



ปีที่ 40 ฉบับที่ 2 : กรกฎาคม 2565

ISSN 2773-8604

ISSN (Online) 2773-8736

วารสารกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

บทความวิชาการ

ประเด็นในเชิงของการร่างกฎหมายภาษี กรณีการจัดเก็บภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไรของสาขา ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร

ณัฐนันท์ จันทร์ประทีปฉาย

บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุด ในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ

ชาติ ชัยเดชสุริยะ

การปรับเปลี่ยนนโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย

เชมภัทร ทฤษฎีคุณ

บทความวิจัย

การศึกษาวิจัยกฎหมายน้ำบาดาลของสาธารณรัฐเกาหลี: แบบอย่างที่เป็นไปได้สำหรับการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทย

พีรพล เจตโรจนานนท์

มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ่องปิดปากในคดีอาญา

จตุพร โอวัฒนาพานิช

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

วิรัชกฤตย์ พุฒิศวนภรณ์

ประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำความตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา

ชนิสรา งามอภิชน

ปัญหาการจัดเก็บภาษีในธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม

นภัทรธมณท์ ไก่แก้ว

กำหนดออกปีละ 3 ฉบับ (มีนาคม กรกฎาคม พฤศจิกายน)

สมัครได้ที่ คุณวรลักษณ์ ทองใบ

ติดต่อ โทร. +662-218-2017 ต่อ307 หรือ

อีเมล: journal@law.chula.ac.th

พิมพ์ที่ : โรงพิมพ์เดือนตุลา โทร. 0-2996-7392-4

E-mail: octoberprint50@hotmail.com

CHULALONGKORN LAW JOURNAL

วารสารกฎหมาย

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 40 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม 2565)

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกเจริญกร
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.วิชิต เครืองาม	ศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์ ใจหาญ
ศาสตราจารย์กิตติคุณวิทิต มั่นตาภรณ์	รองศาสตราจารย์อิทธิพันธุ์ เชื้อบุญชัย
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย	รองศาสตราจารย์พิเศษ เสตเสถียร
ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โสวิไลกุล	คณบดีคณะนิติศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
----------------------------------	---

รองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สิริภิญญา โสวิไลกุล	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภาวิณี สัตยานุรักษ์	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีศรี	คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รองศาสตราจารย์ ดร.บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตชัย	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร
ดร.วรงค์ อัจฉรวังศ์ชัย	สำนักงานศาลยุติธรรม
นางสันทนี ดิษยบุตร	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.สุพรรณวษา โชติปัญญาณ ถัง	กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ
ดร.อภิชน จันทระเสน	สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กองจัดการ

สุพิชา จินฉนวนโส	วรลักษณ์ ทองใบ
กรณัฏฐ์ อัครธนบุลย์	ณัฐธิดา ดวงวิโรจน์
กุลชรีรา ตีคะกุล	บุญสิตา สังข์ศิลป์ชัย

Chulalongkorn Law Journal

Volume 40 Issue 2 (July 2022)

Advisory Board

Professor Emeritus Dr.Borwornsak UWANNO
Professor Emeritus Dr.Wissanu KREA-NGAM
Professor Emeritus Vitit MUNTARBHORN
Professor Dr.Surakiart SATHIRATHAI
Professor Prasit KOVILAIKOOL
Professor Dr.Jaturon THIRAWAT

Professor Dr.Pathachit EAGJARIYAKORN
Professor Dr.Narong JAIHARN
Associate Professor Thitiphan CHUABOONCHAI
Associate Professor Piset SETSATHIRA
Dean of Faculty of Law
(Assistant Professor Dr.Pareena SRIVANIT)

Editor-in-Chief

Dr.Pramote SERMSILATHAM

Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Deputy Editor

Assistant Professor Dr.Sirikanya KOVILAIKOOL
Assistant Professor Dr.Pawat SATAYANURUG
Assistant Professor Dr.Voraphol MALSUKHUM

Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University
Lecturer, Faculty of Law Chulalongkorn University

Editorial Board

Professor Dr.Pairojana KAMPUSIRI
Assistant Professor Dr.Surutchada REEKIE
Associate Professor Dr.Boonyarat CHOKBANDANCHAI
Dr.Worrawong ATCHARAWONGCHAI
Mrs.Santanee DISAYABUTR
Dr.Suphanvasa CHOTIKAJAN TANG

Dr.Apichon CHANTARASEN

Faculty of Law Thammasat University
Faculty of Law Chulalongkorn University
Faculty of Law Naresuan University
Court of Justice
Office of the Attorney General
Department of Treaties and Legal Affairs
Ministry of Foreign Affairs
Office of the Council of State

Management Team

Supicha CHINNAVASO
Koranutth AKRATHANABOON
Kunteera TEEKAKUN

Vorraluk THONGBAI
Nuttida DOUNGWIROTE
Boonsita SANGSINCHAI

วัตถุประสงค์

“วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวารสารทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีเป้าหมายและขอบเขตเพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์ที่มีเนื้อหาที่น่าสนใจ ทันสมัย ริเริ่มสร้างสรรค์ และมีข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการด้านนิติศาสตร์และต่อสังคม

กำหนดการพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มีกำหนดการตีพิมพ์ปีละ 3 ฉบับ ราย 4 เดือน ดังนี้

- ฉบับที่ 1 เดือนมีนาคม
- ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม
- ฉบับที่ 3 เดือนพฤศจิกายน

ประเภทของผลงานทางวิชาการที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จะพิจารณาตีพิมพ์ผลงานที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

- **บทความวิชาการ** หมายถึง บทความที่นำเสนอข้อมูลใหม่ ๆ ในสาขานิติศาสตร์ และแสดงการวิเคราะห์หรือวิจารณ์ข้อมูลนั้นทั้งในเชิงทฤษฎี นิตินโยบาย หรือทางปฏิบัติ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อวงการวิชาการสาขานิติศาสตร์และต่อสังคมในวงกว้าง ทั้งนี้ บทความวิชาการควรประกอบด้วย ความนำ เนื้อเรื่อง ซึ่งแบ่งเป็นประเด็นหลัก ประเด็นรอง ประเด็นย่อย และบทสรุป
- **บทความวิจัย** หมายถึง บทความที่มีฐานมาจากการวิจัยสาขานิติศาสตร์ และแสดงข้อค้นพบจากงานวิจัยนั้นอย่างเป็นระบบ ทั้งนี้ บทความวิจัยควรประกอบด้วย ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐานของงานวิจัย (ถ้ามี) ขอบเขตที่ครอบคลุมในการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง วิธีดำเนินการวิจัย (เช่น ข้อมูลประชากร กลุ่มตัวอย่าง การสุ่มตัวอย่าง เครื่องมือการวิจัย การเก็บรวบรวมข้อมูล และการวิเคราะห์ข้อมูล เป็นต้น) ผลการวิจัย (สรุปผลการวิจัย อภิปรายผลและข้อเสนอแนะ)

บทความหรือความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏใน “วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย” เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย บรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ภาษาที่รับตีพิมพ์

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รับตีพิมพ์ผลงานที่เขียนเป็นภาษาไทย และ/หรือ ภาษาอังกฤษ

ลักษณะการประเมินบทความ

บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)

การเผยแพร่วารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ทำการเผยแพร่บทความทั้งในรูปแบบตัวเล่มและรูปแบบออนไลน์

แหล่งสนับสนุนการจัดทำวารสาร

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Aim and Scope

“Chulalongkorn Law Journal” is an academic journal of Faculty of Law, Chulalongkorn University which publishes scholarly works within the scope of or relating to law. The aim is to disseminate academic articles and research articles that fall within the scope of the journal whose contents are, in the view of the editorial board, interesting, timely, creative, as well as containing recommendations which are useful for legal academia and the general public

Publication Frequency

Chulalongkorn Law Journal is published every four months as follows:

- Issue 1 March
- Issue 2 July
- Issue 3 November

Categories of Accepted Manuscripts

Chulalongkorn Law Journal welcomes submissions of manuscripts, which fall within the following categories:

- **Academic articles** must illustrate new information in the scope of or relating to law and provide analysis or critique of such information from theoretical, policy-oriented or practical perspectives, as well as providing recommendations that are useful for legal academia and the general public. Academic articles should contain introduction and contents, which are divided into main issues, subordinate issues and conclusion.
- **Research articles** must be based on legal research and illustrate one or more of the findings from such research in a systematic manner. Research articles should contain introduction, illustration of the importance of the issue, research objective, hypothesis (if applicable), research scope, expected contributions, related research or literatures, research methodology (such as population, sample, data collection, data analysis), research findings, conclusion and recommendations.

Any opinions presented in Chulalongkorn Law Journal solely belongs to and is under the responsibility of the respective authors, with which Faculty of Law, Chulalongkorn University, Editor-in-Chief and the Editorial Board do not have to agree.

Language

Chulalongkorn Law Journal welcomes submissions of manuscripts in Thai and/or English language.

Peer Review

Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least three qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.

Methods of Publication

Chulalongkorn law journal is published in both printed and online versions.

Source of Support

Chulalongkorn Law Journal is supported by Faculty of Law, Chulalongkorn University.

บทบรรณาธิการ

สวัสดีผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยฉบับนี้เป็นฉบับที่ 2 (กรกฎาคม 2565) ซึ่งเนื้อหาของวารสารกฎหมายฉบับนี้ยังคงประกอบไปด้วยผลงานที่น่าสนใจในกฎหมายสาขาต่างๆ ทั้งบทความในรูปแบบบทความวิชาการและบทความวิจัยจากผู้เขียนที่มาจากหลากหลายสถาบันที่ทางกองบรรณาธิการได้ทำการเลือกสรรเพื่อนำมาเสนอให้แก่ผู้อ่านทุกท่าน ดังนี้

บทความแรกเป็นบทความวิชาการเรื่อง “ประเด็นในเชิงของการร่างกฎหมายภาษี กรณีการจัดเก็บภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไรของสาขาตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร” เขียนโดย ดร.ณัฐนันท์ จันทรประทีปฉาย นิตกรชำนาญการพิเศษ กรมสรรพากร

บทความที่สองเป็นบทความวิชาการเรื่อง “บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ” เขียนโดย คุณชาติ ชัยเดชสุริยะ รองอธิบดีอัยการ สำนักงานที่ปรึกษากฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด

บทความที่สามเป็นบทความวิชาการเรื่อง “การปรับเปลี่ยนนโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย” เขียนโดย คุณเขมภัทร ทฤษฎีคุณ นักวิจัยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย

บทความที่สี่เป็นบทความวิจัยเรื่อง “การศึกษาวิจัยกฎหมายน้ำบาดาลของสาธารณรัฐเกาหลี: แบบอย่างที่เป็นไปได้สำหรับการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทย” เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พีรพล เจตโรจนานนท์ อาจารย์ประจำคณะบริหารการพัฒนาสิ่งแวดล้อม สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

บทความที่ห้าเป็นบทความวิจัยเรื่อง “มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟอกปิดปากในคดีอาญา” เขียนโดย คุณจตุพร โอวัฒนพานิช นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่หกเป็นบทความวิจัยเรื่อง “มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน” เขียนโดย คุณวิรัชกฤตย์ พุฒิณามรณ นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่เจ็ดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำ ความตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา” เขียนโดย อาจารย์ชนิสรา งามอภิชน อาจารย์ประจำคณะ นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความที่แปดเป็นบทความวิจัยเรื่อง “ปัญหาการจัดเก็บภาษีในธุรกรรมคริปโต เคอร์เรนซีภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม” เขียนโดยคุณนภัทรธมณต์ ไก่แก้ว นิสิตในหลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หวังว่าผู้อ่านทุกท่านจะได้รับ ประโยชน์จากผลงานที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารฉบับนี้ หากผู้อ่านมีข้อเสนอแนะติชมประการใด กองบรรณาธิการยินดีอย่างยิ่งที่จะรับฟังและนำไปพัฒนาปรับปรุงวารสารฉบับต่อไป พบกันใหม่ ฉบับหน้า

บรรณาธิการ

อ.ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม

วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีที่ 40 ฉบับที่ 2

(กรกฎาคม 2565)

สารบัญ

• บทความวิชาการ

- 1-32 ประเด็นในเชิงของการร่างกฎหมายภาษี กรณีการจัดเก็บภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไร
ของสาขา ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร
ณัฐนันท์ จันทรประทีปฉาย
- 33-71 บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุด
ในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ
ชาติ ชัยเดชสุริยะ
- 73-103 การปรับเปลี่ยนนโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์
ในประเทศไทย
เชมภัทร ทฤษฎีคุณ

• บทความวิจัย

- 105-134 การศึกษาวิจัยกฎหมายน้ำบาดาลของสาธารณรัฐเกาหลี: แบบอย่างที่เป็นไปได้สำหรับ
การพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทย
พีรพล เจตโรจนานนท์
- 135-168 มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญา
จตุพร โอวัฒนาพานิช
- 169-193 มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน
วิรัชกฤตย์ พุฒิศานุกรณ์
- 195-241 ประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำความตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา
ชนิสรา งามอภิชน
- 243-275 ปัญหาการจัดเก็บภาษีในธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม
นภัทรธรมณ์ ไก่แก้ว

บทความและความคิดเห็นใดๆ ใน “วารสารกฎหมาย” ฉบับนี้ เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Chulalongkorn Law Journal

Vol.40 No.2

(July 2022)

Contents

- *Academic articles*

- 1-32 **Issues of Tax Law Drafting on Branch Profit Remittance Tax under Section 70 Bis of Revenue Code**
Nathanan Junprateepchai
- 33-71 **Laws and Regulations Prescribing the Authorities and Roles of the Office of the Attorney General in Reviewing the Draft Contracts for State Agencies**
Chart Chaidejsuriya
- 73-103 **The Legal Policy Modifications on Alcoholic Beverage Production Control in Thailand**
Khemmapat Trisadikoon

- *Research articles*

- 105-134 **Legal Study on Republic of Korea's Groundwater Law Leading to Thai Groundwater Law Development**
Peerapon Jaderojananont
- 135-168 **Legal Measures for Preventing SLAPP (Strategic Lawsuit Against Public Participation) in Criminal Lawsuits**
Jatuporn Owattanapanich
- 169-193 **Legal Measures in Taking a Suspect as a Witness**
Wirachagrit Puttikanaporn
- 195-241 **Legal Issues relating to Thailand - Sri Lanka Free Trade Agreement**
Chanisa Ngamapichon
- 243-275 **Taxation Issues in Cryptocurrency Transactions under Value Added Tax law**
Napattamon Kaikaew

*Any opinions presented in this edition of Chulalongkorn Law Journal solely belong to the respective authors, with which Faculty of Law Chulalongkorn University and the Editorial Board do not have to agree.

ประเด็นในเชิงของการร่างกฎหมายภาษี กรณีการจัดเก็บภาษีจากการ
จำหน่ายเงินกำไรของสาขา ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร
Issues of Tax Law Drafting on Branch Profit Remittance Tax
under Section 70 Bis of Revenue Code

ณัฐนันท์ จันทรประทีปฉาย
Nathanan Junprateepchai

นิติกรชำนาญการพิเศษ
กรมสรรพากร 90 ซอยพหลโยธิน 7 ถนนพหลโยธิน แขวงพญาไท เขตพญาไท กรุงเทพฯ 10400
Senior Professional Legal Officer
The Revenue Department 90 Soi Phaholyothin 7 Phaholyothin Road, Phayathai,
Bangkok 10400
Corresponding author E-mail: nathanan.ju@rd.go.th
(Received: May 19, 2022; Revised: June 26, 2022; Accepted: June 29, 2022)

บทคัดย่อ

เนื่องจากการที่บริษัทต่างประเทศ (Foreign Company) สามารถเลือกที่จะเข้าไปประกอบ
กิจการในอีกประเทศหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการจัดตั้งบริษัทลูก (Subsidiary) หรือ
การไปมีสาขาของบริษัท (Branch) ซึ่งหากมีกำไรย่อมสามารถส่งเงินกำไรนั้นกลับประเทศแม่ได้
(Home Country) ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบ “เงินปันผล” หรือ “เงินกำไรของสาขา” แล้วแต่กรณี
แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากสาขาของบริษัท และตัวบริษัทถือเป็นบุคคลเดียวกันทางกฎหมาย
การส่งเงินกำไรของสาขากลับไปให้กับบริษัทในต่างประเทศจึงไม่ถือว่าเป็นเหตุให้บริษัทต่างประเทศ
นั้นมีเงินได้จากการส่งเงินกำไรดังกล่าว (No Taxable Event) ส่งผลให้ประเทศแหล่งเงินได้ (Source
country) ที่สาขาของบริษัทนั้นตั้งอยู่ไม่มีอำนาจในการจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรดังกล่าว
ในทางกลับกัน กรณีบริษัทลูกกับบริษัทแม่ นั้น ถือเป็นบุคคลทางกฎหมายแยกต่างหากจากกัน

การส่งเงินกำไรของบริษัทลูกในรูปแบบเงินปันผลให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศถือว่าเป็นเงินได้ของบริษัทแม่ ส่งผลให้ประเทศแหล่งเงินได้ที่บริษัทลูกตั้งอยู่มีสิทธิในการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการจ่ายเงินปันผลดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ในหลายประเทศจึงมีการตรากฎหมายภาษีเงินได้เพื่อจัดเก็บภาษีการส่งเงินกำไรของสาขา ซึ่งรวมถึงประเทศไทยที่มีการตรามาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร จัดเก็บภาษีเงินได้ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับจัดเก็บภาษีการส่งเงินกำไรของสาขาที่เรียกว่า “ภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไรของสาขา” ดังนั้น ในเชิงของการร่างกฎหมายภาษีนั้น แม้ภาษีจากการส่งเงินกำไรของสาขากับภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไรของสาขาจะมีลักษณะคล้ายคลึงกัน แต่การออกแบบฐานภาษี ความรับผิดในการเสียภาษี และวิธีการเสียภาษีนั้นแตกต่างกัน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ในเชิงของการร่างกฎหมายจึงไม่สอดคล้องกับบริบทของการส่งเงินกำไรของสาขา อันส่งผลให้เกิดปัญหาต่อผู้มีหน้าที่เสียภาษีในการเสียภาษี และเจ้าพนักงานประเมินในการจัดเก็บภาษีกรณีการส่งเงินกำไรของสาขาให้เกิดประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: กำไรของสาขา, ส่งเงินกำไรของสาขา, ฐานภาษี, ความรับผิด, จุดความรับผิด, บุคคลทางกฎหมาย, หน่วยภาษีแยกต่างหากจากกัน

Abstract

A foreign company can choose to operate in another country whether in the form of establishing a subsidiary or going to have a branch of the company. If its subsidiary or its branch is profitable, the company may remit its profit back to the home country in form of “Dividends” or “Branch Profit”, as the case may be. However, because its branch and the headquarters are legally the same legal entity, remittance of its branch profits back is therefore not considered as income of the company (the headquarters). As a result, a source country where the company’s branches are located has no taxing right to collect tax on the remittance of such profits. In contrast, a subsidiary and a parent company are considered separate legal persons. Profit remittance back by the parent company in the form of dividends is considered as the income of the parent company. As a result, the country where the dividends are derived has the taxing right to collect tax from such a dividend payment. Therefore, many countries have introduced a branch profit tax. This

includes Thailand, which enacted Section 70 Bis of the Revenue Code to collect a similar branch profit tax, the so-called “branch profit remittance tax”. Thus, even though branch profit tax and branch profit remittance tax look similar, tax drafting, including tax base, tax timing, and tax collection, is different from each other. According to the study’s findings, in terms of legal drafting, Section 70 Bis of the Revenue Code is incompatible with the context of how a branch distributes its profit back to headquarters. As a result, collecting taxes under Section 70 Bis of the Revenue Code will cause issues for both taxpayers who pay taxes and tax officials who collect taxes efficiently.

Keywords: Branch Profit tax, Branch Profit Remittance Tax, Tax Base, Tax Timing, Tax Point, Legal Entity, Separate Tax Unite

1. บทนำ

เนื่องจากบริษัทต่างประเทศ (Foreign Company) นั้น สามารถเลือกที่จะเข้าไปประกอบกิจการ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของ (1) การจัดตั้งบริษัทลูก (Subsidiary) หรือ (2) การไปมีสาขาของบริษัท (Branch)¹ ในอีกประเทศหนึ่งได้ ทั้งนี้ หากบริษัทต่างประเทศนั้นมีการเข้ามาประกอบกิจการ ไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการในรูปแบบหนึ่งรูปแบบใดก็สามารถส่งกำไรที่เกิดขึ้นกลับประเทศแม่ได้ (Home Country) กล่าวคือ หากเป็นการเข้ามาประกอบกิจการในรูปแบบของบริษัทลูกนั้น การส่งเงินกำไรสุทธิของบริษัทลูกให้แก่บริษัทแม่ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศก็จะอยู่ในรูปแบบของ “การจ่ายเงินปันผล” (Dividend Distribution) ในขณะที่หากเป็นการเข้ามาประกอบกิจการในรูปแบบของสาขาของบริษัทนั้น การส่งเงินกำไรสุทธิของสาขากลับให้ตัวบริษัทที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ก็จะอยู่ในรูปแบบของ “การส่งเงินกำไรของสาขา” (Branch Profit Tax)

สำหรับการส่งเงินกำไรกลับประเทศแม่ได้ ทั้ง 2 กรณีข้างต้น ในทางกฎหมายภาษีเงินได้แล้วจะมีการปฏิบัติทางภาษี (Tax Treatment) ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีบริษัทลูกส่งเงินกำไรสุทธิในรูปแบบของการจ่ายเงินปันผลให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศ ถือว่าบริษัทแม่นั้นมีเงินได้

¹ Mark Northeast, “Outward Investment: The Branch v Subsidiary Decision,” *Revenue Law Journal* 2, no. 1 (1991). pp. 68–70. [online] Available from : <https://doi.org/http://www5.austlii.edu.au/au/journals/RevenueLawJL/1991/5.pdf>. [27 April 2022]

จากเงินปันผลและมีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บริษัทจากเงินปันผลดังกล่าว แต่ในขณะที่กรณีสาขาของบริษัทส่งเงินกำไรสุทธิในรูปแบบของการส่งเงินกำไรของสาขากลับให้ตัวบริษัทนั้นไม่ถือว่าเป็นเงินได้ของตัวบริษัท ดังนั้น บริษัทในต่างประเทศ (สำนักงานใหญ่) จึงไม่มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรที่สาขาของบริษัทส่งกลับให้แก่ตัวบริษัทในต่างประเทศแต่อย่างใด

ทั้งนี้ ในบริบทของภาษีเงินได้ระหว่างประเทศ การที่ไม่จัดเก็บภาษีเงินได้จากการที่สาขาของบริษัทส่งเงินกำไรให้ตัวบริษัทในต่างประเทศนั้นส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในทางภาษีกับกรณีที่บริษัทถูกจ่ายเงินปันผลให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศที่มีการจัดเก็บภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายจากการจ่ายเงินปันผล ดังนั้น ในหลายประเทศจึงมีการตรากฎหมายภาษีเงินได้ขึ้นมาเป็นการเฉพาะเพื่อจัดเก็บภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรของสาขาให้เกิดความเท่าเทียมกับการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการจ่ายเงินปันผล แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากการส่งเงินกำไรกลับประเทศแม่ของทั้ง 2 รูปแบบดังกล่าวนี้มีลักษณะในเชิงกฎหมายบริษัทและกฎหมายภาษีที่มีทั้งความเหมือนและความแตกต่างกันในสาระสำคัญ ส่งผลให้ในเชิงของการร่างกฎหมายภาษีเพื่อจัดเก็บภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรของสาขาจำเป็นต้องคำนึงถึงความเหมือนและความแตกต่างดังกล่าวด้วย

ในส่วนของประเทศไทยนั้นได้มีการตรามาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ในการจัดเก็บภาษีในลักษณะคล้ายคลึงกับภาษีเงินได้จากการส่งกำไรของสาขากลับให้บริษัทในต่างประเทศเช่นกัน โดยบทความนี้จะเป็นการพิจารณาในเชิงของการร่างกฎหมายภาษีว่ามาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้นมีการออกแบบกฎหมายภาษีที่มีความเหมาะสมสำหรับจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทในต่างประเทศ (สำนักงานใหญ่) หรือไม่ อย่างไร โดยมีการแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ส่วน เริ่มจากส่วนที่ 2 ที่เป็นการทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักการจัดเก็บภาษี (Tax Principle) กรณีการจัดเก็บภาษีจากการส่งกำไรของสาขากลับให้บริษัทในต่างประเทศนั้นมีหลักการทางภาษีอย่างไร และส่วนที่ 3 เป็นการทำความเข้าใจในการจัดเก็บภาษีสำหรับจากการจำหน่ายเงินกำไรของสาขา (Branch Profit Remittance Tax) กลับให้บริษัทในต่างประเทศของประเทศไทย ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร และส่วนที่ 4 นั้นเป็นการนำส่วนที่ 2 และส่วนที่ 3 มาวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบเพื่อพิจารณาว่าในเชิงของการร่างกฎหมายภาษีแล้วมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร มีความเหมาะสม หรือไม่ อย่างไร และส่วนสุดท้าย คือ ส่วนที่ 5 เป็นการสรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะในการปรับปรุงมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ให้มีความเหมาะสมเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษีมากยิ่งขึ้น

2. หลักการจัดเก็บภาษีจากการส่งกำไรของสาขากลับให้บริษัทในต่างประเทศ

ก่อนที่จะวิเคราะห์ในประเด็นในเชิงของการร่างกฎหมาย กรณีภาษีจำหน่ายเงินกำไรของสาขาในประเทศไทยให้แก่บริษัทในต่างประเทศ ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ในส่วนที่ 4 นั้น ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นที่ต้องศึกษาเกี่ยวกับหลักการกฎหมายบริษัท (Corporate law) และภาษีเงินได้ (Income taxation) ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทลูก (Subsidiary) และสาขา (Branch) เสียก่อนว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร เพื่อนำไปสู่การศึกษาเกี่ยวกับหลักการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรของสาขาให้แก่ตัวบริษัทนั้นที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ (Branch Profit Tax) ต่อไป

2.1 “บริษัทลูก” กับ “สาขาของบริษัท”

ในเชิงของกฎหมายบริษัท และภาษีเงินได้ของ “บริษัทลูก” และ “สาขาของบริษัท” นั้น มีทั้งมิติในความเหมือนและความแตกต่าง ดังนั้น ในส่วนนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจ จึงจะเป็นการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบถึงความเหมือนและความแตกต่างของ 2 รูปแบบดังกล่าว

2.1.1 มิติของกฎหมายบริษัท

ในมิติของกฎหมายบริษัทนั้น มี 2 ประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา ดังนี้

(1) ความเป็นบุคคลทางกฎหมาย (Legal Entity)

โดยหลักการของกฎหมายบริษัท (Corporate law)² นั้น “บริษัท” จะจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นได้โดยผลของกฎหมายบริษัท (Incorporation) ทำให้ตัวบริษัทนั้นมีสถานะเป็น “บุคคลทางกฎหมาย” (Legal Entity) แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น (Shareholders) ดังนั้น กรณีที่บริษัทหนึ่งประสงค์จะไปจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทลูกขึ้นมาใหม่ในทางกฎหมายถือว่าทั้งบริษัทลูกและบริษัทแม่มีสถานะเป็นบุคคลทางกฎหมายแยกต่างหากจากกัน (Separate Legal Entity)

ในทางกลับกัน กรณีของสาขาของบริษัทนั้นในทางกฎหมายบริษัทแล้วมิได้กำหนดให้บริษัทต้องมีการจดทะเบียนจัดตั้งสาขาแต่อย่างใด หากแต่ “สาขาของบริษัท” นั้น ถือเป็นเพียงส่วนต่อขยายโดยตรงหรือเป็นแผนกหนึ่งของบริษัทเท่านั้น ดังนั้น จึงถือว่าสาขาของบริษัทและตัวบริษัท

² กฎหมายบริษัท (Corporate law) ในที่นี้ หมายถึง กฎหมายที่ใช้ในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ซึ่งในหลายประเทศเป็นกฎหมายแยกต่างหากจากกฎหมายธุรกิจ แต่ในบางประเทศอาจรวมอยู่ในกฎหมายธุรกิจ เช่น ประเทศไทย ที่กฎหมายบริษัทอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เป็นบุคคลทางกฎหมายเดียวกัน³

(2) ผลตอบแทนจากการลงทุน (Return of Investment)

โดยหลักการของกฎหมายบริษัท กรณีที่ผู้ถือหุ้น (Shareholder) ที่ได้นำเงินไปลงทุน (Capital) ในบริษัท ผู้ถือหุ้นนั้นก็มีฐานะเป็นเจ้าของบริษัท (Ownership) และย่อมมีสิทธิใน ส่วนของกำไรสะสมสุทธิ (Retained Earnings) ของบริษัทตามสัดส่วนของหุ้นที่ผู้ถือหุ้นมีอยู่ใน บริษัท (Equity) โดยบริษัทสามารถจ่ายส่วนของกำไรสะสมสุทธิให้แก่ผู้ถือหุ้นได้ในรูปแบบการ “จ่ายเงินปันผล” (Dividend Distribution)

ในขณะที่สาขาของบริษัทและตัวบริษัทนั้นถือว่าเป็นบุคคลทางกฎหมายคนเดียวกัน ดังนั้น จึงจะมีลักษณะเป็นการถือหุ้นระหว่างกันแต่อย่างใด ดังนั้น “การส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัท” (Branch Profit Remittance) กลับให้ตัวบริษัทนั้นจึงจะมีลักษณะเป็นการจ่ายผลตอบแทน หรือเงินปันผลให้แก่ตัวบริษัท⁴

2.1.2 มิติของภาษีเงินได้

ในมิติของภาษีเงินได้ในที่นี้ ซึ่งประกอบไปด้วย ภาษีเงินได้บริษัท และภาษีเงินได้ระหว่าง ประเทศ สามารถแยกพิจารณา ได้ดังนี้

(1) บริษัท

ในมิติของภาษีเงินได้บริษัทนั้น⁵ โดยหลักการแล้ว บริษัทถือว่าเป็นหน่วยภาษี (Taxable entity) แยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น (ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัท) ดังนั้น การจัดเก็บภาษี เงินได้ของตัวบริษัท จึงแยกจัดเก็บภาษีเงินได้บริษัทจากกำไรของบริษัทในชั้นบริษัท หนึ่งครั้ง (Corporate level) และเมื่อบริษัทมีการจ่ายเงินกำไรหลังหักภาษีเงินได้บริษัท (Income after tax) ในรูปแบบเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น จะเก็บภาษีเงินได้บริษัทหรือภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาอีกครั้ง ในชั้นผู้ถือหุ้น (Shareholder level)⁶

³ Diligent Corporation, “The Difference between a Branch and a Subsidiary: Diligent Insights,” [online] Available from : <https://www.diligent.com/insights/subsidiary-management/difference-between-branch-and-sub-sidiary/>. [26 April 2022]

⁴ Mark Northeast, Outward Investment: The Branch v Subsidiary Decision.

⁵ ข้อสังเกต: คำว่า “ภาษีเงินได้บริษัท” ในที่นี้ หมายถึง ภาษีเงินได้ที่ใช้บังคับจัดเก็บบริษัท ซึ่งอาจเหมือนหรือแตกต่างบางประการกับภาษีเงินได้นิติบุคคลของประเทศไทยก็ได้ แต่โดยหลักการแล้ว ภาษีเงินได้บริษัทจะมีหลักการคล้ายกับการจัดเก็บเงินได้นิติบุคคล กรณีบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย

⁶ Ault, Hugh J., Brian J. Arnold, and Guy Gest, **Comparative Income Taxation: A Structural Analysis**, 3rd edition (The Netherlands: Kluwer Law International, 2010), pp.333–334.

ดังนั้น ในกรณีของบริษัทลูกและบริษัทแม่ในต่างประเทศก็เช่นกัน กล่าวคือ บริษัทลูกถือเป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากบริษัทแม่ในต่างประเทศ เงินได้ของบริษัทลูก (Subsidiary income) ต้องนำไปเสียภาษีเงินได้บริษัทในชั้นของบริษัทลูกก่อน และเมื่อบริษัทลูกได้ผ่านการเสียภาษีเงินได้บริษัทแล้ว (Income after tax) เหลือเงินกำไรสุทธิเท่าใดในแต่ละปีก็จะรวมกันกลายเป็นกำไรสุทธิสะสม (Retained Earnings) ของบริษัทลูกที่จะสามารถจ่ายเป็น “เงินปันผล” กลับให้บริษัทแม่ในต่างประเทศในฐานะผู้ถือหุ้นได้ต่อไป

ทั้งนี้ เมื่อบริษัทลูกมีการจ่ายเงินปันผลให้แก่บริษัทแม่ ในทางกฎหมายภาษีเงินได้ ก็ถือว่าบริษัทแม่เป็นผู้มีเงินได้จากเงินปันผล ซึ่งต้องมีหน้าที่เสียภาษีเงินได้ขั้นผู้ถือหุ้น อีกครั้งหนึ่ง โดยกระบวนการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการจ่ายเงินปันผลนั้น หากเป็นบริบทของภาษีเงินได้ภายในประเทศ อาจใช้วิธีการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย ซึ่งเป็นการหักภาษีไว้ล่วงหน้า (Advance withholding tax) โดยผู้รับเงินได้ คือ บริษัทแม่ สามารถนำภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย จากเงินปันผลไปเครดิตภาษีในการคำนวณภาษีเงินได้บริษัทตอนสิ้นปีภาษีได้ แต่ถ้าหากเป็นบริบทของภาษีระหว่างประเทศนั้น บริษัทลูกที่ตั้งอยู่ในประเทศหนึ่ง หากมีการจ่ายเงินปันผลให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศ ถือว่าบริษัทแม่นั้นมีเงินได้จากเงินปันผล ประเทศแหล่งเงินได้ คือ ประเทศที่บริษัทลูกตั้งอยู่ (Source Country) ย่อมมีสิทธิในการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการจ่ายเงินปันผลดังกล่าวได้ โดยประเทศหลักแหล่งเงินได้จะจัดเก็บภาษีเงินได้โดยวิธีการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย แบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (Final withholding tax)⁷

(2) สาขา

ในกรณีของสาขาของบริษัท โดยหลักการของกฎหมายภาษีเงินได้บริษัทแล้ว มิได้ถือว่าสาขาของบริษัทเป็นหน่วยภาษี (Taxable entity) แยกต่างหากจากตัวบริษัท การจัดเก็บภาษีเงินได้ของสาขาของบริษัท จึงมิได้จัดเก็บภาษีเงินได้จากเงินได้และรายจ่ายของสาขาของบริษัทแยกต่างหากจากเงินได้และรายจ่ายของตัวบริษัทแต่อย่างใด หากแต่สาขาของบริษัทต้องนำเงินได้และรายจ่ายทั้งหมดไปรวมกับเงินได้และรายจ่ายของตัวบริษัท (สำนักงานใหญ่) เพื่อรวมคำนวณกำไรสุทธิในการเสียภาษีเงินได้บริษัทในชั้นของตัวบริษัทเอง

แต่อย่างไรก็ดี ในบริบทของภาษีเงินได้ระหว่างประเทศนั้น กรณีที่บริษัทต่างประเทศเข้าไปประกอบกิจการ (Carrying business activities) ในอีกประเทศหนึ่งนั้น ย่อมทำให้ประเทศหนึ่งนั้น มีอำนาจในการจัดเก็บภาษีเงินได้จากเงินได้ที่เกิดขึ้นจากการเข้ามาประกอบกิจการในประเทศได้ โดยประเทศส่วนใหญ่จะมีการตรากฎหมายภาษีเงินได้เพื่อกำหนดให้ผู้ที่มีได้เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ใน

⁷ Ibid, pp.495-510.

ประเทศของตน (Non-resident taxpayers) ซึ่งมีเงินได้ที่เกิดขึ้นจากการเข้ามาประกอบกิจการผ่านสถานประกอบการถาวร (Permanent establishment) ในประเทศของตน เช่น การเข้ามาประกอบกิจการผ่านสาขาให้ถือว่าเงินได้นั้นมีแหล่งเงินได้ในประเทศของตน (Source country)⁸ โดยกำหนดให้บริษัทต่างประเทศนั้นมีหน้าที่เสียภาษีเงินได้บริษัทจากกำไรสุทธิ (เงินได้หักด้วยรายจ่าย) จากการเข้ามาประกอบกิจการ (Net basis taxation)⁹ ในรูปแบบภาษีเงินได้ประเมินตนเอง

นอกจากนี้แล้ว ในหลายประเทศมีการตรากฎหมายภาษีกำหนดไว้เป็นการเฉพาะให้ “สาขาของบริษัทต่างประเทศ” ถือเป็นสถานประกอบการถาวรภายใต้กฎหมายภาษีเงินได้ของตน เพื่อให้สอดคล้องกับวรรคสองของข้อบทที่ 5 ของ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital และ The United Nations Model Double Taxation Convention รวมถึงมีการกำหนดวิธีการคำนวณภาษีเงินได้ของสาขาของบริษัทต่างประเทศ (Branch income) ที่กำหนดให้เงินได้ของสาขาของบริษัทต่างประเทศเฉพาะส่วนที่เกิดขึ้นจากประเทศแหล่งเงินได้มาคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้บริษัทในประเทศที่สาขานั้นตั้งอยู่ ด้วยเหตุนี้ หลักการภาษีระหว่างประเทศจึงถือเสมือนว่าสาขาของบริษัทต่างประเทศนั้นเป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากตัวบริษัทในต่างประเทศเพื่อประโยชน์ในการคำนวณภาษีและเสียภาษีในประเทศหลักแหล่งเงินได้¹⁰

ทั้งนี้ เมื่อเงินได้ของสาขาของบริษัทได้ผ่านการเสียภาษีเงินได้บริษัท (Income after tax) เงินได้ที่เหลือก็จะเป็นกำไรสุทธิสะสมของสาขาของบริษัทต่างประเทศ แต่เนื่องจากสาขาของบริษัทและตัวบริษัทมีสถานะเป็นบุคคลเดียวกันตามกฎหมายบริษัท และเป็นหน่วยภาษีเดียวกันตามกฎหมายภาษี การที่สาขาในประเทศหนึ่งส่งเงินกำไรของสาขาที่ได้ผ่านการเสียภาษีเงินได้บริษัทไปแล้ว (กำไรสุทธิสะสมของสาขา) กลับไปให้กับบริษัทในต่างประเทศ ย่อมไม่ถือว่าเป็นเหตุให้บริษัทต่างประเทศนั้นมีเงินได้จากการส่งเงินกำไรดังกล่าวนี้แต่อย่างใด (No Taxable Event) ดังนั้น ประเทศแหล่งเงินได้ (Source Country) ที่สาขาของบริษัทนั้นตั้งอยู่ โดยหลักการแล้วจึงไม่มีอำนาจในการจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรดังกล่าวกลับไปให้กับบริษัทในต่างประเทศได้¹¹

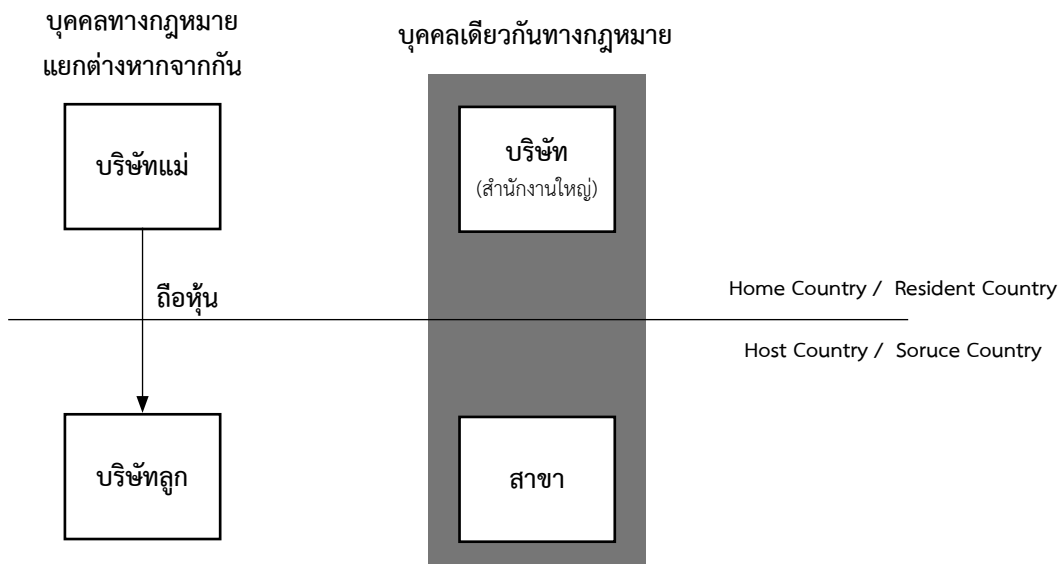
⁸ Ibid, pp.495–496.

⁹ Ibid, p.499.

¹⁰ OECD. Commentary on Article 7 Concerning the Taxation of Business Profits. **Model Tax Convention on Income and on Capital 2017: Volume 1 and 2** (Updated 21 November 2017), 177. Paris: OECD, 2019;

¹¹ จากการศึกษาคพบว่า มีหลายประเทศที่ไม่มีการเก็บภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรของสาขาให้กับบริษัทในต่างประเทศ ได้แก่ Argentina Belgium, Denmark, Germany, India, Israel, Italy Japan Luxembourg, Malaysia, Mexico, Netherland, Norway, Singapore, Spain และ Switzerland อ้างถึงใน “Worldwide Tax Summaries Online,” Worldwide Tax Summaries Online. Pricewaterhousecooper. [online] Available from: <https://taxsummaries.pwc.com/search?q=branch%20income> [26 April 2022]

แผนภาพที่ 1: ความแตกต่างระหว่าง “บริษัทลูก” กับ “สาขาของบริษัท”



2.2 การจัดเก็บภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทในต่างประเทศ

2.2.1 หลักการจัดเก็บภาษี “เงินกำไรของสาขา”

อย่างที่กล่าวไปในส่วนที่ 2.1 ว่าการส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทส่งกลับให้แก่บริษัทในต่างประเทศไม่ถือว่าเป็นเงินได้ของบริษัทในต่างประเทศ (No Taxable Event) ส่งผลให้ประเทศที่สาขาของบริษัทนั้นตั้งอยู่ (Source Country) โดยหลักการแล้ว ไม่มีอำนาจในการจัดเก็บภาษีจากเงินกำไรสะสมสุทธิของสาขาที่ส่งกลับไปที่บริษัทในต่างประเทศแต่อย่างใด¹² ในขณะที่กรณีบริษัทลูกจ่ายเงินปันผลให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศ (Dividend Distribution) ถือว่าบริษัทแม่ในต่างประเทศเป็นผู้มีเงินได้ โดยหลักการแล้ว ประเทศที่บริษัทลูกจ่ายเงินปันผลจึงมีอำนาจในการจัดเก็บภาษีจากการจ่ายเงินปันผลดังกล่าว ดังนั้น เพื่อให้มีอำนาจในการจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรของสาขา ในหลายประเทศจึงได้มีการตรากฎหมายภาษีเงินได้ขึ้นเฉพาะสำหรับการจัดเก็บภาษีกรณีสาขาที่มีการส่งเงินกำไรกลับให้แก่สำนักงานใหญ่ (การส่งเงินกำไรออกนอกประเทศ) โดยการนำหลักการจัดเก็บภาษีขั้นที่ 2 ในระดับขั้นผู้ถือหุ้น (Shareholder Level of Tax) ที่ใช้

¹² Ault, Hugh J., Brian J. Arnold, and Guy Gest, *Comparative Income Taxation: A Structural Analysis*. p.515

กับการจ่ายเงินปันผลไปต่างประเทศให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศ¹³ มาปรับใช้ โดยให้ถือว่าสาขาของบริษัทต่างประเทศนั้นมีสถานะเช่นเดียวกับบริษัทลูกของบริษัทต่างประเทศ เพื่อจุดประสงค์ในการจัดเก็บภาษีขั้นที่ 2 จากเงินกำไรของสาขาของบริษัทที่ส่งกลับให้แก่บริษัทต่างประเทศเพิ่มเติม (Additional income tax) จากภาษีเงินได้บริษัทซึ่งคำนวณจากฐานกำไรสุทธิของสาขาของบริษัท (Corporate tax) ที่ได้เสียไปแล้วในแต่ละปีภาษี

2.2.2 องค์ประกอบของกฎหมายภาษีเงินได้เพื่อการจัดเก็บภาษีส่งเงินกำไรของสาขา

แม้ว่าโดยหลักการการจัดเก็บภาษีกรณีสาขาของบริษัทมีการส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทกลับให้กับบริษัทในต่างประเทศเป็นการจัดเก็บภาษีเงินได้เพิ่มเติมเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันทางภาษีระหว่างกรณีสาขาของบริษัทมีการส่งเงินกำไรสะสมสุทธิกลับให้กับบริษัทในต่างประเทศในรูปแบบของ “ส่งเงินกำไรของสาขา” กับกรณีบริษัทลูกมีการส่งเงินกำไรสะสมสุทธิกลับให้กับบริษัทแม่ในต่างประเทศในรูปแบบของ “จ่ายเงินปันผล” แต่ในรายละเอียดนั้น คือการที่สาขาของบริษัทมีการส่งเงินกำไรของสาขานั้นมีองค์ประกอบที่มีความแตกต่างกับการบริษัทลูกจ่ายเงินปันผลกลับให้กับบริษัทแม่ ดังนั้น ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาการออกแบบกฎหมายภาษีเงินได้ กรณีการจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรของสาขา ได้แก่ ฐานภาษี (Tax Base) ความรับผิดชอบและวิธีการเสียภาษี (Tax Timing/Collection)

(1) ฐานภาษี

สำหรับการจัดเก็บภาษีเงินได้ กรณีสาขาของบริษัทมีการส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทกลับให้กับบริษัทในต่างประเทศ เป็นการนำหลักการการจัดเก็บภาษีขั้นที่ 2 ในระดับขั้นผู้ถือหุ้น (Shareholder Level of Tax) มาปรับใช้ ดังนั้น ในการออกแบบ “ฐานภาษี” ในการจัดเก็บภาษีเงินได้ กรณีสาขาของบริษัทมีการส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทกลับให้กับบริษัทในต่างประเทศนั้นจึงต้องเป็นฐานภาษีที่มีความใกล้เคียงกับ “ฐานภาษี” ของการจ่ายเงินปันผลให้แก่บริษัทในต่างประเทศ

ทั้งนี้ การจ่ายเงินปันผลไปต่างประเทศ เงินปันผลดังกล่าวนั้น ต้องจ่ายมาจากกำไรสุทธิของบริษัทลูกหลังหักภาษีเงินได้บริษัท (กรณีบริษัทมีการสะสมกำไรสุทธิในหลายปี จะเรียกว่า “กำไรสุทธิสะสม”) ดังนั้น เพื่อให้ 2 กรณีดังกล่าวเกิดความเท่าเทียมกันในการจัดเก็บภาษี “ฐานภาษี” กรณีการส่งเงินกำไรของสาขากลับต่างประเทศ จึงต้องเป็น “ฐานภาษี” ที่มาจากจำนวนกำไรสุทธิ

¹³ Victor Thuronyi and Richard J. Vann, “International Aspects of Income Tax,” in **Tax Law Design and Drafting** (The Hague: Kluwer Law International, 2000), pp.55-56.

ของสาขาหลังหักภาษีเงินได้บริษัทแล้ว (Net After Tax Profits) เพื่อให้มีลักษณะใกล้เคียงกับ “ฐานภาษี” จากการจ่ายเงินปันผลที่จัดเก็บจากการจ่ายเงินปันผล ที่คำนวณมาจากกำไรสุทธิของบริษัทลูกหลังหักภาษีเงินได้บริษัทเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ดี การออกแบบ “ฐานภาษี” การส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทกลับให้กับบริษัทในต่างประเทศก็ขึ้นอยู่กับบริบทของแต่ละประเทศ ทั้งนี้ จากการศึกษาพบว่า “ฐานภาษี” การส่งเงินกำไรสะสมสุทธิกลับให้กับบริษัทในต่างประเทศปัจจุบันนั้น มีอยู่ 2 ฐาน ที่นิยมใช้กัน ได้แก่ (1.1) ฐานภาษีจาก “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วทั้งหมด” (Net After Tax Profits) และ (1.2) ฐานภาษีจาก “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วที่มีได้นำกลับมาลงทุนในประเทศ” (Net After Tax Profits That not Reinvested)

(1.1) ฐานภาษีจาก “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วทั้งหมด”

ด้วยเหตุที่ “การส่งเงินกำไรของสาขา” ของบริษัทให้แก่ตัวบริษัท (สำนักงานใหญ่) ในต่างประเทศนั้น ถือเป็นเพียงการ “โอนเงิน” ระหว่างแผนกในบริษัทเดียว (บุคคลเดียวกันทางกฎหมาย) การตรวจสอบความถูกต้องของ “จำนวนเงินกำไรของสาขาที่ส่งออกไป” ว่ามีจำนวนเท่าใดนั้น จึงมีความยุ่งยากในทางปฏิบัติ ดังนั้น ในบางประเทศ จึงกำหนดให้ “ฐานภาษี” ของการส่งเงินกำไรของสาขาที่ส่งกลับไปให้แก่บริษัทในต่างประเทศนั้น ให้พิจารณาจากการอ้างอิงชุดข้อมูลชุดเดียวกันกับที่ใช้ในการคำนวณเสียภาษีเงินได้บริษัทของสาขานั้นเอง เพื่อนำมาวิเคราะห์ว่าจำนวนเงินกำไรสุทธิที่เหลืออยู่ของสาขาภายหลังจากการเสียภาษีเงินได้บริษัทของสาขาของบริษัทในแต่ละปีภาษีว่าเหลือเป็นกำไรสุทธิอยู่เท่าใด ซึ่งเงินกำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้ (The After-Tax Profits Branch) แล้วนี้เองที่กฎหมายภาษีเงินได้ ให้ถือว่าเป็น “ฐานภาษี” ในการคำนวณภาษีเงินได้สำหรับการส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทออกไปให้แก่บริษัทในต่างประเทศได้ โดยไม่คำนึงว่าแท้จริงแล้วสาขาของบริษัทจะมีการส่งเงินกำไรออกไปทั้งหมดหรือแต่บางส่วนหรือไม่ก็ตาม ซึ่งเรียกว่า “Deemed Branch Profit Distribution”¹⁴

¹⁴ Thuronyi, and Vann, *International Aspect of Income Tax*, p.56.

ตารางที่ 1: กำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีแล้วทั้งหมด

	ปีที่ 1
รายได้	100
รายจ่าย	<50>
กำไร/ขาดทุน	50
ภาษี 20%	10
เงินกำไรหลังหักภาษีแล้ว (ฐานภาษี)	40

ตัวอย่างประเทศที่ใช้ “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วทั้งหมด” เป็นฐานภาษีสำหรับการคำนวณเสียภาษีเงินได้ กรณีการส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทให้แก่บริษัทของตนในต่างประเทศ ไม่ว่าจะมีการส่งเงินกำไรออกไปจริงหรือไม่ก็ตาม ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส¹⁵ ประเทศโบลิเวีย สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก¹⁶ ประเทศแอลจีเรีย และประเทศอินโดนีเซีย¹⁷ เป็นต้น

(1.2) ฐานภาษีจาก “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วที่มีได้นำกลับมาลงทุนในประเทศ”

ถึงแม้ว่าในบางประเทศจะใช้ฐานภาษีจาก “กำไรสุทธิหลังหักภาษีเงินได้แล้วทั้งหมด” เป็นฐานภาษีในการคำนวณภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรของสาขากลับให้แก่บริษัทต่างประเทศเพื่อความสะดวกง่ายตายก็ตาม แต่สาขาของบริษัทอาจมิได้ส่ง “เงินกำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วทั้งหมด” ให้แก่บริษัทในต่างประเทศก็ได้ ดังนั้น แม้ว่า การให้ถือว่ากำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วทั้งหมดเป็นฐานภาษีสำหรับการคำนวณเสียภาษีจะสะดวกง่ายตาย แต่ก็เกิดความไม่เป็นธรรมได้ในทางภาษีอากร ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีการเสียภาษีเงินได้ของกรณีบริษัทลูกที่มีกำไรสะสมสุทธิแล้ว หากบริษัทลูก

¹⁵ ประเทศฝรั่งเศสจัดเก็บภาษีส่งเงินกำไรของสาขาจาก “กำไรของสาขา” โดยให้ถือว่ามีการส่งกำไรกลับไปยังสำนักงานใหญ่ โดยการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย สำหรับผู้ไม่ใช่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในฝรั่งเศส และบริษัทนอกสหภาพยุโรป ในอัตราร้อยละ 22% หรือตามสนธิสัญญาภาษีที่ลดลง อ้างถึงใน “Taxation and Investment in France 2017 - Deloitte,” [online] Available from: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-franceguide-2017.pdf>. [26 April 2022]

¹⁶ สาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโก กำหนดให้สาขาของบริษัทต่างประเทศ มีหน้าที่เสียภาษีจากกำไรสุทธิจากภาษีเงินได้ บริษัทในอัตราร้อยละ 30% และมีหน้าที่เสียภาษี สำหรับผลกำไรจากกำไรของสาขา ในอัตราร้อยละ 20% เพิ่มเติมโดยคิดจากของกำไรสุทธิหลังหักภาษีเงินได้บริษัท อ้างถึงใน “Worldwide Tax Summaries Online.”

¹⁷ ประเทศอินโดนีเซียจัดเก็บภาษีส่งเงินกำไรของสาขาจาก “กำไรหลังหักภาษี” โดยการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายในอัตราร้อยละ 20 โดยไม่คำนึงว่ากำไรดังกล่าวจะถูกส่งไปยังประเทศบ้านเกิดหรือไม่. อ้างถึงใน “Worldwide Tax Summaries Online.”

ยังมิได้จ่ายเป็นเงินปันผลให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศนั้น กรณีดังกล่าวก็ยังไม่มีการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการกำไรสุทธิสะสมที่ยังไม่จ่ายเป็นเงินปันผลแต่อย่างใด

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริง ในบางประเทศ จึงมิได้ใช้ “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วทั้งหมด” เป็นฐานภาษีในการคำนวณภาษีเงินได้ สำหรับการส่งเงินกำไรของสาขา กลับให้แก่บริษัทต่างประเทศ แต่ปรับมาใช้ “ฐานภาษี” ที่มีความคล้ายคลึงกับ “ฐานภาษี” ของ กรณีการจ่ายเงินปันผลมาใช้แทน กล่าวคือ ในกรณีของกำไรสุทธิสะสมของบริษัทที่ยังมิได้จ่ายเป็นเงินปันผลนั้นจะยังไม่มีการเสียภาษีในขั้นที่ 2 โดยบริษัทสามารถนำกำไรสุทธิสะสมดังกล่าวไปลงทุนในกิจการของบริษัทต่อไปได้ (Reinvestment) จนกว่าจะมีการนำกำไรสุทธิสะสมดังกล่าวไปจ่ายเป็นเงินปันผลจริงจึงจะมีการเสียภาษีในขั้นที่ 2 จากการจ่ายเงินปันผลนั้น ทั้งนี้ ในกรณีของสาขาของบริษัทต่างประเทศก็เช่นกัน หากสาขาของบริษัทนำกำไรสุทธิสะสมแต่นำกำไรสุทธิสะสมดังกล่าวกลับมาลงทุนในกิจการของสาขาต่อไปแทนการส่งเงินกำไรกลับให้ตัวบริษัท (สำนักงานใหญ่) ในต่างประเทศ ก็ไม่ควรเสียภาษีเงินได้จากเงินกำไรสุทธิสะสมของสาขาดังกล่าว ดังนั้น ในส่วนเงินกำไรสุทธิสะสมของสาขาที่นำมาลงทุนนั้นจึงยังไม่มีการจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรของสาขา ให้แก่บริษัทต่างประเทศแต่อย่างใด แต่หากว่ากำไรสุทธิสะสมดังกล่าว มิได้นำมาลงทุนในกิจการของสาขา ก็ให้ถือว่าเงินกำไรสุทธิสะสมในส่วนดังกล่าวนี้เป็น “ฐานภาษี” ในการคำนวณภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรของสาขาที่เรียกว่า “กำไรสุทธิหลังหักภาษีเงินได้แล้วที่มีได้นำกลับมาลงทุนในประเทศ”

ทั้งนี้ การคำนวณจากกำไรสุทธิหลังหักภาษีเงินได้แล้วที่มีได้นำกลับมาลงทุนในประเทศว่ามีจำนวนเท่าใดนั้น ก็จะเป็นการพิจารณาเปรียบเทียบจากงบดุลทางภาษี (Tax Balance Sheet) ของสาขาของบริษัทระหว่างปีภาษีว่ามีจำนวนกำไรสุทธิหลังหักภาษีเงินได้แล้วคงเหลืออยู่เท่าใด หากมีจำนวนกำไรสุทธิหลังหักภาษีเงินได้แล้ว แต่มิได้นำกลับมาอยู่ในส่วนเงินลงทุนในประเทศ¹⁸ ก็ให้ถือว่าเป็นส่วนกำไรสุทธิหลังหักภาษีเงินได้บริษัทแล้วที่มีได้นำกลับมาอยู่ในส่วนเงินลงทุนในประเทศนั้นเป็น “ฐานภาษี” สำหรับการส่งเงินกำไรของสาขากลับให้แก่บริษัทต่างประเทศ¹⁹

¹⁸ ทั้งนี้ คำว่า “มิได้นำกลับมาลงทุนในประเทศ” ในกฎหมายของแต่ละประเทศ อาจมีวิธีการคิดคำนวณที่แตกต่างกัน ในรายละเอียด เช่นเป็นสูตรคำนวณ หรือพิจารณาทางบัญชี แต่ทุกประเทศนั้นมีหลักการเดียวกัน คือ ให้เป็นไปในหลักการเดียวกับ กรณีการเสียภาษีเงินได้ของบริษัทลูกที่มีกำไรสะสมสุทธิที่ยังมิได้จ่ายเป็นเงินปันผลให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศนั้น ที่ยังไม่มีการจัดเก็บภาษีเงินได้จากกำไรสุทธิสะสมที่ยังไม่จ่ายเป็นเงินปันผลแต่อย่างใด

¹⁹ Thuronyi, and Vann, *International Aspect of Income Tax*, p.56.

ตารางที่ 2: กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วที่มีได้นำกลับมาลงทุนในประเทศ

	ปีที่ 1	ปีที่ 2	ปีที่ 3
รายได้	200	100	200
รายจ่าย	<100>	<100>	<100>
กำไร/ขาดทุน	100	0	100
ภาษี 20%	20	0	20
กำไรหลังหักภาษีแล้ว	80	0	80
กำไรหลังหักภาษีสะสม (ต้นปี)	80	60	60 + 80 = 140
เงินที่นำกลับมาลงทุน (ปลายปี)	60	60	100
ฐานภาษีจากการส่งเงินกำไร	20	0	40

ตัวอย่างประเทศที่ใช้ “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วที่มีได้นำกลับมาลงทุนในประเทศ” เป็นฐานภาษีสำหรับการคำนวณเสียภาษีเงินได้ในกรณีการส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทให้แก่บริษัทของตนในต่างประเทศไม่ได้มีการเงินกำไรส่งออกไปจริงหรือไม่ก็ตาม ได้แก่ ประเทศเกาหลีใต้²⁰ ประเทศแคนาดา²¹ และประเทศสหรัฐอเมริกา²² เป็นต้น

²⁰ ประเทศเกาหลีมีการจัดภาษีกำไรของสาขา โดยเรียกเก็บเพิ่มเติมจากเงินได้บริษัทปกติ โดยเรียกเก็บในอัตรา 20% (หรือในอัตราที่ลดลงตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา) สำหรับกำไรของสาขาที่ไม่ได้นำกลับมาลงทุนในส่วนของทุน (Capital) ของสาขา อ้างถึงใน “Taxation and Investment in Korea 2017, - Deloitte.” [online] Available from: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-koreaguide-2017.pdf>. [26 April 2022]

²¹ ประเทศแคนาดาจัดภาษีกำไรสาขาในอัตราร้อยละ 25 % เพิ่มเติมจากภาษีเงินได้บริษัท โดยเป็นการจัดเก็บจากผลกำไรหลังหักภาษีของผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศแคนาดาซึ่งไม่ได้นำผลกำไรหลังหักภาษีมาลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าเงื่อนไขในแคนาดา (Canada, ITA, § 219) อ้างถึงใน “Worldwide Tax Summaries Online.”

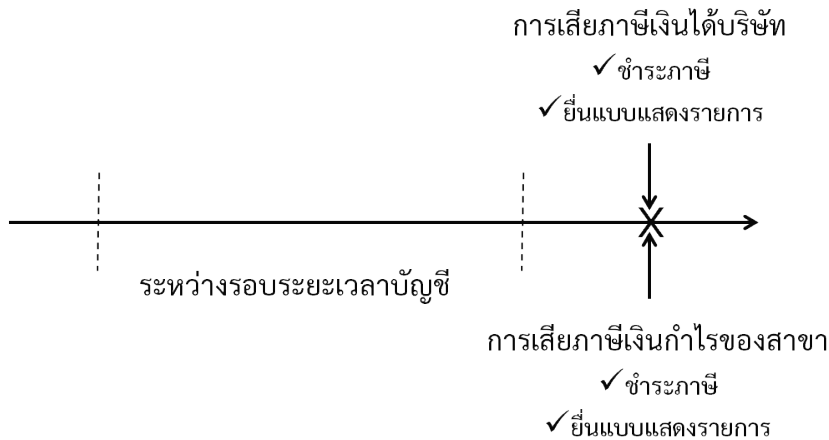
²² ประเทศสหรัฐอเมริกามีการจัดเก็บภาษีเงินกำไรของสาขา โดยใช้ “ฐานภาษี” คำนวณจากรายได้และกำไรของสาขาในสหรัฐที่เชื่อมโยงกับการเข้ามาประกอบกิจการการค้าหรือธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาหลังหักภาษีแล้ว (The After-tax Earnings and Profits) ที่ไม่ได้นำกลับมาลงทุนในกิจการการค้าหรือธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าว (Reinvestment) หรือที่เรียกว่า “จำนวนเงินเทียบเท่าเงินปันผล” (Dividend Equivalent Amount) โดยหากจำนวนรายได้และกำไรของสาขาในสหรัฐที่เชื่อมโยงกับการเข้ามาประกอบกิจการการค้าหรือธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาหลังหักภาษีแล้วในปลายปีภาษีลดลงกว่าต้นปีภาษี อันเนื่องมาจากการเป็นการนำรายได้และกำไรของสาขาในสหรัฐที่เชื่อมโยงกับการเข้ามาประกอบกิจการการค้าหรือธุรกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาหลังหักภาษีแล้วไปลงทุนในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ฐานภาษีในการคำนวณ “จำนวนเงินเทียบเท่าเงินปันผล” ก็จะลดลงทำให้เสียภาษีเงินกำไรของสาขาลดลง (IRC § 884) อ้างถึงใน Lokken, Lawrence, “Nonresident Aliens, Foreign Corporations and Other Foreign Person,” in *Fundamentals of International Taxation: U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers* (Valhalla, NY: Thomson Reuters/WG & L, 2011), pp.67–195-67–204.

(2) ความรับผิดและวิธีการเสียภาษี

อย่างที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า หลักการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรของสาขากลับให้แก่บริษัทต่างประเทศนั้นมีหลักการที่ต้องการจัดเก็บภาษีชั้นที่ 2 จากเงินกำไรที่ส่งกลับให้แก่บริษัทต่างประเทศในลักษณะเดียวกันกับการจัดเก็บภาษีชั้นที่ 2 ในระดับชั้นผู้ถือหุ้น (Shareholder Level of Tax) สำหรับการจ่ายเงินปันผลไปต่างประเทศให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากสาขาของบริษัทและตัวบริษัทยังคงเป็นบุคคลเดียวกันตามกฎหมายบริษัท การโอนเงินระหว่างกันนั้นจึงไม่อาจทราบได้ทันทีว่าเป็นเงินดังกล่าวเป็นเงินกำไรของสาขาหรือไม่ อันมีลักษณะแตกต่างจากการจ่ายเงินปันผลนั้นต้องเป็นจัดสรรโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น (The General meeting of shareholders) ที่มีการประกาศจ่ายเงินปันผลจำนวนเท่าใด และวันจ่ายเงินปันผลในวันใด ที่มีความแน่นอน

อีกทั้ง การที่สาขาของบริษัทต่างประเทศจะทราบได้ว่าสาขาของบริษัทต่างประเทศนั้นมีกำไรที่จะสามารถส่งกลับไปต่างประเทศได้นั้น และส่วนใดเป็นการส่งเงินกำไรของสาขา หรือส่วนใดมิใช่การส่งเงินกำไรของสาขา ก็ต่อเมื่อสาขาของบริษัทต่างประเทศนั้นได้มีการปิดงบการเงิน (Close financial statement) ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีเสียก่อน ทั้งนี้ ความรับผิดในการเสียภาษีกรณีส่งเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทต่างประเทศนั้น ในหลายประเทศจึงต้องรอให้สาขาของบริษัทปิดงบการเงินและยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บริษัทแล้ว ดังนั้น ความรับผิดในการเสียภาษี (Timing) ของการส่งเงินกำไรของสาขากลับให้แก่บริษัทต่างประเทศ จึงเป็นการจัดเก็บภาษีเงินได้รายปีภาษี (Annual Income Tax) แบบประเมินตนเอง โดยคำนวณภาษีเงินได้ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี ไม่ว่าจะคำนวณจากฐานภาษี “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วทั้งหมด” (Deemed Profit Distribution) หรือคำนวณจากฐานภาษี “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วที่มีได้นำกลับมาลงทุนในประเทศ” (Branch Profits That not Reinvested) และอาจยื่นแบบแสดงรายการพร้อมกับการเสียภาษีเงินได้บริษัททั่วไปก็ได้

แผนภาพที่ 2: การเสียภาษีเงินกำไรของสาขากลับให้แก่บริษัทต่างประเทศ



ตัวอย่าง ประเทศที่ใช้ความรับผิดชอบในการเสียภาษีกรณีส่งเงินกำไรของสาขากลับให้แก่บริษัทต่างประเทศ เป็นแบบรายปี ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา²³ ประเทศแคนาดา และประเทศเกาหลีใต้ เป็นต้น

3. ภาษีการจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทย

ในส่วนที่ 3 นี้ จะเป็นการศึกษาการจัดเก็บภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทยตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ส่วน ได้แก่ หลักการตามมาตรา 70 ทวิ ผู้มีหน้าที่เสียภาษี ฐานภาษี และจุดความผิดในการเสียภาษี ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจและนำไปสู่การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาในเชิงของการร่างกฎหมายภาษีเพื่อใช้ “ภาษีเงินกำไรของสาขา” ในประเทศไทย ในส่วนที่ 4 ต่อไป

²³ ประเทศสหรัฐอเมริกามีกำหนดให้การเสียภาษีเงินกำไรของสาขานั้น เป็นภาษีเงินได้รายปี (Annual Tax) โดยบริษัทต่างประเทศผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินกำไรของสาขานั้นมีความรับผิดชอบในอันต้องเสียภาษีตาม IRC § 884 เมื่อสิ้นรอบปีภาษี (Taxable Year) โดยยื่นแบบแสดงรายการภาษีเงินได้สำหรับบริษัทต่างประเทศ ในแบบแสดงรายการที่เรียกว่า “Form 1120-F” (U.S. Income Tax Return of a Foreign Corporation) พร้อมกับชำระภาษีเงินกำไรของสาขาตามหลักเกณฑ์ใน IRC § 6151 อ้างถึงใน United States, “IRC § 6151 (a),” [online] Available from: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/6151>. [26 April 2022]

3.1 หลักการตามมาตรา 70 ทวิ

เดิมก่อนปี พ.ศ. 2502 ประเทศไทยยังไม่มีการจัดเก็บภาษีการจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทยแต่อย่างใด มีแต่มาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากรในปี พ.ศ. 2494²⁴ ที่บัญญัติให้ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมิน ตามมาตรา 40 (4) แห่งประมวลรัษฎากร ให้แก่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศมิได้ประกอบกิจการในประเทศไทยนั้นมีหน้าที่หักเงินภาษี โดยการหักจากเงินได้พึงประเมินที่จ่ายนั้น แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากการเงินกำไรที่สาขาของบริษัทส่งออกไปให้แก่บริษัทในต่างประเทศมิได้มีลักษณะเป็นเงินได้พึงประเมินมาตรา 40 (4) จึงไม่สามารถถูกจัดเก็บภาษีเงินได้ ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรได้ ดังนั้น เพื่อให้การเงินกำไรที่สาขาของบริษัทส่งกลับให้แก่บริษัทในต่างประเทศอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีเงินได้เช่นเดียวกับกรณีการจ่ายเงินได้พึงประเมินมาตรา 40 (4) ออกนอกประเทศ ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรนั้น²⁵ ประเทศไทยจึงมีการตรามาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรขึ้น²⁶

3.2 ผู้มีหน้าที่เสียภาษี

ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้นได้มีการบัญญัติให้ “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใดจำหน่ายเงินกำไรหรือเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรออกไปจากประเทศไทย” เป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้ แต่มีข้อสังเกตว่า มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ใช้คำว่า “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใด” ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 66 วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร และมาตรา 76 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ที่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ผู้มีหน้าที่เสียภาษีนั้น คือ “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ” แต่จากการศึกษาแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรพบว่ากรมสรรพากรได้เคยวางแนววินิจฉัยไว้เกี่ยวกับการภาษีเงินได้ ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรได้ว่าจะเกิดขึ้นได้ 2 กรณี ได้แก่

²⁴ พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2494.

²⁵ “...เหตุผลสำคัญในการจัดเก็บภาษีกำไรส่งออกก็คือ เพื่อให้มีการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันระหว่างบริษัทต่างประเทศที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศในรูปบริษัทในเครือ (Subsidiary) กับบริษัทต่างประเทศที่เข้ามาประกอบกิจการในรูปสาขา (Branch) เงินที่บริษัทในเครือ (ซึ่งต้องจดทะเบียนในประเทศไทย) ส่งออกไปให้บริษัทแม่ (Parent Company) จะอยู่ในรูปของเงินปันผลซึ่งต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (4) แต่เงินที่สาขาส่งออกไปให้สำนักงานใหญ่ในต่างประเทศนั้นจะอยู่ในรูปของกำไร ไม่ใช่เงินปันผลซึ่งมาตรา 40 (4) ไม่มีผลครอบคลุมถึง ฉะนั้น เพื่อให้เงินที่สาขาส่งออกไปให้สำนักงานใหญ่ต้องเสียภาษีเช่นเดียวกับเงินปันผลที่บริษัทในเครือส่งออกไปให้บริษัทแม่ จึงต้องจัดเก็บภาษีกำไรส่งออก...” อ้างถึงใน สุภรัตน์ คุ้มพันธุ์กุล, “ทฤษฎีภาษีเงินได้นิติบุคคล”, สรรพากรสาส์น ปีที่ 31 ฉบับที่ 3 (มีนาคม - เมษายน 2527), หน้า 37.

²⁶ มาตรา 34 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2502.

กรณีที่ 1 คือ กรณีของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศที่ประกอบกิจการในประเทศไทยโดยเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยในลักษณะของการตั้งสำนักงานสาขาในประเทศไทย และได้มีการจำหน่ายเงินกำไรออกนอกประเทศ หรือ

กรณีที่ 2 คือ กรณีของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศมีลูกจ้างหรือผู้ทำการแทนหรือผู้ทำการติดต่อในการประกอบกิจการในประเทศไทย และได้มีจำหน่ายเงินกำไรออกนอกประเทศ²⁷

ดังนั้น กรณีสาขาของบริษัทต่างประเทศจำหน่ายเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทในต่างประเทศนั้น ผู้มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้ ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ได้แก่ บริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศเท่านั้น ไม่รวมถึงบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย²⁸

3.3 ฐานภาษี

ในส่วนของ “ฐานภาษี” นั้น ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ได้มีบัญญัติไว้ค่อนข้างชัดเจนว่า “...ให้เสียภาษีเงินได้ โดยหักภาษีจากจำนวนเงินที่จำหน่ายนั้น...” ทั้งนี้ คำว่า “จำนวนเงินที่จำหน่ายนั้น” น่าจะเป็นการเขียนโดยอ้างคำที่ได้กล่าวมาแล้ว คือ “จำหน่ายเงินกำไรหรือเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรออกไปจากประเทศไทย” ตามที่บัญญัติไว้ตอนต้นของวรรคหนึ่งของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร

ต่อมามาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2534 บัญญัติเพิ่มวรรคสอง ของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ให้ “จำหน่ายกำไร” ตามวรรคหนึ่ง ซึ่งก็คือ ฐานภาษี ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรเดิม²⁹ ให้หมายความรวมถึง (1) การจำหน่ายเงินกำไร หรือเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรจากบัญชีกำไรขาดทุนหรือบัญชีอื่นใด ไปชำระหนี้หรือหักกลบลบหนี้ หรือไปตั้งเป็นยอดเจ้าหนี้ในบัญชีของบุคคลใด ๆ ในต่างประเทศ หรือ (2) ในกรณี

²⁷ ไพจิตร โรจนวานิช, สารัช ทองประคำ และชุมพร เสนไสย, คำอธิบายประมวลรัษฎากร ภาษีสรรพากร, หน้า 2-356-2-358.

²⁸ เรื่องเดียวกัน

²⁹ มาตรา 34 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2502 “มาตรา 70 ทวิ บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใดจำหน่ายเงินกำไรหรือเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรออกไปจากประเทศไทย ให้เสียภาษีเงินได้ในจำนวนเงินที่จำหน่ายนั้นในอัตราร้อยละ 15 โดยนำส่งอาเภอท้องที่พร้อมกับยื่นรายการตามแบบที่อธิบดีกำหนด ภายในเจ็ดวันนับแต่วันจำหน่าย”

ที่มีได้ปรากฏข้อเท็จจริงดังกล่าวใน (1) แต่ได้มีการขออนุญาตซื้อและโอนเงินตราต่างประเทศซึ่งเป็นเงินกำไรหรือเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรออกไปต่างประเทศ หรือ (3) การปฏิบัติอย่างอื่นซึ่งก่อให้เกิดผลตาม (1) หรือ (2) ด้วย

ดังนั้น ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร “ฐานภาษี” จึงแบ่งได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

กรณีที่ 1 ฐานภาษีจาก “จำนวนเงินกำไร” คือ จำนวนเงินกำไรที่จำหน่ายออกจากประเทศไทย หรือจากจำนวนเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรจำหน่ายออกไปจากประเทศไทย และ

กรณีที่ 2 ฐานภาษีจาก “จำนวนเงินที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไร” คือ จำนวนเงินประเภทอื่นใดที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรจากบัญชีกำไรขาดทุนหรือบัญชีอื่นใดไปชำระหนี้หรือหักกลบลบหนี้ หรือไปตั้งเป็นยอดเจ้าหนี้ในบัญชีของบุคคลใด ๆ ในต่างประเทศ หรือจำนวนเงินที่ได้มีการขออนุญาตซื้อและโอนเงินตราต่างประเทศซึ่งเป็นเงินกำไรหรือเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรออกไปต่างประเทศ หรือการปฏิบัติอย่างอื่นซึ่งก่อให้เกิดผลในลักษณะเป็นการจำหน่ายกำไรออกนอกประเทศไทย

3.4 ความรับผิดในการเสียภาษี

ในส่วนความรับผิดในการเสียภาษีเงินได้นั้น ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร กับบัญญัติไว้ชัดเจนเช่นกันว่า “จำหน่ายเงินกำไร... ออกไปจากประเทศไทย ให้เสียภาษีเงินได้โดยหักภาษี...” แต่เนื่องจากมาตรา 70 ทวิ วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร มีการขยายความคำว่า “จำหน่ายเงินกำไร” ส่งผลให้ความรับผิดในการเสียภาษีเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 “จ่ายจริง” คือ เมื่อมีการจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทย หรือเมื่อมีการจำหน่ายเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรออกไปจากประเทศไทย³⁰ ให้เสียภาษีเงินได้ โดยการหักภาษี ซึ่งในกรณีนี้มีความมุ่งประสงค์จะจัดเก็บภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรออกนอกประเทศไทยจริง ๆ เท่านั้น (Actual Profit Remittance)

กรณีที่ 2 “ถือว่าจ่าย” คือ เมื่อมีจำนวนเงินประเภทอื่นใดที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรจากบัญชีกำไรขาดทุนหรือบัญชีอื่นใด ไปชำระหนี้หรือหักกลบลบหนี้หรือไปตั้งเป็นยอดเจ้าหนี้ในบัญชีของ

³⁰ ไพจิตร โรจนวานิช, สาโรช ทองประคำ และชุมพร เสนไสย. คำอธิบายประมวลรัษฎากร ภาษีสรรพากร, หน้า 2-356-2-358.

บุคคลใด ๆ ในต่างประเทศมีเงินที่ได้มีการขออนุญาตซื้อและโอนเงินตราต่างประเทศซึ่งเป็นเงินกำไรหรือเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรออกไปต่างประเทศ หรือการปฏิบัติอย่างอื่นซึ่งก่อให้เกิดผลในลักษณะเป็นการจำหน่ายกำไรออกนอกประเทศไทย³¹ ให้เสียภาษีเงินได้โดยการหักภาษี ซึ่งในกรณีนี้มีความมุ่งประสงค์จะจัดเก็บภาษีเงินได้ แม้ว่าตามข้อเท็จจริงแล้วจะไม่มีเงินส่งกำไรออกนอกประเทศไทยจริง (Deemed Profit Remittance)

4. ปัญหาในเชิงการร่างกฎหมายภาษีเพื่อจัดเก็บภาษีการจำหน่ายเงินกำไรของสาขาในประเทศไทย

ในส่วนที่ 4 นี้ จะเป็นการนำหลักการจัดเก็บภาษีการส่งกำไรของสาขากลับให้บริษัทในต่างประเทศ (Branch Profit Tax) ในส่วนที่ 2 และการจัดเก็บภาษีกรณีสาขาของบริษัทจำหน่ายเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทในต่างประเทศ ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ในส่วนที่ 3 มาวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ ในเชิงการร่างกฎหมายภาษีว่ากรณีการจัดเก็บภาษีกรณีสาขาของบริษัทต่างประเทศจำหน่ายเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทในต่างประเทศ (Branch Profit Remittance Tax in Thailand) ของประเทศไทย มีการออกแบบกฎหมายที่มีความเหมาะสม หรือไม่ อย่างไร

โดยในส่วนนี้ จะแบ่งการพิจารณาโครงสร้างมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ในเชิงการออกแบบกฎหมายภาษีเป็น 3 ส่วน ได้แก่ (1) ฐานภาษี (2) จุดความรับผิดชอบ และ (3) วิธีการเสียภาษี

4.1 ฐานภาษี

ในกรณีของฐานภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทในต่างประเทศ มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ที่ประกอบไปด้วย “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” ตามวรรคหนึ่งและ “จำนวนเงินที่ถือได้ว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” ตามวรรคสองนั้น มีประเด็นต้องพิจารณาในเชิงของการออกแบบกฎหมายภาษีว่า “ฐานภาษี” ที่เลือกใช้ดังกล่าวนี้ มีความเหมาะสม หรือไม่ อย่างไร

ในเชิงหลักการภาษีนั้น หากเปรียบเทียบระหว่างหลักการภาษีกรณีการจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรของสาขากับตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร กรณีการจัดเก็บภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไรของสาขาแล้วจะเห็นได้ว่าการจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรของสาขานั้นเป็นการนำหลักการจัดเก็บภาษีขั้นที่ 2 ในระดับขั้นของผู้ถือหุ้นมาปรับใช้การจัดเก็บกรณีการส่งเงินกำไรของสาขาในระดับขั้นของตัวบริษัท (สำนักงานใหญ่) ซึ่งเป็นการภาษีเงินได้เพิ่มเติม (Additional

³¹ มาตรา 70 ทวิ วรรคสอง ประมวลรัษฎากร,

Income Tax) เพื่อให้มีภาระภาษีที่มีความเท่าเทียมกันกับการจัดเก็บภาษีจากการจ่ายเงินปันผลให้แก่บริษัทในต่างประเทศ โดย “ฐานภาษี” สำหรับการส่งเงินกำไรของสาขากลับต่างประเทศนั้น ก็เป็นการนำ “ฐานภาษี” จากการจ่ายเงินปันผล คือ ฐานภาษีที่มาจากจำนวนกำไรสุทธิของสาขา หลังหักภาษีเงินได้บริษัทมาปรับใช้กับ “ฐานภาษี” สำหรับการส่งเงินกำไรของสาขากลับต่างประเทศ เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร แม้ว่าเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายเพื่อให้เกิดภาระภาษีที่มีความเท่าเทียมกับการเสียภาษีจากการจ่ายเงินปันผลไปต่างประเทศ ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรก็ตาม แต่หากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า “ฐานภาษี” ตามถ้อยคำในตัวของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรที่มาจาก “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” และ “จำนวนเงินที่ถือว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” นั้นมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” และ “จำนวนเงินที่ถือว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” ต้องมาจากจำนวนกำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้บริษัท ซึ่งในที่นี้ หมายถึง ต้องมาจากกำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 66 วรรคสอง และมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากรก่อนหรือไม่ หรือกล่าวในอีกนัยหนึ่งว่าการเสียภาษีเงินได้ ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรได้จำเป็นต้องคิดคำนวณมาจากเงินกำไรสุทธิที่ผ่านการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา มาตรา 66 วรรคสอง และมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร หรือไม่ ซึ่งแตกต่างจาก “ฐานภาษี” จากการจ่ายเงินปันผล

มากไปกว่านั้น จากการสืบค้นแนววินิจัยกรมสรรพากรที่ผ่านม ไม่ปรากฏว่ามีแนววินิจัยใดตีความหรือให้คำจำกัดความที่มีความชัดเจนว่า “ฐานภาษี” จาก “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” และ “จำนวนเงินที่ถือว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้น ต้องมาจากกำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 66 วรรคสอง และมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากรมาก่อน หากแต่แนววินิจัยกรมสรรพากรที่เกี่ยวข้องในประเด็น “จำหน่ายเงินกำไร” หมายความว่าอย่างไร นั้น³² ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการวินิจฉัยโดยนำถ้อยคำในมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร มาวางหลักซ้ำ เช่น “การจำหน่ายเงินกำไร” ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร หมายถึง จำนวนเงินที่จ่ายจากเงินกำไรหรือเงินประเภทอื่นใดที่กันไว้จากกำไรหรือที่ถือว่าเป็นเงินกำไรออกไปจากประเทศไทย³³ โดยไม่มีการตีความเพิ่มเติมว่าต้องมาจากกำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้นิติบุคคลแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการจัดเก็บภาษี

³² หนังสือตอบข้อหารือที่ กค 0706/3075 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2547.

³³ หนังสือตอบข้อหารือที่ กค 0706/3075 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2547 และหนังสือตอบข้อหารือที่ กค 0706/7095 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม 2547.

จำหน่ายเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทในต่างประเทศ ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร นั้น ไม่ว่าจะเป็นตัวบทบัญญัติเองก็ดีหรือแนวนินิจฉัยกรมสรรพากรก็ดี มิได้มีการให้นิยามหรือให้คำจำกัดความอย่างชัดเจนว่า “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” ตามวรรคหนึ่ง และ “จำนวนเงินที่ถือว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” ตามวรรคสอง ของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้น ต้องมาจากกำไรสุทธิของสาขาที่ผ่านการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 66 วรรคสอง และมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร มาก่อน เท่านั้น

อีกประการหนึ่ง หากเปรียบเทียบกรณีการจ่ายเงินปันผล (Dividend distribution) ของบริษัทลูกในประเทศกลับให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศ ที่ต้องเสียภาษีเงินได้ ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร นั้น แม้ว่าถ้อยคำในมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร จะมีได้บัญญัติไว้ว่า เงินปันผลที่จ่ายต้องผ่านการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากรแล้วก็ตาม แต่โดยหลักการแล้ว มีความชัดเจนว่าการจ่ายเงินปันผลนั้นต้องจ่ายจากกำไรสุทธิสะสมของบริษัทที่ได้ผ่านการเสียภาษีเงินได้บริษัทแล้ว ทั้งนี้ หากพิจารณาในบริบทของประเทศไทยแล้ว การจ่ายเงินปันผลนั้นต้องเป็นไปตามวรรคสามของมาตรา 1201 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ชัดว่า “ห้ามมิให้จ่ายเงินปันผลจากเงินประเภทอื่นนอกจากเงินกำไร ถ้าหากบริษัทขาดทุนห้ามมิให้จ่ายเงินปันผลจนกว่าจะได้แก้ไขให้หายขาดทุนเช่นนั้น” ประกอบกับการแสดงรายการกำไร/ขาดทุนของบริษัทตามมาตรฐานการบัญชีฉบับที่ 35 (ปรับปรุง 2550) เรื่อง การนำเสนองบการเงิน กำหนดให้บริษัทแสดงงบกำไรขาดทุน ประกอบไปด้วยรายการ ดังต่อไปนี้ รายได้ ต้นทุนทางการเงิน ส่วนแบ่งกำไรหรือขาดทุนในเงินลงทุนซึ่งบันทึกตามข้อกำหนดของมาตรฐานการบัญชีฉบับอื่น ค่าใช้จ่ายภาษีอัตรรวมของ (ก) กำไรหรือขาดทุนหลังภาษีเงินได้จากการดำเนินงานที่ยกเลิก และ (ข) ผลกำไรหรือผลขาดทุนหลังภาษีเงินได้ที่รับรู้จากการวัดมูลค่า ยุติธรรมสุทธิจากต้นทุนในการขายหรือจากการจำหน่ายสินทรัพย์หรือรอจำหน่ายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานที่ยกเลิก และกำไรหรือขาดทุน ดังนั้น จึงเห็นได้ชัดว่า กรณีของการจ่ายเงินปันผลได้ไปต่างประเทศ มาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรนั้น “เงินปันผล” ต้องผ่าน 2 เงื่อนไขก่อน คือ บริษัทมีกำไร และกำไรนั้นได้หักค่าใช้จ่ายรวมถึงค่าใช้จ่ายทางภาษีแล้ว³⁴

ในประเด็นสุดท้าย หากพิจารณาเปรียบเทียบระหว่าง “ฐานภาษี” ที่ใช้จัดเก็บภาษีการส่งเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทไปต่างประเทศของต่างประเทศแล้วกับมาตรา 70 ทวิ แห่ง

³⁴ ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นในกรณีที่บริษัทลูกได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล ตัวอย่างเช่น กิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน (BOI) บริษัทลูกดังกล่าวก็จะมีค่าใช้จ่ายทางภาษีมาหักออกจากกำไรของบริษัท ดังนั้น กำไรดังกล่าวที่จ่ายเป็นเงินปันผล จึงไม่ต้องผ่านการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร แต่อย่างใด

ประมวลรัษฎากรแล้ว จะเห็นได้ว่าการส่งเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทไปต่างประเทศนั้น ในกรณีของประเทศฝรั่งเศสและประเทศอินโดนีเซียก็จะใช้ “ฐานภาษี” มาจาก “กำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้บริษัท” และในกรณีประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดาก็จะใช้ “ฐานภาษี” มาจาก “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วที่มีได้นำกลับมาลงทุนในประเทศ” ในทางกลับกัน ในกรณีจำหน่ายเงินกำไรของสาขาของประเทศไทยนั้น หากพิจารณาจากถ้อยคำตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้นที่บัญญัติว่า “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” ตามวรรคหนึ่ง และ “จำนวนเงินที่ถือว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” ตามวรรคสองแล้ว จะมีถ้อยคำที่มีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน ทั้งนี้ หากมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร มีประสงค์ที่จะให้ “ฐานภาษี” หมายถึง การจำหน่ายเงินกำไรของสาขาที่มาจากกำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา มาตรา 66 วรรคสอง และมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากรแล้ว สามารถบัญญัติให้มีความชัดเจนได้โดยการใช้ถ้อยคำ เช่น “กำไรสุทธิ”³⁵ “เงินกำไรที่ได้เสียภาษีภาษีตามบทบัญญัติในส่วนนี้” หรือ “...ต้องมาจากกำไรสุทธิที่มีการเสียภาษีในประเทศ...”³⁶ แทนคำว่า “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” เพื่อให้ “ฐานภาษี” ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร มีความอย่างชัดเจนในเชิงการร่างกฎหมายมากยิ่งขึ้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาในเชิงการร่างกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ชัดเจนว่า “ฐานภาษี” ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้นไม่สามารถสะท้อนตามหลักการที่ต้องการจัดเก็บภาษีจากส่งเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทไปต่างประเทศในระดับภาษีขั้นที่ 2 ที่จะให้เกิดความเท่าเทียมกันกับ “ฐานภาษี” ของการจัดเก็บภาษีเงินได้จากการจ่ายเงินปันผลไปต่างประเทศให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ในมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ไม่อาจตีความได้ว่า “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” และ “จำนวนเงินที่ถือว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” เป็นฐานภาษีที่ต้องมาจากกำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 66 วรรคสอง และมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร ก่อนเท่านั้น ดังนั้น ในเชิงการร่างกฎหมายนั้น “ฐานภาษี” ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร จึงไม่เหมาะสมสำหรับการจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรของสาขา

³⁵ คำว่า “กำไรสุทธิ” จะบัญญัติอยู่ในหลายมาตราในประมวลรัษฎากร เช่น มาตรา 65 มาตรา 66 มาตรา 67 มาตรา 76 ทวิ เป็นต้น

³⁶ มาตรา 5 วิสติ พระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 442) พ.ศ. 2548

4.2 จุดความรับผิด³⁷

ในกรณีของจุดความรับผิดในการเสียภาษี (Tax Point) ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ที่ให้จุดความรับผิดเกิดขึ้น “เมื่อจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทย” ตามวรรคหนึ่ง หรือ “เมื่อถือว่าจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทย” ตามวรรคสองนั้น มีประเด็นต้องพิจารณาในเชิงของการออกแบบกฎหมายภาษีว่าการเลือกใช้จุดความรับผิดในการเสียภาษีดังกล่าวมีความเหมาะสมในทางปฏิบัติหรือไม่อย่างไร

เมื่อพิจารณาในเชิงกฎหมายบริษัทแล้ว การที่สาขาของบริษัทต่างประเทศกับตัวบริษัทในต่างประเทศ (สำนักงานใหญ่) นั้นถือเป็นบุคคลคนเดียวกันในทางกฎหมาย การโอนเงินระหว่างสาขากับตัวบริษัทต่างประเทศนั้นจึงเป็นเรื่องภายในบริษัท การที่จะทราบได้ว่าเงินที่สาขาของบริษัทโอนให้แก่ตัวบริษัทต่างประเทศนั้นส่วนใดเป็นการส่งเงินกำไรของสาขาหรือส่วนใดมิใช่การส่งเงินกำไรของสาขาก็ต่อเมื่อสาขาของบริษัทและตัวบริษัท (สำนักงานใหญ่) ในต่างประเทศได้มีการปิดงบการเงิน (Close Financial Statement) ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีเสียก่อน ทั้งนี้ ในเชิงของกฎหมายภาษีเงินได้ก็เช่นกัน การที่จะจัดเก็บภาษีเงินได้จากการส่งเงินกำไรของสาขาได้นั้น ก็ต่อเมื่อสาขาของบริษัทและบริษัทในต่างประเทศมีการปิดงบการเงินในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีก่อนเพื่อให้ทราบว่าสาขาของบริษัทนั้นมีกำไรสุทธิหลังหักภาษีเงินได้บริษัทแล้วจำนวนเท่าใด และทราบได้ว่าส่วนใดเป็นส่วนของเงินกำไรของสาขาของบริษัทที่ส่งออกไปในรอบระยะเวลาบัญชีที่ผ่านมาเพื่อจะได้นำมาคำนวณภาษีเงินได้สำหรับการส่งเงินกำไรของสาขาได้ ดังนั้น ในการออกแบบกฎหมาย ในการจัดเก็บภาษีการส่งเงินกำไรของสาขา จึงเลือกใช้จุดความรับผิดในการเสียภาษี (Tax Timing) เป็นแบบรายปี (Annual Income Tax) ซึ่งสาขาของบริษัทและตัวบริษัทในต่างประเทศได้ปิดงบการเงินในรอบที่แล้วก่อน (12 เดือนที่ผ่านมา) แต่อย่างไรก็ดี หากเปรียบเทียบกับกรณีของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ที่ให้จุดความรับผิดเกิดขึ้น “เมื่อจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทย” ตามวรรคหนึ่ง หรือ “เมื่อถือว่าจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทย” ตามวรรคสอง นั้น จะเห็นได้ชัดว่าการเลือกใช้จุดความรับผิดในการเสียภาษี “เมื่อจำหน่าย” ก็ดี หรือ

³⁷ ในบทความนี้ จะมีการใช้คำที่ต่างกันระหว่าง “จุดความรับผิด” (Tax Point) กับ “ความรับผิด” (Tax Timing) ซึ่งมีความหมายทางภาษีที่ต่างกัน กล่าวคือ จุดความรับผิดนั้น เป็นจุด (Point) ที่ความรับผิดในการคำนวณภาษีเกิดขึ้น ซึ่งปกติแล้ว จะใช้ในการคำนวณภาษีบริโภค (Consumption Tax) เช่น ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีสรรพสามิต และภาษีสศุลกากร เป็นต้น โดยกำหนดให้จุดที่ธุรกรรมเกิดขึ้น เช่น จุดที่เกิดการโอนสินค้า หรือชำระราคา เป็นจุดในการคำนวณภาษีบริโภค ในขณะที่ความรับผิดนั้น เป็นช่วงระยะเวลา (Period) ที่ความรับผิดในการคำนวณภาษีเกิดขึ้น ซึ่งปกติแล้ว จะใช้ในการคำนวณภาษีเงินได้ (Income Tax) โดยกำหนดให้เงินได้ที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลา 12 เดือน ซึ่งเรียกว่า “ปีภาษี” หรือ “รอบระยะเวลาบัญชี” ต้องนำรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้

“เมื่อถือว่าจำหน่าย” ก็ดี มิได้สอดคล้องกับหลักการในเชิงกฎหมายบริษัทและในเชิงภาษีเงินได้แต่อย่างใด เนื่องจากในขณะที่ “มีการจำหน่าย” หรือ “ถือว่าจำหน่าย” นั้น สาขาของบริษัทอาจยังไม่ทราบในทันทีว่าเงินส่วนใดเป็นกำไร ดังนั้น กรณีจุดความรับผิดชอบตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร จึงมีประเด็นในทางปฏิบัติ³⁸ ตัวอย่างเช่น ประเด็นการหักกลบลบหนี้ ถือว่าเป็นการจำหน่ายเงินกำไรเมื่อใดหรือประเด็นการโอนค่าสินค้าให้แก่สำนักงานใหญ่ในต่างประเทศ ถือว่าเป็นการจำหน่ายเงินกำไรเมื่อใด เป็นต้น

ทั้งนี้ ขอยกตัวอย่างข้อหารือกรมสรรพากร ที่ กค 0811(กม.04)/1168 ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 2543 ซึ่งในกรณีนี้มีข้อเท็จจริงว่าธนาคารฯ นำเงินกำไรสุทธิที่ยังมิได้โอนเป็นส่วนของสำนักงานใหญ่มาชดเชยผลขาดทุนสุทธิที่ยังมิได้รับการชดเชยจากสำนักงานใหญ่ ทั้งในส่วนของกิจการสาขาและกิจการวิเทศธนกิจตามที่ได้รับอนุมัติจากธนาคารแห่งประเทศไทย กรณีดังกล่าวถือเป็นการจำหน่ายกำไรออกไปจากประเทศไทยตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร หรือไม่ ซึ่งในประเด็นจุดความรับผิดชอบนั้น กรมสรรพากรได้วินิจฉัยว่าการที่ธนาคารฯ นำเงินกำไรสุทธิที่ยังมิได้โอนเป็นส่วนของสำนักงานใหญ่มาชดเชยผลขาดทุนสุทธิที่ยังมิได้รับการชดเชยจากสำนักงานใหญ่ ทั้งในส่วนของกิจการสาขาและกิจการวิเทศธนกิจตามที่ได้รับอนุมัติจากธนาคารแห่งประเทศไทย ตามข้อเท็จจริงข้างต้น ถือได้ว่าเป็นการโอนเงินกำไรสุทธิของสาขาธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศไปเป็นส่วนของสำนักงานใหญ่เพื่อดำรงเป็นสินทรัพย์ไว้ในประเทศไทยด้วยเงินกำไรสุทธิแต่ละงวด การบัญชีของสาขาอันได้โอนเป็นส่วนของสำนักงานใหญ่แล้วและเข้าลักษณะเป็นการจำหน่ายเงินกำไรจากบัญชีกำไรขาดทุนหรือบัญชีอื่นใดไปตั้งเป็นยอดเจ้าหนี้ในบัญชีของบุคคลใดในต่างประเทศ จึงต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลโดยหักภาษีจากจำนวนเงินที่จำหน่ายนั้นในอัตราร้อยละ 10 ตามมาตรา 70 ทวิ (1) แห่งประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า แนววินิจฉัยดังกล่าวนี้ ได้ตีความว่า จุดความรับผิดชอบตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรว่า เกิดขึ้นเมื่อกำไรสุทธิที่ยังมิได้โอนเป็นส่วนของสำนักงานใหญ่มาชดเชยผลขาดทุนสุทธิที่ยังมิได้รับการชดเชยจากสำนักงานใหญ่ ดังนั้น จึงมีข้อสังเกตว่า หากภายหลังปิดงบการเงินปรากฏว่า สำนักงานใหญ่มีการโอนเงินชดเชยผลขาดทุนคืนให้สาขากันจริง และสาขาของบริษัทมีการกลบรายการบัญชีดังกล่าว จะถือได้หรือไม่ว่ามิได้มีการจำหน่ายเงินกำไรของสาขา ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้น เกิดขึ้นจริง

อีกประการหนึ่ง หากเปรียบเทียบจุดความรับผิดชอบตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร และมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรแล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ว่ามาตรา 70 ทวิ แห่งประมวล

³⁸ หนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0706/3075 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2547 หนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค กค 0706/7095 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม 2547 และหนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0811(กม.04)/1168 ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 2543.

รัฐฎากร จะใช้จุดความรับผิดชอบในการเสียภาษีเงินได้ “เมื่อจำหน่าย” ซึ่งคล้ายกับมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ที่ใช้จุดความรับผิดชอบในการเสียภาษีเงินได้จากการจ่ายเงินปันผล “เมื่อจ่าย” แต่เมื่อเปรียบเทียบบริบทระหว่าง “การจ่ายเงินปันผล” กับ “การส่งเงินกำไรของสาขา” แล้ว จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างในสาระสำคัญ กล่าวคือ การจ่ายเงินปันผลนั้นต้องเป็นการจัดสรรโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น (The General Meeting of Shareholders) ที่มีการประกาศจ่ายเงินปันผลจำนวนเท่าใดและวันจ่ายเงินปันผลในวันใด³⁹ ดังนั้น จุดความรับผิดชอบในการเสียภาษีเงินได้จึงมีความแน่นอน ในขณะที่กรณีของการจำหน่ายเงินกำไรของสาขา อาจไม่ทราบได้แน่ชัดว่าได้มีการจำหน่ายเงินกำไรของสาขาไปทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เมื่อใด หรือเวลาใด อีกทั้งการจำหน่ายเงินกำไรสาขาขึ้นอยู่กับมติการตัดสินใจภายในของบริษัทต่างประเทศฝ่ายเดียว (Internal Decision) ที่จะดำเนินการ ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกันแล้ว จะเห็นได้ว่าการใช้จุดความรับผิดชอบเกิดขึ้น “เมื่อจำหน่าย” ตามวรรคหนึ่ง หรือ “เมื่อถือว่าจำหน่าย” ตามวรรคสองนั้นเป็นการยากที่จะหาความแน่นอนของจุดความรับผิดชอบว่า เมื่อใดเป็นการจำหน่ายเงินอันเป็นส่วนหนึ่งของเงินกำไรสุทธิของสาขาของบริษัทให้แก่บริษัทในต่างประเทศได้

มากไปกว่านั้น เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายภาษีต่างประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศส่วนใหญ่ ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศเกาหลีใต้ เป็นต้น มิได้ใช้จุดความรับผิดชอบเกิดขึ้น “เมื่อจำหน่าย” หากแต่เลือกใช้ความรับผิดชอบในการภาษีเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทไปต่างประเทศเป็นแบบรายปี เพื่อรอให้สาขาของบริษัทต่างประเทศได้ปิดงบการเงิน (Close Financial Statement) ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีเสียก่อน อันแตกต่างจากมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรของประเทศไทยที่ใช้จุดความรับผิดชอบเกิดขึ้น “เมื่อจำหน่าย” หรือ “เมื่อถือว่าจำหน่าย” แล้วแต่กรณี

ดังนั้น เมื่อพิจารณาในเชิงการออกแบบกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่า การเลือกใช้จุดความรับผิดชอบ (Tax Point) เมื่อจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทย (Actual Profit Remittance) ตามวรรคหนึ่ง หรือเมื่อถือว่าจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทย (Deemed Profit Remittance) ตามวรรคสองของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร แทนการใช้ความรับผิดชอบในการเสียภาษี (Tax Timing) แบบรายปีนั้น จะส่งผลให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ทั้งผู้เสียภาษี และเจ้าพนักงานประเมิน ที่จะไม่สามารถทราบวันที่แน่นอนว่าจุดใด (Point) เป็นวันที่จำหน่ายเงินกำไรหรือถือว่าจำหน่ายเงินกำไร ดังนั้น ในเชิงของการร่างกฎหมายภาษี การใช้จุดความรับผิดชอบ “เมื่อจำหน่ายเงิน

³⁹ มาตรา 1201 วรรคสาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “การจ่ายเงินปันผลนั้นให้กระทำภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันในที่ประชุมใหญ่หรือกรรมการลงมติ แล้วแต่กรณี”

กำไรออกจากประเทศไทย” หรือ “เมื่อถือว่าจำหน่ายเงินกำไรออกจากประเทศไทย” จึงไม่มีความเหมาะสมในทางปฏิบัติ

4.3 วิธีการเสียภาษี

ในกรณีของวิธีการเสียภาษีจากการจำหน่ายเงินกำไรของสาขาให้แก่บริษัทไปต่างประเทศ ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ที่ให้ “เสียภาษี โดยหักภาษี...แล้วนำส่ง...ภายในเจ็ดวัน นับแต่วันจำหน่าย” นั้น มีประเด็นต้องพิจารณาในเชิงของการออกแบบกฎหมายภาษีว่าการเลือกวิธีการเสียภาษีดังกล่าวเป็นวิธีการที่มีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร

ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบวิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้ระหว่างประเทศนั้นที่มีอยู่ 2 วิธี ได้แก่ (1) วิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้จากเงินได้สุทธิ (Net Basis Tax) แบบภาษีประเมินตนเอง ซึ่งโดยปกติจะใช้กับกรณีของเงินได้ที่เกิดจากการเข้ามาประกอบธุรกิจผ่านสถานประกอบการถาวรในประเทศหลักแหล่งเงินได้ และ (2) วิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายจากเงินได้โดยรวม (Gross Basis Tax) แบบภาษีเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (Final withholding tax) ซึ่งโดยจะใช้กับเงินได้บางประเภทที่ไม่มีรายจ่าย ได้แก่ ดอกเบี้ย เงินปันผล และค่าสิทธิ นั้น จะเห็นได้ว่ากรณีตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ที่ใช้ถ้อยคำว่า “โดยหักภาษี...แล้วนำส่ง” นั้น เป็นการนำหลักการของวิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายจากเงินได้โดยรวมแบบภาษีเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (Final Withholding Tax) มาปรับใช้ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจาก “ฐานภาษี” ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้น ต้องมาจาก “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” ตามวรรคหนึ่งและ “จำนวนเงินที่ถือว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” ตามวรรคสอง ของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งเป็นการเสียภาษีเงินได้เพิ่มเติม (Additional Income Tax) จากฐานภาษีที่มาจากจำนวนกำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้บริษัท ซึ่งการที่สาขาของบริษัทต่างประเทศจะทราบได้ว่าสาขาของตนมีกำไรที่จะสามารถส่งกลับไปต่างประเทศได้นั้นก็ต่อเมื่อสาขาของบริษัทต่างประเทศนั้นได้มีการปิดงบการเงิน (คำนวณเงินได้หักรายจ่าย) ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีแล้ว ดังนั้น การจัดเก็บจากการจำหน่ายเงินกำไรของสาขา ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร จึงมีความเหมาะสมกับจัดเก็บภาษีโดยวิธีการเสียเป็นภาษีเงินได้จากเงินได้สุทธิแบบภาษีประเมินตนเองมากกว่าที่จะใช้จัดเก็บภาษีโดยวิธีการเสียเป็นภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายจากเงินได้โดยรวมแบบภาษีเบ็ดเสร็จเด็ดขาด เช่นเดียวกับกรณีของการจ่ายดอกเบี้ย เงินปันผล และค่าสิทธิ

ตัวอย่างเช่น ข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/3075 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2547 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า บริษัท ช. จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและมีสาขาใน

ประเทศไทย บริษัทฯ ทำสัญญารับจ้างก่อสร้างให้กับบริษัท ป. โดยบริษัทฯ ระบุให้แยกการชำระเงินออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ชำระเป็นเงินบาทให้บริษัท ป. ชำระโดยตรงกับสาขาในประเทศไทย และในส่วนที่ชำระเป็นเงินดอลลาร์สหรัฐอเมริกาให้โอนเงินสุทธิหลังจากหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายและเงินประกันผลงานแล้ว (ไม่รวมภาษีมูลค่าเพิ่ม) ไปยังบริษัทฯ ในประเทศเกาหลีโดยตรง บริษัทฯ จึงหารือว่า เมื่อสิ้นรอบระยะเวลาบัญชีปี 2546 หากสาขาของบริษัทฯ มีผลกำไร จำนวนเงินที่บริษัท ป. ส่งไปยังบริษัทฯ ในประเทศเกาหลีนั้น สาขาของบริษัทฯ ต้องนำส่งภาษีเงินได้จากการจำหน่ายเงินกำไรตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรหรือไม่ การจำหน่ายเงินกำไรมีความหมายว่าอย่างไรและต้องนำส่งเมื่อใด และในปีต่อ ๆ ไป หากสาขาของบริษัทฯ มีผลกำไรหรือขาดทุน ต้องนำส่งภาษีประเภทใดเพิ่มเติมจากปีแรกหรือไม่ ซึ่งกรมสรรพากรได้วินิจฉัยในประเด็นการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายว่า ...เมื่อสิ้นรอบระยะเวลาบัญชี หากสาขาของบริษัทฯ มีกำไรและเงินที่ส่งออกไม่เกินกว่ากำไร สาขาของบริษัทฯ จะต้องเสียภาษีเงินได้โดยหักภาษีจากจำนวนเงินที่จำหน่ายนั้น ในอัตราร้อยละ 10 และนำส่งภายใน 7 วัน นับแต่วันสิ้นรอบระยะเวลาบัญชีตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า “การหักภาษีจากจำนวนเงินที่จำหน่ายนั้น...และนำส่งภายใน 7 วัน นับแต่วันสิ้นรอบระยะเวลาบัญชี” จะเป็นการตีความเกินตัวบทกฎหมายของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร หรือไม่ เนื่องจากการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายเป็นการหักจากธุรกรรมที่เกิดขึ้น (Transaction Base) ดังนั้น การที่นำภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายมาใช้ในการถือว่าจำหน่ายตามวรรคสอง ของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร เห็นว่าน่าจะเกินกว่าหลักการของวิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายจากเงินได้รวมแบบภาษีเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (Final withholding tax)

มากไปกว่านั้น การที่มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ใช้วิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายจากเงินได้รวม ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับในมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรนั้น เห็นได้ว่าจะเกิดปัญหาในการตรวจสอบ กล่าวคือ ในกรณีของมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรนั้น เป็นการบัญญัติให้ “ผู้จ่ายเงินได้พึงประเมิน” ในประเทศไทยมีหน้าที่หักภาษี (Tax Agent) จากบริษัทตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศในฐานะ “ผู้มีเงินได้” ซึ่งผู้หักกับผู้ถูกหักเป็นคนละหน่วยภาษีซึ่งแตกต่างจากตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้นบัญญัติให้ “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใด” ซึ่งก็คือบริษัทต่างประเทศมีหน้าที่หักภาษี หากสาขาของบริษัทต่างประเทศนั้นมีการจำหน่ายเงินกำไรให้กับตัวบริษัท (สำนักงานใหญ่) ซึ่งตัวบริษัทมีฐานะ “ผู้มีเงินได้” ซึ่งผู้หักกับผู้ถูกหักเป็นหน่วยภาษีเดียวกัน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการจะหักภาษีตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ขึ้นอยู่กับตัวบริษัทต่างประเทศเองเป็นในฐานะผู้หน้าที่หักภาษีว่าจะหักภาษีหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ซึ่งการที่เจ้าพนักงานประเมินจะตรวจสอบความถูกต้องนั้นเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ

ในประเด็นสุดท้าย คือ การขอคืนภาษีที่เสียไว้เกิน ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร นำภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย แบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (Final withholding tax) ในลักษณะเดียวกับมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรมาใช้ แต่อย่างที่กล่าวไปตอนต้นว่าการจัดเก็บภาษีส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทที่ส่งกลับให้แก่บริษัทต่างประเทศเป็นการจัดเก็บภาษีขั้นที่ 2 เพิ่มเติม ซึ่งคำนวณฐานภาษีจาก “กำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้บริษัทแล้ว (Net After Tax Profits)” ซึ่งบริษัทต่างประเทศต้องประเมินตนเอง ดังนั้น หากปรากฏว่าในระหว่างรอบระยะเวลาบัญชีมีการส่งเงินออกไป ซึ่งมีทราบได้ว่าเป็นส่วนของกำไรสุทธิของสาขาหลังหักภาษีเงินได้บริษัทแล้ว แต่บริษัทต่างประเทศได้มีการหักภาษีและนำส่ง ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรไป ต่อมาภายหลังปรากฏว่าสาขาของบริษัทของต่างประเทศนั้นได้หักภาษีและนำส่งเกินกว่าที่ควรต้องเสีย ก็จะมีประเด็นในการขอคืนภาษี โดยบริษัทต่างประเทศต้องมาขอคืนภาษีในส่วนที่จำหน่ายไปแต่มีใช้เงินกำไร อันเป็นความยุ่งยากในทางปฏิบัติ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาในเชิงการร่างกฎหมายแล้ว เห็นได้ว่า เนื่องจากลักษณะของการจ่ายเงินปันผล มาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร กับการจำหน่ายเงินกำไรของสาขา ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้น มีความแตกต่างกันในเชิงหลักการภาษี การนำวิธีการเสียภาษีโดยการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่าย มาใช้ในการจัดเก็บภาษีการจำหน่ายเงินกำไรของสาขา ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร จะทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่าการหักภาษีเงินได้ ณ ที่จ่ายนั้น จะหักเมื่อใด อย่างไร ดังนั้น ในเชิงการร่างกฎหมายภาษี การนำวิธีการเสียภาษีเงินได้โดยการหัก ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร มาใช้ในการจัดเก็บภาษีจึงไม่มีความเหมาะสม

ตารางที่ 4: เปรียบเทียบ “ภาษีเงินกำไรของสาขา ตามหลักการภาษี” กับ “ภาษีจำหน่ายเงินกำไรของสาขา ตามมาตรา 70 ทวิ”

	ภาษีจำหน่ายเงินกำไรของสาขา มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร	ภาษีเงินกำไรของสาขา (Branch Profit Tax)
1. หลักการ	✓ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกับการเสียภาษีจากการจ่ายเงินปันผลไปต่างประเทศ	✓ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกับการเสียภาษีจากการจ่ายเงินปันผลไปต่างประเทศ

	ภาษีจำหน่ายเงินกำไรของสาขา มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร	ภาษีเงินกำไรของสาขา (Branch Profit Tax)
2. ฐานภาษี	✓ “จำนวนเงินกำไรที่จำหน่าย” ✓ “จำนวนเงินที่ถือว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” ✓ ข้อสังเกต: อาจไม่ผ่านการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลมาก่อน	✓ “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วทั้งหมด” ✓ “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วที่มีได้นำกลับมาลงทุนในประเทศ” ✓ ข้อสังเกต: ต้องผ่านการเสียภาษีเงินได้บริษัทมาก่อน
3. จุดความรับผิด	✓ เมื่อจำหน่าย	✓ ภาษีรายปี – พิจารณาจากงบการเงิน
4. วิธีการเสีย	✓ โดยการหัก ✓ นำส่งภาษีภายใน 7 วันนับแต่วันที่จำหน่าย	✓ ภาษีเงินได้บริษัท (แบบประเมินตนเอง) ✓ ยื่นแบบแสดงรายการพร้อมภาษีเงินได้บริษัท (เป็นรายปี)

5. บทสรุป

โดยสรุปแล้ว จะเห็นได้ว่า จากถ้อยคำในคำพิพากษาศาลฎีกาของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้น พบประเด็นในทางการร่างกฎหมายอยู่ 3 ประเด็น กล่าวคือ

(1) ฐานภาษี

ในประเด็น “ฐานภาษี” มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้น จะเห็นได้ว่า เนื่องมาจากหลักการของกฎหมายภาษี และเจตนารมณ์การตรามาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร กับถ้อยคำในมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้น ไม่สอดคล้องกัน โดยมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้นใช้คำว่า “เงินกำไรที่จำหน่าย” หรือ “เงินกำไรที่ถือว่าเป็นเงินกำไรที่จำหน่าย” เป็นฐานภาษี แต่ก็มีอาจตีความได้ชัดว่า “ฐานภาษี” ดังกล่าว ต้องผ่านการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 66 วรรคสอง และมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น ในเชิงการร่างกฎหมาย จึงทำ “ฐานภาษี” ของมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร มีความแตกต่างกับฐานภาษีของ “จ่ายเงินปันผล” ของบริษัทลูกในประเทศกลับให้แก่บริษัทแม่ในต่างประเทศ ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร

(2) จุดความรับผิดชอบ

ในประเด็น “จุดความรับผิดชอบ” มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรนั้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าการเลือกใช้ฐานภาษีจาก “จำนวนเงินที่จำหน่าย” ในลักษณะเดียวกันกับฐานภาษีของมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรก็ตาม แต่เนื่องจากการที่สาขาของบริษัทจะทราบได้ว่าเงินที่สาขาของบริษัทโอนให้แก่ตัวบริษัทต่างประเทศนั้น ส่วนใดเป็นการส่งเงินกำไรของสาขาที่ถือว่าจำหน่ายเงินกำไร หรือส่วนใดมิใช่การส่งเงินกำไรของสาขาที่ไม่ถือว่าเป็นการจำหน่ายเงินกำไรนั้น แตกต่างจากกรณีของการจ่ายเงินปันผล ดังนั้น ในเชิงการร่างกฎหมายภาษี จึงต้องคำนึงถึงความแตกต่างดังกล่าว ด้วย การใช้จุดความรับผิดชอบตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร จึงไม่มีความเหมาะสมต่อการจัดเก็บภาษีจากการส่งเงินกำไรของสาขา

(3) วิธีการเสียภาษี

ในประเด็น “วิธีการเสียภาษี” ที่มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ให้ “เสียภาษี โดยหักภาษี” จะเห็นได้ชัดว่าการจะหักภาษีได้หรือไม่นั้นต้องทราบความชัดเจนของจุดความรับผิดชอบซึ่งมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรมาก่อน ซึ่งจะทราบได้หรือไม่นั้น สาขาของบริษัทต้องมีการปิดงบการเงินในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีเสียก่อน และอีกประการหนึ่ง เนื่องจากการจัดเก็บภาษีเงินได้ มาตรา 70 ทวิ ประมวลรัษฎากร มีลักษณะเป็นการจัดเก็บภาษีเงินได้จากเงินได้สุทธิ (Net basis tax) แบบภาษีประเมินตนเองมากกว่า ดังนั้น การที่มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรบัญญัติในลักษณะภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย แบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (Final withholding tax) จึงมีความไม่เหมาะสม และอาจเกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้

ทั้งนี้ ในส่วนของข้อเสนอแนะนั้น เนื่องจากมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติ การแก้ไขเพิ่มเติมต้องเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากรซึ่งอาจดำเนินการได้ยากและไม่อาจแก้ไขได้โดยรวดเร็ว แต่อย่างไรก็ดี หากตั้งข้อสมมติฐานว่าไม่ได้ติดขัดข้อจำกัดเกี่ยวกับกระบวนการการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากรแล้วมีข้อเสนอว่าเห็นควรให้มีการปรับปรุงมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ใน 3 ประเด็นดังกล่าวข้างต้น คือ

(1) **ปรับปรุงฐานภาษี** ที่มาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ใช้ถ้อยคำ “เงินกำไรที่จำหน่าย” เป็นฐานภาษีจาก “กำไรสุทธิหลังหักภาษีแล้วที่มีได้นำกลับมามูลงทุนในประเทศ” เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่จะจัดเก็บให้เท่าเทียมกับการจัดเก็บภาษีจากการจ่ายเงินปันผล

(2) **ปรับปรุงจุดความรับผิดชอบ** จาก “เมื่อจำหน่าย” เป็นความรับผิดชอบโดย “คำนวณภาษีรายปี” เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัติของผู้เสียภาษีและลดข้อโต้แย้งกับกรมสรรพากร

(3) ปรับปรุงภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย เป็นการยื่นแบบแสดงรายการพร้อมการยื่นแบบแสดงรายการเงินได้นิติบุคคล (ภ.ง.ด. 50)

ซึ่งการปรับปรุงทั้งหมดนี้ จะทำให้ผู้เสียภาษีสามารถปฏิบัติตามกฎหมายภาษีได้อย่างแท้จริง อันเป็นการลดความยุ่งยากให้แก่ผู้เสียภาษีในการปฏิบัติตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร ในขณะเดียวกัน กรมสรรพากรก็จะลดความยุ่งยากในการเข้าไปตรวจสอบความถูกต้องของการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้เสียภาษี อันจะส่งผลเป็นการประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษี กรณีการส่งเงินกำไรของสาขาของบริษัทให้แก่บริษัทในต่างประเทศ ตามมาตรา 70 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร มากยิ่งขึ้น

บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการ
สูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ

Laws and Regulations Prescribing the Authorities and Roles
of the Office of the Attorney General in Reviewing the Draft
Contracts for State Agencies

ชาติ ชัยเดชสุริยะ

Chart Chaidejsuriya

รองอธิบดีอัยการ

สำนักงานที่ปรึกษาทนายความ สำนักงานอัยการสูงสุด

อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ศูนย์ราชการฯ ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10120

Deputy Director General

Department of Legal Counsel, Office of the Attorney General

Government Complex, Building A, Chaengwattana Road, Tungsonghong, Laksi, Bangkok 10120

Corresponding Author E-mail : chaidejsuriya@yahoo.com

(Received: March 25, 2022; Revised: June 15, 2022; Accepted: June 30, 2022)

บทคัดย่อ

บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐมีอยู่เป็นจำนวนมาก แต่ที่มีการใช้ในทางปฏิบัติเป็นประจำ ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 ซึ่งเห็นชอบหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา บทความนี้จะเป็นการวิเคราะห์ความหมายของถ้อยคำสำคัญทางกฎหมาย และขอบเขตอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจ

พิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐตามกฎหมายและหลักเกณฑ์ดังกล่าว เพื่อประมวลภาพรวมที่เกี่ยวข้อง

คำสำคัญ : กฎหมายและหลักเกณฑ์, สำนักงานอัยการสูงสุด, ร่างสัญญา, หน่วยงานของรัฐ

Abstract

There are many laws and regulations prescribing the authorities and roles of the Office of the Attorney General in reviewing the draft contracts for state agencies. However, the ones that are regularly used in practice are: the Public Prosecution Organization and Public Prosecutors Act, B.E.2553; the Procurement and Supplies Management of the Public Sector Act, B.E.2560; the Public-Private Partnership Act, B.E. 2562; and the Cabinet Resolution dated 1 September B.E.2535, approving the criteria relating to the submission of the draft contracts of government agencies and state enterprises to the Office of the Attorney General for review. This Article will analyze the meaning of the legal terms and describe the scope of the authorities and roles of the Office of the Attorney General in reviewing the draft contracts for state agencies in accordance with such related laws and regulations in order to provide a relevant overview.

