ค้ารายอื่น แต่โดยพฤติกรรมแล้วผู้บริโภคมักเลือกสินค้านั้นอยู่ดีเนื่องจากผลการค้นหาอยู่ในลำดับที่ดีกว่า) และหากผู้ค้าสามารถทำกำไรได้มากจากการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่แพลตฟอร์ม ก็จะทำให้ผู้ค้าหลายรายแข่งขันกันเพื่อแย่งชิงตำแหน่งที่ดีที่สุดในการแสดงผลการค้นหาสินค้า และยังทำให้แพลตฟอร์มมีรายได้จากระบบ paid prominence มากขึ้นไปอีก สุดท้ายแล้ว ผู้ค้าที่เป็น third-parties ทั้งหมดอาจตกอยู่ในสถานการณ์ที่เรียกว่า prisoner's dilemma situation ที่ผู้ค้าทุกคนอยู่ในสถานะที่ต้องลงทุนกับ paid prominence แต่กลับได้กำไรน้อยกว่าในกรณีที่ไม่ได้จ่ายเลย กรณีจึงเห็นได้ว่า ในสถานการณ์นี้ผู้บริโภคอาจต้องซื้อสินค้าในราคาแพงขึ้น ในขณะที่เดียวกันผู้ค้าก็ได้กำไรน้อยลง มีเพียงผู้ประกอบการดิจิทัลแพลตฟอร์มเท่านั้นที่ได้กำไรมากที่สุด และในระยะยาวระบบนี้อาจทำให้ผู้ค้ารายใหญ่ซึ่งทำกำไรได้มากกลายเป็นผู้ผูกขาดสินค้านั้นแต่เพียงผู้เดียว เนื่องจากผู้ค้ารายย่อยและผู้ค้ารายใหม่ไม่มีทุนทรัพย์และแรงจูงใจในการแข่งขันกับผู้ค้ารายใหญ่ ซึ่งจะเป็นผลเสียต่อผู้บริโภคเนื่องจากสินค้าในตลาดไม่มีความหลากหลาย

### ๑.๒ พฤติกรรมที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันระหว่างร้านค้าของเจ้าของดิจิทัลแพลตฟอร์มและร้านค้าของ third-party sellers

ในกรณีที่ดิจิทัลแพลตฟอร์มไม่ได้ทำหน้าที่เป็นเพียง “ตัวกลาง” หรือ “เจ้าบ้าน” เท่านั้น แต่ยังคงมาแข่งขันกับผู้ค้ารายอื่นในฐานะผู้ค้าด้วยตัวเอง (vertical integration) โดยมีร้านค้าหรือมีสินค้าที่วางขายอยู่บนแพลตฟอร์มด้วย นั้น ทำให้เกิดข้อห่วงกังวลว่า ผู้ประกอบการดิจิทัลแพลตฟอร์มอาจใช้อำนาจในฐานะที่เป็นทั้งตัวกลางและผู้ค้าดำเนินการในลักษณะที่เป็นการแข่งขันอย่างไม่เป็นธรรมและกีดกันทางการค้าด้วยวิธีการ ดังต่อไปนี้

(๑) การนำเสนอข้อมูลโดยแสดงสินค้าของตนให้โดดเด่นกว่าสินค้าของผู้ค้ารายอื่น ด้วยการจัดแสดงสินค้าของตนขึ้นมาเป็นลำดับต้น ๆ ดังเช่นกรณีของ Google ในคดี *Google Shopping* ที่คณะกรรมการการยุโรป (European Commission) ตัดสินว่า ในการค้นหาสินค้าผ่าน search engine ของ Google นั้น ไม่ว่าจะเปรียบเทียบราคาอย่างไร “By Google”

<sup>๑</sup>อย่างไรก็ดี นักวิชาการบางส่วนเห็นว่า ระบบนี้เป็นวิธีการที่จะทำให้ผู้ค้ารายย่อยดึงความสนใจจากผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ใช้งานแพลตฟอร์มได้มากกว่าการที่ไม่ทำอะไรเลย ; ดู Jan Krämer and Daniel Schnurr, “Is there a need for platform neutrality regulation in the EU?”, (2018), Telecommunications Policy (June 2018), <[https://www.researchgate.net/publication/325954857\\_Is\\_there\\_a\\_need\\_for\\_platform\\_neutrality\\_regulation\\_in\\_the\\_EU](https://www.researchgate.net/publication/325954857_Is_there_a_need_for_platform_neutrality_regulation_in_the_EU)>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

(ซึ่งเป็นบริการค้นหาสินค้าของ Google) ก็จะขึ้นแสดงผลมาเป็นอันดับแรกเสมอ ในกรณีนี้ Google จึงใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

(๒) การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ใช้งานและข้อมูลสาธารณะที่เกิดขึ้นจากการทำกิจกรรมการซื้อขายบนแพลตฟอร์มเพื่อประโยชน์ของตน เช่น การใช้ข้อมูลเพื่อเลือกขายสินค้าที่มีความนิยมสูง หรือกำหนดราคาสินค้าให้มีราคาสูงกว่าสินค้าของผู้ค้ารายอื่น ดังเช่นกรณีของ Amazon ที่ถูกกล่าวหาว่านำข้อมูลของ third-party sellers บนอีคอมเมิร์ซมาใช้ภายในและสร้างประโยชน์ให้กับร้านค้าของตนเอง รวมถึงใช้กลยุทธ์การตัดราคาร้านค้าอิสระบนแพลตฟอร์ม

(๓) การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมต่อ third-party sellers ดังเช่นกรณีของการวางขายแอปพลิเคชันฟังเพลง Spotify ผ่านทาง App Store ของ Apple ที่ผู้พัฒนาแอปพลิเคชันร้องเรียนว่า เงื่อนไขที่ถูกกำหนดขึ้นโดย Apple ในการใช้งาน App store ในการวางขายสินค้า (แอปพลิเคชัน) นั้น ทำให้ Apple มีข้อได้เปรียบทางธุรกิจอย่างไม่เป็นธรรม (unfair advantage) เนื่องจากเมื่อผู้ใช้งานแอปพลิเคชันจ่ายเงินในแอปพลิเคชัน (เช่น ค่าสมาชิกรายเดือน) Spotify จะต้องทำการจ่ายเงินผ่านระบบของ Apple เท่านั้น ซึ่งระบบดังกล่าวบังคับให้หักค่าคอมมิชชั่นร้อยละ ๓๐ ในขณะที่แอปพลิเคชันสำหรับฟังเพลงของ Apple เอง (Apple Music) ที่กำหนดค่าสมาชิกไว้เท่ากัน กรณีที่มีผู้สมัครสมาชิก Apple จะได้กำไรมากกว่า Spotify เนื่องจากไม่ต้องจ่ายค่าคอมมิชชั่น

(๔) ผู้ค้าบางรายร้องเรียนว่า ผู้ประกอบการดิจิทัลแพลตฟอร์มมีพฤติกรรมที่เป็นการกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการรายอื่นเข้ามาประกอบธุรกิจบนแพลตฟอร์มของตน โดยใช้วิธีการ เช่น การระงับการแสดงผลสินค้าบางชนิดหรือระงับบัญชีผู้ใช้ของผู้ค้า โดยไม่มีการแจ้งล่วงหน้า และไม่มีช่องทางให้ผู้ค้าสามารถร้องเรียนได้ ซึ่งโดยหลักการแล้ว การกีดกันผู้ค้ารายอื่นออกไปเพื่อทำให้เหลือผู้ค้าที่จะมาแข่งขันกับร้านค้าของแพลตฟอร์มน้อยลงนั้น เรียกว่า *competition effect* อย่างไรก็ดี การใช้เทคนิคนี้บนดิจิทัลแพลตฟอร์มอาจไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อตัวแพลตฟอร์มเอง เนื่องจากผู้บริโภคมักเลือกใช้บริการแพลตฟอร์มเนื่องจากมีสินค้าที่หลากหลาย แพลตฟอร์มจึงมักใช้เทคนิคที่เรียกว่า *complementarity effect* หรือการไม่กีดกันผู้ค้ารายอื่นออกไปเสียทีเดียว แต่ทำให้สินค้าของตนโดดเด่นกว่าสินค้าของผู้ค้ารายอื่น ซึ่งทำให้มีข้อกังวลว่า ตลาดที่เคยเป็นตลาดเปิด (open market) สำหรับผู้ค้าทุกรายจะกลายเป็นตลาดปิดที่มีแต่สินค้าของเจ้าของแพลตฟอร์มที่ขายได้และผู้ค้ารายอื่นจะกลายเป็นเพียงตัวประกอบเท่านั้น

นอกจากนี้ ยังพบว่าผู้ประกอบการแพลตฟอร์มมีพฤติกรรมอื่น ๆ ที่เป็นการจำกัดยอดขายโดยรวมของ third-party sellers เช่น การกำหนดนโยบายบังคับให้ร้านค้าต้องเลือกวางขายสินค้าบนแพลตฟอร์มของตน แบบ Exclusive Store เพียงช่องทางเดียวเท่านั้น โดยห้ามวางขายบนแพลตฟอร์มอื่นอย่างสิ้นเชิง

### ๑.๓ การซื้อกิจการและการลอกเลียนแบบนวัตกรรมของบริษัทคู่แข่ง

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าในปัจจุบัน ไม่ว่าจะในประเทศไทยหรือในต่างประเทศ ได้มีการกำหนดบทบัญญัติให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตามในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจนั้นต้องการรวมธุรกิจอันอาจก่อให้เกิดการลดการแข่งขันอย่างมีนัยสำคัญในตลาดใดตลาดหนึ่งหรืออาจก่อให้เกิดการผูกขาด รวมถึงกำหนดให้มีการกำกับดูแลและตรวจสอบก่อนการรวมธุรกิจดังกล่าว ซึ่งมาตรการเกี่ยวกับการรวมธุรกิจนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการผูกขาดหรือการทำให้ผู้ประกอบธุรกิจรายหนึ่งมีอำนาจเหนือตลาด “ในตลาดที่เกี่ยวข้องในสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกัน” อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวอาจไม่สามารถนำมาใช้ได้ ในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์ม เนื่องจากกฎหมายยังไม่ครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจซื้อกิจการที่ไม่ได้อยู่ในตลาดที่เกี่ยวข้องในสินค้าหรือบริการชนิดเดียวกัน แต่การซื้อกิจการดังกล่าวกลับทำให้เกิดการผูกขาดหรือทำให้ผู้ประกอบกิจการนั้นมีอำนาจเหนือตลาดอย่างมีนัยสำคัญ

กรณีการซื้อกิจการที่มักถูกยกขึ้นเป็นตัวอย่างคือกรณีที่ Facebook ซื้อ Instagram ด้วยมูลค่าหนึ่งพันล้านเหรียญสหรัฐ ซึ่งนักวิจารณ์บางส่วนมองว่าเป็นราคาที่สูงเกินไป เนื่องจากในขณะนั้น Instagram ยังไม่สามารถทำอะไรได้เลย อย่างไรก็ตาม การซื้อกิจการดังกล่าวทำให้ Facebook มีบริการที่หลากหลายมากขึ้นในเวลาเดียวกัน (multiple products) และเชื่อมต่อบริการเข้าด้วยกันได้ รวมทั้งได้รับจำนวนผู้ใช้งานเพิ่มขึ้นด้วย ซึ่งเป็นปัจจัยที่สร้างการเติบโตให้กับ Facebook ได้อย่างมหาศาล ทั้งนี้ การซื้อกิจการดังกล่าวเป็นการทำลายคู่แข่งในอนาคต เนื่องจากแม้ว่า Instagram ไม่ได้เป็นบริการชนิดเดียวกับ Facebook เสียทีเดียว แต่ก็มีความเกี่ยวข้องกันอยู่ไม่น้อย เช่น Instagram ให้บริการแชร์รูปภาพและมีความเป็น social network คือ ผู้ใช้สามารถติดตามและคอมเมนต์โต้ตอบกับผู้ใช้ในเครือข่ายของตนได้ เช่นเดียวกับ Facebook จึงเกิดคำถามว่าการซื้อกิจการดังกล่าวถือเป็นการรวมธุรกิจหรือไม่<sup>๒</sup>

ด้วยลักษณะของการใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในสหรัฐอเมริกา ที่มุ่งเน้นการค้าเสรีเพื่อให้เกิดการพัฒนาทางนวัตกรรม ทำให้ Facebook ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (FCT) ให้ซื้อ Instagram ได้ในปี ค.ศ. ๒๐๑๒ อย่างไรก็ตาม แนวคิดที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้ในปัจจุบันคณะกรรมการดังกล่าวกลับเข้ามาตรวจสอบและยื่นฟ้อง Facebook ในข้อหาผูกขาดตลาด และทำให้ Facebook อาจต้องถูกบังคับให้ขายกิจการ Instagram

ประเด็นปัญหาอีกปัญหาหนึ่งคือการลอกเลียนแบบนวัตกรรมของบริษัทคู่แข่ง ซึ่งมีตัวอย่างกรณีที่ Facebook ที่พยายามเสนอซื้อกิจการ Snapchat ซึ่งเป็นบริการแชร์ประสบการณ์ของตัวเองแบบ Real-Time และฟังก์ชัน Stories ซึ่งเป็นการแชร์ประสบการณ์ที่

<sup>๒</sup> John M. Newman, “Antitrust in Digital Markets”, Bluebook 21<sup>st</sup> ed., 72 VAND. L. REV. 1497 (2019).

จะหายไปในเวลา ๒๔ ชั่วโมง ในกรณีดังกล่าว เมื่อ Facebook เห็นว่า Snapchat อาจเป็นคู่แข่งในอนาคตจึงได้เสนอซื้อกิจการด้วยราคา ๓ พันล้านเหรียญสหรัฐ ในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ แต่เมื่อ Snapchat ปฏิเสธข้อเสนอ Facebook จึงพยายามคัดลอกฟังก์ชันต่าง ๆ ของ Snapchat เข้ามาใส่ไว้ใน Facebook Instagram และ WhatsApp ซึ่งตนเป็นเจ้าของแทน รวมทั้งมีพฤติกรรมกีดกันทางการค้าอื่น ๆ เช่น การห้ามไม่ให้ influencers บน Instagram พูดถึง Snapchat หรือกีดกันไม่ให้การแสดงผลการค้นหาที่เกี่ยวข้องกับ Snapchat เป็นต้น โดยปัจจุบันกรณีดังกล่าวอยู่ระหว่างการตรวจสอบของ FCT

## ๒. กฎหมายและการใช้บังคับกฎหมายในต่างประเทศ

เพื่อให้เข้าใจการใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์ม ผู้เขียนขอยกตัวอย่างของกฎหมายและการดำเนินคดีกับผู้ประกอบการแพลตฟอร์มใน ๒ กรณี คือ ในสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้า ซึ่งมีที่มา หลักการ และแนวคิดที่แตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

### ๒.๑ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป

#### (๑) กฎหมาย

สหภาพยุโรปเป็นสหภาพทางเศรษฐกิจและการเมืองที่ก่อตั้งขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายให้มีการพัฒนาตลาดเดี่ยวภายใน ผ่านระบบกฎหมายที่เป็นมาตรฐานใช้บังคับในประเทศสมาชิกทุกประเทศ โดยมุ่งเน้นการประกันการเคลื่อนย้ายบุคคล สินค้า บริการ และเงินทุน ภายในตลาดนั้นอย่างเสรี ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้สะท้อนออกมาในกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป รวมถึงการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวด้วย

สหภาพยุโรปได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าไว้ในสนธิสัญญาเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของสหภาพยุโรป<sup>๓</sup> (Treaty on the Functioning of the European Union-TFEU) โดย Article ๑๐๑ กำหนดห้ามไม่ให้เกิดการทำสัญญาที่เป็นกีดกันทางการค้า (anticompetitive agreements) และ Article ๑๐๒ กำหนดห้ามผู้ประกอบการซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดใช้อำนาจนั้นอย่างไม่เป็นธรรมและเป็นผลให้คู่แข่งไม่สามารถแข่งขันในตลาดได้ (abuse of dominant position) ใน ๔ กรณี คือ (๑) กำหนดราคาซื้อหรือขายที่ไม่เป็นธรรมโดยตรงหรือโดยอ้อมหรือเงื่อนไขการค้าที่ไม่เป็นธรรมอื่น ๆ (๒) จำกัดการผลิต ตลาด หรือการพัฒนาทางเทคนิค อันเป็นผลเสียต่อผู้บริโภค (๓) ใช้เงื่อนไขที่แตกต่างกันในการทำธุรกรรมระหว่างคู่ค้าและทำให้เสียเปรียบในการแข่งขัน และ (๔) กำหนดภาวะผูกพันในสัญญา

<sup>๓</sup>กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป”, <<https://uat-api.dtn.go.th/files/v3/5cff75511ac9ee073b7bd8eb/download>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

เพิ่มเติมโดยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเนื้อหาหลักในสัญญา นอกจากนี้ สนธิสัญญาฯ ยังได้กำหนด บทบัญญัติอื่น ๆ เพื่อกำกับดูแลการใช้อำนาจทางเศรษฐกิจทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชนด้วย

ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นของตนเอง โดยมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาฯ รวมทั้งมีหน่วยงานผู้รับผิดชอบเรื่องการแข่งขัน (National Competition Authorities) ซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย โดยประสานงานใกล้ชิดกับคณะกรรมการการยุโรป (European Commission) ซึ่งเป็นผู้บังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวรวมทั้งกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. ๒๐๐๔ สหภาพยุโรปได้จัดตั้ง European Competition Network (ECN) เพื่อประสานความร่วมมืออย่างใกล้ชิดระหว่างคณะกรรมการการยุโรปและหน่วยงานผู้รับผิดชอบของประเทศสมาชิก เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี ตั้งแต่การประสานงานเรื่องหลักฐานข้อมูลต่าง ๆ การเวียนความเห็นและสรุปคดี รวมทั้งการดำเนินการในกรณีที่มีข้อพิพาท

ในการบังคับใช้กฎหมาย คณะกรรมการการยุโรปมีอำนาจอย่างกว้างขวาง ทั้งอำนาจในการริเริ่มคดี ตรวจสอบและไต่สวน และออกคำตัดสิน โดยคำตัดสินของ คณะกรรมการการยุโรปสามารถนำไปอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice) นอกจากนี้ ในบางกรณีคณะกรรมการการยุโรปยังสามารถริเริ่มการเข้าตรวจสอบกลุ่มกิจการต้องสงสัยได้อีกด้วย ทั้งนี้ กฎหมายได้ให้อำนาจหน่วยงานผู้รับผิดชอบเรื่องการแข่งขันของประเทศสมาชิก สามารถบังคับใช้กฎหมายนี้ได้เช่นเดียวกัน และกำหนดให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปหรือ บุคคลธรรมดาที่มีส่วนได้เสียสามารถเสนอไปยังคณะกรรมการให้มีคำวินิจฉัยว่าการกระทำที่เกิดขึ้นเป็นการละเมิดต่อกฎหมายหรือไม่อีกด้วย อนึ่ง ในส่วนของขอบเขตของกฎหมายนั้น ธุรกิจทุกสาขาในสหภาพยุโรป รวมถึงวิสาหกิจของรัฐ (State owned entities) ซึ่งประกอบธุรกิจใน ตลาด ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าทั้งหมด โดยใช้การตีความ ผลกระทบทางการค้าโดยกว้างเพื่อให้ครอบคลุมทั้งสินค้าและบริการ

## (๒) การใช้บังคับในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์ม

การใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป เป็นไปอย่างเข้มงวด ซึ่งเป็นผลมาจากนโยบายของสหภาพยุโรปที่ต้องการให้มีการเคลื่อนย้าย บุคคล สินค้า บริการ และเงินทุน ภายในตลาดอย่างเสรี จึงทำให้การใช้บังคับกฎหมายมุ่งเน้น การคุ้มครองการเข้าสู่ตลาดของบริษัทที่เป็นคู่แข่ง และควบคุมไม่ให้มีการใช้อำนาจเหนือตลาดจน เป็นอุปสรรคต่อบริษัทอื่นในการเข้าสู่ตลาดและสามารถแข่งขันอย่างเป็นธรรมได้ แนวทางการบังคับใช้กฎหมายนี้ทำให้มีการตรวจสอบและดำเนินคดีหลายกรณีในบริบทของดิจิทัล แพลตฟอร์ม ดังต่อไปนี้

### (๒.๑) กรณี Google shopping

คณะกรรมการการยุโรป (หลังจากที่พิจารณาคดีถึง ๗ ปี) ตัดสินว่า Google ใช้อำนาจเหนือตลาดในทางที่ไม่ชอบ ในกรณีของการค้นหาข้อมูลจาก search engine ของ Google โดยเห็นว่า เมื่อมีการค้นหาสินค้าผ่าน Google Shopping อัลกอริทึม

ที่ Google ออกแบบไว้จะดึงข้อมูลราคาจากร้านค้าต่าง ๆ หรือเว็บไซต์ที่ทำหน้าที่เปรียบเทียบราคาขึ้นมาแสดงผล แต่สิ่งที่จะเกิดขึ้นจากการค้นหาทุกครั้ง คือ ไม่ว่าจะเปรียบเทียบราคาอย่างไร “By Google” (ซึ่งเป็นบริการค้นหาสินค้าของ Google) ก็ จะ ขึ้น แสดงผลเป็นอันดับแรกเสมอ ซึ่งในทางพฤติกรรมของผู้บริโภคมักปรากฏว่าผู้บริโภคจะเลือกเข้าไปใช้บริการสิ่งที่เห็นเป็นอันดับแรก คณะกรรมาธิการยุโรปจึงมีความเห็นว่าการกระทำของ Google ไม่ชอบด้วยกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหภาพยุโรป เนื่องจากการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย (Abuse of dominant position) ซึ่งขัดกับ Article ๑๐๒ ของสนธิสัญญาฯ ในคำตัดสินนี้ คณะกรรมาธิการยุโรปมีคำสั่งปรับ Google เป็นจำนวนเงิน ๒.๔๒ พันล้านยูโร รวมทั้งสั่งให้ Google ต้องแสดงผลการค้นหาข้อมูลและบริการโดยไม่เลือกปฏิบัติ