Keywords: Laws and Regulations, Office of the Attorney General, Draft Contracts, State Agencies

1. ข้อพิจารณาเบื้องต้นและความเป็นมาโดยสังเขป

1.1 สำนักงานอัยการสูงสุดและพนักงานอัยการ มีภารกิจหลัก 3 ด้าน กล่าวคือ (1) การอำนวยความสะดวกในคดีอาญา (2) การให้บริการทางกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ของรัฐ และ (3) การให้บริการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹ ซึ่งการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นส่วนหนึ่งในการกิจด้านการให้บริการทางกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ของรัฐฯ เช่นเดียวกันกับการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ แต่อาจมีส่วนแตกต่างกันตรงที่การตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นการให้บริการทางกฎหมายตั้งแต่ต้นเพื่อให้การทำสัญญาและดำเนินโครงการของหน่วยงานของรัฐฯ เป็นไปโดยถูกต้อง รอบคอบ รัดกุม เรียบร้อย และลดโอกาสที่จะเกิดข้อพิพาทขึ้นในภายหลัง ส่วนการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นการให้บริการทางกฎหมายภายหลังจากที่หน่วยงานของรัฐฯ เกิดข้อพิพาทกับคู่สัญญาหรือบุคคลอื่นขึ้นแล้ว แต่การให้บริการทางกฎหมายทั้งสองส่วนดังกล่าวก็มีจุดมุ่งหมายอย่างเดียวกันคือเพื่อรักษาประโยชน์ของรัฐ

1.2 ในการที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นการใช้อำนาจหน้าที่และปฏิบัติการตามกฎหมายอย่างหนึ่ง จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงบทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นลำดับแรกก่อนการตรวจพิจารณาสาระสำคัญและรายละเอียดอื่นๆ ของร่างสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม เดิมนั้นมิได้มีกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ดังกล่าวที่ชัดเจนนัก แต่ก็ได้มีพัฒนาการมาโดยลำดับ กล่าวคือ

(1) ในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับพนักงานอัยการ เดิม พระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พุทธศักราช 2478 และพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 รวมทั้งกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าว มิได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของกรมอัยการหรือสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ ไว้โดยเฉพาะ การที่กรมอัยการหรือสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ เป็นการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีและระเบียบของทางราชการที่เกี่ยวข้อง ต่อมาหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้องค์กรอัยการเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงได้มี

¹ เทียบเคียงจากอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุด และพนักงานอัยการ ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 14 และมาตรา 23 ประกอบกับบทนำในประกาศคณะกรรมการอัยการ เรื่อง การแบ่งหน่วยงานและการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานภายในของสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. 2563

บทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ ในพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553

(2) ในส่วนของกฎหมายหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างหรือการพัสดุ เดิม ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจ้าง พ.ศ. 2498 ข้อ 27 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2498 ข้อ 29 กำหนดในทำนองเดียวกันว่า “หนังสือสัญญา...ให้กระทำตามแบบทำระเบียบนี้แล้วเสนอไปยังผู้มีอำนาจสั่ง...โดยผ่านการพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญหรือผู้รู้กฎหมายของทางราชการเสียก่อน เมื่อเห็นว่าเป็นการเรียบร้อยและรัดกุมดีแล้วก็ให้ผู้มีอำนาจสั่ง...อนุมัติให้ทำสัญญากับ...ได้ แต่ถ้าเห็นว่าร่างสัญญาใดจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบและไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้กรมอัยการพิจารณาแก้ไข แล้วจึงดำเนินการต่อไป” ต่อมาได้มีการพัฒนารายละเอียดและกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องดังกล่าวในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ตามลำดับ ซึ่งระเบียบดังกล่าวใช้บังคับเฉพาะกับ “ส่วนราชการ” โดยไม่ใช้บังคับกับรัฐวิสาหกิจและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งในกรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้มีระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2528 และระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 เป็นต้น ส่วนรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งก็ได้มีการกำหนดระเบียบว่าด้วยการพัสดุหรือการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจนั้นๆ ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ออกมาใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐทั้งระบบ โดยใช้บังคับทั้งกับส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานอื่นของรัฐด้วย

(3) ในส่วนของกฎหมายเกี่ยวกับการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เดิม ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ออกมาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ออกมาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556 ซึ่งกฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวก็ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินั้นโดยมีพัฒนาการของบทบัญญัติดังกล่าวมาโดยลำดับ

(4) ในส่วนของมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง เดิมได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2491 (แจ้งโดยหนังสือกรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วน ที่ น.ว.33/2491 ลงวันที่ 1 เมษายน 2491) กำหนดว่า “.....ต่อไปนี้ถ้าส่วนราชการของกระทรวงทบวงกรมใดจะต้องทำสัญญากับบริษัท ห้างร้านเอกชนเพื่อกิจการใดๆ หากเจ้ากระทรวงพิจารณาเห็นว่าเป็นสัญญาที่มีความสำคัญหรือ เป็นสัญญารายใหญ่ๆ ก็ให้ส่งร่างสัญญาไปให้กรมอัยการตรวจพิจารณาเสียก่อน” มติคณะรัฐมนตรี ดังกล่าวในชั้นแรกใช้บังคับเฉพาะกับส่วนราชการ ต่อมามีการปรับปรุงให้ใช้บังคับกับรัฐวิสาหกิจ ด้วย และมีการปรับปรุงอีกหลายครั้ง จนกระทั่งได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 (แจ้งโดยหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0205/ว 138 ลงวันที่ 9 กันยายน 2535) ได้เห็นชอบและแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ที่สำนักนายกรัฐมนตรีเสนอ ซึ่งยังคงใช้บังคับในปัจจุบัน

1.3 ในปัจจุบัน บทกฎหมายและหลักเกณฑ์ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการ สูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ มีอยู่เป็นจำนวนมาก แต่ที่มีการใช้ ในทางปฏิบัติเป็นประจำ ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, พระราชบัญญัติการ ร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 ดังกล่าวข้างต้น² บทความนี้มุ่งเน้นการพิจารณาความหมายของถ้อยคำสำคัญในบทกฎหมายและ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องแต่ละฉบับดังกล่าว โดยจะกล่าวต่อไปในหัวข้อที่ 2, 3, 4 และ 5 และนำไปสู่ข้อพิจารณาเปรียบเทียบและบทสรุปในหัวข้อที่ 6 ตามลำดับ

² บทกฎหมายและหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญา ให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ อาทิ กฎกระทรวงการจัดหาประโยชน์ที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2564 ข้อ 5, 32, 41, 52 (ออกโดยอาศัยอำนาจตาม พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2562 มาตรา 5, 24, 26, 28, 29), ประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาระเบียบเศรษฐกิจพิเศษ ภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน พ.ศ. 2560 ข้อ 11, 16, 21 (ออกโดยอาศัยอำนาจตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 2/2560 เรื่องการพัฒนาระเบียบเศรษฐกิจ พิเศษภาคตะวันออก ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2560 ข้อ 12/2 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 28/2560 เรื่องมาตรการเพิ่มประสิทธิภาพการพัฒนาระเบียบเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก ลงวันที่ 26 พฤษภาคม พ.ศ. 2560 และยังคงมีผลใช้บังคับต่อตามพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 มาตรา 71) และบรรดาระเบียบ ข้อบังคับที่ออกตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งหน่วยงานของรัฐนั้นๆ ในส่วนที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการส่ง ร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา เป็นต้น ซึ่งมีจำนวนมาก และใช้บังคับเป็นการเฉพาะของหน่วยงานของรัฐนั้นๆ หรือเป็นการเฉพาะเรื่อง จึงไม่นำมารวมวิเคราะห์ในบทความนี้

2. พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553

2.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

- มาตรา 23 บัญญัติว่า “สำนักงานอัยการสูงสุด นอกจากมีอำนาจและหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการและงานวิชาการ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่พนักงานอัยการแล้ว ให้มีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้ด้วย (2) ให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ (3) ให้คำปรึกษา และตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้แก่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ทั้งนี้ตามที่เห็นสมควร ในการตรวจร่างสัญญาตาม (2) และ (3) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ ในการนี้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐตาม (2) หรือนิติบุคคลตาม (3) ที่เป็นผู้สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ”

2.2 ข้อพิจารณา

2.2.1 เปรียบเทียบกับอำนาจหน้าที่ในการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 14³

อำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ตามมาตรา 23 (2)(3) เป็นของสำนักงานอัยการสูงสุด แต่อำนาจหน้าที่ในการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ตามมาตรา 14 (3)(5) เป็นของพนักงานอัยการ ซึ่งเหตุที่กฎหมายกำหนดให้การรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งหรือคดีปกครองตามมาตรา 14 (3)(5) เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการนั้นเป็นเพราะการดำเนินคดีแพ่งหรือคดีปกครองจะต้องดำเนินการตามเขตอำนาจของศาล

³ มาตรา 14 พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอำนาจและหน้าที่ ดังต่อไปนี้ (3) ในคดีแพ่ง หรือคดีปกครอง มีอำนาจและหน้าที่ดำเนินคดีแทนรัฐบาล หน่วยงานของรัฐที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ราชการส่วนกลาง หรือราชการส่วนภูมิภาคในศาล หรือในกระบวนการทางอนุญาโตตุลาการทั้งปวง กับมีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายอื่นซึ่งบัญญัติว่าเป็นอำนาจและหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดหรือพนักงานอัยการ (5) ในคดีแพ่ง คดีปกครอง หรือกรณีข้อพิพาทที่ต้องดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการที่หน่วยงานของรัฐซึ่งมิได้กล่าวใน (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐ แต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้นเป็นคู่กรณีและมีข้อพิพาทกับรัฐบาลหรือระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง เมื่อเห็นสมควรพนักงานอัยการจะรับว่าต่างหรือแก้ต่างให้ก็ได้”

ซึ่งตามมาตรา 11 ก็ได้บัญญัติให้มีพนักงานอัยการไว้เป็นทนายแผ่นดินประจำศาลต่างๆ อีกทั้งพนักงานอัยการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งในฐานะเป็นทนายความให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ หรือรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีปกครองในฐานะเป็นผู้รับมอบอำนาจของหน่วยงานของรัฐฯ จึงเป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการโดยตรง แต่การตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ โดยทั่วไปเป็นงานที่ไม่ได้ผูกกับเขตอำนาจศาล บทกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดในลักษณะรวมศูนย์ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุด

2.2.2 ความหมายของถ้อยคำสำคัญและหลักการในบทบัญญัติ

ในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์ความหมายของถ้อยคำสำคัญและหลักการในบทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

(1) คำว่า “รัฐบาล” เป็นคำรวมที่มุ่งหมายถึงองค์การของรัฐที่ปกครองประเทศ ซึ่งตัวรัฐบาลไม่เป็นนิติบุคคล⁴ จึงดำเนินการทางกฎหมายโดยหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่เป็นนิติบุคคล โดยที่ “รัฐบาล” เป็นคำที่ใช้กันมาก่อน เช่น ในพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พุทธศักราช 2478 มาตรา 19 (2) และพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 มาตรา 11 (2) เป็นต้น และใช้ต่อเนื่องมา “รัฐบาล” ยังมีส่วนใช้ปะปนกันกับ “คณะรัฐมนตรี” ซึ่งบ่งเฉพาะไปถึงองค์กรรองรับการใช้อำนาจอธิปไตยทางด้านฝ่ายบริหารซึ่งคณะรัฐมนตรีก็ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล แต่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11 (2) บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีอาจถูกฟ้องคดีปกครองได้ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ หากเป็นกรณี “รัฐบาล” หมายถึง คณะรัฐมนตรี การส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้ ก็อาจมีการมอบหมายให้กระทรวง ทบวง กรมที่รับผิดชอบงานนั้นๆ เป็นผู้ดำเนินการส่งเรื่อง หรือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นหน่วยธุรการของคณะรัฐมนตรี และเป็นนิติบุคคล เป็นผู้ดำเนินการส่งเรื่อง แล้วแต่กรณี

(2) คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ได้บัญญัติบทนิยามของคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ว่าหมายความว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือหน่วยงานอื่นใดที่ดำเนินกิจการของรัฐ” ซึ่งอาจมีทั้งในระดับที่

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2490 วินิจฉัยว่า รัฐบาลไม่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย เพราะไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติกฎหมายใดที่ได้บัญญัติให้รัฐบาลเป็นนิติบุคคล ดังนั้น รัฐบาลจึงเป็นคู่ความในคดีไม่ได้

อนึ่ง มีความเห็นทางวิชาการที่แตกต่างกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว เช่น ชาญชัย แสงศักดิ์, รัฐและนิติบุคคลมหาชน (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2561), 83-95 เป็นต้น ซึ่งผู้สนใจอาจศึกษาจากหนังสือทางวิชาการดังกล่าวโดยตรง

เป็นนิติบุคคลและที่ไม่เป็นนิติบุคคล แต่จากการที่ผู้ที่จะทำนิติกรรมสัญญาได้ย่อมต้องมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายและเพื่อให้มีการถ่วงถ่วงเรื่องมาในระดับหนึ่งก่อนด้วย ดังนั้น โดยหลักแล้วหน่วยงานของรัฐที่จะส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้ จึงควรจะต้องเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ซึ่งในกรณีที่ไม่เป็นนิติบุคคล แต่มีหน่วยธุรการที่เป็นนิติบุคคล ก็ควรจะให้หน่วยธุรการที่เป็นนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ส่งเรื่องมายังสำนักงานอัยการสูงสุด หรือในกรณีที่ไม่เป็นนิติบุคคลแต่อยู่ในสังกัดของหน่วยงานเหนือขึ้นไปที่เป็นนิติบุคคล ก็ควรจะดำเนินการโดยหน่วยงานเหนือขึ้นไปที่เป็นนิติบุคคลนั้น สำหรับหน่วยงานของรัฐแต่ละประเภทที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลอาจจำแนกและยกตัวอย่างพอสังเขปได้ ดังนี้

- “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” แม้มิได้ระบุบทนิยามไว้โดยเฉพาะ และโดยทั่วไปอาจหมายถึงองค์กรที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรององค์กรนั้นและอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรนั้นไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งก็ยังคงมีความหมายที่กว้างมาก แต่ในบริบทของพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ซึ่งจัดรวมเอา “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ไว้เป็นประเภทหนึ่งของ “หน่วยงานของรัฐ” ซึ่งจะใช้บริการทางกฎหมายของสำนักงานอัยการสูงสุด จึงน่าจะมุ่งหมายถึงบรรดาหน่วยงานที่เป็นนิติบุคคลที่มีหน้าที่ทำนิติกรรมหรือดำเนินคดีในศาลแทนองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ซึ่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็น “ศาล” หรือ “องค์กรอิสระ” (คณะกรรมการการเลือกตั้ง, ผู้ตรวจการแผ่นดิน, คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน, คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ) ล้วนมีหน่วยธุรการซึ่งเป็นนิติบุคคล

- “ราชการส่วนกลาง” ได้แก่ สำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง ทบวง กรมหรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม มีฐานะเป็นนิติบุคคล⁵ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 7

⁵ แต่หน่วยงานทางทหารที่มีชื่อเรียกว่า “กรม” โดยทั่วไปไม่มีฐานะเป็นกรมอย่างกรมในกระทรวงอื่นๆ และไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล ดู พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 มาตรา 22 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2556 มาตรา 5) บัญญัติว่า “ให้สำนักงานปลัดกระทรวง กรมราชองครักษ์ หน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ กองทัพอากาศ กองบัญชาการกองทัพอากาศ กองทัพบก กองทัพเรือ และกองทัพอากาศ เป็นนิติบุคคล” (กับดู พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4, 6, 7 และพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 3, 8, 9 ประกอบ)

อนึ่ง พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ. 2546 มาตรา 35 บัญญัติว่า “สถานศึกษาที่จัดการศึกษาขั้นพื้นฐานตามมาตรา 34 (2) เฉพาะที่เป็นโรงเรียน มีฐานะเป็นนิติบุคคล” โรงเรียนดังกล่าวจึงเป็นส่วนราชการที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล แต่ไม่ได้มีฐานะเป็นกรม

- “ราชการส่วนภูมิภาค” ได้แก่ จังหวัด มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 52 ส่วนอำเภอไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคล

- “ราชการส่วนท้องถิ่น” ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 8, เทศบาล (เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง เทศบาลนคร) มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 7 (ระบุให้เทศบาลเป็นทบวงการเมือง) ประกอบกับพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535 มาตรา 7 (บัญญัติให้องค์กรหรือหน่วยงานที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นทบวงการเมืองตามความหมายของมาตรา 72 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับเดิม คงมีฐานะเป็นนิติบุคคลต่อไป), องค์การบริหารส่วนตำบล มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 43, กรุงเทพมหานคร มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 6, เมืองพัทยา มีฐานะเป็นนิติบุคคล ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 7

- “รัฐวิสาหกิจ” เนื่องจากมีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” แต่กำหนดไว้แตกต่างกันในรายละเอียด จึงขึ้นอยู่กับว่าเป็นการพิจารณาในบริบทของกฎหมายฉบับใดก็จะต้องพิจารณาบทนิยามของกฎหมายฉบับนั้น และหากกฎหมายฉบับนั้นมิได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ไว้ ก็อาจเทียบเคียงกับบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งโดยทั่วไปมักจะเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4⁶ เป็นต้น อาจยกตัวอย่าง

⁶ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ไม่มีบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” จึงต้องเทียบเคียงกับกฎหมายอื่น ซึ่งมีกฎหมายหลายฉบับที่กำหนดบทนิยามของ “รัฐวิสาหกิจ” เช่น พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4, พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 4, พระราชบัญญัติคุณสมบัติมาตรฐานสำหรับกรรมการและพนักงานรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2518 มาตรา 4, พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 มาตรา 6, พระราชบัญญัติการพัฒนาการกำกับดูแลและบริหารรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2562 มาตรา 3, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 เป็นต้น ซึ่งบทนิยามของคำดังกล่าวตามกฎหมายแต่ละฉบับอาจมีส่วนแตกต่างกันในรายละเอียดซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นๆ

พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ ...

“รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า

(1) องค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

(2) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ

(3) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (1) และ (2) หรือที่รัฐวิสาหกิจตาม (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ”

จากบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4 ได้ว่า กรณีองค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล กิจการของรัฐซึ่งมีกฎหมายจัดตั้งขึ้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคล อาทิ องค์การที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เช่น องค์การสวนสัตว์แห่งประเทศไทย ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสวนสัตว์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2563, องค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การอุตสาหกรรมป่าไม้ พ.ศ. 2499 เป็นต้น หรือกิจการของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511, การรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ามหานครแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543 เป็นต้น ส่วนกรณีบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการและ/หรือรัฐวิสาหกิจ มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ เช่น บริษัทท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน), บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน), บริษัท โทรคมนาคมแห่งชาติ จำกัด (มหาชน), บริษัท วิทยุการบินแห่งประเทศไทย จำกัด เป็นต้น⁷

- “องค์การมหาชน” จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เช่น สำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2561, สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน) ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2554, สถาบันวิจัยแสงซินโครตรอน (องค์การมหาชน) ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันวิจัยแสงซินโครตรอน (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2551 เป็นต้น

- “หน่วยงานอื่นของรัฐ” โดยทั่วไป อาทิ หน่วยงานที่มีการระบุในกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานนั้น (หรือกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว) ว่าเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามกฎหมาย และมีฐานะเป็นนิติบุคคล เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจฯ ตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2485 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย

⁷ นอกจากนี้ ยังมีรัฐวิสาหกิจประเภทหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ แต่ไม่เป็นนิติบุคคล เช่น โรงงานไฟฟ้ากรมสรรพสามิต จัดตั้งขึ้นโดยระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดตั้งโรงงานไฟฟ้า กรมสรรพสามิต พ.ศ. 2535 กรณีที่โรงงานไฟฟ้าจะส่งเรื่องให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายให้จะดำเนินการโดยกรมสรรพสามิตซึ่งเป็นส่วนราชการที่เป็นนิติบุคคลและเป็นเจ้าของหรือผู้ควบคุมดูแลโรงงานไฟฟ้า

(ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551), กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ ตามพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ. 2544⁸ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีการตีความกฎหมายว่า การที่คำว่า “หน่วยงานอื่นของรัฐ” อยู่ต่อท้ายหน่วยงานของรัฐประเภทอื่นๆ ในบทนิยามของคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” แสดงว่ามีเจตจำนงเพื่อรองรับหน่วยงานอื่นใดที่เป็นหน่วยงานของรัฐแต่ไม่อาจจัดเข้าประเภทที่กำหนดไว้แล้วได้ จึงมีความหมายอย่างกว้าง (ไม่ได้จำกัดเฉพาะหน่วยงานที่มีกฎหมายจัดตั้งดังกล่าว) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาประโยชน์ของรัฐตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553⁹

- “หน่วยงานอื่นใดที่ดำเนินกิจการของรัฐ¹⁰” เป็นหน่วยงานที่ตามกฎหมายที่จัดตั้งหน่วยงานนั้นในปัจจุบันอาจไม่ได้รับบุโดยชัดแจ้งให้เป็นหน่วยงานของรัฐ แต่เป็นหน่วยงานที่โดย

⁸ “กองทุน” ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย มีทั้งประเภทที่เป็นนิติบุคคลและประเภทที่ไม่เป็นนิติบุคคล (ดู พระราชบัญญัติการบริหารทุนหมุนเวียน พ.ศ. 2558 หมวด 2 ทุนหมุนเวียนที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล และหมวด 3 ทุนหมุนเวียนที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล) ซึ่งจะมีการระบุในกฎหมายที่จัดตั้งกองทุนนั้น กล่าวคือ

- กองทุนประเภทที่มีสถานะเป็นนิติบุคคล เช่น กองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกร ตามพระราชบัญญัติกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกร พ.ศ. 2542, กองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ ตามพระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ. 2544, กองทุนการออมแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติกองทุนการออมแห่งชาติ พ.ศ. 2554, กองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา ตามพระราชบัญญัติกองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา พ.ศ. 2560 เป็นต้น

- กองทุนประเภทที่ไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล เช่น กองทุนพัฒนาระบบสถาบันการเงินเฉพาะกิจ (อยู่ในสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง) ตามพระราชบัญญัติกองทุนพัฒนาระบบสถาบันการเงินเฉพาะกิจ พ.ศ. 2558, กองทุนพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม (อยู่ในสำนักงานคณะกรรมการดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ) ตามพระราชบัญญัติการพัฒนาดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม พ.ศ. 2560, กองทุนเพื่อการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (อยู่ในกรมการจัดหางาน) ตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เป็นต้น

⁹ รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการและสำนักงานอัยการสูงสุด กรณีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความสถานภาพของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ว่าไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ ตามบทนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ครั้งที่ 1/2564 วันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2564 ซึ่งสรุปความเห็นว่าธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) มีสถานะเป็น “หน่วยงานอื่นของรัฐ”

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้อาจมีวิธีการพิจารณาในหลายแนวทาง กล่าวคือ เนื่องจากพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ไม่มีบทนิยามคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ดังนั้น การที่นำกฎหมายอื่นมาเทียบเคียงจึงอาจไม่จำเป็นต้องเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 เสมอไป และการที่ระบุว่าเป็น “หน่วยงานอื่นของรัฐ” โดยพิจารณาว่าหน่วยงานของรัฐมีส่วนเป็นเจ้าของนั้นก็อาจจะต้องมีเกณฑ์การพิจารณาว่าควรจะต้องถือตามสัดส่วนเท่าใด

¹⁰ ถ้อยคำนี้ก็ไม่มีบทกฎหมายที่ให้บทนิยามไว้ และน่าจะอาจเทียบเคียงกับข้อความว่า “...กิจการที่หน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงานรวมกันมีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามกฎหมายหรือกฎ หรือที่มีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง” ที่อยู่ในบทนิยามของคำว่า “โครงการ” ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 เนื่องจาก “กิจการของรัฐ” กับ “กิจการของหน่วยงานของรัฐ” เป็นบริบทที่แตกต่างกัน “กิจการของรัฐ” ในกรณีนี้น่าจะเทียบเคียงจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในส่วนที่กำหนด “หน้าที่ของรัฐ” ว่าจะต้องกระทำการใด

สาระสำคัญยังคงอยู่ในกำกับของรัฐ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องสถานะของบุคลากรทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ของหน่วยงาน) และมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการสำคัญที่อยู่ในหน้าที่ของรัฐ อาทิ สถาบันอุดมศึกษาที่ออกจากการเป็นส่วนราชการ แต่โดยสาระสำคัญยังคงอยู่ในกำกับของรัฐ และดำเนินกิจการด้านการจัดการศึกษาซึ่งถือเป็นกิจการสำคัญที่อยู่ในหน้าที่อย่างหนึ่งของรัฐ เช่น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ตามพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ พ.ศ. 2551, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2558 เป็นต้น¹¹

(3) คำว่า “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” มุ่งหมายถึง หน่วยงานที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้นหรือกำหนดให้ต้องมีการจัดตั้งหน่วยงานนั้นขึ้นและมีให้หน่วยงานของรัฐ กล่าวคือ แม้กฎหมายอาจกำหนดให้รัฐอาจมีส่วนอุดหนุนงบประมาณของหน่วยงานนั้น หรือบุคลากรของรัฐอาจเข้าเกี่ยวข้องเป็นกรรมการโดยตำแหน่งของหน่วยงานนั้น แต่ก็ยังเป็นหน่วยงานที่รัฐมิได้เป็นเจ้าของ และในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของหน่วยงานนั้นก็ได้้อยู่ในการควบคุมหรือกำกับของรัฐ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องสถานะของบุคลากรทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ของหน่วยงานนั้น)¹² อาทิ สภากาชาดไทย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสภากาชาดไทย พระพุทธศักราช 2461, เนติบัณฑิตยสภา ตามพระราชบัญญัติเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507, สภาทนายความที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะ (เช่น สภานายความ ตามพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528, สภาวิศวกร ตามพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542, สัตวแพทยสภา ตามพระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ. 2545 เป็นต้น), “กองทุนหมู่บ้าน” หรือ “กองทุนชุมชนเมือง” ที่จัดทะเบียนแล้ว ตามพระราชบัญญัติกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมืองแห่งชาติ พ.ศ. 2547¹³ และ “บริษัทกลางคุ้มครอง

¹¹ ปัจจุบัน สถาบันอุดมศึกษาภาครัฐ มีทั้งประเภทที่ไม่เป็นส่วนราชการ แต่อยู่ในกำกับของรัฐ ดังตัวอย่างข้างต้นกับประเภทที่ยังคงเป็นส่วนราชการ เช่น มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พ.ศ. 2521, มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2541, มหาวิทยาลัยราชภัฏ แต่ละแห่งตามพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยราชภัฏ พ.ศ. 2547 เป็นต้น

¹² แม้ว่าบางหน่วยงานดังกล่าว มีกฎหมายบัญญัติให้รัฐอาจมีส่วนกำกับดูแลในบางระดับ เช่น ตามพระราชบัญญัติกาชาด พ.ศ. 2499 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ให้สภากาชาดไทยอยู่ในความควบคุมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข เว้นแต่ในเรื่องธรรมาตุรกิจอันจะต้องดำเนินไปตามกฎและข้อบังคับแห่งคณะกรรมการกาชาดระหว่างประเทศและสันนิบาตสภากาชาด” แต่ก็ไม่ใช้การกำกับในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของหน่วยงานนั้น และที่สำคัญคือบุคลากรทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ของหน่วยงานก็มิได้มีสถานะเป็นพนักงานของรัฐ

¹³ หนังสือสำนักงานอัยการสูงสุด ที่ อส 0024 (กท)/ว 172 ลงวันที่ 10 เมษายน 2551 แจ้งว่า พนักงานอัยการมีอำนาจและหน้าที่ในการรับว่าต่างหรือแก้ต่างคดีแพ่งที่กองทุนหมู่บ้านที่จัดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมืองแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เป็นโจทก์หรือจำเลยและมีใช้เป็นผู้คดีที่พิพาทกับรัฐบาล เมื่อพนักงานอัยการเห็นสมควร ทั้งนี้ ตาม

ผู้ประสพภัยจากโรค จำกัด” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสพภัยจากโรค พ.ศ. 2535 เป็นต้น ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมเกี่ยวกับคำว่า “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” ดังนี้

- ต้องเป็นกรณีที่มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐนั้นขึ้น ดังนั้น หากนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐนั้นได้จัดตั้งขึ้นอยู่ก่อนแล้ว และพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาเพียงแต่รับรองหรือคุ้มครองการดำเนินงานของนิติบุคคลดังกล่าว ย่อมไม่ถือเป็น “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” เช่น สถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย (ซึ่งประเทศภาคีสันติสัญญาการป้องกันร่วมกันแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ได้ให้ความเห็นชอบร่วมกันจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย) ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชีย พ.ศ. 2510 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เพื่อคุ้มครองการดำเนินงานในประเทศไทยของสถาบันให้บรรลุผลตามความมุ่งประสงค์ (1) ให้ยอมรับนับถือว่า สถาบันเป็นนิติบุคคล และให้ถือว่ามีภูมิลาเนาในประเทศไทย” ซึ่งเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมิได้จัดตั้งสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชียขึ้นแต่อย่างใด หากแต่เพียงรับรองหรือคุ้มครองการดำเนินงานของสถาบันเทคโนโลยีแห่งเอเชียเท่านั้น

- ต้องเป็นกรณีที่นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐนั้นกำเนิดขึ้นโดยที่พระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาได้จัดตั้งหรือกำหนดให้ต้องจัดตั้งขึ้น ดังนั้น หากเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาเพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดตั้งนิติบุคคลดังกล่าว ซึ่งนิติบุคคลนั้นอาจมีการจัดตั้งขึ้นหรือไม่ก็ได้ ย่อมไม่ถือเป็น “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” เช่น สหกรณ์ ซึ่งตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 เพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการจัดตั้งสหกรณ์ แต่ไม่ได้กำหนดให้ต้องจัดตั้งสหกรณ์ขึ้น ซึ่งแตกต่างกับกรณีของ “กองทุนหมู่บ้าน” และ “กองทุนชุมชนเมือง” ซึ่งตามพระราชบัญญัติกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมืองแห่งชาติ พ.ศ. 2547 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในแต่ละหมู่บ้านหรือชุมชนเมืองให้จัดตั้งกองทุนหมู่บ้านขึ้นกองทุนหนึ่ง เรียกชื่อว่า “กองทุนหมู่บ้าน” หรือ “กองทุนชุมชนเมือง” แล้วแต่กรณี” หรือกรณีของ “บริษัทกลางคุ้มครองผู้ประสพภัยจากโรค จำกัด” ซึ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสพภัยจากโรค พ.ศ. 2535 มาตรา 10 ทวิ (เพิ่มโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสพภัยจากโรค (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2540 มาตรา 7) บัญญัติว่า “ให้จัดตั้ง “บริษัทกลางคุ้มครองผู้ประสพภัยจากโรค จำกัด” ขึ้น”

พระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2498 มาตรา 11 (5) (กฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้น) โดยถือว่ากองทุนหมู่บ้านที่จัดทะเบียนเป็นนิติบุคคล มีฐานะเป็น “นิติบุคคลซึ่งได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น”

- บางกรณีสถานะของหน่วยงานนั้นอาจมีการเปลี่ยนแปลงในเวลาต่อมาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามสัดส่วนความเป็นเจ้าของหรือจำนวนหุ้นของรัฐในหน่วยงานนั้นๆ เช่น เดิม ตามพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 มาตรา 5 บัญญัติให้จัดตั้งธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย และให้เป็นนิติบุคคล และมาตรา 7 วรรคสาม ยังได้บัญญัติให้กระทรวงการคลังซื้อหุ้นของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยได้ตามจำนวนที่เห็นสมควร แต่จะต้องไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยในขณะที่ยังจัดตั้งจึงไม่เป็นรัฐวิสาหกิจ หากแต่เป็น “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้น” แต่ต่อมามาตรา 7 วรรคสาม ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 มาตรา 3 เป็นข้อความว่า “ให้กระทรวงการคลังถือหุ้นของธนาคารได้ตามจำนวนที่เห็นสมควร แต่จะต้องไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด เว้นแต่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงานของธนาคาร กระทรวงการคลังอาจถือหุ้นเกินร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดได้เป็นการชั่วคราว ตามสัดส่วนและระยะเวลาที่เหมาะสมโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ” ซึ่งปัจจุบันกระทรวงการคลังก็ได้ถือหุ้นของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยถึงร้อยละ 99.59 และธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ¹⁴ ซึ่งก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้อีกในอนาคต เป็นต้น

¹⁴ ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย “ประวัติความเป็นมา” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.ibank.co.th/th/about/history> [15 มิถุนายน 2565]

ส่วนประเด็นว่าธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจลักษณะใดตามบทนิยามในพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 มาตรา 4 นั้น อาจมีข้อพิจารณา ดังนี้

1. อาจเห็นว่า เป็น “หน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ” จากการที่ในปัจจุบันกระทรวงการคลังได้ถือหุ้นของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยถึงร้อยละ 99.59 ซึ่งแม้จะไม่เต็มร้อยละ 100 แต่ก็สัดส่วนที่ทำให้กระทรวงการคลังมีอำนาจควบคุมการดำเนินงานทั้งหมดของธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย (แต่ข้อพิจารณานี้อาจมีข้อถกเถียงว่าหากในอนาคต สัดส่วนการถือหุ้นของกระทรวงการคลังในธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยลดลง จะใช้เกณฑ์เท่าใดจึงจะยังคงถือว่าเป็น “หน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ” ซึ่งก็อาจยังไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจน)

2. อาจเห็นว่า เป็น “บริษัทมหาชนจำกัดที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินร้อยละห้าสิบ” ทั้งนี้ พระราชบัญญัติธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 มาตรา 11 บัญญัติว่า “ภายหลังที่ธนาคารได้มีผู้ถือหุ้น และได้มีการประชุมผู้ถือหุ้นเลือกตั้งกรรมการตามความในพระราชบัญญัตินี้แล้วให้นำบทบัญญัติว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดมาใช้บังคับแก่ธนาคารโดยอนุโลม เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัตินี้” (แต่ข้อพิจารณานี้ก็อาจมีข้อถกเถียงอีกเช่นกันว่า บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดมาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่านั้น แต่ไม่ได้ระบุให้ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยมีฐานะเป็นบริษัทมหาชนจำกัด)

อย่างไรก็ดี การพิจารณาว่าเป็นรัฐวิสาหกิจตามบทกฎหมายใด ย่อมต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นประกอบด้วย โดยกฎหมายวิธีการงบประมาณมีเจตนารมณ์ส่วนหนึ่งคือเพื่อควบคุมให้การจัดสรรและบริหารงบประมาณเป็นไปโดยถูกต้องและมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ณ ปัจจุบัน ธนาคารอิสลามแห่งประเทศไทยจึงอาจเข้าบทนิยามของ “รัฐวิสาหกิจ” ตามกฎหมายวิธีการงบประมาณดังกล่าวหลายข้อ แต่ในขณะเดียวกัน ก็อาจไม่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามในกฎหมายอื่น เช่น ไม่เป็น

(4) คำว่า “ตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมาย” มีประเด็นพิจารณา ดังนี้

- “ร่างสัญญา” มีความหมายรวมถึงร่างข้อตกลงและร่างเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่หน่วยงานหรือบุคคลที่จะลงนามมีความประสงค์ที่จะก่อนิติสัมพันธ์ขึ้นในลักษณะทำนองเดียวกันกับการทำสัญญา ส่วน “ร่างเอกสารทางกฎหมาย” หมายถึง ร่างเอกสารที่ไม่ใช่ร่างสัญญา แต่จะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นเป็นนิติกรรมหลังจากมีการลงนาม หรือมีการออกเอกสารนั้นขึ้นใช้บังคับแล้ว เช่น ร่างหนังสือรับสภาพหนี้ซึ่งหน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น ประสงค์ให้ลูกหนี้ลงนาม และร่างประกาศเชิญชวนให้เสนอราคาหรือเอกสารประกวดราคา เป็นต้น¹⁵ ซึ่งในบางกรณีที่ร่างเอกสารนั้นเป็นเพียงบันทึกความเข้าใจหรือบันทึกความร่วมมือระหว่างหน่วยงานที่กำหนดกรอบกว้างๆ และมีการระบุว่าจะไม่ประสงค์จะให้ผลบังคับตามกฎหมาย หากสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่าประเด็นเกี่ยวกับการดำเนินการทางกฎหมายต่อไปก็มีการตรวจพิจารณาร่างเอกสารนั้นให้โดยอนุโลมถือว่าเป็นร่างสัญญาหรือร่างเอกสารทางกฎหมายประเภทหนึ่ง เนื่องจากการมีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่นั้นหาได้ขึ้นอยู่กับภาระในเอกสารหรือความประสงค์ของหน่วยงานหรือบุคคลที่ทำเอกสารนั้นแต่เพียงอย่างเดียวไม่ หากแต่ย่อมต้องพิจารณาไปตามหลักการทางกฎหมายในประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย

- ร่างสัญญาหรือร่างเอกสารทางกฎหมายที่ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาจะต้องยังคงมีสถานะเป็น “ร่าง” กล่าวคือ ยังไม่มีการลงนามในสัญญา หรือยังไม่มีมีการออกเอกสารทางกฎหมายนั้นขึ้นใช้บังคับ เพราะหากมีการลงนามในสัญญาหรือมีการออกเอกสารทางกฎหมาย

รัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (ดูคำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสรีที่ 205/2555) เป็นต้น

¹⁵ จุดแบ่งระหว่าง “สัญญา” กับ “เอกสารทางกฎหมาย” อาจกล่าวโดยย่อได้ว่า “เอกสารทางกฎหมาย” ไม่ใช่สัญญา แต่เป็นทำนองนิติกรรมฝ่ายเดียว กรณีเอกสารซื้อหรือจ้างพร้อมประกาศเชิญชวนซึ่งหน่วยงานของรัฐส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 34 ข้อ 43 ข้อ 61 ข้อ 109 และข้อ 154 ก็น่าจะจัดเป็น “เอกสารทางกฎหมาย” ตามนัยมาตรา 23 (2)(3) แห่งพระราชบัญญัติองค์การและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ด้วย อย่างไรก็ตามที่ประกาศคณะกรรมการอัยการ เรื่อง การแบ่งหน่วยงานและการกำหนดอำนาจและหน้าที่ของหน่วยงานภายในของสำนักงานอัยการสูงสุด พ.ศ. 2563 ข้อ 8 (6) ได้กำหนดให้สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายรับผิดชอบงานให้คำปรึกษาหรือความเห็นทางกฎหมาย รวมทั้งการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมาย และเอกสารประกวดราคา ทั้งโครงการในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งดูเหมือนมีการแยก “เอกสารทางกฎหมาย” กับ “เอกสารประกวดราคา” ออกจากกัน ทั้งที่ “เอกสารประกวดราคา” ก็น่าจะจัดเป็น “เอกสารทางกฎหมาย” ประเภทหนึ่ง และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติองค์การและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ก็ไม่ได้กล่าวถึง “เอกสารประกวดราคา” ไว้โดยเฉพาะ นั้น เห็นว่า การที่ประกาศคณะกรรมการอัยการดังกล่าวได้กล่าวถึง “เอกสารประกวดราคา” นอกจากเพื่อระบุความสำคัญให้ชัดเจนขึ้นแล้ว ยังอาจเนื่องจากเหตุผลว่าเอกสารซื้อหรือจ้างพร้อมประกาศเชิญชวนมักจะทำในลักษณะเอกสารเป็นชุดโดยมี “ร่างสัญญา” เบื้องต้น รวมอยู่ในชุดของเอกสารนั้นด้วย

นั้นขึ้นใช้บังคับแล้ว ก็ย่อมพ้นสถานะจากการเป็น “ร่าง” และไม่อยู่ในเงื่อนไขที่สำนักงานอัยการสูงสุดจะตรวจพิจารณาให้ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2) (3) แต่อย่างไรก็ดี อาจมีกรณีที่สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาสัญญาที่ลงนามแล้วได้หากเข้าเงื่อนไขตามกฎหมายอื่น เช่น ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 บรรดาเป็นต้น หรือบางกรณีก็อาจให้ความเห็นในลักษณะที่ถือเป็นการให้คำปรึกษาหารือ แต่ไม่ใช่การตรวจพิจารณาร่างสัญญา นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติ ยังมีกรณีที่สัญญาที่ลงนามแล้วมีข้อสัญญาที่ได้รับในทำนองว่า “คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่า คู่สัญญาฝ่ายรัฐจะขอให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาสัญญาลับนี้ ซึ่งหากสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาสัญญาลับนี้ประการใดแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงจะแก้ไขสัญญาให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดทุกประการ” ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดก็ได้ตรวจพิจารณาสัญญาดังกล่าวให้โดยอนุโลมตามข้อสัญญาดังกล่าว

- “ร่างเอกสารทางกฎหมาย” ที่สำนักงานอัยการสูงสุดรับตรวจพิจารณาให้ จะไม่รวมถึงบรรดาร่างระเบียบข้อบังคับต่างๆ ของหน่วยงานนั้นๆ (ที่ไม่ใช่เอกสารประกวดราคา) เพราะถือว่าเป็นเอกสารภายในของหน่วยงานนั้นๆ หรือหากเป็นกรณีที่ร่างระเบียบข้อบังคับนั้นจะใช้บังคับเป็นกฎหมายระดับรองต่อไปก็เป็นเรื่องที่อยู่ใต้อำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในบริบทของการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2)(3)

- ร่างสัญญาหรือร่างเอกสารทางกฎหมายที่ส่งมาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาจะต้องมีลักษณะที่มุ่งหมายจะให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายปกครอง ซึ่งอาจมีบางกรณีที่ตกลงกันให้ใช้กฎหมายของประเทศอื่น แต่ก็ต้องเป็นกฎหมายในระดับ “กฎหมายภายใน” ไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศ โดยหากเป็นร่างสัญญาหรือร่างเอกสารทางกฎหมายที่มุ่งหมายจะให้ เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศหรือมุ่งหมายจะให้ มีผลผูกพันระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ก็เป็นเรื่องที่อยู่ใต้อำนาจหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศ แต่ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในบริบทของการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2)(3)¹⁶

¹⁶ ดู พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 7, 62 (แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2542 มาตรา 5, 9) ประกอบกับระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดทำและการพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือประกาศ โดยกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545 ข้อ 1 เป็นต้น (นอกจากนี้ ในประเด็นว่าเป็นร่างสัญญาที่มีลักษณะที่มุ่งหมายจะให้ อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายใน หรือกฎหมายระหว่างประเทศนั้น อาจพิจารณาประกอบกับเกณฑ์การพิจารณาเบื้องต้น

(5) บทบัญญัติในพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 ส่วนที่กำหนดว่า “ในการตรวจร่างสัญญาตาม (2) และ (3) ให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ ในการนี้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐ ตาม (2) หรือนิติบุคคลตาม (3) ที่เป็นผู้สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ” นั้น มีข้อพิจารณา ดังนี้

- ตามที่กำหนดว่า ในการตรวจร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐนั้น คำว่า “ประโยชน์ของรัฐ” มิได้จำกัดเพียง “ประโยชน์ของรัฐบาล” หรือ “ประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐ” เท่านั้น หากแต่มุ่งหมายถึงประโยชน์โดยรวมของประเทศชาติซึ่งย่อมครอบคลุมถึงทั้งประโยชน์ของทางราชการและประโยชน์สาธารณะด้วย นอกจากนี้ในการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดในประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐฯ นั้นจะเป็นการพิจารณาเงื่อนไขของสัญญาให้มีประเด็นถูกต้องครบถ้วนเกี่ยวกับสิทธิอันพึงมีพึงได้ของหน่วยงานของรัฐฯ ที่จะเป็นคู่สัญญานั้นตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งไม่ใช่การมุ่งแต่จะเอาเปรียบหรือได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและไม่ใช่การมุ่งแต่จะรักษาสหสิทธิประโยชน์ของหน่วยงานของรัฐฯ อย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสมอื่นๆ เพราะหากทำเช่นนั้น อาจเกิดปัญหาตามมาในทางที่ไม่สมประโยชน์โดยรวมของรัฐ เช่น หากเพิ่มเติมเงื่อนไขในร่างสัญญาในทางที่ก่อภาระค่าใช้จ่ายแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมากขึ้นกว่าที่พึงคาดหมายได้แต่เดิม คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ย่อมจะต้องนำค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากภาระดังกล่าวนั้นไปรวบรวมเข้าเป็นค่าใช้จ่ายที่จะเรียกเก็บจากหน่วยงานของรัฐฯ หรือจากประชาชนผู้ใช้บริการ หรือในบางกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถแบกรับภาระนั้นได้ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาทในชั้นบริหารสัญญาขึ้นได้ การตรวจร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ จึงควรมุ่งหมายให้การทำสัญญาและการบริหารสัญญาต่อไปประสบความสำเร็จสมตามวัตถุประสงค์ของโครงการหรือหน่วยงานของรัฐฯ นั้นๆ โดยรักษาประโยชน์ของรัฐฯ และคำนึงถึงความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผลควบคู่กันไปเสมอด้วย

กรณีการจัดทำความตกลงที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 27 มกราคม 2558 เห็นชอบเกณฑ์ดังกล่าว แจ้งโดยหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0505/ว 26 ลงวันที่ 29 มกราคม 2558)

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มิได้อยู่ในบริบทของการตรวจร่างสัญญาหรือเอกสารทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2)(3) แต่หากมีหน่วยงานของรัฐขอความเห็นจากสำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานอัยการสูงสุดก็อาจให้ความเห็นได้โดยถือเป็น “การให้ความร่วมมือกับหน่วยงานของรัฐในการอำนวยความสะดวก การรักษาประโยชน์ของรัฐและประชาชน” ตามนัยพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (7)

- ส่วนที่กำหนดว่า “ในการนี้สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รายงานรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐ ที่เป็นผู้สัญญาให้ทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ” นั้น สำนักงานอัยการสูงสุดจะแจ้งเป็นข้อสังเกตลงในหนังสือแจ้งผลการตรวจพิจารณานั้นไปให้หน่วยงานที่ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาได้ทราบข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ซึ่งในทางปฏิบัติมีอยู่หลายกรณี เช่น บางกรณีหน่วยงานของรัฐฯ ที่ส่งร่างสัญญานั้นมาให้ตรวจพิจารณาอาจมีความมุ่งประสงค์ที่จะกำหนดข้อสัญญาเช่นนั้นหรือได้เจรจากับผู้ที่จะเป็นผู้สัญญาจนได้ข้อยุติเช่นนั้นแล้ว หากสำนักงานอัยการสูงสุดจะปรับแก้ข้อความส่วนนั้นก็จะเป็นการขัดต่อความประสงค์ของหน่วยงานนั้นและผู้ที่จะเป็นผู้สัญญา แต่โดยที่การคงข้อสัญญาเช่นนั้นต่อไปอาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นในภายหน้าได้ กรณีเช่นนี้สำนักงานอัยการสูงสุดก็จะแจ้งเป็นข้อสังเกตเพื่อให้มีการพิจารณาทบทวนในประเด็นนั้น หรือบางกรณีแม้จะมีการตรวจแก้ไขข้อความในร่างสัญญาตามปกติ แต่ก็มีข้อควรระมัดระวังซึ่งหน่วยงานนั้นๆ จะต้องดำเนินการเพิ่มเติมเพื่อความรอบคอบและรัดกุมต่อไปด้วย เป็นต้น การแจ้งข้อสังเกตจึงมีทั้งกรณีที่เป็นข้อท้วงติง และข้อแนะนำหรือคำเตือนส่วนหน่วยงานนั้นๆ จะดำเนินการตามข้อสังเกตหรือไม่ย่อมเป็นความรับผิดชอบของหน่วยงานนั้นๆ

(6) บทบัญญัติในพระราชบัญญัติองค์การอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 (2)(3) เป็นเพียงการกำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น แต่ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ซึ่งแตกต่างจากกรณีพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 หรือมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535

3. พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

3.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

- มาตรา 93 บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ทั้งนี้ แบบสัญญานั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วย

การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งโดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในแบบสัญญาและไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ

ก็ให้กระทำได้ เว้นแต่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

ในกรณีที่ไม่ว่าจะทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งได้ และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว ก็ให้กระทำได้

ในกรณีจำเป็นต้องทำสัญญาเป็นภาษาต่างประเทศ ให้ทำเป็นภาษาอังกฤษและต้องจัดทำข้อสรุปสาระสำคัญแห่งสัญญาเป็นภาษาไทยตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา เว้นแต่การทำสัญญาเป็นภาษาต่างประเทศตามแบบสัญญาที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่งหรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนตามวรรคสองหรือวรรคสาม หรือตามมาตรา 97 วรรคหนึ่ง แล้วแต่กรณี ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือคู่สัญญาไม่ตกลงหรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา 104 ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ”

- มาตรา 97 บัญญัติว่า “สัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขไม่ได้ เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้ให้อยู่ในดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขได้ (1) เป็นการแก้ไขตามมาตรา 93 วรรคห้า (2) ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง หากการแก้ไขนั้นไม่ทำให้หน่วยงานของรัฐเสียประโยชน์ (3) เป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่หน่วยงานของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ (4) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

การแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบหรือระยะเวลาในการทำงาน ให้ตกลงพร้อมกันไปในการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อเพิ่มวงเงิน เมื่อรวมวงเงินตามสัญญาหรือข้อตกลงเดิมและวงเงินที่เพิ่มขึ้นใหม่แล้ว หากวงเงินรวมดังกล่าวมีผลทำให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างเปลี่ยนแปลงไปจะต้องดำเนินการให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามวงเงินรวมดังกล่าวเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงด้วยในการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเพื่อลดวงเงิน ให้ผู้มีอำนาจอนุมัติสั่งซื้อหรือสั่งจ้างตามวงเงินเดิมเป็นผู้อนุมัติการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลง”

นอกจากนี้ ยังมีระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐส่งเอกสารซื้อหรือจ้างให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา จำแนกได้เป็น 5 กรณี ได้แก่ กรณีตามข้อ 34 วรรคสอง (เอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีตลาดอิเล็กทรอนิกส์พร้อมประกาศเชิญชวน), ข้อ 43 วรรคสอง (เอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์พร้อมประกาศเชิญชวน), ข้อ 61 วรรคสอง (เอกสารซื้อหรือจ้างด้วยวิธีสอบราคาพร้อมประกาศเชิญชวน), ข้อ 109 วรรคสอง (เอกสารจ้างที่ปรึกษาด้วยวิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปพร้อมประกาศเชิญชวน), ข้อ 154 วรรคสอง (เอกสารงานจ้างออกแบบงานก่อสร้างโดยวิธีประกวดแบบพร้อมประกาศเชิญชวน) โดยกำหนดว่า ถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ กำหนด และหัวหน้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างเอกสารฯ ดังกล่าวไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน

3.2 ข้อพิจารณา

3.2.1 ความหมายของถ้อยคำสำคัญและหลักการในบทบัญญัติ

(1) คำว่า “การจัดซื้อจัดจ้าง” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า แลกเปลี่ยน หรือโดยนิติกรรมอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง มีข้อพิจารณา ดังนี้

- กรณีที่จะเป็นการจัดซื้อจัดจ้าง ต้องเป็นการที่หน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า ฯลฯ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ซื้อ

ผู้ว่าจ้างหรือผู้เช่า ฯลฯ แต่ถ้าหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ขาย ผู้รับจ้างหรือผู้ให้เช่า ฯลฯ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นผู้ซื้อ ผู้ว่าจ้างหรือผู้เช่า ฯลฯ ไม่ใช่หน่วยงานของรัฐแต่เป็นเอกชน ก็จะไม่ใช้กรณีของการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติดังกล่าว เช่น เอกชน ผู้เช่า ทำสัญญาเช่าที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ) ผู้ให้เช่า เป็นต้น

- กรณีคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายคือฝ่ายผู้ซื้อ ผู้ว่าจ้างหรือผู้เช่า ฯลฯ กับฝ่ายผู้ขาย ผู้รับจ้างหรือผู้ให้เช่า ฯลฯ ต่างก็เป็นหน่วยงานของรัฐ ถือเป็นการจัดการจัดจ้างตามพระราชบัญญัติดังกล่าวในด้านของฝ่ายผู้ซื้อ ผู้ว่าจ้างหรือผู้เช่า ฯลฯ เพราะเป็นฝ่ายที่ดำเนินการใช้เงินงบประมาณเพื่อให้หน่วยงานของตนได้มาซึ่งพัสดุโดยการซื้อ จ้าง เช่า ฯลฯ นั้น เช่น สำนักงานอัยการสูงสุด (ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ) ผู้เช่า ทำสัญญาเช่าที่ดินของการรถไฟแห่งประเทศไทย (ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ) ผู้ให้เช่า ถือเป็นการจัดซื้อจัดจ้างในด้านของสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้เช่า เป็นต้น

- กรณีการเช่าซื้อ ที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้เช่าซื้อ ถือเป็นการจัดการจัดจ้างตามพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย เนื่องจากการเช่าซื้อถือเป็นสัญญาเช่าประเภทหนึ่งโดยมีค้ำมัดของผู้ให้เช่าทรัพย์สินนั้นว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้เช่าโดยเงื่อนไขว่าผู้เช่าได้ใช้เงินตามจำนวนคราวที่กำหนด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 572 บัญญัติว่า “อันว่าเช่าซื้อนั้น คือสัญญาซึ่งเจ้าของเอาทรัพย์สินออกให้เช่าและให้ค้ำมัดว่าจะขายทรัพย์สินนั้นหรือว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นเป็นสิทธิแก่ผู้เช่าโดยมีเงื่อนไขที่ผู้เช่าได้ใช้เงินเป็นจำนวนเท่านั้นเท่านั้นคราว”) จึงอยู่ในบังคับของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 92 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการเช่า และหากเป็นกรณีเช่าซื้อสังหาริมทรัพย์ ก็จะต้องนำข้อกำหนดเกี่ยวกับการซื้อมาใช้โดยอนุโลม¹⁷

(2) คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เห็นได้ว่า ตามบทนิยามดังกล่าวมีถ้อยคำทั้งส่วนที่เหมือนและแตกต่างกับ “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติองค์การอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 กล่าวคือส่วนที่ใช้ถ้อยคำเหมือนกัน ได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น

¹⁷ หนังสือคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ด่วนที่สุด ที่ กค (กวจ) 0405.2/012971 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2561 เรื่องขอหารือการจัดทำสัญญาเช่า

องค์การมหาชน องค์การตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเทียบเคียงความหมายตามที่กล่าวถึงข้างต้นแล้วได้ และส่วนที่ใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน ได้แก่ รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การอิสระ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง อาจมีข้อพิจารณา ดังนี้

- “รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ” การที่ระบุว่า “ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ” ทำให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น เพราะกฎหมายที่กำหนดบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” มีอยู่หลายฉบับซึ่งมีรายละเอียดที่แตกต่างกันตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นๆ และโดยที่การจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยทั่วไปย่อมจะเกี่ยวพันกับงบประมาณ จึงเป็นการระบุที่สอดคล้องวัตถุประสงค์ของกฎหมาย¹⁸ ส่วนในกรณีของพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 แม้ใช้คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” โดยไม่ได้ระบุว่าตามกฎหมายใด แต่ในทางปฏิบัติในกรณีทั่วไปก็มักจะถือตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณดังกล่าวแล้วข้างต้น ดังนั้น ผลหรือความหมายของถ้อยคำดังกล่าวตามกฎหมายทั้งสองฉบับในทางปฏิบัติในกรณีทั่วไปจึงอาจไม่แตกต่างกัน

- ส่วน “องค์การอิสระ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ” ก็อาจรวมอยู่ใน “องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานอื่นของรัฐ หรือหน่วยงานอื่นใดที่ดำเนินการของรัฐ” ตามบทนิยามส่วนหนึ่งของ “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 4 ได้ (แม้อาจมีส่วนเหลื่อมกันอยู่ในรายละเอียด) นอกจากนี้ ยังมีส่วนที่อาจจะต่างกันอยู่ในระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับก็คือคำว่า “หน่วยงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” ตามพระราชบัญญัติ

¹⁸ จากการที่คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ และแต่ละฉบับก็กำหนดบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ต่างๆ กันในรายละเอียด การพิจารณาว่าหน่วยงานใดเป็น “รัฐวิสาหกิจ” หรือไม่ จึงต้องพิจารณาตามแต่กรณีว่า ประสงค์จะพิจารณาถึงการเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามกฎหมายฉบับใด เช่น กรณีของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้วินิจฉัยในเรื่องเสร็จที่ 1397/2563 ว่า กองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ ไม่เป็นองค์กรของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรรัฐบาล ไม่เป็นกิจการของรัฐที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นและไม่เป็นหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ กองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ จึงไม่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” (และไม่เป็นส่วนราชการ) ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ส่งผลให้ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งมีกองทุนฟื้นฟูฯ ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ไม่เข้าลักษณะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 แต่ตามหนังสือสำนักงานบริหารหนี้สาธารณะ ที่ กค 0900/230 ลงวันที่ 19 มกราคม 2564 แจ้งผลการพิจารณาว่าธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) มีสถานะเป็น “รัฐวิสาหกิจ” ตามนัยพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 4 เป็นต้น

การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และคำว่า “นิติบุคคลซึ่งมีหน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น” ตามพระราชบัญญัติองค์การและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ซึ่งก็ถือว่าเป็นส่วนที่แตกต่างกันในรายละเอียด

(3) ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 และมาตรา 97 กำหนดเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ จำแนกได้เป็น 4 กรณี ดังนี้

- กรณีที่ 1 การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบสัญญาที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุด ถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน (มาตรา 93 วรรคสอง)

- กรณีที่ 2 ในกรณีที่ไม่อาจทำสัญญาตามแบบสัญญาที่คณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐกำหนดโดยความเห็นชอบของสำนักงานอัยการสูงสุดได้ และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เว้นแต่การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว ก็ให้กระทำได้ (มาตรา 93 วรรคสาม)

- กรณีที่ 3 ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาฯ หรือไม่ได้ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน ให้หน่วยงานของรัฐส่งสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลังได้ เมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือเมื่อสำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาเห็นชอบแต่ให้แก้ไขสัญญา ถ้าหน่วยงานของรัฐแก้ไขสัญญานั้นให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว ให้ถือว่าสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ (มาตรา 93 วรรคห้า)

- กรณีที่ 4 ในกรณีการแก้ไขสัญญาที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน (มาตรา 97 วรรคสอง)

ซึ่งมีข้อสังเกตว่า ทั้ง 4 กรณีดังกล่าว ไม่ใช่บทบังคับเด็ดขาดให้หน่วยงานของรัฐจะต้องส่งร่างสัญญาหรือสัญญาไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยกรณีที่ 1 และ 4 เป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบ (เสียประโยชน์) หรือไม่รัดกุมพอ

จึงจะส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ ส่วนกรณีที่ 2 ก็ได้กำหนดข้อยกเว้นว่า เว้นแต่การทำสัญญาตามแบบที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้เคยให้ความเห็นชอบมาแล้ว ก็ให้กระทำได้ และสำหรับกรณีที่ 3 ก็ไม่ใช่บทบังคับว่าหน่วยงานของรัฐจะต้องส่งสัญญาที่ลงนามแล้วไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบ หากแต่บทบัญญัติที่อาจมีส่วนส่งผลให้เกิดสภาพบังคับอยู่ตรงที่ในมาตรา 93 วรรคหก ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ได้ทำสัญญาตามแบบสัญญาตามวรรคหนึ่ง หน่วยงานของรัฐไม่แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือคู่สัญญาไม่ตกลงหรือยินยอมให้แก้ไขสัญญาตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด หากข้อสัญญาที่แตกต่างจากแบบสัญญาหรือข้อสัญญาที่ไม่แก้ไขตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นกรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรงตามมาตรา 104 ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะ”

(4) ตามที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 96 บัญญัติถึงกรณีที่หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำข้อตกลงเป็นหนังสือโดยไม่ทำตามแบบสัญญาตามมาตรา 93 ก็ได้ นั้น¹⁹ เป็นเพียงการกำหนดว่าหน่วยงานของรัฐอาจจัดทำข้อตกลงเป็นหนังสือโดยไม่ทำตามแบบสัญญาหากเข้ากรณีตามที่บัญญัติไว้ในมาตราดังกล่าว แต่ก็ได้ห้ามหน่วยงานของรัฐทำตามแบบสัญญา และมีได้ห้ามหน่วยงานของรัฐนั้นจัดทำเป็นร่างสัญญาและส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 93 แต่อย่างใด ดังนั้น แม้เข้ากรณีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 96 แต่หน่วยงานของรัฐเลือกที่จะจัดทำเป็นร่างสัญญาและส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 93 สำนักงานอัยการสูงสุดก็จะพิจารณาดำเนินการตามมาตรา 93 เช่น เทศบาลฯ ผู้เช่า ตกลงเช่าที่ดินของเอกชน ผู้ให้เช่า โดยผู้เช่าไม่ต้องเสียเงินอื่นใดให้แก่ผู้ให้เช่านอกจากค่าเช่า เทศบาลฯ ย่อมจัดทำข้อตกลงเป็นหนังสือกับ

¹⁹ มาตรา 96 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐอาจจัดทำข้อตกลงเป็นหนังสือโดยไม่ทำตามแบบสัญญาตามมาตรา 93 ก็ได้ เฉพาะในกรณี ดังต่อไปนี้

(1) การจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีคัดเลือกตามมาตรา 56 (1) (ค) หรือการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 56 (2) (ข) (ง) หรือ (ฉ) หรือการจ้างที่ปรึกษาโดยวิธีเฉพาะเจาะจงตามมาตรา 70 (3) (ข)

(2) การจัดซื้อจัดจ้างจากหน่วยงานของรัฐ

(3) กรณีที่คู่สัญญาสามารถส่งมอบพัสดุได้ครบถ้วนภายในห้าวันทำการนับตั้งแต่วันที่ถัดจากวันทำข้อตกลงเป็นหนังสือ

(4) การเช่าซึ่งผู้เช่าไม่ต้องเสียเงินอื่นใดนอกจากค่าเช่า

(5) กรณีอื่นตามที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

ในกรณีที่การจัดซื้อจัดจ้างมีวงเงินเล็กน้อยตามที่กำหนดในกฎกระทรวง จะไม่ทำข้อตกลงเป็นหนังสือไว้ต่อกันก็ได้ แต่ต้องมีหลักฐานในการจัดซื้อจัดจ้างนั้น

ในการออกกฎกระทรวงตามวรรคสองจะกำหนดวงเงินเล็กน้อยให้แตกต่างกันตามขนาดหรือประเภทของหน่วยงานของรัฐก็ได้”

ผู้ให้เข้าได้โดยไม่ต้องทำตามแบบสัญญาฯ ตามมาตรา 93 เนื่องจากเข้ากรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 96 (4) แต่หากเทศบาลฯ ส่งร่างสัญญาเข้าที่ดินดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 93 ก็สามารถทำได้ ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดก็มีอำนาจหน้าที่ตรวจพิจารณาร่างสัญญาเข้าที่ดินดังกล่าวให้แก่เทศบาลฯ เป็นต้น

3.2.2 ข้อเปรียบเทียบโดยสังเขประหว่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด

(1) การตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 และมาตรา 97 ใช้คำว่า “พิจารณาให้ความเห็นชอบ” ร่างสัญญา, สัญญาที่ลงนามแล้ว หรือร่างสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา แล้วแต่กรณี ส่วนการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 34 วรรคสอง, ข้อ 43 วรรคสอง, ข้อ 61 วรรคสอง, ข้อ 109 วรรคสอง, ข้อ 154 วรรคสอง ใช้คำว่า “ตรวจพิจารณา” ร่างเอกสารซื้อหรือจ้างฯ และประกาศเชิญชวน

(2) ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 93 วรรคหก บัญญัติถึงผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่ไม่ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ได้แก้ไขให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุด ฯลฯ ดังกล่าวแล้วข้างต้น แต่กรณีของร่างเอกสารซื้อหรือจ้างฯ และประกาศเชิญชวนตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 นั้น แม้ไม่ได้ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด หรือไม่ได้แก้ไขให้เป็นไปตามความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดก็ไม่ได้มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัตินี้ที่กำหนดให้มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของร่างเอกสารซื้อหรือจ้างฯ และประกาศเชิญชวนดังกล่าว แต่ในกรณีดังกล่าวนี้หากมีปัญหาความไม่รัดกุมเกิดขึ้นก็จะเป็นความรับผิดชอบของหน่วยงานนั้นๆ

3.2.3 ระเบียบอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการส่งร่างสัญญาการจัดซื้อจัดจ้างให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา จำแนกได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ

(1) กรณีตามที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

มาตรา 7²⁰ บัญญัติว่าพระราชบัญญัตินี้มีให้ใช้บังคับแก่กรณีนั้น จึงไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 93 หรือมาตรา 97 อย่างไรก็ดี โดยที่มาตรา 7 วรรคสี่ บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐในกรณีดังกล่าวต้องจัดให้มีกฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามหลักเกณฑ์และแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ จึงต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐดังกล่าวกำหนดไว้อย่างไร ซึ่งจำแนกได้เป็นหลายลักษณะ อาทิ

- กำหนดในลักษณะที่คล้ายกันกับบทบัญญัติในมาตรา 93 หรือมาตรา 97 คือมีทั้งการส่งร่างสัญญาหรือร่างสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน และการส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลัง เช่น ข้อบังคับบริษัทตลาดรองสินเชื่อที่อยู่อาศัยว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของบริษัท พ.ศ. 2561 ข้อ 62 วรรคสอง วรรคสาม วรรคห้า และข้อ 65 วรรคสาม เป็นต้น

²⁰ มาตรา 7 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

(1) การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง

(2) การจัดซื้อจัดจ้างยุทธโศภณและกิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยวิธีรัฐบาลต่อรัฐบาลหรือโดยการจัดซื้อจัดจ้างจากต่างประเทศที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(3) การจัดซื้อจัดจ้างเพื่อการวิจัยและพัฒนา เพื่อการให้บริการทางวิชาการของสถาบันอุดมศึกษาหรือการจ้างที่ปรึกษา ทั้งนี้ ที่ไม่สามารถดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ได้

(4) การจัดซื้อจัดจ้างโดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ สถาบันการเงินระหว่างประเทศ องค์การต่างประเทศทั้งในระดับรัฐบาลและที่มิใช่ระดับรัฐบาล มูลนิธิหรือเอกชนต่างประเทศ ที่สัญญาหรือข้อกำหนดในการให้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(5) การจัดซื้อจัดจ้างโดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ สถาบันการเงินระหว่างประเทศ องค์การต่างประเทศทั้งในระดับรัฐบาลและที่มิใช่ระดับรัฐบาล มูลนิธิหรือเอกชนต่างประเทศ ที่สัญญาหรือข้อกำหนดในการให้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือนั้นร่วมกับเงินงบประมาณ ซึ่งจำนวนเงินกู้หรือเงินช่วยเหลือที่ใช้นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

(6) การจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาหรือสถานพยาบาลที่เป็นหน่วยงานของรัฐโดยใช้เงินบริจาครวมทั้งดอกเบี้ยของเงินบริจาค โดยไม่ใช้เงินบริจาค่นั้นร่วมกับเงินงบประมาณ

การจัดซื้อจัดจ้างตาม (1) (2) และ (3) ที่ได้รับยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา โดยประกาศดังกล่าวจะกำหนดให้หน่วยงานของรัฐเสนอเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างใดตาม (1) (2) หรือ (3) ต่อคณะกรรมการนโยบายเพื่อนำมติที่ได้รับยกเว้นเป็นรายการนี้ไปก็ได้

การยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การจัดซื้อจัดจ้างใดทั้งหมดหรือแต่บางส่วนนอกเหนือจากการยกเว้นตามวรรคหนึ่ง ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามข้อเสนอของคณะกรรมการนโยบาย

กรณีตามวรรคหนึ่งและวรรคสาม ให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีกฎหรือระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามหลักเกณฑ์และแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ โดยอย่างน้อยต้องมีหลักการตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง ”

(โปรดดู ประกาศคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ เรื่อง หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ประกาศ ณ วันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2560 และฉบับที่แก้ไขเพิ่มเติม ประกอบ)

- กำหนดในลักษณะระบุกรณีซึ่งต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เช่น ข้อบังคับองค์การส่งเสริมกิจการโคนมแห่งประเทศไทยว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเกี่ยวกับอุตสาหกรรมโคนม พ.ศ. 2561 ข้อ 49 วรรคสอง วรรคสาม เป็นต้น

- กำหนดในลักษณะว่าหากเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เช่น ระเบียบธนาคารออมสิน ฉบับที่ 628 ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง ข้อ 64 วรรคสอง เป็นต้น

- กำหนดในลักษณะว่าในกรณีที่การแก้ไขสัญญาที่เห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ หากเห็นสมควรจะให้ส่งร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อนก็ได้ เช่น ข้อบังคับธนาคารอาคารสงเคราะห์ ฉบับที่ 80 ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง พ.ศ. 2561 ข้อ 50 (เฉพาะกรณีร่างสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา) เป็นต้น

(2) กรณีตามที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 วรรคสอง²¹ บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐบางประเภทหรือบางกรณีสามารถจัดให้มีระเบียบข้อบังคับหรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุนั้นใช้เองทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าระเบียบ ข้อบังคับหรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของหน่วยงานของรัฐดังกล่าวกำหนดไว้อย่างไร ซึ่งจำแนกได้เป็นหลายลักษณะ อาทิ

- กำหนดในลักษณะที่คล้ายกันกับบทบัญญัติในมาตรา 93 คือมีทั้งการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน และการส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลัง เช่น ระเบียบมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเพื่อการวิจัยและพัฒนาและเพื่อการให้บริการทางวิชาการ พ.ศ. 2563 ข้อ 23 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคห้า เป็นต้น

²¹ มาตรา 6 วรรคสอง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “เพื่อให้การดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานของรัฐในต่างประเทศหรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงเกิดความยืดหยุ่นและมีความคล่องตัว หากรัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐนั้นประสงค์จะจัดให้มีระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุนั้นใช้เองทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ก็ให้กระทำได้ โดยต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในต่างประเทศที่หน่วยงานของรัฐหรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐตั้งอยู่มีกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของต่างประเทศนั้นเป็นการเฉพาะหรือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” (มาตรา 6 วรรคสี่ บัญญัติว่า “ระเบียบ ข้อบังคับหรือข้อบัญญัติตามวรรคสองและวรรคสาม ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการนโยบายและให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”)

- กำหนดในลักษณะที่คล้ายกันกับหลักเกณฑ์ในระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยกำหนดว่าหากเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างเอกสารซื้อหรือจ้างและประกาศเชิญชวนไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อน เช่น ข้อบังคับราชวิทยาลัยจุฬาลงกรณ์ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุ พ.ศ. 2562 ข้อ 46 วรรคสอง, ข้อ 55 วรรคสอง, ข้อ 73 วรรคสอง, ข้อ 119 วรรคสอง และข้อ 164 วรรคสอง เป็นต้น

- กำหนดในลักษณะว่าหากเห็นว่าร่างสัญญาหรือร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญาหรือร่างสัญญาที่แก้ไขนั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เช่น ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของส่วนราชการในต่างประเทศ พ.ศ. 2563 ข้อ 63 วรรคสาม และข้อ 65 วรรคสอง ระเบียบกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของส่วนราชการในต่างประเทศ พ.ศ. 2563 ข้อ 63 วรรคสาม และข้อ 65 วรรคสอง และระเบียบกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของส่วนราชการในต่างประเทศ พ.ศ. 2564 ข้อ 67 วรรคสาม และข้อ 69 วรรคสอง เป็นต้น กับมีระเบียบการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของสำนักงานสาขาในต่างประเทศ พ.ศ. 2564 ข้อ 63 วรรคสาม และข้อ 65 วรรคสอง กำหนดในลักษณะนี้แต่มีถ้อยคำที่แตกต่างออกไปเล็กน้อย กล่าวคือ กรณีส่งร่างสัญญาตามข้อ 63 วรรคสาม ใช้คำว่า “ให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน” แต่กรณีส่งร่างสัญญาที่แก้ไขตามข้อ 65 วรรคสอง ใช้คำว่า “ให้ผ่านความเห็นชอบจากสำนักงานอัยการสูงสุดก่อน”

- กำหนดในลักษณะว่าในกรณีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่เห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือเสียประโยชน์หรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญาหรือหนังสือที่แก้ไขนั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เช่น ระเบียบธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ จ 21/2563 เรื่อง การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุของสำนักงานตัวแทนในต่างประเทศของธนาคารแห่งประเทศไทย ข้อ 62 วรรคสอง เป็นต้น

- กำหนดในลักษณะที่ไม่ได้ระบุให้หน่วยงานของรัฐนั้นส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา หากแต่มีหน่วยงานภายในของหน่วยงานของรัฐนั้นพิจารณาร่างสัญญาดังกล่าวเอง เช่น ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐของส่วนราชการในต่างประเทศ พ.ศ. 2560 ข้อ 63 และข้อ 65 ซึ่งกำหนดว่า หากส่วนราชการในต่างประเทศ (ที่สังกัดกระทรวงการต่างประเทศ) เห็นว่าร่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง

ที่จะทำในต่างประเทศนั้นจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ก็ให้ส่งร่างสัญญาให้กรมสนธิสัญญาและกฎหมายของกระทรวงการต่างประเทศพิจารณา ก่อน เป็นต้น กรณีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุด

3.2.4 กรณีที่มีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับอื่นกำหนดให้นำพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาใช้บังคับ มีบางกรณีที่มีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับอื่นกำหนดให้นำกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมาใช้บังคับ เช่น ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ข้อ 16 และข้อ 18 เป็นต้น²²

4. พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562

4.1 บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

- มาตรา 41 บัญญัติว่า “เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาภายในสิบห้าวัน และให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุน”

- มาตรา 42 บัญญัติว่า “ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำเสนอผลการคัดเลือกเอกชนร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด และเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาให้ความเห็นชอบ ก่อนนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชนและเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนตามที่คณะกรรมการกำหนด

²² ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ข้อ 16 กำหนดว่า “การมอบหมายให้เอกชนดำเนินการหรือร่วมดำเนินการเก็บหรือขนมูลฝอยให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ”

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ข้อ 18 กำหนดว่า “เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้ความเห็นชอบตามข้อ 17 แล้ว ให้ราชการส่วนท้องถิ่นผู้จัดทำข้อเสนอคัดเลือกเอกชนโดยนำหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐมาใช้บังคับโดยอนุโลม”

กรณีตามประกาศฯ ข้อ 16 ดังกล่าวข้างต้น แม้จะเห็นได้ว่า การที่ราชการส่วนท้องถิ่นทำสัญญาจ้างเอกชนให้ดำเนินการเก็บหรือขนมูลฝอยย่อมเป็นการจัดจ้างที่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐอยู่แล้วก็ตาม แต่ก็อาจมีกรณีที่ไม่ได้จ้าง แต่เป็นการร่วมลงทุนระหว่างราชการส่วนท้องถิ่นกับเอกชน ซึ่งก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ตามประกาศฯ ข้อ 16 ดังกล่าว

ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดพิจารณาผลการคัดเลือกเอกชน ร่างสัญญาร่วมลงทุน และเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนตามวรรคหนึ่ง ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับผลการคัดเลือกเอกชน ร่างสัญญาร่วมลงทุน และเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุน

ในกรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่เห็นชอบกับผลการคัดเลือกเอกชนหรือร่างสัญญาร่วมลงทุน ให้แจ้งเหตุผลที่ไม่เห็นชอบแก่หน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือก พร้อมกำหนดเวลาในการทบทวนผลการคัดเลือกเอกชนหรือร่างสัญญาร่วมลงทุนเพื่อนำเสนอรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดอีกครั้งหนึ่งก่อนนำเสนอคณะรัฐมนตรี

หากหน่วยงานเจ้าของโครงการและคณะกรรมการคัดเลือกยังยืนยันผลการคัดเลือกเอกชนหรือร่างสัญญาร่วมลงทุน ให้รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดนำเสนอผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนพร้อมความเห็นของรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา

เมื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบผลการคัดเลือกเอกชนและเงื่อนไขสำคัญของสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนกับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือก”

- มาตรา 46 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการเสนอเหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาให้ความเห็น ก่อนนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ทั้งนี้ ให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานเจ้าของโครงการภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไข”

- มาตรา 47 บัญญัติว่า “ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการนำเสนอเหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข ความเห็นของคณะกรรมการกำกับดูแล ร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดแล้ว และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็น ต่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยเมื่อรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุนแล้ว ให้หน่วยงานเจ้าของโครงการลงนามในสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขต่อไป

ในกรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดไม่เห็นชอบกับการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน ให้แจ้งเหตุผลที่ไม่เห็นชอบ พร้อมทั้งกำหนดเวลาในการทบทวนการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน”

4.2 ข้อยพิจารณา

4.2.1 ความหมายของถ้อยคำสำคัญ

(1) คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 หมายความว่า ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และคำว่า “หน่วยงานอื่นของรัฐ” หมายความว่า หน่วยงานในกำกับของรัฐ องค์การมหาชน หน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะ หรือหน่วยงานอื่นที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่ไม่ใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ทั้งนี้ เฉพาะที่อยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร ดังนั้น คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 จึงมีความหมายใกล้เคียงกันกับถ้อยคำเดียวกันในพระราชบัญญัติองค์การอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 และพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แต่อาจมีส่วนเหลื่อมกันอยู่บ้าง เช่น ข้อความว่า “เฉพาะที่อยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร” ทำให้ไม่รวมถึง “สถาบันพระปกเกล้า” ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ และอยู่ในกำกับดูแลของประธานรัฐสภา ตามพระราชบัญญัติสถาบันพระปกเกล้า พ.ศ. 2541 มาตรา 5 เป็นต้น

(2) คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 หมายความว่า (1) องค์การของรัฐบาลตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล หรือกิจการของรัฐตามกฎหมายที่จัดตั้งกิจการนั้น หรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ (2) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ (3) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ หรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจตาม (1) หรือ (2) มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ ซึ่งมีส่วนแตกต่างกับบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ตรงข้อความว่า “หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ มีทุนรวมอยู่ด้วย” ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นข้อแตกต่างกันดังกล่าว เช่น กรณีของธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ซึ่งกองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบ แต่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ ไม่เป็นส่วนราชการและไม่เป็นรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 ส่งผลให้ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) ไม่เข้าลักษณะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 แต่กองทุนเพื่อการฟื้นฟูฯ เป็น “หน่วยงานอื่นของรัฐ” และมีผลให้ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) เข้าลักษณะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน

จำกัดที่เป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามของคำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นต้น

(3) คำว่า “โครงการ” จากบทนิยามของคำดังกล่าวในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 มาตรา 4 หมายความว่า โครงการลงทุนของรัฐในกิจการที่หน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งหรือหลายหน่วยงานรวมกันมีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามกฎหมายหรือกฎ หรือที่มีหน้าที่และอำนาจต้องทำตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้ง คำว่า “ร่วมลงทุน” หมายความว่า ร่วมลงทุนกับเอกชนไม่ว่าโดยวิธีใด หรือมอบให้เอกชนลงทุนแต่ฝ่ายเดียว โดยวิธีการอนุญาต หรือให้สัมปทาน หรือให้สิทธิไม่ว่าในลักษณะใด และคำว่า “โครงการร่วมลงทุน” หมายความว่า โครงการที่มีการร่วมลงทุน ซึ่งจากบทนิยามดังกล่าวมีข้อพิจารณา ดังนี้

- โครงการนั้นต้องเป็นการลงทุนในกิจการที่มีกฎหมายหรือกฎระบุให้หน่วยงานของรัฐอย่างน้อยหน่วยงานหนึ่งร่วมลงทุนนั้นมีหน้าที่และอำนาจต้องทำกิจการนั้น และต้องเป็นกรณีที่มีเอกชนเข้ามาเป็นคู่สัญญาร่วมลงทุน ดังนั้น หากคู่สัญญาทุกฝ่ายล้วนเป็นหน่วยงานของรัฐ ย่อมไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้

- โครงการร่วมลงทุนที่จะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นโครงการร่วมลงทุนในกิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะตามที่ระบุไว้ในมาตรา 7 ได้แก่ (1) ถนน ทางหลวง ทางพิเศษ การขนส่งทางถนน (2) รถไฟ รถไฟฟ้า การขนส่งทางราง (3) ท่าอากาศยาน การขนส่งทางอากาศ (4) ท่าเรือ การขนส่งทางน้ำ (5) การจัดการน้ำ การชลประทาน การประปา การบำบัดน้ำเสีย (6) การพลังงาน (7) การโทรคมนาคม การสื่อสาร (8) โรงพยาบาล การสาธารณสุข (9) โรงเรียน การศึกษา (10) ที่อยู่อาศัยหรือสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง ผู้สูงอายุ ผู้ด้อยโอกาส หรือผู้พิการ (11) ศูนย์นันทนาการและศูนย์การประชุม (12) กิจการอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และรวมถึงกิจการเกี่ยวเนื่องที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าวใน (1)-(12) ด้วย ทั้งนี้ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ดังนั้น หากโครงการร่วมลงทุนนั้นไม่ใช่กิจการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานและบริการสาธารณะตามที่ระบุไว้ในมาตรา 7 ก็ย่อมจะไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้

4.2.2 หลักการตามบทบัญญัติและประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

(1) ตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนดเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐสร้างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชนให้สำนักงานอัยการสูงสุด ตรวจพิจารณา จำแนกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

- กรณีที่ 1 เมื่อได้ผลการคัดเลือกเอกชนและร่างสัญญาร่วมลงทุนที่ผ่านการเจรจากับเอกชนที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการจะต้องนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาภายในสิบห้าวัน และสำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุน (มาตรา 41)

- กรณีที่ 2 ในกรณีที่ต้องมีการแก้ไขสัญญาร่วมลงทุน หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการจะต้องเสนอเหตุผลและความจำเป็น ประเด็นที่ขอแก้ไข ผลกระทบจากการแก้ไข และข้อมูลอื่น ๆ ที่จำเป็นต่อคณะกรรมการกำกับดูแลเพื่อพิจารณาให้ความเห็น ก่อนนำส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขที่ได้เจรจากับเอกชนคู่สัญญาแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา และสำนักงานอัยการสูงสุดจะต้องตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไขให้แล้วเสร็จและส่งกลับให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับร่างสัญญาร่วมลงทุนฉบับแก้ไข (มาตรา 46)

มีข้อพิจารณาว่า กรณีในทางปฏิบัติที่สำนักงานอัยการสูงสุดได้ตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนฯ ให้ตั้งแต่ก่อนมีการออกประกาศเชิญชวนฯ นั้น ไม่ถือเป็นการตรวจพิจารณาตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 หากแต่เป็นการตรวจพิจารณาเป็นการเบื้องต้นในฐานะที่เป็นเอกสารส่วนหนึ่งของประกาศเชิญชวนฯ ตามพระราชบัญญัติองค์การและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 23 ซึ่งหลังจากที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการได้ตัวผู้รับคัดเลือกและผ่านการเจรจาแล้วก็ต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาอีกชั้นหนึ่งตามพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ดังกล่าว

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติให้ดุลพินิจแก่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการที่จะไม่ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแม้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการเห็นว่าร่างสัญญาไม่มีปัญหาในทางเสียเปรียบ และรัดกุมพอแล้ว และไม่มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีการทำสัญญาตามแบบสัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด (ซึ่งแตกต่างกับกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าวข้างต้น) ดังนั้น จึงต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาดังกล่าวตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนด²³

(2) อำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน นอกจากกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน

²³ จุลสิงห์ วสันตสิงห์, สัญญาของรัฐ (Government Contracts) (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2554), หน้า 39

พ.ศ. 2562 แล้ว ยังกำหนดในอนุบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เช่น ประกาศคณะกรรมการนโยบายการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการโครงการร่วมลงทุนที่มีมูลค่าต่ำกว่าที่กำหนดในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2563 ข้อ 16, 17 เป็นต้น

(3) บางกรณีแม้มีลักษณะเป็นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน แต่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน เช่น กรณีที่ราชการส่วนท้องถิ่นมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการหรือทำร่วมกับราชการส่วนท้องถิ่นในการเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอย ตามพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 มาตรา 34/1 (เพิ่มโดยพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 6)²⁴ ซึ่งได้มีประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การจัดการมูลฝอย พ.ศ. 2560 ออกมาใช้บังคับโดยเฉพาะซึ่งกำหนดให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ การตรวจพิจารณาร่างสัญญาของสำนักงานอัยการสูงสุดกรณีนี้จึงไม่ใช่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน หากแต่ดำเนินการตามประกาศกระทรวงมหาดไทยดังกล่าว ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

(4) กำหนดเวลาสี่สิบห้าวันที่กฎหมายกำหนดให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนให้แล้วเสร็จดังกล่าว เป็นเพียงกำหนดเวลาเร่งรัด ซึ่งหากสำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาสี่สิบห้าวันก็ไม่ได้ส่งผลให้กระบวนการที่เกี่ยวข้องไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด แต่จะทำให้ขั้นตอนที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการจะต้องดำเนินการต่อไปนั้นยังไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาสำนักงานอัยการสูงสุดก็ได้ดำเนินการเสร็จทันภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ทั้งนี้

²⁴ มาตรา 34/1 พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535 (เพิ่มโดยพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560 มาตรา 6) บัญญัติว่า

“การเก็บ ขน และกำจัดสิ่งปฏิกูลและมูลฝอย ในเขตพื้นที่ของราชการส่วนท้องถิ่นใดให้เป็นหน้าที่และอำนาจของราชการส่วนท้องถิ่นนั้น แต่ไม่รวมถึงองค์การบริหารส่วนจังหวัด

ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ราชการส่วนท้องถิ่นจะมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐ หรือราชการส่วนท้องถิ่นอื่น รวมทั้งองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือเอกชนเป็นผู้ดำเนินการหรือทำร่วมกับราชการส่วนท้องถิ่นก็ได้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ การมอบให้เอกชนดำเนินการหรือร่วมดำเนินการดังกล่าว มิให้ถือว่าเป็นการร่วมลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ แต่หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดดังกล่าว ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ ประกอบด้วย”

เนื่องจากในทางปฏิบัติหากเป็นโครงการที่มีความสลับซับซ้อนหรือวงเงินลงทุนที่สูงมาก หรือเป็นกรณีที่มีหลักเกณฑ์กำหนดไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการประสานงานให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณา ร่างสัญญาร่วมลงทุนและให้ความเห็นในเบื้องต้นได้²⁵ หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการก็อาจมีการ ส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาเบื้องต้นรอบหนึ่งก่อน ซึ่งสำนักงาน อัยการสูงสุดก็ได้ให้ความร่วมมือตรวจพิจารณาเบื้องต้นให้ และเมื่อมีการส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้ สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวก็ทำให้สามารถดำเนินการได้ ทันภายในกำหนดเวลาเนื่องจากได้ตรวจพิจารณาเบื้องต้นมารอบหนึ่งแล้ว

5. มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535

5.1 หลักเกณฑ์

คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบและแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงาน
อัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ที่สำนักนายกรัฐมนตรีเสนอ ดังนี้

ให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีเดิมซึ่งยืนยันตามหนังสือรวม 9 ฉบับ และวางหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจถือปฏิบัติต่อไป ดังนี้

“1.

2. ให้ส่วนราชการต่างๆ ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาก่อนลงนาม
สัญญา

3. ให้รัฐวิสาหกิจทุกประเภทส่งร่างสัญญาต่อไปนี้อย่างเร่งด่วนที่สุดตรวจสอบพิจารณา
ก่อนลงนามสัญญา

3.1 การทำสัญญาผูกพันบุคคล นิติบุคคลหรือสถาบันอื่นใดในต่างประเทศ ซึ่งมีใช้การดำเนินงานตามปกติหรือ

3.2 การทำสัญญาที่เห็นว่าอาจจะมีปัญหาทางกฎหมายหรือเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ หรือ

3.3 การทำสัญญาผูกพันที่ใช้จ่ายจากงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐตั้งให้เพื่อการหนึ่ง การใดโดยเฉพาะ ซึ่งมีใช้เพื่อเป็นรายจ่ายในการดำเนินการตามปกติธระ

²⁵ เช่น ประกาศคณะกรรมการนโยบายการพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และกระบวนการในการร่วมลงทุนกับเอกชนหรือให้เอกชนเป็นผู้ลงทุน พ.ศ. 2560 ข้อ 11 วรรคสาม กำหนดว่า “ในกรณีที่มีความจำเป็น ให้สำนักงาน (เพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก) ประสานงานกับสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาร่างสัญญาร่วมลงทุนและให้ความเห็นในเบื้องต้นในการจัดทำร่างสัญญาร่วมลงทุน” เป็นต้น

สำหรับการทำสัญญาในกรณีอื่น ให้อยู่ในดุลพินิจของรัฐวิสาหกิจที่จะพิจารณาส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาหรือไม่ก็ได้

4. การทำสัญญาตามข้อ 2 และข้อ 3 ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในกรณีดังต่อไปนี้

4.1 การทำสัญญาตามแบบที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้ว หรือการทำสัญญาที่จำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากแบบดังกล่าวเพียงเล็กน้อยในประเด็นที่มีสาระสำคัญและไม่ทำให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเสียเปรียบ

4.2 การทำสัญญาของรัฐวิสาหกิจที่คณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเห็นว่าไม่จำเป็นต้องส่งให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา (มติคณะรัฐมนตรีให้ตัดข้อย่อยนี้ออก)

4.3 การทำสัญญาของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ ซึ่งผ่านการตรวจพิจารณาของผู้เชี่ยวชาญท้องถิ่นหรือผู้รู้กฎหมายของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้นแล้ว

5. หลักเกณฑ์นี้ไม่ใช่บังคับกับการทำสัญญาตามแบบและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง (มติคณะรัฐมนตรีให้แก้ไขเป็นดังนี้ “หลักเกณฑ์นี้ไม่ใช่บังคับกับการทำสัญญาตามแบบและวิธีการที่กำหนดตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับที่คณะรัฐมนตรีให้ใช้บังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง”).…….”

5.2 ข้อพิจารณา

(1) หลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว กล่าวถึงเฉพาะ “ส่วนราชการ” และ “รัฐวิสาหกิจ” โดยไม่ได้กล่าวถึงหน่วยงานของรัฐประเภทอื่น ซึ่งอาจเป็นเพราะในขณะที่มีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ยังไม่ค่อยมีหน่วยงานของรัฐประเภทอื่นๆ

(2) หลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวไม่มีบทนิยาม จึงเป็นเรื่องที่อาจพิจารณาเทียบเคียงกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น คำว่า “รัฐวิสาหกิจ” ก็อาจเทียบเคียงตามบทนิยามของคำดังกล่าวในกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ เป็นต้น

(3) ในกรณีที่ร่างสัญญาหรือการทำสัญญานั้นๆ อยู่ในบังคับที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่ออกตามกฎหมายที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ก็จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับดังกล่าว เช่น กรณีที่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ

พ.ศ. 2560 หรือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นต้น ส่วนหลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว โดยทั่วไปจะนำมาใช้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่ออกตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้น

(4) ในกรณีที่อยู่ในบังคับของหลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวที่จะต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา และปรากฏว่าส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้นฝ่าฝืนโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว นั้น ไม่มีการกำหนดมาตรการบังคับที่จะส่งผลกระทบต่อการทำสัญญาหรือต่อความสมบูรณ์ของสัญญานั้น อย่างไรก็ตาม โดยที่มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้กำหนดให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว การฝ่าฝืนนอกจากจะเป็นการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ในส่วนที่กำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีแล้ว หากปรากฏว่าเกิดความเสียหายต่อส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจในการทำสัญญาดังกล่าวก็อาจเป็นพฤติการณ์ประกอบที่แสดงถึงเจตนาในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอันอาจนำไปสู่ความรับผิดตามกฎหมายของผู้ที่ฝ่าฝืนนั้นได้

6. ข้อพิจารณาเปรียบเทียบและบทสรุป

จากการพิจารณาเปรียบเทียบบทกฎหมายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐฯ ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 มีทั้งประเด็นที่เหมือนกันและแตกต่างกัน กล่าวคือ

6.1 พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 กำหนดอำนาจหน้าที่ของสำนักงานอัยการสูงสุดในการตรวจพิจารณาร่างสัญญาให้แก่หน่วยงานของรัฐและนิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น แต่ไม่ใช่บทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ในขณะที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในบางกรณี และการไม่ปฏิบัติอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญาในบางกรณีด้วย และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของ

โครงการต้องส่งร่างสัญญาร่วมลงทุนให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาซึ่งหากไม่ผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดก็จะไม่สามารถดำเนินการในขั้นตอนต่อไปได้ ส่วนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 กำหนดให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจต้องส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาในบางกรณี แต่การไม่ปฏิบัติไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสัญญา แต่หากเกิดความเสียหายต่อส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจในการทำสัญญาดังกล่าวก็อาจเป็นพฤติการณ์ประกอบที่แสดงถึงเจตนาในการก่อให้เกิดความเสียหายนั้นอันอาจนำไปสู่ความรับผิดตามกฎหมายของผู้ที่ฝ่าฝืนนั้นได้

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ไม่มีบทบัญญัติที่ให้ดุลพินิจแก่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการที่จะไม่ส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาแม้ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเจ้าของโครงการเห็นว่าร่างสัญญาไม่มีปัญหาในทางเสียเปรียบ และรัดกุมพอแล้ว และไม่มีข้อยกเว้นสำหรับกรณีการทำสัญญาตามแบบสัญญาที่เคยผ่านการตรวจพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุด (ซึ่งแตกต่างกับพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535) ดังนั้นจึงต้องส่งร่างสัญญาดังกล่าวให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามขั้นตอนที่พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 กำหนด

6.2 พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ใช้บังคับกับร่างสัญญาทุกประเภท รวมทั้งร่างเอกสารทางกฎหมายที่ประสงค์จะใช้ทำนิติกรรมต่อไป ซึ่งต้องมีสถานะเป็น “ร่าง”, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้บังคับกับร่างสัญญาจัดซื้อจัดจ้างฯ และได้กำหนดถึงกรณีที่อาจส่งสัญญาที่ลงนามแล้วให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาให้ความเห็นชอบในภายหลัง, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ใช้บังคับกับร่างสัญญาร่วมลงทุนที่เข้าเงื่อนไขตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ส่วนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 ใช้บังคับกับร่างสัญญาประเภทที่ไม่มีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้น

6.3 ในส่วนของหน่วยงานที่อาจส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณานั้น พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 จำแนกเป็นกรณี “หน่วยงานของรัฐ” กับ “นิติบุคคลซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐแต่ได้มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งขึ้น”, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 ใช้คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ส่วนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อ

วันที่ 1 กันยายน 2535 ใช้คำว่า “ส่วนราชการ” และ “รัฐวิสาหกิจ” ซึ่งในรายละเอียดอาจมีส่วนเหลื่อมกันอยู่ แต่โดยสาระสำคัญก็มีความครอบคลุมที่ใกล้เคียงกัน

6.4 เกี่ยวกับการตรวจพิจารณา พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ใช้คำว่า “ตรวจ”, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ใช้คำว่า “พิจารณาให้ความเห็นชอบ”, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 ใช้คำว่า “ตรวจพิจารณา” และหลักเกณฑ์ตามอนุบัญญัติที่ออกตามกฎหมายบางฉบับก็ใช้คำว่า “พิจารณา” ซึ่งโดยความหมายของถ้อยคำดังกล่าวอาจไม่แตกต่างกันโดยตรง เพราะข้อแตกต่างของผลทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับตามที่กฎหมายกำหนด และสำนักงานอัยการสูงสุดก็ใช้มาตรฐานการตรวจเพื่อให้เกิดความรอบคอบและรัดกุมในทุกกรณีดังกล่าว อย่างไรก็ตาม คำที่ใช้โดยทั่วไปคือคำว่า “ตรวจพิจารณา” แต่ในหนังสือหรือเอกสารโต้ตอบที่เกี่ยวข้อง สำนักงานอัยการสูงสุดจะใช้ถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องในกรณีนั้น

6.5 หลักเกณฑ์การส่งร่างสัญญาให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณาตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553, พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560, พระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 มีวัตถุประสงค์หลักที่เหมือนกัน คือ เพื่อให้การทำสัญญาของหน่วยงานของรัฐมีความรอบคอบและรัดกุม และเพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติอย่างดีที่สุด และในส่วนที่ไม่มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หรือพระราชบัญญัติการร่วมลงทุนระหว่างรัฐและเอกชน พ.ศ. 2562 หรือมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2535 นั้น หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจพิจารณาร่างสัญญาตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 ก็ย่อมนำมาใช้บังคับด้วย เช่น การที่สำนักงานอัยการสูงสุดมีหน้าที่รักษาประโยชน์ของรัฐ และต้องแจ้งให้หน่วยงานของรัฐนั้นทราบถึงข้อที่ควรปรับปรุงหรือแก้ไขให้สมบูรณ์ ข้อเสียเปรียบหรือข้อที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ เป็นต้น

การปรับเปลี่ยนนโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับ
การควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย
The Legal Policy Modifications on Alcoholic Beverage
Production Control in Thailand

เชมภัทร ทฤษฎีกุล
Khemmapat Trisadikoon

นักวิจัย
สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย
565 ซอยรามคำแหง 39 แขวงพลับพลา เขตวังทองหลาง กรุงเทพมหานคร 10900
Researcher
Thailand Development Research Institute
565 Soi Ramkhamhaeng 39, Phlabphla, Wang Thong Lang, Bangkok, 10900
Corresponding author e-mail: k.trisadikoon@gmail.com
(Received: April 17, 2022; Revised: June 2, 2022; Accepted: June 30, 2022)

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันธุรกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ถูกจำกัดไว้กับผู้ประกอบกิจการรายใหญ่ สภาพดังกล่าวเกิดจากกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ตลอดระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมารัฐให้ความสำคัญกับการควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยมีปัจจัยสำคัญ 2 ประการ คือ ในฐานะแหล่งรายได้ทางภาษี และในฐานะเป็นผลิตภัณฑ์ที่มีผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชน โดยเหตุผลทั้งสองนั้นเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้รัฐเข้ามาควบคุมในเรื่องคุณภาพการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ อย่างไรก็ตาม วิธีการควบคุมเดิมที่รัฐใช้เพื่อควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กลับกลายมาเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ทำให้อุตสาหกรรมดังกล่าวจำกัดอยู่เฉพาะผู้ผลิต

รายใหญ่เพียงไม่กี่ราย ในขณะที่ผู้ประกอบการรายย่อยไม่สามารถเข้าสู่ตลาดการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยเมื่อเปรียบเทียบนโยบายทางกฎหมายของประเทศไทยกับประเทศในภูมิภาคอาเซียนอย่างเช่นสิงคโปร์และเวียดนามแล้วจะเห็นได้ว่านโยบายทางกฎหมายของต่างประเทศนั้นมีการผ่อนคลายและให้ความสำคัญกับการควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในเชิงของการควบคุมคุณภาพการผลิตมากกว่าการขอใบอนุญาต ปัญหาดังกล่าวจึงนำมาสู่การเสนอให้มีการทบทวนนโยบายเกี่ยวกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทยเสียใหม่ โดยอาจกำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขของผู้ได้รับใบอนุญาตให้มีความเหมาะสมและไม่สร้างอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่ ซึ่งรวมถึงผู้ประกอบการจากต่างประเทศ

คำสำคัญ: การควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์, การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ, นโยบายทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมการแข่งขัน

Abstract

Currently, the alcoholic beverages production business is limited to large operators, this condition arises from the laws, rules and regulations of the state relating to production of alcoholic beverages. Thailand has two justifications to regulate the alcohol production: (1) a source of tax revenue and (2) to discourage the consumption of a product that affects public health. Historically, the public health aspect has been the main driving force behind the implementation of the current regulatory approach, which overshadow the control of quality of alcohol production. The consequence is that the regulation hindered the development of the alcohol production industry, especially from small and niche entrepreneurs. This article compares Thailand's legal policies (law and regulation) with those in ASEAN countries such as Singapore and Vietnam, which are jurisdiction that has relaxed and refocus on regulating the quality and safety of the alcoholic beverages production, rather than a licensing system. The article argue that the subject is timely for a policy reform and proposal a new approach to the regulation of alcohol production in Thailand which focus on qualifications and conditions of the producer and lower

the barrier to entry for the market for new operators or existing producer that are operating outside the country.

Keyword: Alcohol Production Control, State Intervention in the Economy, Legal Policy for Competitive Promotion

1. บทนำ

ในปัจจุบันธุรกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ถูกจำกัดไว้กับผู้ประกอบกิจการรายใหญ่ สภาพดังกล่าวเกิดจากกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่กำหนดให้ผู้ที่จะประกอบธุรกิจผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องได้รับใบอนุญาตผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก่อน ซึ่งบรรดากฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับดังกล่าวนี้ได้สร้างข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจรายใหม่โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็ก ซึ่งตึงเครียดในการขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในเรื่องของทุนจดทะเบียนขั้นต่ำและกำลังการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ต่อวัน นอกจากนี้ แม้ได้รับใบอนุญาตให้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แล้วกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับของหน่วยงานกำกับดูแลเกี่ยวกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ยังกำหนดเงื่อนไขในเรื่องของวัสดุอุปกรณ์ที่จะนำมาใช้ในการผลิต ทำให้กลายเป็นเงื่อนไขในการจำกัดความคิดสร้างสรรค์ของผู้ประกอบธุรกิจและการสร้างอัตลักษณ์ให้กับสินค้า ซึ่งปัจจัยทั้งหมดนี้กลายมาเป็นการจำกัดทางเลือกของผู้บริโภคในการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการ

จากบริบทของกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นได้กลายมาเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งกลายมาเป็นเครื่องมือของรัฐในการจำกัดศักยภาพในการแข่งขันและความคิดสร้างสรรค์ของผู้ประกอบธุรกิจขนาดกลางและขนาดเล็ก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทบทวนและปรับเปลี่ยนนโยบายเกี่ยวกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย

ในบทความนี้ได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 6 ส่วน ได้แก่ (1) บทนำ (2) มโนทัศน์ทางกฎหมายว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ (3) ภาพรวมเกี่ยวกับธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย (4) ปัญหา นโยบายการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ภายในประเทศไทย

(5) นโยบายทางกฎหมาย¹ เกี่ยวกับการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของต่างประเทศ และ (6) ข้อเสนอแนะในการปรับเปลี่ยนนโยบายเกี่ยวกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

2. มโนทัศน์ทางกฎหมายว่าด้วยการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ

การเข้ามาควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยรัฐนั้นมีวัตถุประสงค์สำคัญอยู่ 2 ประการ คือ ในฐานะแหล่งรายได้ทางภาษี และในฐานะเป็นผลิตภัณฑ์ที่มีผลกระทบต่อสุขภาพของประชาชน² โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีหลังนั้นรัฐให้ความสำคัญเป็นอย่างมากและคอยควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้มีคุณภาพตามมาตรฐานและไม่ก่อให้เกิดอันตรายแก่ประชาชนในการบริโภค³ ทำให้รัฐเข้ามาแทรกแซงทางเศรษฐกิจโดยการกำหนดให้ผู้มีความประสงค์จะผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐเสียก่อนจึงจะสามารถประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้

ในทางทฤษฎีรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยนั้นวางอยู่บนหลักการว่ากลไกตลาดเป็นเครื่องมือที่ดีที่สุดในการจัดสรรทรัพยากรให้ไปถึงผู้มีความต้องการในทรัพยากรนั้น ๆ⁴ โดยกฎหมายทำหน้าที่รับรองความสามารถในการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแลกเปลี่ยนทรัพยากรในความครอบครองของบุคคลตามกลไกตลาด⁵ อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์กลไกตลาดอาจเกิดความบกพร่องในการเข้ามาจัดสรรทรัพยากร ทำให้รัฐต้องเข้ามาแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวโดยการเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจผ่านนโยบายและกฎหมายโดยรัฐบาลเข้ามาจัดสรรสินค้าและบริการในส่วนที่เอกชนไม่สามารถทำได้⁶ เพื่อหวังผลให้เกิดสถานการณ์หรือให้เป็นไปตาม

¹ ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “นโยบายทางกฎหมาย” เพื่ออธิบายนโยบายการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ ซึ่งปรากฏตัวในรูปแบบบทบัญญัติของกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับใด ๆ ก็ตาม ซึ่งแสดงความสัมพันธ์ระหว่างนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐกับกฎหมาย.

² นิธิวุฒิ จีระเรืองรัตน, *มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการผลิตและจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย*, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2561; หน้า 15.

³ ในบทความนี้ ผู้เขียนมีเจตนาที่จะพิจารณาในเรื่องของใบอนุญาตเป็นสำคัญ ดังนั้น ในบทความฉบับนี้ จึงอาจจะไม่ได้ให้น้ำหนักในเรื่องของการจัดเก็บภาษี.

⁴ ชาง ฮาจุน, *เศรษฐศาสตร์ (ฉบับทางเลือก)* = *Economic: the User's Guide*, แปลโดย วีระยุทธ กาญจน์ชูฉัตร, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: บุ๊คสเคป, 2562) หน้า 115 – 116.

⁵ สุพล นิธิไกรพนธ์, “ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 3 (กันยายน 2534) หน้า 379.

⁶ เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, *การคลังว่าด้วยการจัดสรรและการกระจาย*, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) หน้า 5.

ขั้นตอนที่รัฐต้องการโดยอาศัยอำนาจของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการบังคับทิศทางของระบบเศรษฐกิจ⁷ อย่างไรก็ดี ในการเข้าไปแทรกแซงในทางเศรษฐกิจของรัฐนั้นจำเป็นที่รัฐจะต้องรักษาดุลยภาพระหว่างคุณค่าสำคัญ 2 ประการ คือ เสรีภาพของเอกชนกับการแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ ซึ่งการจะเข้าไปมีบทบาทในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจอย่างไรรัฐจำเป็นต้องพิจารณาความตามหลักความได้สัดส่วนระหว่างจุดประสงค์ของการแทรกแซงทางเศรษฐกิจกับวิธีการในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ

2.1 เสรีภาพของเอกชน

หลักเสรีภาพของเอกชนหรือเสรีนิยมในทางเศรษฐกิจ (principle of liberalism) เป็นหลักการพื้นฐานของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม โดยกำหนดกรอบการดำเนินการทางเศรษฐกิจของรัฐภายใต้อุดมการณ์เศรษฐกิจเสรีนิยม⁸ ซึ่งอุดมคติของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมคือ การที่เอกชนมีความสามารถที่จะดำเนินการทางเศรษฐกิจได้อย่างเต็มที่ทั้งในการประกอบธุรกิจ และแลกเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของตนเอง⁹ ในขณะที่การตัดสินใจดำเนินการทางเศรษฐกิจทั้งหมดนั้นขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของเอกชน¹⁰ โดยรัฐควรที่จะเข้ามาแทรกแซงทางเศรษฐกิจเท่าที่จำเป็น เฉพาะในเรื่องที่กลไกตลาดไม่สามารถเข้ามาจัดสรรทรัพยากรได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยสาระสำคัญของเสรีภาพของเอกชนนั้นแบ่งแยกย่อยออกเป็น 2 หลักการ คือ หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า และหลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สิน¹¹ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้า (principle of freedom of trade and industry) เป็นหลักการสำคัญของเสรีภาพของเอกชนในทางเศรษฐกิจทั้งหมด¹² โดยมีสถานะเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รับรองไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ¹³ ภายใต้หลักการดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อจะรับรองความเป็นอิสระในการประกอบการทางเศรษฐกิจครอบคลุมถึงเสรีภาพ

⁷ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538) หน้า 125.

⁸ Didier Linotte et Alexandre Graboy-Grobescio, *Droit public économique*, (Paris : Dalloz, 2001), p.75.

⁹ สุรพล นิติไกรพจน์, “ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” หน้า 382.

¹⁰ ทิวา เงินยวง, กฎหมายเศรษฐกิจ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2531), หน้า 57 – 58.

¹¹ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 3 (กันยายน 2537) หน้า 585.

¹² Didier Linotte et Alexandre Graboy-Grobescio, *Droit public économique*, p.76

¹³ กรณีของประเทศไทยเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้ารับรองไว้ในบทบัญญัติ มาตรา 40 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ในการทำงานและการทำสัญญาโดยสมัครใจและเหมาะสมตามความสามารถของแต่ละบุคคล นอกจากนี้ หลักเสรีภาพในทางอุตสาหกรรมและการค้ายังเรียกร้องให้รัฐสนับสนุนให้เอกชนสามารถแข่งขันกันโดยปราศจากการแทรกแซงโดยตรงจากรัฐหรือการวางกฎเกณฑ์ที่เป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน¹⁴ ข้อเรียกร้องดังกล่าวรวมถึงการที่รัฐจะต้องไม่กำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการจำกัดศักยภาพของเอกชนในการแข่งขันหรือความสามารถในการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจด้วยกันเอกชนด้วยกัน

(2) หลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สินหรือกรรมสิทธิ์ (principle of property right) สำคัญของหลักกรรมสิทธิ์คือ การรับรองสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งก่อให้เกิดสิทธิในการนำทรัพยากรที่อยู่ภายใต้การครอบครองที่กฎหมายรับรองไว้มาแลกเปลี่ยนกันภายใต้กลไกตลาด¹⁵

อย่างไรก็ดี หลักการเสรีภาพของเอกชนดังกล่าวข้างต้นนั้นก็เป็นการที่รัฐสามารถยกเว้นและจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้หากมีเหตุผลที่เหมาะสมและได้สัดส่วนในขณะเดียวกันก็ไม่ทำลายสาระสำคัญแห่งเสรีภาพดังกล่าวโดยสิ้นเชิง หรือสร้างภาระกับการใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็น ซึ่งเป็นการเปิดทางให้รัฐเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจ

2.2 การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจ

การแทรกแซงของรัฐในทางเศรษฐกิจเปรียบเสมือนด้านตรงข้ามของเหรียญที่เป็นเสรีภาพของเอกชน โดยเป็นการยอมรับให้รัฐเข้ามาจำกัดเสรีภาพของเอกชนในการใช้เสรีภาพเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในทางเศรษฐกิจของเอกชน ในทางทฤษฎีนั้นรัฐอาจเข้ามาแทรกแซงทางเศรษฐกิจเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของกลไกตลาดในกรณีต่าง ๆ ซึ่งถือว่าการรักษาประโยชน์มหาชนในแง่มุมต่าง ๆ¹⁶ เฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นรัฐเข้ามาแทรกแซงโดยมีเหตุผลสำคัญ คือ การทำหน้าที่เพื่อชดเชยความบกพร่องของกลไกตลาดจากความไม่สมมาตรของข้อมูล (asymmetric information) เนื่องจากผู้ประกอบการย่อมมีความเข้าใจเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ทั้งใน

¹⁴ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” หน้า 595 – 596 และ 608.

¹⁵ สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส ตอนที่ 2,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 4 (ธันวาคม 2537) หน้า 812 – 813.

¹⁶ ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายเหตุในการแทรกแซงของรัฐเข้ามาจัดระบบการคุ้มครอง (droit protection) ใน 4 กรณีคือ การจำกัดเสรีภาพเพื่อคุ้มครองเสรีภาพผู้อื่นและคุ้มครองสังคม การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของบุคคลอื่น และการจัดให้มีหน้าที่ของรัฐในเสรีภาพใหม่ ๆ โดยการรักษาประโยชน์สาธารณะนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีหนึ่งและสาม ดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 350.

แง่ส่วนผสมและผลกระทบจากการบริโภคมากกว่าผู้บริโภค¹⁷ ในกรณีนี้ก็คือ วัตถุประสงค์อันเป็นส่วนผสมของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้วัตถุประสงค์และส่วนผสมของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ นอกจากนี้ ในบางกรณีรัฐอาจถือเอาความไม่รู้ของประชาชน โดยเข้ามาแทรกแซงการตัดสินใจเลือกที่จะบริโภคสินค้าและบริการของประชาชน เนื่องจากรัฐมีแนวโน้มตัดสินว่า การบริโภคของประชาชนนั้นคำนึงถึงผลประโยชน์ของตัวเองเป็นสำคัญและเลือกที่จะบริโภคโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้น ทำให้รัฐต้องเข้ามาแทรกแซงการตัดสินใจดังกล่าวเกี่ยวกับการบริโภค¹⁸ ซึ่งเป็นผลมาจากการดำรงบทบาทรัฐแบบบิดาธิปไตย (state paternalism) ที่เข้ามาควบคุมและจำกัดอิสระในการตัดสินใจ (autonomy) ของปัจเจกบุคคลเพื่อป้องกันหรือลดพฤติกรรมเสี่ยง (harmful behavior)¹⁹

ในส่วนองวิธีการในการเข้าไปแทรกแซงทางเศรษฐกิจนั้น รัฐอาจใช้วิธีการทางกฎหมายได้หลายลักษณะเพื่อให้เกิดความสมมาตรของข้อมูลเพื่อให้เกิดการคุ้มครองผู้บริโภคจากผลิตภัณฑ์ที่ไม่ปลอดภัย โดยใส่เรียงมาตรการที่มีความเคร่งครัดและกระทบต่อเสรีภาพของเอกชนมากที่สุดไปน้อยที่สุด²⁰ ซึ่งหากไม่นับรวมการไม่ดำเนินการใด ๆ เลย การแทรกแซงทางเศรษฐกิจเพื่อให้เกิดความสมมาตรของข้อมูลสามารถดำเนินการได้ 3 วิธี ดังนี้

(1) การกำหนดหน้าที่ให้แจ้งข้อมูลข่าวสาร (information measures) โดยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจแสดงข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของผลิตภัณฑ์ รวมถึงการให้ข้อมูลที่ถูกต้องเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ แต่ไม่ควบคุมในเรื่องของกรรมวิธีการผลิต²¹ เพียงแต่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจเปิดเผยข้อมูลเพื่อให้ผู้บริโภคตัดสินใจเลือกบริโภค

(2) การกำหนดมาตรฐาน (standard measures) เป็นการให้ผู้ประกอบธุรกิจปฏิบัติตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในรูปแบบของกฎระเบียบเกี่ยวกับการประกอบการ โดยอาจอยู่ในรูปแบบของเงื่อนไขให้ปฏิบัติในระหว่างการค้าหรือก่อนเริ่มดำเนินการ²² ซึ่งการกำหนดมาตรฐานนั้นอาจ

¹⁷ Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2nd edition (New York: OUP, 2012) p.18.

¹⁸ เกริกเกียรติ พิพัฒน์เสรีธรรม, *การคลังว่าด้วยการจัดสรรและการกระจาย*, หน้า 6.

¹⁹ ธรรมนิตย์ สมันตกุล, “กฎหมายคุณพ่อแสนดี (Legal Paternalism),” (ออนไลน์) แหล่งที่มา : <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act231.pdf> [16 เมษายน 2565].

²⁰ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, *หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563) หน้า 55.

²¹ ธรรมนิตย์ สมันตกุล, *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ: ทฤษฎี “กฎ” ในทางเศรษฐศาสตร์*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560), หน้า 111 – 121.

²² สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, *หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ*, หน้า 55.

จำแนกได้ 3 ประเภท คือ ประเภทที่ 1 ด้านเป้าหมายสินค้าหรือบริการ (target standard) โดยดูผลของผลผลิตว่าเป็นภัยต่อการบริโภคหรือไม่ ประเภทที่ 2 ด้านประสิทธิภาพของสินค้าหรือบริการ (performance or output standard) เป็นการกำหนดให้มีเป้าหมายคุณภาพถึงจุดที่กำหนด แต่ปล่อยให้ผู้ประกอบการพิจารณาเองว่าจะทำอะไรให้บรรลุเงื่อนไข และประเภทที่ 3 ด้านวิธีการโดยกำหนดวิธีการผลิตหรือเทคนิค (specification or input standard) โดยกำหนดวิธีการให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามทั้งในเชิงวิธีการผลิตและวัตถุดิบ²³

(3) การกำหนดให้ต้องขออนุญาตก่อนดำเนินการ (prior approval measure) โดยเป็นวิธีการจำกัดเสรีภาพของเอกชนที่มีความเคร่งครัดมากขึ้นไปอีก²⁴ เพราะระบบใบอนุญาตเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชนในการประกอบกิจการ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วหากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เอกชนย่อมมีเสรีภาพกระทำได้อย่างเต็มที่²⁵ โดยระบบใบอนุญาตนั้นเป็นเครื่องมือเพื่อรักษามาตรฐานขั้นต่ำในด้านคุณภาพ (minimum standard of quality) และเป็นข้ออ้างแฝง (ostensible aim) เพื่อประโยชน์ส่วนรวม เนื่องจากระบบใบอนุญาตเป็นการกีดกันและจำกัดการแข่งขัน ซึ่งผู้ขออนุญาตนอกจากจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ยังต้องเป็นผู้ประสบความสำเร็จมากที่สุดในบรรดาผู้ขอรับใบอนุญาตจำนวนมาก²⁶ เนื่องจากในบางกรณีใบอนุญาตไม่เพียงแต่กำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตเท่านั้น แต่ใบอนุญาตในบางธุรกิจนั้นมีจำนวนจำกัด เช่น ใบอนุญาตสถานบริการหรือใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม เป็นต้น ทำให้ผู้ได้รับอนุญาตจึงมีจำนวนจำกัดตามไปด้วย ระบบใบอนุญาตจึงกลายเป็นการผูกขาดโดยธรรมชาติ ดังนั้นแม้ว่าวัตถุประสงค์ของระบบใบอนุญาตนั้นมีไว้เพื่อใช้เป็นมาตรการในเชิงป้องกัน (prevent) ไม่ให้เกิดสิ่งที่สังคมไม่ต้องการ²⁷ ผ่านการจัดการความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นโดยการควบคุมของกฎหมาย²⁸ แต่ในบางกรณีใบอนุญาตอาจจะถูกนำไปใช้

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติวิธีการแทรกแซงทางเศรษฐกิจทั้ง 3 อาจถูกนำไปใช้ร่วมกัน ทั้งนี้โดยพิจารณาความเหมาะสมในแต่ละบริบทประกอบเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ

²³ ธรรมนิติย์ สมนันตกุล, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ: ทฤษฎี “กฎ” ในทางเศรษฐศาสตร์, หน้า 122.

²⁴ สุภาวณีย์ อมรจิตสุวรรณ, หลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, หน้า 55.

²⁵ เขมภัทร ทฤษฎีคุณ, “แนวคิดเกี่ยวกับการลดภาระของประชาชนจากการปฏิบัติตามกฎหมาย,” ใน *หนังสือรศึกษานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปี 2562*, อธิษ วิโยคม, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 94.

²⁶ ธรรมนิติย์ สมนันตกุล, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ: ทฤษฎี “กฎ” ในทางเศรษฐศาสตร์, หน้า 135 และ 138.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 135 และ 138.

²⁸ บุญศรี มีวงศ์โสม, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, หน้า 128 – 129.

2.3 แนวทางการลดภาระของประชาชนจากการปฏิบัติตามกฎหมาย

การตัดสินใจเพื่อกำหนดนโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ อาศัยหลักการของหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) โดยรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะที่รัฐเข้ามาแทรกแซงในทางเศรษฐกิจและภาระของประชาชนหรือเสรีภาพของเอกชนที่ถูกจำกัดลงตามกฎหมาย²⁹ หลักการดังกล่าวได้รับการรับรองเอาไว้ในบทบัญญัติ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³⁰ ซึ่งเฉพาะในเรื่องการไม่สร้างภาระหรือเป็นอุปสรรคกับประชาชนเกินสมควรนั้นได้รับการขยายความโดยบทบัญญัติในมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³¹ โดยการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนนั้นจะพิจารณาจากหลักการย่อย 3 ประการ³² ดังนี้

(1) สอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล โดยกฎหมายที่ตราขึ้นมานั้นต้องก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตามเจตนารมณ์ ซึ่งก็คือนโยบายที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งหากกฎหมายฉบับนั้นไม่อาจก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการได้หรือให้ผลตรงกันข้ามกับที่นโยบายที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่สัมฤทธิ์ผลและไม่สอดคล้องกับแนวทางที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้³³

²⁹ เหมภัทร ทฤษฎีคุณ, “แนวคิดเกี่ยวกับการลดภาระของประชาชนจากการปฏิบัติตามกฎหมาย,” หน้า 99.

³⁰ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย.

³¹ มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่น่าเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง.

³² เหมภัทร ทฤษฎีคุณ, “แนวคิดเกี่ยวกับการลดภาระของประชาชนจากการปฏิบัติตามกฎหมาย,” หน้า 99.

³³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554), หน้า 60.

(2) สอดคล้องกับหลักความจำเป็น โดยกฎหมายควรเลือกมาตรการเท่าที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด เพียงเพื่อจะจัดระเบียบแห่งสิทธิและเสรีภาพเหล่านั้นและเท่าที่ไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ หรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในการพิจารณาต้องเปรียบเทียบระหว่างสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้กับระเบียบแห่งสิทธิและเสรีภาพ และประโยชน์สาธารณะ³⁴

(3) สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ กฎหมายนั้นต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับและประโยชน์ของเอกชนที่จะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากกฎหมายฉบับนั้น ๆ โดยเมื่อเปรียบเทียบแล้วประโยชน์สาธารณะที่ได้รับนั้นน้อยกว่าประโยชน์ของเอกชนที่ต้องสูญเสียไปแล้ว กฎหมายดังกล่าวนี้ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน³⁵

การตัดสินใจเลือกจะนำมาตรการใดก็ตามมาใช้งานรัฐควรพิจารณาความสอดคล้องกับหลักการย่อยทั้ง 3 ประการตามลำดับ โดยเฉพาะในกรณีของการควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ กฎหมายควรให้ความสำคัญกับการทำให้ข้อมูลสมมาตรกันระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจผลิตกับผู้บริโภคเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่จำหน่าย

3. ภาพรวมเกี่ยวกับอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย

อุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นอุตสาหกรรมที่มีความสำคัญและผูกพันกับสังคมไทยมาเป็นระยะเวลานาน โดยอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของอุตสาหกรรมเครื่องดื่มที่มีการเติบโตอย่างต่อเนื่องมาโดยตลอด โดยจากการสำรวจของวิจัยกรุงศรีพบว่า ในปี พ.ศ. 2560 อุตสาหกรรมเครื่องดื่มมีปริมาณการบริโภครวมทั้งสิ้น 7,477 ล้านลิตร มูลค่าประมาณ 5.7 แสนล้านบาท โดยหากคิดปริมาณการบริโภคแล้วอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มีการบริโภคประมาณร้อยละ 28 ของการบริโภคในอุตสาหกรรมเครื่องดื่มทั้งหมด แต่หากพิจารณาเชิงมูลค่าแล้วอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มีมูลค่าประมาณร้อยละ 65 ของมูลค่าทั้งหมดของอุตสาหกรรมเครื่องดื่ม (ภาพที่ 1) และเมื่อพิจารณาในด้านการส่งออกเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้น การส่งออกเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มีสัดส่วนคิดเป็นร้อยละ 14 ของธุรกิจเครื่องดื่มทั้งหมด³⁶ ซึ่งหากพิจารณาลง

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

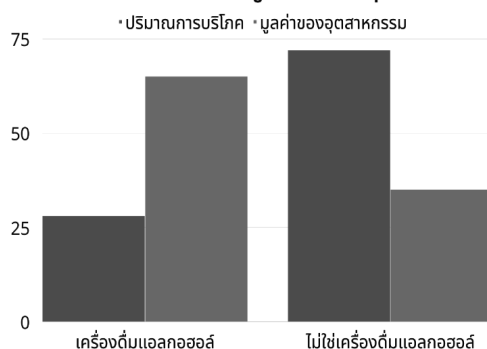
³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

³⁶ วรณา ยงพิศาลภพ, “แนวโน้มธุรกิจ/อุตสาหกรรมปี 2562-2564: อุตสาหกรรมเครื่องดื่ม,” (ออนไลน์) แหล่งที่มา : https://www.krungsri.com/getmedia/6f3f2ab9-addb-4655-b1d7-47c614b09975/IO_Beverage_190503_TH_EX.pdf.aspx [10 มีนาคม 2565].

ในรายละเอียดแล้ว ประเทศที่ประเทศไทยได้ส่งออกเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สูงสุดคือ ประเทศเมียนมาร์ โดยสุรากลั่นคิดเป็นร้อยละ 72.1 ของปริมาณการส่งออกทั้งหมดในธุรกิจสุรากลั่น และเบียร์คิดเป็นร้อยละ 40.5 ของปริมาณการส่งออกทั้งหมดในธุรกิจเบียร์ รายละเอียดดังแสดงตามภาพที่ 2

ภาพที่ 1: เปรียบเทียบปริมาณการบริโภคกับมูลค่าของอุตสาหกรรม (ปี 2560)

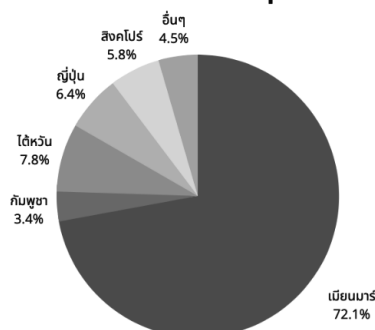
ปริมาณการบริโภค / มูลค่าของอุตสาหกรรม



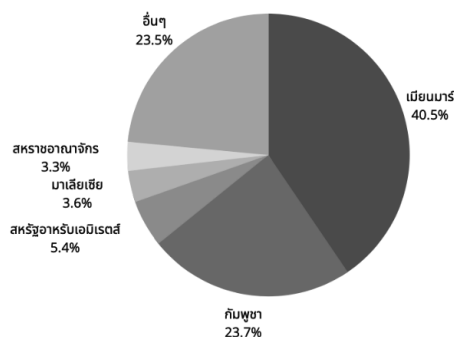
ที่มา: วรณา ยงพิศาลภพ, แนวโน้มธุรกิจ/อุตสาหกรรมปี 2562-2564: อุตสาหกรรมเครื่องดื่ม.

ภาพที่ 2: ข้อมูลการส่งออกเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทสุรากลั่นและเบียร์ (ปี 2560)

ประเทศที่ส่งออกสุรากลั่น



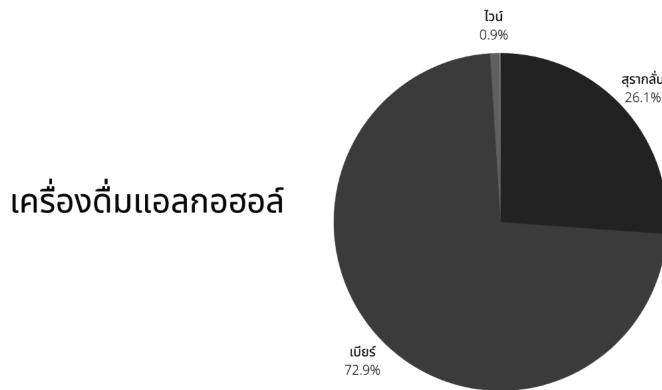
ประเทศที่ส่งออกเบียร์



ที่มา: วรณา ยงพิศาลภพ, แนวโน้มธุรกิจ/อุตสาหกรรมปี 2562-2564: อุตสาหกรรมเครื่องดื่ม.

ในส่วนของประเทศเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีการบริโภคมากที่สุดและมีมูลค่าตลาดสูงที่สุดนั้นในปี พ.ศ. 2562 พบว่า เบียร์มีสัดส่วนตลาดคิดเป็นร้อยละ 72 ของปริมาณเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทั้งหมดในขณะที่สุรากลั่นมีสัดส่วนตลาดคิดเป็นร้อยละ 25.9 ไวน์มีสัดส่วนเป็นร้อยละ 0.9 (ภาพที่ 3) ในด้านมูลค่าตลาดนั้นเบียร์มีสัดส่วนมูลค่าตลาดคิดเป็นร้อยละ 54 จากมูลค่าอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์รวมทั้งหมดในตลาดในขณะที่สุรามีสัดส่วนมูลค่าตลาดคิดเป็นร้อยละ 45³⁷

รูปที่ 3: สัดส่วนมูลค่าตลาดของอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย (ปี 2563)



ที่มา: Euromonitor International.

เมื่อพิจารณาในแง่ของจำนวนผู้ประกอบการธุรกิจผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทยแล้ว จากข้อมูลผู้ได้รับใบอนุญาตจากกรมสรรพสามิตนั้นในปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น 1,901 ราย โดยแยกตามประเภทใบอนุญาตดังปรากฏตาม ตารางที่ 1 ดังนี้

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

**ตารางที่ 1: ตารางแสดงประเภทและผู้ได้รับใบอนุญาตผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์
ในแต่ละประเภท**

ประเภทใบอนุญาต	จำนวน
ใบอนุญาตผลิตสุราแช่ชุมชน	197 ราย
ใบอนุญาตผลิตสุรากลั่นชุมชน	1,590 ราย
ใบอนุญาตผลิตสุราแช่ชนิดเบียร์	10 ราย
ใบอนุญาตผลิตสุราแช่ชนิดเบียร์ประเภทผลิตเพื่อขาย ณ สถานที่ผลิต	20 ราย
ใบอนุญาตผลิตสุราแช่ชนิดไวน์ และไวน์ชนิดผลไม้	14 ราย
ใบอนุญาตผลิตสุราแช่ทุกชนิดที่ไม่ใช่เบียร์ และไม่ใช้สุราแช่ชุมชน (เครื่องปรุงและอื่น ๆ)	13 ราย
ใบอนุญาตผลิตสุรากลั่น ชนิดสุราพิเศษ ประเภทวิสกี บรันดี และยีน	26 ราย
ใบอนุญาตผลิตสุรากลั่น ชนิดสุราขาว สุราปรุงพิเศษ และสุราพิเศษ (ยกเว้น วิสกี บรันดี และยีน)	31 ราย

ที่มา: กรมสรรพสามิต.

อย่างไรก็ตาม เมื่อย้อนกลับมาพิจารณาโครงสร้างตลาดการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทยจำแนกตามประเภทของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ 3 ประเภท ได้แก่ เบียร์ สุรา และไวน์นั้น จะพบว่า โครงสร้างตลาดของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นมีลักษณะเป็นตลาดผู้ขายน้อยราย อีกทั้งส่วนแบ่งตลาดตกอยู่กับผู้ประกอบการเพียงรายใหญ่เพียงไม่กี่ราย (ตารางที่ 2) สภาพดังกล่าวนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นถูกจำกัดการเข้าสู่ตลาดโดยกฎหมายระเบียบ และข้อบังคับของรัฐ ซึ่งผลกระทบของการมีผู้ขายน้อยรายและการกระจุกตัวของส่วนแบ่งตลาดในอุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นทำให้ผู้ประกอบการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์รายใหญ่อาจใช้อำนาจเหนือตลาด (market dominance) เพื่อจำกัดการแข่งขันในตลาดเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในลักษณะต่างๆ ได้ เช่น การกำหนดราคาเพื่อจำกัดคู่แข่งรายอื่น โดยกำหนดราคาสินค้าให้ต่ำกว่าต้นทุนของตนเองหรือก็คือการทุ่มตลาดเพื่อกำจัดให้คู่แข่งออกจากตลาดไป หรือการห้ามขายสินค้าของคู่แข่ง เป็นต้น ดังเคยปรากฏในเรื่องร้องเรียนของสำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าในปี พ.ศ. 2542 เกี่ยวกับ “กรณีขายเหล้าฟ่งเบียร์” ซึ่งมีลักษณะเป็นการประกอบ

กิจการขายเปียร์ในราคาต่ำกว่าราคาทุน³⁸ โดยนำส่วนที่ขาดทุนจากการขายเปียร์ไปผนวกกับกำไรสุราซึ่งได้รับสัมปทานผูกขาดจากรัฐบาล วิธีการดังกล่าวเป็นการใช้วิธีอุดหนุนระหว่างกลุ่ม (cross subsidization) ซึ่งผู้ประกอบการจะไปบังคับให้ตัวแทนจำหน่ายและผู้ค้าส่งต้องรับซื้อเปียร์ของบริษัท มิฉะนั้นจะไม่ยอมขายสุราของตนให้³⁹ พฤติกรรมในลักษณะดังกล่าวนี้กระทบต่อการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรมซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้⁴⁰ เมื่อพิจารณาต่อไปถึงวัตถุประสงค์และเงื่อนไขของใบอนุญาตที่จะได้กล่าวต่อไป จะเห็นได้ว่า กลไกการเข้าสู่ตลาดและกลไกการกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้านี้ไม่สามารถจัดการเรื่องการแข่งขันได้

สภาพของการผูกขาดและมีอำนาจเหนือตลาดนี้สาเหตุประการหนึ่งมาจากนโยบายทางกฎหมายในปัจจุบันที่กำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยมีการกำหนดคุณสมบัติที่มีลักษณะเป็นการกีดกันการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดเล็ก ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

³⁸ ปัญหาดังกล่าวส่วนหนึ่งเกิดมาจากข้อบกพร่องในการใช้กฎหมายแข่งขันทางการค้าในอดีต (พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542) ซึ่งทำให้กฎหมายไม่สามารถจัดการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้ประกอบการรายใหญ่ได้ ในเรื่องนี้ ดร.เดียนเดน นิคมบริรักษ์ นักวิชาการที่เชี่ยวชาญเรื่องนโยบายการแข่งขันและกฎหมายแข่งขันทางการค้า อธิบายว่าสาเหตุมาจากการแทรกแซงทางเมืองของผู้ประกอบการขนาดใหญ่ ซึ่งทำให้กลไกกฎหมายแข่งขันทางการค้าไม่สามารถใช้ได้ ดู Denden Nikomborirak, "Political Economy of Competition Law: The Case of Thailand, The Symposium on Competition Law and Policy in Developing Countries," *Northwestern Journal of International Law & Business* 3 (2006), p. 603 and 605.

³⁹ สำนักงานคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า, "ประมวลเรื่องร้องเรียนตามพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ประจำปี 2542," [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://otcc.or.th/assets/portals/1/files/2542.pdf> [7 เมษายน 2565].

⁴⁰ มาตรา 75 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

**ตารางที่ 2: ส่วนแบ่งตลาดเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ 3 ประเภท (เบียร์ สุรากลั่น และไวน์)
ตามบริษัท (ปี 2563)**

ตลาดเครื่องดื่ม แอลกอฮอล์	บริษัท	ส่วนแบ่งตลาด : คิดเป็นร้อยละ
สุรากลั่น	บริษัท ไทยเบฟเวอเรจ จำกัด (มหาชน)	80.9
	บริษัท รีเจนซี บรันดีไทย จำกัด	0.8
	บริษัท ดิอาจีโอ โมเอ็ท เฮนเนสซี่ (ประเทศไทย) จำกัด	0.8
	บริษัท เพอร์นอต ริคาร์ด (ประเทศไทย) จำกัด	0.4
	บริษัท บาคาร์ดี (ประเทศไทย) จำกัด	0.1
	กลุ่มเรมี คอนโThor	0.1
	อื่นๆ	16.9
เบียร์	บริษัท บุญรอดบริวเวอรี่ จำกัด	63.7
	บริษัท ไทยเบฟเวอเรจ จำกัด (มหาชน)	31.1
	บริษัท ไทยเอเชีย แปซิฟิค บริวเวอรี่ จำกัด	3
	บริษัท ซานมิเกลเบียร์ (ประเทศไทย) จำกัด	0.5
	บริษัท บริวเวอรี่ จำกัด	0.3
	อื่นๆ	1.4
ไวน์	บริษัท สยามไวน์นารี จำกัด	28.8
	บริษัท เพอร์นอต ริคาร์ด (ประเทศไทย) จำกัด	9.8
	บริษัท บางกอกเบียร์ แอนด์ เบเวอร์เรจ จำกัด	8.5
	บริษัท แอมโบรส ไวน์ จำกัด	7.8
	บริษัท ซี.พี.เค. แพลนเตชั่น จำกัด	2.1
	อื่นๆ	42.7

ที่มา: Euromonitor International.

4. ปัญหานโยบายการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ภายในประเทศไทย

จากการศึกษาสภาพปัญหาเกี่ยวกับนโยบายเกี่ยวกับการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นเกิดมาจากทัศนคติของรัฐที่ถือว่า ธุรกิจเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นธุรกิจที่มีผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของผู้บริโภคมากกว่าสินค้าทั่วไป อีกทั้งยังเป็นสาเหตุอันดับต้นๆ ที่ก่อให้เกิดอุบัติเหตุทางถนน รวมถึงการก่ออาชญากรรมต่าง ๆ⁴¹ จึงเป็นเหตุให้รัฐเน้นการควบคุมการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งรวมไปถึงการควบคุมการนำเข้า การขาย การครอบครอง และการโฆษณา โดยอาศัยเครื่องมือต่าง ๆ ประกอบกันเพื่อควบคุมการบริโภค ทั้งการใช้ใบอนุญาตในการผลิตนำเข้า และจำหน่าย การใช้กฎหมายบังคับและควบคุม (command and control) ผ่านการใช้โทษทางอาญา และการใช้ภาษีเป็นเครื่องมือในการลดการบริโภคสุรา อย่างไรก็ตาม นโยบายดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาขึ้นกับผู้ประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เนื่องจากเงื่อนไขการประกอบกิจการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นอุปสรรคกีดกันการประกอบอาชีพ แต่เป็นการกีดกันการแข่งขันในธุรกิจของประเทศอีกด้วย ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงจำเป็นต้องแก้ไขปัญหานี้ในเชิงนโยบาย

4.1 ปัญหาเงื่อนไขด้านผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

ในปัจจุบันการขอใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์กำหนดให้บุคคลใดจะประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิต⁴² ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงการอนุญาตผลิตสุรา พ.ศ. 2560 ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดประเภทของใบอนุญาตออกเป็นหลายประเภทตามชนิดและประเภทของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ได้แก่ ใบอนุญาตผลิตเบียร์ (สุราแช่ชนิดเบียร์) ใบอนุญาตผลิตไวน์ และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ชนิดอื่นที่ไม่ใช่สุรากลั่น (สุราแช่อื่น ๆ) และสุรากลั่น (อาทิ สุราขาว สุราผสม สุราปรุงพิเศษ และสุราพิเศษ) โดยผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องมีคุณสมบัติ ดังแสดงตามตารางที่ 3

⁴¹ กรมสรรพสามิต, “คำอธิบายพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : www.excise.go.th/cs/groups/public/documents/document/dwnt/mjk4/~edisp/uatucm298930.pdf [10 มีนาคม 2565], หน้า 188.

⁴² มาตรา 153 พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 มาตรา 153.

ตารางที่ 3: ตารางแสดงคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตผลิตเครื่องตีแอลกอฮอล์

กรณีการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระดับโรงงานอุตสาหกรรม		
1. เปียร์	คุณสมบัติผู้ขอรับใบอนุญาต	1. ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องเป็นบริษัท และมีทุนจดทะเบียนไม่ต่ำกว่า 10,000,000 บาท (สิบล้านบาท) 2. ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องมีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าร้อยละ 51
2. ไวน์และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อย่างอื่นที่ไม่ใช่สุรากลั่น		1. ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องเป็นบริษัท 2. ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องมีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าร้อยละ 51
3. สุรากลั่น		1. ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องเป็นบริษัท 2. ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องมีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าร้อยละ 51
กรณีการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระดับสุรากลั่น		
1. ไวน์และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อย่างอื่นที่ไม่ใช่สุรากลั่น	คุณสมบัติผู้ขอรับใบอนุญาต	ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ 1. เป็นสหกรณ์หรือกลุ่มเกษตรกรที่จดทะเบียนตามกฎหมายสหกรณ์ 2. เป็นวิสาหกิจชุมชนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมวิสาหกิจชุมชน 3. เป็นองค์กรเกษตรกรที่ขึ้นทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนฟื้นฟูและพัฒนาเกษตรกร
2. สุรากลั่น		

ที่มา: กฎกระทรวงการอนุญาตผลิตสุรา พ.ศ. 2560.

ดังจะเห็นได้ว่าคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตผลิตเครื่องตีแอลกอฮอล์ตามที่กฎหมายไว้นั้นได้กำหนดคุณสมบัติผู้ขอรับใบอนุญาตที่เป็นปัญหาและอุปสรรคเอาไว้ 3 ประการ ดังนี้

(1) ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องตีแอลกอฮอล์นั้นจะต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น โดยผู้ขอรับใบอนุญาตไม่สามารถเป็นบุคคลธรรมดาได้เลย ซึ่งการจำกัดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนิติบุคคลเท่านั้นเป็นการปิดโอกาสบุคคลธรรมดาที่จะขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องตีแอลกอฮอล์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประกอบกิจการผลิตคราฟท์เบียร์ ซึ่งเป็นกิจการผลิตเครื่องตีแอลกอฮอล์ขนาดเล็กที่สามารถดำเนินการได้ภายใต้บุคคลเพียงคนเดียวได้ แต่กฎหมายกลับไม่อนุญาตให้กระทำ

(2) ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ประเภทเบียร์ถูกกำหนดว่าจะต้องมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า 10,000,000 บาท โดยหากพิจารณาในแง่ของต้นทุนการขอใบอนุญาตนั้น พบว่าค่าใช้จ่ายในการขอใบอนุญาตผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ประเภทเบียร์ต่อครั้งคิดเป็นเงินทั้งสิ้น 441,828 บาท และมีต้นทุนค่าเสียโอกาสต่อปีๆ ละ 434,178⁴³ ซึ่งกลายมาเป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดการผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ประเภทเบียร์ และหากเปรียบเทียบกับเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ประเภทอื่นอย่างสุรากลั่นหรือไวน์และเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ชนิดอื่นที่ไม่ใช่สุรากลั่นที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเรื่องทุนจดทะเบียนเอาไว้

(3) ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์นั้นต้องมีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ซึ่งเป็นการปิดกั้นการลงทุนของบริษัทผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ต่างประเทศที่ต้องการเข้ามาทำธุรกิจผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย

อย่างไรก็ดี แม้ว่ากฎหมายจะมีข้อยกเว้นเงื่อนไขด้านผู้รับใบอนุญาตสำหรับใบอนุญาตผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ในระดับชุมชน ทว่า ปัญหาที่ตามมาจากการขอใบอนุญาตประเภทนี้ก็คือข้อจำกัดในการผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

4.2 ปัญหาเงื่อนไขด้านการผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์

ในกรณีของเงื่อนไขด้านการผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์นั้นตามกฎหมายไทยกำหนดให้โรงงานอุตสาหกรรมที่ใช้ผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์นั้นจะต้องตั้งขึ้นเพื่อใช้ผลิตเครื่องตี๋มแอลกอฮอล์ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไข (ตารางที่ 4)

⁴³ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับและกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาต เพื่อลดขั้นตอนการดำเนินการและการอนุญาตที่ไม่จำเป็นหรือเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพและการดำเนินธุรกิจของประชาชน เล่ม 2 (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ ยุทธศาสตร์ชาติ และการสร้างความสามัคคีปรองดอง (สำนักงาน ปยป.), 2562), หน้า 75.

**ตารางที่ 4: ตารางแสดงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขด้านการผลิตของโรงงานผลิตเครื่องดื่ม
แอลกอฮอล์ที่จะได้รับใบอนุญาต**

กรณีการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระดับโรงอุตสาหกรรม		
1. เบียร์	หลักเกณฑ์ และเงื่อนไข	1. กรณีโรงอุตสาหกรรมประเภทผลิตเพื่อขาย ณ สถานที่ผลิต (brew pub) ต้องมีขนาดกำลังการผลิตไม่น้อยกว่า 100,000 ลิตร (หนึ่งแสนลิตร) ต่อปี และไม่เกิน 1,000,000 ลิตร (หนึ่งล้านลิตร) ต่อปี 2. กรณีโรงอุตสาหกรรมประเภทผลิตลงในบรรจุภัณฑ์เพื่อจำหน่าย ต้องมีขนาดกำลังการผลิตไม่ต่ำกว่า 10,000,000 ลิตร (สิบล้านลิตร) ต่อปี
2. ไวน์และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อย่างอื่นที่ไม่ใช่สุรากลั่น		-
3. สุรากลั่น		1. กรณีโรงอุตสาหกรรมผลิตสุรากลั่นชนิดสุราพิเศษ ประเภทวิสกี้ บรั่นดี และยีน ต้องมีกำลังการผลิตคิดเทียบเป็นน้ำสุราที่มีแรงแอลกอฮอล์ 28 ดีกรี ไม่ต่ำกว่า 30,000 ลิตร (สามหมื่นลิตร) ต่อวัน 2. กรณีโรงอุตสาหกรรมผลิตสุรากลั่นอื่นๆ ต้องมีกำลังการผลิตคิดเทียบเป็นน้ำสุราที่มีแรงแอลกอฮอล์ 28 ดีกรี ไม่ต่ำกว่า 90,000 ลิตร (เก้าหมื่นลิตร) ต่อวัน
กรณีการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระดับสุราชุมชน		
1. ไวน์และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อย่างอื่นที่ไม่ใช่สุรากลั่น	หลักเกณฑ์ และเงื่อนไข	โรงอุตสาหกรรมที่ใช้ผลิตสุราเช่นอื่นๆ และสุรากลั่น จะต้องมีความปลอดภัยดังนี้ 1. ต้องใช้เครื่องจักรที่มีกำลังรวมต่ำกว่าห้าแรงม้าหรือใช้คนงานน้อยกว่าเจ็ดคน หรือกรณีใช้เครื่องจักรและคนงาน เครื่องจักรต้องมีกำลังรวมต่ำกว่าห้าแรงม้าและคนงานต้องน้อยกว่าเจ็ดคน 2. ต้องแยกออกจากที่อยู่อาศัยโดยชัดเจน 3. ต้องอยู่ในทำเลและสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม มีพื้นที่เพียงพอที่จะผลิตสุราโดยไม่ก่อให้เกิดอันตราย เหตุเดือดร้อนรำคาญ หรือความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่น 4. กรณีใช้ผลิตสุรากลั่น ต้องตั้งอยู่ห่างจากแหล่งน้ำสาธารณะไม่น้อยกว่า 100 เมตร และต้องมีระบบบำบัดน้ำเสียที่ไม่ก่อให้เกิดมลภาวะต่อสิ่งแวดล้อมตามมาตรฐานที่กรมควบคุมมลพิษกำหนด
2. สุรากลั่น		

ที่มา: กฎกระทรวงการอนุญาตผลิตสุรา พ.ศ. 2560.

ดังจะเห็นได้ว่าในกรณีการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระดับโรงอุตสาหกรรม เงื่อนไขด้านการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นให้ความสำคัญกับกำลังการผลิตรายวัน/ต่อปีเอาไว้เป็นจำนวนที่แน่นอน ซึ่งในความเป็นจริงเงื่อนไขดังกล่าวกลายเป็นการสร้างข้อจำกัดให้กับผู้ประกอบการที่จะต้องดำเนินการผลิตเพื่อให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด แตกต่างกับสภาพความเป็นจริงที่กำลังการผลิตต่อวัน/ต่อปีจะมีเท่าใด น่าจะขึ้นกับความต้องการบริโภคสินค้าหรือบริการนั้นเป็นตัวกำหนดผลที่เกิดขึ้นจากการกำหนดเงื่อนไขด้านการผลิตรายวัน/รายปี ทำให้กลายมาเป็นข้อจำกัดกับผู้ประกอบการที่จะบริหารจัดการกำลังการผลิตของตนให้เหมาะสมภายใต้บริบทต่าง ๆ โดยเฉพาะในช่วงการระบาดของเชื้อไวรัสโควิด-19 ซึ่งทำให้ยอดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ลดลงเนื่องจากนโยบายการห้ามจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และนโยบายการปิดร้านค้าและสถานบริการ

ในกรณีการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระดับสุราชุมชน แม้ว่าจะไม่ได้ติดเงื่อนไขด้านการผลิตรายวัน/รายปี แต่ติดเรื่องเงื่อนไขด้านเครื่องจักรและจำนวนแรงงานที่ใช้ในการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ภายในโรงงาน โดยตามกฎหมายปัจจุบันกำหนดให้ต้องใช้เครื่องจักรที่กำลังไม่เกิน 5 แรงม้า หรือใช้คนงานไม่เกิน 7 คน หรือหากใช้ทั้งเครื่องจักรและแรงงานต้องไม่เกิน 5 แรงม้า และไม่เกิน 7 คน ซึ่งไม่สอดคล้องกับกฎหมายโรงงานที่ปัจจุบันมีการปลดล็อกเรื่องกำลังเครื่องจักรและแรงงานโดยขยายออกไปเป็น 50 แรงม้า และไม่เกิน 50 คน⁴⁴ ทำให้กลายเป็นการจำกัดศักยภาพของโรงงานระดับชุมชนที่ต้องการพัฒนาศักยภาพเพื่อเตรียมขยายกำลังการผลิตตามความต้องการของตลาดที่เพิ่มขึ้น นอกจากนี้ ในแง่ของวัตถุดิบที่นำมาใช้ในการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในปัจจุบันกำหนดให้ต้องใช้วัตถุดิบจากผลผลิตทางการเกษตร ซึ่งหมายถึงวัตถุดิบประเภทข้าว แป้ง ผลไม้ น้ำผลไม้ หรือผลผลิตทางการเกษตรอื่น ๆ⁴⁵ โดยไม่รวมถึงวัตถุดิบอย่างอื่น เช่น กากน้ำตาล ซึ่งเป็นที่นิยมใช้ในการผลิตสุรากลั่นประเภทสุราขาว⁴⁶ เนื่องจากมีราคาถูกกว่าผลิตภัณฑ์ประเภทข้าวหรือแป้ง และใช้เป็นสารอาหารที่ดีให้ยีสต์ (สำหรับ)

4.3 ปัญหาการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์

ในปัจจุบันพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ใช้บังคับกับการผลิตสุรา ซึ่งรวมถึงการทำ ประกอบ ปรับปรุง แปรรูป หรือแปรสภาพสุราทุกๆ กรณี เว้นแต่เป็น (1) การผลิตสุราใน

⁴⁴ มาตรา 5 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535.

⁴⁵ ในปัจจุบันไม่ได้มีกฎหมายกำหนดเรื่องดังกล่าวเอาไว้อย่างเป็นทางการ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐอาศัยการตีความเจตนารมณ์ตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 21 มกราคม 2546 เกี่ยวกับการทำสุรากลั่นชุมชนตามนโยบายสนับสนุนเศรษฐกิจชุมชนของรัฐบาลประกอบกับ ข้อ 11 ประกาศกรมสรรพสามิต เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการอนุญาตให้ทำและขายสุรากลั่นชุมชน พ.ศ. 2546 ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้วพร้อมๆ กับการประกาศใช้พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560.

⁴⁶ ในปัจจุบันกรมสรรพสามิตอนุญาตให้โรงอุตสาหกรรมผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ผลิตสุรากลั่นได้เฉพาะสุราขาวเท่านั้น.

เชิงคั่นคว่ำที่มีได้ทำขึ้นเพื่อขาย (2) การเปลี่ยนแปลงสุราโดยนำน้ำสุราอื่นใด หรือน้ำ หรือของเหลว หรือวัตถุดิบใดเจือปนลงในสุราเพื่อบริโภคเอง หรือในกรณีที่ผู้ซื้อได้ร้องขอให้เปลี่ยนแปลงเพื่อดื่ม ในขณะนั้น (การทำค็อกเทล) และ (3) การดัดแปลงโดยผู้ดัดแปลงที่มีได้ประกอบกิจการเป็นธุรกิจ⁴⁷ เช่น การดองเหล้าบ๊วยบริโภคเอง⁴⁸ เป็นต้น

หากพิจารณาเฉพาะข้อยกเว้น (1) การผลิตสุราในเชิงคั่นคว่ำที่มีได้ทำขึ้นเพื่อขาย ซึ่งเป็น ข้อยกเว้นที่ตราขึ้นใหม่ตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ซึ่งในทางปฏิบัติข้อยกเว้น ดังกล่าวนั้นไม่ได้มีการกำหนดขอบเขตของการประดิษฐ์คั่นคว่ำว่าจะครอบคลุมไปถึงการกระทำของ บุคคลใดบ้าง⁴⁹ ซึ่งในปัจจุบันบุคคลที่อาจจะเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวได้ จึงอาจมีเพียงสถาบันการศึกษา และผู้ประกอบการที่มีใบอนุญาตอยู่แล้ว โดยไม่รวมถึงการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการ บริโภคที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์ เช่น การบริโภคภายในครัวเรือน เคสสถาน หรือเป็นการบริโภคใน กลุ่ม เป็นต้น⁵⁰ ซึ่งหากเป็นการผลิตในกรณีดังกล่าวผู้ผลิตอาจจะต้องรับโทษทางอาญาตามพระราช บัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 โดยการปรับไม่เกิน 50,000 บาท เนื่องจากขายหรือมีไว้เพื่อขาย ซึ่งสุราที่ผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาต⁵¹ หรือต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000 - 5,000 บาท เนื่องจาก ครอบครองสุราซึ่งผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาต⁵² โดยที่ผ่านมามีข่าวจำนวนหนึ่งที่เจ้าหน้าที่สรรพสามิต ได้ดำเนินการเข้าจับกุมผู้ทดลองคั่นคว่ำสูตรคราฟท์เบียร์ ก่อนจะนำสูตรดังกล่าวไปใช้ผลิตจริงใน ต่างประเทศ ทำให้ผู้ผลิตถูกดำเนินการปรับเป็นเงิน 5,000 บาท เนื่องจากมีสุราที่ผลิตโดยไม่ได้รับ อนุญาตในครอบครอง⁵³ นอกจากนี้ การปรับอาจจะเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้ผลิตได้ทำลองสูตรเครื่องดื่ม โดยการนำเครื่องดื่มดังกล่าวออกแจกจ่ายให้คนใกล้ชิดทดลองชิม ซึ่งอาจเข้าข่ายเป็นการขายหรือ มีไว้เพื่อขายสุราโดยไม่ได้รับอนุญาต⁵⁴ กอปรกับเมื่อพิจารณาเหตุผลซึ่งกรมสรรพสามิต กระทรวง

⁴⁷ มาตรา 4 พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560.

⁴⁸ ผู้จัดการออนไลน์, ‘สรรพสามิตแจง’เหล้าบ๊วย’ดองกินเองไม่ผิด กม.แต่ห้ามแจกจ่าย’ [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/uptodate/detail/9650000035503> [15 พฤษภาคม 2565].

⁴⁹ นิธิวุฒิ จีระเรืองรัตน, “มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการผลิตและจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทย,” 69 – 70.

⁵⁰ สุราไทย, “ทำไมโฮมบริวจึงไม่ถูกกฎหมาย” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://surathai.wordpress.com/2020/04/10/home-brewing-never-legalized/> [15 พฤษภาคม 2565].

⁵¹ มาตรา 191 พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560.

⁵² มาตรา 192 พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560.

⁵³ นันทชนก วงษ์สมุทร, “คราฟท์เบียร์ไทย แคคคิกก็ผิดแล้ว?” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.bbc.com/thai/thailand-43084382> [15 พฤษภาคม 2565].

⁵⁴ การครอบครองสุราบรรจุขวดโดยที่ไม่ได้ติดอากรแสตมป์เสียภาษีตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ไว้ในครอบครองเป็นจำนวนมากอาจจะถูกเจ้าหน้าที่สรรพสามิตตีความว่า เป็นการมีไว้เพื่อขายสุราที่ผลิตโดยไม่ได้อำนาจอนุญาตตาม มาตรา 153 ของพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ซึ่งต้องรับโทษปรับตามมาตรา 191 ของพระราชบัญญัติภาษีสรรพ สามิต พ.ศ. 2560.

การคลัง ได้เคยชี้แจงไว้ในคำให้การต่อศาลปกครองกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่ห้ามประชาชนห้ามมิให้ผู้ใดทำสุรา หรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสำหรับทำสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีว่า “...การห้ามมิให้ผู้ใดทำสุรา หรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสำหรับทำสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิต เพื่อให้ประชาชนทำสุราขึ้นเอง แต่รัฐประสงค์ให้การผลิตสุร่ายอยู่ในความควบคุมของรัฐเพื่อประโยชน์ในทางภาษีอากร และมีได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ประชาชนทำสุราใช้เองโดยไม่ต้องเสียภาษี...”⁵⁵ แม้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวจะเป็นการพิพากษาตามพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 แต่จะเห็นได้ว่า เนื้อความในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 และพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 (ตารางที่ 5) มีเจตนารมณ์ไปในทิศทางเดียวกันคือ การควบคุมการผลิตสุราให้อยู่ในสายตาของรัฐ แม้กฎหมายทั้งสองฉบับจะใช้เนื้อความในบทบัญญัติแตกต่างกัน แต่ในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ดังได้กล่าวมาแล้วในข้างต้น

ตารางที่ 5: ตารางแสดงคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

ประเด็น	พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493	พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560
การขออนุญาตผลิต	มาตรา 5 ห้ามมิให้ผู้ใดทำสุรา หรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสุราสำหรับทำสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดี	มาตรา 153 ผู้ใดประสงค์จะผลิตสุรา หรือมีเครื่องกลั่นสำหรับผลิตสุราไว้ในครอบครองให้ยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดี และต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีประกาศกำหนด
การขายหรือมีไว้เพื่อขายสุราที่ผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาต	มาตรา 31 ผู้ใดขายหรือนำออกแสดงเพื่อขาย ซึ่งสุราที่รู้ว่าทำขึ้นโดยฝ่าฝืนมาตรา 5 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ห้าพันบาท	มาตรา 191 ผู้ใดขายหรือมีไว้เพื่อขาย ซึ่งสุราที่ผลิตโดยฝ่าฝืนมาตรา 153 วรรคหนึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ห้าหมื่นบาท

⁵⁵ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 376/2552.

การครอบครองสุราที่ผลิตโดยไม่ได้รับอนุญาต	มาตรา 32 ผู้ใดซื้อหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งสุราที่รู้ว่าทำขึ้นโดยฝ่าฝืนมาตรา 5 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท แต่ถ้าสุรานั้นเป็นสุรากลั่นมีปริมาณต่ำกว่าหนึ่งลิตร หรือเป็นสุราแช่มีปริมาณต่ำกว่าสิบลิตรต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองร้อยบาท	มาตรา 192 ผู้ใดซื้อหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งสุราที่ผลิตโดยฝ่าฝืนมาตรา 153 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท แต่ถ้าสุรานั้นมีปริมาณต่ำกว่าหนึ่งลิตร ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองพันบาท
--	---	--

ที่มา: ผู้เขียน.

สภาพข้อจำกัดดังกล่าวข้างต้นนั้น กลายมาเป็นการจำกัดความคิดสร้างสรรค์ในการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงของการทดลองริเริ่มการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์และปรับปรุงสูตรก่อนจะเริ่มต้นดำเนินธุรกิจจริง ซึ่งเป็นข้อดีของการมีข้อยกเว้นสำหรับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคเองภายในครัวเรือน เคหสถาน หรือเป็นการบริโภคในกลุ่ม เพราะหากไม่มีข้อยกเว้นในลักษณะดังกล่าวจะมีเฉพาะผู้ได้รับใบอนุญาตอยู่แล้วเท่านั้นที่จะพัฒนาสูตรหรือทดลองผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้โดยไม่ผิดกฎหมาย

5. นโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของต่างประเทศ

นโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของต่างประเทศได้มีการกำหนดให้ต้องขอใบอนุญาตผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เช่นเดียวกันกับประเทศไทย โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐบาล สำหรับในด้านเงื่อนไขการอนุญาตนโยบายทางกฎหมายส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในลักษณะที่จะก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการประกอบกิจการ แต่เน้นเรื่องการควบคุมคุณภาพเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้สะอาดและมีการผ่อนคลายนโยบายทางกฎหมายลงเพื่อสนับสนุนการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อบริโภคเองภายในครัวเรือน โดยเมื่อพิจารณานโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในต่างประเทศในฐานะแนวปฏิบัติที่ดี (best practice) ของประเทศในภูมิภาคอาเซียน 2 ประเทศ ได้แก่ สิงคโปร์ และเวียดนาม โดยสาเหตุของการเลือกประเทศทั้งสองได้รับการประเมินความง่ายในการประกอบธุรกิจ (ease of doing business) ในปี พ.ศ. 2563 สิงคโปร์

ได้คะแนน 98.2 และเวียดนามได้คะแนน 85.1 ใกล้เคียงกับประเทศไทยที่ได้คะแนน 92.4⁵⁶ อีกทั้งผู้ประกอบการธุรกิจผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์คนไทยเข้าไปประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศเวียดนามเพื่อผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ส่งกลับมาขายในประเทศไทย⁵⁷ ทำให้ประเทศทั้งสองมีความน่าสนใจในการนำมาศึกษา โดยในการศึกษาค้างนี้ จะศึกษาเงื่อนไขการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ใน 3 ประเด็น โดยสามารถสรุปประเด็นค้นพบได้ดังนี้

5.1 เงื่อนไขด้านผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

ในแง่เงื่อนไขด้านผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเทศส่วนใหญ่ที่เลือกมาทำศึกษานั้นไม่ได้กำหนดเงื่อนไขด้านผู้ขอรับใบอนุญาตเอาไว้เป็นพิเศษ อาทิ เงื่อนไขด้านทุนจดทะเบียน หรือสัดส่วนการถือหุ้น แต่มักจะกำหนดคุณสมบัติเช่นเดียวกับการประกอบธุรกิจทั่วไป อาทิ จะต้องจดทะเบียนการค้า พร้อมทั้งแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับที่ตั้งโรงงาน และอุปกรณ์การผลิตเพื่อประโยชน์ในการประเมินกำลังการผลิตเพื่อนำมาสู่การจัดเก็บภาษีได้อย่างถูกต้องแม่นยำ โดยมีรายละเอียดของแต่ละประเทศสามารถสรุปได้ ดังนี้

ประเทศสิงคโปร์

ในกรณีของประเทศสิงคโปร์การประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องได้รับใบอนุญาตจาก Singapore Customs⁵⁸ โดยใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มีเพียงประเภทเดียว โดยไม่มีการแบ่งแยกประเภทของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่จะผลิตได้ภายใต้ใบอนุญาตนี้ สำหรับคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจโดยมุ่งเน้นไปที่การมีสถานะเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ และการจดทะเบียนเป็นผู้เสียภาษีสรรพสามิต ภาษีสินค้าและบริการ และภาษีศุลกากร⁵⁹

ประเทศเวียดนาม

ในกรณีของประเทศเวียดนามการประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องได้รับอนุญาตตาม Decree No. 105/2017/ND-CP date September 14, 2017 of the Government

⁵⁶ Word Bank, “Doing Business Score” [online] Available from: <https://subnational.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/starting-a-business/score> [15 May 2022].

⁵⁷ วอยท์ ออนไลน์, “เสียค่ายครบ เปิดใจ ‘ศิริโชค’ เบียร์เวียดนามของไทย ผู้ผงาดเวทีโลก” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: https://voicetv.co.th/read/_O9fYqhr [15 พฤษภาคม 2565].

⁵⁸ Section 63 and 64 of Customs Act.

⁵⁹ Singapore Customs, “Excise Factory Scheme” [Online] Available from: <https://www.customs.gov.sg/businesses/customs-schemes-licences-framework/excise-factory-scheme#:~:text=What%20is%20it%3F,also%20known%20as%20licensed%20premises.> [18 March 2022].

on Alcohol Trade ซึ่งใช้บังคับกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทุกประเภท ยกเว้นไวน์⁶⁰ อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขด้านผู้ขอรับใบอนุญาตเอาไว้เป็นการเฉพาะ โดยผู้ขอใบอนุญาตตามกฎหมายนี้อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้⁶¹ เพียงแค่มีวัตถุประสงค์เพื่อการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระดับอุตสาหกรรมหรือแบบครัวเรือนเพื่อการขายปลีก ณ สถานที่ผลิตหรือขายส่ง⁶²

5.2 เงื่อนไขด้านการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

ในแง่ของเงื่อนไขด้านการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นกฎหมายของต่างประเทศส่วนใหญ่ให้น้ำหนักกับกระบวนการผลิตที่เน้นเรื่องความสะอาดและคุณภาพของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ นอกจากนี้ จะเน้นเรื่องการควบคุมผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยไม่ได้ให้น้ำหนักกับการกำกับการผลิต โดยมีรายละเอียดของแต่ละประเทศสามารถสรุปได้ ดังนี้

ประเทศสิงคโปร์

ในด้านเงื่อนไขการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นประเทศสิงคโปร์ให้ความสำคัญกับการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มีหน้าที่จะต้องปฏิบัติและรับผิดชอบต่อความปลอดภัย และคุณภาพสินค้า โดยผู้ประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องดูแลและตรวจสอบมาตรฐานการรักษาสะอาดและความปลอดภัยของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ตรวจสอบดูแลให้แน่ใจว่าทางเข้าทางออกของโรงงานมีความปลอดภัยเมื่อไม่มีการเคลื่อนย้ายสินค้าออกจากในโรงงาน รวมถึงในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของโรงงานที่ใช้ในการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงให้กับหน่วยงานกำกับดูแลทราบ รวมถึงต้องคอยตรวจสอบให้แน่ใจว่า เครื่องจักรหรืออุปกรณ์ทั้งหมดสำหรับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อยู่ในสภาพที่เหมาะสม และเมื่อมีการเลิกใช้เครื่องจักรหรืออุปกรณ์ดังกล่าวถูกจัดการอย่างเหมาะสม เพื่อมิให้บุคคลอื่นนำไปใช้ได้เมื่อมีการขอยกเลิกใบอนุญาต⁶³

⁶⁰ Article 1 of Decree No. 105/2017/ND-CP date September 14, 2017 of the Government on Alcohol Trade.

⁶¹ Article 2 and 9 of Decree No. 105/2017/ND-CP date September 14, 2017 of the Government on Alcohol Trade.

⁶² Article 4 of Decree No. 105/2017/ND-CP date September 14, 2017 of the Government on Alcohol Trade.

⁶³ Singapore Customs, “Excise Factory Scheme”.

ประเทศเวียดนาม

ในกรณีของประเทศเวียดนามนั้นเงื่อนไขด้านการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้ความสำคัญกับเรื่องคุณภาพสินค้า ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อม โดยแบ่งเงื่อนไขด้านการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ตามรูปแบบของการผลิต โดยหากเป็นการผลิตในระดับอุตสาหกรรมผู้ประกอบการจะต้องประกอบกิจการโดยให้มีสายการผลิต เครื่องจักร อุปกรณ์ และกระบวนการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นไปตามขนาดการผลิตโดยประมาณตามมาตรฐานเครื่องจักร ในขณะที่เดียวกันต้องรักษาคุณภาพสินค้าให้สะอาดเป็นไปตามกฎเกณฑ์ด้านความปลอดภัยของอาหาร และติดฉลากตามที่กฎหมายกำหนดไว้ นอกจากนี้ โรงงานจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ด้านสิ่งแวดล้อม และจัดให้มีช่างเทคนิคที่มีความเชี่ยวชาญและมีความถนัดเหมาะสมกับสายการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์⁶⁴ สำหรับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในครัวเรือนเพื่อการค้าพาณิชย์นั้นกำหนดไว้เพียงแค่ต้องรักษาความสะอาดของกระบวนการผลิตและผลิตภัณฑ์ตามกฎหมายเกี่ยวกับอาหารและมีการติดฉลากเพื่อให้ผู้บริโภคทราบรายละเอียด⁶⁵

5.3 การผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์

ประเทศสิงคโปร์

ในประเด็นการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคเองภายในครัวเรือนได้เดือนละไม่เกิน 30 ลิตรต่อคน โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตจากกรมศุลกากร⁶⁶ โดยกำหนดเงื่อนไขว่า บุคคลที่จะผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้จะต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้⁶⁷

- (1) บุคคลนั้นจะต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป
- (2) การผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องใช้กระบวนการหมัก (หรือแช่ อาทิ เบียร์และไวน์) เท่านั้น ห้ามใช้กระบวนการกลั่น
- (3) การผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องไม่เกิน 30 ลิตรต่อคนและต่อเดือนสำหรับเบียร์ และสำหรับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อื่นๆ ที่ไม่ใช่เบียร์รวมกันไม่เกิน 30 ลิตรและต่อคนต่อเดือน
- (4) เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ผลิตนี้จะต้องไม่ใช่เพื่อวัตถุประสงค์ในการค้าพาณิชย์

⁶⁴ Article 8 of Decree No. 105/2017/ND-CP date September 14, 2017 of the Government on Alcohol Trade.

⁶⁵ Article 10 of Decree No. 105/2017/ND-CP date September 14, 2017 of the Government on Alcohol Trade.

⁶⁶ Section 2 of Custom (Home-Brewing of Fermented Liquors) (Exemption) Order.

⁶⁷ Section 2 of Custom (Home-Brewing of Fermented Liquors) (Exemption) Order.

(5) กิจกรรมการผลิตจะต้องไม่สร้างความรำคาญให้กับสาธารณชน หรือทำให้สิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรม

ประเทศเวียดนาม

กรณีของประเทศเวียดนามการผลิตแอลกอฮอล์ที่จะถูกควบคุมนั้นมีเฉพาะการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการค้าพาณิชย์เท่านั้นไม่ว่าจะเป็นแบบอุตสาหกรรมหรือภายในครัวเรือนเพื่อการพาณิชย์เท่านั้น⁶⁸ ฉะนั้น หากเป็นการผลิตเพื่อบริโภคเองภายในครัวเรือนกฎหมายจะไม่บังคับให้ต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

6.- บทส่งท้ายและข้อเสนอแนะในการปรับเปลี่ยนนโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

ดังจะเห็นได้ว่านโยบายทางกฎหมายในปัจจุบันเกี่ยวกับการควบคุมการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้มีการกำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติของผู้รับใบอนุญาตในลักษณะทำให้เกิดอุปสรรคในการขอใบอนุญาตตามกฎหมาย เนื่องจากคุณสมบัติบางประการที่กฎหมายกำหนดไว้อาจทำให้เกิดการตั้งคำถามว่า เงื่อนไขคุณสมบัติของใบอนุญาตดังกล่าวยังสามารถรักษาดุลยภาพของกฎหมาย คือ การสร้างความแน่นอนในการจัดเก็บภาษีของรัฐและการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีคุณภาพได้หรือไม่

ในกรณีนี้หากพิจารณาตามกรอบของบทบัญญัติในมาตรา 26 และมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะเห็นว่า เจตนารมณ์ที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจนั้นเพื่อสร้างความแน่นอนในการจัดเก็บภาษีของรัฐและการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่มีคุณภาพยังเป็นสิ่งจำเป็นตามกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในบทบัญญัติมาตรา 40⁶⁹ อย่างไรก็ดี

⁶⁸ Article 1 – 4 of Decree No. 105/2017/ND-CP date September 14, 2017 of the Government on Alcohol Trade.

⁶⁹ มาตรา 40 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพื่งเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา.

เมื่อพิจารณาในรายละเอียดจะเห็นได้ว่า การกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติของผู้ซื้อไบโอนูญต และเงื่อนไขด้านการผลิตแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรการที่กฎหมายกำหนดนั้นอาจจะไม่ได้สัดส่วน รวมถึงเป็นอุปสรรคต่อการประกอบอาชีพของประชาชน กล่าวคือ หากพิจารณาตามหลักความ ได้สัดส่วนแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นนั้นก่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายคือ เพื่อ สร้างความแน่นอนในการจัดเก็บภาษีของรัฐและการคุ้มครองผู้บริโภคให้ได้บริโภคเครื่องดื่ม แอลกอฮอล์ที่มีคุณภาพ ซึ่งสอดคล้องกับหลักความสัมฤทธิ์ผล แต่เมื่อพิจารณาตามหลักความ จำเป็นแล้ว จะเห็นได้ว่า การกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติของผู้ซื้อไบโอนูญต และเงื่อนไข ด้านการผลิตนั้นกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ การกำหนดเงื่อนไขและ คุณสมบัติของผู้ซื้อไบโอนูญต และเงื่อนไขด้านการผลิตนั้นไม่ได้เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้ บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค เพราะเมื่อหาก เปรียบเทียบกับมาตรการอื่น ๆ ที่รัฐอาจจะนำมาใช้ เช่น การตรวจสอบสูตรเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ การตรวจสอบสภาพเครื่องจักรมีความเหมาะสม หรือการตรวจสอบสภาพของสถานประกอบการมี ความสะอาด เป็นต้น ซึ่งมาตรการเหล่านี้จะช่วยให้เกิดความแน่ใจได้ว่า เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ผลิต มีคุณภาพ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับเงื่อนไขและคุณสมบัติที่กำหนดไว้ในปัจจุบัน เช่น ทุนจดทะเบียน สถานะการเป็นนิติบุคคล สัดส่วนการถือหุ้น และกำลังการผลิต เป็นต้น เงื่อนไขและคุณสมบัติตาม กฎหมายปัจจุบันนั้นกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากกว่า และไม่ใช้มาตรการจำเป็น เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายได้⁷⁰

นอกจากนี้ หากพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายในส่วนที่ต้องการควบคุมการผลิต เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้มีคุณภาพเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว เงื่อนไขและคุณสมบัติที่กฎหมาย กำหนด จึงควรให้ความสำคัญกับการควบคุมคุณภาพผ่านมาตรฐานหรือการสร้าง ความแน่ใจให้กับ ผู้บริโภคว่า เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ผลิตออกมาจากโรงงานนั้นผ่านกระบวนการผลิตจากโรงงานที่มี มาตรฐาน ซึ่งในกรณีนี้นโยบายทางกฎหมาย จึงควรไปมุ่งไปที่การคุ้มครองผู้บริโภคจากสินค้าที่อาจ มีวัตถุดิบหรือส่วนประกอบที่ไม่ได้มาตรฐาน ในทางตรงกันข้ามการกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติใน ปัจจุบันจึงเหมือนกับว่าระบบไบโอนูญตผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นเป็นเครื่องมือเพื่อเสริมสร้าง อำนาจผูกขาดทางเศรษฐกิจผ่านกลไกของอำนาจรัฐ หรือเครื่องรองรับเหตุผลทางสังคมหรือการ เป็นกฎหมายคุณพ่อแสนดี⁷¹ การกระทำของรัฐดังกล่าวอาจจะล้ำสมัย และกลายเป็นการคุกคาม สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

⁷⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครองภาคทั่วไป, หน้า 61.

⁷¹ ธรรมนิติย์ สมนันตกุล, กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ: ทฤษฎี “กฎ” ในทางเศรษฐศาสตร์, หน้า 138.

หากเปรียบเทียบนโยบายทางกฎหมายระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศที่ทำการศึกษาคือ สิงคโปร์ และเวียดนาม ใน 3 ด้าน ได้แก่ ด้านเงื่อนไขผู้ได้รับใบอนุญาต ด้านเงื่อนไขด้านการผลิต และด้านการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์

ประเด็น	ไทย	สิงคโปร์	เวียดนาม
เงื่อนไขผู้ได้รับใบอนุญาต	- ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น - กำหนดเงื่อนไขทุนจดทะเบียนสำหรับการผลิตเบียร์ - จำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว - มีการแบ่งประเภทใบอนุญาตตามขนาดและประเภทเครื่องดื่มแอลกอฮอล์	- ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น - กำหนดให้ต้องจดทะเบียนภาษีกับหน่วยงานของรัฐ - ไม่มีการแบ่งประเภทใบอนุญาต	- ผู้ขอรับใบอนุญาตจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ - ใบอนุญาตมี 2 ประเภท คือ การผลิตในระดับอุตสาหกรรม และครัวเรือน
เงื่อนไขด้านการผลิต	- กรณีผู้ผลิตในระดับอุตสาหกรรมจะต้องมีกำลังการผลิตต่อวัน/ต่อปีตามกฎหมายกำหนด - กรณีผู้ผลิตในระดับชุมชนจะต้องใช้เครื่องจักร/แรงงานไม่เกิน 7 แรงม้าและ 7 คน - กรณีผู้ผลิตในระดับชุมชนจะต้องใช้วัตถุดิบทางการเกษตรเท่านั้น	ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องปฏิบัติตามและรับผิดชอบต่อความปลอดภัยและคุณภาพสินค้า	- ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องให้ความสำคัญกับคุณภาพสินค้า ความปลอดภัย และสิ่งแวดล้อมตามกฎหมาย - ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ด้านความปลอดภัยและติดตามตามที่กฎหมายกำหนด - การมีช่างเทคนิคเพื่อจัดการภายในโรงงาน
ด้านการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์	ไม่มี	มี	มี

ดังจะเห็นได้ว่านโยบายทางกฎหมายเกี่ยวกับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประเทศไทยมีเงื่อนไขหลายประการที่เป็นอุปสรรคกับการประกอบธุรกิจการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ซึ่งแตกต่างจากในบริบทของประเทศสิงคโปร์และเวียดนาม ที่เน้นเงื่อนไขที่จำเป็น

เพื่อให้ผู้ประกอบการขอรับใบอนุญาตเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีของรัฐ โดยไม่ได้เน้นเรื่องคุณสมบัติในเชิงทุนจดทะเบียน และกำลังการผลิต ดังนั้น เมื่อรัฐใช้เครื่องมืออย่างผิดฝาผิดตัว โดยเน้นการควบคุมก็จะกลายเป็นการจำกัดการแข่งขันไป⁷² ทำให้ผู้ประกอบการขนาดใหญ่ได้รับประโยชน์จากการผูกขาดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย และกลายเป็นผู้ครอบครองส่วนแบ่งตลาดส่วนใหญ่ของอุตสาหกรรมเครื่องตีแมลงกอล ในการปรับเปลี่ยนนโยบายเกี่ยวกับการผลิตเครื่องตีแมลงกอลของประเทศนั้นจำเป็นต้องดำเนินการใน 3 ประเด็น ดังนี้

6.1 การแก้ไขเงื่อนไขด้านผู้รับใบอนุญาตประกอบการผลิตเครื่องตีแมลงกอล

ยกเลิกเงื่อนไขด้านผู้รับใบอนุญาตบางประการ ในปัจจุบันประเทศไทยนั้นกำหนดเงื่อนไขผู้รับใบอนุญาตประกอบการผลิตเครื่องตีแมลงกอลทั้งในเรื่องของการเป็นนิติบุคคล เงื่อนไขด้านทุนจดทะเบียน และการจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว โดยเมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการขออนุญาตประกอบการผลิตเครื่องตีแมลงกอลซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐสามารถจัดเก็บภาษีได้อย่างครบถ้วนและควบคุมคุณภาพของเครื่องตีแมลงกอลที่ออกมา จึงอาจจะแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นโดยยกเลิกการกำหนดเงื่อนไขเรื่องการเป็นนิติบุคคลเพื่อเปิดโอกาสให้มีผู้ประกอบการผลิตเครื่องตีแมลงกอลที่หลากหลายมากยิ่งขึ้น และยกเลิกเงื่อนไขด้านทุนจดทะเบียน และการจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการรายใหม่เข้าสู่ตลาดได้มากยิ่งขึ้น

6.2 การแก้ไขเงื่อนไขด้านการผลิตเครื่องตีแมลงกอล

ยกเลิกเงื่อนไขด้านการผลิตเครื่องตีแมลงกอลในเรื่องกำลังการผลิตต่อวัน/ต่อปี สำหรับการผลิตเครื่องตีแมลงกอลในระดับอุตสาหกรรม และสำหรับกรณีการผลิตเครื่องตีแมลงกอลในระดับชุมชนนั้นยกเลิกเงื่อนไขด้านการใช้เครื่องจักรไม่เกิน 7 แรงม้าและใช้แรงงานคนไม่เกิน 7 คน เพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายโรงงาน นอกจากนี้ จะต้องยกเลิกเงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้ประกอบการผลิตในระดับชุมชนที่จะต้องใช้วัตถุดิบทางการเกษตรเท่านั้น โดยอาจปลดล็อกให้สามารถใช้วัตถุดิบอื่นๆ ได้ด้วยเพื่อเพิ่มความหลากหลายของการใช้วัตถุดิบ และปรับเปลี่ยนให้เหมาะสมตามความต้องการของตลาด

⁷² เขมภัทร ทฤษฎีคุณ, “แนวคิดเกี่ยวกับการลดภาระของประชาชนจากการปฏิบัติตามกฎหมาย,” หน้า 97.

6.3 การแก้ไขการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์

แก้ไขบทบัญญัติเพื่อรองรับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์ โดยกำหนดข้อยกเว้นในการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคที่ไม่ใช่เพื่อการพาณิชย์เอาไว้สำหรับการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์สำหรับบุคคลธรรมดาให้สามารถผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภคในครัวเรือน เคหสถาน หรือเป็นการบริโภคในกลุ่ม โดยอาจจะกำหนดเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- 1) บุคคลจะต้องมีอายุตั้งแต่ 20 ปีขึ้นไป
- 2) การผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะต้องไม่เกิน 30 ลิตรต่อคนและต่อเดือน
- 3) เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ผลิตนี้จะต้องไม่ใช่เพื่อวัตถุประสงค์ในการค้าพาณิชย์
- 4) กิจกรรมการผลิตจะต้องไม่สร้างความรำคาญให้กับสาธารณชน หรือทำให้สิ่งแวดล้อมเสื่อมโทรม
- 5) การผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่จะได้รับการยกเว้นจะต้องไม่ใช่การผลิตสุรากลั่น

สำหรับเงื่อนไขที่กำหนดว่าจะต้องไม่ใช่การผลิตสุรากลั่น เนื่องจากโดยลักษณะของสุรากลั่นนั้นต้องใช้กระบวนการผลิตที่ต้องมีกลั่นด้วยความร้อน ซึ่งอาจจะต้องใช้หม้อกลั่นที่อาจจะสร้างผลกระทบต่อพื้นที่โดยรอบหากไม่ได้มีลักษณะที่เหมาะสม ในกรณีนี้จึงอาจจะยังไม่เหมาะสมที่จะยกเว้นให้การผลิตเพื่อการบริโภคที่ไม่ใช่การพาณิชย์

การศึกษาวิจัยกฎหมายน้ำบาดาลของสาธารณรัฐเกาหลี: แบบอย่างที่เป็นไปได้สำหรับการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทย*

Legal Study on Republic of Korea's Groundwater Law: A Possible Model for Developing Thai Groundwater Law

พีรพล เจตโรจนานนท์
Peerapon Jaderojananont

อาจารย์ประจำ
คณะบริหารการพัฒนาสิ่งแวดล้อม สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240
Full-time Lecturer
Graduate School of Environmental Development Administration
National Institute of Development Administration, Serithai Road Klong-chan Bangkok
10240
Corresponding author E-mail: peerapon.j@nida.ac.th
(Received: May 10, 2022; Revised: June 28, 2022; Accepted: July 15, 2022)

บทคัดย่อ

น้ำบาดาลมีอยู่ในวัฏจักรตามธรรมชาติของน้ำซึ่งให้คุณค่าในการหล่อเลี้ยงระบบนิเวศและใช้ประโยชน์ในกิจกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ โดยการบริหารจัดการน้ำบาดาลจะอยู่บนพื้นฐานของหลักธรรมาภิบาลน้ำบาดาลซึ่งเป็นหลักการสากลที่สอดแทรกอยู่ในการระบอบการบริหารจัดการน้ำบาดาลของประเทศต่าง ๆ โดยกฎหมายน้ำบาดาลของสาธารณรัฐเกาหลีเป็นตัวอย่างกฎหมาย

* บทความวิจัยนี้ถูกศึกษาและพัฒนาขึ้นโดยผู้เขียน และเป็นส่วนหนึ่งของ “โครงการศึกษาทบทวนร่างกฎหมายว่าด้วยน้ำบาดาล” เสนอต่อ กรมทรัพยากรน้ำบาดาล กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (กันยายน 2564) ในโอกาสนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ณรงค์ ใจหาญ ผู้มอบโอกาสให้แก่ผู้เขียนได้เข้ามาศึกษาวิจัยในส่วนนี้ อีกทั้งยังเป็นครูผู้ถ่ายทอดความรู้แก่ผู้เขียนในเรื่องกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรธรรมชาติ

ที่กำหนดเรื่องการจัดการน้ำบาดาลภายใต้หลักธรรมาภิบาลน้ำบาดาลที่ชัดเจน และมีมาตรการที่น่าสนใจเหมาะสมแก่การนำมาศึกษาเพื่อเป็นแบบอย่างในการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของไทย แม้ว่าประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 เพื่อใช้ในการบริหารจัดการและควบคุมการใช้น้ำบาดาลในประเทศ แต่กฎหมายดังกล่าวได้บังคับใช้มาเป็นเวลายาวนานและอาจไม่ทันต่อสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ดังนั้น การนำแนวคิดภายใต้กฎหมายเกาหลีใต้มาศึกษาจึงเป็นประโยชน์แก่การสร้างความคิด และความเข้าใจแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในการยกร่างกฎหมายเพื่อที่จะนำมาใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลอย่างเหมาะสม จากการศึกษาวิจัย กฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้มีบริบทในการใช้น้ำบาดาลและบริบทด้านระบบกฎหมายใกล้เคียงกับประเทศไทย ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่ประเทศไทยจะนำมาปรับใช้ในการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของไทย โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องข้อกำหนดขอบเขตการใช้น้ำบาดาล การอนุญาตใช้น้ำบาดาล การควบคุมการใช้น้ำบาดาล และการส่งเสริมให้มีการอนุรักษ์และพัฒนา น้ำบาดาล ซึ่งสามารถนำข้อเสนอแนะทางวิชาการในประเด็นเหล่านี้ไปพัฒนา ปรับปรุงแก้ไขให้ กฎหมายน้ำบาดาลของไทยมีประสิทธิภาพ มีความทันสมัย และสอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาล น้ำบาดาลมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: กฎหมายน้ำบาดาล, หลักธรรมาภิบาลน้ำบาดาล, กฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้

Abstract

Groundwater is a kind of water that is part of the earth's water cycle and is used in a wide range of human activities. Groundwater management is primarily based on the global idea of groundwater governance, which is enshrined in the groundwater laws of many countries. This notion is evident in the Republic of Korea's groundwater legislation, which provides for groundwater management and control and might be used as a model for constructing Thailand's groundwater law. Although Thailand has enacted and long enforced its own Groundwater Act B.E. 2520, it is likely to be hampered by rapidly changing circumstances; accordingly, exploring the concept of Republic of Korea's groundwater law would mostly encourage Thai legislators to understand and crystalize their own idea for developing and updating Thai groundwater law. The research's findings were revealed through an outstanding

analysis of Korean groundwater law based on the same groundwater use contexts and legal system as Thailand. This model would be potentially applied in terms of scope of underground water utilization, groundwater use license, groundwater use control, and groundwater conservation and development, so as to provide recommendations which would keep Thai groundwater law up-to-date and improve its efficiency in accordance with groundwater governance.

Keywords: Groundwater Law, Groundwater Governance, Republic of Korea's Groundwater Law

1. บทนำ

น้ำบาดาล หรือ น้ำใต้ดิน (Groundwater) จัดเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่ในวัฏจักรตามธรรมชาติของน้ำซึ่งให้คุณค่าในการหล่อเลี้ยงระบบนิเวศ และมีประโยชน์ต่อกิจกรรมของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นกิจกรรมด้านการเกษตรกรรม ด้านอุตสาหกรรม ด้านพาณิชย์กรรม หรือการใช้เพื่ออุปโภคและบริโภคในครัวเรือน¹ ทั้งนี้ ประเทศไทยเองได้ใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลมาเป็นเวลานานแล้วในกิจกรรมที่หลากหลายและยังมีการวางระบบการบริหารจัดการน้ำบาดาล การควบคุมการใช้น้ำบาดาล ตลอดจนการกำหนดสิทธิและหน้าที่สำหรับประชาชนผู้ใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล รวมถึงหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องซึ่งถูกกำหนดอยู่ภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520

จะสังเกตได้ว่ากฎหมายฉบับนี้มีอายุเก่าแก่และใช้บังคับมาอย่างยาวนาน แม้ว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเป็นระยะ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2535 (ฉบับที่ 2) และการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2546 (ฉบับที่ 3) รวมถึงมีการออกอนุบัญญัติเพื่อรองรับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่มาตรการบางอย่างอาจไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ด้านสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งอาจก่อให้เกิดช่องโหว่ทางกฎหมายในการบังคับใช้ รวมถึงการบริหารจัดการ และการควบคุมการใช้น้ำบาดาลได้ อีกทั้ง ในปัจจุบันนี้ ประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายที่สำคัญซึ่งกล่าวถึงภาพรวมในการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำของประเทศ คือ พระราช

¹ International Groundwater Resources Assessment Centre (IGRAC), "What is Groundwater?" [online] Available from : <https://www.un-igrac.org/what-groundwater> [22 June 2022]

บัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 กำหนดให้มีการบริหารจัดการน้ำในวิถีการตามธรรมชาติโดยสอดคล้องกับหลักการและแนวคิดสากลในเรื่องการบริหารจัดการน้ำ และกำหนดให้มีการบูรณาการร่วมกับน้ำบาดาลอีกด้วย จึงเป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องมีกลไกการรองรับการบูรณาการดังกล่าวไว้อย่างไร

งานวิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์สำคัญที่จะศึกษากฎหมายว่าด้วยน้ำบาดาลของต่างประเทศ โดยได้นำแนวคิดสากลของการบริหารจัดการน้ำบาดาล คือ หลักการธรรมาภิบาลน้ำบาดาล (Groundwater Governance) มาวางเป็นหลักการพื้นฐานที่ช่วยสร้างกรอบในการบริหารจัดการน้ำบาดาลที่ดี ในการนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาและสำรวจแล้วพบว่ากฎหมายต่างประเทศดังกล่าวมีการวางกรอบโครงสร้างตามแนวทางธรรมาภิบาลน้ำบาดาลอย่างชัดเจน และมีลักษณะได้เด่นบางประการที่สามารถนำมาประยุกต์ใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทยได้ในอนาคตเพื่ออุดช่องโหว่ทางกฎหมายและสร้างความสอดคล้องกับกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องต่อไป โดยการศึกษาวิจัยนี้จะตั้งอยู่บนคำถามวิจัยที่ว่าแนวคิดในการบริหารจัดการน้ำบาดาลของกฎหมายต่างประเทศที่ยกมานั้น สามารถนำมาประยุกต์ใช้อย่างเหมาะสมเพื่อให้เกิดการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทยอย่างไร อนึ่ง การศึกษาวิจัยนี้จะใช้วิธีการศึกษาวิจัยกฎหมาย (Doctrinal Legal Research) ซึ่งเป็นการศึกษาจากเอกสารกฎหมาย รวมถึงข้อมูลเอกสารอื่นประกอบ โดยแบ่งการนำเสนอออกเป็น ผลการวิจัย (Findings) ซึ่งเกิดจากการศึกษาแบบอย่างการบริหารจัดการน้ำบาดาลของกฎหมายต่างประเทศ และในส่วนสรุปและข้อเสนอแนะการวิจัยจะนำสิ่งที่ค้นพบจากกฎหมายต่างประเทศมาวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการตอบคำถามวิจัยที่ตั้งไว้ และเพื่อสร้างข้อเสนอแนะทางวิชาการสำหรับนำไปใช้พัฒนากฎหมายน้ำบาดาลต่อไป

2. ผลการศึกษาวิจัย

ในการศึกษาวิจัยนี้ ผู้วิจัยจะเริ่มต้นจากการนำเสนอหลักการธรรมาภิบาลน้ำบาดาล ซึ่งเป็นหลักการสากลที่นานาประเทศยึดถือในการบริหารจัดการน้ำบาดาลอย่างเป็นระบบ และนำเสนอสาระสำคัญของกฎหมายน้ำบาดาลของต่างประเทศที่ยืนอยู่บนพื้นฐานของหลักการดังกล่าว และกำหนดประเด็นในการวิเคราะห์แนวทางที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทยต่อไป

2.1 หลักธรรมาภิบาลน้ำบาดาล

หากพิจารณามาตรการด้านกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในปัจจุบันทั้งที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ จะพบว่ามีหลักการด้านการคุ้มครอง

สิ่งแวดล้อมแฝงอยู่ในกฎหมายเหล่านั้นมากมาย หลายมาตรการตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการทางด้านสิ่งแวดล้อมที่รู้จักกันดี เช่น มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดให้ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายค่าบำบัดมลพิษก็มีที่มาจากหลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย มาตรการห้ามปล่อยของเสียหรือสารเคมีออกสู่สิ่งแวดล้อม มาตรการห้ามเปลี่ยนแปลงทางน้ำ หรือทำให้ทรัพยากรธรรมชาติเสื่อมโทรม ก็มีที่มาจากหลักการป้องกัน และหลักการเฝ้าระวังไว้ก่อน² ซึ่งมาตรการบริหารจัดการน้ำบาดาลก็เช่นเดียวกัน นอกจากจะยืนอยู่บนพื้นฐานของหลักการเช่นว่านั้นแล้ว ยังพบว่ามีหลักการเฉพาะที่เป็นรากฐานของการจัดการน้ำบาดาลด้วย

ธรรมาภิบาลน้ำบาดาล (Groundwater Governance) เป็นแนวคิดที่ใช้เป็นฐานความคิดในการอนุรักษ์ พัฒนา และใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลเพื่อให้เกิดความยั่งยืน อีกทั้งยังมีแง่มุมในการส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยน้ำบาดาลด้วย เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าวแล้วจะพบว่าเป็นแนวคิดที่ยืนอยู่บนฐานของหลักธรรมาภิบาล (Governance) โดยหลักธรรมาภิบาลเป็นหลักการที่ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้อย่างแพร่หลายตั้งแต่ช่วงทศวรรษที่ 1980 ซึ่งได้มุ่งศึกษาการขยายตัวของปฏิสัมพันธ์ การจัดการองค์กร และกิจกรรมต่างๆ ที่เกิดขึ้นภายนอกการบริหารจัดการของรัฐส่วนกลาง ซึ่งได้สอดประสานไปกับโครงสร้างและกฎเกณฑ์ของสังคมผ่านเครื่องมือที่หลากหลาย เช่น การมีส่วนร่วมของประชาชน และการประสานความร่วมมือระหว่างผู้มีส่วนได้เสีย และในเวลาต่อมา หลักธรรมาภิบาลก็ได้ถูกประยุกต์และยอมรับในหลากหลายกิจกรรม เช่น ธรรมาภิบาลการทำประมง ธรรมาภิบาลป่าไม้ ธรรมาภิบาลน้ำบาดาล เป็นต้น³

ในการสร้างกรอบความคิดเกี่ยวกับหลักธรรมาภิบาล อาจจำแนกออกเป็น 3 แนวทางที่สำคัญ ประการแรก คือ หลักธรรมาภิบาลจะถูกมองในแง่ของการมีส่วนร่วมในกระบวนการ (process) โดยเป็นกระบวนการในการคิดการตัดสินใจที่จะดำเนินการใดของสังคมหรือองค์กร เพื่อกำหนดบทบาทว่าใครจะมีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวบ้าง นอกจากนี้ หลักธรรมาภิบาลยังถูกมองในแง่ของการสร้างปฏิสัมพันธ์ (interaction) ด้วย เช่น การสร้างปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันในองค์กร และในกระบวนการ ซึ่งจะกำหนดว่าอำนาจและหน้าที่จะถูกแสดงออกอย่างไร ผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการจะมีสิทธิมีเสียงอย่างไร ประการต่อมา คือ หลักธรรมาภิบาลจะถูกมองในแง่ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ (geographic scope) ทั้งระดับโลก ภูมิภาค และระดับชาติ โดยอธิบายว่าหลัก

² Dinah Shelton and Alexandre Kiss, *Judicial Handbook on Environmental Law* (Nairobi: United Nations Environment Program, 2005), pp.19-22.

³ Karen G. Villholth and Kristin I. Conti, "Groundwater Governance: Rationale, Definition, Current State and Heuristic Framework" in *Advances in Groundwater Governance*, eds. Karen G. Villholth et al (CRC Press, 2018), pp.5-6.

ธรรมาภิบาลของโลกเป็นผลลัพธ์ของการบริหารจัดการในกิจการที่เป็นส่วนรวมของปัจเจกบุคคล และองค์กร ทั้งภาครัฐและเอกชน ประการสุดท้าย คือ ในแง่หลักธรรมาภิบาลที่ดี (Good Governance) เกิดจากการวิพากษ์และสกัดออกมาจากหลักธรรมาภิบาล โดยแทรกซึมอยู่ในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ เช่น การมีธรรมาภิบาลน้ำบาดาลที่ดีจะต้องประกอบด้วยหลักการมีส่วนร่วม ความโปร่งใส ความมีประสิทธิภาพ หลักนิติธรรม เป็นต้น หลักธรรมาภิบาลที่ดีได้ถูกนำไปใช้ในการพัฒนาระดับสากลซึ่งผลักดันโดยสหประชาชาติ (United Nations) และธนาคารโลก (World Bank)⁴ เป็นที่แพร่หลายและถูกบรรจุในเป้าหมายการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development Goals)

หลักธรรมาภิบาลได้ถูกนิยามอย่างเฉพาะเจาะจงมากขึ้น โดยมุ่งศึกษาไปที่วัตถุประสงค์ของการอภิบาล (object of governance) และใครเป็นผู้อภิบาลและผู้ถูกอภิบาล (Who is governing and be governed) ซึ่งวัตถุประสงค์ของการอภิบาลไม่ได้จำกัดอยู่ที่เรื่องของกิจกรรมภายในชาติอีกต่อไป แต่ได้ขยายขอบเขตไปยังกิจกรรมที่เป็นส่วนรวมด้วย เช่น เรื่องสิ่งแวดล้อมโลก เรื่องทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น โดยธรรมาภิบาลสิ่งแวดล้อม (Environmental Governance) เป็นแนวปฏิบัติกฎเกณฑ์ที่ช่วยอธิบายว่ามนุษย์มีปฏิสัมพันธ์กับสิ่งแวดล้อมอย่างไร จะเป็นการมองตั้งแต่ระดับโลกจนถึงภายในประเทศ ส่วนธรรมาภิบาลน้ำ (Water Governance) เป็นส่วนหนึ่งของธรรมาภิบาลสิ่งแวดล้อม โดยจะวางหลักในเรื่องระบบการเมือง สังคม และเศรษฐกิจ ในการพัฒนาและบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ รวมถึงการให้บริการน้ำในระดับที่แตกต่างกันของสังคม

แนวคิดธรรมาภิบาลน้ำบาดาลได้รับการพัฒนาขึ้นในช่วงปลายทศวรรษ 2000 แยกออกมาจากธรรมาภิบาลน้ำ ซึ่ง Foster และคณะ แห่ง Groundwater MATE Program (GW-MATE) ของธนาคารโลก ได้ให้คำนิยามของธรรมาภิบาลน้ำบาดาลไว้ว่า เป็นการใช้อำนาจอย่างเหมาะสมและส่งเสริมให้มีการดำเนินการร่วมกันอย่างรับผิดชอบเพื่อให้มั่นใจได้น้ำบาดาลจะถูกใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนและมีประสิทธิภาพ เพื่อประโยชน์ของมวลมนุษยชาติและเพื่อหล่อเลี้ยงระบบนิเวศ⁵ นอกจากนี้ แนวคิดธรรมาภิบาลน้ำบาดาล ยังได้รับการนิยามโดยองค์การอาหารและเกษตรแห่งสหประชาชาติ (Food and Agriculture Organization) ว่าเป็นกรอบในการดำเนินงานที่ซับซ้อน

⁴ UNESCO World Water Assessment Program, *The United Nations World Water Development Report 2022: Groundwater: Making the Invisible Visible (Executive Summary)*, Report No. SC-2022/WS/3 (UNESCO, 2022) pp.3-4.

⁵ Stephen Foster, Héctor Garduño, Albert Tuinhof, and Catherine Tovey, *Groundwater Governance: Conceptual Framework for Assessment of Provisions and Needs* (Washington DC: The GW-MATE Strategic Overview Series, World Bank, 2010), p.3.

ที่กำหนดการบริหารจัดการน้ำบาดาลและการใช้น้ำในชั้นดิน โดยจะเป็นกรอบทั้งในระดับท้องถิ่น และระดับชาติที่จะค้นหาว่าใครควรมีส่วนร่วมในการสร้างสรรค์กลยุทธ์รวมถึงมีส่วนรับผิดชอบในการบริหารจัดการน้ำบาดาล อีกทั้งยังเป็นกรอบที่กำหนดว่าผู้ที่มีส่วนได้เสีย ทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และประชาชน จะมีปฏิสัมพันธ์กันอย่างไรในการบริหารจัดการน้ำบาดาล⁶

จากคำนิยามของธรรมาภิบาลน้ำบาดาล ทำให้ทราบได้ว่าเป็นแนวคิดในการวางกรอบความสัมพันธ์ของผู้มีส่วนได้เสียในกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ พัฒนา และใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล ดังที่กล่าวไปแล้วว่าธรรมาภิบาลน้ำบาดาลมีองค์ประกอบของหลักธรรมาภิบาลที่เด่นชัดโดยมุ่งไปที่ปัจจัยต่างๆ ได้แก่ วัตถุประสงค์ของการอภิบาล คือ ตัวน้ำบาดาลเอง วิธีการอภิบาล คือ วิธีการที่หลากหลายในการนำน้ำบาดาลมาใช้ประโยชน์อย่างไรให้ยั่งยืนอาจเป็นได้ทั้งวิธีการที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ ผู้มีส่วนได้เสีย คือ ผู้อภิบาลและผู้ถูกอภิบาลซึ่งหลากหลายมากและเกี่ยวโยงกันทั้งระบบ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐ ผู้มีอำนาจตัดสินใจ NGO องค์กรธุรกิจ และชุมชน และปัจจัยแง่ภูมิศาสตร์ซึ่งจะระบุว่าน้ำบาดาลควรได้รับการอภิบาลที่ใด เดิมทีจะมุ่งเน้นที่ระดับท้องถิ่นหรือระดับชาติ แต่ปัจจุบันได้ขยายมุมมองไปจนถึงระดับโลก ภูมิภาค และพื้นที่คาบเกี่ยวระหว่างประเทศแล้ว⁷ จะเห็นได้ว่าแนวคิดดังกล่าวนี้ เป็นแนวที่มีความสอดคล้องกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนซึ่งเป็นกระแสของโลกในการใช้สอยทรัพยากรธรรมชาติ

อย่างไรก็ตาม อาจมีความสับสนระหว่างคำว่า “ธรรมาภิบาลน้ำบาดาล” และ “การบริหารจัดการน้ำบาดาล” ซึ่งทั้งสองคำนี้มีทั้งความแตกต่างกันและสอดคล้องกันในตัวมันเอง ซึ่งคำว่าการบริหารจัดการน้ำบาดาลถูกมองในแง่การดำเนินการอย่างเฉพาะเจาะจงในแต่ละช่วงเวลา (specific day-to-day actions) เพื่อให้บรรลุผลในการอนุรักษ์น้ำบาดาล โดยผู้มีส่วนได้เสียรวมถึงขอบเขตการดำเนินกิจกรรมในกระบวนการนี้จะมีลักษณะที่แคบกว่าธรรมาภิบาลน้ำบาดาล เนื่องจากธรรมาภิบาลน้ำบาดาลจะเป็นการตัดสินใจว่าวิธีการบริหารจัดการน้ำบาดาลแบบใดที่ควรนำมาใช้น้ำบาดาล เมื่อไร โดยใคร และเพื่อวัตถุประสงค์อะไร ยกตัวอย่างเช่น การบริหารจัดการน้ำบาดาลจะประกอบไปด้วย การติดตามผล การสร้างแบบจำลอง และวิธีการทำให้บรรลุผลตามกฎหมายน้ำบาดาล แต่ธรรมาภิบาลน้ำบาดาลจะมองแบบองค์รวมกว่านั้นมากซึ่งจะนำเอาทั้งความคิดเห็นหรือข้อกังวลของนักวิทยาศาสตร์ ผู้กำหนดนโยบาย และผู้ใช้น้ำบาดาล มาพิจารณาในการกำหนด

⁶ Food and Agriculture Organization, *Global Diagnostic on Groundwater Governance* (FAO: Groundwater Governance: A Global Framework for Action, 2016), p.38.

⁷ *Supra Note 3 Groundwater Governance: Rationale, Definition, Current State and Heuristic Framework*, pp.11-12.

ว่าใครจะมีส่วนในการจัดการน้ำบาดาล คนเหล่านั้นจะมีปฏิสัมพันธ์อย่างไรในการจัดการน้ำบาดาล ขับเคลื่อนการตัดสินใจด้วยข้อมูลความรู้ที่มี จนนำไปสู่การออกแบบนโยบายเพื่อตอบให้ได้ว่าทำไม การดำเนินการเกี่ยวกับน้ำบาดาลถึงสมควรเกิดขึ้น และควรจะดำเนินการเมื่อไร ดังนั้น ในการบริหารจัดการน้ำบาดาลจึงเป็นเพียงกิจกรรมต่างๆ ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียในกิจกรรมจะดำเนินการภายใต้ กรอบธรรมาภิบาลอีกทีนั่นเอง⁸

ในการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลย่อมมีเป็นปัจจัยที่เกิดขึ้นพร้อมกับการพัฒนาตัวของ สังคมมนุษย์ทั้งในแง่บวกและลบ ในยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมมีการแสวงหาประโยชน์และจัดการ น้ำบาดาลอย่างมากเพื่อนำมาใช้เป็นปัจจัยในการผลิตโดยไม่คิดว่าน้ำบาดาลจะมีวันหมดไป ซึ่ง การคิดในลักษณะนี้เกิดจากการขาดความรู้ที่เหมาะสมและการใคร่ครวญถึงการเกิดขึ้นของ น้ำบาดาลซึ่งนำไปสู่ผลกระทบทางลบที่เกิดขึ้นกับน้ำบาดาล ต่อมาในทศวรรษที่ 19 และ 20 จากเหตุ ที่การพัฒนาเทคโนโลยีก้าวหน้าขึ้นมาก ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ ความตระหนักของประชาชนมี มากขึ้น ปัญหาในการจัดการน้ำบาดาลทั้งคุณภาพและปริมาณจึงถูกทำให้เป็นระบบยิ่งขึ้น โดยเฉพาะธรรมาภิบาลน้ำบาดาลที่เริ่มสัมพันธ์กับกฎหมายจนเห็นได้อย่างเป็นรูปธรรมในประเทศ ที่มีความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ซึ่งนำความรู้เกี่ยวกับน้ำบาดาลมาใช้เป็นฐานใน การพัฒนาองค์กรรัฐในประเทศเพื่อให้เกิดการรับรองสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียในน้ำบาดาล ตราบกฎหมาย เฉพาะขึ้นมาใช้รองรับสถานการณ์ของน้ำบาดาลที่อาจจะเปลี่ยนแปลง⁹

จะเห็นได้ว่าธรรมาภิบาลน้ำบาดาลได้รับการยอมรับในสายตากฎหมายแล้วหลังจากที่สังคม เริ่มมีองค์ความรู้ในการบริหารจัดการน้ำบาดาลมากขึ้น เมื่อพิจารณาในระดับชาติ (domestic scale) กฎหมายน้ำบาดาลในหลายประเทศได้นำความคิดแบบองค์รวมของธรรมาภิบาลน้ำบาดาล มาใช้ในการสร้างกฎเกณฑ์แก่สังคม ซึ่งธรรมาภิบาลน้ำบาดาลเป็นกรอบว่าด้วยความสัมพันธ์ของ ผู้มีส่วนได้เสียรวมไปถึงวิธีการใช้สอยน้ำบาดาล กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือหนึ่งในการทำให้ ธรรมาภิบาลน้ำบาดาลกลายเป็นรูปธรรมโดยการกำหนดเรื่องกรรมสิทธิ์ของน้ำบาดาล การดึง น้ำบาดาลออกมาใช้ การควบคุมมลพิษที่จะเกิดกับน้ำบาดาลจากแหล่งกำเนิดมลพิษประเภทเจาะจง มีจุดกำเนิดแน่นอน (point-sources of pollution) และกำหนดบทบาท สิทธิ และหน้าที่ระหว่าง ผู้ใช้น้ำบาดาลในกรอบธรรมาภิบาลน้ำบาดาล¹⁰

⁸ Ibid., p.13.

⁹ Marco Gracia, Ebel Smidt, and Jacobus J. de Vries, "Emergence and Evolution of Groundwater Management and Governance" in *Advances in Groundwater Governance*, eds. Karen G. Villholth et al (CRC Press, 2018) pp.51-52.

¹⁰ Stefano Burchi, "Legal Principles and Legal Frameworks Related to Groundwater" in *Advances in Groundwater Governance*, eds. Karen G. Villholth et al (CRC Press, 2018) p.119.

ในกรอบของธรรมาภิบาลน้ำบาดาล กฎหมายจะนำกรอบดังกล่าวมาสร้างระบบกฎเกณฑ์ การอนุรักษ์ พัฒนา และใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลขึ้น โดยเริ่มต้นจากแง่มุมของสิทธิในน้ำบาดาล ว่า น้ำบาดาลเป็นของใคร หรือ ใครเป็นผู้มีส่วนได้เสียในน้ำบาดาล แต่เดิมน้ำบาดาลเป็นสิทธิของ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามหลักกฎหมาย Common Law แต่ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงจาก สิทธิของเอกชนผู้เป็นเจ้าของที่ดินมาเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐดังที่ยอมรับกันในกฎหมายน้ำสมัยใหม่ นอกจากนี้ธรรมาภิบาลน้ำบาดาลยังกำหนดวัตถุประสงค์แห่งการอภิบาลไว้ด้วย ซึ่งกฎหมายได้รับรองสถานะ ทางกฎหมายของน้ำบาดาล จนไปถึงการดึงน้ำบาดาลในฐานะวัตถุประสงค์แห่งการอภิบาลมาใช้ อย่างไรก็ตาม เครื่องมือในการดึงน้ำบาดาลมาใช้ ดังที่เห็นจากกฎหมายที่ควบคุมวิธีการเจาะบ่อน้ำบาดาลโดย ต้องผ่านการขอใบอนุญาตจากรัฐ ซึ่งรัฐจะกำหนดสิทธิ ระยะเวลา คุณสมบัติ ปริมาณและอัตรา น้ำบาดาลเอาไว้ชัดเจน¹¹ อีกทั้ง ในส่วนของผู้ใช้ น้ำบาดาลซึ่งเป็นผู้ที่ต้องร้องขอการอนุญาตจากรัฐจะ ถูกกำหนดบทบาท สิทธิ และหน้าที่เอาไว้ โดยกฎหมายได้รับรองสิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมเชิงรุก (active participation) ในการบริหารจัดการน้ำบาดาล โดยผู้ใช้น้ำบาดาลจะเข้ามามีส่วนร่วมใน กระบวนการตัดสินใจกำหนดแนวนโยบายต่างๆ รวมถึงเลือกตั้งผู้แทนชุมชนในการเป็นตัวแทน เข้าไปร่วมกำหนดนโยบายน้ำบาดาลกับรัฐด้วย อนึ่ง มีตัวอย่างในหลายประเทศที่มีการจัดตั้งองค์กร ผู้ใช้น้ำ (Water Users' Groups) ที่จะเข้ามาแลกเปลี่ยนประสบการณ์และความรู้ในความรู้ใน ความรู้เกี่ยวกับการบริหารจัดการน้ำบาดาลของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการบริหารจัดการและ การสร้างนโยบายในการให้สิทธิดึงน้ำบาดาลออกมาใช้ประโยชน์ ดังนั้น การมีส่วนร่วมของผู้ใช้ น้ำบาดาลผ่านการสร้างกลุ่มผู้แทนผู้ใช้น้ำจึงเป็นองค์ประกอบหนึ่งในโครงสร้างธรรมาภิบาล น้ำบาดาลที่กฎหมายให้การรับรองด้วย¹²

กล่าวโดยสรุป แนวคิดธรรมาภิบาลน้ำบาดาลเป็นแนวคิดที่มีรากฐานมาจากแนวคิด ธรรมาภิบาล และเป็นการสร้างกรอบในการบริหารจัดการความสัมพันธ์ของผู้มีส่วนได้เสียในการ อนุรักษ์ การพัฒนา และการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล โดยแนวคิดนี้เองได้พัฒนาตัวและขยาย ขอบเขตในการนำไปใช้อย่างกว้างขวางจนกลายเป็นระบบที่ซับซ้อนและได้รับการนำมาทำให้เป็น รูปธรรมด้วยการบัญญัติเป็นกฎหมายขึ้นใช้บังคับ กฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้ และประเทศไทย ได้วางโครงสร้างตามแนวคิดธรรมาภิบาลน้ำบาดาล โดยการนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ให้เป็นรูปธรรม สามารถพบเห็นได้จากโครงสร้างของกฎหมายที่มองการบริหารจัดการน้ำบาดาลอย่างเป็นองค์รวม ทั้งระบบ ไม่ได้มุ่งเน้นไปที่ขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง แต่จะเริ่มวางระบบตั้งแต่ผู้ใดที่มิได้มีส่วนได้เสียในวงจร

¹¹ Ibid., pp.120-121.

¹² Ibid., pp.122-124.

ของการใช้น้ำบาดาล สถานะของน้ำบาดาล จนไปถึงวิธีการบริหารจัดการน้ำบาดาล เพื่อให้เกิดการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องอย่างสอดคล้องกัน ไม่ได้เจาะจงหรือมุ่งเน้นไปที่กิจกรรมใดกิจกรรมหนึ่งเท่านั้น แนวคิดธรรมาภิบาลน้ำบาดาลจึงเปรียบเสมือนมาตรฐานในการชี้วัดว่าการออกแบบกฎหมายน้ำบาดาลได้ครอบคลุมทุกกิจกรรมน้ำบาดาลอย่างเป็นระบบแล้วหรือไม่

2.2 กฎหมายว่าด้วยการจัดการน้ำบาดาลของสาธารณรัฐเกาหลี

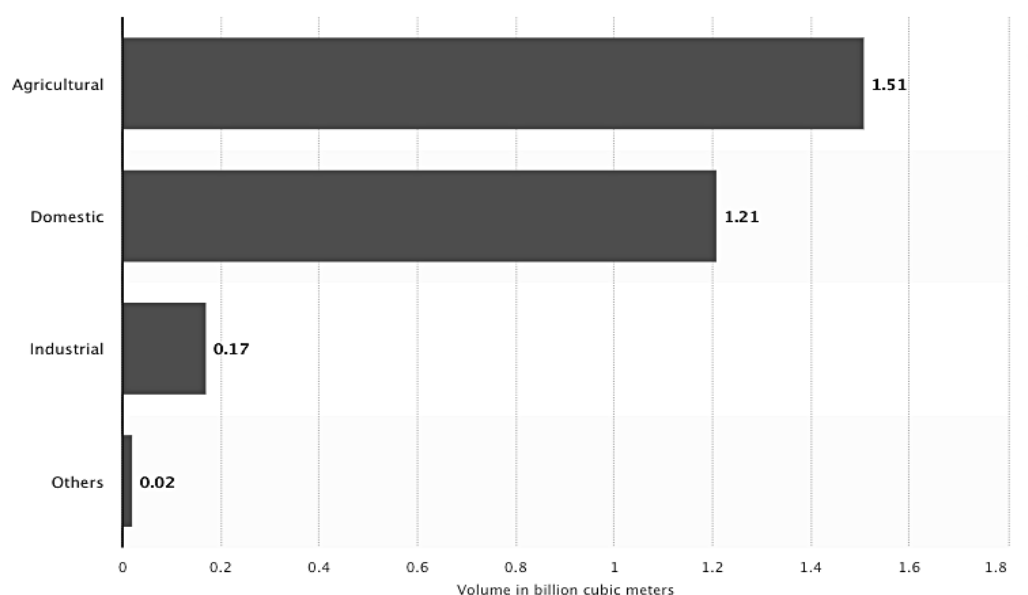
จากการศึกษาพบว่ากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศเกาหลีใต้เป็นกฎหมายที่น่าสนใจในการนำมาศึกษา เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีแนวทางการจัดการน้ำบาดาลภายใต้หลักธรรมาภิบาลน้ำบาดาลที่ชัดเจน และมีลักษณะโดดเด่นบางประการที่อาจนำมาประยุกต์ใช้เพื่อพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทยได้ โดยผู้วิจัยจะนำเสนอสาระสำคัญของกฎหมายดังกล่าวเป็นรายประเด็น ดังต่อไปนี้

2.2.1 ภาพรวมของการบริหารจัดการน้ำบาดาลและหน่วยงานที่รับผิดชอบ

กฎหมายน้ำบาดาลของสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งต่อไปในบทความนี้จะขอเรียกตามชื่อที่คุ้นเคยกันว่า “เกาหลีใต้” มีบริบทความจำเป็นในการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย เมื่อพิจารณาจากสภาพภูมิศาสตร์ของเกาหลีใต้ จะพบว่าเกาหลีใต้ตั้งอยู่บนคาบสมุทรเกาหลีที่มีเขตแดนส่วนหนึ่งอยู่ติดทะเลคล้ายคลึงกับประเทศไทย และยังมีลุ่มแม่น้ำสำคัญหลายสายที่ไหลผ่านจังหวัดต่าง ๆ ของประเทศเพื่อออกสู่ทะเล¹³ เมื่อพิจารณาลึกลงไปในชั้นของพื้นดิน จะพบว่าเกาหลีใต้มีแหล่งน้ำบาดาลที่สำคัญอยู่หลายแหล่ง และถูกนำมาใช้ประโยชน์ในกิจกรรมภายในประเทศ โดยอ้างอิงข้อมูลจาก Statista องค์กรเอกชนที่รวบรวมข้อมูลเชิงสถิติในหลากหลายประเด็น ในปี 2018 จะพบว่าประเทศเกาหลีใต้นำน้ำบาดาลมาใช้ประโยชน์ 4 ด้าน ได้แก่ ด้านการเกษตรกรรม ด้านการอุปโภคบริโภคในครัวเรือน ด้านการอุตสาหกรรม และกิจกรรมด้านอื่น¹⁴

¹³ AsianInfo Organization, “Korea’s Geography” [online] Available from : <http://www.asianinfo.org/asianinfo/korea/geography.htm#TERRITORY>. [22 June 2022]

¹⁴ Statista, “Volume of Groundwater Used in South Korea in 2019, by Sector” [online] Available from : <https://www.statista.com/statistics/1023493/south-korea-groundwater-use-volume-by-sector/> [22 June 2022]



**แผนภาพที่ 1: Volume of Groundwater Used in South Korea in 2019,
by Sector**

แหล่งที่มา: Statist

จากแผนภาพข้างต้น จะเห็นได้ว่าเกาหลีใต้ใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลในการทำเกษตรกรรม (agricultural) สูงที่สุดเป็นอันดับแรก โดยใช้ไปประมาณ 1.51 พันล้านลูกบาศก์เมตร ตามด้วยการใช้ประโยชน์เพื่อการอุปโภคและบริโภคภายในครัวเรือน 1.21 (domestic) พันล้านลูกบาศก์เมตร ในกิจกรรมอุตสาหกรรม (industrial) 0.17 พันล้านลูกบาศก์เมตร และในกิจกรรมอื่น (others) ถูกใช้ไป 0.02 พันล้านลูกบาศก์เมตร ตามลำดับ ในปัจจุบัน รัฐบาลเกาหลีใต้ได้จัดให้มีการติดตามตรวจสอบทรัพยากรน้ำในประเทศ โดยดำเนินการก่อสร้างสถานีตรวจวัดคุณภาพน้ำจำนวน 1,476 แห่ง กระจายอยู่ทั่วประเทศ ในจำนวนดังกล่าวแบ่งเป็น จำนวน 697 แห่ง สำหรับแม่น้ำ จำนวน 185 แห่งสำหรับทะเลสาบ หนอง และบึง จำนวน 474 แห่งสำหรับพื้นที่ทำการเกษตร และจำนวน 120 แห่งสำหรับบริเวณอื่น ในส่วนของการติดตามตรวจสอบคุณภาพน้ำบาดาล เกาหลีใต้ก่อสร้างสถานีตรวจวัด 2,499 แห่ง ทั่วประเทศ โดยตรวจวัดปีละสองครั้งตั้งแต่ ปี 2003 เป็นต้นมา ซึ่งผลจากการตรวจวัดทำให้ทราบว่าคุณภาพน้ำบาดาลยังไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานคุณภาพน้ำบาดาล แต่มีแนวโน้มที่ดีขึ้นในแต่ละปี อย่างไรก็ตาม คุณภาพน้ำบาดาลมักจะดีกว่าน้ำผิวดินเสมอ คุณภาพ

ดังกล่าวจะถูกแบ่งออกเป็นสามระดับขึ้นอยู่กับว่าจะถูกใช้อุปโภคและบริโภคภายในครัวเรือนหรือวัตถุประสงค์ทางการเกษตร หรือวัตถุประสงค์ทางอุตสาหกรรม อีกทั้ง หลุมเจาะน้ำบาดาลที่ถูกทิ้งร้างและอาจมีแนวโน้มจะก่อให้เกิดการปนเปื้อนต่อน้ำบาดาลซึ่งมีมากกว่า 43,000 หลุม ได้รับการอุดอย่างปลอดภัยในระหว่างที่มีการตรวจสอบคุณภาพน้ำแล้ว¹⁵

จะเห็นได้ว่า น้ำบาดาลของเกาหลีใต้เป็นทรัพยากรที่สำคัญและได้รับการตรวจสอบดูแลสม่ำเสมอไม่ด้อยไปกว่าทรัพยากรน้ำบนผิวดินเลย โดยเป็นแหล่งที่มาของน้ำสำหรับการชลประทานและการอุปโภคและบริโภค ซึ่งความต้องการในการใช้น้ำของเกาหลีใต้มีปริมาณที่เพิ่มมากขึ้นควบคู่ไปกับการพัฒนานวัตกรรมเพื่อการเกษตรที่มาจากการใช้ น้ำบาดาล การธำรงรักษาคุณภาพน้ำบาดาลจะถูกดำเนินการโดยระบบเครือข่าย Groundwater Quality Monitoring Network (GQMN) ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นในปี 2007 และดำเนินการอย่างสม่ำเสมอเพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลร่วมกับกระทรวงสิ่งแวดล้อม (Ministry of Environment) หรือ MOE ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนด¹⁶

เมื่อพิจารณาประเด็นการบริหารจัดการปริมาณน้ำบาดาลของเกาหลีใต้ จากรายงานของ OECD¹⁷ พบว่าเกาหลีใต้เป็นประเทศที่มีการใช้น้ำบาดาลปริมาณมาก โดยติด 1 ใน 10 ของประเทศ OECD เลยทีเดียว และน้ำบาดาลถูกใช้อย่างหนาแน่นในพื้นที่ที่มีลักษณะเฉพาะ เช่น เกาะเจจู (제주도) เป็นเขตปกครองพิเศษที่ซึ่งกิจกรรมการเกษตรบนเกาะแห่งนี้จำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยน้ำบาดาลเป็นหลัก ยังพบว่ารัฐบาลเกาหลีใต้สำรวจและติดตามปริมาณน้ำบาดาลอย่างเข้มงวดผ่านปฏิบัติการของหน่วยงานที่รัฐจัดตั้งขึ้น 4 หน่วยงาน โดยแต่ละหน่วยงานมีหน้าที่เฉพาะแตกต่างกันไปตามภารกิจเฉพาะของตนเอง และทั้ง 4 หน่วยงานจะนำผลลัพธ์จากการปฏิบัติการมาบูรณาการร่วมกัน ได้แก่¹⁸

¹⁵ Water Environment Partnership in Asia (WEPA), “State of Water Environment: Republic of Korea” [online] Available from : <http://www.wepa-db.net/policies/state/southkorea/southkorea.htm> [22 June 2022].