#### (๒.๒) กรณี Google Android

คณะกรรมาธิการยุโรปตัดสินว่า Google ทำผิดข้อกำหนดเรื่องการผูกขาดทางการค้าในตลาดโทรศัพท์มือถือ จากการที่ Google กำหนดเงื่อนไขต่อผู้ผลิตสมาร์ตโฟนระบบปฏิบัติการ Android ให้ต้องลงแอปพลิเคชัน Google Search และ browser Chrome ในโทรศัพท์มือถือใหม่ทุกเครื่องก่อน จึงจะได้สิทธิบัตรในการเข้าถึง Google App Store รวมทั้งจ่ายเงินให้ผู้ผลิตสมาร์ตโฟนรายใหญ่และผู้ให้บริการเครือข่ายของโทรศัพท์ เพื่อให้มีการติดตั้งแอปพลิเคชัน Google Search ในโทรศัพท์มือถือ ในคำตัดสินนี้ คณะกรรมาธิการยุโรปมีคำสั่งปรับ Google เป็นจำนวนเงิน ๔.๓ พันล้านยูโร รวมทั้งสั่งให้ Google ปรับเปลี่ยนและหยุดการกระทำตามข้อกล่าวหาดังกล่าวภายใน ๙๐ วัน มิเช่นนั้นจะคิดค่าปรับรายวันสูงสุดร้อยละ ๕ ของรายได้เฉลี่ยต่อวันของบริษัทแม่

#### (๒.๓) กรณี Google AdSense

คณะกรรมาธิการยุโรปตัดสินว่า Google ทำผิดข้อกำหนดเรื่องการผูกขาดทางการค้า จากการที่ Google ใช้อำนาจที่มีอยู่เหนือตลาดนำข้อจำกัดที่มีอยู่ในสัญญาของผู้ติดตั้งโฆษณา Google AdSense ทำให้คู่แข่งของ Google ไม่สามารถแสดงโฆษณาบนเว็บไซต์ต่างๆ ที่ติดตั้ง Google AdSense for Search ได้ จึงไม่เป็นธรรมต่อคู่แข่งในตลาดโฆษณาออนไลน์ ในคำตัดสินนี้ คณะกรรมาธิการยุโรปมีคำสั่งปรับ Google เป็นจำนวนเงิน ๑.๔ พันล้านยูโร โดยต่อมา Google ได้ชี้แจงว่าบริษัทเห็นด้วยถึงความสำคัญของการค้าอย่างยุติธรรม และจะปรับระบบให้ชาวยุโรปเห็นโฆษณาของคู่แข่งมากขึ้น

(๒.๔) ในปัจจุบันคณะกรรมาธิการยุโรปอยู่ระหว่างการสอบสวนกรณีการแข่งขันทางการค้าอีกหลายกรณี เช่น

กรณี Apple ในข้อกล่าวหาว่าผูกขาดทางการค้า กรณีการให้บริการบนแพลตฟอร์ม App Store ที่มีการตั้งเงื่อนไขที่ไม่เป็นธรรม เช่น การคิดค่าธรรมเนียมที่สูงมากและการกำหนดเงื่อนไขในการจ่ายเงิน โดยให้จ่ายผ่านบริการของ Apple ที่มีการหักค่าบริการเท่านั้น และส่งผลให้ผู้พัฒนาแอปพลิเคชันรายอื่น (กรณีที่มีการสืบสวนเป็น

แอปพลิเคชันฟังเพลง Spotify และผู้ให้บริการ e-commerce Rakuten) ไม่สามารถแข่งขันกับแอปพลิเคชันจาก Apple ได้

กรณี Amazon ในฐานะผูกขาดทางการค้าบนแพลตฟอร์ม e-commerce และเอาเปรียบผู้ค้ารายอื่น รวมทั้งนำข้อมูลธุรกิจที่ไม่เป็นสาธารณะที่ได้รับจากการซื้อขายผ่านแพลตฟอร์มมาสร้างประโยชน์ให้ตนเอง

### (๓) การดำเนินการในปัจจุบัน

สหภาพยุโรปอยู่ระหว่างการเสนอร่างกฎหมายใหม่ จำนวน ๒ ฉบับ เพื่อควบคุมการให้บริการของตลาดดิจิทัลและป้องกันการผูกขาดการค้าและบริการออนไลน์ และสร้างความเชื่อมั่นว่า ผู้ใช้งาน ลูกค้า และนักธุรกิจ มีสิทธิเข้าถึงผลิตภัณฑ์และบริการทางออนไลน์ที่ปลอดภัยเป็นวงกว้าง ดังนี้

(๓.๑) ร่างกฎหมายการให้บริการดิจิทัล (Digital Services Act (DSA)) มีสาระสำคัญเป็นการควบคุมให้แพลตฟอร์มออนไลน์ปลอดภัยสำหรับผู้ใช้งาน โดยวิธีการ (๑) เพิ่มความปลอดภัยให้แก่ผู้ใช้ โดยการกำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อผู้ใช้งานมากขึ้น เช่น ต้องมีการตรวจสอบเพื่อยืนยันตัวตนของผู้ขายออนไลน์ และต้องมีเครื่องมือในการตรวจสอบและลบข้อมูลที่ไม่เหมาะสมหรือข้อมูลที่มีการบิดเบือนความจริงออกทันที โดยผู้ให้บริการต้องให้เหตุผลในการลบข้อมูลนั้นออกแก่ผู้ใช้งานด้วย (๒) เพิ่มความโปร่งใสในการทำงานของแพลตฟอร์ม โดยผู้ให้บริการต้องอธิบายอัลกอริทึมของแพลตฟอร์ม เพื่อแจ้งผู้ใช้งานที่มาที่ไปของผลการค้นหาออนไลน์ และ (๓) เพิ่มความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎระเบียบมากขึ้น

(๓.๒) ร่างกฎหมายด้านการตลาดดิจิทัล (Digital Market Act (DMA)) มีหน้าที่ ควบคุมบริษัทออนไลน์ยักษ์ใหญ่ (Gatekeepers) ในตลาดออนไลน์ของสหภาพยุโรป เพื่อป้องกันการผูกขาดบริการออนไลน์และส่งเสริมการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยเฉพาะการสนับสนุนให้บริษัท Start-up มีโอกาสแข่งขันในตลาดออนไลน์ โดยสหภาพยุโรปได้เสนอเกณฑ์ในการกำหนด Gatekeeper อาทิ รายได้และขนาดของบริษัท รวมทั้งจำนวนผู้ใช้งาน (แพลตฟอร์มออนไลน์ที่มีผู้ใช้งานทั่วไปต่อเดือนกว่า ๔๕ ล้านราย หรือมีผู้ใช้งานทางธุรกิจต่อปี ๑๐,๐๐๐ รายใน EU) โดยแพลตฟอร์มที่เข้าข่ายเป็น Gatekeeper มีหน้าที่ต้องปฏิบัติ เช่น (๑) ห้ามนำข้อมูลการใช้บริการของผู้ใช้แพลตฟอร์มไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เพื่อแข่งขันกับบริษัทคู่แข่ง เว้นแต่จะอนุญาตให้บริษัทอื่น ๆ เข้าถึงข้อมูลด้วย (๒) เพิ่มความสามารถในการทำงานร่วมกันของแพลตฟอร์มต่าง ๆ (interoperability) โดยบริษัทจะต้องพัฒนาบริการที่รองรับการใช้งานบนอุปกรณ์หรือแพลตฟอร์มชนิดอื่น ๆ ด้วย และ (๓) ต้องมีความเป็นธรรมในการแสดงตัวเลือกจากบริษัทคู่แข่งบนแพลตฟอร์มของตนเอง เพื่อให้ผู้ใช้สามารถเลือกผู้ให้บริการตามความพอใจไม่ใช่จากการบิดเบือนผลการค้นหา โดยสหภาพยุโรปจะมีมาตรการในการปรับเงินบริษัทที่ละเมิดกฎหมายสูงสุดร้อยละ ๑๐ ของรายได้จากทั่วโลกของบริษัทนั้น และกำหนดมาตรการลงโทษอื่นเพิ่มเติม ในกรณีที่มีการกระทำความผิดซ้ำ

## ๒.๒ กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา

### (๑) กฎหมาย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาในระดับสหพันธรัฐ ประกอบด้วย กฎหมาย ๓ ฉบับ คือ (๑) The Sherman Act ที่ประกาศใช้ในปี ค.ศ. ๑๘๙๐ และถือเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายนี้กำหนดบทบัญญัติไว้โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการตีความกฎหมายให้สามารถใช้ครอบคลุมถึงพฤติกรรมหรือการกระทำอันเป็นการผูกขาดทางการค้ารูปแบบใหม่ในอนาคตได้ และเปิดโอกาสให้ศาลสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดสำหรับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีได้อย่างกว้างขวาง (๒) The Federal Trade Commission Act ที่ประกาศใช้ในปี ค.ศ. ๑๙๑๔ และเป็นกฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (Federal Trade Commission: FCT) และ (๓) The Clayton Act ที่ประกาศใช้ในปี ค.ศ. ๑๙๑๔ เช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นกฎหมายที่เพิ่มเติมขึ้นมาเพื่ออุดช่องว่างของ The Sherman Act โดยกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบของการจำกัดทางการค้าหรือพฤติกรรมที่เป็นการผูกขาด ๔ รูปแบบ คือ การเลือกปฏิบัติทางด้านราคา (price discrimination) การบังคับให้ติดต่อธุรกิจเฉพาะกับตน (exclusive dealing) การควบรวมกิจการ (acquisition of competing companies) และการรวมอำนาจบริหารจัดการ (interlocking directorates) โดยกฎหมายเล็งเห็นว่าพฤติกรรมทั้ง ๔ รูปแบบนี้อาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อการแข่งขันในตลาดได้ แม้ว่าจะมีได้เป็นการผูกขาดหรือการใช้อำนาจเหนือตลาดโดยมิชอบ (monopolization or abuse of dominance) ซึ่งเป็นความผิดในตัวเอง (per se illegal) นอกจากนี้ รัฐบาลกลางยังได้ตรากฎหมายออกมาเพื่อเสริมการบังคับใช้ กฎหมายให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น เช่น Robinsion-Patman Act (เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติด้านราคา) และ Hart-Scott-Rodino Act (เกี่ยวกับการแจ้งก่อนการรวมธุรกิจ)

การบังคับใช้กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกา อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของแผนกการแข่งขันทางการค้า สังกัดกระทรวงยุติธรรม (the Antitrust Division of U.S. Department of Justice: DoJ) และคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (FCT) นอกจากนี้ The Sherman Act ยังให้สิทธิแก่เอกชนในการฟ้องร้องคดีโดยตรง โดยต้องแสดงให้ศาลเห็นว่ามิหรือเกิดความเสียหายกับธุรกิจหรือทรัพย์สินของตนเอง

ในส่วนของขอบเขตของกฎหมายนั้น the Sherman Act กำหนดให้ ผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งบุคคลหรือกลุ่มบุคคล นิติบุคคลและสมาคมที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาหรือตามกฎหมายอื่น ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายการแข่งขันทางการค้า ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้พฤติกรรมทางการค้าบางประเภทเป็นพฤติกรรมที่ผิดกฎหมาย โดยไม่ต้องพิสูจน์ (per se illegal) เช่น การตกลงร่วมกันในแนวราบ (ระหว่างผู้ประกอบการประเภทเดียวกัน) เพื่อกำหนดราคา และพฤติกรรมบางประเภทเป็นพฤติกรรมที่ต้องพิจารณาโดยใช้หลักเหตุผล (Rule of Reason)

นอกจากนี้ U.S. Supreme Court ได้วางแนวคำพิพากษาซึ่งเป็นการลดบทบาทของกฎหมายการแข่งขันทางการค้าลงค่อนข้างมาก โดยตัดสินว่า ในการพิจารณาว่าการกระทำของผู้ประกอบธุรกิจเป็นความผิดหรือไม่นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาว่ามีการใช้อำนาจโดยมิชอบแล้ว ยังต้องพิจารณาด้วยว่าการใช้อำนาจนั้นเป็นการ “เพิ่มอำนาจ” ให้แก่บริษัทหรือไม่ และจะต้องพิจารณาโดยชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่สาธารณชนจะได้รับกับความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสาธารณชน (public benefits vs. public costs) เสียก่อน โดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการกระทำของบริษัทที่มีประสิทธิภาพและเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคไม่เป็นการกระทำที่เพิ่มอำนาจให้แก่บริษัท ทั้งนี้ การที่สหรัฐอเมริกามีแนวทางการใช้บังคับกฎหมายเช่นนี้ก็เนื่องจากว่าสหรัฐอเมริกามีความเชื่อว่าควรปล่อยให้การค้าดำเนินไปอย่างเสรี โดยให้ตลาดเป็นตัวกำหนดพฤติกรรมของผู้ผลิต ผู้ค้า และผู้บริโภค และพฤติกรรมบางอย่างที่อาจจะเป็นพฤติกรรมที่สุ่มเสี่ยงต่อการเป็นการกีดกันทางการค้านั้นอาจเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคเองก็ได้

## (๒) การใช้บังคับในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์ม

การใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าของสหรัฐอเมริกาในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์มนั้น มีแนวคิดที่ว่า การควบคุมมากเกินไปจะเป็นการขัดขวางการพัฒนาของนวัตกรรม ซึ่งเป็นแนวคิดที่ตรงข้ามกับสหภาพยุโรปที่มุ่งเน้นการแทรกแซงเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่แข่งรายใหม่ ๆ สามารถเข้าสู่ตลาดได้โดยง่าย โดยเชื่อว่าจะทำให้ตลาดมีความหลากหลายและเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค

ผลของการปล่อยให้ตลาดดำเนินไปอย่างเสรีนี้ จึงทำให้สหรัฐอเมริกามักได้รับคำวิจารณ์ว่า มีการบังคับใช้กฎหมายและดำเนินคดีในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์มอย่างหละหลวมจนเกินไป โดยอาจแบ่งช่วงเวลาการใช้บังคับกฎหมายออกเป็น ๓ ช่วง ดังนี้

### (๒.๑) คดี Microsoft

ในปี ค.ศ. ๑๙๙๐ FTA ได้มีการสืบสวนบริษัท Microsoft ซึ่งเป็นบริษัทที่มีส่วนแบ่งตลาดคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลจำนวนมาก เพื่อตัดสินว่า Microsoft พยายามผูกขาดทางการค้าในตลาดดังกล่าวหรือไม่ แต่แล้ว FTA ก็ยุติการสืบสวนนั้นลง ต่อมา ในปี ค.ศ. ๑๙๙๘ รัฐบาลสหรัฐจึงได้ฟ้อง Microsoft ในกรณีที่ Microsoft ซึ่งเป็นผู้ครองตลาดระบบปฏิบัติการวินโดวส์ สำหรับคอมพิวเตอร์ PC ได้ทำการลง Web browser Internet Explorer เข้าไปกับระบบปฏิบัติการวินโดวส์ในคอมพิวเตอร์ที่วางขายด้วย ซึ่งทำให้ผู้ซื้อและใช้วินโดวส์ถูกบังคับโดยปริยายให้ต้องใช้ internet Explorer และตัดโอกาสผู้ประกอบการ Web browser รายอื่น ในคดีนี้ ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ Microsoft แยกกิจการเป็น ๒ บริษัท คือ บริษัทที่ผลิตระบบปฏิบัติการ และบริษัทที่ผลิตซอฟต์แวร์ ทำให้ Microsoft ยื่นอุทธรณ์ และต่อมามีการทำความตกลงระงับข้อพิพาท

## (๒.๒) การใช้บังคับกฎหมายหลังจากคดี Microsoft

หลังจากคดี Microsoft การใช้บังคับกฎหมายในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์มก็ผ่อนคลายลง โดย FCT มักยินยอมให้บริษัทใหญ่เข้าซื้อกิจการอื่น โดยไม่มีเงื่อนไขหรือมีเงื่อนไขเพียงเล็กน้อย แม้ว่าการเข้าซื้อกิจการนั้นอาจสุ่มเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดการผูกขาดทางการค้าก็ตาม เช่น กรณีของ Facebook ที่ซื้อ Instagram ได้โดยไม่มีเงื่อนไข และซื้อ WhatsApp ได้โดยมีเงื่อนไขเพียงเล็กน้อย ในทำนองเดียวกัน FCT ก็ยินยอมให้ Google ซื้อ YouTube ได้โดยไม่มีเงื่อนไข ด้วยเหตุผลที่ว่า Google เป็น search engine และ YouTube เป็นแพลตฟอร์มในการลงและเผยแพร่วิดีโอ ซึ่งเป็นคนละตลาดกัน<sup>๔</sup> อีกตัวอย่างหนึ่งคือกรณีที่ Google ซื้อ Android ซึ่งเป็นระบบปฏิบัติการ (OS) ด้วยราคาที่ต่ำมาก (๕๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐ) ซึ่งทำให้ไม่ต้องถูกตรวจสอบเกี่ยวกับการผูกขาดทางการค้า เนื่องจากราคาที่ต่ำและเป็นบริการคนละชนิดกัน<sup>๕</sup>

## (๒.๓) การเริ่มใช้บังคับกฎหมายอย่างเข้มงวด

ในระยะหลัง สหรัฐอเมริกามีการใช้บังคับกฎหมายอย่างเข้มงวดมากขึ้น โดยในปีที่ผ่านมา ได้มีการเรียก Tech Giants จำนวน ๔ บริษัท ประกอบด้วย Amazon Apple Facebook และ Google เข้าชี้แจงต่อหน้าสภาสหรัฐ กรณีผูกขาดทางการค้า โดย Amazon ถูกตั้งข้อหาละเมิดและนำข้อมูลของผู้ค้ากลุ่ม third-party บนอีคอมเมิร์ซมาใช้ภายในและสร้างประโยชน์ให้กับร้านค้าของตนเอง รวมถึงใช้กลยุทธ์การตัดราคาร้านค้าอิสระบนแพลตฟอร์ม Facebook ถูกไต่สวนกรณีซื้อ Instagram ในปี ค.ศ. ๒๐๑๒ Google ถูกตั้งข้อหาว่าผูกขาดแพลตฟอร์มโฆษณาออนไลน์ผ่านระบบ search ทำให้สามารถควบคุมอำนาจแบบเบ็ดเสร็จทั้งในเชิงการซื้อและขายโฆษณา และ Apple ในข้อหาผูกขาดทางการค้าโดยการกำหนดนโยบายบนแพลตฟอร์ม App store ที่สร้างเงื่อนไขและข้อจำกัดทางการแข่งขันให้กับคู่แข่งที่ให้บริการแอปพลิเคชันประเภทเดียวกัน รวมถึงข้อกล่าวหาที่ว่า Apple นำข้อมูลของผู้พัฒนาแอปพลิเคชันรายอื่นมาต่อยอดเพื่อสร้างแอปพลิเคชันของตนเอง

ต่อมา FCT และคณะอัยการสูงสุดของ ๔๘ มลรัฐที่ร่วมเข้าชื่อในคำร้องด้วย ได้ทำการยื่นเรื่องฟ้องร้อง Facebook ต่อศาลยุติธรรมกลางของสหรัฐอเมริกา โดยเรียกร้องให้ศาลมีคำสั่งบังคับขาย Instagram และ WhatsApp ให้เป็นอิสระจากเครือ Facebook Inc. ซึ่ง Facebook ได้แย้งว่า การร้องขอให้บังคับขายดังกล่าวไม่ยุติธรรม เนื่องจาก FCT เป็นผู้ตรวจสอบและเห็นชอบให้มีการเข้าซื้อกิจการต่าง ๆ เอง นอกจากนี้ Google ก็ถูกยื่นฟ้องในเวลาไล่เลี่ยกันจำนวน ๓ คดี ในข้อหาเกี่ยวกับการบิดเบือนการ

<sup>๔</sup> นักวิชาการเห็นว่าการซื้อ YouTube ทำให้ Google สามารถสร้าง ecosystem ได้ โดยส่งผู้ใช้งานจากระบบหนึ่ง (search engine) ไปยังอีกระบบหนึ่ง (YouTube) ที่เป็นของตนเอง

<sup>๕</sup> อย่างไรก็ตาม การซื้อ Android ทำให้ Google สามารถลงระบบ search engine ของตัวเองไว้บน smartphones ส่วนใหญ่ของโลก

แสดงผลข้อมูลการค้นหา ข้อหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีการโฆษณา และข้อหาเกี่ยวกับการใช้ข้อตกลงพิเศษหลายฉบับเพื่อดำรงสถานะผูกขาดด้านการค้นข้อมูลออนไลน์และการโฆษณาบนแพลตฟอร์มค้นหาข้อมูลโดยมิชอบ

### (๓) การดำเนินการในปัจจุบัน

ในเดือนตุลาคมที่ผ่านมา สภาคองเกรสได้เปิดเผยรายงาน<sup>๖</sup> จำนวน ๔๐๐ หน้า ซึ่งใช้เวลาค้นคว้าและสืบสวนสอบสวนถึง ๑๖ เดือน เพื่อสรุปผลการสอบสวนการดำเนินงานของ Amazon Facebook Apple และ Google และชี้ให้เห็นว่า ทั้ง ๔ บริษัท มีพฤติกรรมละเมิดกฎหมายต่อต้านการผูกขาด ซึ่งทำให้การแข่งขันลดลงและขัดขวางการสร้างนวัตกรรม โดยในรายงานดังกล่าวได้มีการให้ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายที่เป็นรูปธรรม เช่น ให้ตรากฎหมายใหม่ที่อาจทำให้ต้องมีการแยกบริษัทเทคโนโลยีที่ใหญ่เกินไปออกจากกัน (break up tech companies) และกำหนดเงื่อนไขที่ทำให้การเข้าซื้อกิจการกระทำได้อย่างขึ้น นอกจากนี้รายงานนี้ยังเรียกร้องให้มีการจัดทำคำอธิบายกฎหมายต่อต้านการผูกขาดที่มีอยู่ โดยมีเป้าหมายเพื่อให้บังคับใช้ง่ายขึ้น ทั้งนี้ ในขณะนี้ คำแนะนำดังกล่าวเป็นเพียงแนวทางระดับสูงสำหรับสภาคองเกรส เพื่อใช้ประกอบการออกกฎหมายในอนาคต และจะไม่นำไปสู่การดำเนินการกับบริษัทเหล่านี้ในทันที

ความคาดหวังเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายจึงตกอยู่กับรัฐบาลของนายโจ ไบเดน ที่รับช่วงต่อการดำเนินคดีบริษัทยักษ์ใหญ่มาจากรัฐบาลเดิม และมีแนวโน้มจะสานต่อนโยบายการควบคุมดิจิทัลแพลตฟอร์มอย่างเข้มงวด<sup>๗</sup>

### ๓. แนวทางของต่างประเทศในการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหา

เมื่อพิจารณาเนื้อหากฎหมายของสหภาพยุโรปและสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่แต่ละประเทศกำหนดไว้ไม่ได้แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ แต่แนวทางการใช้บังคับกฎหมายเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดผลที่แตกต่างกันในการกำกับดูแล<sup>๘</sup>

<sup>๖</sup> Shirin Ghaffary and Jason Del Rey, “The Big Tech antitrust report has one big conclusion: Amazon, Apple, Facebook, and Google are anti-competitive”, <<https://www.vox.com/recode/2020/10/6/21505027/congress-big-tech-antitrust-report-facebook-google-amazon-apple-mark-zuckerberg-jeff-bezos-tim-cook>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

<sup>๗</sup> Tony Room, “Biden’s policies on technology”, <<https://www.washingtonpost.com/graphics/2021/politics/biden-technology/>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๘ มกราคม ๒๕๖๔.

<sup>๘</sup> Eleanor M. Fox, “Platforms, Power, and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S.-Europe Divide”, 98 Neb. L. Rev. 297 (2019), <<https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol98/iss2/4>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

ในปัจจุบันมีการใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์มมากขึ้นทั้งในสหภาพยุโรปและในสหรัฐอเมริกา<sup>๙</sup> ทำให้ในแวดวงวิชาการและในเวทีระหว่างประเทศหลายเวทีมีการอภิปรายอย่างกว้างขวางว่า ควรดำเนินการอย่างไรเพื่อให้มีการควบคุมกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นบนดิจิทัลแพลตฟอร์มตามที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้ และควรควบคุมมากน้อยเพียงใด รวมถึงการพิจารณาว่าควรใช้แนวทางหรือวิธีการใดในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับการใช้บังคับในเรื่องดังกล่าว

จากการศึกษาข้อมูลพบว่า นักวิชาการและหน่วยงานหลายหน่วยงาน เช่น คณะกรรมาธิการยุโรป<sup>๑๐</sup> องค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD)<sup>๑๑</sup> คณะกรรมการดิจิทัลของประเทศฝรั่งเศส<sup>๑๒</sup> (Conseil national du numérique) คณะกรรมการ the Commission ‘Competition Law 4.0’ ของประเทศเยอรมนี<sup>๑๓</sup> และในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและการพัฒนา<sup>๑๔</sup> (The United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) ได้มีการเสนอแนะแนวทางในการรับมือกับกรณีปัญหาการแข่งขันทางการค้าบนดิจิทัลแพลตฟอร์ม โดยอาจแบ่งแนวทางที่มีการเสนอแนะออกเป็น ๒ ประเด็น ดังนี้

### ๓.๑ ปรับปรุงแนวทางการใช้บังคับมาตรการตามกฎหมายการแข่งขันทางการค้า

(๑) รัฐควรพิจารณาว่ามีการใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าอย่างเข้มงวดพอแล้วหรือไม่ในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์ม โดยควรมีการประเมิน

<sup>๙</sup> ประเทศอื่น ๆ ก็มีแนวทางการดำเนินการในลักษณะเดียวกัน โดยล่าสุดมีคดีที่น่าสนใจ คือ กรณีที่รัฐบาลจีนเริ่มสอบสวนประเด็นการผูกขาดทางการค้าบนแพลตฟอร์ม e-commerce กับ Tech Giants ๒ ราย คือ Alibaba และแพลตฟอร์ม FinTech ของ Ant Group (เจ้าของเดียวกับ AliPay)

<sup>๑๐</sup> European Commission, “The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets”, <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA\\_20\\_2349](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2349)>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

<sup>๑๑</sup> OECD (2020), “Abuse of dominance in digital markets”, <[www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf)>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

<sup>๑๒</sup> Conseil national du numérique (2014), “Platform Neutrality: building an open and sustainable digital environment”, <[www.cnnumerique.fr/en/plateformes](http://www.cnnumerique.fr/en/plateformes)>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

<sup>๑๓</sup> the Commission ‘Competition Law 4.0’ (2019), “A new competition framework for the digital economy”, <<https://www.bmwi.de/>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

<sup>๑๔</sup> UNCTAD, “Building back better requires stronger competition and consumer protection in the digital economy”, <<https://unctad.org/news/building-back-better-requires-stronger-competition-and-consumer-protection-digital-economy>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

และซึ่งน้ำหนักระหว่างความเสี่ยงในการใช้บังคับกฎหมายมากเกินไปและน้อยเกินไปว่ากรณีใดจะเกิดประโยชน์ต่อสังคมและส่วนรวมมากกว่ากัน (balance the risk of the over and under enforcement)

(๒) รัฐควรออกแนวทาง (guidance) เพิ่มเติม เพื่ออธิบายแนวทางการใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์มให้กระจ่างขึ้น โดยอาจออกเป็นคู่มือคำแนะนำหรือออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดของการใช้บังคับกฎหมาย

(๓) รัฐควรพิจารณาแก้ไขกฎหมายหากจำเป็น เพื่อให้ครอบคลุมรูปแบบพฤติกรรมโครงสร้างการประกอบธุรกิจในตลาดดิจิทัล โดยเฉพาะในส่วนของนิยามคำว่า “ตลาด” และ “การมีอำนาจเหนือตลาด”

### ๓.๒ กำหนดมาตรการเชิง Ex-Ante เพิ่มเติม

การใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้ามีลักษณะเป็นการดำเนินการแบบ Ex-post หรือการดำเนินคดีเมื่อเกิดปัญหาขึ้นแล้วเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งการดำเนินการในลักษณะนี้อาจเป็นการดำเนินการเมื่อสายเกินไป เนื่องจากบริษัทมีอำนาจมากเกินไปและได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นจนแก้ไขไม่ได้แล้ว ประกอบกับกฎหมายนี้มีข้อจำกัดเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งต้องมีการสืบสวนและตรวจสอบข้อเท็จจริงอย่างละเอียด ทำให้การดำเนินคดีใช้เวลานานและใช้ทรัพยากรจำนวนมาก เนื่องจากต้องมีการพิสูจน์ก่อนว่าผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดนั้นได้ทำความเสียหายแก่ตลาดหรือไม่จึงจะสามารถดำเนินคดีได้ ดังนั้น แนวทางการรับมือกับปัญหานี้จึงเป็นการกำหนดมาตรการเชิง Ex-Ante เพิ่มเติมในหลายลักษณะ เพื่อให้การดำเนินกิจการดิจิทัลแพลตฟอร์มเป็นไปอย่างโปร่งใสและตรวจสอบได้ รวมทั้งสามารถป้องกันความเสียหายได้อย่างทันที่ ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดมาตรการเกี่ยวกับความเป็นกลางทางแพลตฟอร์ม (platform neutrality) ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจดิจิทัลแพลตฟอร์มเป็นการทั่วไป โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อผู้ใช่มากขึ้น เพื่อให้การใช้บริการมีความปลอดภัยและเป็นธรรม โดยในกรณีนี้มีตัวอย่างคือ ร่างกฎหมายการให้บริการดิจิทัล (Digital Services Act (DSA)) ของสหภาพยุโรป ที่กำหนดให้ผู้ให้บริการมีหน้าที่ตรวจสอบเพื่อยืนยันตัวตนของผู้ขายออนไลน์ และต้องมีเครื่องมือเพื่อตรวจสอบและลบข้อมูลที่ไม่เหมาะสมหรือข้อมูลที่มีการบิดเบือนความจริงออก และต้องอธิบายอัลกอริทึมของแพลตฟอร์ม เพื่อแจ้งผู้ใช้อย่างที่ไปที่มาของผลการค้นหาออนไลน์ เป็นต้น

(๒) กำหนดมาตรการเพื่อเฝ้าระวัง Gatekeepers โดยเฉพาะใช้บังคับกับผู้ประกอบกิจการดิจิทัลแพลตฟอร์มขนาดใหญ่ โดยกำหนดหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติ เช่น ห้ามนำข้อมูลไปใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ไม่กระทำการอันเป็นการกีดกันการพัฒนานวัตกรรมของบริษัทอื่น และไม่บิดเบือนผลการค้นหา โดยในกรณีนี้มีตัวอย่างคือ ร่างกฎหมายด้านการตลาดดิจิทัล (Digital Market Act (DMA)) ของสหภาพยุโรป

(๓) กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการเข้าซื้อหรือรวมธุรกิจของผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือที่จะทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจเหนือตลาด โดยอาจกำหนดกลไกการขออนุญาตก่อนรวมธุรกิจและเงื่อนไขการรวมธุรกิจ รวมทั้งการประเมินการมีอำนาจเหนือตลาดที่สอดคล้องกับกลไกการดำเนินธุรกิจของดิจิทัลแพลตฟอร์ม ซึ่งในการพิจารณาอำนาจเหนือตลาดอาจไม่ใช้การพิจารณาเพียงตลาดใดตลาดหนึ่ง แต่ต้องพิจารณาในภาพรวมว่าการรวมธุรกิจจะทำให้ผู้ประกอบการมีอำนาจเพิ่มขึ้นโดยรวมในเครือข่ายดิจิทัลแพลตฟอร์มที่เชื่อมโยงกัน หรือเป็นการสร้าง ecosystem หรือไม่

(๔) กำหนดมาตรการบังคับชั่วคราว ในระหว่างการสืบสวนหรือดำเนินคดีกับบริษัทที่เป็น Gatekeeper เพื่อให้สามารถระงับหรือบรรเทาผลกระทบในทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากพฤติกรรมที่จำกัดการแข่งขันทางการค้าของผู้กระทำผิดได้ทันที

(๕) ศึกษาตลาดของดิจิทัลแพลตฟอร์ม เพื่อให้ทราบถึงกลไกและวิธีการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการรายใหม่สามารถเข้าสู่ตลาดและแข่งขันในตลาดได้

ทั้งนี้ ในการให้ข้อมูลที่ไม่ใช่ข้อมูลสาธารณะ เช่น ข้อมูลการซื้อขายบนแพลตฟอร์มหรืออัลกอริทึมที่ใช้เพื่อแสดงผลการค้นหา ในเบื้องต้นควรให้ข้อมูลนั้นแก่หน่วยงานของรัฐผู้มีหน้าที่กำกับดูแลเท่านั้น โดยรัฐควรเก็บข้อมูลอย่างต่อเนื่อง เพื่อป้องกันและเตรียมการใช้บังคับมาตรการกำกับดูแลให้สามารถดำเนินการได้อย่างทันที่

## ๔. กฎหมายและการใช้บังคับกฎหมายในประเทศไทย

### ๔.๑ กฎหมาย

กฎหมายการแข่งขันทางการค้าของประเทศไทย<sup>๑๔</sup> มีการพัฒนาจากพระราชบัญญัติป้องกันการค้ำกำไรเกินควร พ.ศ. ๒๔๙๐ มาเป็นพระราชบัญญัติการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. ๒๕๒๒ เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการสร้างอำนาจผูกขาด เช่น การจำกัดปริมาณสินค้าจนทำให้สินค้าขาดแคลนแล้วกำหนดราคาให้สูงขึ้น และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๒ ขึ้นใช้บังคับ โดยตลอดระยะเวลาที่ใช้บังคับ มีคดีการแข่งขันทางการค้าเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าทั้งหมด ๙๖ เรื่อง พิจารณาแล้วเสร็จ ๘๔ เรื่อง มีมติสั่งยุติ ๘๑ เรื่อง และส่งพนักงานอัยการดำเนินคดี ๓ เรื่อง แต่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องคดี เท่ากับว่าไม่เคยมีคดีการแข่งขันทางการค้าเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมแม้แต่คดีเดียว นอกจากนี้พระราชบัญญัตินี้ยังมีข้อบกพร่องหลายประการ เช่น ขาดกลไกที่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย การสืบสวนสอบสวนมีขั้นตอนล่าช้า กฎหมายไม่ครอบคลุมรูปแบบพฤติกรรมและโครงสร้างการประกอบธุรกิจที่เปลี่ยนแปลงไปและกรณีการกระทำความผิด

<sup>๑๔</sup> ข้อมูลจากเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, <<https://otcc.or.th/>>, สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๕ มกราคม ๒๕๖๔.

นอกราชอาณาจักร บทลงโทษไม่สอดคล้องกับความร้ายแรงของพฤติกรรม และการพิจารณาคดี มิได้ถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ เป็นต้น

รัฐบาลจึงมีนโยบายให้ปรับปรุงพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยในปัจจุบันได้มีการตราพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ขึ้นใช้บังคับแทน โดยมีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจเหนือตลาดอย่างไม่เป็นธรรม (มาตรา ๕๐) การรวมธุรกิจ (มาตรา ๕๑) การตกลงร่วมกันเพื่อผูกขาด ลด และจำกัดการแข่งขัน (มาตรา ๕๔ และมาตรา ๕๕) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (มาตรา ๕๗) และการตกลงร่วมกับผู้ประกอบการธุรกิจต่างประเทศโดยไม่มีเหตุสมควร (มาตรา ๕๘) ทั้งนี้ โดยปรับปรุงบทบัญญัติให้สามารถบังคับใช้ครอบคลุมทุกหน่วยธุรกิจอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันและมีความยืดหยุ่นสอดคล้องกับสถานการณ์เศรษฐกิจการค้าที่เปลี่ยนแปลงไป และกำหนดบทนิยามต่าง ๆ ให้มีความชัดเจน เช่น นิยามคำว่า “ตลาด” ซึ่งต้องพิจารณาถึงสินค้าที่ทดแทนกันได้ ทั้งด้านสินค้า (คุณภาพ ราคา และประโยชน์) และด้านภูมิศาสตร์ (ระยะทางและพื้นที่) และนิยามคำว่า “ปัจจัยสภาพการแข่งขัน” เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าจะนำไปปัจจัยใดมาใช้ประกอบการพิจารณาเกณฑ์การเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด รวมทั้งกำหนดให้ต้องมีการทบทวนหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับภายใน ๓ ปี เพื่อให้มีความทันสมัย และกำหนดให้ผู้ประกอบการขอรับการวินิจฉัยพฤติกรรมเป็นการล่วงหน้าจากคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ โดยคณะกรรมการฯ ต้องเผยแพร่ผลการวินิจฉัยพฤติกรรมความผิดต่อสาธารณะ และรายงานต่อคณะรัฐมนตรี เป็นต้น

สำหรับการกำกับดูแล พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ กำหนดให้มีคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจ และกำหนดแนวทางปฏิบัติเพื่อให้มีการแข่งขันทางการค้าอย่างเสรีและเป็นธรรม พิจารณาเรื่องร้องเรียนและสอบสวนการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ พิจารณาวินิจฉัยคำร้องขอจากผู้ประกอบการ และดำเนินคดีอาญาตามที่ผู้เสียหายร้องทุกข์ โดยกำหนดให้การฟ้องคดีอาญา และการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายตามพระราชบัญญัตินี้ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ รวมทั้งพิจารณากำหนดโทษปรับทางปกครองและฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เป็นต้น ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้แก้ไของค์ประกอบของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า โดยกำหนดให้กรรมการมาจากกระบวนการสรรหาจากผู้มีความรู้ ประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญ ซึ่งผ่านการคัดเลือก โดยต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนทั้งในภาคธุรกิจและการเมือง ซึ่งต่างจากเดิมที่คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการโดยตำแหน่ง และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจากภาครัฐและเอกชน และได้แก้ไขการบริหารจัดการงานให้มีความยืดหยุ่นยิ่งขึ้นด้วย

#### ๔.๒ การใช้บังคับในบริบทของดิจิทัลแพลตฟอร์ม

ปัจจุบันคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอยู่ระหว่างการสอบสวนคดีที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจให้บริการบนดิจิทัลแพลตฟอร์ม จำนวน ๓ เรื่อง คือ

(๑) แนวทางการประกอบธุรกิจให้บริการดิจิทัลแพลตฟอร์มรับและส่งอาหาร ในกรณีที่ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มปรับขึ้นค่าธรรมเนียมที่ผู้ประกอบการร้านอาหารต้องจ่ายเพื่อเข้ามาเสนอขายอาหารบนแพลตฟอร์ม เนื่องจากมีการปรับขึ้นค่าธรรมเนียมค่อนข้างมากในช่วงปีที่ผ่านมา

(๒) แนวทางการประกอบธุรกิจให้บริการด้านการจองที่พักโรงแรมรวมถึงบริการด้านการท่องเที่ยวต่างๆ (online travel agents) ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย โดยในเรื่องนี้มีการร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมจากผู้ประกอบการโรงแรมที่เข้าใช้แพลตฟอร์มที่ให้บริการด้านการจองที่พักโรงแรมและบริการด้านการท่องเที่ยว

(๓) แนวทางการประกอบธุรกิจของแพลตฟอร์มที่ประกอบธุรกิจในลักษณะของ marketplace ในกรณีการเปลี่ยนนโยบายการขนส่ง

#### ๔.๓ การดำเนินการในปัจจุบัน

สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าอยู่ระหว่างการศึกษาเรื่องดิจิทัลแพลตฟอร์มทุกประเภท ทั้งบริการ e-commerce บริการแพลตฟอร์มรับและส่งอาหาร บริการด้านการจองที่พักโรงแรมรวมถึงบริการด้านการท่องเที่ยวต่างๆ (online travel agents) บริการ search engines และการโฆษณา รวมทั้งบริการ OTT หรือ Over-the-Top ซึ่งเป็นบริการสื่อสารและแพร่ภาพและเสียงผ่านอินเทอร์เน็ต โดยที่ผู้ให้บริการไม่ต้องลงทุนโครงสร้างสัญญาณเอง เช่น YouTube และ Netflix

ในปีที่ผ่านมา คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ออกประกาศเรื่อง แนวทางพิจารณาการปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการให้บริการดิจิทัลแพลตฟอร์มรับและส่งอาหารกับผู้ประกอบการร้านอาหาร ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ ๒๓ พฤศจิกายน ๒๕๖๓ เพื่อควบคุมผู้ประกอบการให้บริการดิจิทัลแพลตฟอร์มรับและส่งอาหาร โดยประกาศดังกล่าวกำหนดพฤติกรรมซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นการกระทำอันเป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ประกอบการร้านอาหาร ๔ ประเภท คือ (๑) การเรียกเก็บค่าใช้จ่าย ค่าตอบแทน หรือผลประโยชน์อื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม (๒) การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าอันเป็นการจำกัดหรือขัดขวางการประกอบธุรกิจของผู้อื่นอย่างไม่เป็นธรรม (๓) การใช้อำนาจตลาดหรืออำนาจต่อรองที่เหนือกว่าอย่างไม่เป็นธรรม และ (๔) การปฏิบัติทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมในลักษณะอื่น ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหาย ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ประกอบการมีพฤติกรรมตามที่ระบุไว้ ผู้เกี่ยวข้องก็สามารถร้องเรียนไปยังคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าได้ตามกลไกที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยสำนักงานฯ อยู่ระหว่างศึกษาและจัดทำแนวทางพิจารณาในเรื่องอื่น และจะได้มีการทยอยประกาศออกมาให้ครบถ้วนต่อไป

### สรุป

โดยที่ปัญหาการประกอบธุรกิจบนดิจิทัลแพลตฟอร์มเป็นปัญหาในระดับสากล ประเทศไทยจึงอาจนำการใช้บังคับกฎหมาย ประสบการณ์ และข้อเสนอเกี่ยวกับแนวทางการรับมือกับกรณีปัญหาการแข่งขันทางการค้าไม่เป็นธรรมของต่างประเทศมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาในประเทศไทยได้ ทั้งในเรื่องของการใช้บังคับกฎหมายการแข่งขันทางการค้าให้เข้มข้นขึ้นและสอดคล้องกับการประกอบธุรกิจบนดิจิทัลแพลตฟอร์ม และการกำหนดมาตรการเชิงรุกเพิ่มเติมเพื่อป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้น



## คู่มือชีวิต: ร่างพระราชบัญญัติที่ถูกกลืน ? \*

รัชนิกร ลาภวิชชา พรหมศักดิ์\*\*

ที่ผ่านมาผู้เขียนเผยแพร่ผลงานทางวิชาการเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติคู่มือชีวิต พ.ศ. ... และการสมรสของคนเพศเดียวกันไว้หลายเรื่อง แต่เนื่องจากทุกบทความเป็นบทความทางวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลโดยแท้ จึงทำให้ขาดการสื่อสารกับประชาชนทั่วไปและนักกฎหมายในสาขาอื่น เพราะมีความตั้งใจแต่เพียงว่าจะต่อยอดงานเขียนทางวิชาการเพื่อประโยชน์ในการค้นคว้าวิจัยด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในเชิงลึกต่อไป เมื่อเวลาผ่านไปได้ระยะหนึ่ง ผู้เขียนจึงตระหนักกว่ามีการวิพากษ์วิจารณ์ร่างพระราชบัญญัติฯ ไปต่าง ๆ นานา เข้าใจถูกบ้าง คลาดเคลื่อนบ้าง โดยที่ผู้เขียนมิได้ประสงค์จะร่างกฎหมายที่ดีที่สุดบนหอคอยงาช้าง จึงต้องยอมรับว่าความบกพร่องในการสื่อสารความเข้าใจไปยังประชาชนอย่างทันที่วงที่เป็นผลให้เกิดความเข้าใจผิดดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ยังมีคนบางกลุ่มที่ติดอยู่ใน “กับดักทัศนคติ” ที่มีต่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ<sup>๑</sup> (ต่อไปขอเรียกรวมว่า กลุ่ม LGBTQ) ซึ่งหากเป็นเรื่องนี้คงยากที่จะทำความเข้าใจกันด้วยงานเขียนเพียงเรื่องเดียว ดังนั้น ก่อนจะอ่านงานเขียนนี้จึงต้องขอให้ “เปิดใจ” เป็นอย่างแรก ผู้เขียนพยายามเรียบเรียงเนื้อหาความเข้าใจได้ง่าย ไม่ซับซ้อน โดยมุ่งสื่อสารเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติคู่มือชีวิต พ.ศ. .... เพื่อให้บุคคลทั่วไปที่สนใจได้รับรู้และทำความเข้าใจไปพร้อมกัน และตอบคำถามที่เคยได้ยินได้ฟังมาจากหลายแหล่งเพื่อสร้างความเข้าใจให้ตรงกันมากขึ้น และขอยืนยันอีกครั้งหนึ่งว่า ข้อความคดีใด ๆ ที่ปรากฏในงานเขียนนี้ล้วนมาจากการศึกษา ค้นคว้า ตลอดจนประสบการณ์ในการสอนวิชาสิทธิมนุษยชนเมื่อครั้งเป็นอาจารย์ประจำ จึงเป็น