¹⁶ Chanhyeok Jeon, Maimoona Raza, Jin-Yong Lee and et al, “Countrywide Groundwater Quality Trend and Suitability for Use in Key Sectors of Korea,” *Water*, 12 (2020), pp.1194-1195.

¹⁷ OECD ย่อมาจาก Organization for Economic Co-operation and Development เป็นองค์การระหว่างประเทศของกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยรวมกลุ่มกันเพื่อวัตถุประสงค์ในการพัฒนาเศรษฐกิจของยุโรปและโลก cited from Organization for Economic Co-operation and Development, “About OECD” [online] <https://www.oecd.org/about/> [22 June 2022].

¹⁸ Organization for Economic Co-Operation and Development, *Policies to Manage Agricultural Groundwater Use-Korea* (OECD Publishing, 2015), pp.1-2.

(1) Korea Institute of Geoscience and Mineral Resource (KIGAM) มีภารกิจหลักในการประเมินและทำนายปริมาณน้ำบาดาลตามการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และรักษาแหล่งน้ำบาดาลด้วยการเติมน้ำแข็งเทียมในพื้นที่เพาะปลูก

(2) Korea Rural Community Corporation (KRC) มีภารกิจหลักในการทดสอบความเป็นไปได้เบื้องต้นการออกแบบ และการบริหารสิ่งอำนวยความสะดวกด้านการชลประทาน การระบายน้ำ และการพัฒนาน้ำบาดาลในเขตพื้นที่ชนบท โครงการต่าง ๆ ของ KRC ถูกนำมาถอดบทเรียนเพื่อแบ่งปันเทคนิคและประสบการณ์ทางการเกษตรขั้นสูงเกี่ยวกับการพัฒนาแหล่งน้ำ

(3) Korea Water Resources Corporation (K-water) มีภารกิจหลักในการพัฒนาแหล่งน้ำโดยใช้แนวทางในการจัดการน้ำบาดาลอย่างยั่งยืน มีบทบาทในการศึกษาความเป็นไปได้ของการใช้พลังงานความร้อนใต้พิภพ (Geo-Thermal Energy) ของ alluvium และ riverbed ตลอดจนพัฒนาเทคนิคการประเมินและกำจัดความเสี่ยงต่างๆ ของน้ำบาดาล

(4) Integrated Groundwater Information Service (GIMS) มีภารกิจหลักในการรวบรวม การวิเคราะห์ข้อมูลน้ำบาดาล การพัฒนาและการบำรุงรักษาฐานข้อมูลน้ำบาดาลและระบบคอมพิวเตอร์ในการกำหนดมาตรฐานคุณภาพน้ำบาดาล ตลอดจนสนับสนุนข้อมูลเกี่ยวกับกฎระเบียบและนโยบายต่อหน่วยงานรัฐทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น

จากข้อมูลข้างต้น เกาหลีใต้และประเทศไทยมีส่วนคล้ายคลึงกันในการนำน้ำบาดาลไปใช้ประโยชน์เพื่อหล่อเลี้ยงเกษตรกรรมเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม ในแง่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องนั้น เกาหลีใต้ได้มีหน่วยงานที่มีความหลากหลายและจำแนกภารกิจเฉพาะด้านมากกว่าประเทศไทย ซึ่งประเทศไทยได้มีสำนักงานทรัพยากรน้ำแห่งชาติ (สทนช.) ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานด้านการกำกับ (Regulator) โดยมีคณะกรรมการทรัพยากรน้ำแห่งชาติ (กนช.) ทำหน้าที่ผู้กำหนดแนวนโยบาย (Policy-Maker) ของการจัดการทรัพยากรน้ำในภาพรวมของประเทศ และมีการแบ่งภารกิจตามประเภทของทรัพยากรน้ำไปยังหน่วยงานที่แตกต่างกัน โดยภารกิจทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับน้ำบาดาลจะอยู่ภายใต้อำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบของกรมทรัพยากรน้ำบาดาล ซึ่งกรมทรัพยากรน้ำบาดาลต้องรับหน้าที่ทั้งในแง่เป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญทางวิทยาศาสตร์ และเป็นหน่วยงานอนุญาตเพื่อบริหารจัดการและควบคุมการใช้น้ำบาดาล

2.2.2 กฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้

ในเบื้องต้น ผู้วิจัยจำเป็นต้องอธิบายให้เข้าใจถึงระบบและลักษณะกฎหมายของเกาหลีใต้เสียก่อนที่จะลงไปถึงรายละเอียดของกฎหมายน้ำบาดาล โดยเกาหลีใต้เป็นประเทศเสรีประชาธิปไตย

เช่นเดียวกับประเทศไทย แบ่งอำนาจการปกครองเป็นสามฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ และ ตุลาการ เกาหลีใต้มีรัฐธรรมนูญ (Constitution) เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (Acts) ซึ่งตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหลักการและสอดคล้องกันภายใต้รัฐธรรมนูญ อีกทั้ง ยังมีการตรากฎหมายลำดับรอง (subordinate statutes) ที่เกิดขึ้นด้วยอำนาจที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้ไว้ ได้แก่ ข้อบังคับของประธานาธิบดี (Presidential Decree) กฎข้อบัญญัติของนายกรัฐมนตรี (Ordinances of Prime-Minister) และกฎกระทรวงต่าง ๆ (Ordinances of Ministries) ทั้งนี้ เพื่อให้การในพระราชบัญญัติบรรลุผลสำเร็จ โดยจะต้องไม่ให้มีรายละเอียดที่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติ¹⁹ จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายของเกาหลีใต้เป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีลำดับศักดิ์ของการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่ได้แตกต่างไปจากประเทศไทยเท่าใดนัก เมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายไทยที่มีการกำหนดหลักการอยู่ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และรายละเอียดปลีกย่อยที่เป็นแนวปฏิบัติถูกกำหนดเป็นกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ หรือระเบียบที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น

กฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้อยู่ในรูปของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ที่มีชื่อเรียกว่า Groundwater Act (지하수법) โดยถูกบัญญัติขึ้นในปี 1994 จากการเสนอร่างกฎหมายโดยกระทรวงที่ดิน สาธารณูปโภค และการคมนาคม (Ministry of Land, Infrastructure, and Transport) หรือ MOLIT ซึ่งต่อมาในปี 2018 รัฐบาลเกาหลีใต้ได้ตัดสินใจควมรวมการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำที่อยู่ภายใต้ MOLIT เข้ากับ MOE ส่งผลให้ ในปัจจุบัน MOE มีอำนาจบริหารจัดการทรัพยากรน้ำผิวดินและน้ำบาดาล ทั้งในแง่ของคุณภาพและปริมาณด้วย วัตถุประสงค์หลักของการตรากฎหมายฉบับนี้เพื่อให้เกิดการพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลด้วยวิธีการบำรุงรักษาและบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดมลพิษแก่น้ำบาดาลหรือถูกทำให้ปนเปื้อนสกปรก กฎหมายฉบับนี้จะวางแนวทางในการตรวจสอบ การพัฒนา การใช้สอย การบำรุงรักษา การบริหารจัดการน้ำบาดาล และการจัดสรรงบประมาณ ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะถูกบรรจุอยู่ในแผนแม่บทสำหรับการบริหารจัดการน้ำบาดาลแห่งชาติ (Master Plan for Groundwater Management) ที่กำหนดให้รัฐจัดทำทุก 10 ปี²⁰ แผนแม่บทดังกล่าวเป็นแผนระยะยาวซึ่งความ

¹⁹ Ministry of Government Legislation, “National Law Information Centre: Korean Legislative System and Procedures” [online] Available from : <https://law.go.kr/LSW/eng/engAbout.do?menuId=3#:~:text=The%20Korean%20legislative%20system%20consists,to%20effectively%20implement%20the%20Acts> [22 June 2022]

²⁰ Lae-Soo Kang, Se-Yeong Hamm, Jae-Yeol Cheong et al, “Groundwater Monitoring System and Groundwater Policy in Relation to Unified Water Resource Management in Korea,” *Water Policy*, 22 (2020), p.212.

สำคัญของมันอาจเทียบเคียงได้กับแผนแม่บทการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ²¹ และนโยบายและแผนการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติของประเทศไทย²²

เมื่อพิจารณาในภาพรวมของกฎหมาย Groundwater Act จะพบว่ามีกรอบสิทธิและหน้าที่ของปัจเจกบุคคล รวมถึงกำหนดให้หน่วยงานรัฐทั้งส่วนกลางและท้องถิ่นมีหน้าที่ตามที่กฎหมายระบุไว้ แม้ว่ากฎหมาย Groundwater Act จะใช้บังคับกับน้ำบาดาลทั่วประเทศ แต่ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายฉบับนี้จะไม่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น เนื่องจากเกาหลีใต้ยังมีกฎหมายฉบับอื่นที่แม้จะไม่ได้มีคำว่า “น้ำบาดาล” อยู่ในชื่อกฎหมาย แต่ก็อาจมีบทบัญญัติที่คาบเกี่ยวกับการใช้น้ำบาดาลได้ เช่น กฎหมายว่าด้วยบ่อน้ำพุร้อน (Hot Spring Act) หรือกฎหมายว่าด้วยการจัดการน้ำเพื่อการบริโภค (Drinking Water Management Act) ซึ่งกฎหมาย Groundwater Act จะไม่เข้าไปก้าวก้าวกฎหมายเฉพาะเหล่านั้น หากการใช้น้ำบาดาลอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์เฉพาะที่ถูกกำหนดขึ้นในกฎหมายเฉพาะนั้น²³

อีกทั้ง กฎหมาย Groundwater Act ประกอบไปด้วย 41 มาตรา (제조) โดยแบ่งออกเป็น 7 บท (제장) ได้แก่ บทที่ 1 ว่าด้วยบทบัญญัติทั่วไป บทที่ 2 ว่าด้วยการสำรวจ การพัฒนา และการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล บทที่ 3 ว่าด้วยการสงวนรักษาและบริหารจัดการน้ำบาดาล บทที่ 4 ว่าด้วยกิจการก่อสร้างเพื่อการพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล บทที่ 5 ว่าด้วยตัวแทนในการตรวจสอบผลกระทบของน้ำบาดาล บทที่ 6 ว่าด้วยบทบัญญัติส่วนเสริม และบทที่ 7 ว่าด้วยการกำหนดโทษ จะเห็นได้ว่าโครงสร้างของกฎหมาย Groundwater Act เป็นโครงสร้างที่คุ้นเคยในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของประเทศไทย ซึ่งพอจะเทียบเคียงโครงสร้างกฎหมายได้บ้าง

2.2.2.1 ขอบเขตการใช้น้ำบาดาลและการอนุญาตใช้น้ำบาดาล

เมื่อพิจารณา Article 2 แห่ง Groundwater Act พบว่าได้กำหนดคำนิยามศัพท์เฉพาะเอาไว้หลายคำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำว่า “น้ำบาดาล” มีความหมายว่า น้ำที่ถูกเติมลงไปหรือไหลผ่านช่องว่างระหว่างชั้นของหินใต้พื้นผิวโลก²⁴ คำว่า “การตรวจสอบผลกระทบที่มีต่อน้ำบาดาล” หมายความว่า การดำเนินการตรวจสอบเพื่อวิเคราะห์และคาดการณ์ผลกระทบจากการพัฒนาและ

²¹ โปรดดู แผนแม่บทการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ 20 ปี (พ.ศ. 2561-2580)

²² โปรดดู นโยบายและแผนการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2560-2579

²³ Jin-Yong Lee and Kideok D. Kwon, “Current Status of Groundwater Monitoring Networks in Korea,” *Water*, 8 (2016), pp.170-171.

²⁴ Article 2.1 of Groundwater Act

การใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลในเขตพื้นที่นอกเขต²⁵ และนิยามของคำว่า “เขตอนุรักษ์น้ำบาดาล” หมายถึง เขตพื้นที่ซึ่งถูกกำหนดตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอน และวิธีการที่กำหนดในกฎหมายฉบับนี้ โดยจะประกาศเป็นเขตที่มีความจำเป็นในการอนุรักษ์ทั้งในแง่ปริมาณและคุณภาพของน้ำบาดาล²⁶

จากคำนิยามดังกล่าว เมื่อนำมาเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 แล้วพบว่าแนวคิดในการกำหนดเขต (Zoning) ในการอนุรักษ์น้ำบาดาลมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับคำนิยาม “เขตน้ำบาดาล” ตามกฎหมายไทย²⁷ อย่างไรก็ตาม Groundwater Act ไม่ได้กำหนดว่าลึกลงไปมากน้อยเท่าใดจึงจะเรียกว่าน้ำบาดาล เพียงแต่บอกว่าน้ำบาดาลต้องเป็นน้ำที่ถูกเติม หรือไหลผ่านลงไปในช่วงระหว่างชั้นของหินใต้พื้นผิวโลกเท่านั้น ซึ่งประเด็นนี้ค่อนข้างจะมีความยืดหยุ่นในการกำหนดว่าพื้นที่ส่วนใดเป็นเขตน้ำบาดาล การที่ Groundwater Act ไม่ได้กำหนดให้เป็นตัวเลขว่าลึกลงไปเท่าใดจึงจะเรียกว่าน้ำบาดาล เนื่องจาก Article 5 ได้ให้อำนาจแก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อม²⁸ เป็นผู้สั่งการสำรวจเบื้องต้นและจัดทำข้อมูลเกี่ยวกับปริมาณน้ำสำรองของน้ำบาดาล และปริมาณน้ำบาดาลที่จะสามารถนำมาใช้ประโยชน์ได้ โดยต้องดำเนินการทั่วทั้งประเทศ เพื่อเผยแพร่การสำรวจในกฎกระทรวง²⁹ ในทางปฏิบัติของการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าว K-Water จะเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการตรวจสอบและทำแบบจำลองน้ำบาดาลโดยให้ครอบคลุมทั้งประเทศเพื่อค้นหาสัดส่วนของน้ำบาดาลในแต่ละปี³⁰ ดังนั้น ในการออกใบอนุญาตใช้น้ำบาดาลแก่ผู้ร้องขอนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องกับแผนแม่บทสำหรับการบริหารจัดการน้ำบาดาลแห่งชาติ เพื่อตรวจสอบคุณภาพและปริมาณน้ำบาดาลที่อนุญาตให้ใช้กับความสมดุลของน้ำบาดาลในภาพรวมของประเทศ

กล่าวโดยสรุป กฎหมาย Groundwater Act ของเกาหลีใต้ได้กำหนดคำนิยามของศัพท์คำว่า “น้ำบาดาล 지하수”란 지하의 지층 (地層) ไว้เพียงคำเดียวเท่านั้น ไม่ปรากฏถ้อยคำอื่นอีกที่สื่อถึงน้ำบาดาล อีกทั้งไม่ได้ระบุว่าลึกลงไปชั้นหินมากหรือน้อยเพียงใดจึงจะเรียกว่าเป็นน้ำบาดาลด้วย เพียงแต่ให้ความหมายในเชิงธรณีวิทยาเท่านั้นว่าจะต้องเป็นน้ำที่ไหลผ่านช่องว่างระหว่างชั้นของหินใต้พื้นผิวโลกซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 อย่างชัดเจน

²⁵ Article 2.2 of Groundwater Act

²⁶ Article 2.3 of Groundwater Act

²⁷ โปรดดู มาตรา 3 พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520

²⁸ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายฉบับเดิมของ Groundwater Act ก่อนที่จะมีการปรับปรุงแก้ไขล่าสุด จะพบว่าภายใต้บทบัญญัติ Article 5 นั้นได้กำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่ดิน สาธารณูปโภค และการคมนาคม (Ministry of Land, Infrastructure, and Transport) เป็นผู้มอำนาจในการสำรวจ

²⁹ Article 5 of Groundwater Act

³⁰ *Supra Note 23* Current Status of Groundwater Monitoring Networks in Korea, p.170.

นำมาสู่ประเด็นที่ว่าเราจะทราบขอบเขตอำนาจความรับผิดชอบของหน่วยงานที่ดูแลน้ำบาดาลได้อย่างไร ซึ่งประเด็นนี้เป็นเรื่องการบริหารจัดการของเกาหลีใต้ที่กำหนดให้ทั้งทรัพยากรน้ำผิวดินและใต้ดินอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานเดียวกันจึงทำให้เกิดปัญหาในแง่การทับซ้อนกันของความรับผิดชอบ นอกจากนี้ เกาหลีใต้ได้ใช้วิธีการกำหนดแผนที่แบบจำลองน้ำบาดาลภายในประเทศขึ้นมา โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องใช้เทคโนโลยีในการสำรวจว่าตำแหน่ง ที่ตั้ง หรือพื้นที่ใดบ้างที่มีน้ำบาดาลอยู่ และนำไปกำหนดเอาไว้ในแผนระดับชาติในการบริหารจัดการน้ำบาดาลซึ่งจะกล่าวในส่วนถัดไป เมื่อมีการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลบริเวณที่มีการกำหนดไว้ในแผน หน่วยงานที่รับผิดชอบจะมีอำนาจตามกฎหมายเข้ามารับผิดชอบการใช้ประโยชน์นั้น

เมื่อพิจารณา Article 6 พบว่ายังกำหนดให้รัฐมนตรีจัดทำแผนระดับชาติในการบริหารจัดการน้ำบาดาล ซึ่งจะมีระยะเวลาใช้ 10 ปี (Master Plan for Groundwater Management) และกำหนดให้รัฐมนตรีจะต้องทบทวนความเหมาะสมทุก 5 ปี โดยเนื้อหาของแผนจะประกอบด้วยแผนย่อย ได้แก่³¹

- (1) ลักษณะการสำรองและปริมาณน้ำบาดาลที่ใช้ประโยชน์ได้
- (2) สภาพที่แท้จริงของการใช้น้ำบาดาล
- (3) แผนการใช้น้ำบาดาล
- (4) แผนการเก็บรักษาน้ำบาดาล
- (5) แผนการควบคุมคุณภาพและการทำให้น้ำบาดาลบริสุทธิ์
- (6) เรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการน้ำบาดาล

จะเห็นได้ว่าการจัดทำแผนระดับชาติสำหรับการบริหารจัดการน้ำบาดาลของเกาหลีใต้มีความสำคัญและคล้ายคลึงกับการจัดทำนโยบายและแผนส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ที่ถูกกำหนดภายใต้ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นแผนระยะยาวในการวางกรอบและทิศทางสำหรับการอนุรักษ์และพัฒนา น้ำบาดาล นอกจากนี้ ภายในแผนแม่บท 10 ปี เช่นว่านั้น ยังได้กำหนดความสัมพันธ์ของการบังคับใช้กฎหมาย Groundwater Act กับกฎหมายอื่น ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการน้ำบาดาลให้เกิดการบูรณาการใช้ร่วมกัน รวมไปถึงแนวทางในการปฏิบัติของหน่วยงานรัฐส่วนกลางและท้องถิ่นด้วย

³¹ Article 6 of Groundwater Act

ในการดำเนินงานตามแผนแม่บท 10 ปี Groundwater Act จะให้อำนาจแก่ผู้ว่าราชการจังหวัด ของแต่ละจังหวัดจัดทำแผนการจัดการน้ำบาดาลระดับภูมิภาค (Regional Plan) สำหรับเขตท้องถิ่นภายในความปกครองของตนเอง ให้เป็นไปตามกรอบในแผนแม่บท และจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดปัญหาในการบริหารจัดการน้ำบาดาลในเขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง เช่น การลดลงของระดับน้ำบาดาลอย่างมีนัยสำคัญ หรือเกิดมลพิษแก่น้ำบาดาล เป็นต้น ภายในเขตพื้นที่ที่อยู่ภายใต้อำนาจปกครองดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้ว่าราชการจังหวัดอาจจะเสนอการกำหนดแผนการจัดการระดับภูมิภาคไว้ก่อน เพื่อปรึกษาหารือปัญหากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเช่นว่านั้น จากนั้นจึงให้รัฐมนตรีอนุมัติแผนการจัดการน้ำบาดาลระดับภูมิภาคก็ได้³²

กฎหมาย Groundwater Act วางหลักไว้ว่า บุคคลใดก็ตามไม่สามารถใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลได้ เว้นแต่ บุคคลนั้นจะได้รับใบอนุญาตในการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลจากรัฐ ซึ่งหลักการนี้เป็นหลักการใกล้เคียงกับประเทศไทย ทั้งยังเป็นหลักการที่จะช่วยป้องกันมิให้มีการใช้น้ำบาดาลอย่างผิดหลักวิชาการจนอาจนำไปสู่การปนเปื้อนหรือเกิดความเสียหายต่อปริมาณและคุณภาพของน้ำบาดาล อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวได้มีรายละเอียดในการขออนุญาตที่น่าสนใจบางประการ กล่าวคือ บุคคลใดหรือประชาชนใดที่ประสงค์จะพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้าจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หมายรวมถึงนายกเทศมนตรีในเมืองที่ปกครองตนเองพิเศษ เช่น เกาะเจจู เป็นต้น โดยในเขตพื้นที่ที่จะขุดเจาะน้ำบาดาล ซึ่งการขออนุญาตดังกล่าวจะไม่ใช้บังคับแก่กรณี ดังต่อไปนี้³³

(1) ในกรณีที่ใช้น้ำบาดาลที่ไหลตามธรรมชาติหรือไหลโดยบังเอิญเนื่องจากโครงการที่ได้ดำเนินการหลังจากได้รับอนุญาต หรือได้จัดทำรายงานตามกฎหมายเฉพาะอื่นแล้ว

(2) ในกรณีที่ผู้ร้องขอได้พัฒนาและใช้ประโยชน์จากบ่อน้ำในครัวเรือนหรือบ่อน้ำทั่วไปโดยที่ไม่ใช้อุปกรณ์ หรือเครื่องจักรที่ขับเคลื่อนด้วยพลังงาน

ถ้าหากไม่เข้ากรณียกเว้นข้างต้น ผู้ประสงค์จะขออนุญาตใช้น้ำบาดาลจะต้องได้รับการตรวจสอบผลกระทบต่อน้ำบาดาลก่อน (groundwater impact investigation) ซึ่งจะดำเนินการโดยหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบผลกระทบ บทบัญญัติใน Article 7 ได้กำหนดให้หน่วยงานที่จะขึ้นทะเบียนเป็นหน่วยงานในการตรวจสอบวิเคราะห์ผลกระทบน้ำบาดาลจะเป็นไปตามข้อบังคับ

³² Article 6-2 of Groundwater Act

³³ Article 7 of Groundwater Act

ของประธานาธิบดี ซึ่งวางหลักให้บุคคลหรือหน่วยงานใดที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตรวจสอบผลกระทบต่อน้ำบาดาลจะต้องจดทะเบียนต่อรัฐ และต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายได้กำหนด จะเห็นได้ว่ารูปแบบของการขอรับใบอนุญาตใช้น้ำบาดาลอาจมีความคล้ายคลึงกับระบบการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย โดยกฎหมายได้กำหนดให้มีการจัดทำรายงานตรวจสอบผลกระทบต่อน้ำบาดาลโดยตัวแทน (Agency) ที่ขึ้นทะเบียนกับรัฐ และประกอบธุรกิจในฐานะผู้รับตรวจและจัดทำรายงานดังกล่าว³⁴ ในการควบคุมผู้รับตรวจนั้นรัฐจะดำเนินการอย่างเข้มงวดโดยการสร้างหลักเกณฑ์ในการวิเคราะห์ตรวจสอบผลกระทบที่อาจเกิดต่อน้ำบาดาล สั่งให้รายงานการดำเนินงาน รวมถึงอาจถูกถอดถอนใบอนุญาตในการเป็นผู้รับตรวจได้หากพบความไม่เหมาะสมหรือขาดคุณสมบัติ³⁵

จะเห็นได้ว่าการเป็นผู้รับตรวจนั้นคล้ายคลึงกับกฎหมายไทยหลายเรื่อง เช่น การกำหนดให้มีผู้ศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA Consultant) ตามกฎหมายส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม หรือผู้ตรวจสอบโรงงาน ตามกฎหมายโรงงาน (Third-Party) เป็นต้น³⁶ โดยบุคคลเหล่านี้จะถูกควบคุมโดยภาครัฐ และในท้ายที่สุด ผลของการตรวจสอบนั้นจะถูกส่งให้กับหน่วยงานท้องถิ่น ซึ่งจะพิจารณารายงานการตรวจสอบผลกระทบน้ำบาดาลและพิจารณาว่าการขออนุญาตนั้นสอดคล้องกับแผนแม่บท และแผนระดับจังหวัดหรือไม่ จากนั้นจึงกำหนดรายละเอียดเนื้อหาในใบอนุญาต อย่างไรก็ตาม หลังจากที่ได้รับรายงานแล้ว ผู้อนุญาตจะสั่งไม่อนุญาตก็ได้หากพบว่ามีข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้³⁷

(1) ในกรณีมีการสูบน้ำบาดาลแล้ว มีแนวโน้มที่น้ำบาดาลจะระบายออกจากแหล่งน้ำมากไป หรือนำไปสู่การทรุดตัวของพื้นดินในพื้นที่ใกล้เคียง หรือเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของสิ่งก่อสร้าง อุปกรณ์ที่ติดตั้งอยู่บริเวณใกล้เคียง

(2) ในกรณีที่การพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลมีแนวโน้มที่จะปนเปื้อนน้ำบาดาลหรือมีแนวโน้มที่จะทำลายระบบนิเวศตามธรรมชาติ

(3) ในกรณีที่การพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลบริเวณนั้นมีแนวโน้มที่จะก่อให้เกิดปัญหาในการจัดการน้ำบาดาล หรือมีการวางผังเมืองหรือมีโครงการเพื่อประโยชน์สาธารณะ

³⁴ Article 27 of Groundwater Act

³⁵ Articles 27-30 of Groundwater Act

³⁶ โปรดดู มาตรา 48 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และ มาตรา 9 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535

³⁷ Article 7 of Groundwater Act

อื่น ๆ ภายใต้กฎหมายการจัดทำแผนและการใช้ประโยชน์ที่ดิน (National Land Planning and Utilization Act)

(4) กรณีอื่น ๆ ที่อาจประกาศกำหนดโดยข้อบังคับของประธานาธิบดี ซึ่งถือว่าเป็นเหตุจำเป็นยิ่งเพื่อการเก็บรักษาน้ำบาดาล

หลังจากที่ผู้ประสงค์จะพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลได้รับใบอนุญาตพร้อมเงื่อนไขในใบอนุญาตที่อาจถูกกำหนดเพิ่มเติมแล้ว³⁸ ใบอนุญาตดังกล่าวจะมีอายุเพียง 5 ปี เท่านั้น แต่สามารถที่จะขอขยายระยะเวลาออกไปได้ตามเหตุจำเป็นและความเหมาะสมที่แสดงต่อผู้พิจารณาอนุญาต แต่จะขยายได้ไม่เกิน 5 ปี³⁹ นอกจากนี้ กฎหมาย Groundwater Act ยังรับรองการโอนใบอนุญาตการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลในกรณีที่ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลถ่ายโอนสิ่งอำนวยความสะดวกในการพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล หรือในกรณีที่เสียชีวิต หรือในกรณีที่องค์กรหรือธุรกิจน้ำบาดาลของตนไปควบรวมกิจการกับบริษัทอื่น กฎหมายกำหนดให้ผู้รับโอนหรือผู้สืบทอดมรดกดังกล่าว มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกันกับผู้โอนใบอนุญาต ทั้งนี้ ผู้รับโอนจำเป็นต้องรายงานให้หน่วยงานรัฐผู้อนุญาตทราบถึงการเปลี่ยนแปลงเช่นนั้น เพื่อให้ได้รับการตรวจสอบจากรัฐ⁴⁰ หากฝ่าฝืนไม่มีการรายงานตามที่กฎหมายกำหนดผู้รับโอนจะถูกลงโทษ

2.2.2.2 การควบคุมการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล

ในประเด็นเรื่องมาตรการในการขุดเจาะน้ำบาดาลและการเติมน้ำบาดาล เมื่อผู้ประสงค์จะพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลได้รับใบอนุญาตแล้ว การก่อสร้างรวมถึงการติดตั้งเครื่องมือเพื่อขุดเจาะน้ำบาดาลจะต้องได้รับการควบคุมโดยกฎหมาย ซึ่ง Groundwater Act กำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาต ต้องจัดทำรายงานการก่อสร้างเครื่องมือหรือสิ่งอำนวยความสะดวกในการพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลเสนอต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยการรายงานดังกล่าวจะต้องประกอบด้วย⁴¹

- (1) วิธีการสำรวจน้ำบาดาล ตาม Article 5
- (2) รายงานการตรวจสอบผลกระทบต่อน้ำบาดาล ตาม Article 7
- (3) วิธีการตรวจวัดคุณภาพน้ำบาดาล

³⁸ Article 7-2 of Groundwater Act

³⁹ Article 7-3 of Groundwater Act

⁴⁰ Article 11 of Groundwater Act

⁴¹ Article 9-4 of Groundwater Act

(4) การกระทำอื่นใดตามที่กำหนดโดยข้อบังคับของประธานาธิบดี ซึ่งอาจจะมีผลต่อทั้งคุณภาพและปริมาณของน้ำบาดาล

รายการตรวจสอบทั้ง 4 ประการข้างต้นนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเป็นผู้ขอให้ผู้ประสงค์ที่จะก่อสร้างหรือติดตั้งเครื่องมือขุดเจาะน้ำบาดาลส่งข้อมูลที่จำเป็นสำหรับนำมาวิเคราะห์การจัดการลักษณะทางธรณีวิทยา ปริมาณน้ำผิวดิน และน้ำบาดาลที่จะถูกใช้ไปหลังจากที่มีการขุดเจาะ อย่างไรก็ตาม หากมีการวิเคราะห์แล้วพบว่าการขุดเจาะเช่นนั้นส่งผลกระทบต่อหรืออาจมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อคุณภาพหรือปริมาณของน้ำบาดาล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจสั่งให้ผู้ประสงค์ที่ได้รับขออนุญาตเปลี่ยนแปลง หรือปรับปรุง เครื่องมือ อุปกรณ์ หรือสิ่งอำนวยความสะดวกในการขุดเจาะได้⁴²

ในการเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ประสงค์จะพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล สามารถเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมาย Groundwater Act ซึ่งได้ระบุเหตุหรือข้อเท็จจริงในการเพิกถอนใบอนุญาตเอาไว้หลายกรณี ซึ่งถ้าหากเข้ากรณีใดดังต่อไปนี้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีหน้าที่แจ้งให้บุคคลที่ได้รับใบอนุญาตดังกล่าวได้ทราบถึงเหตุผลในการเพิกถอนใบอนุญาตเป็นลายลักษณ์อักษร⁴³

(1) ในกรณีที่บุคคลนั้นได้รับอนุญาตให้พัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลโดยวิธีการที่ไม่เป็นธรรม (unjust means)

(2) ในกรณีที่บุคคลนั้นตกอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ตาม Article 7 เช่น การพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลมีแนวโน้มที่จะปนเปื้อนน้ำบาดาล หรือนำไปสู่การทรุดตัวของพื้นดินในพื้นที่ใกล้เคียงหรือเป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของอุปกรณ์ต่อพ่วง

(3) ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่จัดทำรายงานการก่อสร้างเครื่องมือหรือสิ่งอำนวยความสะดวกในการพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลให้แล้วเสร็จตามที่กฎหมายกำหนด หรือรายงานเป็นเท็จ

(4) ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่สามารถเริ่มงานก่อสร้างภายใน 3 เดือนนับจากวันที่ได้รับอนุญาต โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือระงับการก่อสร้างติดต่อกันเกิน 3 ครั้ง หลังจากเริ่มดำเนินการ

(5) ในกรณีที่บุคคลนั้นได้รับอนุญาตไปแล้ว แต่ไม่มีการรวบรวมน้ำบาดาล ณ พื้นที่ที่ขออนุญาตขุดเจาะเพื่อการพัฒนาและใช้ประโยชน์น้ำบาดาล

⁴² Article 9-4 of Groundwater Act

⁴³ Article 10 of Groundwater Act

(6) ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่สามารถที่จะพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลได้ เนื่องจากคุณภาพน้ำบาดาลไม่ดีพอ

(7) ในกรณีที่บุคคลนั้นไม่สามารถพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลได้ตามวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาต

(8) ในกรณีที่บุคคลได้ดำเนินการพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลเสร็จสิ้นเรียบร้อยแล้ว หรือในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อมร้องขอให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพิกถอนการอนุญาต เพราะได้รับข้อมูลว่าระดับน้ำบาดาลในพื้นที่ดังกล่าวลดลงอย่างต่อเนื่อง และจำเป็นต้องระงับ หรือจำกัดการพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล

(9) ในกรณีที่บุคคลนั้นฝ่าฝืนคำสั่งให้ระงับการใช้น้ำบาดาล หรือปรับปรุงคุณภาพน้ำ

นอกจากนี้ ผู้ได้รับอนุญาตในการพัฒนาและใช้น้ำบาดาลจะต้องวางแผนจัดการภายหลัง (Post-Management) ว่าหลังจากที่ได้ใช้น้ำบาดาลไปแล้วจะดำเนินการอย่างไรต่อไปเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อคุณภาพของน้ำบาดาลในบ่อที่ขุดเจาะ เช่น วิธีการจัดการหรือบำรุงรักษาเครื่องมือหรือสิ่งก่อสร้างที่ใช้ขุดเจาะ การดำเนินการเกี่ยวกับบ่อน้ำบาดาลที่เจาะไว้ และต้องรายงานผลการดำเนินการดังกล่าวให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบซึ่งการดำเนินการนั้นจะถูกตรวจสอบและควบคุมจากรัฐ⁴⁴

2.2.2.3 การส่งเสริมการอนุรักษ์และพัฒนาน้ำบาดาล

นอกจากการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลแล้ว รัฐยังมีหน้าที่สำคัญในการพัฒนาน้ำบาดาลให้เกิดความยั่งยืนและไม่ถูกรบกวนหรือปนเปื้อนภาวะเป็นพิษ หรืออันตรายอื่นด้วย โดยมาตรการดังกล่าวอยู่ในรูปแบบของการกำหนด “เขตอนุรักษ์น้ำบาดาล” (지하수보전구역의 지정) ซึ่งจะมีการวางมาตรการพิเศษเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์และพัฒนาน้ำบาดาลในเขตดังกล่าว

การควบคุมการพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลตามกฎหมาย Groundwater Act นอกจากจะเป็นเรื่องการพิจารณาออกใบอนุญาต การกำหนดวิธีการขุดเจาะที่ถูกต้องแล้ว ยังมีมาตรการในการกำหนดเขตพื้นที่สำหรับอนุรักษ์น้ำบาดาลด้วยซึ่งเป็นการนำแนวคิดในการกำหนดเขต (Zoning) มาประยุกต์ใช้ โดยแนวคิดทำนองนี้ถูกพบเห็นได้ชัดเจนในกฎหมายไทย เช่น การกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 หรือการกำหนดการใช้ประโยชน์ทรัพยากรน้ำสาธารณะเพื่อการอนุรักษ์และ

⁴⁴ Article 9-5 of Groundwater Act

การพัฒนาตามพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ.2561 เป็นต้น⁴⁵ อย่างไรก็ตาม การกำหนดเขตอนุรักษ์น้ำบาดาล (Groundwater Preservation Zone) ตามกฎหมาย Groundwater Act มีแนวคิดที่น่าสนใจบางประการที่เป็นประโยชน์ในการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายของประเทศไทย

กฎหมาย Groundwater Act ได้ให้อำนาจแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดในการกำหนดว่าเขตพื้นที่ใดที่ตนเองปกครองอยู่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดหรือไม่ ซึ่งจะประกาศให้เป็นเขตอนุรักษ์น้ำบาดาล (Groundwater Preservation Zone) และการที่จะประกาศให้พื้นที่ที่เห็นว่าเหมาะสมเป็นเขตอนุรักษ์น้ำบาดาล กฎหมายยังได้กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดจำเป็นต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นประชาชนที่อยู่อาศัยบริเวณเขตพื้นที่เช่นนั้นด้วย⁴⁶ การประกาศเขตดังกล่าวอาจพิจารณาได้เป็นกรณีที่แตกต่างกัน ได้แก่

กรณีหนึ่ง พื้นที่นั้นจะต้องเป็นพื้นที่ที่มีลักษณะลำห้วยตอนบนที่เป็นแหล่งเติมน้ำบาดาล โดยธรรมชาติที่ซึ่งเชื่อมต่อไปยังอีกพื้นที่หนึ่งในบริเวณปลายลำห้วย หรือเป็นบริเวณพื้นที่ที่มีชั้นของน้ำบาดาลอันอุดมสมบูรณ์เป็นแหล่งที่มาของน้ำดิบ หรือเป็นพื้นที่ที่มีการพัฒนาและใช้น้ำบาดาลในปริมาณที่สูงมากซึ่งกำหนดไว้ในแผนแม่บทหรือแผนการจัดการน้ำบาดาลระดับภูมิภาค หรือเป็นพื้นที่ที่มีการพัฒนาและการใช้น้ำบาดาลมากเกินไปจนทำให้เกิดหรือมีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดการทรุดตัวของพื้นดินหรือทำให้แม่น้ำแห้ง หรือเป็นพื้นที่ที่มีการพัฒนาและใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลซึ่งส่งผลกระทบอย่างรุนแรง หรือมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อระบบนิเวศ หรือเป็นพื้นที่อื่นใดที่จะถูกกำหนดภายหลังโดยข้อบังคับของประธานาธิบดีซึ่งจำเป็นสำหรับการรักษาคุณภาพและปริมาณของน้ำบาดาล⁴⁷ จากลักษณะของพื้นที่ดังกล่าวข้างต้น ผู้ว่าราชการจังหวัดจะมีอำนาจในการประกาศให้เป็นเขตอนุรักษ์น้ำบาดาล

กรณีที่สอง ในบางเขตพื้นที่ซึ่งมีลักษณะตามที่กำหนดข้างต้นในกรณีหนึ่ง แต่ไม่ได้ถูกประกาศให้เป็นเขตอนุรักษ์น้ำบาดาล และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อมเห็นแล้วว่าถ้าหากปล่อยไว้เช่นนั้น พื้นที่ดังกล่าวจะก่อให้เกิดความยุ่งยากในการอนุรักษ์และจัดการน้ำบาดาลได้ หรือเห็นแล้วว่าพื้นที่ดังกล่าวจำเป็นสำหรับการรักษาคุณภาพน้ำบาดาล รัฐมนตรีสามารถจะสั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดในเขตพื้นที่นั้นประกาศกำหนดให้เป็นเขตอนุรักษ์น้ำบาดาลก็ได้⁴⁸ เป็นที่น่า

⁴⁵ โปรดดู มาตรา 43 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และ มาตรา 78 พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561

⁴⁶ Article 12-2 of Groundwater Act

⁴⁷ Article 12 of Groundwater Act

⁴⁸ Ibid.

สังเกตว่า การกำหนดเขตพื้นที่อนุรักษ์น้ำบาดาลในกรณีที่สองนี้เปรียบเสมือนการอุดช่องว่าง หากผู้ว่าราชการจังหวัดไม่ได้ประกาศกำหนดให้เขตพื้นที่ที่มีลักษณะเหมาะสมแก่การอนุรักษ์น้ำบาดาลตามที่กำหนดในกรณีหนึ่ง ทั้งที่เขตพื้นที่ที่มีคุณสมบัติดังกล่าวอยู่ในความดูแลของตน กฎหมายจึงให้อำนาจแก่รัฐมนตรีดำเนินการได้เอง

เมื่อมีการประกาศให้เขตพื้นที่ใดเป็นเขตอนุรักษ์น้ำบาดาลแล้ว ไม่ว่าจะจะเป็นไปตามกรณีหนึ่งที่หนึ่งหรือสอง กฎหมาย Groundwater Act จะกำหนดให้มีมาตรการเฉพาะที่ถูกกำหนดให้บังคับใช้ในเขตพื้นที่นั้น ซึ่งจะเป็นการจำกัด และห้ามกิจกรรมบางอย่าง จะเห็นได้ว่าแนวคิดเช่นนี้ถูกบัญญัติทำนองเดียวกันกับการกำหนดเขตอนุรักษ์ตามกฎหมายของประเทศไทยด้วย โดยกิจกรรมที่ถูกจำกัดหรือห้าม ได้แก่⁴⁹

(1) การพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลตามอัตราส่วนที่กำหนดโดยข้อบังคับของประธานาธิบดี หรือในอัตราส่วนที่เกินกว่าขอบเขตที่ต้องรายงานในการขอใบอนุญาตในชั้นตอนปกติ

(2) การติดตั้งสิ่งก่อสร้าง หรือสิ่งอำนวยความสะดวก ตามที่กำหนดในข้อบังคับของประธานาธิบดีซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการกำจัด ผลิต หรือจัดเก็บ สารเคมีที่เป็นพิษ หรือสารเฉพาะเป็นอันตรายต่อคุณภาพน้ำ รวมถึงของเสีย สิ่งปฏิกูลและสิ่งขี้ถ่าย ซึ่งถูกระบุภายใต้กฎหมายอื่น

(3) การกระทำอื่นที่กำหนดโดยข้อบังคับของประธานาธิบดี ซึ่งก่อให้เกิดอันตรายอย่างชัดเจน เช่น เกิดการลดระดับปริมาณน้ำบาดาล เกิดมลพิษแก่น้ำบาดาล หรือเกิดการทรุดตัวของพื้นดิน

3. แนวทางในการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้ พบว่ามีประเด็นที่น่าสนใจอยู่บางประการที่จะสามารถนำมาวิเคราะห์และประยุกต์ใช้พัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของประเทศไทย และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลน้ำบาดาล ซึ่งแนวทางดังกล่าวถูกวิเคราะห์ออกเป็นสามประเด็นสำคัญ ได้แก่

(1) ประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้น้ำบาดาลและการอนุญาตใช้น้ำบาดาล ผู้วิจัยจะวิเคราะห์แบบอย่างของกฎหมายน้ำบาดาลเกาหลีใต้ว่าจะสามารถประยุกต์ใช้กับการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลไทยหรือไม่อย่างไร มีความเป็นไปได้หรือมีข้อจำกัดอย่างไรบ้าง

⁴⁹ Article 13 of Groundwater Act

(2) ประเด็นเรื่องการควบคุมการใช้ประโยชน์น้ำบาดาล ผู้วิจัยจะวิเคราะห์แบบอย่างของกฎหมายน้ำบาดาลเกาหลีได้ว่ามีมาตรการใดที่โดดเด่นและน่าสนใจสำหรับควบคุมการใช้น้ำบาดาลทั้งในแง่คุณภาพและปริมาณของน้ำบาดาล ซึ่งประเทศไทยอาจนำมาพิจารณาใช้ควบคุมการใช้ประโยชน์น้ำบาดาลได้

(3) ประเด็นเรื่องการส่งเสริมการอนุรักษ์และพัฒนาน้ำบาดาล ผู้วิจัยจะวิเคราะห์ว่าการส่งเสริมการอนุรักษ์และพัฒนาน้ำบาดาลตามกฎหมายน้ำบาดาลเกาหลีได้มีแนวคิดอย่างไรที่อาจสอดคล้องกับการส่งเสริมการอนุรักษ์และพัฒนาน้ำบาดาลในประเทศไทย

ทั้งนี้ ในการวิเคราะห์แนวทางดังกล่าวข้างต้นสามารถอธิบายรายละเอียด ดังต่อไปนี้

3.1 ขอบเขตการใช้น้ำบาดาลและการอนุญาตใช้น้ำบาดาล

ปัจจุบันนี้ พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 ได้กำหนดให้เขตน้ำบาดาล หมายความว่า เขตท้องที่ที่รัฐมนตรีกำหนดให้เป็นเขตน้ำบาดาลโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁵⁰ โดยมีประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตน้ำบาดาลและความลึกของน้ำบาดาล พ.ศ. 2554 ซึ่งกำหนดให้ท้องที่กรุงเทพมหานคร และท้องที่ของแต่ละจังหวัดทุกจังหวัดในราชอาณาจักรไทยเป็นเขตน้ำบาดาล และให้น้ำใต้ดินที่อยู่ลึกลงไปจากผิวดินเกินกว่า 15 เมตร เป็นน้ำบาดาล ในเขตน้ำบาดาลกรุงเทพมหานคร และเขตน้ำบาดาลจังหวัดทุกจังหวัดในราชอาณาจักรไทย⁵¹ จากกฎหมายดังกล่าว ผู้วิจัยพบว่าประเด็นสำคัญ ได้แก่ ประเด็นเขตพื้นที่ใดบ้างที่อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของกรมทรัพยากรน้ำบาดาล และประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าต้องลึกลงไปใต้ดินเท่าใดจึงจะเรียกว่าน้ำบาดาลที่อยู่ภายใต้ขอบเขตการบริหารจัดการและควบคุมโดยกรมทรัพยากรน้ำบาดาลตามกฎหมายน้ำบาดาล

เป็นที่น่าสังเกตว่า ประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวได้ระบุไว้แล้วชัดเจนว่าทุกท้องที่ในราชอาณาจักรไทยเป็นเขตน้ำบาดาล ดังนั้น หากมีการแก้ไขพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 ในอนาคตไม่จำเป็นต้องกำหนดเนื้อความที่ให้อำนาจรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองประกาศกำหนดเขตน้ำบาดาลแล้ว แต่สามารถระบุลงไปในพระราชบัญญัติได้เลยว่าให้ทุกท้องที่ในราชอาณาจักรไทยเป็นเขตน้ำบาดาล โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดให้ออกเป็นกฎหมายลำดับรองอย่างไรก็ดี ในการกำหนดให้น้ำใต้ดินที่อยู่ลึกลงไปจากผิวดินเกินกว่า 15 เมตร มีความเป็นไปได้ที่

⁵⁰ โปรดดู มาตรา 3 พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520

⁵¹ โปรดดู ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตน้ำบาดาลและความลึกของน้ำบาดาล พ.ศ. 2554 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2554

จะเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เช่น กรณีที่มีการเจาะน้ำใต้ดินในระดับที่ไม่ถึง 15 เมตร จะทำให้หลุดพ้นจากขอบเขตการบริหารจัดการภายใต้บังคับของกฎหมายน้ำบาดาล ซึ่งเกิดปัญหาการขุดเจาะที่ไม่ได้ถูกควบคุม และก่อให้เกิดการปนเปื้อนที่ซึมลงไปในพื้นที่น้ำบาดาลได้ หรือการที่กฎหมายกำหนดความลึกไว้ตายตัวที่ 15 เมตร อาจไม่เหมาะสมกับสภาพทางภูมิศาสตร์ของบางพื้นที่ของประเทศไทย

เมื่อพิจารณากฎหมายเกาหลีใต้ พบว่าไม่ได้กำหนดระดับความลึก 15 เมตร เหมือนกฎหมายไทย แต่ใช้วิธีการกำหนดโดยทั่วไปว่าบริเวณใดที่เป็นแหล่งน้ำใต้ดิน โดยมีข้อดี คือ เกิดความยืดหยุ่นไม่ถูกจำกัดด้วยระดับความลึกแต่ใช้วิธีการสำรวจว่าพื้นที่ใดบ้างที่มีแหล่งน้ำใต้ดิน เมื่อมีการใช้น้ำจากแหล่งน้ำใต้ดินนั้นกฎหมายก็จะเข้าไปควบคุมทันที ซึ่งทำให้การควบคุมการใช้น้ำใต้ดินในแต่ละพื้นที่เกิดความยืดหยุ่นสูง แต่ก็มีข้อเสีย คือ การสำรวจดังกล่าวจำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีและความชำนาญอย่างยิ่งของหน่วยงานที่ทำหน้าที่สำรวจ และจัดทำแบบจำลองน้ำบาดาล หากประเทศไทยจะไม่กำหนดระดับความลึกของน้ำใต้ดินและเปลี่ยนมาใช้วิธีการสำรวจและจัดทำแบบจำลองว่าพื้นที่ใดบ้างที่มีแหล่งน้ำใต้ดิน จำเป็นต้องมีการพัฒนาเทคโนโลยี อาจจะใช้เทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาช่วยเหลือในการสำรวจ และสร้างความเชี่ยวชาญให้แก่บุคลากรที่ทำการสำรวจและจัดทำแบบจำลองซึ่งอาจจะต้องใช้งบประมาณที่สูง อนึ่ง ผู้วิจัยเห็นว่าถ้าประเทศไทยจะนำแบบอย่างของกฎหมายเกาหลีใต้มาใช้แทนที่การกำหนดความลึก จำเป็นจะต้องพิจารณาบริบทอื่นประกอบด้วย โดยเฉพาะลักษณะของการก่อตัวทางอุทกวิทยา (Hydrogeological Formation) ที่อาจแตกต่างกันของทั้งสองประเทศ ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถยกเลิกการกำหนดความลึกได้ เนื่องจากโครงสร้างทางอุทกวิทยามีความแตกต่างกัน การคำนึงถึงลักษณะของแอ่งน้ำบาดาลในประเทศไทยจึงต้องพิสูจน์ว่ามีลักษณะโครงสร้างทางอุทกวิทยาเหมือนประเทศเกาหลีใต้หรือไม่ และจำเป็นต้องพิจารณาเป็นรายแอ่งน้ำบาดาลเพื่อให้สอดคล้องกับแต่ละพื้นที่ในประเทศไทย

ในเรื่องการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลนั้น ประเทศไทยใช้ระบบออกใบอนุญาต (Licensing System) เหมือนกับกฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเกาหลีใต้ได้กำหนดแผนแม่บทสำหรับการใช้น้ำบาดาลซึ่งเป็นแผนระดับชาติที่ระบุการคำนวณปริมาณน้ำบาดาล การควบคุมคุณภาพน้ำบาดาล เพื่อที่จะได้กำหนดสัดส่วนการออกใบอนุญาตใช้น้ำบาดาล (allowance) แก่ผู้ขออนุญาตใช้น้ำบาดาล ซึ่งจะทำให้เห็นภาพรวมว่าน้ำบาดาลมีอยู่เท่าใดและจะสามารถแจกจ่ายให้ใช้ประโยชน์ได้เท่าใด ซึ่งการกำหนดแผนในลักษณะนี้สามารถนำไปปรับใช้ในแผนแม่บทเพื่อการพัฒนาและการอนุรักษ์แหล่งน้ำบาดาล และขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการน้ำบาดาลได้ตามกลไกของพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520⁵²

⁵² โปรดดู มาตรา 7 สัตต พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520

ส่วนเรื่องการออกใบอนุญาตใช้น้ำบาดาล พบว่ากฎหมายเกาหลีได้กำหนดขั้นตอนไม่แตกต่างจากกฎหมายไทยมากนัก เมื่อพิจารณาถึงการบูรณาการระหว่างพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 และพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 จะพบว่า คำนิยามของ “ทรัพยากรน้ำสาธารณะ” ได้หมายความรวมถึงแหล่งน้ำใต้ดินด้วย⁵³ ดังนั้น ในเรื่องการอนุญาตใช้น้ำสาธารณะตามกฎหมายดังกล่าวจะมีความซ้ำซ้อนกับการอนุญาตใช้น้ำบาดาลตามกฎหมายน้ำบาดาลหรือไม่ ซึ่งในหมวด 4 แห่งพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ว่าด้วยเรื่องการจัดสรรน้ำและการใช้น้ำ ได้กำหนดให้จำแนกประเภทการใช้น้ำเป็นสามประเภท การใช้น้ำประเภทที่หนึ่งไม่ต้องขอรับใบอนุญาตการใช้น้ำ แต่การใช้น้ำประเภทที่สองและประเภทที่สามต้องได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมชลประทาน อธิบดีกรมทรัพยากรน้ำ หรืออธิบดีกรมทรัพยากรน้ำบาดาล แล้วแต่กรณี⁵⁴

จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ได้สร้างกลไกการบูรณาการโดยกำหนดให้หลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาตใช้น้ำบาดาลให้เป็นอำนาจของกรมทรัพยากรน้ำบาดาลตามกฎหมายน้ำบาดาล รวมถึงการกำหนดอัตราค่าใช้น้ำประเภทที่สองและประเภทที่สามด้วย เนื่องจาก มาตรา 50 พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าใช้น้ำประเภทที่สองและประเภทที่สามที่ไม่ใช่จากทางน้ำชลประทาน และไม่ใช่บาดาล ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขทีู่กกำหนดตามมาตรา 49 ดังนั้น การขออนุญาตใช้น้ำบาดาลและอัตราค่าใช้น้ำบาดาลยังคงอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับของพระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520 อยู่ การเกิดขึ้นของพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 ไม่ได้สร้างความทับซ้อนกันของการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับ อนึ่ง แม้ว่ากฎหมายจะสร้างกลไกการบูรณาการร่วมกัน แต่ผู้ขอรับใบอนุญาตใช้น้ำบาดาลประเภทที่สองและประเภทที่สาม มีหน้าที่เพิ่มเติมในการยื่นแผนการบริหารจัดการน้ำบาดาลตามทื่อธิบดีกรมทรัพยากรน้ำบาดาลประกาศกำหนดด้วย⁵⁵ ซึ่งช่วยให้หน่วยงานพิจารณาอนุญาตใช้น้ำบาดาลมีโอกาสได้รับข้อมูลอย่างรอบด้านประกอบการพิจารณา

อนึ่ง กฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีได้ มีจุดเด่นอีกประการ คือ การให้บทบาทแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาอนุญาตใช้น้ำบาดาล ประเด็นนี้นี้นอยู่บนเหตุผลที่ว่าท้องถิ่นมีข้อมูลผู้ใช้น้ำบาดาลในท้องที่ตนเองดูแลอยู่ ทำให้ง่ายต่อการตรวจสอบว่าปริมาณน้ำบาดาลเท่าใดที่จะถูกใช้สอย และผู้ขอใช้น้ำบาดาลเป็นใคร⁵⁶ แตกต่างจากประเทศไทยที่กำหนด

⁵³ โปรดดู มาตรา 3 พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561

⁵⁴ โปรดดู มาตรา 42, 43, และ 44 พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561

⁵⁵ โปรดดู มาตรา 47 พระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561

⁵⁶ *Supra Note 23 Current Status of Groundwater Monitoring Networks in Korea*, p.172.

ให้การขอใบอนุญาตใช้น้ำบาดาลขึ้นอยู่กับพิจารณาของกรมทรัพยากรน้ำบาดาล ผู้วิจัยเห็นว่า หากจะประยุกต์ใช้แบบอย่างของกฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้ที่กำหนดให้บทบาทองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้ามา มีบทบาทร่วมกับส่วนกลาง อาจมีประเด็นที่ต้องขบคิด โดยเฉพาะเรื่องการสร้างขีดความสามารถขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวข้องกับการจัดการน้ำบาดาล ซึ่งต้องไม่จำกัดเฉพาะเรื่องการพิจารณาอนุญาตใช้น้ำบาดาลเท่านั้น แต่ต้องมีความสามารถในการประเมินการใช้น้ำในภาพรวมด้วย อีกทั้ง ต้องพัฒนาขีดความรู้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับน้ำบาดาล รวมถึงบุคลากรที่ดำเนินการสำรวจบ่อน้ำบาดาลในท้องที่ ซึ่งหากในอนาคตจะมีการเพิ่มบทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในเรื่องดังกล่าว กรมทรัพยากรน้ำบาดาลอาจใช้กลไกประสานงานกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อให้ความรู้ การถ่ายทอดเทคโนโลยี ผ่านหน่วยงานน้ำบาดาลที่อยู่ตามภูมิภาค

3.2 การควบคุมการใช้ประโยชน์น้ำบาดาล

จุดเด่นประการสำคัญของกฎหมายเกาหลีใต้ในการควบคุมการใช้ประโยชน์น้ำบาดาล คือ การกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตจัดทำรายงานการก่อสร้างเครื่องมือหรือสิ่งอำนวยความสะดวกในการพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาลเสนอต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งก่อนและหลังการใช้น้ำบาดาล ซึ่งรายงานการวิเคราะห์ดังกล่าวจะครอบคลุมกิจกรรมและกระบวนการใช้น้ำบาดาล ตั้งแต่การสำรวจ การขุดเจาะ การผันน้ำ การเติมน้ำ การประเมินผลกระทบที่จะเกิดแก่น้ำบาดาล จนไปถึงการอุดกลบบ่อน้ำเมื่อไม่ต้องการใช้ ซึ่งกฎหมายน้ำบาดาลของไทยไม่ได้กำหนดหน้าที่แก่ผู้รับใบอนุญาตในการจัดทำรายงานการวิเคราะห์เช่นนั้น แต่กำหนดให้ควบคุมกิจกรรมผ่านการออกใบอนุญาต และกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าติดตามตรวจสอบเท่านั้น⁵⁷ ซึ่งการควบคุมในลักษณะนี้จำเป็นต้องใช้บุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญเป็นจำนวนมาก ถ้าหากกำหนดให้นำแนวทางของเกาหลีใต้มาปรับใช้ การควบคุมตรวจสอบการใช้น้ำบาดาลก็สามารถติดตามอย่างเป็นระบบตามที่ระบุในรายงานได้

อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตจัดทำรายงานการก่อสร้างเครื่องมือหรือสิ่งอำนวยความสะดวกในการพัฒนาและการใช้ประโยชน์จากน้ำบาดาล อาจจะต้องขบคิดว่า ผู้ได้รับอนุญาตทุกรายหรือไม่ที่ต้องจัดทำรายงาน หรือเฉพาะบางรายที่มีความประสงค์จะใช้น้ำบาดาลในปริมาณมากและอาจกระทบต่อคุณภาพและปริมาณน้ำบาดาลเท่านั้นที่ต้องจัดทำรายงาน การยื่นรายงานอาจยื่นผ่านสำนักงานน้ำบาดาลที่ตั้งอยู่ในท้องที่ต่าง ๆ ได้ หรือถ้าหากมีการเพิ่มบทบาท

⁵⁷ โปรดดู มาตรา 28 พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการเข้ามามีส่วนร่วมในกิจการน้ำบาดาล ก็สามารถยื่นข้อเรียกร้อง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในท้องที่มีการยื่นขออนุญาตใช้น้ำบาดาล อีกทั้ง รายงานดังกล่าวจะได้รับการตรวจสอบจากผู้ทรงคุณวุฒิอย่างไร อาจจะใช้กลไกอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการน้ำบาดาลให้เป็น ผู้พิจารณารายงานดังกล่าวซึ่งอาจไปแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในส่วนของอำนาจหน้าที่คณะกรรมการ ก็ได้ ทั้งนี้ องค์ประกอบของคณะกรรมการอาจจำเป็นต้องปรับโครงสร้างสัดส่วนของกรรมการโดย กำหนดสัดส่วนผู้ทรงคุณวุฒิเพิ่มมากขึ้นเพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่การพิจารณาและให้ความเห็น ทางวิชาการมากขึ้น

3.3 การส่งเสริมการอนุรักษ์และพัฒนาน้ำบาดาล

กลไกในการส่งเสริมการอนุรักษ์และพัฒนาน้ำบาดาลตามกฎหมายเกาหลีใต้ขึ้นอยู่กับ พื้นฐานของวิธีการกำหนดเขตควบคุม (Zoning) โดยกำหนดให้เขตพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง หรือหลาย พื้นที่เป็นเขตอนุรักษ์น้ำบาดาลและมีการวางมาตรการพิเศษเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ และพัฒนาน้ำบาดาลในเขตดังกล่าว ซึ่งปัจจุบัน กฎหมายน้ำบาดาลไทยได้กำหนดให้มีเขตอนุรักษ์ และพัฒนาน้ำบาดาลเอาไว้โดยกำหนดเป็นเขตวิกฤตการณ์น้ำบาดาล ซึ่งต้องเป็นเขตท้องที่มีการ สูบน้ำบาดาลขึ้นมาใช้ในปริมาณที่มากเกินไปกว่าปริมาณน้ำที่ไหลลงสู่ชั้นน้ำบาดาล จนอาจทำให้เกิด การทรุดตัวของแผ่นดิน หรือการแพร่กระจายของน้ำเค็มเข้าสู่ชั้นน้ำบาดาล หรือการลดตัวลงของ ระดับน้ำในชั้นน้ำบาดาล หรือผลกระทบสำคัญอื่นต่อสิ่งแวดล้อม กฎหมายให้อำนาจแก่รัฐมนตรี โดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนดเขตดังกล่าว⁵⁸

อย่างไรก็ตาม ในการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลไทยอาจกำหนดให้มีเขตอนุรักษ์และพัฒนา น้ำบาดาลเพิ่มเติม นอกเหนือจากกรณีวิกฤตการณ์น้ำบาดาล ซึ่งการกำหนดเขตอนุรักษ์น้ำบาดาล อาจจะไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นในกรณีที่มีเหตุปัจจัยด้านวิกฤตน้ำบาดาลเท่านั้น แต่การอนุรักษ์และ พัฒนาสามารถกำหนดเป็นเขตคุ้มครองในรูปแบบอื่นได้ เช่น กฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้ได้ กำหนดให้เขตอนุรักษ์น้ำบาดาลเป็นเขตพื้นที่โดยธรรมชาติที่ซึ่งเชื่อมต่อไปยังอีกพื้นที่หนึ่งในบริเวณ ปลายลำห้วย หรือเป็นบริเวณพื้นที่ที่มีชั้นของน้ำบาดาลอันอุดมสมบูรณ์เป็นแหล่งที่มาของน้ำดิบ ดังนั้น กฎหมายน้ำบาดาลไทยอาจกำหนดให้มีเขตอนุรักษ์และพัฒนาน้ำบาดาล ในกรณีที่เป็น พื้นที่ที่มีแหล่งน้ำบาดาลที่มีความสำคัญต่อระบบนิเวศและหล่อเลี้ยงสิ่งแวดล้อม อนึ่ง รูปแบบและ วัตถุประสงค์ในการสร้างเขตอนุรักษ์ทำนองนี้ยังปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษา คุณภาพสิ่งแวดล้อมด้วย ดังเช่นกรณีการกำหนดเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม⁵⁹ เป็นต้น

⁵⁸ โปรดดู มาตรา 4 พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520

⁵⁹ โปรดดู มาตรา 43 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิจัยพบว่าหลักธรรมาภิบาลน้ำบาดาลเป็นหลักการสำหรับการบริหารจัดการน้ำบาดาลที่ดีซึ่งมีความเป็นสากล โดยกฎหมายน้ำบาดาลของเกาหลีใต้เป็นแบบอย่างที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการดังกล่าวและมีมาตรการที่โดดเด่นหลายประการ ประกอบกับมีบริบทในการใช้น้ำบาดาลและบริบทด้านระบบกฎหมายที่ใกล้เคียงกับประเทศไทยซึ่งมีความเป็นไปได้ที่ประเทศไทยจะนำมาปรับใช้ในการพัฒนากฎหมายน้ำบาดาลของไทยได้ โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการกำหนดขอบเขตการใช้น้ำบาดาล การพิจารณาอนุญาตใช้น้ำบาดาล การควบคุมการใช้น้ำบาดาล และการส่งเสริมให้มีการอนุรักษ์และพัฒนาน้ำบาดาล โดยสามารถนำข้อเสนอแนะทางวิชาการในประเด็นเหล่านี้ไปพัฒนาให้กฎหมายน้ำบาดาลของไทยมีประสิทธิภาพ มีความทันสมัย และสอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลน้ำบาดาลมากยิ่งขึ้น

มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญา*

Legal Measures for Preventing SLAPP (Strategic Lawsuit Against Public Participation) in Criminal Lawsuits

จตุพร โอวัฒนาพานิช
Jatuporn Owattanapanich

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
LL.M Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: nn_op@hotmail.com
(Received: May 10, 2022; Revised: June 16, 2022; Accepted: June 30, 2022)

บทคัดย่อ

การมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชนเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น แสดงออก ร้องเรียน หรืออื่น ๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางสาธารณะย่อมต้องได้รับความคุ้มครองอย่างใดก็ตาม แม้ว่าในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสำหรับการกลั่นกรองคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องโดยไม่สุจริตและพนักงานอัยการจะมีดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีก็ตาม แต่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาคำกล่าวหากระบวนกรยุติธรรมทางอาญาเป็นเครื่องมือในการปิดกั้นโดยการฟ้องหรือร้องทุกข์ต่อการกระทำที่ตนเองอ้างว่าได้รับความเสียหายโดยมีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งการมีส่วนร่วมทางสาธารณะของประชาชน เรียกว่า “การฟ้องปิดปากในคดีอาญา” ซึ่งมีผลในการข่มขู่ยับยั้งที่รุนแรง เพราะผลบังคับทางอาญาย่อมกระทบต่อเนื่องตัวร่างกาย และยังทำให้ผู้ฟ้องปิดปากมีอำนาจต่อรองกับผู้ถูกฟ้องได้มากกว่าคดีประเภทอื่น

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งและเรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญา” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทความฉบับนี้จึงมุ่งวิเคราะห์ปัญหาของการฟ้องปิดปากในประเทศไทย อันได้แก่ ปัญหาของมาตรการกั้นกรองคดีกรณีราษฎรและปัญหาของการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการสำหรับกรณีฟ้องปิดปาก รวมถึงปัญหาของร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ. ซึ่งได้ความว่าควรจะนำมาตรการยื่นคำขอยุติคดีโดยเร็วมาใช้สำหรับป้องกันการฟ้องปิดปากในชั้นวิธีพิจารณา

คำสำคัญ: การฟ้องปิดปากในคดีอาญา, การมีส่วนร่วมทางสาธารณะ, กระบวนการยุติธรรมทางอาญา

Abstract

Public participation in public issues is a fundamental right recognized by the Constitution. Even though the Criminal Procedure Code has been amended to screen cases in which the plaintiffs are suing in bad faith and the public prosecutor has the discretion to execute non-prosecution order, but they could not solve the problem of using the criminal justice process as a tool to block public participation of the people (Strategic Lawsuit Against Public Participation: SLAPP). This has a stronger deterrent effect than other types of cases because the criminal force affects the life and body of the defendant, and the plaintiff has more power to negotiate with the defendant. For this reason, there have been an increasing number of SLAPPs in Thai society.

This article aims to analyze the problems of SLAPP lawsuits in Thailand, which are: problems of screening measures for instituting a criminal case by injured person; problems in exercising discretion in ordering non-prosecution of prosecutors in sedition cases; problems of drafting preventive measures against SLAPPs in the offense of malfeasance and misconduct.

Keywords: SLAPP, Public Participation, Criminal Justice

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การมีส่วนร่วมทางสาธารณะเป็นส่วนหนึ่งในสิทธิและเสรีภาพที่สิทธิมนุษยชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับ “ประโยชน์สาธารณะ” โดยตรง อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งที่ประชาชนต้องการมีส่วนร่วมทางสาธารณะ อาทิ การแสดงความคิดเห็นทางอินเทอร์เน็ตหรือการแสดงออกทางสาธารณะโดยการชุมนุมหรือการร้องเรียน ผู้ซึ่งถูกวิพากษ์ในประเด็นสาธารณะไม่ว่าจะเป็นเอกชนหรือหน่วยงานของรัฐที่ตกเป็นเป้าในประเด็นสาธารณะนั้นสามารถใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นเครื่องมือโดยอาศัยผลบังคับโทษทางอาญาที่กระทบต่อเนื้อตัวและร่างกายในการสร้างความหวาดกลัว (Chilling Effects) ต่อประชาชนที่มีส่วนร่วมและแสดงออกในประเด็นสาธารณะนั้น ๆ ซึ่งเป็นการกระทำที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มุ่งคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของประชน การกระทำเช่นนี้เรียกว่า การใช้กลวิธีฟ้องคดีอาญาเป็นเครื่องมือปิดกั้นการมีส่วนร่วมทางสาธารณะ (Strategic Lawsuit Against Public Participation: SLAPP) หรือ “การฟ้องปิดปากในคดีอาญา”

สำหรับบทความนี้จะเริ่มอธิบายถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องปิดปากในคดีอาญา (3) ถัดมาจะเป็นมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันและมาตรการใหม่ที่รัฐกำลังจะนำเสนอซึ่งจะมีประเด็นเรื่องการกลั่นกรองคดีกรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาและการใช้ดุลพินิจไม่สั่งฟ้องของพนักงานอัยการซึ่งเป็นแก่นของปัญหาทั้งตามกฎหมายปัจจุบัน รวมถึงกฎหมายที่รัฐต้องการนำเสนอ (4) ก่อนที่จะยกตัวอย่างมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในต่างประเทศ (5) ทั้งนี้ เพื่อใช้เป็นข้อพิจารณาในการวิเคราะห์ผล (6) และนำเสนอบทสรุปตลอดจนข้อเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาที่น่าจะนำมาใช้และเหมาะสมกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย (7) อย่างไรก็ตาม ก่อนเริ่มกระบวนการศึกษาดังกล่าวนี้นี้ การแสดงระเบียบวิธีวิจัยไว้เป็นการเบื้องต้นย่อมทำให้ผู้อ่านงานเข้าใจในขอบเขตและบริบทการศึกษาอันเป็นปัจจัยสำคัญที่กำหนดผลการศึกษา (2)

2. ระเบียบวิธีวิจัย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย (2.1) วิธีและเครื่องมือในการดำเนินงานวิจัย (2.2) สมมติฐานการวิจัย (2.3) และขอบเขตการศึกษา (2.4) มีดังต่อไปนี้

2.1 วัตถุประสงค์ของการวิจัย การศึกษาวิจัยนี้กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ 3 ประการ ได้แก่

- (1) เพื่อเน้นถึงปัญหาของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและอุปสรรคประชาชนในการมีส่วนร่วมทางสาธารณะจากการฟ้องปิดปากในคดีอาญา
- (2) เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายต่างประเทศในการป้องกันการฟ้องปิดปากมาเป็นข้อพิจารณาในการแก้ไขและปรับปรุงเพื่อพัฒนาให้มาตรการของประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากขึ้น
- (3) เพื่อวิเคราะห์และเสนอแนวทางแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่นเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาที่เหมาะสมกับประเทศไทย

2.2 วิธีและเครื่องมือในการดำเนินงานวิจัย การดำเนินการศึกษาวิจัยนี้ ได้ใช้วิธีการศึกษาด้วยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) และวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาแนวความคิดพื้นฐาน และทฤษฎีเบื้องหลังทางกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หนังสือวารสาร บทความ คำพิพากษาของศาลทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมถึงข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องกับการใช้กลวิธีฟ้องคดีอาญาเป็นเครื่องมือปิดกั้นการมีส่วนร่วมทางสาธารณะหรือการฟ้องปิดปากในคดีอาญา

2.3 สมมติฐานการวิจัย แม้ว่าประเทศไทยจะมีมาตรการในการกลั่นกรองคดีในชั้นตรวจฟ้องและไต่สวนมูลฟ้องกรณีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดีโดยไม่สุจริตในคดีอาญาและมาตรการใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการก็ตาม แต่ปรากฏว่ามาตรการดังกล่าวยังไม่สามารถบังคับใช้เพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาได้ ทำให้เกิดการฟ้องปิดปากในคดีอาญาเพื่อยับยั้งการแสดงความคิดเห็นหรือมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชน ดังนั้น การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยการนำมาตรการยุติคดีโดยเร็วมาใช้ทั้งในกรณีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาจะเพิ่มประสิทธิภาพของการกลั่นกรองคดีของศาลและกรณีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาเพื่อให้พนักงานอัยการมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องคดีประเภทนี้ได้

2.4 ขอบเขตการศึกษา งานวิจัยฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องปิดปากในคดีอาญา และกฎหมายต่างประเทศที่ใช้บังคับสำหรับป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาเพื่อนำไปสู่แนวทางในการแก้ไขกฎหมายโดยกำหนดให้มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาสำหรับกลั่นกรองคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องและเพื่อเปิดช่องให้พนักงานอัยการสามารถมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีหากถูกใช้เป็นเครื่องมือในการฟ้องปิดปากในคดีอาญา

3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องปิดปากในคดีอาญา

เพื่อความเข้าใจการฟ้องปิดปากในคดีอาญา จึงต้องอธิบายความหมายและลักษณะของการฟ้องปิดปากในคดีอาญา (3.1) เสียก่อน ถัดมาจะนำเสนอถึงข้อขัดแย้งต่อแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายอย่างไร ได้แก่ หลักการมีส่วนร่วมในประเด็นทางสาธารณะของประชาชน (3.2) และแนวคิดและทฤษฎีทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องปิดปากในคดีอาญา (3.3)

3.1 ความหมายและลักษณะของการฟ้องปิดปากในคดีอาญา

การใช้กลวิธีฟ้องคดีเพื่อยับยั้งการมีส่วนร่วมทางสาธารณะของประชาชน (Strategic Lawsuit Against Public Participation - SLAPP) หรือ “การฟ้องปิดปาก” เป็นการอาศัยกระบวนการยุติธรรมโดยไม่ได้มีความมุ่งหมายเพื่อแสวงหาความยุติธรรม หากแต่ใช้กระบวนการยุติธรรมเป็นเครื่องมือในการข่มขู่ ยับยั้ง การมีส่วนร่วม การแสดงความคิดเห็น หรือการตรวจสอบภาครัฐของประชาชน¹ ผู้ฟ้องคดียังอ้างพรางลักษณะที่แท้จริงของคดีไว้ โดยนำเสนอว่าเป็นเรื่องส่วนบุคคล และกฎหมายไม่ใช่เรื่องสาธารณะ ในคำฟ้องของโจทก์ มักจะใช้ความผิดทางกฎหมายฐานใดฐานหนึ่งเพื่ออ้างพรางวัตถุประสงค์ที่แท้จริงไว้

การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นฟ้องปิดปากหรือไม่ สามารถพิจารณาได้โดยดูจากคำฟ้องหรือลักษณะของข้อกล่าวหา รวมถึงเจตนา ทั้งพิจารณาถึงมูลเหตุหรือกิจกรรมหนึ่ง ๆ ที่ทำให้จำเลยถูกฟ้องต่อศาล² ได้แก่ การฟ้องทางแพ่ง การฟ้องทางอาญา การร้องทุกข์ การฟ้องกลับเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย การขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือการฟ้องคดีเพื่อต่อสู้กับองค์กรเอกชน (NGOs) ชุมชน นักวิชาการ นักข่าว นักหนังสือพิมพ์ หรือประชาชนทั่วไป หรือมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดขึ้นเนื่องมาจากการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น หรือสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนเพื่อติดต่อสื่อสารให้ข้อมูล หรือร้องเรียนต่อหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ หรือการใช้เสรีภาพดังกล่าวเกี่ยวข้องกับประเด็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ หรือประเด็นซึ่งเป็นที่สนใจหรือกังวลของสังคม

แม้ว่าต้นกำเนิดการศึกษาคดีฟ้องปิดปากจะมีที่มาจากสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นการฟ้องหมิ่นประมาทใน “คดีแพ่ง” เพื่อเรียกค่าเสียหายเท่านั้น แต่ในประเทศไทยมีความผิดอาญาหลายฐานที่

¹ George W. Pring and Penelope Canan, *SLAPPs Getting Sued for Speaking Out* (Philadelphia: Temple University Press, 1996), p. 8.

² ณัฐ จินตพิทักษ์กุล, *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองการมีส่วนร่วมของประชาชนในประเด็นสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับคดีสิ่งแวดล้อม : ศึกษากรณีการแก่งัดฟ้อง*, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติ, สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560 ; หน้า 29.

ผู้ฟ้องปิดปากสามารถเลือกนำมาใช้สำหรับการฟ้องปิดปากได้ เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท ความผิดตามพระราชบัญญัติคอมพิวเตอร์ ความผิดฐานยุยงปลุกปั่น การละเมิดอำนาจศาล ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น³ ด้วยเหตุนี้ผลของการใช้กระบวนการยุติธรรมเป็นเครื่องมือในการฟ้องปิดปาก โดยเฉพาะในคดีอาญาย่อมส่งผลกระทบต่อตัวผู้ถูกฟ้องคดีมากกว่าผลบังคับทางแพ่ง กล่าวคือ กฎหมายอาญามีโทษซึ่งกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายโดยตรง ผู้ฟ้องคดีสามารถนำคดีอาญามาฟ้องแล้วนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อต่อรอง ช่มชู้ ยับยั้ง สร้างความหวาดกลัว หรือทำลายกำลังใจผู้ถูกฟ้องได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่า อีกทั้ง การฟ้องหรือร้องทุกข์ในคดีอาญานั้นไม่มีค่าใช้จ่ายสำหรับค่าขึ้นศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการร้องทุกข์ซึ่งไม่จำเป็นต้องตั้งทนายความตาม ป.วิ.พ. มาตรา 61 เพื่อร่างคำฟ้อง แต่พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการดำเนินการให้ทั้งหมดตั้งแต่การสอบสวน จนกระทั่งยื่นฟ้องโดยผู้ฟ้องไม่ต้องเสียต้นทุนใด ๆ สำหรับการฟ้องปิดปากในคดีอาญาเลย เมื่อเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ที่ผู้ฟ้องปิดปากจะได้รับในการใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือกับความเสียหายของผู้ถูกฟ้องปิดปากแล้วเห็นว่า ต้นทุนในการต่อสู้คดีที่มีราคาสูงทั้งด้านทรัพย์สินและเวลา และกลไกการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมายที่ต่ำ อีกทั้งความยืดหยุ่นต่ำของกฎหมายที่เกี่ยวกับการพูดหรือการแสดงออก และมาตรการป้องกันที่มีอยู่ เช่น ไม่มีกฎหมายต่อต้านการฟ้องปิดปากโดยเฉพาะ หรือการกำหนดความรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายต่อการใช้กระบวนการที่ไม่เหมาะสม⁴ ด้วยเหตุนี้ การฟ้องปิดปากในคดีอาญาถึงมีประสิทธิภาพในการ “ยับยั้ง” การมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชนในประเทศไทยเป็นอย่างมาก

ส่วนข้อแตกต่างระหว่างการฟ้องปิดปากในคดีอาญากับการฟ้องเท็จซึ่งเป็นความผิดที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา จากการศึกษาพบว่า การกระทำความผิดเกี่ยวกับความเท็จนั้นต้องมียุทธศาสตร์ประกอบสำคัญ คือ การแจ้งข้อความหรือฟ้องคดีซึ่งมีความอันเป็นเท็จในข้อสำคัญแห่งคดีอันจะสามารถชี้ขาดไปถึงผลแพ้ชนะของคดีได้⁵ ส่วนการฟ้องปิดปากในคดีอาญา ผู้ฟ้องคดีอาจไม่ได้ยื่นคำฟ้องเป็นเท็จในเนื้อหา กล่าวคือ การกระทำทั้งหลายที่โจทก์อ้างว่าจำเลยได้กระทำความผิดนั้นอาจครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายสารบัญญัติได้ตราไว้ เพียงแต่อาจมีเหตุยกเว้นความรับผิดชอบสำหรับจำเลยในการกระทำนั้น เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท ซึ่งมีเหตุยกเว้นความรับผิดในเรื่องการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตในประเด็นที่ตนมีส่วนได้เสียหรือกรณีที่เป็นการ

³ สมาคมนักกฎหมายสิทธิมนุษยชน, รายงานข้อเสนอแนะต่อการคุ้มครองผู้ใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะจากการถูกฟ้องคดี (สมาคมสิทธิเสรีภาพของประชาชน และ มูลนิธิผสานวัฒนธรรม, 2562), หน้า 12.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

⁵ วิเชียร ตีระอุดมศักดิ์, กฎหมายอาญาพิสดาร เล่ม 2 (กรุงเทพฯ: Jurisprudence Group, 2564), หน้า 306.

ติชมตามวิสัยของประชาชน⁶ ซึ่งกว่าที่จำเลยจะสามารถพิสูจน์ถึงเหตุยกเว้นความรับผิดได้ก็ล่วงเลยจนไปถึงขั้นพิจารณาแล้ว ทำให้โจทก์ผู้ฟ้องปิดปากบรรลุล่วงวัตถุประสงค์ของการฟ้องเพื่อสร้างความลำบากในการต่อสู้คดี (Chilling Effects) แก่จำเลย ทั้งจำเลยยังไม่สามารถดำเนินคดีในความผิดฐานแจ้งความเท็จหรือฟ้องเท็จกับโจทก์ได้อีกด้วย ในทางตรงกันข้าม โจทก์อาจฟ้องปิดปากจำเลยในคดีอาญาโดยอ้างความผิดฐานแจ้งความเท็จในกรณีที่โจทก์ถูกพาดพิงจากการตรวจสอบในประเด็นทางสาธารณะโดยการที่จำเลยแจ้งความต่อเจ้าพนักงานเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตและประพฤติมิชอบ⁷ ได้อีกด้วย

นอกจากเหตุยกเว้นความรับผิดตามที่กฎหมายสารบัญญัติได้ตราไว้แล้ว เหตุผลประการสำคัญที่ฟ้องปิดปากในคดีอาญาไม่สมควรได้รับความคุ้มครองจากกระบวนการในฐานการใช้สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ การใช้สิทธิของโจทก์นั้นไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำของจำเลยซึ่งเป็นการใช้สิทธิอันเกิดแต่ประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานสำคัญของกฎหมายป้องกันการใช้สิทธิอันเกิดแต่ประโยชน์ส่วนตัวของจำเลยในการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะเป็นไปในทิศทางเดียวกับประโยชน์ของสังคม ทำให้เกิดการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ที่สังคมปรารถนา (Socially Desirable)⁸ แต่การฟ้องคดีของโจทก์ซึ่งอาศัยมูลเหตุจากการที่จำเลยรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ทางสาธารณะนั้นเป็นการใช้กระบวนการยุติธรรมสวนทางกับเจตนารมณ์ของตัวกระบวนการยุติธรรมที่ต้องการมุ่งรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเสียเอง

3.2 หลักการมีส่วนร่วมในประเด็นทางสาธารณะของประชาชน

การมีส่วนร่วมของประชาชนในประเด็นสาธารณะ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลโดยประชาชน ต่างก็เป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองให้แก่ประชาชน ย่อมเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ “ประโยชน์สาธารณะ” กล่าวคือ การให้โอกาสประชาชนเป็นฝ่ายตัดสินใจ กำหนดปัญหาความต้องการของตนเองอย่างแท้จริง เป็นการเสริมพลังอำนาจให้แก่ประชาชน กลุ่ม หรือองค์กรชุมชนให้สามารถระดมขีดความสามารถในการจัดการทรัพยากร การตัดสินใจ และควบคุมดูแลกิจกรรมต่าง ๆ ในชุมชนมากกว่าที่จะเป็นฝ่ายตั้งรับ สามารถกำหนดการดำรงชีวิตได้ด้วยตนเองให้มีชีวิตมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นตามความจำเป็น

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 กำหนดเหตุยกเว้นความรับผิดในความผิดฐานหมิ่นประมาทสำหรับกรณีที่เกิดจากความเห็นโดยสุจริตในประเด็นที่ตนมีส่วนได้เสียหรือการติชมด้วยสำนึกของวิญญาณ

⁷ ประชาไท, “ดร. เติร์มแจ่มชี้ข้อกล่าวหา ‘ผอ.มูลนิธิผสานฯ’ หมิ่นประมาทกรมทหารพรานที่ 41” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://prachatai.com/journal/2014/09/55461> [27 กุมภาพันธ์ 2565]

⁸ ปกป้อง ศรีสนิท, “กฎหมายต่อต้านการดำเนินคดีเพื่อยับยั้งการมีส่วนร่วมทางสาธารณะ (Anti-Slapp Law),” วารสารวิชาการสิทธิมนุษยชน (Thailand Human Right Journal) 2 3(กรกฎาคม - ธันวาคม 2561): หน้า 22.

อย่างมีศักดิ์ศรี และสามารถพัฒนาศักยภาพของประชาชนหรือชุมชนในด้านภูมิปัญญา ทักษะ ความรู้ ความสามารถ และการจัดการและรู้เท่าทันการเปลี่ยนแปลงของโลกได้ และประชาชนจะต้องเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการอย่างมีอิสระ การทำงานต้องเน้นในรูปแบบกลุ่มหรือองค์กร ชุมชนที่มีวัตถุประสงค์ในการเข้าร่วมอย่างชัดเจน เนื่องจากพลังกลุ่มจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้งานพัฒนาต่าง ๆ บรรลุผลสำเร็จตามความมุ่งหมายได้ ดังนั้น เพื่อให้การอำนวยประโยชน์สาธารณะเป็นไปอย่างยุติธรรมในเชิงกระบวนการ การมีส่วนร่วมของประชาชน จึงถือว่าเป็นขั้นตอนในเชิงกระบวนการที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในสังคมเสรีประชาธิปไตยที่จะไม่ยอมให้ตัวแทนตามระบบประชาธิปไตยแบบตัวแทนเข้าไปดำเนินการต่าง ๆ ทุกเรื่อง กล่าวคือ ต้องสงวนเรื่องที่มีความสำคัญและมีผลกระทบมากให้ประชาชนมีส่วนร่วม การมีส่วนร่วมของประชาชนจึงเป็นสิทธิในเชิงกระบวนการที่จะช่วยให้การตัดสินใจของรัฐในเรื่องสำคัญได้รับการคิดร่วมจากทุกส่วนในสังคม อีกทั้ง ยังเป็นการสร้างหลักประกันให้เกิดความเป็นธรรมในเชิงเนื้อหาอีกด้วย⁹

3.3 แนวคิดและทฤษฎีทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องปิดปากในคดีอาญา

รัฐมีอำนาจในการจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนได้เมื่อมีกฎหมาย โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ค้ำครองสิทธิเสรีภาพในเกียรติยศชื่อเสียง สิทธิในครอบครัว หรือความเป็นอยู่ส่วนตัวของบุคคลอื่นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ แต่การบังคับใช้กฎหมายนั้นก็ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมและต้องไม่ขัดกับความชอบด้วยกฎหมาย (Due Process of Law)¹⁰ กล่าวคือ การบังคับใช้กฎหมายอาญาต้องไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไม่ได้ ทั้งต้องระบุเหตุผลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นด้วย และการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ใช่บังคับกับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง ทั้งนี้ เป็นไปเพื่อมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อล่วงล้ำสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายอาญาที่มีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยก็ต้องคำนึงว่าการดำเนินคดีอาญาใดเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ และบุคคลใดจะนำกฎหมายอาญามาใช้งานเป็นเครื่องมือเพื่อปิดกั้นการมีส่วนร่วมทางสาธารณะของประชาชนมิได้ หากใช้กฎหมายอาญาในการ

⁹ สุนทรียา เหมือนพะวงศ์, “กระบวนการยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมของไทย : เส้นทางยังอีกไกลกว่าจะไปถึงฝัน,” วารสารสถาบันพระปกเกล้า 10, 3 (2551): หน้า 319-325.

¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “หลักนิติธรรมกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย,” วารสารพระธรรมนุญ 49, ฉบับ “หลักนิติธรรม” (2551-2552): หน้า 25.

ฟ้องปิดปากแล้วย่อมเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการมีส่วนร่วมทางสาธารณะ ส่งผลให้ประชาชนไม่อาจใช้สิทธิในเชิงกระบวนการสำหรับตัดสินใจของรัฐในเรื่องสำคัญและเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะได้ นอกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาย่อมไม่สามารถอำนวยความสะดวกยุติธรรมและรักษาความสงบเรียบร้อยได้แล้ว ยังทำให้ประชาชนเสื่อมศรัทธาและมองว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นศัตรูของการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญอีกด้วย

นอกจากนี้ ประเทศไทยกำหนดให้ราษฎรเป็นผู้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้ด้วยตนเองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28 (2) ซึ่งต้องปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสียหายในความอาญาฐานใดฐานหนึ่งในอันที่จะได้รับความคุ้มครองจากคุณธรรมทางกฎหมาย¹¹ และต้องไม่มีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด โดยหลักการนี้เป็นส่วนหนึ่งของหลักสุจริตว่าด้วยการฟ้องคดีต่อศาลด้วยมืออันบริสุทธิ์ (Clean Hand Doctrine)¹² ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่พึงต้องใช้กับกฎหมายทุกประเภท การฟ้องปิดปากในคดีอาญาอันเป็นการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นเครื่องมือยับยั้งการมีส่วนร่วมโดยไม่หวังผลในทางคดีหรือต้องการแสวงหาความยุติธรรมย่อมถือว่าเป็นการพึงบารมีศาลด้วยมืออันไม่บริสุทธิ์ (Dirty Hand) อีกทั้งการกระทำดังกล่าวไม่สมควรได้รับความคุ้มครองโดยคุณธรรมทางกฎหมายอีกด้วย ส่งผลให้นอกจากการมีอยู่ของการฟ้องปิดปากในคดีอาญาจะเป็นที่เสื่อมศรัทธาต่อภาพลักษณ์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาโดยมุมมองของประชาชนแล้ว ยังสร้างภาระให้กับตัวกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเสียเอง กล่าวคือ จากที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาควรใช้สำหรับปราบปรามการกระทำที่มุ่งร้ายต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม แต่กลับต้องแปดเปื้อนจากเจตนาอันไม่มุ่งหวังในทางอรรถคดีของผู้ฟ้องปิดปากที่ใช้สิทธิทางศาลโดยไม่บริสุทธิ์ และกระบวนการยุติธรรมต้องสูญเสียทรัพยากรไปกับการเป็นเครื่องมือให้ผู้ฟ้องปิดปากคุกคามการมีส่วนร่วมของประชาชนอันเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะและพัฒนาการของประเทศชาติ ด้วยเหตุนี้เองการฟ้องปิดปากในคดีอาญาย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ใช้สิทธิทางศาลไปในทางที่ไม่สุจริตและเป็นศัตรูกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา¹³ สมควรที่จะต้องถูกจำกัด (ยกฟ้อง) และต้องได้รับผลร้ายบางประการ เช่น การกำหนดค่าเสียหายจากการฟ้องคดีหรือการกำหนดให้การกระทำของโจทก์ถือเป็นละเมิดหรือที่เรียกว่า SLAPPback เป็นต้น

¹¹ คณิศ ณ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 66.

¹² คณิศ ณ นคร, “ผู้เสียหายในคดีอาญา,” ใน *กฎหมายปริทรรศน์ในวารสารอัยการ และอื่น ๆ*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562), หน้า 11.

¹³ Carlos Gómez-Jara Díez, “Enemy Combatants Versus Enemy Criminal Law: An Introduction to the European Debate Regarding Enemy Criminal Law and Its Relevance to the Anglo-American Discussion on the Legal Status of Unlawful Enemy Combatants,” *Buffalo Law Journal* 11, 4 (2008): 529-562.

4. ปัญหาของมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาในประเทศไทย

ปัญหาที่จะนำเสนอต่อไปในหัวข้อนี้ได้แก่ ปัญหาของมาตรการกลั่นกรองคดีกรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องปิดปากในคดีอาญา (4.1) และ ปัญหาของการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการสำหรับกรณีฟ้องปิดปาก (4.2) ซึ่งปัญหาทั้งสองประการนี้ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาและปัญหาดังกล่าวทำให้เกิดการกำหนด “แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ระยะที่ 1 (พ.ศ.2562 – 2565)” เพื่อให้มีมาตรการเพื่อคุ้มครองนักสิทธิมนุษยชนในการป้องกันการฟ้องปิดปากประชาชนที่มีส่วนร่วมทางสาธารณะโดยสุจริต โดยกำหนดข้อท้าทายสำหรับ “การแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161/1 เพื่อป้องกันการดำเนินคดีเชิงยุทธศาสตร์เพื่อระงับการมีส่วนร่วมของสาธารณชน (Anti-Strategic Litigation Against Public Participation: Anti-SLAPP) นอกจากนี้ยังมี “แผนปฏิรูปประเทศด้านการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบ (ฉบับปรับปรุง)” ที่ได้กำหนดให้มีกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปาก (Anti-SLAPP Law) ไว้ในกิจกรรมปฏิรูปที่ 2 การพัฒนาการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารและระบบคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสการทุจริตที่มีประสิทธิภาพ จึงเกิดประเด็นที่นำมาวิเคราะห์ต่อมาคือ “ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ.” (4.3) ที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้นำเสนอไว้เพื่อให้สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ดังกล่าว ซึ่งยังคงมีข้อพิจารณาอยู่บางประการก่อนที่จะถูกนำมาบังคับใช้จริง

4.1 ปัญหาของมาตรการกลั่นกรองคดีกรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องปิดปากในคดีอาญา

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161/1¹⁴ และมาตรา 165/2¹⁵ ควบคู่กันอาจมีความคล้ายคลึงกับ Anti-SLAPP Law ก็ตาม¹⁶ แต่บทบัญญัติ

¹⁴ มาตรา 161/1 “ในคดีราษฎรเป็นโจทก์ หากความปรากฏต่อศาลเองหรือมีพยานหลักฐานที่ศาลเรียกว่าโจทก์ฟ้องคดีโดยไม่สุจริต หรือโดยบิดเบือนข้อเท็จจริงเพื่อกลั่นแกล้งหรือเอาเปรียบจำเลย หรือโดยมุ่งหวังผลอย่างอื่นยิ่งกว่าประโยชน์ที่พึงได้โดยชอบให้ศาลยกฟ้อง และห้ามมิให้โจทก์ยื่นฟ้องเรื่องเดียวกันนั้นอีก”

¹⁵ มาตรา 165/2 “ในการไต่สวนมูลฟ้อง จำเลยอาจแถลงให้ศาลทราบถึงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายอันสำคัญที่ศาลควรสั่งว่าคดีไม่มีมูล และจะระบุในคำแถลงถึงตัวบุคคล เอกสาร หรือวัตถุที่จะสนับสนุนข้อเท็จจริงตามคำแถลงของจำเลยด้วยก็ได้ กรณีเช่นว่านี้ ศาลอาจเรียกบุคคล เอกสาร หรือวัตถุดังกล่าวมาเป็นพยานศาลเพื่อประกอบการวินิจฉัยสั่งคดีได้ตามที่จำเป็นและสมควร โดยโจทก์และจำเลยอาจถามพยานศาลได้เมื่อได้รับอนุญาตจากศาล”

¹⁶ กล่าวคือ หากจำเลยยื่นคำแถลงข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายประกอบกับรายชื่อพยานหลักฐานเพื่อให้ศาลใช้อำนาจไต่สวน ตามมาตรา 165/2 แล้วพิจารณาต่อไปว่าเป็นการฟ้องปิดปากในคดีอาญาอันเป็นการฟ้องโดยไม่สุจริตเพื่อยกฟ้องโดยอาศัย

ทั้งสองยังมีปัญหาใหญ่ในการป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญา กล่าวคือ การจะพิจารณาจากคำฟ้องว่าโจทก์ฟ้องคดีโดยไม่สุจริตหรือไม่ย่อมเป็นการยากที่จะวินิจฉัยโดยไม่ไต่สวนมูลฟ้อง เพราะบุคคลที่ยื่นฟ้องคดีต่อศาลย่อมไม่บรรยาย “ข้อเสีย” ของตนเองอยู่แล้ว¹⁷ ผู้พิพากษาจึงไม่มีทิศทางว่าจะปฏิบัติเช่นใดในการสืบค้นข้อเท็จจริงว่าฟ้องโจทก์สุจริตหรือไม่¹⁸ นอกจากนี้แนวคิดเรื่องการกลั่นกรองคดีโดยที่โจทก์มีเจตนาไม่สุจริต (Malicious Prosecution) และดุลพินิจในการตีความของผู้พิพากษาย่อมแตกต่างกันไปแล้วแต่บุคคล ซึ่งปรากฏว่าในปัจจุบันยังไม่มีคดีใดที่ตีความว่าการฟ้องคดีโดยไม่สุจริตตามมาตรานี้ครอบคลุมถึงการฟ้องปิดปากในคดีอาญาหรือไม่ กลับกัน จากการศึกษาพบว่าในบางคดี¹⁹ ได้มีการยื่นคำร้องตามมาตรา 161/1 ให้ศาลวินิจฉัยว่าคดีของโจทก์เป็นการฟ้องปิดปากซึ่งถือว่าเป็นการใช้สิทธิทางศาลโดยไม่สุจริตและมีคำขอให้ยกฟ้องตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่ศาลกลับไม่มีคำสั่งตามคำร้องและดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปจนกระทั่งพิพากษายกฟ้องในท้ายที่สุด แม้ว่าโจทก์จะแพ้คดี แต่ก็ประสบผลสำเร็จในการสร้างผลข่มขู่ยับยั้งในการมีส่วนร่วมในประเด็นทางสาธารณะของจำเลยอันเป็นเป้าประสงค์แท้จริงของการฟ้องปิดปากในคดีอาญานั้นเอง

มาตรา 161/1 ซึ่งเป็นมาตรการที่คล้ายคลึงกับมาตรการคำขอยุติคดีโดยเร็ว (Motion to Dismiss) ที่ใช้สำหรับป้องกันการฟ้องปิดปากของกฎหมายต่างประเทศ

¹⁷ กล่าวคือ การที่ศาลมีทัศนคติลักษณะวางเฉยเชิงรับและเป็นกลางไม่กระตือรือร้น ทำให้กลไกการกลั่นกรองคดีทั้งก่อนศาลประทับฟ้องและชั้นพิจารณาขาดประสิทธิภาพและไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ตามกฎหมาย การบูรณาการเพื่อหามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของคู่ความทั้งสองฝ่ายได้ต่อสู้คดีกันอย่างเปิดเผยและเท่าเทียมกันในรูปแบบที่ควรจะเป็นแตกต่างไปจากเดิม โดยกำหนดให้ศาลมีบทบาทเชิงรุกและเชิงรับ เพื่อให้ได้มาซึ่งความจริงแท้อย่างละเอียด สมดุล รอบคอบ และมีภาวะวิสัยมากที่สุด และการฟ้องในคดีลักษณะเช่นนี้เป็นเรื่องที่โจทก์ที่มีประสบการณ์ในการว่าความต้องให้ความสำคัญเป็นพิเศษในการบรรยายมาในคำฟ้อง ซึ่งอย่างน้อยในคำฟ้องก็ต้องมีการระบุชัดแจ้งว่า โจทก์อยู่ในฐานะผู้เสียหาย ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดอาญาของจำเลยพร้อมกับมีรายละเอียดตามแบบคำฟ้องที่ครบถ้วนถูกต้องตามกฎหมายทุกประการ ดังนั้น ความผิดพลาดที่จะเกิดขึ้นจึงมีอัตราที่เกิดขึ้นน้อยมากและแทบจะเป็นไปไม่ได้ที่จะมีข้อเท็จจริงใดในคำฟ้องไปปรากฏต่อศาลโดยชัดแจ้งว่าการฟ้องคดีของโจทก์นั้น มีเจตนาจะระงับ ข่มขู่ ยับยั้ง ในการใช้เสรีภาพของการแสดงความคิดเห็นโดยสุจริตในกิจการสาธารณะ อันศาลจะสามารถสั่งยกฟ้องได้โดยไม่ไต่สวนมูลฟ้องก่อน

¹⁸ รณชัย ชูสุวรรณประทีป, “บทบาทการค้นหาความจริงของศาลในชั้นก่อนไต่สวนมูลฟ้องกรณีการฟ้องคดีอาญาโดยไม่สุจริตของราษฎร”, วารสารนิติ รัฐกิจ และสังคมศาสตร์ เล่มที่ 5 ฉบับที่ 2 (มกราคม – มิถุนายน 2564): หน้า 272.

¹⁹ โปรดดูคดีหมายเลขดำ ศาลอาญา หมายเลข อ. 1133/2562

“คดีนี้จำเลยได้แชร์เว็บไซต์ Youtube ลงใน Facebook ส่วนตัวของจำเลย โดยคลิปดังกล่าวมีเนื้อหาในการสัมภาษณ์แรงงานโจทก์และมีถ้อยคำกล่าวอ้างว่าทำงานหนัก ไม่มีเวลาพักผ่อน รวมถึงถูกยึดหนังสือเดินทางจากนายจ้างซึ่งเป็นโจทก์ ด้วยเหตุนี้โจทก์จึงนำคดีมาฟ้องจำเลยต่อศาลในวันที่ 1 พฤษภาคม 2562

ต่อมาจำเลยได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลยกฟ้องเนื่องจากโจทก์ฟ้องคดีโดยไม่สุจริต ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 161/1 แต่ศาลเห็นว่าต้องมีการสืบพยานเสียก่อน จนกระทั่งดำเนินกระบวนการพิจารณาและมีคำพิพากษายกฟ้องโจทก์เนื่องจากพยานหลักฐานของโจทก์ที่นำสืบไม่มีน้ำหนักให้รับฟังได้ว่า จำเลยเป็นผู้กระทำการเผยแพร่เว็บไซต์บทความและโพสต์ที่ว่ามีข้อความหรือเนื้อหาที่หมิ่นประมาทโจทก์ อันเป็นองค์ประกอบความผิดตามฟ้อง คดีของโจทก์จึงไม่มีมูล พิพากษายกฟ้อง”

ประเด็นถัดมา ถ้าจำเลยยื่นแถลงการณ์โดยอาศัยมาตรา 165/2 เพื่อชี้ประเด็นให้เห็นว่าฟ้องโจทก์เป็นฟ้องปิดปาก ศาลก็น่าจะใช้บทบาทได้ส่วนเชิงรุกตามมาตรา 161/1 เพื่อยกฟ้องได้เสียทีเดียว²⁰ แต่อย่างไรก็ตาม แม้โจทก์ในคดีนี้อาจถูกพิพากษายกฟ้องตามมาตรา 161/1 หรือ 165/2 โดยอาศัยเหตุฟ้องไม่สุจริตแล้ว สามารถตีความได้ว่าสิทธิหน้าที่อาญายังคงไม่ระงับสิ้นไป²¹ เพราะศาลยังไม่ได้วินิจฉัยถึงการกระทำของจำเลยอันเป็นประเด็นหลักแห่งคดี จึงเกิดปัญหาไม่ชัดเจนสำหรับคำว่า “โจทก์” ในตอนท้ายของมาตรา 161/1 นี้หมายความว่ารวมถึงพนักงานอัยการด้วยหรือไม่ หรือโจทก์ซึ่งเป็นราษฎรในคดีนี้สามารถร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนได้อีก²² อีกทั้ง

²⁰ องค์กรต่อต้านคอร์รัปชัน (ประเทศไทย), “บทสัมภาษณ์ระหว่าง ดร.มานะ นิมิตรมงคล และรศ.ดร.ปกป้อง ศรีสนิท ในรายการ FULL ACT Now EP 24 กลไก ป้องกัน การฟ้องปิดปาก Anti SLAPP Law Convert,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา: <https://www.youtube.com/watch?v=YTAMuq-LZPk&t=30s> [20 กันยายน 2564]

²¹ จิตฤดี วีระเวสส์, “คำบรรยายเนติบัณฑิตในวิชากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 3 ลักษณะ 1 เรื่อง ฟ้องคดีอาญาและได้ส่วนมูลฟ้อง,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา:

https://www.thethaibar.or.th/thaibarweb/files/Data_web/downloads_doc/term2/jitrudee/j4.pdf [1 กุมภาพันธ์ 2565]

²² การยกฟ้องอันทำให้สิทธิหน้าที่อาญาฟ้องระงับสิ้นนั้น ในคดีอาญาที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้อง การกลั่นกรองตรวจสอบคำฟ้องของศาลอาศัยอำนาจตามมาตรา 158, 161 และ 162 เริ่มต้นคือฟ้องโจทก์ต้องครบองค์ประกอบเป็นคำฟ้องที่ชอบด้วย ตามมาตรา 158(5) เสียก่อน เพราะหากเป็นคำฟ้องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วย่อมมีกระบวนการให้ศาลมีคำสั่งตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161 หากคำฟ้องดังกล่าวถูกต้องตามกฎหมายก็เข้าสู่กระบวนการได้ส่วนมูลฟ้อง ตามมาตรา 162 โดยคดีอาญาที่ราษฎรเป็นโจทก์ ศาลต้องได้ส่วนมูลฟ้องเสมอ ส่วนคดีอาญาที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ศาลอาจได้ส่วนมูลฟ้องก็ได้ อย่างไรก็ดี หากศาลได้ส่วนมูลฟ้องได้ความว่าคดีที่โจทก์นำมาฟ้อง จำเลยไม่ได้กระทำการครบองค์ประกอบความผิด ศาลย่อมยกฟ้อง โดยมีคำสั่งว่าไม่มีมูล ซึ่งการยกฟ้องเช่นนี้ ถือว่าเป็นการวินิจฉัยในเนื้อหาของคดี โจทก์ไม่ว่าจะเป็นราษฎรหรือพนักงานอัยการ ไม่สามารถนำคดีมาฟ้องใหม่ได้ เนื่องจากการฟ้องซ้ำ ตามมาตรา 39 (4) เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับคำสั่งยกฟ้องของศาลตามมาตรา 161/1 ที่ยังให้สิทธิพนักงานอัยการมาฟ้องใหม่ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นฟ้องซ้ำ เปรียบเทียบการยกฟ้องตามมาตรา 161 ให้อำนาจศาลในการตรวจคำฟ้องขณะที่โจทก์ยื่นคำฟ้อง โดยเมื่อตรวจแล้วศาลอาจมีคำสั่ง แก้อีก ฟ้องใหม่ หรือไม่ประทับฟ้อง ภายใต้เงื่อนไขว่าฟ้องถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ แต่มีข้อสังเกตเปรียบเทียบ คำว่ายกฟ้องในระหว่างมาตรานี้ กับมาตรา 161/1 ว่าผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน กล่าวคือ หากศาลยกฟ้องตามมาตรา 161/1 ให้สิทธิพนักงานอัยการนำคดีเรื่องเดียวกันมาฟ้องใหม่ได้ หากได้เข้าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิหน้าที่อาญาฟ้องระงับไปตามมาตรา 39(4) ไม่ แต่ถ้าศาลยกฟ้องตามมาตรา 161 แล้ว สิทธิที่พนักงานอัยการจะนำคดีเดียวกันมาฟ้องใหม่ได้ มีทั้งใช้สิทธิได้และไม่ได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่เงื่อนไขว่า การยกฟ้อง เป็นการวินิจฉัยในความผิดที่ได้ฟ้องหรือไม่ ถ้าไม่ใช่ก็สามารถฟ้องได้ อาทิ โจทก์มิได้ลงชื่อในคำฟ้อง แต่ถ้าใช่ อาทิ ฟ้องขาดเวลา สถานที่ และองค์ประกอบความผิด เป็นต้น เช่นนี้ ฟ้องใหม่ไม่ได้

อย่างไรก็ตาม มีข้อท้าทายสำหรับความเห็นข้างต้นว่า ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาภาค 3 ลักษณะ 1 เมื่อใดก็ตามที่ทนายความมีความมุ่งหมายจะใช้เฉพาะราษฎร ก็จะบัญญัติ คำว่า ราษฎรเป็นโจทก์ ในกรณีที่จะใช้เฉพาะพนักงานอัยการ ก็จะบัญญัติคำว่า พนักงานอัยการเป็นโจทก์ แต่ข้อความตอนท้ายของมาตรา 161/1 ไม่ได้บัญญัติเฉพาะคำว่า ราษฎรเป็นโจทก์ แต่ใช้คำว่า โจทก์ ดังนี้ คำว่า “โจทก์” ตอนท้ายของ มาตรา 161/1 อาจแปลความขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (14) ซึ่งนิยามศัพท์คำว่า “โจทก์” ให้หมายความว่ารวมถึงพนักงานอัยการหรือผู้เสียหายซึ่งฟ้องคดีอาญาต่อศาล หรือทั้งคู่ในกรณีเป็นโจทก์ร่วมกัน หรือไม่ ด้วยเหตุนี้ยังทำให้บทบัญญัติดังกล่าวขาดความชัดเจนในการตีความคำว่า “โจทก์” อีกด้วย

โดยหลักแล้วการฟ้องปิดปากในคดีอาญา ผู้ดำเนินคดีมักอาศัยช่องทางการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนมากกว่าการยื่นฟ้องด้วยตนเองอยู่แล้ว เพราะไม่มีต้นทุนด้านค่าใช้จ่ายในทางคดีใด ๆ และมีผลกระทบต่อจำเลยอย่างรุนแรงทำให้สามารถต่อรองกับจำเลยได้ดีกว่า²³

4.2 ปัญหาของการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการ สำหรับกรณีฟ้องปิดปาก

แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้พนักงานอัยการมีอิสระในการสั่งคดีเพื่อความรวดเร็วและเที่ยงธรรมก็ตาม²⁴ แต่ด้วยกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลคำสั่งไม่ฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา²⁵ หรือกลไกการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์สาธารณะโดยองค์กรอัยการเอง²⁶ จากการศึกษาพบว่ากรณีที่พนักงานจะสั่งไม่ฟ้องคดีอาศัยเพียงเหตุผลว่าพยานหลักฐาน

²³ สมาคมนักกฎหมายสิทธิมนุษยชน, รายงานข้อเสนอแนะต่อการคุ้มครองผู้ใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะจากการถูกฟ้องคดี, (จัดพิมพ์โดยสมาคมสิทธิเสรีภาพของประชาชน และ มูลนิธิสืบนาคะเสถียร, 2562), หน้า 12.

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 248 วรรคสอง บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เที่ยงธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง และไม่ให้อื้อว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง”

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 145/1

“สำหรับการสอบสวนซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานตำรวจในกรณีที่มีคำสั่งไม่ฟ้องและ คำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งของอัยการสูงสุด ถ้าในกรุงเทพมหานครให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งเสนอผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ รองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ช่วยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ถ้าในจังหวัดอื่นให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งเสนอผู้บัญชาการหรือรองผู้บัญชาการซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ...”

²⁶ ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 โดยกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติกรสั่งไม่ฟ้องคดีดังกล่าวไว้ใน “ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่ไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนหรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ. 2554” ซึ่งได้ระบุปัจจัยซึ่งพนักงานอัยการจะต้องคำนึงถึงในกรณีการสั่งไม่ฟ้องคดีเนื่องจากไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนไว้ 6 ประการ ได้แก่ “(1) สาเหตุหรือมูลเหตุจริงใจในการกระทำความผิด (2) อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิตอาชีวะ ฐานะ ความสัมพันธ์ทางครอบครัว และประวัติการกระทำความผิดของผู้ต้องหา (3) ลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิด ผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด การได้รับผลร้ายของผู้ต้องหาอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของผู้ต้องหาเอง (4) ความสำนึกผิดของผู้ต้องหา การได้รับการบรรเทาผลร้ายของผู้เสียหาย ความเห็นของผู้เสียหายต่อการฟ้องผู้ต้องหา ความคาดหวังถึงผลที่ผู้ต้องหาจะได้รับจากการถูกฟ้อง (5) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และ(6) ประโยชน์ของรัฐที่จะได้จากการฟ้องผู้ต้องหา”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ากำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมถึงการฟ้องปิดปากในคดีอาญา ในความเป็นจริงแล้วคดีประเภทนี้เป็นการใช้กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือซึ่งไม่เกิดประโยชน์สาธารณะและมีผลยับยั้งการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย กล่าวคือ นอกจากจะไม่สนับสนุนให้ประชาชนมีส่วนร่วมแล้วแต่ยังบ่อนทำลายการมีส่วนร่วมของประชาชนอันเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะโดยตรง ด้วยเหตุนี้พนักงานอัยการน่าจะใช้มาตรการ

ไม่เพียงพอแก่การพิสูจน์ความผิดแก่จำเลย ด้วยเหตุนี้จึงเป็นการยากที่พนักงานอัยการจะมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีกรณีที่เป็นการฟ้องปิดปากในคดีอาญา เนื่องจาก ในบางกรณีที่มีพยานหลักฐานเพียงพอเพื่อพิสูจน์ความผิดตามฐานความผิดที่ต้องการฟ้อง สำนวนดังกล่าวก็สามารถเป็นสำนวนการฟ้องปิดปากในคดีอาญาได้ เพราะการฟ้องปิดปากในคดีอาญาหมายถึงการฟ้องคดีเพื่อยับยั้งการกระทำของจำเลยที่เป็นการมีส่วนร่วมในประเด็นทางสาธารณะหรือมีมูลเหตุมาจากการกระทำดังกล่าว ด้วยเหตุนี้กฎหมายหรือระเบียบซึ่งไม่ได้กำหนดนิยามให้ชัดเจนสำหรับ “การฟ้องปิดปาก” และไม่มีมาตรการเฉพาะสำหรับการจูงใจให้พนักงานอัยการเห็นว่าคดีประเภทนี้ไม่ควรฟ้องคดีย่อมทำให้เกิดผลเสียแก่ประชาชนผู้ใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมเกี่ยวกับประเด็นสาธารณะและตัวพนักงานอัยการเจ้าของสำนวนที่อาจมีความเห็นที่ไม่สมควรที่จะฟ้องคดีแต่ก็ไม่กล้าที่จะมีคำสั่งดังกล่าว จึงควรเสนอแก้กฎหมายให้มีหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่า แม้การกระทำจะครบองค์ประกอบความผิดก็อาจใช้ดุลพินิจไม่สั่งฟ้องคดีก็ได้เพราะอาจเป็นฟ้องปิดปากในคดีอาญา

4.3 ปัญหาของ “ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันกาฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ.”

4.3.1 การกำหนดนิยามและชื่อของกฎหมาย กล่าวคือ นิยามของคำว่า “ฟ้องปิดปาก” ตามบทบัญญัติที่นำเสนอฉบับนี้²⁷ มีความชัดเจนและสอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายที่ปรากฏ

สำหรับสิ่งไม่ฟ้องคดีเพราะเห็นว่าคดีฟ้องปิดปากไม่มีประโยชน์ต่อสาธารณะได้ แต่เนื่องจากการสั่งคดีเช่นนี้ต้องเป็นไปตามระเบียบของสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการสั่งคดีไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนซึ่งมีความไม่ชัดเจนพนักงานอัยการก็จะไม่ใช้การสั่งไม่ฟ้องคดีโดยมาตรการนี้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ทั้งในระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดฯ และในพระราชบัญญัติองค์การอัยการฯ มิได้ให้นิยามของ “ประโยชน์แก่สาธารณชน” หรือ “ประโยชน์สาธารณะ” แต่อย่างใด แต่เมื่อพิจารณาความหมาย จากพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแล้ว หมายความว่า “สิ่งที่เป็นผลดีหรือเป็นคุณกับประชาชนทั่วไป” นอกจากนั้น “ประโยชน์สาธารณะ” ยังหมายความว่า ประโยชน์ร่วมกันของพลเมืองโดยทั่วไปในกิจการของชุมชน รัฐ หรือรัฐบาลแห่งชาติ มิใช่เพียงประโยชน์ของชุมชนแห่งที่ใดที่ใดหรือผลประโยชน์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น

²⁷ มาตรา 3 “ในพระราชบัญญัตินี้

“การฟ้องคดีปิดปาก “ หมายความว่า การนำกระบวนการยุติธรรมด้วยวิธีการเสนอข้อหาต่อศาล ไม่ว่าจะเป็นทางอาญา ทางแพ่ง หรือทางปกครอง รวมถึงคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีเดิมที่ได้มีการเสนอข้อหาต่อศาลไว้ก่อนแล้ว ซึ่งกระทำในลักษณะของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หรือบิดเบือนข้อเท็จจริง เพื่อกลั่นแกล้ง หรือเอาเปรียบบุคคลใดหรือโดยมุ่งหวังผลอย่างอื่น ยิ่งกว่าประโยชน์ที่พึงได้โดยชอบมาใช้เป็นเครื่องมือโดยมีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายเพื่อข่มขู่ ปิดกั้นการแสดงความคิดเห็น หรือเอาผิดกับบุคคลใดอันเนื่องมาจากบุคคลนั้นได้แสดงความคิดเห็น ให้ถ้อยคำ แจ้งเบาะแสหรือข้อมูล การจัดทำคำร้องหรือคำกล่าวหาเกี่ยวกับการทุจริตต่อหน้าที่หรือประพฤติมิชอบ หรือเพื่อระงับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกป้องประโยชน์สาธารณะโดยสุจริต และให้หมายความรวมถึงการเริ่มต้นคดีโดยการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนตามกฎหมาย และการกล่าวหาต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนเพื่อดำเนินการทางวินัยหรือดำเนินคดีปกครองกับผู้ถูกฟ้องคดีด้วย”

ในต่างประเทศ แต่ชื่อของบทบัญญัติดังกล่าว คือ พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปาก “ในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ” ซึ่งอาจทำให้ประชาชน และบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมสับสนได้ว่าการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ก็แต่เฉพาะการฟ้องปิดปากกรณีที่มีการมีส่วนร่วมในประเด็นเรื่องความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบนั้น แต่ในความเป็นจริงแล้ว ตัวนิยามของร่างฯ ฉบับดังกล่าวยังครอบคลุมไปถึงการฟ้องปิดปากในกรณีมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะอื่น ๆ ด้วย หากได้คุ้มครองเพียงแค่กรณีมีส่วนร่วมในประเด็นทุจริตหรือประพฤติมิชอบไม่ ด้วยเหตุนี้ร่างฯ ดังกล่าวจึงมีปัญหาด้านการกำหนดชื่อของกฎหมายซึ่งอาจนำไปสู่ปัญหาของความสับสนในการบังคับใช้ในอนาคตได้

4.3.2 มาตรการยื่นคำร้องขอยุติคดีโดยเร็ว สามารถแยกพิจารณามาตรการขอยุติคดีโดยเร็ว (Motion to Dismiss) เพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญา ตามร่างฯ ดังกล่าวได้เป็น 2 ประเด็น ดังนี้

(1) มาตรการยื่นคำร้องขอยุติคดีโดยเร็วกรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องปิดปากในคดีอาญา

การยื่นคำร้องขอยุติคดีตามมาตรา 10 (3) แห่งร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ. วางหลักว่า ผู้ฟ้องคดี (โจทก์) มีหน้าที่เสนอความเห็นหรือข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่า การฟ้องคดีดังกล่าวมีมูลความจริง โดยผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งนี้ ตามมาตรา 13²⁸ ในประเด็นนี้ต้องพิจารณาว่า คำว่า “มีมูลความจริง” ซึ่งตามแนวคำพิพากษา

มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้การดำเนินคดีหรือการฟ้องคดี ในลักษณะดังต่อไปนี้เป็นการฟ้องคดีปิดปาก

(1) การดำเนินคดีหรือการฟ้องคดีซึ่งมีสาเหตุอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้แสดงความคิดเห็น ให้อัยคำ แจ้งเบาะแสหรือข้อมูล จัดทำคำร้องหรือคำกล่าวหาเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ หรือเพื่อระงับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกป้องประโยชน์สาธารณะโดยสุจริต และ

(2) การดำเนินคดีหรือการฟ้องคดีอันมีลักษณะของการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หรือบิดเบือนข้อเท็จจริง เพื่อกลั่นแกล้ง หรือเอาเปรียบผู้ถูกดำเนินคดี หรือโดยมุ่งหวังผลอย่างอื่นยิ่งกว่าประโยชน์ที่พึงได้โดยชอบ หรือเพื่อใช้ในการข่มขู่ ปิดกั้นการแสดงความคิดเห็น การต่อรองหรือยุติการดำเนินคดีการแสดงความคิดเห็น การให้อัยคำ การแจ้งเบาะแสหรือข้อมูล การจัดทำคำร้องหรือ

คำกล่าวหาตามวรรคหนึ่ง (1) ให้รวมถึงการแสดงความคิดเห็น การให้อัยคำ การแจ้งเบาะแสหรือข้อมูลการจัดทำคำร้องหรือคำกล่าวหาในฐานความผิดอื่นที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช.ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต”

²⁸ ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ. มาตรา 13

“ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลเป็นคดีอาญาในฐานะผู้เสียหายหรือในกรณีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดี ในชั้นตรวจคำฟ้องของศาลหรือก่อนศาลมีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณา เมื่อศาลเห็นเอง หรือผู้ถูกฟ้องคดีได้เสนอ

ฎีกาได้วางหลักไว้ตลอดมาว่า ให้หมายถึง “ฟ้องครบองค์ประกอบความผิด” หรือ “จำเลยกระทำความผิดครบองค์ประกอบความผิดตามที่ฟ้อง”²⁹ ด้วยเหตุนี้ โจทก์จึงมีภาระการพิสูจน์เพียงว่า จำเลยได้กระทำความผิดตามที่ฟ้องจริงหรือไม่เท่านั้น ซึ่งในบางกรณีที่ฟ้องความผิดฐานหมิ่นประมาท การพิจารณาว่าฟ้องโจทก์มีมูลหรือไม่ ศาลไม่ได้พิจารณาถึงเหตุยกเว้นความรับผิด เพียงแต่ถ้าโจทก์แสดงให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามที่ฟ้องจริงศาลก็ถือว่าฟ้องโจทก์มีมูลแล้วเสมอ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่ามาตรการตามกฎหมายนี้ แม้การยื่นคำร้องขอของจำเลยมีลักษณะเป็นการยื่นคำร้องขอยุติคดีโดยเร็วก็ตาม แต่ก็อาจแพ้โจทก์ในทุกกรณีเพราะโจทก์มีภาระพิสูจน์เพียงว่าฟ้องของโจทก์มีมูลหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า ในต่างประเทศส่วนใหญ่แล้วคดีฟ้องปิดปากเป็นคดีแพ่ง ซึ่งอาศัยสิทธิในเกียรติยศและชื่อเสียงเป็นส่วนมาก แต่ในประเทศไทย การฟ้องปิดปากในคดีอาญามีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ การฟ้องปิดปากในคดีอาญาของประเทศไทยไม่เพียงแต่อ้างความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่ยังสามารถอาศัยฐานความผิดอื่นเพื่อฟ้องปิดปากในคดีอาญาด้วย เช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ฯ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้การกำหนดภาระการพิสูจน์ของโจทก์เพียงให้ศาลเห็นว่าฟ้องมีมูลในการต่อสู้ประเด็นแห่งคำร้องขอยุติคดีโดยเร็วจึงไม่เพียงพอสำหรับแก้ไขปัญหาได้อย่างแท้จริง

(2) มาตรการยื่นคำร้องขอยุติคดีโดยเร็วกรณีผู้ฟ้องปิดปากร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเพื่อใช้พนักงานอัยการเป็นเครื่องมือในการสั่งฟ้อง

สำหรับกรณีนี้ ผู้ต้องหาที่มีสิทธิยื่นคำร้องขอยุติคดีโดยเร็วต่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ แล้วแต่กรณีว่าคดีอยู่ชั้นสอบสวนหรือชั้นรอคำสั่งฟ้องคดีของพนักงานอัยการ

หากว่าคดีอยู่ในชั้นสอบสวนของพนักงานสอบสวน ผู้ต้องหา (ผู้ถูกฟ้องปิดปาก) มีสิทธิเสนอข้อเท็จจริงหรือคำชี้แจงว่าผู้ต้องหา (ผู้ถูกฟ้องปิดปาก) พร้อมพยานหลักฐานเบื้องต้นเพื่อพิสูจน์ว่าการแสดงความคิดเห็น การให้ถ้อยคำ การแจ้งเบาะแส หรือข้อมูล การจัดทำคำร้อง

ข้อเท็จจริงหรือยื่นคำร้องต่อศาลว่า การดำเนินคดีหรือการฟ้องคดีมีลักษณะเป็นการฟ้องคดีปิดปาก ให้ศาลมีอำนาจแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีหรือเจ้าหน้าที่เสนอความเห็นหรือข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่า การฟ้องคดีดังกล่าวมีมูลความผิดจริง โดยผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อพิจารณาสั่งคดีตามหมวด 3 การคุ้มครองผู้ถูกฟ้องคดีและการพิจารณาคดีของศาลในการฟ้องคดีปิดปาก ต่อไป”

²⁹ ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3965/2553

“การรับฟังพยานหลักฐานในชั้นไต่สวนมูลฟ้องกับชั้นพิจารณาแตกต่างกัน ชั้นไต่สวนมูลฟ้องเมื่อได้ข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบความผิดที่ฟ้องโดยไม่มีข้อพิรุธอันเป็นที่ประจักษ์ชัดก็ฟังได้แล้วว่า คดีมีมูลตามฟ้อง ส่วนข้อเท็จจริงที่ได้ความมาจะเป็นความจริงหรือไม่เป็นข้อที่จะต้องพิสูจน์กันอีกชั้นหนึ่งในชั้นพิจารณา ซึ่งในชั้นพิจารณาต้องฟังพยานหลักฐานจนได้ความอันสันตสยว่าข้อเท็จจริงที่ได้มานั้นเป็นความจริง จึงจะฟังได้ว่ามีการกระทำความผิดตามที่ฟ้อง...”

หรือคำกล่าวหาอื่น เป็นการกระทำ “โดยสุจริตและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ” ต่อพนักงานสอบสวน หากพนักงานสอบสวนเห็นว่าเป็นการฟ้องปิดปาก พนักงานสอบสวนมีอำนาจสั่ง ยุติการดำเนินคดี หรือ ทำความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องเสนอพนักงานอัยการ ทั้งนี้ ตามมาตรา 9³⁰, 10 (1)³¹ และ 11 วรรคหนึ่ง³²

ส่วนในชั้นสั่งคดีของพนักงานอัยการ ผู้ต้องหา (ผู้ถูกฟ้องปิดปาก) มีสิทธิเสนอข้อเท็จจริง หรือคำชี้แจงว่าผู้ต้องหา (ผู้ถูกฟ้องปิดปาก) พร้อมพยานหลักฐานเบื้องต้นเพื่อพิสูจน์ว่าการแสดง ความคิดเห็น การให้ถ้อยคำ การแจ้งเบาะแส หรือข้อมูล การจัดทำคำร้อง หรือคำกล่าวหาอื่น เป็นการกระทำ “โดยสุจริตและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ” ต่อพนักงานอัยการ หากพนักงานอัยการเห็นว่าคดีนั้นเป็นการฟ้องปิดปาก “และเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต” พนักงาน อัยการมีอำนาจสั่ง ยุติการดำเนินคดี หรือ มีคำสั่งไม่ฟ้องคดีทั้งนี้ ตามมาตรา 9, 10 (2)³³ และ 11 วรรคสอง³⁴

³⁰ ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการใช้สิทธิฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ. มาตรา 9

“ในกรณีที่ความปรากฏต่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการหรือผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่าการดำเนินคดีหรือการ ฟ้องคดี อาจเข้าข่ายเป็นลักษณะของการฟ้องคดีปิดปากตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการมีอำนาจ ตรวจสอบ สอบสวนหรือทำความเห็นในคดี โดยเปิดโอกาสให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธิเสนอข้อเท็จจริงหรือคำชี้แจง หรือยื่นคำร้องต่อศาลใน ภายหลัง เพื่อประกอบการพิจารณาดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจในการเสนอความเห็นหรือพิจารณาสั่งคดีเพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีได้ รับความคุ้มครอง โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธินำเสนอข้อเท็จจริงและหลักฐานเบื้องต้นว่า การแสดงความคิดเห็น การให้ถ้อยคำ การ แจ้งเบาะแสหรือข้อมูล การจัดทำคำร้องหรือคำกล่าวหาอื่น เป็นการกระทำโดยสุจริตและเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ

ให้บุคคลซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีโดยการฟ้องคดีปิดปากตามวรรคหนึ่ง มีหน้าที่นำเสนอข้อเท็จจริงพร้อมด้วยพยาน หลักฐานต่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการว่าการดำเนินคดีหรือการฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีมีมูลความผิด และได้เป็นการ ฟ้องคดีปิดปาก โดยเป็นการใช้สิทธิในกระบวนการยุติธรรมโดยสุจริต”

³¹ มาตรา 10 “การเสนอข้อเท็จจริงหรือคำชี้แจงต่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ หรือการยื่นคำร้อง ต่อศาลในภายหลังของผู้ถูกฟ้องคดี ให้ดำเนินการ ดังต่อไปนี้... (1) หากคดีอยู่ระหว่างการสอบสวนในชั้นพนักงานสอบสวน ให้เสนอข้อเท็จจริงหรือคำชี้แจงต่อพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบสำนวนที่ได้มีการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษเพื่อดำเนินคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี”

³² มาตรา 11 วรรคหนึ่ง “ภายใต้บังคับมาตรา 9 การดำเนินคดีในชั้นพนักงานสอบสวนหากพนักงานสอบสวน เห็นว่าเป็นการฟ้องคดีปิดปาก ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจสั่งยุติการดำเนินคดีหรือมีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง แล้วแต่กรณี เพื่อเสนอให้พนักงานอัยการพิจารณา”

³³ มาตรา 10 “การเสนอข้อเท็จจริงหรือคำชี้แจงต่อพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ หรือการยื่นคำร้องต่อ ศาลในภายหลังของผู้ถูกฟ้องคดี ให้ดำเนินการ ดังต่อไปนี้... (2) หากคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาในชั้นพนักงานอัยการ ให้เสนอ ข้อเท็จจริงหรือคำชี้แจงต่อพนักงานอัยการผู้มีความเห็นสั่งคดี”

³⁴ มาตรา 11 วรรคสอง “ให้พนักงานอัยการที่รับสำนวนคดีตามวรรคหนึ่ง มีอำนาจสั่งยุติการดำเนินคดีหรือสั่งไม่ฟ้อง คดีเพราะเหตุแห่งการดำเนินคดีเป็นการฟ้องคดีปิดปากและเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนอกเหนือจากเหตุผลคำสั่งคดีตามประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ด้วย”

จากการศึกษากฎหมายป้องกันการฟ้องปิดปากของต่างประเทศ ยังไม่พบการกำหนด บทบาทให้กับพนักงานสอบสวนสำหรับดุลพินิจในการยุติคดีเนื่องจากเห็นว่าคดีเป็นฟ้องปิดปาก แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าร่างฯ ดังกล่าวนำแนวคิดเรื่อง “คำร้องขอยุติคดี โดยเร็ว” มาประยุกต์ใช้ในชั้นพนักงานสอบสวน และพนักงานอัยการ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะ ประเทศไทยมีระบบการสอบสวนและการสั่งฟ้องคดีแยกออกจากกัน ซึ่งแตกต่างจากต่างประเทศ ที่การสอบสวนและการสั่งฟ้องรวมกันเป็นกระบวนการเดียวกัน

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง เปรียบเทียบกับ วรรคสอง แม้จะมี ข้อแตกต่างในหลักเกณฑ์การสั่งคดีของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ กล่าวคือ การสั่ง คดีฟ้องปิดปาก พนักงานสอบสวนเพียงแต่เห็นว่าเป็นการฟ้องปิดปากก็สั่งยุติคดีหรือทำความเห็น สั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง แต่สำหรับพนักงานอัยการ มาตรา 11 วรรคสอง กำหนดว่า หากพนักงานอัยการเห็นว่าเป็นการฟ้องปิดปาก “และเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต” กรณีจึงเกิดปัญหาสำหรับการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันซึ่งอาจกระทบต่อความน่าเชื่อถือของ กฎหมายจนไปถึงหน่วยงานและประสิทธิภาพการบังคับใช้ของกฎหมายได้

4.3.3 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีที่ศาลเห็นว่าโจทก์ฟ้องปิดปากและสิทธิใน การฟ้องกลับของจำเลย กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องปิดปากมีสิทธิ ยื่นคำร้องขอให้ศาลกำหนดค่าเสียหายได้³⁵ ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นเรื่องฟ้องปิดปากและค่าเสียหาย จากการถูกฟ้องปิดปากนั้นควรถูกกำหนดเป็นประเด็นปลีกย่อยต่างหากจากประเด็นแห่งคดีหลัก และบทบัญญัติควรจะกำหนดให้ชัดเจนสำหรับกระบวนการพิจารณาในชั้นประเด็นย่อยนี้ ซึ่งในตัวร่างฯ ไม่ได้กำหนดไว้ ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ การยื่นคำร้องพร้อมกับพยานหลักฐานให้ศาลทราบสำหรับ ประเด็นเรื่องการฟ้องปิดปากและค่าเสียหายนั้น อาจเกิดปัญหาในชั้นไต่สวนมูลฟ้องได้ เพราะ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดว่า จำเลยยังไม่มีฐานะเป็นจำเลยในชั้นไต่สวน มูลฟ้อง และห้ามมิให้จำเลยสืบพยาน ด้วยเหตุนี้บทบัญญัตินี้อาจขัดหรือแย้งกับกระบวนการพิจารณา เดิมของศาลได้

³⁵ ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ. มาตรา 25

“ในกรณีที่มีการพิจารณาคดีและศาลได้มีคำพิพากษายกฟ้องเพราะเหตุว่าการฟ้องคดีมีลักษณะเป็นการฟ้องปิดปาก และผู้ถูกฟ้องคดีได้ยื่นคำร้องขอให้ผู้ฟ้องคดีชดเชยความเสียหายตามมาตรา 10 วรรคสอง มาตรา 19 วรรคสอง และมาตรา 20 วรรคสอง ให้ศาลมีอำนาจกำหนดมูลค่าความเสียหายจากการถูกฟ้องปิดปาก รวมถึงค่าใช้จ่ายในการต่อสู้คดี ค่าทนายความ ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ให้กับผู้ถูกฟ้องคดีได้ตามที่ศาลเห็นสมควรโดยคำนึงถึงพฤติการณ์และ ความร้ายแรงในการฟ้องปิดปากด้วย”

5. ตัวอย่างกรณีศึกษามาตรการทางกฎหมายสำหรับการป้องกันการฟ้องปิดปาก

จากการศึกษากฎหมายป้องกันการฟ้องปิดปากในต่างประเทศจะมีแนวคิดพื้นฐานร่วมกันคือ การคุ้มครองการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชน ทำให้กฎหมายป้องกันการฟ้องปิดปากในแต่ละประเทศจะมีลักษณะที่ไม่แตกต่างกันในสาระสำคัญนัก ด้วยเหตุนี้ในหัวข้อดังกล่าวผู้เขียนจึงไม่ได้จำแนกว่าแต่ละประเทศมีเนื้อหาของกฎหมายอย่างไร แต่จะจำแนกตามรูปแบบมาตรการต่าง ๆ ที่น่าจะนำมาใช้แก้ไขปัญหากฎหมายของประเทศไทยได้ ดังต่อไปนี้

5.1 วัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปาก รวมถึงการกำหนดนิยามเพื่อคุ้มครองการมีส่วนร่วมทางสาธารณะของประชาชนและการฟ้องปิดปากเพื่อความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในแต่ละประเทศ โดยข้อพิจารณาสำหรับการกำหนดนิยามคำว่า “ฟ้องปิดปาก” ในทุกประเทศมักกำหนดว่าเป็นการฟ้องคดีโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชน โดยต้องขยายความคำว่า “การมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชน”³⁶ นั้นหมายถึงกิจการใดบ้าง เช่น ปัญหาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสังคม เศรษฐกิจ การเมือง แรงงาน หรือเป็นปัญหาร่วมกันในชุมชนใดชุมชนหนึ่ง เป็นต้น ซึ่งมีข้อสังเกตว่า การที่ประเด็นใดจะก่อให้เกิดการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชนได้นั้น ต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะร่วมกันของสังคม หาใช่การกระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลใดบุคคลหนึ่งไม่

5.2 มาตรการยุติคดีโดยเร็ว (Motion to Dismiss) แม้ว่าในแต่ละประเทศมีการกำหนดบทบาทขององค์กรในกระบวนการยุติธรรมแตกต่างกันไป เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา³⁷ กำหนดให้จำเลย

³⁶ A Model EU Directive on Providing Protection from Abusive Lawsuits Against Public Participation – Chapter I: Article 3 (2).

³⁷ ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 425.16 แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย บทบัญญัติกฎหมายป้องกันการฟ้องปิดปากในแคลิฟอร์เนียไม่ได้ตัดอำนาจฟ้องโจทก์ที่จะฟ้องคดีเพื่อยับยั้งการมีส่วนร่วมของประชาชนในประเด็นสาธารณะ แต่กฎหมายได้กำหนดมาตรการพิเศษเพื่อคงไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ โดยการเปิดช่องให้จำเลยสามารถยื่นคำร้องขอยุติการดำเนินคดีอย่างรวดเร็ว และการกำหนดภาระให้โจทก์ต้องจ่ายค่าทนายความและค่าใช้จ่ายให้แก่จำเลย ซึ่งเรียกว่า คำร้องขอยุติคดีโดยเร็ว (Special Motion to Strike)

คำขอพิเศษเพื่อยุติคดี ตามมาตรา 425.16 บัญญัติถึงขั้นตอนในการพิจารณาคำฟ้องว่าเป็นการฟ้องปิดปากหรือไม่ แบ่งได้เป็นสองขั้นตอน ดังต่อไปนี้

ขั้นตอนที่หนึ่ง ศาลจะพิจารณาว่าการกระทำตามข้ออ้างที่ปรากฏในคำร้องของจำเลยเป็นไปโดยมีเจตนาเพื่อปกป้องการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในประเด็นสาธารณะตามรัฐธรรมนูญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 425.16 (b) หรือไม่ โดยจำเลยจะต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำของตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติดังกล่าว กล่าวคือ การกระทำของจำเลยนั้นเป็นการเขียนข้อความที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือคำพูดใด ๆ ซึ่งเกิดขึ้นก่อนการดำเนินการทางนิติบัญญัติ หรือกระบวนการยุติธรรมหรือการดำเนินการอย่างเป็นทางการอื่นใดที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย การเขียนหรือการพูดใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็น

มีหน้าที่ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลพิจารณาประเด็นเรื่องการฟ้องปิดปาก³⁸ ส่วนประเทศฟิลิปปินส์กำหนดให้ทั้งศาล พนักงานอัยการ และจำเลยสามารถมีบทบาทในการยุติคดีฟ้องปิดปากโดยเร็วได้³⁹ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ของมาตรการนี้คือการระงับคดีที่เกิดจากวัตถุประสงค์ในการสร้างความลำบากของผู้ฟ้องปิดปากในทันทีซึ่งมีหลักการอยู่บนพื้นฐานอย่างเดียวกัน คือ การระงับไม่ให้มีการใช้สิทธิทางศาลโดยคุกคามการมีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องพัวพันกับประโยชน์สาธารณะ

สำหรับประเด็นเรื่องอุทธรณ์นั้นพบว่ามาตรา 12 แห่ง Philippines Anti-SLAPP Act of 2019 กำหนดว่าห้ามอุทธรณ์ในกรณีที่ศาล พนักงานอัยการ หรือเจ้าพนักงานมีคำสั่งปฏิเสธหรือยกคำร้องขอให้ยกฟ้องโดยอ้างเหตุว่าคำฟ้องหรือข้อกล่าวหาอันเป็นการฟ้องปิดปาก หรือกรณีที่มี

ที่อยู่ภายใต้การพิจารณาหรือทบทวนโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการหรือการดำเนินการอย่างเป็นทางการอื่นใดที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย หรือการเขียนหรือการพูดใด ๆ ที่เกิดขึ้นในสถานที่สาธารณะในประเด็นเรื่องประโยชน์สาธารณะ รวมถึงการดำเนินการอื่นใดซึ่งเป็นการส่งเสริมการใช้สิทธิในการร้องเรียนหรือสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในประเด็นสาธารณะหรือเรื่องที่เป็นที่กังวลของสังคม

ขั้นตอนที่สอง หากจำเลยสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นตามที่กล่าวไว้ โจทก์จะมีการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าฟ้องของตนสามารถที่จะชนะคดีได้ ซึ่งหากว่าโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ศาลก็จะพิพากษายกฟ้อง อย่างไรก็ตาม โจทก์และจำเลยสามารถอุทธรณ์คัดค้านคำตัดสินของศาลไปยังศาลอุทธรณ์ได้เพื่อให้ตรวจสอบว่าศาลชั้นต้นสั่งตามคำร้องของจำเลยชอบแล้วหรือไม่ และหากศาลพิพากษายกฟ้องตามคำ ร้อง จำเลยก็มีสิทธิได้รับค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่ต้องเสียไปในการต่อสู้คดี

การที่จำเลยจะได้รับความคุ้มครองตามขอพิเศษเพื่อยุติคดีนี้จะต้องแสดงให้ศาลเห็นในเบื้องต้นก่อนว่าฟ้องโจทก์มีมูลคดีมาจากการกระทำของจำเลยซึ่งเป็นการใช้สิทธิในการร้องเรียน หรือเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในประเด็นสาธารณะในการพิจารณาศาลจะมุ่งพิเคราะห์ถึงมูลเหตุ โดยดูจากคำฟ้องและคำให้การของจำเลยประกอบกันว่าการกระทำของจำเลยที่เป็นเหตุให้ถูกฟ้องดำเนินคดีนั้นได้รับความคุ้มครองภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติมาตรานี้หรือไม่

³⁸ Fiona J.L. Donson, *Legal Intimidation A SLAPP in the face of Democracy*, (London: Free Association Books, 2000), p. 35.

³⁹ Philippines Anti-SLAPP Act of 2019

section 5 กำหนดว่า ศาล พนักงานอัยการ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเอกชน แล้วแต่กรณี มีหน้าที่ดำเนินการและวินิจฉัยข้อเรียกร้องทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางปกครอง แล้วแต่กรณี หากพบว่าการดำเนินคดีนั้น ๆ มีลักษณะเป็นการฟ้องปิดปากให้หน่วยงานนั้นมีอำนาจในการยุติคดีในทันที

section 7 กำหนดหน้าที่สำหรับพนักงานอัยการ หากพบว่าคดีที่ได้รับการร้องทุกข์นั้นเป็นการฟ้องปิดปากให้มีคำสั่งยุติคดี (คำสั่งไม่ฟ้อง หรือยุติการสอบสวน แล้วแต่กรณี)

(ก) การแถลงข้อเท็จจริงในชั้นสอบสวนเพื่อขอให้พนักงานอัยการยุติคดี (Motion for Determination) แม้ว่าพนักงานอัยการจะมีหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าการดำเนินคดีเป็นการฟ้องปิดปากหรือไม่ กรณีไม่ได้ตัดสินคดีในการที่ผู้ต้องหาจะชี้แจงเพื่อขอให้วินิจฉัยว่าคดีเป็นฟ้องปิดปาก

(ข) การปล่อยตัวชั่วคราวระหว่างวินิจฉัยว่าเป็นการฟ้องปิดปาก (Release for Further Investigation) หากไม่ปรากฏชัดว่าการดำเนินคดีนั้นเป็นการฟ้องปิดปากหรือไม่ แต่อาจมีความเป็นไปได้ว่าคดีอาจเป็นการฟ้องปิดปาก ให้พนักงานอัยการมีอำนาจสั่งให้พนักงานสอบสวนปล่อยตัวผู้ต้องหาชั่วคราวระหว่างวินิจฉัยว่าคดีนั้นเป็นการฟ้องปิดปากหรือไม่

การปฏิเสธคำร้องขอให้วินิจฉัยข้อร้องเรียนว่าเป็นการฟ้องปิดปาก หรือกรณีที่มีการปฏิเสธหรือยกคำร้องขอให้ยกฟ้องในกรณีอ้างว่าการฟ้องกลับนั้นยังไม่ยุติว่าคดีก่อนเป็นฟ้องปิดปาก⁴⁰

5.3 กลไกสำหรับคุ้มครองฝ่ายที่ฟ้องคดี เนื่องจากการฟ้องปิดปากถือว่าการใช้สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมซึ่งได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับการมีส่วนร่วม ด้วยเหตุนี้ การฟ้องปิดปากซึ่งกำหนดมาตรการยุติคดีโดยเร็วขึ้นอาจกระทบต่อผู้ที่ฟ้องคดีโดยสุจริตได้ จึงต้องกำหนดมาตรการป้องกันไม่ให้ฝ่ายที่ฟ้องคดีเสียเปรียบจนเกินไป เช่น การให้สิทธิในการต่อสู้คดีว่าฟ้องของตนนั้นไม่ใช่ฟ้องปิดปาก⁴¹

5.4 มาตรการสำหรับการฟ้องกลับ (SLAPPback)⁴² เนื่องจากการฟ้องปิดปากเป็นการใช้สิทธิทางศาลโดยไม่สุจริตโดยไม่ได้แสวงหาความยุติธรรม แต่ใช้กระบวนการเพื่อสร้างความลำบากให้กับผู้ที่มีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อบุคคลที่ใช้สิทธิทางสาธารณะโดยสุจริต ด้วยเหตุนี้ประเทศต่าง ๆ จึงกำหนดให้มีมาตรการฟ้องกลับเพื่อเรียกค่าเสียหายต่าง ๆ เอาแก่ผู้ฟ้องคดีได้

6. วิเคราะห์ปัญหาของมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาในประเทศไทย

ในบทนี้จะแบ่งวิเคราะห์ตามปัญหาของกฎหมายวิธีพิจารณาความได้สองประเด็น คือ ปัญหาของมาตรการกลั่นกรองคดีกรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องปิดปากในคดีอาญา (หัวข้อ 6.1) และ ปัญหาของการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการ สำหรับกรณีฟ้องปิดปาก (หัวข้อ 6.2) ส่วนการวิเคราะห์ถึงมาตรการที่หน่วยงานของรัฐ คือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ได้เสนอ คือ “ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ.” (หัวข้อ 6.3) เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในต่างประเทศ เทียบกับบทบัญญัติที่ไทยจะนำมาใช้

⁴⁰ Philippines Anti-SLAPP Act of 2019 - section 12.

⁴¹ Fiona J.L. Donson, *Legal Intimidation A SLAPP in the face of Democracy*, p. 38.

⁴² Svitlana Kravchenko and John E. Bonine, *Human Rights and the Environment Case, Law, and policy*, (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press), p. 527.

6.1 วิเคราะห์ปัญหาของมาตรการกลั่นกรองคดีกรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องปิดปากในคดีอาญา

ปัญหาของมาตรการกลั่นกรองคดีกรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องปิดปากในคดีอาญาซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่จะทำให้เกิดปัญหาการฟ้องปิดปากในคดีอาญาสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

6.1.1 ความไม่ชัดเจนระหว่าง “การฟ้องคดีโดยไม่สุจริต” และ “การฟ้องปิดปากในคดีอาญา”

การนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161/1 มาใช้ในชั้นตรวจฟ้องหรือไต่สวนมูลฟ้องซึ่งศาลจะตรวจสอบองค์ประกอบความผิดทางอาญาว่าโจทก์ฟ้องถูกต้องตามกฎหมาย และการกระทำของจำเลยครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้วหรือไม่ แต่การที่ศาลจะอ่านคำฟ้องแล้วสามารถยกฟ้องโดยอาศัยเหตุว่าฟ้องโจทก์โดยไม่สุจริตนั้น ศาลต้องทราบก่อนว่าฟ้องปิดปากคืออะไร และถือว่าเป็นการฟ้องโดยไม่สุจริตหรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบระหว่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 161/1 และกฎหมายป้องกันการฟ้องปิดปากของต่างประเทศแล้วพบว่า มาตรา 161/1 กำหนดให้ศาลมีอำนาจพิพากษายกฟ้องกรณีที่ราษฎรเป็นโจทก์เสนอคดีต่อศาลโดยไม่สุจริต แต่กรณีดังกล่าวไม่ได้หมายความว่ารวมถึง “การฟ้องปิดปาก” ซึ่งต่างจากกฎหมายต่างประเทศที่จะกำหนดนิยามของการฟ้องปิดปากไว้ชัดเจน ทำให้การปรับใช้กฎหมายของศาลมีประสิทธิภาพตามเนื้อหาของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่ามาตรา 161/1 ยังมีปัญหาด้านความไม่ชัดเจนว่าการฟ้องคดีโดยไม่สุจริตนั้นรวมถึงการฟ้องปิดปากหรือไม่

ด้วยเหตุนี้การจะแก้ไขปัญหาคความไม่ชัดเจนจะต้องมี “การกำหนดนิยาม” ที่ชัดเจนและแน่นอนดังต่อไปนี้

(1) กำหนดนิยามของคำว่า “การฟ้องปิดปากในคดีอาญา” หรือ “คดีที่มีลักษณะปิดกั้นการมีส่วนร่วมทางสาธารณะของประชาชน” คือ “การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าด้วยการฟ้อง การร้องทุกข์ หรือกล่าวโทษ โดยไม่ได้มีจุดมุ่งหมายในการแสวงหาความยุติธรรม แต่ใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นเครื่องมือในการสร้างความเดือดร้อนให้กับประชาชนเพื่อยับยั้งการมีส่วนร่วมทางสาธารณะหรือสนับสนุนการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”⁴³

(2) กำหนดว่าการฟ้องคดีโดยไม่สุจริตตามมาตรา 161/1 รวมถึงการฟ้องปิดปากในคดีอาญา หรือ เป็นคดีที่มีลักษณะปิดกั้นการมีส่วนร่วมทางสาธารณะของประชาชน

⁴³ กรณีนี้เป็นการอ้างอิงตามนิยามที่กฎหมายป้องกันการฟ้องปิดปากในต่างประเทศนำมาบัญญัติไว้ซึ่งมีลักษณะร่วมกันคือ การฟ้องปิดปาก หมายถึง การใช้สิทธิทางศาลเพื่อข่มขู่หรือยับยั้งการมีส่วนร่วมในประเด็นทางสาธารณะของประชาชน

6.1.2 การกำหนดบทบาทเชิงรุกของศาลในการวินิจฉัยคำฟ้องที่ไม่สุจริตของโจทก์เกิน สัดส่วนต่อเหตุผลของความเป็นจริง

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า มาตรา 161/1 ไม่ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องนำมาใช้ในชั้นใด ของการพิจารณา เมื่อพิเคราะห์ถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่ต้องการให้นาคดีที่โจทก์ฟ้องโดย ไม่สุจริตขึ้นสู่ศาลแล้ว บทบัญญัติดังกล่าวจึงสมควรนำมาใช้ในชั้นตรวจคำฟ้องหรือไต่สวนมูลฟ้อง แต่การยกฟ้องคดีไปได้เสียทีเดียวโดยไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการไต่สวนมูลฟ้องนั้น ย่อมเป็นการ ยากที่ศาลจะทราบว่าคำฟ้องของโจทก์เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต นอกจากนี้ ภายใต้การปฏิบัติ งานของศาลที่มีทัศนคติในการวางเฉยและเป็นกลางของประเทศไทย ทำให้กลไกในการกลั่นกรอง คดีทั้งก่อนที่ศาลจะประทับฟ้องจนถึงชั้นพิจารณายอมสวนทางกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ ดังกล่าว ด้วยเหตุนี้จึงกล่าวได้ว่า มาตรา 161/1 นั้นเป็นบทบัญญัติที่กำหนดบทบาทเชิงรุกของ ศาลในการวินิจฉัยคำฟ้องที่ไม่สุจริตของโจทก์เกินสัดส่วนต่อเหตุผลของความเป็นจริง สำหรับกรณี ดังกล่าว การกำหนดให้จำเลยมีบทบาทในการมีส่วนร่วมในการพิจารณาตามรูปแบบของระบบ กล่าวหาหน้าจะสามารถนำมาอุดช่องว่างสำหรับปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าวได้ โดยการที่กำหนดให้ จำเลยมีสิทธิในการยื่นคำร้องเสนอต่อศาลว่าโจทก์ฟ้องคดีโดยไม่สุจริตหรือโจทก์ฟ้องปิดปากเพื่อ ประกอบดุลพินิจของศาลในการใช้อำนาจตามมาตรา 161/1 ซึ่งจะสอดคล้องกับกฎหมายป้องกันการ ฟ้องปิดปากในต่างประเทศที่กำหนดให้จำเลยมีบทบาทในการยื่นคำร้องขอยุติคดีโดยเร็วต่อศาล

6.1.3 การยกฟ้องคดีที่ไม่สุจริตของโจทก์ไม่เป็นเหตุให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับ สิ้นไป

ในคดีอาญาที่ราษฎรเป็นโจทก์ ศาลต้องไต่สวนมูลฟ้องเสมอ ส่วนคดีอาญาที่พนักงานอัยการ เป็นโจทก์ ศาลอาจไต่สวนมูลฟ้องก็ได้⁴⁴ หากศาลไต่สวนมูลฟ้องได้ความว่าคดีที่โจทก์นำมาฟ้อง จำเลยไม่ได้กระทำความผิดประกอบความผิด ศาลย่อมพิพากษายกฟ้องโดยมีคำสั่งว่าไม่มีมูล ซึ่งการยกฟ้องเช่นนี้ ถือว่าเป็นการวินิจฉัยในเนื้อหาของคดี โจทก์ไม่ว่าจะเป็นราษฎรหรือพนักงาน อัยการ ไม่สามารถนำคดีมาฟ้องใหม่ได้ เนื่องจากการฟ้องซ้ำ ตามมาตรา 39 (4)

ส่วนคำสั่งยกฟ้องของศาลตามมาตรา 161/1 มีข้ออภิปรายว่า คำว่า “โจทก์” ที่ต้อง ห้ามนำคดีมาฟ้องใหม่หากศาลยกฟ้องเนื่องจากคดีไม่สุจริตในตอนท้ายของบทบัญญัตินี้ดังกล่าว นั้น หมายความว่ารวมถึงพนักงานอัยการหรือไม่ สำหรับในกรณีดังกล่าวที่ยังไม่มีความเห็นชัดเจน ถ้าศาล ได้ความว่าโจทก์ดังกล่าวหมายถึงราษฎรที่เป็นโจทก์ฟ้องในคดีก่อนเท่านั้น เมื่อนำคดีมาฟ้องต่อ

⁴⁴ มาตรา 162 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

พนักงานสอบสวนใหม่ พนักงานอัยการย่อมมีสิทธิมาฟ้องในเรื่องเดิมได้ โดยไม่ถือว่าเป็นฟ้องซ้ำ กล่าวคือ หากศาลยกฟ้องตามมาตรา 161/1 ให้สิทธิพนักงานอัยการนำคดีเรื่องเดียวกันมาฟ้องใหม่ ได้ หากได้เข้าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปตามมาตรา 39 (4) ไม่

สำหรับความไม่ชัดเจนดังกล่าว อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ด้วยการกำหนดให้ชัดเจนว่า “หากศาลยกฟ้องเนื่องจากราษฎรซึ่งเป็นโจทก์ฟ้องปิดปากหรือฟ้องโจทก์ไม่สุจริต ย่อมสิ้นสิทธิร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนในการกระทำและข้อหาที่โจทก์ฟ้องอีก” เป็นต้น เพื่อเป็นการตัดช่องทางการร้องทุกข์ซ้ำเพื่อใช้ประเด็นที่ศาลยกฟ้องไปแล้วมาสร้างความลำบากแก่จำเลยเป็นคดีใหม่อีก ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและนโยบายแห่งรัฐที่ต้องการให้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญา อีกทั้งยังเป็นการลดปัญหาคดีล้นมือเจ้าพนักงานอีกด้วย

6.1.4 อำนาจในการไต่สวนตามคำแถลงของจำเลยตามมาตรา 161/1 และ 165/2 อาจกระทบต่ออำนาจไต่สวนโดยผลการของศาลมีอยู่แต่เดิมตามมาตรา 228

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 165/2 ในส่วนที่ว่า “...กรณีเช่นว่านี้ ศาลอาจเรียกบุคคล เอกสาร หรือวัตถุดังกล่าวนั้นมาเป็นพยานศาล...” ซึ่งคำว่า “...กรณีเช่นว่านี้...” ย่อมหมายถึง กรณีจำเลยใช้สิทธิแถลงให้ศาลทราบถึงข้อเท็จจริงและระบุในคำแถลงถึงตัวบุคคล เอกสาร หรือวัตถุที่จะสนับสนุนข้อเท็จจริงตามคำแถลงของจำเลยดังข้างต้นนั่นเอง เมื่อเป็นเช่นนั้น แล้วกฎหมายจึงให้อำนาจศาลใช้ดุลพินิจเรียกบุคคล เอกสาร หรือวัตถุดังกล่าว “...มาเป็นพยานศาล...” เพื่อประกอบการวินิจฉัยสำคดีตามที่จำเป็นและสมควร ไม่ใช่ถึงขนาดมาเป็นพยานให้โจทก์หรือจำเลยเสียทีเดียว

เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 228 ประกอบมาตรา 171 ซึ่งศาลสามารถเรียกพยานมาสืบได้ โดยผลการในฐานะพยานศาลเช่นกัน จึงเกิดปัญหาว่า ถ้าหากจำเลย “ไม่แถลง” ตามมาตรา 165/2 ผลจะเป็นประการใด ศาลจะใช้อำนาจโดยผลการเรียกบุคคล เอกสาร หรือวัตถุมาเป็นพยานประกอบการวินิจฉัยได้โดยผลการได้อีกหรือไม่ กล่าวคือ มีข้อสังเกตว่าการเพิ่มเติมกฎหมาย 165/2 นี้ อาจทำให้ดุลพินิจศาลในการเรียกพยานมาสืบเพิ่มเติมโดยผลการแถลง

จากกรณีตามปัญหาพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ตามมาตรการร้องขอเพื่อยุติคดีโดยเร็ว (Motion to Dismiss) ของกฎหมายป้องกันการฟ้องปิดปากในต่างประเทศที่กำหนดบทบาทให้จำเลยจะต้องแสดงข้อเท็จจริงพร้อมกับพยานหลักฐานให้ศาลเชื่อว่ามูลเหตุแห่งการฟ้องคดีของโจทก์นั้นเกิดจากการที่จำเลยมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้ประเด็นตามคำร้องมาตรา 165/2 ประกอบ 161/1 หรือ ประเด็นว่าโจทก์ฟ้องปิดปากหรือไม่ เป็น “ประเด็น

ปลีกย่อย” ซึ่งอาจกำหนดให้จำเลยและโจทก์มีสิทธินำพยานมาต่อสู้กันในประเด็นดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ควรต้องกำหนดกรอบของประเด็นปลีกย่อย และควรมีการพิจารณาที่สั้นและกระชับ ซึ่งต้องไม่กระทบกระเทือนต่อประเด็นหลักของคดีมากนัก เช่น กำหนดว่าประเด็นแห่งคดี คือ ฟ้องโจทก์เป็นฟ้องปิดปากหรือไม่ และกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาคดีดังกล่าวภายในระยะเวลาใกล้เคียงกับคำสั่งที่ศาลมีคำสั่งอนุญาตตามคำร้อง เป็นต้น เมื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามมาตรา 161/1 และ 165/2 เพื่อให้เป็นมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาโดยเฉพาะได้แล้ว โดยการกำหนดบทบาทของจำเลยในการชี้แจงข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานให้ศาลทราบได้ ประกอบกับกำหนดให้เป็นประเด็นปลีกย่อย เช่นนี้ก็จะไม่กระทบต่ออำนาจไต่สวนของศาล ตามมาตรา 228 อีกด้วย

6.2 วิเคราะห์ปัญหาของการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการ สำหรับกรณีฟ้องปิดปาก

สำหรับกรณีนี้ผู้เขียนกำหนดประเด็นปัญหาย่อยไว้ 2 กรณี ซึ่งจะแยกการวิเคราะห์ออกจากกัน รวมถึงข้อเสนอแยกจากกันเพื่อเป็นข้อพิจารณาในการ “เลือก” ว่าข้อเสนอใดเหมาะสมกับประเทศไทยมากกว่ากัน และจะนำเสนอข้อเสนอแนะตามความเห็นส่วนตัวในบทสุดท้ายต่อไป

6.2.1 วิเคราะห์ปัญหาของการสั่งไม่ฟ้องคดีโดยอัยการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หากพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีตามมาตรา 143 ต้องมีการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องคดีโดยผู้ว่าราชการจังหวัด หรือตำรวจ ถ้าองค์กรอื่นเห็นแย้งกับคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ ผู้ทบทวนคำสั่งสุดท้ายคืออัยการสูงสุด โดยคำสั่งของอัยการสูงสุดถือเป็นเด็ดขาด จะเห็นได้ว่าด้วยบทบัญญัติเรื่องการตรวจสอบถ่วงดุลของพนักงานอัยการโดยองค์กรอื่น (ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือตำรวจ) ซึ่งเป็นหน่วยงานบริหารเช่นกัน ก่อให้เกิดความล่าช้าในการสั่งคดี และยังทำให้พนักงานอัยการที่รับผิดชอบสำนวนคดีไม่อาจใช้ช่องทางการไม่ฟ้องคดีดังกล่าวอีกด้วย

จากการศึกษาพบว่ากรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าการสอบสวนคดีอาญาให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างพนักงานสอบสวนกับพนักงานอัยการ “อย่างเหมาะสม” ไม่ได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องมีการตรวจสอบและถ่วงดุลในทุกกรณี แต่ต้องกำหนดการตรวจสอบถ่วงดุลกันในฐานะที่เป็นหน่วยงานซึ่งทำงานใกล้ชิดกัน ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาถึงสภาพของการกระทำผิดและผู้ฟ้องคดีแล้ว การฟ้องปิดปากในคดีอาญาซึ่งเป็นการอาศัยกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นเครื่องมือเพื่อทำให้เกิดความเดือดร้อน (Chilling Effects) กับผู้ถูกฟ้องในอันที่จะถูกข่มขู่หรือยับยั้งการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะ ถือว่ากระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งรวมถึง

หน่วยงานตำรวจและอัยการเป็นเครื่องมือสร้างความลำบากแก่ประชาชนผู้มีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะ เช่นนี้ จึงควรกำหนดว่าการร้องทุกข์ที่มีลักษณะเพื่อใช้ผลประโยชน์จากการความลำบากที่เกิดขึ้นกับผู้ต้องหาซึ่งต้องถูกสอบสวนนั้นย่อมไม่ควรให้เกิดขึ้นได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่ามาตรการถ่วงดุลและตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการจึงไม่ควรนำมาใช้กับการฟ้องปิดปากในคดีอาญา

นอกจากนี้โดยหลัก หากพนักงานอัยการพบว่าพยานหลักฐานไม่เพียงพอสำหรับการฟ้องคดีต่อจำเลยแล้วจึงจะใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องคดี ซึ่งแตกต่างจากกรณีฟ้องปิดปาก เพราะในบางกรณีการกระทำของจำเลยที่เป็นการมีส่วนร่วมในประเด็นทางสาธารณะนั้นครบองค์ประกอบความผิดแล้ว เช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาท เป็นต้น เพียงแต่การกระทำของจำเลยไม่ควรถูกลงโทษด้วยเหตุผลที่ว่า การกระทำของจำเลยนั้นก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะจากการมีส่วนร่วมในประเด็นดังกล่าว และการฟ้องคดีต่อจำเลยไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะในอันที่จะทำให้เกิดความสงบเรียบร้อยซึ่งเป็นเป้าหมายสูงสุดของกฎหมายอาญา อีกทั้ง ในบางกรณีจำเลยอาจต่อสู้ถึงเหตุยกเว้นความรับผิดตามกฎหมายได้⁴⁵ แต่ต้องสูญเสียเวลาและทรัพยากรในการถูกฟ้องคดีจนไปถึงชั้นพิจารณาของศาล ยิ่งไปกว่านั้น ในฐานะที่พนักงานอัยการและตำรวจเป็นผู้เสียหายร่วมกันจากการถูกใช้เป็นเครื่องมือดำเนินคดีให้กับผู้ฟ้องปิดปากจึงไม่สมควรที่จะต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลกันตามมาตรา 145 และ 145/1 อีก

6.2.2 วิเคราะห์ปัญหาของการสั่งไม่ฟ้องคดีเนื่องจากไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ. 2554 ข้อ 6 ได้ระบุปัจจัยซึ่งพนักงานอัยการจะต้องคำนึงถึงในกรณีการสั่งไม่ฟ้องคดีเนื่องจากไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน⁴⁶ ไว้ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏว่ามีปัจจัยใดที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องปิดปากในคดีอาญา ทำให้พนักงานอัยการยังไม่สามารถมีคำสั่งไม่ฟ้องคดีประเภทนี้ได้

⁴⁵ ยกตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 329 กรณีผู้ต้องหาหรือจำเลยแสดงความคิดเห็นโดยสุจริต ไม่ว่าจะเป็นการป้องกันสิทธิของตน หรือการติชมด้วยวิสัยของประชาชนก็ตาม

⁴⁶ ปัจจัยที่พนักงานอัยการใช้ต้องคำนึงถึงในกรณีการสั่งไม่ฟ้องคดีเนื่องจากไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน ได้แก่ (1) สาเหตุหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด (2) อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิตอาชีวะ ฐานะ ความสัมพันธ์ทางครอบครัว และประวัติการกระทำความผิดของผู้ต้องหา (3) ลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิด ผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด การได้รับผลร้ายของผู้ต้องหาอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของผู้ต้องหาเอง (4) ความสำนึกผิดของผู้ต้องหา การได้รับการบรรเทาผลร้ายของผู้เสียหาย ความเห็นของผู้เสียหายต่อการฟ้องผู้ต้องหา ความคาดหวังถึงผลที่ผู้ต้องหาจะได้รับจากการถูกฟ้อง (5) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และ (6) ประโยชน์ของรัฐที่จะได้จากการฟ้องผู้ต้องหา

แม้ว่าการฟ้องปิดปากในคดีอาญาจะยังมีความคลุมเครือที่อาจไม่เข้าหลักเกณฑ์การสั่งไม่ฟ้องคดีเพราะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนก็ตาม แต่จากการศึกษาพบว่ามีความสำคัญไม่ฟ้องคดีกรณี We walk เติมนิตราภาพ⁴⁷ ซึ่งเป็นคดีที่พนักงานอัยการเห็นว่าเป็นการฟ้องปิดปากในคดีอาญาและอาศัยเหตุว่าการฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนสำหรับการออกคำสั่งไม่ฟ้องคดีดังกล่าว สะท้อนให้เห็นถึงความพยายามของพนักงานอัยการในคดีดังกล่าวที่ต่อสู้กับกระบวนการอันยุ่งยากซับซ้อนจนไปถึงการสั่งไม่ฟ้องคดีโดยเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์สาธารณะได้ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าบทบัญญัติตามกฎหมายยังคงไม่มีความชัดเจนว่า คดีไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะรวมถึง “คดีฟ้องปิดปาก” หรือไม่ ย่อมเป็นอุปสรรคต่อตัวพนักงานอัยการเองที่จะต้องถูกสอบสวนทางวินัย หากเห็นว่าคดีนั้นไม่ใช่คดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

นอกจากนี้ การที่ได้มีการสอบปากคำ การค้นหาเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเพื่อนำไปสู่การพิสูจน์ว่าผู้ต้องหากระทำความผิดจริงหรือไม่ก็ตาม ถือได้ว่ามีการใช้ทรัพยากรของรัฐไปอย่างมากมาแล้ว ย่อมเป็นผลเสียต่อรัฐอีกด้วย อีกทั้งยังสร้างผลกระทบต่อตัวผู้ต้องหาคดีปิดปาก ในอันที่จะถูกยับยั้ง หรือข่มขู่ในการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชนแล้ว ดังนั้น แม้พนักงานอัยการจะสามารถอำนวยความสะดวกในการสั่งไม่ฟ้องคดีโดยอาศัยช่องทางการฟ้องคดีไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะได้ แต่ผลกระทบที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นผลต่อพนักงานอัยการต่อต้านทุนที่รัฐต้องใช้ไป หรือต่อผู้ต้องหาเองก็ตาม ย่อมสะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายยังต้องได้รับการแก้ไขเพื่อลดอุปสรรคในการที่พนักงานอัยการจะเลือกใช้มาตรการดังกล่าวและ เพื่อลดความเสียหายที่จะเกิดกับตัวผู้ต้องหาอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์สำหรับการสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะให้หมายความรวมถึงการฟ้องปิดปากในคดีอาญาด้วย

6.3 วิเคราะห์ “ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันกาฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ.”

6.3.1 วิเคราะห์การกำหนดนิยามและชื่อของกฎหมาย

เนื่องจากการกำหนดนิยามของคำว่า “ฟ้องปิดปาก” ของพระราชบัญญัติดังกล่าวมีความครอบคลุมและเป็นไปตามแนวทางของสากลจึงไม่น่าจะมีปัญหาประการใดสำหรับด้านความชัดเจนของนิยาม แต่สำหรับชื่อของร่างพระราชบัญญัติที่กำหนดไว้เฉพาะป้องกันกาฟ้องปิดปาก

⁴⁷ กอร์ปกุล วินิจนัยภาค, “เรื่อง อัยการกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ศึกษากรณีการป้องกันการดำเนินคดีเชิงยุทธศาสตร์เพื่อระงับการมีส่วนร่วมของประชาชนในกิจการสาธารณะ (การฟ้องคดีเพื่อปิดปาก),” เอกสารวิชาการตามหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง” รุ่นที่ 25 วิทยาลัยการยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมสำนักงานศาลยุติธรรมพ.ศ. 2564. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

“ในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ” จึงอาจก่อให้เกิดปัญหายุ่งยากหลังจากประกาศบังคับใช้ได้ ผู้เขียนจึงเสนอว่าควรแก้ไขชื่อพระราชบัญญัติเป็น “พระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปาก” หรือ “พระราชบัญญัติป้องกันการดำเนินคดีเพื่อยับยั้งการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะ” เพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาของกฎหมายที่ครอบคลุมการฟ้องปิดปากทุกกรณี

6.3.2 วิเคราะห์มาตรการยื่นคำร้องขอยุติคดีโดยเร็ว

(1) มาตรการยื่นคำร้องขอยุติคดีโดยเร็ว (Motion to Dismiss) กรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องปิดปากในคดีอาญา

ประเด็นเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์ตามคำร้อง ร่างพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่เสนอความเห็นหรือข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่า การฟ้องคดีดังกล่าว “มีมูลความจริง” โดยผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งนี้ตามมาตรา 13⁴⁸ ซึ่งแตกต่างจากเหตุตามกฎหมายของต่างประเทศ กล่าวคือ ผู้ฟ้องต้องนำเสนอข้ออ้างที่จำเลยมีส่วนร่วมในประเด็นทางสาธารณะ อีกทั้งการที่โจทก์มีภาระการพิสูจน์เพียงว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามฟ้องจริงหรือไม่เท่านั้น ซึ่งในบางกรณีที่ฟ้องความผิดฐานหมิ่นประมาท การพิจารณาว่าฟ้องโจทก์มีมูลหรือไม่ ศาลไม่ได้พิจารณาถึงเหตุยกเว้นความรับผิด เพียงแต่ถ้าโจทก์แสดงให้เห็นว่าจำเลยได้กระทำความผิดตามฟ้องจริงศาลก็ถือว่าฟ้องโจทก์มีมูลแล้วเสมอ ดังนั้นสำหรับประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า กรณีเช่นนี้ควรกำหนดให้ “ผู้รับคำร้อง” มีบทบาทในการใช้ดุลพินิจด้วย กล่าวคือ จำเลยเสนอข้อเท็จจริงว่าตนมีส่วนร่วมทางสาธารณะโดยสุจริต ส่วนโจทก์ต้องต่อสู้ว่าจำเลยไม่ได้มีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะ หรือจำเลยมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะแต่ไม่ใช่โดยสุจริต หรือ การกระทำของจำเลยไม่ใช่การมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น และให้ผู้รับคำร้อง (ซึ่งในกรณีนี้ คือ ศาล) รับฟังข้ออ้าง ข้อเถียง และพยานหลักฐานของคู่ความทั้งสองฝ่ายแล้ววินิจฉัยว่าคำร้องขอมูลหรือไม่ เพื่อพิจารณายกฟ้องและกำหนดค่าสินไหมทดแทนต่อไป เช่นนี้น่าจะเหมาะสมมากกว่าการกำหนดให้โจทก์มีภาระการพิสูจน์คนละประเด็นกับข้ออ้างตามคำร้องของจำเลย

⁴⁸ ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ. มาตรา 13

“ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลเป็นคดีอาญาในฐานะผู้เสียหายหรือในกรณีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดี ในชั้นตรวจคำฟ้องของศาลหรือก่อนศาลมีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณา เมื่อศาลเห็นเอง หรือผู้ถูกฟ้องคดีได้เสนอข้อเท็จจริงหรือยื่นคำร้องต่อศาลว่า การดำเนินคดีหรือการฟ้องคดีมีลักษณะเป็นการฟ้องคดีปิดปาก ให้ศาลมีอำนาจแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีหรือเจ้าหน้าที่เสนอความเห็นหรือข้อเท็จจริงต่อศาลเพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่า การฟ้องคดีดังกล่าวมีมูลความจริง โดยผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี เพื่อพิจารณาลงมติตามหมวด 3 การคุ้มครองผู้ถูกฟ้องคดีและการพิจารณาคดีของศาลในการฟ้องคดีปิดปาก ต่อไป”

(2) มาตรการยื่นคำร้องขอยุติคดีโดยเร็วกรณีผู้ฟ้องปิดปากร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน เพื่อใช้พนักงานอัยการเป็นเครื่องมือในการสั่งฟ้อง

สำหรับการยื่นคำร้องขอยุติคดีในชั้นพนักงานสอบสวน มีข้อสังเกตอยู่บางประการ ดังนี้

(ก) การกำหนดให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจสั่งยุติคดีไปเสียทีเดียว แม้จะทำให้คดีเสร็จโดยเร็วอันเป็นการป้องปรามการฟ้องปิดปากได้ดีที่สุดก็ตาม แต่หากพิจารณาในแง่การทุจริตและประพฤติมิชอบของพนักงานสอบสวน หากพนักงานสอบสวนใช้ช่องทางดังกล่าวแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เช่น การเรียกรับเงินเพื่อใช้ดุลพินิจเช่นว่านี้ เป็นต้น กรณีไม่เพียงแต่จะไม่เป็นประโยชน์ในการป้องกันการฟ้องปิดปาก แต่ยังอาจกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้เสียหายที่แท้จริงซึ่งไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการยับยั้งการมีส่วนร่วมทางสาธารณะของประชาชน และเป็นการสนับสนุนให้ใช้ช่องทางดังกล่าวสำหรับการหลุดพ้นความรับผิดชอบตั้งแต่ต้นทางของกระบวนการยุติธรรมสำหรับผู้กระทำความผิด ซึ่งเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนว่าควรจะให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนถึงขนาดสั่งยุติคดีได้เลยหรือไม่

(ข) การกำหนดให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจสั่งยุติคดี นอกจากอาจก่อให้เกิดการใช้ช่องทางสำหรับแสวงหาประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่ยังกระทบต่อหลักการทบทวนตรวจสอบ และถ่วงดุลระหว่างองค์กร ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 285 วางหลักให้มีการทบทวนและถ่วงดุลอย่างเหมาะสมระหว่างพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ ในกรณีเช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า พนักงานสอบสวนมีหน้าที่หลักคือการแสวงหาพยานหลักฐานในคดี หากไม่มีอำนาจในการสั่งคดีไม่ ดังนั้นจึงไม่ควรจะมีอำนาจสั่งยุติคดีไปเสียทีเดียว ฉะนั้นแล้ว ไม่ควรกำหนดให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจถึงขนาดที่จะสั่งยุติคดีได้เสียทีเดียว ซึ่งการกำหนดให้ทำความเข้าใจไม่ฟ้องคดีแก่พนักงานอัยการก็น่าจะเพียงพอ และไม่น่าสงสัยว่าจะนำช่องทางดังกล่าวไปใช้ในทางที่มิชอบหรือจะกระทบกระเทือนต่อระบบตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างพนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการหรือไม่

สำหรับกรณียื่นคำขอยุติคดีในชั้นของพนักงานอัยการ พบว่ามีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในประเทศฟิลิปปินส์ สาเหตุที่พนักงานอัยการน่าจะมีอำนาจถึงขนาดสั่งไม่ฟ้องคดีได้ด้วยตนเองได้ เนื่องจากพนักงานอัยการตามหลักการใช้อำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) นั้น สามารถใช้อำนาจว่าสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาในคดีอาญาได้ แม้ว่าผู้ต้องหาจะกระทำความผิดตามที่กล่าวหาจริงและมีพยานหลักฐานพอฟ้อง อันเป็นการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้ต้องหาเป็นผู้ที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดเนื่องจากประสงคในการเรียกร้องหรือใช้สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้

บัญญัติรับรองไว้ พนักงานอัยการก็ควรนำมาเป็นปัจจัยพิจารณาประกอบในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวว่าการฟ้องผู้ต้องหาในคดีฟ้องปิดปากนั้นจะเกิดประโยชน์แก่สังคมหรือไม่ และจะเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหามากเกินไปหรือไม่ ถือเป็นการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการเพื่อปรับให้เข้ากับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ด้วยเหตุนี้ การกำหนดให้พนักงานอัยการมีอำนาจในการสั่งไม่ฟ้องคดีได้ก็น่าจะเป็นประโยชน์สำหรับการป้องกันการฟ้องปิดปาก แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง⁴⁹ เปรียบเทียบกับ วรรคสอง แม้จะมีข้อแตกต่างในหลักเกณฑ์การสั่งคดีของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ กล่าวคือ การสั่งคดีฟ้องปิดปาก พนักงานสอบสวนเพียงแค่เห็นว่าเป็นการฟ้องปิดปากก็สั่งยุติคดีหรือทำความเห็นสั่งไม่ฟ้องได้ แต่สำหรับพนักงานอัยการ มาตรา 11 วรรคสอง⁵⁰ กำหนดว่า หากพนักงานอัยการเห็นว่าเป็นการฟ้องปิดปาก “และเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต” จึงจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องที่แปลกที่กำหนดให้พนักงานสอบสวนมีดุลพินิจกว้างกว่าพนักงานอัยการ แม้ว่าพนักงานสอบสวนจะไม่มีอำนาจถึงตุลาการเช่นพนักงานอัยการก็ตาม

6.3.3 การกำหนดค่าสินไหมทดแทนกรณีศาลเห็นว่าโจทก์ฟ้องปิดปากและสิทธิในการฟ้องกลับของจำเลย

จากการศึกษา ในต่างประเทศได้ให้อำนาจศาลในการกำหนดค่าเสียหายจากการถูกฟ้องปิดปากได้ แม้ว่าในประเทศไทย ศาลอาญาไม่มีอำนาจวินิจฉัยและพิพากษาเรื่องค่าเสียหายหากไม่ได้มีคำขอซึ่งเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องอาญา แต่อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ. กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องปิดปากมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลกำหนดค่าเสียหายได้ ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า ประเด็นเรื่องฟ้องปิดปากและค่าเสียหายจากการถูกฟ้องปิดปากนั้นควรถูกกำหนดเป็นประเด็นปลีกย่อยต่างหากจากประเด็นแห่งคดีหลัก และบทบัญญัติควรจะกำหนดให้ชัดเจนสำหรับกระบวนการพิจารณาในชั้นประเด็นย่อยนี้ ซึ่งในตัวอย่างฯ ไม่ได้กำหนดไว้

ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ การยื่นคำร้องพร้อมกับพยานหลักฐานให้ศาลทราบสำหรับประเด็นเรื่องการฟ้องปิดปากและค่าเสียหายนั้นอาจเกิดปัญหาในชั้นไต่สวนมูลฟ้องได้ กล่าวคือ ประมวลกฎหมาย

⁴⁹ ร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันการฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ.

มาตรา 11 วรรคหนึ่ง “ภายใต้บังคับมาตรา 9 การดำเนินคดีในชั้นพนักงานสอบสวนหากพนักงานสอบสวนเห็นว่าเป็นการฟ้องคดีปิดปาก ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจสั่งยุติการดำเนินคดีหรือมีความเห็นสั่งไม่ฟ้อง แล้วแต่กรณี เพื่อเสนอให้พนักงานอัยการพิจารณา”

⁵⁰ มาตรา 11 วรรคสอง “ให้พนักงานอัยการที่รับสำนวนคดีตามวรรคหนึ่ง มีอำนาจสั่งยุติการดำเนินคดีหรือสั่งไม่ฟ้องคดีเพราะเหตุแห่งการดำเนินคดีเป็นการฟ้องคดีปิดปากและเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตนอกเหนือจากเหตุผลการสั่งคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ด้วย”

วิธีพิจารณาความอาญากำหนดว่า จำเลยยังไม่มีฐานะเป็นจำเลยในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง และห้ามมิให้จำเลยดังกล่าวสืบพยาน ด้วยเหตุนี้บทบัญญัติที่ ปพข. เสนออาจขัดหรือแย้งกับกระบวนการพิจารณาเดิมของศาลได้ ด้วยเหตุนี้จึงควรกำหนดเพียงสิทธิในการฟ้องกลับก็เพียงพอแล้ว

การกำหนดสิทธิในการฟ้องกลับเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย Anti-SLAPP การที่กำหนดสิทธิในการฟ้องกลับเพื่อเรียกค่าเสียหายเป็นคดีแพ่งน่าจะเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์กว่าเนื่องจากในบางกรณีศาลฎีกาได้วางแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับสิทธิในการเสนอข้อหาต่อศาลของจำเลย (โจทก์เดิม) ไม่ถือว่าเป็นละเมิด⁵¹ เพราะเป็นสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมาย แต่ในกรณีฟ้องปิดปากเป็นสิ่งที่แตกต่างออกไป เนื่องจากการฟ้องปิดปากเป็นการใช้สิทธิทางศาลในทางที่ไม่สุจริต มุ่งหวังให้เกิดความลำบากในการต่อสู้คดี (Chilling Effects) อันส่งผลต่อการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชน ด้วยเหตุนี้ การกำหนดสิทธิในการฟ้องกลับตามร่างพระราชบัญญัติมาตรการป้องกันกาฟ้องปิดปากในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และประพฤติมิชอบ พ.ศ. สำหรับกรณีฟ้องปิดปากจึงน่าจะเป็นเรื่องที่เหมาะสมแล้ว

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ก่อนอื่นจำเป็นต้องกำหนดนิยามที่ชัดเจนสำหรับ “การฟ้องปิดปากในคดีอาญา” เพื่อความเข้าใจเป็นการทั่วไปในการบังคับใช้กฎหมาย (7.1) สำหรับแนวทางในการแก้ไขปัญหของกฎหมายป้องกันการฟ้องปิดปากที่น่าเสนอโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งน่าจะเป็นบทบัญญัติที่ได้รับการอนุมัติให้บังคับใช้จริงในอนาคตผู้เขียนได้นำเสนอไว้ในหัวข้อที่ 6.3 อย่างไรก็ตาม ปัญหาการฟ้องปิดปากไม่ใช่ปัญหาของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง แต่เป็นเรื่องของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่จะคุ้มครองการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชนอย่างไร จึงเห็นควรให้มีการแก้ไขตามทิศทางของแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562 - 2565) และแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ระยะที่ 1 (พ.ศ. 2562 - 2565) ที่เสนอให้แก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อให้มีการกลั่นกรองคดีกรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญาเพื่อป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญาซึ่งเป็นบทบัญญัติกลางที่ทุกหน่วยงานสามารถเข้าถึงและทำความเข้าใจกันได้ (7.2) ส่วนการใช้ดุลพินิจการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการสำหรับกรณีฟ้องปิดปาก ผู้เขียนเห็นว่าควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การสั่งไม่ฟ้อง

⁵¹ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2994/2558

“...การฟ้องคดีต่อศาลตามปกติย่อมไม่เป็นการละเมิด เพราะเป็นการใช้สิทธิทางศาลที่กฎหมายให้กระทำได้ เว้นแต่เป็นการกระทำโดยไม่สุจริตหรือกลั่นแกล้งฟ้องโดยมิได้หวังผลอันเป็นธรรมดาแห่งการใช้สิทธิทางศาล...”

คดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะตามพระราชบัญญัติองค์การและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 วรรคสอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์เป็นไปตาม “ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการส่งคดีอาญาที่ไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ. 2554” โดยเพิ่มหลักเกณฑ์สำหรับป้องกันการฟ้องปิดปากในคดีอาญา (7.3)

7.1 ข้อเสนอแนะในการกำหนดนิยาม “การฟ้องปิดปากในคดีอาญา”

สำหรับกรณีนี้ เพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (23) โดยวรรคหนึ่งกำหนดว่า “การฟ้องปิดปากในคดีอาญา” หรือ “คดีที่มีลักษณะปิดกั้นการมีส่วนร่วมทางสาธารณะของประชาชน” คือ “การใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ว่าด้วยการฟ้อง การร้องทุกข์ หรือกล่าวโทษ โดยไม่ได้มีจุดมุ่งหมายในการแสวงหาความยุติธรรม แต่ใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นเครื่องมือในการสร้างความเดือดร้อนให้กับประชาชนเพื่อยับยั้งการมีส่วนร่วมทางสาธารณะหรือสนับสนุนการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”

ส่วนวรรคสองกำหนดนิยามศัพท์คำว่า “การมีส่วนร่วมทางสาธารณะของประชาชน” หมายถึง “พฤติกรรมใด ๆ ของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มุ่งไปที่การมีส่วนร่วมในเรื่องที่เป็นสาธารณประโยชน์อันเป็นการเปิดเผย การเผยแพร่ หรือการส่งเสริมต่อสาธารณะในรูปแบบของ ข้อมูล ผลการวิจัย ความคิด ความคิดเห็นหรือคำให้การใด ๆ และการดำเนินการเตรียมการใด ๆ รวมถึงการใช้เสรีภาพในการแสดงออกและข้อมูล การชุมนุม การสมาคม และสิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วม”

7.2 ข้อเสนอแนะสำหรับปัญหาของมาตรการกลั่นกรองคดีกรณีราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องปิดปากในคดีอาญา

สำหรับกรณีนี้เห็นว่าควรจะกำหนดนิยามของการฟ้องปิดปากในคดีอาญาในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 161/1 และกำหนดให้การยกฟ้องตามมาตรา 161/1 นั้นเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดอันจะทำให้โจทก์หมดสิทธิในการร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนอีกสุดท้าย จะต้องกำหนดให้ประเด็นตามคำร้องมาตรา 165/2 ประกอบ 161/1 หรือ ประเด็นว่าโจทก์ฟ้องปิดปากหรือไม่ เป็น “ประเด็นปลีกย่อย” เพื่อให้คู่ความสามารถต่อสู้กันในประเด็นฟ้องปิดปากได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดังนี้

แก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 161/1 วรรคหนึ่ง

“ในคดีราษฎรเป็นโจทก์ หากความปรากฏต่อศาลเองหรือมีพยานหลักฐานที่ศาลเรียก มาว่าโจทก์ฟ้องคดีโดยไม่สุจริต หรือโดยบิดเบือนข้อเท็จจริงเพื่อกลั่นเกล้งหรือเอาเปรียบจำเลย หรือโดยมุ่งหวังผลอย่างอื่นยิ่งกว่าประโยชน์ที่พึงได้โดยชอบ หรือโดยเป็นการฟ้องปิดปากในคดี อาญาให้ศาลยกฟ้อง ห้ามมิให้โจทก์ยื่นฟ้องเรื่องเดียวกันนั้น ในกรณีนี้หากศาลยกฟ้องเนื่องจาก โจทก์ฟ้องปิดปากหรือฟ้องโจทก์ไม่สุจริต โจทก์ย่อมสิ้นสิทธิร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนใน การกระทำและข้อหาที่โจทก์ฟ้องอีก”

เพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 165/2 วรรคสอง สาม และสี่

“เมื่อจำเลยได้รับคำฟ้องแล้ว และเห็นว่าคดีที่ฟ้องนั้นเป็นการฟ้องปิดปากในคดีอาญา จำเลยมีสิทธิยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลนัดไต่สวนคำร้องโดยเร็ว ทั้งนี้จำเลยผู้ยื่นคำร้องมีภาระการ พิสูจน์ด้วยการแสดงพยานหลักฐานว่าคดีโจทก์คดีที่มีลักษณะปิดกั้นการมีส่วนร่วมสาธารณะ หรือมีมูลเหตุจากการมีส่วนร่วมเช่นนั้น

ถ้าจำเลยพิสูจน์ได้ตามวรรคสอง ให้ฝ่ายโจทก์พิสูจน์ให้เห็นความเป็นไปได้ที่จะชนะคดี หากโจทก์พิสูจน์หักล้างคำร้องของจำเลยไม่ได้ ให้มีผลเป็นไปตามมาตรา 161/1

หากศาลเห็นว่าการยื่นคำร้องของจำเลยไม่มีมูลและเป็นการประวิงคดีให้ศาลมีคำสั่งยก คำร้อง และมีคำสั่งประทับฟ้องโจทก์ทันที โดยให้ถือว่าคำสั่งทั้งสองกรณีนี้ถือเป็นที่สุด”

7.3 ข้อเสนอแนะสำหรับปัญหาของการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงาน อัยการ สำหรับกรณีฟ้องปิดปาก

สาเหตุที่ผู้เขียนเลือกนำเสนอแนะแนวทางแก้ไขนี้เนื่องจากการใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้อง คดีของพนักงานอัยการที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน เพราะ การฟ้องปิดปากการฟ้องปิดปาก หรือการดำเนินคดีอาญาที่มีลักษณะปิดกั้นการมีส่วนร่วมในประเด็นสาธารณะของประชาชน ไม่เพียง แต่จะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่รัฐ แต่ยังทำให้รัฐสูญเสียทรัพยากรไปเพื่อยับยั้งสิทธิในการมีส่วนร่วม ทางสาธารณะของประชาชนอีกด้วย ซึ่งสิทธิในการมีส่วนร่วมในประเด็นทางสาธารณะของประชาชน นั้นเกี่ยวข้องกับ “ประโยชน์สาธารณะ” โดยตรง รัฐธรรมนูญในทุกประเทศจึงให้ความสำคัญกับการ มีส่วนร่วมเป็นสาระสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้นการสั่งฟ้องคดีที่มีลักษณะ เป็นการฟ้องปิดปากย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน นอกจากนี้ การทบทวนคำสั่งไม่ฟ้องตาม ช่องทางดังกล่าวเป็นการตรวจสอบคำสั่งโดยพนักงานอัยการที่มีอาวุโสและประสบการณ์สูงกว่าซึ่ง เป็นการทบทวนคำสั่งภายในองค์กร ด้วยเหตุนี้จึงน่าจะสอดคล้องกับหลักความอิสระของการสั่งคดี

ของพนักงานอัยการและการใช้อำนาจกึ่งตุลาการในการสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีมากกว่าการใช้คำสั่งไม่ฟ้องคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

สำหรับกรณีนี้ควรแก้ไขเพิ่มเติม ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ. 2554 ข้อ 6 โดยเพิ่มเติม (6/1) ใจความว่า “กรณีพนักงานอัยการเห็นว่าการดำเนินคดีดังกล่าวเป็นการฟ้องปิดปากไม่ว่าจะด้วยการตรวจสอบเองหรือเห็นชอบตามคำชี้แจงของผู้ต้องหา กรณีถือว่าคดีดังกล่าวเป็นการฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน*

Legal Measures in Taking a Suspect as a Witness

วิรัชกฤตย์ พุฒิศนาภรณ์

Wirachagrit Puttikanaporn

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

LL.M Candidate

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: wirachagrit@gmail.com

(Received: May 10, 2022; Revised: July 15, 2022; Accepted: July 20, 2022)

บทคัดย่อ

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปของประเทศไทย เป็นเรื่องดุลพินิจในการแสวงหาพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนและดุลพินิจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการจึงปรากฏเป็นรูปแบบระเบียบภายในของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งหลักเกณฑ์ในระเบียบดังกล่าวมีแนวปฏิบัติที่ไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกันทำให้เกิดกรณีพนักงานสอบสวนไม่ดำเนินคดีกับผู้ร่วมกระทำความผิดที่เห็นควรกันไว้เป็นพยานส่งผลให้พนักงานอัยการไม่อาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าวได้ ส่วนการให้หลักประกันไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานซึ่งเป็นผู้กระทำความผิดไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบ ประกอบกับการจะกันผู้ต้องหารายใดไว้เป็นพยานจะต้องมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีผู้ต้องหารายนั้นเสียก่อนซึ่งผู้มีอำนาจสั่งคดีควรเป็นพนักงานอัยการหรืออัยการสูงสุด บทความนี้จึงได้ศึกษาและวิเคราะห์แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ประกอบกับมาตรการ

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของต่างประเทศ เพื่อกำหนดรูปแบบและกระบวนการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน รวมทั้งหลักประกันทดแทนสิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน ที่เหมาะสมและสอดคล้องกับบริบทของประเทศไทย

คำสำคัญ : การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน, คดีทั่วไป, คำสั่งไม่ฟ้อง, รูปแบบ, หลักประกัน

Abstract

The legal measure in taking a suspect as a witness for general cases in Thailand is the discretion of the inquiry officials in seeking the evidence and the prosecutors in the prosecution, appearing as an internal regulation pattern of the inquiry officials and prosecutors without prescribed laws. Having considered that, the guideline in such regulation has ambiguous and inconsistent practices, leading to the case where the inquiry officials take the co-offenders without pressing charges as witnesses, and as a result, the prosecutors are unable to investigate the use of such discretion. Furthermore, the arrangement of the collateral for the non-prosecution of the suspect taken as a witness who are the offenders is inconsistent with the principle of liability. In order to take any suspect as a witness, a final non-prosecution order must be issued to such suspect first, in which the person with authority under prosecution shall be the prosecutors or the attorney general. Hence, this article has studied and analyzed the concepts and theories related to the legal measure for taking the suspects as witnesses, along with the foreign legal measure for taking the suspects as witnesses, to determine the model and method for legal measure taking the suspects as witnesses including the collateral in lieu of rights of the suspects taken as witnesses, suitable and consistent with the context of Thailand.

Keywords : Taking a suspect as a witness, General cases, Non-prosecution order, Model, Collateral

1. บทนำ

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์¹ แต่ได้อิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์² ระบบการดำเนินคดีจึงใช้ระบบผสมระหว่างระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน³ แต่จะโน้มเอียงไปทางระบบกล่าวหา ทำให้โจทก์ต้องมีหน้าที่นำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยโดยศาลจะทำหน้าที่เพียงเป็นคนกลาง⁴ อีกทั้งมีบทตัดพยานที่เคร่งครัดหากเป็นกรณีการกระทำความผิดบางประเภทที่พยานหลักฐานส่วนใหญ่หรือทั้งหมดอยู่ที่ตัวผู้กระทำความผิดเอง หรือเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการจัดตั้งองค์กรที่มีความสลับซับซ้อนยากแก่การค้นหายานหลักฐาน จึงยากต่อการพิสูจน์ความผิดของจำเลย ทำให้ต้องหาพยานหลักฐานจากตัวผู้กระทำความผิดด้วยกัน โดยการที่ผู้ต้องหาให้การรับสารภาพและชดเชยไปยังผู้ร่วมกระทำความผิดรายอื่นเป็นการละสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเองในทางอาญารัฐจึงต้องให้หลักประกันอื่นขึ้นมาทดแทนสิทธิดังกล่าว เช่น ได้รับความคุ้มกันไม่ให้ถูกฟ้องร้องโดยอาศัยคำให้การรับสารภาพของพยาน (Use Immunity) ได้รับความคุ้มกันไม่ให้ถูกฟ้องคดีอาญาในภายหลัง (Transactional Immunity)⁵ หรือได้รับการลดโทษ ประกอบกับพนักงานอัยการประเทศไทยใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ⁶ จึงได้มีการนำมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมาปรับใช้ โดยให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปของประเทศไทยไม่มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย แต่ได้กำหนดไว้ในระเบียบภายในของพนักงานสอบสวน⁷ และพนักงานอัยการ⁸ เนื่องจากประเทศไทยได้แบ่งแยกอำนาจ

¹ หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 30.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 29-30.

³ โสภณ รัตนกร, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 27-29.

⁴ เฉลิมวุฒิ สารกิจ, *ถาม-ตอบวิอาญาชุดที่ 1*, (ม.ป.ท.: สำนักกฎหมายนิติศาสตร์ชาตรัก, 2561), หน้า 24.

⁵ คณิต ฌ นคร, “พยานแผ่นดินตามกฎหมายแองโกลอเมริกัน,” ใน *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์ คณิต ฌ นคร*, สหาย ทรัพย์สุนทรกุล, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร, 2540), หน้า 110-111.

⁶ ตามความเห็นของศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ โปรตดู ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 36. และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.คณิต ฌ นคร โปรตดู คณิต ฌ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2564), หน้า 489.

⁷ กรณีพนักงานสอบสวนเป็นตำรวจ ตามประมวลระเบียบตำรวจเกี่ยวกับคดี ลักษณะที่ 8 บทที่ 7 และบันทึกข้อความสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 001(ป)/124 ลงวันที่ 28 มกราคม 2542 เรื่อง แนวทางปฏิบัติการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

กรณีพนักงานสอบสวนเป็นพนักงานฝ่ายปกครอง ตามกฎกระทรวงกำหนดการสอบสวนความผิดอาญาบางประเภทในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานครโดยพนักงานสอบสวนฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2544

⁸ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563

สอบสวนฟ้องร้องออกจากกัน โดยให้อำนาจสอบสวนเป็นของพนักงานสอบสวน ส่วนอำนาจสั่งคดีและฟ้องร้องเป็นของพนักงานอัยการ⁹ โดยมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานแบ่งได้ออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกพนักงานสอบสวนทำความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานแล้วเสนอให้พนักงานอัยการ หากพนักงานอัยการเห็นสมควรจึงมีคำสั่งไม่ฟ้อง กรณีที่สองพนักงานสอบสวนมีความเห็นควรสั่งฟ้อง แต่พนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจึงสั่งไม่ฟ้อง ซึ่งเมื่อทั้งสองกรณีมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดี พนักงานอัยการจึงสั่งให้พนักงานสอบสวนสอบสวนผู้ที่เกี่ยวข้องไว้เป็นพยานต่อไป โดยมาตรการที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนั้นเห็นว่า รูปแบบที่กำหนดไว้ในระเบียบภายในของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการยังมีแนวทางปฏิบัติที่ไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในทางเดียวกัน การให้หลักประกันทดแทนสิทธิดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา ประกอบกับการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องคดียังมีความไม่เหมาะสม จากประเด็นดังกล่าวประกอบกับแผนปฏิรูปประเทศกำหนดมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นเรื่องหนึ่งที่ต้องดำเนินการแก้ไข¹⁰ บทความนี้จึงได้ทำการศึกษาเพื่อจะกำหนดมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับบริบทประเทศไทย

2. ระเบียบวิธีวิจัย

ผู้วิจัยได้จัดทำบทความวิจัยนี้ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาวิเคราะห์มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปของประเทศไทย ว่ามีส่วนใดบ้างที่ไม่เหมาะสมและควรได้รับการแก้ไข โดยมีสมมติฐานว่า มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานโดยให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีในคดีทั่วไปมีรูปแบบเป็นแนวทางปฏิบัติภายในหน่วยงานพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ มีแนวทางปฏิบัติที่ไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน และแม้การที่ให้หลักประกันดังกล่าวจะไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบที่ผู้กระทำความผิดต้องได้รับการลงโทษ แต่เมื่อเทียบกับประโยชน์ที่ทำให้สามารถนำตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษได้อันเป็นการตัดต้นตออาชญากรรม จึงยังควรให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีอยู่ ซึ่งผู้มีอำนาจสั่งคดียังคงควรเป็นพนักงานอัยการ หากมีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ย่อมเป็นการวางแนวทางปฏิบัติให้มีความชัดเจนและสร้างความเชื่อมั่น

⁹ ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 33-34.

¹⁰ แผนปฏิรูปประเทศ ด้านกระบวนการยุติธรรม เรื่องและประเด็นปฏิรูปที่ 5 การปรับปรุงระบบการสอบสวนคดีอาญา เพื่อให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างพนักงานสอบสวนกับพนักงานอัยการอย่างเหมาะสม ข้อ 2 ที่จัดทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 258 ง (2)

ให้กับสังคมถึงความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

บทความวิจัยนี้ใช้การวิจัยเอกสาร และรวบรวมข้อมูล ทั้งเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากหนังสือ ตำรา วารสาร บทความ ตำบทยกฎหมาย วิทยานิพนธ์ คำพิพากษาศาลฎีกา และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตที่เกี่ยวข้อง โดยจำกัดขอบเขตการวิจัยเฉพาะมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในการดำเนินคดีอาญาทั่วไป ซึ่งจะศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ประกอบกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของกฎหมายต่างประเทศ เพื่อค้นหาและนำเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่เหมาะสมในการนำมาปรับใช้กับประเทศไทย

3. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการในการค้นหาพยานหลักฐานจากตัวผู้ร่วมกระทำความผิดบางรายที่ใช้ในความผิดที่มีความสลับซับซ้อนและไม่อาจแสวงหาพยานหลักฐานได้ เพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษ ซึ่งประเทศไทยได้นำมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมาปรับใช้ แต่การนำมาตรการดังกล่าวมาปรับใช้ยังมีข้อบกพร่อง จึงได้ทำการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง รวมถึงสิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน เพื่อจะกำหนดมาตรการในกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานได้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับระบบของประเทศไทย

3.1 แนวความคิดของการลี้ภัยเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการที่ผู้ต้องหาได้ละสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเอง จึงต้องมีหลักประกันอื่นใดที่จะเข้ามาทดแทน ซึ่งหลักประกันที่มักนำมาใช้คือการให้ความคุ้มครองผู้ต้องหาไม่ให้ถูกฟ้องคดีในภายหลัง แม้ว่าการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจะเป็นประโยชน์ที่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดบางรายมาลงโทษได้ แต่ผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานกลับไม่ได้รับการลงโทษ จึงต้องมีการชั่งน้ำหนักกระหว่างประโยชน์การลงโทษผู้ต้องหากับการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเพื่อให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการถูกลงโทษ ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา หลักประโยชน์สาธารณะ ทฤษฎีอรรถประโยชน์ และหลักการเลือกกันผู้ที่มีความชั่วน้อยกว่าเป็นพยาน เพื่อค้นหาจุดสมดุลในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

3.1.1 หลักความรับผิดชอบในทางอาญา (Principle of Criminal Responsibility)

หลักความรับผิดชอบในทางอาญาเป็นหลักที่บุคคลจะต้องรับผิดชอบเฉพาะการกระทำที่ตนต้อง

รับผิดชอบเท่านั้น ความรับผิดชอบดังกล่าวได้แก่การตกอยู่ในบังคับของมาตรการทางอาญา โดยเฉพาะการถูกลงโทษ¹¹ ซึ่งการที่มาตรการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไม่ใช่มาตรการที่กฎหมายยกเว้นความรับผิดชอบจะทำให้การกระทำของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานไม่มีความผิด มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานนี้จึงถือว่าเป็นการปฏิเสธหลักความรับผิดชอบทางอาญา ซึ่งเชื่อว่าเมื่อมีผู้กระทำความผิด เขาควรถูกลงโทษเพื่อชดเชยความยุติธรรมที่สูญเสียไปให้คืนมา¹²

3.1.2 หลักประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

ประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งที่สนองความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ ไม่ใช่เฉพาะเพื่อประชาชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งเป็นสิ่งเดียวกันกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่รัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินกิจกรรมให้บรรลุความประสงค์เหล่านั้น อันได้แก่ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) ศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Good Morals) และนโยบายของกฎหมาย (The Policy of the Law)¹³ ซึ่งการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อนำผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษอันเป็นการตัดต้นตออาชญากรรมที่เป็นปัญหาต่อสังคมอย่างแท้จริง และก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ประชาชนโดยรวม แม้การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจะทำให้ผู้กระทำความผิดรายย่อยรอดพ้นจากการลงโทษ ซึ่งอาจขัดผลประโยชน์ของสาธารณะหรือปัจเจกชนที่ต้องลงโทษผู้กระทำผิดไปบ้าง แต่เมื่อเทียบกับผลประโยชน์โดยรวมของประชาชนนับว่ามีประโยชน์มากกว่า ส่วนการใช้ดุลพินิจในการเลือกผู้ต้องหาที่จะกันไว้เป็นพยานนั้นเพื่อให้เกิดความพอใจไว้นิ่งใจ จึงควรให้เป็นการใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาชั้นผู้ใหญ่ หรือมีการตรวจสอบจากผู้บังคับบัญชาชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งเป็นผู้ที่ไว้วางใจของประชาชนมากกว่าเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อยอันสอดคล้องกับหลักประโยชน์สาธารณะ

3.1.3 หลักอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarian Theory)

หลักอรรถประโยชน์นิยมเป็นหลักที่เป็นแธม (Jeremy Bentham) เป็นผู้คิดค้นขึ้นโดยมีต้นแบบมาจากแนวคิดสุขนิยม¹⁴ ซึ่งเป็นแธมได้เสนอหลักจริยธรรมที่ว่ากระทำที่ดียิ่งที่สุดคือการกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์สุขมากที่สุดแก่คนจำนวนมากที่สุด (The Greatest Happiness of

¹¹ คนพล จันทน์หอม, *หลักพื้นฐานกฎหมายอาญา เล่ม 1*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 181-182.

¹² สหชน รัตนไพจิตร, “ทฤษฎีการลงโทษ: นิติบัญญัติ,” *วารสารธรรมศาสตร์*, 12,2 (มิถุนายน 2524): หน้า 75-77.

¹³ เสาวลักษณ์ แก้วกมล, *การสั่งไม่ฟ้องคดีที่ไม่เป็นประโยชน์สาธารณะ*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2554 ; หน้า 38-40.

¹⁴ Robert B. Talisse, *On Rawls: A Liberal Theory of Justice and Justification*, (Belmont: Wadsworth Thomson Learning, 2001), p. 24.

the Greatest Number) จึงได้นำหลักดังกล่าวมาพิจารณาถึงการกระทำใด ๆ ว่าสมควรให้กระทำหรือไม่ โดยคำนึงถึงว่าการกระทำใดหากกระทำไปแล้วจะมีแนวโน้มความสุขของคู่กรณีที่มีผลประโยชน์ของเขากลายเป็นประเด็นปัญหาหรือข้อพิพาทเพิ่มขึ้นหรือลดลง¹⁵ ซึ่งการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่รัฐจะไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดรายย่อย เพื่อขัดท้อจนนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการอันเป็นการตัดต้นตอของอาชญากรรมได้อย่างแท้จริง เมื่อเทียบสัดส่วนของการกระทำผิดของผู้กระทำที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการแล้วมีผลกระทบต่อสังคมมากกว่าส่วนของผู้กระทำผิดรายย่อยที่จะถูกกันไว้เป็นพยาน การกันบุคคลดังกล่าวไว้เป็นพยานจึงเป็นผลดีและเป็นประโยชน์ต่อสังคมมากกว่าการลงโทษ¹⁶ ดังนั้น มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจึงสอดคล้องกับหลักอรรถประโยชน์นิยม

3.1.4 หลักการเลือกทางที่มีความชั่วร้ายน้อยกว่า (Lesser Evil) หรือ (The Lesser of Two Evils)

หลักการเลือกทางที่มีความชั่วร้ายน้อยกว่า เป็นหลักที่ใช้เมื่อต้องเผชิญกับทางเลือกที่ชั่วร้ายทั้งสองทาง การที่จะตัดสินใจเลือกทางใดต้องพิจารณาถึงทางเลือกที่ชั่วร้ายน้อยที่สุด ซึ่งหลักนี้เป็นหลักปรัชญาของเพลโตเนียนที่เขียนไว้ในหนังสือจริยธรรมของนิโคมาเซียน (Nicomachean Ethics) ว่า “ความชั่วที่น้อยกว่านั้นสามารถเห็นได้ว่าเป็นผลดีเมื่อเปรียบเทียบกับความชั่วที่ใหญ่กว่า เนื่องจากความชั่วที่น้อยกว่านี้ย่อมดีกว่าความชั่วที่ใหญ่กว่า และสิ่งที่พึงประสงค์ก็เป็นความดี”¹⁷ ซึ่งหลักการนี้สามารถนำไปปรับใช้กับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน โดยนำมาใช้ซึ่งน้ำหนักความร้ายแรงของแต่ละทางเลือก ระหว่างทางเลือกที่หนึ่ง การที่ลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นรายย่อย แต่ไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษ ซึ่งไม่อาจตัดวงจรอาชญากรรมลงได้ และทางเลือกที่สอง การไม่ลงโทษผู้กระทำความผิดรายย่อยเนื่องจากกันบุคคลนั้นไว้เป็นพยานแม้จะขัดกับหลักความรับผิดชอบ แต่เมื่อผู้กระทำความผิดรายย่อยนั้นสามารถขัดท้อจนนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการอันเป็นการตัดวงจรของอาชญากรรมได้นั้น เมื่อนำสองทางเลือกมาเปรียบเทียบกันแล้ว จึงควรเลือกทางเลือกที่

¹⁵ Henry R West, *An Introduction to Mill's Utilitarian Ethics*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 24.

¹⁶ อรรถณพ ลิขิตจิตถะ และคณะ, “การพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมข้ามชาติที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กร (ระยะที่ 2) หัวข้อเรื่อง “มาตรการส่งเสริมให้บุคคลให้ความช่วยเหลือหรือให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมาย,” ใน *รายงานผลการวิจัย*, (กรุงเทพฯ: สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, 2546), หน้า 180.

¹⁷ M. V. Dougherty, *Moral Dilemmas in Medieval Thought: From Gratian to Aquinas*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), pp. 21-22.

สองอันมีความชั่วร้ายน้อยกว่าทางเลือกที่หนึ่ง เพราะสามารถตั้งดวงจรอาชญากรรมได้แม้จะต้องไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดบางคน

3.2 สิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน

ผู้ต้องหาที่มีสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิกษณ์ต่อตนเอง ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่องค์การสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ (UN) ได้รับรองสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เบิกความเป็นปฏิกษณ์ต่อตนเอง หรือให้รับสารภาพผิด ไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ข้อ 14 (3) (ข)¹⁸ ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศสมาชิกต้องผูกพัน รวมถึงประเทศไทยก็ได้ยอมรับและรับรองสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิกษณ์ต่อตนเองเช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 29 วรรคสี่ บัญญัติว่า ในคดีอาญา จะบังคับให้บุคคลให้การเป็นปฏิกษณ์ต่อตนเองมิได้ รวมทั้งได้มีการนำสิทธิดังกล่าวบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อไม่ให้มีการดำเนินคดีอาญาที่ขัดกับสิทธินั้น ตามมาตรา 135 ในกรณีเป็นผู้ต้องหา¹⁹ มาตรา 133 วรรคสอง ประกอบ 234 กรณีเป็นพยานบุคคล²⁰ ประกอบมาตรา 226²¹ โดยหากมีการฝ่าฝืนสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิกษณ์ต่อตนเอง คำให้การที่ได้มาจะไม่รับฟังเป็นพยานหลักฐาน

อย่างไรก็ตาม ผู้ต้องหาสามารถสละ (Waive) สิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิกษณ์ต่อตนเองได้ หากผู้ต้องหากระทำโดยเข้าใจ รู้เรื่อง และสมัครใจอย่างแท้จริงเว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้ห้ามมิให้สละสิทธิ²² ซึ่งการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานก็เป็นมาตรการที่ผู้ต้องหาได้สละสิทธิที่จะไม่ให้

¹⁸ International Covenant on Civil and Political Rights, Article 14 (3.) (g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt

¹⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 บัญญัติว่า “ในการถามคำให้การ ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนทำหรือจัดให้ทำการใด ๆ ซึ่งเป็นการล่อลวง หรือขู่เข็ญ หรือให้สัญญากับผู้ต้องหาเพื่อจงใจให้เขาให้การอย่างใด ๆ ในเรื่องที่ต้องหา”

²⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 133 วรรคสอง บัญญัติว่า “การถามปากคำนั้น พนักงานสอบสวนจะให้ผู้ที่ให้ถ้อยคำสาบานหรือปฏิญาณตัวเสียก่อนก็ได้ และต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ด้วยพยานบุคคล”

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 234 บัญญัติว่า “พยานไม่ต้องตอบคำถามซึ่งโดยตรงหรืออ้อมอาจจะทำให้เขาถูกฟ้องคดีอาญา เมื่อมีคำถามเช่นนั้นให้ศาลเตือนพยาน”

²¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 บัญญัติว่า “พยานวัตถุ พยานเอกสาร หรือพยานบุคคลซึ่งน่าจะพิสูจน์ได้ว่าจำเลยมีผิดหรือบริสุทธิ์ให้อ้างเป็นพยานหลักฐานได้ แต่ต้องเป็นพยานชนิดที่มีได้เกิดขึ้นจากการจงใจ มีคำมั่นสัญญาขู่เข็ญหลอกลวง หรือโดยมีขอบประการอื่น และให้สืบตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นอันว่าด้วยการสืบพยาน”

²² เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาวาดด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินต์ (ประเทศไทย), 2553), หน้า 8-9.

การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง เพื่อให้การขัดทอดอันนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิดรายสำคัญ รัฐจึงควรให้หลักประกันอันเป็นการทดแทนสิทธิดังกล่าว

4. มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศไทย

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมีการนำมาใช้ในประเทศไทยมาช้านาน ซึ่งปรากฏในหนังสือ “ลักษณะพยานโดยย่อ” ของพระยานเรตติบัญชากิจ พิมพ์เมื่อ พ.ศ. 2452 (ร.ศ. 128)²³ โดยการที่ประเทศไทยมีบทบัญญัติกักขังพยานอย่างเคร่งครัด การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจึงต้องกระทำการอย่างระมัดระวัง ไม่เช่นนั้นศาลจะไม่รับฟังผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ซึ่งบทกักขังพยานที่ต้องพิจารณา คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 135 ที่ห้ามพนักงานสอบสวนให้คำมั่นสัญญาเพื่อจูงใจให้ผู้ต้องหาให้การ พนักงานสอบสวนจึงไม่สามารถใช้วิธียื่นข้อเสนอขอความร่วมมือจากผู้ต้องหาบางคนว่า ถ้ายอมช่วยเหลือให้การเป็นประโยชน์แล้ว จะไม่ดำเนินคดีและกันผู้ต้องหารายนั้นไว้เป็นพยาน หากพนักงานสอบสวนฝ่าฝืน ผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน ศาลจะไม่รับฟังเป็นพยานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 226 ดังนั้น การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานต้องไม่มีการจูงใจหรือให้คำมั่นสัญญาจากพนักงานสอบสวน แต่เป็นเรื่องที่พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการเห็นความจำเป็น และประโยชน์จากถ้อยคำของผู้ต้องหาบางคน จึงสั่งไม่ฟ้องและกันผู้ต้องหารายนั้นไว้เป็นพยาน แล้วจึงสอบสวนเป็นพยานอีกครั้งหนึ่ง²⁴

เมื่อการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไม่กระทำการที่เป็นการต้องห้ามตามบทกักขังพยานดังกล่าว ศาลจะรับฟังผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานหลักฐานได้²⁵ แต่จะให้น้ำหนักพยานหลักฐานนั้นเพียงใด ต้องพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227/1²⁶ เนื่องจากผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานเป็นผู้ร่วมกระทำความผิดจึงเป็นพยานขัดทอด ถ้าพยานขัดทอดนั้นมีเหตุผลหนักแน่นที่ตัวพยานเองเบิกความข้อเท็จจริงเชื่อมโยงสมเหตุสมผลเป็นพิเศษ และไม่มีที่ท้าวางจะแก้งปรักปรำจำเลย หรือมีพฤติการณ์พิเศษที่เป็นพฤติการณ์แห่งคดีมีลักษณะพิเศษ เช่น ประจักษ์พยานคนอื่นไม่อาจตามตัวมาเป็นพยานได้ และน่าเชื่อว่าจำเลยข่มขู่พยานหรือขัดขวางการนำพยานมาสืบ หรือ

²³ พระยานเรตติบัญชากิจ, *ลักษณะพยานโดยย่อ*, (กรุงเทพฯ: โสภณพิพิธธรรมธนากร, 2452), หน้า 23.

²⁴ เข็มชัย ชูติวงศ์, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563), หน้า 299.

²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 193/2483 และคำพิพากษาฎีกาที่ 534/2512

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227/1 เกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักพยานขัดทอดว่า “ในการวินิจฉัยชั่งน้ำหนัก... พยานขัดทอด... ศาลจะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง และไม่ควรเชื่อพยานหลักฐานนั้นโดยลำพังเพื่อลงโทษจำเลย เว้นแต่จะมีเหตุผลหนักแน่น มีพฤติการณ์พิเศษแห่งคดี หรือมีพยานหลักฐานประกอบอื่นมาสนับสนุน...”

มีพยานประกอบอื่น²⁷ มาสนับสนุน ศาลก็อาจรับฟังได้²⁸

การที่ประเทศไทยยอมรับหลักการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานและศาลรับฟังผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานเป็นพยานชนิดหนึ่ง จึงได้มีการนำหลักการกันเป็นพยานไปปรับใช้ในกฎหมายเฉพาะที่บังคับใช้กับคดีเฉพาะต่าง ๆ²⁹ โดยขอยกตัวอย่างคดีที่เกี่ยวข้องกับองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ³⁰ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 ได้มีการนำหลักการกันเป็นพยานมาบัญญัติไว้ในมาตรา 23³¹ โดยในระหว่างการสอบสวนคดี หากพนักงานสอบสวนเห็นว่าผู้ต้องหาสมควรใจให้ข้อมูลเองที่สำคัญและเป็นประโยชน์อันนำไปสู่การดำเนินคดีต่อหัวหน้าหรือผู้มีบทบาทสำคัญในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ให้พนักงานสอบสวนบันทึกข้อมูลดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนแล้วเสนอสำนวนการสอบสวนต่ออัยการสูงสุด ซึ่ง

²⁷ พยานประกอบอื่นมาสนับสนุน หมายถึง พยานหลักฐานอื่นที่รับฟังได้ และมีแหล่งที่มาเป็นอิสระต่างหากจากพยานหลักฐานที่ต้องการพยานหลักฐานประกอบนั้น ทั้งจะต้องมีคุณค่าเชิงพิสูจน์ที่สามารถสนับสนุนให้พยานหลักฐานอื่นที่ไปประกอบมีความน่าเชื่อถือมากขึ้นด้วย

²⁸ เข็มชัย ชุตินวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, หน้า 302-303.

²⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 98, พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 มาตรา 58, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 135 เป็นต้น

³⁰ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556, มาตรา 3 บัญญัติคำจำกัดความ “องค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ” หมายความว่า องค์กรอาชญากรรมที่มีการกระทำความผิดซึ่งมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) ความผิดที่กระทำในเขตแดนของรัฐมากกว่าหนึ่งรัฐ
- (2) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่การเตรียม การวางแผน การสั่งการ การสนับสนุน หรือการควบคุมการกระทำความผิดได้กระทำในอีกรัฐหนึ่ง
- (3) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับองค์กรอาชญากรรมที่มีการกระทำความผิดมากกว่าหนึ่งรัฐ
- (4) ความผิดที่กระทำในรัฐหนึ่ง แต่ผลของการกระทำที่สำคัญเกิดขึ้นในอีกรัฐหนึ่ง

³¹ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. 2556 มาตรา 23 บัญญัติว่า “ในระหว่างการสอบสวนคดีความผิดฐานมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ หากผู้ต้องหาให้ข้อมูลเองโดยสมัครใจต่อพนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการ ซึ่งเป็นข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการสืบสวนสอบสวนเกี่ยวกับกิจกรรมและการกระทำความผิดขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีต่อหัวหน้าหรือผู้มีบทบาทสำคัญในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ให้พนักงานสอบสวนบันทึกข้อมูลดังกล่าวไว้ในสำนวนการสอบสวนแล้วเสนอสำนวนการสอบสวนต่ออัยการสูงสุด

ถ้าอัยการสูงสุดเห็นว่าข้อมูลที่ได้รับจากผู้ต้องหาเป็นข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งตามความในวรรคหนึ่งให้อัยการสูงสุดมีอำนาจให้ชุดพินิจออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้นทุกข้อหาหรือบางข้อหากได้

ในกรณีที่มีการฟ้องคดีแล้ว หากการให้ข้อมูลดังกล่าวในวรรคหนึ่งได้กระทำในระหว่างการพิจารณาของศาลให้อัยการสูงสุดมีอำนาจออกคำสั่งถอนฟ้อง ถอนอุทธรณ์ ถอนฎีกา หรือไม่อุทธรณ์ ไม่ฎีกา ในความผิดนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา”

อัยการสูงสุดมีอำนาจใช้ดุลพินิจออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาในข้อหาหรือบางข้อหาก็ได้ หากเห็นว่าข้อมูลที่ได้รับจากผู้ต้องหาเป็นข้อมูลที่สำคัญและเป็นประโยชน์

อย่างไรก็ตาม ในคดีทั่วไปไม่มีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นการเฉพาะ แต่เป็นเรื่องดุลพินิจของพนักงานสอบสวนในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐาน และดุลพินิจของพนักงานอัยการในการสั่งคดี ซึ่งแบ่งการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานจากการเริ่มต้นกระบวนการได้ดังนี้

กรณีที่ 1 เป็นกรณีที่มีการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในชั้นพนักงานสอบสวน หากพนักงานสอบสวนเป็นพนักงานตำรวจเห็นสมควรกันผู้ต้องหารายใดไว้เป็นพยานเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนในระเบียบภายในของตน³² แล้ว จึงให้พนักงานตำรวจทำความเข้าใจไม่ควรรังแกผู้ต้องหาไว้เป็นพยานและเสนอความเห็นนั้นไปชั้นพนักงานอัยการต่อไป³³ ส่วนพนักงานสอบสวนเป็นพนักงานฝ่ายปกครองเมื่อเห็นควรกันผู้ต้องหารายใดไว้เป็นพยานเมื่อดำเนินการตามกฎหมายกระทรวงกำหนดการสอบสวนความผิดอาญาบางประเภทในจังหวัดอื่น ข้อ 9³⁴ จึงทำ

³² บันทึกข้อความสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 001(ป)/124 ลงวันที่ 28 มกราคม 2542 เรื่อง แนวทางปฏิบัติการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ข้อ 1 กำหนดว่า “คดีที่มีเหตุพิเศษหรือยุ่งยากซับซ้อนหรือร้ายแรงที่คนจำนวนมากพากันเกรงกลัวหรือคดีบางเรื่องเกิดในที่ลับ โดยบุคคลอื่นไม่สามารถรู้เห็นได้นอกจากเป็นผู้กระทำผิดด้วยกัน หรือคดีที่มีการกระทำในรูปขบวนการ (organized crime) ซึ่งพนักงานสอบสวนได้พยายามแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานทุกวิถีทางแล้วก็ไม่ทำให้ได้พยานหลักฐานในคดีนั้นอีก พนักงานสอบสวนซึ่งได้ร่วมกระทำผิดด้วยกันคนใดคนหนึ่งเป็นพยาน โดยชี้แจงเหตุผลแห่งความจำเป็นตามรูปคดีเสนอต่อหัวหน้าพนักงานสอบสวนแห่งท้องที่หรือหัวหน้าพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเป็นผู้สั่ง เว้นแต่คดีที่มีลักษณะเป็นเหตุฉกรรจ์หรือเหตุที่ต้องรายงานด่วนตามข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยที่ 1/2498 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อบังคับกระทรวงมหาดไทยที่ 6/2502 ให้เสนอผู้บังคับการขึ้นเป็นผู้สั่ง ถ้าเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและความผิดเกี่ยวกับการกระทำความผิดคอมมิวนิสต์ให้เสนอผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติเป็นผู้สั่ง”

³³ บันทึกข้อความสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 001(ป)/124 ลงวันที่ 28 มกราคม 2542 เรื่อง แนวทางปฏิบัติการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ข้อ 3 กำหนดว่า “เมื่อการสอบสวนเสร็จสิ้น ให้พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนทำความเข้าใจทางคดี ตามทางการสอบสวนที่ได้ความนั้น โดยไม่ต้องแยกสำนวนการสอบสวนก็ได้สำหรับผู้ต้องหาที่ได้รับอนุญาตให้กันเป็นพยานให้มีความเห็นทางคดีด้วย ...”

³⁴ กฎกระทรวงการสอบสวนความผิดอาญาบางประเภทในจังหวัดอื่นนอกจากกรุงเทพมหานคร โดยพนักงานสอบสวนฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2554 ข้อ 9 กำหนดว่า “ในคดีที่มีผู้ร่วมกระทำผิดหลายคนและเป็นคดีที่พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองได้พยายามสืบสวนสอบสวนหาพยานหลักฐานอย่างเต็มความสามารถแล้ว แต่ไม่อาจหาพยานหลักฐานในคดีนั้นได้ หรือพยานหลักฐานที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดหรือบางส่วนได้ พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองอาจพิจารณากันผู้ต้องหาซึ่งไม่ใช่ตัวการสำคัญไว้เป็นพยาน ทั้งนี้ การพิจารณาดังกล่าวให้คำนึงถึงความน่าเชื่อถือของพยานและประโยชน์แห่งคดีด้วย

ในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานตามวรรคหนึ่ง ให้พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองทำความเข้าใจโดยระบุเหตุผลและความจำเป็นเพื่อขออนุญาต เสนอต่อหัวหน้าพนักงานสอบสวนและผู้ว่าราชการจังหวัดตามลำดับ ในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นควรอนุญาต ให้ทำหนังสือเพื่อขอความเห็นจากพนักงานอัยการก่อนที่จะพิจารณาอนุญาต และเมื่อพนักงานอัยการให้ความเห็นแล้ว ให้พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองถือปฏิบัติตามความเห็นของพนักงานอัยการ

ความเห็นไม่ควรสั่งฟ้องคดีเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเสนอให้พนักงานอัยการพิจารณาต่อไป ซึ่งในชั้นพนักงานอัยการ ถ้าพนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานก็สั่งไม่ฟ้อง และให้ตรวจคำสั่งไม่ฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหาดังกล่าว ให้พนักงานอัยการสั่งพนักงานสอบสวนสอบสวนผู้ที่ยกไว้เป็นพยานนั้นเป็นพยานในสำนวนต่อไปตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 81³⁵

กรณีที่ 2 เป็นกรณีที่ไม่มีการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในชั้นพนักงานสอบสวน แต่พนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ซึ่งพนักงานอัยการมีดุลพินิจโดยแท้จริงในการสั่งคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143³⁶ แม้พนักงานสอบสวนเห็นควรสั่งฟ้อง หากพนักงานเห็นควรไม่สั่งฟ้องคดีเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน พนักงานอัยการก็สามารถสั่งไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานได้ ซึ่งเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดี พนักงานอัยการสามารถสั่งพนักงาน

ในกรณีที่พนักงานอัยการให้ความเห็นว่าควรอนุญาต ให้พนักงานสอบสวนฝ่ายปกครองกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และให้สรุปสำนวนมีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้น”

³⁵ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 81 การกันผู้ต้องหาเป็นพยาน กำหนดว่า “ในกรณีที่พนักงานสอบสวนกันผู้ต้องหาคนหนึ่งคนใดซึ่งได้ร่วมกระทำความผิดด้วยเป็นพยาน ให้พนักงานอัยการพิจารณาโดยรอบคอบ โดยคำนึงถึงว่าถ้าไม่กันผู้ต้องหาคนหนึ่งคนใดเป็นพยานแล้ว พยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดหรือไม่ และอาจแสวงหาพยานหลักฐานอื่นแทนเพื่อให้เพียงพอแก่การที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดนั้นได้หรือไม่ ถ้อยคำของบุคคลนั้นรับฟังเป็นความสัตย์ได้เพียงใดรวมทั้งความคาดหมายในการที่ผู้นั้นจะเบิกความเป็นประโยชน์ในการพิจารณาหรือไม่ด้วย และพึงพิจารณากันผู้กระทำความผิดน้อยที่สุดเป็นพยาน

เมื่อพนักงานอัยการได้วินิจฉัยตามนัยแห่งวรรคหนึ่งแล้ว และพนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาคนหนึ่งคนใดเป็นพยาน ให้พนักงานอัยการออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้น และเมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหาดังกล่าวแล้ว ให้พนักงานอัยการสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนถ้อยคำผู้ที่กันไว้เป็นพยานนั้นเป็นพยานประกอบสำนวนต่อไป”

³⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 บัญญัติว่า “เมื่อได้รับความเห็นและสำนวนจากพนักงานสอบสวนดังกล่าวในมาตราก่อน ให้พนักงานอัยการปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่มีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ให้ออกคำสั่งไม่ฟ้อง แต่ถ้าไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้สั่งฟ้องและแจ้งให้พนักงานสอบสวนส่งผู้ต้องหามาเพื่อฟ้องต่อไป

(2) ในกรณีมีความเห็นควรสั่งฟ้อง ให้ออกคำสั่งฟ้องและฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ถ้าไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้สั่งไม่ฟ้อง

ในกรณีหนึ่งกรณีใดข้างต้น พนักงานอัยการมีอำนาจ

(ก) สั่งตามที่เห็นควร ให้พนักงานสอบสวนดำเนินการสอบสวนเพิ่มเติมหรือส่งพยานคนใดมาให้ซักถามเพื่อส่งต่อไป

(ข) วินิจฉัยว่าควรปล่อยผู้ต้องหา ปล่อยชั่วคราว ควบคุมไว้ หรือขอให้ศาลขัง แล้วแต่กรณี และจัดการหรือสั่งการให้เป็นไปตามนั้น

ในคดีฆาตกรรม ซึ่งผู้ตายถูกเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ฆ่าตาย หรือตายในระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ อธิบดีกรมอัยการหรือผู้รักษการแทนเท่านั้นมีอำนาจออกคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง”

สอบสวนให้สอบสวนผู้กันไว้เป็นพยานได้ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 82³⁷ อันจะเห็นได้จากความเห็นในรายงานการประชุมอัยการจังหวัดและอัยการพิเศษประจำเขตทั่วราชอาณาจักร พ.ศ. 2510 วันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2510³⁸

ซึ่งจากระเบียบและแนวปฏิบัติดังกล่าวมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณา ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหารูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นการแสวงหาพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน และดุลพินิจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการ ซึ่งพนักงานอัยการต้องมีคำสั่งไม่ฟ้อง และมีการตรวจสอบจนเป็นคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องเสียก่อนจึงจะกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานได้ โดยที่พนักงานอัยการของประเทศไทยใช้หลักการดำเนินคดีตามดุลพินิจ จึงกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินคดีไว้ในระเบียบภายในได้ก็ตาม แต่การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไม่ได้เกี่ยวข้องกับพนักงานอัยการเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับพนักงานสอบสวนในการใช้ดุลพินิจในการแสวงหาพยานหลักฐานที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในระเบียบภายในเช่นกัน ซึ่งการที่แต่ละองค์กรมีอำนาจอิสระในการกำหนดระเบียบภายในของตนโดยไม่ขัดต่อกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ แต่เมื่อการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไม่มีกฎหมายกำหนดแนวทางปฏิบัติหรือกรอบหลักเกณฑ์ไว้ ทำให้มีแนวทางปฏิบัติไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น

กรณีที่พนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจไม่ดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดที่กันไว้เป็นพยาน ทำให้ผู้กระทำความผิดรายนั้นไม่ได้อยู่ในฐานะผู้ต้องหา ซึ่งมีคำพิพากษาฎีกาที่ 5244/2539 รับรองให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจกระทำการดังกล่าว³⁹ แต่ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยในประเด็นดังกล่าว เนื่องจากกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่ได้อยู่ในฐานะผู้ต้องหา จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ของมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่พนักงานอัยการจะเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานสอบสวน ประกอบกับ

³⁷ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 82 การสอบสวนผู้ต้องหาที่สั่งไม่ฟ้องเป็นพยาน กำหนดว่า “ถ้าพนักงานอัยการเห็นสมควรให้สอบสวนผู้ต้องหาที่สั่งไม่ฟ้องบางคนเป็นพยาน ให้พนักงานอัยการสั่งพนักงานสอบสวน สอบสวนผู้นั้นภายหลังจากมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องแล้ว”

³⁸ ความเห็นในรายงานการประชุมอัยการจังหวัดและอัยการพิเศษประจำเขตทั่วราชอาณาจักร พ.ศ. 2510 วันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2510 การสั่งให้สอบสวนผู้ต้องหาเป็นพยาน ที่ประชุมเห็นว่า “...(2) คดีที่มีผู้ต้องหาหลายคน พนักงานสอบสวนเห็นควรฟ้องผู้ต้องหาทุกคน แต่พนักงานอัยการเห็นควรไม่ฟ้องบางคน พนักงานอัยการสั่งให้สอบสวนผู้ต้องหาที่เห็นควรสั่งไม่ฟ้องไว้เป็นพยานได้ และกรมอัยการเห็นว่า “พนักงานอัยการอาจอ้างผู้ต้องหาที่สั่งไม่ฟ้องเป็นพยานได้ แม้จะไม่ได้สอบสวนไว้เป็นพยานก็ตาม...”

³⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 5244/2539 “...มีปัญหว่า คำเบิกความของนายบรรจบดังกล่าวจะรับฟังได้เพียงใด เห็นว่า แม้ นายบรรจบเป็นผู้ร่วมกระทำความผิด แต่พนักงานสอบสวนไม่ดำเนินคดีกับนายบรรจบและได้สอบสวนเป็นพยานนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาได้มีบทบัญญัติที่ห้ามมิให้พนักงานสอบสวนกันผู้กระทำความผิดเป็นพยาน ดังนั้น การที่พนักงานสอบสวนกันนายบรรจบเป็นพยานในคดีนี้จึงมีสิทธิทำได้โดยชอบ...”

พนักงานอัยการไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมโดยแจ้งข้อหาแก่บุคคลดังกล่าวได้⁴⁰ ทำได้แต่เพียงแนะนำ หากพนักงานสอบสวนไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำโดยไม่มีเหตุผล จึงแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวนพิจารณาตามลำดับ⁴¹ ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 45⁴² จึงเห็นว่า หากพนักงานสอบสวนเห็นควรกับผู้กระทำความผิดรายใด ต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดรายนั้น และทำความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องส่งไปยังพนักงานอัยการเพื่อพิจารณาต่อไป

4.2 ปัญหาหลักประกันที่ให้ทดแทนสิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศไทยในปัจจุบัน ได้ให้หลักประกันทดแทนโดยการไม่ฟ้องคดีผู้ต้องหาที่ละสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเอง เพื่อให้ความร่วมมือกับรัฐในการขัดทอดผู้ร่วมกระทำความผิดที่เป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการ ทำให้ผู้ต้องหาที่เป็นผู้กระทำความผิดไม่มีความรับผิดชอบและไม่ต้องรับโทษ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบอาญา จึงได้ศึกษาถึงแนวทางการให้หลักประกันอื่นมาปรับใช้ เช่น หลักประกันที่ไม่ให้ผู้ต้องหาถูกฟ้องร้องโดยอาศัยค่าให้การรับสารภาพของตน และหลักประกันการลดโทษ หรือยังควรคงการให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีไว้

4.3 ปัญหาผู้มีอำนาจสั่งคดี

เมื่อพนักงานอัยการเห็นควรกับผู้ต้องหาใดไว้เป็นพยานจะสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาผู้นั้น ซึ่งคำสั่งไม่ฟ้องนี้จะมีการตรวจสอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่เมื่อเทียบกับการสั่งไม่ฟ้องคดีที่เห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศที่เป็นอำนาจของอัยการสูงสุด⁴³ ซึ่งการสั่งไม่ฟ้องทั้งสองกรณีนั้นเป็นการที่ผู้ต้องหากระทำความผิด แต่มีเหตุอัน

⁴⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 402/2546 อำนาจสั่งให้สอบสวนเพิ่มเติมของพนักงานอัยการ, หน้า 4.

⁴¹ รายงานการประชุมอัยการจังหวัดและอัยการพิเศษประจำเขตทั่วราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2510, หน้า 753-759.

⁴² ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 45 การแจ้งให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดี กำหนดว่า “เมื่อพิจารณาสำนวนการสอบสวนแล้ว เห็นว่าควรจะได้ดำเนินคดีกับบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดี หรือบุคคลภายนอกอื่นที่พาดพิงถึง ให้หัวหน้าพนักงานอัยการทำความเห็นเสนอตามลำดับชั้นถึงอธิบดีอัยการเพื่อพิจารณาสั่ง แล้วแจ้งให้พนักงานสอบสวนดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าว นั้น หากพนักงานสอบสวนเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตาม ให้ทำความเห็นเสนอตามลำดับชั้นถึงอธิบดีอัยการเพื่อแจ้งหน่วยงานต้นสังกัดของพนักงานสอบสวน”

⁴³ พระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 มาตรา 21 วรรคสอง บัญญัติว่า “ถ้าพนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศให้เสนอต่ออัยการสูงสุด และอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องได้ ทั้งนี้ ตามระเบียบที่สำนักงานอัยการสูงสุดกำหนด โดยความเห็นชอบของ ก.อ.”

สมควรจะไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่นั้นเช่นเดียวกัน ประกอบกับการสั่งไม่ฟ้องจากเหตุกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติก็เป็นอำนาจของอัยการสูงสุด ดังนั้น การที่กำหนดผู้มีความจำเป็นไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเช่นเดียวกับการสั่งไม่ฟ้องทั่วไปมีความเหมาะสมหรือไม่

5. มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของต่างประเทศ

ผู้วิจัยได้เลือกมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี และระบบการดำเนินคดีแบบกล่าวหา ประกอบกับพนักงานอัยการใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ⁴⁴ ประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁵ เขตบริหารพิเศษฮ่องกง⁴⁶ และเลือกมาตรการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลแก่หน่วยงานรัฐเพื่อกันพบหรือป้องกันความผิดอาญาร้ายแรงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยมีระบบการดำเนินคดีอาญาแบบระบบไต่สวน ประกอบกับพนักงานอัยการใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมาย⁴⁷ ซึ่งมาตรการดังกล่าวมีหลักการเดียวกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

5.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ มีมาตรการในการกันผู้ต้องหา⁴⁸ ไว้เป็นพยานที่ให้หลักประกัน⁴⁹ ทั้งการให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี (Immunity from Prosecution) ตาม The Serious Organized Crime and Police Act 2005 มาตรา 71 ที่พนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจเสนอให้อัยการทำการขอตกลงลายลักษณ์อักษรให้ความคุ้มกันแก่ผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานในการที่จะไม่ถูก

⁴⁴ คณิศ ณ นคร, “ปัญหาการใช้ดุลพินิจของอัยการ,” ใน *รวมบทความด้านวิชาการของศาสตราจารย์คณิศ ณ นคร*, สหาย ทรรศนทรกุล (กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร, 2540), หน้า 32.

⁴⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, “ดุลพินิจในการไม่ฟ้องคดีอาญาที่มีมูลของอัยการในสหรัฐอเมริกา,” *วารสารนิติศาสตร์*, 10,1 (2521): 160-161.

⁴⁶ Amanda Whitfort, *Criminal Procedure in Hong Kong : A Guide for Students and Practitioners*, 2nd ed. (Hong Kong: LexisNexis, 2016), p. 206.

⁴⁷ คณิศ ณ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, หน้า 481.

⁴⁸ ไม่ใช่เพียงผู้ต้องหาเท่านั้นที่จะมีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยาน แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดที่ยังไม่ตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาที่มีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยานเช่นกัน

⁴⁹ มีการให้หลักประกัน 4 ระดับ คือ การให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดี (Immunity from Prosecution), การให้ความคุ้มกันที่จะไม่นำถ้อยคำหรือพยานหลักฐานที่ได้จากผู้ต้องหาไปใช้ลงโทษตนเอง (Undertakings as to Use of Evidence), การพิจารณาลดโทษ (Reduction in Sentence for Assistance to Prosecution) และการพิจารณากำหนดโทษใหม่ (Review of Sentence Following Subsequent Agreement for Assistance by Offender)

ดำเนินคดีอาญาในภายหลัง (Immunity Notice)⁵⁰ แต่ข้อตกลงนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากอัยการสูงสุดเสียก่อน⁵¹ การให้ความคุ้มกันที่จะไม่นำถ้อยคำหรือพยานหลักฐานที่ได้จากผู้ต้องหามาใช้ลงโทษตนเอง (Undertakings as to Use of Evidence) ตาม The Serious Organized Crime and Police Act 2005 มาตรา 72 ที่พนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจเสนอให้พนักงานอัยการตำแหน่ง Deputy Chief Crown Prosecutor ('DCCP') หรือ Deputy Head of Central Casework Division ('DHoD') หรือสูงกว่า⁵² ทำข้อตกลงลายลักษณ์อักษรจะไม่นำคำให้การของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานที่ให้ไว้แก่รัฐกลับมาใช้เป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาดังกล่าวในทางอาญา แต่หากมีพยานหลักฐานอื่น ๆ นอกเหนือจากคำให้การของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานก็สามารถดำเนินคดีอาญาต่อไปได้⁵³ และการพิจารณาลดโทษ (Reduction in Sentence for Assistance to Prosecution) ตาม The Sentencing Act 2020 มาตรา 74⁵⁴ เป็นกรณีที่พนักงานสอบสวนใช้ดุลพินิจเสนอให้พนักงานอัยการตำแหน่ง Level E หรือสูงกว่า⁵⁵ ทำสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะให้สิทธิได้รับการลดโทษจากศาลในความผิดที่กระทำเมื่อผู้ต้องหารายนั้นให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์แก่การสอบสวนและการดำเนินคดี ซึ่งศาลมีดุลพินิจในการที่จะลดหรือไม่ลดโทษก็ได้⁵⁶ โดยจะพิจารณาจากลักษณะและธรรมชาติของความร่วมมือที่ได้รับจากผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานที่บันทึกไว้ใน Sentencing Reports ซึ่งพนักงานอัยการผู้ทำสัญญาลงบันทึก⁵⁷

⁵⁰ Serious Organised Crime and Police Act 2005, section 71 Assistance by offender: immunity from prosecution

⁵¹ The Crown Prosecution Service, "Assisting Offenders (Immunity, Undertakings and Agreements): Attorney General Consultation," [online] Available from : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/assisting-offenders-immunity-undertakings-and-agreements> [19 December 2021]

⁵² The Crown Prosecution Service, "Assisting Offenders (Immunity, Undertakings and Agreements): Restricted Use Undertaking (Section 72 SOCPA)," [online] Available from : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/assisting-offenders-immunity-undertakings-and-agreements> [19 December 2021]

⁵³ Serious Organised Crime and Police Act 2005, section 72 Assistance by offender: undertakings as to use of evidence

⁵⁴ The National Archives, "Sentencing Act 2020: Section 74," [online] Available from : <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/17/section/74/enacted> [19 December 2021]

⁵⁵ The Crown Prosecution Service, "Assisting Offenders (Immunity, Undertakings and Agreements): Reduction in Sentence (Section 74 of the Sentencing Act 2020)," [online] Available from : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/assisting-offenders-immunity-undertakings-and-agreements> [19 December 2021]

⁵⁶ England and Wales Court of Appeal (Criminal Division) Decisions, "[2010] EWCA Crim 1048," [online] Available from : <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2010/1048.html> [19 December 2021]

⁵⁷ The Crown Prosecution Service, "Assisting Offenders (Immunity, Undertakings and Agreements): Reduction in Sentence (Section 74 of the Sentencing Act 2020)," [online] Available from : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/assisting-offenders-immunity-undertakings-and-agreements> [19 December 2021]

5.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรการในการกันผู้ต้องหา⁵⁸ ไว้เป็นพยานในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้หลักประกันอันจะไม่นำถ้อยคำหรือพยานหลักฐานที่ได้จากผู้ต้องหามาใช้ลงโทษตนเอง โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา (United States Code) หัวข้อที่ 18 ส่วนที่ 5 บทที่ 601 มาตรา 6001- 6005⁵⁹ ที่ในกรณีกระบวนการพิจารณาของศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่ให้อำนาจพนักงานอัยการของสหรัฐอเมริกาโดยการอนุมัติของอัยการสูงสุด รองอัยการสูงสุด หรือผู้ช่วยอัยการสูงสุดที่มีอำนาจ ร้องขอต่อศาลหรือคณะลูกขุนใหญ่ให้มีคำสั่งบังคับให้ผู้ต้องหาเบิกความหรือให้ข้อมูลโดยผู้ต้องหานั้นไม่สามารถอ้างสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเองในทางอาญาได้⁶⁰ แต่คำเบิกความหรือพยานหลักฐานที่ได้จากพยานไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมจะไม่นำมาใช้เพื่อดำเนินคดีอาญากับตัวพยาน เว้นแต่ในกรณีความผิดฐานเบิกความเท็จ ความผิดฐานให้การเท็จ หรือความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง⁶¹

5.3 เขตบริหารพิเศษฮ่องกง

เขตบริหารพิเศษไม่มีกฎหมายบัญญัติการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน มีเพียงประมวลการฟ้องร้องคดี ค.ศ. 2013 (Prosecution Code 2013) ที่เป็นระเบียบแนวปฏิบัติของพนักงานอัยการที่กำหนดแนวทางการกันผู้ต้องหา⁶² ไว้เป็นพยานโดยให้หลักประกันในการคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีไว้ในบทที่ 11⁶³ ซึ่งกำหนดหลักการดำเนินคดีว่าควรจะไม่มีการให้ความคุ้มกันแก่พยานที่จะให้การขัดท้อผู้ร่วมกระทำความผิด แต่หลักการดำเนินคดีดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่คดีมีความยุ่งยากซับซ้อนจนไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อจะทำการฟ้องร้องคดีได้ จึงได้มีการยอมรับหลักการให้ความคุ้มกันจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีแก่พยานที่จะให้การขัดท้อผู้ร่วมกระทำความผิด โดยความคุ้มกันนี้พนักงานอัยการจะทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรมอบให้แก่

⁵⁸ ไม่ใช่เพียงผู้ต้องหาเท่านั้นที่จะมีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยาน แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดที่ยังไม่ตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาที่มีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยานเช่นกัน

⁵⁹ Legal Information Institute, “18 U.S. Code Chapter 601— Immunity of Witnesses,” [online] Available from : <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-V/chapter-601> [21 December 2021]

⁶⁰ 18 U.S. Code, § 6003 Court and grand jury proceedings

⁶¹ 18 U.S. Code, § 6002 Immunity generally

⁶² ไม่ใช่เพียงผู้ต้องหาเท่านั้นที่จะมีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยาน แต่ผู้ร่วมกระทำความผิดที่ยังไม่ตกอยู่ในฐานะผู้ต้องหาที่มีสิทธิได้รับการกันไว้เป็นพยานเช่นกัน

⁶³ News.gov.hk, “New Prosecution Code released,” [online] Available from : <https://www.info.gov.hk/gia/general/201309/07/P201309070372.html> [21 December 2021]

พยานก่อนกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล⁶⁴

5.4 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

มาตรการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลแก่หน่วยงานรัฐเพื่อค้นพบหรือป้องกันความผิดอาหาร้ายแรงเป็นมาตรการที่สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนำมาใช้แทนที่มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่ได้ยกเลิกไปเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการดำเนินคดีตามกฎหมายของพนักงานอัยการ ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ยังคงใช้หลักการเดียวกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาหรือผู้ร่วมกระทำความผิดไว้เป็นพยาน โดยได้บัญญัติรายละเอียดและหลักเกณฑ์ไว้ในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 46b⁶⁵ วางหลักว่าผู้กระทำความผิดที่กระทำความผิดร้ายแรง ซึ่งเป็นการกระทำความผิดที่กฎหมายกำหนดโทษขั้นต่ำจำคุกตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป⁶⁶ หากสมัครใจเปิดเผยข้อมูลในความรู้ของตนหรือได้มีส่วนเปิดเผยการกระทำความผิดภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 100a (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งตนมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด⁶⁷ หรือเปิดเผยข้อมูลในความรู้ของตนโดยสมัครใจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐก่อนที่การกระทำความผิดภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 100a (2) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะสำเร็จ ซึ่งความผิดที่ตนได้เปิดเผยข้อมูลนั้นเป็นความผิดที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องและได้ทราบข้อมูลหรือแผนในการกระทำความผิด⁶⁸ โดยข้อมูลที่เปิดเผยนั้นเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิด ไม่ใช่ข้อเท็จจริงที่รู้กันทั่วไปหรือเป็นเพียงความเห็น และข้อมูลนั้นต้องทำให้ความผิดที่ไม่เคยเปิดเผยได้รับการเปิดเผย แต่ไม่จำเป็นว่าเมื่อเปิดเผยแล้วต้องสามารถจับกุมหรือลงโทษผู้กระทำความผิดอื่นได้ ซึ่งการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวหากผู้กระทำความผิดได้เปิดเผยข้อมูลก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งเปิดกระบวนการพิจารณาคดีหลักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 207 ในความผิดที่ผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำ⁶⁹ ศาลอาจพิจารณาลดโทษผู้นั้นได้ตามสัดส่วนที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 46b (1) และมาตรา 49 (1) หรือศาลอาจไม่ลงโทษก็ได้ หากจำเลยกระทำความผิดที่อาจถูกตัดสินจำคุกไม่เกิน 3 ปี⁷⁰

⁶⁴ Department of Justice Hong Kong Special Administrative Region, “Prosecution Code: 11. Immunity from Prosecution,” [online] Available from : https://www.doj.gov.hk/en/publications/prosecution_ch4.html [21 December 2021]

⁶⁵ Section 46b of German Criminal Code

⁶⁶ Section 12 (1) of German Criminal Code

⁶⁷ Section 46b (1) 1 of German Criminal Code

⁶⁸ Section 46b (1) 2 of German Criminal Code

⁶⁹ Section 46b (3) of German Criminal Code

⁷⁰ Section 46b (1) of German Criminal Code

6. บทวิเคราะห์มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศไทยและต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ประกอบกับมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา เขตบริหารพิเศษฮ่องกง และมาตรการส่งเสริมให้ผู้กระทำความผิดให้ข้อมูลแก่หน่วยงานรัฐเพื่อค้นพบหรือป้องกันความผิดอาญาร้ายแรงของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สามารถนำมาวิเคราะห์ปัญหาของมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปได้ ดังนี้

6.1 รูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการในการแสวงหาพยานหลักฐานก่อนชั้นพิจารณา คดีของศาล จึงเป็นเรื่องในชั้นพนักงานสอบสวนและชั้นพนักงานอัยการ ซึ่งจะมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินคดีของพนักงานอัยการ โดยเฉพาะหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ เนื่องจากการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน พนักงานอัยการจะมีดุลพินิจในการคัดเลือกผู้ต้องหาที่เห็นว่าเหมาะสมและสมควรเพื่อให้การเป็นพยานในการพิสูจน์ความผิดของผู้ร่วมกระทำความผิดรายอื่นที่มีความสำคัญมากกว่าโดยรัฐจะให้หลักประกันอื่นใดเข้ามาทดแทนสิทธิที่จะไม่ให้การเป็นประจักษ์ต่อตนเองในคดีอาญาที่ผู้ต้องหาได้สละไป

การดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจตามแนวทางว่าด้วยบทบาทของอัยการรับรองโดยที่ประชุมขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรมและการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด ครั้งที่ 8 ข้อ 17 ซึ่งวางแนวทางการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการว่าจะต้องมีกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่เปิดเผยกกำหนดแนวทางการปฏิบัติเพื่อส่งเสริมความยุติธรรมและความถูกต้องแน่นอนในการสั่งคดี⁷¹ แต่ประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจมักจะกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจไว้ในระเบียบหรือแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานหรือองค์กรภายในของตนเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งต่างจากประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีตามกฎหมายที่จะต้องบัญญัติการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่พนักงานอัยการต้องสั่งฟ้องคดีหรือกรณีที่เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ต้องสั่งฟ้องคดีไว้เป็นกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้ศึกษาค้นคว้ารูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของประเทศต่าง ๆ กลับพบว่าประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจมักจะมีรูปแบบมาตรการ

⁷¹ Guidelines on the Role of Prosecutors Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, article 17

ในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานโดยบัญญัติเป็นกฎหมาย อย่างเช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีเขตบริหารพิเศษฮ่องกงที่ได้กำหนดไว้เป็นระเบียบแนวปฏิบัติของพนักงานอัยการ

เมื่อพิจารณาประเทศไทยที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ โดยได้กำหนดแนวทางการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ ไว้ในระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์การสั่งไม่ฟ้องในกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน แต่การที่แยกอำนาจสอบสวนฟ้องร้องออกจากกัน จึงมีกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน ซึ่งอาศัยแนวทางปฏิบัติที่กำหนดไว้ในระเบียบภายในของพนักงานสอบสวน แต่เมื่อระเบียบภายในของทั้งสององค์กรนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นกรอบแนวทางและหลักเกณฑ์ในการใช้มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ทำให้หลักเกณฑ์การกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของทั้งพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการไม่ชัดเจนและไม่เป็นไปแนวทางเดียวกัน จึงต้องมีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้เป็นกฎหมาย

การที่ประเทศไทยจะบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้เป็นกฎหมาย จึงมีข้อพิจารณาต่อไปว่า ควรจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายที่เป็นกฎหมายทั่วไป หรือบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายเฉพาะ โดยเมื่อพิจารณาถึงลักษณะและแนวปฏิบัติของการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่เป็นกระบวนการภายหลังที่ผู้กระทำความผิดตกเป็นผู้ต้องหา และเป็นกระบวนการในชั้นสอบสวนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการแจ้งข้อกล่าวหา การถามคำให้การของพนักงานสอบสวนไม่ว่าผู้กระทำความผิดนั้นจะอยู่ในฐานะผู้ต้องหาหรือพยาน รวมถึงการสั่งฟ้องคดีหรือไม่สั่งฟ้องคดีของพนักงานอัยการ การที่มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมีความเกี่ยวพันและเชื่อมโยงกับกระบวนการดังกล่าวที่เป็นกระบวนการสอบสวนสามัญ ซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นมาตรการที่นำไปใช้กับคดีทั่วไป จึงเห็นสมควรบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

6.2 หลักประกันที่ให้ทดแทนสิทธิของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน

การที่ประเทศไทยใช้มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานโดยให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดี ทำให้ผู้ต้องหาไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ตนกระทำอันไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา จึงได้ศึกษาถึงการให้หลักประกันอื่นมาปรับใช้ โดยพิจารณาประกอบกับแนวความคิดของการสั่งคดีเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ความน่าจะเป็นที่ผู้ต้องหาจะเข้าร่วมมาตรการ รวมทั้ง

กระบวนการพิจารณาคดีอาญาของประเทศไทย ซึ่งเมื่อพิจารณาปัจจัยดังกล่าว ผู้วิจัยมีความเห็นดังนี้

หลักประกันที่ไม่ให้ผู้ต้องหาถูกฟ้องร้องโดยอาศัยคำให้การรับสารภาพของตนที่ใช้ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทยผู้วิจัยเห็นว่าการให้หลักประกันดังกล่าว ผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานยังคงจะถูกดำเนินคดี เนื่องจากผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานเป็นผู้กระทำความผิดที่เจ้าหน้าที่รัฐสามารถแสวงหาพยานหลักฐานที่พิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานได้อยู่แล้ว โดยที่ไม่ต้องอาศัยคำให้การรับสารภาพของผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน ผู้ต้องหารายนั้นจึงไม่ได้รับประโยชน์จากการให้หลักประกันดังกล่าว จึงแทบไม่มีโอกาสที่ผู้ต้องหาจะเข้าร่วมมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน จึงไม่ควรนำหลักประกันที่ไม่ให้ผู้ต้องหาถูกฟ้องร้องโดยอาศัยคำให้การรับสารภาพของตนมาปรับใช้

หลักประกันลดโทษที่ใช้ในประเทศอังกฤษและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นหลักที่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบในทางอาญา แต่เมื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทยยังคงพบปัญหาเนื่องจากแม้พนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน แต่การจะลดโทษผู้ต้องหารายนั้นได้เป็นดุลพินิจของผู้พิพากษา พนักงานอัยการจึงต้องบรรยายฟ้องเพื่อให้ผู้พิพากษาเห็นถึงความจำเป็นที่จะใช้มาตรการอันนำไปสู่การพิพากษาลดโทษจำเลยที่เป็นผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน อย่างไรก็ตาม การบรรยายฟ้องดังกล่าวไม่สามารถที่จะแสดงให้เห็นถึงภาพรวมคดีที่เกี่ยวข้องได้ทั้งหมด จึงเป็นการยากที่จะทำให้ผู้พิพากษาเห็นถึงความจำเป็นที่จะใช้มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และใช้ดุลพินิจพิพากษาลดโทษจำเลยเนื่องจากกันผู้นั้นไว้เป็นพยาน ประกอบกับการลดโทษอาจไม่เพียงพอที่จะทำให้ผู้ต้องหาเข้าร่วมมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน รวมถึงผู้ต้องหาอาจจะเลือกให้การรับสารภาพในชั้นศาลแทน ซึ่งได้รับการลดโทษเช่นกันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78⁷² และไม่มีภาระผูกพันที่จะต้องไปเบิกความหรือให้การเป็นพยานเพื่อขัดทอดผู้ร่วมกระทำความผิดซึ่งเป็นตัวการสำคัญหรือผู้บงการ จึงไม่ควรนำหลักประกันการลดโทษมาปรับใช้

⁷² ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 78 บัญญัติว่า “เมื่อปรากฏว่ามีเหตุบรรเทาโทษ ไม่ว่าจะได้มีการเพิ่มหรือการลดโทษตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นแล้วหรือไม่ ถ้าศาลเห็นสมควร จะลดโทษไม่เกินกึ่งหนึ่งของโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นก็ได้

เหตุบรรเทาโทษนั้น ได้แก่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้เฒ่าเฒ่าเบาปัญญาตกอยู่ในความทุกข์อย่างสาหัส มีคุณความดีมาแต่ก่อน รู้สึกความผิดและพยายามบรรเทาผลร้ายแห่งความผิดนั้น ลูกแก่โทษต่อเจ้าพนักงานหรือให้ความรู้แก่ศาลอันเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา หรือเหตุอื่นที่ศาลเห็นว่าลักษณะทำนองเดียวกัน”

หลักประกันการไม่ฟ้องคดี แม้ว่าจะไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา แต่เมื่อเทียบกับประโยชน์ของการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่ทำให้สามารถนำตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษได้อันเป็นการตัดต้นตออาชญากรรมอย่างแท้จริง จึงเห็นควรยังคงการให้หลักประกันดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม การที่ให้หลักประกันดังกล่าวนั้นต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการ การใช้มาตรการจะก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าการฟ้องผู้ต้องหารายนั้น และไม่มีข้อขัดข้องเพื่อใช้มาตรการในการเลือกช่วยเหลือผู้ต้องหารายใด รวมทั้งผู้มีอำนาจในการสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยานต้องมีความน่าเชื่อถือ เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นให้กับสังคมว่าการไม่ฟ้องคดีผู้ต้องหารายนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง

6.3 ผู้มีอำนาจสั่งคดี

การสั่งไม่ฟ้องในกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานอาศัยกรณีมีเหตุอันควรที่จะไม่ฟ้องผู้ต้องหา เช่นเดียวกับการสั่งไม่ฟ้องของอัยการสูงสุดที่เห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ประกอบกับการสั่งไม่ฟ้องจากเหตุกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่เป็นอำนาจของอัยการสูงสุด แต่ผู้วิจัยเห็นว่า การที่ให้อัยการสูงสุดเป็นผู้มีอำนาจสั่งคดีในกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานอาจทำให้การดำเนินการล่าช้า เนื่องจากอัยการสูงสุดมีภาระหน้าที่จำนวนมาก นอกจากจะมีหน้าที่ในทางอรรถคดีและการปฏิบัติหน้าที่อื่นแล้วยังมีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของข้าราชการฝ่ายอัยการ พนักงาน และลูกจ้างในสังกัดสำนักงานอัยการสูงสุด และมีฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลอีกด้วย⁷³ ประกอบกับคดีที่จะนำมาตราการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานมาใช้ มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจน้อยกว่าคดีที่เห็นว่าการฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนฯ ทั้งการสั่งคดีองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติส่วนใหญ่จะเป็นอำนาจของอัยการสูงสุดตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20⁷⁴

⁷³ สุริยา ปานแป้น, **หลักกฎหมายว่าด้วยองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 176-178.

⁷⁴ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 20 บัญญัติว่า “ถ้าความผิดซึ่งมีโทษตามกฎหมายไทยได้กระทำลงนอกราชอาณาจักรไทย ให้อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาราชการแทนเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือจะมอบหมายหน้าที่นั้น ให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้

ในกรณีที่อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาราชการแทนมอบหมายให้พนักงานสอบสวนคนใดเป็นผู้รับผิดชอบทำการสอบสวนอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาราชการแทนจะมอบหมายให้พนักงานอัยการคนใดทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนก็ได้

ให้พนักงานอัยการที่ได้รับมอบหมายให้เป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบหรือให้ทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวนมีอำนาจและหน้าที่ในการสอบสวนเช่นเดียวกับพนักงานสอบสวน บรรดาอำนาจและหน้าที่ประการอื่นที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของพนักงานอัยการ

อยู่แล้ว ดังนั้น ในกรณีกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในจึงยังไม่มีควมจำเป็นต้องให้เป็นอำนาจของอัยการสูงสุด และหากพนักงานอัยการจะมีคำสั่งไม่ฟ้องจะมีการตรวจสอบภายในโดยเฉพาะในคดีสำคัญที่ให้อธิบดีอัยการเป็นผู้พิจารณาสั่งคดี⁷⁵ รวมถึงการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญายังมีความเหมาะสมอยู่ เนื่องจากทั้งพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการเห็นภาพรวมทั้งหมดของคดี ทำให้ทราบถึงความจำเป็นที่ต้องใช้มาตรการ และควรจะกันผู้ต้องหารายใดไว้เป็นพยาน ทั้งสอดคล้องกับหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างพนักงานสอบสวนกับพนักงานอัยการ

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปที่ให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีของประเทศไทยในปัจจุบัน มีรูปแบบที่กำหนดไว้ในระเบียบภายในของทั้งพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ ไม่มีกฎหมายบัญญัติแนวทางปฏิบัติและหลักเกณฑ์การกันไว้เป็นพยาน จึงทำให้มีแนวทางปฏิบัติไม่ชัดเจนและแต่ละองค์กรกำหนดหลักเกณฑ์แตกต่างกัน จึงควรมีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้เป็นกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ และเป็นแนวทางในการกำหนดระเบียบภายในของทั้งสององค์กร ซึ่งเมื่อศึกษาแนวทางการให้หลักประกันอื่น เช่น หลักประกันที่ไม่ให้ผู้ต้องหาถูกฟ้องร้องโดยอาศัยค่าให้การรับสารภาพของตน และหลักประกันการลดโทษ เพื่อนำมาปรับใช้ พบว่ายังมีข้อบกพร่องและไม่เหมาะสม ส่วนการให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดีถึงแม้จะไม่สอดคล้องกับหลักความรับผิดชอบทางอาญา แต่เมื่อมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานที่ให้หลักประกันดังกล่าวสามารถพิสูจน์ความผิดและนำตัวการสำคัญหรือผู้บงการมาลงโทษอันเป็นการตัดต้นตอของอาชญากรรมอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นประโยชน์มากกว่าการฟ้องผู้ต้องหาที่ถูกกันไว้เป็นพยาน จึงยังควรคงการให้

ในกรณีที่พนักงานอัยการทำการสอบสวนร่วมกับพนักงานสอบสวน ให้พนักงานสอบสวนปฏิบัติตามคำสั่งและคำแนะนำของพนักงานอัยการในเรื่องที่เกี่ยวกับการรวบรวมพยานหลักฐาน

ในกรณีจำเป็น พนักงานสอบสวนต่อไปนี้มีอำนาจสอบสวนในระหว่างรอคำสั่งจากอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทน

(1) พนักงานสอบสวนซึ่งผู้ต้องหาถูกจับในเขตอำนาจ

(2) พนักงานสอบสวนซึ่งรัฐบาลประเทศอื่นหรือบุคคลที่ได้รับความเสียหายได้ร้องฟ้องให้ทำโทษผู้ต้องหา

เมื่อพนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนแล้วแต่กรณี เห็นว่า การสอบสวนเสร็จแล้ว ให้ทำความเข้าใจตามมาตรา 140 มาตรา 141 หรือมาตรา 142 ส่งพร้อมสำนวนไปยังอัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทน”

⁷⁵ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2563 ข้อ 42 การพิจารณาคดีสำคัญ กำหนดว่า “คดีสำคัญในกรณีที่จะมีคำสั่งไม่ฟ้องทุกข้อหาหรือบางข้อหา ให้ทำความเข้าใจเสนอสำนวนตามลำดับชั้นถึงอธิบดีอัยการเพื่อพิจารณาสั่งทั้งคดี เมื่ออธิบดีอัยการมีคำสั่งประการใดให้ปฏิบัติตามนั้น”

หลักประกันดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม ต้องกำหนดกระบวนการในการใช้มาตรการนั้นให้มีความชัดเจนและน่าเชื่อถือ เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับสังคมว่าการไม่ฟ้องคดีผู้ต้องหาหรือนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง ซึ่งผู้วิจัยขอเสนอแนะกระบวนการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และรูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ดังนี้

7.1 กระบวนการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

มาตรการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปที่ให้หลักประกันการไม่ฟ้องคดี จะแบ่งกระบวนการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 เป็นกรณีที่มีการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานตั้งแต่ชั้นพนักงานสอบสวน หากพนักงานสอบสวนเห็นควรกันบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือร่วมในการกระทำความผิดกับผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ให้พนักงานสอบสวนดำเนินการแจ้งข้อกล่าวหาและดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าว โดยให้ทำความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องและกันบุคคลนั้นไว้เป็นพยาน ทั้งนี้ การที่เสนอให้พนักงานสอบสวนดำเนินการแจ้งข้อกล่าวหาและดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวก่อนก็เพื่อให้บุคคลเหล่านั้นอยู่ในฐานะผู้ต้องหา อันเป็นการเปิดโอกาสให้พนักงานอัยการสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการกันบุคคลไว้เป็นพยานของพนักงานสอบสวนได้

ส่วนการตรวจสอบการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานของพนักงานสอบสวน ให้ปฏิบัติตามระเบียบภายในของพนักงานสอบสวนที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันอันเห็นว่ามีเหมาะสมและเพียงพอ ซึ่งเมื่อผ่านระบบตรวจสอบภายในแล้วให้ส่งความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องดังกล่าวมายังชั้นพนักงานอัยการ โดยในชั้นพนักงานอัยการเห็นว่ายังควรให้เป็นอำนาจของพนักงานอัยการในการสั่งไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และคำสั่งไม่ฟ้องนั้นให้มีการตรวจสอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

กรณีที่ 2 เป็นกรณีที่พนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน แต่พนักงานสอบสวนเสนอความเห็นควรสั่งฟ้องและไม่ควรกันบุคคลใดไว้เป็นพยาน โดยยังควรให้พนักงานอัยการเป็นผู้สั่งไม่ฟ้องเพื่อกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน และคำสั่งไม่ฟ้องนั้นให้มีการตรวจสอบตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

7.2 รูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน

รูปแบบมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไป ควรให้มีการบัญญัติมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานไว้ในกฎหมาย โดยเห็นควรบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นเพราะมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานเป็นกระบวนการ

ที่ใช้กับคดีทั่วไปที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกระบวนการสอบสวนสามัญ ที่ดำเนินการหลังจากการถามคำให้การผู้ต้องหาตามมาตรา 135 ประกอบกับมาตรา 136 ยกเลิก จึงบัญญัติมาตรการดังกล่าวไว้ในลักษณะ 2 การสอบสวน หมวด 1 การสอบสวนสามัญ มาตรา 136/1 และมาตรา 136/2 โดยมีเนื้อหาใจความดังนี้

“**มาตรา 136/1** ในคดีที่มีความซับซ้อน และไม่สามารถแสวงหาพยานหลักฐานในคดีนั้นได้หรือพยานหลักฐานที่มีอยู่ไม่เพียงพอที่จะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาทั้งหมดหรือบางส่วนได้ หากปรากฏว่ามีบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือร่วมในการกระทำความผิดกับผู้ต้องหา ซึ่งไม่ใช่ตัวการสำคัญให้การรับสารภาพ โดยคำรับสารภาพนั้นเป็นข้อมูลสำคัญที่มีประโยชน์ต่อการดำเนินคดีหรือพิสูจน์ความผิดของผู้ใช้ให้กระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดอื่นซึ่งเป็นตัวการสำคัญ และเมื่อพนักงานสอบสวนเห็นควรกันบุคคลนั้นไว้เป็นพยานในการดำเนินคดีกับผู้ให้กระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดอื่นซึ่งเป็นตัวการสำคัญ ให้พนักงานสอบสวนทำความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องส่งไปยังพนักงานอัยการพร้อมด้วยสำนวน”

“**มาตรา 136/2** เมื่อความตามมาตรา 136/1 วรรคหนึ่ง ปรากฏแก่พนักงานอัยการเอง โดยปราศจากความเห็นควรกันบุคคลใดไว้เป็นพยานของพนักงานสอบสวน หากพนักงานอัยการเห็นควรกันผู้ต้องหานั้นไว้เป็นพยานในการดำเนินคดีกับผู้ให้กระทำความผิดหรือผู้กระทำความผิดคนอื่นซึ่งเป็นตัวการสำคัญ ให้พนักงานอัยการออกคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหานั้น”

ส่วนระเบียบภายในของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการที่กำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เงื่อนไขมาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยาน ให้มีแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติกฎหมายที่เสนอแนะ

ทั้งนี้ เมื่อมีการปรับเปลี่ยนและแก้ไขตามข้อเสนอแนะดังกล่าว จะทำให้มาตรการในการกันผู้ต้องหาไว้เป็นพยานในคดีทั่วไปมีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนยิ่งขึ้น ทั้งเพิ่มประสิทธิภาพในการพิสูจน์ความผิดของตัวการสำคัญหรือผู้บงการเพื่อนำตัวมาลงโทษ และยังเป็นการก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับสังคม

ประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำความตกลงการค้าเสรี
ไทย-ศรีลังกา*

Legal Issues relating to Thailand - Sri Lanka Free Trade
Agreement

ชนิสรา งามอภิชน
Chanisa Ngamapichon

อาจารย์ประจำ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330

Full-time Lecturer

Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330

Corresponding author E-mail: chanisa.n@chula.ac.th

(Received: June 13, 2022; Revised: July 21, 2022; Accepted: July 21, 2022)

บทคัดย่อ

การเติบโตของเศรษฐกิจและผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศของประเทศไทยพึ่งพาการส่งออกสินค้า การบริการและการลงทุนในระดับสูง หนึ่งในปัจจัยสำคัญในการสนับสนุนและส่งเสริมการค้าสินค้า การบริการและการลงทุนระหว่างประเทศ ได้แก่ การเจรจา การตกลงและการดำเนินการตามข้อตกลงการค้าเสรี (Free Trade Agreement: FTA) ศรีลังกาเป็นประเทศคู่ค้ากับไทยมานานและมีการเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็วตั้งแต่ปี ค.ศ. 2010 การเติบโตทางเศรษฐกิจดังกล่าวและนโยบายเปิดเสรีของศรีลังกา เป็นปัจจัยกระตุ้นการเติบโตของการค้าและการลงทุนของศรีลังกากับต่างประเทศ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันศรีลังกากำลังเผชิญกับวิกฤติเศรษฐกิจและประสบปัญหาหนี้ภาครัฐ การขาดข้อตกลงการค้าเสรีที่เหมาะสมกับศรีลังกาไม่เพียงแต่ส่งผลเป็น

* บทความวิจัยนี้เป็นบทสรุปองค์ความรู้จากโครงการวิจัย “โครงการศึกษาการจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยและศรีลังกา ภายใต้ทุนสนับสนุนจากกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ” (สิงหาคม, 2560)

การชะลอหรือขัดขวางการเติบโตทางด้านการค้าสินค้า การบริการและการลงทุนระหว่างไทยกับศรีลังกา ซึ่งทำให้ธุรกิจไทยและประเทศไทยเสียโอกาสแล้ว ยังเป็นการเปิดโอกาสให้ประเทศอื่น ๆ หาประโยชน์จากโอกาสที่มีอยู่ไป บทความวิจัยนี้เป็นการศึกษาประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-ศรีลังกา โดยมุ่งเน้นศึกษานโยบาย กฎหมาย กฎระเบียบ และข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับการค้า การบริการและการลงทุนของศรีลังกาให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคต่อการค้า การบริการและการลงทุนของไทยเพื่อนำมาวิเคราะห์และเสนอแนะแนวทางการเจรจาที่เหมาะสมในการจัดทำความตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกาเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อผู้ประกอบการไทยและเศรษฐกิจของประเทศต่อไป

คำสำคัญ : ความตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา, การส่งออก, การค้า, การบริการและการลงทุน

Abstract

Thailand's economy and Gross Domestic Product (GDP) growth during the past decades had imperatively high dependency on exports of goods, services, and foreign investments. One of the important factors supporting and promoting such growth is driven from negotiations, agreements, and the implementation of a Free Trade Agreement (FTA). Sri Lanka has long been a trading partner with Thailand and during 2010 Sri Lanka has seen sharp rises in economic growth which created opportunities and boosted large interests from the international community. Today although, Sri Lanka is currently under severe economic crisis; suffering from trade deficits and large amounts of government debt, the long trading history between Thailand and Sri Lanka remarks exciting opportunities awaiting to be further explored. The lack of a suitable FTA between Thailand and Sri Lanka today will not only endlessly deter potential growths between the two countries but may also open a window of opportunities for other countries to exploit not only new but also existing Thai-Sri Lanka trading opportunities. This research article is a study of legal issues relating to the on-going establishments of a Thai-Sri Lanka Free Trade Agreement. The article will primarily focus on understanding Sri Lanka's existing economic policies, laws, rules, and regulations relating to international trade in

goods, services, and investments to address problems and barriers occurring on Thai businesses. Finally, negotiation guidelines for a successful establishment of Thai-Sri Lanka Free Trade Agreement will be proposed to bring the greatest benefit to Thai entrepreneurs and the country's economy.

Keywords: Thailand-Sri Lanka Free Trade Agreement, FTA, Trade, Service and Investment

1. บทนำ

ประเทศไทยและประเทศศรีลังกามีความสัมพันธ์ที่ดีมาเป็นเวลานาน อีกทั้งมีวัฒนธรรม ประเพณีและการนับถือศาสนาพุทธที่ใกล้เคียงกัน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างสองประเทศแล้วนั้นกลับไม่ได้มีการพัฒนาเท่าที่ควร แม้ประเทศศรีลังกาจะเป็นประเทศที่มีขนาดเล็ก แต่มีอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจที่สูงขึ้นอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี ค.ศ. 2002-2019 โดยพิจารณาจากอัตราการเติบโตของผลิตภัณฑ์มวลรวมของประเทศของศรีลังกา¹ ทั้งศรีลังกายังมีทรัพยากรธรรมชาติที่สมบูรณ์ และมีแรงงานคุณภาพดี ค่าแรงไม่สูงเกินไป นอกจากนี้ ประเทศศรีลังกายังเป็นประตูการค้าการลงทุนไปสู่ประเทศในกลุ่มเอเชียใต้ที่มีขนาดใหญ่อย่าง ประเทศอินเดียและประเทศปากีสถาน ดังนั้น ศรีลังกาจึงเป็นประเทศคู่ค้าที่น่าสนใจของไทย

ข้อมูลปี ค.ศ. 2019 ประเทศศรีลังกาถูกจัดเป็นประเทศที่รับการส่งออกสินค้าจากไทย เป็นลำดับที่ 23 ของประเทศในเอเชีย โดยคิดเป็นมูลค่าสินค้าส่งออกรวม 11,628.3 ล้านบาท ซึ่งสินค้าที่ไทยส่งออกไปยังศรีลังกาเป็นมูลค่าสูงสุด 3 ลำดับ ได้แก่ อันดับหนึ่ง ผ้าผืน มูลค่าส่งออก รวม 1,275 ล้านบาท อันดับสอง น้ำตาลทราย มูลค่าส่งออกรวม 1,159 ล้านบาท และอันดับสาม รถยนต์ อุปกรณ์และส่วนประกอบ มูลค่าส่งออกรวม 1,092 ล้านบาท โดยไทยมีการเกินดุลการค้า กับประเทศศรีลังกามาโดยตลอด ซึ่งในปีเดียวกันนั้นไทยมีมูลค่านำเข้าสินค้าจากศรีลังกาเพียง 2,483 ล้านบาท ซึ่งสินค้าที่ไทยนำเข้าจากศรีลังกาสูงสุด 3 อันดับแรก ได้แก่ อันดับหนึ่ง คือ เครื่องเพชร พลอย อัญมณี เงินแท่งและทองคำ ซึ่งเป็นสินค้าประเภทเดียวที่ไทยมีมูลค่านำเข้าจากศรีลังกาสูงกว่า 1,000 ล้านบาท อันดับสอง เสื้อผ้าสำเร็จรูป อันดับสาม พืชและผลิตภัณฑ์จากพืช ตามลำดับ²

¹ The World Bank, "GDP growth (annual %) - Sri Lanka," [online] Available from : <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=LK> [13 June 2022]

² สำนักงานปลัดกระทรวงพาณิชย์, "การค้าระหว่างประเทศของไทย : สถิติการค้าระหว่างประเทศของไทย ปี 2562," [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://tradereport.moc.go.th/File/BookStatistic2562.pdf> [13 มิถุนายน 2565]

อย่างไรก็ดีจากการสัมภาษณ์ผู้ประกอบการพบว่าผู้ประกอบการไทยจำนวนมากยังไม่รู้จักประเทศศรีลังกาเท่าที่ควร จึงทำให้ขาดข้อมูลและความรู้เกี่ยวกับตลาดศรีลังกาซึ่งเป็นปัจจัยที่ทำให้ผู้ประกอบการไม่ได้ให้ความสำคัญกับการทำการค้าและการลงทุนกับประเทศศรีลังกา³

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองของประเทศศรีลังกาที่เกิดขึ้นจากการที่พรรครัฐบาลสามารถปราบกลุ่มกบฏพยัคฆ์ผิวดำได้สำเร็จในปี ค.ศ. 2009 ศรีลังกามีอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจต่อเนื่อง ทำให้ปัจจุบันโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศศรีลังกามีช่องว่างรายได้ลดต่ำลง มีจำนวนชนชั้นกลางเพิ่มมากขึ้น ส่งผลให้กำลังซื้อจึงเพิ่มสูงขึ้นด้วย อีกทั้งประเทศศรีลังกายังมีทรัพยากรธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ ได้แก่ เหมืองแร่ พลังงาน และป่าไม้ โดยศรีลังกามีแหล่งน้ำมันที่มีศักยภาพในอ่าว Cauvery (ด้านตะวันออกของชายฝั่งอินเดีย) และอ่าว Mannar (ด้านตะวันตกของชายฝั่งศรีลังกา) และทรัพยากรธรรมชาติจำพวกสินแร่ประกอบด้วย หินปูน แร่กราไฟท์ หินทราย แร่ อัญมณี และฟอสเฟต⁴ และการที่ศรีลังกามีที่ตั้งอยู่บริเวณที่ราบลุ่มตอนล่างที่ราบสูง และพื้นที่ติดชายทะเล ทำให้สามารถทำการเกษตรได้หลากหลายรูปแบบ นอกจากนั้น ศรีลังกายังมีท่าเรือธรรมชาติที่ดีเป็นอันดับต้นๆของโลก จึงเป็นปัจจัยบวกที่สำคัญต่อการลงทุนด้านอุตสาหกรรม

จากการพิจารณาความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศ พบว่าปัจจุบันประเทศศรีลังกามีความตกลงการค้าเสรีกับหลายประเทศที่สำคัญ ได้แก่ อินเดีย ปากีสถาน และสิงคโปร์ โดยเฉพาะอินเดีย ซึ่งหอการค้าสหรัฐอเมริกาประจำศรีลังกาได้เคยกล่าวไว้ว่า “การเข้าถึงตลาดอินเดียจากประเทศศรีลังกา ง่ายกว่าการเข้าถึงอินเดียจากภายในอินเดีย”⁵ นอกจากนี้ประเทศศรีลังกายังคงได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (Generalized System of Preferences: GSP) และสิทธิพิเศษทั่วไปทางภาษี (Special Intensive Arrangements: GSP Plus) ที่ให้กับประเทศที่

³ ข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึกผู้ประกอบการในประเทศและตัวแทนจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ การประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ครั้งที่ 1 หัวข้อ ผลกระทบและแนวทางการเจรจา FTA ไทย-ศรีลังกา: ด้านสินค้า วันอังคารที่ 4 เมษายน 2560 เวลา 9.00 – 14.00 น. ณ ห้องคริสตัล 1-2 ชั้น 3 โรงแรมเซ็นจูรี่ปาร์คโดยมีผู้ร่วมประชุมทั้งหมด 38 คน การประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ครั้งที่ 2 หัวข้อ การบริการและการลงทุนภายใต้ FTA ไทย-ศรีลังกา วันจันทร์ที่ 19 มิถุนายน 2560 เวลา 09.00 – 14.00 น. ณ ห้องคริสตัล 1 – 2 ชั้น 3 โรงแรมเซ็นจูรี่ปาร์ค โดยมีผู้ร่วมประชุมทั้งหมด 34 คนและการประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ครั้งที่ 3 หัวข้อ การบริการและการลงทุนภายใต้ FTA ไทย-ศรีลังกา วันพุธที่ 26 กรกฎาคม 2560 เวลา 09.00 – 14.00 น. ณ ห้องปาริชาติ ชั้น 3 โรงแรมโกลเด้นทิวลิป ซอฟเฟอริน กรุงเทพฯ โดยมีผู้ร่วมประชุมทั้งหมด 63 คน

⁴ สำนักงานความร่วมมือพัฒนาเศรษฐกิจกับประเทศเพื่อนบ้าน (องค์การมหาชน) (สพพ.), “สาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.neda.or.th/home/uploads%20-%20Copy/news/29201585139-07Hvy3Cq.pdf> [7 กรกฎาคม 2565]

⁵ Asian Development Bank, “Deepening Economic Cooperation between India and Sri Lanka,” [online] Available from : <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/30416/deepening-economic-cooperation-india-sri-lanka.pdf> [31 May 2022]

มีความจำเป็นในการพัฒนาเป็นพิเศษ (Vulnerable Countries) ทั้งจากสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป รวมถึงอีกหลายประเทศ ซึ่งจะส่งผลดีต่อผู้ประกอบการของไทยที่จะเข้าไปลงทุนหรือส่งออกสินค้าทุนหรือวัตถุดิบไปแปรรูปในศรีลังกา

อย่างไรก็ดีในปัจจุบันศรีลังกากำลังประสบกับภาวะวิกฤติเศรษฐกิจอย่างรุนแรง อันเนื่องมาจากหลายสาเหตุด้วยกัน เช่น ปัญหานี้ภาคครัว ซึ่งหนี้ของรัฐบาลศรีลังกามีมากกว่ารายรับของประเทศในปริมาณที่สูง⁶ สถานการณ์ของประชาคมโลกอย่างการระบาดของไวรัสโควิด 19 หรือการสู้รบระหว่างยูเครนและรัสเซียที่ส่งผลให้รายได้ของประเทศอย่างการท่องเที่ยวถดถอยลง จนเกิดเป็นข่าวการแถลงของนายกรัฐมนตรีศรีลังกา นายรานิล วิกรมสิงเห ได้ประกาศว่า “เศรษฐกิจของศรีลังกาได้เข้าสู่ภาวะล่มสลายโดยสมบูรณ์”⁷

งานวิจัยอันเป็นพื้นฐานของบทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-ศรีลังกา ทั้งกฎระเบียบด้านการค้า กฎระเบียบและนโยบายด้านการลงทุนและการบริการ พร้อมทั้งเสนอแนะกรอบแนวทางและท่าทีในการเจรจาเพื่อให้ได้ประโยชน์สูงสุดในการจัดทำข้อตกลงดังกล่าว โดยมีสมมติฐานของงานวิจัยคือ “ประเทศไทยควรมีความตกลงการค้าเสรีกับ ศรีลังกาเพื่อเปิดเสรีในด้านการค้าสินค้า รวมถึงด้านการบริการและการลงทุน” โดยการวิจัยนี้ได้ดำเนินการศึกษาทั้งข้อมูลทฤษฎีและปฎิบัติ ทั้งนี้มีระเบียบวิธีวิจัยโดยเริ่มจากการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยเน้นศึกษากฎหมาย มาตรการและกฎระเบียบต่างๆ ของศรีลังกาในส่วนที่มีผลกระทบต่อการส่งออกสินค้า บริการ และการลงทุนของไทยในศรีลังกา รวมถึงศึกษาความตกลงทางการค้าเสรีที่ศรีลังกาจัดทำกับประเทศคู่ค้าอื่นๆ เพื่อประเมินแนวโน้มของการเจรจาและผลกระทบที่มีความเป็นไปได้ระหว่างไทยและศรีลังกา และในลำดับต่อมาได้ดำเนินการตรวจสอบข้อมูลและเก็บข้อมูลเพิ่มเติมจากข้อมูลปฎิบัติต่อไป ได้แก่ การสัมภาษณ์เชิงลึกต่อผู้ประกอบการในประเทศไทย⁸ การจัดประชุมกลุ่มย่อย

⁶ Trading Economics, “Sri Lanka Government Revenues,” [online] Available from : <https://trading-economics.com/sri-lanka/government-revenues> [3 July 2022]

⁷ มติชนสุดสัปดาห์, “เศรษฐกิจล่มสลายโดยสมบูรณ์ ของประเทศศรีลังกา/บทความต่างประเทศ,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : https://www.matichonweekly.com/column/article_572782 [7 กรกฎาคม 2565]

⁸ การสัมภาษณ์เชิงลึกต่อผู้ประกอบการในประเทศไทยผู้มีประสบการณ์ด้านการค้าสินค้า ด้านบริการและการลงทุนในประเทศศรีลังกา เช่น บริษัท ลาวิ เอ็นจิเนียริง (ประเทศไทย) จำกัด บริษัท น้ำตาลมิตรผล จำกัด และภาคเอกชนอื่นๆ เช่น สมาคมอุตสาหกรรมสิ่งทอ คณะกรรมการการเจรจาความตกลงการค้าระหว่างประเทศ สมาหอการค้าแห่งประเทศไทย สมาคมมัคคุเทศก์อาชีพแห่งประเทศไทย

(Focus Group)⁹ รวมถึงการ ลงพื้นที่ศรีลังกาเพื่อสัมภาษณ์เชิงลึกกับทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ภายในประเทศศรีลังกา¹⁰ อีกทั้งจากการติดตามสถานการณ์ของศรีลังกาโดยใกล้ชิดพบว่า ศรีลังกา กำลังประสบกับภาวะวิกฤติเศรษฐกิจอย่างรุนแรง ดังนั้นนอกจากวัตถุประสงค์ที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนจึงได้เพิ่มเติมข้อมูลให้เป็นปัจจุบันมากขึ้น และชี้ให้เห็นถึงความน่าสนใจของการทำข้อตกลงการค้าเสรีระหว่างไทย-ศรีลังกาที่ยังคงมีอยู่ แม้ศรีลังกาจะเผชิญวิกฤติเศรษฐกิจก็ตาม

บทความนี้ เริ่มจากการอธิบายรายละเอียดของหลักการและสาระสำคัญเกี่ยวกับการ จัดทำความตกลงการค้าเสรีของประเทศศรีลังกา ทั้งในเรื่องกฎระเบียบและนโยบายด้านการค้า ด้าน การลงทุนและการบริการ เพื่อให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคต่อการค้า การบริการและการลงทุน ของไทย จากนั้นในส่วนท้ายของบทความได้นำเสนอแนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทยในการ ดำเนินการเจรจาจัดทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกาเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อ ผู้ประกอบการไทยและเศรษฐกิจของประเทศ

2. หลักการและสาระสำคัญเกี่ยวกับการจัดทำความตกลงการค้าเสรีของประเทศ ศรีลังกา

ส่วนของหลักการและสาระสำคัญเกี่ยวกับการจัดทำความตกลงการค้าเสรีของประเทศ ศรีลังกานี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วนที่สำคัญ คือ กฎระเบียบและนโยบายด้านการค้า และ กฎระเบียบด้านการลงทุนและบริการที่สำคัญของประเทศศรีลังกา ทั้งนี้การศึกษากฎระเบียบและ นโยบายดังกล่าวนี้เพื่อให้ทราบถึงข้อจำกัดและอุปสรรคของผู้ประกอบการไทย ซึ่งมีความสำคัญ ต่อการวิเคราะห์และเสนอแนวทางที่เหมาะสมของไทยในการดำเนินการเจรจาจัดทำความตกลง การค้าเสรีไทย-ศรีลังกา

⁹ การประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ครั้งที่ 1 หัวข้อ ผลกระทบและแนวทางการเจรจา FTA ไทย-ศรีลังกา: ด้าน สินค้า วันอังคารที่ 4 เมษายน 2560 เวลา 9.00 – 14.00 น. ณ ห้องคริสตัล 1-2 ชั้น 3 โรงแรมเซ็นจูรี่ปาร์คโดยมีผู้ร่วมประชุมทั้งหมด 38 คน การประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ครั้งที่ 2 หัวข้อ การบริการและการลงทุนภายใต้ FTA ไทย-ศรีลังกา วันจันทร์ที่ 19 มิถุนายน 2560 เวลา 09.00 – 14.00 น. ณ ห้องคริสตัล 1 – 2 ชั้น 3 โรงแรมเซ็นจูรี่ปาร์ค โดยมีผู้ร่วมประชุมทั้งหมด 34 คนและการประชุมกลุ่มย่อย (Focus Group) ครั้งที่ 3 หัวข้อ การบริการและการลงทุนภายใต้ FTA ไทย-ศรีลังกา วันพุธที่ 26 กรกฎาคม 2560 เวลา 09.00 – 14.00 น. ณ ห้องปาริชาติ ชั้น 3 โรงแรมโกลเด้นทิวลิป ซอฟเฟอริน กรุงเทพฯ โดยมีผู้ร่วมประชุมทั้งหมด 63 คน

¹⁰ การลงพื้นที่ศรีลังการะหว่างวันที่ 22-26 สิงหาคม 2560 เพื่อสัมภาษณ์เชิงลึกทั้งภาครัฐ เช่น Ministry of Industry and Commerce, Sri Lanka Customs Department, Board of Investment of Sri Lanka, Sri Lanka Tea Board และภาค เอกชนในศรีลังกา เช่น MAC Holdings (PVT) LTD ซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทที่ลงทุนใกล้ชิดกับไทยและ CLMV ยาวนาน, Cargills (Ceylon) PLC, Bio Food (Pvt) Ltd, Kandy Fresh Fruits Suppliers Pvt Ltd. (KFF), Ocean Lanka

2.1 กฎระเบียบและนโยบายด้านการค้าที่สำคัญของประเทศศรีลังกา

ประเทศศรีลังกาได้เปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงนโยบายด้านเศรษฐกิจโดยให้ความสำคัญกับการเปิดเสรีทางธุรกิจมากขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับข้อตกลงในการกู้ยืมเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF)¹¹ ภายใต้โครงการ Extended Fund Facility (EFF) เพื่อสนับสนุนวาระการปฏิรูปเศรษฐกิจของประเทศ โดยในปี ค.ศ. 2016 ศรีลังกาได้ประกาศนโยบายด้านเศรษฐกิจที่สำคัญ 6 แนวทาง ได้แก่ การลดหนี้ภาครัฐ การปรับปรุงระบบภาษีให้ง่ายและสะดวกต่อการชำระ การปรับปรุงการบริหารจัดการงบประมาณสาธารณะ การปฏิรูปรัฐวิสาหกิจ การเพิ่มความเข้มแข็งด้านนโยบายการเงิน และการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการลงทุน¹² ถึงแม้ในปัจจุบันนโยบายบางประการโดยเฉพาะการลดหนี้ภาครัฐ รัฐบาลศรีลังกาจะไม่สามารถทำได้สำเร็จ เมื่อพิจารณาจากสถิติหนี้ภาครัฐของศรีลังกาพบว่ามีเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องตั้งแต่ปี ค.ศ. 2014¹³ เป็นต้นมา จนประเทศศรีลังกาเผชิญกับวิกฤติเศรษฐกิจอย่างรุนแรงในปี ค.ศ. 2022 แต่ในส่วนของนโยบายการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการลงทุน เมื่อพิจารณาในแนวทางแล้วพบว่าประเทศศรีลังกามีมาตรการต่างๆ ที่มุ่งเน้นให้ความเสรี อำนวยความสะดวก และลดอุปสรรคทางการค้า

จากการศึกษากฎระเบียบและนโยบายด้านการค้าที่สำคัญของประเทศศรีลังกา สามารถแยกพิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องออกเป็น 8 ประเด็น ได้แก่ ภาษีศุลกากรและภาษีที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าและส่งออกสินค้า พิธีการและกระบวนการทางศุลกากร (Customs Formalities and Procedures) กฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้า (Rules of Origin) ระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (Generalized System of Preferences: GSP) มาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี (Non-Tariff Barriers: NTBs) มาตรการเยียวยาทางการค้า (Contingency Trade Measures) การอำนวยความสะดวกทางการค้า (Trade Facilitation) และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights)

¹¹ International Monetary Fund, "IMF Executive Board Approves Three-Year US\$1.5 Billion Extended Arrangement under EFF for Sri Lanka," **Press Release No. 16/262**, 3 June 2016

¹² International Monetary Fund, "IMF Survey : Sri Lanka to Reboot Economic Policies," [online] Available from : <https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/28/04/53/socar061416a> [10 July 2022]

¹³ CEIC, "Sri Lanka National Government Debt," [online] Available from : <https://www.ceicdata.com/en/indicator/sri-lanka/national-government-debt> [8 July 2022]

2.1.1 ภาษีศุลกากรและภาษีที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าและส่งออกสินค้า

ประเทศศรีลังกาเปลี่ยนแปลงระบบภาษีที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าและส่งออกสินค้า โดยในปี ค.ศ. 2011 ได้ยกเลิกภาษีรับผิดชอบต่อสังคม (Social Responsibility Levy: SR) และภาษีเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ (Regional Infrastructures Development Levy: RIDL) จากผลการศึกษาวิจัยพบว่าปัจจุบันศรีลังกามีภาษีที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าและส่งออกสินค้า ได้แก่ ภาษีศุลกากร ภาษีสรรพสามิตกับสินค้าบางประเภท ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีท่าเรือหรือท่าอากาศยาน และภาษีสร้างชาติ¹⁴ ทั้งนี้หากส่งออกสินค้าจากไทยไปยังประเทศศรีลังกา สำหรับสินค้าที่มีมูลค่า 100 รูปี ผู้ส่งออกสินค้าอาจมีภาระทางภาษีรวม (All-Inclusive Tax) ถึง 63 รูปี กล่าวคือมีอัตราภาษีรวมถึงร้อยละ 63 ของมูลค่าสินค้า โดยแบ่งประเภทภาษีได้ดังนี้ ภาษีศุลกากรร้อยละ 15 ภาษีสรรพสามิตร้อยละ 15 ภาษีมูลค่าเพิ่มร้อยละ 12 ภาษีเรียกเก็บท่าเรือหรือท่าอากาศยานอัตราร้อยละ 5 และภาษีสร้างชาติร้อยละ 3¹⁵ แต่หากส่งออกสินค้าไปจากประเทศที่มีความตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกา อาจทำให้ผู้ส่งออกสินค้าสามารถลดภาระทางภาษีรวมเหลือเพียงร้อยละ 43 อันเป็นผลมาจากการยกเลิกภาษีศุลกากรร้อยละ 15 ดังนั้นการมีความตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกาจึงสามารถลดภาระภาษีและเป็นประโยชน์แก่ผู้ส่งออกสินค้าไทยไปยังศรีลังกา

การคำนวณภาระทางภาษีของผู้ส่งออกสินค้าไปยังศรีลังกาตามตัวอย่างข้างต้น ได้แสดงให้เห็นในตัวอย่างการคำนวณภาษีศุลกากรและภาษีที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าและส่งออกสินค้า ดังนี้¹⁶

¹⁴ Sri Lanka Customs, "Importing Goods," [online] Available from : <https://www.customs.gov.lk/business/importing-goods/> [19 July 2022]

¹⁵ Sri Lanka Customs, "CUSTOMS TARIFF AND TAX CHANGES," [online] Available from : <https://www.customs.gov.lk/customs-tariff/> [31 May 2022]

¹⁶ มีข้อสังเกต คือ กรณีการคำนวณภาระทางภาษีรวมข้างต้นเป็นเพียงการยกตัวอย่างเพื่อเปรียบเทียบกรณีที่ประเทศผู้นำเข้าไม่มีความตกลงการค้าเสรีและกรณีที่ประเทศผู้นำเข้ามีความตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกา ซึ่งตามกรณีตัวอย่างใช้อัตราภาษีอัตราภาษีศุลกากรและภาษีสรรพสามิต ที่อัตราร้อยละ 15 ซึ่งในความเป็นจริงอัตราดังกล่าวจะขึ้นอยู่กับประเภทสินค้านำเข้า

ตัวอย่างการคำนวณภาษีศุลกากรและภาษีที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าและส่งออกสินค้า

สินค้า A ราคา 100 รูปี อัตราภาษีศุลกากร ร้อยละ 15 อัตราสรรพสามิต ร้อยละ 15 อัตรา VAT ร้อยละ 12 PAL ร้อยละ 5 NBT ร้อยละ 3 จะเสียภาษี ดังนี้
ค่าภาษีศุลกากร = $0.15 \times 100 = 15$ รูปี
PAL = $0.05 \times 100 = 5$ รูปี
ค่าภาษีสรรพสามิต = $(100 + 0.15(100) + (15 + 5)) \times 0.15 = 20$ รูปี
ค่า VAT = $(100 + 0.1(100) + (15 + 5+20)) \times 0.12 = 18$ รูปี
ค่า NBT = $(100 + 0.1(100) + (15 + 5+20)) \times 0.03 = 5$ รูปี
รวมภาษีทั้งหมด 63 รูปี
หากมี FTA และศรีลังกายกเลิกภาษีศุลกากรจากร้อยละ 15 หรือ ร้อยละ 0 จะคำนวณใหม่ได้ว่า
ค่าภาษีศุลกากร = $0 \times 100 = 0$ รูปี
PAL = $0.05 \times 100 = 5$ รูปี
ค่าภาษีสรรพสามิต = $(100 + 0.15(100) + (0 + 5)) \times 0.15 = 18$ รูปี
ค่า VAT = $(100 + 0.1(100) + (0 + 5+20)) \times 0.12 = 16$ รูปี
ค่า NBT = $(100 + 0.1(100) + (0 + 5+20)) \times 0.03 = 4$ รูปี
รวมภาษีทั้งหมด 43 รูปี

ที่มา: <https://www.customs.gov.lk/customs-tariff/>

2.1.2 พิธีการและกระบวนการทางศุลกากร

หน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบการดำเนินพิธีการทางศุลกากรของประเทศศรีลังกา คือ กรมศุลกากรของประเทศศรีลังกา (Sri Lanka Customs Department) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้การควบคุมของกระทรวงการคลัง (Ministry of Finance) โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องและควบคุมการดำเนินงานของหน่วยงานดังกล่าว คือ รัฐบัญญัติศุลกากร (Customs Act, No. 88 of 1988)

การนำเข้าสินค้านำเข้ายังประเทศศรีลังกา ผู้นำเข้าจะต้องแสดงเอกสารที่เรียกว่า Customs Declaration Message (CUSDEC) ต่อหน่วยงานที่มีใบอนุญาตศุลกากร นอกจากจะต้องยื่นเอกสาร CUSDEC จำนวนกว่า 7 ฉบับแล้ว ผู้นำเข้ายังต้องยื่นเอกสารอื่นๆ ที่กรมศุลกากรกำหนดไว้ อีก เช่น ใบกำกับสินค้า (Commercial Invoice) ใบส่งสินค้า (Delivery Order) ซึ่งรวมแล้วกว่า 10 รายการ โดยทั้งสินค้าและเอกสารจะต้องถูกตรวจสอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง¹⁷ ทั้งนี้ กระบวนการนำเข้าและส่งออกของประเทศศรีลังกา แบ่งเป็นการดำเนินการ 2 รูปแบบ ได้แก่ รูปแบบที่หนึ่ง: กระบวนการผ่านศุลกากรมาตรฐาน ซึ่งใช้เวลาโดยเฉลี่ยในการดำเนินการต่ำกว่า 2 เท่าของพิธีการศุลกากรของไทย แม้จะเร็วกว่าประเทศในแถบเอเชียใต้ประมาณ 2 เท่าเช่นเดียวกัน

¹⁷ Royal Thai Embassy, "Trade Procedure," [online] Available from : http://www.thaiembassy.org/colombo/bic/index.php?view=view_subCategory&subid=18&c=2. [31 May 2022]

กล่าวคือ ในศรีลังกาใช้เวลาในการนำเข้าสินค้าโดยรวมพิธีศุลกากรและการตรวจเอกสารอยู่ที่ 5.5 วัน ส่วนประเทศไทยใช้เพียง 2.5 วัน และประเทศในแถบเอเชียใต้ใช้โดยเฉลี่ยอยู่ที่ 9.5 วัน¹⁸ และรูปแบบที่สอง: กระบวนการพิเศษที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนดสำหรับผู้ประกอบการที่เห็นว่าเป็นการลงทุนอันเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ เช่น ผู้ประกอบการที่นำเงินมาลงทุนใหม่ในประเทศและร่วมทุนกับธุรกิจท้องถิ่น¹⁹ ซึ่งจะได้รับความสะดวกรวดเร็วในการออกใบอนุญาตและข้อกำหนดศุลกากรบางประการ ซึ่งสิทธิประโยชน์ในกรณีนี้เป็นไปตามกฎหมาย BOI ACT Section 17 ที่ให้อำนาจแก่ BOI ในการยกเว้นขั้นตอนบางขั้นตอนผ่านการทำข้อตกลงกับบริษัทนั้นๆ²⁰ เช่น การยกเว้นขั้นตอนในการผ่านศุลกากรในการประมวลผลเอกสารที่จำเป็น การยกเว้นขั้นตอนการจดทะเบียนสินค้า²¹

2.1.3 กฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้า (Rules of Origin)

กฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้า เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้กำหนดสัญชาติของสินค้า เนื่องจากในปัจจุบันการผลิตสินค้าอาจไม่ได้ผลิตภายในประเทศใดประเทศหนึ่งเพียงอย่างเดียว ทั้งนี้เพื่อให้สินค้านั้นมีต้นทุนการผลิตต่ำและมีคุณภาพดี โดยอาจมีการนำเข้าวัตถุดิบหรือชิ้นส่วนจากหลายประเทศ หรืออาจเป็นกรณีสินค้าชนิดหนึ่งอาจต้องผ่านกระบวนการผลิตจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่งก่อนจะกลายเป็นสินค้าสำเร็จรูป หรือเป็นกรณีที่วัตถุดิบถูกส่งออกจากประเทศแหล่งวัตถุดิบต้นน้ำไปถึงประเทศปลายทางที่เป็นผู้ผลิตและส่งออกสินค้า กฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดจึงเป็นเกณฑ์ที่จะใช้จำแนกสินค้าว่ามีแหล่งกำเนิด ณ ประเทศใด เพื่ออ้างอิงที่มาของสินค้าและป้องกันไม่ให้สินค้าจากประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิกตามความตกลงการค้าเสรีนั้น เข้ามาได้รับสิทธิประโยชน์จากความตกลงการค้าเสรีดังกล่าว กฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้านี้มีหลักเกณฑ์ที่ใช้กำหนดถิ่นกำเนิดสินค้า ดังต่อไปนี้ หลักการใช้วัตถุดิบภายในประเทศทั้งหมด หลักการใช้วัตถุดิบทั้งหมดจากภายในกลุ่มประเทศสมาชิกเท่านั้น หลักการแปรสภาพอย่างเพียงพอ ซึ่งประกอบด้วย เกณฑ์สัดส่วนมูลค่าการผลิตที่เพิ่มขึ้นภายในประเทศ เกณฑ์การเปลี่ยนรหัสพิกัดศุลกากร เกณฑ์ขบวนการผลิตที่เฉพาะจง โดยเกณฑ์เกี่ยวกับถิ่นกำเนิดสินค้านี้ใช้บังคับกับประเทศผู้ให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไปซึ่งส่วน

¹⁸ มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, โครงการศึกษาการจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยและศรีลังกา รายงานฉบับสมบูรณ์ด้านสินค้า และการบริการและการลงทุน” (กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2560) หน้า 10-4 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

¹⁹ Board of Investment of Sri Lanka, “Setting up in Sri Lanka,” [online] Available from : https://investsrilanka.com/setting-up-in-sri-lanka_new/ [18 July 2022]

²⁰ Ibid.

²¹ Section 17 of Greater Colombo Economic Commission Law No.4 of 1972 ซึ่งมีการปรับปรุงแก้ไขซึ่งฉบับล่าสุดคือ BOARD OF INVESTMENT OF SRI LANKA (AMENDMENT) ACT, NO. 3 OF 2012

ใหญ่เป็นการที่ประเทศที่พัฒนาแล้วส่งเสริมการนำเข้าสินค้าจากประเทศกำลังพัฒนา ทั้งนี้ถือว่าด้วยถิ่นกำเนิดของสินค้าในประเทศศรีลังกาพิจารณาจากเกณฑ์ว่าสินค้าใช้วัตถุดิบภายในประเทศทั้งหมดเหมือนกับประเทศอื่น แต่หลักเกณฑ์การแปรสภาพอย่างเพียงพอมีเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ รวมถึงการเปลี่ยนแปลงพิกัดศุลกากร โดยประเทศศรีลังกาใช้หลักเกณฑ์การเปลี่ยนพิกัดศุลกากรเป็นหลักในการพิจารณาสินค้าที่ไม่ได้ผลิตภายในประเทศทั้งหมด

จากการศึกษาพบว่าประเทศศรีลังกาไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้าเป็นกฎหมายภายในแต่อย่างใด แต่ได้มีการบังคับใช้หลักเกณฑ์การให้สิทธิพิเศษ (Preferential) ไว้ในความตกลงการค้าเสรีที่ศรีลังกาเป็นภาคีทั้งระดับภูมิภาคทวิภาคี ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ประเทศผู้นำเข้าใช้ในการพิจารณาว่าสินค้านั้นมีถิ่นกำเนิดจากประเทศภาคีภายใต้ความตกลงการค้าเสรีที่จะได้รับสิทธิพิเศษทางการค้าหรือไม่²² ปัจจุบันศรีลังกามีความตกลงการค้าเสรีและใช้กฎหมายว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้าเป็นเกณฑ์ในการแบ่งประเภทของผลิตภัณฑ์ ได้แก่ ความตกลงการค้าเสรีอินเดีย - ศรีลังกา (ISFTA) ความตกลงการค้าเสรีปากีสถาน - ศรีลังกา (PSFTA) ความตกลงการค้าเสรีเอเชียใต้ (South Asian Free Trade Agreement: SAFTA) และความตกลงการค้าเสรีเอเชียแปซิฟิก (Asia-Pacific Trade Agreement: APTA) จากการศึกษพบว่ามีเพียงข้อตกลงบางฉบับ คือ SAFTA และ ISFTA ที่ใช้กฎเฉพาะรายสินค้า (Product Specific Rule (PSR)) โดยเฉพาะในกลุ่มสิ่งทอและเครื่องนุ่งห่ม แต่ความตกลงการค้าเสรีฉบับอื่นๆ กำหนดกฎหมายว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้าที่ไม่ละเอียดนัก เช่น การใช้เกณฑ์การเปลี่ยนรหัสพิกัดศุลกากรระดับเดียวกับสินค้าทุกประเภท

โดยหลักการได้ถิ่นกำเนิดนั้น นอกจากหลักการใช้วัตถุดิบภายในประเทศทั้งหมด คือ สินค้าที่ได้มาหรือผลิตขึ้นโดยใช้วัตถุดิบภายในประเทศทั้งหมด (Wholly Obtained or Wholly Produced : WO) หลักการใช้วัตถุดิบทั้งหมดจากภายในกลุ่มประเทศสมาชิกเท่านั้น (Produced Entirely : PE) แล้วยังมีหลักการแปรสภาพอย่างเพียงพอ คือ สินค้าที่ถูกผลิตขึ้นด้วยวัตถุดิบจากภายนอกประเทศหรือวัตถุดิบที่ไม่ได้ถิ่นกำเนิดทั้งหมดหรือบางส่วน โดยผ่านขบวนการแปรสภาพที่ถือว่าการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญอย่างเพียงพอ (Substantial Transformation : ST) ในประเทศใดประเทศหนึ่ง ซึ่งเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่าสินค้าผ่านขบวนการแปรสภาพอย่างเพียงพอหรือไม่นั้นมีหลายหลักเกณฑ์ ซึ่งเกณฑ์ที่ถูกนำมาใช้ในข้อตกลงการค้าเสรีที่ศรีลังกาเป็นภาคี ได้แก่ เกณฑ์การเปลี่ยนรหัสพิกัดศุลกากร (Change of Tariff Classifications: CTC) คือ พิจารณาการแปรสภาพโดยใช้การเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างรหัสพิกัดศุลกากรของวัตถุดิบกับรหัสพิกัด

²² กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, “สาระสำคัญความตกลงว่าด้วยกฎเกี่ยวกับถิ่นกำเนิดสินค้า,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://api.dtn.go.th/files/v3/5cff753e1ac9ee073b7bd527/download> [31 พฤษภาคม 2565]

ศุลกากรของสินค้าที่ส่งออกที่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงอย่างน้อยตามระดับที่กำหนด ทั้งนี้ข้อตกลงพหุภาคี คือ SAFTA ยังมีข้อบทสนับสนุนให้การได้ถิ่นกำเนิดมีความสะดวกและพิจารณาได้ง่ายขึ้น ในทางปฏิบัติ ได้แก่ กฎการสะสมถิ่นกำเนิดสินค้า (Accumulation) คือ การอนุญาตให้วัสดุหรือชิ้นส่วนที่ได้ถิ่นกำเนิดในประเทศภาคีสมาชิกหนึ่งของความตกลงสามารถนำไปสะสมต่อได้ โดยให้ถือเสมือนว่าวัสดุหรือชิ้นส่วนนั้นได้ถิ่นกำเนิดในประเทศภาคีสมาชิกอื่น ๆ ในความตกลงนั้นด้วย และยังสามารถให้นำมูลค่าเพิ่มที่เกิดขึ้นในทุกขบวนการผลิตในประเทศภาคีสมาชิกใด ๆ นำไปคิดรวมในการพิจารณาถิ่นกำเนิดของสินค้าที่ผลิตขึ้นในประเทศภาคีสมาชิกผู้ส่งออกได้ด้วย

กว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้าของศรีลังกาใช้สินค้าที่ใช้วัตถุดิบภายในประเทศทั้งหมด เช่นเดียวกันในทุกประเทศ แต่หลักเกณฑ์การแปรสภาพเพียงพอมีเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปแต่ละประเทศ ซึ่งศรีลังกาใช้หลักเกณฑ์การเปลี่ยนพิกัดศุลกากรเป็นหลักในการนำเข้าสินค้าที่ไม่ได้ผลิตภายในประเทศทั้งหมด จากการพิจารณากว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้าในข้อตกลงการค้าเสรีที่ศรีลังกาเป็นภาคีในปัจจุบัน พบว่ากว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้าอยู่ในรูปแบบที่ไม่ละเอียดมากนัก กล่าวคือ มีการตกลงใช้กฎเฉพาะรายสินค้า (Product Specific Rule: PSR) ในเฉพาะความตกลงการค้าเสรีเอเชียใต้ฉบับเดียวเท่านั้น ซึ่งมีรายการสินค้าที่ได้รับสิทธิพิเศษทั้งสิ้น 191 รายการ อาทิ นิกเกิล-แคดเมียม ลิเทียม เครื่องโกนหนวดไฟฟ้า โคมไฟ เต้าไมโครเวฟ เฟอร์นิเจอร์ที่ทำด้วยไม้สำหรับใช้ในที่ทำงาน ห้องครัว และห้องนอน เป็นต้น โดยแบ่งเป็นสินค้าที่ใช้ Change of Tariff Heading ซึ่งเป็นการเปลี่ยนรหัสพิกัดศุลกากรในระดับประเภท (รหัส 4 หลักแรก) หรือสินค้าที่ใช้ Change of Tariff Sub-Heading ซึ่งเป็นการเปลี่ยนรหัสพิกัดศุลกากรในระดับประเภทย่อย (รหัส 6 หลักแรก) แตกต่างจากข้อตกลงการค้าเสรีฉบับอื่นของศรีลังกาซึ่งเกณฑ์การเปลี่ยนพิกัดศุลกากรนั้นก็ได้กำหนดว่าแยกประเภทสินค้าที่ใช้พิกัดศุลกากร 4 หลักและพิกัดศุลกากร 6 หลักแต่อย่างใด กล่าวคือ หากความตกลงการค้าเสรีใดระบุใช้พิกัดระดับใดแล้วก็จะกำหนดให้ใช้ระดับนั้นกับทุกสินค้า เช่น ความตกลงการค้าเสรีอินเดีย-ศรีลังกา ความตกลงการค้าเอเชียแปซิฟิก ระบุพิกัดศุลกากร 4 หลักก็จะใช้กับทุกสินค้า ส่วนความตกลงการค้าเสรีปากีสถาน-ศรีลังกา ระบุพิกัดศุลกากร 6 หลักก็จะใช้กับทุกสินค้า เป็นต้น

2.1.4 ระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (Generalized System of Preferences: GSP)

ระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป เป็นระบบการให้สิทธิพิเศษทางภาษีที่ประเทศพัฒนาแล้วให้แก่สินค้าที่มีถิ่นกำเนิดในประเทศกำลังพัฒนาโดยลดหย่อนหรือยกเว้นอากรขาเข้าแก่สินค้าที่อยู่ในข่ายได้รับสิทธิพิเศษทางการค้า โดยระบบดังกล่าวเป็นการให้สิทธิพิเศษทาง

ศุลกากรจากประเทศผู้ให้สิทธิฝ่ายเดียวไม่ได้มีการกำหนดข้อแลกเปลี่ยนใดๆ จากประเทศผู้รับสิทธิพิเศษ ทั้งนี้เพื่อเพิ่มรายได้จากการส่งออก ส่งเสริมอุตสาหกรรม และเพิ่มอัตราการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจให้กับประเทศที่กำลังพัฒนา ซึ่งประเทศศรีลังกาได้รับสิทธิ GSP จากประเทศต่างๆ เช่น สหภาพยุโรป แคนาดา ญี่ปุ่น นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ สวิตเซอร์แลนด์ ตุรกี และสหรัฐอเมริกา²³ โดยแต่ละประเทศได้กำหนดเกณฑ์การให้สิทธิที่แตกต่างกันออกไป เช่น

สหภาพยุโรป ได้แบ่งประเภทสิทธิพิเศษออกเป็น 3 ประเภท คือ 1. สิทธิพิเศษทั่วไป (Standard GSP) 2. สิทธิพิเศษเพื่อส่งเสริมการพัฒนาที่ยั่งยืนและหลักการธรรมาภิบาลที่ดี (Special Intensive Arrangements: GSP Plus) และ 3. สิทธิพิเศษสำหรับประเทศพัฒนาน้อยที่สุด (Special Arrangements for Least Developed Countries: LDCs) สำหรับศรีลังกาในปัจจุบันได้ก้าวพ้นการเป็นประเทศพัฒนาน้อยที่สุด อย่างไรก็ตามเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนและส่งเสริมหลักการธรรมาภิบาลที่ดีในประเทศ วันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 2017 สหภาพยุโรปจึงได้ให้สิทธิ GSP Plus แก่ศรีลังกา ซึ่งประเทศที่ได้รับสิทธิดังกล่าวต้องให้สัตยาบันและปฏิบัติตามเงื่อนไขของสหภาพยุโรป ในการพัฒนาอย่างยั่งยืนในด้านสิ่งแวดล้อม แรงงาน และหลักธรรมาภิบาล โดยสิทธิดังกล่าวทำให้ประเทศศรีลังกาได้รับการยกเว้นภาษี ร้อยละ 66 ของรายการสินค้าทุกประเภท (Tariff Line) โดยแบ่งสินค้าเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มสินค้าอ่อนไหว (Sensitive Products) ซึ่งเป็นสินค้าที่แต่ละประเทศมิได้ลดภาษีนำเข้า เนื่องจากเป็นสินค้าที่มีความสำคัญและมีผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยจะได้รับการลดอัตราภาษีลงร้อยละ 3.5 และสำหรับกลุ่มสินค้าไม่อ่อนไหว (Non- Sensitive Products) จะได้รับการยกเว้นภาษี²⁴ โดยสินค้าส่งออกสำคัญของศรีลังกาที่ได้รับสิทธิยกเว้นภาษีนำเข้าไปสหภาพยุโรป ได้แก่ สิ่งทอ เครื่องจักรขนาดเล็ก ผัก ผลไม้สดและแปรรูป อาหารทะเล เป็นต้น

สหรัฐอเมริกา ได้แบ่งกลุ่มประเทศที่จะได้รับสิทธิ GSP ตามสถานะประเทศ ได้แก่ 1. ประเทศที่กำลังพัฒนา 2. ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด และ 3. ประเทศที่อยู่ในกลุ่มความร่วมมือระดับภูมิภาค (Regional Origin) เช่น สหภาพเศรษฐกิจและการเงินแห่งแอฟริกาตะวันตก (West African Economic and Monetary Union: WAEMU) และประชาคมเพื่อการพัฒนาแอฟริกาตอนใต้ (Southern African Development Community : SADC) เป็นต้น โดยสหรัฐอเมริกา

²³ Department of Commerce Sri Lanka, "EU and Other GSP," [online] Available from : http://www.doc.gov.lk/index.php?option=com_content&view=article&id=28&Itemid=153&lang=en [31 May 2022]

²⁴ Department of Commerce Sri Lanka, "EU GSP," [online] Available from : http://www.doc.gov.lk/index.php?option=com_content&view=article&id=27&Itemid=152&lang=en [31 May 2022]

ได้กำหนดให้ประเทศศรีลังกาอยู่ในกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา²⁵ ซึ่งกำหนดว่าสินค้าที่จะได้รับสิทธิ GSP จะต้องเป็นสินค้าที่มาจากประเทศศรีลังกาที่อยู่ในบัญชีสินค้าที่ได้รับสิทธิ GSP และอยู่ภายใต้กฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้า²⁶

สำหรับกฎถิ่นกำเนิดสินค้าของสหรัฐอเมริกา กำหนดว่าสินค้านั้นจะต้องผลิตขึ้นโดยใช้วัตถุดิบในประเทศผู้รับสิทธิทั้งหมด (Wholly Obtained : WO) หรือกรณีที่มีวัตถุดิบหรือส่วนประกอบนำเข้าจากต่างประเทศ (Substantially Transformed) จะต้องมีส่วนประกอบวัตถุดิบในประเทศรวมกับต้นทุนการผลิตโดยตรงอย่างน้อยร้อยละ 35 ของราคาสินค้าจากโรงงาน (Ex-Factory Price) หรือราคาประเมิน (Appraised Value) ของสินค้านั้นในสหรัฐอเมริกา²⁷

ญี่ปุ่น ได้จัดให้ประเทศศรีลังกาเป็นประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด²⁸ และได้แบ่งสินค้าที่ได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร และได้รับสิทธิในการยกเว้นภาษีศุลกากร เป็น 2 ประเภท ได้แก่ ผลิตภัณฑ์ทางการเกษตร การประมง และผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับอุตสาหกรรม²⁹ โดยการส่งออกสินค้าจากประเทศที่ได้รับสิทธิพิเศษด้านภาษีจะต้องอยู่ภายใต้กฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้า (Rules of Origin) ของระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไปของญี่ปุ่น (Japan GSP) และขนส่งมายังญี่ปุ่นภายใต้กฎว่าด้วยการขนส่ง (Rules for Transportation) ซึ่งกฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้า (Rules of Origin) ที่ประเทศญี่ปุ่นกำหนด คือ สินค้าที่กำเนิดหรือผลิตโดยใช้วัตถุดิบในประเทศผู้ส่งออกทั้งหมด (Wholly Produced or Obtained) หรือหากเป็นสินค้าที่ผลิตขึ้นแต่ส่วนหนึ่งหรือทั้งหมดจากวัตถุดิบที่นำเข้าจากประเทศอื่น หรือไม่ทราบแหล่งที่มา จะถูกพิจารณาเมื่อสินค้าดังกล่าวได้รับการแปรรูปอย่างเพียงพอ (Sufficient Processing) จนกลายเป็นสินค้าใหม่

²⁵ United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD], "Generalized System of Preferences HANDBOOK ON THE SCHEME OF THE UNITED STATES OF AMERICA," [online] Available from : https://unctad.org/system/files/official-document/itcdtsbmisc58rev3_en.pdf. [31 May 2022]

²⁶ UNCTAD, "BENEFITS AND ELIGIBILITY: C. Rules of origin," [online] Available from : https://unctad.org/system/files/official-document/itcdtsbmisc58rev3_en.pdf. [31 May 2022]

²⁷ Generalized System of Preferences, "HANDBOOK ON THE SCHEME OF THE UNITED STATES OF AMERICA, BENEFITS AND ELIGIBILITY C. Rules of origin," [online] Available from : https://unctad.org/system/files/official-document/itcdtsbmisc58rev3_en.pdf [31 May 2022]

²⁸ UNCTAD, "Generalized System of Preferences HANDBOOK ON THE SCHEME OF JAPAN : Annex 1 BENEFICIARIES OF THE JAPANESE GSP SCHEME," [online] Available from : https://unctad.org/system/files/official-document/itcdtsbmisc42rev5_en.pdf. [31 May 2022]

²⁹ UNCTAD, "Explanatory notes on the preferential tariff scheme of Japan : Product coverage and Rules of origin," [online] Available from : https://unctad.org/system/files/official-document/itcdtsbmisc42rev5_en.pdf. [31 May 2022]

ภายใต้พิกัดศุลกากรที่แตกต่างไปจากพิกัดศุลกากรของวัตถุดิบนำเข้า (ระดับ 4 หลัก) หรือมีส่วนการนำเข้าไม่เกินร้อยละที่กำหนดของราคา FOB ของสินค้าที่ผลิตได้

พิจารณาการแบ่งเกณฑ์ประเทศและสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไปที่ประเทศศรีลังกาได้รับจากประเทศต่างๆ ได้ตามตารางแสดงการได้รับระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไปของประเทศศรีลังกา ดังต่อไปนี้

ตารางแสดงการได้รับระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไปของประเทศศรีลังกา

ประเทศ	การแบ่งเกณฑ์ประเทศ	เกณฑ์ในการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป
สหภาพยุโรป	ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด	ยกเว้นภาษีนำเข้าสำหรับสินค้าทุกชนิด และให้เป็นประเทศที่อยู่ภายใต้โครงการ Everything but Arms กล่าวคือ ได้รับสิทธิพิเศษยกเลิภาษีและปลอดโควตาสินค้านำเข้าทุกชนิด ยกเว้น อาวุธยุทโธปกรณ์ แบ่งสินค้าเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มสินค้าอ่อนไหว (Sensitive product) จะได้รับการลดอัตราภาษีลงร้อยละ 3.5 ส่วนกลุ่มสินค้าไม่อ่อนไหว (Non-Sensitive Products) ได้รับการยกเว้นภาษี
แคนาดา	ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด	ลดหย่อนภาษีเป็นไปตามเกณฑ์ Most Favored Nation Tariff (MFN) โดยสินค้าแต่ละชนิดจะมีการจัดเก็บในอัตราภาษีที่แตกต่างกันออกไป
ญี่ปุ่น	ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด	ยกเว้นพิกัดภาษีศุลกากรสิทธิพิเศษซึ่งเอื้อประโยชน์ต่อสินค้าซึ่งอยู่ภายใต้ GSP
นิวซีแลนด์	ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด	การลดหย่อนภาษี ซึ่งสินค้าที่ได้รับสิทธิพิเศษ จะถูกเรียกเก็บนำเข้าต่ำกว่าอัตราปกติ
นอร์เวย์	ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด	สิทธิยกเลิภาษีและลดอัตราภาษีในสินค้าทางการเกษตร (Agricultural products) และสินค้าทางอุตสาหกรรม (Industrial products) ซึ่งข้อตกลงได้กำหนดสินค้าไว่ว่าสินค้าใดบ้างได้รับการลดอัตราภาษีและยกเลิภาษี
สวิตเซอร์แลนด์	ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด	ให้สิทธิโควตาภาษีทั้งลดอัตราภาษีและยกเลิภาษีตามที่กำหนดในหมวดสินค้าทางการเกษตรและ อุตสาหกรรม
ตุรกี	ประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด	การนำเข้าโดยยกเลิภาษีและได้รับโควตาภาษี (Duty and Quota Free) ในสินค้าทางอุตสาหกรรมเกือบทุกประเภท (chapters 25-97 ยกเว้น chapter 93) และผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรบางชนิดภายใต้สหภาพศุลกากรระหว่างตุรกีและสหภาพยุโรป
สหรัฐอเมริกา	ประเทศกำลังพัฒนา	ได้กำหนดสินค้าซึ่งให้สิทธิยกเลิภาษี 4,650 รายการในสินค้าเกษตรและอุตสาหกรรม ซึ่งต้องเป็นสินค้าที่กำหนดไว้ตามรายการบัญชีสินค้า และนำเข้าโดยตรงจากประเทศผู้รับสิทธิ

ที่มา: มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง

อย่างไรก็ตามจากการที่ประเทศศรีลังกาถูกจัดอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาโดย United States International Trade Commission³⁰ ประเทศสหรัฐอเมริกา เช่นเดียวกับประเทศไทย ทำให้ออกเหนือจากสินค้าในกลุ่ม Note 5³¹ ได้แก่ สินค้าในหมวดยานยนต์ ประเทศศรีลังกาจะไม่ได้รับสิทธิ GSP มากกว่าสิทธิ ที่ประเทศไทยได้รับจากสหรัฐอเมริกา โดยพิจารณาอัตราภาษีศุลกากรที่ถูกเรียกเก็บจากสหรัฐอเมริกากับสินค้าส่งออกที่สำคัญจากประเทศไทยและประเทศศรีลังกา จากตารางอัตราภาษีศุลกากรของสินค้าจากไทยและศรีลังกาที่สหรัฐอเมริกาจัดเก็บสำหรับสินค้า 10 อันดับแรกที่มีมูลค่าการส่งออกจากประเทศไทยไปยังสหรัฐอเมริกาสูงสุด ในปี ค.ศ. 2016

ตารางอัตราภาษีศุลกากรของสินค้าจากไทยและศรีลังกาที่สหรัฐอเมริกาจัดเก็บสำหรับสินค้า 10 อันดับแรกที่มีมูลค่าการส่งออกจากประเทศไทยไปยังสหรัฐอเมริกาสูงสุด ในปี ค.ศ. 2016

หน่วย: ล้านเหรียญสหรัฐ^a

พิกัด	รายการสินค้า	มูลค่าส่งออกไทย	ระดับอากรไทย	ระดับอากรศรีลังกา
'847170	หน่วยเก็บความจำคอมพิวเตอร์	2,943.51	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'401110	ยางรถยนต์ชนิดใช้ลม	1,001.96	ร้อยละ 4	ไม่เก็บอากร
'844331	เครื่องจักรซึ่งทำหน้าที่ได้ตั้งแต่ 2 หน้าที่ขึ้นไปเกี่ยวกับการพิมพ์	716.72	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'711311	เครื่องประดับจากเงิน	512.29	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'847330	ชิ้นส่วนอุปกรณ์คอมพิวเตอร์	502.09	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'854140	แผงโซลาร์เซลล์ ⁹⁴	462.86	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'030617	กุ้งแช่แข็ง	420.27	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'711319	เครื่องประดับที่ไม่ได้ทำด้วยเงิน	407.43	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'854239	แผงวงจรไฟฟ้า	384.82	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'851762	เครื่องรับสร้าง เสียง ภาพ และข้อมูล/ส่ง/อื่นๆ	367.23	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร

ที่มา: มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง

ดังนั้นสามารถสรุปได้ว่าประเทศไทยอาจไม่ได้รับประโยชน์อย่างมีนัยสำคัญจากการเข้าไปลงทุนในประเทศศรีลังกาเพื่อหวังสิทธิประโยชน์จาก GSP จากประเทศสหรัฐอเมริกา แตกต่างจากการได้สิทธิประโยชน์จาก GSP Plus จากสหภาพยุโรปจากการเข้าไปลงทุนในประเทศศรีลังกา

³⁰ United States International Trade Commission (2017), "Harmonized Tariff Schedule of The United States 2017: Basic Edition". 4(a) ...treatment as one country (pursuant to section 507(2) of the Trade Act of 1974 (19 U.S.C.2467(2)) are designated beneficiary developing countries for the purposes of the Generalized System of Preference, provided for in Title V of the Trade Act of 1974, as amended (19 U.S.C.2461 et seq)

⁶ "Countries or territories identified in additional U.S. note 6 to this chapter" ... to enter, in the aggregate, the quantity specified in additional U.S. note 5 to this chapter.

³¹ United States International Trade Commission, **Harmonized Tariff Schedule of the United States 2022 Revision 6**, (United States International Trade Commission Washington, DC 20436, 2022), pp 22,84 (4-13).

เนื่องจากประเทศไทยถูกตัดสิทธิ GSP จากสหภาพยุโรปตั้งแต่ 1 มกราคม ค.ศ. 2015 เป็นต้นไป เนื่องจากสหภาพยุโรปกำหนดเกณฑ์การยกเลิกการให้สิทธิพิเศษ GSP กับประเทศที่ถูกจัดอันดับโดยธนาคารโลกให้อยู่ในกลุ่มที่มีรายได้มวลรวมประชาชาติต่อหัว (Gross National Income: GNI per capita) ตั้งแต่ระดับปานกลางค่อนข้างสูง (Upper Middle Income) มูลค่า 3,945-12,195 เหรียญสหรัฐฯ ขึ้นไป เป็นเวลา 3 ปี ติดต่อกัน ซึ่งประเทศไทยมี GNI per capita ปี ค.ศ. 2010-2013 โดยมีมูลค่า 4,320 4,620 และ 5,210 เหรียญสหรัฐฯ ประเทศไทยจึงเข้าเกณฑ์ถูกตัดสิทธิ³² ภาษีศุลกากรที่ประเทศไทยจะได้รับจากสหภาพยุโรปจึงเป็นอัตรา MFN ปกติ ดังที่แสดงในตารางต่อไปนี้

ตารางแสดงอัตราภาษี MFN ของสหภาพยุโรปจำแนกตามประเภทสินค้า

อัตราภาษี MFN	สัดส่วนรายการสินค้า (ร้อยละ)	ประเภทสินค้า
มากกว่าร้อยละ 30	4	เกษตรและเกษตรแปรรูปร้อยละ 99
มากกว่าร้อยละ 20 – 30	3	เกษตรและเกษตรแปรรูปร้อยละ 99
มากกว่าร้อยละ 15 – 20	5	เกษตรและเกษตรแปรรูปร้อยละ 97
มากกว่าร้อยละ 10 – 15	9	เกษตรและเกษตรแปรรูปร้อยละ 59 นอกภาคเกษตรร้อยละ 41
มากกว่าร้อยละ 5 – 10	30	นอกภาคเกษตรร้อยละ 85 เกษตรและเกษตรแปรรูปร้อยละ 15
มากกว่าร้อยละ 0 – 5	27	นอกภาคเกษตรร้อยละ 91 เกษตรและเกษตรแปรรูปร้อยละ 9
ไม่มีอากร (ร้อยละ 0)	22	นอกภาคเกษตรร้อยละ 85 เกษตรและเกษตรแปรรูปร้อยละ 15

ที่มา: กองสิทธิประโยชน์ทางการค้า กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์

เมื่อพิจารณาอัตราภาษีศุลกากรที่ถูกเรียกเก็บจากสหภาพยุโรปกับสินค้าส่งออกที่สำคัญจากประเทศไทยและประเทศศรีลังกาได้ตามตารางอัตราภาษีศุลกากรของสินค้าจากไทยและศรีลังกาที่สหภาพยุโรปจัดเก็บสำหรับสินค้า 10 อันดับแรกที่มีมูลค่าการส่งออกจากไทยไปยังสหภาพยุโรปสูงสุด ปี ค.ศ. 2016 พบว่าระดับอากรภายใต้สิทธิ GSP ที่สหภาพยุโรปให้ประเทศศรีลังกาเป็นระดับอากรที่ต่ำกว่าประเทศไทยมากถึง 7 จาก 10 รายการ ดังนั้น สินค้าเหล่านี้จึงเป็นสินค้าที่จะได้รับประโยชน์เป็นอันดับแรกหากผู้ประกอบการของไทยจะลงทุนผลิตหรือส่งออกไปวัตถุดิบเพื่อแปรรูปขั้นสุดท้ายและที่ประเทศศรีลังกาเพื่อส่งออกไปยังสหภาพยุโรป

³² กรมการค้าต่างประเทศ, “การตัดสิทธิ GSP สหภาพยุโรป,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.dft.go.th/th-th/> (บริการจากกรม > บริการข้อมูล Information > สิทธิประโยชน์ทางการค้า > โครงการ GSP ที่ไทยถูกตัดสิทธิ > การตัดสิทธิ GSP สหภาพยุโรป) [11 กรกฎาคม 2565]

ตารางอัตราภาษีศุลกากรของสินค้าจากไทยและศรีลังกาที่สหภาพยุโรปจัดเก็บสำหรับสินค้า 10 อันดับแรกที่มีมูลค่าการส่งออกจากไทยไปยังสหภาพยุโรปสูงสุด ปี ค.ศ. 2016

หน่วย: ล้านเหรียญสหรัฐฯ

พิกัด	รายการสินค้า	มูลค่าส่งออกไทย	ระดับอากรไทย	ระดับอากรศรีลังกา
'847170	หน่วยเก็บความจำคอมพิวเตอร์	1,666.09	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'870421	รถบรรทุกขนาดน้ำหนักบรรทุกไม่เกินห้าตัน	777.30	ร้อยละ 22-10	ร้อยละ 15.4-0
'160232	เนื้อไก่แปรรูป	725.02	2,765 ยูโรต่อตัน	2,765 ยูโรต่อตัน ⁹⁵
'711311	เครื่องประดับจากเงิน	580.43	ร้อยละ 2.5	ไม่เก็บอากร
'844331	เครื่องจักรซึ่งทำหน้าที่ได้ตั้งแต่ 2หน้าที่ขึ้นไปเกี่ยวกับการพิมพ์	514.03	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'900150	เลนส์แว่นตา	395.70	ร้อยละ 2.9	ไม่เก็บอากร
'841510	เครื่องปรับอากาศ	394.05	ร้อยละ 2.7	ไม่เก็บอากร
'854239	แผงวงจรไฟฟ้า	378.41	ไม่เก็บอากร	ไม่เก็บอากร
'852580	กล้องถ่ายภาพวิดีโอ	354.02	ร้อยละ 4.1	ไม่เก็บอากร
'711319	เครื่องประดับที่ไม่ได้ทำด้วยเงิน	325.83	ร้อยละ 2.5	ไม่เก็บอากร

ที่มา: มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง

นอกจากนี้ พบว่าเมื่อพิจารณาอัตราภาษี MFN ของสหภาพยุโรปมีอัตราภาษีเฉลี่ยที่ร้อยละ 7.53 ของมูลค่าสินค้า โดยสินค้าเกือบร้อยละ 80 มีอัตราภาษีที่ต่ำกว่าร้อยละ 10 แต่ส่วนใหญ่เป็นสินค้านอกภาคเกษตร ซึ่งสินค้าในกลุ่มเกษตรและสินค้าเกษตรแปรรูป (พิกัด 01 ถึง 24) กว่าร้อยละ 97 จะถูกจัดเก็บอัตราภาษีที่สูงกว่าร้อยละ 15 กล่าวโดยสรุปได้ว่า สินค้าที่ประเทศไทยจะได้รับประโยชน์จาก GSP Plus ของสหภาพยุโรปกรณีเข้าไปลงทุนหรือส่งสินค้าต้นน้ำไปผลิตแปรรูปในประเทศศรีลังกา คือ สินค้าเกษตรและสินค้าเกษตรแปรรูป

จากข้อมูลดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าประเทศศรีลังกาได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (GSP) จากหลายประเทศซึ่งประเทศไทยถูกตัดสิทธิในสินค้าบางรายการ หรือไม่มี ความตกลงการค้าเสรีด้วย เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา ตุรกี และสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สหภาพยุโรปที่เป็นตลาดการค้าที่สำคัญของประเทศไทย ซึ่งประเทศศรีลังกาได้รับสิทธิ GSP ใน สินค้าเกือบทุกรายการ ยกเว้นอาวุธ (Everything but Arms) สำหรับสหภาพยุโรป และอีก 4,650 รายการสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงประเทศหรือกลุ่มประเทศที่ประเทศไทย มีปริมาณการส่งออกสูงสุด 5 อันดับแรก พบว่ามีประเทศสหรัฐอเมริกา³³และสหภาพยุโรป ดังนั้นจึง เป็นโอกาสที่ดีหากประเทศไทยมีความตกลงการค้าเสรีกับประเทศ ศรีลังกา เนื่องจากประเทศไทย

³³ Office of United States Trade Representative (USTR), "Products to be removed from GSP eligibility for Thailand, effective December 30, 2020," [online] Available from : <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/Thailand%20GSP%20Country%20Practice%20Review%20%20Product%20Removal%20List.pdf> [5 July 2022]

จะสามารถได้รับประโยชน์จาก GSP Plus ที่ประเทศศรีลังกาได้รับจากประเทศอื่นๆ เช่น ผู้ประกอบการไทยอาจส่งออกสินค้าไปผลิตต่อในศรีลังกา กล่าวคือ ส่งออกสินค้าขั้นต้นเข้าไปแปรรูปเป็นสินค้าชั้นกลางน้ำและปลายน้ำในประเทศศรีลังกาแล้วใช้ประโยชน์ทางภาษีส่งออกไปสหภาพยุโรป หรือผู้ประกอบการไทยอาจเข้าไปลงทุนในศรีลังกาและใช้เป็นฐานในการผลิตที่สำคัญในการส่งออกไปยังสหภาพยุโรปได้ด้วย

กรณีนี้ยังเป็นการขยายฐานการส่งออกจากเดิมที่ไทยใช้วิธีการเดียวกันนี้ผ่านกลุ่มประเทศอาเซียนผ่านข้อตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน (AFTA) เช่น ประเทศกัมพูชา อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงอัตราการส่งออกของประเทศกัมพูชาไปยังประเทศที่ไทยจะได้รับประโยชน์จาก GSP หรือ GSP Plus พบว่าประเทศกัมพูชามีปริมาณการส่งสินค้าตามสัดส่วนมูลค่าของสินค้าไปยังประเทศทางยุโรปน้อยกว่าประเทศศรีลังกาอีกด้วย กล่าวคือประเทศกัมพูชาส่งสินค้าไปยังทวีปยุโรปเพียงร้อยละ 23.4 ของมูลค่าการส่งออกทั้งหมด ซึ่งมูลค่าส่งออกทั้งหมดอยู่ที่ 17.7 พันล้านเหรียญสหรัฐ จึงคิดเป็นมูลค่าส่งออกไปยังทวีปยุโรป 230 ล้านดอลลาร์สหรัฐ³⁴ ส่วนประเทศศรีลังกามีมูลค่าการส่งออกไปที่ทวีปยุโรปอยู่ที่ร้อยละ 35.4 ของมูลค่าการส่งออก ซึ่งมูลค่าส่งออกทั้งหมดอยู่ที่ 12.7 พันล้านเหรียญสหรัฐ จึงคิดเป็นมูลค่าส่งออกไปยังทวีปยุโรป 350 ล้านดอลลาร์สหรัฐ³⁵ ซึ่งเป็นมูลค่าที่สูงกว่ากัมพูชามาก ดังนั้นการที่ประเทศไทยสามารถได้รับประโยชน์จาก GSP Plus ที่ประเทศศรีลังกาได้รับจากสหภาพยุโรป จึงเป็นข้อสนับสนุนในการจัดทำ FTA กับประเทศศรีลังกาที่ควรนำมาพิจารณา

2.1.5 มาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี (Non-Tariff Barriers: NTBs)

มาตรการที่ไม่ใช่ภาษีศุลกากร ซึ่งเป็นกฎระเบียบข้อบังคับที่รัฐบาลประเทศต่างๆ กำหนดขึ้นเพื่อเป็นอุปสรรคของประเทศคู่ค้า หรือกำหนดขึ้นเพื่อกีดกันการนำเข้า โดยแต่ละประเทศจะมีมาตรการจำกัดการนำเข้าหรือสร้างภาระแก่ผู้ประกอบการนำเข้าสินค้าที่แตกต่างกัน

จากการศึกษาของ Mohamed Saqib และ Nisha Taneja³⁶ พบว่าในอดีตประเทศศรีลังกา มีอัตรา NTBs ที่ต่ำมาก ทั้งด้านความถี่และสัดส่วนขนาดของ NTBs เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย

³⁴ World's Top Exports, "Cambodia's Top 10 Exports," [online] Available from : <https://www.world-stopexports.com/cambodias-top-10-exports/> [5 July 2022]

³⁵ World's Top Exports, "Sri Lanka's Top 10 Exports," [online] Available from : <https://www.world-stopexports.com/sri-lankas-top-10-exports/#~:text=Insights%20on%20Sri%20Lanka%E2%80%99s%20Top%2010%20Exports%201,%282.4%25%29%2010%20Other%20chemical%20goods%3A%20%24125.9%20million%20%281.1%25%29> [5 July 2022]

³⁶ Mohamed Saqib and Nisha Taneja, NON-TARIFF BARRIERS AND INDIA'S EXPORTS : The Case of ASEAN and Sri Lanka (New Delhi : NDIAN COUNCIL FOR RESEARCH ON INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS, 2005).

ในด้านความถี่อยู่ที่ร้อยละ 26 เติบโตส่วนมูลค่าน้อยที่ร้อยละ 25 แตกต่างกับประเทศศรีลังกาที่มีอยู่ที่ร้อยละ 0.09 และ 0.5 ตามลำดับ แต่ในช่วงปี ค.ศ.2022 ตามข้อมูลสถิติจาก World Integrated Trade Solution (WITS) NTBs ของประเทศศรีลังกาในการนำเข้าสินค้ามีสัดส่วนเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญมาอยู่ที่ร้อยละ 63.30 และมีความถี่อยู่ที่ร้อยละ 46.71³⁷ ในขณะที่ประเทศไทยมี NTBs ในด้านสัดส่วนอยู่ที่ร้อยละ 31.09 และด้านความถี่อยู่ที่ร้อยละ 29.63 เท่านั้น³⁸

โดยมาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีนั้นมิใช่อยู่หลายประการด้วยกัน เช่น การจำกัดการนำเข้าและการห้ามการนำเข้า การออกใบอนุญาตการนำเข้า การจำกัดการส่งออก มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า ค่าใช้จ่ายตามมาตรการที่ไม่ใช่ภาษีในการนำเข้าสินค้า อีกทั้งพบว่าการนำเข้าสินค้าไปยังประเทศศรีลังกามีอุปสรรคและความยุ่งยากในบางเรื่อง เช่น ใบรับรอง (Certificate) ซึ่งศรีลังกากำหนดมาตรฐานเฉพาะของตนเอง โดยไม่ใช้มาตรฐานเดียวกับองค์การระหว่างประเทศว่าด้วยการมาตรฐาน (International Organization for Standardization: ISO) ทั้งสินค้าเครื่องแปลงกระแสไฟฟ้า เครื่องสำอาง และสิ่งทอ เป็นต้น ผู้เขียนขอยกมาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษีที่สำคัญและควรหยิบยกขึ้นพิจารณาในการเจรจาการค้า ความตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา ดังต่อไปนี้

1) การจำกัดการนำเข้าและการห้ามการนำเข้า (Import Restrictions)

ศรีลังกาได้ใช้การจำกัดการนำเข้าและการห้ามการนำเข้าเพื่อปกป้องอุตสาหกรรมในประเทศโดยกำหนดทั้งแบบห้ามนำเข้าหากเกินโควตา หรือเก็บภาษีเพิ่มเติมกับสินค้าที่เกินโควตา (Tariff Rate Quota: TRQ) เช่น กำหนดโควตาแก่ประเทศปากีสถานตาม PSFTA³⁹ ในการนำเข้าสินค้าเกษตรกรรม เช่น ข้าวบาสมาดิ (Basmati Rice) มันฝรั่ง นอกจากนั้นยังมีกรณีห้ามนำเข้าโดยเด็ดขาด (Banned) ซึ่งศรีลังกากำหนดไว้ 2 รายการ คือ วัตถุหรือหนังสือลามก หรือสื่อที่เป็นภัยต่อศาสนา ยาเสพติด และสารเคมีบางชนิด 14 รายการ อีกทั้งยังมีกฎหมายภายในที่กำหนดรายการสินค้าต้องห้ามนำเข้าและส่งออกซึ่งเป็นเครื่องมือกีดกันทางการค้าอีกทาง เช่น ไข่ เนื้อสด หรือเนื้อแช่แข็งตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยเฉพาะเนื้อไก่ และไข่ไก่ ซึ่งเป็นผลมาจากการที่อุตสาหกรรม

³⁷ World Integrated Trade Solution (WITS), “Sri Lanka Non-Tariff Measure (NTM) Summary,” [online] Available from : <https://wits.worldbank.org/tariff/non-tariff-measures/en/country/LKA> [5 July 2022]

³⁸ World Integrated Trade Solution (WITS), “Thailand Non-Tariff Measure (NTM) Summary,” [online] Available from : <https://wits.worldbank.org/tariff/non-tariff-measures/en/country/THA> [5 July 2022]

³⁹ Annex-B of Free Trade Agreement (FTA) between Pakistan and Sri Lanka, List of products (Tariff line) for which Sri Lanka agreed to grant tariff rate quota TRQ.