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (มีนาคม ๒๕๖๔), ผู้ช่วยศาสตราจารย์, อาจารย์พิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., Master 2 (Recherche) (Université Lille II) สาขากฎหมายระหว่างประเทศ (Mention Assez-bien), Docteur en droit (Université Lille II) สาขากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Mention honorable)

<sup>๑</sup> ในการจัดกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศพร้อมตัวอย่างโดยละเอียด โปรดดู “ข้อกำหนดคณะกรรมการส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคมแห่งชาติ ว่าด้วยการกำหนดบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเป้าหมายเป็นผู้รับบริการสวัสดิการสังคม พ.ศ. ๒๕๕๕” หมวด ๑๓ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ข้อ ๕๑ ถึง ข้อ ๕๖ ตัวอย่างเช่น คนรักเพศเดียวกัน คนข้ามเพศ คนรักสองเพศ คนที่มีลักษณะเพศทางชีววิทยาไม่ชัดเจน เป็นต้น

ความคิดเห็นของผู้เขียนโดยไม่เกี่ยวข้องกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หากผู้อ่านไม่เห็นพ้องด้วยประการใด ผู้เขียนขออภัยคำตำหนิต่างปวงไว้แต่เพียงผู้เดียว

ก่อนอื่นต้องขอทำความเข้าใจกับผู้อ่านไว้แต่ตอนต้นว่า ขอบเขตของงานเขียนนี้จะกล่าวถึงเฉพาะร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... ซึ่งเป็น “ร่างรัฐบาล” กล่าวคือ ได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลและผ่านการตรวจพิจารณาโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้วเท่านั้น โดยจะไม่ก้าวล่วงไปวิพากษ์ร่างพระราชบัญญัติที่เสนอโดยกลุ่มอื่น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการทำความเข้าใจให้ตรงกันว่าร่างรัฐบาลเขียนเรื่องใดไว้บ้าง รับรองสิทธิใด กำหนดหน้าที่อะไรให้กับคู่ชีวิต เนื่องจากเห็นว่าที่ผ่านมาผู้เข้าใจคลาดเคลื่อนและสื่อสารต่อ ๆ กันไปอย่างผิดพลาดจนเป็นผลให้บุคคลทั่วไปที่ “มิได้มีเวลาอ่านเนื้อหา” ของร่างพระราชบัญญัติฯ เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อน บ้างก็กล่าวโจมตี กระทั่งบริหารรัฐบาลว่าคิดอย่างไรจึงได้รับรองสิทธิให้กลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศสามารถสมรสได้ แต่งงานกันได้ โดยให้มีสิทธิทุกประการไม่ต่างจากสามีและภรรยา บ้างก็โจมตีไปในทางตรงข้ามว่าไม่รับรองสิทธิให้กลุ่ม LGBTQ เทียบเท่ากับคู่สมรส เพราะยังขาดสิทธิอีกหลายประการ ต้องเรียกร้องกันต่อไป ส่วนที่กล่าวว่าเป็นร่างพระราชบัญญัติที่ถูกลืมนั้น อันที่จริงไม่ใช่ครั้งแรกที่ร่างกฎหมายที่ผ่านการตรวจพิจารณาจากสำนักงานฯ แล้วจะต้องยุติลงเพียงเท่านี้ สำหรับร่างนี้ก็คงเป็นเพราะกระแสโจมตีจากคนที่ไม่เห็นด้วยที่จะรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคนเพศเดียวกัน ประกอบกับการโจมตีจากกลุ่ม LGBTQ เองที่ไม่ต้องการกฎหมายที่รับรองสิทธิให้เพียงบางอย่าง แต่สิ่งที่คนทั้งสองกลุ่มอาจไม่ทราบคือร่างพระราชบัญญัตินี้ได้ผ่านการตรวจพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิที่หลากหลาย มีความคิดเห็นแตกต่างกัน จึงได้มีการอภิปรายในทุกแง่มุมของกฎหมายนี้อย่างจริงจัง อีกทั้งกระทรวงยุติธรรมซึ่งเป็นหน่วยงานผู้รับผิดชอบได้จัดรับฟังความคิดเห็นหลายครั้งตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเสนอร่างต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการฯ ก็ได้มอบหมายให้กระทรวงฯ จัดรับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติม โดยกำหนดประเด็นการรับฟังและกำหนดกลุ่มเป้าหมายที่ต้องรับฟังให้ครอบคลุมทุกมิติ กล่าวได้ว่ากว่าที่จะคลอดออกมาเป็นร่างที่ตรวจพิจารณาแล้วก็ได้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องมาแล้วหลายต่อหลายครั้ง ดังนั้น การที่มีคนกล่าวว่ายังมิได้รับฟังความคิดเห็นให้รอบด้าน อาจเป็นเพราะคนเหล่านั้นไม่ทราบวิธีการทำงานของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและหน่วยงานเจ้าของเรื่องก็เป็นได้

“ขอตัวเลขหรือสถิติว่าในประเทศไทยมี LGBTQ ก็คน จะคุ้มค่าหรือไม่ที่ต้องออกกฎหมาย มาเพื่อคนจำนวนน้อย จะมีผู้สนใจจดทะเบียนก็คน”

ร่างกฎหมายคู่ชีวิตมีความมุ่งหมายเพื่อรับรองสิทธิของคนกลุ่มหนึ่งในสังคม โดยมุ่งหวังให้คนกลุ่มนั้นมีความเสมอภาคในทางกฎหมายกับคนกลุ่มอื่น ๆ (the principle of equality before the law) เราเรียกหลักการนี้ว่า “หลักความเสมอภาค” เป็นหลักรัฐธรรมนูญ ที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยประเทศและปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยมาตรา ๔ รับรองเป็นพื้นฐานทั่วไปว่า **ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค** ของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ เสมอกัน เหตุที่รัฐได้รับรองและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพไว้ดังที่กล่าวมาก็เนื่องจากการให้ปัจเจกชนได้ใช้สิทธิ เสรีภาพนั้นในการพัฒนาตนเอง สามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างมีศักดิ์ศรี ไม่ถูกเหยียดหยามและดูหมิ่น ลดทอนความเป็นมนุษย์โดยเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน

เรื่องที่น่าสนใจอย่างหนึ่ง คือ หลายฝ่ายต้องการให้แสดง “สถิติ” ผู้ที่เป็นกลุ่ม LGBTQ ผู้เขียนมีความเห็นว่าสถิติบางอย่าง รัฐสามารถสำรวจได้เพราะไม่ใช่เรื่องส่วนบุคคล แต่สถิติว่าในประเทศไทยมีเกย์ก็คน คนข้ามเพศก็คน เพศกำกวมก็คน เลสเบียนก็คน หรือคนรักสองเพศ (bisexual) ก็คนนั้น เป็นสิทธิส่วนบุคคล (privacy right) ที่จะเปิดเผยข้อมูลนี้หรือไม่ก็ได้ ดังนั้น การบังคับให้ประชาชนต้องแจ้งต่อรัฐว่าพึงพอใจเพศเดียวกันหรือเพศตรงข้ามย่อมเป็นการละเมิดสิทธิส่วนบุคคล ซึ่งเป็นกรณีที่แตกต่างกันจากการเก็บสถิติผู้สูงอายุหรือเยาวชน ที่แสดงได้ด้วยปี พ.ศ. ที่เกิดและปรากฏในบัตรประจำตัวประชาชนหรือเอกสารอื่นของทางราชการ หรือการสำรวจความพิการเพื่อจัดทำสถิติผู้พิการในประเทศไทย ด้วยเหตุนี้ในการตอบคำถามเรื่องจำนวน LGBTQ ในประเทศไทย กระทรวงยุติธรรมจึงได้นำสถิติที่ได้จากการเกณฑ์ทหารมาแสดง เพราะเป็นตัวเลขที่สามารถเปิดเผยได้ แต่ก็มีใช้ตัวเลขที่ตรงตามความเป็นจริงและสถิติดังกล่าวนี้ก็ไม่สามารถทำให้ผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการมีกฎหมายคู่ชีวิตพึงพอใจได้อยู่ดี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองเป็นการเฉพาะไว้ในมาตรา ๒๗ ว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองไว้อย่างชัดเจนว่า มนุษย์ทุกคนบนแผ่นดินไทยมีสิทธิและเสรีภาพ เสมอกันและจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย โดยเท่าเทียมกัน โดยรัฐจะไม่นำเรื่องความแตกต่างทาง “เพศ” ของแต่ละบุคคลมาใช้เป็น ข้ออ้างที่จะเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคลนั้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้นำหลักความได้สัดส่วน (the principle of proportionality) มาใช้ในการพิจารณาว่ามาตรการใดเป็นมาตรการที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (negative discrimination) หรือไม่<sup>๒</sup>

การจำแนกบุคคลออกเป็นประเภทหรือกลุ่มต่าง ๆ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลคนนั้นตามกลุ่มหรือตามประเภทให้แตกต่างกันออกไป (differential treatment) จึงเป็นเรื่องที่สามารถทำได้ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเหล่านั้น แต่จะต้องเป็นไปตาม

เป็นเรื่องน่าตกใจที่คนจำนวนไม่น้อยไม่ทราบว่า เราสามารถเลือกปฏิบัติกับคนกลุ่มต่าง ๆ ได้ แต่ต้องเป็น “การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรม” (positive discrimination) คือ การปฏิบัติต่อคนที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตกต่างกันไป จากคนกลุ่มอื่น และปฏิบัติอย่างเดียวกันกับคนที่ มีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน

ที่กระทบกระเทือนต่อส่วนรวมน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับ กล่าวคือ การเลือกปฏิบัตินั้นต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นต่อการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายที่ชอบธรรมดังกล่าว หากไม่ใช่มาตรการนี้ ก็ไม่มีมาตรการอื่นที่เหมาะสมไปกว่านี้แล้ว<sup>๓</sup> หลักที่กล่าวมานี้เป็น หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ แม้ว่าบางประเทศจะมีได้เขียนไว้ใน รัฐธรรมนูญแต่ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมก็ได้นำมาใช้ในการตีความกฎหมายเพื่อเป็นหลัก

*บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ จะกระทำมิได้*

เงื่อนไขต่อไปนี้ (๑) มีเป้าหมายที่ชอบธรรม การเลือกปฏิบัตินั้นมีความมุ่งหมายหรือเป้าหมายที่ชอบธรรมเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ ซึ่งประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นสิ่งที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตาม รัฐธรรมนูญ (๒) เพื่อผลสัมฤทธิ์ที่ชัดเจน การเลือกปฏิบัตินั้นเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เกิดผลสัมฤทธิ์ได้จริง เห็นผลจริงในทางปฏิบัติ และ (๓) เป็นมาตรการ

<sup>๒</sup> มาตรา ๒๗ วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

<sup>๓</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*, (พิมพ์ครั้งที่ ๓, สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๒) ๔๗ - ๕๕.

ประกันสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชนในรัฐนั้น<sup>๔</sup> นอกจากนี้ ยังเป็นหลักที่นำมาใช้ในระดับสหภาพยุโรปอีกด้วย เมื่อจะต้องพิจารณาว่ารัฐสมาชิกใดตรากฎหมายที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายสหภาพยุโรปหรือไม่ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Justice) จะตรวจสอบโดยใช้หลักความพอสมควรแก่เหตุประกอบกับหลักความเสมอภาคเช่นกัน<sup>๕</sup>

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เห็นได้ว่า หน่วยงานรัฐเสนอร่างกฎหมายนี้ต่อคณะรัฐมนตรีเนื่องจากบุคคลบางกลุ่มในสังคมยังคงถูก “ละเลย” ไม่ได้ได้รับการรับรองจากกฎหมายให้ก่อตั้งครอบครัวได้ ทั้งที่สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ (fundamental rights) ที่กล่าวเช่นนี้ เนื่องจากกฎหมายที่รับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของชาย - หญิงให้มีผลทางกฎหมายได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ และพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พุทธศักราช ๒๔๗๘ ซึ่งยกเว้นขึ้นในยุคที่สังคมยอมรับว่ามนุษย์มีเพียงสองเพศเท่านั้น คือ เพศชายและเพศหญิง มนุษย์เพศชายต้องแสดงออกว่าเป็นชาย มนุษย์เพศหญิงต้องแสดงออกว่าเป็นหญิง สังคมไทยในยุคที่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ยังมีได้ยอมรับให้ผู้ที่มีการแสดงออกทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิดสามารถก่อตั้งครอบครัวกับคนที่มีเพศเดียวกันได้ตามกฎหมาย เป็นผลให้ผู้ที่มิมีปัญหาทางเพศสภาพแต่มีความประสงค์ที่จะใช้ชีวิตร่วมกันเช่นเดียวกับสามีภริยา และต้องการให้รับรองสถานะการอยู่ร่วมกันว่าชอบด้วยกฎหมายยังคงประสบปัญหา “ความไม่เท่าเทียมทางสถานะ” มาโดยตลอด และกรณีนี้เองที่เป็นเครื่องยืนยันว่าบุคคลที่มีเพศกำเนิดไม่ตรงกับเพศกำเนิดได้รับการปฏิบัติในเรื่องสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวตามกฎหมายแตกต่างจากผู้ที่แสดงออกตรงตามเพศกำเนิด(heterosexual)

หลายท่านอาจมีข้อสงสัยว่า การกำหนดให้เฉพาะแต่คนเพศเดียวกันโดยกำเนิดเท่านั้นที่จะจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ ถือเป็นทางเลือกปฏิบัติต่อคนกลุ่มอื่นหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นชาย หญิง คนข้ามเพศที่มีความประสงค์จะอยู่ร่วมกันกับคนที่มีเพศกำเนิดตรงข้ามกับตน เหตุใดจึงต้องบังคับให้จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น เหตุใดกฎหมายคู่ชีวิต

<sup>๔</sup> Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, “Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés” (Conférence de Jean-Marc Sauvé, Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017) <[https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes#\\_ftn6](https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes#_ftn6)> accessed 13 Feb. 2021; Valérie GOESEL-LE BIHAN, “Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel” Cahier du Conseil constitutionnel n°22 (juin 2007) <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel>> accessed 14 Feb. 2021

<sup>๕</sup> CJCE, 27 octobre 1993, Dr. Pamela Mary Enderby c. Frenchay Helath Authority et Secretary of State for Health, aff. C-127/92 ; CJCE, 20 février 1979, Rewe-Zentral AG [Cassis de Dijon], aff. 120-78.

จึงไม่เปิดกว้างให้ชายและหญิงที่ไม่ต้องการสมรสแต่ต้องการความสัมพันธ์ในระดับของคู่ชีวิตสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ กรณีดังกล่าว เป็นเรื่องที่มีอยู่ในกฎหมายต่างประเทศ เช่น กฎหมายฝรั่งเศส ที่เรียกว่า pacte civil de solidarité ที่ให้คนทุกเพศสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตหรือ civil partnership ได้ หากยังไม่ต้องการสถานะสมรส ซึ่งเป็นประเด็นที่ได้มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางในชั้นการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ เห็นว่าเป็นเรื่องที่น่าสนใจ เพียงแต่การอธิบายให้คนจำนวนมากที่ยังคงไม่เข้าใจสภาพปัญหาขั้นพื้นฐานของคนเพศเดียวกันว่าเหตุใดจึงต้องการสถานะทางกฎหมายนั้น ยังเป็นเรื่องยาก หากจะเปิดกว้างให้ทุกเพศจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ย่อมเป็นเรื่องที่เข้าใจยากยิ่งขึ้นไปอีก (เพราะมีคนจำนวนมากไม่เข้าใจว่าในเมื่อสามารถสมรสได้แล้วเหตุใดจึงไม่ต้องการสมรส)

**“ทุกวันนี้ก็เห็นว่า (คู่เกย์หรือคู่เลสเบียน) อยู่ด้วยกันได้ โดยไม่ต้องมีกฎหมาย จะออกกฎหมายคู่ชีวิตมาเพื่ออะไร ถือเป็นกฎหมายที่ไม่จำเป็นอีกฉบับหนึ่ง”**

คนกลุ่มหนึ่งพยายามอ้าง มาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย และ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์ การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ ของ

กฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ เพื่อจะหักล้างว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... เป็นกฎหมายที่ “ไม่จำเป็น” ในเรื่องนี้ เห็นว่า ร่างกฎหมายคู่ชีวิตเป็นการรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวให้กับคนเพศเดียวกัน ซึ่งสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งที่มนุษย์พึงได้รับการรับรองจากรัฐ ส่วนที่ว่าใครจะใช้สิทธิตามกฎหมายหรือไม่ เป็นเรื่องส่วนบุคคล มิได้หมายความว่าไม่มีกฎหมายนี้แล้ว จะเป็นการบังคับให้ต้องมาจดทะเบียนคู่ชีวิต ในมุมมองนี้ จึงมิได้ต่างจากการสมรส ประเทศไทยมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ใช้มานานแล้ว แต่ก็มีได้หมายความว่าชายและหญิงทุกคู่จะต้องจดทะเบียนสมรส ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... จึงเป็นเพียง “ทางเลือก” หนึ่งที่รัฐให้กับคนเพศเดียวกัน มิได้บังคับแต่อย่างใด การอยู่ด้วยกันโดยไม่มีทะเบียน อาจเป็นความประสงค์ของบางคู่ แต่บางคู่มีความตั้งใจที่จะสร้างความสัมพันธ์ระหว่างคนสองคน ให้ถูกต้องตามกฎหมาย ได้รับการรับรองสถานะ (legal status) มีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ไม่ต่างอะไรจากกรณีของชายหญิงเมื่อจูงมือกันไปจดทะเบียนสมรส

**“เหตุใดจึงต้องตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของคนเพียงกลุ่มเดียว”**

ต่อคำถามที่ว่า “เหตุใดจึงต้องตรา กฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของคนเพียงกลุ่มเดียว” คงต้องอธิบายในเบื้องต้นว่าการออกกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งนั้น สามารถทำได้หรือไม่

หลักรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติต่อตนอย่างเท่าเทียมกัน กับที่ปฏิบัติต่อผู้อื่นนั้น เรียกว่า “หลักความเสมอภาค” หรือ right to equal treatment

ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา ๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ตามหลักนี้ หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐต้องปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อบุคคลที่เหมือนกัน ในสาระสำคัญ และปฏิบัติต่อบุคคลที่ต่างกัน ในสาระสำคัญให้แตกต่างกันไป ดังนั้น การปฏิบัติที่ แตกต่างกันต่อบุคคลที่เหมือนกัน หรือการปฏิบัติที่เหมือนกันต่อบุคคลที่ต่างกัน ย่อมเป็นการเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (unfair discrimination) และขัดต่อหลักความเสมอภาค การที่รัฐ จะปฏิบัติต่อบุคคลกลุ่มหนึ่งอย่างไรจึงจะเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมจึงต้องพิจารณาจาก ลักษณะเฉพาะและความต้องการของแต่ละกลุ่ม ในทางปฏิบัติจึงจำเป็นที่จะต้องจำแนกบุคคล ออกเป็นหลายกลุ่ม เช่น เด็กและเยาวชน ข้าราชการ คนพิการ พระภิกษุสงฆ์ จากนั้นจึงปฏิบัติต่อ กลุ่มคนประเภทเดียวกันด้วยมาตรการและมาตรฐานเดียวกัน เช่นนี้จึงเป็นการเลือกปฏิบัติที่เป็น ธรรม<sup>๖</sup> ตัวอย่างเช่น การสำรองที่นั่งบนรถโดยสารสาธารณะให้คนพิการ เด็ก สตรีมีครรภ์ การอำนวยความสะดวกแก่ผู้พิการด้วยการมีทางพิเศษหรือลิฟต์ให้ตามสถานที่สาธารณะต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแต่เป็นการเลือกปฏิบัติทั้งสิ้น เพราะมิได้ปฏิบัติหรืออำนวยความสะดวกอย่างเดียวกันนี้ ให้แก่บุคคลทั่วไปทั้งที่มีจำนวนมากกว่า แต่การปฏิบัติที่แตกต่างในกรณีเช่นนี้มีใช้การเลือกปฏิบัติ ที่ไม่เป็นธรรมเพราะคนกลุ่มที่กล่าวมามีลักษณะเฉพาะที่ต้องการการดูแลมากกว่าบุคคลทั่วไป เมื่อย้อนกลับไปที่กรณีการตรากฎหมายคู่ชีวิตเพื่อรับรองสิทธิของคนบางกลุ่มที่ไม่สามารถ จัดทะเบียนสมรสเพื่อก่อตั้งครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ย่อมมิใช่การเลือก ปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อคนกลุ่มอื่น หากแต่การไม่ยอมรับหรือไม่รับรองสถานะการก่อตั้งครอบครัว ของ LGBTQ ให้ชอบด้วยกฎหมายต่างหากที่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยอาศัยเหตุ จากความแตกต่างในเรื่อง “เพศ” เป็นข้ออ้าง ผู้เขียนมีความเห็นว่าเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติ คู่ชีวิตฯ ที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้นแม้ว่าจะไม่สามารถ “ขจัด” ความเหลื่อมล้ำด้วยเหตุแห่งเพศได้ทั้งหมดก็ตาม แต่ก็เป็นการ “เลือกปฏิบัติเพื่อลด ความเหลื่อมล้ำที่มีอยู่” หรือ Positive Discrimination ดังนั้น หากรัฐไม่จำเป็นต้องรอให้ ประชาชนพิการทั่วประเทศเพื่อที่จะมีกฎหมายรับรองสิทธิบางประการให้แก่คนพิการ ไม่ต้องรอให้ สูงวัยกันทั่วประเทศ เพื่อรับรองสิทธิบางประการให้แก่ผู้สูงอายุฉันใด รัฐก็สมควรที่จะรับรอง สถานะทางกฎหมายให้กับครอบครัวของคนเพศเดียวกันฉันนั้น

คนกลุ่มใดที่จะได้รับประโยชน์จาก  
ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ....

ร่างพระราชบัญญัติฯ เป็นกฎหมายที่จะใช้ บังคับกับ “คู่ชีวิต” ซึ่งหมายถึง บุคคลสองคน ซึ่งเป็นเพศเดียวกันโดยกำเนิด คือ ไม่ใช่กับ กรณีที่ทั้งสองเป็นบุคคลข้ามเพศ (transgender) ด้วยกันทั้งคู่และประสงค์จะก่อตั้งครอบครัว

ตามกฎหมาย เพราะสามารถจดทะเบียนสมรสได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เช่น

<sup>๖</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ ๓, น. ๕๒ - ๕๔.

บุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นชาย ต่อมาข้ามเพศเป็นหญิง อาจผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ก็ได้ มีความประสงค์จะก่อตั้งครอบครัวกับบุคคลที่มีเพศกำเนิดเป็นหญิงแต่ต่อมาข้ามเพศเป็นชาย ไม่ว่าจะแปลงเพศแล้วหรือไม่ก็ตาม แต่กฎหมายนี้จะใช้กับกรณีที่บุคคลเพศกำเนิดเป็นชายทั้งคู่ (หรือหญิงทั้งคู่) มีความประสงค์จะก่อตั้งครอบครัวแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่รับรองสิทธิในเรื่องนี้ ส่วนรสนิยมทางเพศของบุคคลแต่ละคนนั้นจะไม่ถูกนำมาพิจารณาประกอบ คงพิจารณาตามเพศกำเนิดเท่านั้น เช่น บุคคลที่เป็น bisexual หรือ metrosexual ถ้าประสงค์จะจดทะเบียนตามกฎหมายคู่ชีวิต ก็ต้องเป็นการจดทะเบียนกับบุคคลที่มีเพศกำเนิดเหมือนกันกับตนเท่านั้น หากเป็นกรณีบุคคลที่มีเพศกำกวม คือ มีสองอวัยวะเพศตั้งแต่กำเนิด (มีรังไข่และมีอัณฑะ) ตามปกติแล้วเมื่อร่างกายเจริญเติบโตเข้าสู่วัยเจริญพันธุ์ก็จะเข้ารับการผ่าตัดเพื่อคงไว้ซึ่งอวัยวะเพศเดียวเท่านั้นหมายความว่า บุคคลนั้นได้แสดงเจตนาเลือกเพศของตนแล้ว หากจะจดทะเบียนตามกฎหมายคู่ชีวิตก็ต้องเป็นการจดทะเบียนกับบุคคลเพศเดียวกันกับตนภายหลังจากที่ได้ผ่าตัดเลือกเพศแล้ว

### ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... กำหนดสิทธิหน้าที่ในเรื่องใดไว้บ้าง

๑) กำหนดการจดทะเบียนและความเป็นโมฆะของการจดทะเบียน สัญชาติของผู้ที่จะจดทะเบียนตามกฎหมายไทยได้<sup>๗</sup> กรณีที่ต้องห้ามจดทะเบียน เช่น คนวิกลจริต ญาติสืบสายโลหิต เกณฑ์อายุขั้นต่ำที่จะจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ คือ ๑๗ ปีบริบูรณ์เช่นเดียวกับการสมรส รวมถึงห้ามกรณีที่บุคคลนั้นมีคู่ชีวิตหรือสมรสอยู่แล้วมาจดทะเบียนคู่ชีวิตเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาการจดทะเบียนซ้อน ไม่ว่าจะทะเบียนคู่ชีวิตซ้อนคู่ชีวิต หรือทะเบียนคู่ชีวิตซ้อนทะเบียนสมรส ก็ล้วนแต่ต้องห้ามทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ ในการยกร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ จึงจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๔๕๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้สอดคล้องกัน คือ ห้ามผู้ที่จดทะเบียนสมรสอยู่มาจดทะเบียนคู่ชีวิต ห้ามผู้ที่จดทะเบียนคู่ชีวิตแล้วไปจดทะเบียนสมรสกับบุคคลอื่นอีก และห้ามผู้ที่จดทะเบียนคู่ชีวิตแล้วจดทะเบียนคู่ชีวิตกับบุคคลอื่นอีก หากฝ่าฝืนจะมีผลให้การจดทะเบียนคู่ชีวิตเป็นโมฆะ บุคคลผู้มีส่วนได้เสียยกขึ้นกล่าวอ้างได้ หรือจะร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาว่าทะเบียนคู่ชีวิตเป็นโมฆะก็ได้ นอกจากนี้ยังได้กำหนดสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนหรือค่าเลี้ยงชีพอันเนื่องมาจากการจดทะเบียนคู่ชีวิตโดยสุจริตแต่การจดทะเบียนนั้นเป็นโมฆะเพราะลักษณะต้องห้ามในเรื่องสัญชาติของอีกฝ่าย

<sup>๗</sup> โปรตดู รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, “จุดเกาะเกี่ยวของ Civil Partnership และการสมรสกับรัฐที่รับจดทะเบียน: หลักถิ่นที่อยู่”, ใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒน์พานิช (บรรณาธิการ) *सानฝัน 60 ปี อาจารย์แหวน : รศ. ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร ผู้สานฝันคนไร้สัญชาติ* (๒๕๖๒) ๒๔๓.

๒) การบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์เมื่อจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิต กำหนดเรื่องภูมิลำเนา ร่วมกันของคู่ชีวิต ได้แก่ ถิ่นที่อยู่ที่คู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว เว้นแต่ คู่ชีวิต ฝ่ายใดได้แสดงเจตนาให้ปรากฏว่ามีภูมิลำเนาแยกต่างหากจากกัน

๓) บัญญัติรองรับปัญหาเรื่องคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งกลายเป็นคนไร้ความสามารถหรือ คนเสมือนไร้ความสามารถ เช่นนี้ คู่ชีวิตอีกฝ่ายสามารถร้องขอให้ศาลสั่งหรือเพิกถอนคำสั่งให้ คู่ชีวิตอีกฝ่ายเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถเช่นเดียวกับคู่สมรสตาม มาตรา ๒๘ มาตรา ๓๑ มาตรา ๓๒ มาตรา ๓๓ และมาตรา ๓๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์

๔) หากคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ไม่อยู่ตามมาตรา ๔๘ แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ คือ จู่ ๆ ก็หายไปอย่างไร้ร่องรอย และมีการจัดทำบัญชีทรัพย์สินของคู่ชีวิต ผู้ไม่อยู่ ให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิและสถานะเช่นเดียวกับคู่สมรสตามมาตรา ๕๓ แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์

๕) การให้ในการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตจะถอนคืนเพราะเหตุเนรคุณไม่ได้ ไม่ว่าจะ ให้ของขวัญ ให้ทรัพย์สินเงินทอง ของมีค่าอย่างใด เช่น ให้ของขวัญรับไหว้ในวันจดทะเบียน คู่ชีวิต

๖) ให้อำนาจจัดการแทนผู้เสียหาย ฟ้องคดีแทนอีกฝ่าย ดำเนินคดี ต่างผู้ตาย โดยเขียนให้คู่ชีวิตมีอำนาจจัดการแทนผู้เสียหายเช่นเดียวกับสามีหรือภริยาตาม มาตรา ๓ และมาตรา ๕ (๒) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น แจ้งความ ร้องทุกข์เมื่ออีกฝ่ายถูกทำร้ายร่างกาย เป็นโจทก์ฟ้องหรือถอนฟ้องคดีอาญา เป็นโจทก์ฟ้อง คดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาและถอนฟ้องได้ หรือยอมความในคดีความผิดต่อส่วนตัว และหากคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งฟ้องร้องคดีอาญาในศาลและเกิดเสียชีวิตไประหว่างที่คดียังไม่สิ้นสุด ร่างกฎหมายคู่ชีวิตก็ให้ฝ่ายที่ยังมีชีวิตมีอำนาจดำเนินคดีต่างผู้ตายต่อไปเช่นเดียวกับสามีหรือภริยา ตามมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

### เหตุใดจึงไม่เขียนเรื่องความยินยอม ในการรักษาพยาบาลหรือการเข้ารับ การผ่าตัดในกฎหมายคู่ชีวิต

กระทรวงสาธารณสุขยืนยันว่า แม้แต่กรณีของสามี ภริยา คือ ผัวเมียตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ก็ได้กำหนดรับรองเรื่องเหล่านี้ไว้ ในกฎหมายใด ๆ ที่กระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้รับผิดชอบ เพราะการให้ความยินยอมนั้นอยู่ในแบบฟอร์มที่ โรงพยาบาลนำมาให้คนไข้หรือญาติกรอกและแพทย์

ผู้ทำการรักษาย่อมพิจารณาตามความร้ายแรงในแต่ละกรณี ในบางครั้งอาจมีกรณีที่ดีต่อญาติ ไม่ได้ หากแพทย์เห็นว่าร้ายแรงต้องได้รับการช่วยเหลือด้วยการผ่าตัดฉุกเฉิน ก็ต้องช่วยเหลือทันที มิใช่รอจนกว่าจะติดต่อญาติได้ ซึ่งกรณีของคู่ชีวิตก็มีได้ต่างกัน จึงไม่จำเป็นต้องเขียนทุกเรื่อง

*เอาไว้ในกฎหมาย* และเมื่อประกาศใช้กฎหมายคู่ชีวิตแล้วก็สามารถปรับเปลี่ยนแบบฟอร์มของสถานพยาบาลให้ครอบคลุมถึงคู่ชีวิตได้

๗) **กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่ชีวิต** กล่าวคือ มีหน้าที่อยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวและช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน หากไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุข กฎหมายได้กำหนดทางออกไว้ให้ด้วยการเลิกคู่ชีวิต

๘) **ระบบทรัพย์สินของคู่ชีวิต** รับรองสัญญาจัดการทรัพย์สินก่อนจดทะเบียนคู่ชีวิต ประเภทของสินส่วนตัว ทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนการเป็นคู่ชีวิต ได้แก่ทรัพย์สินที่เป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัว เครื่องแต่งกาย หรือเครื่องประดับกายตามควรแก่ฐานะ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทรัพย์สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างการเป็นคู่ชีวิตโดยการรับมรดกหรือโดยการให้โดยเสน่หา และยังสามารถกำหนดประเภทของทรัพย์สินร่วมกันของคู่ชีวิต เช่น ทรัพย์สินที่คู่ชีวิตได้มาระหว่างการเป็นคู่ชีวิต ดอกผลที่เกิดจากสินส่วนตัวของทั้งคู่ หรือกรณีที่มีผู้ทำพินัยกรรมทรัพย์สินให้โดยระบุชัดเจนว่ามอบให้ทั้งคู่ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าทรัพย์สินใดเป็นของใคร

๙) **การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต** ซึ่งมีได้หลายกรณีไม่ว่าจะเกิดจากโมฆียกรรมของการจดทะเบียนคู่ชีวิต การเลิกโดยความยินยอม เหตุในการฟ้องเลิกคู่ชีวิตซึ่งล่อมาจากเหตุหย่าตามมาตรา ๑๕๑๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ได้แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วยอีกทางหนึ่ง โดยเพิ่มเหตุฟ้องหย่าในมาตรา ๑๕๑๖ (๑) ในกรณีที่สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทันคู่ชีวิต หรือกระทำความผิดหรือยอมรับการกระทำของผู้อื่นเพื่อสนองความใคร่ของตนหรือผู้อื่นเป็นอาจ

*หากสามีของท่านได้อุปการะเลี้ยงดูชายอื่นฉันทันคู่ชีวิต ท่านสามารถฟ้องหย่าได้ หรือหากภริยาท่านยอมรับการกระทำจากหญิงอื่น เพื่อสนองความใคร่ของตนเป็นอาจ ท่านสามารถฟ้องหย่าได้เช่นกัน*

**หมายเหตุ - คำว่า “สามีภริยา” เป็นคำศัพท์ทางกฎหมายที่ใช้เรียกชายหญิงที่ได้ “จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” หากอยู่กินกันโดยมิได้จดทะเบียนจะไม่เรียกว่าสามีภริยา**

๑๐) **การรับบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิต**<sup>๔</sup> ผู้เขียนยอมรับว่าเป็นประเด็นอ่อนไหวเนื่องจากกระทบต่อบุคคลอื่นนอกเหนือไปจากตัวบุคคลสองคนที่จดทะเบียนคู่ชีวิต อย่างไรก็ตามเรื่องนี้เป็นข้อเสนอที่กระทรวงยุติธรรมได้เสนอเพิ่มเติมมาในชั้นการตรวจพิจารณาร่าง ทำให้ต้องเสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเพื่อความเห็นชอบในหลักการอีกครั้ง ซึ่งคณะรัฐมนตรีมิได้

<sup>๔</sup> โปรตตุ รัชนิกร ลาภวิชชา พรหมศักดิ์, “ปฏิรูปการรับบุตรบุญธรรมในกฎหมายไทย: การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิต” (๒๕๖๓) ๔ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๘๐๕.

ขัดข้องในหลักการที่เพิ่มมานี้<sup>๙</sup> สาระสำคัญของ การรับบุตรบุญธรรมโดยคู่ชีวิตนั้น เป็นเรื่องของการรับบุตรบุญธรรมของอีกฝ่ายมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนซึ่งอาศัยหลักการเดียวกันกับกรณีของคู่สมรส กล่าวคือ หากคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งประสงค์จะรับผู้เยาว์ซึ่งเป็นบุตรบุญธรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ก่อนมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วยก็สามารถทำได้ โดยจะต้องได้รับความยินยอมของคู่ชีวิตฝ่ายที่เป็นผู้รับบุตรบุญธรรมอยู่แล้ว และมีให้นำมาตรา ๑๕๙๘/๒๑<sup>๑๐</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับ ที่ยอมให้ทำได้เช่นนี้ก็เนื่องมาจากเห็นว่าบุตรบุญธรรมนั้นถึงอย่างไรก็ต้องอยู่ร่วมชายคาเดียวกันกับผู้ที่มีสถานะเป็นคู่ชีวิตของบิดาบุญธรรมหรือมารดาบุญธรรมของตนเป็นครอบครัวเดียวกันอยู่ดี หากจะให้อีกฝ่ายรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมของตนด้วยโดยความยินยอมของคู่ชีวิตฝ่ายที่รับบุตรบุญธรรมอยู่ก่อน ก็มิได้ทำให้เด็กเสียประโยชน์แต่อย่างใด เพื่อที่ทั้งคู่จะได้ช่วยกันอุปการะเลี้ยงดูเด็กร่วมกันต่อไป ขอให้สังเกตว่าร่างพระราชบัญญัติมิได้เปิดโอกาสให้คู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งสามารถจดทะเบียนรับบุตรสืบสายโลหิตหรือบุตรแท้ ๆ ของอีกฝ่ายมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ ด้วยเหตุผลเดียวกันกับกรณีของคู่สมรส<sup>๑๑</sup> นั่นคือ จะทำให้มีปัญหาการใช้อำนาจปกครอง เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่แท้จริงถ่ายโอนไปยังบิดาหรือมารดาบุญธรรมทันทีที่มีการจดทะเบียนรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม ส่วนในรายละเอียดอื่น ๆ ที่มิได้เขียนไว้ในกฎหมายคู่ชีวิต ก็ให้ย้อนกลับไปใช้เรื่องการรับบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยอนุโลม

**๑๑) การรับมรดกของคู่ชีวิต** มีการจัดคู่ชีวิตฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่เอาไว้ใน “ลำดับการรับมรดกเช่นเดียวกับคู่สมรส” กล่าวคือ เมื่อคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ให้คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับคู่สมรสตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๖ นอกจากนี้ หากคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่งกระทำการอันไม่สมควรก็จะถูกจำกัดมิให้รับมรดก

<sup>๙</sup> มติคณะรัฐมนตรี เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... กระทรวงยุติธรรม (๘ กรกฎาคม ๒๕๖๓)

<sup>๑๐</sup> มาตรา ๑๕๙๘/๒๑ “การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะกระทำต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบิดาและมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองต้องได้รับความยินยอมของมารดาหรือบิดาซึ่งยังมีอำนาจปกครอง

ถ้าไม่มีผู้มิอำนาจให้ความยินยอมดังกล่าวในวรรคหนึ่ง หรือมีแต่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนไม่สามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมได้ หรือไม่ให้ความยินยอมและการไม่ให้ความยินยอมนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์มารดาหรือบิดาหรือผู้ประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมหรืออัยการจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่งก็ได้”

<sup>๑๑</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้เปิดโอกาสให้คู่สมรสใหม่ของชายหรือหญิงรับบุตรสืบสายโลหิตของชายหรือหญิงนั้นเป็นบุตรบุญธรรมของตนได้ คือ กฎหมายปัจจุบันห้ามรับบุตรที่ติดมากับสามีใหม่หรือภรรยาใหม่มาเป็นบุตรบุญธรรมนั่นเอง การร่างกฎหมายคู่ชีวิตจึงมิได้เปลี่ยนแปลงเรื่องนี้ให้ต่างไปจากที่เป็นอยู่เดิมแต่ประการใด

ฐานเป็นผู้ไม่สมควร เช่น ปลอมพินัยกรรม เพราะต้องการได้รับประโยชน์ หรือทำลายพินัยกรรม เพราะไม่ได้รับประโยชน์ หรือปกปิดพินัยกรรมเพราะไม่ได้รับทรัพย์ใด ๆ หรือหากคู่ชีวิตฝ่ายหนึ่ง ต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าได้เจตนากระทำ หรือพยายามกระทำให้เจ้ามรดก (คู่ชีวิตอีกฝ่าย) หรือผู้มีสิทธิได้รับมรดกก่อนตนถึงแก่ความตายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย คู่ชีวิตฝ่ายที่กระทำการตามที่กล่าวมาก็จะถูกตัดหรือกำจัดมิได้รับมรดกของอีกฝ่าย

หากคู่ชีวิตเป็นผู้เขียนพินัยกรรมให้แก่คู่ชีวิตอีกฝ่าย หรือได้มาเป็นพยานในพินัยกรรมของคู่ชีวิตอีกฝ่าย คู่ชีวิตที่ยังมีชีวิตอยู่จะเป็นผู้รับทรัพย์ตามพินัยกรรมของฝ่ายที่เสียชีวิตไม่ได้

*นี่คือสาระสำคัญที่เขียนไว้ในร่างพระราชบัญญัติ คู่ชีวิต พ.ศ. .... จริงอยู่ที่ว่าร่างกฎหมายนี้มิได้ ให้สิทธิและมีได้กำหนดหน้าที่ทุกประการให้ คู่ชีวิตเหมือนคู่สมรส แต่ก็กล่าวได้ว่าเป็น ก้าวแรกของการรับรอง “สถานะตามกฎหมาย” ให้แก่ครอบครัวของผู้ที่มีเพศเดียวกัน ส่วนก้าวต่อไปจะเป็นอย่างไร ขึ้นอยู่กับสภาพสังคมไทย ในขณะนั้น*

แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. .... จะมีใช้กฎหมายที่สมบูรณ์แบบที่สุด<sup>๑๒</sup>... แต่ก็เกิดจากความตั้งใจอันดีของหน่วยงานและรัฐบาลที่จะรับรองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของคนเพศเดียวกันให้ชอบด้วยกฎหมาย ท้ายที่สุดนี้ หากผู้อ่านยังไม่อาจเปิดใจยอมรับสถานะตามกฎหมายของครอบครัวที่มาจากกลุ่ม LGBTQ ได้ ผู้เขียนขอฝากให้ตรองดูว่าในการอยู่ร่วมกันของคนหมู่มากเป็นสังคม

เป็นประเทศ ย่อมมีความจำเป็นอยู่ในตัวที่จะต้องยอมรับหรืออดทนต่อความไม่สะดวกใจบางเรื่องที่เกิดจากคนกลุ่มอื่นในสังคม การเคารพซึ่งกันและกันเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้สังคมสงบสุข การเคารพในการเลือกเพศวิถีของบุคคลอื่นก็เช่นกัน แม้จะเป็นคนกลุ่มน้อยแต่ก็มีสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ต่างไปจากคนกลุ่มใหญ่ในประเทศ และหากการยอมรับความไม่สะดวกใจบางประการนั้นเป็นไปเพื่อให้คนบางกลุ่มสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีและมีคุณค่าในตนเองก็นับเป็นเรื่องที่สมควรมิใช่หรือ หากคำนึงถึงความเจ็บปวดทางจิตใจที่บุคคลหนึ่งถือกำเนิดมาเป็นเพศหนึ่งแต่

<sup>๑๒</sup> ผู้เขียนเห็นว่ายังมีอีกหลายประเด็นที่สามารถพัฒนาให้ก้าวหน้าได้อีก เพื่อความครบถ้วนในการใช้บังคับกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น ควรมีเรื่องของการรับรองการสมรสหรือการจดทะเบียนคู่ชีวิตที่ได้กระทำในต่างประเทศในลักษณะต่างตอบแทน (โปรดดูเพิ่มเติม รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, “การรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ” (๒๕๖๒) ๒ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๓๑๐.) ในเรื่องของกฎหมายขัดกัน (conflict of laws) ผู้เขียนเห็นว่าควรมีกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายมาเขียนไว้ในร่างพระราชบัญญัตินี้ แต่ถึงแม้ว่าผู้เขียนจะมีความเห็นแตกต่างไปจากคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นที่กล่าวมา ก็คงเป็นเพียงความแตกต่างในรายละเอียดปลีกย่อยเท่านั้น มิได้เป็นอุปสรรคในการขับเคลื่อนกฎหมายฉบับนี้แต่ประการใด แต่อุปสรรคของการผลักดันกฎหมายนี้กลับมิใช่ประเด็นข้อกฎหมาย หากแต่เป็นเรื่องทัศนคติในทางลบที่มีต่อกลุ่ม LGBTQ เสียเป็นส่วนใหญ่