ฟาร์มไก่ภายในประเทศได้ขยายตัวจนเพียงพอต่อความต้องการภายในประเทศและส่งออก⁴⁰

2) การออกใบอนุญาตการนำเข้า (Import License)

ประเทศศรีลังกาได้ออกประกาศภายใต้รัฐธรรมนูญควบคุมการนำเข้าและส่งออก (The Import and Export Control Act, No. 1 of 1969) กำหนดสินค้าที่ต้องขอใบอนุญาตการนำเข้าประกอบไปด้วยสินค้ากว่า 196 รายการ (ตามพิกัตศุลกากร 4 หลัก) เช่น อวูรป็น ปลา เมล็ดพันธุ์ เหยี่ยวภูเขาปณ์ สัตว์มีชีวิต เนื้อสัตว์ สารเคมีอันตราย รถยนต์ เครื่องจักร เป็นต้น โดยมีการแบ่งประเภทสินค้าเป็น 5 กลุ่มซึ่งการขอใบอนุญาตจะต้องติดต่อหน่วยงานเฉพาะตามประเภทของสินค้า ได้แก่ ประเภทยาและเวชภัณฑ์ ยานยนต์ เคมีภัณฑ์ สารสนเทศ รวมถึงเครื่องใช้ไฟฟ้า⁴¹

3) การจำกัดการส่งออก (Export Restrictions)

เป็นมาตรการการจำกัดการส่งออกโดยสมัครใจ (Voluntary Export Restraint: VER) ที่ประเทศผู้นำเข้าทำความตกลงร่วมกันกับประเทศผู้ส่งออกเพื่อจำกัดปริมาณการค้าระหว่างกัน โดยสินค้าที่มีการควบคุมการส่งออกจะถูกบัญญัติไว้ในรัฐกิจจานุเบกษาของประเทศศรีลังกา อีกทั้งจะยังกำหนดให้กรมควบคุมการนำเข้าและส่งออก (Department of Imports and Exports Control) ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานหลักในการควบคุม แบ่งรายการสินค้าที่ควบคุมเป็น 4 ประเภท ได้แก่ โลหะและเศษโลหะ ไม้และผลิตภัณฑ์จากไม้ งาม้างและผลิตภัณฑ์จากงาม้าง และยานยนต์⁴²

4) มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Sanitary and Phytosanitary Measures: SPS)

เป็นมาตรการที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อใช้พัฒนาสุขภาพของมนุษย์และสุขอนามัยของพืชในประเทศให้อยู่ในมาตรฐานเดียวกัน⁴³ เพื่อปกป้องชีวิตมนุษย์ สัตว์ และพืช จากสารปรุ่แต่งปนเปื้อน สารพิษ เชื้อโรคต่างๆ รวมถึงโรคติดต่อ โดยกฎหมายของประเทศศรีลังกาที่อยู่ภายใต้ความตกลงว่า

⁴⁰ Poultry World, "Sri Lanka eyes up poultry export markets," [online] Available from : <https://www.poultryworld.net/poultry/sri-lanka-eyes-up-poultry-export-markets/> [1 March 2017]

⁴¹ Simplebooks, "How to obtain an import license?," [online] Available from : <https://simplebooks.com/srilanka/sri-lanka-customs-importers-and-exporters/> [31 May 2022]

⁴² The Gazette of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, "Part 1 : Section (1) General Government Notifications Imports and Exports (Control) Act, No.1 of 1969," [online] Available from : http://www.imexport.gov.lk/images/pdf/1627-2_E.pdf [12 July 2017]

⁴³ Sohaib Afzaal and Naeem Ullah Khan, "Microbial Food Safety Management in Global Trade: Role of WTO-SPS Agreement," [online] Available from : https://www.researchgate.net/publication/335961666_Microbial_Food_Safety_Management_in_Global_Trade_Role_of_WTO-SPS_Agreement. [1 March 2017]

ด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชโดยองค์การการค้าโลก คือ รัฐบาลอินเดียว่าด้วยอาหาร (Food Act, No. 26 of 1980) ซึ่งได้บัญญัติหลักเกณฑ์และมาตรฐานในเรื่องการผลิต การขาย การจำหน่าย การนำเข้าและอายุอาหาร รวมถึงมาตรฐานในอาหารที่มาจากธรรมชาติหรือการเพิ่มเติมสารใด ๆ ลงไปในอาหารซึ่งอาจทำให้เกิดความเสี่ยงด้านสุขภาพ อย่างไรก็ตามหลักเกณฑ์และมาตรฐานยังไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสุขอนามัยและสุขอนามัยพืชของศรีลังกาขององค์การการค้าโลกเท่าที่ควร⁴⁴

5) อุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade: TBT)

ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT) เป็นข้อตกลงซึ่งออกโดยองค์การการค้าโลกเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้ามีวัตถุประสงค์ คือ ไม่ให้รัฐภาคีใช้มาตรการหรือมาตรฐานด้านคุณภาพและความปลอดภัยในทางที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ ความตกลงดังกล่าวได้กำหนดมาตรฐานทางเทคนิคครอบคลุมสินค้าเกษตรและอุตสาหกรรมเพื่อคุ้มครองคุณภาพสินค้า ชีวิตและสุขอนามัยของมนุษย์ พืช สัตว์ สิ่งแวดล้อม ความมั่นคงและป้องกันการหลอกลวงให้แต่ละประเทศดำเนินการสอดคล้องกัน เพื่อปรับปรุงประสิทธิภาพของการผลิตและเอื้ออำนวยต่อการดำเนินการค้าระหว่างประเทศ⁴⁵ โดยในประเทศศรีลังกาได้มีการเผยแพร่กฎระเบียบด้านเทคนิค มาตรฐานผลิตภัณฑ์ และกระบวนการตรวจสอบและรับรอง⁴⁶ ผ่านทาง Sri Lanka Government Gazette and the SLSI Bulletin เพื่อให้เป็นไปตามมติของคณะกรรมการ TBT ขององค์การการค้าโลก (Committee on Technical Barriers to Trade) ประกอบด้วยกฎระเบียบด้านเทคนิค (Technical Regulations) มาตรฐาน (Standards) และ กระบวนการตรวจสอบและรับรอง (Conformity Assessment Procedures) ซึ่งได้กำหนดการห้ามนำเข้าสินค้ากว่า 123 รายการ จนกว่าจะได้รับการรับรองมาตรฐานจากหน่วยงาน Sri Lanka Standards Institution (SLSI) ทั้งนี้ นอกจากหน่วยงาน SLSI แล้ว มีหน่วยงาน

⁴⁴ Tika Bahadur Karki, "SANITARY AND PHYTOSANITARY (SPS) MEASURES IN SAARC COUNTRIES," [online] Available from : <http://www.sawtee.org/publications/Discussion-Paper-10.pdf> [1 March 2017]

⁴⁵ สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (สมอ.) กระทรวงอุตสาหกรรม, "ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า(Agreement on Technical Barriers to Trade - TBT) คำอธิบายและการตีความเพิ่มเติม," [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.tisi.go.th/data/wto/18-tbt.pdf> [12 มีนาคม 2565]

⁴⁶ Sri Lanka Standards Institution (SLSI), "Sri Lanka Standards Catalogue," [online] Available from : <https://www.slsi.lk/images/SLS-Catalogue-2021.pdf> [8 July 2022]

Telecommunications Regulatory Commission of Sri Lanka (TRCSL) ที่ทำหน้าที่ออกกฎระเบียบควบคุมคุณภาพ และคุณลักษณะเฉพาะทางเทคนิคสำหรับเครื่องมืออุปกรณ์ต่างๆ รวมถึงกำหนดมาตรฐานคุณภาพการบริการ (Quality of Service: QOS) และยังมีการออกกฎระเบียบต่างๆ เช่น บรรจุภัณฑ์ การติดฉลากกว่า 2,450 มาตรฐาน⁴⁷ นอกจากนี้ยังมีการออกการตราเครื่องหมาย “SLS” เพื่อรับรองว่าผลิตภัณฑ์มีคุณลักษณะเฉพาะเป็นไปตามมาตรฐาน

6) มาตรการเพื่อควบคุมการนำเข้ารายการที่ไม่จำเป็น (Non-Essential Items)

แผนกควบคุมการแลกเปลี่ยนของธนาคารกลางศรีลังกา (Exchange Control Department of the Central Bank of Sri Lanka) กำหนดมาตรการเพื่อควบคุมการนำเข้ารายการที่ไม่จำเป็น (Non-Essential Items) เช่น เครื่องใช้ไฟฟ้า ซ็อกเก็ต แลต น้ำมันปาล์ม และเครื่องสำอาง⁴⁸ กฎระเบียบดังกล่าวได้กำหนดขึ้นในปี ค.ศ. 2006 กล่าวคือ ผู้นำเข้าต้องฝากเงินมัดจำร้อยละ 50 ของมูลค่าตามใบแจ้งหนี้ของการนำเข้า ยิ่งไปกว่านั้นผู้นำเข้าต้องฝากเงินมัดจำเท่ากับมูลค่าตามใบแจ้งหนี้ของการนำเข้ายานพาหนะมีมูลค่าสูงและสิ้นเปลืองเชื้อเพลิงมากเกินไป ณ เวลาที่ธนาคารเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตและออกเอกสาร ทั้งนี้เงินมัดจำหรือหลักประกันจะคำนวณจากมูลค่ารวมของใบแจ้งหนี้ แม้ว่าใบแจ้งหนี้เดียวกันจะมีรายการที่ไม่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดส่วนต่าง ก็ตาม

2.1.6 มาตรการเยียวยาทางการค้า (Contingency Trade Measures)

1) มาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด (Antidumping) เป็นมาตรการที่ให้ความคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศผู้นำเข้าที่ได้รับความเสียหายหรือมีแนวโน้มที่จะได้รับความเสียหายจากการนำเข้าสินค้าที่มีการทุ่มตลาดจากต่างประเทศ เป็นการป้องกันการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรมจากราคาส่งออก (Export Price) ที่ต่ำกว่ามูลค่าปกติ (Normal Value) ของสินค้าชนิดเดียวกันที่จำหน่ายในประเทศผู้ส่งออก หากพิสูจน์ได้ว่าการทุ่มตลาด (Dumping) สินค้าที่นำเข้าประเทศผู้นำเข้าที่ได้รับผลกระทบจากสินค้านำเข้าที่มีการทุ่มตลาด สามารถที่จะดำเนินการจัดเก็บอากรตอบโต้การทุ่มตลาด โดยประเทศศรีลังกาได้มีการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด ได้แก่ Anti-Dumping and Countervailing Duties Act, No.2 of 2018⁴⁹

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Lanka Business Online, “Sri Lanka slaps limits on non-essential imports to curb credit growth,” [online] Available from : <http://www.lankabusinessonline.com/sri-lanka-slaps-limits-on-non-essential-imports-to-curb-credit-growth> [12 Mar 2022]

⁴⁹ Blackhall Publishing, “Law of Sri Lanka: ANTI-DUMPING AND COUNTERVAILING DUTIES ACT,” [online] Available from : <https://www.srilankalaw.lk/Alphabetical-List-of-Statutes/anti-dumping-and-countervailing-duties-act.html> [12 July 2022]

2) การอุดหนุนและภาษีตอบโต้การอุดหนุน (Subsidies and Countervailing Duties: CVD)

(1) มาตรการอุดหนุนผลผลิตภายในประเทศ (Domestic Production Subsidy)

กำหนดทิศทางการสนับสนุนการผลิตในอุตสาหกรรมแรกตั้ง (Infant Industries) โดยเฉพาะเรื่องการลดต้นทุนการผลิต เพื่อให้สามารถพัฒนาศักยภาพการผลิตในการแข่งขัน

ประเทศศรีลังกานั้นมีการอุดหนุนผลผลิตภายในประเทศมาอย่างยาวนาน โดยเป็นการกำหนดมาตรการแฝงในรูปแบบนโยบายต่างๆ ที่สำคัญ ได้แก่ นโยบายด้านการเกษตร เช่น ชา ยาง มะพร้าว และข้าว ซึ่งถือเป็นสินค้าส่งออกที่สำคัญ ตัวอย่างเช่น ชา อยู่ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการชาศรีลังกา ทำหน้าที่สนับสนุนเพื่อการส่งออกชา ทั้งการวางนโยบายช่วยประชาสัมพันธ์ผลิตภัณฑ์ชาศรีลังกาไปทั่วโลก นอกจากนี้ ยังมีบทบาทในการให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้ประกอบการ ผ่านการจัดสรรเงินช่วยเหลือแก่ผู้ประกอบการในประเทศทั้งด้านการปรับเปลี่ยนเครื่องจักรที่ใช้ในการกระบวนการผลิต หรือระบบไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ เพื่อเพิ่มคุณภาพและประสิทธิภาพการใช้พลังงาน อันส่งผลต่อธุรกิจการส่งออกของประเทศ นอกจากนี้ศรีลังกายังมีการอุดหนุนการซื้อปุ๋ยของเกษตรกร และผลิตภัณฑ์อื่นๆ เช่น ผลิตภัณฑ์สัตว์ปีก หรือล้อยางรถยนต์อัดลมชนิดยางที่ใช้ในสภาพขรุขระ ซึ่งส่งผลให้ประเทศสหรัฐอเมริกาดำเนินการเก็บอากรตอบโต้ในอัตราร้อยละ 2.9 ในปี ค.ศ.2017 กรณีของล้อยางรถยนต์อัดลมชนิดยางที่ใช้ในสภาพขรุขระ (Off-the-Road (OTR) Tires) แม้ต่อมาการเก็บอากรตอบโต้ดังกล่าวจะถูกเพิกถอนไปโดย US Court of International Trade และ WTO Agreement ก็ตาม⁵⁰

(2) มาตรการตอบโต้การอุดหนุน (Countervailing Duties) เป็นมาตรการที่รัฐประเทศคู่ค้าที่ได้รับความเสียหายต่ออุตสาหกรรมภายในจากการที่รัฐอีกประเทศหนึ่งได้ให้การสนับสนุนทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อภาคเอกชน เพื่อเพิ่มปริมาณการส่งออกสินค้าไปต่างประเทศ หรือลดปริมาณการนำเข้าจากต่างประเทศ ประเทศคู่ค้าที่ได้รับความเสียหายสามารถใช้มาตรการตอบโต้การอุดหนุนได้ ซึ่งเป็นไปตามความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้ (Agreement on Subsidies and Countervailing Measure) ขององค์การการค้าโลก

⁵⁰ Economynext, “US trade court rules against countervailing duties on Sri Lankan tyres,” [online] Available from : <https://economynext.com/us-trade-court-rules-against-countervailing-duties-on-sri-lankan-tyres-10883/> [10 July 2022]

3) มาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น (Safeguard Measures)

มาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น เป็นมาตรการทางการค้าที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาผลกระทบที่เกิดจากการนำเข้าสินค้าอย่างไม่เป็นธรรม อันส่งผลให้อุตสาหกรรมภายในประเทศผู้นำเข้าเกิดความเสียหาย หรือมีแนวโน้มที่จะได้รับความเสียหายจากการทะลักเข้ามาของสินค้านำเข้า เนื่องจากไม่สามารถปรับตัวและแข่งขันในสถานการณ์ที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวได้ ซึ่งอาจดำเนินการในรูปแบบการชดเชย (Trade Compensations) หากไม่สามารถตกลงกันได้ภายใน 30 วัน ประเทศที่ได้รับผลกระทบดังกล่าวสามารถที่จะดำเนินการระงับสิทธิประโยชน์ในระดับที่เท่ากัน หรือสามารถใช้มาตรการตอบโต้ได้⁵¹

ในปัจจุบันประเทศศรีลังกาได้มีการออกกฎหมายภายในรองรับการใช้มาตรการอุดหนุนผลผลิตภายในประเทศ มาตรการตอบโต้การอุดหนุน และมาตรการปกป้องจากการนำเข้าสินค้าที่เพิ่มขึ้น โดยแบ่งเป็น 2 รัฐบัญญัติ ได้แก่ Anti-Dumping And Countervailing Duties Act, No.2 of 2018 และ Safeguard Measures Act, No.3 of 2018 และมีผลบังคับใช้ในวันที่ 10 ตุลาคม 2020 และ 19 ตุลาคม 2020 ตามลำดับ⁵²

2.1.7 การอำนวยความสะดวกทางการค้า (Trade Facilitation)

การอำนวยความสะดวกทางการค้ามีจุดประสงค์เพื่อการลดต้นทุนทางธุรกรรมในการค้า และการขนย้ายสินค้านานาชาติ โดยให้ความสำคัญกับการยกเลิกภาระทางด้านการบริหารจัดการและเอกสารต่างๆ ที่ไม่มีความจำเป็น ซึ่งเป็นไปตามความตกลงขององค์การการค้าโลก อันเนื่องมาจากความพยายามในการผลักดันการอำนวยความสะดวกทางการค้าให้เป็นประเด็นระดับนานาชาติ เพื่อพัฒนาขีดความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจและการค้าของประเทศต่าง ๆ รวมถึงการลงทุนจากต่างประเทศ ประเทศศรีลังกาได้ให้สัตยาบันตามข้อตกลงการอำนวยความสะดวกทางการค้า (Trade Facilitation Agreement : TFA)⁵³ โดยอยู่ภายใต้พันธกรณีตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade 1994 : GATT 1994) ตามข้อบท 5 เรื่องเสรีภาพในการขนส่ง ข้อบท 8 เรื่องค่าธรรมเนียมและ

⁵¹ รายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับลักษณะของทั้ง 3 มาตรการโปรดดู ทัชฌัมย์ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ GATT และ WTO : บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2560), หน้า 255-402.

⁵² Economynext, "Sri Lanka to activate anti-dumping laws from October 10 amid import controls," [online] Available from : <https://economynext.com/sri-lanka-to-activate-anti-dumping-laws-from-october-10-amid-import-controls-74731/> [5 July 2022]

⁵³ World Trade Organization, "Sri Lanka ratifies Trade Facilitation Agreement," [online] Available from : https://www.wto.org/english/news_e/news16_e/fac_31may16_e.htm [12 Mar 2022]

พิธีการ และข้อบท 10 เรื่องการเผยแพร่และการบริหารระเบียบทางการค้า⁵⁴

การดำเนินการภายใต้ข้อตกลงการอำนวยความสะดวกทางการค้า กรมศุลกากรของประเทศศรีลังกาได้ดำเนินการจัดตั้งหน่วยประมวลผลโดยคอมพิวเตอร์ (Automated Data Processing Unit) โดยตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994 ได้มีการดำเนินการประเมินผลและยื่นรายการโดยใช้ ASYCUDA (Automated System for Customs Data)⁵⁵ ซึ่งเป็นเครื่องมือที่แสดงการจัดการด้านศุลกากร โดยระบบจะทำการจัดการและสำแดงทางศุลกากร (Customs Declaration)

2.1.8 การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights)

จากการที่ประเทศศรีลังกาเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก จึงต้องให้ความสำคัญคุ้มครองต่อทรัพย์สินทางปัญญา ให้สอดคล้องเป็นไปตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Right: TRIPS) ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศสมาชิกเพื่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับขั้นพื้นฐาน โดยอยู่บนหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation) รวมทั้งสนับสนุนการสร้างนวัตกรรมการถ่ายทอดเทคโนโลยี ให้เกิดประโยชน์ทั้งผู้ผลิตและผู้ใช้ ทางด้านเศรษฐกิจและสังคม

การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศศรีลังกามีหน่วยงานที่รับผิดชอบ คือ สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาแห่งชาติประจำประเทศศรีลังกา (National Intellectual Property Office of Sri Lanka) โดยมีกฎหมายฉบับเดียวที่วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศศรีลังกา คือ รัฐบัญญัติทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Act, No. 36 of 2033) เมื่อเทียบกับกฎหมายคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยแล้วพบว่ากฎหมายดังกล่าวของศรีลังกามีทั้งส่วนที่ให้ความคุ้มครองมากกว่าประเทศไทยในบางประการและมีประเด็นที่ให้ความคุ้มครองน้อยกว่าหรือเท่ากับประเทศไทยในบางประการโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ด้านเครื่องหมายการค้า (Trademarks) และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ศรีลังกายังไม่ได้เข้าเป็นภาคีพิธีสารกรุงมาดริด (Madrid Protocol) ทำให้ต้องยื่นคำขอจดทะเบียนขอรับความคุ้มครอง

⁵⁴ V.S. Sidath Kumar, "WTO Trade Facilitation Negotiations in Sri Lanka : Prevailing Sri Lanka's Position on GATT Articles V, VIII and X," [online] Available from : http://artnet.unescap.org/tid/artnet/mtg/tfri_sl.pdf [12 Mar 2022]

⁵⁵ Automated System for Customs Data, "User Countries/Sri Lanka," [online] Available from : <https://asycuda.org/en/usercountries-srilanka/> [5 July 2022]

สิทธิในศรีลังกาด้วย ซึ่งในพิธีสารนี้ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีแล้วในปี 2017⁵⁶ ผลคือผู้ประกอบการหรือผู้ส่งออกของไทยก็จะได้รับประโยชน์ที่จะสามารถยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เพื่อขอรับความคุ้มครองในประเทศต่าง ๆ ได้ หลายประเทศในคราวเดียวกัน โดยยื่นคำขอจดทะเบียนเพียงคำขอเดียวและเสียค่าธรรมเนียมเพียงครั้งเดียว ซึ่งก็จะทำให้ได้รับความสะดวก รวดเร็วในการยื่นคำขอจดทะเบียน และประหยัดค่าใช้จ่ายในการเดินทางอีกด้วย

2. ด้านลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง (Copyright and Related Rights) ศรีลังกาให้ความคุ้มครองมากกว่าไทย กล่าวคือ ระยะเวลาคุ้มครองลิขสิทธิ์ในศรีลังกา จะครอบคลุมตลอดชีวิตของผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์และขยายไปอีก 70 ปีนับแต่วันที่ผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์เสียชีวิต ในขณะที่การคุ้มครองลิขสิทธิ์ไทย มีระยะเวลาการคุ้มครองเพียง 50 ปี หลังจากผู้สร้างสรรค์งานอันมีลิขสิทธิ์เสียชีวิต และ

3. ในด้านสิทธิบัตร (Patents) ศรีลังกาให้การคุ้มครองสิทธิบัตรเป็นเวลา 20 ปี นับจากวันยื่นคำขอซึ่งเท่ากับระยะเวลาการคุ้มครองงานอันมีสิทธิบัตรของไทย

2.2 กฎระเบียบและนโยบายด้านการลงทุนและบริการ

ประเทศไทยมีมูลค่าการลงทุนสูงกว่าประเทศศรีลังมาก และเป็นประเทศที่กำลังก้าวไปสู่สถานะของประเทศที่ออกไปลงทุนยังต่างประเทศมากกว่าการรับการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งต่างจากประเทศศรีลังกาที่อยู่ในสถานะผู้รับการลงทุนจากต่างประเทศมากกว่าออกไปลงทุนยังต่างประเทศ โดยศรีลังกามีการเปิดเสรีด้านการลงทุนค่อนข้างสูง กล่าวคือ อนุญาตให้ชาวต่างชาติถือครองหุ้นได้ถึงร้อยละ 100 ในเกือบทุกประเภทกิจการ⁵⁷ นอกจากนั้นยังมีสำนักงานส่งเสริมการลงทุนศรีลังกาที่มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตบริการต่างๆ อย่างครบวงจร (One Stop Service Center) ทั้งนี้มีเพียงกิจการบางประเภทที่มีการจำกัดไม่ให้นักลงทุนชาวต่างชาติเข้ามามีส่วนร่วมด้วย เหตุผลทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคง เช่น การประมงชายฝั่ง การรักษาความปลอดภัย การค้าปลีกขนาดเล็ก การปล่อยเงินกู้ และการรับจำนำ เป็นต้น⁵⁸

2.2.1 กฎระเบียบและนโยบายด้านการลงทุน

กฎระเบียบและนโยบายด้านการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ

⁵⁶ World Intellectual Property Organization, “Members of the Madrid Union,” [online] Available from : https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/madrid_marks.pdf [5 July 2022]

⁵⁷ Board of Investment of Sri Lanka, “Investment Policy,” [online] Available from : <https://investsri-lanka.com/investment-policy/> [5 July 2022]

⁵⁸ Ibid.

ในศรีลังกา มีประเด็นต่างๆ ดังนี้ กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน มาตรการส่งเสริมการลงทุน เขตเศรษฐกิจพิเศษ ขั้นตอนการลงทุน การคุ้มครองการลงทุน การครอบครองกิจการ กฎระเบียบอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และหน่วยงานสำคัญในการกำกับดูแล

1) กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน ตั้งแต่การประกาศเอกราชเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1948 ประเทศศรีลังกาได้ให้ความสำคัญกับการลงทุนจากต่างประเทศเนื่องจากเห็นประโยชน์ของการลงทุนจากต่างประเทศต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและพัฒนาประเทศในด้านต่างๆ ศรีลังกา จึงได้เริ่มกำหนดแผนส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI)⁵⁹ ต่อมาปี ค.ศ. 1970 -1977 ศรีลังกาเปิดโอกาสให้บริษัทต่างชาติเข้ามาร่วมทุนกับองค์กรภาครัฐ การเปลี่ยนแปลงนโยบายในทางเศรษฐกิจของรัฐ ส่งผลให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเข้ามาลงทุนได้อย่างอิสระมากยิ่งขึ้น

กฎหมายส่งเสริมการลงทุนฉบับแรกของศรีลังกา The Greater Colombo Economic Commission Law, No. 4 of 1978 (BOI Act)⁶⁰ กำหนดให้คณะกรรมการเศรษฐกิจแห่งศรีลังกา (Greater Colombo Economic Commission) มีอำนาจกำหนดนโยบายพัฒนาเศรษฐกิจภายในประเทศและนโยบายส่งเสริมการลงทุนของต่างชาติในประเทศศรีลังกา ต่อมาปี ค.ศ. 1992 อำนาจดังกล่าวได้กลายเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการการลงทุนแห่งศรีลังกา (Board of Investment: BOI) ซึ่งเน้นส่งเสริมการลงทุนให้กับกิจการที่เกี่ยวข้องกับการแลกเปลี่ยนเทคโนโลยี การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน และการปรับปรุงคุณภาพผลิตภัณฑ์ ซึ่งเป็นเป้าหมายหลักที่จะนำมาใช้ในการพัฒนาประเทศ โดยให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีอำนาจในการออกใบอนุญาต สถานประกอบการ ทั้งนี้ การจัดตั้งสถานประกอบการภายใต้ BOI Act แบ่งออกเป็น 3 กรณี ได้แก่ 1. การลงทุนทั่วไป 2. การลงทุนที่ได้รับการส่งเสริมจาก BOI และ 3. การลงทุนที่สำคัญต่อยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) การลงทุนทั่วไป เป็นกรณีที่นักลงทุนต่างชาติขออนุญาตผ่าน BOI Act Section 16 เข้ามาลงทุนภายใต้กฎหมายปกติเช่นธุรกิจของคนในประเทศ ซึ่งนักลงทุนต่างชาติจะได้รับการอำนวยความสะดวกในการลงทุนแต่ไม่ได้รับสิทธิประโยชน์จากกฎหมายฉบับอื่น⁶¹ เช่น รัฐบาลยุติสรรพากร

⁵⁹ Saman Kelegama, "Development in Independent Sri Lanka : What went wrong?," *Economic & Political weekly* Vol 35, No.17 (April 2000) pp. 1478-1483.

⁶⁰ Board of Investment of Sri Lanka, "BOI Act," [online] Available from : http://www.investsrilanka.com/wp-content/uploads/2018/07/Act_No_4_of_1978.pdf [15 January 2017]

⁶¹ Board of Investment of Sri Lanka, "Setting up in Sri Lanka," [online] Available from : https://investsrilanka.com/setting-up-in-sri-lanka_new/ [18 July 2022]

รัฐบัญญัติศุลกากรและการควบคุมการแลกเปลี่ยน อย่างไรก็ตามภายหลังจัดตั้งกิจการเรียบร้อยแล้ว การประกอบธุรกิจดังกล่าวจะต้องดำเนินการภายใต้กฎหมายของศรีลังกาที่บังคับใช้กับกิจการนั้นๆ

ปัจจุบันเกณฑ์ขั้นต่ำการจัดตั้งสถานประกอบการภายใต้ BOI Act นักลงทุนต่างชาติถือหุ้นทั้งหมดหรือร่วมลงทุนกับชาวศรีลังกาได้แต่ต้องเป็นกิจการที่มีเงินลงทุนไม่ต่ำกว่า 250,000 เหรียญสหรัฐ แต่หากจะดำเนินกิจกรรมทางการค้านักลงทุนต่างชาติจะต้องมีเงินลงทุนอย่างน้อย 1 ล้านเหรียญสหรัฐ โดยนักลงทุนต่างชาติสามารถลงทุนผ่านบัญชีการลงทุนขาเข้า (Inward Investment Accounts: IIAs) ซึ่งพัฒนามาจากบัญชี Securities Investment Account (SIA) ซึ่งบัญชี SIA คือ บัญชีสำหรับอำนวยความสะดวกให้นักลงทุนชาวต่างชาติที่มีถิ่นที่อยู่นอกศรีลังกา องค์กรที่จัดตั้งขึ้นนอกศรีลังกาและชาวศรีลังกาให้สามารถลงทุนในตั๋วเงินคลัง (Treasury Bill) พันธบัตรรัฐบาล (Treasury Bond) ทุนเรือนหุ้น (Equity Capital) ในบริษัทที่จัดตั้งในศรีลังกา โดยผลตอบแทนจากการลงทุนสามารถดำเนินการผ่านบัญชี SIA ได้โดยไม่ต้องผ่านกรมควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรา (Exchange Control Department) และบัญชีเงินฝากพิเศษเพื่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ (Special Foreign Direct Investment Deposit Accounts : SFIDAs) ที่นักลงทุนต่างชาติสามารถเปิดและฝากเงินเป็นสกุลเงินตราต่างประเทศและสกุลเงินศรีลังการูป (Rupee)⁶²

(2) การลงทุนที่ได้รับการส่งเสริมจาก BOI โดยการจัดตั้งธุรกิจที่ได้รับสิทธิประโยชน์จาก BOI เป็นการจัดตั้งภายใต้ BOI Act Section 17 คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีอำนาจในการพิจารณาให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ แก่ธุรกิจ รวมถึงการยกเว้นการบังคับใช้หรือปรับเปลี่ยนหลักการในการบังคับใช้กฎหมาย บางประการให้แก่กิจการบางประเภทอีกด้วย⁶³ ซึ่งอาศัยความเห็นชอบของรัฐมนตรีตามที่รัฐบัญญัติดังกล่าว กำหนดไว้ในมาตรา 24

(3) การลงทุนที่มีความสำคัญต่อยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศ (Strategic Development Projects) ซึ่ง BOI Act และ Strategic Development Projects Act ได้ให้คำนิยามของการลงทุนที่มีความสำคัญต่อยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศ ไว้ว่าต้องเป็นโครงการที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจและสังคมต่อประเทศ ที่อาจทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลง

⁶² Board of Investment of Sri Lanka, "Investment Policy," [online] Available from : <https://investsrilanka.com/investment-policy/> [18 July 2022]

⁶³ Board of investment in Sri Lanka, "Setting up in Sri Lanka," [online] Available from : https://investsrilanka.com/setting-up-in-sri-lanka_new/ [18 July 2022]

พัฒนาการของประเทศ⁶⁴ โดยมีเงื่อนไขต้องเป็นโครงการเกี่ยวกับการจัดหาสินค้าและบริการที่มีแนวโน้มว่าจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ก่อให้เกิดการจ้างแรงงาน สร้างโอกาสในการหารายได้ และส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงด้านเทคโนโลยี⁶⁵

สิทธิประโยชน์ของโครงการที่ได้รับการอนุมัติเป็น Strategic Development Projects อาจได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีให้ได้รับยกเว้นการบังคับใช้ตามกฎหมายอื่นๆ ตามที่กำหนดในมาตรา 2 โดยส่วนใหญ่เป็นสิทธิประโยชน์ในเรื่องการจัดเก็บภาษี ไม่ว่าจะเป็นภาษีเงินได้ ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีจากการนำเข้าสินค้า ภาษีความรับผิดชอบต่อสังคม ภาษีสรรพสามิต เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีรัฐบัญญัติจำนวนมากที่กำหนดให้การลงทุนที่มีความสำคัญต่อยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศได้รับยกเว้นการบังคับใช้ตามกฎหมาย แต่ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องบางฉบับที่ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ โดยกฎหมายที่สำคัญได้แก่ Exchange Control Act, No.24 of 1953 ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐในการควบคุมการเข้าออกของเงินตราต่างประเทศภายใต้ศรีลังกาเพื่อช่วยควบคุมอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรารูปีของประเทศศรีลังกาและเงินสกุลตราต่างประเทศ

2) มาตรการส่งเสริมการลงทุน แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ มาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการลงทุน และมาตรการส่งเสริมการลงทุนที่ไม่ใช่ภาษี

(1) มาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการลงทุน อัตราภาษีของประเทศศรีลังกายู่ในเกณฑ์มาตรฐาน ซึ่งกำหนดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลอยู่ที่ร้อยละ 30 และอัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายเงินปันผลสำหรับผู้ที่ไม่ได้มีถิ่นอยู่ (Non-Resident) ร้อยละ 10 โดยเป็นการกำหนดที่มีมาตรฐานระดับเดียวกับประเทศในภูมิภาคเดียวกัน นอกจากนี้ประเทศศรีลังกาเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการเว้นการเก็บภาษี (Double Taxation Agreement : DTA) กับ 44 ประเทศ⁶⁶ รวมทั้งประเทศไทย

จากการศึกษาพบว่ามาตรการภาษีเพื่อส่งเสริมการลงทุนของประเทศศรีลังกา แบ่งเป็นหลายกรณีโดยมีตัวอย่าง ดังนี้

⁶⁴ Section 6 of STRATEGIC DEVELOPMENT PROJECTS ACT, No. 14 of 2008 “Unless the context otherwise requires, “Strategic Development Project” means a project which is in the national interest and which is likely to bring economic and social benefit to the country and which is also likely to change the landscape of the country”

⁶⁵ Section 6 (A)-(D) of Strategic Development Projects Act, No. 14 of 2008

⁶⁶ Sri Lanka Inland Revenue, “International Relations - Double Tax Avoidance Treaties,” [online] Available from: <http://www.ird.gov.lk/en/publications/sitepages/International%20Relations.aspx?menuid=1401> [15 January 2017]

1) มาตรการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลชั่วคราว (Tax Holiday) เป็นการกำหนดระยะเวลาในการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลเป็นการชั่วคราวให้กับธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน รวมถึงการลดอัตราภาษีให้กับธุรกิจเป็นชั่วคราว หรือระยะยาว

2) มาตรการยกเว้นภาษีหัก ณ ที่จ่ายเงินปันผล และมาตรการยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับสินค้าทุน

3) ข้อตกลงเกี่ยวกับเสถียรภาพทางการคลัง (Fiscal Stability Agreement) ที่กำหนดวงเงินขั้นต่ำในการลงทุนในธุรกิจขนาดใหญ่ โดยไม่ได้ส่งเสริมการลงทุนในธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs)

(2) มาตรการส่งเสริมการลงทุนที่ไม่ใช่ภาษี เช่น การให้นักลงทุนต่างชาติเช่าที่ดินของรัฐระยะยาว (Lease of Land State Owned) โดยมีระยะเวลาสูงสุดกว่า 99 ปี โดยหากเป็นที่ดินในเขต BOI Zones เขตอุตสาหกรรม เขตการท่องเที่ยว จะได้รับการเก็บภาษีเพียงร้อยละ 7.5 จากค่าเช่าซึ่งน้อยกว่าการเช่าจากเอกชนที่มีอัตราภาษีอยู่ที่ร้อยละ 15 นอกจากนี้ยังมีส่วนของมาตรการในด้านการเงิน ซึ่งรัฐบาลศรีลังกาได้สนับสนุนให้ธนาคารพาณิชย์ให้บริการบัญชีประเภทพิเศษสำหรับนักลงทุนต่างชาติที่เข้ามาลงทุนในศรีลังกาเพื่อให้นักลงทุนต่างชาติสะดวกในการนำเงินเข้ามาลงทุนในประเทศ ได้แก่ บัญชีการลงทุนขาเข้า (Inward Investment Accounts: IIAs) ซึ่งพัฒนามาจากบัญชี 2 ประเภท คือ บัญชีลงทุนในหลักทรัพย์ (Securities Investment Account :SIA) เป็นบัญชีทำให้นักลงทุนต่างชาติสามารถลงทุนในหลักทรัพย์รัฐบาลของศรีลังกา เช่น ตั๋วเงินคลัง และพันธบัตรรัฐบาลได้ และบัญชีเงินฝากพิเศษเพื่อการลงทุนทางตรงในต่างประเทศ (Special Foreign Direct Investment Deposit Accounts :SFIDAs) ที่นักลงทุนต่างชาติสามารถเปิดและฝากเงินเป็นสกุลเงินตราต่างประเทศและสกุลเงินศรีลังการูปี (Rupee)⁶⁷

3) เขตเศรษฐกิจพิเศษ ประเทศศรีลังกามีการกำหนดเขตเศรษฐกิจพิเศษขึ้นทั้งหมด 15 แห่ง⁶⁸ เพื่อดึงดูดนักลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งเขตเศรษฐกิจพิเศษมีการกระจายตามพื้นที่ต่างๆ ทั่วประเทศ โดยอยู่ภายใต้การควบคุมและกำกับดูแลของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน การจะเข้าไปประกอบกิจการในเขตต่างๆ ได้จะต้องได้รับการเห็นชอบจาก BOI ก่อน โดยมีเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในแต่ละเขตพื้นที่ แต่ที่มีเงื่อนไขเหมือนกันทุกเขตพื้นที่ คือ จะต้องเป็นการลงทุนที่มีเงิน

⁶⁷ Hatton National Bank PLC, "Inward Investment Account (IIA)," [online] Available from : <https://www.hnb.net/personal/savings/foreign-currency-accounts/inward-investment-account-iaa> [18 July 2022]

⁶⁸ Board of Investment of Sri Lanka, "Sri Lanka Investment Guide," [online] Available from : <https://investsrilanka.com/wp-content/uploads/2022/04/Investment-Guide-2022-31.03.2022.pdf> [18 July 2022]

ลงทุนไม่น้อยกว่า 250,000 เหรียญสหรัฐ และต้องเป็นกิจการที่มุ่งเน้นการส่งออกกว่าร้อยละ 90 ของผลผลิตทั้งที่ได้⁶⁹ ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนในเขตดำเนินการเพื่อการส่งออก (Export Processing Zone)

นอกจากจะมีการดำเนินการจัดสรรระบบสาธารณูปโภคต่างๆ ให้ผู้ประสงค์จะลงทุนแล้ว คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนยังกำหนดสิทธิพิเศษต่างๆ ให้กับเจ้าของกิจการที่เข้ามาลงทุน ได้แก่ การยกเว้นภาษีเงินได้ทั้งหมดที่เกิดจากกิจการเป็นระยะเวลาตั้งแต่ 5-15 ปี รวมถึงการลดหย่อนภาษีเงินได้จากกิจการอีก 15 ปีหลังจากระยะเวลาการยกเว้นภาษีสิ้นสุดลง นอกจากนี้ ภาษีเงินได้ของคนที่ต่างชาติที่ประกอบอาชีพในเขตเศรษฐกิจพิเศษจะได้รับการยกเว้น รวมถึงการยกเว้นเงื่อนไขตลอดจนการจัดเก็บภาษีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าและส่งออกวัตถุดิบหรือปัจจัยต่างๆ ที่จำเป็นต่อการประกอบกิจการ⁷⁰

4) ขั้นตอนการลงทุน นักลงทุนสามารถที่จะจัดตั้งกิจการได้ทั้งในเขต Export Processing Zones หรือนอกเขตดังกล่าว โดยติดต่อกับคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หรือ Urban Development Authority ตามลำดับ สำหรับการขอจัดตั้งกิจการจะต้องใช้หนังสือรับรองจากธนาคารว่ามีเงินลงทุนในบัญชีขั้นต่ำ 1 ล้านเหรียญสหรัฐ และต้องชำระเงินปีทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสาขาอุตสาหกรรมและลักษณะของบริษัทตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 17 ของ BOI Act 2002

5) การคุ้มครองการลงทุน เป็นบทบัญญัติที่สร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ลงทุน โดยคุ้มครองความปลอดภัยในการลงทุนไว้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้มีความคุ้มครองนักลงทุนทั้งนักลงทุนศรีลังกาและนักลงทุนต่างชาติอย่างมีความเท่าเทียมกัน จะเห็นได้จากการที่ยังไม่พบการฟ้องร้องรัฐบาลศรีลังกาเกี่ยวกับนโยบายด้านการลงทุนและการปฏิบัติหรือการบังคับใช้กฎหมายในด้านการลงทุนของประเทศ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงความปลอดภัยในการลงทุนในประเทศศรีลังกา⁷¹

6) การครอบครองกิจการ จากการศึกษา Foreign Exchange Act, No. 12 of 2017 ประเทศศรีลังกาอนุญาตให้ชาวต่างชาติสามารถถือครองหุ้นในกิจการเกือบทั้งหมดได้ร้อยละ 100

⁶⁹ International Labour Office Geneva, "Export processing zones in Sri Lanka: Economic impact and Social issues," [online] Available from : https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_126264.pdf [1 February 2017]

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ U.S. Department of State, "2019 Investment Climate Statements: Sri Lanka," [online] Available from : <https://www.state.gov/reports/2019-investment-climate-statements/sri-lanka/> [4 June 2022]

ยกเว้นกิจการบางประเภท ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ 1. กิจการที่ต้องขออนุญาตจากรัฐบาลโดยเฉพาะ 2. กิจการที่กำหนดอัตราการถือหุ้นของชาวต่างชาติให้ไม่เกินร้อยละ 40 หรือมากกว่าหากได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน และ 3. กิจการที่ไม่อนุญาตให้ชาวต่างชาติประกอบกิจการ หรือที่เรียกว่าอาชีพอิสระ ได้แก่ การประมงชายฝั่ง การรักษาความปลอดภัย การค้าปลีกขนาดเล็ก การปล่อยเงินกู้ และการรับจำนำ⁷²

7) กฎระเบียบอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

(1) **การถือครองที่ดิน** รัฐบัญญัติของประเทศศรีลังกาไม่อนุญาตให้ชาวต่างชาติมีการถือครองที่ดิน โดยมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติ Land Restrictions on Alienation Act, No 38 of 2014 กำหนดห้ามโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ชาวต่างชาติ หรือบริษัทที่จดทะเบียนในศรีลังกาโดยชาวต่างชาติถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50⁷³ ขึ้นไปหรือบริษัทต่างชาติ อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติกำหนดให้สามารถเช่าที่ดินระยะยาวจากรัฐได้

(2) **การโอนเงินระหว่างประเทศ** ระเบียบของธนาคารกลางของประเทศศรีลังกา กำหนดให้บริษัทต่างชาติที่เข้ามาลงทุนภายในประเทศศรีลังกาจะต้องทำธุรกรรมทางการเงินระหว่างประเทศผ่านบัญชี SIA โดยสามารถทำธุรกรรมได้ทั้งในรูปแบบของเงินรูปีหรือเงินตราต่างประเทศอื่นๆ

(3) **การนำเข้าเครื่องจักร** ประเทศศรีลังกาไม่มีกฎระเบียบที่กำหนดเป็นการเฉพาะถึงการนำเข้าเครื่องจักร และไม่อยู่ในรายการที่ต้องขอใบอนุญาตนำเข้าจาก Sri Lanka Standard Institute (SLSI) อีกทั้งเพื่อเป็นการส่งเสริมและตอบสนองต่อความต้องการเครื่องจักรภายในประเทศ รัฐบาลจึงกำหนดยกเว้นไม่เก็บภาษีศุลกากรสำหรับการนำเข้าเครื่องจักร

(4) **การจัดซื้อจัดจ้างโดยภาครัฐ** ประเทศศรีลังกายามที่จะสร้างความโปร่งใสให้กับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐทั้งหมด เพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เท่าเทียมในการผลักดันและเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการโครงการต่างๆ ของรัฐ โดยเฉพาะโครงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในประเทศ อีกทั้งยังต้องการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติเข้ามาเป็นกลไกสำคัญในการดำเนินการพัฒนาประเทศ⁷⁴ โดยศรีลังกา กำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐอยู่ภายใต้

⁷² Board of Investment of Sri Lanka, “Investment Policy,” [online] Available from : <https://investsrilanka.com/investment-policy/> [5 July 2022]

⁷³ Section 2 of LAND (RESTRICTIONS ON ALIENATION) ACT, No. 38 OF 2014

⁷⁴ World Bank, “Ensuring Good Governance in Procurement in Sri Lanka,” [online] Available from : <https://wbnpf.procurementinet.org/featured/ensuring-good-governance-procurement-sri-lanka> [2 June 2022]

การกำกับดูแลและดำเนินการของหน่วยงาน National Procurement Commission อีกทั้งมีหน้าที่แก้ไขปรับปรุงกฎหมายการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

(5) นโยบายการแข่งขันทางการค้า⁷⁵ กระทรวงอุตสาหกรรมของประเทศศรีลังกาได้ดำเนินการผลักดันนโยบายเพื่อสร้างความเติบโตให้กับกิจการนำเข้าและส่งออกสินค้า โดยกำหนดแนวนโยบายไว้ 6 ข้อ ได้แก่ เพิ่มประสิทธิภาพของเศรษฐกิจในวงกว้าง ต่อด้านการผูกขาดในระบบตลาด ส่งเสริมกระบวนการยุติธรรมทางสังคมให้เกิดขึ้นกับการจ้างงาน สร้างประสิทธิภาพให้แก่ระบบเศรษฐกิจในระดับต่างๆ สร้างระบบการแข่งขันในระดับนานาชาติ และรักษาสภาพเศรษฐกิจของประเทศให้อยู่ในระดับที่เป็นที่ยอมรับของบริษัทต่างชาติ

(6) การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา อยู่ภายใต้การรับผิดชอบของสำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาแห่งชาติ (National Intellectual Property Office) โดยได้ให้ความคุ้มครองแก่ทรัพย์สินทางปัญญาประเภทต่างๆ ได้แก่ ผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากการออกแบบในเชิงอุตสาหกรรม สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ และลิขสิทธิ์ เพื่อให้ทัดเทียมกับนานาประเทศโดยการเข้าภาคีในสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและพัฒนาการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

(7) พาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์⁷⁶ กิจการธนาคารและกิจการบริการด้านการท่องเที่ยวได้ดำเนินการพัฒนาระบบการชำระเงินและการจองที่พัก โดยอาศัยธุรกรรมออนไลน์ โดยในภาครัฐก็ได้มีการส่งเสริมการพัฒนาเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนที่มาติดต่อกับหน่วยงานภาครัฐ ทั้งการนำเข้าและส่งออกสินค้า รวมถึงการดำเนินการต่างๆ ทางด้านภาษี

(8) การคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม⁷⁷ ประเทศศรีลังกาได้ตระหนักถึงการคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมภายในประเทศควบคู่กับการพัฒนาประเทศในด้านต่างๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเชื่อมโยงกิจกรรมต่างๆ มุ่งไปสู่การพัฒนาคุณภาพสิ่งแวดล้อม โดยมีการกำหนดให้บริษัทต่างๆ ที่เข้ามาลงทุนหรือดำเนินการในประเทศศรีลังกา จะต้องดำเนินการนำเสนอนโยบายทางด้านสิ่งแวดล้อม และอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม

⁷⁵ Clive Gray, "Competition Policy in Sri Lanka," [online] Available from : https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABN692.pdf [2 June 2022]

⁷⁶ The International Trade Administration, U.S. Department of Commerce, "Sri Lanka – eCommerce," [online] Available from : <https://www.export.gov/article?id=Sri-Lanka-eCommerce> [2 June 2022]

⁷⁷ Ministry of Environment and Natural Resources of Sri Lanka, "A List of Major Environment Policies of Sri Lanka," [online] Available from : <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan042380.pdf> [2 June 2022]

(9) **แนวนโยบายด้านแรงงานและการคุ้มครองแรงงาน**⁷⁸ เพื่อส่งเสริมการลงทุนของชาวต่างชาติและสร้างหลักประกันให้แก่แรงงานต่างชาติ ศรีลังกาได้พัฒนาแนวนโยบายและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแรงงานชาวต่างชาติในประเทศศรีลังกา กำหนดกรอบการพัฒนาฝีมือแรงงานต่างชาติ สิทธิต่างๆ ของแรงงาน ไม่ว่าจะเป็นเพศสภาพในลักษณะใดให้สามารถทำงานในประเทศศรีลังกาได้อย่างมีศักดิ์ศรี มีเสรีภาพ และมีคุณภาพการดำเนินชีวิตที่ดี ทั้งการกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำ ระยะเวลาการทำงานขั้นสูง ค่าตอบแทนการทำงานล่วงเวลาสิทธิการลาคลอดบุตร สหภาพแรงงาน และสวัสดิการต่างๆ

(10) **ใบอนุญาตการทำงาน** ประเทศศรีลังกาไม่ได้มีการใช้ระบบโควตาในการออกใบอนุญาตการทำงาน อย่างไรก็ตาม กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศศรีลังกาได้กำหนดประเภทบุคลากรต่างชาติที่อนุญาตออกวีซ่าทำงานได้ 3 ลักษณะ คือ 1. บุคลากรต่างชาติของบริษัทที่ได้รับการส่งเสริม BOI 2. บุคลากรต่างชาติของบริษัทที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐบาล และ 3. บุคลากรขององค์กรระหว่างประเทศ โดยมีการกำหนดให้การเข้ามาทำงานและขอใบอนุญาต จะต้องเข้ามาใช้ Entry Visa ระยะเวลา 30 วันก่อน จึงจะดำเนินการขออนุญาตจากกรมตรวจคนเข้าเมืองได้

8) **หน่วยงานสำคัญที่ทำหน้าที่กำกับดูแล** คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเป็นหน่วยงานที่ให้บริการแบบครบวงจรแก่นักลงทุนต่างชาติ เช่น การอนุมัติโครงการ การจัดบริการสาธารณูปโภค การอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับวีซ่า การอำนวยความสะดวกในการนำเข้าและการส่งออก⁷⁹ เป็นต้น มีหน้าที่หลัก คือ การปรับกลยุทธการลงทุนในประเทศ โดยการส่งเสริมการลงทุนภาคเอกชนโดยเฉพาะอุตสาหกรรมการผลิตเพื่อส่งออก⁸⁰ การเพิ่มประสิทธิภาพและส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ การจัดตั้งเขตการลงทุน และการดูแลเขตอุตสาหกรรมเพื่อการส่งออกและนิคมอุตสาหกรรม

2.2.2 กฎระเบียบและนโยบายด้านบริการ

จากการศึกษา Foreign Exchange Act, No. 12 of 2017 พบว่าประเทศศรีลังกาทำหนดให้ชาวต่างชาติสามารถถือครองหุ้นในกิจการเกือบทั้งหมดได้ ร้อยละ 100 ยกเว้นกิจการ 3 ลักษณะ

⁷⁸ International Labor Organization, “National Labour Migration Policy, Sri Lanka,” [online] Available from : http://www.ilo.org/dyn/migpractice/migmmain.showPractice?p_lang=en&p_practice_id=27 [2 June 2022]

⁷⁹ Buildsrilanka.com, “The role of the BOI,” [online] Available from : <http://www.buildsrilanka.com/boi/boi-TheRole.htm> [8 July 2022]

⁸⁰ Board of Investment of Sri Lanka, “Sri Lanka Investment Guide,” [online] Available from : <https://investsrilanka.com/wp-content/uploads/2022/04/Investment-Guide-2022-31.03.2022.pdf> [18 July 2022]

ดังต่อไปนี้ 1. กิจการที่ต้องขออนุญาตจากรัฐบาลหรือผู้มีอำนาจเฉพาะสาขาบริการ 2. กิจการที่ให้ชาวต่างชาติถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 40 หรือมากกว่าหากได้รับการอนุญาตจาก BOI และ 3. กิจการที่ไม่อนุญาตให้ชาวต่างชาติประกอบกิจการ⁸¹ ในปี ค.ศ. 2016 รายได้จากธุรกิจด้านการบริการคิดเป็นร้อยละ 58.2 ของ GDP ของประเทศศรีลังกา โดยสาขาบริการที่ก่อให้เกิดรายได้แก่ประเทศมากที่สุด คือ กิจการด้านการขนส่ง กิจการด้านการท่องเที่ยว และกิจการก่อสร้าง⁸²

สำหรับภาคบริการท่องเที่ยวซึ่งเป็นธุรกิจภาคบริการที่เป็นรายได้หลักของศรีลังกานั้น ศรีลังกาได้ดำเนินโครงการ “One Stop Shop” ซึ่งเป็นโครงการที่นำสิทธิประโยชน์ด้านการลงทุนเกี่ยวกับการท่องเที่ยวในประเทศศรีลังกาจากหน่วยงานต่างๆ มารวมกันไว้ในที่เดียว เช่น สิทธิประโยชน์จากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หน่วยงานส่งเสริมการพัฒนาเมือง หน่วยอนุรักษ์ชายฝั่งและทรัพยากรชายฝั่งแห่งศรีลังกา และหน่วยงานกลางด้านสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะทำให้นักลงทุนต่างชาติสามารถลดระยะเวลาในการติดต่อประสานงานเจ้าหน้าที่และจัดทำเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว ถือเป็นการอำนวยความสะดวกแก่นักลงทุน ทั้งด้านการจดทะเบียนธุรกิจ การขออนุญาตต่างๆ การทำ EIA การขอวีซ่า การขออนุญาตและตรวจสอบการก่อสร้าง และการได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีจาก BOI ด้วย

จากที่ได้ศึกษากฎหมาย มาตรการและกฎระเบียบต่างๆ ของศรีลังกาที่มีผลกระทบต่อการส่งออกสินค้า การบริการและการลงทุนของไทยในศรีลังกาจึงทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคทางการค้าของประเทศศรีลังกา ได้แก่ การจัดเก็บภาษีในอัตราที่สูง นอกจากนั้นยังมีการจัดเก็บอากรค่าธรรมเนียม และภาษีอื่นๆ เพิ่มเติมจำนวนมาก อีกทั้งยังมีอุปสรรคทางการค้าที่มีโทษภาษีที่ผู้นำเข้าสินค้าต้องเผชิญ เช่น ในกรณีการนำเข้าสินค้าเกษตร ต้องเผชิญกับมาตรการการกำหนดมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช และการห้ามนำเข้าสินค้าเกษตรบางประเภท เช่น เนื้อไก่ เป็นต้น การศึกษากฎหมาย มาตรการและกฎระเบียบต่างๆ ของศรีลังกาที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและบริการพบว่า ศรีลังกาเปิดเสรีด้านการลงทุนค่อนข้างสูง กล่าวคือ อนุญาตให้ชาวต่างชาติถือครองหุ้นได้ถึงร้อยละ 100 ในเกือบทุกประเภทกิจการ นอกจากนั้นยังมีสำนักงานส่งเสริมการลงทุนศรีลังกาที่มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตบริการต่าง ๆ อย่างครบวงจร (One Stop Service Center) โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาอนุมัติสิทธิประโยชน์การลงทุน สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตว่า สาขาบริการสำคัญที่ไทยมีศักยภาพแต่เป็นสาขาที่ศรีลังกา

⁸¹ Board of Investment of Sri Lanka, “Investment policy: Exchange Control Laws Applicable for foreign Investments,” [online] Available from : <https://investsrilanka.com/investment-policy/> [1 June 2022]

⁸² Ajantha Geeganage, “Sri Lanka’s Role in the World Trade Organization,” *International Journal of Business and Social Science*, Vol. 4 No. 1 (January 2013): p.147.

ไม่อนุญาตให้ต่างชาติถือครองหุ้นได้ร้อยละ 100 คือ การขนส่ง และการท่องเที่ยว ซึ่งนักลงทุนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 40 ของจำนวนหุ้นที่ประกอบธุรกิจ และหากถือหุ้นเกินร้อยละ 40 จะต้องได้รับอนุมัติจาก Board of Investment of Sri Lanka เป็นรายกรณีไป

ในส่วนต่อไปจะเป็นการเสนอแนะแนวทางการจัดทำกรอบเจรจาจัดทำความตกลงการค้าเสรีไทย - ศรีลังกา รวมถึงท่าทีการเจรจาเพื่อให้การเจรจาตกลงการค้าเสรีทางด้านการค้า การลงทุน และการบริการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประโยชน์สูงสุด

3. ข้อเสนอแนะแนวทางของประเทศไทย

จากการศึกษาสถานการณ์ปัจจุบัน กฎระเบียบและนโยบายด้านการค้า การลงทุนและการบริการของประเทศศรีลังกา ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรจัดทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกาให้สำเร็จ ซึ่งความตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกาจะส่งผลต่อการขจัดอุปสรรคทางการค้า สนับสนุนและส่งเสริมการค้าสินค้า การบริการและการลงทุนระหว่างไทยและศรีลังกาที่มีอยู่ในปัจจุบัน รวมถึงสร้างโอกาสทางการค้าใหม่ระหว่างสองประเทศ อีกทั้งผู้ส่งออกสินค้าของไทยยังสามารถได้รับประโยชน์จากการใช้ประเทศศรีลังกาเป็นฐาน (Platform) เพื่อส่งออกสินค้าไปยังประเทศอื่นๆ ในเอเชียได้ นอกจากนี้การมีความตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกาย่อมเปิดโอกาสให้นักลงทุนไทยสามารถใช้ประโยชน์จากมาตรการส่งเสริมการลงทุนของศรีลังกาที่มีอยู่ได้อย่างเต็มที่ โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะแบ่งเป็นข้อเสนอแนะแนวทางการเจรจาความตกลงการค้าเสรีทางด้านการค้า การลงทุน และการบริการ ดังต่อไปนี้

3.1 ข้อเสนอแนะแนวทางการเจรจาด้านการค้า

ความตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกา จะส่งผลให้ผู้ส่งออกสินค้าจากประเทศไทยสามารถลดต้นทุนด้านภาษีศุลกากรไปได้ถึงร้อยละ 15⁸³ โดยแนวทางการเจรจาในเรื่องการปรับลดภาษีนำเข้านั้นเสนอให้ดำเนินการโดยแบ่งกลุ่มสินค้าตามศักยภาพในการแข่งขัน โดยพิจารณาแบ่งกลุ่มได้ดังนี้

Normal Track แบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ 1. สินค้าที่คาดว่าประเทศไทยจะได้รับผลกระทบทางบวกจากการส่งออกที่เพิ่มขึ้น เช่น ไม้ ยานยนต์ พลาสติก เครื่องจักร เครื่องใช้ไฟฟ้า โลหะ น้ำตาล 2. สินค้าที่คาดว่าจะไม่ได้รับผลกระทบใด เช่น และ 3. สินค้าที่มีความท้าทายหรืออาจมีศักยภาพในการลงทุนระหว่างกัน

⁸³ โปรดดูรายละเอียดในหัวข้อ 2.1.1 ของบทความนี้

Sensitive คือ สินค้าที่คาดว่าประเทศไทยจะได้รับผลกระทบทางลบจากการนำเข้าสินค้าของประเทศศรีลังกามาตีตลาดภายในประเทศมากขึ้น เช่น ผลิตภัณฑ์จากสัตว์ กระดาษ เบ็ดเตล็ด สิ่งทอเครื่องนุ่งห่ม

Exclusion คือ สินค้าที่ประเทศศรีลังกามีศักยภาพในการส่งออกมากกว่าประเทศไทย เช่น ชา กาแฟ โกโก้ และเครื่องดื่มอื่นๆ

จากการศึกษาประเทศไทยสามารถยกเว้นอากรสินค้าเกือบทุกประเภทให้แก่ศรีลังกาได้ และประเทศไทยควรดำเนินการเจรจาให้ประเทศศรีลังกามีสินค้านำเข้ายกเว้นการเจรจา (Exclusion List) น้อยที่สุด เพื่อส่งเสริมให้มูลค่าการค้าเพิ่มขึ้นในอนาคต ซึ่งประเทศไทยสามารถที่จะเปิดเสรีให้ประเทศศรีลังกาได้ร้อยละ 95.9⁸⁴ โดยยกเว้น Exclusion List ได้แก่ ชา กาแฟ โกโก้ เครื่องดื่มอื่นๆ และสินค้ากลุ่มเครื่องนุ่งห่ม⁸⁵ ทั้งนี้ เนื่องจากที่ผ่านมาศรีลังกามีการขอให้ประเทศคู่เจรจาที่มีขนาดเศรษฐกิจใหญ่กว่าเปิดตลาดสินค้าในระดับที่สูงกว่าศรีลังกาเสมอ อย่างไรก็ตาม ไทยควรพยายามเจรจาให้ศรีลังกาเปิดตลาดสินค้าในระดับที่เท่ากับไทย

พิธีการและกระบวนการทางศุลกากร ซึ่งถือเป็นขั้นตอนที่จะต้องใช้เวลาสำหรับการดำเนินพิธีการทางศุลกากร เพื่อตรวจสอบสินค้าที่จะต้องเสียภาษี เป็นอุปสรรคอย่างหนึ่ง ดังนั้น แนวทางของประเทศไทยควรเจรจากับประเทศศรีลังกาสำหรับการลดขั้นตอนการตรวจสอบทั้งส่วนของสินค้าและเอกสาร

กฎถิ่นกำเนิดสินค้า เนื่องจากการกำหนดหลักเกณฑ์การเปลี่ยนพิกัดที่ 4 หลักอาจส่งผลให้ประเทศคู่ค้าอาจไม่ได้สิทธิประโยชน์เนื่องจากจากการไม่เข้าหลักเกณฑ์ถิ่นกำเนิด ดังนั้น ประเทศไทยควรดำเนินการเจรจาเพื่อกำหนดกฎถิ่นกำเนิดที่เข้าใจง่าย แต่ละเอเยนด์ขึ้น เนื่องจากประเทศศรีลังกาไม่มีการกำหนดกฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้าที่ชัดเจน ยกตัวอย่างกรณีที่หากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนหรือการเปลี่ยนพิกัดระดับสินค้าที่เหมาะสมตามประเภทสินค้าน้ำ ประเทศไทยอาจไม่ได้สิทธิประโยชน์จาก GSP หรือ GSP Plus ที่ประเทศศรีลังกาได้รับเนื่องจากจากการไม่เข้าหลักเกณฑ์ถิ่นกำเนิด คือ กรณีของสินค้าข้าว ซึ่งหากกำหนดใช้หลักการเปลี่ยนพิกัดศุลกากรที่ 4 หลักแรก คือ Change of Tariff Heading เป็นการเปลี่ยนรหัสพิกัดศุลกากรในระดับประเภทจะทำให้ไม่สามารถเข้าเกณฑ์การเปลี่ยนรหัสพิกัดศุลกากรของประเทศศรีลังกา นอกจากนี้

⁸⁴ คัดจากสูตรการคำนวณระดับการเปิดตลาดสินค้าของไทยต่อศรีลังกา

⁸⁵ มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, โครงการศึกษาการจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยและศรีลังกา รายงานฉบับสมบูรณ์ด้านสินค้า และการบริการและการลงทุน” (กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2560) หน้า 10-13 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

แม้จะเลียงไปใช้ หลักเกณฑ์ “สัดส่วนของต้นทุน” และ “มูลค่าเพิ่มของการผลิต” ในประเทศ หรือที่เรียกว่าสัดส่วนมูลค่าการผลิตที่เพิ่มขึ้น (Regional Value Content: RVC) ซึ่งเป็นการพิจารณาการแปรสภาพของสินค้าโดยเปรียบเทียบสัดส่วนของมูลค่าภายในประเทศที่เกิดขึ้นจากการผลิตสินค้าส่งออกเปรียบเทียบกับมูลค่าของวัตถุดิบที่ไม่ได้ถิ่นกำเนิด (Value of Non-Originating Material หรือ VNM) ที่นำมาเพื่อใช้ผลิตสินค้านั้นก็อาจจะติดปัญหาเรื่องมูลค่าเพิ่มของโรงสีที่จะต่ำกว่ากำหนด ดังนั้นจึงควรพิจารณาหลักเกณฑ์อื่นๆ ของกฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้า มาปรับใช้ในการเจรจาในครั้งนี้ เช่น

- กฎเฉพาะรายสินค้า (Product Specific Rule: PSR) ซึ่งอาจมาใช้กับสินค้าที่สำคัญ เช่น สินค้าสิ่งทอเครื่องนุ่งห่ม
- เกณฑ์การใช้กระบวนการผลิต (Processing Operation) ซึ่งเป็นเกณฑ์การได้แหล่งกำเนิดโดยผ่านกระบวนการผลิต (Processing Operation) จากวัตถุดิบนำเข้าจนได้สินค้าส่งออกที่มีสาระแตกต่างกัน โดยไม่คำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงพิกัดอัตราศุลกากรของสินค้านั้น
- หลักเกณฑ์ “สัดส่วนของต้นทุน” และ “มูลค่าเพิ่มของการผลิต” ในประเทศ หรือที่เรียกว่าการใช้สัดส่วนมูลค่าเกณฑ์เพิ่มภายในภูมิภาค (Regional Value Content: RVC)
- การปรับใช้เกณฑ์การเปลี่ยนรหัสพิกัดศุลกากรแล้วแต่ประเภทสินค้าตามความเหมาะสม กล่าวคือในระดับประเภทย่อย คือ การเปลี่ยนรหัส 6 หลักแรก (Change of Tariff Sub-Heading) สำหรับสินค้าส่วนใหญ่ หรือการเปลี่ยนรหัสพิกัดศุลกากรในระดับแยกย่อยของประเภทย่อย (Change of Tariff Split Sub-Heading) โดยเฉพาะกลุ่มเครื่องใช้ไฟฟ้า ยานยนต์

สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (GSP) ประเทศไทยควรเจรจาความตกลงการค้าเสรีโดยพิจารณาตามสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไปที่ประเทศศรีลังกาได้รับจากประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น สหภาพยุโรป ญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา เป็นต้น เพื่อให้สินค้าของประเทศไทยสามารถที่จะเข้าเงื่อนไขได้รับประโยชน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหภาพยุโรปและญี่ปุ่นที่ไทยถูกตัดสิทธิ GSP การเจรจาของประเทศไทยควรเน้นไปที่การเปิดเสรีสำหรับสินค้าที่ไทยจะได้รับประโยชน์ หากมีการส่งออกไปยังประเทศศรีลังกา และเน้นสินค้าขั้นต้นที่จะสามารถเข้าไปแปรรูปเป็นสินค้าชั้นกลางน้ำ และปลายน้ำในประเทศศรีลังกา ให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามกฎหมายการผลิตที่ประเทศผู้ให้สิทธิพิเศษกำหนด เช่น ประเทศญี่ปุ่นกำหนดว่าหากเป็นสินค้าที่ผลิตขึ้นแต่บางส่วนหรือทั้งหมดจากวัตถุดิบที่นำเข้าจากประเทศอื่น หรือไม่ทราบแหล่งที่มาที่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องการแปรสภาพอย่างเพียงพอ คือ สินค้าผลิตจากวัสดุนำเข้าที่ได้รับการแปรสภาพอย่างเพียงพอ

(Sufficient Processing) จนกลายเป็นสินค้าใหม่ภายใต้พิกัดศุลกากรที่แตกต่างไปจากพิกัดศุลกากรของวัตถุดิบนำเข้า (ระดับ 4 หลัก) ที่ศรีลังกา ย่อมเข้าใจในการได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไปที่ประเทศศรีลังกาได้รับ ทั้งนี้ตั้งแต่วันที่ 19 ธันวาคม 2540 ญี่ปุ่นได้กำหนดมาตรการตัดสิทธิ GSP โดยพิจารณาจากระดับรายได้ประชาชาติต่อหัว (GNP per Capita) และความสามารถในการส่งออกของประเทศผู้ได้รับสิทธิ GSP โดยกรมศุลกากรญี่ปุ่นประกาศตัดสิทธิ GSP ต่อประเทศไทย ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2562⁸⁶

มาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี มาตรการทางกฎหมายที่เป็นอุปสรรคทางการค้าที่สำคัญที่ส่งผลกระทบต่อภาคธุรกิจของไทย คือ มาตรการด้านใบรับรองมาตรฐานที่ประเทศศรีลังกากำหนดให้ผู้นำเข้าสินค้าจะต้องได้ใบรับรองจากประเทศศรีลังกาเท่านั้น ดังนั้น การเจรจาเพื่อลดอุปสรรคดังกล่าวประเทศไทยควรเจรจาเพื่ออำนวยความสะดวกในการขอใบรับรองมาตรฐานจากประเทศศรีลังกา เช่น การจัดทำความตกลงมาตรฐานร่วม (Mutual Recognition Arrangement: MRA) ซึ่งเป็นความตกลงที่เสนอให้ประเทศศรีลังกายอมรับมาตรฐานและการตรวจสอบสินค้าของกันและกันในการทำการค้าระหว่างประเทศ โดยที่ไม่ต้องตรวจสอบและรับรองซ้ำอีกต่อไป เนื่องจากมาตรฐานสินค้าส่วนใหญ่ของไทยสูงกว่าประเทศศรีลังกาและใช้มาตรฐานสากลในการรับรอง ซึ่งถือว่าเป็นประเด็นที่สำคัญในการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกาเป็นอย่างยิ่ง

นอกจากกรณีของใบรับรองมาตรฐานซึ่งเป็นอุปสรรคทางการค้าที่สำคัญแล้วยังมีมาตรการทางการค้าอื่นที่เป็นอุปสรรคอันจำเป็นต้องเจรจา ดังนี้

การจำกัดการนำเข้าและการห้ามการนำเข้า ถือเป็นหนึ่งในมาตรการทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี ซึ่งเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อทางลบอย่างรุนแรงในกรณีที่มีปริมาณการนำเข้าสินค้าเกินขอบเขตโควตาที่กำหนดไว้ ดังนั้น ประเทศไทยควรดำเนินการเจรจาเพื่อขอยกขอบเขตโควตาการจำกัดการนำเข้า เพราะหากมีขอบเขตการจำกัดในระดับต่ำ การนำเข้าสินค้าเกินโควตาที่กำหนดจะส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการของไทยที่จะมีการจัดเก็บภาษีเพิ่มเติมกับสินค้าที่เกินในอัตราที่สูงทำให้ต้นทุนสินค้านำเข้าเพิ่มขึ้นอย่างรุนแรงและเฉียบพลัน ณ ปัจจุบันตัวอย่างการจำกัดการนำเข้าที่ถูกกำหนดไว้ในความตกลง เช่น Pakistan-Sri Lanka Free Trade Agreement (PSFTA) ซึ่งจำกัดการนำเข้าสินค้าเกษตรกรรม ส่วนสินค้าไทยอาจได้รับผลกระทบจากการจำกัดการนำเข้าและการห้ามการนำเข้า โดยอ้างถึงกฎหมายภายในของประเทศศรีลังกา เช่น ไข่ เนื้อสด หรือเนื้อแช่แข็ง

⁸⁶ กรมการค้าต่างประเทศ, “ระบบ GSP ญี่ปุ่น,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.dft.go.th/th-th/DFT-Service/ServiceData-Information/dft-service-data-privilege/Detail-dft-service-data-privilege/ArticleId/5033/5033> [19 กรกฎาคม 2565]

ตามเงื่อนไขที่กำหนดโดยกรมผลิตภัณฑ์จากสัตว์และสุขภาพ ทั้งนี้สินค้าเนื้อสัตว์ถือเป็นสินค้าที่ไทยมีศักยภาพในการส่งออก⁸⁷

การออกใบอนุญาตการนำเข้า ประเทศไทยควรที่จะดำเนินการเจรจาเพื่อลดขั้นตอนการขอใบอนุญาตการนำเข้าสำหรับสินค้าที่ประเทศไทยมีส่วนการส่งออกในระดับสูงและอยู่ในบังคับต้องขอใบอนุญาตภายใต้รัฐบัญญัติของประเทศศรีลังกา เช่น เนื้อสัตว์ รถยนต์ส่วนบุคคล รถกระบะ จักรยานยนต์ ชิ้นส่วนยานยนต์ และขอล้อรถจักรยานยนต์⁸⁸ เพื่อลดอุปสรรคและเพิ่มความสะดวกแก่ผู้ประกอบการของประเทศไทย

3.2 ข้อเสนอแนะแนวทางการเจรจาด้านการลงทุน

โดยข้อเสนอแนะในด้านดังกล่าวนี้มีประเด็นหลักอยู่ที่การครอบครองกิจการ และกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้องนอกเหนือจากกฎหมายส่งเสริมการลงทุน เพราะประเทศศรีลังกามีการส่งเสริมการลงทุนของชาวต่างชาติที่สูงอยู่แล้ว เช่น เปิดให้นักลงทุนชาวต่างชาติถือหุ้นทั้งหมดของกิจการได้ และหากเป็นการลงทุนในกิจการที่ BOI ส่งเสริมก็อาจได้รับสิทธิประโยชน์ทางธุรกิจบางประการอีกด้วย นอกจากนี้ยังมีมาตรการส่งเสริมการลงทุน ทั้งมาตรการภาษีและมาตรการส่งเสริมการลงทุนที่ไม่ใช่ภาษี เช่น การเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราเดียวกับประเทศอื่นที่อยู่ในภูมิภาคเดียวกับประเทศศรีลังกา การเปิดให้เช่าที่ดินระยะยาวโดยมีระยะเวลาสูงสุดกว่า 99 ปี เป็นต้น

ในส่วนของการครอบครองกิจการ แม้ประเทศศรีลังกาได้เปิดให้ผู้ลงทุนชาวต่างประเทศเข้าถือครองหุ้นร้อยละ 100 ในหลายประเภทกิจการแล้วก็ตาม แต่ก็ยังมีกิจการบางประเภทที่ประเทศศรีลังกาสงวนไว้ เช่น ในสาขาเหมืองแร่ และประมงที่ประเทศไทยมีศักยภาพเข้าไปลงทุน ประเทศศรีลังกาเปิดให้นักลงทุนชาวต่างชาติถือครองหุ้นได้เพียงร้อยละ 40 เท่านั้น แต่หากพิจารณาเงินลงทุนของนักลงทุนไทยเปรียบเทียบกับบริษัทในประเทศศรีลังกาพบว่าประเทศไทยมีเงินลงทุนที่สูงกว่า ดังนั้นจึงควรที่จะเจรจาในกิจการดังกล่าวเพื่อเพิ่มอัตราส่วนการถือครองหุ้น จึงจะส่งผลดีต่อการขยายการลงทุนของประเทศไทยในประเทศศรีลังกา

แนวทางการดำเนินการเจรจาในประเด็นของกฎระเบียบอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุน ได้แก่ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศไทยควรดำเนินการเจรจาเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้มีระดับการคุ้มครองที่มีมาตรฐาน เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้

⁸⁷ มูลนิธิสถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง, “โครงการศึกษาการจัดทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างไทยและศรีลังกา รายงานฉบับสมบูรณ์ด้านสินค้า และการบริการและการลงทุน” (กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2560) หน้า 3-44 และ หน้า 10-9 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

⁸⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10-8

แก่นักลงทุนของประเทศไทยที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศศรีลังกาว่าจะได้รับความคุ้มครองในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้มาตรฐาน โดยในปัจจุบันการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศศรีลังกาที่มีปัญหา ได้แก่ เครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ เนื่องมาจากการที่ประเทศศรีลังกาไม่ได้เข้าร่วมพิธีสารกรุงมาดริด (Madrid Protocol) ซึ่งเป็นความตกลงที่จัดตั้งระบบการยื่นคำขอจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศ มีการกำหนดกฎเกณฑ์การจดทะเบียนผ่านสำนักกระหว่างประเทศ (International Bureau หรือ IB) ขององค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่เจ้าของเครื่องหมายการค้าในการขอรับความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในต่างประเทศ ผู้จดทะเบียนไม่ต้องเตรียมคำขอสำหรับการยื่นในแต่ละประเทศโดยตรง สามารถยื่นคำขอที่สำนักงานต้นทาง สำหรับประเทศไทยยื่นผ่านกรมทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อระบุขอรับความคุ้มครองในภาคีสมาชิกพิธีสารมาดริดการที่ศรีลังกาไม่ได้เข้าร่วมพิธีสารกรุงมาดริดทำให้นักลงทุนที่ต้องการได้รับความคุ้มครองเครื่องหมายการค้าในศรีลังกาต้องยื่นคำขอจดทะเบียนขอรับความคุ้มครองสิทธิในเครื่องหมายการค้าที่สำนักงานทรัพย์สินทางปัญญาแห่งชาติของประเทศศรีลังกา (National Intellectual Property Office: NIPO) เท่านั้น ไม่สามารถยื่นคำขอที่สำนักงานต้นทาง

3.3 ข้อเสนอแนะแนวทางทางการบริการ

เนื่องด้วยสาขาบริการส่วนใหญ่ของประเทศศรีลังกานุญาตให้ถือครองกิจการได้ร้อยละ 100 ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรดำเนินการเจรจาให้ประเทศศรีลังกาเปิดเสรีสาขาบริการเพิ่มเติมในรูปแบบของ GATS Plus ทั้งใน Mode 1 Mode 2 และ Mode 3⁸⁹ เช่นเดียวกับที่ประเทศศรีลังกาได้จัดทำความตกลง FTA กับคู่เจรจาอื่นๆ โดยเจรจาให้ประเทศศรีลังกาเปิดเสรีเพิ่มเติมในสาขาที่ประเทศไทยมีศักยภาพในการแข่งขัน รวมถึงสาขาอื่นๆ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกการออกไปลงทุนในประเทศศรีลังกาของภาคธุรกิจไทย เช่น บริการด้านการเงิน บริการขนส่ง อันเป็นลักษณะการเปิดเสรีแบบ Positive List Approach กล่าวคือ เป็นการกำหนดประเภทของบริการที่จะเปิดเสรีเอาไว้

กรณี Mode 3 การข้ามพรมแดนของ “ผู้ให้บริการต่างชาติ” ที่เข้ามาจัดตั้งธุรกิจบริการ (Commercial Presence) พบว่าสาขาบริการส่วนใหญ่ของประเทศศรีลังกานุญาตให้ถือครองกิจการได้ร้อยละ 100 ประกอบกับการที่ประเทศไทยมีศักยภาพที่สูงกว่า จึงเสนอแนะให้ไม่ผูกพัน “Unbound” หรือผูกพันเท่าที่ระบุไว้ในข้อผูกพันที่ใช้เป็นการทั่วไป แต่กรณีสาขาที่ประเทศ

⁸⁹ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับ GATS ใน พรเทพ เบญญาอภิกุล, GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 35-63

ศรีลังกาไม่เปิดเสรีในปัจจุบัน ประเทศไทยควรเจรจาให้มีการเปิดเสรีเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมสำหรับอนาคต เช่น สาขาขนส่ง สาขาการประมง และสาขาเครื่องขายของอัตโนมัติ นอกจากนี้สำหรับการจัดทำข้อผูกพันที่ใช้สำหรับสาขาบริการเป็นการทั่วไป (Horizontal Commitments) ของประเทศไทยควรระบุข้อจำกัดด้านการจัดตั้งธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อให้การผูกพันการเปิดเสรีสาขาการค้าบริการเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

หากพิจารณา Mode 4 การข้ามพรมแดนของ “บุคคลต่างชาติ” เข้ามาให้บริการในดินแดนของสมาชิก (Presence of Natural Persons) พบว่าแรงงานส่วนใหญ่ของประเทศไทยมีศักยภาพสูงกว่าประเทศศรีลังกา แต่แรงงานประเทศศรีลังกามีค่าจ้างที่ถูกกว่า ดังนั้น หากผู้ประกอบการของประเทศไทยจะเข้าไปลงทุนในประเทศศรีลังกาควรดำเนินการเลือกใช้แรงงานท้องถิ่นเป็นหลัก และใช้แรงงานที่มีความเชี่ยวชาญของประเทศไทยในการวางแผนหรือแก้ไขปัญหาเป็นครั้งคราวเท่านั้น ทั้งนี้แม้ว่า BOI ของประเทศศรีลังกาจะอนุมัติให้แรงงานต่างชาติเข้าไปดำเนินการในประเทศศรีลังกาได้ แต่ก็ยังไม่มีข้อกำหนดที่ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นการเจรจาเปิดเสรีใน Mode 4 ของประเทศไทยจะเป็นประโยชน์ เพื่อให้เกิดความชัดเจน และสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักลงทุนไทยต่อไป

3.4 ข้อเสนอแนะการเจรจาด้านอื่นๆ

ประเด็นการจัดซื้อจัดจ้างโดยภาครัฐ (Government Procurement) เนื่องจากตามนโยบายการแข่งขันทางการค้าของประเทศศรีลังกาที่กำหนดนโยบายเพื่อต่อต้านการผูกขาดในระบบตลาด เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการของประเทศไทย สามารถที่จะเข้าไปดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐได้ ประเทศไทยจึงควรดำเนินแนวทางการเจรจาให้ประเทศศรีลังกาดำเนินการเปิดให้กระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐให้ผู้ประกอบการต่างประเทศสามารถเข้าไปดำเนินการตามโครงการต่างๆ เพื่อให้ผู้ประกอบการของประเทศไทยมีโอกาสแข่งขันกับผู้ประกอบการภายในประเทศศรีลังกาได้

4. ข้อจำกัดและอุปสรรคในการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา

ข้อจำกัดและอุปสรรคในการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา คือ การหยุดชะงักของการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกาเนื่องจากสถานการณ์ปัญหาภายในของประเทศศรีลังกาในปัจจุบันซึ่งถือเป็นวิกฤตเศรษฐกิจครั้งร้ายแรงที่สุดในรอบกว่า 70 ปี โดยประเทศศรีลังกา

ประสบปัญหาการขาดแคลนอาหาร การขาดแคลนทุนสำรองระหว่างประเทศ ปัญหาเงินเฟ้อ วิกฤตข้าวยากหามาแพง รวมถึงการขาดแคลนเชื้อเพลิง จนถึงขั้นที่รัฐบาลต้องสั่งหยุดขายน้ำมันให้กับยานพาหนะส่วนบุคคล สั่งปิดสถานศึกษาและหน่วยราชการเพื่อประหยัดน้ำมัน⁹⁰ ซึ่งวิกฤตเศรษฐกิจศรีลังกาในครั้งนี้มีสาเหตุหลักจากปัจจัยภายในประเทศ ทั้งการบริหารที่ล้มเหลวและปัญหาการทุจริตที่เป็นปัญหาเรื้อรังมานาน⁹¹

ประเทศศรีลังกามีกำหนดเป็นเจ้าภาพการประชุมเจรจา FTA ไทย – ศรีลังกา ครั้งที่ 3 ณ กรุงโคลัมโบ แต่เนื่องจากสถานการณ์การเมืองภายในประเทศและการปรับเปลี่ยนโครงสร้างภายในของศรีลังกาทำให้การเจรจาข้อตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกาหยุดชะงักไป หลังจากเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2561 ประเทศศรีลังกาได้เป็นเจ้าภาพจัดการประชุมการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา ครั้งที่ 1 โดยทั้งสองฝ่ายได้จัดทำแผนการเจรจาขึ้น ต่อมาเมื่อวันที่ 19-21 กันยายน 2561 ไทยได้เป็นเจ้าภาพจัดการประชุมการเจรจาข้อตกลงการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา ครั้งที่ 2 โดยทั้งสองฝ่ายได้แลกเปลี่ยนและหารือในร่างบทความตกลงฯ จำนวน 11 ข้อบท จากทั้งหมด 14 ข้อบท ซึ่งครอบคลุมทั้งการค้าสินค้า การค้าบริการ การลงทุน และความร่วมมือทางเศรษฐกิจ

เนื่องด้วยงานวิจัยอันเป็นพื้นฐานของบทความนี้ผู้เขียนได้ทำการวิจัยในปี พ.ศ. 2559 ซึ่งในขณะนั้นมีข้อน่าห่วงกังวลอยู่ว่าประเทศศรีลังกากำลังประสบปัญหาด้านการคลังทำให้การใช้จ่ายของรัฐบาล โดยเฉพาะในการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ รวมถึงโอกาสการลงทุนขนาดใหญ่ของประเทศศรีลังกาซึ่งเป็นการร่วมลงทุนระหว่างรัฐต่อรัฐ หรือการร่วมลงทุนระหว่างรัฐกับเอกชนลดลงไปด้วย ทั้งนี้ในปัจจุบันสถานการณ์ปัญหาด้านเศรษฐกิจของประเทศศรีลังกากลับทวีความรุนแรงขึ้น โดยประเทศศรีลังกากำลังประสบกับปัญหาการผิดนัดชำระหนี้พันธบัตรต่างประเทศเป็นมูลค่ากว่า 1.26 หมื่นล้านดอลลาร์สหรัฐและปัญหาอัตราเงินเฟ้อที่เพิ่มสูงขึ้นกว่าร้อยละ 50⁹² โดยปัญหาทั้งหมดถือเป็นวิกฤตเศรษฐกิจและการคลังของประเทศศรีลังกา ส่งผลให้เกิดการประท้วงจากประชาชนทั่วทั้งประเทศ ซึ่งส่งผลให้การเจรจาการค้าเสรีระหว่างไทย-ศรีลังกาอาจจะต้องมีการเลื่อนออกไปอีกในอนาคตโดยไม่มีกำหนด

⁹⁰ TNN Online, “ศรีลังกา เกิดอะไรขึ้น? สรุปล่าสุดในวิกฤตเศรษฐกิจแล้วร้ายบานปลายถึงขั้นปธน.ลาออก,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.tnnthailand.com/news/world/118903/> [12 กรกฎาคม 2565]

⁹¹ VOA เอเซีย, “เปิดพบเศรษฐกิจศรีลังกาล่มสลาย และก้าวต่อไปเพื่อฟื้นฟู,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.voathai.com/a/why-sri-lanka-s-economy-collapsed-and-what-s-next/6630652.html> [12 กรกฎาคม 2565]

⁹² The Standard, “‘ศรีลังกา’ จ่อผิดนัดชำระหนี้พันธบัตรต่างประเทศมูลค่า 1.26 หมื่นล้านดอลลาร์,” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://thestandard.co/sri-lanka-extending-foreign-bonds-payment/> [12 กรกฎาคม 2565]

5. บทสรุป

ความตกลงการค้าเสรี เป็นเครื่องมือที่สำคัญที่จะช่วยส่งเสริมและสนับสนุนการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการส่งออกซึ่งประเทศไทยเป็นประเทศที่อาศัยการส่งออกสินค้าในสัดส่วนที่สูง รวมถึงการส่งเสริมและสนับสนุนการบริการและการลงทุนระหว่างประเทศอีกด้วย การมีอยู่ของความตกลงการค้าเสรีส่งผลให้ผู้ประกอบการไทยได้รับประโยชน์จากการลดอัตราภาษีศุลกากรระหว่างประเทศคู่สัญญา ซึ่งภาระภาษีดังกล่าวถือเป็นต้นทุนที่สำคัญของการดำเนินกิจการส่งออกและนำเข้าสินค้า นอกจากนี้ผู้ประกอบการยังได้รับประโยชน์จากการลดลงของอุปสรรคทางการค้าที่มีใช้ภาษีระหว่างประเทศคู่สัญญา รวมถึงการลดอุปสรรคในภาคการบริการและยังเป็นการส่งเสริมความสัมพันธ์ทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศคู่สัญญา จึงเป็นการสร้างโอกาสแก่ผู้ประกอบการในการขยายธุรกิจระหว่างประเทศ ซึ่งทั้งหมดนี้จะส่งผลกระทบในเชิงบวกต่อเศรษฐกิจของประเทศ

ภาครัฐของประเทศไทยกำลังดำเนินนโยบายสำคัญเกี่ยวกับการจัดทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศต่างๆ เพิ่มขึ้น เพื่อดำเนินการลดอุปสรรคและขยายการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศ เนื่องจากการไม่มีความตกลงการค้าเสรีกับประเทศคู่ค้า หรือการที่ไทยถูกตัดสิทธิพิเศษทางศุลกากรเป็นการทั่วไปจากประเทศพัฒนาแล้ว เช่น สหภาพยุโรป หรือญี่ปุ่น ย่อมส่งผลกระทบทางลบแก่ผู้ประกอบการของไทยและเป็นอุปสรรคต่ออัตราการขยายตัวด้านการส่งออก ดังนั้น การจัดทำความตกลงการค้าเสรีกับประเทศศรีลังกาซึ่งเป็นประเทศซึ่งยังคงได้รับสิทธิพิเศษทางศุลกากรเป็นการทั่วไปจากประเทศต่างๆ ซึ่งเป็นประเทศคู่ค้าสำคัญของประเทศไทย จึงเป็นแนวทางสำคัญที่จะช่วยลดผลกระทบและอุปสรรคการส่งออกแก่ผู้ประกอบการของประเทศไทยให้มีความสามารถในการแข่งขันกับประเทศอื่นได้ นอกจากนี้ในส่วนด้านการบริการและการลงทุน การที่ศรีลังกาอยู่ภายใต้ยุทธศาสตร์ One Belt One Road ของจีนและมีทำเลที่ตั้งที่เหมาะสม รวมถึงนโยบายเศรษฐกิจเสรีของศรีลังกาย่อมเป็นผลดีต่อการลงทุนของไทย จึงเป็นโอกาสที่ดีในการส่งเสริมการค้าและการลงทุนระหว่างกันจึงสรุปได้ว่า “ประเทศไทยควรมีความตกลงการค้าเสรีกับศรีลังกาเพื่อเปิดเสรีในด้านการค้าสินค้า รวมถึงด้านบริการและการลงทุน” โดยแนวทางการเจรจาในส่วนของการค้าสินค้านี้มีประเด็นที่สำคัญ ดังนี้ (1) แนวทางปรับลดภาษีที่เกี่ยวข้องกับการส่งออกและนำเข้าสินค้า (2) การลดอุปสรรคทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี เช่น การจัดทำความตกลงยอมรับร่วม (Mutual Recognition Arrangement: MRA) ซึ่งเป็นการทำความตกลงเพื่อยอมรับผลการตรวจสอบผลิตภัณฑ์ของประเทศสมาชิกอื่นว่าเป็นไปตามมาตรฐานโดยไม่ต้องทำการตรวจสอบซ้ำอีก ซึ่งจะส่งผลดีต่อสินค้าไทยที่จะส่งออกไปยังศรีลังกาเนื่องจากมาตรฐานสินค้าส่วนใหญ่ของไทยสูงกว่า

ศรีลังกาและใช้มาตรการฐานสากลในการรับรอง และ (3) กฎว่าด้วยถิ่นกำเนิดสินค้าที่เหมาะสม ส่วนแนวทางการเจรจาภาคบริการและการลงทุน ควรเจรจาให้ศรีลังกาเปิดเสรีสาขาบริการเพิ่มเติม ในรูปแบบของ GATS Plus ทั้งใน Mode 1 Mode 2 และ Mode 3 เช่นเดียวกับที่ศรีลังกาได้จัดทำความตกลง FTA กับคู่เจรจาอื่นๆ โดยเจรจาให้ศรีลังกาเปิดเสรีเพิ่มเติมในสาขาที่ประเทศไทยมีศักยภาพในการแข่งขัน รวมถึงสาขาอื่นๆ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกการออกไปลงทุนในศรีลังกาของภาคธุรกิจไทย เช่น บริการด้านการเงิน บริการขนส่ง สำหรับ Mode 4 พบว่า แรงงานส่วนใหญ่ของไทยมีศักยภาพสูงกว่าศรีลังกา ขณะที่แรงงานของศรีลังกามีค่าจ้างที่ถูกกว่าไทยโดยเปรียบเทียบ ดังนั้น ผู้ประกอบการไทยที่ไปลงทุนในศรีลังกาสามารถเลือกใช้แนวทางบริหารจัดการแรงงาน โดยใช้แรงงานท้องถิ่นศรีลังกาเป็นหลัก

แม้สามารถสรุปได้ว่า “ประเทศไทยควรมีความตกลงการค้าเสรีกับศรีลังกาเพื่อเปิดเสรีในด้านการค้าสินค้า รวมถึงด้านบริการและการลงทุน” แต่อุปสรรคสำคัญอย่างสภาวะการณ์ของประเทศศรีลังกาได้ส่งผลกระทบต่อความคืบหน้าของการเจรจาที่ได้มีการเริ่มเจรจาระหว่างประเทศไทยและประเทศศรีลังกาไปแล้ว โดยในปัจจุบัน การประชุมเจรจา FTA ไทย – ศรีลังกา ครั้งที่ 3 ณ กรุงโคลัมโบ ที่ประเทศศรีลังกามีกำหนดเป็นเจ้าภาพการได้เลื่อนออกไปอย่างไม่มีกำหนด หลังจากการเจรจาความตกลงการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยและศรีลังกา ครั้งที่ 2 ที่เกิดขึ้นในวันที่ 19-21 กันยายน 2561 ซึ่งทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการแลกเปลี่ยนและหารือเกี่ยวกับร่างบทความตกลงการค้าเสรีจำนวน 11 ข้อบท จาก 14 ข้อบท สำหรับกรณีการค้าสินค้าซึ่งเป็นประเด็นสำคัญนั้น ทั้งสองประเทศสามารถที่จะเจรจาให้มีการลดหรือยกเลิกภาษีระหว่างกัน โดยเห็นพ้องให้ดำเนินการเจรจาทุกรายการสินค้า อาจจะมีการกำหนดดยกเว้นไว้ในส่วนของรายการสินค้าอ่อนไหว สำหรับด้านการค้าบริการ ทั้งสองประเทศสามารถที่จะตกลงแลกเปลี่ยนกันในข้อเรียกร้องที่ทั้งสองฝ่ายเสนอและเห็นชอบครอบคลุมเกือบทุกข้อบท และสุดท้ายในส่วนของการลงทุนที่สามารถสรุปข้อบทการลงทุนโดยเห็นชอบให้ครอบคลุมในประเด็นการเปิดเสรี การอำนวยความสะดวก การคุ้มครองการลงทุน นอกจากนี้ยังตกลงที่จะแลกเปลี่ยนข้อเรียกร้องการเปิดตลาดบริการ (Request List) ในการเจรจาหารือครั้งที่ถัดไป รวมถึงเห็นพ้องให้มีการดำเนินการทำบันทึกข้อตกลงความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) การพัฒนาความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจ ครอบคลุมความร่วมมือสาขาพื้นฐาน 10 สาขา⁹³ ทั้งนี้ ณ ปัจจุบัน สำหรับความคืบหน้าการเจรจาความตกลงการค้าเสรีของประเทศไทย - ศรีลังกา ตามข้อมูลของกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ เมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2564

⁹³ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, “FTA ไทย - ศรีลังกา (ความเป็นมา-ประโยชน์-สถานะล่าสุด) (มิถุนายน 2564)”, [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.dtn.go.th/negotiation/fta-ไทย-ศรีลังกา-ความเป็นมา-ประโยชน์-สถานะล่าสุด-มิถุนายน-2564-?cate=60f544bbef41409b9a775940> [1 มิถุนายน 2565]

ระบุว่าขณะนี้เนื่องจากสถานการณ์การเมืองภายในประเทศศรีลังกา รวมถึงการปรับเปลี่ยนโครงสร้างภายในของประเทศ ส่งผลให้การเจรจาการค้าเสรีไทย-ศรีลังกา จำเป็นต้องหยุดชะงักไป แต่ทั้งนี้เนื่องด้วยคุณสมบัติของประเทศศรีลังกาหลายประการ เช่น การเป็นฐานสำหรับการเข้าไปสู่ตลาดของประเทศเอเชียได้อย่าง อินเดีย หรือการมีทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นที่ดิน การเกษตร หรือพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่อุดมสมบูรณ์ อีกทั้งศรีลังกาเป็นประเทศที่อยู่ภายใต้ยุทธศาสตร์ One Belt One Road ของประเทศจีน จึงมีแนวโน้มของการขยายตัวทางเศรษฐกิจที่เพิ่มขึ้น สรุปได้ว่า การเจรจาดังกล่าวไม่ควรที่จะต้องล้มเลิกไปเพราะปัญหาต่างๆที่ประเทศศรีลังกากำลังเผชิญในปัจจุบัน ทั้งนี้อาจเป็นเพียงการชะลอการเจรจาออกไป ซึ่งประเทศไทยควรเตรียมพร้อมเข้าร่วมการประชุมเจรจาจัดทำความตกลงการค้าเสรีประเทศไทย-ศรีลังกาทันทีเมื่อประเทศศรีลังกามีความพร้อมที่จะกลับเข้าสู่กระบวนการเจรจาเพื่อเป็นการเร่งขยายโอกาสและลดอุปสรรคทางการค้าและการลงทุนระหว่างสองประเทศ และเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อผู้ประกอบการและเศรษฐกิจของประเทศต่อไป

ปัญหาการจัดเก็บภาษีในธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้
กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม*

Taxation Issues in Cryptocurrency Transactions under
Value Added Tax law

นภัทรธมณต์ ไก่แก้ว
Napattamon Kaikaew

นิสิตในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330
LL.M Candidate
Faculty of Law, Chulalongkorn University, Phayathai Road, Pathumwan, Bangkok 10330
Corresponding author E-mail: Napattamon.k@gmail.com
(Received: April 5, 2022; Revised: July 21, 2022; Accepted: July 25, 2022)

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน การซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีส่วนใหญ่อยู่ในลักษณะการลงทุนเพื่อหา
กำไร และกฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่มตามประมวลรัษฎากรตีความคริปโทเคอร์เรนซีเป็นบริการทาง
อิเล็กทรอนิกส์ (e-Service) ประเภทหนึ่ง ซึ่งมีความไม่เหมาะสมหลายประการ ปัญหาประการ
สำคัญ คือ ด้วยลักษณะเฉพาะของคริปโทเคอร์เรนซีไม่อาจตีความเป็นสินค้าหรือบริการภายใต้
กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่มได้ อีกทั้ง กระบวนการในทางปฏิบัติบางประการของกฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม
ไม่อาจบังคับใช้กับธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีได้จริง เช่น การออกไปกำกับภาษี นอกจาก
นั้น ลักษณะของการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่ใช้การเพิ่มมูลค่าในแต่ละขั้นการผลิต การจำหน่าย หรือ
การให้บริการซึ่งเป็นลักษณะสำคัญของระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม ธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซี

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาการจัดเก็บภาษีในธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้
กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม” หลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

เป็นธุรกรรมที่กระทำผ่านตัวกลางทำให้ไม่สามารถการระบุตัวตนของผู้ซื้อและผู้ขาย ส่งผลให้การบังคับและตรวจสอบผู้ประกอบการเพื่อจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มรวมถึงการออกเอกสารทางภาษีมูลค่าเพิ่มเป็นไปได้ยาก บทความวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาปัญหาความไม่เหมาะสมอันเกิดจากการตีความ คริปโทเคอร์เรนซีให้อยู่ภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่มของประเทศไทย และพิจารณาแนวทางการจัดเก็บภาษีบริโภคประเภทอื่น ที่อาจมีความเหมาะสมมากกว่า และจากการศึกษาพบว่า หากพิจารณาให้ธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีอยู่ภายใต้ระบบภาษีธุรกิจเฉพาะ ซึ่งเป็นการจัดเก็บภาษีเป็นรายธุรกรรม (Transaction Tax) จะมีความเหมาะสมมากกว่า ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะให้ธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีอยู่ภายใต้ระบบภาษีธุรกิจเฉพาะ

คำสำคัญ : คริปโทเคอร์เรนซี, ภาษีมูลค่าเพิ่ม, ภาษีธุรกิจเฉพาะ, ภาษีธุรกรรมทางการเงิน

Abstract

Most cryptocurrency exchanges are in the form of profitable investments. The VAT law under the Revenue Code interprets cryptocurrencies as a type of electronic service (e-Service), which is in many ways inappropriate. The main issue is that cryptocurrencies, due to their unique nature, cannot be interpreted as goods or services under VAT law. Furthermore, some practical VAT procedures may not apply to cryptocurrency transactions. And the nature of cryptocurrency trading does not include the added value of each manufacturing, distribution, or service chain, which is an important aspect of VAT collection. As a result, enforcing and inspecting entrepreneurs for VAT registration, including issuing VAT documents, is difficult. The purpose of this research paper is to look into the issue of inappropriateness that has arisen as a result of the interpretation of cryptocurrencies under Thailand's VAT law, as well as to consider other types of consumption tax collection that may be more appropriate. According to the findings of the study, a Specific Business Tax system which is taxed on a per-transaction basis is more appropriate for cryptocurrency trading transactions. As a result, the author therefore recommends that cryptocurrency trading transactions should be subject to a Specific Business Tax system.