พึงพอใจและมีความรู้สึกว่าคุณเป็นอีกเพศหนึ่ง จนทำให้ต้องใช้ชีวิตอยู่ในสังคมโดยไม่ได้รับการยอมรับ บางคนอาจไม่ได้รับการยอมรับจากครอบครัวของตน จากคนรอบข้าง ถูกดูหมิ่นด้วยคำพูด ถูกรังเกียจเดียดฉันท์ ถูกลดทอนคุณค่าในฐานะมนุษย์ การได้รับการยอมรับจากกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่จะทำให้เยียวยาความเจ็บปวดของเพื่อนมนุษย์กลุ่มนี้ให้มีความเสมอภาคกับกลุ่มอื่น ๆ ได้ ขอเพียงท่านผู้อ่านเปิดใจยอมรับด้วยความประนีประนอมและมีความเมตตาเป็นที่ตั้ง หากเป็นไปได้เช่นนี้ สันติภาพย่อมบังเกิดในสังคม สำหรับผู้อ่านที่ยังคงคัดค้านว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตฯ มิใช่การสมรส จะเรียกว่าเท่าเทียมกันได้อย่างไรนั้น ขอให้เปิดใจมองว่าร่างนี้เป็นก้าวแรกเพื่อลดความเหลื่อมล้ำในสังคม หากการเลิกทาสมิได้สำเร็จได้เพียงชั่วข้ามคืนฉันใด การผลักดันกฎหมายคู่ชีวิตเพื่อสร้างความเท่าเทียมระหว่างเพศย่อมต้องใช้เวลาฉันนั้น



บทวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ:  
อำนาจในการออกประกาศคณะกรรมการสำรวจการกักตุนโรคภัยเพื่อขยายระยะเวลา  
สำรวจการกักตุนโรคภัยของพนักงานเจ้าหน้าที่ (เรื่องเสร็จที่ ๘๒/๒๕๖๔)\*

สุกฤตา ฉัตรพรณกุล\*\*

## ๑. บทนำ

หนึ่งในบทบาทของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีความสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดินคือการรับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี โดยผลของการพิจารณาข้อหารือต่าง ๆ นั้น นอกจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เป็นเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดินแล้ว หากได้ศึกษารายละเอียดของความเห็นดังกล่าว จะได้เรียนรู้หลักวิชาทางกฎหมายและนิติวิธีที่สะท้อนอยู่ในการให้ความเห็นทางกฎหมายนั้น อันจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการศึกษาและปฏิบัติงานในวิชาชีพนักกฎหมายต่อไป

ในบทความนี้ จะได้ศึกษาวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ เรื่องอำนาจในการออกประกาศคณะกรรมการสำรวจการกักตุนโรคภัยเพื่อขยายระยะเวลาสำรวจการกักตุนโรคภัยของพนักงานเจ้าหน้าที่ (เรื่องเสร็จที่ ๘๒/๒๕๖๔) โดยมุ่งเน้นเฉพาะประเด็นปัญหาการตรากฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้ ได้แบ่งเนื้อหาออกเป็น ๔ ส่วน ได้แก่ สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวโดยสังเขป แนวความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง แนวความคิดและหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ และบทสรุปและข้อเสนอแนะ

## ๒. สรุปความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๘๒/๒๕๖๔

**ความเป็นมา** คณะกรรมการสำรวจการกักตุนโรคภัยได้มีคำสั่งที่ ๑/๒๕๖๓ แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติสำรวจการกักตุนโรคภัย พ.ศ. ๒๕๕๗ และได้มีประกาศคณะกรรมการฯ เพื่อกำหนดระยะเวลาทำการสำรวจการกักตุนโรคภัยของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยให้ปฏิบัติหน้าที่ตั้งแต่วันที่ออกประกาศจนถึงวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๖๓ ต่อมาในการประชุมครั้งที่ ๒/๒๕๖๓ คณะกรรมการฯ ได้มีมติเห็นชอบให้ขยายระยะเวลาทำการสำรวจการกักตุนโรคภัยของพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างต่อเนื่องภายใต้สถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา

\*บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\*นักกฎหมายกฤษฎีกาปฏิบัติการ กองกฎหมายไทย และปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายกฎหมายการเมืองการปกครอง กองกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดิน อีกหน้าที่หนึ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กุมภาพันธ์ ๒๕๖๔)

๒๐๑๙ โดยกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ในการสำรวจการกักตุนโรคภัยตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม ๒๕๖๔ ถึงวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๖๔ กรมการปกครองซึ่งได้รับมอบหมายจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้หารือมายังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในประเด็นการออกประกาศดังกล่าว

**ประเด็นของการหารือ** การออกประกาศคณะกรรมการสำรวจการกักตุนโรคภัยเพื่อกำหนดระยะเวลาทำการสำรวจการกักตุนโรคภัยข้างต้นสามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือจะต้องออกเป็นกฎกระทรวงตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติสำรวจการกักตุนโรคภัยฯ

**คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๕)** ได้พิจารณาให้ความเห็นโดยสามารถแยกเป็น ๒ ส่วน ดังนี้

ส่วนที่หนึ่ง ประเด็นการออกประกาศกำหนดระยะเวลา สรุปลงความได้ว่า เมื่อคณะกรรมการฯ อาศัยอำนาจตามมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติสำรวจการกักตุนโรคภัยฯ มีคำสั่งแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามอำนาจและหน้าที่แทนคณะกรรมการฯ ในท้องที่ที่กำหนดแล้ว ในการปฏิบัติการของพนักงานเจ้าหน้าที่ คณะกรรมการฯ ย่อมสามารถกำหนดระยะเวลาในการสำรวจการกักตุนโรคภัยเพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติ โดยหากพนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติการไม่แล้วเสร็จหรือมีความจำเป็นต้องปฏิบัติการในเรื่องใดแทนคณะกรรมการฯ ต่อเนื่องหรือเพิ่มเติมก็สามารถกำหนดระยะเวลาดำเนินการขึ้นใหม่หรือขยายระยะเวลาที่ได้เคยกำหนดไว้แล้วออกไปได้ตามความเหมาะสม

ส่วนที่สอง ประเด็นปัญหาการออกกฎกระทรวง สรุปลงความได้ว่า เมื่อพระราชบัญญัติสำรวจการกักตุนโรคภัยฯ ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงในเรื่องการกำหนดระยะเวลาทำการสำรวจการกักตุนโรคภัยฯ ดังนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจึงไม่มีอำนาจในการออกกฎกระทรวงกำหนดระยะเวลาทำการสำรวจการกักตุนโรคภัยของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว โดยอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยผู้รักษาการตามกฎหมายตามมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติสำรวจการกักตุนโรคภัยฯ ได้

### ๓. แนวความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาการออกกฎกระทรวงตามเรื่องเสรีจที่ ๘๒/๒๕๖๔

จากการศึกษาแนวความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้วินิจฉัยในประเด็นการตรากฎหมายลำดับรองโดยอาศัยแต่เพียงอำนาจตามมาตรารักษาการนั้น สามารถสรุปสาระและหลักการสำคัญได้ดังนี้

หลักเกณฑ์ในการออกกฎกระทรวงที่มีอยู่ในกฎหมายที่ตราขึ้นในอดีต เช่น พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช ๒๔๗๘ นั้น จะกำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีไว้อย่างกว้างใน

มาตรการรักษาการเท่านั้น แต่ต่อมาหลักเกณฑ์ในการออกกฎกระทรวงได้เปลี่ยนแปลงไป โดยในพระราชบัญญัติจะกำหนดกรอบที่ให้ฝ่ายบริหารออกกฎกระทรวงไว้อย่างชัดเจนว่าจะให้ฝ่ายบริหารออกกฎกระทรวงได้ในเรื่องใดบ้าง<sup>๑</sup> โดยในเรื่องใดไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้ อย่างชัดเจนให้ออกกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎกระทรวงหรือระเบียบ ได้ หน่วยงานจะอาศัยแต่เพียงอำนาจตามมาตรการรักษาการเพียงมาตราเดียวในการออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องที่ไม่มีบทบัญญัติมาตราหนึ่งมาตราใดให้อำนาจไว้นั้น ย่อมกระทำมิได้<sup>๒</sup> เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยผู้รักษาการตามกฎหมายเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดตัวบุคคลผู้มีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองได้เท่านั้น<sup>๓</sup> ทั้งนี้ หากการตรากฎหมายลำดับรองเป็นไปในลักษณะที่กฎหมายแม่บทมิได้บัญญัติให้อำนาจแก่รัฐมนตรีในการตรากฎหมายลำดับรองไว้ จะมีผลเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตของกฎหมายแม่บท<sup>๔</sup>

อนึ่ง ในกฎหมายหลายฉบับได้กำหนดบทบัญญัติทั่วไปที่ให้อำนาจรัฐมนตรีออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ เช่น มาตรา ๕ วรรคหนึ่ง<sup>๕</sup> แห่งพระราชบัญญัติการกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๕๘ โดยถ้อยคำที่ว่า “กิจการอื่น” นี้ อาจทำให้เกิดการตีความขยายความว่ารัฐมนตรีจะออกกฎกระทรวงใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัตินั้นได้ในทุกเรื่อง ทั้งนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๑) ได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช ๒๕๓๗ ในมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง ที่กำหนดว่า “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐการมีอำนาจหน้าที่รักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. ๒๕๕๖ และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม และให้มีอำนาจตั้งเจ้าพนักงาน ออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียม หรือกิจการอื่น เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้” โดยมีความเห็นว่า คำว่า “กิจการอื่น” จะต้องเป็นกิจการที่มีผลในทางปฏิบัติเพื่อให้กิจการเฉพาะเรื่องตามที่พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พุทธศักราช ๒๕๕๖ ให้อำนาจรัฐมนตรีออก

<sup>๑</sup> บันทึก เรื่อง การลดหย่อนภาษีให้แก่ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ออกสลากบำรุงการกุศล เป็นการเฉพาะรายตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช ๒๕๓๘ (เรื่องเสร็จที่ ๕๐๖/๒๕๔๐)

<sup>๒</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ผลใช้บังคับ การแก้ไขเพิ่มเติม และการปรับปรุงกฎหมายลำดับรองที่ออกตามพระราชบัญญัติป้องกันและระงับอัคคีภัย พ.ศ. ๒๕๔๒ (เรื่องเสร็จที่ ๙๐๙/๒๕๕๐)

<sup>๓</sup> บันทึก เรื่อง อำนาจออกระเบียบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบบริหารหมู่บ้านอาสาพัฒนาและป้องกันตนเอง พ.ศ. ๒๕๒๒ (เรื่องเสร็จที่ ๕๒/๒๕๒๓)

<sup>๔</sup> บันทึก เรื่อง การออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ เพื่อยกเว้นค่าธรรมเนียม (เรื่องเสร็จที่ ๓๔๐/๒๕๓๔)

<sup>๕</sup> มาตรา ๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬารักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ และกำหนดกิจการอื่น หรือออกระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงไว้เป็นการเฉพาะเรื่องนั้นสามารถปฏิบัติการให้เป็นไปตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ได้<sup>๖</sup> ดังนั้น จึงเป็นไปตามหลักการที่ว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายแม่บทกำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงในเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะ รัฐมนตรีย่อมไม่สามารถอาศัยเพียงมาตรการรักษาการเพียงมาตราเดียวในการออกกฎกระทรวงในเรื่องนั้นได้

จากการพิจารณาความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องเสรีที่ ๘๒/๒๕๖๔ ในส่วนประเด็นปัญหาการออกกฎกระทรวงนั้น จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๕) ได้วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวโดยได้ยืนยันหลักการตามแนวทางการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ข้างต้น ทั้งนี้ ได้มีการอธิบายถึงหลักการทางกฎหมายที่สำคัญในการออกกฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารว่าจะต้องมีพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทกำหนดกรอบให้ฝ่ายบริหารไว้อย่างชัดเจนว่าจะให้ออกกฎกระทรวงในเรื่องใดบ้าง โดยไม่อาจอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติว่าด้วยผู้รักษาการตามกฎหมายเพียงมาตราเดียวในการออกกฎกระทรวงได้

#### ๔. แนวความคิดและหลักการทางกฎหมายที่สำคัญ

จากการศึกษาวิเคราะห์แนวความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่า มีแนวความคิดและหลักการทางกฎหมายที่สำคัญสะท้อนอยู่ในแนวความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว อันได้แก่ หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจและหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถพิจารณาได้ดังนี้

**หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ** เป็นหนึ่งในหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ และเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย มีความมุ่งหมายที่จะมิให้เกิดการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่องค์กรใดองค์กรเดียวหรือที่บุคคลใดเพียงคนเดียว เนื่องจากเมื่ออำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดอยู่ที่ใดแล้ว อาจนำไปสู่การใช้อำนาจโดยมิชอบ จึงจำเป็นต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อเกิดการถ่วงดุลและตรวจสอบซึ่งกันและกันและเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเบื้องต้น<sup>๗</sup> ทั้งนี้ ตามหลักการทั่วไปแล้ว สามารถแบ่งการใช้อำนาจได้เป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยในส่วนของที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับประเด็นปัญหาการออกกฎกระทรวงตามเรื่องเสรีที่ ๘๒/๒๕๖๔ นี้ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

โดยที่อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจในการตรากฎหมายอันเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ใช้บังคับในสังคมและมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น ในรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงยอมรับให้องค์กรที่ใช้อำนาวดังกล่าวต้องมาจากผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งจาก

<sup>๖</sup> บันทึกร่างเรื่อง ร่างกฎกระทรวง ฉบับที่ .. (พ.ศ. ....) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช ๒๔๗๗ (เรื่องเสรีที่ ๔๙๖/๒๕๒๗)

<sup>๗</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ* (พิมพ์ครั้งที่ ๒, สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๑) หน้า ๖๙-๗๐.

เสียงส่วนใหญ่ของประชาชน<sup>๘</sup> เพื่อที่จะสะท้อนเจตจำนงร่วมกันของประชาชน และก่อให้เกิดการยอมรับในกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะแม้อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ สำหรับอำนาจบริหาร เป็นอำนาจในการบริหารจัดการประเทศ โดยการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นหนึ่งในการใช้อำนาจบริหารนั้น เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้บรรลุผล<sup>๙</sup> ดังนั้น โดยหลักการทั่วไป ฝ่ายปกครองจึงมิได้มีหน้าที่ในการตรากฎหมายแต่อย่างใด อย่างไรก็ดี เนื่องจากในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีข้อจำกัดบางประการ เช่น กระบวนการที่ใช้ระยะเวลาอันยาวนาน การไม่สามารถกำหนดรายละเอียดทุกอย่างไว้ในพระราชบัญญัติได้ โดยเฉพาะเรื่องที่มีความซับซ้อนทางเทคนิคหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง จึงมีความจำเป็นในการตรากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่น สามารถปรับใช้กับสถานการณ์และความจำเป็นเร่งด่วนในบางกรณี<sup>๑๐</sup> โดยในส่วนี้ ฝ่ายปกครองจึงสามารถออกกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับเพื่อเป็นเครื่องมือให้การดำเนินการบรรลุผลตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ อย่างไรก็ดี การออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวต้องกระทำภายใต้กรอบที่พระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นผ่านกระบวนการนิติบัญญัติและพิจารณาโดยผู้แทนของประชาชน ได้กำหนดกรอบหรือมอบอำนาจไว้ผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

**หลักความชอบด้วยกฎหมาย** แม้ว่าจะมีการยอมรับให้ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้ในบางกรณีดังกล่าวข้างต้น แต่การออกกฎเกณฑ์เช่นว่านั้นยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการปกครองในนิติรัฐ ทั้งนี้ ฝ่ายปกครองซึ่งมิได้มีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยตรงแต่เป็นองค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายบริหารต้องถูกผูกพันต่อกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย<sup>๑๑</sup> ซึ่งสอดคล้องกับ**หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ** ที่มีหลักการว่า ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจในการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>๑๒</sup>

ทั้งนี้ การออกกฎกระทรวงในเรื่องที่กฎหมายแม่บทไม่ได้กำหนดไว้ว่าให้ออกกฎกระทรวงในเรื่องดังกล่าวได้ ตามประเด็นปัญหาการออกกฎกระทรวงตามเรื่องเสร็จที่ ๘๒/๒๕๖๔ ตลอดจนแนวความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องที่กล่าวมาข้างต้นนั้น

<sup>๘</sup> สุวิทย์ ปัญญาวงศ์, *กฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ ๒, สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๑) หน้า ๑๔๙.

<sup>๙</sup> เฟิงอ้าง, หน้า ๑๕๐-๑๕๑.

<sup>๑๐</sup> ธรรมนิติย์ สุ่มันตกุล, *การร่างกฎหมายเบื้องต้น: แบบของกฎหมาย* (สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๕๘) หน้า ๑๕๙-๑๖๐.

<sup>๑๑</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*, หน้า ๑๑๘.

<sup>๑๒</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ ๓ สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๕๘) หน้า ๔๗๕-๔๗๘.

เป็นการออกกฎหมายลำดับรองที่เกินกว่าอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ (*ultra vires*) ซึ่งหากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นจะเป็นกรณีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากปราศจากอำนาจทางกฎหมายที่จะกระทำได้อันจะนำมาสู่การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎ<sup>๑๓</sup> และนำไปสู่การเพิกถอนโดยศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ได้<sup>๑๔</sup>

อนึ่ง “หลักการไม่สามารถออกกฎหมายลำดับรองที่เกินกว่าอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ได้” ข้างต้นได้รับการยอมรับและยืนยันมาโดยตลอดจากคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะต่าง ๆ เช่น กรณีที่ประชุมใหญ่กรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า ข้อบังคับแพทยสภาที่กำหนดให้ใบอนุญาตสิ้นอายุตามระยะเวลาที่กำหนดและต้องต่ออายุใบอนุญาต โดยไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๕ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทกำหนดให้ใบอนุญาตนั้นต้องมีอายุใบอนุญาตหรือมีการต่ออายุใบอนุญาต เป็นการออกข้อบังคับเกินขอบเขตที่พระราชบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจไว้ แพทยสภาจึงไม่สามารถออกข้อบังคับดังกล่าวได้<sup>๑๕</sup> และกรณีที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑) ได้ให้ความเห็นว่า เนื่องจากมาตรา ๑๕๐ วรรคสี่สองแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กำหนดให้แพทย์และเจ้าพนักงานผู้ทำการชันสูตรพลิกศพมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนหรือค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด โดยบทบัญญัติดังกล่าวมิได้หมายความว่าผู้ช่วยแพทย์หรือผู้ช่วยเจ้าพนักงานผู้ได้ทำการชันสูตรพลิกศพแต่อย่างใด ดังนั้น การที่กระทรวงยุติธรรมออกระเบียบเพื่อกำหนดให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ช่วยดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนฯ จึงเป็นการออกระเบียบที่เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ ไม่สามารถกระทำได้อีก<sup>๑๖</sup>

## ๕. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๘๒/๒๕๖๔ แนวความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง และแนวความคิดและหลักการทางกฎหมายที่

<sup>๑๓</sup> มาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ กำหนดนิยามคำว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

<sup>๑๔</sup> มาตรา ๙ (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ กำหนดให้ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

<sup>๑๕</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การกำหนดให้แพทย์ต่ออายุใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม (เรื่องเสร็จที่ ๔๙/๒๕๔๖)

<sup>๑๖</sup> บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักของเจ้าหน้าที่ผู้ช่วยแพทย์และผู้ช่วยเจ้าพนักงานผู้ได้ทำการชันสูตรพลิกศพตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา ๑๕๐ วรรคสี่สอง (เรื่องเสร็จที่ ๗๑๔/๒๕๖๐)

สำคัญข้างต้น สรุปได้ว่า ในการตรากฎหมายลำดับรองสำหรับเรื่องใดนั้นจะต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นมาตราเฉพาะให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองสำหรับเรื่องนั้น ๆ ไว้ โดยไม่สามารถอาศัยแต่เพียงอำนาจตามมาตรารักษาการซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดตัวบุคคลผู้มีอำนาจเท่านั้นในการออกกฎหมายลำดับรองได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเป็นเครื่องมือที่จำเป็นเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติ กลไกดังกล่าวจึงยังคงมีความจำเป็นต่อการบริหารราชการแผ่นดิน อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเช่นว่านั้นต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตของกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการปกครองในนิติรัฐ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การออกกฎหมายลำดับรองที่เกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้อำนาจไว้ นั้นมีผลให้เกิดการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ ในกรณีที่มีความจำเป็นในการออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องใด และกฎหมายแม่บทมิได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ ในกรณีเช่นว่านั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็สมควรที่จะเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายแม่บทดังกล่าว ในลักษณะการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เพื่อให้เกิดการพิจารณาประเด็นดังกล่าวในกระบวนการทางนิติบัญญัติโดยองค์การที่เป็นผู้แทนของประชาชน ทั้งนี้ การทบทวนและแก้ไขกฎหมายดังกล่าวเป็นการสอดคล้องกับหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐในการสำรวจ ตรวจสอบ และทบทวนกฎหมายและกฎ เพื่อดำเนินการให้ทันสมัยและเหมาะสมกับสภาพการณ์ ตามมาตรา ๓๕<sup>๑๗</sup> แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. ๒๕๔๖ ตลอดจนสอดคล้องกับการประเมินผลที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายและกฎและดำเนินการให้มีกฎหมายที่ทันสมัย และสอดคล้องกับสภาพการณ์ ตามหมวด ๕ การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ อีกด้วย

นอกจากนี้ จากการศึกษาวิเคราะห์ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้นนำมาสู่ข้อเสนอแนะเพื่อประโยชน์ในการร่างกฎหมาย ทั้งในส่วนของผู้ใช้กฎหมายที่จะยกร่างกฎหมาย และในส่วนของผู้กฎหมายกฤษฎีกาผู้มีหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย ดังนี้

(๑) ผู้ร่างกฎหมายสมควรที่จะศึกษาและทำความเข้าใจแนวความคิดและหลักการทางกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงปัญหาทาง

---

<sup>๑๗</sup> มาตรา ๓๕ ส่วนราชการมีหน้าที่สำรวจ ตรวจสอบ และทบทวนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และประกาศ ที่อยู่ในความรับผิดชอบ เพื่อดำเนินการยกเลิก ปรับปรุง หรือจัดให้มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศขึ้นใหม่ ให้ทันสมัยและเหมาะสมกับสภาพการณ์ หรือสอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความสะดวกรวดเร็ว และลดภาระของประชาชนเป็นสำคัญ

ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้ส่วนราชการนำความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะของประชาชนมาประกอบการพิจารณาด้วย

กฎหมายที่เกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และนำปัญหาที่ได้รับการวินิจฉัยดังกล่าว มาพัฒนาต่อยอดเป็นแนวทางในการร่างกฎหมายเพื่ออุดช่องว่างที่อาจเกิดขึ้น ทั้งนี้ ควรศึกษา เพื่อให้เข้าใจถึงเหตุผลที่แท้จริงของแนวทางการร่างกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลจากแนวทางการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ อันจะทำให้สามารถนำมา ใช้ประโยชน์ในการร่างกฎหมายได้อย่างเข้าใจ และเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน

(๒) ในการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ผู้ร่างกฎหมายต้องพิจารณา การดำเนินการตามกฎหมายทั้งโครงสร้าง โดยพิจารณาว่าในการบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุ วัตถุประสงค์จำเป็นต้องออกกฎหมายลำดับรองเพื่อใช้บังคับในเรื่องใดบ้าง ทั้งนี้ เพื่อที่จะสามารถ ระบุให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวไว้ในกฎหมายแม่บทอย่างชัดเจนและครบถ้วน และไม่เกิดปัญหาการออกกฎหมายลำดับรองเกินกว่ากฎหมายแม่บท อีกทั้งเพื่อให้เกิดการ พิจารณาประเด็นดังกล่าวในกระบวนการนิติบัญญัติ ทั้งเรื่องความเหมาะสมและความจำเป็น ในการกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดรายละเอียดในกฎหมายลำดับรองดังกล่าว ตลอดจนมี การกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจเกิดขึ้นในกฎหมายลำดับรองนั้น ให้ชัดเจนในกฎหมายแม่บทอันเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกทางหนึ่ง

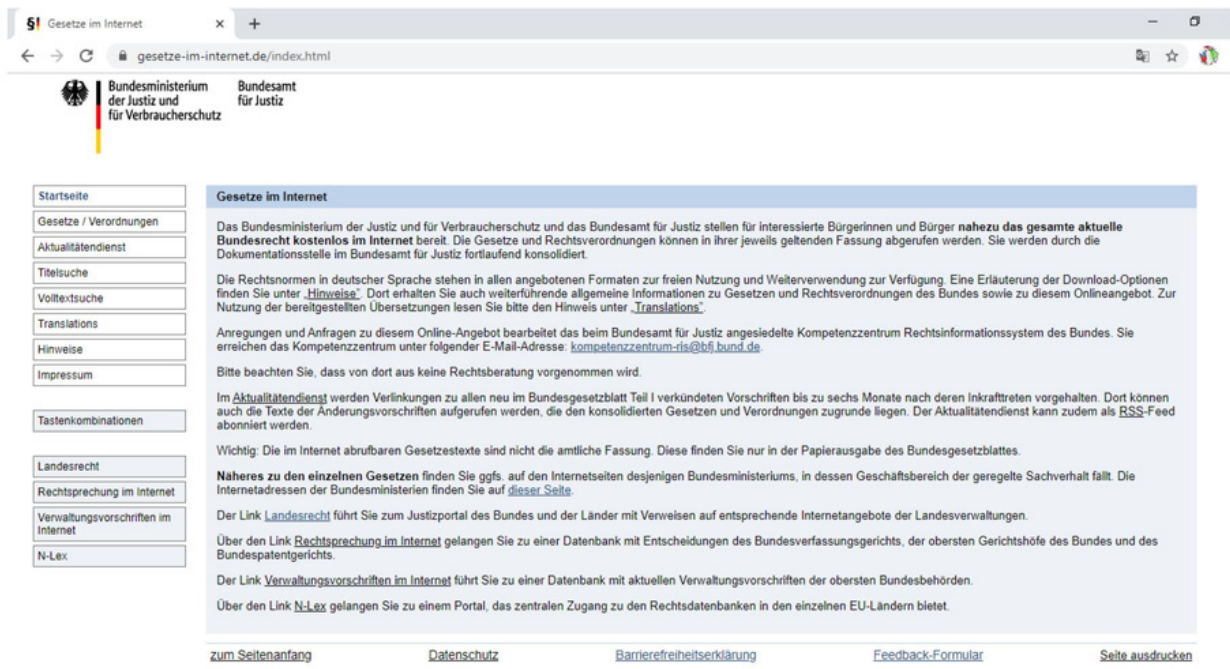
(๓) ในการออกกฎหมายลำดับรอง ผู้ร่างกฎหมายต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วน ว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นมาตราเฉพาะให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง สำหรับเรื่องนั้น ๆ ไว้หรือไม่ หากไม่มีบทบัญญัติดังกล่าว ย่อมไม่สามารถอาศัยแต่เพียงอำนาจตาม มาตราการรักษาการในการออกกฎหมายลำดับรองดังกล่าวได้



## แนะนำเว็บไซต์กฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่สามารถสืบค้นข้อมูลเป็นภาษาอังกฤษ\*

วรณาริ ลิงท์สวุงซ์\*\*

๑. เว็บไซต์ของกระทรวงยุติธรรมและการคุ้มครองผู้บริโภคแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) และกรมกิจการยุติธรรม (Bundesamt für Justiz) ซึ่งรวบรวมกฎหมายระดับสหพันธรัฐที่มีการปรับปรุงข้อมูลให้เป็นปัจจุบันและเผยแพร่ไว้ในเว็บไซต์ <https://www.gesetze-im-internet.de/index.html><sup>๑</sup>



\*บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

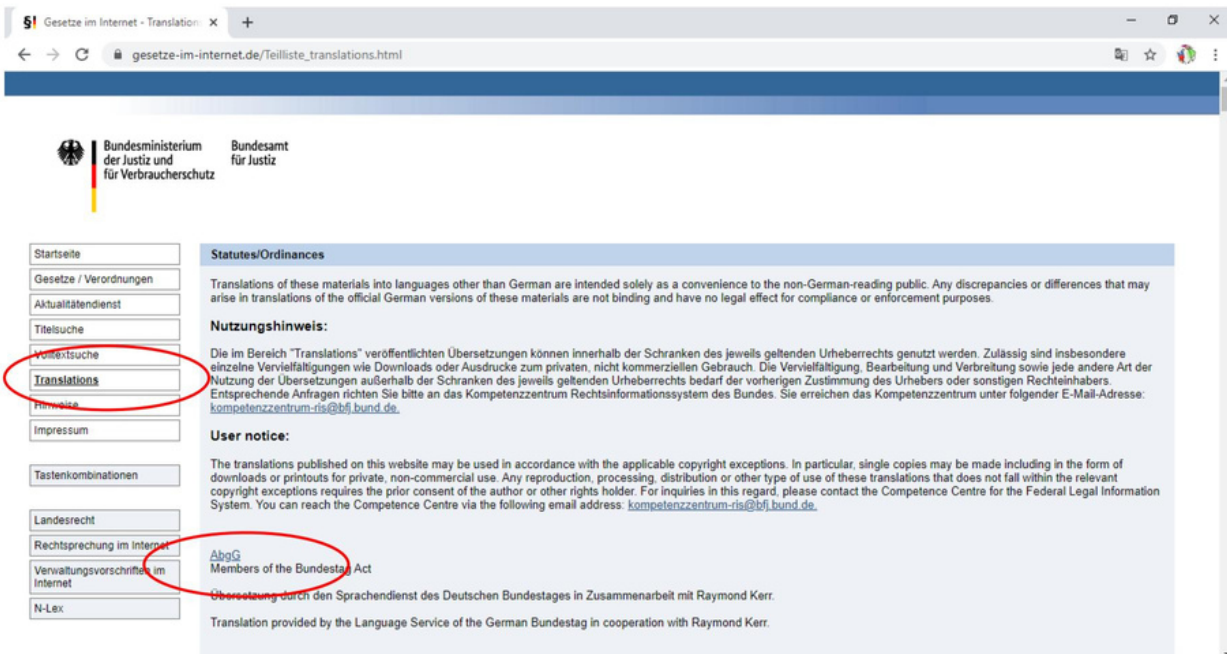
\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>๑</sup>รูปแบบของกฎหมายที่ปรากฏในเว็บไซต์นี้ไม่ใช่รูปแบบการรวบรวมอย่างเป็นทางการที่จะพบได้ในรัฐกิจจานุเบกษา (Bundesgesetzblatt) ซึ่งกฎหมายต้นฉบับสามารถค้นคว้าเพิ่มเติมได้ในเว็บไซต์ <https://www.bgbl.de/>

ภายในเว็บไซต์จะให้บริการข้อมูลทางกฎหมายสำหรับบุคคลทั่วไปเพื่อค้นคว้าและดาวน์โหลดโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ได้แก่ กฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (Gesetz) และระเบียบ (Rechtsverordnung) รวมถึงกฎหมายและระเบียบที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม และยังให้บริการสืบค้นคำพิพากษาของศาลระดับสหพันธรัฐ (Rechtsprechung) ซึ่งข้อมูลโดยส่วนใหญ่จะเป็นภาษาเยอรมัน นอกจากนี้ ยังมีลิงค์เชื่อมโยงไปยังกฎหมายระดับมลรัฐ (Landesrecht) ระเบียบปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) และกฎหมายของประเทศในสหภาพยุโรป (N-Lex)


สำหรับข้อมูลกฎหมายสหพันธรัฐเยอรมนีที่เป็นภาษาอังกฤษ ทำการสืบค้นได้ ๒ วิธี ได้แก่

**วิธีที่หนึ่ง** เลือก Translation จะปรากฏข้อมูลกฎหมายระดับรัฐบัญญัติของสหพันธรัฐที่มีการแปลเป็นภาษาอังกฤษทั้งหมด โดยรายชื่อกฎหมายจะเรียงลำดับตามตัวอักษรตามชื่อย่อของกฎหมายนั้น ๆ เช่น กฎหมายว่าด้วยสมาชิกรัฐสภา หรือ Member of the Bundestag Act ซึ่งมีชื่อย่อในภาษาเยอรมันว่า AbgG โดยมาจากชื่อเต็มว่า Abgeordnetengesetz ดังนั้น หากผู้ใช้บริการไม่ทราบชื่อกฎหมายเป็นภาษาเยอรมันอาจต้องใช้เวลาานาน



เมื่อเลือกชื่อกฎหมายที่ต้องการแล้วจะปรากฏข้อมูลของกฎหมายดังกล่าว ได้แก่ รูปแบบของกฎหมายฉบับเต็มซึ่งเลือกดาวน์โหลดในรูปแบบ HTML หรือ PDF หรือกลับไปยังหน้าของกฎหมายภาษาเยอรมัน นอกจากนี้ ยังมีข้อมูลเกี่ยวกับผู้แปล วันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับหรือมีการแก้ไขเพิ่มเติม เลขที่ประกาศรัฐกิจจานุเบกษา และเค้าโครงของกฎหมายในภาพรวม สำหรับรายละเอียดของกฎหมายสามารถกดเลือกรายมาตรา

**Members of the Bundestag Act (Abgeordnetengesetz)**

Full text in format: [HTML](#) [PDF](#) 

Übersetzung durch den Sprachendienst des Deutschen Bundestages in Zusammenarbeit mit Raymond Kerr.  
 Translation provided by the Language Service of the German Bundestag in cooperation with Raymond Kerr.


Stand: Die Übersetzung berücksichtigt die Änderung(en) des Gesetzes durch Artikel 2 des Gesetzes vom 27. Mai 2020 (BGBl. I S. 1161). Der Stand der deutschsprachigen Dokumentation kann aktueller sein. Vergleichen Sie dazu bitte <http://www.gesetze-im-internet.de/abgg/BJNR102970977.html>.

Version information: The translation includes the amendment(s) to the Act by Article 2 of the Act of 27 May 2020 (Federal Law Gazette I, p. 1161). Translations may not be updated at the same time as the German legal provisions displayed on this website. To compare with the current status of the German version, <http://www.gesetze-im-internet.de/abgg/BJNR102970977.html>.

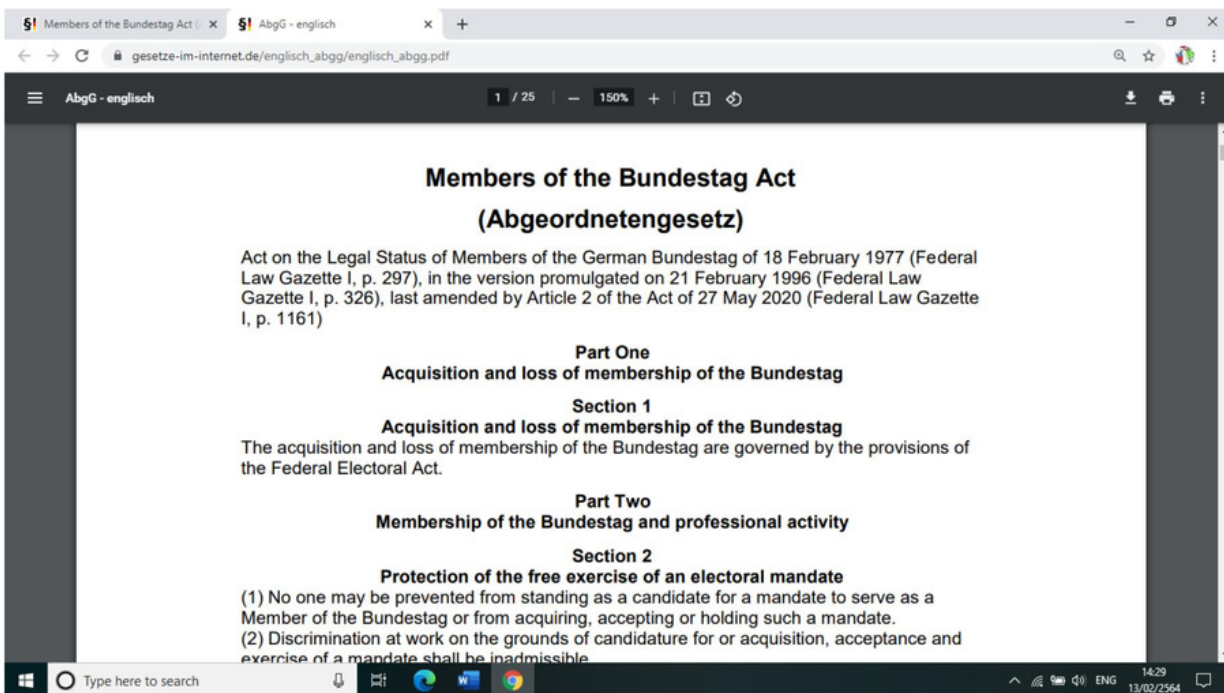
Zur Nutzung dieser Übersetzung lesen Sie bitte den Hinweis unter "Translations".  
 For conditions governing use of this translation, please see the information provided under "Translations".

**Part One**  
**Acquisition and loss of membership of the Bundestag**  
 Section 1 [Acquisition and loss of membership of the Bundestag](#)

**Part Two**  
**Membership of the Bundestag and professional activity**  
 Section 2 [Protection of the free exercise of an electoral mandate](#)  
 Section 3 [Election leave](#)  
 Section 4 [Seniority and length of service](#)



ไฟล์ที่ดาวน์โหลดมาในรูปแบบ PDF จะเป็นกฎหมายทั้งฉบับซึ่งพร้อมสำหรับการทำสำเนาเพื่อนำไปใช้งานต่อไป



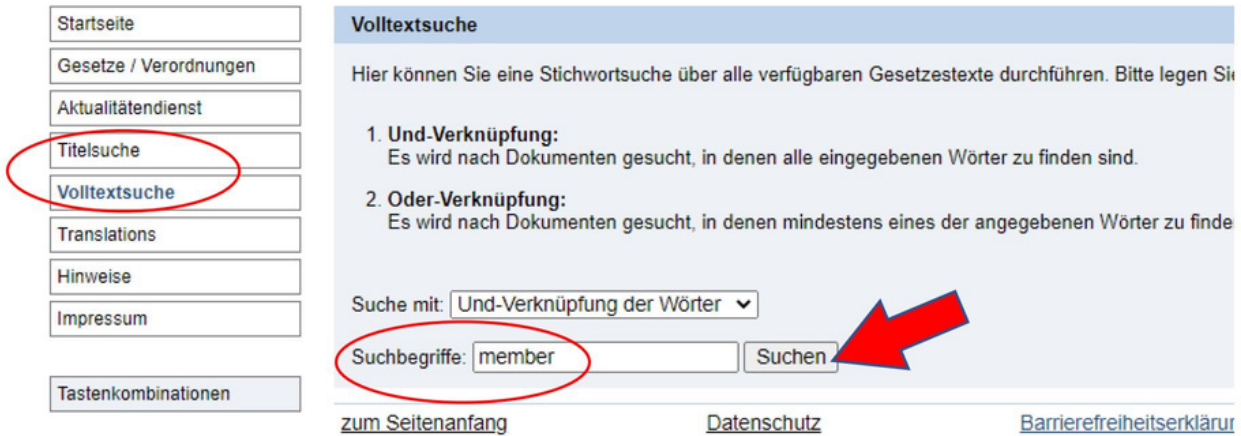
**Members of the Bundestag Act (Abgeordnetengesetz)**

Act on the Legal Status of Members of the German Bundestag of 18 February 1977 (Federal Law Gazette I, p. 297), in the version promulgated on 21 February 1996 (Federal Law Gazette I, p. 326), last amended by Article 2 of the Act of 27 May 2020 (Federal Law Gazette I, p. 1161)

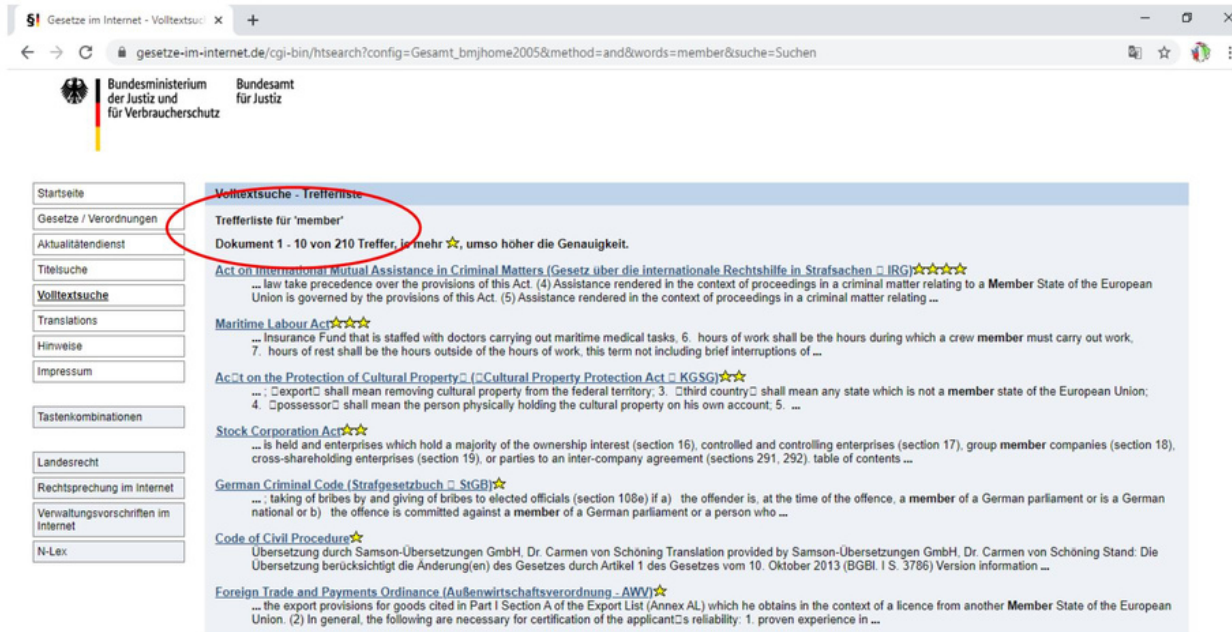
**Part One**  
**Acquisition and loss of membership of the Bundestag**  
**Section 1**  
**Acquisition and loss of membership of the Bundestag**  
 The acquisition and loss of membership of the Bundestag are governed by the provisions of the Federal Electoral Act.

**Part Two**  
**Membership of the Bundestag and professional activity**  
**Section 2**  
**Protection of the free exercise of an electoral mandate**  
 (1) No one may be prevented from standing as a candidate for a mandate to serve as a Member of the Bundestag or from acquiring, accepting or holding such a mandate.  
 (2) Discrimination at work on the grounds of candidature for or acquisition, acceptance and exercise of a mandate shall be inadmissible.

**วิธีที่สอง** ผู้ใช้งานสามารถสืบค้นกฎหมายระดับรัฐบัญญัติของสหพันธรัฐที่มีการแปลเป็นภาษาอังกฤษได้โดยการใช้คำค้น ซึ่งคำค้นหรือคำสำคัญดังกล่าวสามารถเลือกให้ค้นหาจากหัวเรื่อง (Titelsuche) หรือเนื้อหาของกฎหมาย (Volltextsuche) ได้ โดยกรอกคำค้นหรือคำสำคัญลงในช่อง Suchbegriffe ซึ่งหากมีคำค้นหรือคำสำคัญหลายคำ สามารถเลือกคำเชื่อม “และ (Und)” หรือ “หรือ (Oder)” ทั้งนี้ สามารถกรอกคำสำคัญเป็นภาษาอังกฤษได้ จากนั้นกด Suchen



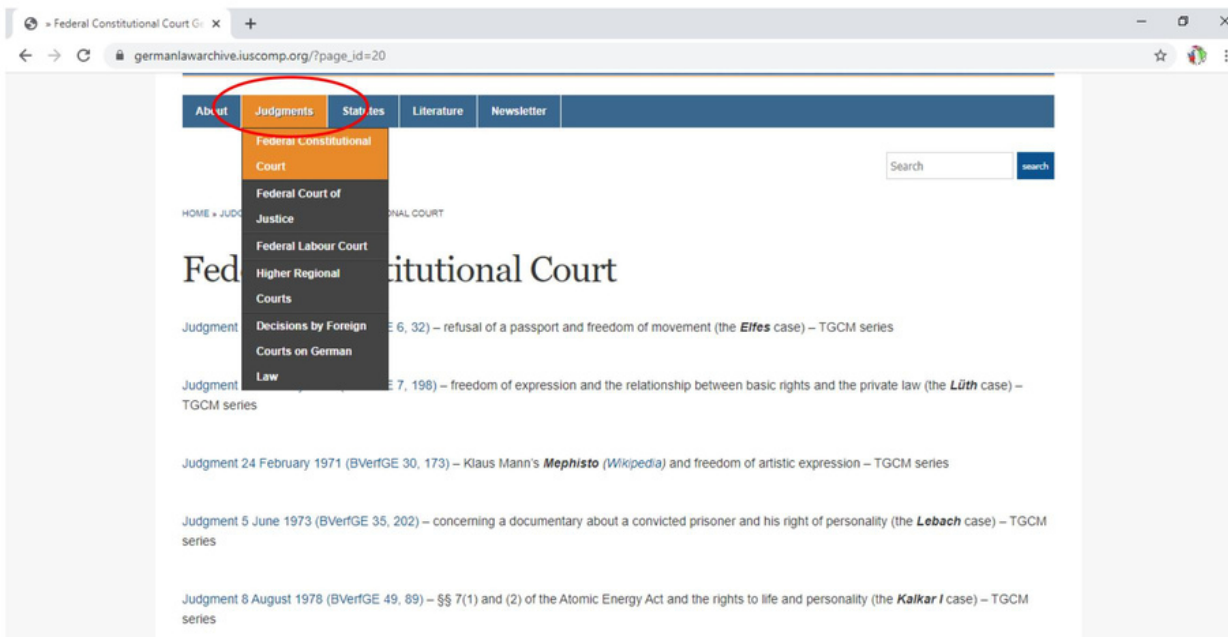
เว็บไซต์จะแสดงข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับคำค้นหรือคำสำคัญดังกล่าว



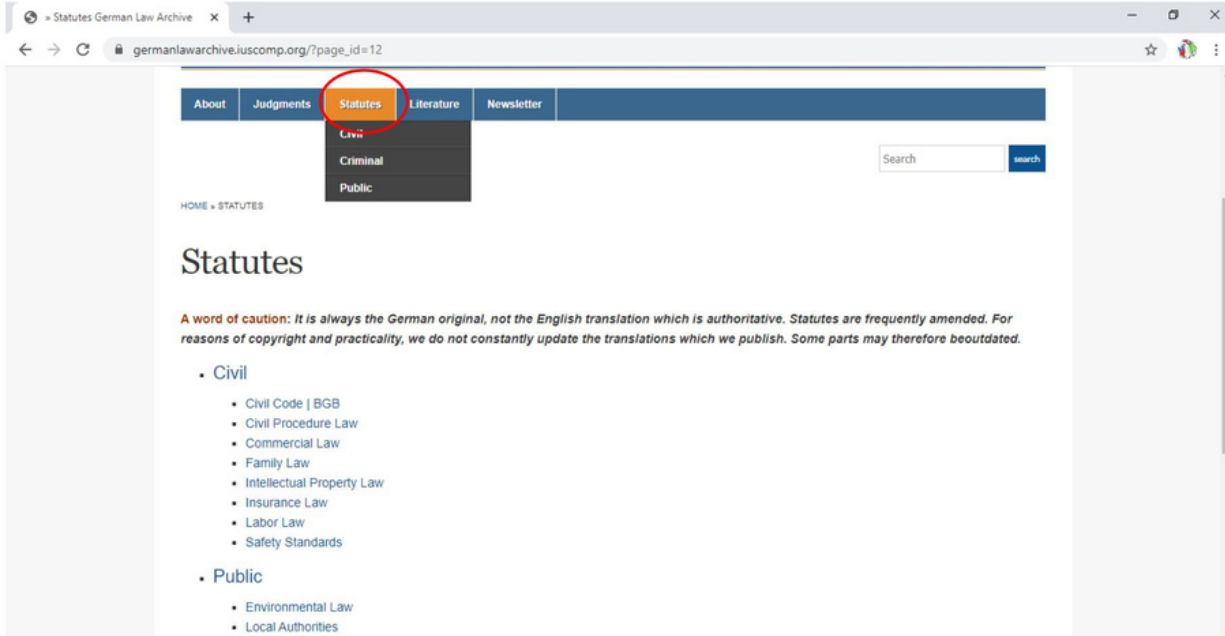
๒. The German Law Archive ก่อตั้งโดย Prof. Gerhard Dannemann และ Lorenz Böttcher เผยแพร่คำพิพากษาศาล กฎหมาย รายชื่อหนังสือและบรรณานุกรมที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเยอรมันเป็นภาษาอังกฤษ ในเว็บไซต์ <https://germanlawarchive.iuscomp.org/>



ภายในเว็บไซต์ จะให้บริการคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์รัฐ ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์รัฐ ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์รัฐ และคำวินิจฉัยของศาลอื่นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเยอรมัน ซึ่งคัดเลือกเฉพาะคำพิพากษาที่สำคัญเท่านั้น



บทบัญญัติของกฎหมายที่เผยแพร่จะแบ่งหัวข้อเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายมหาชน และกฎหมายอาญา และในหัวข้อดังกล่าวจะแยกเป็นหัวข้อย่อยกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น หัวข้อกฎหมายแพ่งจะมีประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายพาณิชย์ กฎหมายครอบครัว และกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น

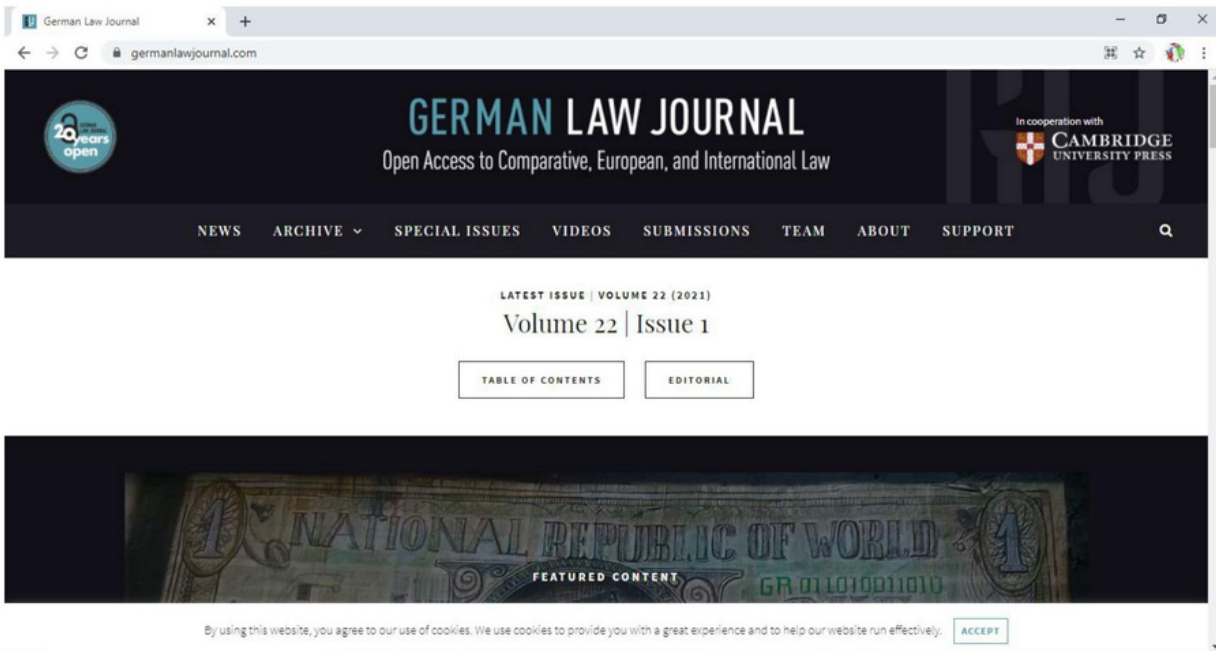


ทั้งนี้ หัวข้อย่อยของกฎหมายจะรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องรายฉบับไว้ด้วย เช่น หัวข้อย่อยของกฎหมายครอบครัวจะมีกฎหมายรายฉบับ ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับการพำนักอาศัยนอกประเทศเยอรมนี กฎหมายเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม และกฎหมายเกี่ยวกับคู่ชีวิต

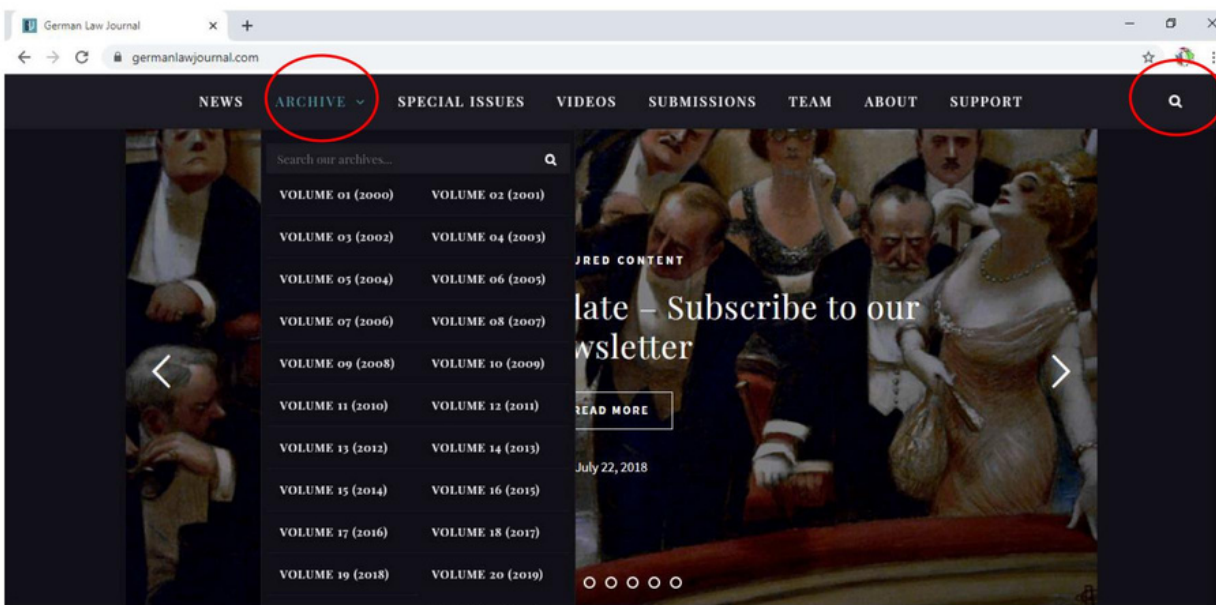
## Family Law Statutes

- Foreign Maintenance Act (Auslandsunterhaltsgesetz – AUG)
- Adoption Placement Act (Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG)
- Act on Registered Life Partnerships (Lebenspartnerschaftsgesetz, LPartG) – external link

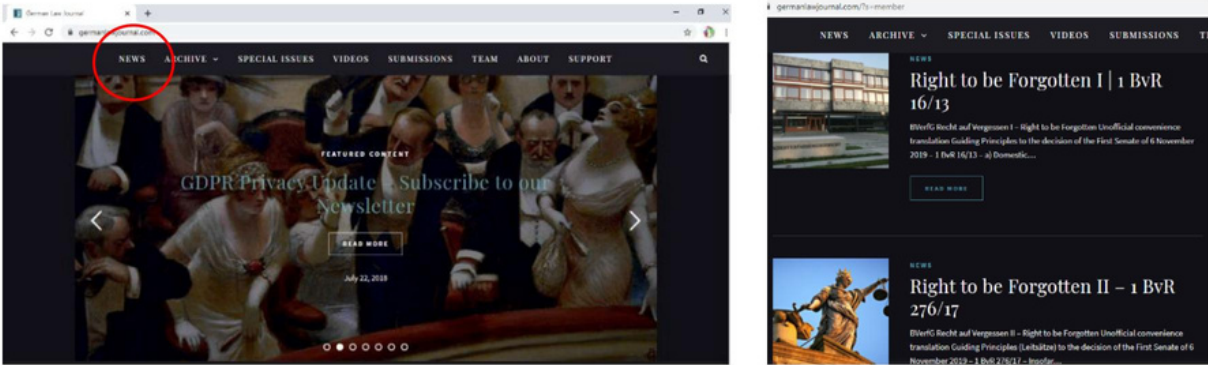
๓. German Law Journal วารสารกฎหมายเยอรมัน ซึ่งเป็นวารสารแบบ Online ก่อตั้งโดย Russell A. Miller และ Peer C. Zumbansen ในเว็บไซต์ <https://germanlawjournal.com/>



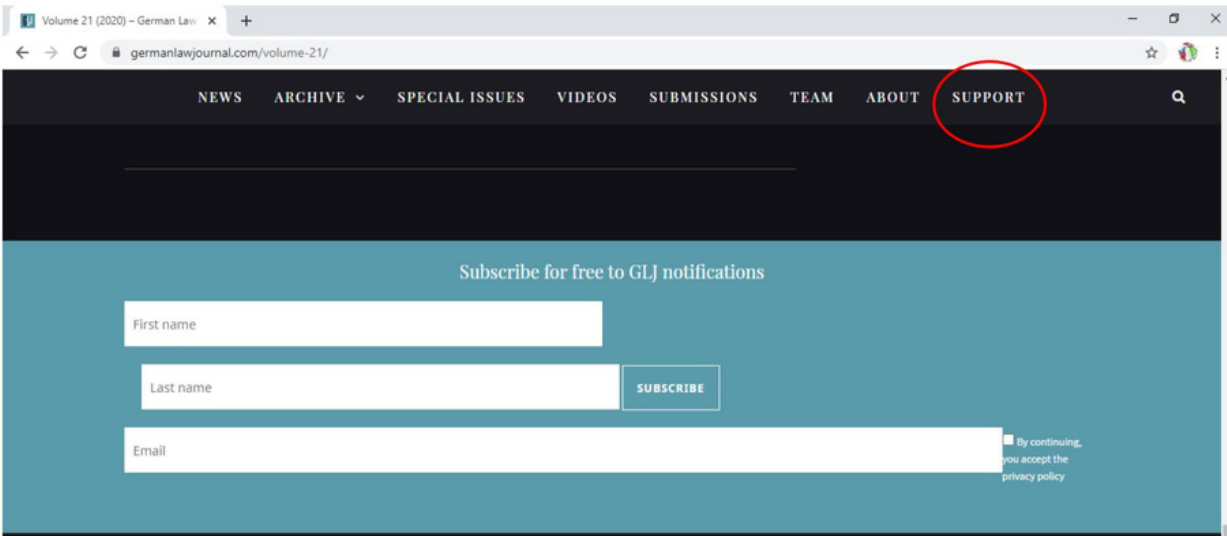
ภายในเว็บไซต์จะให้บริการข้อเขียนหรือบทความทางกฎหมายเป็นภาษาอังกฤษและภาษาเยอรมัน ซึ่งมีเนื้อหาส่วนใหญ่เกี่ยวกับพัฒนาการของกฎหมายเยอรมัน กฎหมายสหภาพยุโรป และกฎหมายระหว่างประเทศ โดยวารสารฉบับแรกเผยแพร่ในปี ค.ศ. ๒๐๐๐ ซึ่งหนึ่งปีจะมีวารสารจำนวน ๔ เล่ม สามารถเลือกวารสารตามปีและเล่มได้ที่ช่องเก็บเอกสาร (ARCHIVE) นอกจากนี้ ยังสามารถค้นหาวารสารโดยใช้คำค้นหรือคำสำคัญ โดยเลือกตรงรูปภาพแว่นขยาย



ช่องข่าวสารล่าสุด (NEWS) จะนำเสนอข้อเขียนหรือบทความเกี่ยวกับประเด็นหรือคำพิพากษาของศาลที่ได้รับความสนใจในขณะนั้นเป็นภาษาอังกฤษ ทั้งนี้ คำแปลคำพิพากษานั้นเป็นการจัดทำคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ



ด้านล่างสุดของหน้าเว็บไซต์ ผู้ใช้บริการสามารถกรอกข้อมูลเพื่อติดตามความเคลื่อนไหวของเว็บไซต์เมื่อมีการเผยแพร่วารสาร ข้อเขียน หรือบทความใหม่โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย หรือหากประสงค์จะบริจาคเงินเพื่อสนับสนุนกิจการของวารสารให้กดช่อง SUPPORT



## แนะนำเว็บไซต์กฎหมายสำคัญของประเทศแคนาดา

<https://www.canlii.org/en/> \*

นุสรา สุขวิบูลย์ \*\*

CANLII เป็นเว็บไซต์ที่รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายของ ๑๐ รัฐ ๓ ดินแดนของประเทศแคนาดาซึ่งประกอบไปด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลูกบท คำพิพากษาคดี เอกสารทางกฎหมาย บทความทางกฎหมาย บทความอิง จดหมายข่าว โดยเกิดจากการร่วมมือกันของนักกฎหมายและทนายความซึ่งเป็นสมาชิกสมาคมกฎหมายทั้งระดับรัฐและดินแดนของประเทศแคนาดา ซึ่งรวมถึงสมาคมกฎหมายสหพันธรัฐของประเทศแคนาดาด้วย เว็บไซต์นี้สามารถสืบค้นได้สองภาษา คือ ภาษาอังกฤษและฝรั่งเศส

---

\* บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

\*\* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ ฝ่ายแปลและให้ความเห็น กองกฎหมายต่างประเทศ

CanLII Français | English

### Search all databases

Document text  ?

Case name, document title, file number, author or citation  ?

Noteup/Discussion: cited case names, legislation titles, citations or dockets  ?

### Primary law

Canada (Federal)	Ontario	Newfoundland and Labrador
British Columbia	Quebec	Yukon
Alberta	New Brunswick	Northwest Territories
Saskatchewan	Nova Scotia	Nunavut
Manitoba	Prince Edward Island	

### Commentary

Books, articles, reports and more...

#### CanLII Connects

- 2021-02-21 Construction Law: Curing a Breach of Trust. Acceptable?: San Remo Lighting v. Am-Tech, 2019 ONSC 176 (CanLII)
- 2021-02-21 COURT OF APPEAL SUMMARIES (December 7 - December 11, 2020): R. v. Irwin, 2020 ONCA 776 (CanLII)
- 2021-02-21 COURT OF APPEAL SUMMARIES (December 7 - December 11, 2020): Dhatt v. Beer, 2020 ONCA 799 (CanLII)
- 2021-02-21 COURT OF APPEAL SUMMARIES (December 7 - December 11, 2020): Malik v. Attia, 2020 ONCA 787 (CanLII)

[Quick Survey](#)

[Quick Survey](#)

### News

#### The CanLII Blog

- 2021-02-17 Wednesday: What's Hot on CanLII
- 2021-02-10 Wednesday: What's Hot on CanLII
- 2021-02-04 CanLII Publishes its First Law School Course Readings



<b>ABOUT</b> <a href="#">What's CanLII</a> <a href="#">Board of Directors</a>	<b>INFORMATION</b> <a href="#">Terms of Use</a> <a href="#">Privacy Policy</a> <a href="#">CanLII Authors Program</a>	<b>TOOLS</b> <a href="#">RSS Feeds</a> <a href="#">APIs</a>	<b>HELP</b> <a href="#">Frequently Asked Questions</a> <a href="#">Search Help</a> <a href="#">Legislation Help</a> <a href="#">CanLII Guides</a>
---	--	---	---

Follow us [in](#) [twitter](#) [facebook](#) [instagram](#) [youtube](#) [DarkLII](#)  Off

By **Lexum**

เริ่มจากในส่วน Search all databases สามารถสืบค้นฐานข้อมูลเกี่ยวกับคดี  
เอกสารกฎหมาย บทอ้างอิง

สำหรับหัวข้อ Primary Law สามารถสืบค้นกฎหมายระดับสหพันธรัฐ (Federal) รวมถึงกฎหมายระดับรัฐ ๑๐ รัฐซึ่งประกอบไปด้วย British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island, Newfoundland and Labrador และ กฎหมายระดับดินแดน ๓ ดินแดน ได้แก่ Yukon, Northwest Territories, Nunavut โดยจะประกอบไปด้วยกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรอง และจะมีการรวบรวมกฎหมายแต่ละปีไว้ด้วย

## Primary law

<a href="#">Canada (Federal)</a>	<a href="#">Ontario</a>	<a href="#">Newfoundland and Labrador</a>
<a href="#">British Columbia</a>	<a href="#">Quebec</a>	<a href="#">Yukon</a>
<a href="#">Alberta</a>	<a href="#">New Brunswick</a>	<a href="#">Northwest Territories</a>
<a href="#">Saskatchewan</a>	<a href="#">Nova Scotia</a>	<a href="#">Nunavut</a>
<a href="#">Manitoba</a>	<a href="#">Prince Edward Island</a>	

ในส่วน Commentary สามารถสืบค้นบทวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับหนังสือ บทความ รายงาน นิตยสาร จดหมายข่าว

ในส่วน CanLII Connects สามารถสืบค้นคำพิพากษาศาลทุกศาลในประเทศแคนาดา ไม่ว่าจะเป็น ศาลสูงสุดศาลสหพันธรัฐ ศาลระดับรัฐและศาลระดับดินแดน

ในส่วนของ News จะมีการเลือกคดีที่ได้รับความสนใจมากที่สุดขณะนั้นในแต่ละวันมานำเสนอ

# Commentary

Books, articles, reports and more...

## CanLII Connects

- 2021-02-21 Construction Law: Curing a Breach of Trust. Acceptable?: San Remo Lighting v. Am-Tech, 2019 ONSC 176 (CanLII)
- 2021-02-21 COURT OF APPEAL SUMMARIES (December 7 - December 11, 2020): R. v. Irwin, 2020 ONCA 776 (CanLII)
- 2021-02-21 COURT OF APPEAL SUMMARIES (December 7 - December 11, 2020): Dhatt v. Beer, 2020 ONCA 799 (CanLII)
- 2021-02-21 COURT OF APPEAL SUMMARIES (December 7 - December 11, 2020): Malik v. Attia, 2020 ONCA 787 (CanLII)

# News

## The CanLII Blog

- 2021-02-17 Wednesday: What's Hot on CanLII 
- 2021-02-10 Wednesday: What's Hot on CanLII 
- 2021-02-04 CanLII Publishes its First Law School Course Readings 



## เจ้าของ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ที่ปรึกษา  
บรรณาธิการ

นายปรกรณ์ นิลประพันธ์  
นางสมาพร นิลประพันธ์

กองบรรณาธิการ

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม  
นางสุปราณี เพ็งหนู  
นางสาวกัลยา เกียรติถาวรชัย  
นายกรณ์ อรรถเนติศาสตร์  
นางสาวคณินิจ แซ่เฮง  
นางสาวรัชนิกร ลากวนิชชา  
นางสาวรมณณ์ภุชฎี พราหมณีดี  
นางสาวพรรณพร สนธิไชย  
นายจตุรงค์ ตรีเพชร  
นางสาวเสาวนีย์ จันทรชวลิต

ผู้จัดการ  
เหรียญก

นางสาววราลัย อ่อนนุ่ม  
นางสาวศิริพรรณ พวงทอง