Keywords : Cryptocurrency, Value Added Tax, Specific Business Tax, Financial Transaction Tax

1. บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบัน แม้คริปโทเคอร์เรนซีได้รับความนิยมอย่างมาก แต่หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้วกลับพบว่าในประเทศไทยมีกฎหมายเพียงฉบับเดียวที่บัญญัติถึงนิยามของคริปโทเคอร์เรนซีไว้เป็นการเฉพาะ คือ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งได้จัดประเภทของคริปโทเคอร์เรนซีว่าเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทหนึ่ง¹ และให้ค่านิยามคริปโทเคอร์เรนซีไว้²

สำหรับประมวลรัษฎากรนั้น มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 ซึ่งบังคับใช้เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2564 โดยแก้ไขนิยามคำว่า “สินค้า” และเพิ่มนิยามคำว่า “บริการทางอิเล็กทรอนิกส์” ซึ่งหากพิจารณาแล้ว สรุปได้ว่า จากเดิมที่คริปโทเคอร์เรนซีถือเป็นสินค้า ในปัจจุบันไม่ถือเป็นสินค้าตามประมวลรัษฎากรอีกต่อไป แต่ถือเป็นบริการทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่งตามมาตรา 77/1(10/1) แห่งประมวลรัษฎากรอันอยู่ภายใต้บทบัญญัติของภาษีมูลค่าเพิ่ม ซึ่งทำให้เกิดปัญหาสำคัญ ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของคริปโทเคอร์เรนซีว่าสมควรพิจารณาเป็นสินค้า บริการ หรือบริการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่

2. ปัญหาว่าลักษณะมูลค่าของคริปโทเคอร์เรนซีไม่ใช้การเปลี่ยนแปลงอย่างการขายหรือให้บริการที่เพิ่มขึ้นในแต่ละขั้นการผลิต การจำหน่าย หรือการให้บริการ (Value Added) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม

¹ มาตรา 3 พระราชกำหนดประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล “สินทรัพย์ดิจิทัล” หมายความว่า คริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล

² มาตรา 3 พระราชกำหนดประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล “คริปโทเคอร์เรนซี” หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีความประสงค์ที่จะใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล และให้หมายความรวมถึงหน่วยข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์อื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

3. ปัญหาเกี่ยวกับการระบุตัวตนของผู้ซื้อและผู้ขายซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาประการที่ 4 ถึง 6 ต่อไป

4. ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม

5. ปัญหาเกี่ยวกับการบังคับให้ผู้ขายต้องออกเอกสารภาษีมูลค่าเพิ่ม

6. ปัญหาเรื่องการคำนวณหรือการหาต้นทุนของคริปโทเคอร์เรนซีที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้เหมือนธุรกรรมซื้อขายสินค้าหรือให้บริการภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่มทั่วไป

ผู้เขียนจึงเห็นว่า การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีเป็นการยากและไม่เหมาะสมกับสภาพของธุรกรรม จึงทำการศึกษาความเหมาะสมในการพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (Financial Product) รูปแบบหนึ่งซึ่งถูกจัดเก็บภาษีเป็นรายธุรกรรม (Financial Transaction Tax) อันอยู่ภายใต้การจัดเก็บภาษีในรูปแบบภาษีธุรกิจเฉพาะซึ่งมีความเหมาะสมมากกว่า

1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

1) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ วัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม

2) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์ วัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ

3) เพื่อศึกษาสถานะและการพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้ภาษีมูลค่าเพิ่มตามประมวลรัษฎากร

4) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์การพิจารณาสินค้าหรือบริการอันอยู่ภายใต้บทบัญญัติภาษีมูลค่าเพิ่ม และศึกษาหลักเกณฑ์การพิจารณาผลิตภัณฑ์ทางการเงินอันอยู่ภายใต้บทบัญญัติภาษีธุรกิจเฉพาะ เพื่อพิจารณาว่าคริปโทเคอร์เรนซีควรอยู่ภายใต้ภาษีมูลค่าเพิ่มหรือภาษีธุรกิจเฉพาะ

5) เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงประมวลรัษฎากรสำหรับการจัดเก็บภาษีการบริโภคของคริปโทเคอร์เรนซี

1.3 สมมติฐาน

การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่เหมาะสม รัฐควรจัดเก็บในรูปแบบภาษีธุรกิจเฉพาะ เพราะมีความเหมาะสมกับลักษณะของธุรกรรมมากกว่า

1.4 ระเบียบวิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูล วิเคราะห์ตีความกฎหมาย หนังสือคำอธิบายเอกสารตำรา แนวคำพิพากษาศาลฎีกา หนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากร บทความในวารสารกฎหมาย บทความในวารสารกรมสรรพากร ตลอดจนเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งจากของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาวิเคราะห์เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะต่อไป

1.5 ขอบเขตการวิจัย

ศึกษานิยาม หลักเกณฑ์ และปัญหาในการตีความคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้ประมวลรัษฎากร ซึ่งในปัจจุบันประเด็นทางกฎหมายภาษีอากรเกี่ยวกับคริปโทเคอร์เรนซีมีหลายประเด็น ทั้งภาษีเงินได้ ภาษีการบริโภค และภาษีทรัพย์สิน บทความนี้ ผู้เขียนจะศึกษาเฉพาะประเด็นภาษีการบริโภคที่เกี่ยวข้องกับคริปโทเคอร์เรนซีเท่านั้น โดยศึกษาวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะเพื่อนำมาพิจารณาว่าคริปโทเคอร์เรนซีควรเป็นสินค้าหรือบริการภายใต้ภาษีมูลค่าเพิ่ม หรือควรเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (Financial Product) ชนิดหนึ่งที่สมควรถูกจัดเก็บภาษีธุรกรรมการเงิน (Financial Transaction Tax) ภายใต้ภาษีธุรกิจเฉพาะ อีกทั้ง ศึกษาการตีความสถานะคริปโทเคอร์เรนซีตามกฎหมายต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศอิตาลี และประเทศแอฟริกาใต้

2. ลักษณะและธุรกรรมซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี

บทความฉบับนี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงปัญหาการจัดเก็บภาษีในธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม ซึ่งการจะพิจารณาปัญหาทางภาษีอากรได้นั้นจำเป็นต้องศึกษาลักษณะเฉพาะของคริปโทเคอร์เรนซีและธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีก่อน ทั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การพิจารณาประกอบกับหลักการภาษีมูลค่าเพิ่มว่าแท้จริงแล้วธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีสมควรอยู่ภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่มหรือไม่ โดยหัวข้อที่ 2 นี้ ผู้เขียนจะสรุปถึงลักษณะของคริปโทเคอร์เรนซีที่ไม่สามารถระบุตัวตนผู้ซื้อและผู้ขายได้ (2.1) ลักษณะธุรกรรมซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี (2.2)

2.1 ลักษณะของคริปโทเคอร์เรนซีที่ไม่สามารถระบุตัวตนผู้ซื้อและผู้ขายได้

1) การเข้ารหัสเพื่อรักษาความปลอดภัย (Cryptography)

คริปโทเคอร์เรนซีได้นำระบบการเข้ารหัสข้อมูล (Cryptography) มาใช้ในการทำงานของระบบ ได้แก่ ใช้สร้างรหัสผ่านส่วนตัวและเลขบัญชีส่วนตัว³ ใช้ในการทำธุรกรรม หากผู้ใช้งานต้องการทำธุรกรรมการโอนหรือรับคริปโทเคอร์เรนซี จะต้องใช้ทั้งเลขที่บัญชีและรหัสผ่านส่วนตัวเพื่อให้ระบบตรวจสอบยืนยันความถูกต้องด้วยการเข้ารหัสข้อมูล⁴ และใช้ในการรักษาความปลอดภัยในการเก็บข้อมูล โดยระบบจะทำการเก็บข้อมูลด้วยระบบบล็อกเชน (Blockchain) ซึ่งมีลักษณะคล้ายกล่องเก็บข้อมูลที่อยู่ในรูปแบบอิเล็กทรอนิกส์

2) ไม่สามารถระบุตัวตนเจ้าของบัญชีได้ (Anonymity)

แม้จะมีการเปิดเผยรายละเอียดข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรมบิตคอยน์ที่เกิดขึ้นทุกธุรกรรมผ่านระบบบัญชีสาธารณะ (Public Ledger) เพื่อกระจายอำนาจการตรวจสอบและยืนยันความถูกต้องของธุรกรรม แต่ระบบบิตคอยน์ที่ถูกออกแบบไว้ไม่สามารถระบุตัวตนเจ้าของบัญชีได้ (Anonymity) ซึ่งแตกต่างจากธุรกรรมที่ทำผ่านธนาคารหรือสถาบันการเงินแบบเดิมที่ต้องอาศัยบุคคลที่สามที่น่าเชื่อถือในการทำธุรกรรมทั้งหมด

3) ระบบกุญแจสาธารณะ (Public Key) และกุญแจส่วนตัว (Private Key)

ระบบเหรียญดิจิทัลหรือคริปโทเคอร์เรนซินั้นเปรียบเสมือนสายมือชื่อดิจิทัลที่ร้อยเรียงต่อกันเป็นเส้น (chain) โดยเจ้าของแต่ละรายจะส่งต่อเหรียญดิจิทัลไปยังผู้รับอีกรายหนึ่งผ่านการระบุรหัสแฮช (hash) ของธุรกรรมก่อนหน้าพร้อมกับระบุรหัสกุญแจสาธารณะ (Public Key) ของเจ้าของรายถัดไป โดยดำเนินการเช่นนี้ซ้ำไปเรื่อย ๆ จนสิ้นสุดทอดการซื้อขาย โดยผู้ซื้อเหรียญดิจิทัลหรือคริปโทเคอร์เรนซีสามารถยืนยันการทำรายการเพื่อรับคริปโทเคอร์เรนซีได้โดยการยืนยันลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์เพื่อยืนยันความเป็นเจ้าของคริปโทเคอร์เรนซีในธุรกรรมนั้น⁵

ปัญหาที่มักเกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมการโอนคริปโทเคอร์เรนซี คือ ผู้ซื้อไม่สามารถยืนยันได้ว่าเจ้าของคริปโทเคอร์เรนซีทำการจ่ายคริปโทเคอร์เรนซีซ้ำซ้อน (double-spend) หรือไม่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้นี้สามารถแก้ไขได้โดยการใช้ผู้มีอำนาจควบคุมมาเป็นตัวกลางเพื่อตรวจสอบ

³ เรื่องเดียวกัน

⁴ Satoshi Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System," [online] Available from : <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> [3 January 2022]

⁵ เรื่องเดียวกัน

ทุกธุรกรรมที่เกิดขึ้นว่ามีการส่งจ่าย คริปโทเคอร์เรนซีซ้ำซ้อน (double-spend) หรือไม่ แต่อย่างไรก็ดี การแก้ไขปัญหาด้วยวิธีดังกล่าวนี้จะส่งผลให้ทุกธุรกรรมการโอนคริปโทเคอร์เรนซีต้องดำเนินการผ่านตัวกลางที่เข้ามามีอำนาจควบคุมเช่นเดียวกับธนาคาร⁶

จากปัญหาดังกล่าว ทำให้เกิดกลไกการใช้ตัวกลางที่ทำให้เจ้าของบัญชีสามารถเข้าไปดูข้อมูลและทำธุรกรรมในบัญชีที่จัดเก็บคริปโทเคอร์เรนซีบนบล็อกเชนได้ ซึ่งตัวกลางนั้นเรียกว่า “กระเป๋าสเงินคริปโทเคอร์เรนซี (Cryptocurrency Wallet)” ซึ่งเปรียบเสมือนกุญแจที่ทำให้เจ้าของบัญชีสามารถเข้าถึงตู้รับยืมอิเล็กทรอนิกส์ของตนเองได้ โดยกระเป๋าสเงินคริปโทเคอร์เรนซีจะประกอบไปด้วยกุญแจ 2 ชนิด ได้แก่ กุญแจสาธารณะ (Public Key) และกุญแจส่วนตัว (Private Key) ซึ่งกุญแจแต่ละประเภททำหน้าที่แตกต่างกันเพื่อรักษาความปลอดภัยของบัญชี โดยกุญแจสาธารณะ (Public Key) เปรียบเสมือนเลขบัญชีธนาคารของเจ้าของบัญชี เจ้าของบัญชีสามารถให้กุญแจสาธารณะ (Public Key) แก่บุคคลอื่นเพื่อให้บุคคลอื่นสามารถโอนคริปโทเคอร์เรนซีเข้าสู่บัญชีของตนได้ ส่วนกุญแจส่วนตัว (Private Key) เปรียบเสมือนรหัสผ่านเข้าบัญชีธนาคารของเจ้าของบัญชีซึ่งจะมีเพียงเจ้าของบัญชีผู้เดียวเท่านั้นที่ทราบรหัสผ่านดังกล่าว ซึ่งโดยปกติรหัสผ่านกุญแจส่วนตัว (Private Key) จะมีลักษณะเป็นตัวอักษรปะปนกับตัวเลขและความยาวค่อนข้างมาก เช่น 6bc87f0a158de02e32qc8o35 หรือปัจจุบันมีการปรับเปลี่ยนให้สามารถจำได้ง่ายขึ้นโดยใช้คำศัพท์ภาษาอังกฤษเรียงกัน 12 คำ เช่น dog apple egg rain smile big eye friend you king boy love เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี หากมีบุคคลอื่นนอกจากเจ้าของบัญชีทราบรหัสกุญแจส่วนตัว (Private Key) ย่อมส่งผลให้บุคคลอื่นนั้นสามารถเข้าทำธุรกรรมบนบัญชีนั้น ๆ ได้ และนอกจากนี้ หากเจ้าของบัญชีลืมรหัสกุญแจส่วนตัวเสียเอง ก็จะทำให้คริปโทเคอร์เรนซีที่เก็บไว้ในกระเป๋าสเงินอิเล็กทรอนิกส์นั้นหายไปในระบบตลอดกาล ไม่สามารถกู้รหัสผ่านคืนได้อย่างบัญชีธนาคาร ดังนั้น การรักษารหัสกุญแจส่วนตัว (Private Key) จึงมีความสำคัญกับความปลอดภัยของบัญชีคริปโทเคอร์เรนซีอย่างมาก⁷

จากปัญหาความยุ่งยากในการรักษารหัสกุญแจส่วนตัว (Private Key) ที่กล่าวไปข้างต้น ทำให้เกิดการใช้งานกระเป๋าสเงินคริปโทเคอร์เรนซีรูปแบบใหม่ ได้แก่ Hot Wallet และ Cold Wallet โดย Hot Wallet คือ Wallet ที่เชื่อมต่อกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเกือบตลอดเวลา โดยมีข้อดี คือ สะดวกต่อการใช้งาน เหมาะกับกลุ่มนักลงทุนที่ต้องซื้อขายหรือโอนคริปโทเคอร์เรนซีบ่อยครั้ง โดย

⁶ เรื่องเดียวกัน

⁷ ลงทุนแมน, “สรุป Crypto Wallet ทุกรูปแบบที่นักลงทุนคริปโทควรรู้จัก” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.longtunman.com/32455> [2 กรกฎาคม 2565]

การใช้งาน Hot Wallet ที่นักลงทุนนิยมใช้ คือ Web Wallet หรือกระเป๋าเงินบนเว็บไซต์ซึ่งมักพบได้ในการทำธุรกรรมซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีผ่านศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) เช่น Bitkub, Binance, Zipmex และ Upbit เป็นต้น โดยการใช้งาน Web Wallet นี้ ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) จะเป็นผู้รักษารหัสกุญแจส่วนตัว (Private Key) ของผู้ใช้งาน โดยผู้ใช้งานจะมีเพียงหน้าที่ในการจดจำรหัสผู้ใช้ (username) และรหัสผ่านของเว็บไซต์นั้น ๆ เท่านั้น นอกจากนี้ Hot Wallet อีกประเภทหนึ่งที่มีความนิยมจากนักลงทุน คือ Mobile Wallet ซึ่งเป็นกระเป๋าเงิน Hot Wallet ในรูปแบบแอปพลิเคชัน (application) ที่ทำหน้าที่เก็บรหัสกุญแจส่วนตัว (Private Key) บนโทรศัพท์ของนักลงทุน ทำให้สะดวกต่อการใช้งาน และสามารถสำรองข้อมูล (back up) ข้อมูลได้

ดังนั้น เมื่อนักลงทุนใช้บริการศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) นักลงทุนไม่จำเป็นต้องใช้รหัสกุญแจส่วนตัว (Private Key) ในการเข้าถึงสินทรัพย์ที่ถูกโอนมายังบัญชีของตน เนื่องจากกุญแจสาธารณะ (Public key) หรือที่อยู่ของแต่ละเหรียญบนบัญชีของนักลงทุนจะถูกผูกกับรหัสกุญแจส่วนตัว (Private key) ของศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) โดยอัตโนมัติ ดังนี้ เมื่อผู้อื่นทำการโอนคริปโทเคอร์เรนซีมายังที่อยู่ที่ถูกต้องของนักลงทุน คริปโทเคอร์เรนซีนั้นจะถูกส่งเข้าสู่กระเป๋าคริปโทเคอร์เรนซีหรือบัญชีของนักลงทุนทันที โดยที่นักลงทุนไม่ต้องทำการใส่ข้อมูลหรือรหัสใด ๆ เพื่อเข้าถึงสินทรัพย์ที่ถูกโอนมาอีก⁸

จากการศึกษาระบบกุญแจสาธารณะ (Public Key) และกุญแจส่วนตัว (Private Key) ข้างต้น แสดงให้เห็นว่า แม้ลักษณะเฉพาะของคริปโทเคอร์เรนซีในระบบบล็อกเชนจะเป็นความลับไม่สามารถระบุตัวตนเจ้าของบัญชีได้ (Anonymity) เนื่องจากดำเนินธุรกรรมผ่านระบบการเข้ารหัสข้อมูล (Cryptography) ซึ่งส่งผลให้ผู้โอนและผู้รับโอนคริปโทเคอร์เรนซีไม่ทราบตัวตนที่แท้จริงของอีกฝ่ายหนึ่ง แต่หากเป็นกรณีนักลงทุนเลือกดำเนินธุรกรรมซื้อขายหรือโอนคริปโทเคอร์เรนซีผ่านศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นตัวกลางจับคู่ซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซี ซึ่งนักลงทุนจำเป็นต้องเปิดเผยรหัสกุญแจสาธารณะ (Public Key) ที่เปรียบเสมือนเลขบัญชีธนาคารของเจ้าของบัญชีให้แก่ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) และต้องผูกรหัสกุญแจส่วนตัว (Private Key) ไว้กับศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) ด้วย การดำเนินการผ่านศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลเช่นนี้จึงส่งผลให้ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลทราบข้อมูลของนักลงทุน

⁸ Bitkub Support, “Public และ Private Key คืออะไร” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://support.bitkub.com/hc/th/articles/360032564912-Public-และ-Private-Key-คืออะไร> [2 กรกฎาคม 2565]

ทั้งหมดว่าธุรกรรมที่เกิดขึ้นแต่ละธุรกรรมนั้นเจ้าของกุญแจสาธารณะ (Public Key) ไคออนคริปโทเคอร์เรนซี และเจ้าของกุญแจสาธารณะ (Public Key) รับโอนคริปโทเคอร์เรนซี

เพราะฉะนั้น หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนคริปโทเคอร์เรนซี ผู้โอนและผู้รับโอนยังคงไม่ทราบว่าคู่สัญญาของตนคือผู้ใดเนื่องจากทั้งสองฝ่ายไม่ได้ทำธุรกรรมกันเอง แต่ผู้ทำหน้าที่จับคู่ให้เกิดการซื้อขาย คือ ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) ดังนั้น ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน ตัวตนของทั้งสองฝ่ายจึงยังคงเป็นความลับระหว่างกัน แต่หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้โอนหรือผู้รับโอนและศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) กรณีนี้ ตัวตนของผู้โอนหรือผู้รับโอนจะไม่เป็นความลับแต่อย่างใด ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) สามารถทราบการเคลื่อนไหวทางธุรกรรมและข้อมูลส่วนตัวของผู้โอนหรือผู้รับโอนได้ทุกครั้งที่มีการทำธุรกรรมการโอนคริปโทเคอร์เรนซี

2.2 ลักษณะธุรกรรมซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี

ในประเทศไทย การซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีโดยผ่านตัวกลางอยู่ภายใต้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 โดยธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ได้แก่ การกระทำความ 1) ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล 2) นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล 3) ผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล 4) กิจการอื่นที่เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต

1) การซื้อขายผ่านศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange)

หากเป็นกรณีซื้อขายผ่านศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange)⁹ ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลจะทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางที่จัดให้มีการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัล โดยการจับคู่หรือหาคู่สัญญาให้ หรือการจัดระบบหรืออำนวยความสะดวกให้ผู้ซึ่งประสงค์จะซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถทำความตกลงหรือจับคู่กันได้¹⁰ โดยทำธุรกรรมผ่านทางช่องทาง (Platform) ต่าง ๆ ที่ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลกำหนด เช่น แอปพลิเคชัน Bitkub ของบริษัท บิทคับ ออนไลน์ จำกัด เป็นต้น

⁹ มาตรา 3 พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 “ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล” หมายความว่า ศูนย์กลางหรือเครือข่ายใด ๆ ที่จัดให้มีขึ้นเพื่อการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัล โดยการจับคู่หรือหาคู่สัญญาให้ หรือการจัดระบบหรืออำนวยความสะดวกให้ผู้ซึ่งประสงค์จะซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลสามารถทำความตกลงหรือจับคู่กันได้ โดยกระทำการเป็นทางค้าปกติ แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงศูนย์กลางหรือเครือข่ายในลักษณะที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด

¹⁰ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “ผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.sec.or.th/TH/pages/lawandregulations/digitalassetbusiness.aspx#Daforms> [28 กุมภาพันธ์ 2565]

ส่วนการชำระราคานั้น เมื่อการจับคู่สำเร็จระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย กล่าวคือ ราคาที่ตั้งขายกับราคาที่ตั้งซื้อไว้ตรงกัน จำนวนเงินที่ผู้ซื้อตั้งไว้นั้นก็จะถูกโอนไปยังผู้ขายที่ระบบของศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลจับคู่ให้ การทำธุรกรรมซื้อขายก็จะเป็นอันเสร็จสมบูรณ์ ผู้ขายจะได้เงินจำนวนเดียวกันกับที่ตนตั้งขายไว้เข้ามาอยู่ในกระเป๋าสตางค์เงิน (Wallet)

2) การซื้อขายผ่านนายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Broker)

นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล¹¹ นั้น หมายถึง ผู้ให้บริการทางการเงินออนไลน์สำหรับผู้ที่ต้องการซื้อหรือขายคริปโตเคอร์เรนซี นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ซื้อและผู้ขายที่เข้ามาใช้บริการ โดยข้อแตกต่างของศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลกับนายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล คือ การซื้อขายคริปโตเคอร์เรนซีผ่านนายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลจะต้องพิจารณาราคาที่นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นผู้กำหนด ซึ่งแตกต่างจากการซื้อขายผ่านศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลที่พิจารณาจากราคาตลาดในขณะที่ทำการซื้อขาย¹²

3) การซื้อขายผ่านผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Dealer)

กรณีซื้อขายผ่านผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล¹³ (Digital Asset Dealer) วิธีการซื้อขายประเภทนี้เป็นการกระทำนอกศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล โดยผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นผู้ให้บริการรับซื้อและขายคริปโตเคอร์เรนซีโดยหากำไรจากส่วนต่างของราคาซื้อและราคาขายในลักษณะเดียวกับผู้ค้าเงินตราต่างประเทศ ซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายไม่ได้ทำธุรกรรมกันโดยตรง แต่จะทำธุรกรรมผ่านผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล

จากการพิจารณาลักษณะเฉพาะของคริปโตเคอร์เรนซีในหัวข้อที่ 2.1 ผู้เขียนได้อธิบายถึงการเป็นธุรกรรมที่มีลักษณะเฉพาะ คือ การเข้ารหัสเพื่อรักษาความปลอดภัยและการแสดงผลผ่านรหัสธุรกรรมซึ่งลักษณะเฉพาะดังกล่าวส่งผลให้ธุรกรรมการซื้อขายคริปโตเคอร์เรนซีนั้นเป็นธุรกรรม

¹¹ มาตรา 3 พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 “นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล” หมายความว่า บุคคลซึ่งให้บริการหรือแสดงต่อบุคคลทั่วไปว่าพร้อมจะให้บริการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนเพื่อซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลให้แก่บุคคลอื่น โดยกระทำเป็นทางค้าปกติและได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่น แต่ไม่รวมถึงการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนในลักษณะที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

¹² Bitpanda, “The different between a cryptocurrency broker and an exchange” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bitpanda.com/academy/en/lessons/the-difference-between-a-cryptocurrency-broker-and-an-exchange/> [2 มีนาคม 2565]

¹³ มาตรา 3 พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 “ผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล” หมายความว่า บุคคลซึ่งให้บริการหรือแสดงต่อบุคคลทั่วไปว่า พร้อมจะให้บริการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลในนามของตนเองเป็นทางค้าปกติ โดยกระทำนอกศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล แต่ไม่รวมถึงการให้บริการในลักษณะที่คณะกรรมการ ก.ล.ด. ประกาศกำหนด

ที่ไม่สามารถระบุตัวตนของผู้ซื้อและผู้ขายได้ (anonymity) แต่อย่างไรก็ดี การไม่สามารถระบุตัวตนนั้นจะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่เป็นการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีผ่านระบบเบรเซอร์ที่ผู้ซื้อและผู้ขายดำเนินการแก่กันเองโดยไม่ผ่านตัวกลางหรือเป็นการซื้อขายโดยตรงระหว่างบุคคลเท่านั้น (Peer-to-Peer) แต่ไม่เกิดขึ้นกับกรณีซื้อขายผ่านตัวกลาง เนื่องจากผู้ใช้งานหรือนักลงทุนส่วนใหญ่ มักเปิดเผยรหัสกุญแจสาธารณะ (public key) ซึ่งการกระทำเช่นนี้ถือเป็นการที่เจ้าของบัญชียินยอมให้ข้อมูลความเป็นส่วนตัวของตนเองตกอยู่ในความรับรู้ของตัวกลางเพื่อให้เจ้าของบัญชีสามารถใช้บริการแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีเป็นเงินตราหรือเงินตราเป็นคริปโทเคอร์เรนซีได้ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลจึงเป็นผู้รักษารหัสกุญแจส่วนตัว (Private Key) ของผู้ซื้อหรือผู้ขายจึงสามารถทราบได้ว่าบัญชีต้นทางคือบัญชีของผู้ใด มีรายละเอียดข้อมูลส่วนตัวอย่างไร และเมื่อมีการรับโอนคริปโทเคอร์เรนซี ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) สามารถทราบได้ว่าบัญชีที่รับโอนคือบัญชีของผู้ใด มีรายละเอียดและข้อมูลส่วนตัวอย่างไร แต่ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายด้วยกันเองยังคงไม่ทราบตัวตนที่แท้จริงของอีกฝ่ายหนึ่งอันส่งผลให้เกิดปัญหาในการออกเอกสารทางภาษีมูลค่าเพิ่มดังจะกล่าวต่อไป

3. หลักการภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะ

ปัจจุบัน ประเด็นทางภาษีอากรสำหรับธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีมีหลากหลายประเด็น และหลากหลายประเภทภาษี ทั้งภาษีเงินได้ ภาษีทรัพย์สิน ภาษีการบริโภค และภาษีการรับมรดก แต่บทความนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาภาษีการบริโภคในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับธุรกรรม การซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาหลักการของภาษีมูลค่าเพิ่ม (3.1) และภาษีธุรกิจเฉพาะ (3.2) เพื่อใช้ประกอบการวิเคราะห์ภาษีการบริโภคที่เหมาะสมกับธุรกรรมการซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีต่อไป

3.1 หลักการภาษีมูลค่าเพิ่ม

ภาษีมูลค่าเพิ่มเก็บจากมูลค่าการขายสินค้าหรือการให้บริการที่เพิ่มขึ้นในแต่ละขั้นตอนของการผลิต การจำหน่าย หรือการให้บริการ และแม้จะมีการเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในทุกทอดการผลิต การจำหน่าย หรือการให้บริการ แต่ภาษีมูลค่าเพิ่มไม่ก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนของภาระภาษี เนื่องจากผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการสามารถนำภาษีซื้อที่ตนเสียไปมาหักออกจากภาษีขายที่ตนได้รับมาได้ ทำให้ผู้รับภาระภาษีที่แท้จริง คือ ผู้บริโภคคนสุดท้าย (End User)

3.1.1 วิธีการจัดเก็บและคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่ม¹⁴ ในประเทศไทย

การคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มโดยวิธีเครดิต (Credit Method) เป็นวิธีคำนวณภาษีโดยไม่ต้องคำนวณหามูลค่าเพิ่มก่อน กล่าวคือ คำนวณโดยนำภาษีขาย (Output Tax) หักด้วยภาษีซื้อ (Input Tax) ซึ่งหลายประเทศส่วนใหญ่ใช้วิธีเครดิตนี้เนื่องจากสามารถคำนวณได้ง่ายที่สุด รวมถึงประเทศไทยด้วย และสิ่งที่ต้องใช้ควบคู่กันกับการคำนวณวิธีเครดิต คือ “การออกใบกำกับภาษี (Invoice Based Method)” เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการตรวจสอบ ติดตาม และกำกับการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มให้มีประสิทธิภาพ

การคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่ม = ภาษีขาย - ภาษีซื้อ หากผลการคำนวณออกมาเป็นบวก (+) กล่าวคือ ภาษีขายมากกว่าภาษีซื้อ ผู้ประกอบการจดทะเบียนต้องนำจำนวนส่วนต่างนั้นไปชำระภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับเดือนนั้น และหากผลการคำนวณออกมาเป็นลบ (-) กล่าวคือ ภาษีซื้อมากกว่าภาษีขาย ผู้ประกอบการจดทะเบียนก็ไม่ต้องชำระภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับเดือนนั้น และจำนวนส่วนต่างนั้นก็ถือเป็นเครดิตภาษีที่เหลืออยู่ซึ่งผู้ประกอบการจดทะเบียนมีสิทธิขอคืนเป็นเงินหรือยกไปชำระภาษีมูลค่าเพิ่มในเดือนถัดไปได้

3.1.2 หน้าที่ของผู้มีหน้าที่เสียภาษีมูลค่าเพิ่ม

1) จดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม

ผู้ประกอบการที่มีรายรับเกินกว่า 1,800,000 บาทต่อปีมีหน้าที่ยื่นคำขอจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มภายใน 30 วันนับแต่วันที่มียารับเกินกว่า 1,800,000 บาทต่อปี ทั้งนี้ ตามมาตรา 85/1(1) (ก)¹⁵ และหากไม่ปฏิบัติตาม ผู้ประกอบการจะต้องเสียเบี้ยปรับ 2 เท่าของเงินภาษีที่ต้องเสียในเดือนภาษี ตลอดระยะเวลาที่ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว หรือเป็นเงิน 1,000 บาทต่อเดือนภาษีแล้วแต่อย่างใดจะมากกว่า ทั้งนี้ ตามมาตรา 89 แห่งประมวลรัษฎากร

¹⁴ วิธีการจัดเก็บและคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มมี 3 วิธี ได้แก่ วิธีบวก (Addition Method) 2) วิธีลบ (Subtraction Method) และวิธีเครดิต (Credit Method) ซึ่งประเทศไทยใช้วิธีเครดิต (Credit Method)

¹⁵ มาตรา 85/1 ประมวลรัษฎากร “ผู้ประกอบการซึ่งประกอบกิจการขายสินค้าหรือให้บริการต้องยื่นคำขอจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มภายในกำหนดเวลาดังต่อไปนี้

(1) สำหรับผู้ประกอบการซึ่งประกอบกิจการขายสินค้าหรือให้บริการ และมีมูลค่าของฐานภาษีในการประกอบกิจการเกินมูลค่าของฐานภาษีของกิจการขนาดย่อมตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามมาตรา 81/1 ให้ยื่นคำขอจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มภายในสามสิบวันนับแต่

(ก) วันที่มูลค่าของฐานภาษีในการประกอบกิจการเกินมูลค่าของฐานภาษีของกิจการขนาดย่อม สำหรับกรณีที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดมูลค่าของฐานภาษีของกิจการขนาดย่อมไว้แล้ว หรือ

2) ยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม

ผู้ประกอบการจดทะเบียนทุกรายไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลมีหน้าที่ต้องยื่นแบบแสดงรายการภาษีมูลค่าเพิ่มเพื่อแสดงผลการคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มให้เจ้าพนักงานประเมินรับทราบตามมาตรา 83 แห่งประมวลรัษฎากร¹⁶ไม่ว่าจะได้ขายสินค้าหรือให้บริการในเดือนภาษีนั้นหรือไม่ก็ตาม โดยต้องยื่นภายในวันที่ 15 ของเดือนถัดไปพร้อมชำระภาษีมูลค่าเพิ่ม (ถ้ามี)

แบบแสดงรายการภาษีมูลค่าเพิ่มตามที่อธิบดีกรมสรรพากรกำหนด คือ แบบภ.พ.30 โดยผู้ประกอบการจดทะเบียนจะต้องแจ้งยอดขายทั้งหมดที่เกิดขึ้นในเดือนภาษีนั้น รวมถึงจะต้องแจ้งยอดซื้อให้แสดงมูลค่าของสินค้าที่ซื้อหรือรับบริการรวมทั้งการซื้อทรัพย์สินหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการประกอบการที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม และมีสิทธินำมาหักเป็นภาษีซื้อได้เฉพาะยอดซื้อที่มีหลักฐานใบกำกับภาษีแบบเต็มรูป ใบเสร็จรับเงินของกรมศุลกากร และใบเสร็จรับเงินของกรมสรรพากร

3) การจัดทำใบกำกับภาษี

ใบกำกับภาษี (Tax Invoice) คือ เอกสารที่ผู้ประกอบการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มจะต้องออกให้แก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการในการขายสินค้าหรือการให้บริการทุกครั้ง และจะต้องจัดทำทันทีที่ความรับผิดในการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มเกิดขึ้น มิเช่นนั้นจะมีความผิดต้องระวางโทษหรือจำคุก รวมถึงต้องเสียเบี้ยปรับตามมาตรา 89(5) แห่งประมวลรัษฎากร และเมื่อจัดทำใบกำกับภาษีแล้ว ผู้ประกอบการมีหน้าที่ส่งมอบใบกำกับภาษีนั้นให้แก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการด้วย

ใบกำกับภาษีแบบเต็มรูปต้องมีรายการ 8 รายการตามที่มาตรา 86/4 แห่งประมวลรัษฎากรกำหนด ซึ่งส่วนสำคัญของใบกำกับภาษี คือ ชื่อ ที่อยู่ และเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากรของผู้ประกอบการจดทะเบียนที่ออกใบกำกับภาษีและของผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการ ทั้งนี้ เพื่อนำไปใช้เป็นประโยชน์ในการระบุด่วนของผู้ประกอบการและผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการ และพิจารณาภาษีซื้อและภาษีขายซึ่งส่งผลถึงหน้าที่ในการชำระภาษีมูลค่าเพิ่มหรือสิทธิในการได้รับภาษีคืนต่อไป

¹⁶ มาตรา 83 ประมวลรัษฎากร “ภายใต้บังคับมาตรา 83/1 ให้ผู้ประกอบการจดทะเบียนยื่นแบบแสดงรายการภาษีตามแบบที่อธิบดีกำหนด โดยให้ยื่นเป็นรายเดือนภาษีพร้อมกับชำระภาษีถ้ามี ไม่ว่าจะได้ขายสินค้าหรือให้บริการในเดือนภาษีนั้นหรือไม่ก็ตาม

การยื่นแบบแสดงรายการภาษีและการชำระภาษีสำหรับเดือนภาษีใด ให้ยื่นภายในวันที่สิบห้าของเดือนถัดไป เว้นแต่อธิบดีจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

การยื่นแบบแสดงรายการภาษีและการชำระภาษี ให้ยื่นและชำระ ณ ที่ว่าการอำเภอท้องที่ที่สถานประกอบการตั้งอยู่ ทั้งนี้ เว้นแต่อธิบดีจะกำหนดสถานที่เป็นอย่างอื่น”

รวมถึง การมีชื่อ ที่อยู่ และเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากรของบุคคลโดยอยู่ในใบกำกับภาษีนั้นจะส่งผลให้บุคคลเหล่านั้นสามารถถูกตรวจสอบความถูกต้องรวมถึงความบกพร่องผิดพลาดในการจัดทำเอกสารทางภาษีอากร การยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มจากกรมสรรพากรได้

จะเห็นได้ว่ารายการสำคัญที่ประมวลรัษฎากรกำหนดให้ต้องระบุในใบกำกับภาษี คือ ชื่อ ที่อยู่ และเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากรของผู้ประกอบการจดทะเบียนที่ออกใบกำกับภาษีและของผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการ ดังนี้ หากนำไปพิจารณาพร้อมกับธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีที่ไม่สามารถระบุตัวตนผู้ซื้อและผู้ขายได้ ย่อมส่งผลให้ผู้ขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่สามารถออกใบกำกับภาษีที่ถูกต้องตามกฎหมายได้เนื่องจากผู้ขายไม่ทราบข้อมูลและตัวตนของผู้ซื้อ ทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ

3.2 หลักการภาษีธุรกิจเฉพาะ

3.2.1 วิธีการจัดเก็บและการคำนวณภาษีธุรกิจเฉพาะ

ภาษีธุรกิจเฉพาะถูกแยกออกมาจากธุรกรรมที่เสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ด้วยเหตุผลว่าธุรกรรมบางประเภทคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มได้ยาก¹⁷ ไม่สามารถคำนวณภาษีซื้อและภาษีขายได้ จึงมีการกำหนดฐานภาษีโดยให้เสียภาษีรายรับก่อนหักรายจ่ายใด ๆ (Gross Revenue)

ภาษีธุรกิจเฉพาะนั้นเป็นภาษีที่เรียกเก็บจากธุรกิจที่เกี่ยวกับการเงิน การธนาคาร โรงรับจำนำ และประกันชีวิต ตลาดจนการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางการค้าหรือการหากำไร รวมถึงการให้กู้ยืมเงิน ค่าประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ออก ซื้อ หรือขายตัวเงิน และรับส่งเงินไปต่างประเทศด้วยวิธีต่าง ๆ ซึ่งภาษีธุรกิจเฉพาะมีลักษณะคล้ายคลึงกับภาษีมูลค่าเพิ่มและมีฐานะเป็นภาษีการบริโภคอย่างหนึ่ง แต่ความแตกต่างคือภาษีธุรกิจเฉพาะเรียกเก็บจากการบริโภคเฉพาะอย่าง ซึ่งฐานภาษีของภาษีธุรกิจเฉพาะจะคำนวณจากกำไร รายรับ ดอกเบี้ย หรือค่าธรรมเนียมแล้ว แต่ประเภทของธุรกรรม แตกต่างจากภาษีมูลค่าเพิ่มที่คำนวณจากรายได้ที่เพิ่มขึ้นในแต่ละขั้นตอนการผลิต จึงกล่าวได้ว่า ภาษีธุรกิจเฉพาะจึงคำนวณในลักษณะเดียวกับภาษีการค้า¹⁸

ประเภทของธุรกรรมหรือกิจการที่อยู่ภายใต้ภาษีธุรกิจเฉพาะเป็นไปตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนี้

¹⁷ อมรศักดิ์ พงศ์พศุตม์, การบัญชีภาษีมูลค่าเพิ่ม Advanced VAT Accounting, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ขนพิมพ์ 50 จำกัด, 2553), หน้า 12-1.

¹⁸ ศศิประภา ศิสติ วรรณการ, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายภาษีบริโภค (VAT, SBT, SD), (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2564), หน้า 128.

- (1) การธนาคาร ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์หรือกฎหมายเฉพาะ
- (2) การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์
- (3) การรับประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต
- (4) การรับจำนำตามกฎหมายว่าด้วยโรงรับจำนำ
- (5) การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ เช่น การให้กู้ยืมเงิน ค้ำประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ออก ซื้อ หรือขายตั๋วเงิน หรือรับส่งเงินไปต่างประเทศด้วยวิธีต่าง ๆ
- (6) การขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางคำหรือหากำไร ไม่ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นจะได้มาโดยวิธีใดก็ตาม ทั้งนี้ เฉพาะที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา
- (7) การขายหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในตลาดหลักทรัพย์
- (8) การประกอบกิจการอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา
 - (8.1) การประกอบกิจการซื้อหรือขายคืนหลักทรัพย์โดยมีสัญญาขายหรือซื้อคืน (Repurchase Agreement หรือ Repo)¹⁹
 - (8.2) ธุรกิจแฟกเตอร์ริง (Factoring)²⁰

3.2.2 หน้าที่ของผู้มีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

ผู้มีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะมีหน้าที่ตามที่ประมวลรัษฎากรกำหนดไว้²¹ ดังต่อไปนี้

- 1) เสียภาษีธุรกิจเฉพาะโดยคำนวณภาษีจากฐานภาษีตามมาตรา 91/5 แห่งประมวลรัษฎากรในเดือนภาษี ตามอัตราภาษีธุรกิจเฉพาะที่กำหนดไว้ในมาตรา 91/6 แห่งประมวลรัษฎากร
- 2) ยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามแบบ ภ.ธ.40 โดยยื่นเป็นรายเดือนภาษีซึ่งต้องยื่นภายในวันที่ 15 ของเดือนถัดไป พร้อมชำระภาษีธุรกิจเฉพาะ (ถ้ามี) ไม่ว่าผู้มีหน้าที่

¹⁹ ศาสตราจารย์ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไชย และสาโรช ทองประคำ, **ภาษีสรรพากร เล่ม 2**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บริษัท สามเจริญพาณิชย์ (กรุงเทพ) จำกัด, 2561), หน้า 5-020.

²⁰ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะและกำหนดฐานภาษีสำหรับกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะบางกรณี (ฉบับที่ 358) พ.ศ. 2542

²¹ ศาสตราจารย์ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไชย และสาโรช ทองประคำ, **ภาษีสรรพากร เล่ม 2**, หน้า 5-038.

เสียภาษีจะมีรายรับในเดือนภาษีหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ ตามมาตรา 91/10 แห่งประมวลรัษฎากร

3) จัดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/12 โดยยื่นขอจดทะเบียนภายใน 30 วัน นับแต่วันเริ่มประกอบกิจการ

4) จัดทำรายงานแสดงรายรับ กล่าวคือ ผู้มีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะมีหน้าที่ทำรายงานแสดงรายรับก่อนหักรายจ่ายที่ต้องเสียภาษีและรายรับที่ไม่ต้องคำนวณเพื่อเสียภาษี และให้จัดทำเป็นรายงานประกอบการ ทั้งนี้ ตามมาตรา 91/14 แห่งประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ ในปัจจุบัน อธิบดีกรมสรรพากรยังไม่ได้กำหนดแบบรายงานแสดงรายรับก่อนหักรายจ่ายให้ผู้ประกอบการปฏิบัติแต่อย่างใด

การเก็บภาษีธุรกรรมการเงิน (Financial Transaction Tax)

ในประเทศไทยไม่มีกฎหมายภาษีการบริโภคที่ใช้ชื่อโดยเฉพาะเจาะจงว่า “ภาษีธุรกรรมทางการเงิน” แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายภาษีอากรของประเทศไทยตามประมวลรัษฎากรนั้นมีการจัดเก็บภาษีบริโภคเป็นรายธุรกรรม โดยอยู่ในรูปแบบของภาษีธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Tax: SBT)²² ซึ่งเป็นภาษีทางอ้อมที่เก็บในธุรกิจบริการทางการเงินบางประเภทที่มีความยุ่งยากในการกำหนดมูลค่าเพิ่ม จึงไม่ได้รวมอยู่ในฐานภาษีมูลค่าเพิ่ม แต่นำมาบัญญัติในรูปแบบภาษีธุรกิจเฉพาะแทน

ลักษณะภาษีธุรกรรมการเงิน (Financial Transaction Tax: FTT)

การจัดเก็บภาษีภายใต้ภาษีธุรกรรมการเงิน (FTT) คือ เมื่อมีการทำธุรกรรมซื้อขายสินทรัพย์ทางการเงิน จะมีการจัดเก็บภาษีเป็นรายธุรกรรมทุกธุรกรรม ตัวอย่างเช่น หากนักลงทุนขายสินทรัพย์มูลค่า 1,000 ดอลลาร์ นักลงทุนรายนั้นจะถูกเรียกเก็บเงิน 1 ดอลลาร์ในการทำธุรกรรม (สมมติ FTT อัตราร้อยละ 0.1) โดยภาษีธุรกรรมการเงินนี้อาจเรียกเก็บจากผู้ซื้อสินทรัพย์ ผู้ขาย หรือคนกลาง (เช่น ตลาดหลักทรัพย์)

การเก็บภาษีจากธุรกรรมทางการเงิน (FTT) เช่น ธุรกรรมเกี่ยวกับหุ้น พันธบัตรและอนุพันธ์ทางการเงิน ซึ่งนอกจากจะสามารถสร้างรายได้ภาษีให้แก่รัฐบาลเพื่อนำไปใช้ในการพัฒนาประเทศในการรองรับการเจริญเติบโตและการแข่งขันในระยะยาวแล้ว ยังเป็นการส่งเสริมความสามารถในการทำหน้าที่ของตลาดการเงินอีกด้วย จึงเป็นความท้าทายสำหรับผู้วางนโยบายด้านภาษีในการออกแบบการจัดเก็บภาษีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในภาคการเงินให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้ประเทศไทยอยู่ในสถานะที่สามารถแข่งขันกับประเทศอื่น ๆ ในภูมิภาคได้

²² เรื่องเดียวกัน

ฐานภาษีธุรกรรมการเงิน (FTT) เป็นอย่างไรนั้น ขึ้นอยู่กับสถานที่และทรัพย์สินที่กฎหมายภาษีมียกบังคับใช้ และการกำหนดนิยามและขอบเขตของภาษีชนิดนี้มีความจำเป็นอย่างมากเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษี ตัวอย่างเช่น ประเทศสวีเดนใช้ภาษีธุรกรรมการเงิน (FTT) ในระหว่างปี ค.ศ. 1984 ถึง 1991 โดยมีฐานที่แคบ โดยเก็บภาษีเฉพาะการซื้อขายที่นายหน้าของสวีเดนเป็นตัวกลางเท่านั้น ส่งผลให้ตลาดส่วนใหญ่ย้ายไปกรุงลอนดอน แต่ในสหรัฐอเมริกามีฐานที่ค่อนข้างกว้างซึ่งจะเก็บภาษีจากการค้าทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการแลกเปลี่ยนของสหรัฐอเมริกาหรือที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็น United รัฐบุคคลหรือธุรกิจ²³

ในประเทศไทย ภาษีธุรกรรมการเงิน (FTT) ที่เด่นชัด คือ ภาษีขายหุ้น เป็นการเก็บภาษีจากการขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งในกฎหมายกำหนดไว้ว่าการขายหุ้นในตลาดฯ 1 ล้านบาทขึ้นไปจะต้องเสียภาษีในอัตรา 0.1% ของมูลค่าขาย แต่ภาษีดังกล่าวได้รับการยกเว้นมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2534 โดยผลของพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 240) พ.ศ. 2534

จากการศึกษาหลักการภาษีธุรกิจเฉพาะที่จัดเก็บจากฐานรายรับก่อนหักรายจ่ายใด ๆ (Gross Revenue) อีกทั้ง ลักษณะของภาษีธุรกรรมการเงินที่ในปัจจุบันประเทศไทยใช้จัดเก็บในธุรกรรมการขายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ แสดงให้เห็นว่าความมีลักษณะเฉพาะของธุรกรรมบางประเภทที่หามูลค่าเพิ่ม (value added) ได้ยากสมควรถูกพิจารณาให้อยู่ภายใต้ภาษีการบริโภคอื่นที่ไม่ใช่ภาษีมูลค่าเพิ่มซึ่งประเทศไทยพิจารณาให้อยู่ภายใต้ภาษีธุรกิจเฉพาะ ในบทต่อไปผู้เขียนจะมุ่งวิเคราะห์ถึงปัญหาการพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม และการพิจารณาความเหมาะสมในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ พร้อมทั้งวิเคราะห์ร่วมกับการจัดเก็บภาษีในธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีของต่างประเทศว่ามีแนวทางและหลักการจัดเก็บอย่างไรเพื่อนำมาศึกษาและเสนอแนะให้เป็นประโยชน์กับประเทศไทยต่อไป

4. ปัญหาการพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม และการพิจารณาการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะ

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนมุ่งวิเคราะห์ถึงปัญหาและความไม่เหมาะสมของการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในธุรกรรมซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ คือ ปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายของคริปโทเคอร์เรนซี และปัญหาในทางปฏิบัติอันเกิดจากความ

²³ Congressional Research Service, “Financial Transaction Taxes: In Brief,” [online] Available from : <https://sgp.fas.org/crs/misc/R42078.pdf>. [7 January 2022]

ไม่เหมาะสมของการบังคับใช้ภาษีมูลค่าเพิ่มกับธุรกรรมการซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี และวิเคราะห์ความเหมาะสมในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะในธุรกรรมการซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี

4.1 ปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายของคริปโทเคอร์เรนซี

หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย พบว่าในประเทศไทยมีกฎหมายเพียงฉบับเดียวที่บัญญัติถึงนิยามของคริปโทเคอร์เรนซีไว้เป็นการเฉพาะ คือ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 ซึ่งได้จัดประเภทของคริปโทเคอร์เรนซีว่าเป็นสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset) ประเภทหนึ่ง²⁴ และให้คำนิยามคริปโทเคอร์เรนซี (Cryptocurrency) ว่า “คริปโทเคอร์เรนซี หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยมีความประสงค์ที่จะใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล และให้หมายความรวมถึงหน่วยข้อมูล อิเล็กทรอนิกส์อื่นใดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด”²⁵ ซึ่งหมายความว่า พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 พิจารณาว่าคริปโทเคอร์เรนซีนั้นถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนสินค้า บริการ หรือสินทรัพย์ดิจิทัลอื่น ๆ (mean of payment) โดยไม่ได้บัญญัติถึงลักษณะธุรกรรมการใช้คริปโทเคอร์เรนซีลักษณะอื่น เช่น การใช้คริปโทเคอร์เรนซีเพื่อวัตถุประสงค์ในการลงทุน เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัตินิยามของคริปโทเคอร์เรนซีเช่นนั้นยังไม่ครอบคลุมถึงลักษณะที่แท้จริงของคริปโทเคอร์เรนซี เป็นนิยามที่ไม่ชัดเจน และไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นอันจะได้กล่าวต่อไป

นอกจากพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 กฎหมายที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซี คือ ประมวลรัษฎากร และเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 มีการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 โดยมีการแก้ไขนิยามในบทบัญญัติภาษีมูลค่าเพิ่มอย่างมีนัยสำคัญ

ก่อนจะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 นั้น กฎหมายภาษีอากรว่าด้วยภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 77/1(9) แห่งประมวลรัษฎากร 77/1(9) ได้ให้นิยามคำว่าสินค้าไว้ว่า “สินค้า หมายความว่า ทรัพย์สินที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและถือเอาได้” ซึ่งหากพิจารณาตามนิยามเดิมนี้นี้ร่วมกับลักษณะของคริปโทเคอร์เรนซี

²⁴ มาตรา 3 พระราชกำหนดประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล “สินทรัพย์ดิจิทัล” หมายความว่า คริปโทเคอร์เรนซีและโทเคนดิจิทัล

²⁵ เรื่องเดียวกัน

ที่เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลและไม่มีรูปร่างย่อมตีความได้ว่าคริปโทเคอร์เรนซีเป็น “สินค้า” ชนิดหนึ่งตามมาตรา 77/1(9) แห่งประมวลรัษฎากรเนื่องจากคริปโทเคอร์เรนซีเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและถือเอาได้ซึ่งตรงกับนิยามคำว่าสินค้า(เดิม)

เมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 มีการบัญญัติแก้ไขนิยามคำว่า “สินค้า”²⁶ ในมาตรา 77/1(9) โดยบัญญัติให้ (9) “สินค้า” หมายความว่า ทรัพย์สินที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและถือเอาได้ ไม่ว่าจะมิไว้เพื่อขาย เพื่อใช้ หรือเพื่อการใด ๆ และให้หมายความรวมถึงสิ่งของทุกชนิดที่นำเข้า แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ส่งมอบโดยผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใด แสดงให้เห็นว่า มีการแก้ไขนิยามคำว่าสินค้าโดยเพิ่มข้อความในส่วนท้ายโดยบัญญัติให้ชัดเจนว่า “ไม่รวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ส่งมอบโดยผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใด” และเมื่อพิจารณานิยามที่แก้ไขใหม่นี้ร่วมกับลักษณะของคริปโทเคอร์เรนซีที่เป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างและการส่งมอบคริปโทเคอร์เรนซีนั้นไม่อาจกระทำได้ทางกายภาพแต่ต้องส่งมอบผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใด จึงมีผลเท่ากับคริปโทเคอร์เรนซีถูกตัดออกจากนิยามคำว่า “สินค้า” ตามมาตรา 77/1(9) แห่งประมวลรัษฎากร

เมื่อคริปโทเคอร์เรนซีถูกตัดออกจากนิยามคำว่า “สินค้า” ตามประมวลรัษฎากร จึงต้องพิจารณาต่อไปว่าสถานะในปัจจุบันของคริปโทเคอร์เรนซีตามประมวลรัษฎากรนั้นถูกบัญญัติอยู่ในบทบัญญัติมาตราใด เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 ดังกล่าว พบว่าในมาตรา 5²⁷ ได้บัญญัติเพิ่มนิยามคำว่า “บริการทางอิเล็กทรอนิกส์” ในมาตรา 77/1(10/1) แห่งประมวลรัษฎากร โดยบัญญัติให้ “บริการทางอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า บริการซึ่งรวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ส่งมอบโดยผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่าย

²⁶ มาตรา 4 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 “ให้ยกเลิกความใน (9) ของมาตรา 77/1 แห่งประมวลรัษฎากรซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 30) พ.ศ. 2534 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

(9) “สินค้า” หมายความว่า ทรัพย์สินที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและถือเอาได้ ไม่ว่าจะมิไว้เพื่อขาย เพื่อใช้ หรือเพื่อการใด ๆ และให้หมายความรวมถึงสิ่งของทุกชนิดที่นำเข้า แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ส่งมอบโดยผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใด”

²⁷ มาตรา 5 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 “ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (10/1) ของมาตรา 77/1 แห่งประมวลรัษฎากร

“(10/1) “บริการทางอิเล็กทรอนิกส์” หมายความว่า บริการซึ่งรวมถึงทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ส่งมอบโดยผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดซึ่งลักษณะของบริการเป็นไปโดยอัตโนมัติในสาระสำคัญโดยบริการดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้หากปราศจากเทคโนโลยีสารสนเทศ”

ทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใดซึ่งลักษณะของบริการเป็นไปโดยอัตโนมัติในสาระสำคัญโดยบริการดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้หากปราศจากเทคโนโลยีสารสนเทศ” เมื่อพิจารณาแล้วแปลความได้ว่า ปัจจุบันคริปโทเคอร์เรนซีเป็นบริการทางอิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่งตามมาตรา 77/1(10/1) แห่งประมวลรัษฎากรอันอยู่ภายใต้บทบัญญัติของภาษีมูลค่าเพิ่ม แต่อย่างไรก็ดี การตีความว่า คริปโทเคอร์เรนซีเป็นบริการทางอิเล็กทรอนิกส์นี้เป็นการตีความจากถ้อยคำของกฎหมายที่แก้ไขใหม่เข้ากับลักษณะโดยทั่วไปของคริปโทเคอร์เรนซีที่เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่ส่งมอบโดยผ่านทางเครือข่ายอินเทอร์เน็ตหรือเครือข่ายทางอิเล็กทรอนิกส์อื่นใด แต่แท้จริงแล้วเจตนารมณ์ของการบัญญัตินิยามคำว่า “บริการทางอิเล็กทรอนิกส์” นี้ไม่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อบังคับใช้กับธุรกรรมการส่งมอบคริปโทเคอร์เรนซีแต่อย่างใด เนื่องจาก พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 นี้บัญญัติขึ้นเพื่อบังคับใช้กับผู้ประกอบการที่ได้ให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์จากต่างประเทศและอิเล็กทรอนิกส์แพลตฟอร์มต่างประเทศที่มีรายรับเกินกว่า 1.8 ล้านบาทต่อปีจากการให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์แก่ผู้ใช้บริการในประเทศไทยหรือที่เรียกว่า “พ.ร.บ.e-Service” โดยวัตถุประสงค์ของการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้เพื่อให้กรมสรรพากรสามารถจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากผู้ประกอบการที่ได้ให้บริการทางอิเล็กทรอนิกส์ในต่างประเทศแก่ผู้ใช้บริการในประเทศไทยได้ เช่น การให้บริการดาวน์โหลดเกม เพลง ภาพยนตร์ออนไลน์ การให้บริการพื้นที่โฆษณาบนเว็บไซต์ หรือสื่อสังคมออนไลน์ เป็นต้น จึงมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยออกพ.ร.บ.e-Service ดังกล่าวมาเพื่อให้รัฐสามารถใช้อำนาจจัดเก็บภาษีจากผู้ประกอบการในต่างประเทศได้

แสดงให้เห็นว่า การออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 หรือ พ.ร.บ.e-service นั้น ไม่ได้บัญญัติเพื่อบังคับใช้กับธุรกรรมการโอนคริปโทเคอร์เรนซี อีกทั้ง ลักษณะธุรกรรมการซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือโอนคริปโทเคอร์เรนซินั้นไม่ใช่การบริการโดยบุคคลใด แต่เป็นการที่ผู้ซื้อและผู้ขายเข้าทำการซื้อขายกันโดยอาจดำเนินการผ่านผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล หรือดำเนินการโดยตรงระหว่างบุคคล (Peer-to-Peer) ก็ได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะของคริปโทเคอร์เรนซีไม่สมควรถูกพิจารณาเป็นบริการทางอิเล็กทรอนิกส์ตามมาตรา 77/1(10/1) แห่งประมวลรัษฎากรดังเช่นในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณานิยามตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 และประมวลรัษฎากร พบว่า การพิจารณาความหมายและสถานะทางกฎหมายของคริปโทเคอร์เรนซีไม่เหมาะสม เนื่องจากการบัญญัตินิยามตามมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 นั้นเป็นการบัญญัติให้คริปโทเคอร์เรนซีเป็นเพียงลักษณะของหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งต่อกันโดยมีความประสงค์จะใช้เป็นสื่อกลาง

ในการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่นใด หรือแลกเปลี่ยนระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งเป็นคำนิยามที่ยังไม่ครอบคลุมและมุ่งเน้นเฉพาะวัตถุประสงค์ในการใช้คริปโทเคอร์เรนซีเพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน (mean of payment) ซึ่งตามความเป็นจริงธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับคริปโทเคอร์เรนซีมีหลากหลายประเภท ทั้งการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีในแพลตฟอร์มซื้อขายแลกเปลี่ยน การซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีโดยไม่ผ่านแพลตฟอร์มซื้อขายแลกเปลี่ยน การใช้ชำระค่าสินค้าหรือบริการ การให้โดยไม่มีค่าตอบแทน การรับมรดก การได้รับจากการทำงาน การขุดเหรียญ และการฝากเหรียญเพื่อรับดอกเบี้ย และในขณะเดียวกัน กฎหมายฉบับอื่น เช่น พ.ร.บ.เงินตรา พ.ศ.2501 ยังไม่ได้บัญญัติยอมรับคริปโทเคอร์เรนซีเป็นสื่อกลางที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย (Legal Tender) ผู้เขียนจึงเห็นว่า คำนิยามตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 ขัดกับพ.ร.บ.เงินตรา พ.ศ.2501

นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 กับประมวลรัษฎากรที่ในปัจจุบันพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีเป็นบริการทางอิเล็กทรอนิกส์ (e-Service) เห็นว่า กฎหมายทั้งสองฉบับไม่สอดคล้องกัน เนื่องจากประมวลรัษฎากรพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีเป็นการบริการ แต่พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 ไม่ได้พิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีเป็นบริการแต่พิจารณาถึงความประสงค์ว่าคริปโทเคอร์เรนซีใช้เพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยน ด้วยเหตุผลที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนเห็นว่าสถานะทางกฎหมายของคริปโทเคอร์เรนซีตามกฎหมายแต่ละฉบับมีความแตกต่างกันและไม่เหมาะสมกับสภาพและลักษณะของธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซี จึงสมควรมีการแก้ไขสถานะทางกฎหมายดังจะกล่าวต่อไป

4.2 ปัญหาความไม่เหมาะสมในทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้นจากการเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม

เมื่อพิจารณาพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีเป็น “บริการทางอิเล็กทรอนิกส์” ตามมาตรา 77/1(10/1) แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 53) พ.ศ. 2564 อันอยู่ภายใต้บทบัญญัติของภาษีมูลค่าเพิ่ม ส่งผลให้เกิดปัญหาและข้อจำกัดในการปฏิบัติตามหน้าที่ทางกฎหมายเกี่ยวกับภาษีมูลค่าเพิ่ม 4 ประการ ดังต่อไปนี้

4.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีที่ไม่สอดคล้องกับระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม

ภาษีมูลค่าเพิ่มจัดเก็บจากมูลค่าการขายสินค้าหรือการให้บริการที่เพิ่มขึ้นในแต่ละขั้นตอนการผลิต การจำหน่าย หรือการให้บริการ กล่าวคือ มีการเพิ่มมูลค่าของสินค้าหรือบริการตลอด

กระบวนการผลิต (Value Added) โดยมีผู้ประกอบการในระบบการขายสินค้าหรือให้บริการทำหน้าที่เป็นตัวกลางในกระบวนการจัดเก็บภาษีและนำส่งกรมสรรพากร และผู้รับภาระภาษีที่แท้จริง คือ ผู้บริโภคคนสุดท้าย (End User) โดยวิธีการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มของประเทศไทยนั้นใช้วิธีเครดิต (Credit Method) ซึ่งเป็นวิธีคำนวณโดยนำภาษีขาย (Output Tax) หักด้วยภาษีซื้อ (Input Tax) และการซื้อขายแต่ละครั้งนั้นจะต้องมีการออก “ใบกำกับภาษี” ที่แสดงให้เห็นว่าการซื้อขายที่เกิดขึ้นนั้นมีจำนวนภาษีมูลค่าเพิ่มที่ผู้ประกอบการต้องชำระเท่าใด แสดงให้เห็นว่าลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม คือ การมีมูลค่าเพิ่มเกิดขึ้นในแต่ละขั้นตอนการผลิตและส่งต่อสินค้าหรือให้บริการ (Value Added) อันจะนำไปสู่การคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีซื้อ และภาษีขายต่อไป และเมื่อนำลักษณะของภาษีมูลค่าเพิ่มมาพิจารณาเข้ากับลักษณะธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีพบว่าธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่มีการเพิ่มมูลค่าในแต่ละขั้นตอนการผลิตแต่มีลักษณะเป็นการลงทุนโดยนักลงทุนที่เข้ามาซื้อขายในระบบหรือผ่านผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล อีกทั้ง เมื่อมีลักษณะเป็นการลงทุนย่อมไม่มีผู้บริโภคคนสุดท้ายที่จะเป็นผู้รับภาระภาษีมูลค่าเพิ่มได้ จึงเห็นว่าลักษณะเฉพาะของธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่เหมาะสมที่จะอยู่ภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่มได้

ธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีไม่ใช่อะไรที่ซื้อขายกันอย่างสินค้า หรือบริการ แต่มีลักษณะเป็น “การลงทุน” เนื่องจาก ซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีแต่ละธุรกรรมไม่สะท้อนมูลค่าที่เพิ่มขึ้นในแต่ละขั้นตอนเหมือนการซื้อขายสินค้าในระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม หรืออาจกล่าวได้ว่าการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่ก่อให้เกิด Value Added เนื่องจาก หากเป็นระบบภาษีมูลค่าเพิ่มโดยทั่วไปเมื่อผู้ผลิตผลิตสินค้าและส่งให้ผู้ประกอบการหรือพ่อค้าคนกลาง ผู้ประกอบการหรือพ่อค้าคนกลางนั้นย่อมนำสินค้านั้นมาทำกำไรหรือแปรรูปเพื่อให้ได้ราคาขายที่สูงขึ้นแล้วจึงนำสินค้าหรือสินค้าแปรรูปนั้นไปจำหน่ายให้ผู้บริโภค การทำธุรกรรมเป็นทอด ๆ เช่นนี้ทำให้เกิดมูลค่าเพิ่มตั้งแต่ขั้นตอนการผลิต ขั้นตอนการส่งให้ผู้ประกอบการหรือพ่อค้าคนกลาง และขั้นตอนการจำหน่ายให้ผู้บริโภค โดยแต่ละขั้นนั้นจะมีกำไรหรือมูลค่าเพิ่มเกิดขึ้น (Value Added) ซึ่งลักษณะการเพิ่มขึ้นของราคาหรือกำไรของสินค้าเช่นนี้ไม่เกิดขึ้นกับธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีเนื่องจากราคาที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงของคริปโทเคอร์เรนซีนั้นเป็นไปตามความพอใจของนักลงทุนในตลาด ณ ช่วงเวลาใดเวลาหนึ่งซึ่งราคามีความผันผวนอย่างมาก นักลงทุนผู้เป็นเจ้าของคริปโทเคอร์เรนซีไม่อาจกำหนดอย่างแน่ชัดได้ว่าตนต้องการขายโดยมีกำไรเท่าไรนั้น อีกทั้ง เมื่อมีการขายคริปโทเคอร์เรนซีให้แก่บุคคลอื่น ผู้เป็นเจ้าของคริปโทเคอร์เรนซีขายต่อไปไม่อยู่ในฐานะผู้บริโภคแต่เป็นเพียงนักลงทุนที่เป็นเจ้าของคริปโทเคอร์เรนซีนั่น ๆ ในช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง หากนักลงทุนรายนั้นต้องการขายเพื่อ

ทำกำไรหรือขายเพื่อตัดการขาดทุน (Cut Loss) คริปโทเคอร์เรนซีนั้นย่อมเปลี่ยนมือไปยังผู้ซื้ออีกรายหนึ่ง หมุนเวียนเช่นนี้ย่อมไม่มีจุดสิ้นสุดในตลาดคริปโทเคอร์เรนซี แสดงให้เห็นว่า ไม่มีผู้บริโภคคนสุดท้าย (End User) ในตลาดการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีซึ่งแตกต่างจากธุรกรรมการซื้อขายสินค้าหรือให้บริการภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่มที่มีผู้บริโภคคนสุดท้ายที่เป็นผู้รับภาระภาษีมูลค่าเพิ่ม อีกทั้ง ในปัจจุบัน นักลงทุนเข้าทำการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีผ่านผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ทั้งศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล ผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล หรือทำธุรกรรมซื้อขายโดยตรงระหว่างบุคคล (peer-to-peer) โดยวัตถุประสงค์หลักของการเข้าทำการซื้อขาย คือ การลงทุนเพื่อเก็งกำไรจากคริปโทเคอร์เรนซีทั้งระยะสั้นและระยะยาว

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะของธุรกรรมซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่สอดคล้องกับลักษณะของระบบภาษีมูลค่าเพิ่มทั้งด้านการหามูลค่าที่เพิ่มขึ้นในแต่ละขั้นการผลิตและซื้อขาย รวมถึงธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีมีลักษณะเป็นการลงทุนซึ่งทำให้ไม่อาจหาต้นทุนที่แท้จริงของคริปโทเคอร์เรนซีได้

4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการระบุตัวตนของผู้ซื้อและผู้ขาย

จากลักษณะของคริปโทเคอร์เรนซีที่ได้กล่าวไปในหัวข้อที่ 2 ในประเด็นการระบุตัวตนของเจ้าของบัญชีคริปโทเคอร์เรนซี หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนคริปโทเคอร์เรนซี ผู้โอนและผู้รับโอนยังคงไม่ทราบว่าคู่สัญญาของตนคือผู้ใดเนื่องจากทั้งสองฝ่ายไม่ได้ทำธุรกรรมกันเอง แต่ผู้ทำหน้าที่จับคู่ให้เกิดการซื้อขาย คือ ผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ดังนั้นระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน ตัวตนของทั้งสองฝ่ายจึงยังคงเป็นความลับระหว่างกัน แต่หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้โอนหรือผู้รับโอนและศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) กรณีนี้ ตัวตนของผู้โอนหรือผู้รับโอนจะไม่เป็นความลับแต่อย่างใด ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) สามารถทราบการเคลื่อนไหวทางธุรกรรมและข้อมูลส่วนตัวของผู้โอนหรือผู้รับโอนได้ทุกครั้งที่มีการทำธุรกรรมการโอนคริปโทเคอร์เรนซี

อย่างไรก็ดี เมื่อผู้ซื้อและผู้ขายไม่สามารถทราบได้ว่าอีกฝ่ายหนึ่งที่ตนกำลังทำนิติกรรมสัญญาด้วยคือผู้ใด ย่อมส่งผลให้เกิดปัญหาในหัวข้อที่ 4.2.3 ถึง 4.2.4

4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม

เมื่อพิจารณาพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีเป็น “บริการทางอิเล็กทรอนิกส์” ภายใต้บทบัญญัติของภาษีมูลค่าเพิ่ม ส่งผลให้ผู้ประกอบการหรือผู้ขายคริปโทเคอร์เรนซีมีหน้าที่ตามมาตรา 85/1 แห่งประมวลรัษฎากรในการต้องจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม

โดยผลของมาตรา 85/1(ก) แห่งประมวลรัษฎากรประกอบกับมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดมูลค่าของฐานภาษีของกิจการขนาดย่อมซึ่งได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 432) พ.ศ. 2548²⁸ ผู้ประกอบการซึ่งประกอบกิจการขายสินค้าหรือให้บริการ และมีมูลค่าของฐานภาษีในการประกอบกิจการเกิน 1,800,000 บาทต่อปี มีหน้าที่ยื่นคำขอจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มภายใน 30 วันนับแต่วันที่มูลค่าของฐานภาษีในการประกอบกิจการเกิน 1,800,000 บาทต่อปี และหากผู้ประกอบการรายใดไม่ปฏิบัติตาม ผู้ประกอบการรายนั้นจะต้องเสียเบี้ยปรับ 2 เท่าของเงินภาษีที่ต้องเสียในเดือนภาษีตลอดระยะเวลาที่ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว หรือเป็นเงิน 1,000 บาทต่อเดือนภาษีแล้วแต่อย่างใดจะมากกว่า ทั้งนี้ ตามมาตรา 89 แห่งประมวลรัษฎากร จึงเกิดปัญหาว่า ผู้ขายคริปโทเคอร์เรนซีหรือนักลงทุนที่มีรายได้เกินกว่า 1.8 ล้านบาทต่อปีไปจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มไม่สามารถทำได้จริงในทางปฏิบัติ เนื่องจากผู้ขายคริปโทเคอร์เรนซีหรือนักลงทุนมีจำนวนมากและเมื่อธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีเป็นธุรกรรมที่ไม่สามารถระบุตัวตนผู้ขายได้ย่อมส่งผลให้กรมสรรพากรไม่สามารถตรวจสอบได้ว่าบุคคลใดมีรายได้จากธุรกรรมการขายคริปโทเคอร์เรนซีเกิน 1.8 ล้านบาทต่อปี อันมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม

จากปัญหานี้สะท้อนให้เห็นถึงข้อจำกัดประการสำคัญหากพิจารณาธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีให้อยู่ภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม เนื่องจากหน้าที่ในการจดทะเบียนและเสียภาษีมูลค่าเพิ่มของผู้ประกอบการนั้นเป็นสาระสำคัญของระบบภาษีมูลค่าเพิ่มและเป็นขั้นตอนสำคัญที่จะทำให้กรมสรรพากรทราบถึงการมีตัวตนและการประกอบกิจการของผู้ประกอบการต่าง ๆ เพื่อใช้เป็นข้อมูลในการตรวจสอบและติดตามการเสียภาษีของผู้ประกอบการ ดังนี้ เมื่อเกิดปัญหาการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มย่อมส่งผลกระทบต่อระบบการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มทั้งระบบซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษีของรัฐ

4.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับการออกเอกสารภาษีมูลค่าเพิ่ม

ภาษีมูลค่าเพิ่มเป็นระบบภาษีอากรที่ให้ความสำคัญกับระบบเอกสารหลักฐานและเป็นภาษีอากรประเมินตามมาตรา 77 แห่งประมวลรัษฎากร เมื่อเป็นภาษีอากรประเมิน ส่งผลให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากรจะต้องเป็นผู้ดำเนินการประเมินตนเองโดยมีหน้าที่เรียกเก็บเงินค่าภาษีมูลค่าเพิ่มจากผู้ซื้อสินค้าหรือบริการของตนและเป็นผู้นำส่งเงินค่าภาษีมูลค่าเพิ่มดังกล่าวขึ้นแก่รัฐ ดังนั้น ผู้มีหน้าที่เสียภาษีหรือผู้นำส่งภาษีจึงเป็นส่วนหนึ่งของกลไกในการจัดเก็บภาษีของรัฐจึงทำให้เกิดหน้าที่ตาม

²⁸ พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดมูลค่าของฐานภาษีของกิจการขนาดย่อมซึ่งได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 432) พ.ศ. 2548

กฎหมายในการต้องจัดทำเอกสารทางภาษีมูลค่าเพิ่มตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยเอกสารหลักฐานที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการจดทะเบียนมีหน้าที่ต้องจัดทำและเก็บรักษาเกี่ยวข้องกับธุรกรรมทางภาษีมูลค่าเพิ่ม ได้แก่ ใบกำกับภาษี (Tax Invoice) ใบลดหนี้ (Credit Note) ใบเพิ่มหนี้ (Debit Note) รายงานภาษีขาย (Output Tax Report) รายงานภาษีซื้อ (Input Tax Report) รายงานสินค้าและวัตถุดิบ (Inventory & Raw Material Report)

เหตุผลสำคัญที่กฎหมายกำหนดให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีหรือผู้นำส่งภาษีจะต้องจัดทำเอกสารหลักฐานทางภาษีมูลค่าเพิ่มเนื่องจากหากเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องมีความสงสัยหรือเล็งเห็นความบกพร่องผิดพลาด เจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานรัฐย่อมมีอำนาจตามกฎหมายในการตรวจสอบความถูกต้องของจำนวนภาษีมูลค่าเพิ่มได้ซึ่งการตรวจสอบความถูกต้องนั้น เจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานรัฐจำเป็นต้องพิจารณาตรวจสอบจากหลักฐานเอกสารทางภาษีมูลค่าเพิ่มที่ผู้ประกอบการได้จัดทำขึ้นว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

การคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มในประเทศไทยใช้วิธีเครดิต (Credit Method) ซึ่งสิ่งที่ต้องใช้ควบคู่กันกับการคำนวณวิธีเครดิต คือ “การออกใบกำกับภาษี” เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการตรวจสอบ ติดตาม และกำกับการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม ซึ่งผู้ประกอบการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มมีหน้าที่ต้องออกใบกำกับภาษีให้แก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการในการขายสินค้าหรือการให้บริการทุกครั้ง และจะต้องจัดทำบันทึกที่ความรับผิดชอบในการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มเกิดขึ้น โดยสาระสำคัญของใบกำกับภาษีที่ผู้ประกอบการต้องจัดทำให้มี คือ รายการตามมาตรา 86/4 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งกฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อให้ทราบข้อมูล รายละเอียดของผู้ประกอบกิจการและผู้บริโภคหรือผู้รับบริการ โดยส่วนสำคัญของใบกำกับภาษี คือ ชื่อ ที่อยู่ และเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากรของผู้ประกอบการจดทะเบียนที่ออกใบกำกับภาษีและของผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการ ทั้งนี้ เพื่อนำไปใช้เป็นประโยชน์ในการระบุตัวตนของผู้ประกอบกิจการและผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการ และพิจารณาภาษีซื้อและภาษีขายซึ่งส่งผลถึงหน้าที่ในการชำระภาษีมูลค่าเพิ่มหรือสิทธิในการได้รับภาษีคืนต่อไป รวมถึงการมีชื่อ ที่อยู่ และเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากรของบุคคลโดยอยู่ในใบกำกับภาษีนั่นจะส่งผลให้บุคคลเหล่านั้นสามารถถูกตรวจสอบความถูกต้องรวมถึงความบกพร่องผิดพลาดในการจัดทำเอกสารทางภาษีอากร การยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มจากกรมสรรพากรได้ ดังนั้น เมื่อปรากฏว่าธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีมีลักษณะที่ไม่สามารถทราบตัวตนของผู้ซื้อและผู้ขาย (Anonymity) หรือไม่สามาถระบุชื่อ ที่อยู่ และเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากรของคู่สัญญาได้ ย่อมไม่อาจออกใบกำกับภาษีตามมาตรา 86/4 แห่งประมวลรัษฎากรได้ อันจะส่งผลให้ไม่สามารถจัดทำรายงานภาษีซื้อ รายงานภาษีขายได้ อีกทั้ง กรมสรรพากรย่อมไม่มีข้อมูลชื่อ

ที่อยู่ และเลขประจำตัวผู้เสียภาษีอากรของบุคคลเหล่านั้นเพื่อนำไปตรวจสอบความถูกต้องในการเสียภาษีมูลค่าเพิ่มได้อีกด้วย

นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อลักษณะของธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีไม่สามารถระบุตัวตนคู่สัญญาทำให้ไม่อาจออกเอกสารทางภาษีมูลค่าเพิ่มได้ดังที่กล่าวไปข้างต้น การตีความว่าธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีอยู่ภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่มย่อมไม่เหมาะสม เนื่องจากตามมาตรา 86/4(1)-(8) แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดโทษสำหรับผู้ประกอบกิจการที่ออกไปกำกับภาษีไม่ครบถ้วนตามรายการที่กฎหมายกำหนดมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 2,000 บาทตามมาตรา 90(12) และภาษีซื้อตามใบกำกับภาษีภาษีดังกล่าวจะเป็นภาษีซื้อต้องห้ามตามมาตรา 82/5(2) แห่งประมวลรัษฎากรตามประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 17) ซึ่งหมายความว่า ด้วยลักษณะของธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีไม่อาจระบุชื่อ ที่อยู่ผู้ขายได้ แต่กฎหมายกำหนดให้กระทำและหากไม่กระทำทำให้ครบถ้วนจะมีโทษ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการสร้างภาระเกินสมควรแก่ประชาชนเนื่องจากผู้ประกอบการหรือผู้ขายคริปโทเคอร์เรนซีอาจต้องรับโทษอันเกิดจากการที่กฎหมายบัญญัติไม่เหมาะสม

ในปัจจุบัน จากปัญหาการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีทำให้เกิดการเคลื่อนไหวของนักลงทุน ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล สมาคมสินทรัพย์ดิจิทัลและผู้เกี่ยวข้องอื่น ๆ โดยเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2565²⁹ มีการหารือระหว่างฝ่ายเอกชน สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) และกรมสรรพากรเพื่อหาทางออกสำหรับปัญหาภาษีเงินได้และภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับคริปโทเคอร์เรนซี และในวันที่ 31 มีนาคม 2565 กรมสรรพากรได้เผยแพร่คู่มือการชำระภาษีของผู้มีเงินได้จากการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล ส่วนสำหรับภาษีมูลค่าเพิ่มนั้น กรมสรรพากรได้มีแนวทางในการดำเนินการผ่อนปรนหลายประการ **ภายใต้กฎหมายปัจจุบัน** และยังอยู่ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของกรมสรรพากรที่สามารถดำเนินการได้ โดยนายเอกนิติ นิติทัณฑ์ประภาศ อธิบดีกรมสรรพากรให้ข้อมูลว่า

“ภาษีมูลค่าเพิ่มนั้น กรมสรรพากรจะเสนอพระราชกฤษฎีกาให้ยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับธุรกรรมที่กระทำผ่านผู้ประกอบธุรกิจ หรือ Exchange ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) และสินทรัพย์ดิจิทัลที่ออกโดยธนาคารแห่งประเทศไทย ส่วนประเด็นที่จะเกิดขึ้นในอนาคตนั้น กรมสรรพากรจะพิจารณาหารือร่วมกับชุมชนสินทรัพย์ดิจิทัล และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อศึกษาความเป็นไปได้เชิงนโยบาย

²⁹ The Standard, “2 สมาคมคริปโทฯ พุ่งนี้ตามนัด ถก ก.ล.ต.-สรรพากร ‘เก็บภาษี-เปิดเสียจริง’” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bangkokbiznews.com/business/983552>. [11 พฤษภาคม 2565]

ในอนาคต เพื่อแก้ไขกฎหมายที่จำเป็นและเหมาะสม อาทิ การแก้ประมวลรัษฎากรมาตรา 50 ที่เกี่ยวกับภาษีหัก ณ ที่จ่าย โดยให้ผ่าน ผู้ประกอบธุรกิจ หรือ Exchange เป็นผู้หัก และนำส่งกรมสรรพากร การเปลี่ยนแปลงการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มเป็นภาษีธุรกิจเฉพาะ (Financial Transaction Tax) สำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ เป็นต้น ทั้งนี้ต้องดูความเหมาะสมและบริบทต่างๆ โดยรอบอีกครั้ง”³⁰

ต่อมา เมื่อวันที่ 8 มีนาคม 2565 นายอาคม เติมพิทยาไพสิฐ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เปิดเผยว่า ที่ประชุมคณะรัฐมนตรี (ครม.) เห็นชอบหลักการมาตรการบรรเทาภาระภาษีสำหรับการซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล โดยยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการโอนคริปโตเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัล ในศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลที่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (Exchange) และการโอนสกุลเงินดิจิทัลที่ออกโดยธนาคารแห่งประเทศไทย (ธปท.) รวมทั้งอนุญาตให้หักผลขาดทุนจากการขายสินทรัพย์ดิจิทัลใน Exchange ออกจากกำไรจากการขายสินทรัพย์ดิจิทัลใน Exchange ได้ และในวันที่ 24 พฤษภาคม 2565 มีการออกพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 744) พ.ศ. 2565 ซึ่งมีสาระสำคัญ คือ “ให้ยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการโอนคริปโตเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัลที่กระทำในศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2565 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2566” ซึ่งการออกพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 744 ดังกล่าว ผู้เขียนมีข้อพิจารณา 2 ประการ ดังต่อไปนี้

1) การออกพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 744 เป็นการออกเพื่อยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการโอนคริปโตเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัลที่กระทำในศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลเท่านั้น โดยไม่ได้ยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการโอนคริปโตเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัลที่กระทำผ่านนายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลและผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัลทั้งที่นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลและผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลที่ได้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ.2561 เช่นเดียวกันกับศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล

2) การออกพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 744 นี้เป็นเพียงการออกเพื่อยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ไม่ใช่การพิจารณาว่าธุรกรรมการซื้อขายคริปโตเคอร์เรนซีไม่อยู่ภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม หรือพิจารณาว่าสมควรอยู่ภายใต้ระบบการจัดเก็บภาษีอื่นหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ กรมสรรพากรได้ให้

³⁰ กรุงเทพธุรกิจ, “สรรพากรเดินหน้าเก็บภาษีคริปโท พร้อมเปิดเงื่อนไขผ่อนปรน” [ออนไลน์] แหล่งที่มา : <https://www.bangkokbiznews.com/business/985303>. [11 พฤษภาคม 2565]

ข้อมูลไว้ว่าในอนาคตอาจจะมี “การเปลี่ยนประเภทการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มเป็นภาษีธุรกิจเฉพาะ (Financial Transaction Tax) สำหรับสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์” แต่ทั้งนี้อยู่นอกขอบเขตอำนาจหน้าที่ของกรมสรรพากรที่สามารถดำเนินการได้ในทันที จึงจำเป็นต้องดำเนินการในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการโอนคริปโทเคอร์เรนซี หรือโทเคนดิจิทัลในเบื้องต้นเสียก่อน

จากปัญหาการพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่มที่ได้กล่าวไปนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาแนวทางการพิจารณาของต่างประเทศ อันได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศอิตาลี และประเทศแอฟริกาใต้ ซึ่งจะเห็นได้ว่า สำหรับประเทศออสเตรเลียที่แต่เดิม ก่อนวันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ.2557 ธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีอยู่ภายใต้ระบบภาษีสินค้าและบริการ (GST) ผู้ประกอบการมีหน้าที่เรียกเก็บและนำส่งภาษี GST แก่กรมสรรพากร ต่อมาเมื่อวันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ.2557 กรมสรรพากรได้ประเทศยกเลิกแนวทางดังกล่าวและประกาศให้ธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่อยู่ภายใต้ระบบภาษีสินค้าและบริการ (GST) อีกต่อไป³¹ ทำให้เห็นแนวทางของประเทศออสเตรเลียว่าเป็นไปในแนวทางเดียวกับข้อเสนอของผู้เขียน คือ ธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีไม่สมควรอยู่ภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT) หรือภาษีสินค้าหรือบริการ (GST)

ส่วนประเทศนิวซีแลนด์นั้น มีความชัดเจนอย่างมาก กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติภาษีสินค้าและบริการ ค.ศ.1985 (แก้ไขเพิ่มเติมเมื่อวันที่ เมื่อวันที่ 30 มีนาคม พ.ศ.2565) ได้ความว่าคริปโทเคอร์เรนซีไม่ถือเป็นสินค้าและบริการ ซึ่งส่งผลให้ธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่ใช่ธุรกรรมซื้อขายสินค้าหรือการให้บริการอันอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติภาษีสินค้าและบริการ ค.ศ. 1985 อีกต่อไป และยังมีบทบัญญัติใหม่ คือ มาตรา 3(1) แห่งพระราชบัญญัติภาษีสินค้าและบริการ ค.ศ. 1985 ที่บัญญัติความหมายของ “บริการทางการเงิน” ว่าให้รวมถึงกิจกรรมที่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์เหนือสกุลเงินดิจิทัลด้วย นอกจากนี้ ในเอกสาร GST Policy Issues กรมสรรพากรประเทศนิวซีแลนด์ได้ให้เหตุผลในการตัดธุรกรรมซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีออกจากระบบ GST ไว้ว่าหากใช้ระบบ GST นักลงทุนที่ซื้อขายสินทรัพย์มากกว่า 60,000 ดอลลาร์ในระยะเวลา 12 เดือนต้องจดทะเบียน GST และต้องเสียค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามข้อกำหนดในการยื่นแบบแสดงรายการภาษี GST และการขอคืนภาษี GST รวมถึงลักษณะของตลาดสินทรัพย์ดิจิทัลนั้น นักลงทุนที่ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลมีทั้งผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศและไม่อยู่ในประเทศ จึงเป็นไปได้

³¹ Niklas Schmidt, Jack Bernstein, Stefan Richter, Lisa Zarlenga, *Taxation of Crypto Assets* (Kluwer Law International B.V., 2020), p.99.

ได้ที่จะระบุว่า การขายนั้นขายให้กับผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศหรือไม่ รวมถึงเหตุผลด้านการสนับสนุนของรัฐ คือ รัฐบาลประเทศนิวซีแลนด์ต้องการอำนวยความสะดวกให้นักลงทุนในการขายคริปโทเคอร์เรนซี และต้องการช่วยลดค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามกฎหมาย อีกทั้ง กรมสรรพากรประเทศนิวซีแลนด์ให้ความเห็นว่า การกำหนดให้การซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีไม่อยู่ภายใต้ GST เป็นการสอดคล้องกับลักษณะของตลาดคริปโทเคอร์เรนซีในปัจจุบันอีกด้วย

ทั้งนี้ ผู้เขียนต้องการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายภาษีอากรของประเทศนิวซีแลนด์มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยการบัญญัติให้ชัดเจนว่าคริปโทเคอร์เรนซีไม่ใช่ “สินค้า” และไม่ใช่ “บริการ” อีกทั้ง การซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีถือเป็นบริการทางการเงิน (Financial Service) ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับข้อเสนอแนะของผู้เขียน แม้ว่ากฎหมายภาษีอากรของประเทศนิวซีแลนด์ในมาตรา 14(1)(a) จะบัญญัติเป็นเพียง “การยกเว้น (exempt)” ออกจากการจัดเก็บภาษีสินค้าและบริการ ไม่ใช่การยกเลิกการจัดเก็บภาษีสินค้าและบริการสำหรับธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาเรื่องคำนิยามเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับข้อเสนอแนะของผู้เขียน ส่วนการยกเว้นหรือการยกเลิกภาษีสินค้าและบริการนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายภาษีอากรของแต่ละประเทศว่า มีนโยบายการจัดเก็บภาษีบริโภคสำหรับบริการทางการเงิน (Financial Service) อย่างไร

สำหรับประเทศอิตาลี มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ตัดสินอย่างชัดเจนว่า การเสนอขายสินทรัพย์ดิจิทัลถือเป็นการเสนอขายผลิตภัณฑ์ทางการเงินอันอยู่ภายใต้มาตรา 1 วรรคหนึ่ง(u) แห่งพระราชบัญญัติการเงิน³² และอยู่ภายใต้การดูแลของหน่วยงานกำกับดูแลหลักทรัพย์ เช่น CONSOB (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa) ในประเทศอิตาลี จึงการวินิจฉัยเช่นนี้สามารถแปลความได้ว่า ศาลฎีกาประเทศอิตาลีไม่ได้พิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีเป็นสินค้าหรือบริการ อันจะอยู่ภายใต้ภาษีมูลค่าเพิ่ม แต่พิจารณาเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินประเภทหนึ่งที่อยู่ภายใต้การดูแลของหน่วยงานกำกับดูแลหลักทรัพย์โดยในคำอธิบายคำพิพากษาของศาลฎีกาประเทศอิตาลี (the Supreme Court of Cassation) ในคดีดังกล่าวนี้ ศาลฎีกาไม่ได้ตัดสินว่าบิทคอยน์ควรมีคุณสมบัติเป็น “ผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (Financial Product)” หรือ “เครื่องมือทางการเงิน (Financial Instruments)” แต่ศาลฎีกาได้วางหลักการที่แตกต่างออกไป โดยศาลฎีกาประเทศอิตาลีได้วางหลักว่า การซื้อขายบิทคอยน์ที่จะถือได้ว่าบิทคอยน์นั้นเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินจะต้องเป็นการซื้อขายอย่างการลงทุนโดยคาดหวังผลกำไร ซึ่งแนวทางการวินิจฉัยเช่นนี้สอดคล้อง

³² Raffaele Lener, Salvatore L. Furnari, Niccolò Lorenzotti, Antonio Di Ciommo and Roberto A. Lener, “The Virtual Currency Regulation Review: Italy” [online] Available from <https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/italy>. [28 กุมภาพันธ์ 2565]

กับแนวทางของหน่วยงานกำกับดูแลหลักทรัพย์ (Commissione Nazionale per le Societae la Borsa : CONSOB) กล่าวคือ การลงทุนทางการเงินใด ๆ ที่จะเข้าข่ายเป็น “ผลิตภัณฑ์ทางการเงิน” นั้นจะต้องเป็นการลงทุนที่คาดหวังผลกำไรที่เพิ่มขึ้นโดยไม่ได้รับเงินสมทบจากผู้ลงทุนอื่นนอกเหนือจากการเงินที่ลงทุนนั้น และสามารถยอมรับความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเงินลงทุนได้³³ และเมื่อลักษณะของการลงทุนในบิทคอยน์มีลักษณะเช่นนั้น จึงทำให้ลักษณะการลงทุนในบิทคอยน์ได้รับการยอมรับเป็นการลงทุนใน “ผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (Financial Product)” อย่างหนึ่งตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกาประเทศอิตาลีในคดีหมายเลขคดีที่ 26807 ปีพ.ศ.2564 แต่อย่างไรก็ดี คำพิพากษาของศาลฎีกาไม่ได้วินิจฉัยว่าจะต้องอยู่ภายใต้ระบบธุรกิจเฉพาะหรือภาษีมูลค่าเพิ่มหรือไม่ อย่างไร เนื่องจากประเด็นแห่งคดีมีว่าการเสนอขายสินทรัพย์ดิจิทัลถือเป็นการเสนอขายผลิตภัณฑ์ทางการเงินอันจะอยู่ภายใต้การควบคุมและการอนุญาตของหน่วยงานกำกับดูแลหลักทรัพย์ CONSOB (Commissione Nazionale per le Societae la Borsa) หรือไม่เท่านั้น

อีกหนึ่งประเทศที่ผู้เขียนนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ คือ ประเทศแอฟริกาใต้ที่ปรากฏว่าหน่วยงานด้านการกำกับดูแลตลาดในแอฟริกาใต้ (Financial Sector Conduct Authority: FSCA) ได้กำหนดว่าสินทรัพย์ดิจิทัล เป็น “ผลิตภัณฑ์ทางการเงิน” ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 ของพระราชบัญญัติการให้คำปรึกษาทางการเงินและการบริการตัวกลาง ฉบับที่ 37 ปีค.ศ. 2002 (the Financial Advisory and Intermediary Service Act 37 of 2002: FAIS Act)³⁴ และได้ชี้แจงว่าสินทรัพย์ดิจิทัล เป็นบริการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับสกุลเงินดิจิทัล และถูกกำหนดให้เป็น “การแสดงผลค่าทางดิจิทัลใด ๆ ที่สามารถซื้อขายหรือโอนทางดิจิทัลและสามารถใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการชำระเงินหรือการลงทุน แต่ไม่รวมถึงการแสดงผลเงินหรือหลักทรัพย์แบบดิจิทัลที่อยู่ในคำจำกัดความของผลิตภัณฑ์ทางการเงินอยู่แล้ว”

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกับแนวทางของต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าทั้ง 4 ประเทศที่ผู้เขียนได้พิจารณา ล้วนไม่ได้จัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับธุรกรรมการซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซี แม้ว่าแต่ละประเทศจะมีแนวทางการพิจารณาที่แตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ในภาพรวมนั้นค่อนข้างเห็นไปในแนวทางเดียวกัน คือ คริปโทเคอร์เรนซีไม่ใช่สินค้าหรือบริการ และซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับข้อเสนอและความเห็นของผู้เขียน และเมื่อไม่ใช่สินค้าหรือบริการแล้ว ย่อมไม่อยู่ภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม อีกทั้งบางประเทศยังพิจารณาต่อไปอีกว่า คริปโทเคอร์เรนซินั้นเป็นผลิตภัณฑ์ทาง

³³ CONSOB Communication no. DTC/1038246 ของ 6-5-2013

³⁴ DRAFT DECLARATION OF CRYPTO ASSETS AS A FINANCIAL PRODUCT, FINANCIAL ADVISORY AND INTERMEDIARY SERVICES ACT 2002

การเงินประเภทหนึ่งซึ่งหากเป็นไปตามกฎหมายภาษีอากรของไทยจะอยู่ภายใต้กฎหมายภาษีธุรกิจเฉพาะซึ่งมีหลักการจัดเก็บภาษีเป็นรายธุรกรรม (Transaction Tax)

จากการศึกษา ผู้เขียนเห็นว่าสมควรนำระบบการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะมาใช้กับธุรกรรมการซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีด้วยเหตุผล ดังต่อไปนี้

1. คริปโทเคอร์เรนซีควรถูกพิจารณาเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (Financial Product)

จากการศึกษา ผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (Financial Product) หมายถึง สินทรัพย์ที่ไม่ใช่ทางกายภาพ ต่าง ๆ ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจและสามารถซื้อขายต่อสาธารณะหรือเปลี่ยนเป็นเงินสดได้ ซึ่งรวมถึงสกุลเงิน ทองคำ การแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ และหลักทรัพย์ โดยผลิตภัณฑ์ทางการเงินสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ (1) เงินตรา (2) สินค้าที่จับต้องได้ และ (3) สินค้าที่จับต้องไม่ได้ ซึ่งหากพิจารณาลักษณะของคริปโทเคอร์เรนซีที่ไม่มีรูปร่างแล้ว ย่อมเข้าลักษณะเป็นสินค้าที่จับต้องไม่ได้

ลักษณะสำคัญของผลิตภัณฑ์ทางการเงิน คือ มีความเสี่ยง มีความเป็นไปได้ที่จะสูญเสียรายได้ที่คาดหวังเนื่องจากความไม่แน่นอนของอนาคต โดยความเสี่ยงและผลตอบแทนในตลาดทางการเงินมี 4 ประเภท ได้แก่ (1) ความเสี่ยงสูงและผลตอบแทนต่ำ (2) ความเสี่ยงต่ำและผลตอบแทนสูง (3) ความเสี่ยงสูงและผลตอบแทนสูง และ (4) ความเสี่ยงต่ำและผลตอบแทนต่ำ และนอกจากความเสี่ยงแล้ว ผลิตภัณฑ์ทางการเงินต้องมีสภาพคล่อง กล่าวคือ ต้องมีความสามารถในการแปลงสินทรัพย์นั้นเป็นสกุลเงิน โดยสินทรัพย์บางอย่างสามารถแปลงเป็นสกุลเงินได้ทันทีที่ต้องการ

เมื่อคริปโทเคอร์เรนซีเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีมูลค่า สามารถซื้อขายต่อสาธารณะ มีสภาพคล่อง สามารถเปลี่ยนแปลงเป็นเงินสดได้ อีกทั้ง ยังเป็นสินทรัพย์ที่มีความเสี่ยงเนื่องจากราคาของคริปโทเคอร์เรนซินั้นไม่แน่นอน มีการเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า ลักษณะของคริปโทเคอร์เรนซีควรถูกพิจารณาเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินประเภทหนึ่ง

เมื่อพิจารณาจากลักษณะตามหลักการของการเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงิน รวมถึงแนวทางของต่างประเทศแล้ว เห็นว่า คริปโทเคอร์เรนซีควรถูกพิจารณาเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (Financial Product) และเมื่อพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงิน การจัดเก็บภาษีย่อมต้องจัดเก็บอย่างผลิตภัณฑ์ทางการเงิน ซึ่งไม่ได้อยู่ภายใต้ระบบภาษีมูลค่าเพิ่ม แต่จัดเก็บเป็นรายธุรกรรม (Transaction Tax) เนื่องจากระบบภาษีมูลค่าเพิ่มในภาคการเงินมีปัญหาด้านการกำหนดมูลค่าเพิ่มที่เกิดขึ้น ไม่มีการเพิ่มขึ้นของมูลค่าในแต่ละขั้นตอนการผลิต การคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่ม การออกใบกำกับภาษีซึ่งแตกต่างจากธุรกรรมการซื้อขายสินค้าและบริการโดยทั่วไป

แม้ในประเทศไทยไม่มีกฎหมายภาษีการบริโภคที่ใช้ชื่อโดยเฉพาะเจาะจงว่า “ภาษีธุรกรรมทางการเงิน (Financial Transaction Tax)” แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายภาษีอากรของประเทศไทยตามประมวลรัษฎากรนั้นมีการจัดเก็บภาษีบริโภคเป็นรายธุรกรรม โดยอยู่ในรูปแบบของภาษีธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Tax: SBT) ซึ่งเป็นภาษีทางอ้อมที่เก็บในธุรกิจบริการทางการเงินบางประเภทที่มีความยุ่งยากในการกำหนดมูลค่าเพิ่ม จึงนำมาบัญญัติในรูปแบบภาษีธุรกิจเฉพาะ แทน ดังนั้น เมื่อคริปโทเคอร์เรนซีสมควรถูกพิจารณาเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (Financial Product) จึงสมควรถูกพิจารณาเก็บภาษีเป็นรายธุรกรรมในรูปแบบของภาษีธุรกรรมทางการเงิน (Financial Transaction Tax) ซึ่งประเทศไทยบัญญัติให้อยู่ในภาษีธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Tax: SBT) ด้วย เช่นเดียวกับภาษีการขายหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในตลาดหลักทรัพย์หรือภาษีขายหุ้นตามมาตรา 91/2(7) แห่งประมวลรัษฎากร โดยฐานภาษีเป็นไปตามมาตรา 91/5(7) คือ รายรับจากการประกอบกิจการ ซึ่งหมายถึงรายรับก่อนหักรายจ่ายใด ๆ โดยบุคคลที่มีหน้าที่หักภาษีธุรกิจเฉพาะจากเงินที่ขาย ยื่นแบบแสดงรายการภาษี และชำระภาษีธุรกิจเฉพาะ คือ สมาชิกที่เป็นตัวแทนของผู้ขายหักภาษีธุรกิจเฉพาะจากเงินที่ขาย (โบรกเกอร์) แทนผู้ขายในนามของตนเองโดยผู้ขายหลักทรัพย์ไม่ต้องยื่นแบบแสดงรายการเสียภาษีธุรกิจเฉพาะอีก และให้ถือว่าสมาชิก (โบรกเกอร์) เป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะ³⁵ แต่อย่างไรก็ดี ภาษีการขายหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในตลาดหลักทรัพย์ได้รับการยกเว้นตั้งแต่ปีพ.ศ. 2534 โดยผลของพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 240) พ.ศ. 2534 ทั้งนี้ ในด้านธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซี ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาให้อยู่ภายใต้ระบบภาษีธุรกิจเฉพาะแล้ว หากภาครัฐมีนโยบายต้องการสนับสนุนธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซี ย่อมสามารถออกกฎหมายลำดับรองเพื่อยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับธุรกรรมการซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีดังเช่นการขายหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในตลาดหลักทรัพย์หรือภาษีขายหุ้นตามมาตรา 91/2(7) แห่งประมวลรัษฎากรได้

³⁵ มาตรา 91/9 ประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า “ในกรณีกิจการขายหลักทรัพย์ตามมาตรา 91/2 (7) ให้สมาชิกที่เป็นตัวแทนของผู้ขายหักภาษีธุรกิจเฉพาะจากเงินที่ขาย และยื่นแบบแสดงรายการภาษีและชำระภาษีตามมาตรา 91/10 แทนผู้ขายในนามของตนเอง โดยผู้ขายไม่ต้องยื่นแบบแสดงรายการภาษีอีก และให้ถือว่าสมาชิกเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะในกรณีนี้ด้วย”

5. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาการตีความธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีภายใต้กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่ม ผู้เขียนเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงบทบัญญัติตามประมวลรัษฎากร ดังต่อไปนี้

1) สมควรปรับปรุงสถานะทางกฎหมายของคริปโทเคอร์เรนซีให้มีความชัดเจนตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ว่าคริปโทเคอร์เรนซีไม่สมควรถูกพิจารณาเป็นสินค้า บริการ และบริการทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ด้วยลักษณะของคริปโทเคอร์เรนซีที่มีเพื่อการลงทุนและเก็งกำไร สมควรถูกพิจารณาให้เป็น “ผลิตภัณฑ์ทางการเงิน (Financial Product)” ประเภทหนึ่ง จึงเห็นว่าสมควรบัญญัตินิยามและสถานะทางกฎหมายของคริปโทเคอร์เรนซีว่าเป็น “ผลิตภัณฑ์ทางการเงิน” ไว้อย่างชัดเจนในประมวลรัษฎากรเพื่อทำให้เกิดการตีความทับซ้อนกับคำว่า “บริการทางอิเล็กทรอนิกส์” ตามมาตรา 77/1(10/1) แห่งประมวลรัษฎากร

2) สมควรบัญญัติเพิ่มธุรกรรมการซื้อขายคริปโทเคอร์เรนซีที่กระทำผ่านผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเข้าเป็นหนึ่งในกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามบทบัญญัติมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร โดยให้จัดเก็บภาษีเป็นรายธุรกรรมจากรายรับก่อนหักรายจ่าย (Gross Income) และกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล อันได้แก่ ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล และผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล เป็นผู้มีหน้าที่จัดเก็บภาษีและนำส่งกรมสรรพากร ดังเช่นมาตรา 91/9 ที่ในกิจการขายหลักทรัพย์ตามมาตรา 91/2 (7) สมาชิกที่เป็นตัวแทนของผู้ขาย (โบรกเกอร์) มีหน้าที่หักภาษีธุรกิจเฉพาะจากเงินที่ขาย และยื่นแบบแสดงรายการภาษีและชำระภาษีตามมาตรา 91/10 แทนผู้ขายในนามของตนเอง โดยผู้ขายไม่ต้องยื่นแบบแสดงรายการภาษีอีก

3) เมื่อพิจารณาคริปโทเคอร์เรนซีเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินและอยู่ภายใต้ระบบภาษีธุรกิจเฉพาะแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องด้วยลักษณะของธุรกิจการซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีที่กระทำโดยศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล และผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล ซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) สามารถเทียบเคียงได้กับธุรกิจการซื้อขายหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ดังนั้น เมื่อการซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยอยู่ภายใต้ระบบภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2(7) แห่งประมวลรัษฎากร การซื้อขายแลกเปลี่ยนคริปโทเคอร์เรนซีที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) จึงสมควรอยู่ภายใต้ระบบภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากรด้วยเช่นกันเพื่อไม่ให้เกิดการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อสินทรัพย์ที่มีลักษณะเดียวกัน

ทั้งนี้ รัฐจะพิจารณาเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับธุรกรรมคริปโทเคอร์เรนซีในอัตราร้อยละเท่าใด หรือจะพิจารณากเว้นเช่นเดียวกับการซื้อขายหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 240) พ.ศ. 2534 เพื่อส่งเสริมตลาดการลงทุนในคริปโทเคอร์เรนซีหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้ผ่านกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องพิจารณานโยบายและแนวทางการส่งเสริมการลงทุนในคริปโทเคอร์เรนซีในแต่ละช่วงเวลาต่อไป

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

การเตรียมต้นฉบับ

ในการเตรียมผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนจะต้องระบุรายละเอียดและดำเนินการตามรูปแบบ ดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลที่ต้องระบุ

- 1) ชื่อผลงาน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ที่กระชับ ครอบคลุม และสื่อถึงเนื้อหาสาระของผลงานอย่างชัดเจน โดยให้พิมพ์ไว้ที่ตรงกลางของหน้าแรก
- 2) ชื่อ-สกุลของผู้เขียน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 3) ตำแหน่งทางวิชาการของผู้เขียน (ถ้ามี) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 4) อีเมลของผู้เขียน โดยผู้เขียนอาจเลือกใช้อีเมลส่วนตัวหรืออีเมลของหน่วยงานต้นสังกัดได้
- 5) ชื่อและที่อยู่ของหน่วยงานหรือสถาบันที่ผู้เขียนสังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- 6) บทคัดย่อ (Abstract) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยมีความยาวอย่างละไม่เกิน 300 คำ
- 7) คำสำคัญ (Keywords) ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ อย่างน้อย 3 คำ

2. รูปแบบผลงาน

- 1) พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยบันทึกเป็นสกุล .doc หรือ .docx
- 2) ตั้งค่าขนาดหน้ากระดาษที่ A4 (21 x 29.4 เซนติเมตร) หน้าเดียว
- 3) กั้นหน้ากระดาษบน-ล่าง อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร) และซ้าย-ขวา อย่างละ 1 นิ้ว (2.54 เซนติเมตร)
- 4) พิมพ์เนื้อหาผลงานโดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์
- 5) ใช้ระยะห่างระหว่างบรรทัด 1 เท่า (single space)

3. การอ้างอิง

- 1) การอ้างอิงให้ทำเป็นเชิงบรรณ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK หรือ TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12.5 พอยต์
- 2) ผู้เขียนต้องใช้รูปแบบการอ้างอิงตามแบบ ชิคาโก (Chicago Style Citation) ซึ่งตรงกับรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณของการเขียนวิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์ของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เช่น

โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

- 3) ผู้เขียนสามารถศึกษาเพิ่มเติมได้ที่
 1. (ภาษาไทย)
<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>
 2. (ภาษาอังกฤษ)
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
4. ผู้เขียนควรตรวจสอบความถูกต้องของการสะกดคำ ไวยากรณ์ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ และความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์มาจากภาษาอังกฤษทั้งผลงาน
5. เนื้อหาของผลงานรวมเชิงอรรถไม่ควรเกิน 30 หน้า ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของกองบรรณาธิการ

การส่งต้นฉบับผลงาน

1. วารสารกฎหมาย เปิดรับผลงานผ่านช่องทางออนไลน์เท่านั้น เพื่อให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานของศูนย์ดัชนีอ้างอิงวารสารไทย โดยผู้เขียนสามารถส่งผลงานผ่านเว็บไซต์ของวารสารกฎหมายในระบบ Thai Journals Online (ThaiJO) ได้ที่
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. กระบวนการส่งผลงานผ่านช่องทางออนไลน์มีดังนี้
 - 1) โปรดเข้าไปยังเว็บไซต์ของวารสาร ที่ <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/index> (สามารถอ่านได้ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยกดปุ่มเปลี่ยนภาษาที่มุมบนขวาของเว็บไซต์)
 - 2) กรณีที่เป็นสมาชิก ThaiJO อยู่แล้ว สามารถเข้าสู่ระบบ (log in) ได้เลย แต่ถ้ายังไม่ได้เป็นสมาชิก จะต้องสมัครสมาชิกเสียก่อน จึงจะส่งบทความได้
 - 3) ศึกษา “คำแนะนำสำหรับผู้เขียน” อย่างละเอียด เพื่อปรับแต่งและจัดรูปแบบผลงานให้ตรงตามที่วารสารกำหนด
 - 4) ส่งบทความมายังวารสาร
 - 5) คำอธิบายเพิ่มเติมสามารถศึกษาได้ที่
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

กระบวนการพิจารณาผลงาน

การพิจารณาผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย จะดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

1. เมื่อผู้เขียนส่งผลงานมายังกองบรรณาธิการเพื่อขอรับการพิจารณาผลงานตามช่องทางที่กำหนดแล้ว ผู้เขียนจะได้รับแจ้งว่าผลงานเข้าสู่ระบบแล้ว

2. กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาผลงานของผู้เขียนในขั้นต้น และแจ้งผลการพิจารณาในขั้นต้นให้ผู้เขียนทราบโดยไม่ชักช้า
 - 1) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) หากกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าไม่ควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
3. เมื่อกองบรรณาธิการมีความเห็นว่าควรรับผลงานของผู้เขียนไว้พิจารณา กองบรรณาธิการดำเนินการดังต่อไปนี้
 - 1) บทความวิชาการและบทความวิจัยทุกชิ้นจะต้องผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ที่กองบรรณาธิการพิจารณาคัดเลือกแล้วเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญตรงตามสาขาวิชาของเนื้อหาที่นำเสนอในบทความ และการประเมินดังกล่าวเป็นการประเมินลับทั้งสองทาง (Double-blinded peer review)
 - 2) ผลงานอื่นๆ กองบรรณาธิการจะเป็นผู้ร่วมกันพิจารณา
4. เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการประเมินผลงานของผู้เขียนแล้วเสร็จ ผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการจะระบุความเห็นเกี่ยวกับคุณภาพของผลงาน อาทิ ข้อผิดพลาดทางวิชาการ การใช้ภาษา ความครอบคลุมของเนื้อหา คุณภาพทางวิชาการ ความชัดเจนในการนำเสนอ ความสำคัญในสาขาวิชา และแจ้งผลการประเมินโดยแบ่งเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้
 - 1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข
 - 2) เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง
 - 3) เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์
5. กองบรรณาธิการจะแจ้งผลการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิหรือกองบรรณาธิการให้ทราบโดยไม่ชักช้าตามแต่กรณีดังนี้
 - 1) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่มีการแก้ไข” ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 2) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรให้แก้ไข และเมื่อแก้ไขแล้ว ให้บรรณาธิการพิจารณาได้ทันทีหรือให้ส่งกลับมาที่ผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อพิจารณาอีกครั้ง” เมื่อผู้เขียนได้แก้ไขตามคำแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิ และบรรณาธิการหรือผู้ทรงคุณวุฒิ (แล้วแต่กรณี) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ได้ ผลงานจะได้รับการพิจารณาในขั้นตอนต่อไป
 - 3) กรณีผลงานได้รับการประเมิน “เห็นสมควรปฏิเสธการพิมพ์” ผลงานจะไม่ได้รับการพิจารณาตีพิมพ์
6. หลังจากได้รับผลการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิหรือบรรณาธิการครั้งที่สอง กองบรรณาธิการพิจารณาตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนอีกครั้ง โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิในการตรวจ แก้ไข ขอข้อมูลเพิ่มเติมจากผู้เขียน และจัดรูปแบบผลงานก่อนการตีพิมพ์ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบผลงานและรายละเอียดที่วารสารฯ กำหนด ทั้งนี้ กองบรรณาธิการอาจส่งผลงานคืนไปให้ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติมได้แล้วแต่กรณี

7. กองบรรณาธิการจะตีพิมพ์ผลงานของผู้เขียนที่ได้รับผลการประเมินให้ตีพิมพ์ และได้จัดรูปแบบผลงานให้เป็นไปตามที่วารสารฯ กำหนดเรียบร้อยแล้วเท่านั้น โดยกองบรรณาธิการสงวนสิทธิ์ในการพิจารณาจัดลำดับผลงานเพื่อตีพิมพ์ในวารสารฯ ในโอกาสอันควรต่อไป

ข้อกำหนดอื่น

ในการส่งผลงานเพื่อขอรับการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย ผู้เขียนตกลง รับรอง ยอมรับ และรับประกันว่า

1. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ ไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
2. ผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง
3. ผลงานที่ส่งมามีได้ผ่านการคัดลอกโดยปราศจากการอ้างอิงอย่างเหมาะสมหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด
4. กองบรรณาธิการสามารถแก้ไขเพิ่มเติม และ/หรือปรับเปลี่ยนรูปแบบของผลงานให้เป็นไปตามที่กองบรรณาธิการกำหนด และนำผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายมาแปลงเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ (PDF) เพื่อเผยแพร่ในเว็บไซต์ของห้องสมุดระบบออนไลน์สำหรับการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิงแก่คณาจารย์และนิสิต และเผยแพร่ผลงานต่อไปได้ในอนาคต
5. การพิจารณาผลงานที่จะได้รับการตีพิมพ์เป็นดุลพินิจของกองบรรณาธิการวารสารกฎหมาย และผลการประเมินจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด โดยที่กองบรรณาธิการจะไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของผลงาน

Author's Guidelines

Preparing Manuscript

Manuscripts submitted for consideration to be published by Chulalongkorn Law Journal must comply with the following requirements:

1. Required information:

- 1) Title of the manuscript, both in Thai and in English, which is concise, comprehensive and clearly represents the content of the manuscript.
- 2) Author's name, both in Thai and in English.
- 3) Author's academic title (if applicable), both in Thai and in English.
- 4) Author's email, which can be either a personal account or an account belonging to author's affiliation or employer.
- 5) Name and address of author's affiliation or employer, both in Thai and in English.
- 6) Abstracts, both in Thai and in English, which do not exceed 300 words each.
- 7) Minimum of 3 keywords, both in Thai and in English.

2. Required Format:

- 1) Use Microsoft Word Processing Program and save in .doc or .docx format.
- 2) Type written on A4 size (21 x 29.4 centimeters) on one side.
- 3) Use top and bottom margin at 1 inch (2.54 centimeters) and left and right margin at 1 inch (2.54 centimeters).
- 4) Use TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 16 points for content.
- 5) Use single spacing.

3. Citation Style:

- 1) Use footnote format for citation, using TH SarabunPSK or TH Sarabun New fonts with font size at 12.5 points.
- 2) Use Chicago Style Citation, which corresponds with the prescribed citation format style used for writing dissertations or thesis at Faculty of Law, Chulalongkorn University, for instance:

โสภณ รัตนกร, คำอธิบาย กฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2553), 11.

Sanunkorn Sothiphan, *Explanation of the Law of Tort, Negotiorum Gestio and Undue Enrichment*, 7th ed. (Bangkok: Winyuchon, B.E. 2560 (2017) (Thai language), 81.

3) For more information, please visit:

1. (Thai)

<https://www.grad.chula.ac.th/download/thesis.pdf?fbclid=IwAR1eEgrFdVr9Icl4SE3P7Nh5wwHvHijgMKHzqupcULRQC33dewPdVjDpCuU>

2. (English)

https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

4. Authors should ensure that all errors relating to spelling, Thai and English grammar, and inconsistency of using transliteration of English words be corrected throughout the manuscript.
5. Content and footnote of each manuscript should not exceed 30 pages, or under the sole discretion of the editorial board.

Submitting Manuscript

1. Chulalongkorn Law Journal only accepts manuscripts which are submitted through online channel, in accordance with the requirement prescribed by the Thai Citation Index (TCI). Authors can submit their manuscript through the website of the journal using the Thai Journals Online (ThaiJO) system at:
<https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawchulajournal/about/submissions>
2. Online submission process
- 1) Visit the journal website at (readable in both Thai and English, but clicking change-language button at the top right of the website)
 - 2) Registration as members of the ThaiJO System is required before submission.
 - 3) Study the “Author’s Guidelines” carefully and perform preliminary formatting as prescribed by the journal.
 - 4) Submit the manuscript
 - 5) For more information, please visit:
<https://drive.google.com/file/d/1y217JvKwnwdevJdP2X1fjNT5OPxZ2aaZ/view>

Review Process

The Editorial Board of Chulalongkorn Law Journal will utilize the following procedure in receiving and reviewing the submitted manuscripts:

1. After the authors have submitted the manuscripts through the online channel, the authors will be informed of the acknowledgment of submission.

2. The Editorial Board will process the manuscripts for initial screening and inform the authors of the decision without delay.
 - 1) The manuscripts that pass the initial screening will proceed to the following stage.
 - 2) The manuscripts that are rejected in the initial screening will not be considered for publication.
3. If the manuscript passes the initial screening, it will undergo reviewing process.
 - 1) Each academic and research articles shall be peer reviewed using the double-blinded process by at least two qualified individuals, whom the Editorial Board carefully select owing to their expertise corresponded with the substance presented in the articles.
 - 2) Other manuscripts shall be reviewed by the Editorial Board.
4. Having reviewed the manuscripts, the reviewers or the Editorial Board will provide expert opinions on the quality of the manuscripts, such as academic errors, use of language, content comprehensiveness, academic quality, clarity, importance to the relevant academic field, and classify the decision into one of the followings:
 - 1) Accepted for publication without any revision.
 - 2) Revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review.
 - 3) Not accepted for publication.
5. The Editorial Board will, without delay, inform the authors of one of the following decisions.
 - 1) If the manuscripts are “accepted for publication without any revision”, they will be eligible to proceed to the following stage.
 - 2) If the manuscripts are noted as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, they will only be eligible to proceed to the following stage after the authors have revised them, and the Editor-in-Chief or the reviewers (as the case may be) have so agreed.
 - 3) If the manuscripts are “not accepted for publication”, they will not be considered for publication.
6. After receiving the follow-up evaluation from the reviewers, the Editorial Board will perform a final check of the manuscripts before proceeding to printing. The Editorial Board reserves the right to check, revise, request for additional information, and

perform formatting in accordance with the prescribed style. The Editorial Board may request the author to perform additional revision if necessary.

7. The Editorial Board will publish the manuscripts that have been evaluated as “accepted for publication without any revision” or that, in the case of having been evaluated as “revision is mandatory, and the revised manuscripts shall be sent to the Editor-in-Chief to consider or returned to the reviewers for further review”, have been revised satisfactorily, and have been formatted in accordance with the prescribed style. The Editorial Board reserves the right to determine the order of publication in the appropriate occasion.

Other Requirements

When submitting the manuscripts to be considered for publication, the authors agree, accept, and warrant that:

1. The manuscript has not been previously published in any form, nor is it is under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
2. The manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted.
3. The manuscript is original, does not contain plagiarism, and does not infringe any copyright.
4. The Editorial Board reserves the right to perform additional revision and/or formatting into the prescribed style, to convert this manuscript into an electronic form (PDF) for publication in the website of Faculty of Law, Chulalongkorn University online library, and to publish this manuscript from the date here of on wards.
5. Decision whether to publish the manuscript solely belongs to the Editorial Board, and such decision shall be final. The Editorial Board is not responsible for any contents nor accuracy in the manuscript.

จริยธรรมการตีพิมพ์

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เขียน

ผู้เขียนจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานใหม่ และมีการอ้างอิงอย่างถูกต้อง
2. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่เคยถูกตีพิมพ์หรือเผยแพร่ที่ไหนมาก่อนไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตาม หรือไม่อยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อขอรับการตีพิมพ์หรือเผยแพร่ในวารสารอื่นภายใน 90 วันนับจากวันที่กองบรรณาธิการได้รับต้นฉบับ
3. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาเป็นผลงานของผู้เขียนแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนและผู้เขียนร่วมตามที่ระบุไว้จริง และการเรียงลำดับผู้เขียนร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกันระหว่างผู้เขียนร่วมและสะท้อนสัดส่วนการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง
4. นำเสนอแต่ข้อเท็จจริง
5. ส่งผลงานตามรูปแบบที่กำหนด
6. รับรองว่าผลงานที่ส่งมาไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งที่ส่อไปในทางหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นใดของบุคคลที่สาม
7. แสดงแหล่งสนับสนุนการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ
8. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี)
9. แจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบข้อผิดพลาดในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ

บรรณาธิการจะต้อง

1. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นเป็นไปตามวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารกฎหมาย
2. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นมีคุณภาพ และยินดีที่จะตีพิมพ์การแก้ไขหรือคำอธิบายเพิ่มเติมหากจำเป็น
3. รับรองว่าผลงานที่ได้รับการพิจารณาให้ตีพิมพ์นั้นไม่ละเมิดลิขสิทธิ์ และมีมาตรการจัดการการคัดลอก (plagiarism) อย่างเข้มงวด
4. ไม่ตีพิมพ์ผลงานที่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่อื่นมาแล้ว
5. ดำเนินการในลักษณะที่เป็นธรรม เป็นกลาง ไม่ชักช้า ไม่เลือกปฏิบัติบนฐานของสถาบันที่สังกัด เพศ เชื้อชาติ รสนิยมทางเพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง หรือเหตุอื่นใดในลักษณะคล้ายกัน
6. รับรองว่าจะไม่มีการขัดผลประโยชน์ (conflict of interest)
7. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้เขียนเกี่ยวกับการส่งผลงาน
8. แจ้งผู้เขียนเกี่ยวกับความคืบหน้าการพิจารณาอย่างต่อเนื่อง

9. รักษาความลับเกี่ยวกับตัวตนของผู้เขียนและผู้ประเมินในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาประเมินแบบลับ (double-blinded peer review)
10. จัดให้มีคำแนะนำสำหรับผู้ประเมินเกี่ยวกับการประเมินผลงาน
11. ตัดสินใจตีพิมพ์ผลงานในวารสารกฎหมาย บนฐานของคุณภาพผลงานและความเหมาะสม โดยไม่มีเหตุแทรกแซงจากภายนอก
12. จัดให้มีคำอธิบายกระบวนการพิจารณาผลงาน และสามารถให้เหตุผลได้หากมีการดำเนินงานขั้นตอนใดที่ไม่ตรงตามคำอธิบาย

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

ผู้ประเมินจะต้อง

1. มุ่งมั่นที่จะพัฒนาคุณภาพของผลงานด้วยความระมัดระวัง อดวิสัย และรวดเร็ว
2. หลีกเลี่ยงการใช้ภาษาที่ไม่เหมาะสม ไม่สุภาพ หรือไม่ให้เกิดเกียรติ ในการประเมินผลงาน
3. แสดงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (conflicts of interest) (ถ้ามี) และปฏิเสธไม่ประเมินผลงานนั้นๆ
4. ไม่เผยแพร่ข้อมูลใดๆ ในผลงานที่อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาประเมิน
5. แจ้งบรรณาธิการหากสงสัยว่าผลงานที่ตนประเมินนั้นมีการคัดลอก (plagiarism)

Publication Ethics

Responsibilities of Authors

Authors must:

1. Certify that their submitted manuscript is original with proper citation to avoid plagiarism.
2. Certify that their submitted manuscript has not been previously published in any form, nor is it under review for publication in any other journals within 90 days from the date when the Editorial Board has received this manuscript.
3. Certify that their submitted manuscript is written exclusively by the author or along with the co-author(s) as submitted and the listing of authors should be jointly determined and accurately reflect who carried out the research and wrote the article.
4. Present only true fact.
5. Submit the manuscript in accordance with the prescribed format.
6. Ensure that the manuscript does not contain any libelous matter or infringe any copyright or other intellectual property rights or any other rights of any third party.
7. Declare the source of funding or support in the completion of the manuscript.
8. Declare any potential conflicts of interest, if any.
9. Inform the Editor-in-Chief or publisher of any significant error in their published manuscript.

Responsibilities of the Editor-in-Chief

The Editor-in-Chief must:

1. Ensure that the published manuscripts are in line with the aim and scope of Chulalongkorn Law Journal.
2. Ensure the quality of the published manuscripts with willingness to publish corrections and clarifications when required.
3. Ensure that no published manuscripts infringe copyrights and measures against plagiarism be taken seriously.
4. Not publish manuscripts that have already been published elsewhere.

5. Act in a fair, balanced manner when carrying out his/her duties, without discrimination based on institutional affiliation, gender, ethnicity, sexual orientation, religious, political beliefs and other comparable grounds.
6. Ensure no conflicts of interests, if any.
7. Provide guidelines for authors regarding the submission of manuscripts.
8. Keep authors informed of the consideration progress.
9. Maintain confidentiality regarding the identify of both authors and reviewers throughout the entire double-blinded consideration period.
10. Provide reviewers with revision guidelines.
11. Make decisions based on quality and suitability for Chulalongkorn Law Journal without any external interference.
12. Publish the description of peer review process and be able to justify any significant deviation from the described process.

Responsibilities of Reviewers

Reviewers must:

1. Undertake to improve the quality of the manuscript under review with care consideration, objectivity, and in a timely manner.
2. Avoid using improper, inappropriate or disrespectful language for providing review feedback.
3. Declare any potential conflicts of interest, if any, and refuse to review any manuscripts if there are grounds for conflicts of interest.
4. Respect the confidentiality of any information or material contained in the manuscript during the review process.
5. Inform the Editor-in-Chief of any suspected plagiarism.

Academic articles

Issues of Tax Law Drafting on Branch Profit Remittance Tax under Section 70 Bis of Revenue Code

Nathanan Junprateepchai

Laws and Regulations Prescribing the Authorities and Roles of the Office of the Attorney General in Reviewing the Draft Contracts for State Agencies

Chart Chaidejsuriya

The Legal Policy Modifications on Alcoholic Beverage Production Control in Thailand

Khemmapat Trisadikoon

Research articles

Legal Study on Republic of Korea's Groundwater Law Leading to Thai Groundwater Law Development

Peerapon Jaderojananont

Legal Measures for Preventing SLAPP (Strategic Lawsuit Against Public Participation) in Criminal Lawsuits

Jatuporn Owattanapanich

Legal Measures in Taking a Suspect as a Witness

Wirachagrit Puttikanaporn

Legal Issues relating to Thailand – Sri Lanka Free Trade Agreement

Chanisa Ngamapichon

Taxation Issues in Cryptocurrency Transactions under Value Added Tax law

Napattamon Kaikaew